

# Inhaltsverzeichnis

|                                             |       |
|---------------------------------------------|-------|
| Thematisches Verzeichnis .....              | XVI   |
| Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht ..... | XVIII |
| Abkürzungsverzeichnis .....                 | XX    |

|                                              |          |
|----------------------------------------------|----------|
| <b>A. Gesetzgebung .....</b>                 | <b>1</b> |
| Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH |          |

|                                                                                                                                                                                                          |   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS).....                                                                                                                                                          | 2 |
| 1. Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung vom 16. Dezember 2016 ..... | 3 |
| 2. Bundesgesetz über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens vom 16. Dezember 2016 .....                                                                                               | 3 |
| 3. Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Änderung vom 16. Juni 2017 .....                                                                                               | 4 |
| 4. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). Änderung vom 16. März 2018.....                                                                                                              | 4 |
| 5. Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts). Änderung vom 15. Juni 2018 .....                                                                                                                  | 4 |
| 6. Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 1. Dezember 2017 .....                        | 4 |
| 7. Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen. Alle Änderungen vom Bundesrat verordnet am 8. Dezember 2017 .....                                                | 5 |
| 8. Verordnung des WBF zur Bezeichnung der Bahnhöfe und Flughäfen gemäss Artikel 26a Absatz 2 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz. Änderung vom 6. Februar 2018 .....                                      | 5 |
| 9. Verordnung über die Unfallversicherung (UVV). Änderung vom 21. Februar 2018 .....                                                                                                                     | 6 |
| 10. Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 21. März 2018 .....                                                        | 6 |
| 11. Verordnung über die Anpassung von Verordnungen an die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens. Änderung vom 11. April 2018.....                                                        | 6 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |   |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| 12. Verordnung des EFD über die Quellensteuer bei der direkten Bundessteuer (Quellensteuerverordnung, QStV) vom 11. April 2018.....                                                                                                                                                                                                                        | 6 |
| 13. Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5). Änderung vom 25. April 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                              | 6 |
| 14. Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 16. Mai 2018 ..... | 7 |
| 15. Verordnung des UVEK über elektrische Niederspannungsinstallationen vom 30. April 2018.....                                                                                                                                                                                                                                                             | 7 |
| 16. Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFBHV) vom 25. April 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                  | 7 |
| 17. Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 23. Mai 2018 .....                                                                                                                                                                                                                             | 7 |
| 18. Verordnung des WBF über die Unterstellung von Berufsarten unter die Stellenmeldepflicht in den Jahren 2018 und 2019 vom 23. Mai 2018 .....                                                                                                                                                                                                             | 7 |
| 19. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 15. Juli 2018 .....                                                                                                                                                       | 8 |
| 20. Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 17. Juni 2016 des Arbeitszeitgesetzes vom 29. August 2018 .....                                                                                                                                                                                                                     | 8 |
| 21. Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV) vom 29. August 2018 .....                                                                                                                                                                                                                 | 8 |
| 22. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 28. September 2018.....                                                                                                                                                                                                                                                | 8 |
| 23. Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG). Änderung vom 24. Oktober 2018.....                                                                                                                                                                                                                                                   | 8 |
| 24. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 24. Oktober 2018.....                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 8 |
| 25. Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV). Änderung vom 25. Oktober 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                            | 8 |

|     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|-----|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 26. | Vorsorgereglemente von Bund und dezentralen Verwaltungseinheiten. Alle Änderungen vom Bundesrat genehmigt am 30. November 2017 .....                                                                                                                                                                                                                                                      | 9  |
| 27. | Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 9  |
| II. | Bundesblatt (BBl) .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 10 |
| 1.  | Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 15. Juni 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                     | 10 |
| 2.  | Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 15. Juni 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 10 |
| 3.  | Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts). Änderung vom 15. Juni 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 11 |
| 4.  | Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) vom 28. September 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 11 |
| 5.  | Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG). Änderung vom 14. Dezember 2018 .....                                                                                                                                                                                                                                                                 | 11 |
| 6.  | Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) (Verfahrensregelungen und Informationssysteme). Änderung vom 14. Dezember 2018 .....                                                                                                                                                                                 | 11 |
| 7.  | Botschaft zur Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und Serbien sowie zwischen der Schweiz und Montenegro über soziale Sicherheit vom 14. Februar 2018 und Entwurf Bundesbeschluss über deren Genehmigung. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Serbien vom 10. Oktober 2010 und Montenegro vom 7. Oktober 2010 über soziale Sicherheit ..... | 12 |
| 8.  | Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 2. März 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) .....                                                                                                                                | 12 |
| 9.  | Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes (AuG) vom 2. März 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) (Verfahrensregelungen und Informationssysteme) .....                                                                                                                                 | 13 |
| 10. | Botschaft zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 vom 21. Mai 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 (SV17) .....                                                                                                                                                                                                                                                     | 13 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 11. Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (steuerliche Berücksichtigung der Kinderdrittbetreuungskosten) vom 9. Mai 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) .....                                                                                                                                                                                                                       | 14 |
| 12. Botschaft zur Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie» vom 1. Juni 2018 und Entwurf Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie».....                                                                                                                                                                                     | 14 |
| 13. Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018 und Entwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht) .....                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 14 |
| 14. Zusatzbotschaft und Entwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 21. September 2018.....                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 14 |
| 15. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 24. Oktober 2018 und Entwurf über das Internationale Privatrecht (IPRG).....                                                                                                                                                                                                                                  | 15 |
| 16. Parlamentarische Initiative Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Verlängerung des Impulsprogramms. Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates vom 12. April 2018. Entwurf Bundesbeschluss über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFHG). Entwurf Bundesbeschluss über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018..... | 15 |
| 17. Parlamentarische Initiative Kündigung und Änderung von Staatsverträgen. Verteilung der Zuständigkeiten. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 14. Mai 2018. Entwurf Bundesgesetz über die Zuständigkeiten für den Abschluss die Änderung und die Kündigung völkerrechtlicher Verträge.....                                                                                                                                    | 16 |
| 18. Parlamentarische Initiative Kündigung und Änderung von Staatsverträgen. Verteilung der Zuständigkeiten. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 14. Mai 2018.....                                                                                                                                                                                                                                                               | 16 |
| 19. Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)». Vorprüfung ...                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 16 |

|      |                                                                                                                                                                                                          |    |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 20.  | Eidgenössische Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten». Rückzug .....                                                                   | 17 |
| 21.  | Eidgenössische Volksinitiative «Berufliche Vorsorge – Arbeit statt Armut». Vorprüfung.....                                                                                                               | 17 |
| 22.  | Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)».<br>Zustandekommen .....                                                                                         | 17 |
| 23.  | Referendum gegen die Änderung vom 16. März 2018 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten) .....     | 18 |
| 24.  | Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Stabilisierung der AHV (AHV21) .....                                                                                                   | 18 |
| 25.  | Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung.....                                | 18 |
| 26.  | Vernehmlassungsverfahren. Parlamentarische Kommissionen. 16.414 Pa.Iv. Graber Konrad. Teilflexibilisierung des Arbeitsgesetzes und Erhalt bewährter Arbeitszeitmodelle; 16.423 Pa.Iv. Keller-Sutter..... | 18 |
| III. | Initiativen.....                                                                                                                                                                                         | 19 |
| 1.   | Standesinitiativen .....                                                                                                                                                                                 | 19 |
| 2.   | Parlamentarische Initiativen.....                                                                                                                                                                        | 19 |
| 3.   | Motionen .....                                                                                                                                                                                           | 19 |
| 4.   | Postulate .....                                                                                                                                                                                          | 23 |
| IV.  | Normalarbeitsverträge .....                                                                                                                                                                              | 24 |
| 1.   | Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen .....                                                                                                                                                 | 24 |
| 2.   | Sonstige Normalarbeitsverträge .....                                                                                                                                                                     | 27 |
| 3.   | Modell-NAV für die Regelung der 24-Stunden-Betreuung.....                                                                                                                                                | 33 |
| V.   | Kollektives Arbeitsrecht .....                                                                                                                                                                           | 33 |
| 1.   | Flankierende Massnahmen / 15 Jahre Schweizer Lohnschutz.....                                                                                                                                             | 33 |
| 2.   | Personenfreizügigkeit 2018 – Arbeitsmarktlage weiter stabil .....                                                                                                                                        | 34 |
| 3.   | Flankierende Massnahmen sind im Kampf gegen Lohndumping wichtiger denn je .....                                                                                                                          | 34 |
| 4.   | Arbeitskampf.....                                                                                                                                                                                        | 35 |
| 4.1  | Streiks am Bau.....                                                                                                                                                                                      | 35 |
| 4.2  | Forderungskatalog für die Uhrenindustrie.....                                                                                                                                                            | 35 |

|                                                                                                                                                          |                                                                      |        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|--------|
| 4.3                                                                                                                                                      | Über ist ein normaler Arbeitgeber und muss die Fahrer anstellen..... | 35     |
| 4.4                                                                                                                                                      | Angekündigte Massenentlassung bei Nestlé in Basel .....              | 36     |
| 5.                                                                                                                                                       | Gesamtarbeitsvertragsrecht .....                                     | 36     |
| 5.1                                                                                                                                                      | Neuer GAV Personalverleih .....                                      | 36     |
| 5.2                                                                                                                                                      | Neuer GAV für die Elektrobranche .....                               | 36     |
| 5.3                                                                                                                                                      | Überregionaler GAV im Schweizer Gartenbau .....                      | 37     |
| 5.4                                                                                                                                                      | GAV-Erneuerung der privaten Sicherheitsbranche .....                 | 37     |
| 5.5                                                                                                                                                      | Mindestlohninitiative in Basel.....                                  | 37     |
| 5.6                                                                                                                                                      | Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds.....       | 37     |
| <br><b>B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB).....</b> |                                                                      | <br>39 |
| Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH                                                                                                             |                                                                      |        |
| <br><i>Merk- und Informationsblätter des SECO</i> .....                                                                                                  |                                                                      | <br>40 |
| I.                                                                                                                                                       | Mutterschutz im Betrieb – Leitfaden für Arbeitgeber.....             | 41     |
| 1.                                                                                                                                                       | Einleitung .....                                                     | 41     |
| 2.                                                                                                                                                       | Grundlagen .....                                                     | 41     |
| 3.                                                                                                                                                       | Wichtige Regelungen .....                                            | 42     |
| 4.                                                                                                                                                       | Betriebliche Massnahmen zum Mutterschutz.....                        | 42     |
| 4.1.                                                                                                                                                     | Beschwerliche und gefährliche Arbeiten .....                         | 43     |
| 4.2                                                                                                                                                      | Übersichtstabelle «Mutterschutz und Schutzmassnahmen».....           | 43     |
| 4.3                                                                                                                                                      | Schutzmassnahmen .....                                               | 43     |
| 4.4                                                                                                                                                      | Beschäftigungsverbot .....                                           | 44     |
| 5.                                                                                                                                                       | Stillen im Betrieb.....                                              | 44     |
| 5.1                                                                                                                                                      | Grundlagen .....                                                     | 44     |
| 5.2                                                                                                                                                      | Empfehlungen für das Stillen im Betrieb.....                         | 45     |
| 5.2.1                                                                                                                                                    | Aufgabe des Arbeitgebers.....                                        | 45     |
| 5.2.2                                                                                                                                                    | Empfehlung.....                                                      | 45     |
| 5.2.3                                                                                                                                                    | Aufgabe des Arbeitgebers.....                                        | 45     |
| 5.2.4                                                                                                                                                    | Empfehlung.....                                                      | 45     |
| 5.2.5                                                                                                                                                    | Aufgabe des Arbeitgebers.....                                        | 45     |
| 5.2.6                                                                                                                                                    | Empfehlung.....                                                      | 45     |
| 5.2.7                                                                                                                                                    | Aufgabe des Arbeitgebers.....                                        | 46     |
| 5.2.8                                                                                                                                                    | Empfehlung.....                                                      | 46     |
| II.                                                                                                                                                      | Arbeiten zu Hause – Homeoffice .....                                 | 47     |
| 1.                                                                                                                                                       | Einführung.....                                                      | 47     |
| 1.1                                                                                                                                                      | Eingrenzung des Themas und Zweck der Broschüre .....                 | 47     |
| 1.2                                                                                                                                                      | Definition Homeoffice.....                                           | 47     |

|      |                                                                         |    |
|------|-------------------------------------------------------------------------|----|
| 1.3  | Abgrenzung sowie weitere Arbeitsformen .....                            | 47 |
| 1.4  | Zuständige Behörde .....                                                | 47 |
| 2.   | Gesundheitsschutz .....                                                 | 48 |
| 2.1  | Verantwortlichkeit .....                                                | 48 |
| 2.2  | Rechtsgrundlagen .....                                                  | 48 |
| 3.   | Rechte und Pflichten.....                                               | 48 |
| 3.1  | Information und Anleitung durch den Arbeitgeber..                       | 48 |
| 3.2  | Gesundheitsschutz geht nur gemeinsam .....                              | 49 |
| 3.3  | Überwachung.....                                                        | 49 |
| 3.4  | Verantwortung des Arbeitgebers .....                                    | 49 |
| 3.5  | Arbeits- und Ruhezeiten .....                                           | 49 |
| 3.6  | Tägliche Ruhezeit .....                                                 | 50 |
| 3.7  | Sonntage, Feiertage und Nachtarbeit .....                               | 50 |
| 3.8  | Tages- und Abendarbeit.....                                             | 50 |
| 3.9  | Arbeitszeiterfassung .....                                              | 50 |
| 4.   | Risikofaktoren .....                                                    | 50 |
| 4.1  | Risikofaktor Bildschirmarbeit.....                                      | 50 |
| 4.2  | Risikofaktor Arbeitszeit.....                                           | 51 |
| 4.3  | Psychosoziale Risiken .....                                             | 51 |
| 5.   | Die richtige Arbeitsplatzgestaltung .....                               | 51 |
| 6.   | Vereinbarung .....                                                      | 52 |
| 7.   | Weitere Punkte .....                                                    | 52 |
| 7.1  | Geräte, Material und Entschädigung .....                                | 52 |
| 7.2  | Spesen.....                                                             | 52 |
| 7.3  | Verhinderung der Arbeitsleistung im Homeoffice ..                       | 53 |
| 7.4  | Umgang mit sensiblen Daten .....                                        | 53 |
| 7.5  | Haftung der Arbeitnehmenden.....                                        | 53 |
| 7.6  | Homeoffice im Ausland.....                                              | 53 |
| III. | Arbeiten in der Nacht und in Schicht – Informationen und<br>Tipps ..... | 54 |
| 1.   | Einführung.....                                                         | 54 |
| 2.   | Auswirkungen von Arbeiten in der Nacht und in Schicht...                | 54 |
| 2.1  | Auswirkungen auf die Gesundheit.....                                    | 54 |
| 2.2  | Auswirkungen auf das persönliche Umfeld .....                           | 55 |
| 2.3  | Schlaf .....                                                            | 56 |
| 2.4  | Ernährung .....                                                         | 56 |
| 2.5  | Soziales.....                                                           | 57 |
| 3.   | Tipps.....                                                              | 57 |
| 3.1  | Schlafumgebung .....                                                    | 57 |
| 3.2  | Schutz vor Wärme .....                                                  | 57 |
| 3.3  | Einschlafhilfe.....                                                     | 58 |
| 3.4  | Fixe Zeiten beachten.....                                               | 58 |
| 3.5  | Fitness und Lebensstil.....                                             | 58 |
| 3.6  | Arbeitsweg .....                                                        | 58 |
| 3.7  | Persönliches Umfeld .....                                               | 58 |

|                                                                     |                                                                                      |    |
|---------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3.8                                                                 | Freizeit .....                                                                       | 59 |
| 3.9                                                                 | Gesundheitsschutz .....                                                              | 59 |
| <i>Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter</i> |                                                                                      |    |
|                                                                     | (EDÖB) .....                                                                         | 60 |
| 26.                                                                 | Tätigkeitsbericht 2018/2019 des EDÖB, Arbeitsbereich .....                           | 60 |
| 1.                                                                  | Outsourcing: Bearbeitung von Personaldaten im Ausland ..                             | 60 |
| 2.                                                                  | Onlinebewerbungsverfahren und Bewerbungsgespräche:<br>Was ist zu beachten?.....      | 61 |
| 3.                                                                  | Bekämpfung der Schwarzarbeit im Kanton Wallis .....                                  | 61 |
| II.                                                                 | Erläuterungen zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz .....                             | 62 |
| 1.                                                                  | Grundsätzliches .....                                                                | 62 |
| 2.                                                                  | Rechtliche Rahmenbedingungen .....                                                   | 62 |
| 3.                                                                  | Voraussetzungen für die Videoüberwachung am<br>Arbeitsplatz.....                     | 63 |
| 4.                                                                  | Videoüberwachung im Falle einer Straftat oder eines<br>Straftatverdachts .....       | 64 |
| 5.                                                                  | Rechte der betroffenen Personen .....                                                | 64 |
| 6.                                                                  | Beispiele .....                                                                      | 65 |
| 6.1                                                                 | Videoüberwachung auf Baustellen .....                                                | 65 |
| 6.2                                                                 | Permanente Videoüberwachung von Kiosk- oder<br>Detailhandlangestellten.....          | 65 |
| 6.3                                                                 | Videoüberwachung in einer Eingangshalle und<br>an weiteren strategischen Orten ..... | 66 |

## C. Rechtsprechung ..... 133

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

### Bundesgericht

|            |             |                   |     |
|------------|-------------|-------------------|-----|
| 22.01.2018 | 8C_356/2017 | .....             | 69  |
| 23.01.2018 | 4A_349/2017 | .....             | 77  |
| 26.01.2018 | 8C_281/2017 | .....             | 83  |
| 31.01.2018 | 4A_408/2017 | .....             | 90  |
| 15.02.2018 | 4A_3/2017   | 144 III 152 ..... | 96  |
| 21.02.2018 | 8C_56/2017  | 144 II 65 .....   | 98  |
| 22.02.2018 | 8C_324/2017 | .....             | 109 |
| 01.03.2018 | 8C_301/2017 | .....             | 114 |
| 01.03.2018 | 8C_596/2017 | .....             | 120 |
| 19.03.2018 | 4D_72/2017  | .....             | 133 |
| 23.03.2018 | 4A_228/2017 | .....             | 137 |
| 04.04.2018 | 4A_651/2017 | .....             | 143 |
| 16.04.2018 | 8C_419/2017 | .....             | 149 |



|            |                             |             |     |
|------------|-----------------------------|-------------|-----|
| 18.04.2018 | 4A_7/2018                   | 144 III 235 | 157 |
| 19.04.2018 | 4A_520/2017                 |             | 167 |
| 26.04.2018 | 8D_4/2017                   |             | 177 |
| 07.05.2018 | 4A_579/2017,<br>4A_581/2017 | 144 III 327 | 183 |
| 14.05.2018 | 4A_574/2017                 |             | 191 |
| 16.05.2018 | 4A_142/2018                 |             | 193 |
| 17.05.2018 | 4A_666/2017                 |             | 200 |
| 11.06.2018 | 4A_129/2017                 |             | 206 |
| 12.06.2018 | 8C_903/2017                 | 144 I 181   | 214 |
| 26.06.2018 | 8C_828/2017                 |             | 223 |
| 28.06.2018 | 4A_74/2018                  |             | 227 |
| 04.07.2018 | 8C_162/2018                 | 144 I 113   | 233 |
| 25.07.2018 | 4A_485/2017                 |             | 243 |
| 06.08.2018 | 4A_72/2018                  |             | 249 |
| 20.08.2018 | 8D_5/2017                   |             | 256 |
| 22.08.2018 | 4A_389/2018                 |             | 263 |
| 22.08.2018 | 4A_645/2017                 | 144 III 388 | 266 |
| 27.08.2018 | 4A_534/2017                 |             | 271 |
| 17.09.2018 | 8C_134/2018                 | 144 II 345  | 277 |
| 04.10.2018 | 8C_323/2018                 |             | 282 |
| 09.10.2018 | 8C_80/2018                  | 144 I 306   | 287 |
| 10.10.2018 | 4A_78/2018                  |             | 296 |
| 10.10.2018 | 4A_105/2018                 |             | 305 |
| 23.10.2018 | 4A_13/2018 et<br>4A_17/2018 |             | 317 |
| 25.10.2018 | 4A_350/2018                 |             | 329 |
| 02.11.2018 | 4A_270/2018                 |             | 334 |
| 02.11.2018 | 2C_132/2018                 |             | 338 |
| 06.11.2018 | 1C_142/2018                 |             | 350 |
| 13.11.2018 | 4A_68/2018                  |             | 357 |
| 13.11.2018 | 8C_70/2018                  |             | 365 |
| 21.11.2018 | 4A_18/2018                  |             | 369 |
| 28.11.2018 | 4A_224/2018                 |             | 375 |
| 28.11.2018 | 4A_514/2018                 |             | 381 |
| 05.12.2018 | 4A_42/2018                  |             | 388 |
| 17.12.2018 | 4A_64/2018                  |             | 396 |

## Kantone

### BE

|       |           |            |     |
|-------|-----------|------------|-----|
| OGer. | ZK 18 23  | 15.05.2018 | 411 |
| OGer. | ZK 18 371 | 07.12.2018 | 415 |

**FR**

|       |              |                  |     |
|-------|--------------|------------------|-----|
| KGer. | 102 2017 294 | 07.03.2018 ..... | 423 |
| KGer. | 102 2018 47  | 20.12.2018 ..... | 433 |

**GE**

|      |               |                  |     |
|------|---------------|------------------|-----|
| CAPH | CAPH/52/2018  | 12.04.2018 ..... | 438 |
| CAPH | CAPH/56/2018  | 23.04.2018 ..... | 441 |
| CAPH | CAPH/92/2018  | 06.07.2018 ..... | 451 |
| CAPH | CAPH/145/2018 | 19.10.2018 ..... | 457 |
| CAPH | CAPH/147/2018 | 30.10.2018 ..... | 463 |

**LU**

|       |           |                  |     |
|-------|-----------|------------------|-----|
| KGer. | 7H 16 307 | 22.02.2018 ..... | 468 |
| KGer. | 7H 17 97  | 26.03.2018 ..... | 483 |
| KGer. | 1C 17 41  | 03.04.2018 ..... | 494 |
| KGer. | 7H 17 336 | 22.08.2018 ..... | 504 |

**SG**

|       |            |                  |     |
|-------|------------|------------------|-----|
| KGer. | BE.2017.36 | 26.01.2018 ..... | 521 |
| KGer. | BE.2017.30 | 09.03.2018 ..... | 525 |
| KGer. | BO.2017.47 | 17.08.2018 ..... | 534 |

**TI**

|     |            |                  |     |
|-----|------------|------------------|-----|
| CCA | 12.2017.5  | 20.04.2018 ..... | 538 |
| CCA | 12.2017.76 | 29.11.2018 ..... | 540 |

**VD**

|      |       |                  |     |
|------|-------|------------------|-----|
| CREC | N 249 | 28.08.2018 ..... | 543 |
| CACI | N 291 | 16.05.2018 ..... | 548 |
| CACI | N 550 | 27.09.2018 ..... | 555 |
| CACI | N 597 | 25.10.2018 ..... | 563 |
| CACI | N 702 | 14.12.2018 ..... | 567 |

**ZH**

|       |          |                  |     |
|-------|----------|------------------|-----|
| OGer. | LA170030 | 19.01.2018 ..... | 576 |
| OGer. | LA170026 | 22.03.2018 ..... | 585 |
| OGer. | LA170037 | 03.04.2018 ..... | 593 |
| OGer. | LA170033 | 12.04.2018 ..... | 599 |
| OGer. | RA180004 | 06.08.2018 ..... | 608 |
| OGer. | LA180009 | 16.08.2018 ..... | 614 |
| OGer. | LA180018 | 03.10.2018 ..... | 618 |
| OGer. | LA180011 | 11.10.2018 ..... | 628 |
| OGer. | LA180024 | 13.11.2018 ..... | 636 |

|       |                     |            |       |     |
|-------|---------------------|------------|-------|-----|
| OGer. | LA180010            | 19.12.2018 | ..... | 641 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 15 | 08.01.2018 | ..... | 647 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 17 | 06.02.2018 | ..... | 651 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 16 | 12.06.2018 | ..... | 658 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 18 | 14.08.2018 | ..... | 662 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 19 | 21.08.2018 | ..... | 665 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 13 | 30.08.2018 | ..... | 668 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 21 | 28.11.2018 | ..... | 676 |
| AGer. | Entsch.AGer. Nr. 9  | 17.12.2018 | ..... | 678 |

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| <b>D. Bibliografie</b> .....                        | 753 |
| Zusammengestellt von RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK |     |

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| <b>E. Verzeichnisse</b> ..... | 769 |
| Gesetzesregister.....         | 771 |
| Stichwortverzeichnis .....    | 775 |

# Thematisches Verzeichnis

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

## I. Individualarbeitsrecht

1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses
  - a) Auslegung des Arbeitsvertrages 187–188, 347, 431–432, 678–679
  - b) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 196–197, 302–303, 321–322, 508–509
  - c) Übergang des Arbeitsverhältnisses 207–208, 605, 736
2. Pflicht des Arbeitnehmers
  - a) Treuepflicht 255, 454–455, 477–478, 496
  - b) Befolgungspflicht 571–572
  - c) Haftung 454–455
  - d) Konkurrenzverbot 168–169, 381, 469, 561, 605
3. Pflichten des Arbeitgebers
  - a) Lohnzahlungspflicht
    - aa) im Allgemeinen 154–155, 242, 268, 328, 446, 454–455, 516, 736
    - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 139–140, 187–188, 268, 376, 390–391, 446, 477–478, 516, 625, 640
    - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 693–694, 732
    - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 309
    - ee) Überstunden-/Überzeitarbeit 203, 410–411, 554, 678–679
  - b) Fürsorgepflicht
    - aa) Schutz der Persönlichkeit 439–440, 477–478, 614–615
    - bb) Ferien und Freizeit 410–411
    - cc) Zeugnis und Referenz 646–647
    - dd) Gleichbehandlung und Gleichstellung 154–155, 309
    - ee) Datenschutz 215, 289–290, 371–372, 725–726, 740
  - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 207–208, 503, 571–572, 736
  - d) Annahmeverzug des Arbeitgebers 454–455, 503, 571–572
4. Verzicht, Verjährung, Verwirkung 250, 268, 390
5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - a) Kündigung
    - aa) im Allgemeinen 168–169, 396, 577–578, 693–694
    - bb) missbräuchliche Kündigung 135, 276–277, 463–464, 477–478, 487–488, 496, 566, 625, 655–656

- cc) ausserordentliche Kündigung 161, 177, 207–208, 235, 242, 264–265, 289–290, 396, 418, 425–426, 439–440, 496, 594–595, 665–666, 687, 693–694
- dd) Kündigung zur Unzeit 149, 352–353, 496, 548, 655–656
- 6. Besondere Einzelarbeitsverhältnisse
  - a) Heimarbeit 487–488
  - b) Lehrvertrag 463–464, 594–595
  - c) öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis 145–146, 154–155, 203, 289–290, 361, 365, 396–397, 425–426
  - d) Leiharbeit 173–174, 503, 585–586
- II. Öffentliches Arbeitsrecht
  - 1. Arbeitsschutzrecht 246, 289–290
    - a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 544
    - b) Arbeits- und Ruhezeit 410–411, 431–432
  - 2. ausländische Arbeitskräfte 225, 503
  - 3. Sozialversicherungsrecht 328, 536–537, 732, 748
- III. Kollektives Arbeitsrecht 384–385, 403–404, 544, 678–679, 693–694
- IV. Arbeitsgerichtsbarkeit
  - 1. Zuständigkeit 173–174, 463–464, 634, 665–666, 715–716
  - 2. Verfahren 219, 250, 365, 396–397, 463–464, 487–488, 554, 678–679

## Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

A. ANDERMATT ET AL., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009; frz. Übersetzung: Droit collectif du travail, Bâle 2010

G. AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 319–362, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, 1965 ss

A. BERENSTEIN/P. MAHON/J.-PH. DUNAND, Labour Law in Switzerland, 3<sup>rd</sup> ed., Berne 2018

D. BRAND ET AL., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361–362, Muri 1991

J. BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014

CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005

CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010

PH. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail. Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Genève/Zürich/Bâle 2009

J.-PH. DUNAND/P. MAHON (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013

F. EMMEL, Art. 319–362 OR, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, 1 ff.

CH. FAVRE/CH. MUNOZ/R.A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2010

M. FAVRE MOREILLON, Droit du travail, aspects juridiques et pratiques, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2006

TH. GEISER/R. MÜLLER/K. PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2018

O. GUYOT ET AL., Le contrat de travail: Des pourparlers aux conséquences de la résiliation, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2010

C. KAUFMANN/S. STEIGER-SACKMANN, Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009

R. KUHN/G. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982–2007 (Loseblattausgabe)

M. KULL (Hrsg.), Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG), Bern 2014

R. A. MÜLLER/CH. MADUZ, ArG – Kommentar Arbeitsgesetz, 8. Aufl., Zürich 2017

TH. PIETRUSZAK, Art. 319–333a OR und Art. 344–362 OR, in: Kurzkommentar OR, Art. 1–529 OR, Basel 2014, 1029 ff.

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

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

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

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

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

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

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

A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006; Art. 330b–355, 361–362, Zürich/Basel/Genf 2014

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

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

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

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

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

R. WYLER/B. HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2014

# Abkürzungsverzeichnis

|                |                                                                                                                                                                             |
|----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Abs.           | Absatz                                                                                                                                                                      |
| AETR           | Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (SR 0.822.725.22)                                              |
| AG             | Aargau                                                                                                                                                                      |
| AHV            | Alters- und Hinterlassenenversicherung                                                                                                                                      |
| AHVG           | Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)                                                                                                    |
| AI             | Appenzell-Innerrhoden                                                                                                                                                       |
| AI             | assurance-invalidité                                                                                                                                                        |
| AJP            | Aktuelle Juristische Praxis                                                                                                                                                 |
| ALCP           | Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681) |
| AmtlBull       | Amtliches Bulletin                                                                                                                                                          |
| AR             | Appenzell-Ausserrhoden                                                                                                                                                      |
| ArbR           | Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht                                                                                                                 |
| ArG            | Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)                                                                                                   |
| ArGV 1         | Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)                                                                                                                                 |
| ArGV 2         | Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, SR 822.112)                                |
| ArGV 3         | Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz, SR 822.113)                                                                                                              |
| ArGV 5         | Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, SR 822.115)                                                                                                  |
| Art.           | Artikel                                                                                                                                                                     |
| ARV 1          | Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, SR 822.221)                                         |
| AS             | Amtliche Sammlung                                                                                                                                                           |
| ASA-Richtlinie | Richtlinie über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit                                                                                 |
| ASG            | Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandsschweizergesetz), noch nicht in Kraft                                                            |
| ATF            | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral                                                                                                                             |
| ATSG           | Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)                                                                                             |
| AuG            | Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)                                                                                                              |
| AVE GAV        | allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag                                                                                                                         |
| AVEG           | Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)                                                                             |
| AVG            | Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11)                                                                                                |



|       |                                                                                                                    |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AVIG  | Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (SR 837.0)             |
| AVV   | Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.111)                                        |
| AZG   | Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, SR 822.21)               |
| AZGV  | Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, SR 822.211) |
| BAG   | Bundesamt für Gesundheit                                                                                           |
| BankG | Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0)                                               |
| BASKO | paritätisch organisierte Baustellenkontrolle Basel                                                                 |
| BAV   | Bundesamt für Verkehr                                                                                              |
| BAZ   | Basler Zeitung                                                                                                     |
| BBG   | Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, SR 412.10)                                              |
| BBI   | Bundesblatt                                                                                                        |
| BBT   | Bundesamt für Berufsbildung und Technologie                                                                        |
| BBV   | Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, SR 412.101)                                           |
| BE    | Bern                                                                                                               |
| BEG   | Beurteilungs- und Entwicklungsgespräch                                                                             |
| betr. | betreffend                                                                                                         |
| BFM   | Bundesamt für Migration                                                                                            |
| BFS   | Bundesamt für Statistik                                                                                            |
| BGer  | Bundesgericht                                                                                                      |
| BGG   | Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)                                             |
| BGSA  | Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SR 822.41)                                          |
| BIP   | Bruttoinlandprodukt                                                                                                |
| BJM   | Basler Juristische Mitteilungen                                                                                    |
| BKB   | Beschaffungskonferenz des Bundes                                                                                   |
| BL    | Baselland                                                                                                          |
| BPG   | Bundespersonalgesetz (SR 172.220.1)                                                                                |
| BPV   | Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3)                                                                        |
| BS    | Basel-Stadt                                                                                                        |
| BSK   | Basler Kommentar                                                                                                   |
| BSV   | Bundesamt für Sozialversicherung                                                                                   |
| BVG   | Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)                        |
| BVGer | Bundesverwaltungsgericht                                                                                           |
| bzw.  | beziehungsweise                                                                                                    |
| BZP   | Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (SR 273)                                                                  |
| ca.   | circa                                                                                                              |
| CACI  | Cour d'appel civile                                                                                                |
| CC    | Code civil suisse (RS 210)                                                                                         |
| CCNT  | Convention collective nationale de travail                                                                         |
| CCT   | Convention Collective de Travail                                                                                   |

|               |                                                                                                             |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CEDAW         | Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women                                  |
| CEDH          | Cour européenne des droits de l'homme                                                                       |
| CEDU          | Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (RS 0.101)               |
| CFF           | Chemins de fer fédéraux suisses                                                                             |
| CHF           | Schweizer Franken                                                                                           |
| CNA           | Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents                                                             |
| CNL           | Contratto normale di lavoro                                                                                 |
| CNUIJE        | Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (FF 2009 1481) |
| CO            | Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)               |
| COST          | European Cooperation in Science and Technology                                                              |
| CP            | Code pénal suisse (RS 311.0)                                                                                |
| CPC           | Code de procédure civile (RS 272)                                                                           |
| CRCT          | Chambre des relations collectives de travail                                                                |
| Cst. fédérale | Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)                                                   |
| CST           | Compte satellite du tourisme de la Suisse                                                                   |
| CTT           | Contrat-Type de travail                                                                                     |
| DBG           | Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)                                                      |
| DES           | Département de la sécurité et de l'économie de canton de Genève                                             |
| DFAE          | Département fédéral des affaires étrangères                                                                 |
| DGO           | Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes                                                               |
| DSG           | Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1)                                                                |
| DTF           | Decisioni del Tribunale federale                                                                            |
| E-            | Entwurf                                                                                                     |
| EAK           | Eidgenössische Arbeitskommission                                                                            |
| EAV           | Einzelarbeitsvertrag                                                                                        |
| EBA           | Eidg. Berufsattest                                                                                          |
| ebd.          | ebenda                                                                                                      |
| EBG           | Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann                                                         |
| EDA           | Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten                                                  |
| EDI           | Eidg. Departement des Innern                                                                                |
| EDÖB          | Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter                                                |
| EFA           | Eidg. Fachausweis                                                                                           |
| EFK           | Eidgenössische Finanzkontrolle                                                                              |
| EFTA          | Europäische Freihandelsassoziation                                                                          |
| EFZ           | Eidg. Fähigkeitszeugnis                                                                                     |
| EG GlG/BL     | Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz                                                     |
| EGMR          | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte                                                                 |
| Eidg.         | Eidgenössisch                                                                                               |
| EJPD          | Eidg. Justiz- und Polizeidepartement                                                                        |
| EKAS          | Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit                                                |
| EL            | Ergänzungsleistungen                                                                                        |
| ELG           | BG über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (SR 831.30)             |
| EMRK          | Europäische Menschenrechtskonvention                                                                        |

|        |                                                                                                                                                                                                                                 |
|--------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| EntsG  | Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, SR 823.20)                    |
| EntsV  | Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)                                                                                                                                   |
| EOG    | Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende (Erwerbsersatzgesetz, SR 834.1)                                                                                                                                         |
| E-OR   | Entwurf zum Obligationenrecht                                                                                                                                                                                                   |
| EOV    | Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)                                                                                                                                                                                  |
| EPF    | Ecole Polytechnique Fédérale                                                                                                                                                                                                    |
| ETH    | Eidg. Technische Hochschule                                                                                                                                                                                                     |
| EU     | Europäische Union                                                                                                                                                                                                               |
| f./ff. | folgende/fortfolgende                                                                                                                                                                                                           |
| FamZG  | Bundesgesetz über die Familienzulagen (SR 836.2)                                                                                                                                                                                |
| FHA    | Freihandelsabkommen                                                                                                                                                                                                             |
| FHM    | Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG                                                                                                                                                                                                |
| FINMAG | Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1)                                                                                                                                 |
| FlaM   | Flankierende Massnahmen                                                                                                                                                                                                         |
| FR     | Freiburg                                                                                                                                                                                                                        |
| FusG   | Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom (Fusionsgesetz; SR 221.301)                                                                                                                         |
| FZAKV  | Freizügigkeitsabkommen in der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung                                                                                                                                                              |
| FZA    | Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte (SR 0.142.112.681) |
| GAV    | Gesamtarbeitsvertrag                                                                                                                                                                                                            |
| GE     | Genf                                                                                                                                                                                                                            |
| gem.   | gemäss                                                                                                                                                                                                                          |
| GerG   | Gerichtsgesetz des Kantons St. Gallen (GerG; sGS 941.1)                                                                                                                                                                         |
| GesBG  | Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe                                                                                                                                                                                         |
| GGG/BS | Gesetz des Kantons Basel-Stadt über das Gastgewerbe (563.100)                                                                                                                                                                   |
| GL     | Glarus                                                                                                                                                                                                                          |
| GIG    | Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)                                                                                                                                        |
| GOG/ZH | Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (LS 211.1)                                                                                                                                        |
| GPK-N  | Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates                                                                                                                                                                                   |
| GR     | Graubünden                                                                                                                                                                                                                      |
| GSG    | Gewerbliches Schiedsgericht Basel                                                                                                                                                                                               |
| Hrsg.  | Herausgeber                                                                                                                                                                                                                     |
| IAO    | Internationale Arbeitsorganisation                                                                                                                                                                                              |
| ILO    | International Labour Organisation                                                                                                                                                                                               |
| IPRG   | Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)                                                                                                                                                                       |
| IV     | Invalidenversicherung                                                                                                                                                                                                           |
| IVG    | Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (SR 831.20)                                                                                                                                                                         |

|           |                                                                                                                                                                                   |
|-----------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JAR       | Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts                                                                                                                                        |
| JU        | Jura                                                                                                                                                                              |
| KEG       | Kernenergiegesetz (SR 732.1)                                                                                                                                                      |
| KMU       | Kleine und mittlere Unternehmen                                                                                                                                                   |
| KRK       | Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107)                                                                                                                               |
| KVG       | Bundesgesetz über die Krankenversicherung (SR 832.10)                                                                                                                             |
| LAA       | Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)                                                                                                                                |
| LACI      | Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, RS 837.0)                                                    |
| LadÖG     | Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten, noch nicht in Kraft                                                                                                                    |
| LAFam     | Loi sur les allocations familiales (RS 836.2)                                                                                                                                     |
| LAPG      | Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (RS 834.1)                                                                                  |
| LAV       | Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)                                                                                                                 |
| LAVS      | Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)                                                                                                                 |
| LDIP      | Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)                                                                                                                            |
| LECCT     | Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application d'une convention collective nationale de travail (RS 221.215.311)                                                        |
| LEg       | Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, RS 151.1)                                                                                                   |
| LEH       | Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, RS 192.12) |
| LFPr      | Loi fédérale sur la formation professionnelle (RS 412.10)                                                                                                                         |
| L-GAV     | Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe                                                                                                                                     |
| lit.      | littera                                                                                                                                                                           |
| LL        | Legge federale sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (Legge sul lavoro; RS 822.11)                                                                          |
| LOGA      | Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)                                                                                                        |
| LP        | Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)                                                                                                               |
| LPC       | Loi sur les prestations complémentaires (RS 831.30)                                                                                                                               |
| LPD       | Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)                                                                                                                             |
| LPers     | Loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)                                                                                                                           |
| LPGA      | Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)                                                                                                   |
| LPTP      | Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31)                                                                                                             |
| LSE       | Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)                                                                                                    |
| LTF       | Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)                                                                                                                                          |
| LTPH/GE   | Loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes (GE/E 3 10)                                                                                                                         |
| LTr.      | Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail; RS 822.11)                                                                          |
| LTrD      | Loi sur le travail à domicile (RS 822.31)                                                                                                                                         |
| LTrait/GE | Loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (B 5 15)            |
| LU        | Luzern                                                                                                                                                                            |

|        |                                                                                                                                                                                  |
|--------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen                                                                                                                                                           |
| MBA    | Master of Business Administration                                                                                                                                                |
| Mio.   | Millionen                                                                                                                                                                        |
| MitwG  | Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, SR 822.14)                                          |
| Mo     | Motion                                                                                                                                                                           |
| MWST   | Mehrwertsteuer                                                                                                                                                                   |
| NAV    | Normalarbeitsvertrag                                                                                                                                                             |
| NE     | Neuenburg                                                                                                                                                                        |
| NR     | Nationalrat                                                                                                                                                                      |
| Nr.    | Nummer                                                                                                                                                                           |
| NW     | Nidwalden                                                                                                                                                                        |
| NZZ    | Neue Zürcher Zeitung                                                                                                                                                             |
| OCIRT  | Office cantonal de l'inspection et des relations du travail                                                                                                                      |
| OHG    | Opferhilfegesetz (SR 312.5)                                                                                                                                                      |
| OLPD   | Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.11)                                                                                                  |
| OLL 3  | Ordinanza 3 concernente la legge sul lavoro (Tutela della salute; RS 822.113)                                                                                                    |
| OLT 2  | Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)                                                                                                                       |
| OLT 3  | Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (Protection de la santé; RS 822.113)                                                                                               |
| ONUG   | Office des Nations Unies à Genève                                                                                                                                                |
| OR     | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)                                                            |
| ORC    | Ordonnance sur le registre du commerce (RS 221.411)                                                                                                                              |
| OTR 1  | Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, RS 822.221)                               |
| OW     | Obwalden                                                                                                                                                                         |
| PaRG   | Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31)                                                                                                                            |
| PBK    | paritätische Berufskommission                                                                                                                                                    |
| PG/LU  | Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern (SRL 51)                                                                                              |
| PK     | Paritätische Kommission                                                                                                                                                          |
| Po     | Postulat                                                                                                                                                                         |
| PVO/LU | Verordnung zum Luzerner Personalgesetz (LU/SRL 52)                                                                                                                               |
| RHT    | Réduction de l'horaire de travail                                                                                                                                                |
| RLG/BS | Baselstädtisches Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (SR BS 811.100)                                                                                               |
| RPAC   | Règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du canton de Genève |
| RS     | Recueil systématique                                                                                                                                                             |
| RSDA   | Revue suisse de droit des affaires et du marché financier                                                                                                                        |
| RSDIE  | Revue Suisse de droit international et européen                                                                                                                                  |
| RVOG   | Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010)                                                                                                                      |
| S.     | Seite                                                                                                                                                                            |

|          |                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SBB      | Schweizerische Bundesbahnen                                                                                                                                                                                                                                      |
| SBBG     | Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)                                                                                                                                                                                                   |
| SBFI     | Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation                                                                                                                                                                                                          |
| SchKG    | Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)                                                                                                                                                                                                        |
| SECO     | Staatssekretariat für Wirtschaft                                                                                                                                                                                                                                 |
| SG       | St. Gallen                                                                                                                                                                                                                                                       |
| SGB      | Schweizerischer Gewerkschaftsbund                                                                                                                                                                                                                                |
| SH       | Schaffhausen                                                                                                                                                                                                                                                     |
| SO       | Solothurn                                                                                                                                                                                                                                                        |
| SP       | Sozialdemokratische Partei der Schweiz                                                                                                                                                                                                                           |
| SR       | Systematische Rechtssammlung                                                                                                                                                                                                                                     |
| StGB     | Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)                                                                                                                                                                                                                       |
| StPG/FR  | Gesetz über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.1)                                                                                                                                                                                                                 |
| StPO     | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)                                                                                                                                                                                                |
| StPR/FR  | Reglement über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.11)                                                                                                                                                                                                             |
| StR      | Ständerat                                                                                                                                                                                                                                                        |
| SUVA     | Schweizerische Unfallversicherungsanstalt                                                                                                                                                                                                                        |
| SVP      | Schweizerische Volkspartei                                                                                                                                                                                                                                       |
| SZ       | Schwyz                                                                                                                                                                                                                                                           |
| SZIER    | Schweizerische Zeitschrift für internationales Europarecht                                                                                                                                                                                                       |
| SZW      | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht                                                                                                                                                                                                 |
| TG       | Thurgau                                                                                                                                                                                                                                                          |
| TI       | Tessin                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Unia     | Gewerkschaft                                                                                                                                                                                                                                                     |
| UR       | Uri                                                                                                                                                                                                                                                              |
| URG      | Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, SR 231.1)                                                                                                                                                                    |
| USA      | United States of America                                                                                                                                                                                                                                         |
| UVG      | Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)                                                                                                                                                                                                             |
| UWG      | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)                                                                                                                                                                                                            |
| VBPV-EDA | Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.343.3)                                                                                                                                                                                           |
| VD       | Waadt                                                                                                                                                                                                                                                            |
| VDSG     | Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)                                                                                                                                                                                                     |
| VegüV    | Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)                                                                                                                                                                   |
| VEP      | Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203) |
| vgl.     | vergleiche                                                                                                                                                                                                                                                       |
| VMD      | Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (SR 935.011)                                                                                         |

|       |                                                                                                                   |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| VS    | Wallis                                                                                                            |
| VUV   | Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, SR 832.30) |
| VVG   | Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)                            |
| VZAE  | Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)                                           |
| WAK-S | Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates                                                             |
| WBF   | Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung                                                           |
| WeBiG | Bundesgesetz über die Weiterbildung (Weiterbildungsgesetz), noch nicht in Kraft                                   |
| z.B.  | zum Beispiel                                                                                                      |
| ZG    | Zug                                                                                                               |
| ZGB   | Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)                                                                          |
| ZH    | Zürich                                                                                                            |
| Ziff. | Ziffer                                                                                                            |
| ZPO   | Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272)                                                                       |





---

## **A. Gesetzgebung**

Zusammengestellt  
von Dr. iur. HUBERT FRITSCH



# **I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS)**

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

1. *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung vom 16. Dezember 2016*

Geändert werden die Bestimmungen zur Zulassung zu einem Aufenthalt mit und ohne Erwerbstätigkeit. Hervorzuheben ist die neue Bestimmung Art. 21a AuG zum Inländervorrang. Von Bedeutung sind insbesondere die Stellenmeldepflicht nach Art. 21a Abs. 3 AuG und die Pflicht zur Durchführung eines Bewerbungsgesprächs oder einer Eignungsabklärung nach Art. 21a Abs. 4 AuG. Art. 29a AuG statuiert, dass Ausländerinnen und Ausländer, die sich lediglich zum Zweck der Stellensuche in der Schweiz aufhalten, sowie deren Familienangehörige keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. In Art. 53 Abs. 6 AuG ist neu vorgesehen, dass die kantonalen Sozialhilfebehörden stellenlose anerkannte Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen bei der öffentlichen Arbeitsvermittlung melden. Art. 61a AuG enthält neue Bestimmungen zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts von EU- und EFTA-Staatsangehörigen. Weitere Neuerungen gibt es auch bei den Aufgaben und Zuständigkeiten der Behörden und dem Datenschutz, der Datenbearbeitung und den Informationssystemen. Der neue Art. 117a AuG sieht als Strafbestimmung vor: wer die Stellenmeldepflicht (Art. 21a Abs. 3 AuG) oder die Pflicht zur Durchführung eines Bewerbungsgesprächs oder einer Eignungsabklärung (Art. 21a Abs. 4 AuG) vorsätzlich verletzt, wird mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft. Wird die Handlung fahrlässig begangen, beträgt die Strafe Busse bis zu 20 000 Franken. Geändert werden auch das ELG, das AVIG und das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden. Die Referendumsfrist ist am 7. April 2017 unbenützt abgelaufen. Das Gesetz ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 733

2. *Bundesgesetz über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens vom 16. Dezember 2016*

Das Gesetz verfolgt das Ziel, Ungleichbehandlungen zwischen quellenbesteuerten und ordentlich besteuerten Personen zu beseitigen und die Einhaltung internationaler Verpflichtungen sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollen alle ansässigen Quellensteuerpflichtigen, deren Bruttoerwerbseinkommen einen bestimmten Betrag überschreitet, obligatorisch nachträglich ordentlich veranlagt werden. Alle anderen Ansässigen können neu eine nachträgliche ordentliche Veranlagung beantragen. Das gilt auch

für Nichtansässige, die die Voraussetzungen zur Quasiansässigkeit erfüllen. Die Revision führt insgesamt zu einer stärkeren Vereinheitlichung der schweizerischen Quellensteuerordnung. Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 7. April 2017 unbenützt abgelaufen. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2021 in Kraft. AS 2018, 1813

3. *Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Änderung vom 16. Juni 2017*

Der Bund will Anreize dafür schaffen, dass Kantone und Gemeinden mehr in die familienergänzende Kinderbetreuung investieren, um so die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit weiter zu fördern. Zudem möchte der Bund auch Projekte unterstützen, die das Angebot besser auf die Bedürfnisse erwerbstätiger Eltern abstimmen. Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 5. Oktober 2017 unbenützt abgelaufen. Das Gesetz ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 2247

4. *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG). Änderung vom 16. März 2018*

Die Änderung bezweckt eine Modernisierung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) betreffend Konkurs und Nachlassvertrag. **Er** vereinfacht das Verfahren der Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und verbessert die Stellung der Gläubiger der schweizerischen Niederlassung einer ausländischen insolventen Gesellschaft. Das Gesetz ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. AS 2018, 3263

5. *Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts). Änderung vom 15. Juni 2018*

Mit der Änderung soll das Verjährungsrecht in einzelnen Punkten verbessert und vereinfacht werden. Zentrale Revisionspunkte sind die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist von 1 auf 3 Jahre für Ansprüche aus Delikts- oder Bereicherungsrecht sowie die Einführung einer besonderen absoluten Verjährungsfrist von 20 Jahren bei Personenschäden. Auf eine umfassende Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts wird zugunsten punktueller Anpassungen und Verbesserungen verzichtet. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2020 in Kraft. AS 2018, 5343

6. *Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 1. Dezember 2017*

Die Änderung betrifft einerseits die Verschiebung der Tierarztpraxen von Art. 18 ArGV 2 zu Art. 21 ArGV 2, der bisher nur Tierkliniken geregelt hatte. Neu regelt Art. 21 ArGV 2 für Tierarztpraxen und Tierkliniken einheitlich, dass gemäss lit. a wie bisher Art. 4 ArGV 2 für die ganze Nacht

und den ganzen Sonntag sowie nun zusätzlich die neuen Bestimmungen in Art. 8b Abs. 1 und 3 anwendbar sind. Gemäss lit. b ist auf Tierarztpraxen mit höchstens vier angestellten Tierärzten und Tierärztinnen zusätzlich die neue Bestimmung in Art. 8b Abs. 2 ArGV 2 anwendbar. Art. 8b ArGV 2 regelt die Pikettplanung und -einteilung. Gemäss deren Abs. 1 dürfen die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Zeitraum von 4 Wochen an höchstens 7 Tagen auf Pikett sein oder Piketteinsätze leisten. Gemäss Abs. 3 kann in Pikettdienstnächten die tägliche Ruhezeit auf 9 Stunden verkürzt werden, sofern sie im Durchschnitt von 2 Wochen 12 Stunden beträgt. Schliesslich sieht Abs. 2 vor, dass die einzelnen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Zeitraum von 4 Wochen an höchstens 10 Tagen auf Pikett sein oder Piketteinsätze leisten dürfen, wenn dem Betrieb aufgrund seiner Lage in einer Randregion oder der fachlichen Spezialisierung keine genügenden Personalressourcen für einen Pikettdienst nach Abs. 1 zur Verfügung stehen und sie im Durchschnitt eines Kalenderjahres pro Monat nicht mehr als 7 Pikettdienste mit tatsächlichem Einsatz leisten. Art. 18 ArGV 2 bleibt für Arzt- und Zahnarztpraxen unverändert bestehen. Die Änderung ist am 15. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 13

7. *Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen. Alle Änderungen vom Bundesrat verordnet am 8. Dezember 2017*

Im Zuge der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative und der Steuerung der Zuwanderung sowie der Vollzugsverbesserungen wurde ebenfalls eine Reihe von Verordnungen angepasst. Von den Änderungen erfasst sind: die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vom 24. Oktober 2007; die Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) vom 24. Oktober 2007; die Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001; die Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 16. Januar 1991; die Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV) vom 31. August 1983; die Verordnung über das Gewerbe der Reisenden vom 4. September 2002. Die Änderungen sind am 1. Juli 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 741, 745, 747, 841, 845, 853

8. *Verordnung des WBF zur Bezeichnung der Bahnhöfe und Flughäfen gemäss Artikel 26a Absatz 2 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz. Änderung vom 6. Februar 2018*

Gemäss Art. 1 Abs. 1 gilt neu der Bahnhof Yverdon-les-Bains ebenfalls als ein Zentrum des öffentlichen Verkehrs. Die Verordnung ist am 1. März 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 839

9. *Verordnung über die Unfallversicherung (UVV). Änderung vom 21. Februar 2018*

Die Änderung betrifft die Liste der schädigenden Stoffe und der arbeitsbedingten Erkrankungen (Berufskrankheiten) gemäss Anhang 1 des UVV. Die Verordnung ist am 1. April 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 1025

10. *Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 21. März 2018*

Die Änderung betrifft die Eignung der Spezialisten der Arbeitssicherheit gemäss Art. 11d VUV sowie die Verfügung über die Eignung oder Nichteignung der Spezialisten der Arbeitssicherheit gemäss Art. 11d<sup>bis</sup> VUV. Die Verordnung ist am 1. Mai 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 1579

11. *Verordnung über die Anpassung von Verordnungen an die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens. Änderung vom 11. April 2018*

Die Änderung erfolgt im Rahmen der Änderung des Bundesgesetzes über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens vom 16. Dezember 2016. Betroffen sind die Mitarbeiterbeteiligungsverordnung vom 27. Juni 2012, die Verordnung vom 18. Dezember 1991 über Kompetenzzuweisungen bei der direkten Bundessteuer an das Finanzdepartement sowie die Verordnung vom 9. März 2001 über die Anwendung des Steuerharmonisierungsgesetzes im interkantonalen Verhältnis. Die Verordnung tritt am 1. Januar 2021 in Kraft. AS 2018, 1827

12. *Verordnung des EFD über die Quellensteuer bei der direkten Bundessteuer (Quellensteuerverordnung, QStV) vom 11. April 2018*

Die Verordnung erfolgt im Rahmen der Änderung des Bundesgesetzes über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens vom 16. Dezember 2016. Die Verordnung ersetzt die Quellensteuerverordnung vom 19. Oktober 1993, die aufgehoben wird. Ebenfalls wird in diesem Zuge Art. 4 Abs. 2 der Expatriates-Verordnung vom 3. Oktober 2000 ergänzt. Die Verordnung tritt am 1. Januar 2021 in Kraft. AS 2018, 1829

13. *Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5). Änderung vom 25. April 2018*

Die ArGV 5 sieht in Art. 4 Abs. 1<sup>bis</sup> neu vor, dass Jugendliche mit einem eidgenössischen Berufsattest (EBA) oder einem eidgenössischen Fähigkeitszeugnis (EFZ) für gefährliche Arbeiten beschäftigt werden dürfen, wenn sie diese im Rahmen des erlernten Berufs ausführen. Die Verordnung ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 1841

14. *Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 16. Mai 2018*

Die Änderung in Art. 38 Abs. 8 VEP sieht vor, dass die Höchstzahl der neuen Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Selbstständige aus Bulgarien und Rumänien bis am 31. Mai 2019 auf 996 festgesetzt wird. Die Verordnung ist am 1. Juni 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 1865

15. *Verordnung des UVEK über elektrische Niederspannungsinstallationen vom 30. April 2018*

Die neue Verordnung ersetzt die Verordnung des UVEK vom 15. Mai 2002 über elektrische Niederspannungsinstallationen. Die Verordnung ist am 1. Juni 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 1997

16. *Verordnung über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFHV) vom 25. April 2018*

Die Verordnung wurde im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung erlassen. Die Verordnung ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten und gilt unter Vorbehalt von Art. 3–20, die bis zum 31. Januar 2019 gegolten haben, bis zum 30. Juni 2023. AS 2018, 2251

17. *Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV) vom 23. Mai 2018*

Art. 53a und Art. 63a AVV enthalten Modalitäten zur Umsetzung der Stellenmeldepflicht. Unter anderem besagt Art. 53a, dass die Stellenmeldepflicht in denjenigen Berufsarten gilt, in denen die gesamtschweizerische Arbeitslosenquote den Schwellenwert von 5 Prozent erreicht oder überschreitet. Die Verordnung ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 2285

18. *Verordnung des WBF über die Unterstellung von Berufsarten unter die Stellenmeldepflicht in den Jahren 2018 und 2019 vom 23. Mai 2018*

Die Verordnung zählt die Berufsarten auf, die einer Stellenmeldepflicht unterliegen. Die Verordnung ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten und gilt bis zum 31. Dezember 2019. AS 2018, 2287

19. *Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuftten Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 15. Juli 2018*

Der Anhang der Verordnung des SBFI vom 11. Mai 2015 über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse erhält eine neue Fassung. Die Verordnung ist am 1. August 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 2589

20. *Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 17. Juni 2016 des Arbeitszeitgesetzes vom 29. August 2018*

Der einzige Artikel der Verordnung bestimmt, dass die Änderung vom 17. Juni 2016 des Arbeitszeitgesetzes am 9. Dezember 2018 abschliessend in Kraft tritt. AS 2018, 3285

21. *Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV) vom 29. August 2018*

Das Arbeitszeitgesetz (AZG) wurde 2016 vom Parlament teilweise revidiert. Gestützt darauf wurde auch die Verordnung zum Arbeitszeitgesetz (AZGV) angepasst. Die Änderung ist am 9. Dezember 2018 in Kraft getreten. AS 2018, 3287

22. *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 28. September 2018*

Die Anhänge 1 und 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit erhalten neue Fassungen betreffend Höchstzahlen. Die Verordnung ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. AS 2018, 3347

23. *Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG). Änderung vom 24. Oktober 2018*

Die Verordnung ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. AS 2018, 4007

24. *Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 24. Oktober 2018*

Die Verordnung ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. AS 2018, 4009

25. *Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV). Änderung vom 25. Oktober 2018*

Die Verordnung ist am 1. Januar 2019 in Kraft getreten. AS 2018, 4013



26. *Vorsorgereglemente von Bund und dezentralen Verwaltungseinheiten. Alle Änderungen vom Bundesrat genehmigt am 30. November 2017*

Anpassungen von grundlegenden Parametern in den Vorsorgereglementen müssen dem Bundesrat vorgelegt werden. Von den Änderungen erfasst sind: das Vorsorgereglement für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Bund (VRAB); das Vorsorgereglement des Vorsorgewerks ETH-Bereich für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des ETH-Bereichs (VR-ETH 1); das Vorsorgereglement des Vorsorgewerks ETH-Bereich für die Professorinnen und Professoren der ETH (VR-ETH 2); das Vorsorgereglement vom 26. September 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Swissmedic (VR-Swissmedic); das Vorsorgereglement vom 21. November 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) (VR-IGE); das Vorsorgereglement vom 20. November 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) (VR-RAB); das Vorsorgereglement vom 20. November 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB) (VR-EHB); das Vorsorgereglement vom 12. Dezember 2008 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) (VR-FINMA); das Vorsorgereglement vom 29. Oktober 2008 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI) (VR-ENSI); das Vorsorgereglement vom 27. November 2008 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks PUBLICA (VR-PUBLICA); das Vorsorgereglement vom 22. Juni 2010 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Schweizerischen Nationalmuseums (SNM) (VR-SNM); und das Vorsorgereglement vom 17. September 2012 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden im Vorsorgewerk METAS (VR-METAS). Das Datum des Inkrafttretens ist am 1. Mai 2018 und 1. Januar 2019. AS 2018, 2431, 2465, 2485, 2505, 2507, 2509, 2511, 2513, 2515, 2517, 2519, 2521

27. *Verordnungen des SBFJ über die berufliche Grundbildung*

Vergolderin-Einrahmerin/Vergolder-Einrahmer EFZ (Änderung); Polisseuse/Polisseur EBA; Oberflächenveredlerin/Oberflächenveredler Uhren und Schmuck EFZ; Medizinische Praxisassistentin/Medizinischer Praxisassistent EFZ; Chemie- und Pharmapraktikerin/Chemie- und Pharmapraktiker EBA; Lüftungsanlagenbauerin/Lüftungsanlagenbauer EFZ; Geigenbauerin/Geigenbauer EFZ (Änderung); Logistikerin/Logistiker EFZ (Änderung); Gärtnerin/Gärtner EFZ (Änderung); Gärtnerin/Gärtner EBA (Änderung); Berufsfeld «Gebäudetechnikplanung» EFZ

(Änderung); Büroassistentin/Büroassistent EBA (Änderung); Recyclistin/Recyclist EFZ; Orthopädienschuhmacherin/Orthopädienschuhmacher EFZ (Änderung); Schuhmacherin/Schuhmacher EFZ (Änderung); Textiltechnologin/Textiltechnologe EFZ; Fachfrau Bewegungs- und Gesundheitsförderung/Fachmann Bewegungs- und Gesundheitsförderung EFZ (Änderung); Medientechnologin/Medientechnologe EFZ; Restaurantfachfrau/Restaurantfachmann EFZ; Restaurantfachfrau/Restaurantfachmann EBA; Mediamatikerin/Mediamatiker EFZ. AS 2018, 51, 749, 761, 1763, 1799, 2145, 2557, 2757, 2759, 2761, 2899, 2953, 3219, 3319, 3323, 3353, 3921, 4027, 4791, 4805, 4819

## II. Bundesblatt (BBl)

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

### 1. *Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 15. Juni 2018*

Die Volksinitiative vom 12. August 2016 «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» ist gültig und wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet. Die «Selbstbestimmungsinitiative» will den Vorrang des Verfassungsrechts vor dem Völkerrecht verankern. Zudem sollen die Behörden verpflichtet werden, der Verfassung widersprechende völkerrechtliche Verträge anzupassen und nötigenfalls zu kündigen. BBl 2018, 3497

### 2. *Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 15. Juni 2018*

Das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen regelt, unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen im medizinischen Bereich durchgeführt sowie DNA-Profile zur Klärung der Abstammung oder zur Identifizierung erstellt werden dürfen. In den letzten Jahren sind die Untersuchungsverfahren wesentlich schneller, günstiger und aussagekräftiger geworden. Zudem werden heute viele Untersuchungen angeboten, die gesetzlich nicht erfasst sind. Die vorgeschlagene Totalrevision trägt dem technischen Fortschritt Rechnung und regelt die genetischen Untersuchungen beim Menschen auf umfassende Art. Die Referendumsfrist ist am 4. Oktober 2018 abgelaufen. BBl 2018, 3509

3. *Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts). Änderung vom 15. Juni 2018*

Mit der vorliegenden Änderung soll das Verjährungsrecht in einzelnen Punkten verbessert und vereinfacht werden. Zentrale Revisionspunkte sind die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist von 1 auf 3 Jahre für Ansprüche aus Delikts- oder Bereicherungsrecht sowie die Einführung einer besonderen absoluten Verjährungsfrist von 20 Jahren bei Personenschäden. Auf eine umfassende Vereinheitlichung des gesamten Verjährungsrechts wird zugunsten punktueller Anpassungen und Verbesserungen verzichtet. Die Referendumsfrist ist am 4. Oktober 2018 abgelaufen. BBl 2018, 3537

4. *Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) vom 28. September 2018*

Ausgangspunkt der STAF ist die Abschaffung der international nicht mehr akzeptierten Regelungen für kantonale Statusgesellschaften. Damit die Schweiz weiterhin ein attraktiver Wirtschaftsstandort bleibt, wird diese Massnahme durch die Einführung neuer steuerlicher Sonderregelungen begleitet. Ebenfalls wird diese Steuervorlage mit Massnahmen zur Finanzierung der AHV ergänzt. Das Parlament wollte damit einen sozialen Ausgleich schaffen, indem die erwarteten Steuererleichterungen mit höheren Beiträgen an die Finanzierung der AHV kompensiert werden. Für das Arbeitsverhältnis bedeutet das die Erhöhung des Beitragssatzes um 0,3 Prozentpunkte (je 0,15 Prozentpunkte für Arbeitnehmer und Arbeitgeber). Die Referendumsfrist ist am 17. Januar 2019 abgelaufen. BBl 2018, 6031

5. *Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG). Änderung vom 14. Dezember 2018*

Die Änderung des Gleichstellungsgesetzes verfolgt das Ziel, mit zusätzlichen staatlichen Massnahmen die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern zu verwirklichen. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die 100 oder mehr Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, werden gesetzlich dazu verpflichtet, alle vier Jahre eine Lohngleichheitsanalyse durchzuführen und diese überprüfen zu lassen. Die Referendumsfrist ist am 7. April 2019 abgelaufen. BBl 2018, 7875

6. *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) (Verfahrensregelungen und Informationssysteme). Änderung vom 14. Dezember 2018*

Die Änderung sieht unter anderem vor, das Vetorecht des Staatssekretariats für Migration (SEM) über das Zustimmungsverfahren beizubehal-

ten; sie sieht ferner vor, die nach Aufhebung des Cabaret-Tänzerinnen-Statuts nötigen Gesetzesänderungen für den Schutz von Prostituierten, die Opfer von Straftaten wurden, umzusetzen und die Zielgruppe der Rückkehrhilfe zu erweitern. Sie legt auch die Rolle des SEM bei der Qualitätssicherung und der qualitativen Weiterentwicklung von Angeboten der Integrationsförderung fest, regelt die Pflicht des Arbeitgebers zur Rückerstattung der Auslagen ihrer in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden und ändert die Verteilung der Beweislast bei einem Verfahren zur Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, wenn ein Flüchtling eine Reise in seinen Heimat- oder Herkunftsstaat unternommen hat. Die Referendumsfrist ist am 7. April 2019 abgelaufen. BBl 2018, 7879

7. *Botschaft zur Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und Serbien sowie zwischen der Schweiz und Montenegro über soziale Sicherheit vom 14. Februar 2018 und Entwurf Bundesbeschluss über deren Genehmigung. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Serbien vom 10. Oktober 2010 und Montenegro vom 7. Oktober 2010 über soziale Sicherheit*

Mit den beiden Abkommen über soziale Sicherheit mit Serbien und Montenegro wird für zwei weitere Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens das mit der Föderativen Volksrepublik Jugoslawien abgeschlossene Sozialversicherungsabkommen abgelöst. Letzteres wird nach Inkrafttreten der Abkommen mit Serbien und Montenegro nur noch auf Bosnien und Herzegowina anwendbar sein. Mit diesem Staat sind ebenfalls bereits Vertragsverhandlungen im Gange. BBl 2018, 1153, 1169, 1171, 1189

8. *Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 2. März 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)*

Der vorliegende Gesetzesentwurf verfolgt im Wesentlichen drei Ziele. Zunächst die Verbesserungen bei der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs: Geldleistungen mit Erwerbersatzcharakter sollen auch bei ungerechtfertigtem Nichtantritt des Straf- oder Massnahmenvollzugs sistiert werden können. Heute darf die Rentenzahlung erst eingestellt werden, wenn sich der oder die Verurteilte tatsächlich im Straf- oder Massnahmenvollzug befindet. Im internationalen Kontext bedarf es, zweitens, ebenfalls einer Anpassung im Bereich der Durchführung von internationalen Sozialversicherungsabkommen, die durch Aktualisierungen von Anhang II des Freizügigkeitsabkommens Schweiz–EU bedingt ist. Als drittes Ziel werden noch die Optimierungen des Systems und des Vollzugs des ATSG angestrebt. Die Regressbestimmungen sollen zur Vollzugserleichterung und infolge der aktuellen haftpflichtrechtlichen

Rechtsprechung des Bundesgerichts angepasst werden, indem insbesondere die Mitwirkungspflichten der versicherten Personen verstärkt werden und der Katalog der regressierbaren Leistungen der Sozialversicherungen ergänzt wird. BBl 2018, 1607, 1665

9. *Botschaft zur Revision des Ausländergesetzes (AuG) vom 2. März 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) (Verfahrensregelungen und Informationssysteme)*

Der vorliegende Gesetzesentwurf hat unter anderem zum Inhalt, das Vetorecht des Staatssekretariats für Migration (SEM) über das Zustimmungsverfahren beizubehalten; er sieht ferner vor, die nach Aufhebung des Cabaret-Tänzerinnen-Statuts nötigen Gesetzesänderungen für den Schutz von Prostituierten, die Opfer von Straftaten wurden, umzusetzen und die Zielgruppe der Rückkehrhilfe zu erweitern. Die Vorlage legt auch die Rolle des SEM bei der Qualitätssicherung und der qualitativen Weiterentwicklung von Angeboten der Integrationsförderung fest, regelt die Pflicht des Arbeitgebers zur Rückerstattung der Auslagen ihrer in die Schweiz entsandten Arbeitnehmenden und ändert die Verteilung der Beweislast bei einem Verfahren zur Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, wenn ein Flüchtling eine Reise in seinen Heimat- oder Herkunftsstaat unternommen hat. BBl 2018, 1685, 1769

10. *Botschaft zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 vom 21. Mai 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die Steuervorlage 17 (SV17)*

Die Steuervorlage 17 (SV17) soll wettbewerbsfähige steuerliche Rahmenbedingungen in der Schweiz sicherstellen. Ausgangspunkt der Vorlage ist die Ablösung bestehender Steuerregimes, die nicht mehr im Einklang mit internationalen Standards stehen. Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht unter anderem eine Erhöhung der Familienzulage vor. Die Höhe der Familienzulagen wird von den Kantonen festgelegt. Der Bund schreibt im Familienzulagengesetz vom 24. März 2006 (FamZG) lediglich die Mindestansätze fest. Die Familienzulagen nach FamZG für Arbeitnehmende werden von den Arbeitgebern finanziert, indem sie auf den von ihnen ausgerichteten AHV-pflichtigen Löhnen Beiträge an die Familienausgleichskassen entrichten. Einzig im Kanton Wallis müssen sich auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an der Finanzierung beteiligen. Konkret wird bei der SV 17 vorgeschlagen, die Mindestansätze gemäss FamZG Art. 5 Abs. 1 und 2 um 30 Franken zu erhöhen. Die minimalen Kinderzulagen würden dadurch neu 230 Franken und bei den Ausbildungszulagen neu 280 Franken pro Monat betragen. BBl 2018, 2527, 2655

11. *Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (steuerliche Berücksichtigung der Kinderdrittbetreuungskosten) vom 9. Mai 2018 und Entwurf Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*

Die Gesetzesvorlage verfolgt das Ziel, dem inländischen Fachkräftemangel entgegenzuwirken und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zu verbessern. Dies soll durch die stärkere Berücksichtigung der Kosten für die Kinderbetreuung im Steuerrecht erreicht werden. Eltern sollen bei der direkten Bundessteuer die Kosten für die Drittbetreuung ihrer Kinder bis maximal 25 000 Franken pro Kind vom Einkommen abziehen können. BBl 2018, 3019, 3041

12. *Botschaft zur Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie» vom 1. Juni 2018 und Entwurf Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie»*

Die Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie» wurde am 4. Juli 2017 eingereicht. Sie will den Bund verpflichten, einen mindestens vierwöchigen gesetzlich vorgeschriebenen und über die Erwerbsersatzordnung (EO) entschädigten Vaterschaftsurlaub einzuführen. BBl 2018, 3699, 3723

13. *Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 29. August 2018 und Entwurf Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erbrecht)*

Im Zentrum der Revision steht die Erhöhung der Verfügungsfreiheit der Erblasserin oder des Erblassers durch eine Verkleinerung der Pflichtteile. Dadurch wird der Handlungsspielraum der Erblasserin oder des Erblassers in zweierlei Hinsicht vergrössert. Einerseits kann sie oder er einen grösseren Teil des Vermögens der gewünschten erbberechtigten Person übertragen, was insbesondere die Übertragung von Familienunternehmen erleichtert. Andererseits kann sie oder er weitere Personen durch Verfügung von Todes wegen stärker begünstigen – zum Beispiel eine faktische Lebenspartnerin oder einen faktischen Lebenspartner oder deren beziehungsweise dessen Kinder. BBl 2018, 5813, 5905

14. *Zusatzbotschaft und Entwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 21. September 2018*

Anträge des Bundesrates zum Erlassentwurf der Botschaft vom 20. November 2013 zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) in der Fassung des Ständerates vom 22. September 2014. Am 10. September 2015 hat das Par-

lament den vom Bundesrat vorgelegten Entwurf vom 20. November 2013 zurückgewiesen und eine verständlichere und einfacher formulierte Fassung verlangt. Durch die Änderung sollen die Voraussetzungen für die Meldung von Unregelmässigkeiten im Gesetz geregelt werden. Die Interessenabwägung würde somit durch den Gesetzgeber erfolgen. Mit der Regelung im Gesetz ist eine bessere Vorhersehbarkeit verbunden, wobei der Richter in bestimmten Fällen weiterhin über einen gewissen Ermessensspielraum verfügt. Ebenfalls behandelt wird die Koordination zwischen dem Arbeitsrecht und dem Strafrecht. BBl 2018, 6127, 6151

15. *Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (12. Kapitel: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit) vom 24. Oktober 2018 und Entwurf über das Internationale Privatrecht (IPRG)*

Das internationale Privatrecht (IPRG), dessen 12. Kapitel die internationale Schiedsgerichtsbarkeit regelt, soll modernisiert werden. Der Entwurf überführt zentrale Elemente der Rechtsprechung des Bundesgerichts in das Gesetz und klärt offene Anwendungsfragen. Darüber hinaus verbessert der Entwurf die Anwenderfreundlichkeit des Gesetzes weiter und stärkt die Parteiautonomie im Einklang mit internationalen Entwicklungen. BBl 2018, 7163, 7213

16. *Parlamentarische Initiative Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Verlängerung des Impulsprogramms. Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates vom 12. April 2018. Entwurf Bundesbeschluss über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (KBFHG). Entwurf Bundesbeschluss über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018*

Mit dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (Impulsprogramm) wird die Schaffung von neuen Betreuungsplätzen für Kinder gefördert, damit die Eltern Familie und Arbeit oder Ausbildung besser vereinbaren können. Das Gesetz ist seit dem 1. Februar 2003 in Kraft. Die ursprünglich auf acht Jahre befristete Geltungsdauer wurde 2010 und 2014 verlängert und endete am 31. Januar 2019. Die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates (WBK-N) beschloss infolgedessen eine parlamentarische Initiative, um das Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung über den 31. Januar 2019 hinaus um vier zusätzliche Jahre zu verlängern. Ziel sei es, die Schaffung von Betreuungsplätzen für Kinder zu fördern und den Eltern so zu ermöglichen, Familie und Beruf oder Ausbildung besser miteinander zu vereinbaren. Der Bundesrat beantragte, nicht auf die Vorlage einzutreten und den Gesetzesentwurf und den Entwurf des Bundesbeschlusses abzulehnen. BBl 2018, 3335, 3357, 3359, 3361

17. *Parlamentarische Initiative Kündigung und Änderung von Staatsverträgen. Verteilung der Zuständigkeiten. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 14. Mai 2018. Entwurf Bundesgesetz über die Zuständigkeiten für den Abschluss die Änderung und die Kündigung völkerrechtlicher Verträge*

Die Antwort auf die Frage, wer für die Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen zuständig ist, hat in der Praxis bisher keine wichtige Rolle gespielt. Wichtige Verträge wurden bisher nie gekündigt. Allerdings haben bestimmte Volksinitiativen in der jüngeren Vergangenheit die Frage aufgeworfen, ob wichtige Verträge gekündigt werden sollen. Auch unabhängig von den sich bei einer allfälligen Umsetzung der erwähnten Volksinitiativen stellenden Fragen empfiehlt es sich, eine potenziell derart wichtige Frage klar zu beantworten. Es ist für die Legitimität politischer Entscheide von grosser Bedeutung, dass die Regeln «vor dem Spiel» und nicht «während des Spiels» festgelegt werden. Der Bundesrat macht geltend, die Bundesverfassung weise ihm die alleinige Zuständigkeit für die Kündigung von Verträgen zu. Die Kommission folgt dieser Verfassungsinterpretation nicht. Daher möchte sie diese umstrittene Frage durch das Gesetz positiv-rechtlich beantworten. BBl 2018, 3471, 3491

18. *Parlamentarische Initiative Kündigung und Änderung von Staatsverträgen. Verteilung der Zuständigkeiten. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 14. Mai 2018*

Stellungnahme des Bundesrates: Der Bundesrat begrüsst eine neue Zuständigkeitsregelung für die Kündigung und Änderung von völkerrechtlichen Verträgen nach dem Grundsatz des «materiellen Parallelismus». Er spricht sich dafür aus, dass für die Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen eine neue Zuständigkeitsregelung eingeführt und die Zuständigkeit für die Änderung von völkerrechtlichen Verträgen klarer kodifiziert wird. Da die neue Regelung eine langjährige Verfassungspraxis ändert, ist der Bundesrat der Auffassung, dass für die Umsetzung der pa. Iv. 16.456 aus Gründen der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit eine Verfassungsgrundlage sowie eine Konkretisierung auf Gesetzesstufe erforderlich sind. BBl 2018, 5315

19. *Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)». Vorprüfung*

Die Schweizerische Bundeskanzlei verfügt, dass die am 22. Dezember 2017 eingereichte Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» den gesetzlichen Formen entspricht. Die Gültigkeit der Initiative wird erst nach ihrem Zustandekommen durch die Bundesversammlung geprüft. Die Sammelfrist dauerte bis zum 16. Juli 2019. Die Initiative



will die Bundesverfassung um folgende Artikel ergänzen: Art. 121b mit der Sachüberschrift Zuwanderung ohne Personenfreizügigkeit. Die Bestimmung sieht vor, dass keine neuen völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen und keine anderen neuen völkerrechtlichen Verpflichtungen eingegangen werden dürfen, die ausländischen Staatsangehörigen eine Personenfreizügigkeit gewähren. Bestehende völkerrechtliche Verträge und andere völkerrechtliche Verpflichtungen sollen nicht im Widerspruch zu den Abs. 1 und 2 angepasst oder erweitert werden dürfen. Weiter wird in Art. 197 Ziff. 12 BV (Übergangsbestimmung zu Art. 121b BV) vorgesehen, dass auf dem Verhandlungsweg anzustreben sei, dass das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit innerhalb von zwölf Monaten nach Annahme von Art. 121b durch Volk und Stände ausser Kraft ist. Gelingt dies nicht, so soll der Bundesrat das Abkommen innert weiteren 30 Tagen kündigen. BBl 2018, 108

20. *Eidgenössische Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten».*  
*Rückzug*

Mit Rückzugserklärung vom 14. Dezember 2017 gibt das Initiativkomitee der Bundeskanzlei davon Kenntnis, dass die eidgenössische Volksinitiative vom 27. Oktober 2015 «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» (BBl 2015 8337) vom Initiativkomitee mit der nötigen Mehrheit zurückgezogen worden ist. BBl 2018, 215

21. *Eidgenössische Volksinitiative «Berufliche Vorsorge – Arbeit statt Armut».* *Vorprüfung*

Die am 12. Juni 2018 eingereichte Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «Berufliche Vorsorge – Arbeit statt Armut» entspricht den gesetzlichen Formen. Sammelfrist bis 10. Januar 2020. BBl 2018, 3871

22. *Eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)».* *Zustandekommen*

Die in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs abgefasste eidgenössische Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» ist zustande gekommen, da sie die nach Art. 139 Abs. 1 BV verlangten 100 000 gültigen Unterschriften aufweist. Von insgesamt 118 444 eingereichten Unterschriften sind 116 139 gültig. BBl 2018, 5785

23. *Referendum gegen die Änderung vom 16. März 2018 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten)*

Das Referendum gegen die Änderung vom 16. März 2018 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten) ist zustande gekommen, da es die nach Art. 141 Abs. 1 BV verlangten 50 000 gültigen Unterschriften aufweist. BBl 2018, 4543

24. *Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Stabilisierung der AHV (AHV21)*

Ziel der Vorlage ist die Sicherung der Finanzierung der AHV sowie die Gewährleistung des Rentenniveaus. Sie enthält insbesondere essenzielle und dringende Massnahmen, die die Erreichung dieser Ziele ermöglichen. Vorgesehen sind die Angleichung des Referenzalters für Frauen und Männer auf 65 Jahre, Ausgleichsmassnahmen für die Referenzaltererhöhung bei den Frauen auf 65 Jahre, die Flexibilisierung des Rentenbezugs und eine Zusatzfinanzierung zugunsten der AHV. Vernehmlassungsfrist: 17. Oktober 2018. BBl 2018, 3867

25. *Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Bundesgesetz über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung*

Wer als erwerbstätige Person kranke oder verunfallte Familienmitglieder betreut und pflegt, ist auf vielfache Unterstützung angewiesen. Der vorliegende Gesetzesentwurf soll die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung verbessern. Damit wird für betreuende Angehörige im Erwerbsalter Rechtssicherheit gewährt und die gesellschaftliche Anerkennung der Angehörigenbetreuung gestärkt. Die notwendigen gesetzlichen Anpassungen sind in einem Mantelerlass zusammengefasst; sie betreffen das Obligationenrecht, das Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft sowie das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung. Vernehmlassungsfrist: 19. Oktober 2018. BBl 2018, 3868

26. *Vernehmlassungsverfahren. Parlamentarische Kommissionen. 16.414 Pa.Iv. Graber Konrad. Teilflexibilisierung des Arbeitsgesetzes und Erhalt bewährter Arbeitszeitmodelle; 16.423 Pa.Iv. Keller-Sutter*

Ausnahme von der Arbeitszeiterfassung für leitende Angestellte und Fachspezialisten. Vernehmlassungsfrist: 4. Dezember 2018. BBl 2018, 5245

### III. Initiativen

#### 1. *Standesinitiativen*

*Tessin*: Bekämpfung des Lohndumpings: Erweiterung des Begriffs der missbräuchlichen Kündigung (18.306)

*Genf*: Befähigung der Kantone zur Umsetzung der Gleichstellung von Mann und Frau (18.313)

*Tessin*: Informationspflicht gegenüber von Lohndumping betroffenen Arbeitnehmenden (18.326)

#### 2. *Parlamentarische Initiativen*

*Nantermod Philippe*: Schliessung der Rechtslücken in der Unfallversicherung (18.408)

*Oberholzer Susanne*: Mit der Lohntransparenz zur Lohngleichheit (18.409)

*Reynard Mathias*: Das Burnoutsyndrom als Berufskrankheit anerkennen (18.416)

*Sommaruga Carlo*: Entsendegesetz. Erstunternehmer, die ausländische Subunternehmen beauftragen, sollen für Verstösse durch die Subunternehmer tatsächlich haften (18.419)

*Minder Thomas*: Bundesbetriebe und bundesnahe Unternehmungen. Keine Abgangsentschädigungen ans Topkader (18.428)

*Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit SR*: Indirekter Gegenentwurf zur Vaterschaftsurlaubs-Initiative (18.441)

*Caroni Andrea*: Vaterschaftsurlaub. Do it yourself! (18.444)

*Amaudruz Céline*: Gewalt gegen Frauen und gegen Angehörige kantonaler oder kommunaler Polizeikorps im Dienst. Erschwerende Umstände (18.453)

*Amaudruz Céline*: Vom Gesetz besonders geschützte Personen. Frauen und Beamte im Dienst (18.454)

*Grossen Jürg*: Selbstständigkeit ermöglichen, Parteiwillen berücksichtigen (18.455)

*Matter Thomas*: AHV-Finanzierung durch die Schweizerische Nationalbank (18.465)

#### 3. *Motionen*

*Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR*: Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers (18.3005)

*Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR*: Systematischere Missbrauchsbekämpfung im Bereich der Ergänzungsleistungen (18.3031)

*Grüter Franz*: Aufnahme der Ausgesteuerten in die Arbeitslosenstatistik (18.3068)

*Nantermod Philippe*: Personenwagen als Anhänger von Arbeitsmotorwagen zulassen (18.3078)

*Leutenegger Oberholzer Susanne*: Explodierende Ärzteeinkommen. Transparenz schaffen und Exzesse stoppen (18.3098)

*Heim Bea*: Transparenz bei Entschädigungen und Honoraren für Ärzte und Ärztinnen in leitender Funktion (18.3107)

*Merlini Giovanni*: Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der VEP: Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen (18.3108)

*Abate Fabio*: Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der VEP: Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen (18.3176)

*Kälin Irène*: Weiterbildungsoffensive im Bereich der Digitalisierung für ältere Arbeitnehmende (18.3219)

*Weibel Thomas*: Mehr Flexibilität für Pensionskassen bei Austritt der Versicherten ohne Information zum Erhalt des Vorsorgeschutzes (18.3283)

*Flückiger-Bäni Sylvia*: Staatsunternehmen. Den Bund in die Pflicht nehmen (18.3288)

*Grünliberale Fraktion*: Keine mengenbezogenen Lohnanreize für Spitalärzte (18.3293)

*Vitali Albert*: Bürokratieabbau. Neue Offenheit auf dem stillen Örtchen (18.3299)

*Golay Roger*: Erwerbsausfallentschädigung: Leistungen zwischen Zivildienst und Militärdienst differenzieren (18.3313)

*Burgherr Thomas*: Gegen Ineffizienzen in der Bundesverwaltung (18.3345)

*Munz Martina*: Formale Weiterbildung im Tertiärbereich vermehrt auf ältere und erfahrene Erwachsene ausrichten (18.3359)

*Rytz Regula*: Schluss mit Boni-Fehlanreizen in bundesnahen Betrieben! (18.3370)

*Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR*: Höhere Fachschulen: Profil stärken, Qualität sichern, Attraktivität steigern (18.3392)

*Müller Philipp*: Griffige und wirksame Umsetzung der Stellenmeldepflicht (18.3407)

*Fraktion der Schweizerischen Volkspartei*: Für eine kohärente Praxis bei illegalen Einwanderern (Sans-Papiers) (18.3421)

*Sozialdemokratische Fraktion*: Die Entschädigungen der Krankenkassenmanagerinnen und -manager begrenzen (18.3442)

*Abate Fabio*: Optimierung der flankierenden Massnahmen: Änderung von Artikel 2 des Entsendegesetzes (18.3473)

*Nantermod Philippe*: Richtlinien zur Arbeitssicherheit. Ein Widerspruchsrecht einführen (18.3479)

*Reynard Mathias*: Praktika. Den Status der Praktikantinnen und Praktikanten besser regeln und damit stärken (18.3489)

*Hêche Claude*: Wirtschaftliche Wiedereingliederung von Personen ermöglichen, die keine konkrete Aussicht auf eine Schuldentilgung haben, und

gesetzliche Möglichkeiten prüfen, um diese Personen unter bestimmten Bedingungen von ihren Schulden zu befreien (18.3510)

*Page Pierre-André:* Teilrevision des Bundesrechts betreffend die Gewährung von Arbeitslosenentschädigung (18.3532)

*Fluri Kurt:* Arbeit dank Bildung (18.3537)

*Fraktion der Schweizerischen Volkspartei:* Betrug und Verantwortungslosigkeit bei der Post bedingt Boni- und Lohnrückzahlungen (18.3538)

*Marchand-Balet Géraldine:* Änderung des Geltungsbereichs der Gesamtarbeitsverträge (18.3599)

*Grossen Jürg:* Fairness für Ehe- und Lebenspartner von Arbeitgebern und von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung bei KMU (18.3662)

*Flach Beat:* Berufsbildung soll Teilhabe ermöglichen und das Potenzial von Menschen mit Beeinträchtigung muss anerkannt und beachtet werden (18.3684)

*Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR:* Ergänzungsleistungen für Betreutes Wohnen (18.3716)

*Portmann Hans-Peter:* Kein Freipass in die schweizerischen Arbeitslosen- und Sozialversicherungen (18.3746)

*Fraktion der Schweizerischen Volkspartei:* Entwicklungshilfemilliarden für die AHV-Sanierung einsetzen (18.3755)

*Fraktion der Schweizerischen Volkspartei:* Kohäsionsmilliarde für die AHV-Sanierung einsetzen (18.3756)

*Fraktion der Schweizerischen Volkspartei:* Asylmilliarden für die AHV-Sanierung einsetzen (18.3757)

*Bigler Hans-Ulrich:* Produktivität in der Bundesverwaltung managen (18.3773)

*Quadri Lorenzo:* Keine finanziellen Anreize für die Anstellung von Flüchtlingen. Zu fördern ist stattdessen die Anstellung von Schweizerinnen und Schweizern, die in ihrem eigenen Land allzu oft diskriminiert werden (18.3787)

*Gschwind Jean-Paul:* Damit ältere Arbeitslose wieder eine feste Arbeit finden (18.3804)

*Pezzatti Bruno:* Zeitgemässe Anlagevorschriften zur Stärkung der beruflichen Vorsorge (18.3806)

*Quadri Lorenzo:* Höchstens 6 Monate Sozialhilfe für Personen aus der EU (18.3824)

*Hess Erich:* Persönliche Altersvorsorge stärken (18.3836)

*Gutjahr Diana:* Einbezug der Steuer in die Berechnung des Existenzminimums (18.3872)

*Pfister Gerhard:* Kontaktlose Vermögen in der beruflichen Vorsorge verringern durch eine Vereinfachung des Geringfügigkeitsartikels (18.3897)

*Siegenthaler Heinz:* Quellensteuer für alle (18.3902)

*Vonlanthen Beat:* Weiterbildungsfonds auf Branchenebene (18.3933)

*Baumann Isidor:* Stärkung der Sozialpartnerschaft bei allgemeinverbindlich erklärten Landes-Gesamtarbeitsverträgen (18.3934)

*Ettlin Erich:* Bessere Absicherung von Selbstständigen gegen soziale Risiken ermöglichen (18.3937)

*Müller-Altarmatt Stefan:* Bessere Absicherung von Selbstständigen gegen soziale Risiken ermöglichen (18.3979)

*Glarner Andreas:* Aufhebung privater Arbeitslosenkassen (18.3986)

*Roduit Benjamin:* Familienergänzende Kinderbetreuung und Berechnung des für AHV-Beiträge massgebenden Lohnes (18.3994)

*Roduit Benjamin:* Weltweite Austauschprogramme für Lehrpersonen (18.4008)

*Hiltbold Hugues:* Auszahlung der AHV ins Ausland in Dollar. Warum nicht in Schweizer Franken oder in der von der versicherten Person gewünschten Währung? (18.4012)

*Bendahan Samuel:* Qualität der beruflichen Wiedereingliederung soll verbessert werden (18.4034)

*Bendahan Samuel:* Die Arbeitgeber dazu motivieren, dem Arbeitsmarkt qualifizierte Personen zu übergeben (18.4035)

*Reynard Mathias:* Nationale Präventionskampagne gegen sexuelle Belästigung und sexuelle Gewalt (18.4047)

*Reynard Mathias:* Sexuelle Belästigung. Gravierende Lücken müssen geschlossen werden (18.4049)

*Candinas Martin:* Ausbildungszulagen für alle Jugendlichen bis 18 bringt Erleichterungen für Familien und Firmen (18.4056)

*Graf Maya:* Bezahlte Stillpausen sollen durch die Erwerbsersatzordnung EO finanziert werden (18.4061)

*Caroni Andrea:* Mehr Parteiautonomie in den Sozialversicherungen (18.4080)

*Finanzkommission NR:* Personalausgaben der Bundesverwaltung mittels Digitalisierung und Effizienzgewinne im Griff behalten (18.4090)

*Burgherr Thomas:* Spesenaufwand beim Bund reduzieren (18.4115)

*Zuberbühler David:* Beginn der Rekrutenschule auf den Berufslehraabschluss abstimmen (18.4170)

*Glauser-Zufferey Alice:* Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG): Rahmenfristen für pflegende Angehörige (18.4219)

*Heim Bea:* Schluss mit mengenabhängigen Bonusvereinbarungen oder Kickbacks (18.4226)

*Müller Walter:* Flankierende Massnahmen modernisieren (18.4250)

*Ettlin Erich:* Beginn der Rekrutenschule auf den Berufslehraabschluss abstimmen (18.4280)

*Heer Alfred:* Negativzinsen der SNB in die AHV (18.4327)

*Mazzone Lisa:* Invalidenversicherung. Berufliche Eingliederung muss Vorrang haben (18.4330)

*Mazzone Lisa:* Asylgesetz und Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit für bestimmte Kategorien von Personen: Die Kantone sollen entscheiden dürfen (18.4331)

#### 4. Postulate

- Piller Carrard Valérie*: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau fördern, um die Wirtschaft zu stärken (18.3106)
- Feri Yvonne*: Umsetzung des Verfassungsauftrages zur Gleichstellung von Frau und Mann (18.3120)
- Carobbio Guscetti Marina*: Ein konkreter Plan zur Gleichstellung der Geschlechter (18.3122)
- Häsler Christine*: Wirkungsvolle Massnahmen zur Verhinderung der Aussteuerung von Personen über 55 Jahre (18.3218)
- Masshardt Nadine*: Vereinbarkeit von Familie und Beruf stärken. Mehr familienergänzende Betreuungsplätze dank geteilter Finanzierung (18.3257)
- Grin Jean-Pierre*: Duale Bildung, Beratung der Lernenden. Lücken am Horizont? (18.3275)
- Maire Jacques-André*: Anerkennung und Gutscheine für Freiwilligenarbeit in der Hilfe und Unterstützung für Dritte (18.3422)
- Abate Fabio*: Meldepflicht nach dem Entsendegesetz und nach der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs. Sanktionsverfahren bei Verstössen vereinheitlichen (18.3506)
- Marchand-Balet Géraldine*: EFZ-Ausbildungen und Bedürfnisse der Betriebe aufeinander abstimmen (18.3600)
- Müller-Altermatt Stefan*: Konzept zur durchgehenden Qualifizierung im Bereich der Digitalisierung (18.3635)
- Quadranti Rosmarie*: Umgang mit Trinkgeldern in Zeiten starker Zunahme der elektronischen Zahlungsmittel (18.3790)
- de la Reussille Denis*: Wirksame Präventionsmassnahmen gegen die perversen Auswirkungen von Sprachanweisungen. Die Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer kommt vor dem Profit (18.3901)
- Bruderer Wyss Pascale*: Plattform-Unternehmen und Gig-Economy: Bessere Absicherung von selbstständig Erwerbstätigen (18.3936)
- Leutenegger Oberholzer Susanne*: Situation der Alleinstehenden bei Steuern und Sozialversicherungen. Bericht (18.3947)
- Wasserfallen Christian*: Stärkung der Berufs-, Laufbahn- und Studienberatung (18.3959)
- Flach Beat*: Cannabis legalisieren und Steuersubstrat zugunsten der AHV/IV generieren (18.4009)
- Marchand-Balet Géraldin*: Wie könnte die Lehrstellenzahl bei ausländischen Unternehmen mit Sitz in der Schweiz vergrössert werden? (18.4017)
- Reynard Mathias*: Sexuelle Belästigung. Wir brauchen endlich verlässliche Zahlen über dieses Problem (18.4048)
- Molina Fabian*: Übersicht zum sozialen Unternehmertum in der Schweiz (18.4073)

*Marti Min Li:* Einführung Innovation Fellowship-Programm in der Bundesverwaltung (18.4217)  
*Feri Yvonne:* Parlamentarische Arbeit prüfen auf Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Politik (18.4252)  
*Trede Aline:* Exekutivsharing auf Bundesebene (18.4342)  
*Kälin Irène:* Ersatz für Parlamentarierinnen und Parlamentarier bei Mutterschaft, Vaterschaft und längerer Krankheit (18.4370)

## IV. Normalarbeitsverträge

### 1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

(Stand: 1. April 2019<sup>1</sup>)

| Kanton      | NAV für die Berufe                                                                                                                                                                                                                 | Fundstelle    |
|-------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| Bund        | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010 / Änderung vom 9. Dezember 2016 (Geltung: 1.1.2017–31.12.2019)                                         | 221.215.329.4 |
| Basel-Stadt | Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen für die im Detailhandel Basel-Stadt angestellten Personen (NAV Detailhandel) vom 2. Mai 2017 (Inkrafttreten: 1. Juli 2017)                                                       | 215.800       |
| Genf        | Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du gros œuvre (CTT-GO) du 15 décembre 2015 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> janvier 2016; abrogation entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> juillet 2016) | J 1 50.20     |
|             | Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du second œuvre (CTT-SO) du 19 décembre 2016 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> janvier 2017; abrogation entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> avril 2017) | J 1 50.05     |
|             | Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du commerce de détail (CTT-CD) du 13 juin 2017 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> juillet 2017)                                                         | J 1 50.17     |

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



| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | <b>Fundstelle</b>                                                                              |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------|
|               | Contrat-type de travail des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 18 décembre 2012 (Etat au 1 <sup>er</sup> janvier 2013) – Modification du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 19 janvier 2018 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> janvier 2018)                                                           | J 1 50.16                                                                                      |
|               | Contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom) du 13 décembre 2011 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> janvier 2012) – Modification du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique (CTT-EDom) du 19 janvier 2018 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> janvier 2018)                                      | J 1 50.03                                                                                      |
|               | Contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 26 novembre 2013 (Etat au 1 <sup>er</sup> janvier 2014) – Modification du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 19 janvier 2018 (entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> janvier 2018) | J 1 50.18                                                                                      |
|               | Contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 14 mars 2014 (Etat au 1 <sup>er</sup> avril 2014) – Modification du contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 3 mars 2016 (Etat au 1 <sup>er</sup> avril 2016)                                                                                                        | J 1 50.19                                                                                      |
| Jura          | Contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 7 mars 2017 (Entrée en vigueur: 1 <sup>er</sup> avril 2017)                                                                                                                                                                  | 222.153.231                                                                                    |
| Tessin        | Contratto normale di lavoro (CNL) per gli impiegati di commercio nelle fiduciarie dell'11 novembre 2014 / Inkrafttreten: 1. Januar 2015 – modifica (del 12 dicembre 2017)                                                                                                                                                                                   | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2014; 6/2018)                      |
|               | Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio negli studi legali (del 5 febbraio 2015); Inkrafttreten: 1. August 2015 – modifica in vigore il 1 <sup>o</sup> gennaio 2018                                                                                                                                                                      | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (8/2015) – Foglio ufficiale (102/2017) |
|               | Contratto normale di lavoro per il settore del commercio all'ingrosso (del 10 novembre 2015); Inkrafttreten: 1. Januar 2016 – Änderung: 22.12.2017 (Inkrafttreten: 01.01.2018)                                                                                                                                                                              | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (50/2015) (102/2017)                   |

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                          | <b>Fundstelle</b>                                                                                              |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|               | Contratto normale di lavoro per il settore dell'informatica (del 24 giugno 2014); Inkrafttreten: 1. Septemeber 2014 – Contratto normale di lavoro per il settore dell'informatica; proroga (del 23 agosto 2017)                                                                                                    | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (35/2014) – Bollettino ufficiale delle leggi (43/2017) |
|               | Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nelle agenzie di collocamento e prestito di personale entrato in vigore il 1° giugno 2017 (BU 11/2017 del 17 marzo 2017);                                                                                                                               | Foglio ufficiale (102/2017)                                                                                    |
|               | Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nel settore della consulenza aziendale (del 13 novembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014 – Änderung: 22.12.2017 (Inkrafttreten: 01.01.2018)                                                                                                         | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013) – Foglio ufficiale (102/2017)                |
|               | Contratto normale di lavoro per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica (del 17 dicembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014 – Contratto normale di lavoro per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica; proroga (del 20 gennaio 2016) | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (65/2013) – Bollettino ufficiale delle leggi (2/2016)  |
|               | Contratto normale di lavoro per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti) (del 9 aprile 2014); Inkrafttreten: 1. April 2014 – Contratto normale di lavoro per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti); modifica e proroga (del 30 gennaio 2018)                                    | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (19/2014) – Bollettino ufficiale delle leggi (6/2018)  |
|               | Contratto normale di lavoro per i centri fitness (del 14 novembre 2012); Inkrafttreten: 1. Januar 2013; proroga (dell'11 marzo 2015)                                                                                                                                                                               | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2012; 11/2015)                                     |
|               | Contratto normale di lavoro per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» (CNLRSG) (del 13 maggio 2014); Inkrafttreten: 1. Januar 2014                                                                                                                                                           | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (27/2014)                                              |
|               | Contratto normale di lavoro per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010 / Inkrafttreten: 9. April 2010 / Verlängerung: 11. März 2015 – Contratto normale di lavoro per i saloni di bellezza; modifica e proroga (del 30 gennaio 2018)                                                                        | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (11/2015) – Bollettino ufficiale delle leggi (6/2018)  |

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                                         | <b>Fundstelle</b>                                                 |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|
|               | Contratto normale di lavoro per gli operatori dei Call Centers (CNLCC) (del 13 novembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014                                      | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013) |
|               | Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nei call center (del 6 febbraio 2018)                                                                  | Bollettino ufficiale delle leggi (7/2018)                         |
|               | Contratto normale di lavoro per il settore orologiero (del 23 dicembre 2014); Inkrafttreten: 1. Juli 2015                                                         | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (62/2014) |
|               | Contratto normale di lavoro per personale delle agenzie di viaggio (del 22 settembre 2015); Inkrafttreten: 1. Januar 2016                                         | Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (42/2015) |
|               | Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nelle aziende del settore delle altre attività ausiliarie dei servizi finanziari (del 14 marzo 2017)   | Bollettino ufficiale delle leggi (11/2017)                        |
|               | Contratto normale di lavoro nel settore delle attività di pubblicità e ricerche di mercato (del 14 marzo 2017) – Änderung: 22.12.2017 (Inkrafttreten: 01.01.2018) | Bollettino ufficiale delle leggi (11/2017)                        |
|               | Contratto normale di lavoro per il ramo dei servizi di sicurezza privati (aziende con meno di 10 dipendenti) (del 6 febbraio 2018)                                | Bollettino ufficiale delle leggi (7/2018)                         |
|               | Contratto normale di lavoro per il settore delle lavanderie e della pulitura a secco (del 6 febbraio 2018)                                                        | Bollettino ufficiale delle leggi (7/2018)                         |
| Wallis        | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 31. Juli 2013                                 | AB Nr. 33/2013<br>S. 2060                                         |

## *2. Sonstige Normalarbeitsverträge*

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                          | <b>Fundstelle</b> |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| Bund          | Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985; Inkrafttreten: 1. Februar 1985 | SR 221.215.324.1  |
|               | Normalarbeitsvertrag für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984; Inkrafttreten: 1. Februar 1984     | SR 221.215.329.2  |
|               | Normalarbeitsvertrag für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979; Inkrafttreten: 1. Januar 1980                         | SR 221.215.329.3  |

| <b>Kanton</b>    | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                                                 | <b>Fundstelle</b>                          |
|------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------|
|                  | Normalarbeitsvertrag für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971; Inkrafttreten: 1. Juli 1971 / geändert: 1. Januar 1973                                                           | SR 221.215.328.1                           |
|                  | Normalarbeitsvertrag über Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966; Inkrafttreten: 1. Mai 1966 / geändert: 1. Januar 1973 | SR 221.215.328.6                           |
|                  | Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971; Inkrafttreten: 1. Januar 1972                                                                          | SR 221.215.328.4                           |
| Aargau           | Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 19. November 2008; Inkrafttreten: 1. Januar 2009                                                                                | SAR 963.374                                |
|                  | Normalarbeitsvertrag über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004; Inkrafttreten: 1. Januar 2005                                                | SAR 963.372                                |
| Appenzell I. Rh. | Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000; Inkrafttreten: 1. Oktober 2000                                                   | Gesetzessammlung Appenzell I. Rh., 821.001 |
|                  | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 17. April 2018; Inkrafttreten: 1. Januar 2019                                                               | Gesetzessammlung Appenzell I. Rh., 821.002 |
| Appenzell A. Rh. | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986; Inkrafttreten: 1. Januar 1987                                                             | SGS 222.217                                |
| Basel-Landschaft | Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998 (Stand 1. Januar 2015)                                                                                        | SGS 212.34                                 |
|                  | Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986                                                                                           | SGS 212.31                                 |
| Basel-Stadt      | Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990; Inkrafttreten: 1. Januar 1991 / Änderung vom 11.7.95                                   | SG 215.700                                 |
|                  | Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt vom 15. Juni 1993; Inkrafttreten: 1. Juli 1993                                     | SG 215.600                                 |
| Bern             | Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 24. Oktober 2007; Inkrafttreten: 1. Januar 2008                                                      | BSG 222.153.21                             |

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                 | <b>Fundstelle</b> |
|---------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
|               | Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst (NAV Hausdienst) vom 25. April 2007; Inkrafttreten: 1. Juli 2007                  | BSG 222.153.22    |
|               | Normalarbeitsvertrag für den Detailhandel (NAV Detailhandel) vom 15. November 2006; Inkrafttreten: 1. Januar 2007         | BSG 222.153.23    |
| Freiburg      | Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft vom 26. September 1988; Inkrafttreten: 1. Oktober 1988                        | SGS 222.5.92      |
|               | Normalarbeitsvertrag für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989; Inkrafttreten: 1. Juli 1989                      | SGS 222.5.91      |
| Genf          | Contrat-type de travail des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPMin) du 13 décembre 2011                                   | J 1 50.15         |
|               | Contrat-type de travail des travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011                                             | J 1 50.12         |
|               | Contrat-type de travail de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011                                                 | J 1 50.10         |
|               | Contrat-type de travail de l'agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011                                                   | J 1 50.09         |
| Glarus        | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988; Inkrafttreten: 1. Januar 1988               | SGS VIII C/12/3   |
|               | Normalarbeitsvertrag Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972; Inkrafttreten: 1. Januar 1973 / Änderung: 1. Januar 1980        | SGS IX D/7/1      |
| Graubünden    | Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987; Inkrafttreten: 1. Dezember 1987 | BR 535.200        |
|               | Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 27. Oktober 1998; Inkrafttreten: 1. Dezember 1998  | BR 535.230        |
|               | Normalarbeitsvertrag für das Alp- und Hirt-schaftspersonal vom 27. Oktober 1998; Inkraft-treten: 1. Dezember 1998         | BR 535.250        |
| Jura          | Contrat-type de travail pour le personnel d'exploitation et de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995 – 1.7.2016   | SGS 222.153.21    |

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                              | <b>Fundstelle</b> |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
|               | Contrat-type de travail pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978                                                                  | SGS 222.153.22    |
|               | Contrat-type de travail pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006                                            | SGS 222.153.23    |
| Luzern        | Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990                                                                 | SRL 854           |
|               | Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000                                                                     | SRL 854a          |
| Neuenburg     | Contrat-type de travail pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002                                                                              | RSN 225.43        |
|               | Contrat-type de travail pour le personnel forestier du 14 octobre 2009                                                                                 | RSN 225.46        |
|               | Contrat-type de travail du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991                                                               | RSN 225.44        |
|               | Contrat-type de travail pour les jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991                                                                           | RSN 225.45        |
|               | Contrat-type de travail pour les travailleuses/travailleurs de l'économie domestique du 5 mai 1988                                                     | RSN 225.42        |
| Nidwalden     | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985; Inkrafttreten: 1. Juli 1985                                                | LGS 223.1         |
|               | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 14. April 1997; Inkrafttreten: 1. Juli 1997 | LGS 223.2         |
| Obwalden      | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973; Inkrafttreten: 1. Januar 1974                                         | GDB 844.1         |
|               | Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 13. Mai 2008; Inkrafttreten: 1. Juni 2008                                       | GDB 844.2         |
| St. Gallen    | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986                                                   | SGS 513.1         |
|               | Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003                                                   | SGS 513.2         |

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                                                      | <b>Fundstelle</b>                    |
|---------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| Schaffhausen  | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993; Inkrafttreten: 1. April 1993                                                | SHR 221.216                          |
|               | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft (NAV LW) vom 6. Dezember 2011; Inkrafttreten: 1. Januar 2012                                                     | SHR 221.217                          |
| Solothurn     | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986; Inkrafttreten: 1. April 1986 (zuletzt geändert: 1. Februar 2011)                                        | RRB 821.321                          |
|               | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972 (zuletzt geändert: 1. Februar 2011)                                                          | RRB 821.322                          |
| Schwyz        | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997; Inkrafttreten: 1. Januar 1998                                                                    | SRSZ 217.111                         |
|               | Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001; Inkrafttreten: 1. Juli 2001 (Änderung vom 7. Dezember 2010 am 1. Januar 2011 in Kraft getreten) | SRSZ 217.112 Änderung: Abl 2010 2714 |
| Tessin        | Contratto normale di lavoro per il personale dell'agricoltura al 18 dicembre 1990                                                                                              | FU 101/1990                          |
|               | Contratto normale di lavoro per il personale domestico al 22 dicembre 1989                                                                                                     | FU 102/1989                          |
|               | Contratto normale di lavoro per giovani alla pari al 24 febbraio 1995                                                                                                          | FU 16/1995                           |
|               | Contratto normale di lavoro per il personale di vendita al dettaglio al 22 giugno 2001 et 4 aprile 2003                                                                        | FU 50/2001 et FU 27/2003             |
| Thurgau       | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999; Inkrafttreten: 1. August 1999                                             | RB 221.252                           |
|               | Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006                                                                           | RB 221.253                           |
| Uri           | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1999                                                                                                   | RB 20.1311                           |
|               | Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973                                                                                                  | RB 20.1321                           |

| <b>Kanton</b> | <b>NAV für die Berufe</b>                                                                                                                                                     | <b>Fundstelle</b>                      |
|---------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------|
| Waadt         | Contrat-type de travail pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986                                                                                                         | RSV 222.53.1                           |
|               | Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994                                                                    | RSV 222.53.2                           |
|               | Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamnr) du 27 juillet 1994                                                                 | RSV 222.53.3                           |
|               | Contrat-type de travail pour l'agriculture (ACTT-agr) du 1 <sup>er</sup> mars 2006                                                                                            | RSV 222.55.1                           |
|               | Contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr) du 18 janvier 2006                                                                                    | RSV 222.105.1                          |
| Wallis        | Normalarbeitsvertrag für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und andern Planungsbüros des Kantons Wallis vom 15. September 1982 (Ausgabe 2018)                          | Kantonales Amtsblatt 2018              |
|               | Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft im Kanton Wallis vom 24. Januar 1973 (Ausgabe 2018)                                                                               | Kantonales Amtsblatt 2018              |
|               | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992 (Ausgabe 2017)                                                                                   | Kantonales Amtsblatt 2017              |
|               | Normalarbeitsvertrag für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972 (Ausgabe 2018)                                                                                                 | Kantonales Amtsblatt 2018              |
|               | Normalarbeitsvertrag für das Personal der Autotransportunternehmungen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) des Kantons Wallis vom 1. Januar 1993 (Ausgabe 2018)        | Kantonales Amtsblatt 2018              |
|               | Normalarbeitsvertrag für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993 (Ausgabe 2018)                                                                                       | Kantonales Amtsblatt 2018              |
| Zug           | Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002                                                                                          | BGS 831.511                            |
|               | Normalarbeitsvertrag Privathaushalt vom 18. Dezember 1984                                                                                                                     | BGS 831.521                            |
| Zürich        | Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer (vom 29. Mai 1991); Inkrafttreten: 1. Juli 1991 – letzte Änderung am 3. November 2010. In Kraft seit 1. Januar 2011 | LS 821.12 – OS 65, 819; ABl 2010, 2429 |



| Kanton | NAV für die Berufe                                                                                                                                                                                         | Fundstelle |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
|        | Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis (vom 2. März 2005) – Dieser Normalarbeitsvertrag trat am 1. April 2005 in Kraft. Er ersetzte den Normalarbeitsvertrag vom 19. März 1986 | LS 821.13  |

### 3. *Modell-NAV für die Regelung der 24-Stunden-Betreuung*

Das SECO stellt auf seiner Internetseite eine Vorlage für die Ergänzung der kantonalen Normalarbeitsverträge (NAV) im Hausdienst zur Verfügung. Der Modell-NAV enthält Vorgaben für die Regelung der Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung hauswirtschaftliche Leistungen für gebrechliche Personen erbringen und dafür in deren Haushalt wohnen. Die Vorlage bietet den Kantonen Unterstützung für die Übernahme dieser Regeln in ihre kantonalen Normalarbeitsverträge. Der Bundesrat hat am 21. Juni 2017 das WBF beauftragt, die Kantone beim Erarbeiten eines Modells für die Ergänzung der kantonalen Normalarbeitsverträge (NAV) im Hausdienst zu unterstützen. Der zusammen mit den Kantonen entwickelte und den betroffenen Kreisen zur Stellungnahme unterbreitete Modell-NAV sieht Regeln vor zur Bezahlung der Präsenzzeiten und enthält weitere Ansprüche der Arbeitnehmenden wie Pausen, eine wöchentliche Freizeit von eineinhalb Tagen und einen vom Arbeitgeber zu gewährenden Zugang zum Internet. Neben dem Modell-NAV hat das SECO Informationsblätter veröffentlicht. Darin ist die heutige rechtliche Situation in Zusammenhang mit 24-Stunden-Betreuung abgebildet. Sie richten sich an die zu betreuenden Personen und ihre Angehörigen, an die Arbeitnehmenden und an die Personalverleih- und Arbeitsvermittlungsunternehmen.<sup>2</sup>

## V. Kollektives Arbeitsrecht

### 1. *Flankierende Massnahmen / 15 Jahre Schweizer Lohnschutz*

Die flankierenden Massnahmen, um der Befürchtung eines Lohndruckes aufgrund der Öffnung des Schweizer Arbeitsmarktes zu begegnen, sind vor 15 Jahren in Kraft getreten. Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) ermöglicht seit mehr als 10 Jahren die Bekämpfung der Schwarzarbeit. Die beiden am 23. Mai 2019 veröffentlichten Berichte zeigen auf, dass die Kontrolldichte auf dem Arbeitsmarkt auch 2018 hoch blieb und ein System gewährleistet ist, das es ermöglicht, Verstösse gezielt

<sup>2</sup> Medienmitteilung des SECO vom 29. Juni 2018.

dort zu bekämpfen, wo deren Risiken hoch sind. Mit der Einführung der flankierenden Massnahmen vor 15 Jahren wurde ein Paradigmenwechsel vollzogen. Durch den Wegfall der Bewilligungspflicht für ausländische Arbeitnehmer wurde das System durch gezielte Ex-post-Kontrollen und die Einrichtung einer umfassenden Arbeitsmarktbeobachtung, einschliesslich Kontrollen bei Schweizer Arbeitgebern, ersetzt. Dieser Mechanismus stärkt die Rolle der Sozialpartner. In diesen 15 Jahren hat sich die Anzahl Kontrollen erhöht und auf hohem Niveau stabilisiert. Parallel zu dieser Entwicklung hat sich die Qualität der Kontrollen verbessert. Seit 2004 hat sich das System der flankierenden Massnahmen weiterentwickelt. Die verschiedenen Anpassungen der Gesetzgebung und des Vollzuges haben den Gesetzesvollzug effektiver, effizienter und auf die Risiken des Arbeitsmarktes basierend gemacht.<sup>3</sup>

## 2. *Personenfreizügigkeit 2018 – Arbeitsmarktlage weiter stabil*

Mit 31 200 Personen ist der Wanderungssaldo von EU/EFTA-Staatsangehörigen in der Schweiz für 2018 im Vergleich zum Vorjahr stabil geblieben. Im gleichen Zeitraum hat die Beschäftigung zugenommen, und die Arbeitslosigkeit ist leicht gesunken. Das inländische Arbeitskräftepotenzial wird immer besser ausgeschöpft. Die Zuwanderung passt sich weiterhin den Bedürfnissen der Wirtschaft an und trägt dazu bei, die Alterung der Bevölkerung abzuschwächen.<sup>4</sup>

## 3. *Flankierende Massnahmen sind im Kampf gegen Lohndumping wichtiger denn je*

Die Zahl der meldepflichtigen Kurzaufenthalter/innen hat nochmals zugenommen, insbesondere in der Temporärbranche. Die paritätischen Kommissionen fanden 2018 bei jedem vierten Schweizer Betrieb und bei jedem fünften Entsendebetrieb Verstösse. Dies zeigt, dass die flankierenden Massnahmen (FlaM) von grösster Wichtigkeit sind und keinesfalls abgebaut werden dürfen. Die Herausforderungen für die Kontrolle des Arbeitsmarktes in der Schweiz wachsen weiter: Die Zahl der meldepflichtigen Kurzaufenthalter, die weniger als 90 Tage in der Schweiz arbeiten und so unter die Dienstleistungsfreiheit mit der Europäischen Union fallen, hat nochmals zugenommen. 2018 wurde mit 244 707 Personen ein neuer Rekordwert erreicht. Beim Start der Personenfreizügigkeit vor 15 Jahren waren weniger als 100 000 meldepflichtige Kurzaufenthalter zu verzeichnen.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Medienmitteilung des SECO vom 23. Mai 2019.

<sup>4</sup> Medienmitteilung des SECO vom 1. Juli 2019.

<sup>5</sup> Medienmitteilung der Unia vom 23. Mai 2019.

## 4. *Arbeitskampf*

### 4.1 Streiks am Bau

Die Protesttage auf dem Bau nahmen im Oktober 2018 ihren Anfang. 3000 Bauarbeiter protestierten in Bellinzona. In Genf legten 2500 Bauarbeiter während zweier Tage ihre Arbeit nieder. In den Kantonen Freiburg, Wallis, Neuenburg und Jura protestierten über 1500 Bauarbeiter. In Bern gingen 1000 Bauarbeiter auf die Strasse. Im November 2018 legten die Waadtländer Bauarbeiter ihre Arbeit nieder. Sie wollten damit ein Zeichen gegen die Angriffe der Baumeister auf den Landesmantelvertrag (LMV) und die Rente mit 60 setzen. Die Bauarbeiter wollen die Sicherung der Rente mit 60. Um das zu erreichen, nehmen sie eine Beitragserhöhung in Kauf. Im Gegenzug verlangen sie aber eine entsprechende Lohnerhöhung.<sup>6</sup>

### 4.2 Forderungskatalog für die Uhrenindustrie

Ein im Rahmen des Frauenstreiks vom 14. Juni 2019 erarbeiteter Forderungskatalog wurde beim Arbeitgeberverband der schweizerischen Uhrenindustrie offiziell eingereicht. Dieser Katalog hat eine Gruppe von Frauen der Uhrenindustrie, die Mitglieder der Unia sind, erarbeitet und erstmals im Vallée de Joux präsentiert. Er verlangt namentlich Lohnerhöhungen und eine bessere Arbeitszeitgestaltung. In der Uhrenindustrie arbeiten rund 25 000 Frauen. Mehr als 8000 Arbeitnehmende der Branche sind nach wie vor nicht durch einen GAV geschützt. Im Forderungskatalog wird daher auch verlangt, dass der GAV der Uhrenindustrie allgemeinverbindlich erklärt wird (AVE).<sup>7</sup>

### 4.3 Uber ist ein normaler Arbeitgeber und muss die Fahrer anstellen

Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt Suva hat Uber-Fahrer als Unselbstständigerwerbende und somit als Angestellte des US-Konzerns eingestuft. Dafür führt die Suva eine Vielzahl Kriterien an: Uber legt die Preise fest, betreibt das Inkasso, gibt Weisungen zum einzuschlagenden Weg und zum Verhalten der Fahrer aus und gibt ein Bewertungssystem vor. Die Suva spricht von einem «arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis» der Fahrer zu Uber. Der neue Entscheid der Suva ist für die Fahrer ein wichtiger Schritt in ihrem Kampf um mehr Rechte: Als Arbeitnehmer haben sie Anspruch auf angemessene Löhne, Ferienentschädigungen, Auslageersatz (für Auto, Smartphone usw.) sowie Unfall-, Krankentaggeld- und Arbeitslosenversicherung. Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmer zudem bei der AHV anmelden und bei einem Jahreseinkommen ab 21 330 Franken in der zweiten Säule der Altersvorsorge versichern.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Medienmitteilung der Gewerkschaften Unia und Syna vom 5. November 2018.

<sup>7</sup> Medienmitteilung der Unia vom 26. Juni 2019.

<sup>8</sup> Medienmitteilung der Unia vom 5. Juli 2019.

#### 4.4 Angekündigte Massenentlassung bei Nestlé in Basel

Eine angekündigte Massenentlassung bei Nestlé in Basel würde rund 100 der 177 Arbeitnehmer am Nestlé-Standort Basel betreffen. Dort werden Mayonnaise, Senf und andere Produkte wie Saucen, Dips und Kaffee hergestellt. Mit Ausnahme der Thomy-Produkte (Mayonnaise, Senf) sollen laut Nestlé die Produktionslinien ins Ausland ausgelagert oder verkauft werden. Laut Gewerkschaft Unia lässt sich die Entlassung von über der Hälfte der Mitarbeitenden nicht durch wirtschaftliche Argumente rechtfertigen, da es sich um rentable Produktionslinien handelt.<sup>9</sup>

### 5. *Gesamtarbeitsvertragsrecht*

#### 5.1 Neuer GAV Personalverleih

Über 300'000 Menschen unterstehen dem Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih. Damit ist er der grösste GAV in der Schweiz. Sein Abschluss im Jahr 2012 war für die Temporärbranche ein Meilenstein. Ein ausgeklügeltes Regelwerk sorgt für Balance zwischen sozialer Sicherheit für Mitarbeitende und Flexibilität für Unternehmen. Im Herbst 2018 haben sich die Sozialpartner auf einen neuen Vertrag geeinigt. Der neue GAV Personalverleih (GAVP 2019–2020) ist per 1. Januar 2019 in Kraft getreten, mit Gültigkeit bis Ende 2020. Der Bundesrat hat die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des GAV Personalverleih bestätigt. Mit der Weiterführung des GAV profitieren Temporärarbeitende auch weiterhin von verbindlichen Minimalstandards für Lohn- und Arbeitsbedingungen, modernen Regelungen für die berufliche Vorsorge, einer Branchenlösung für die Krankentaggeldversicherung sowie von einem eigenen Weiterbildungsfonds «temptraining». Dank diesem können sich auch Temporärarbeitende beruflich weiterentwickeln.<sup>10</sup>

#### 5.2 Neuer GAV für die Elektrobranche

Die Sozialpartner haben sich auf einen neuen GAV für die Elektrobranche geeinigt. Er soll am 1. Januar 2020 in Kraft treten. Die Mitglieder der Gewerkschaften haben den Vertrag bereits genehmigt. Die Delegierten der Arbeitgeberseite entscheiden im Herbst 2019 über seine Ratifizierung. Der neue GAV bringt sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmer Verbesserungen. Die Arbeitgeberseite profitiert namentlich von der Einführung eines Karenztages bei Abwesenheit der Mitarbeitenden und von der Flexibilisierung der Arbeitsorganisation, wodurch maximal 120 Stunden auf das neue Jahr übertragen werden können. Das Lohnsys-

---

<sup>9</sup> Medienmitteilung der Unia vom 9. Mai 2019.

<sup>10</sup> Homepage swissstaffing und Medienmitteilung der Unia vom 17. Dezember 2018.

tem wird durch die Festlegung eines einzigen Mindestlohns pro Berufsgruppe vereinfacht.<sup>11</sup>

### 5.3 Überregionaler GAV im Schweizer Gartenbau

Gegenwärtig gibt es im Schweizer Gartenbau nur in einzelnen Regionen allgemeinverbindliche GAV. Der überregionale GAV für den Rest der Schweiz muss neu verhandelt werden. Diesbezüglich sind zwischen den Sozialpartnern Bestrebungen im Gange.<sup>12</sup>

### 5.4 GAV-Erneuerung der privaten Sicherheitsbranche

Unia-Mitglieder aus der Sicherheitsbranche haben über tausend Unterschriften für mehr Schutz vor Lohndumping und überlangen Arbeitszeiten gesammelt. Im Hinblick auf die Erneuerung des Branchen-GAV wurde das Resultat der Petition dem Verband Schweizerischer Sicherheitsdienstleistungs-Unternehmen (VSSU) übermittelt. Über tausend Sicherheitsmitarbeitende aus der ganzen Schweiz fordern mit einer Petition an den VSSU mehr Schutz durch den neuen GAV. Insbesondere sollen die Löhne erhöht, die Ausbildung verbessert und die langen Arbeitswochen bekämpft werden. Derzeit ist es den Sicherheitsmitarbeitenden durch Ausnahmeregelungen zum Arbeitsgesetz gestattet, ohne reale Kompensation bis zu 54 Stunden pro Woche zu arbeiten.<sup>13</sup>

### 5.5 Mindestlohninitiative in Basel

Der Verein kantonaler Basler Mindestlohn hat im Februar 2019 über 4500 Unterschriften für die Mindestlohninitiative eingereicht. Der Verein fordert ein Minimaleinkommen von 23 Franken pro Stunde für alle Arbeitnehmenden im Kanton Basel-Stadt. Damit soll der Grundsatz erfüllt werden, dass sich Arbeit lohnen und eine Vollzeitstelle reichen muss, um davon leben zu können.<sup>14</sup>

### 5.6 Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds

Im Berichtsjahr 2018 wurden nachstehende Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gefasst, und zwar der Gesamtarbeitsverträge (für): Tankstellenshops in der Schweiz; das Schweizerische Carrossiergewerbe (Wiederinkraftsetzung); die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (Wiederinkraftsetzung); die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (Wiederinkraftsetzung); das schweizerische Coiffeurgewerbe (Verlängerung und Ände-

---

<sup>11</sup> Medienmitteilung der Unia vom 5. Juli 2019.

<sup>12</sup> Medienmitteilung der Unia vom 30. März 2019.

<sup>13</sup> Medienmitteilungen der Unia vom 27. November 2018 und vom 4. April 2019.

<sup>14</sup> Medienmitteilung der Unia vom 21. Februar 2019.

rung); die Schweizerische Ziegelindustrie (Verlängerung und Änderung); das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Änderung); das Schweizerische Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbe (Änderung); das Schweizerische Metallgewerbe (Änderung); die schweizerische Möbelindustrie (Änderung); den Reinigungssektor für die Westschweiz (Verlängerung und Änderung); das Maler- und Gipsergewerbe (Änderung); das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Änderung); ie Reinigung von Textilien in der Romandie (Wiederinkraftsetzung); des Gastgewerbes (Änderung); die Schweizerische Betonwaren-Industrie (Verlängerung und Änderung); die Contact- und Callcenter-Branche; in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (Verlängerung und Änderung); das Plattenleger- und Ofenbaugewerbe; die vorzeitige Pensionierung im schweizerischen Marmor- und Granitgewerbe (Wiederinkraftsetzung und Änderung); das Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiseurgewerbe (Verlängerung); die Netzinfrastruktur-Branche; das Schweizerische Carrossiergewerbe (Verlängerung und Änderung); das Basler Ausbaugewerbe (Änderung); im Schweizerischen Gebäudehüllengewerbe (Verlängerung und Änderung); das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Verlängerung); das schweizerische Metzgereigewerbe (Verlängerung); den flexiblen Altersrücktritt im Gerüstbaugewerbe (GAV FAR Gerüstbau) (Verlängerung); Vorruhestandsmodell im Schweizerischen Gebäudehüllengewerbe (Verlängerung und Änderung); des Berufsbildungsfonds Gebäudehülle der «Genossenschaft Gebäudehülle Schweiz»; die zahntechnischen Laboratorien der Schweiz (Verlängerung und Änderung); die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (Verlängerung und Änderung); des Gastgewerbes (Änderung); die Schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiserie-Branche (Änderung); das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Verlängerung); Tankstellenshops in der Schweiz (Änderung); die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP); den Personalverleih (Verlängerung und Änderung); die Netzinfrastruktur-Branche (Änderung). BBl 2018, 45, 209, 211, 213, 941, 951, 953, 1331, 1523, 1525, 1527, 1951, 1953, 1955, 3183, 3367, 3371, 3495, 4201, 4541, 5129, 5169, 5185, 5329, 6095, 6335, 6337, 6375, 6377, 6381, 6611, 6747, 6923, 7107, 7119, 7615, 7763, 7775, 7783 – Im Berichtsjahr 2018 wurden nachstehende Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Berufsbildungsfonds gefasst, und zwar: des Berufsbildungsfonds Bewegung und Gesundheit des Verbands «Oda Bewegung und Gesundheit» sowie des Berufsbildungsfonds der Organisation der Arbeitswelt «Landwirtschaft, landwirtschaftliche Spezialberufe, Berufe der Verarbeitung von Landwirtschaftsprodukten sowie Pferdeberufe (Oda AgriAliForm)». BBl 2018, 3857, 5559

---

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

Zusammengestellt von  
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

---





## **I. Mutterschutz im Betrieb – Leitfaden für Arbeitgeber<sup>1</sup>**

(erstellt am 4. Oktober 2018; letzte Änderung am 12. September 2019)

### **1. Einleitung**

Jeder Arbeitgeber ist verpflichtet, in seinem Betrieb Schwangere und Stillende sowie deren Kind vor Gefährdungen am Arbeitsplatz zu schützen. Eine Schwangere gilt grundsätzlich als arbeitsfähig, ausser wenn sie krank ist oder durch die Arbeit eine Gefährdung für das ungeborene Kind oder die Schwangere selbst besteht. Diese Broschüre zeigt auf, wie Arbeitgeber den Mutterschutz im Betrieb gesetzeskonform umsetzen können.

Bei Fragen oder Unklarheiten ist das kantonale Arbeitsinspektorat die zuständige Behörde.

### **2. Grundlagen**

Eine schwangere Frau oder stillende Mutter ist so zu beschäftigen und die Arbeitsbedingungen sind so zu gestalten, dass weder ihre Gesundheit noch die des Kindes beeinträchtigt wird. Gemäss Art. 63 ArGV 1 muss jeder Betrieb mit gefährlichen und/oder beschwerlichen Arbeiten für Mutter oder Kind eine Risikobeurteilung durch eine fachlich kompetente Person vornehmen.

Alle beschwerlichen oder gefährlichen Arbeiten beeinflussen die Gesundheit der Schwangeren oder die gesunde Entwicklung des Kindes. Sie stellen nachweislich eine Ursache für Fehl- und Mangelgeburten sowie permanente Gesundheitsschäden bei Mutter und Kind dar. In den ersten drei Monaten der Schwangerschaft ist der Fötus besonders empfindlich für eine Schädigung. Deswegen muss eine Frau bereits vor der Schwangerschaft über die Gefährdungen an ihrem Arbeitsplatz in Kenntnis gesetzt werden. So kann sie den Arbeitgeber frühzeitig über ihre Schwangerschaft informieren und sich und ihr Kind rechtzeitig schützen.

Ein Arbeitgeber macht sich strafbar, wenn er den Sonderschutz seiner Arbeitnehmerinnen vorsätzlich oder fahrlässig missachtet (Art. 59 ArG).

---

<sup>1</sup> <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer > Mutterschutz im Betrieb – Leitfaden für Arbeitgeber.

### 3. Wichtige Regelungen

Ab Beginn der Schwangerschaft bis Ende Stillzeit:

- Tägliche Arbeitszeit gemäss Arbeitsvertrag, aber höchstens 9 Stunden; keine Überzeit;
- Schwangere dürfen auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen;
- Falls die Arbeitnehmerin zwischen 20 und 6 Uhr arbeitet, muss nach Möglichkeit eine gleichwertige Ersatzarbeit zwischen 6 und 20 Uhr angeboten werden;
- Kündigungsverbot des Arbeitgebers während der ganzen Schwangerschaft bis 16 Wochen nach der Geburt;
- Lohnfortzahlung: Wenn die schwangere Arbeitnehmerin aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeit verhindert ist, die mit ihrem Zustand zusammenhängen, ist dafür ein ärztliches Zeugnis notwendig. Wenn nichts vertraglich vereinbart ist, gilt die gesetzliche Lohnfortzahlungsdauer (Berner, Zürcher oder Basler Skala).

Ab dem 4. Schwangerschaftsmonat bis zur Geburt:

- Bei hauptsächlich stehender/gehender Tätigkeit hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf eine tägliche Ruhezeit von 12 Stunden sowie zusätzliche Pausen von 10 Minuten alle 2 Stunden.

Ab dem 6. Schwangerschaftsmonat bis zur Geburt:

- Bei hauptsächlich stehender/gehender Tätigkeit darf die Arbeitnehmerin maximal 4 Stunden pro Tag arbeiten.

Ab dem 8. Schwangerschaftsmonat bis zur Geburt:

- Arbeitsverbot zwischen 20 und 6 Uhr. Kann keine Ersatzarbeit angeboten werden, hat sie dennoch Anrecht auf einen Lohn im Umfang von 80 Prozent.

Nach der Geburt:

- Es besteht ein Arbeitsverbot von 8 Wochen.

### 4. Betriebliche Massnahmen zum Mutterschutz

Ein Betrieb mit gefährlichen oder beschwerlichen Arbeiten muss gemäss Mutterschutzverordnung eine Risikobeurteilung vornehmen. Diese muss durch eine fachlich kompetente Person erfolgen (Art. 63 ArGV 1). Dazu kann der Arbeitgeber zum Beispiel eine Arbeitsärztin bzw. einen Arbeitsarzt oder eine Spezialistin bzw. einen Spezialisten der Arbeitssicherheit (sogenannte ASA-Spezialisten mit den notwendigen Kenntnissen) beziehen. Die Risikobeurteilung muss aufzeigen,

- welche Gefahren für eine werdende Mutter bestehen;
- wie Risiken vermieden werden können;
- welche Arbeiten während der Schwangerschaft und Stillzeit verboten sind.

Der Arbeitgeber hat die Pflicht, Frauen mit beschwerlichen und gefährlichen Arbeiten über die Ergebnisse der Risikobeurteilung sowie über die mit der Schwangerschaft und der Mutterschaft in Zusammenhang stehenden Gefahren und Massnahmen rechtzeitig, umfassend und angemessen zu informieren und anzuleiten.

Listen der ASA-Spezialisten: [www.ekas.admin.ch](http://www.ekas.admin.ch)

#### 4.1. *Beschwerliche und gefährliche Arbeiten*

Als beschwerliche und gefährliche Arbeiten gelten:

- Regelmässiges Versetzen von Lasten, die schwerer als 5 kg sind, oder gelegentliches Versetzen von mehr als 10 kg;
- Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen;
- Arbeiten, die verbunden sind mit Einwirkungen von:
  - Stössen, Erschütterungen oder Vibrationen,
  - Hitze (max. 28 °C), Kälte (min. –5 °C) und erheblicher Nässe,
  - schädlichen Strahlen (ionisierende oder nicht ionisierende),
  - schädlichen Stoffen (z. B. Chemikalien),
  - Mikroorganismen,
  - Lärm ( $\geq 85$  dB [A]);
- Schicht- und Nachtarbeit.

Verboten sind:

- taktgebundene Arbeit oder Akkordarbeit;
- Arbeiten bei Überdruck (Druckkammern, Taucharbeiten);
- Betreten von sauerstoffreduzierter Atmosphäre.

Die Risikobeurteilung bildet die Grundlage für die Beurteilung der Eignung der schwangeren Frau oder stillenden Mutter für ihren Arbeitsplatz durch den Arzt/die Ärztin, der/die die Schwangere betreut. Die Ärztin oder der Arzt ist befugt, Anpassungen an die Arbeitsbedingungen zu verlangen oder ein Beschäftigungsverbot auszusprechen.

#### 4.2 *Übersichtstabelle «Mutterschutz und Schutzmassnahmen»*

Eine genaue Übersicht über die betroffenen Arbeiten ist auf der Übersichtstabelle «Mutterschutz und Schutzmassnahmen» unter [www.seco.admin.ch/tabelle-mutterschutz](http://www.seco.admin.ch/tabelle-mutterschutz) abrufbar.

#### 4.3 *Schutzmassnahmen*

Die Schwangere kann weiterhin am gleichen Arbeitsplatz beschäftigt werden, wenn die Risikobeurteilung ergibt, dass die Schutzmassnahmen genügend wirksam sind.

Bei Arbeiten, die trotz Schutzmassnahmen weiterhin gefährlich sind, hat der Arbeitgeber die Pflicht, der schwangeren Frau oder stillenden Mutter eine gleichwertige und ungefährliche Arbeit als Ersatz anzubieten.

Sofern der Arbeitgeber keine solche Ersatzarbeit anbieten kann, muss er weiterhin 80 Prozent des Lohnes bezahlen, ohne dass die Arbeitnehmerin eine Arbeitsleistung schuldet (Art. 35 ArG).

#### *4.4 Beschäftigungsverbot*

Gemäss Art. 2 Mutterschutzverordnung darf eine schwangere Frau oder stillende Mutter im von einer Gefahr betroffenen Betrieb oder Betriebsteil nicht beschäftigt werden, wenn

- keine / eine ungenügende Risikobeurteilung vorgenommen wurde,
- die nach der Risikobeurteilung erforderlichen Schutzmassnahmen nicht umgesetzt oder nicht eingehalten werden,
- die nach der Risikobeurteilung getroffenen Schutzmassnahmen nicht genügend wirksam sind, oder
- andere Hinweise auf eine Gefährdung bestehen.

Der zuständige Arzt oder die zuständige Ärztin (der/die die Arbeitnehmerin im Rahmen der Schwangerschaft betreut) hält in einem Zeugnis fest, ob eine Beschäftigung am betreffenden Arbeitsplatz vorbehaltlos, nur unter bestimmten Voraussetzungen oder nicht mehr möglich ist. Ein Beschäftigungsverbot enthält in der Regel einen der vier oben genannten Gründe sowie eine Frist, wie lange es in diesem Betrieb oder Betriebsteil gültig ist. Die Kosten für die entsprechende Untersuchung trägt der Arbeitgeber (Art. 4 Mutterschutzverordnung).

Ein ärztliches Beschäftigungsverbot ist kein Arbeitsunfähigkeitszeugnis und wird deswegen nicht von der Krankentaggeldversicherung übernommen. Sofern der Arbeitgeber keine gleichwertige und ungefährliche Arbeit anbieten kann, muss er die Lohnfortzahlung von 80 Prozent des Lohnes selber übernehmen.

### **5. Stillen im Betrieb**

#### *5.1 Grundlagen*

Der Nutzen des Stillens und dessen Förderung sind weltweit anerkannt. Stillen hat einen wesentlichen Einfluss auf den Gesundheitszustand und die Entwicklung des Säuglings – aus ernährungstechnischen und immunologischen Gründen sowie weil es die Mutter-Kind-Beziehung fördert.

Stillenden Müttern sind die Zeiten freizugeben, die für das Stillen oder das Abpumpen von Milch erforderlich sind. Wenn im Betrieb gestillt wird, muss der Arbeitgeber einen geeigneten Ort zur Verfügung stellen. Im ersten Lebensjahr des Kindes wird ein Teil der Stillzeit als bezahlte Arbeitszeit angerechnet:

- bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden: mindestens 30 Minuten;

- bei einer täglichen Arbeitszeit zwischen 4 und 7 Stunden: mindestens 60 Minuten;
- bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden: mindestens 90 Minuten.

Diese Zeiten können am Stück oder verteilt bezogen werden. Es handelt sich bei diesen Bestimmungen nur um Mindestzeiten, die an die bezahlte Arbeitszeit anzurechnen sind. Die stillende Mutter darf der Arbeit auch länger fernbleiben, doch diese zusätzliche Zeit gilt nicht zwingend als Arbeitszeit. Unabhängig davon, wo gestillt wird, gilt die Stillzeit als bezahlte Arbeitszeit.

Die vorgesehenen Stillzeiten dürfen nicht an andere gesetzliche Ruhe- und Ausgleichsruhezeiten angerechnet werden. Zudem dürfen sie nicht im Überzeitkonto als Negativsaldo geführt oder den Ferien belastet werden.

## 5.2 *Empfehlungen für das Stillen im Betrieb*

### 5.2.1 *Aufgabe des Arbeitgebers*

In Erfahrung bringen, ob eine Mitarbeiterin bei Wiederaufnahme der Arbeit nach dem Mutterschaftsurlaub weiter stillen möchte.

### 5.2.2 *Empfehlung*

Um die Vorbereitungen zu erleichtern, sollte nach zwei Dritteln der Schwangerschaft bei einem Gespräch zum Thema «Rückkehr zur Arbeit» mit der Mitarbeiterin geklärt werden, wie sie ihre Rückkehr plant.

### 5.2.3 *Aufgabe des Arbeitgebers*

Die Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben fördern.

### 5.2.4 *Empfehlung*

Strukturen schaffen, die Personen mit Erziehungsverantwortung entgegenkommen (z. B. flexible Arbeitszeiten, Telearbeit, Betriebs-Kita).

### 5.2.5 *Aufgabe des Arbeitgebers*

Bedingungen schaffen, damit das Kind in Ruhe gestillt werden kann.

### 5.2.6 *Empfehlung*

Einen geeigneten Raum zur Verfügung stellen, in dem die Mutter ungestört stillen oder Milch abpumpen kann (mit Zugang zu fliessendem Wasser und einem Kühlschrank zum Aufbewahren der Milch).

### *5.2.7 Aufgabe des Arbeitgebers*

Das Gesetz umsetzen, damit die Mutter Pausen zum Stillen oder zum Abpumpen von Muttermilch machen kann.

### *5.2.8 Empfehlung*

Mit der Mitarbeiterin über die Einteilung ihrer Pausen sprechen und die Arbeitsbelastung den Pausen entsprechend anpassen. Mit dem restlichen Team darüber reden, wie die Arbeit aufgeteilt wird, solange die Mitarbeiterin stillt.

## II. Arbeiten zu Hause – Homeoffice<sup>2</sup>

(erstellt am 20. Februar 2019; letzte Änderung am 18. März 2019)

### 1. Einführung

#### 1.1 Eingrenzung des Themas und Zweck der Broschüre

Die heutigen technischen Möglichkeiten gewähren ein Arbeiten ausserhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers, wodurch neue Arbeitsformen geschaffen werden. Dazu gehört auch das Arbeiten zu Hause – im sogenannten Homeoffice. Diese Broschüre dokumentiert aus arbeitsgesetzlicher Perspektive, welche geeigneten Vorkehrungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmende treffen müssen, wenn die Möglichkeit zum Homeoffice besteht. Sie zeigt auch in nicht abschliessender Weise Punkte auf, auf die bei Homeoffice ein Augenmerk zu legen ist.

Weder das Obligationenrecht noch das Arbeitsgesetz erwähnen die Arbeitsform des Homeoffice explizit. Deshalb werden die geltenden Bestimmungen dieser beiden Gesetze in Analogie für die Homeofficearbeit beigezogen. Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Thema ist noch wenig ergangen.

#### 1.2 Definition Homeoffice

Unter dem Begriff Homeoffice wird vorliegend jene Arbeit verstanden, die Arbeitnehmende ganz oder teilweise, regelmässig oder unregelmässig von zu Hause aus verrichten. Dabei ist der häusliche Arbeitsplatz normalerweise mit dem betrieblichen Arbeitsplatz durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden.

#### 1.3 Abgrenzung sowie weitere Arbeitsformen

Arbeitsleistungen im Rahmen des Heimarbeitsgesetzes (gewerbliche oder industrielle Arbeit) oder in einem fremden Privathaushalt, etwa für private Bedürfnisse des Arbeitgebers (Haushaltshilfe, Privatlehrerin usw.), können nicht dem Homeoffice zugeordnet werden.

#### 1.4 Zuständige Behörde

Das kantonale Arbeitsinspektorat gibt bei Fragen oder Unklarheiten gerne Auskunft. Für das Personal des Bundes und der bundesnahen Betriebe ist das SECO die zuständige Behörde.

---

<sup>2</sup> <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer > Arbeiten zu Hause – Homeoffice.

## **2. Gesundheitsschutz**

### *2.1 Verantwortlichkeit*

Homeoffice bedeutet für Arbeitnehmende ein hohes Mass an Eigenverantwortung, da berufliche Tätigkeiten in der privaten Umgebung ausgeführt werden. Der Arbeitgeber ist dabei nicht von seiner Pflicht entbunden, für den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden zu sorgen und entsprechende Massnahmen umzusetzen. Die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers bezieht sich auf alle arbeitsbezogenen Faktoren, die sich auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden auswirken.

### *2.2 Rechtsgrundlagen*

#### *Art. 6 Abs. 1–3 ArG*

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Er hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen.

<sup>2</sup> Der Arbeitgeber hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden.

<sup>3</sup> Für den Gesundheitsschutz hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer zur Mitwirkung heranzuziehen. Diese sind verpflichtet, den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen.

#### *Art. 2 Abs. 1 ArGV 3*

Der Arbeitgeber muss alle Anordnungen erteilen und alle Massnahmen treffen, die nötig sind, um den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit zu wahren und zu verbessern. Insbesondere muss er dafür sorgen, dass ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen herrschen, eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung vermieden und die Arbeit geeignet organisiert wird.

## **3. Rechte und Pflichten**

### *3.1 Information und Anleitung durch den Arbeitgeber*

Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass alle Arbeitnehmenden unabhängig des Arbeitsplatzes ausreichend und angemessen über die bei ihren Tätigkeiten möglichen physischen und psychischen Gefährdungen sowie über die Massnahmen des Gesundheitsschutzes informiert und angeleitet werden. Die Arbeitnehmenden müssen folglich in einer für alle klar verständlichen Sprache und in geeigneter Form über die Risikofakto-



ren informiert und geschult werden. Sinnvoll ist hierbei die Bereitstellung schriftlicher Unterlagen oder ein Verweis auf entsprechende Internetlinks.

### 3.2 *Gesundheitsschutz geht nur gemeinsam*

Der Arbeitgeber ist auf die aktive Beteiligung der Arbeitnehmenden angewiesen. Denn im Betrieb selbst kann der Arbeitgeber jederzeit überprüfen, inwiefern der zur Verfügung gestellte Arbeitsplatz den herrschenden Anforderungen des Gesundheitsschutzes Rechnung trägt, und ob die entsprechenden Massnahmen korrekt umgesetzt wurden. Im Homeoffice entfällt die unmittelbare Aufsicht des Arbeitgebers. Die Arbeitnehmenden sind verpflichtet, die Vorgaben des Arbeitgebers in Bezug auf den Gesundheitsschutz auch bei der Homeofficearbeit zu befolgen und die allgemein anerkannten Regeln zu berücksichtigen.

### 3.3 *Überwachung*

Überwachungs- und Kontrollsysteme, die den blossen Zweck verfolgen, die Arbeitnehmenden bei den beruflichen Tätigkeiten zu überwachen, sind sowohl im Betrieb selbst als auch im Homeoffice unzulässig. Demnach darf die Arbeitspräsenz am privaten Arbeitsplatz nicht kontinuierlich überwacht und kontrolliert werden. Hingegen ist eine zweckmässige Überwachung der Sicherheit oder eine Kontrolle von Arbeitsproduktivität oder Leistungsqualität erlaubt, sofern die Arbeitnehmenden zuvor orientiert wurden, und das Überwachen verhältnismässig ist. Zudem kann der Arbeitgeber darüber einen Bericht (inkl. genaue Arbeitszeiterfassung) einfordern.

### 3.4 *Verantwortung des Arbeitgebers*

Wenn der Arbeitgeber seinen Pflichten gegenüber den Arbeitnehmenden betreffend Gesundheitsschutz oder Arbeits- und Ruhezeiten nicht nachkommt, so können Sanktionen aufgrund der Verletzung gegen die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes erfolgen.

### 3.5 *Arbeits- und Ruhezeiten*

Unabhängig des Arbeitsortes bleiben die Regelungen bezüglich der Arbeits- und Ruhezeiten unverändert. Dies gilt auch bei einem allfälligen Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung und der vereinfachten Arbeitszeiterfassung. Die maximale wöchentliche Arbeitszeit des Büropersonals beträgt auch bei der Homeofficearbeit grundsätzlich 45 Stunden.

### 3.6 *Tägliche Ruhezeit*

Zwischen zwei Werktagen muss die tägliche Ruhezeit mindestens elf Stunden betragen. Die tägliche Ruhezeit kann einmal pro Woche auf acht Stunden reduziert werden, sofern über zwei Wochen durchschnittlich elf Stunden gewährleistet sind.

### 3.7 *Sonntage, Feiertage und Nachtarbeit*

Während der Nacht sowie an Sonn- und Feiertagen ist das Arbeiten verboten und erfordert, sofern gesetzlich nicht anders vorgesehen, die Bewilligung der zuständigen Behörde.

### 3.8 *Tages- und Abendarbeit*

Die Tages- und Abendarbeit (im Zeitraum zwischen 6.00 und 23.00 Uhr, d. h. insgesamt während 17 Stunden) ist nicht bewilligungspflichtig. Dieses Intervall kann mit der Zustimmung der Arbeitnehmenden um eine Stunde verschoben werden. Für den einzelnen Arbeitnehmer oder die einzelne Arbeitnehmerin darf die Tages- und Abendarbeit höchstens 14 Stunden betragen, einschliesslich der Pausen.

### 3.9 *Arbeitszeiterfassung*

Die Dauer der Arbeits- und Ruhezeit ist grundsätzlich systematisch zu erfassen (vorbehalten bleiben die Ausnahmen gemäss Arbeitsgesetz und dessen Verordnung 1) und muss in einem Arbeitsvertrag oder einem gesonderten Reglement vereinbart werden.

Folgende Fragen sollten dabei unbedingt berücksichtigt werden:

- Wie müssen die beruflichen Tätigkeiten und die damit verbundenen Arbeits- und Ruhezeiten rapportiert werden?
- Bestehen bestimmte Präsenz- bzw. Blockzeiten, die eingehalten werden müssen?
- Wie werden Überstunden und Überzeit gehandhabt?

## 4. **Risikofaktoren**

### 4.1 *Risikofaktor Bildschirmarbeit*

Für einen wirksamen Gesundheitsschutz ist es zentral, dass bei den Arbeitnehmenden ein Bewusstsein für mögliche Gefährdungen im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit geschaffen sowie ihre Mitverantwortung gefördert wird.

Arbeitnehmende, die im Homeoffice tätig sind, verrichten meistens stundenlange Bildschirmarbeiten in einer immer gleichbleibenden Sitzposition, was zu einer ungünstigen ergonomischen Arbeitshaltung führt.

Die Beachtung und korrekte Umsetzung wichtiger ergonomischer Kriterien, wie beispielsweise die geeignete Bildschirmanpassung, die kor-

rekte Arbeitsplatzbeleuchtung und eine richtige ergonomische Sitzposition, ermöglichen die Schaffung einer optimalen Arbeitsumgebung im Homeoffice.

Bei Nichteinhaltung der ergonomischen Kriterien drohen gesundheitliche Beschwerden:

- Augenbeschwerden
- Konzentrationsschwierigkeiten
- Kopfschmerzen
- Verspannungen und Schmerzen in Bewegungs- und Stützapparat
- Entzündung von Nerven, Sehnen und Gelenken von Hand und Arm.

#### 4.2 *Risikofaktor Arbeitszeit*

Das Arbeiten von zu Hause aus kann dazu führen, dass Freizeit und Arbeitszeit nicht klar getrennt werden (z.B. ständige Überprüfung der Mailbox auch ausserhalb der regulären Arbeitszeiten). Die Arbeitszeit muss daher nach den gesetzlichen Vorgaben entsprechend eingeteilt werden.

#### 4.3 *Psychosoziale Risiken*

Bei mehrtägiger Arbeit von zu Hause aus können die mangelnde Kommunikation und der fehlende Austausch mit Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen belastende Auswirkungen auf die Gesundheit haben. Dies umso mehr, je häufiger zu Hause gearbeitet wird. Die Etablierung eines Kommunikationsrhythmus in digitaler Form (z. B. Videokonferenzen) während des Homeoffice oder das Festlegen verbindlicher Anwesenheitstermine im Betrieb stellen dabei zentrale Erfolgsfaktoren dar.

### 5. **Die richtige Arbeitsplatzgestaltung**

In den meisten Privathaushalten ist zwar das für Büroarbeiten erforderliche Mobiliar vorhanden, jedoch entspricht dieses oftmals nicht den ergonomischen Mindestanforderungen. Deshalb soll für die Arbeit im Betrieb und für die Arbeit im Homeoffice derselbe Grundsatz gelten: Je besser der Arbeitsplatz eingerichtet ist, desto kleiner ist das Risiko körperlicher Beschwerden. Diese können Arbeitsausfälle zur Folge haben und ihrerseits den Betrieb belasten.

Ein gut eingerichteter Arbeitsplatz verfügt über:

- genügend Arbeitsfläche (ideale Arbeitsfläche: 160 × 80 cm);
- einen höhenverstellbaren Stuhl: Stuhl und Tisch sollten so eingestellt werden können, dass die Füße fest auf dem Boden stehen und die Tastatur mit locker hängenden Schultern bedient werden kann;
- genügend Bewegungsraum um die Arbeitsfläche herum;

- eine gute Arbeitsplatzbeleuchtung zur Vermeidung direkter oder indirekter Blendungen;
- Sicht ins Freie;
- eine gute Umgebung ohne Stolper- und Sturzgefahren (z. B. herumliegende Kabel).

## **6. Vereinbarung**

Von Gesetzes wegen besteht kein Anspruch auf ein Arbeiten von zu Hause aus. Gewährt der Arbeitgeber diese Arbeitsform, sollte im Arbeitsvertrag oder in einem gesonderten Reglement als integrierender Bestandteil des Arbeitsvertrages ein Vermerk unter Arbeitsort angebracht werden. Dieser Vermerk sollte festhalten, dass den Arbeitnehmenden die Homeofficearbeit gestattet ist.

In einem separaten Reglement empfiehlt es sich, folgende Punkte festzuhalten:

- Umfang des Homeoffice (d. h. festlegen, wie viele Stunden bzw. Tage pro Woche oder in welchen Situationen zu Hause gearbeitet werden kann);
- Regelung der Erreichbarkeit und der Antwortzeiten;
- Art und Weise der Arbeitszeiterfassung;
- Nacht- (23:00–06:00 Uhr) und Sonntagsarbeitsverbot;
- Vorgaben betreffend die Einrichtung des Homeoffice- Arbeitsplatzes;
- Ausrüstung mit Geräten und Material sowie Entschädigung;
- Verhalten bei Störungen, z.B. wenn Arbeitsausführung verunmöglicht wird;
- weitere Regelungen betreffend sensible Daten und Haftung.

## **7. Weitere Punkte**

### *7.1 Geräte, Material und Entschädigung*

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden mit den Geräten und dem Material auszurüsten, die diese zur Arbeit benötigen. Stellen im Einverständnis mit dem Arbeitgeber die Arbeitnehmenden selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zur Verfügung, so sind sie dafür angemessen zu entschädigen. Das Obligationenrecht lässt es zu, dass die Vertragsparteien eine davon abweichende Regelung vereinbaren.

### *7.2 Spesen*

Spesen sind vom Arbeitgeber zu begleichen, wenn sie berufsnotwendig sind. Dies kann dann der Fall sein, wenn Arbeitnehmende Homeofficearbeiten ausführen müssen, weil ein Arbeitsplatz im Betrieb (teilweise) fehlt.

### 7.3 *Verhinderung der Arbeitsleistung im Homeoffice*

Durch das Gewähren der Homeofficearbeit trägt der Arbeitgeber die damit verbundenen Risiken. Darunter fällt namentlich das Risiko von Störungen, wie zum Beispiel einem Unterbruch der Kommunikationseinrichtung, während dessen der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin von zu Hause aus nicht mehr arbeiten kann. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die Störung schuldhaft verursacht.

### 7.4 *Umgang mit sensiblen Daten*

Für die Arbeitnehmenden muss je nach Tätigkeit geregelt sein, inwiefern von zu Hause aus auf sensible Daten und Unterlagen zugegriffen wird, und wie der Umgang mit vertraulichen Dokumenten vonstattengeht. Aus Sicherheitsgründen sollte geklärt sein, welche beruflichen Aufgaben ausserhalb der betrieblichen Büroräumlichkeiten erledigt werden dürfen.

### 7.5 *Haftung der Arbeitnehmenden*

Die Arbeitnehmenden haften für den Schaden, den sie dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügen. Mit Bezug auf Homeoffice sind es insbesondere der Verlust oder die Beschädigung des Informatikmaterials, wofür die Arbeitnehmenden haften könnten. Dasselbe gilt für den Verlust oder Diebstahl von Betriebsdaten. Es ist deshalb ratsam, dass der Arbeitgeber Weisungen oder Vorschriften erlässt, die derartige Vorkommnisse und deren Folgen regeln.

### 7.6 *Homeoffice im Ausland*

Arbeitnehmende, die bei einem schweizerischen Unternehmen angestellt sind, aber mehr als 25 Prozent der regelmässigen beruflichen Tätigkeit im ausländischen Wohnsitz (EU, EFTA) verrichten, müssen sämtliche Sozialabgaben an den entsprechenden Staat leisten. Für den Arbeitgeber kann ein solches Arbeitsverhältnis zur Folge haben, dass höhere Sozialabgaben bezahlt werden müssen und der administrative Aufwand steigt. Durch eine vertragliche Festlegung auf ein Arbeitspensum von unter 25 Prozent mit Angestellten mit ausländischem Wohnsitz (EU, EFTA) lassen sich derartige Unkosten vermeiden.

### **III. Arbeiten in der Nacht und in Schicht – Informationen und Tipps<sup>3</sup>**

(erstellt am 4. Oktober 2018; letzte Änderung am 22. Februar 2019)

#### **1. Einführung**

Arbeiten in der Nacht und in Schicht können Körper, psychische Gesundheit und das soziale Umfeld belasten. Diese Broschüre informiert über die medizinischen und gesetzlichen Hintergründe, die gesundheitlichen Auswirkungen der Arbeiten in der Nacht und in Schicht und gibt Tipps, wie negative Auswirkungen vermindert werden können.

Die zunehmenden Bedürfnisse einer 24-Stunden/7-Tage-Gesellschaft bringen es mit sich, dass mehr Arbeit mit regelmässig wechselnden Arbeitszeiten («Schicht») und in der Nacht geleistet wird. In der Schweiz arbeiten etwa 20 Prozent der Erwerbstätigen in Schichten, viele davon auch in der Nacht. Dazu zählen Pflege und Überwachungsdienste, die Stahl- und Kunststoffindustrie sowie Logistik, Transport, Verkauf und Finanzunternehmen.

Beginn und Ende des Nachtzeitraums können unter Mitwirkung der Arbeitnehmer/innen eine Stunde vor- oder zurückverschoben werden. Sowohl die Nacht- als auch die Schichtarbeit können einzeln oder zusammen vorkommen.

Wer mehr als 25 Nächte pro Kalenderjahr arbeitet, hat gemäss Gesetz Anrecht auf einen besonderen Schutz in Form einer regelmässigen medizinischen Untersuchung und Beratung. Kommen noch belastende oder gefährliche Situationen oder Tätigkeiten (z. B. Alleinarbeit) dazu, ist diese Untersuchung obligatorisch.

Grundsätzlich gilt:

- Tagesarbeit ist die Arbeit von 6 bis 20 Uhr,
- Abendarbeit ist die Arbeit von 20 bis 23 Uhr, und
- Nachtarbeit ist die Arbeit von 23 bis 6 Uhr.

#### **2. Auswirkungen von Arbeiten in der Nacht und in Schicht**

##### *2.1 Auswirkungen auf die Gesundheit*

Die «innere Uhr» gibt uns vor, am Tag wach zu sein und in der Nacht zu ruhen. Sie wird auch zirkadiane Rhythmik genannt und beträgt ungefähr 24 Stunden. Der Mensch muss bei Umstellungen (z. B. bei der Zeitumstellung im Frühjahr und im Herbst, bei Fernflügen oder bei Schicht- und Nachtarbeit) seine individuelle Rhythmik mit der echten Zeit

---

<sup>3</sup> <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer > Arbeiten in der Nacht und in Schicht – Informationen und Tipps.

synchronisieren. Dabei unterstützen ihn hauptsächlich die äusseren Zeitgeber wie die Uhrzeit, aber auch der Hell-Dunkel- und der Warm-Kalt-Wechsel im Tag-Nacht-Verlauf.

Dies hat Auswirkungen auf den Menschen. Einige Menschen arbeiten gut und gerne in der Nacht, anderen bereitet dies ausgesprochen Mühe. Für die meisten ist es anstrengend, in der Nacht wach zu bleiben und zu arbeiten.

Viele Körperfunktionen sind an die «innere Uhr» gekoppelt:

- die maximale Körpertemperatur ist zwischen 18 und 22 Uhr am höchsten; zwischen 3 und 6 Uhr ist sie am tiefsten;
- die Herz- und Atemfrequenz ist tagsüber schneller als nachts;
- die Verdauung arbeitet am Tag besser als in der Nacht;
- die Muskulatur ist tagsüber auf Leistung, nachts auf Erholung eingestellt;
- Körperrhythmen insgesamt führen zu einer geringeren Leistungsbereitschaft in der Nacht.

Somit sind Nachtarbeiter/innen gegenüber Tagarbeiter/innen gesundheitlich benachteiligt. Müdigkeit und Schlafmangel wirken sich zusätzlich negativ auf die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit aus. Fehler, Unfälle und Absenzen kommen häufiger vor.

Das Arbeiten entgegen der «inneren Uhr» ist belastend und kann sich nachteilig auf die Gesundheit auswirken. Die häufigsten Beschwerden bei Schicht- und Nachtarbeit sind:

- Schlafstörungen, Müdigkeit
- Appetitlosigkeit, Magen-Darm-Beschwerden
- innere Unruhe, Nervosität, Traurigkeit.

Das Arbeiten in der Nacht über längere Zeit kann ausserdem gesundheitliche Risiken erhöhen für:

- Herz-Kreislauf-Erkrankungen
- Unfälle durch Übermüdung und ihre möglichen Folgen
- gewisse Krebsarten (z. B. Brust- und Darmkrebs)
- psychische Krankheiten (z. B. Depression)
- Stoffwechselkrankheiten (z. B. Zuckerkrankheit)
- Verdauungsbeschwerden (z. B. Magengeschwür)

## 2.2 *Auswirkungen auf das persönliche Umfeld*

Schicht- und Nachtarbeit führen dazu, dass sozial wichtige Zeit knapp wird. Sie ist anders im Tagesverlauf verteilt als bei den meisten Menschen, die am Tag arbeiten. Dies kann sich auf das persönliche Umfeld und das Familienleben auswirken und zu Problemen mit der Familie und Freunden führen. Bei hintereinanderliegenden Spät- und Nachtschichten ist die Teilnahme an gemeinsamen Aktivitäten am Abend mit Familie, Freunden und Bekannten (z. B. in Vereinen) sowie eine Fortbildung schwieriger. Auch die Betreuung von Kindern, Betagten oder pflegebedürftigen Ange-

hören und die Haushaltsführung sowie andere Verpflichtungen müssen unter grösserem Aufwand organisiert werden als bei jemandem, der tagsüber arbeitet.

Das Arbeiten in der Nacht und in Schicht erfordert, die Freizeit laufend zu planen. Nur so lassen sich Zeitfenster für gemeinsame Zeit mit Familie und Freunden finden.

Schicht- und Nachtarbeiter/innen müssen sich mehr um eine geregelte Lebensführung kümmern als Personen, die am Tag arbeiten. Es geht darum, trotz den speziellen zeitlichen Anforderungen einen Alltag zu finden, der möglichst wenig belastet.

Das Arbeitsgesetz sieht eine medizinische Untersuchung und Beratung für Personen vor, die mehr als 25 Nächte pro Kalenderjahr Nachtarbeit verrichten. Der untersuchende Arzt oder die untersuchende Ärztin berät anschliessend die betroffene Person und spricht allfällige Gesundheitsrisiken und Lösungsmöglichkeiten an. Damit diese Beratung zur Arbeitsstelle passt, muss die Ärztin oder der Arzt den Arbeitsplatz und die Abläufe am Arbeitsplatz kennen und Grundlagenwissen in Arbeitsmedizin haben. In der Regel ist der Hausarzt oder die Hausärztin nicht geeignet, diese Untersuchung durchzuführen, ausser er/sie erfüllt die drei oben genannten Bedingungen. Idealerweise führt diese Untersuchung eine Ärztin oder ein Arzt durch, die/der vom Betrieb vorgeschlagen wurde. Als Frau haben Sie das Recht, sich von einer Ärztin untersuchen und beraten zu lassen.

### 2.3 *Schlaf*

Die häufigsten Beschwerden von Arbeiter/innen in der Nacht und in Schicht sind Schlafstörungen und Müdigkeit.

Nach einer Nachtschicht ist der Schlaf meist kürzer, und der Tagesschlaf weist weniger Tiefschlaf- und Traumphasen auf. Für die körperliche Erholung ist der Tiefschlaf, für die geistige Erholung der Traumschlaf wichtig. Wesentliche Gründe für den weniger erholsamen Schlaf am Tag sind Störungen durch Lärm, Tageslicht und die höheren Temperaturen.

Störungen des Tagesschlafs führen nicht nur zu chronischer Müdigkeit, sie können auch weitere Folgen haben (z. B. Verstimmung). Umso wichtiger ist es, sich für den Schlaf am Tag eine optimale Umgebung zu schaffen.

### 2.4 *Ernährung*

Schicht- und Nachtarbeiter/innen klagen häufig über Appetitlosigkeit und Magenbeschwerden.

Die Verdauung findet hauptsächlich am Tag statt, in der Nacht ist sie stark eingeschränkt. Schwere (fetthaltige) Mahlzeiten liegen daher in der Nacht unangenehm auf. Sehr oft fällt die Wahl auf stark zuckerhaltige Getränke oder Riegel. Diese führen dazu, dass der Zuckergehalt im Blut rasch ansteigt, aber nicht lange anhält.



Andererseits benötigt der Körper auch bei der nächtlichen Arbeit Energiequellen. Am besten eignet sich dafür eine leichte und ausgewogene Ernährung, die den Energiebedarf länger abdeckt. Die Mahlzeiten in der Nacht sollten deshalb in einer entspannenden Umgebung und ohne Zeitdruck stattfinden, wenn möglich mit Kolleginnen und Kollegen.

Wenn der Betrieb über eine Kantine verfügt, sollte sie auch nachts zur Verfügung stehen. Zumindest sollte der Aufenthaltsraum hell und freundlich gestaltet und mit den nötigen Einrichtungen für die Zubereitung und Verpflegung ausgerüstet sein: Kühlschrank, Mikrowellenofen oder Heizplatte, Abwaschbecken, Tisch und komfortable Stühle.

## 2.5 *Soziales*

Innere Unruhe und Nervosität sind unter Schicht- und Nachtarbeiter/innen weit verbreitet. Gründe dafür liegen in der Schwierigkeit, mit dem «normalen» Leben Schritt halten zu können.

Schicht- und Nachtarbeiter/innen nehmen eine Reduktion der gesellschaftlich nutzbaren Freizeit in Kauf. Umso mehr sind sie auf die Rücksichtnahme und das Verständnis der Umgebung angewiesen. Eine hohe Flexibilität, manchmal auch ein Verzicht, ist von allen Seiten gefordert.

Das bedeutet, dass das offene Gespräch gesucht und gepflegt werden muss, um eine für alle befriedigende Situation zu schaffen.

## 3. **Tipps**

Schützen Sie Ihre Gesundheit. Als Schicht- und Nachtarbeiter/in müssen Sie sich mehr um eine geregelte Lebensführung kümmern als eine Person, die ausschliesslich am Tag arbeitet. Hier finden Sie Vorschläge:

### 3.1 *Schlafumgebung*

- Schlafzimmer für Schlaf reservieren: kein TV, Essen oder Arbeiten;
- dicke Vorhänge verwenden oder Augenklappe aufsetzen;
- Telefon ausschalten und Anrufbeantworter einschalten;
- Familie um Ruhe bitten, wenn man schläft;
- Nachbarn um Nachsicht bitten;
- Ohrenpfropfen, Weisses-Rauschen-Generator oder Hintergrundmusik, um Geräusche auszublenden.

### 3.2 *Schutz vor Wärme*

- Raum vor dem Schlafengehen lüften;
- kühle Schlaftemperatur.

### 3.3 *Einschlafhilfe*

- Keine anstrengende körperliche Tätigkeit vor dem Schlafengehen;
- kein Koffein (Kaffee, Energydrinks) 4 Stunden vor dem Schlafengehen;
- leichter Snack vor dem Schlafengehen, nicht hungrig einschlafen;
- keinen Alkohol trinken;
- keine Schlafmittel regelmässig einnehmen, da sie suchtfördernd sind;
- Stimulanzien wie Energydrinks oder andere Aufputschmittel nicht oder nur spärlich einsetzen, da der Langzeitgebrauch nicht erforscht ist.

### 3.4 *Fixe Zeiten beachten*

Achten Sie darauf, für den Schlaf fixe Zeiten einzuhalten:

- nach der Nachtschicht oder vor der nächsten Schicht schlafen;
- Kurzschlaf vor der ersten Nachtschicht;
- nach der letzten Nachtschicht kurz schlafen, dann früher am Abend ins Bett gehen.

### 3.5 *Fitness und Lebensstil*

- 30 Minuten körperliche Aktivität pro Tag planen;
- regelmässig und gesund essen;
- Rauchen aufgeben;
- Alkohol reduzieren;
- Hausärztin oder -arzt über Schicht- und Nachtarbeit informieren.

### 3.6 *Arbeitsweg*

- Vor ungewolltem Einschlafen am Steuer schützen:
  - Fahrzeugheizung nur auf unterer Stufe einstellen,
  - Fenster etwas offen lassen,
  - Lautsprecher laut stellen und mitsingen,
  - bei grosser Müdigkeit nicht weiterfahren und Kurzschlaf halten,
  - kurze körperliche Aktivität vor der Heimreise;
- ÖV oder Carsharing benutzen;
- defensiv fahren, sich nicht beeilen.

### 3.7 *Persönliches Umfeld*

- Eine Mahlzeit täglich gemeinsam mit der Familie einnehmen.
- Ihre Bedürfnisse mit denen Ihrer Angehörigen abstimmen.
- Frühzeitig über mögliche gemeinsame Zeiten informieren.
- Gemeinsame Aktivitäten mit dem/r Partner/in, den Kindern und Freunden planen: Spielplatz, Tierpark, Schwimmbad, Kino, Sport mit Arbeitskolleg/innen usw.

- Möglichkeiten zur persönlichen Weiterbildung abklären.
- Den Kontakt mit Ihren Freunden pflegen.
- Hausarbeit und Schicht- und Nachtarbeit planen, der Schlaf sollte nicht zu kurz kommen.

### 3.8 *Freizeit*

- Persönliche Interessen verfolgen.
- Auf sich und eigene Bedürfnisse achten.

### 3.9 *Gesundheitsschutz*

- Lassen Sie sich regelmässig von einem Arzt oder einer Ärztin untersuchen und beraten.
- Nutzen Sie Ihr Recht auf Untersuchung und Beratung.

## **26. Tätigkeitsbericht 2018/2019 des EDÖB, Arbeitsbereich<sup>4</sup>**

### **1. Outsourcing: Bearbeitung von Personaldaten im Ausland**

*Aus Kosten- oder Organisationsgründen entscheiden sich viele Arbeitgeber, die Personaldaten ihrer Mitarbeitenden ausserhalb der Landesgrenzen bearbeiten zu lassen. Dabei ist die transparente und umfassende Information der Arbeitnehmenden zentral – ihre Einwilligung ist jedoch in der Regel nicht nötig und wäre auch nicht gültig.*

Der Trend der Wirtschaft, Personaldaten zum Zwecke der Rationalisierung und Zentralisierung im Ausland zu speichern und zu bearbeiten, hält an. Zahlreiche betroffene Mitarbeitende, aber auch Arbeitgeber oder Personalverantwortliche haben dem EDÖB im vergangenen Berichtsjahr Fragen zur Zulässigkeit und zu den Ausgestaltungsmöglichkeiten eines Outsourcings gestellt. Eine Datenübermittlung ins Ausland findet statt, sobald die Daten einem im Ausland ansässigen Unternehmen oder einer im Ausland ansässigen Einheit zugänglich gemacht werden oder die Daten in einer Cloud gespeichert werden, die sich im Ausland befindet. Im Vordergrund standen Fragen zur Informationspflicht und Einwilligung der Arbeitnehmenden, wenn Personaldaten über die Landesgrenze hinaus bearbeitet werden. Der EDÖB empfiehlt Arbeitgebern eine umfassende interne Kommunikation sowohl über die Datenübermittlung ins Ausland als auch über die konkret vorgenommenen Datenbearbeitungen im Ausland und deren Zwecke. Eine solche Information beinhaltet demnach z. B. in welches Land der Export und an welches Unternehmen dieser erfolgt und welche Auswertungen zu welchen Zwecken vorgenommen werden.

Diese Information ist nicht mit der Einwilligung zu verwechseln. Da es aufgrund des Subordinationsverhältnisses im Arbeitsverhältnis regelmässig an der von Art. 4 Abs. 4 DSG geforderten «Freiwilligkeit» mangelt, erweist sich eine Einwilligung des Arbeitnehmers in der Regel als rechtlich unbeachtlich bzw. als Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 DSG ungeeignet. Insbesondere bei global tätigen Unternehmen scheint es jedoch üblich, im Rahmen von Datenschutzrichtlinien die Einwilligung der Mitarbeitenden einzuholen, die sich nach schweizerischem Recht in der Regel als unwirksam erweisen. Ob eine Datenüber-

---

<sup>4</sup> [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > 26. Tätigkeitsbericht 2018/2019.

mittlung im konkreten Einzelfall rechtmässig erfolgt und die Information der betroffenen Personen angemessen war, ist vom zuständigen Zivilgericht zu entscheiden.

## **2. Onlinebewerbungsverfahren und Bewerbungsgespräche: Was ist zu beachten?**

*Im Onlinebewerbungsverfahren der digitalisierten Arbeitswelt gelangen verbreitet automatisierte Verhaltens- und Stimmanalysen zur Anwendung. Da damit detaillierte Persönlichkeitsprofile erstellt werden könnten, ist ein erhöhtes Datenschutzniveau zu beachten.*

Bewerbungsgespräche finden vermehrt online statt. Sowohl die Bewerber als auch die Rekrutierenden stellen sich Fragen nach der Zulässigkeit und den rechtlichen Voraussetzungen von Verhaltens- oder Stimmanalysen. Nach Art. 328b OR ist es dem Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren erlaubt, diejenigen Informationen über die Bewerber zu bearbeiten, die zur Klärung der Eignung für die Stelle oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Der EDÖB hat im Rahmen seiner Beratungen darauf hingewiesen, dass es sich bei der Bearbeitung von Lebensläufen und weiteren Informationen durch die Personalverantwortlichen regelmässig um die Bearbeitung von wesentlichen Zügen der Persönlichkeit des Bewerbers bzw. von Persönlichkeitsprofilen i.S.v. Art. 3 lit. d DSG handelt. Dies gilt umso mehr, wenn Aufnahmen von Bewerbungsgesprächen zudem Verhaltens- oder Stimmanalysen unterzogen werden. Die Auswertungen müssen verhältnismässig sein, und es müssen geeignete Massnahmen bezüglich Datensicherheit getroffen werden. Die Bewerbenden sind vorgängig nicht nur über die geplanten Auswertungen zu informieren, sondern auch über Art und Zweck der Verwendung der Ergebnisse, über die Dauer der Aufbewahrung sowie über das ihnen zustehende Auskunftsrecht.

## **3. Bekämpfung der Schwarzarbeit im Kanton Wallis**

*Auf Intervention des EDÖB hat der Verband ARCC seine gleichnamige Smartphone-App für verstärkte Kontrollen auf Walliser Baustellen deaktiviert. Der EDÖB verlangt die Löschung der damit bereits beschafften Daten.*

Für die Kontrolle von Baustellen haben mehrere paritätische Kommissionen des Kantons Wallis den Verband ARCC (französische Abkürzung für Association pour le Renforcement des Contrôles sur les Chantiers) gegründet. Sein Haupteinsatzgebiet sind Kontrollen bezüglich Einhaltung des Schwarzarbeitsverbotes und des Entsendegesetzes. Wir haben aufgrund der eingegangenen Hinweise beim Verband eine Sachverhaltsabklärung gemäss Art. 29 DSG durchgeführt. In deren Rahmen hat sich der EDÖB auf die Smartphone-Applikation «ARCC» konzentriert, die Mel-

dungen direkt an den Verband ermöglicht. Übermittelt werden Fotos, auf denen die Firma der betroffenen Bauunternehmung und allenfalls sogar Baustellenmitarbeiter ersichtlich sind, sowie Angaben zu Namen und Standort der Benutzer der Applikation.

Im Zuge unserer Abklärungen deaktivierte der Verband die Applikation wieder. Der EDÖB ist der Ansicht, dass für den Betrieb der Applikation und die aus deren Nutzung resultierenden Datenbearbeitungen derzeit keine ausreichende gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Wir begrüssen deshalb die Deaktivierung und haben den Verband schriftlich ersucht, die bereits gesammelten Personendaten zu vernichten. Zudem haben wir den Verband darauf hingewiesen, dass er das Risiko von eventuellen zivilrechtlichen Klagen von betroffenen Personen trägt, falls er die gesammelten Daten weiterhin bearbeiten sollte.

## **II. Erläuterungen zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz<sup>5</sup>**

### **1. Grundsätzliches**

Die Videoüberwachung wird in zahlreichen Gastronomie-, Detailhandels- und Freizeitbetrieben eingesetzt, meistens mit der Begründung, Gäste vor Diebstahl zu schützen oder die Beschädigung von Mobiliar und WC-Anlagen zu verhindern. Oft wird jedoch ausser Acht gelassen, dass nicht nur die Kunden betroffen sind, sondern auch das Personal mitgefilmt wird. Aus Datenschutzsicht kann dies problematisch sein.

Videoüberwachungsanlagen lösen erfahrungsgemäss bei den betroffenen Arbeitnehmern negative Gefühle aus und verschlechtern das allgemeine Betriebsklima. Sie können das Wohlbefinden, die psychische Gesundheit und damit die Leistungsfähigkeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beeinträchtigen. Es liegt deshalb im Interesse aller Beteiligten, Videoüberwachungsanlagen nur dann einzusetzen, wenn der angestrebte Zweck nicht durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden kann.

### **2. Rechtliche Rahmenbedingungen**

Für die Installation einer Videoüberwachungsanlage in einem Unternehmen ist Art. 13 DSGVO zu beachten. Er hält fest, dass eine Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch das Gesetz gerechtfertigt ist. Ebenso sind die Grundsätze der

---

<sup>5</sup> [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch) > Datenschutz > Arbeitsbereich > Überwachung > Erläuterungen zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz.

Verhältnismässigkeit, von Treu und Glauben sowie der Transparenz zu berücksichtigen.

Es ist zu beachten, dass die Einwilligung im Arbeitsverhältnis nur begrenzt gilt, da die Freiwilligkeit durch das Subordinationsverhältnis eingeschränkt wird. Ausserdem sollten die Mitarbeitenden bzw. deren Vertreter ein Mitspracherecht erhalten und sie müssen vor dem Einsatz einer Videoüberwachungsanlage darüber informiert werden (Informationspflicht aufgrund des Transparenzprinzips). Ebenso sind die Mitarbeitenden darauf hinzuweisen, dass sie jederzeit von ihrem Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG Gebrauch machen können. Der Arbeitgeber darf nur Daten über den Arbeitnehmer bearbeiten, die die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind (Art. 328b OR). Im Übrigen gelten die Bestimmungen des DSG.

Der Arbeitgeber hat die Gesundheit und die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen und zu achten (Art. 328 OR). Videoüberwachungssysteme, die die gezielte Überwachung des Verhaltens des Arbeitnehmers zum Ziel haben, sind verboten (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3), weil sie verschiedene Elemente der Persönlichkeit des Arbeitnehmers verletzen. Tangiert werden vor allem die Privatsphäre, aber auch die Intimsphäre oder die familiären Verhältnisse. Auch die Gesundheit eines Arbeitnehmers kann beeinträchtigt werden, wenn die Überwachung permanent erfolgt und er sich dadurch einem ständigen Druck ausgesetzt fühlt. Eine unangekündigte (verdeckte) Verhaltensüberwachung stellt ausserdem eine Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG) dar. Ist eine Videoüberwachung aus anderen Gründen erforderlich, ist sie so zu gestalten und anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden.

### **3. Voraussetzungen für die Videoüberwachung am Arbeitsplatz**

Grundsätzlich sollten Videoüberwachungsanlagen am Arbeitsplatz nur dann eingesetzt werden, wenn der angestrebte Zweck nicht durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden kann.

Eine Videoüberwachung kann aus organisatorischen Gründen, aus Gründen der Sicherheit oder zur Produktionssteuerung zulässig sein. Der Arbeitnehmer darf dabei nicht oder nur ausnahmsweise von der Kamera erfasst sein, da sonst seine Gesundheit gefährdet werden kann. Denkbar sind Videokameras ausserhalb der Gebäude und bei den Parkplätzen, bei Zugängen oder Eingängen, bei Durchgängen, bei gefährlichen Maschinen und Anlagen, in Tresorräumen, bei Gasinstallationen im Freien, bei Lagern mit gefährlichen oder wertvollen Gütern oder in der Schalterhalle einer Bank. Sind öffentliche Plätze betroffen, ist die Bewilligungspflicht mit der zuständigen Gemeinde vorgängig abzuklären. Diese überwachten Bereiche sind mittels Hinweisschildern oder Piktogrammen auf Augenhöhe zu signalisieren.

Denkbar sind auch zeitlich beschränkte Videoüberwachungen der Angestellten zu Schulungszwecken. Dabei ist es mit dem Persönlichkeitsschutz vereinbar, wenn die Angestellten nur über die ausgewählte Aufnahmeperiode informiert werden. Die Aufnahmeperiode muss so kurz wie möglich gehalten werden und darf nicht zum Zweck der Verhaltensüberwachung verwendet werden.

Die Aufbewahrung der Aufnahmen ist zeitlich zu begrenzen. Es hängt vom jeweiligen Zweck der Überwachung ab, wie lange die Daten gespeichert werden dürfen. In der Regel hat die Löschung innert 24 bis 72 Stunden zu erfolgen.

Ist der Einsatz einer Videoüberwachung unumgänglich, empfehlen wir die Verwendung datenschutzfreundlicher Technologien wie z. B. eines Privacy-Filters. Diese Filter verschlüsseln die gefilmten Gesichter in Echtzeit und garantieren so die Privatsphäre. Eine Videoüberwachung benötigt aber auch bei Einsatz von Privacy-Filtern einen Rechtfertigungsgrund (Art. 13 DSGVO).

#### **4. Videoüberwachung im Falle einer Straftat oder eines Straftatverdachts**

Erlaubt ist eine Überwachung des Arbeitnehmers im Falle einer Straftat oder eines Straftatverdachts, wenn die Massnahme nach Einreichung einer Anzeige gegen unbekannt richterlich oder gerichtspolizeilich angeordnet wurde. Für die Ausübung des Auskunftsrechtes im Rahmen eines hängigen Verfahrens ist nicht das Datenschutzgesetz, sondern sind die entsprechenden Verfahrensregeln anwendbar (Schweizerische Strafprozessordnung StPO). Möglich ist auch der Einsatz einer Videokamera, wenn ein konkreter Verdacht auf eine Straftat besteht. Ob die Videoaufnahmen letztlich als Beweismittel verwendet werden können, ist vom zuständigen Gericht zu beurteilen.

#### **5. Rechte der betroffenen Personen**

Fühlt sich ein Mitarbeiter in seiner Persönlichkeit verletzt, hat er die Möglichkeit, gegen den Arbeitgeber eine Zivilklage zu erheben gemäss Art. 15 DSGVO i.V.m. Art. 28 ZGB. Er kann verlangen, dass die Datenbearbeitung gesperrt wird, keine Daten an Dritte bekannt gegeben oder die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden (Art. 15 Abs. 1 DSGVO). Die betroffenen Personen haben das Recht, vom Inhaber der Datensammlung Auskunft darüber zu verlangen, ob bzw. welche Daten über sie in welcher Form bearbeitet werden (Auskunftsrecht Art. 8 DSGVO).

Je nach Komplexität des Falles empfiehlt es sich, einen Rechtsanwalt beizuziehen. Gegebenenfalls können auch strafrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden.

Über das Arbeitsinspektorat des Kantons seines Arbeitsortes kann ein Mitarbeitender die Verletzung von Art. 26 ArbZG geltend machen,



wenn er z.B. seine Gesundheit als gefährdet einstuft, weil er an seinem Arbeitsplatz videoüberwacht wird.

## **6. Beispiele**

### **6.1 *Videoüberwachung auf Baustellen***

Heutzutage werden immer mehr Videoüberwachungen auf Baustellen vorgenommen, einerseits mit der Begründung des Schutzes vor Diebstahl, andererseits wegen Kostenersparnis dank Kontrolle des Baufortschritts. Der Zweck der Videoüberwachung wird den Arbeitnehmern oft nicht kommuniziert.

Der Einsatz einer Videokamera in der Nacht kann grundsätzlich gerechtfertigt sein. Die Überwachungsanlage wird aus Sicherheitsgründen (Prävention gegen Diebstahl und Beschädigung) unter Abwesenheit des Personals, z. B. per Bewegungsmelder, eingesetzt. Sie darf dann nicht auch am Tag ferngesteuert (z. B. via App) betrieben werden.

Der Einsatz tagsüber ist problematisch. Auf den Einsatz einer Videoüberwachungsanlage für die Kontrolle des Baufortschritts muss grundsätzlich verzichtet werden, weil eine systematische Überwachung der Arbeitnehmenden unverhältnismässig ist (Verhältnismässigkeitsprinzip, Art. 4 Abs. 2 DSGVO). Eine Überwachungsanlage kann auch als Mittel zur Verhaltensüberwachung empfunden werden, wenn die betroffenen Arbeitnehmer zu wenig gut über den beabsichtigten Zweck orientiert wurden. Der Arbeitnehmer kann sich aber auch trotz ausreichender Information ständig beobachtet fühlen. Dies umso mehr, da Videokameras in der Regel mit Zoomfunktionen ausgestattet sind, die eine Identifikation von Personen ermöglichen und somit zur Verhaltensüberwachung missbraucht werden können.

Das Filmen soll die mildeste Massnahme darstellen. Die Videoüberwachung auf Baustellen zur Kontrolle des Baufortschritts kann z. B. erlaubt sein (vorbehalten bleibt die Prüfung und Güterabwägung im Einzelfall), wenn die Unzumutbarkeit des täglichen Augenscheins solche Aufnahmen erforderlich machen (Architekt und/oder Baumeister müssten täglich aus einer grösseren Distanz zur Überprüfung des Arbeitsstandes kommen). Eine Information an die Betroffenen sowie eine gesicherte und restriktive Zugriffsregelung auf die Aufnahmen werden dabei jedoch vorausgesetzt.

### **6.2 *Permanente Videoüberwachung von Kiosk- oder Detailhandlangestellten***

Die Videoüberwachung von Angestellten im Bereich des Detailhandels ist verboten, weil sie, meist unangekündigt, die Privatsphäre, aber auch die Intimsphäre oder die familiären Verhältnisse der Arbeitnehmer tangieren kann. Dies ist immer im Einzelfall zu prüfen je nach Tätigkeit

und Bewegungsspielraum der Mitarbeitenden sowie je nach Grösse des Geschäfts (ausschliesslich Kassentätigkeit oder auch z. B. Gestelleeinräumen). Sie kann auch die Gesundheit der Mitarbeitenden tangieren, wenn sie einen ständigen, kränkenden Druck auf die Betroffenen ausübt. Die Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte ist strafrechtlich relevant. Denkbar ist die Überwachung eines Mitarbeitenden im Falle einer Straftat oder eines Straftatverdachts (Diebstahlsüberwachung), wenn die Massnahme richterlich angeordnet wurde. Allgemein empfiehlt der EDÖB die Aufdeckung von Straftaten und die damit verbundene Videoüberwachung, wenn immer möglich, den Polizeibehörden zu überlassen.

Eine Videokamera, die auf den Kassenmitarbeiter und seinen Arbeitsplatz (Förderband, Spirituosen, Zigaretten) gerichtet ist, ist auch mittels eines Privacy-Filters nicht zu empfehlen, da dies eine permanente Überwachung darstellen kann. Vielmehr sind hier mildere Massnahmen zu prüfen, wie z. B. abschliessbare Zigaretten- und Alkoholschränke, wenn die Videoüberwachung aufgrund des Diebstahls von teuren Artikeln erfolgt. Ist die Videoüberwachung eines Ladenbereiches unumgänglich, sind die Zugriffe auf die Bilder zu beschränken und die Aufnahmen sicher mit einem Passwort zu schützen. Die Positionen und Einstellungen der Videokameras sind mit dem Personal zu besprechen, damit dieses den unüberwachten Bereich kennt. Es sollen in einem solchen Fall Privacy-Filter eingesetzt werden. Die Videokameras in einer Bankschalterhalle, die aus Sicherheitsgründen eingesetzt werden, sind also auch so zu positionieren, dass das Bankpersonal sich nur ausnahmsweise im Kamerabereich aufhält. (Vorbehalten bleibt die Videoüberwachung von Kunden und weiteren Dritten.)

### *6.3 Videoüberwachung in einer Eingangshalle und an weiteren strategischen Orten*

Sofern keine permanente Überwachung des Arbeitsplatzes erfolgt, ist der Arbeitgeber zum Schutze seiner eigenen Interessen berechtigt, Videoüberwachungssysteme an strategischen Orten innerhalb der Firma einzusetzen, wie z. B. an Ein-/Ausgängen, Fenstern, Garderoben. Die Videoüberwachung der Garderobe kann geeignet sein, um Diebstähle durch die Angestellten aufzudecken, ist aber u. E. nicht die geeignetste und mildeste Massnahme. Ausserdem ist eine Videoüberwachung in einer Personalgarderobe nach Ansicht des EDÖB nicht erlaubt, wenn die Mitarbeitenden keine andere Rückzugsmöglichkeit haben. Eine zeitliche Befristung einer solchen Überwachung müsste ebenso in Betracht gezogen werden.

---

## **C. Rechtsprechung**

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



*Bundesgericht, Urteil vom 22. Januar 2018, Doss.-Nr. 8C\_356/2017 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. April 2017)*

**Bei Gewährung von Vertrauensarbeitszeit (VAZ) mit (6%) Lohnzuschlag entsteht insofern eine Bindungswirkung an die damit getroffene Vereinbarung, als das einseitige Rückkommen willkürfrei zu geschehen hat und daher eines sachlichen Grundes bedarf. Vorliegend war ein solcher Grund unter Hinweis auf die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (Art. 56 Abs. 1 BPV) zu verneinen, da der dafür angerufene Umstand der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung und der damit einhergehende Ausfall der Mehrleistung nicht genügten. Der Lohnzuschlag durfte somit nicht wegen Krankheit des Angestellten einseitig entzogen werden (E. 8.6 und 9).**

Sachverhalt:

A. ist seit Januar 2011 als stellvertretender Chefarzt bei der Logistikbasis der Armee, Geschäftsfeld Sanität, angestellt und in der Lohnklasse 27 eingereiht. Als Arbeitszeitmodell wurde Vertrauensarbeitszeit (VAZ) vereinbart, mit einem entsprechenden Lohnzuschlag von zunächst 5 Prozent und später 6 Prozent.

Seit April 2015 ist A. krankheitsbedingt vollständig arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 6. November 2015 orientierte ihn der Arbeitgeber darüber, dass das «Arbeitszeitmenu» per 1. November 2015 angepasst werde. Ab diesem Zeitpunkt gelte die Jahresarbeitszeit mit 100 Prozent Lohn. Der Lohnzuschlag von 6 Prozent werde nicht mehr gewährt. Auf die von A. beim Bundesverwaltungsgericht erhobene Rechtsverweigerungsbeschwerde hin verfügte der Chef Logistikbasis der Armee am 9. März 2016 die Aufhebung der Arbeitszeitvereinbarung mit Wirkung ab 8. Mai 2015.

Die von A. dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 11. April 2017 gut. Es hob die Verfügung vom 9. März auf mit der Feststellung, dass der Arbeitsvertrag vom 10./26. November 2010 in Bezug auf das Arbeitszeitmodell nicht einseitig geändert werden dürfe.

Der Chef der Armee führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben.

A. schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Aus den Erwägungen:

5.

Streitig ist die verfügungsweise Aufhebung der von den Parteien vereinbarten Arbeitszeitvereinbarung durch den Arbeitgeber mit Wirkung ab 8. Mai 2015. Zu prüfen ist, ob die Aufhebung der entsprechenden Verfügung vom 9. März 2016 durch das Bundesverwaltungsgericht vor Bundesrecht standhält.

6.

6.1 Das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) regelt das Arbeitsverhältnis des Bundespersonals (Art. 1). Das Arbeitsverhältnis entsteht durch den Abschluss eines schriftlichen öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags (Art. 8 Abs. 1 BPG). Gemäss Art. 6 Abs. 3 BPG wird das Arbeitsverhältnis im Rahmen von Abs. 2 derselben Bestimmung (sinngemässe Anwendung des OR, vorbehältlich abweichender Bestimmungen des BPG und anderer Bundesgesetze) durch Ausführungsbestimmungen (Art. 37), insbesondere den Gesamtarbeitsvertrag (Art. 38) und den Arbeitsvertrag (Art. 8) näher geregelt. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 BPG überträgt dem Bundesrat die grundsätzliche Kompetenz zum Erlass der Ausführungsbestimmungen zum BPG. In Art. 25 Abs. 2 BPV nennt dieser Punkte, über welche die Parteien im Arbeitsvertrag eine Regelung vereinbaren müssen. Die Festlegung der Arbeitszeit gehört nicht dazu. Der Arbeitsvertrag hat sich auf das Grundsätzliche und Dauerhafte zu beschränken. Damit soll verhindert werden, dass nicht bei jeder Veränderung das arbeitsrechtliche Änderungs- und Kündigungsverfahren eingehalten werden muss (PETER HELBLING, in: Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, N. 103 und 105 zu Art. 8 BPG).

6.2 Abgesehen von der Höchstarbeitszeit nach Art. 17 BPG werden Arbeitszeit, Ferien, Urlaub und Umfang sowie Ausgleich von Mehrarbeit und Überzeit in den Ausführungsbestimmungen geregelt (Art. 17a Abs. 1 BPG, in der Fassung vom 14. Dezember 2012 [AS 2013 1493]; vgl. auch den bis Ende Juni 2013 in Kraft gestandenen Art. 17 BPG). Der Bundesrat ist diesem Regelungsauftrag mit Bezug auf die Arbeitszeit in Art. 64 BPV gefolgt. Nach Abs. 4<sup>bis</sup> dieser Bestimmung (in der Fassung vom 1. Mai 2013 [AS 2013 1515]) leisten die Angestellten ihre Arbeitszeit mit den Arbeitszeitmodellen der Jahresarbeitszeit oder der Vertrauensarbeitszeit gemäss Art. 64a BPV. Die Departemente können aus betrieblichen Gründen zusätzlich das Arbeitszeitmodell der gleitenden Arbeitszeit anbieten. Laut Art. 64a Abs. 1 BPV sind Angestellte mit Vertrauensarbeitszeit von der Erfassung der Arbeitszeit befreit. Sie können keine Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit kompensieren. Für Angestellte der Lohnklassen 30 bis 38 ist Vertrauensarbeitszeit obligatorisch (Abs. 2). Angestellte der Lohnklassen 24 bis 29 können sie mit ihren Vorgesetzten vereinbaren (Abs. 3). Anstelle der Kompensation für Mehrarbeit, Überzeit und Gleitzeit erhalten Angestellte mit Vertrauensarbeitszeit eine jährliche Entschädigung in Form einer Bar-

vergütung von 6 Prozent des Jahreslohnes. Im Einvernehmen mit den Vorgesetzten können sie sich anstelle der Barvergütung ausnahmsweise zehn Ausgleichstage oder 100 Stunden auf ein Sabbaticalkonto gutschreiben lassen (Abs. 5). Die Ausgleichstage sind im Kalenderjahr ihres Entstehens zu beziehen. Ansonsten verfallen sie entschädigungslos, es sei denn, der Bezug ist wegen Krankheit, Unfall oder Mutterschaftsurlaub nicht möglich (Abs. 6).

6.3 Arbeitgeber sind nach Art. 3 Abs. 2 BPG die Departemente, die Bundeskanzlei, die Gruppen und Ämter sowie die dezentralisierten Verwaltungseinheiten, soweit ihnen der Bundesrat die entsprechenden Befugnisse überträgt. Die Verwaltungseinheiten, denen der Bundesrat Arbeitgeberbefugnisse nach Art. 3 Abs. 2 übertragen hat, erlassen die Ausführungsbestimmungen unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 37 Abs. 3<sup>bis</sup> BPG in der Fassung vom 14. Dezember 2012 [AS 2013 1493]). Gemäss Art. 115 BPV kann das VBS im Einvernehmen mit dem EFD unter anderem im Bereich der Arbeitszeit (lit. f) für das militärische Personal abweichende Bestimmungen erlassen. Die Zuständigkeit für Arbeitgeberentscheide wird bei den Bundesämtern oder den ihnen gleichzustellenden Organisationseinheiten vermutet, sofern die Departemente nichts anderes bestimmen (Art. 2 Abs. 5 BPV).

## 7.

7.1 Arbeitsverträge können grundsätzlich jederzeit, unter Einhaltung der schriftlichen Form (Art. 13 BPG in der Fassung vom 14. Dezember 2012 [AS 2013 1493]; Art. 30 BPV), im gegenseitigen Einvernehmen modifiziert werden. Können sich die Parteien nicht auf eine Lösung einigen und ist eine Anpassung des Vertrages unumgänglich, so muss dieser – unter Vorbehalt der Fälle nach Art. 25 Abs. 3, 3<sup>bis</sup> und 4 BPG – nach den Bestimmungen von Art. 10 Abs. 3 und 4 BPG gekündigt werden (Art. 30 Abs. 2 BPV in der Fassung vom 1. Mai 2013 [AS 2013 1515]; PETER HÄNNI, Personalrecht des Bundes, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Organisationsrecht, Teil 2, 3. Aufl. 2017, N. 92 S. 33). Der Beschwerdeführer sprach keine Kündigung unter der Bedingung aus, dass der Beschwerdegegner einer Änderung des Arbeitszeitmodells nicht zustimmen sollte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine allfällige Kündigung implizit in Aussicht gestellt worden wäre. Vielmehr änderte der Arbeitgeber das vereinbarte Arbeitszeitmodell gestützt auf Art. 34 Abs. 1 BPG einseitig mittels Verfügung ab, nachdem zwischen den Parteien keine Einigung zustande gekommen war.

7.2 Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen kann der Arbeitgeber ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis nicht aus beliebigen Gründen auflösen. Er habe jedoch die Möglichkeit, dieses – sofern über eine Änderung keine Einigung zu Stande komme – einseitig anzupassen, wenn sich die Verhältnisse geändert haben. Die einseitige Vertragsänderung mittels Verfügung müsse sich indessen auf einen sachlichen bzw. dienstlichen Grund stützen können. Ein solcher könne etwa in organisatorischen Verän-

derungen (vgl. Art. 25 Abs. 3 BPV), Veränderungen der zu erfüllenden Bundesaufgaben oder Budgetrestriktionen liegen. Die einseitige Änderung des Arbeitsvertrages konkurrenzieren mit dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Vertrauensschutz. Eine einseitige Anpassung der Lohnregelung werde beispielsweise nur dann als zulässig erachtet, wenn sie nicht allzu drastisch ausfalle und eine angemessene Übergangsfrist bestehe bzw. die Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der Änderung zumindest der Kündigungsfrist entspreche.

7.3 Da sich der Beschwerdeführer für die einseitige Anpassung des Arbeitszeitmodells auf die Richtlinien des Personalchefs VBS über die Arbeitszeitmodelle im Departement vom 1. Oktober 2013 stützte, prüfte die Vorinstanz, ob diese eine hinreichende Grundlage für die Anpassung des Arbeitszeitmodells darstellen. Nach der Grundsatzbestimmung von Ziffer 2.3 sind die Arbeitszeitmodelle zwischen den Vorgesetzten und den Mitarbeitenden schriftlich zu vereinbaren. Die Vereinbarung wird für ein Jahr abgeschlossen. Die Angemessenheit des Arbeitszeitmodells muss jährlich überprüft werden. Wenn keine Änderung des Arbeitszeitmodells notwendig ist, verlängert sich die Vereinbarung um ein weiteres Jahr. Nach Ziffer 4.1 der Richtlinien können Mitarbeitende der Lohnklassen 24 bis 29 im Einvernehmen mit ihren Vorgesetzten Vertrauensarbeitszeit vereinbaren. Dabei gilt es zu beachten, dass die Vertrauensarbeitszeit für Mitarbeitende mit überdurchschnittlicher zeitlicher Belastung vorgesehen ist. Diese Vereinbarung ist jährlich für das Folgejahr neu zu beurteilen. Ziffer 4.7 sieht vor, dass bei unbezahlten und zusammenhängenden bezahlten Abwesenheiten (z.B. Militär, Krankheit, Unfall, Mutterschaft) von mehr als 30 Tagen die VAZ-Vereinbarungen für den Rest des Jahres aufgehoben werden, wobei Ferien, Ausgleichstage, Treueprämien und GLAZ-Bezug nicht als bezahlte Abwesenheiten gelten. Diese Richtlinien ersetzen jene über die flexible Arbeitszeit im VBS vom 27. März 2009.

7.4 Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden die Richtlinien dem Beschwerdegegner nicht zur Kenntnis gebracht. Sie sind auch nicht zum Bestandteil des Arbeitsvertrages erklärt worden. Daher bilden sie keine Grundlage für eine einseitige Änderung des Arbeitsvertrages in Bezug auf das Arbeitszeitmodell. Auch das allgemeine Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR, welches gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG sinngemäss zur Anwendung kommt, soweit das BPG und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, vermöge der Richtlinie mangels vertraglicher Vereinbarung keine unmittelbare Verbindlichkeit im Arbeitsverhältnis mit dem heutigen Beschwerdegegner zu verschaffen. Der Arbeitnehmer habe daher auf die Beibehaltung des vereinbarten Arbeitszeitmodells vertrauen dürfen, zumal keine betrieblichen Gründe für eine einseitige Änderung ersichtlich seien. Das Bundesverwaltungsgericht hat zudem erwogen, die Richtlinien über die Arbeitszeitmodelle seien nicht vom Arbeitgeber, sondern vom Leiter Personalabteilung innerhalb des Generalsekretariats des VBS unterzeichnet worden. Eine entsprechende Rechtsetzungsbefugnis (vgl. Art. 37



Abs. 3 BPG) ergebe sich weder aus der OV-VBS noch aus Art. 41 ff. des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010), weshalb den betreffenden Richtlinien nicht der Charakter einer kompetenzgemäss erlassenen Rechtsverordnung zukomme.

7.5 Laut Vorinstanz erscheint es zwar sachgerecht, das Arbeitsverhältnis hinsichtlich des vereinbarten Arbeitszeitmodells periodisch zu überprüfen. Auch müsse es dem Arbeitgeber grundsätzlich möglich sein, das Arbeitsverhältnis einseitig mittels Verfügung zu ändern und ein anderes Arbeitszeitmodell vorzuschreiben, falls darüber keine Einigung zu Stande komme. Mit Bezug auf die vom heutigen Beschwerdeführer verfügte Änderung des Anstellungsvertrages fehle jedoch ein dienstlicher oder sachlicher Grund. Diese sei einzig wegen der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung des Beschwerdegegners erfolgt. Laut angefochtenem Entscheid würde es Sinn und Zweck der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall gemäss Art. 56 Abs. 1 und Abs. 2 BPV widersprechen, allein wegen einer aus diesen Gründen ausbleibenden Arbeits- bzw. Mehrleistung eine einseitige Änderung des Arbeitsvertrages zuzulassen. Auch das Eidgenössische Personalamt gehe in den Erläuterungen zu diesen Bestimmungen davon aus, dass der Lohnanspruch während Krankheit alle dauernd und regelmässig ausbezahlten Lohnbestandteile und Zulagen einschliesslich der Barvergütung VAZ umfasse.

7.6 Da sich die einseitige Änderung des Arbeitsvertrages somit weder auf eine arbeitsvertragliche noch auf eine generell-abstrakte Regelung stützen kann und auch keine dienstlichen oder sachlichen Gründe ersichtlich sind, welche diese rechtfertigen können, hob die Vorinstanz die Verfügung vom 9. März 2016 auf.

8.

8.1 Gegenstand von Verfügungen ist die Regelung oder Feststellung von Rechten und Pflichten von Rechtssubjekten. Die Verfügung wird in diesem Zusammenhang von der internen oder organisatorischen Anordnung abgegrenzt, welche Situationen innerhalb der Verwaltung regelt. Die interne Anordnung hat nicht die Normierung der Rechtslage eines Rechtssubjekts als solches zum Gegenstand. Zudem ist die Verwaltung selber in der Ausübung ihrer Aufgaben Adressatin der internen Anordnung. Bei Anordnungen, welche auf die Rechte und Pflichten eines (öffentlich-rechtlichen) Angestellten als Rechtssubjekt einwirkt und zum Beispiel seine Entlohnung oder verschiedene Entschädigungen festlegt oder Disziplinarmassnahmen anordnet, handelt es sich um eine Verfügung. Dagegen stellt eine Anordnung, welche die Ausführung der ihm obliegenden Aufgaben an sich zum Gegenstand hat, die mit dem Dienst verbundenen Pflichten regelt und etwa die Tätigkeiten in einem Pflichtenheft umschreibt oder über die Art der Abwicklung eines Geschäfts instruiert, einen internen organisatorischen Akt ohne Verfügungscharakter dar (BGE 136 I 323 E. 4.4 S. 329; Urteil 8D\_1/2016 vom 23. Januar 2017 E. 5.1; vgl. auch die Aufzählung und Kasuistik bei HELBLING, a.a.O., N. 44 ff. zu Art. 34 BPG). In-

nerdienstlicher Natur ist auch die Regelung der Modalitäten der gleitenden Arbeitszeit (TOMAS POLEDNA, Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht – ein Praxisüberblick, in AJP 1998 S. 920). Den Erlass einer Verfügung verlangt hingegen die Verweigerung der Abgeltung von Zeitguthaben durch Freizeit oder Entschädigung (HELBLING, a.a.O., N. 57 zu Art. 34 BPG). Mit Blick auf die finanzielle Tragweite des Widerrufs der gewährten VAZ (vgl. Art. 64a Abs. 5 BPV) ist es von der Sache her richtig, dass der Beschwerdeführer den Verfügungsweg beschritten hat.

8.2 Der Vorinstanz ist sodann darin beizupflichten – und es wird auch nicht bestritten –, dass die Richtlinien über die Arbeitszeitmodelle im VBS nicht zum vereinbarten Bestandteil des Arbeitsvertrages des Beschwerdegegners gehörten. Sie stellen auch keine verbindlichen Rechtssätze (Erlasse) dar. Es handelt sich vielmehr um allgemeine Dienstanweisungen generell-abstrakter Natur, die der Durchsetzung einer einheitlichen Verwaltungspraxis zum Durchbruch verhelfen sollen. Als Grundlage für eine einseitige Aufhebung der getroffenen Abrede kommen die Richtlinien daher nicht in Betracht.

8.3 Die in Art. 25 Abs. 2 BPV statuierte Parteiautonomie darf der Arbeitgeber nur dann durch den Erlass einer einseitig-hoheitlichen Verfügung regeln, wenn trotz angemessener Bemühungen keine Einigung zu Stande kommt (Art. 34 Abs. 1 BPG; HELBLING, a.a.O., N. 20 zu Art. 8 BPG). Die Arbeitszeit war dem Beschwerdeführer auf seinen Antrag hin vom Beschwerdeführer gewährt worden. Es handelt sich dabei um eine vertragliche Nebenabrede im Sinne von Art. 64a Abs. 3 BPV.

8.4. Art. 64a Abs. 3 BPV ist – auch in der französischen («peuvent appliquer») und italienischen Fassung («possono convenire») – ausdrücklich als Kann-Vorschrift ausgestaltet und räumt damit der zuständigen Behörde ein Ermessen ein. Für das mittlere Kader (Lohnklassen 24–29) besteht somit kein Anspruch auf Gewährung von VAZ. Bei diesem Arbeitszeitmodell geht es insbesondere darum, das Anhäufen von Überzeitguthaben zu verhindern (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3753/2013 vom 22. August 2013 E. 3.3 und E. 3.4.1). Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass dieses – trotz des Entstehungsgrundes im Rahmen einer Vereinbarung – einseitig widerrufen werden kann, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Dementsprechend sehen auch die Richtlinien über die Arbeitszeitmodelle im VBS eine jährliche Überprüfung der vereinbarten VAZ für das Folgejahr vor (Ziff. 4.1 der Richtlinien).

8.5 In Art. 25 Abs. 3 und 3<sup>bis</sup> BPV räumt der Verordnungsgeber dem Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen die Befugnis zur einseitigen Änderung des Arbeitsvertrages ein (mit und ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, aber ohne eigentliche Kündigung). Dies ist als Indiz dafür zu betrachten, dass dies erst recht in Bezug auf Abreden möglich sein muss, die nicht zum unerlässlichen Mindestinhalt des Arbeitsvertrages gehören.

8.6 Öffentlich-rechtliche Anstellungsverträge schaffen aufgrund einer zweiseitigen Vereinbarung eine gegenseitige Vertrauensbasis. Sowohl die Behörde wie auch die Arbeitnehmer dürfen davon ausgehen und darauf vertrauen, dass die Arbeitsverträge, so wie sie abgeschlossen wurden, vorbehaltlich besonderer Vorkommnisse, tatsächlich eingehalten und aufrechterhalten werden (Urteil 1C\_168/2008 vom 21. April 2009 E. 4.3; zur Anpassung öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse an die Entwicklung der Gesetzgebung vgl. BGE 134 I 23 E. 7.1 S. 35; WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 3011 S. 1024). Im Falle erfolgter Gewährung der VAZ entsteht eine Bindungswirkung an die damit getroffene Vereinbarung insofern, als das einseitige Rückkommen willkürfrei zu geschehen hat und daher eines sachlichen Grundes bedarf. Einen solchen Grund verneint die Vorinstanz mit Bezug auf den Beschwerdegegner unter Hinweis auf die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (Art. 56 Abs. 1 BPV), da der dafür angerufene Umstand der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung und der damit einher gehende Ausfall der Mehrleistung nicht genügen. Im Fall der Arbeitsverhinderung wegen Unfall oder Krankheit haben die Angestellten während zwölf Monaten Anspruch auf den vollen Lohn gemäss Art. 15 und 16 BPG und während weiteren zwölf Monaten auf 90 Prozent des Lohnes (Art. 29 Abs. 1 BPG in Verbindung mit Art. 56 Abs. 1 und Abs. 2 BPV).

8.7 Bei vereinbarter VAZ überträgt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Zeitsouveränität. Je geringer das Pensum, desto freier ist der Mitarbeiter, dieses auf die Woche zu verteilen. Bei einer Arbeitsverhinderung von mehreren Wochen oder gar Monaten kann der Lohnfortzahlungsanspruch aufgrund des vereinbarten Pensums relativ einfach bestimmt werden. Hingegen ist bei Arbeitsverminderung im Stunden- oder Tagebereich oft unklar, ob in dieser Zeit überhaupt gearbeitet worden wäre (GILLES BRUGGER, Die Arbeitsverhinderung bei Teilzeiterwerbstätigen und Mehrfachbeschäftigten, 2017, Rz. 384 S. 119). Da bei Arbeitsverhinderung – auch bei Vollzeitbeschäftigten – die sachliche Rechtfertigung für die VAZ samt entsprechender Entschädigung dahinfällt, stellt sich zumindest nach einer gewissen Dauer die Frage des Widerrufs. Die Vorinstanz hat jedoch kein Bundesrecht verletzt, wenn sie der Lohnfortzahlungspflicht Rechnung getragen und in der krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung keinen sachlichen Grund für eine einseitige Aufhebung der Nebenabrede gesehen hat.

8.8 Die Lohnfortzahlung bezieht sich gemäss Art. 56 Abs. 1 BPV auf den «vollen Lohn» nach Art. 15 und Art. 16 BPG. Das im Verordnungswortlaut verwendeten Attribut «voll» ist namentlich mit Blick auf Abs. 2 der Bestimmung und die dort vorgesehene Reduktion des Lohnanspruchs nach Ablauf von zwölf Monaten auf 90 Prozent zu verstehen. Das Gesetz spricht in Art. 15 BPG von Lohn (Abs. 1) und von Zuschlägen (Abs. 4). Beim Lohn gemäss Art. 15 Abs. 1 BPG handelt es sich um den Grundlohn (JASMIN MALLA, in: Bundespersonalgesetz, a.a.O., N. 101 zu Art. 15 BPG; HÄNNI, a.a.O., N. 133 S. 49), so wie er gemäss Art. 36 PBV mit 38 ver-

schiedenen Klassen festgesetzt wird. Dazu kommen die Zulagen und Zuschläge, die ihre Gesetzesgrundlage in Art. 15 Abs. 4 BPG oder in anderen Bestimmungen finden (vgl. Art. 18 Abs. 2 und Art. 32 lit. a BPG). Sie werden im Rahmen der Ausführungsbestimmungen (vgl. Art. 15 Abs. 3 BPG), insbesondere in Art. 43 ff. BPV näher geregelt. In diesem Zusammenhang ist auch die VAZ-Barvergütung zu sehen, die an sich als Sonderzulage nach Art. 48 BPV («zur Abgeltung besonderer Verhältnisse») zu qualifizieren wäre. Ihre spezifischen rechtlichen Grundlagen finden sich jedoch in Art. 17a Abs. 2 BPG und Art. 64a BPV. Dies ist indessen nicht massgebend. Für die rechtliche Behandlung der als Lohnzulagen oder -zuschläge genannten Leistungen entscheidend ist nämlich nicht deren Bezeichnung, sondern die Rechtsnatur bzw. der Wille des Verordnungsgebers (MALLA, a.a.O., N. 18 zu Art. 15 BPG). Die VAZ-Barvergütung stellt zwar eine Zulage zum Grundlohn dar. Von der Sache her geht es indessen um einen Ausgleich für die nicht kompensierbare Leistung von Mehrarbeit, was nichts anderes als Lohn nach Art. 15 BPG darstellt. Der Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall erstreckt sich daher grundsätzlich auch auf die betreffende Entschädigung.

8.9 Dem steht nicht entgegen, dass Art. 57 Abs. 1 BPV die Sozialleistungen explizit in die Lohnfortzahlung einschliesst, während eine entsprechende Regelung für andere Zulagen fehlt. Als Sozialzulagen gelten die Familienzulage, die ergänzenden Leistungen zur Familienzulage, die Zulage für Verwandtschaftsunterstützung, der Ortszuschlag und die Auslandzulage (vgl. 25 der Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung [VBPV; SR 172.220.111.31]). Ihre ausdrückliche Nennung bei der Lohnfortzahlung hat ihren Grund darin, dass es dabei nicht um eigentlichen Lohn im Sinne von Abgeltung der Arbeitsleistung geht.

8.10 Würde die Lohnfortzahlungspflicht im vorliegend zu beurteilenden Zusammenhang ausser Acht gelassen, ergäbe sich eine Ungleichbehandlung zu den Angestellten der Lohnklasse 30 bis 38, für die gemäss Art. 64a Abs. 2 BPV obligatorisch die VAZ gilt, weshalb dort eine Anpassung von vornherein ausser Betracht fällt. Das finanzielle Interesse des Arbeitgebers genügt nicht zur Rechtfertigung einer gegenteiligen Sicht. Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Verhinderung des Arbeitnehmers stellt eine sozialpolitisch begründete Ausnahme vom Prinzip dar, dass das Ausbleiben einer Leistung den Vertragspartner berechtigt, seine Gegenleistung zu verweigern. Sie ist eine wichtige Konkretisierung der arbeitgeberischen Fürsorgepflicht (Art. 6 Abs. 2 BPG in Verbindung mit Art. 328 OR; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl. 2015, Rz. 426 S. 175; BRUGGER, a.a.O., Rz. 221 S. 70) und Gegenstück zur Treuepflicht des Arbeitnehmers. Darauf soll gerade der wegen Krankheit oder Unfall an der Arbeit verhinderte Arbeitnehmer vertrauen dürfen, zumal er während dieser Zeit in seiner Dispositionsfreiheit faktisch eingeschränkt ist. Er soll finanziell so gestellt werden, wie wenn er ungehindert gearbeitet hätte.

9.

Zusammenfassend ist die Vorinstanz ohne Bundesrecht zu verletzen zum Schluss gelangt, dass die Barabgeltung für das Arbeitszeitmodell VAZ nicht wegen Krankheit des Beschwerdegegners einseitig entzogen werden durfte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

*Bundesgericht, Urteil vom 23. Januar 2018, Doss.-Nr. 4A\_349/2017 (Aufhebung der Entscheide des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 3. März 2011, vom 25. Februar 2014 und vom 29. November 2016)*

**Fristlose Entlassung eines Managing Directors wegen eigenmächtiger Gesellschafts-Logo Änderung, Art. 337 OR, Art. 716a und Art. 716b OR.**

Das Logo einer Gesellschaft ist Teil ihrer Corporate Identity. Die Gesellschaft wird unter diesem Zeichen von den Personen, mit denen sie in Kontakt tritt, wahrgenommen und identifiziert. Der Entscheid bezüglich Änderung des Logos stellt nach Auffassung des Bundesgerichts keine bloss operative Geschäftsführungsaufgabe dar, die einem Arbeitnehmer als Managing Director alleine übertragen werden kann (vgl. Art. 716b OR). Es handelt sich vielmehr um einen strategischen Unternehmensentscheid, der unter die Oberleitung der Gesellschaft im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR fällt und dem Gesamtverwaltungsrat nicht entzogen werden kann (E. 3.2).

Ein Arbeitnehmer, der zugleich auch Verwaltungsratspräsident ist, untersteht einerseits der Treuepflicht als Organ, andererseits derjenigen als Arbeitnehmer. Mit der eigenmächtigen Umsetzung der Logo-Änderung (Verwendung des neuen Logos auf einer Visitenkarte und auf einem Flyer) verletzt der Arbeitnehmer sowohl seine organschaftlichen Kompetenzen als auch seine arbeitsvertraglichen Pflichten. Denn seine arbeitsvertraglichen Pflichten umfassen ohne weiteres auch die Beachtung der gesetzlichen und statuarischen Vorgaben. Diese gravierende Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten führt zum Verlust der erforderlichen Vertrauensgrundlage (Art. 337 Abs. 2 OR) und berechtigt die Arbeitgeberin zur fristlosen Vertragsauflösung (E. 4.3).

**Sachverhalt:**

Die A. AG mit Sitz in U. (Beklagte, Beschwerdeführerin) bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Ultraschallgeräten, insbesondere Schweißgeräten für Kunststoffe und Metalle sowie die zugehörigen Automatisierungen. Sie gehört zur amerikanischen D. Inc. USA, die von E. (Konzerninhaber) beherrscht wird. Der D. Inc. USA unterstehen neben der A. AG auch andere Firmen, die im Bereich der Schweisstchnik tätig

sind, wie die F. AG mit Sitz in V., Deutschland, die G. SA France und die H. España SA sowie verschiedene Unternehmen, welche unter der Bezeichnung X. tätig sind.

B. (Kläger, Beschwerdegegner) wurde mit Arbeitsvertrag vom 8. November 2007 als «Managing Director» und im Oktober/November 2008 ohne Anpassung des schriftlichen Arbeitsvertrages als «Chairman of the European Group I.» sowie Geschäftsführer bei der Beklagten angestellt. Im Schweizerischen Handelsregister war der Kläger ab 21. November 2007 als Mitglied des Verwaltungsrates und Direktor der Beklagten und ab 28. November 2008 als Präsident des Verwaltungsrates der Beklagten sowie der A. Holding AG eingetragen.

Mit E-Mail des Konzerninhabers vom 22. August 2009 beziehungsweise mit Schreiben der Beklagten vom 24. August 2009 wurde der Kläger fristlos entlassen, weil er eigenmächtig das Logo der Beklagten geändert hatte, indem er ein in der Unternehmensgruppe bereits verwendetes Logo ebenfalls für die Beklagte benutzte.

Der Kläger erachtete die fristlose Entlassung als ungerechtfertigt und klagte mit Weisung des Friedensrichteramtes Romanshorn am 3. Dezember 2009 beim Bezirksgericht Arbon gegen die Beklagte auf Zahlung von Fr. 483'347.35 zuzüglich Zins, wobei er die Forderung in der Klagebegründung auf Fr. 467'721.85 reduzierte.

Das Bezirksgericht Arbon wies die Klage mit Urteil vom 30. April 2010 ab, weil die fristlose Entlassung aus wichtigen Gründen erfolgt sei.

Hiergegen erhob der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Thurgau. Dieses sprach mit Zwischenentscheid vom 3. März 2011 (Entscheid 1) der Pflichtverletzung durch die eigenmächtige Logoänderung die – eine fristlose Kündigung rechtfertigende – objektive Schwere ab und wies das Verfahren zur weiteren materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück, da die Beklagte neben dem Logowechsel zwei weitere Gründe für die fristlose Kündigung geltend machte. Einerseits brachte die Beklagte vor, mit dem Gebrauch des neuen Logos seien überdies Markenrechte verletzt worden. Andererseits wurde dem Kläger vorgeworfen, der mit seinem engen Freund C. abgeschlossene Arbeitsvertrag habe gegen jegliche unternehmerische Vernunft und sämtliche Interessen der G. SA France verstossen. Das Bundesgericht trat auf die von der Beklagten gegen den obergerichtlichen Entscheid 1 erhobene Beschwerde in Zivilsachen mit Urteil vom 13. Oktober 2011 nicht ein (Verfahren 4A\_496/2011).

Nach durchgeführtem Beweisverfahren wies das Bezirksgericht Arbon die Klage mit Urteil vom 11. Februar 2013 ab, da die nachgeschobenen Gründe der Markenrechtsverletzung und des Vertragsabschlusses mit C. jeweils zur fristlosen Kündigung berechtigt hätten.

Das vom Kläger erneut angerufene Obergericht des Kantons Thurgau erachtete mit Zwischenentscheid vom 25. Februar 2014 (Entscheid 2) das Nachschieben des Grundes betreffend den Vertragsabschluss mit C. als unzulässig, da er nicht gleicher Art sei. Die Markenrechtsverletzung betrach-

tete es als objektiv nicht schwer genug, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen und wies das Verfahren zur weiteren materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

Das Bundesgericht trat mit Entscheid vom 30. September 2014 auf eine gegen die Entscheide 1 und 2 des Obergerichts erhobene Beschwerde in Zivilsachen nicht ein (Verfahren 4A\_316/2014).

In der Folge schrieb das Bezirksgericht Arbon das Verfahren mit Urteil vom 21. September 2015 aufgrund Teilrückzugs durch den Kläger im Umfang vom Fr. 15'625.15 ab und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von Fr. 221'876.50 brutto zuzüglich Zins, abzüglich allfällig geschuldeter und nachweislich bezahlter Sozialversicherungsabgaben, weil es unter Berücksichtigung der Weisungen des Obergerichts des Kantons Thurgau die Entlassung nunmehr als ungerechtfertigt betrachtete.

Das Obergericht des Kantons Thurgau wies die von der Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Berufung mit Urteil vom 29. November 2016 (Entscheid 3) ab und verpflichtete sie unter teilweiser Gutheissung der Anschlussberufung des Klägers zur Zahlung von brutto Fr. 242'709.85 zuzüglich 5% Zins seit dem 25. August 2009, abzüglich allfällig geschuldeter und nachweislich bezahlter Sozialversicherungsabgaben. Das Obergericht erachtete angesichts eines unterdessen ergangenen Bundesgerichtsentscheids (BGE 142 III 579 E. 4.3) das Nachschieben des Kündigungsgrundes aufgrund des Vertragsschlusses mit C. trotz fehlender Ähnlichkeit mit dem ursprünglich geltend gemachten Kündigungsgrund der Logoänderung als zulässig. Es beurteilte jedoch die Pflichtverletzung selbst unter Berücksichtigung des weiteren geltend gemachten Kündigungsgrundes, der angeblichen Markenrechtsverletzung, als objektiv nicht schwer genug, um die fristlose Entlassung zu rechtfertigen.

Die Beklagte beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, die Entscheide 1-3 des Obergerichts des Kantons Thurgau seien aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Eventualiter sei die Streitsache zur Abnahme des Beweises betreffend Verbot der Logoänderung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Art. 716a OR verletzt, indem sie die vom Beschwerdegegner eigenständig vorgenommene Logoänderung nicht als unübertragbare Aufgabe des gesamten Verwaltungsrates betrachtete.

3.1 Dem Verwaltungsrat steht als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe die Oberleitung der Gesellschaft zu (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR). Bei der Oberleitung handelt es sich um eine mittel- und langfristige Pla-

nung der Unternehmensstrategie. Die Führung der Gesellschaft als Ganzes ist von der Führung einzelner Geschäfte der Gesellschaft abzugrenzen, welche aufgrund ihrer operativen Natur nach Art. 716b OR an einzelne Mitglieder übertragen werden können (ausführlich hierzu KATJA ROTH PELLANDA, Organisation des Verwaltungsrates, 2007, S. 225 ff. mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage 2009, § 13 RZ. 306 f.; ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 4 ff. zu Art. 716a OR; ERIC HOMBURGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 1997, N. 532 zu Art. 716a OR).

3.2 Eine Logoänderung zieht erhebliche Auswirkungen nach sich und ist mit beträchtlichen Kosten verbunden. Wie der Beschwerdegegner selbst eingesteht, ist das Logo einer Gesellschaft denn auch Teil ihrer Corporate Identity. Der Vorinstanz ist insoweit zu folgen, als sie ausführt, das Logo betreffe nicht alle Aspekte der Corporate Identity. Entgegen ihrer Ansicht beschlägt es indessen keinen untergeordneten, sondern einen wesentlichen Teil der Corporate Identity; tritt eine Gesellschaft doch unter diesem Zeichen im Verkehr gegen innen und aussen auf. Sie wird unter diesem Zeichen von den Personen, mit denen sie in Kontakt tritt, wahrgenommen und identifiziert. Die Gestaltung ihres identifizierenden Zeichens betrifft denn auch die Gesellschaft als Ganzes. Der Entscheid bezüglich Änderung des Logos stellt keine bloss operative Geschäftsführungsaufgabe dar, welche an den Beschwerdegegner hätte übertragen werden können (vgl. Art. 716b OR). Es handelt sich vielmehr um einen strategischen Unternehmensentscheid, der unter die Oberleitung der Gesellschaft im Sinne von Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR fällt und dem Gesamtverwaltungsrat nicht entzogen werden kann.

3.3 Entgegen der Ansicht der Vorinstanz stand es dem gesamten Verwaltungsrat als zuständiges Organ zu, die Art des Auftretens der Gesellschaft zu bestimmen. Dieses Organ (und weder der Beschwerdegegner noch die Vorinstanz) ist kompetent darüber zu befinden, ob ein Wechsel des Logos wirtschaftlich begründet erscheint. Der Beschwerdegegner als ein Mitglied des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin – und sei es als deren Präsident – war nicht befugt, allein über die Logoänderung zu entscheiden. Es hätte an ihm gelegen, eine Sitzung einzuberufen (Art. 715 OR), sodass der Verwaltungsrat, dem im massgeblichen Zeitpunkt gemäss Handelsregisterauszug neben dem Beschwerdegegner und dem Konzerninhaber, K., J. und L. angehörten, darüber hätte abstimmen können.

3.4 Der Vorinstanz kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie annimmt, der Beschwerdegegner habe das Logo (in Missachtung der gesetzlichen Organkompetenzen) ändern können, weil er zum «Chef» der europäischen «Group I.» ernannt worden war, zu der neben der Beschwerdeführerin noch zwei weitere Gesellschaften gehörten. Denn die Vorinstanz hält zusammengefasst fest, es gehe aus dem E-Mail-Verkehr mit dem Konzerninhaber hervor, dass dieser sich – zumindest einstweilen – ausdrück-



lich gegen die Änderung des Logos ausgesprochen hatte. Dass die Beschwerdeführerin in einen Konzern integriert ist, ändert daher nichts daran, dass der Beschwerdegegner ohne Beschluss des Gesamtverwaltungsrats nicht befugt war, ihr Logo zu ändern.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 337 OR, weil die Vorinstanz die eigenmächtige Logoänderung des Beschwerdegegners nicht als einen wichtigen Grund betrachtete, der die fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte.

4.1 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3 OR). Derartige Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur unter bestimmten Voraussetzungen ein; so wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist (vgl. BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 32, 213 E. 3.1 S. 220; je mit Hinweisen). Indem die Vorinstanz den Beschwerdegegner als kompetent erachtete, alleine über die Logoänderung zu entscheiden, ist sie in Verletzung von Bundesrecht von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen.

4.2 Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579; 130 III 28 E. 4.1 S. 31, 213 E. 3.1).

Die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) gilt für leitende Angestellte in erhöhtem Masse, weshalb eine Verletzung dieser Pflicht durch solche Angestellte schwerer wiegt (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 127 III 86 E. 2c S. 89; 104 II 28 E. 1). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 580; 127 III 153 E. 1a S. 155; je mit Hinweisen).

4.3 Der Beschwerdegegner war sowohl Verwaltungsratspräsident als auch Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin und hatte somit einerseits die Treuepflicht als Organ, andererseits diejenige als Arbeitnehmer zu erfüllen (BGE 140 III 409 E. 3.1 S. 412 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 III 213

E. 2.1 S. 217; 128 III 129 E. 1a/aa S. 132 f.). Mit der eigenmächtigen Umsetzung der Logo-Änderung (Verwendung des neuen Logos auf einer Visitenkarte und auf einem Flyer) hat er sowohl seine organschaftlichen Kompetenzen überschritten als auch seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Denn seine arbeitsvertraglichen Pflichten umfassten ohne weiteres auch die Beachtung der gesetzlichen und statutarischen Vorgaben.

Der Beschwerdegegner hat das Logo nicht nur geändert, ohne eine Sitzung einzuberufen (Art. 715 OR), um das formelle Einverständnis des Verwaltungsrates im Rahmen eines Mehrheitsbeschlusses (Art. 713 OR) einzuholen, sondern er hat das geradezu im Wissen um die im Verwaltungsrat vertretene mehrheitlich ablehnende Haltung getan. Damit verletzte er seine arbeitsvertragliche Treuepflicht auf objektiv schwerwiegende Art und Weise. Denn dass zumindest drei der vier übrigen Verwaltungsratsmitglieder der Beschwerdeführerin mit der Änderung des Logos nicht einverstanden waren, bemerkt der Beschwerdegegner in der Antwort selbst. Er legt dar, dass neben dem diesbezüglich ablehnend eingestellten E. als Konzerninhaber auch K. ihm gegenüber Bedenken geäussert habe und J. ihm geraten habe, das Logo nicht zu verwenden.

4.4 Die Kompetenzüberschreitung kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Beschwerdegegner von seiner Idee überzeugt war und diese als wirtschaftlich gerechtfertigt erachtete. Vielmehr wiegt die Pflichtverletzung umso schwerer, als der Beschwerdegegner, der offenbar Mühe mit der ablehnenden Haltung der anderen Entscheidungsträger hatte, die Logoänderung eigenständig im Wissen durchführte, dass nicht nur der Konzerninhaber, sondern die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder der Beschwerdeführerin die Logoänderung ablehnten und kaum ihr Einverständnis in einer ordentlich einberufenen Sitzung erklärt hätten. Diese gravierende Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten führte zum Verlust der erforderlichen Vertrauensgrundlage (Art. 337 Abs. 2 OR) und berechtigte die Beschwerdeführerin objektiv umso mehr zur fristlosen Vertragsauflösung, als der Beschwerdegegner in leitender Stellung eine erhöhte Vertrauensstellung innehatte. Die Vorinstanz hat den wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beschwerdeführerin zu Unrecht verneint. Weil die Beschwerde bereits aus diesem Grund gutzuheissen ist, erübrigt es sich, die weiteren Vorwürfe (Markenrechtsverletzung und Vertragsschluss mit C.) zu prüfen.

5.

Die Beschwerde ist gutzuheissen und die angefochtenen Entscheide der Vorinstanz sind aufzuheben. Da der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort mit keinem Wort vorbringt, inwiefern ihm selbst bei gerechtfertigter ausserordentlicher Kündigung Entschädigungsansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin zustehen würden (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 mit Hinweis), ist seine Klage abzuweisen.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Entscheide des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 3. März 2011, vom 25. Februar 2014 und vom 29. November 2016 werden aufgehoben und die Klage des Beschwerdegegners wird abgewiesen.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 26 janvier 2018, Doss.-No 8C\_281/2017 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 21 février 2017)*

**Droit de la fonction publique. La révocation, comme sanction la plus lourde, implique une violation grave ou continue des devoirs de service. Elle s'impose surtout dans les cas où le comportement du fonctionnaire démontre qu'il n'est plus digne de rester en fonction (c. 4).**

**L'obligation de célérité s'impose de manière accrue en cas de licenciement pour justes motifs, notamment pour les collectivités publiques qui ne connaissent pas la révocation disciplinaire. En effet, par analogie avec la jurisprudence relative à l'art. 337 CO, le Tribunal fédéral a précisé que si les spécificités de la procédure administrative imposées à l'employeur de droit public pour mettre fin aux rapports de service permettent de lui accorder un délai de réaction plus long qu'en droit privé, il ne devait pas pour autant laisser traîner les choses (c. 5.4.2).**

**Après l'échéance du délai de prescription, la sanction d'une faute professionnelle n'est plus possible, même lorsqu'elle serait utile à la sauvegarde de l'intérêt général (c. 6).**

Extraits des faits:

Par arrêté du 4 février 2015, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a ordonné l'ouverture d'une enquête administrative à l'encontre de A., née en 1966, gestionnaire au service B., lequel est rattaché au Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS). Cette décision était assortie de la suspension provisoire de l'employée, ainsi que de la suppression de toute prestation en sa faveur à la charge de l'Etat. Elle était déclarée exécutoire nonobstant recours. La conduite de l'enquête administrative était confiée à C., juge à la Cour de justice. Selon ledit arrêté, trois personnes protégées suivies par le service B. avaient déclaré que A. avait conservé pour son propre compte une partie des montants prélevés sur leurs avoirs, qu'elle leur faisait remettre pour pourvoir à leur entretien. Les trois personnes en question, ainsi que le service B., avaient déposé plainte pénale. L'enquête administrative ordonnée portait sur ces faits, ainsi que tout autre fait répréhensible pouvant apparaître au cours de l'enquête. L'enquê-

trice a déposé son rapport le 6 juillet 2015. Elle a retenu comme établi que A. avait contrevenu à ses devoirs de fonction en sollicitant des avantages en espèces en raison de sa situation. Le montant exact des avantages obtenus n'était pas possible à déterminer en l'état. Sur la base des informations figurant à la procédure, il pouvait être grossièrement estimé à quelques milliers de francs, soit 250 fr. de la part de D., 9'600 fr. de la part de E. et 1'200 fr. de la part de F.. Par lettre du 9 juillet 2015, l'Office du personnel de l'Etat a transmis à l'employée le rapport d'enquête en lui impartissant un délai de trente jours pour présenter ses observations éventuelles. A. s'est déterminée par écriture du 10 août 2015. Elle a contesté les griefs formulés à son endroit, notamment en mettant en cause les témoignages recueillis au cours de l'enquête administrative. Le Service administratif du Conseil d'Etat en a accusé réception le 12 août 2015.

Le 24 août 2015, le DEAS a demandé au Ministère public de pouvoir consulter le dossier pénal, à défaut, de lui fournir un résumé des faits. N'ayant pas obtenu de réponse, il l'a relancé par courriel du 14 décembre 2015. Le 7 janvier 2016, le Ministère public a répondu qu'une audience de confrontation serait prochainement appointée. Le 23 février 2016, au vu des résultats de l'enquête préliminaire, le Ministère public a ouvert une instruction contre A. pour abus de confiance (art. 138 ch. 1 al. 2 et ch. 2 CP) voire gestion déloyale (art. 158 ch. 1 al. 3 CP). Par ordonnance du même jour, il a dénié la qualité de partie plaignante à l'Etat de Genève dans la procédure ouverte contre A.. Par arrêt du 31 août 2016, la Chambre pénale de recours de la Cour de justice a rejeté le recours formé par l'Etat de Genève contre cette ordonnance.

Par arrêté du 24 août 2016, déclaré exécutoire nonobstant recours, le Conseil d'Etat a prononcé la révocation de A. avec effet au 4 février 2015, jour de l'ouverture de l'enquête administrative à son encontre. A. a recouru contre cette décision devant la Chambre administrative de la Cour de justice. Statuant le 21 février 2017, la Chambre administrative a admis partiellement le recours, dans la mesure de sa recevabilité, et a constaté que l'action disciplinaire à l'encontre de A. était prescrite. En conséquence, elle a annulé l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 août 2016.

L'Etat de Genève forme un recours en matière de droit public dans lequel il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et demande au Tribunal fédéral de constater que l'action disciplinaire à l'encontre de A. n'est pas prescrite.

Extraits des considérants:

4.

Selon l'art. 16 al. 1 de la loi générale [du canton de Genève] du 4 décembre 1997 relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC; RS/GE B 5 05), les fonctionnaires et les employés qui enfreignent leurs devoirs de

service, soit intentionnellement soit par négligence, peuvent faire l'objet, selon la gravité de la violation, de sanctions qui vont selon un ordre croissant du blâme à la révocation. La révocation, comme sanction la plus lourde, implique une violation grave ou continue des devoirs de service. Elle s'impose surtout dans les cas où le comportement du fonctionnaire démontre qu'il n'est plus digne de rester en fonction (arrêt 8C\_203/2010 du 1<sup>er</sup> mars 2011 consid. 3.5; FRANÇOIS BELLANGER, *Le contentieux des sanctions et des licenciements en droit genevois de la fonction publique*, in *Les réformes de la fonction publique*, TANQUEREL/BELLANGER [éd.], 2012, p. 231).

Sous la section «Procédure pour sanctions disciplinaires» les art. 27 à 29 LPAC prévoient ceci:

Art. 27 Etablissement des faits

<sup>1</sup> Les dispositions de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, sont applicables, en particulier celles relatives à l'établissement des faits (art. 18 et suivants).

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration peut en tout temps ordonner l'ouverture d'une enquête administrative qu'il confie à une personne qui a les compétences requises. Il doit le faire dans les hypothèses visées à l'article 16, alinéa 1, lettre c.

<sup>3</sup> L'intéressé est informé de l'enquête dès son ouverture et il peut se faire assister d'un conseil de son choix.

<sup>4</sup> L'enquête doit, en principe, être menée à terme dans un délai de 30 jours dès la première audition. En règle générale, il n'est procédé qu'à une seule audience au cours de laquelle les parties, ainsi que d'éventuels témoins, sont entendus. Les parties doivent communiquer d'emblée à l'enquêteur tous les moyens de preuve dont elles requièrent l'administration.

<sup>5</sup> Une fois l'enquête achevée, l'intéressé peut s'exprimer par écrit dans les 30 jours qui suivent la communication du rapport.

<sup>6</sup> Le Conseil d'Etat, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration statue à bref délai.

<sup>7</sup> La responsabilité disciplinaire des membres du personnel se prescrit par un an après la découverte de la violation des devoirs de service et en tout cas par 5 ans après la dernière violation. La prescription est suspendue, le cas échéant, pendant la durée de l'enquête administrative.

Art. 28 Suspension provisoire pour enquête

<sup>1</sup> Dans l'attente du résultat d'une enquête administrative ou d'une information pénale, le Conseil d'Etat, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le conseil d'administration peut, de son propre chef ou à la demande de l'intéressé, suspendre provisoirement un membre du personnel auquel il est reproché une faute de nature à compromettre la confiance ou l'autorité qu'implique l'exercice de sa fonction. Au sein de l'établissement, le président du conseil d'administration peut procéder, à titre provisionnel et sans délai, à la suspension de l'intéressé.

<sup>2</sup> Cette décision est notifiée par lettre motivée.

<sup>3</sup> La suspension provisoire peut entraîner la suppression de toute prestation à la charge de l'Etat ou de l'établissement.

<sup>4</sup> A l'issue de l'enquête administrative, il est veillé à ce que l'intéressé ne subisse aucun préjudice réel autre que celui qui découle de la décision finale. Une décision de révocation avec effet immédiat peut cependant agir rétroactivement au jour de l'ouverture de l'enquête administrative.

Art. 29 Coordination avec d'autres procédures administrative, civile et pénale

<sup>1</sup> Lorsque les faits reprochés à un membre du personnel relèvent également d'une autre autorité disciplinaire administrative, celle-ci est saisie préalablement.

<sup>2</sup> Lorsque les faits reprochés à un membre du personnel peuvent faire l'objet d'une sanction civile ou pénale, l'autorité disciplinaire administrative applique, dans les meilleurs délais, les dispositions des articles 16, 21 et 27, sans préjudice de la décision de l'autorité judiciaire civile ou pénale saisie.

5.

5.1 Les premiers juges ont procédé à une interprétation littérale de l'art. 27 LPAC pour admettre que l'enquête administrative se clôture par le dépôt du rapport d'enquête. Ils considèrent, au surplus, que cette interprétation littérale trouve un appui dans les travaux préparatoires de la loi. Ceux-ci mettent en évidence la volonté du législateur genevois de contraindre l'employeur public à prendre des mesures dans un délai relativement bref après la découverte de la violation des devoirs de service. Aussi bien la juridiction cantonale retient-elle que le délai de la prescription relative d'une année de l'art. 27 al. 7 LPAC a commencé à courir le 12 janvier 2015 au plus tard (date à laquelle le conseiller d'Etat en charge du DEAS a demandé au Procureur général de constituer l'Etat en qualité de partie plaignante). Il a été suspendu entre le 4 février 2015 et le 6 juillet 2015 (dépôt du rapport). Il a recommencé à courir le 7 juillet 2015. La prescription était dès lors acquise le 24 août 2016 lorsque le Conseil d'Etat a rendu son arrêt de révocation.

5.2 Le recourant se plaint d'une application arbitraire du droit cantonal. Il formule plusieurs griefs à l'endroit du jugement cantonal. Il fait valoir tout d'abord qu'en retenant comme date déterminante la remise du rapport au Conseil d'Etat, la Chambre administrative «réduit le délai de prescription d'un mois», dès lors que l'autorité doit accorder à l'intéressé un délai de trente jours pour se déterminer. Le recourant se prévaut ensuite de l'art. 28 al. 1 et 3 LPAC. Selon lui, il ne serait pas possible, en vertu de cette disposition, de maintenir la suspension du fonctionnaire (ainsi que la suppression du traitement) dès la fin de l'enquête administrative. L'intéressé devrait en effet être réintégré et se voir verser son salaire (y compris les arriérés) jusqu'à la décision de révocation. Invoquant le parallélisme des formes, le recourant soutient encore que le Conseil d'Etat, qui est en l'espèce l'autorité compétente pour ouvrir une enquête administrative, l'est également pour la clore

par un acte formel. Cet acte formel déterminerait la fin de l'enquête. Pendant toute cette durée, c'est-à-dire depuis l'ouverture de l'enquête administrative jusqu'au prononcé de la clôture formelle de celle-ci par l'autorité, la prescription serait suspendue. Enfin, toujours selon le recourant, la solution retenue par la cour cantonale soulèverait des difficultés d'application. Il se pourrait, en effet, que la personne mise en cause demande l'audition de nouveaux témoins, qui n'auraient pas encore été entendus par l'enquêteur ou que ce dernier soit amené à établir un rapport complémentaire. L'autorité pourrait aussi être amenée à ordonner d'elle-même des mesures d'instruction supplémentaires. De plus, dans le cas particulier, le dossier pénal aurait permis de vérifier, notamment, si les déclarations des personnes protégées corroboraient celles faites pendant l'enquête administrative.

5.3 Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 95 let. c, d et e LTF), l'on ne peut invoquer la violation du droit cantonal ou communal en tant que tel devant le Tribunal fédéral (art. 95 et 96 LTF a contrario). Il est néanmoins possible de faire valoir que son application consacre une violation du droit fédéral, comme la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) ou la garantie d'autres droits constitutionnels (ATF 142 III 153 consid. 2.5 p. 156; 140 III 385 consid. 2.3 p. 387; 138 V 67 consid. 2.2 p. 69). Le Tribunal fédéral n'examine de tels moyens que s'ils sont formulés conformément aux exigences de motivation qualifiée prévues à l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 142 V 577 consid. 3.2 p. 579; 141 I 36 consid. 1.3 p. 41).

D'autre part, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. Conformément à la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle et de son esprit (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique), étant précisé que le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation (ATF 143 I 109 consid. 6 p. 118; 142 III 695 consid. 4.1.2 p. 699; 141 III 53 consid. 5.4.1 p. 59; 140 V 227 consid. 3.2 p. 230).

#### 5.4.

5.4.1 En l'occurrence, les termes «l'enquête administrative» au sens de l'art. 27 al. 7 LPAC (prescription) se rapportent clairement à l'enquête administrative visée par les art. 27 al. 2 et 27 al. 4 LPCA, à savoir celle qui est menée par une personne dont les compétences sont jugées reconnues. Littéralement, ces termes ne laissent pas de place à une interprétation autre que celle retenue par la cour cantonale. La suspension du délai prend fin lorsque l'enquête est terminée. L'art. 27 al. 5 («une fois l'enquête achevée l'intéressé peut s'exprimer par écrit [...]») donne d'ailleurs une indication claire sur le moment où l'enquête doit être considérée comme close. En retenant que l'enquête administrative, et donc aussi la suspension du délai de prescription, prennent fin par la remise au Conseil d'Etat du rapport de la

personne chargée de l'enquête, la juridiction précédente a procédé à une interprétation littérale qui ne saurait en tout cas pas être taxée d'arbitraire.

5.4.2 Comme l'ont souligné les premiers juges, cette interprétation est confortée par l'examen des travaux préparatoires. L'art. 27 al. 7 LPAC a été introduit par une modification du 23 mars 2007 en vigueur depuis le 31 mai 2007. Par l'introduction d'une disposition sur la prescription, le législateur cantonal a voulu privilégier la célérité de la procédure. Cela ressort de l'extrait suivant du Rapport de la Commission ad hoc sur le personnel de l'Etat chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (rapport déposé le 6 mars 2007):

«Au cours de la discussion, il a été rappelé que l'absence de toute disposition relative à la prescription des sanctions disciplinaires ne signifie pas que ces dernières ne se prescrivent pas. La jurisprudence a en effet eu l'occasion de faire une application analogique de la loi pénale genevoise, laquelle renvoie (tant dans son ancienne teneur que dans sa teneur actuelle) au droit fédéral. A l'heure actuelle, cela signifie que les infractions disciplinaires se prescrivent par 3 ans. Au cours des débats, il est apparu que pour une majorité de la commission, une durée de 3 ans est insuffisante. De surcroît, il est souhaitable de maintenir un double régime de prescription relative et de prescription absolue, de manière à contraindre l'employeur à prendre des mesures dans un délai relativement bref après la découverte de la violation des devoirs de service, pour éviter de laisser le fonctionnaire concerné dans l'incertitude. En définitive, la commission a voté un sous-amendement proposé par un commissaire (L), lequel introduit une prescription relative d'une année et une prescription absolue de 5 ans. De surcroît, la prescription est suspendue pendant la durée de l'enquête administrative. En d'autres termes, si l'employeur suspend l'enquête administrative en attendant le résultat, par exemple, d'une enquête pénale, la prescription cesse de courir, ce qui garantit dans tous les cas la possibilité pour l'Etat de sévir, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.» (document accessible sur [ge.ch/grandconseil/data/texte/PL09904A.pdf](http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL09904A.pdf) [consulté le 25 janvier 2018]).

L'art. 27 al. 7 LPAC concrétise donc cette obligation de célérité, que soulignent également d'autres dispositions, en particulier les art. 27 al. 4 et 6 et 29 al. 2 LPAC. On notera par comparaison que dans le droit de la fonction publique, cette obligation s'impose de manière accrue en cas de licenciement pour justes motifs, notamment pour les collectivités publiques qui ne connaissent pas la révocation disciplinaire (à ce dernier propos voir HÉLOÏSE ROSELLO, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, 2016, p. 256 ss). En effet, par analogie avec la jurisprudence relative à l'art. 337 CO, le Tribunal fédéral a précisé que si les spécificités de la procédure administrative imposées à l'employeur de droit public pour mettre fin aux rapports de service permettent de lui accorder un délai de réaction plus long qu'en droit privé, il ne devait pas pour autant



laisser traîner les choses (ATF 138 I 113; arrêt 8C\_141/2011 du 9 mars 2012 consid. 5.5).

5.4.3 S'agissant du délai de trente jours qui doit être accordé à l'intéressé pour présenter ses observations, il n'y a pas lieu de se demander s'il faudrait éventuellement en tenir compte dans la durée de la suspension. Si tel devait être le cas, la prescription serait également acquise en l'espèce. Quant à savoir ce qu'il en serait dans le cas d'un complément d'enquête ou de mesures d'instruction supplémentaires, il s'agit de questions qui ont trait à l'interprétation des dispositions en cause, à savoir si elles autorisent ou non la suspension éventuelle du délai également dans ces situations. La question, au demeurant, ne se pose pas en l'espèce et il n'y a donc pas lieu de l'examiner. On notera toutefois que si l'autorité ordonne une enquête dès la connaissance des faits, il lui reste – compte tenu de la suspension du délai – pratiquement encore une année pour mener d'éventuelles mesures d'instruction supplémentaires. Enfin, s'agissant d'une procédure pénale en cours, elle n'entraîne pas la suspension des délais, à moins que l'enquête administrative soit elle-même suspendue pour ce motif (art. 29 al. 2 LPAC et l'extrait de rapport cité supra consid. 5.4.2).

5.4.4 Quoi qu'il en soit, on ne saurait suivre le recourant lorsqu'il soutient que le délai reste suspendu aussi longtemps que l'enquête n'est pas close par un acte formel de l'autorité (en l'occurrence le Conseil d'Etat). L'exigence d'un acte formel de cette nature mettant fin à l'enquête et, par là même, à la suspension du délai, ne trouve appui ni dans la loi ni dans les travaux préparatoires. C'est en vain que le recourant invoque dans ce contexte le principe du parallélisme des formes. Ce principe consiste à soumettre la révision d'un acte à la même procédure que celle appliquée lors de son adoption (cf. ATF 126 V 183 consid. 5b p. 191). Par exemple, une décision ne peut être révoquée, en principe, que par l'autorité qui a pris la décision initiale et selon la même procédure (cf. ATF 141 V 495 consid. 4.2 p. 503 et les références citées). Or, la fin de l'enquête administrative ne réalise pas ce cas de figure. Dans la logique de l'argumentation du recourant l'acte formel coïnciderait pratiquement avec la fin de la procédure administrative. Suivre cette logique rendrait inopérant l'art. 27 al. 7 LPAC, car la prescription serait toujours suspendue jusqu'à la décision finale.

5.4.5 Enfin, l'argument – au demeurant difficilement compréhensible – selon lequel la solution retenue par la juridiction cantonale ne permettrait pas, vu l'art. 28 al. 3 LPAC, de maintenir la suspension sans traitement de l'employé entre la fin de l'enquête administrative et le moment de la décision de révocation, n'apparaît pas décisif. On ne voit pas, en effet, ce qui empêcherait l'autorité d'ordonner, si nécessaire, des mesures provisionnelles afin de maintenir la suspension de l'intéressé. Par cet argument, le recourant reconnaît d'ailleurs, implicitement tout au moins, que la suspension du délai de prescription devrait durer jusqu'au prononcé de la sanction disciplinaire. A défaut de concomitance on se trouverait en effet dans la même situation de vide juridique – que dénonce précisément le recourant – durant lequel

l'employé devrait être réintégré ou à tout le moins rémunéré. Comme on vient de le voir, cette concomitance reviendrait à vider de son sens l'institution de la prescription.

6.

En conclusion, les premiers juges n'ont pas fait une application arbitraire de l'art. 27 al. 7 LPAC.

Après l'échéance du délai de prescription, la sanction d'une faute professionnelle n'est plus possible, même lorsqu'elle serait utile à la sauvegarde de l'intérêt général (GABRIEL BOINAY, Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande, in *Revue jurassienne de jurisprudence* 1998, p. 26; ATF 105 Ib 69 consid. 2a p. 71 in fine). La question de savoir si le recourant serait fondé à prononcer à l'endroit de l'intimée une résiliation en application des art. 17 ss LPAC («Fin des rapports de service»; cf. arrêt 8C\_502/2017 du 30 novembre 2017 consid. 4 destiné à la publication) n'a pas à être discutée ici. Il appartiendra au Conseil d'Etat d'examiner au besoin cette question et, le cas échéant, de rendre une nouvelle décision.

*Bundesgericht, Urteil vom 31. Januar 2018, Doss.-Nr. 4A\_408/2017 (Bestätigung des Entscheids des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 17. Juni 2017)*

### **Gesamtarbeitsvertrag; Allgemeinverbindlicherklärung**

**Nach Art. 1 Abs. 1 AVEG kann die zuständigen Behörde einen GAV auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausdehnen, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Unternehmen, die im Bereich des Personalverleihs tätig sind, bilden einen Wirtschaftszweig. Leiharbeitnehmer sind rechtlich Arbeitnehmer des Personalverleihers. Für die Feststellung des Wirtschaftszweigs ist die Tätigkeit des Personalverleihunternehmens und nicht des Einsatzbetriebs massgebend. Als Arbeitnehmer eines Personalverleihunternehmens gehören die verliehenen Mitarbeiter zum Betrieb dieses Unternehmens. Daran ändert nichts, dass sie im Einsatzbetrieb und in einem anderen Wirtschaftszweig eingesetzt werden. Da die prägende Tätigkeit eines Personalverleihunternehmens der Personalverleih ist, war die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih durch den Bundesrat zulässig (E. 2.1. und 2.5).**

Sachverhalt:

Der Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih (Beklagter, Widerkläger, Beschwerdegegner) ist das paritätische Vollzugsorgan des Gesamtarbeitsvertrags für den Personalverleih (nachfolgend: GAV Personalverleih) i.S.v. Art. 357b OR. Vertragsparteien

des GAV sind der Arbeitgeberverband swissstaffing und die Arbeitnehmerverbände Unia, Syna, Angestellte Schweiz und KV Schweiz. Mit Bundesratsbeschluss vom 13. Dezember 2011 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den Personalverleih (BBl 2011 9223 f.) erklärte der Bundesrat diverse Bestimmungen des GAV allgemeinverbindlich; er verlängerte den Beschluss – teilweise in abgeänderter Form – mehrmals, zuletzt bis zum 31. Dezember 2018 (BBl 2016 3435 ff.).

Die A. AG (Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdeführerin) bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Personalsektor, insbesondere die Anwerbung, die Zurverfügungstellung, den Verleih und die Vermittlung von Personal aus allen Berufszweigen gegen Entgelt. Sie ist weder Vertragspartei des GAV Personalverleih noch Mitglied von swissstaffing oder einer anderen Vertragspartei des GAV.

Gemäss den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen Art. 7 und 8 des GAV Personalverleih ist der Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih, u.a. für den Vollzug und die Förderung der Weiterbildung sowie das Inkasso der Berufsbeiträge zuständig. Gestützt darauf machte er bei der A. AG Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträge geltend und setzte diese sodann in Betreibung.

Die A. AG bestreitet die in Betreibung gesetzte Forderung von Fr. 45'642.20 nebst Zins nicht und gesteht zu, dass sie in den Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten GAV Personalverleih fallen würde. Sie bestreitet jedoch ihre Leistungspflicht mit der Begründung, die Allgemeinverbindlicherklärung habe gegen Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG; SR 221.215.311) verstossen und sei damit ohne ausreichende gesetzliche Grundlage erfolgt.

Am 21. Juni 2016 reichte die A. AG gegen den Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih, Klage beim Handelsgericht des Kantons Bern ein und stellte folgende Rechtsbegehren:

«1. Es sei festzustellen, dass die Klägerin nicht Schuldnerin der mit Betreibung Nr. xxxx des Betreibungsamtes Uster (Zahlungsbefehl vom 07.10.2014) betriebenen Forderung im Umfange von CHF 45'642.20 nebst Zinsen und Kosten ist.

2. Es sei sodann festzustellen, dass das Betreibungsverfahren ungerechtfertigterweise eingeleitet worden ist, weshalb Nichtigkeit besteht bzw. die Aufhebung desselbigen zu erklären ist.

3. Das Betreibungsamt Uster sei anzuweisen, den Registereintrag zu löschen resp. diesen keinem Dritten mitzuteilen.

4. (Kosten- und Entschädigungsfolgen).»

Der Beklagte reichte mit seiner Klageantwort Widerklage ein und beantragte, die Klägerin sei zur Zahlung von Fr. 45'642.20 nebst Zins zu verpflichten.

Mit Entscheid vom 17. Juni 2017 wies das Handelsgericht die Klage ab, hiess die Widerklage gut und verurteilte die Klägerin zur Zahlung von Fr. 45'642.20 nebst Zins an den Beklagten und Widerkläger.

Das Handelsgericht prüfte im Rahmen einer akzessorischen Normenkontrolle die von der Klägerin bestrittene Rechtmässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung und bejahte diese.

Am 22. Juli 2017 erhob die Klägerin beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen. Sie wiederholte ihre Klagebegehren und beantragte die Abweisung der Widerklage.

Aus den Erwägungen:

2.

Zwischen den Parteien umstritten ist einzig die Frage, ob die Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih gegen Art. 1 Abs. 1 AVEG verstossen hat.

2.1 Nach Art. 1 Abs. 1 AVEG kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrags auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Erstreckt sich der Geltungsbereich der Allgemeinverbindlichkeit auf das Gebiet mehrerer Kantone, so wird sie vom Bundesrat angeordnet (Art. 7 Abs. 1 AVEG).

Die Allgemeinverbindlicherklärung will einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf demselben Markt tätigen Unternehmen schaffen und damit verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gilt. Zum selben Wirtschaftszweig gehören Betriebe, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 665; 139 III 165 E. 4.3.3.2 S. 174; 134 III 11 E. 2.2 S. 13 f.). Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, unlautere Wettbewerbsvorteile zu verhindern, kann nur erreicht werden, wenn die Regeln des entsprechenden GAV grundsätzlich von sämtlichen Anbietern auf einem bestimmten Markt eingehalten werden müssen. Es ist bei der Allgemeinverbindlicherklärung mithin in verfassungskonformer Auslegung von Art. 1 Abs. 1 AVEG darauf zu achten, dass direkte Konkurrenten in ihrer Wirtschaftsfreiheit gleichmässig eingeschränkt werden und im wirtschaftlichen Wettbewerb gleich lange Spiesse erhalten (vgl. Art. 28 und Art. 94 Abs. 4 BV). Sobald ein Betrieb in nicht offensichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt, für den ein allgemeinverbindlich erklärter GAV gilt, kommen die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung zur Anwendung (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.2 S. 666; 134 III 11 E. 2.2 S. 14 und E. 2.4 S. 15).

Danach gilt ein GAV nach dem Grundsatz der Tarifeinheit für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium ist die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbstständigen Betriebsteil – und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe – das Gepräge gibt (BGE 141 V 657 E. 4.5.2.1 S. 665; 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit Hinweisen).

2.2 Der GAV Personalverleih gilt nach Art. 2 Abs. 2 und 4 des Bundesratsbeschlusses vom 13. Dezember 2011 (vgl. oben A.a) für alle Betriebe, die Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Arbeitsverleihbewilligung nach Arbeitsvermittlungsgesetz sind (Abs. 2 lit. a), gemäss Art. 66 des Unfallversicherungsgesetzes in der Klasse 70C SUVA-versichert sind (Abs. 2 lit. b) und bezüglich der verliehenen Arbeitnehmenden pro Kalenderjahr eine Lohnsumme von mindestens 1'200'000.– Franken aufweisen (Abs. 2 lit. c); zudem gilt der GAV – mit wenigen hier nicht relevanten Ausnahmen – für alle Arbeitnehmenden, die von solchen Betrieben verliehen werden (Abs. 4).

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Unternehmen, die im Bereich des Personalverleihs tätig sind, einen Wirtschaftszweig bilden. Die Anstellung als verliehener Mitarbeiter sei jedoch weder ein Wirtschaftszweig noch ein Beruf. Diese Arbeitnehmer würden den Personalbestand des Kunden (in einem anderen Wirtschaftszweig) aufstocken oder vorübergehend verstärken. Der GAV Personalverleih reguliere mithin lediglich eine Beschäftigungsform. Die Arbeitnehmer, welche von Personalverleihern an Einsatzbetriebe verliehen würden, seien nicht im Wirtschaftszweig des Personalverleihs tätig, sondern in nahezu allen Wirtschaftszweigen, Branchen und Berufen. Mit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV Personalverleih habe der Bundesrat folglich einen GAV allgemeinverbindlich erklärt, der nahezu alle Wirtschaftsbereiche, Branchen und Berufe betreffe. Zu dieser Allgemeinverbindlicherklärung habe dem Bundesrat die gesetzliche Grundlage gefehlt, weshalb sie keine zivilrechtlichen Rechte und Pflichten (Leistung von Beiträgen) zu Lasten der Beschwerdeführerin zu begründen vermöge.

2.3 Die Vorinstanz hat ausgeführt, beim Personalverleih seien drei Rechtssubjekte beteiligt: Der Arbeitnehmer, der Personalverleiher und der Einsatzbetrieb. Zwischen dem Personalverleiher und dem Arbeitnehmer bestehe ein Einzelarbeitsvertrag, zwischen dem Personalverleiher und dem Einsatzbetrieb ein Verleihvertrag. Der Arbeitnehmer selbst stehe in keiner

unmittelbaren vertraglichen Beziehung zum Einsatzbetrieb. Es treffe zwar zu, dass die verliehenen Mitarbeiter in der Regel nicht im Wirtschaftszweig der Personalverleihunternehmen eingesetzt würden. Sie seien aber weiterhin beim Personalverleiher angestellt und erzielten durch ihren Einsatz auch im Bereich des Personalverleihs eine Wertschöpfung. Wie der Bundesrat in seinem Beschluss vom 13. Dezember 2011 festhalte, liege die Gemeinsamkeit der Leiharbeitsverhältnisse in der besonderen Art der Anstellung. Die Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs des GAV Personalverleih erfolge bezüglich der Arbeitnehmenden nicht nach deren Tätigkeit, sondern nach der Art ihrer Anstellung. Bei einem Branchenvertrag, wie er hier vorliege, sei nach dem Grundsatz der Tarifeinheit der ganze Betrieb dem GAV des Wirtschaftszweigs zu unterstellen, dem er nach der ihn prägenden Tätigkeit angehöre, ohne dass nach einzelnen Berufsgruppen zu unterscheiden sei. Der Wirtschaftszweig sei im Bereich des Branchenvertrags somit primär von der Struktur und dem Angebot des Arbeitgebers und weniger von der Tätigkeit oder Persönlichkeit des Arbeitnehmers abhängig. Ob ein Betrieb zum gleichen Wirtschaftszweig gehöre, beurteile sich in erster Linie anhand der Tätigkeit im Betrieb (vorliegend Personalverleih) und nicht anhand der spezifischen Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers im Einsatzbetrieb. So sei ein Hersteller von Kunststofffenstern denn auch dem GAV Schreinergewerbe unterstellt worden, obwohl in dem Betrieb keine Schreiner tätig gewesen seien (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C\_391/2001 vom 30. April 2002). Die Tätigkeit, die einem Personalverleihunternehmen das Gepräge gebe, sei demzufolge diejenige der Entleihung von Personal. Die Tätigkeit im Einsatzbetrieb stehe nicht im Vordergrund, da es auf die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb das Gepräge gebe, ankomme.

Wesentlich sei weiter, was unter einem Wirtschaftszweig bzw. einer Branche zu verstehen sei. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Allgemeinverbindlicherklärung und in verfassungskonformer Auslegung von Art. 1 Abs. 1 AVEG definiere sich eine Branche grundsätzlich dadurch, wer in direkter Konkurrenz zueinander stehe. Die unterstellten Betriebe müssten Erzeugnisse und Dienstleistungen gleicher Art anbieten wie die Erzeugnisse und Dienstleistungen, die von vertraglich am GAV beteiligten Betrieben angeboten würden. Es müsse mithin ein direktes Konkurrenzverhältnis zu solchen Betrieben vorliegen. Die Verleihunternehmen würden die Dienstleistung des Personalverleihs anbieten; sie stünden zueinander und nicht zu den Einsatzbetrieben in Konkurrenz. Dies führe zwischen den Verleihbetrieben zu einer unmittelbaren Konkurrenzsituation, so dass entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin von einem eigenen Wirtschaftszweig i.S.v. Art. 1 Abs. 1 AVEG ausgegangen werden könne.

2.4 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, als Zuordnungskriterium für die Unterstellung unter einen GAV sei nicht die Tätigkeit des Unternehmens als wirtschaftlichem Träger relevant, sondern die Tätigkeit des jeweiligen Betriebs. Auf verschiedene Betriebe desselben Unternehmens könnten unterschiedliche GAV zur Anwendung gelangen. Mithin

stelle sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen sei, sondern welchem Wirtschaftszweig ein Betrieb zuzurechnen sei. Die verliehenen Mitarbeiter seien nun aber nicht Teil des Betriebes, d.h. der organisatorischen Einheit des Personalverleihers. Vielmehr seien sie in Betrieben ausserhalb des Personalverleihs tätig, nämlich in den jeweiligen Einsatzbetrieben. Die rechtliche Bindung der verliehenen Arbeitnehmer an den Personalverleiher als Arbeitgeber sei dabei nicht entscheidend. Dies zeigten z.B. die NOGA-Codes des Bundesamtes für Statistik deutlich. Ebenso wenig sei entscheidend, ob die verliehenen Arbeitnehmer auch im Bereich des Personalverleihs eine Wertschöpfung erzielen würden. Für die Zuordnung zu einem Wirtschaftszweig sei vielmehr stets die Haupttätigkeit entscheidend, d.h. die Tätigkeit, die den grössten Beitrag zur Wertschöpfung leiste. Weil der GAV Personalverleih also Arbeitsverhältnisse ausserhalb der Betriebe der Personalverleiher regle und damit nicht auf einen Wirtschaftszweig beschränkt sei, habe Art. 1 Abs. 1 AVEG keine gesetzliche Grundlage für die Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat geboten.

2.5 Die Beschwerdeführerin bestreitet wie bereits ausgeführt (oben E. 2.2) nicht, dass der Personalverleih einen Wirtschaftszweig darstellt. Sie bestreitet auch nicht, dass die verliehenen Mitarbeiter rechtlich Arbeitnehmer des Personalverleihers sind. Sie hält jedoch dafür, die verliehenen Arbeitnehmer gehörten nicht zum Betrieb des Personalverleihs, sondern zum jeweiligen Betrieb oder selbständigen Betriebsteil des Unternehmens, an welches sie verliehen würden (dieses Unternehmen wird – in diesem Zusammenhang missverständlich, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt – als Einsatzbetrieb bezeichnet). Dies trifft aus folgenden Gründen nicht zu: Auf verschiedene Betriebe desselben Unternehmens können zwar in der Tat unterschiedliche GAV zur Anwendung gelangen. Die Beschwerdeführerin teilt das Personalverleihunternehmen indessen nicht in einen verwaltenden Betrieb oder selbständigen Betriebsteil und einen die verliehenen Mitarbeiter umfassenden Betrieb oder selbständigen Betriebsteil auf. Vielmehr will sie die verliehenen Mitarbeiter gleichsam dem Einsatzbetrieb zurechnen mit der Folge, dass sie nicht dem Betrieb oder einem selbständigen Betriebsteil ihres Arbeitgebers zugehörig wären. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist aber relevant, dass die verliehenen Mitarbeiter rechtlich Arbeitnehmer des Personalverleihers sind. Ein GAV regelt das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Entsprechend sieht Art. 1 Abs. 1 AVEG vor, dass der Geltungsbereich eines GAV auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden kann (Hervorhebung hinzugefügt). Der Beschwerdegegner bringt zu Recht vor, dass sich mithin zuerst die Frage nach dem betrieblichen Geltungsbereich und sodann die Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich hinsichtlich der Arbeitnehmer stellt, die vom Arbeitgeber des betreffenden Betriebs beschäftigt werden. Als Arbeitnehmer des Personalverleihunternehmens gehören die verliehenen Mitarbeiter zum Betrieb dieses Unternehmens. Daran

ändert nichts, dass sie in einem anderen Unternehmen (dem Einsatzbetrieb) und damit nicht in den Büroräumlichkeiten des Personalverleihunternehmens eingesetzt werden. Dass die prägende Tätigkeit des alle verliehenen Mitarbeiter umfassenden Betriebs der Personalverleih ist, hat die Vorinstanz überzeugend dargelegt und stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage. Damit hat die Vorinstanz bundesrechtskonform die Zulässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat bejaht. Auf zusätzliche Argumente der Vorinstanz, welche die Beschwerdeführerin als sachfremd bezeichnet, ist daher nicht einzugehen.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. (...)

*Bundesgericht, Urteil vom 15. Februar 2018, Doss.-Nr. 4A\_3/2017 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 7. Oktober 2016), in: BGE 144 III 152*

**Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR; Art. 335b OR; Berechnung der Probezeit. Ist der Tag des Stellenantritts bei der Berechnung der Probezeit mitzuzählen? (E. 4)**

**Art. 77 al. 1 ch. 3 CO; art. 335b CO; calcul du temps d'essai. Faut-il compter le jour de l'entrée en service lors du calcul du temps d'essai? (consid. 4)**

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Strittig ist im bundesgerichtlichen Verfahren, ob die Kündigung noch während der Probezeit erfolgte.

4.2 Gemäss Art. 335b OR kann das Arbeitsverhältnis während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses (Abs. 1). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden (Abs. 2).

Die Probezeit soll den Parteien des Arbeitsvertrags ermöglichen, sich kennen zu lernen, damit sie abschätzen können, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen (vgl. BGE 134 III 108 E. 7.1.1). Hierfür steht ihnen bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen von Gesetzes wegen die Dauer eines Kalendermonats zur Verfügung, wobei es grundsätzlich nicht auf die effektiv geleistete Arbeit, sondern die Dauer des Arbeitsverhältnisses ankommt (siehe BGE 136 III 562 E. 3 S. 563 f. mit Hinweisen). Bei einer effektiven Verkürzung der Probezeit infolge Krankheit, Unfall oder Erfüllung einer nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht erfolgt immerhin eine entsprechende Verlängerung der Probezeit (Art. 335b Abs. 3 OR).



4.3 Der Beschwerdeführer trat die Stelle am 15. Juli 2015 an. Mangels abweichender vertraglicher Abrede betrug die Probezeit einen Monat. Sie verlängerte sich infolge Krankheit gemäss Art. 335b Abs. 3 OR um einen Tag. Die Kündigung erfolgte am 16. August 2015.

Die Vorinstanz stellte bei der Berechnung auf Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR ab. Ausgehend vom Tag des Stellenantritts am 15. Juli 2015 schloss sie, die Probezeit hätte grundsätzlich bis am 15. August 2015 gedauert, sei aber bis am 16. August 2015 verlängert worden. Die Kündigung sei damit noch innerhalb der Probezeit erfolgt. Der Beschwerdeführer macht dagegen geltend, Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR sei auf die Berechnung der Probezeit nicht anwendbar, und letztere habe deshalb – unter Berücksichtigung der Verlängerung – bereits am 15. August 2015 geendet.

#### 4.4

4.4.1 Die Probezeit nach Art. 335b Abs. 1 OR beginnt grundsätzlich am Tag des Stellenantritts, wie es Art. 350 Abs. 2 OR in der Fassung vom 30. März 1911 denn auch noch ausdrücklich normiert hatte (siehe STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 335b OR). Massgebend ist dabei der tatsächliche und nicht der vereinbarte Stellenantritt (so STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 3 zu Art. 335b OR mit Hinweis).

Zu entscheiden ist, ob der Tag des Stellenantritts bei der Berechnung der Probezeit mitzuzählen ist oder nicht.

4.4.2 Nach einem Grundprinzip des Fristenrechts, das auf das römische Recht zurückgeht, erfolgt die Fristberechnung nach Kalendertagen, also Zeiträumen zwischen Mitternacht und Mitternacht (sogenannte Zivilkomputation). Damit geht einher, dass nur Tage mitgezählt werden, die voll zur Verfügung stehen (vgl. etwa ERNST/OBERHOLZER, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung [ZPO], 2013, S. 1 Rz. 1; SCHRANER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2000, N. 7 zu Art. 77 OR; siehe auch Urteil C 26/01 vom 15. Januar 2003 E. 2.3.1).

Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR bestimmt Folgendes: Soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder eine andere Rechtshandlung mit dem Ablaufe einer bestimmten Frist nach Abschluss des Vertrags erfolgen, so fällt ihr Zeitpunkt, «wenn die Frist nach Monaten oder einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume (Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr) bestimmt ist, auf denjenigen Tag des letzten Monates, der durch seine Zahl dem Tage des Vertragsabschlusses entspricht, und, wenn dieser Tag in dem letzten Monate fehlt, auf den letzten Tag dieses Monates». Die Bestimmung stellt sicher, dass dem Leistenden ein voller Monat respektive ein voller mehrere Monate umfassender Zeitraum zur Erfüllung einer Verbindlichkeit beziehungsweise zur Vornahme einer Rechtshandlung zur Verfügung steht. Da ihm nur ein Bruchteil des Tags des fristauslösenden Zeitpunkts verbleibt, wird dieser Tag zu seinem Schutz nicht mitgezählt (vgl. BGE 103 V 157 E. 2a und 2b; BGE 97 IV 238 E. 2 S. 239). Ziffer 3 von Art. 77 Abs. 1 OR bringt in dieser Hinsicht dasselbe Prinzip zum Ausdruck wie Ziffer 1, gemäss der, wenn die Frist nach Tagen

bestimmt ist, der Tag, an dem der Vertrag geschlossen wurde, nicht mitgerechnet wird (siehe BGE 81 II 135 E. 2 S. 137).

Für den Beginn der Frist stellt Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR auf den Tag «des Vertragsabschlusses» ab. Art. 77 Abs. 2 OR präzisiert, dass die Frist in gleicher Weise auch dann berechnet wird, «wenn sie nicht von dem Tage des Vertragsschlusses, sondern von einem andern Zeitpunkte an zu laufen hat».

4.4.3 Wird der Arbeitsvertrag am Tag abgeschlossen, in dessen Verlauf auch noch der Stellenantritt erfolgt, steht dieser Tag nicht voll zur Verfügung. Er wird daher entsprechend dem Prinzip der Zivilkomputation nicht mitgezählt. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR ist ohne Weiteres anwendbar (siehe etwa BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 335b OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 2 zu Art. 335b OR; vgl. sodann auch Urteil 4C.386/1994 vom 11. Juli 1995 E. 2, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1996 S. 126 f.).

Vorliegend haben die Parteien keinen schriftlichen Arbeitsvertrag unterzeichnet. Dass der Arbeitsvertrag schon vor dem Tag des Stellenantritts mündlich abgeschlossen worden wäre, hat die Vorinstanz nicht festgestellt. Der Beschwerdeführer bringt auch nichts Derartiges vor, und es ist ohnehin nicht erkennbar, inwiefern er zu einer dahingehenden Ergänzung des Sachverhalts berechtigt wäre. Entsprechend ist für das Bundesgericht massgeblich, dass der Arbeitsvertrag am Tag des Stellenantritts abgeschlossen wurde. Die Probezeit hätte somit in Anwendung von Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR grundsätzlich am 15. August 2015 geendet, verlängerte sich aber wegen Krankheit gemäss Art. 335b Abs. 3 OR um einen Tag. Die Kündigung ging dem Beschwerdeführer am 16. August 2015 und somit innerhalb der Probezeit zu. Die Vorinstanz hat dies zu Recht erkannt.

Damit kann offenbleiben, wie die Probezeit zu berechnen ist, wenn der Arbeitsvertrag schon vor dem Tag des Stellenantritts abgeschlossen wurde (siehe dazu CHANSON, arvonline 2010 Nr. 677; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 8 zu Art. 335b OR; WEBER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2005, N. 19 zu Art. 77 OR; vgl. auch Urteil 4C.45/2004 vom 31. März 2004 E. 4.3).

*Bundesgericht, Urteil vom 21. Februar 2018, Doss.-Nr. 8C\_56/2017 (Aufhebung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 6. Dezember 2016), in: BGE 144 II 65*

**Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV; Art. 3 und 6 GIG; Anforderungen an die Glaubhaftmachung einer Lohndiskriminierung.**

**Bei kollektiven Diskriminierungskonstellationen wird gewöhnlich ein Beruf oder eine Funktion als Gesamtes mit Vergleichsfunktionen verglichen. Das Bundesgericht lässt offen, ob eine innerhalb einer Funk-**

tion sich bildende Gruppe von erfahreneren Kindergartenlehrpersonen separat eine geschlechtsbedingte Lohndiskriminierung geltend machen kann (E. 6).

Die Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung erfordert einen Vergleich von Verdienstmöglichkeiten aus verschiedenen Tätigkeiten und zudem ist aufzuzeigen, aus welchen Gründen von einer Gleichwertigkeit der genannten Funktionen auszugehen ist (E. 7).

Art. 8 al. 3, 3<sup>e</sup> phrase, Cst.; art. 3 et 6 LEG; exigences relatives à l'établissement de la vraisemblance d'une discrimination salariale.

En présence de situations collectives de discrimination, une profession ou une fonction est généralement comparée globalement avec des fonctions comparables. Le Tribunal fédéral laisse indécis le point de savoir si un groupe de membres plus expérimentés du personnel d'un jardin d'enfants qui s'est formé au sein d'une fonction peut faire valoir séparément une discrimination salariale à raison du sexe (consid. 6).

L'établissement de la vraisemblance d'une discrimination à raison du sexe dépend d'une comparaison des possibilités de gain de différentes activités; de plus il faut démontrer les motifs pour lesquels il y a lieu de partir d'une équivalence des fonctions citées (consid. 7).

Sachverhalt:

A.

Nachdem im Jahr 2001 entsprechende Vorarbeiten aufgenommen worden waren, setzte der Kanton Schaffhausen auf den 1. November 2005 für die Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung, einschliesslich der Lehrkräfte, ein neues Besoldungssystem in Kraft. Anstelle der bisher bestehenden 27 Besoldungsklassen mit Einreihungsplan anhand allgemeiner Richtpositionen und einer spezifischen Ordnung für die Lehrkräfte (mit statischem Lohnanstieg) trat ein für alle kantonalen öffentlich-rechtlichen Angestellten geltendes System, das die Zuordnung zu einem bestimmten Lohnband «analytisch» gemäss Funktion mit sich brachte. Die Überführung erfolgte für sämtliche Angestellten grundsätzlich einheitlich auf der Grundlage des bisherigen Ist-Lohnes. Die Löhne der Kindergartenlehrpersonen, die sich bisher grösstenteils im Grenzbereich zwischen Lohnband 7 und 8 bewegten, wurden im Rahmen des vom Regierungsrat beschlossenen «Aufholermechanismus» jedoch mindestens auf das Minimum des für ihre Funktion vorgesehenen Lohnbands 8 angehoben. Diejenigen Löhne, die sich betraglich bereits im neuen Lohnband befunden hatten, erhöhte man bis zur mittleren Bandposition.

Mit schriftlicher Eingabe vom 28. März 2011 (Eingangsdatum) wandten sich verschiedene Kindergartenlehrpersonen mit dem Begehren an das Erziehungsdepartement des Kantons Schaffhausen, es sei festzustellen, dass ihre Besoldung gegen die bundesrechtlichen Vorgaben hinsichtlich Gleichstellung der Geschlechter verstosse. Damit verbanden sie die Forde-

zung um Lohnerhöhung mit Wirkung ab Januar 2007, einschliesslich Zins zu 5% ab mittlerem Verfall. Nach Beizug eines Berichts von lic. phil. Y. vom 17. Oktober 2011 lehnte das Departement die gestellten Anträge mit Verfügung vom 17. November 2011 ab. Dabei hielt es u.a. fest, dass die Überführung der betroffenen Löhne in das neue Gehaltssystem, anders als im Gesuch behauptet, nicht «eins zu eins», sondern abgestuft erfolgt sei.

Den dagegen von den Gesuchstellerinnen erhobenen Rekurs wies der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen mit Beschluss vom 11. September 2012 kostenfällig ab. Zur Begründung gab er an, die Besoldung verletze weder das geschlechtsspezifische noch das allgemeine Gleichbehandlungsgebot.

B.

Dagegen wandten sich die im Rubrum genannten Kindergartenlehrpersonen beschwerdeweise an das Obergericht des Kantons Schaffhausen. Nebst der Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide von Regierungsrat und Erziehungsdepartement sowie der Feststellung, dass ihre Entlöhnung gegen Art. 8 Abs. 3 BV und Art. 3 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG; SR 151.1) verstosse, beantragten sie zur Hauptsache wiederum Lohnnachzahlungen in Form konkret bezifferter monatlicher Beträge, ab Januar 2007, und dies verzinst zu 5% ab mittlerem Verfall.

Mit Entscheid vom 6. Dezember 2016 hiess das Obergericht die Beschwerde im Grundsatz gut, dies nach Einholung von zwei Expertisen (Prof. Dr. Z., Arbeits- und Organisationspsychologin; Dr. U., Arbeits- und Organisationspsychologe FSP), je mitsamt Ergänzungen. Es stellte fest, dass die den Beschwerdeführerinnen seit dem 1. November 2005 ausbezahlten Löhne die Lohngleichheit verletzten, hob die vorinstanzlichen Entscheide auf und wies die Sache zur Neubeurteilung gemäss den Erwägungen und zur Festlegung eines diskriminierungsfreien Lohnes an den Regierungsrat zurück.

C.

Regierungsrat und Erziehungsdepartement des Kantons Schaffhausen beantragen mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die vollumfängliche Aufhebung des obergerichtlichen Entscheids und Abweisung der darin beurteilten Beschwerdeanträge. Allenfalls sei die Sache zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Die am Verfahren beteiligten Kindergartenlehrpersonen lassen auf Abweisung der Beschwerde schliessen, derweil das Obergericht auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (EBG) empfiehlt seinerseits die Abweisung der Beschwerde. Hierzu haben sich die Beschwerdeführer nochmals geäussert.

D.

Am 21. Februar 2018 hat das Bundesgericht eine öffentliche Beratung durchgeführt.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Gemäss dem am 1. November 2005 in Kraft getretenen Art. 19 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Schaffhausen vom 3. Mai 2004 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (SHR 180.100; nachfolgend: PG) haben die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter Anspruch auf einen angemessenen Lohn. Dieser richtet sich nach den Anforderungen und Belastungen der Funktion sowie der Leistung und Erfahrung und berücksichtigt den Arbeitsmarkt. Bei der Anstellung ist die nutzbringende Erfahrung angemessen zu berücksichtigen. Art. 47 Abs. 8 PG schreibt als Übergangsbestimmung im Hinblick auf die Einführung des ab November 2005 geltenden Rechts Folgendes vor: Liegt der aktuelle Lohn einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters unter dem minimalen Lohn gemäss neuem Lohnsystem, hat die Anpassung im Rahmen der verfügbaren Mittel so rasch als möglich zu erfolgen, spätestens aber innert zwei Jahren. Um innerhalb der gleichen Funktion angemessene Lohnrelationen zu wahren, werden gleichzeitig die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren Lohn sich bereits in den Grenzen des neuen Lohnsystems befindet, abgestuft angehoben. Neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der gleichen Funktion dürfen nicht bevorzugt werden.

3.2 Strittig und zu prüfen ist im Wesentlichen, ob im Zuge ihrer Überführung in das revidierte kantonale Besoldungssystem der Anspruch der Beschwerdegegnerinnen auf Lohngleichheit gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GlG verletzt wurde. Im Einzelnen geht es vor allem darum, ob das kantonale Gericht im Hinblick auf die sachspezifischen Beweisregeln (Art. 6 GlG) Bundesrecht verletzt hat.

4.

4.1 Aufgrund von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV haben Mann und Frau Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche oder gleichwertige Arbeit. Der Begriff der gleichwertigen Arbeit umfasst nicht bloss ähnliche, das heisst gleichartige Arbeiten, sondern bezieht sich darüber hinaus in Zusammenhang mit indirekten Lohndiskriminierungen auch auf Arbeiten unterschiedlicher Natur (BGE 125 I 71 E. 2b S. 79; Urteile 8C\_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 136 II 393; 8C\_31/2009 vom 4. Januar 2010 E. 7). Nach Art. 3 Abs. 1 GlG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Das Diskriminierungsverbot gilt u.a. für die Entlohnung (Abs. 2).

Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine formal geschlechtsneutrale Regelung im Ergebnis wesentlich mehr bzw. überwiegend Angehörige des einen Geschlechts gegenüber denjenigen des anderen benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre. Demgemäss liegt eine besoldungsmässige Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit sachlich unbegründete Lohnunterschiede bestehen. Eine Lohndiskriminierung entfällt, wenn die

Lohndifferenz durch die zu erbringende Arbeit oder die in Frage stehende Funktion sachlich begründet erscheint. Sachlich begründet ist ein Lohnunterschied im Einzelvergleich oder bei der Einstufung von Frauenberufen, wenn er sich auf sogenannte objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist (BGE 136 II 393 E. 11.3 S. 397 mit Hinweisen). Ist ein sachlich unbegründeter Lohnunterschied zum Nachteil einer geschlechtsspezifisch identifizierten Arbeit nachgewiesen, besteht ein direkter Anspruch (im Sinne eines subjektiven Individualrechts) auf einen diskriminierungsfreien Lohn, der im Rahmen der (bundesrechtlichen) Verjährungsregeln auch rückwirkend geltend gemacht werden kann (BGE 131 I 105 E. 3.6 S. 109 f.; Urteil 8C\_298/2014 vom 4. Mai 2015 E. 4.3; vgl. zum Ganzen BGE 141 II 411 E. 6.1.2 S. 419 f.).

#### 4.2

4.2.1 Gemäss Art. 6 GIG wird u.a. bezüglich der Entlöhnung eine Diskriminierung vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Gegebenenfalls trifft den Arbeitgeber der Beweis, dass die unterschiedliche Entlöhnung sachlich gerechtfertigt ist (BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 161 f.; BGE 127 III 207 E. 3b S. 212 f.; BGE 125 I 71 E. 4a S. 82; BGE 125 II 541 E. 6a S. 550 f.; Urteil 8C\_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.1, nicht publ. in: BGE 136 II 393). Bei dieser Vorschrift handelt es sich – gemäss Artikelüberschrift – um eine Beweislast erleichterung, die als Spezialbestimmung der Beweisregel von Art. 8 ZGB vorgeht. Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber im Beweisverfahren mitwirkt (BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 161; Urteil 1C\_310/2007 vom 17. April 2008 E. 5.2). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Unterlagen über die Ausgestaltung einer Lohnpolitik regelmässig im Besitz des Arbeitgebers befinden und diesem daher besser als dem Arbeitnehmer zugemutet werden kann, den Beweis zu erbringen (Urteil 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 4b).

4.2.2 Glaubhaftmachen bedeutet, dass es genügt, dem Gericht aufgrund objektiver Anhaltspunkte den Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins der in Frage stehenden Tatsache zu vermitteln, ohne dass dabei die Möglichkeit ausgeschlossen sein muss, dass die Verhältnisse sich auch anders gestalten könnten. Glaubhaft gemacht ist daher eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 142 II 49 E. 6.2 S. 58 mit weiteren Hinweisen). Bestehen Tatsachen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, ist das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 3 GIG nicht verletzt (Urteil 1C\_310/2007 vom 17. April 2008 E. 5.3).

4.2.3 Eine geschlechtsbedingte Diskriminierung ist in der Regel glaubhaft gemacht, wenn Angehörige des einen Geschlechts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit einen auffallend («signifikant») tieferen Lohn erhalten als jene des anderen Geschlechts (z.B. als Vorgänger oder Nachfolger auf der gleichen Stelle: BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 162; Urteile

2A.23/1997 vom 8. Juli 1998 E. 3c; 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 3b mit Hinweis auf BGE 125 I 71 E. 4a S. 82; vgl. dazu auch FLORENCE AUBRY GIRARDIN, *Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice*, AJP 2005 S. 1067). Das Bundesgericht erachtete eine Lohndiskriminierung bei Lohndifferenzen zwischen 15 bis 25% als glaubhaft (vgl. etwa BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 162; BGE 125 III 368 E. 4 S. 373; sowie das soeben erwähnte Urteil 2A.363/1998 E. 3b); in einem Fall liess es eine Differenz von 11% genügen, wobei die «Klägerin» ihre Tätigkeit gut drei Jahre länger ausgeübt hatte als der zum Vergleich beigezogene Arbeitskollege (Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 5).

Eine (kollektive) Diskriminierung ist beispielsweise dann glaubhaft gemacht, wenn vom Ergebnis einer der Lohneinreihung zugrunde liegenden systematischen Arbeitsplatzbewertung nachträglich zum Nachteil einer geschlechtsspezifischen Funktion abgewichen wird (vgl. BGE 125 II 541 E. 6a und b S. 550 f.; BGE 124 II 409 E. 11e S. 434, BGE 124 II 436 E. 7c und d S. 442).

4.3 Ob das kantonale Gericht die bundesrechtlichen Beweislastregeln und damit insbesondere Art. 6 GIG richtig angewendet hat, gilt als durch das Bundesgericht frei überprüfbare Rechtsfrage (Urteil 2P.202/1997 vom 3. Juli 1998 E. 2, nicht publ. in: BGE 124 II 436).

## 5.

5.1 Ausgangspunkt des vorliegenden Rechtsstreits bildet nicht die allgemeine Zuordnung der Kindergartenlehrpersonen zu Lohnband 8, sondern die Frage, ob mit der Positionierung der Beschwerdegegnerinnen innerhalb dieses Lohnbands eine Diskriminierung im Sinne der soeben (E. 4.1) erläuterten bundesrechtlichen Bestimmungen einhergeht. Anders gewendet stehen die Beschwerdegegnerinnen in diesem Verfahren nicht – gleichsam vertretend – für sämtliche Kindergartenlehrpersonen im Kanton Schaffhausen, insbesondere nicht für die Berufseinsteigerinnen, sondern bloss für jene, die schon unter dem alten Entlöhnungssystem ein Gehalt bezogen, das von der Höhe her dem Lohnband 8 entsprach. Eine unhaltbare geschlechtsspezifische Diskriminierung erblicken sie insbesondere darin, dass eine solche schon unter der Vorgängerordnung bestanden habe, was mit ihrer Überführung in das neue System nur unzulänglich behoben worden sei. Demgemäss hat das kantonale Gericht den Rechtsstreit ausschliesslich im Lichte von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GIG beurteilt.

5.2 Damit Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GIG überhaupt zur Anwendung gelangen können, bedarf es einer geschlechtsspezifischen Identifizierung der als benachteiligt beanstandeten Funktion; andernfalls verbliebe lediglich die Beurteilung im Lichte des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebotes von Art. 8 Abs. 1 BV (BGE 141 II 411 E. 6.1.3 S. 420 mit Hinweisen). In dieser Hinsicht steht ausser Frage, dass es sich bei der Funktion der Kindergartenlehrperson nach ständiger Rechtsprechung um

einen typischen Frauenberuf handelt (vgl. BGE 141 II 411 E. 4.2.1 S. 416 und E. 7.1 S. 422 f.; BGE 125 II 530 und Urteil 8C\_696/2016 vom 19. September 2017 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). In diesem Punkt erübrigen sich Weiterungen.

5.3 Das Obergericht stellte seiner Beurteilung die Rechtsprechung zur Überführung in ein neues Lohnsystem «nach Frankenbetrag und Dienstalter» voran: Überführungsregelungen dieser Art sind bei Lohnerhöhungen allgemein üblich und grundsätzlich zulässig, solange sie innerhalb eines Systems angewendet werden, das als solches diskriminierungsfrei ist (Urteile 2A.48/2002 vom 14. August 2002 E. 2.4.2; 2A.363/1998 vom 18. Juni 1999 E. 6i). Dies gilt auch dann, wenn eine geschlechtsspezifische Funktion relativ zu männlichen Funktionen in eine höhere Klasse eingereiht wird: Ist schon der frühere Lohn nicht diskriminierend gewesen, so kann in einer frankenmässigen Überführungsregelung keine Diskriminierung liegen. Anders verhält es sich hingegen, wenn schon der frühere Lohn (vor der Neueinreihung) diskriminierend gewesen ist: In diesem Fall folgt aus dem Lohngleichheitsgebot, dass – im Rahmen der Verjährung – bereits dieser frühere Lohn sofort auf eine diskriminierungsfreie Höhe gehoben werden muss (Art. 5 Abs. 1 lit. d GIG; BGE 125 I 14 E. 3b S. 17; BGE 124 II 436 E. 10c und d S. 450 f.). Dabei ist die jeweils anwendbare Lohnregelung darauf hin zu überprüfen, ob sie diskriminierend ist, also nicht nur die aktuell geltende, sondern auch eine allenfalls früher noch massgebende, inzwischen aufgehobene Regelung (BGE 131 II 393 E. 8.2 f. S. 411 f.; BGE 125 I 14 E. 3h S. 19; BGE 124 II 436 E. 10f S. 453 f.; Urteil 2A.558/2001 vom 27. Juni 2002 E. 5.3). Eine «frankenmässige Überführung» aus einer diskriminierenden altrechtlichen Einreihung in eine diskriminierungsfreie neurechtliche würde die Diskriminierung weiter führen, insofern sie den diskriminierenden altrechtlichen Lohn als Ausgangspunkt und begrenzenden Faktor für die Neueinstufung heranzieht (BGE 131 II 393 E. 8.3 S. 412; vgl. ferner BGE 124 I 223 E. 2e S. 229; Urteile 2A.48/2002 vom 14. August 2002 E. 2.4.2 sowie 8C\_32/2009 / 8C\_33/2009 vom 4. Januar 2010 E. 11.2).

5.4 Hieran anschliessend stellte das kantonale Gericht fest, dass die Löhne der Kindergartenlehrpersonen, die sich bereits im neuen Lohnband befunden hätten, bei der per November 2005 erfolgten Überführung bis zur mittleren Bandposition angehoben worden seien. Daraus habe sich für die älteren Kindergartenlehrpersonen eine Anhebung des Monatslohnes von knapp Fr. 400.– ergeben, derweil die jüngeren mit ihrer Anhebung auf das Minimum des neuen Lohnbands immerhin eine Erhöhung von rund Fr. 1'000.– erfahren hätten. Aufgrund der neuen Zuordnung zum Lohnband 8 und der damit verbundenen – teils massiven – Anhebung der Löhne sei die Funktion der Kindergartenlehrpersonen zweifellos eine sogenannte Aufholerfunktion gewesen. Schon dieser Umstand spreche als Indiz für einen möglicherweise diskriminierenden Lohn der (heutigen) Beschwerdegegnerinnen während der Zeit vor der Überführung. Auch in anderen Kan-



tonen seien die Kindergartenlehrpersonen oft unterbezahlt gewesen (vgl. BGE 125 II 530 [Zürich]; BGE 124 II 436 [Solothurn]; Urteil 2A.79/2007 vom 15. Juni 2007 [Aargau]), wohl vor allem deshalb, weil es sich um einen klassischen Frauenberuf gehandelt habe. Dazu komme, dass früher dem pädagogischen Auftrag der Kindergartenlehrpersonen wohl zu wenig Rechnung getragen worden sei. Dass die (heutigen) Beschwerdegegnerinnen vor der Überführung diskriminierend entlöhnt worden seien, werde durch verschiedene Äusserungen der für das neue Lohnsystem Verantwortlichen bestätigt. So habe der damals für die Finanzen und das Personal zuständige Regierungsrat V. im Rahmen der Budgetdebatte im November 2007 und der dort geführten Gehaltsdiskussion bezogen auf eine Interpellation zum Thema Gleichstellung ausgeführt: «Unsere Kindergärtnerinnen haben seit Jahren zu wenig verdient» und «Es ist ein typischer Frauenberuf, der unterbezahlt war. Wir haben massiv erhöht. Heute haben wir die höchsten Ansätze in der Schweiz, was die Anfangslöhne der Kindergärtnerinnen und der Primarlehrkräfte betrifft.» Ebenso habe der Autor des neuen Lohnsystems, lic. phil. Y., in seinem Bericht vom 17. Oktober 2011 zu diesen Fragen ausgeführt, es handle sich um «befristete Effekte, die aufgrund der Beseitigung von Lohndiskriminierung (Funktionsbewertung) entstanden». Damit bestünden verschiedene Indizien für die geltend gemachte Diskriminierung bei der Entlohnung vor der Revision. Zwar fehle es an einem strikten Beweis, jedoch spreche insgesamt mehr für als gegen die in Frage stehende Diskriminierung. In dieser Situation erscheine die geltend gemachte Diskriminierung jedenfalls glaubhaft dargelegt. Damit greife die Vermutung des Art. 6 GIG, und es obliege dem Arbeitgeber der Nachweis, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt gewesen sei.

6. Vorweg stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerinnen mit ihrem bereits aufgezeigten Vorgehen (vgl. E. 5.1 hiervor) gleichsam als Gruppe von erfahreneren Kindergartenlehrpersonen überhaupt separat eine geschlechtsbedingte Lohndiskriminierung geltend machen können. Bei kollektiven Diskriminierungskonstellationen wird gewöhnlich ein Beruf oder eine Funktion als Gesamtes mit Vergleichsfunktionen verglichen (HANSJÖRG SEILER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, ZBl 104/2003 S. 113 ff., 126). Wie es sich damit verhält, kann jedoch mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen offengelassen werden.

7.

7.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, bezogen auf die Glaubhaftmachung nach Art. 6 GIG die Beweise einseitig gewürdigt und damit den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt zu haben.

7.2 Mit Blick auf die in Art. 6 GIG statuierte Beweislast erleichterung (vgl. E. 4.2.1 hiervor) ist bei der Beurteilung klar danach zu unterscheiden, ob über die Glaubhaftmachung oder bereits über den Hauptbeweis bzw. den Beweis des Gegenteils bezogen auf den Nicht-Bestand oder die sachliche Rechtfertigung einer Diskriminierung befunden wird (vgl. Urteil

4C.463/1999 vom 4. Juli 2000 E. 2a [nicht publ. in: BGE 126 III 395 ]; REMY WYLER, in: *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, 2011, N. 12 zu Art. 6 GlG). In der Phase der Glaubhaftmachung obliegt es den Anspruchstellern, eine Geschlechterdiskriminierung darzutun. Beweisthema der Glaubhaftmachung sind der Lohn, die Benachteiligung, der Bezug zum Geschlecht und – bei scheinbarer Rechtfertigung – das Fehlen einer solchen (vgl. SABINE STEIGER-SACKMANN, in: *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2. Aufl. 2009, N. 57 u. 73 ff. zu Art. 6 GlG). Glaubhaft gemacht werden müssen die sachverhaltsmässigen Voraussetzungen einer Diskriminierung (SEILER, a.a.O., S. 135). In der prozessualen Situation treten in der Regel Angehörige eines bestimmten Berufs als Klägerschaft auf. Ihre Besoldung ist alsdann mit derjenigen anderer Personen oder Berufe zu vergleichen. In erster Linie, wenn auch nicht ausschliesslich, kommen Personen in Frage, die eine gleiche oder sehr ähnliche Funktion ausüben (SEILER, a.a.O., S. 126). Für die Glaubhaftmachung einer geschlechtsdiskriminierenden Entlohnung ist somit ein Vergleich von Verdienstmöglichkeiten aus verschiedenen Tätigkeiten erforderlich (vgl. BGE 136 II 393 E. 11.3.1 S. 398). Eine gerügte Diskriminierung ist nicht schon dann glaubhaft gemacht, wenn ein Angehöriger des einen Geschlechts weniger verdient (oder sonst wie schlechter gestellt ist) als ein Angehöriger des anderen Geschlechts; erforderlich ist zusätzlich, dass sich die berufliche Situation der verglichenen Angestellten insgesamt gleich oder zumindest ähnlich präsentiert (Urteil 2A.91/2007 vom 25. Februar 2008 E. 2; vgl. auch BGE 127 III 207 E. 3b S. 213; BGE 125 III 368 E. 4 S. 372). Die Glaubhaftmachung einer Geschlechterdiskriminierung erfordert nicht nur, dass Vergleichsberufe genannt werden, sondern es muss auch dargelegt werden, weshalb es sich dabei um vergleichbare Funktionen handelt (Gleichwertigkeit).

7.2.1 Die Beschwerdegegnerinnen nahmen in ihren Rechtsschriften keinen wertenden Vergleich verschiedener Tätigkeiten vor. Vorinstanzlich machten sie lediglich geltend, bei den typischen Männerberufen würden die meisten Arbeitnehmer mit mehr als 20 Dienstjahren im Bandbereich d und e des Lohnbandes 8 liegen. Dasselbe gelte auch für andere Lehrberufe. Sie haben aber weder konkrete Berufe noch konkrete Löhne genannt. Im Verwaltungsverfahren hatten sie ohne weitere Spezifikationen einzig den Beruf des Sekundarlehrers aufgeführt. Auf die Frage des Vizepräsidenten des kantonalen Gerichts anlässlich der Referentenaudienz vom 29. Mai 2013, mit welchen Funktionen sie sich vergleichen würden, wenn sie geltend machten, die ursprüngliche Besoldung sei diskriminierend gewesen, antworteten sie, dass sie sich mit keinen konkreten Funktionen vergleichen würden – sie seien innerhalb des gesamten Lohnsystems diskriminierend eingestuft. Erst nach Vorliegen des Gutachtens von Prof. Dr. Z. bezogen sie sich auf den Beruf des Polizisten und auf andere Lehrberufe, wobei auch hier Ausführungen zur Vergleichbarkeit bzw. Gleichwertigkeit der Tätigkeiten unterblieben sind. Im Übrigen wurden dieses Gutachten und die Expertise des Dr. U., welche Vergleiche verschiedener Funktionen ent-

hält (Handwerker, Verwaltungssekretärin, Revierförster, Handwerker/Techniker, Sozialarbeiter, Technischer Ressortleiter II und Gerichtsschreiber), eingeholt, als sich das Verfahren bereits im Stadium des Entlastungs- bzw. Rechtfertigungsbeweises befand.

7.2.2 Soweit das kantonale Gericht die Glaubhaftmachung gestützt auf die zitierte Aussage des früheren Regierungsrates V. aus dem Jahr 2007 sowie auf die Angaben des Autors des neuen Lohnsystems lic. phil. Y. (vgl. E. 5.4 hiervor) bejaht, kann ihm nicht gefolgt werden. Es unterlässt nämlich bei der Beurteilung der Glaubhaftmachung, nebst der Auseinandersetzung mit einem wertenden Vergleich, auch eine Differenzierung in zeitlicher Hinsicht und setzt sich namentlich nicht näher mit der Situation nach der Überführung auseinander. Dies wäre allerdings notwendig gewesen, da die Löhne der im Brennpunkt stehenden Kindergartenlehrpersonen abweichend von der Rechtsprechung zur «frankenmässigen Überführung» (vgl. E. 5.3 hiervor) nicht einfach «eins zu eins» in das neue Lohnband überführt wurden. Eine Überführung mit dem Ist-Lohn erfolgte zwar im Rahmen der Revision des Schaffhauser Gehaltssystems dem Grundsatz nach, aber eben gerade nicht hinsichtlich der Aufholerfunktionen, wozu nebst anderen die Kindergartenlehrpersonen zählten. Bei ihnen führte die Anhebung auf Lohnband 8 (Berufseinsteigerinnen) bzw. die Neueinreihung innerhalb dieses Bandes vielmehr zu einer substanziellen Gehaltserhöhung, wodurch sich der vorliegende Fall von früher beurteilten zumindest in quantitativer Hinsicht unterscheidet (vgl. BGE 124 I 223 E. 2e S. 229; Urteil 2A.48/2002 vom 14. August 2002 E. 2.3).

7.2.3 Bezogen auf die Zeit nach der Überführung per November 2005 lässt sich nicht übersehen, dass die Löhne der Beschwerdegegnerinnen mit monatlich Fr. 400.– deutlich angehoben wurden, möglicherweise gerade deshalb, um die von Alt-Regierungsrat V. und von lic. phil. Y. für die Vergangenheit konstatierte Lohndiskriminierung zu beseitigen. Wenn das kantonale Gericht die tiefe Entlöhnung vor der Besoldungsrevision als ausreichendes oder entscheidendes Indiz für die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung nach Art. 3 Abs. 2 GIG gewertet hat, genügt dies folglich nicht, um auch nach der Überführung von einer glaubhaft gemachten Diskriminierung auszugehen. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerinnen bzw. die älteren Kindergartenlehrpersonen durchwegs substanzielle Lohn-erhöhungen erhalten haben, kommt vielmehr – mit dem Beschwerdeführer – als Indiz dafür in Frage, dass keine Diskriminierung (mehr) vorliege. Bei dieser Ausgangslage durften die Beschwerdegegnerinnen im Rahmen der Glaubhaftmachung auf eine wertende Auseinandersetzung mit Vergleichs-berufen nicht verzichten.

7.2.4 Daran ändert die Geltung der Untersuchungsmaxime nichts. Die Parteien sind deswegen nicht von jeglicher Behauptungs- und Substanziierungspflicht befreit (STEIGER-SACKMANN, a.a.O., N. 55 zu Art. 6 GIG). Bei Diskriminierungsfragen ist eine Substanziierung bezüglich eines realen Vergleichstatbestandes zu verlangen (STEIGER-SACKMANN, a.a.O.,

N. 56 zu Art. 6 GlG). Da die Beschwerdegegnerinnen einen solchen Vergleich nicht einmal ansatzweise vornahmen, ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, dass diese ihrer Substanziierungspflicht hinsichtlich der geltend gemachten Diskriminierung nicht nachgekommen sind.

Zwar kann unter Umständen vom Gericht erwartet werden, im Rahmen seiner bereichsspezifischen Prüfungspflicht von Amtes wegen weitere Vergleiche vorzunehmen, weil bei der Frage der Gleichwertigkeit von Arbeitstätigkeiten bei kollektiven Diskriminierungskonstellationen eine breite Vergleichsbasis erforderlich ist (vgl. BGE 125 II 385 E. 5c und e S. 391 f. mit Hinweisen; STEIGER-SACKMANN, a.a.O., N. 76 zu Art. 6 GlG; SEILER, a.a.O., S. 134; kritisch: OLIVIER STEINER, Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung, AJP 2001 S. 1287). Es hat jedoch nicht von sich aus, ohne jegliche Angaben der Partei, welche eine Diskriminierung geltend macht, die komplette Vergleichsbasis zu liefern. Im vorliegenden Fall forschte die Vorinstanz im Rahmen der Entscheidinstruktion (Referentenaudienz vom 29. Mai 2013; vgl. E. 7.2.1 hiervor) ausdrücklich nach konkreten Vergleichsfunktionen, was statthaft, aber auch genügend war. Anstatt in der Folge die fehlende Glaubhaftmachung zu konstatieren und entsprechend zu entscheiden, führte die Vorinstanz das Verfahren durch die Einholung zweier Gutachten bei Prof. Dr. Z. und Dr. U. fort (wobei die erste der Prof. Dr. Z. unterbreiteten zwei Fragen auf Vergleichsfunktionen Bezug nahm, ohne diese näher zu spezifizieren).

Selbst wenn im Übrigen die Vorinstanz zur Beurteilung der Glaubhaftmachung die beiden Gutachten hätte einbeziehen dürfen (vgl. dazu STEIGER-SACKMANN, a.a.O., N. 137 zu Art. 6 GlG), hätte sie auf mangelnde Glaubhaftmachung schliessen müssen, da die Expertisen aufgrund ihres unbestimmten Resultats ebenso gut als Grundlage gegen eine Glaubhaftmachung herangezogen werden können.

8.

Da eine geschlechtsbedingt diskriminierende Entlöhnung der Beschwerdegegnerinnen nicht glaubhaft gemacht wurde, ist der angefochtene Gerichtsentscheid vollumfänglich aufzuheben.

Das kantonale Gericht hat den Rechtsstreit ausschliesslich im Lichte von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 GlG beurteilt. Für eine weitere Prüfung der Sache nach Massgabe von Art. 8 Abs. 1 BV, nämlich bezogen auf die Frage, ob die Beschwerdegegnerinnen im Vergleich zu den Berufseinstreicherinnen in unvertretbarer Weise ungleich behandelt würden, bestand angesichts des Verfahrensausgangs für die Vorinstanz kein Anlass. Die Angelegenheit geht daher an das kantonale Gericht zurück, damit es sich mit der Rüge einer Ungleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV auseinandersetzen kann. Dabei wird es sich gegebenenfalls auch mit der Frage zu befassen haben, ab wann ein rechtsungleicher Lohn im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV ausgeglichen werden soll (vgl. BGE 131 I 105 E. 3.6 ff. S. 109 ff.; Urteil 8C\_298/2014 vom 4. Mai 2015 E. 4.3).

*Tribunal fédéral, Arrêt du 22 février 2018, Doss.-No 8C\_324/2017 (Admission partielle du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour de droit public, du 17 mars 2017)*

**Fin des rapports de travail dans la fonction publique.** Certains statuts prévoient, comme en l'espèce, à côté d'une résiliation ordinaire, la possibilité d'une révocation (ou destitution) disciplinaire. Le choix entre le renvoi disciplinaire et la résiliation administrative est souvent difficile. Dans le domaine des mesures disciplinaires, la révocation implique une violation grave ou continue des devoirs de service. L'importance du manquement doit être appréciée à la lumière des exigences particulières qui sont liées à la fonction occupée. Toute violation des devoirs de service ne saurait cependant être sanctionnée par la voie de la révocation disciplinaire. Cette mesure revêt, en effet, l'aspect d'une peine qui présente un caractère plus ou moins infamant. Elle s'impose surtout dans les cas où le comportement de l'agent démontre qu'il n'est plus digne de rester en fonction (c. 5.2.2).

On ne saurait taxer d'arbitraire le fait que la commune a choisi, en l'espèce, la voie de la résiliation ordinaire. Si le principe même d'une collaboration est remis en cause par une faute disciplinaire de manière à rendre difficile ou inacceptable la continuation du rapport de service, un simple licenciement, dont les conséquences sont moins graves pour la personne concernée, peut être décidé à la place de la révocation disciplinaire. Que d'autres employés communaux aient fait l'objet d'une procédure disciplinaire pour des faits semblables à ceux qui sont reprochés au recourant peut s'expliquer par le fait que la commune a d'emblée écarté l'éventualité d'un licenciement en ce qui les concernait et qu'elle entendait uniquement prononcer à leur encontre une mesure disciplinaire autre que la révocation. Certes, la différence invoquée entre la voie de la résiliation (choisie dans le cas du recourant) et la voie disciplinaire (pour d'autres employés) pourrait susciter des interrogations sous l'angle de l'égalité de traitement (c. 5.2.3).

La collectivité publique en sa qualité d'employeur est tenue de respecter les principes constitutionnels régissant l'ensemble de son activité, tels la légalité, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire ou encore le droit d'être entendu, cela quand bien même elle soumettrait les rapports de travail de son personnel au droit privé directement applicable et non pas seulement applicable à titre de droit public cantonal supplétif. Dès lors, lorsque le droit applicable ne fait pas dépendre le licenciement de conditions matérielles, le congé ne peut, sous peine de violer le principe de l'interdiction de l'arbitraire, être donné que s'il repose sur des motifs objectifs et apparaît comme une mesure appropriée au regard de la situation concrète (c. 5.3.2).

## Extraits des faits:

A. a été engagé par le conseil communal de Leytron en qualité d'employé au service B. dès le 1<sup>er</sup> août 2006. Il était soumis au statut du personnel adopté par le conseil communal le 26 août 2004 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005 (ci-après: SPC).

Par décision du 30 juin 2015, le conseil communal a résilié ses rapports de service au 30 septembre 2015. Il l'a libéré avec effet immédiat de son obligation de travailler. Cette décision faisait référence à de «graves lacunes ressortant de votre activité». Elle faisait suite à deux entretiens des 19 et 26 juin 2015 que l'intéressé avait eus avec la commission des travaux publics. Les faits reprochés concernaient des désherbages en avril et mai 2015, notamment aux abords des routes publiques, par un épandage jugé abusif de «Roundup», ainsi qu'à la disparition et à la réapparition inexplicquée de ce produit dans les stocks de la commune. D'autres employés étaient également impliqués pour des faits semblables.

Le 22 juillet 2015, A. a contesté son licenciement et exigé que les motifs de son congé lui fussent communiqués. Par lettre du 23 juillet 2015, la commune a répondu que les motifs lui avaient été exposés de manière claire et précise à l'occasion des deux séances précitées, ainsi que lors d'une séance du 3 juillet 2015 au cours de laquelle le Président de la commune lui avait communiqué la décision du conseil municipal. A. ayant souhaité obtenir la communication par écrit des motifs de son congé, la commune lui a précisé qu'il avait contrevenu non seulement aux ordres clairs et précis qui lui avaient été donnés à maintes reprises, mais également à des règles élémentaires en matière de protection de l'environnement et de sécurité. De plus, il avait manifesté une attitude irrespectueuse envers l'autorité «lors de l'établissement des faits» (lettre du 29 juillet 2015). A. s'est trouvé en incapacité de travail en raison d'un accident. Le délai de congé a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2015.

Entre-temps, A. a recouru contre la décision du 30 juin 2015 devant le Conseil d'Etat, qui a rejeté son recours par décision du 3 février 2016. A. a recouru contre la décision du Conseil d'Etat devant le Tribunal cantonal du Valais (Cour de droit public). Il a conclu au paiement de la somme de 103'505 fr., avec intérêts, soit son traitement pour décembre 2015, le versement de son salaire jusqu'à la fin de la période administrative, une indemnité pour licenciement abusif correspondant à six mois de salaire et une indemnité pour tort moral. La commune de Leytron a conclu au rejet du recours. Statuant par arrêt du 17 mars 2017, le Tribunal cantonal a rejeté le recours, dans la mesure de sa recevabilité. Il a invité le conseil communal à statuer sur la prétention de A. à son salaire pour le mois de décembre 2015. Il a déclaré irrecevable la conclusion tendant à une réparation morale, une telle prétention relevant de la juridiction civile. Pour le reste, il a rejeté les prétentions de l'intéressé.

A. forme un recours en matière de droit public.

## Extraits des considérants:

### 5.

5.1 La juridiction cantonale a rejeté le recours porté devant elle essentiellement pour les motifs suivants:

Le recourant a été définitivement engagé au sens de l'art. 4 SPC. Le conseil communal était libre de résilier son engagement en respectant, comme il l'a fait, un délai de trois mois pour la fin d'un mois. L'autorité n'était pas tenue de démontrer l'existence de justes motifs ou de fautes graves éventuellement commises par l'employé au détriment des intérêts de la commune. Le recourant contestait certes les faits retenus par le conseil communal en réfutant, en particulier, le reproche d'avoir de sa propre initiative procédé à un épandage abusif de «Roundup» en violation des instructions reçues. Il contestait également être lié à la disparition puis à la réapparition inexplicables d'une partie de ce produit dans le stock de la commune. Il n'était toutefois pas nécessaire d'examiner si «les faits avérés et jugés graves» invoqués par le conseil communal étaient fondés, ni si l'intéressé avait, comme on le lui reprochait, adopté une attitude «irrespectueuse» envers l'autorité. En effet, le règlement communal ne subordonnait pas la résiliation des rapports de travail à l'existence de motifs particuliers. Selon les pièces du dossier, la confiance nécessaire à une bonne collaboration entre les parties était, au moment de l'envoi de la décision du 30 juin 2015, fortement ébranlée, l'employeur reprochant à l'employé d'avoir, à maintes reprises, contrevenu aux ordres clairs et précis, mais aussi à des règles élémentaires en matière de protection de l'environnement et de sécurité. La réalité de ces reproches n'avait toutefois pas été démontrée et ne ressortait pas du dossier, mais cette absence de preuves ou d'indices n'avait aucune influence sur l'appréciation de la légalité de la décision entreprise. Pour les mêmes raisons, il était inutile d'administrer les preuves proposées par le recourant, de toute façon non pertinentes.

Dès lors, la juridiction cantonale conclut que les prétentions du recourant au titre de résiliation abusive et de salaires jusqu'à la fin de la période administrative ne sont pas fondées.

### 5.2

5.2.1 Le recourant reproche à la cour cantonale d'avoir fait une application arbitraire du SPC, notamment de ses art. 20 (mesures disciplinaires), 40 (attributions de la commission des finances et du personnel) et 41 (litiges relatifs à l'application du statut). Il soutient qu'au regard des reproches qui lui ont été adressés, il aurait dû faire l'objet d'une procédure disciplinaire, avec les garanties que celle-ci comporte. Si tel avait été le cas, une destitution ne pouvait de surcroît être prononcée qu'en cas de faute grave. Au demeurant, quelle que soit la nature du licenciement prononcé à son encontre, la procédure requise n'a pas été respectée. Aucune procédure externe n'a été mise en oeuvre comme l'exigerait la voie disciplinaire. Il n'y a pas eu d'audition par la commission du personnel et des

finances, contrairement à ce que prescrirait l'art. 41 SPC. Dans ce contexte, le recourant fait valoir que trois autres employés impliqués – à savoir C., D. et E. – ont quant à eux fait l'objet, pour les mêmes faits, d'une procédure disciplinaire au sens de l'art. 20 du statut. Le premier, chef d'équipe, aurait été rétrogradé au rang d'employé. Le second aurait reçu un simple avertissement, cependant que le troisième n'aurait pas été sanctionné.

5.2.2 Certains statuts de la fonction publique prévoient, comme en l'espèce, à côté d'une résiliation ordinaire, la possibilité d'une révocation (ou destitution) disciplinaire. Le choix entre le renvoi disciplinaire et la résiliation administrative est souvent difficile (voir à ce sujet WYLER/BRIGUET, *La fin des rapports de travail dans la fonction publique*, 2017, p. 47 s.). Toujours est-il que dans le domaine des mesures disciplinaires, la révocation implique une violation grave ou continue des devoirs de service. Il peut s'agir d'une violation unique spécialement grave, soit d'un ensemble de transgressions dont la gravité résulte de leur répétition. L'importance du manquement doit être appréciée à la lumière des exigences particulières qui sont liées à la fonction occupée. Toute violation des devoirs de service ne saurait cependant être sanctionnée par la voie de la révocation disciplinaire. Cette mesure revêt, en effet, l'aspect d'une peine qui présente un caractère plus ou moins infamant. Elle s'impose surtout dans les cas où le comportement de l'agent démontre qu'il n'est plus digne de rester en fonction (arrêts 8C\_24/2017 du 13 décembre 2017 consid. 3.5; 8C\_679/2013 du 7 juillet 2014 consid. 2.4; FRANÇOIS BELLANGER, *Le contentieux des sanctions et des licenciements en droit genevois de la fonction publique*, in *Les réformes de la fonction publique*, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p. 230 ss).

5.2.3 On ne saurait taxer d'arbitraire le fait que la commune a choisi, en l'espèce, la voie de la résiliation ordinaire. Si le principe même d'une collaboration est remis en cause par une faute disciplinaire de manière à rendre difficile ou inacceptable la continuation du rapport de service, un simple licenciement, dont les conséquences sont moins graves pour la personne concernée, peut être décidé à la place de la révocation disciplinaire (WYLER/BRIGUET, *op. cit.*, p. 47 sv.; arrêt 8C\_203/2010 du 1<sup>er</sup> mars 2011 consid. 3.5). Que d'autres employés communaux aient fait l'objet d'une procédure disciplinaire pour des faits semblables à ceux qui sont reprochés au recourant peut s'expliquer par le fait que la commune – à tort ou à raison – a d'emblée écarté l'éventualité d'un licenciement en ce qui les concernait et qu'elle entendait uniquement prononcer à leur encontre une mesure disciplinaire autre que la révocation. Pour le reste, le recourant ne démontre pas, par une motivation qui satisfasse aux réquisits de l'art. 106 al. 2 LTF, en quoi la procédure de résiliation ordinaire aurait été viciée au regard des exigences statutaires. Certes, la différence invoquée entre la voie de la résiliation (choisie dans le cas du recourant) et la voie disciplinaire (pour d'autres employés) pourrait susciter des interrogations sous l'angle de l'égalité de traitement (cf. MAHON/ROSELLO, *Les réformes en cours du droit de la fonction publique*:



tendances et perspectives, in *Les réformes de la fonction publique*, op. cit., p. 35). Le recourant paraît d'ailleurs se plaindre d'une inégalité de traitement dans ce contexte, mais son argumentation est insuffisante au regard des exigences de motivation susmentionnées. En réalité, le recourant invoque principalement le droit à l'égalité en rapport avec la différence des sanctions prononcées (infra consid. 5.3). Il n'y a dès lors pas lieu de l'examiner en lien avec la procédure suivie.

5.2.4 Les griefs soulevés ici se révèlent dès lors mal fondés.

### 5.3

5.3.1 Le recourant soutient qu'en tout état de cause un licenciement ordinaire doit reposer sur des motifs objectifs. Or, le jugement attaqué ne retient aucun motif pouvant justifier un licenciement. En l'absence de raisons probantes pour un licenciement ordinaire et, a fortiori, d'une faute grave (pour une révocation disciplinaire), la décision communale serait abusive. Le licenciement violerait en outre les principes de la confiance et de l'interdiction de l'abus de droit. C'est la commune – par l'intermédiaire de ses représentants (un conseiller communal et le chef d'équipe) – qui lui aurait donné l'ordre de procéder comme il l'a fait à l'épandage d'herbicide. On lui aurait aussi demandé d'en acheter. Le recourant se prévaut en outre du principe d'égalité de traitement. Il serait choquant qu'il soit sanctionné plus sévèrement que C., lequel, en sa qualité de chef d'équipe, aurait organisé le travail et donné des ordres. Quant à D., il aurait fait l'objet d'un simple avertissement, alors qu'il aurait reconnu avoir également procédé aux épandages, acheté le produit et procédé aux dosages. Enfin, E. aurait agi de la même manière, mais il n'aurait pas été inquiété.

5.3.2 La collectivité publique en sa qualité d'employeur est tenue de respecter les principes constitutionnels régissant l'ensemble de son activité, tels la légalité, l'égalité de traitement, l'interdiction de l'arbitraire ou encore le droit d'être entendu, cela quand bien même elle soumettrait les rapports de travail de son personnel au droit privé directement applicable et non pas seulement applicable à titre de droit public cantonal supplétif (arrêts 2P.137/2005 du 17 octobre 2005 consid. 3.2, in RDAF 2007 I 42; 2P.63/2003 du 29 juillet 2003 consid. 2.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7<sup>ème</sup> éd. 2016, p. 440 n. 2007 ss; MAHON/JEANNERAT, in *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon [éd.], 2013, n° 12 ad art. 342 CO; THIERRY TANQUEREL, *Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique*, in *Les réformes de la fonction publique*, op. cit., p. 59; FRANÇOIS BELLANGER, *L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration décentralisée*, in *Le droit du travail en pratique*, vol. 18, 2000, p. 56; MINH SON NGUYEN, *La fin des rapports de service*, in *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Peter Helbling/Thomas Poledna [éd.], 1999, p. 432). Dès lors, lorsque le droit applicable ne fait pas dépendre le licenciement de conditions matérielles, le congé ne peut, sous peine de violer le principe de l'interdiction de l'arbitraire, être donné que s'il repose sur des motifs objectifs et apparaît

comme une mesure appropriée au regard de la situation concrète (arrêts 8C\_340/2009 du 24 août 2009 consid. 4.2.2, in DTA 2009 p. 311; 1C\_42/2007 du 29 novembre 2007 consid. 3.6.2; 2P.104/2004 du 14 mars 2005 consid. 4.5).

5.3.3 En l'espèce, les premiers juges n'ont pas discuté les motifs de licenciement invoqués par la commune et contestés par le recourant. Ils sont partis de la prémisse erronée que le licenciement pouvait être donné indépendamment du bien-fondé des griefs formulés par la commune ou de tout autre reproche de quelque nature que ce soit. Ce faisant, ils n'ont pas examiné, en particulier, si la mesure reposait ou non sur un motif objectivement fondé. Les faits constatés sont inexistantes sur ce point (art. 105 al. 1 LTF). Cette absence de constatations factuelles concerne également les circonstances qui pouvaient justifier la différence de traitement, quant aux sanctions, entre le recourant et les autres employés communaux qui n'ont pas fait l'objet d'un licenciement. A ce propos, il ressort effectivement d'un procès-verbal d'une séance du conseil communal du 8 septembre 2015, que deux autres employés, pour des faits semblables, ont fait l'objet, l'un d'une rétrogradation au niveau d'employé (C.), l'autre d'un simple avertissement (D.). E. quant à lui, n'est pas mentionné dans ce procès-verbal, peut-être justement parce qu'il n'a pas été inquiété. La juridiction cantonale n'a pas examiné le grief d'inégalité de traitement, pourtant régulièrement invoqué devant elle. Force est dès lors de constater que l'état de fait présenté par les premiers juges est insuffisant. Il convient, en conséquence, d'admettre partiellement le recours et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle statue à nouveau, dans une décision qui soit conforme aux exigences de l'art. 112 LTF (arrêts 5A\_580/2017 du 29 août 2017 consid. 3; 1C\_435/2015 du 17 septembre 2015 consid. 3).

5.3.4 Pour le reste, il est prématuré, à ce stade, de se prononcer sur les conséquences éventuelles, par rapport aux prétentions émises par le recourant, d'un licenciement qui serait contraire au droit.

6.

Il s'ensuit que le jugement attaqué doit être annulé, sous réserve des points relatifs au salaire pour le mois de décembre 2015 et à la prétention pour tort moral.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2018, Doss.-No 8C\_301/2017 (Rejet des recours en matière de droit public contre le jugement du Tribunal administratif fédéral du 11 avril 2017)*

**Fonction publique. Résiliation immédiate des rapports de service. L'indication volontairement inexacte du temps de travail introduit dans le système de timbrage représente une violation grave du devoir de fidélité de l'employé. Le point de savoir si un tel comportement justifie une résiliation immédiate des rapports de travail dépend de**

**l'ensemble des circonstances, en particulier du caractère répété du manquement, de la durée des rapports de travail et du fait qu'il devait être connu du salarié qu'une fraude ou une manipulation dans ce domaine n'était pas tolérée (c. 4.3.3).**

**Dans le cas d'espèce, l'employé a volontairement manipulé le système de timbrage à 78 reprises sur une période d'un an. C'est à juste titre que les premiers juges ont retenu, conformément à la casuistique tirée de la jurisprudence, que la nature et la gravité des actes reprochés, de même que leur caractère répété sur une période d'au moins une année, de la part d'un chef de service, constituait une violation grave du devoir de fidélité, de nature à rompre irrémédiablement le rapport de confiance avec son employeur. Dans de telles circonstances, un avertissement n'était pas nécessaire (c. 4.4).**

Extraits des faits:

A. a été engagé en tant qu'enquêteur à l'Office fédéral de la police (fedpol), à compter du 1<sup>er</sup> août 2002. Il a été promu «chef du service B. / enquêteur» à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2004.

Le 6 septembre 2016, A. a été convoqué à un entretien personnel, à l'occasion duquel le chef suppléant de C. lui a fait part d'un problème de concordance entre les heures timbrées lors de ses pauses de midi et sa présence effective au travail. A l'issue de l'entretien, le prénommé a accepté de signer une convention, en vertu de laquelle il était libéré de son obligation de travailler, avec maintien du salaire, de suite et jusqu'à nouvel avis. En outre, il autorisait fedpol à procéder à une analyse nominale des données de saisies de temps de travail et des données résultant du badge indiquant les accès à la porte principale et à l'ascenseur desservant le garage souterrain de l'antenne de U.

Le 9 septembre 2016, Me W. a informé l'employeur qu'il représentait A. et invitait celui-là à fixer la date d'un entretien avec son mandant. Par lettre du 16 septembre 2016, l'employeur a répondu qu'un entretien n'était selon lui plus nécessaire, dès lors que A. était désormais assisté d'un avocat. Il indiquait en outre que les données électroniques des timbrages et des accès aux locaux avaient dévoilé de nombreuses différences et confirmé qu'à maintes reprises, l'employé était sorti du bâtiment sans timbrer le début de sa pause de midi. Il timbraient alors à son retour, entre 45 et 60 minutes plus tard, puis une seconde fois 20 à 30 minutes plus tard, de sorte qu'était comptabilisée une pause plus courte que celle effectivement prise. Au vu des circonstances, l'employeur annexait à son courrier un projet de convention de résiliation des rapports de service pour le 15 octobre 2016 ainsi qu'un projet de décision de licenciement avec la mention suivante: «Pour les cas où vous refuseriez ce projet de convention, nous nous transmettons en annexe l'état de fait et l'énumération des dispositions légales sur lesquels se basera notre décision de résiliation des rapports de travail

[...] avec effet immédiat. Le cas échéant, dans le cadre de l'exercice du droit d'être entendu [...], nous nous prions de prendre position sur ce sujet. Sans nouvelles de votre part d'ici le 26 septembre 2016, la décision susmentionnée sera prononcée. Le délai n'est pas prolongeable.» Refusant le projet de convention, l'employé a réitéré sa demande d'entretien par courriel du 26 septembre 2016.

Le 29 septembre 2016, l'employeur a résilié les rapports de service avec effet immédiat. A. a saisi le Tribunal administratif fédéral d'un recours contre cette décision, dans lequel il concluait à l'annulation de celle-ci, à sa réintégration et au versement de son salaire jusqu'à l'expiration du délai de congé ordinaire. Par jugement du 11 avril 2017, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours.

A. forme un recours en matière de droit public contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Invoquant une violation de son droit d'être entendu (art. 29 PA [RS 172.021], 29 al. 2 Cst., 6 par. 1 CEDH et 14 Pacte ONU II [RS 0.103.2]), le recourant se plaint du refus par l'intimé de donner suite à sa demande d'entretien du 9 septembre 2016, au motif qu'il était désormais assisté d'un avocat. Il soutient par ailleurs que l'intimé aurait dû lui octroyer un nouveau délai pour se déterminer par écrit sur les motifs de licenciement retenus dans la communication du 16 septembre 2016, dès lors qu'à réception dudit courrier, il ne disposait que de six jours, jusqu'au 26 septembre, pour se déterminer.

3.2 En matière de rapports de travail de droit public, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant le licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre (arrêts 8C\_817/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.3.1; 8C\_243/2015 du 17 mars 2016 consid. 5.5 et les arrêts cités). La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard (arrêts 8C\_502/2017 du 30 novembre 2017 consid. 5.3, destiné à la publication; 8C\_158/2009 du 2 septembre 2009 consid. 5.2, non publié in ATF 136 I 39).

Le droit d'être entendu doit par principe s'exercer avant le prononcé de la décision (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222). Ainsi, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire. Sauf cas d'urgence, le collaborateur doit pouvoir disposer de suffisamment de temps pour préparer ses objections. La doctrine admet qu'en l'absence de délai uniformisé, un délai de 8 à 10 jours est raisonnable (cf. arrêt 8C\_615/2016 du 15 juillet 2017 con-

sid. 3.2.1 et les références). En revanche, le Tribunal fédéral a jugé insuffisant un délai d'une demi-heure à disposition d'un employé communal, convoqué à un entretien de service dont il ignorait l'objet, pour prendre connaissance du dossier et se déterminer sur l'intention de la commune de le licencier (arrêt 8C\_615/2016 précité consid. 3.4).

3.3 En l'occurrence, les garanties de l'art. 29 al. 2 Cst. et de l'art. 29 PA, dont la définition du droit d'être entendu correspond à celle du droit constitutionnel, ne comprennent pas le droit d'être entendu oralement (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 p. 76; 134 I 140 consid. 5.3 p. 148; en ce qui concerne l'art. 29 PA cf. arrêt 1A.17/2000 du 17 août 2000 consid. 5). Quant aux garanties de procédure judiciaire des art. 6 par. 1 CEDH et 14 Pacte ONU II qui consacrent le droit à un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, elles ne s'appliquent pas au stade de la procédure devant les organes de l'administration (cf. arrêt 1A.17/2000 consid. 5 précité). Dès lors que l'intimé n'était pas tenu d'entendre oralement le recourant, les motifs ayant conduit à son refus de fixer un nouvel entretien ne sont pas pertinents. Ce qui est déterminant, en revanche, c'est le point de savoir si le recourant a pu valablement exercer son droit d'être entendu, par écrit, avant que la décision de licenciement n'ait été prise. A cet égard, en admettant que le recourant a reçu les projets de convention et de résiliation des rapports de service le 19 septembre 2016 – comme il l'allègue pour la première fois devant le Tribunal fédéral – il disposait alors de sept jours (sans compter le jour de la notification) pour se déterminer. Un tel délai apparaît suffisant, d'autant plus que le recourant connaissait les faits reprochés et la décision envisagée depuis l'entretien du 6 septembre 2016 déjà. En conclusion, le comportement de l'intimé n'est pas critiquable sous l'angle du droit d'être entendu.

#### 4.

4.1 Les premiers juges ont constaté que le recourant avait volontairement manipulé le système de timbrage à 78 reprises sur une période d'un an, en précisant qu'il a été mis au bénéfice du doute sur de nombreux timbrages suspicieux et que les données électroniques ne sont pas conservées au-delà d'une année.

4.2 Sans contester les faits susmentionnés, le recourant soutient que les conditions pour un licenciement avec effet immédiat ne sont pas remplies. Il fait valoir qu'il compensait le temps de travail non exécuté par les pauses non prises du matin et de l'après-midi, et que les heures manquées étaient dédiées à ses parents malades. Se référant à la jurisprudence et à la doctrine, le recourant est d'avis que l'intimée ne pouvait le licencier avec effet immédiat que s'il avait persisté dans son comportement après avoir reçu un avertissement. A ce dernier propos, il invoque la violation du principe de la proportionnalité, soutenant qu'un avertissement aurait pu avoir les effets escomptés, à savoir la cessation des agissements reprochés, et rétablir le lien de confiance entre les parties. Se prévalant de ses 14 années de service, de ses bonnes évaluations, de sa promotion, de son âge et des mo-

tifs à l'origine des faux timbrages, le recourant est d'avis que son intérêt privé l'emportait sur l'intérêt public de l'intimé, lequel ne pouvait être mis en danger par le seul déplacement de ses temps de pause au cours d'une journée de travail.

#### 4.3

4.3.1 En vertu de l'art. 10 al. 4 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1), les parties peuvent, pour de justes motifs, résilier avec effet immédiat les contrats de durée déterminée et les contrats de durée indéterminée.

4.3.2 Conformément à la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, en tant que mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2 p. 579 et les arrêts cités). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent également justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382 s.). Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui du congé immédiat aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304). Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (ATF 142 III 579 précité consid. 4.2 p. 580). Il est donc difficile d'établir un catalogue de comportements susceptibles de justifier un congé immédiat. Dans son appréciation, le juge doit notamment prendre en compte la position et la responsabilité du travailleur (arrêts 8C\_800/2016 du 12 décembre 2017 consid. 3.4; 4A\_112/2017 du 30 août 2017 consid. 3.2 et les nombreuses références citées).

4.3.3 L'indication volontairement inexacte du temps de travail introduit dans le système de timbrage représente une violation grave du devoir de fidélité de l'employé. Le point de savoir si un tel comportement justifie une résiliation immédiate des rapports de travail dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier du caractère répété du manquement, de la durée des rapports de travail et du fait qu'il devait être connu du salarié qu'une fraude ou une manipulation dans ce domaine n'était pas tolérée (arrêts 8C\_800/2016 précité consid. 3.6; 4A\_395/2015 du 2 novembre 2015 consid. 3.6; 4C.114/2005 du 4 août 2005 consid. 2.5). Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas retenu l'existence d'un juste motif de résiliation dans le cas d'un employé qui n'avait commis qu'une faute unique et qui n'occupait pas une position de cadre (cf. aussi MARIE-NOËLLE VENTURIZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, 2007, p. 211 n. 614). En revanche, dans une autre affaire, il a jugé que le fait de timbrer à plusieurs reprises une pause de midi plus courte que celle effectivement prise était propre à ébranler ou à détruire le lien de confiance existant

entre les parties, de telle sorte que la poursuite des relations de travail ne pouvait plus être exigée de la part de l'employeur. En l'occurrence, entraînent en considération la position de cadre occupée par le salarié et le fait qu'il était informé de l'importance de la sanction prévue en cas de non-respect des consignes concernant le timbrage (arrêt 4C.149/2002 du 12 août 2002 consid. 1.3). De même, il a été jugé que le fait de transmettre des données fausses concernant la durée de cours donnés comme moniteur Jeunesse et Sport revenait à remplir les conditions d'un licenciement immédiat pour justes motifs. Raisonnant par analogie, le Tribunal fédéral a établi un parallèle avec un travailleur astreint à faire contrôler ses heures de travail au moyen d'une timbreuse et qui, systématiquement et sur une longue période, ne timbrait pas de manière honnête (arrêt 2A.72/2005 du 6 mai 2005 consid. 3.3 avec un renvoi à l'arrêt non publié 2P.29/1993 du 4 juin 1993).

4.4 Contrairement à ce que laisse entendre le recourant dans son argumentation, ce n'est pas tant le «déplacement de ses temps de pause» qui lui est reproché, mais bien la manipulation du système de timbrage, dans le but de dissimuler son absence à son poste de travail. A cet égard, les motifs familiaux qu'il invoque pourraient, à la rigueur, excuser un déficit d'heures mais ne justifiaient pas la manière de procéder. En effet, selon les constatations du jugement attaqué, à aucun moment le recourant n'a fait part des difficultés rencontrées sur le plan familial ni requis un aménagement de son horaire de travail, cela malgré le soutien apporté par son employeur lorsqu'il avait lui-même rencontré des problèmes de santé entraînant de nombreuses absences de sa part entre 2009 et 2013. Par conséquent, c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu, conformément à la casuistique tirée de la jurisprudence (supra consid. 4.3.3), que la nature et la gravité des actes reprochés, de même que leur caractère répété sur une période d'au moins une année, de la part d'un chef du service B., constituait une violation grave du devoir de fidélité, de nature à rompre irrémédiablement le rapport de confiance avec son employeur. Dans de telles circonstances, un avertissement n'est pas nécessaire sous l'angle de l'art. 10 al. 4 LPers (ATF 143 II 443 consid. 7.5 p. 457). Cela étant, en tant qu'il fonde son grief de violation du principe de la proportionnalité sur l'absence d'avertissement, l'argumentation du recourant est mal fondée. Pour le reste, l'autorité précédente a exposé de manière circonstanciée et convaincante en quoi l'intérêt public de l'intimé, notamment à pouvoir s'appuyer sur des cadres dignes de confiance, l'emportait sur l'intérêt privé du recourant au maintien des rapports de service. A cet égard, le recourant se contente de reprendre les éléments déjà retenus en sa faveur par les premiers juges, ce qui n'est pas admissible au regard des exigences de motivation (art. 42 al. 2 en liaison avec l'art. 106 al. 2 LTF).

*Bundesgericht, Urteil vom 1. März 2018, Doss.-Nr. 8C\_596/2017 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 8. August 2017)*

#### **Abgewiesene Stellenbewerberin für Professorenstelle.**

Gemäss Art. 34 Abs. 3 BPG (Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis) hat eine abgewiesene Stellenbewerberin keinen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Mit dieser Bestimmung schuf der Bundesgesetzgeber für seinen Zuständigkeitsbereich die in Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) in Satz 2 vorbehaltene gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung einer Nichtanstellung (E. 6.1). Das kantonale Recht kennt – anders als der Bund – keine eigene Regelung zum Rechtsschutz abgewiesener Stellenbewerber (E. 7.1). Der Rechtsschutz in einem «Verteilungsverfahren» mag für abgewiesene Bewerber wie im vorliegenden Fall dann als unwirksam empfunden werden, wenn diese aufgrund des gegebenen Verfahrensgangs keine Chance auf Zugang zur betreffenden Stelle mehr erwirken können. Dies zeigt sich akzentuiert in jenen Fällen, wo – wie vorliegend bei einer Professorenstelle – die angebotenen verfügbaren Stellen besonders knapp sind, was sich fast zwangsläufig umgekehrt proportional auf die fachlichen und menschlichen Anforderungen an deren Inhaber (und die Bewerbenden) auswirkt. So gesehen ist in diesem Zusammenhang gewiss von einer starken Betroffenheit in faktischen Interessen auszugehen. Rechtlich geschützte Positionen stehen dabei immerhin in der Weise im Blickpunkt, als es im Wesentlichen um rechtsgleiche Behandlung, einschliesslich pflichtgemässer («rechtlich gebundener») Ermessensausübung, und um die Einhaltung der einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorgaben geht. Es gilt dabei auch öffentliche Interessen zu beachten, insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung rascher Abläufe und deren Planbarkeit. In erster Linie scheint daher der Gesetzgeber zur Schaffung einer sachgerechten Verfahrensordnung berufen, die den verschiedenen Interessenlagen angemessen Rechnung trägt. Dabei folgt allerdings aus Art. 29a BV jedenfalls keine zwingende Verpflichtung, diese Ordnung in einer Weise auszugestalten, dass sie dem abgewiesenen Bewerber im Falle erfolgreicher Beschwerdeführung unmittelbar den Zugang zur betreffenden Stelle verschaffen könnte (E. 7.1 und 8.3).

#### **Sachverhalt:**

Auf Ausschreibung hin bewarb sich A. (PD Dr.) um eine Professorenstelle an der Universität Bern. Dabei zählte sie gemäss Mitteilung der seitens der Fakultät bestellten Wahlkommission vom 6. Oktober 2014 zu einem Kreis von sechs Kandidatinnen und Kandidaten, die für die Stelle in Frage kamen, weshalb sie am 21. November 2014 einen Probevortrag



halten konnte. Mit einer E-Mail vom 27. November 2014 teilte ihr der Vorsitzende der Wahlkommission mit, dass sie nicht zu den Bewerberinnen und Bewerbern gehöre, die der Universitätsleitung zur Anstellung vorgeschlagen würden («shortlist»).

Dagegen wandte sich A. beschwerdeweise an die Rekurskommission der Universität Bern, die einem Antrag um vorläufige Sistierung des Anstellungsverfahrens nicht stattgab (Verfügung vom 27. Februar 2015).

Die von A. in der Folge gestellten Gesuche um Erlass einer anfechtbaren Verfügung wies das Generalsekretariat der Universität Bern am 21. April 2015 mit der Begründung ab, dass die abgewiesenen Stellenbewerber keine Möglichkeit hätten, ihre Nichtberücksichtigung mit einem Rechtsmittel anzufechten. Am 27. April 2015 schloss die Universität Bern mit dem dem ausgewählten Kandidaten den Arbeitsvertrag ab.

Am 7. Mai 2015 erhob A. Rechtsverweigerungsbeschwerde bei der Erziehungsdirektion des Kantons Bern. Diese trat am 5. Juni 2015 auf das ebenfalls gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (unter anderem die Anweisung, keinen Anstellungsvertrag abzuschliessen bzw. diesen aufzulösen) nicht ein. Am 26. April 2016 wies sie die Beschwerde ab, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass abgewiesene Stellenbewerber keinen Anspruch auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung hätten.

Zuvor war die Rekurskommission der Universität Bern auf die bei ihr hängige Beschwerde gegen die E-Mailmitteilung vom 27. November 2014 mangels Anfechtungsobjekts nicht eingetreten.

Sowohl gegen den Nichteintretensentscheid der universitären Rekurskommission als auch gegen die Abweisung ihrer Rechtsverweigerungsbeschwerde durch die Erziehungsdirektion reichte A. beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern je getrennt Beschwerde ein. Im Verfahren betreffend die Rechtsverweigerung erneuerte sie ihr Begehren auf Erlass einer anfechtbaren, begründeten Verfügung über ihre «Berücksichtigung/Nichtberücksichtigung». Eventualiter beantragte sie den Erlass einer Feststellungsverfügung «auf Begründung/Nichtbegründung des Arbeitsverhältnisses».

Diese Beschwerde hiess das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 8. August 2017 teilweise gut, indem es erkannte, dass der Streitgegenstand auch die Frage einer allfälligen Anstellungsdiskriminierung nach Gleichstellungsgesetz umfasse. Insoweit hob es den Entscheid der Erziehungsdirektion auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurück. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintrat. Das Verfahren gegen den Nichteintretensentscheid der universitären Rekurskommission hatte es zuvor sistiert.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und dabei Folgendes beantragen: In Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides sei die Universität Bern anzuweisen, ihr eine anfechtbare Verfügung über ihre Nichtberücksichtigung im Anstellungsverfahren betreffend Professorenstelle zu eröffnen. Eventuell habe ihr die Universität eine

Feststellungsverfügung über die Rechtmässigkeit oder Widerrechtlichkeit des Ablaufs dieses Anstellungsverfahrens zu eröffnen.

Aus den Erwägungen:

3.

Streitig und zu prüfen ist, ob das Verwaltungsgericht eine Rechtsverletzung im Sinne des Art. 95 BGG begangen hat, soweit es bezüglich der Nichtanstellung der Beschwerdeführerin bzw. ihrer Nichtaufnahme in die «shortlist» den Anspruch auf Erlass einer Verfügung bzw. ein schutzwürdiges Interesse an der gerichtlichen Klärung dieser Frage verneinte. Vor Bundesgericht wird nicht eine willkürliche Anwendung des kantonalen Verwaltungs- und Verfahrensrechts geltend gemacht, sondern eine Verletzung der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV. Danach hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Angerufen wird in der Beschwerde sodann auch Art. 26 Abs. 2 der Berner Kantonsverfassung (KV-BE; BSG 101.1). Laut dieser Bestimmung haben die Parteien in allen Verfahren ein Recht auf Anhörung, auf Akteneinsicht, auf einen begründeten Entscheid innert angemessener Frist sowie auf eine Rechtsmittelbelehrung.

4.

4.1 Die rechtlichen Grundlagen für das Verfahren der Anstellung ordentlicher oder ausserordentlicher Professoren an der Universität Bern finden sich im angefochtenen Gerichtsentscheid einlässlich dargestellt. Es sind dies im Wesentlichen das Universitätsgesetz (UniG; BSG 436.11) mit ergänzender Anwendbarkeit der Personalgesetzgebung (Art. 18 Abs. 1 UniG), mithin insbesondere des kantonalen Personalgesetzes (PG; BSG 153.01). Demgemäss amtiert die Universitätsleitung als Anstellungsbehörde (Art. 39 Abs. 1 lit. h UniG). Ihr wird in der regierungsrätlichen Verordnung zum UniG (vgl. Art. 81 Abs. 2 lit. d UniG), der so genannten Universitätsverordnung, die Verantwortung für das Verfahren auferlegt (Art. 61 Abs. 1 UniV; BSG 436.111.1).

4.2 Gemäss Universitätsverordnung und dem von der Universitätsleitung am 18. Dezember 2012 erlassenen Anstellungsreglement verläuft die Anstellung in zwei Phasen: In einer ersten Strukturphase werden allgemeine Fragen geklärt (Schaffung, Veränderung, Aufhebung einer Professur etc.); die personenbezogene Auswahl erfolgt danach im Rahmen einer zweiten, so genannten Anstellungsphase. Die Anstellung selbst geschieht in Form eines durch die Universitätsleitung abgeschlossen öffentlich-rechtlichen Vertrages. Dieser kommt in Abstimmung mit der Fakultät auf deren Antrag, nach Abschluss der Anstellungsverhandlungen zustande, wobei dem Antrag in der Regel ein Vorschlag mit den drei bestgeeigneten Kandidatinnen und Kandidaten beiliegt (Art. 63 Abs. 1 bis 3 UniV). Die Vorbereitung obliegt einer fakultären Wahlkommission, die das Verfahren

vertraulich behandelt; zudem holt die Fakultät vor ihrem Entscheid mindestens zwei auswärtige Gutachten zu den Leistungen der Kandidatinnen und Kandidaten ein.

5.

5.1 Die erst seit dem 1. Januar 2007 in Kraft stehende (AS 2006 1059) Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV (vgl. E. 3 hiervor) zählt zu den Verfahrensgrundrechten. Dazu gehört gleichermassen Art. 29 BV, dessen Abs. 1 als Teilgehalt das Verbot der formellen Rechtsverweigerung umfasst. Im engeren Sinne liegt eine solche vor, wenn es eine Behörde ausdrücklich ablehnt, eine Entscheidung zu treffen, obwohl sie dazu verpflichtet wäre (BGE 124 V 130 E. 4 S. 133 mit Hinweisen; 107 Ib 160 E. 3b S. 164; Urteil 8C\_1012/2010 vom 31. März 2011 E. 3.1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, § 30, Rz. 3033 ff.; KIE-NER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, § 40, S. 490; vgl. ferner BGE 134 I 229 E. 2.3 S. 232). Die Rechtsverweigerungsbeschwerde zielt im Fall ihrer Begründetheit auf die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes ab, der in der Weigerung, eine Verfügung zu erlassen, besteht. Dadurch soll der Zugang zum Rechtsschutz mittels Erlasses einer Verfügung erst ermöglicht werden (Urteil 9C\_502/2008 vom 23. Juli 2008 E. 3.2).

5.2 Die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV ihrerseits vermittelt einen individualrechtlichen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz, mithin auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle, und zwar unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsstreitigkeit vorliegt. Das Bundesgericht legt den Begriff der Rechtsstreitigkeit dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen muss (BGE 140 II 315 E. 4.4 S. 326; 139 II 185 E. 12.4 S. 218; 137 II 409 E. 4.2 S. 411; 136 I 323 E. 4.3 S. 328 f.; Urteil 1C\_517/2016 vom 12. April 2017 E. 4.1). Dies entspricht der herrschenden Lehre. Diese betont, Art. 29a BV sei als verfassungsmässiges Recht ein Individualrecht; vor diesem Hintergrund umfasse die Rechtsweggarantie nur Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer individuellen Rechtsbeziehung (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, Rz. 845a S. 251; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 29a N. 10); daran fehle es beispielsweise beim Streit um die Schliessung einer Poststelle, auch wenn sich viele dadurch betroffen fühlten und gewisse rechtliche Vorgaben bestünden (GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, 2. Aufl. 2017, Art. 29a Rz. 6). Es müsse sich um Streitigkeiten über Rechte und Pflichten von natürlichen oder juristischen Personen handeln (ESTHER TOPHINKE, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 2006 S. 88 ff., insbes. S. 92). Eine Rechtsstreitigkeit liege vor, wenn ein Sachverhalt vom Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsrecht erfasst werde oder dies in plausibler und nachvollziehbarer Weise von einer Partei

behauptet werde (ANDREAS KLEY, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29a N. 9; vgl. auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, a.a.O., § 28 Rz. 2839 mit Hinweis auf das «zugehörige Rechtsprechungsrecht»). Der konkrete Akt müsse – zumindest indirekt – geeignet sein, den Gesuchsteller in eigenen Rechten zu berühren (MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen, Neue Bundesrechtspflege, Bern 2007, S. 338 ff., S. 352 ff. mit Beispielen); dies setze eine minimale Intensität voraus, wobei die Schwelle nicht zu hoch, aber auch nicht so tief angesetzt werden dürfe, dass es zu einer Beschwerdeflut kommen könne (a.a.O., S. 354). KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI (Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 181) betonen, dass es nicht darum gehe, auf die Rechtsweggarantie die Theorie vom subjektiven öffentlichen Recht anzuwenden, d.h. nicht verlangt werden könne, dass sich der Gesuchsteller auf eine Norm berufe, die gerade seinem Schutz dienen solle; es genüge, wenn in der Sache individuelle Rechte oder Pflichten des Privaten betroffen seien (ähnlich Waldmann, a.a.O., N. 10). MÜLLER/SCHEFER (Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 914 oben) halten ein tatsächliches Interesse für erforderlich, das «in einem gewissen Naheverhältnis zum Recht steht», wobei im Einzelfall zu konkretisieren sei, wie eng dieses Verhältnis sein müsse (vgl. zum Ganzen BGE 143 I 336 E. 4.1 S. 338 f.).

### 5.3

5.3.1 Der von Art. 29a BV garantierte Rechtsweg besteht nur im Rahmen der jeweils geltenden Verfahrensordnung und verbietet es nicht, das Eintreten auf ein Rechtsmittel von den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen abhängig zu machen (BGE 137 II 409 E. 4.2 S. 411 mit Hinweis; Urteil 2C\_871/2015 vom 11. Februar 2016 E. 2.5.3 mit Hinweisen). In der Lehre wird dafür gehalten, dass übermässig strenge Verfahrensbestimmungen mit der Rechtsweggarantie nicht vereinbar seien (RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, a.a.O., § 28 Rz. 2836; MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 915 f.).

5.3.2 Wie bei der Beschwerde in der Sache ist zur Rechtsverweigerungsbeschwerde nur befugt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung seiner Eingabe hat (BGE 104 Ib 307 E. 2c S. 314; 128 II 34 E. 1b S. 36; Urteil 9C\_53/2017 vom 18. August 2017 E. 2.3). Dieses muss nicht nur bei der Beschwerdeeinreichung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein (BGE 123 II 285 E. 4 S. 286). Fehlte das schutzwürdige Interesse schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208; 137 I 23 E. 1.3 S. 24). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Partei durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann (BGE 141 II 14 E. 4.4 S. 29 f.; 133 II 409 E. 1.3 S. 413; je mit Hinweisen). Als schutzwürdiges Interesse, das einen praktischen Nutzen einbringt, kann nicht jedes irgendwie geartete Interesse bzw. jede entfernte Möglichkeit gelten, dass ein anderer Verfahrensausgang dereinst noch irgendwo eine Rolle

spielen könnte. Vielmehr ist erforderlich, dass die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Partei durch den Ausgang des Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit beeinflusst werden könnte (Urteil 1C\_200/2017 vom 10. Juli 2017 E. 2.2).

5.3.3 Das Bundesgericht hat ebenfalls schon erkannt, der mit Art. 29a BV garantierte Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz werde verletzt, wenn das anwendbare Verfahrensrecht den Zugang durch ungerechtfertigte Sachurteilsvoraussetzungen versperre (vgl. E. 5.3.1 hiavor). Das könne unter Umständen auf das Erfordernis eines aktuellen praktischen Interesses zutreffen (Urteil 2C\_780/2008 vom 15. Juni 2009 E. 2.3 unter Berufung auf MÜLLER/SCHEFER, a.a.O., S. 914 ff.; vgl. ferner Urteil 2C\_598/2010 vom 11. März 2011 E. 2.3).

Insbesondere in Zusammenhang mit der Verletzung von EMRK-Garantien verzichtet das Bundesgericht im Hinblick auf einen wirksamen Rechtsschutz seinerseits auf das Erfordernis eines aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses (vgl. BGE 137 I 296 E. 4.3 S. 299; Urteil 1C\_539/2013 vom 18. März 2014 E. 2.2). Einen ausnahmsweisen Verzicht in diesem Sinne nimmt es allgemein auch dann an, wenn sich die aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte (BGE 138 II 42 E. 1.3 S. 45 mit Hinweis). Eine derartige nachträgliche Überprüfung einer gegenstandslos gewordenen Anordnung hat sich auf die in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellenden Streitfragen zu beschränken; die Rechtsmittelinstanz beurteilt, unter Ausserachtlassen der zufälligen Modalitäten des obsolet gewordenen Falles, die streitigen Grundsatzfragen, wobei sich der Klärungsbedarf aber aufgrund der individuellen, potenziell wiederholbaren Situation des Beschwerdeführers bestimmt (BGE 131 II 670 E. 1.2 S. 674 mit Hinweisen).

5.3.4 Nach ständiger Praxis besteht kein Anspruch auf Behandlung einer gegenstandslos gewordenen Beschwerde, wenn den geltend gemachten Ansprüchen auf eine andere Art Rechnung getragen werden kann, z.B. auf dem Wege eines Entschädigungs- oder Staatshaftungsverfahrens, in dem sich die Widerrechtlichkeit des haftungsbegründenden Aktes noch thematisieren lässt (BGE 136 III 497 E. 2.4 S. 501; 129 I 139 E. 3 S. 142 f.; 125 I 394 E. 4 und 5 S. 396 ff.; 118 Ia 488 E. 1c S. 491; 110 Ia 140 E. 2a S. 141 f.). Vorbehalten bleiben anderslautende spezialgesetzliche Vorschriften wie z.B. im Submissionsrecht (Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt [BGBM] bzw. Art. 32 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]). Generell gilt zwar im Staatshaftungsrecht der Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes, wonach die Rechtmässigkeit rechtskräftiger Entscheide im Verantwortlichkeitsprozess nicht in Frage gestellt werden kann (im Bund: Art. 12 VG; für das kantonale Recht s. Urteile 2C\_960/2013 vom 28. Oktober 2014 E. 3.3.2; 2C\_158/2010 vom 18. August 2010 E. 2.4). Die Anwendung die-

ses Grundsatzes setzt aber voraus, dass der Betroffene überhaupt die Möglichkeit hatte, den betreffenden Entscheid anzufechten, hiervon jedoch keinen oder erfolglos Gebrauch gemacht hat; ist jedoch ein Rechtsmittel nicht geeignet, zu einer Korrektur des umstrittenen Aktes, sondern bloss noch zur Feststellung von dessen Rechtswidrigkeit zu führen, bleibt die Überprüfung dieses Aktes im Staatshaftungsverfahren zulässig, auch wenn von der entsprechenden Beschwerdemöglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist (BGE 129 I 139 E. 3.1 S. 142; 126 I 144 E. 2 S. 147 f.; 100 Ib 8 E. 2b S. 11; Urteil 2E\_2/2013 vom 30. Oktober 2014 E. 5.3.2). Das gilt namentlich auch dann, wenn das Rechtsmittel gegen die Verfügung mangels eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses nicht (mehr) möglich ist (BGE 126 I 144 E. 2a S. 147 f.; Urteile 2A.288/2006 vom 28. August 2006 E. 1.4.1; 2A.64/2003 vom 27. Mai 2003 E. 2.2.3). Mit anderen Worten verleiht die Vorbereitung eines Verantwortlichkeitsverfahrens einem Rechtsuchenden dem Grundsatz nach keine Befugnis für die Anfechtung einer Verfügung, wenn ein aktuelles und praktisches Rechtsschutzinteresse entfallen ist; das Feststellungsbegehren, mit dem die ursprüngliche Verfügung angefochten wird, ist somit subsidiär zum Leistungsbegehren im Haftungsverfahren (Urteil 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 2.1.2 und 2.5, ZBl 107/2006 S. 504). Dieses Konzept genügt auch den Anforderungen von Art. 6 und 13 EMRK (BGE 126 I 144 E. 3 S. 150 ff.; zit. Urteil 1A.253/2005 vom 17. Februar 2006 E. 2.6.1; vgl. zum Ganzen: Urteil 2C\_871/2015 vom 11. Februar 2016 E. 2.5.5).

## 6.

6.1 Die Frage, ob ein abgewiesener Stellenbewerber eine anfechtbare Verfügung beanspruchen kann, wird in Praxis und Schrifttum seit geraumer Zeit erörtert. Im Bereich des hier nicht betroffenen Bundespersonalrechts hatte sich das Bundesverwaltungsgericht in einem Grundsatzurteil (A-2757/2009) vom 12. Oktober 2010 eingehend damit befasst und einen entsprechenden Anspruch nach Darlegung der verschiedenen Teilaspekte und des Standes der Rechtslehre bejaht (BVGE 2010/53). Das Bundesverwaltungsgericht sah dabei im Umstand keinen Hinderungsgrund, dass die Arbeitsverhältnisse im Bereich des Bundespersonalrechts seit dem 1. Januar 2002 mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags begründet werden (vgl. Art. 8 Abs. 1 BPG; Art. 25 Abs. 1 BPV), worauf das VwVG mangels hoheitlichen Handelns nicht anwendbar ist. Zugleich erinnerte es daran, dass ein von zwei Parteien geschlossener Vertrag durch einen Dritten («res inter alios acta») nicht bestritten werden könne. Richtungsweisend für seine Entscheidung waren hingegen die Entwicklung der Gesetzgebung im Bereich des Vergaberechts (Art. 26 ff. BöB) und des Gleichstellungsgesetzes (Art. 3 Abs. 2, Art. 5 Abs. 1, 2, 3, Art. 8 und Art. 13 Abs. 1 und 2 GlG) sowie insbesondere die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV), deren Geltung im Bereich des Bundespersonalrechts weder sachgesetzlich noch durch Art. 3 lit. b VwVG aufgehoben werde (vgl. auch Art. 33 lit. a VGG). Dies und der Umstand, dass eine Anstellung nicht nur öffentliche Interessen des Arbeitgebers, sondern

ebenso die privaten Interessen des abgewiesenen Bewerbers berührt, veranlassten das Gericht schliesslich dazu, diesem ein schutzwürdiges Interesse zuzugestehen. Dem habe die Behörde wenigstens auf Verlangen mit einer auf Nicht-Anstellung lautenden Feststellungsverfügung (Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 25 Abs. 1 und 2 VwVG) Rechnung zu tragen.

Im Schrifttum wurde dieser Entscheid begrüsst (vgl. die Besprechungen von TOBIAS JAAG, AJP 2011 S. 421 f. sowie von Peter Helbling, in Jahrbuch 2011 Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, S. 155 ff.; vgl. ferner HÄNNI/MEIER, Der Rechtsschutz im öffentlichen Personalrecht, in: Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 153 f. und DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich 2013, § 10 Rz. 728). Dem damit im Bereich des Bundespersonalrechts eröffneten gerichtlichen Rechtsweg schob der Gesetzgeber freilich einen Riegel: So hält der am 1. Juli 2013 in Kraft getretene Art. 34 Abs. 3 BPG nunmehr unmissverständlich fest, dass abgewiesene Stellenbewerberinnen und Stellenbewerber keinen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung haben (AS 2013 1493; BB1 2011 6703; vgl. Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014 E. 5; PETER HÄNNI, Personalrecht des Bundes, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Organisationsrecht, 3. Aufl. 2017, S. 16 Fn. 85 mit weiteren Hinweisen; vgl. ferner URS BÜRGI/GUDRUN BÜRGI-SCHNEIDER, in Bürgi/Bürgi-Schneider [Hrsg.], Handbuch öffentliches Personalrecht, Zürich 2017, § 8 Rz. 255; ausdrücklich zustimmend: RENÉ WIEDERKEHR/STEFAN EGGEN-SCHWILER, Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter, Bern 2018, Rz. 253). Damit schuf der Bundesgesetzgeber für seinen Zuständigkeitsbereich die in Art. 29a (Satz 2) BV vorbehaltene gesetzliche Grundlage für einen Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung einer Nichtanstellung.

## 6.2.

6.2.1 Das Bundesgericht seinerseits hatte sich in den Urteilen 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 und 8C\_199/2014 vom 5. September 2014 mit der Anfechtung eines regierungsrätlichen Wahlbeschlusses betreffend die Bestellung der Verwaltungskommission der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (Amtsdauer 2012 bis 2016) zu befassen. Die Vorinstanz war auf die von zwei zur Wiederwahl stehenden übergangenen Bewerbern erhobene Beschwerde gestützt auf das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz nicht eingetreten. Darin erblickte das Bundesgericht im ersten der genannten Urteile eine Verletzung der Rechtsweggarantie, die sich auch durch die eng auszulegende Ausnahmeregelung des Art. 86 Abs. 3 BGG, wonach es bei Entscheiden vorwiegend politischen Charakters keiner gerichtlichen Vorinstanz bedarf, nicht abwenden lasse. Zwar verfüge der Regierungsrat als Wahlbehörde über ein weites Ermessen, womit eine inhaltliche Korrektur durch das Gericht nur ausnahmsweise erfolgen dürfte. Prüfbar seien aber jedenfalls der korrekte Verfahrensablauf und dabei namentlich die Einhaltung des Fairnessgebotes, einschliesslich des Anspruchs auf rechtliches Gehör (E. 6.3.1).

## 6.2.2

6.2.2.1 Auf die bundesgerichtliche Rückweisung hin trat das St. Galler Verwaltungsgericht auf die Beschwerde ein und wies diese ab, dies indes mit der Feststellung, dass die Verfahrensrechte der Beschwerdeführer verletzt worden seien. Diese wandten sich erneut an das Bundesgericht mit dem Begehren, der regierungsrätliche Wahlbeschluss sei aufzuheben; eventuell sei anzuordnen, dass sie für die Amtsdauer 2012 bis 2016 wiedergewählt würden. Das Bundesgericht prüfte und verneinte im zweitgenannten Urteil 8C 199/2014 die geltend gemachte Verletzung kantonaler Ausstandsvorschriften. Auf die Rüge hin, durch die mangelnde schriftliche Eröffnung und Begründung einer Verfügung bezüglich Nichtwahl habe der Regierungsrat den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, hielt es fest, es könne offen bleiben, ob abgewiesene Bewerber Anspruch auf eine anfechtbare Verfügung hätten (E. 5 mit Hinweis auf Art. 34 Abs. 3 BPG). Soweit die Beschwerdeführer auf die Aufhebung des Wahlbeschlusses abzielten, erinnerte das Bundesgericht zunächst (vgl. E. 6.1) an die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach Gegenstand des Verfahrens einzig die Nichtwiederwahl der Beschwerdeführer bilden könne. Ein praktikables Verfahren zur Begründung eines öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses setze voraus, dass auf Wahlbeschlüsse nicht zurückgekommen werden könne. Andernfalls liessen sich Stellen nur unter Berücksichtigung der Dauer allfälliger Rechtsmittelverfahren oder unter dem Vorbehalt der Rechtskraft des Wahlbeschlusses besetzen. Eine solche Ungewissheit widerspräche dem öffentlichen Interesse an der Funktion der zu wählenden Gremien. Die Verletzung von Verfahrensrechten könne nicht die Wahl der betroffenen Personen zur Folge haben.

6.2.2.2 Das Bundesgericht wandte sich im nämlichen Urteil hernach der Frage zu (vgl. E. 6.2), ob ein Wahlbeschluss in diesem Sinne in jedem Fall und unter allen Umständen rechtsbeständig sei. So wäre etwa möglich, dass sich eine Wahlbehörde nicht an die mit der Ausschreibung verbundenen Wahlvoraussetzungen halte oder sich von unsachlichen Kriterien leiten lasse; denkbar wären auch Interessenkollisionen oder andere Wahlausschlussgründe von gewählten Mitgliedern. Daraus könnte sich ergeben, dass einzelne Personen oder ein Gremium als Ganzes die gesetzlichen Aufgaben nicht oder nur unzureichend wahrzunehmen vermöchten, was dem Gebot einer rechtsstaatlich konstituierten und funktionierenden Verwaltung widerspräche. Eine solche Wahl verletzte daher nicht nur die Verfahrensrechte von einzelnen Bewerbern, sondern sie verstiesse als solche gegen wichtige öffentliche Interessen. Diesfalls entspräche es allenfalls dem Gemeinwohl, einen entsprechenden Beschluss auf Beschwerde hin oder von Amtes wegen aufzuheben. Die Aufhebung eines solchen Wahlbeschlusses hätte aber nicht etwa zur Folge, dass die nicht berücksichtigten Konkurrenten automatisch an die Stelle der gewählten Mitglieder eines Gremiums treten könnten. Vielmehr wäre das Wahlverfahren ganz oder teilweise zu wiederholen.



6.2.2.3 Im konkreten Fall sah sich das Bundesgericht (vgl. E. 6.3) mangels entsprechender Vorbringen nicht zur Überprüfung veranlasst, ob ein die Funktionsfähigkeit der Verwaltung tangierender Wahlbeschluss vorliege. Darüber hinaus erwog es, dass selbst bei einer schweren Verletzung von Verfahrensrechten keine Grundlage für die Aufhebung des Wahlbeschlusses bestünde. In einem Wahlverfahren gehe es nicht darum, Rechtsansprüche von Kandidaten zu beurteilen. Zwar hätten die Kandidaten Anspruch auf ein rechtskonformes Verfahren. Dies besage aber nicht, dass sie gewählt oder wiedergewählt werden müssten, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllten (vgl. BGE 123 I 41 E. 5c/bb S. 43 f.; 112 Ia 174 E. 3c S. 178; Urteil 1P.133/2006 vom 10. März 2006 E. 1.2). Vielmehr habe die zuständige Wahlbehörde das Recht und die Pflicht, eine Auswahl aus dem Kreis der Kandidierenden zu treffen. Bei einer Vielzahl von Bewerbungen könnten notgedrungen nicht alle berücksichtigt werden. Die Wahlbehörde verfüge bei ihrem Entscheid über ein weites Ermessen (in dieser Sache ergangenes Urteil 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 E. 6.3.1; vgl. auch BGE 138 I 321). Das gute Funktionieren des von ihr ernannten Gremiums falle denn auch in ihren Verantwortungsbereich und liege in ihrem Interesse. Zu Recht habe die Vorinstanz in diesem Zusammenhang weiter darauf hingewiesen, dass nach der Personalgesetzgebung des Kantons St. Gallen ein Anstellungsverhältnis selbst dann nicht weiter bestehe, wenn es durch eine missbräuchliche Kündigung aufgelöst werde. Auch in diesem Fall entstünden für die Betroffenen höchstens Entschädigungsansprüche. Fehle es an einem Rechtsanspruch auf Weiterbeschäftigung selbst bei einer unrechtmässigen Kündigung, sei ein solcher bei einer Erneuerungswahl erst recht auszuschliessen. Eine bundesrechtliche oder kantonale verfassungsrechtliche Grundlage, welche etwas anderes gebieten würde, sei nicht ersichtlich und werde nicht geltend gemacht.

## 7.

7.1 Im vorliegenden Fall hielt das Verwaltungsgericht fest, dass das kantonale Recht – anders als der Bund – keine eigene Regelung zum Rechtsschutz abgewiesener Stellenbewerber kenne. Nach bernischem Personalgesetz (Art. 108 Abs. 1 PG) gelte für den Rechtsweg, vorbehältlich abweichender personalgesetzlicher Bestimmung, das Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG; BSG 155.21). Dessen Verfügungsbegriff setze die typischen materiellen Strukturmerkmale voraus, wobei sich die Praxis in erster Linie an der Umschreibung in Art. 5 VwVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung orientiere. Ob der negative Ausgang des Stellenbewerbungsverfahrens demgemäss eine Verfügung bzw. eine verfügungsfähige Angelegenheit darstelle, habe das Verwaltungsgericht bislang nicht entschieden und könne auch im vorliegenden Verfahren dahin stehen.

## 7.2.

7.2.1 Aufgrund des Umstandes, dass der Anstellungsvertrag zwischen der Universität und dem Nachfolger bereits am 27. April 2015 zustande kam, stellte das Verwaltungsgericht die Frage nach dem schutz-

würdigen Interesse an einer «Gestaltungsverfügung». Denn nur unter der Voraussetzung, dass die Anstellung rückgängig gemacht und das Anstellungsverfahren wiederholt werden könne, erhielte die übergangene Mitbewerberin eine neue Chance, angestellt zu werden, was das kantonale Gericht mit Entscheiden des Aargauer Regierungsrates (ZBl 1993 S. 15 E. 2) und des Walliser Kantonsgerichts (ZWR 1985 S. 28 E. 3.3) untermauerte.

7.2.2 Des Weiteren orientierte sich die Vorinstanz an den soeben (vgl. E. 6.2.2) wiedergegebenen bundesgerichtlichen Erwägungen im Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014. Der öffentlich-rechtliche Anstellungsvertrag schaffe eine gegenseitige Vertrauensbasis. Vorbehältlich besonderer Vorkommnisse dürften die Vertragsparteien davon ausgehen, dass der Vertrag, so wie abgeschlossen, tatsächlich eingehalten werde und Bestand habe (vgl. Urteil IC\_168/2008 vom 21. April 2009, in ZBl 2010 S. 56 E. 5.2). Allfällige Mängel des Anstellungsverfahrens bedeuteten mithin auch nach den allgemeinen Grundsätzen noch nicht ohne Weiteres, dass der Vertrag anfechtbar, widerrufbar oder gar nichtig sei (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 35 Rz. 5 ff.).

Die Beschwerdeführerin rüge zwar verschiedene Unregelmässigkeiten und «willkürliche Entscheidungen», insbesondere was die Beurteilung ihres wissenschaftlichen Leistungsausweises angehe. Sie mache jedoch nicht geltend, dass diese behaupteten Fehler zur Ernennung eines Bewerbers geführt hätten, der die gesetzlichen Vorgaben nicht erfülle. Ebenso wenig lege sie dar, weshalb der Anstellungsentscheid wichtigen öffentlichen Interessen widersprechen solle. Unter diesen Umständen sei von der «Beständigkeit des Anstellungsentscheides» auszugehen. Die mit dem Hauptbegehren beantragte Korrektur und die Wiederholung des Anstellungsverfahrens könne sie folglich nicht mehr erwirken. Daran vermöge weder die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV noch diejenige nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK etwas zu ändern, da diese Bestimmungen ihrerseits keine materiellrechtlichen Positionen vermittelten. Desgleichen falle der gestützt auf Art. 25a VwVG bestehende Beseitigungsanspruch gegen realfaktisches Verwaltungshandeln ausser Betracht. Denn abgesehen davon, dass diese bundesrechtliche Bestimmung im kantonalen Verfahren nicht anwendbar sei, würde der Beseitigungsanspruch aufgrund der Rechtsbeständigkeit des «Anstellungsentscheides» ohnehin ins Leere zielen.

## 8.

8.1 Wie gesehen verwendete das kantonale Gericht in Bezug auf den Hauptantrag der Beschwerdeführerin den Begriff «Gestaltungsverfügung». Auf diese Weise brachte es zum Ausdruck, dass damit – im Gegensatz zu einer blossen Feststellungsverfügung – noch auf das Ergebnis des Berufungsverfahrens positiv eingewirkt, mithin eine Korrektur des Wahlergebnisses erreicht werden könnte. Konkret zielt denn auch die Beschwerdeführerin darauf ab, ihr Ausscheiden aus dem Berufungsverfahren abzuwenden

und in einem Folgeschritt letztlich ihre Anstellung zu erwirken, was unter den hier gegebenen Umständen die Auflösung des Anstellungsverhältnisses mit dem bereits gewählten Nachfolger erfordern würde. Dabei bestehen zusätzliche verfahrensrechtliche Erschwernisse in zweierlei Hinsicht: Zum einen steht am Ursprung des vorliegenden Rechtsstreits nicht ein «Wahlakt», der als solches («uno actu») sowohl die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin als auch die Anstellung des Nachfolgers umfasste. Das Verfahren verlief vielmehr gestaffelt ab, so dass im Zeitpunkt des Ausscheidens der Beschwerdeführerin nebst ihr noch weitere verbleibende Kandidaten Aussicht auf die zu besetzende Stelle haben konnten. Zum andern kommt dazu, dass die Anstellung des Nachfolgers nicht in Form oder Gestalt eines Wahlaktes bzw. einer («mitwirkungsbedürftigen») Verfügung zustande kam (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 28 Rz. 72; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht – Eine Einführung, Bern 1986, S. 127), sondern in derjenigen eines öffentlich-rechtlichen Vertrags. Ob und vor allem wie hier für nichtberücksichtigte Dritte eine Rechtsschutzmöglichkeit bestehen kann, liegt nach aktuellem Diskussionsstand nicht in allen Teilen klar zutage, zumal dort, wo der Vertrag mit dem Nachfolger bereits geschlossen ist (vgl. aus der jüngeren Lehre: THURNHERR, a.a.O., § 10 Rz. 715 ff.; zur Situation vor Vertragsschluss: vgl. a.a.O., § 10 Rz. 711 ff.; zur so genannten Zweistufentheorie und anderen Lösungsansätzen vgl. a.a.O., § 3 Rz. 101 ff.; ferner TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 34 Rz. 5 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, § 18 Rz. 1372, § 19 Rz. 1401 ff.; BERNHARD RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 152/2016 S. 102 f. sowie Urteil 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2).

8.2 Ob die vom Bundesgericht im Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014 in Zusammenhang mit einer im Rahmen ein und desselben Aktes («uno actu») erfolgten Wahl/Nicht-Wahl angestellten Überlegungen (vgl. E. 6.2.2 hiervor) im vorliegenden Fall wirklich zielführend sind, scheint mit Blick auf die soeben geschilderten Umstände fraglich, kann aber offen bleiben. Ebenso mag die Frage dahin stehen, ob die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt ihres Ausscheidens aus dem Bewerbungsverfahren Anspruch auf eine anfechtbare Verfügung gehabt hätte. Denn auch unter Berücksichtigung von Art. 29a BV kann der Vorinstanz keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden, wenn sie bei der gegebenen spezifischen Sachlage ein aktuelles schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung der betreffenden Frage verneint hat. Die Annahme, dass die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Anstellung hätte, fällt ausser Betracht und wird von ihrer Seite auch gar nicht behauptet. Hinzu kommt, dass am 27. April 2015, als der Vertrag mit dem Nachfolger zustande kam, keine Anordnung im Raum stand, die diesen Vertragsschluss nicht zugelassen hätte. Ein praktischer Nutzen in Form eines noch erlangbaren Zugangs zur betreffenden Stelle stand damit im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Beurteilung nicht mehr in Aussicht und hatte bereits in

demjenigen der Beschwerdeerhebung an die Vorinstanz nicht mehr bestanden. Dabei hat sich das kantonale Gericht mit Blick auf die erwogene Möglichkeit einer weitergehenden Intervention immerhin mit der Frage befasst, ob der Vertrag mit dem Nachfolger allenfalls noch aufgehoben werden könnte. Einen ausreichenden Grund dafür hat es in den allenfalls bestehenden Verfahrensmängeln jedoch nicht gesehen, nachdem darüber hinaus nichts vorgebracht war, was gegen die «Wählbarkeit» des Nachfolgers oder auf die Unvereinbarkeit des «Anstellungsentscheides» mit öffentlichen Interessen hätte schliessen lassen. Dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang den Sachverhalt offensichtlich unrichtig oder sonstwie bundesrechtswidrig festgestellt hätte, wird von der Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht. Ebenso wenig ist eine willkürliche Anwendung kantonalen (Verfahrens-)Rechts hinreichend dargetan. Davon abgesehen trifft nicht zu, dass die Vorinstanz im vorliegenden Fall aufgrund der Rechtsweggarantie zu einer weiteren Prüfung bzw. zu weitergehenden Anordnungen gehalten gewesen wäre. Insbesondere kann in den Verfahrensgrundrechten der abgewiesenen Bewerber keine Grundlage dafür erblickt werden, um bei der gegebenen Konstellation in vertragliche Rechtsverhältnisse mit Dritten eingreifen zu können. Derlei gebietet weder Art. 29a BV noch Art. 26 KV-BE, über dessen konkreten Gehalt, insbesondere im Vergleich zu Art. 29 BV, sich die Beschwerde nicht weiter auslässt. Selbst mit Blick darauf, dass das Anstellungsverhältnis mit dem Nachfolger aus sachlich vertretbaren Gründen kündbar sein mag, sind in dieser Hinsicht nicht nur dessen Vertrauen in den Fortbestand des betreffenden Verhältnisses und die Rechtssicherheit zu berücksichtigen, sondern vor allem auch die öffentlichen Interessen an einem beförderlichen Ablauf des Berufungsverfahrens (vgl. Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014 E. 6.1). Dies alles ist insgesamt höher zu gewichten als das private Interesse der Beschwerdeführerin an der Erlangung der Stelle bzw. der Wiederholung des Anstellungsverfahrens.

8.3 Einzuräumen ist, dass der Rechtsschutz in einem «Verteilungsverfahren» (vgl. zum Begriff: KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, 3. Teil § 3 Rz. 998 ff.; THURNHERR, a.a.O., § 10 Rz. 722 ff.) für abgewiesene Bewerber wie im vorliegenden Fall dann als unwirksam empfunden werden mag, wenn diese aufgrund des gegebenen Verfahrensgangs keine Chance auf Zugang zur betreffenden Stelle mehr erwirken können (vgl. die bereits von FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 159 sowie PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. III, Bern 1992, S. 214 ff. geäußerte Kritik an der bislang herrschenden Sicht, wonach die Wahlverfügung irreversibel sei). Dies zeigt sich akzentuiert in jenen Fällen, wo – wie vorliegend – die angebotenen verfügbaren Stellen besonders knapp sind, was sich fast zwangsläufig umgekehrt proportional auf die fachlichen und menschlichen Anforderungen an deren Inhaber (und die Bewerbenden) auswirkt. So gesehen ist in diesem Zusammenhang gewiss von einer starken Be-

troffenheit in faktischen Interessen auszugehen. Rechtlich geschützte Positionen stehen dabei immerhin in der Weise im Blickpunkt, als es im Wesentlichen um rechtsgleiche Behandlung, einschliesslich pflichtgemässer («rechtlich gebundener») Ermessensausübung, und um die Einhaltung der einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorgaben geht (vgl. bereits Urteil 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 E. 6.3.1 a.E.). Wie hier vor gezeigt (E. 6.2.2.1), gilt es dabei freilich auch öffentliche Interessen zu beachten, insbesondere im Hinblick auf die Gewährleistung rascher Abläufe und deren Planbarkeit (vgl. nebst dem schon zitierten Urteil 8C\_199/2014 vom 5. September 2014 bereits ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif*, Vol. I, Neuchâtel 1984, S. 475). In erster Linie scheint daher der Gesetzgeber zur Schaffung einer sachgerechten Verfahrensordnung berufen, die den verschiedenen Interessenlagen angemessen Rechnung trägt (vgl. HELBLING, a.a.O., S. 161). Als Orientierungshilfe mag ihm dabei die schon erwähnte Zweistufentheorie dienen (vgl. auch JAAG, a.a.O., S. 422 sowie THURNHERR, a.a.O., § 3 Rz. 101 ff.). Dabei folgt allerdings aus Art. 29a BV jedenfalls keine zwingende Verpflichtung, diese Ordnung in einer Weise auszugestalten, dass sie dem abgewiesenen Bewerber im Falle erfolgreicher Beschwerdeführung unmittelbar den Zugang zur betreffenden Stelle verschaffen könnte. Derlei wäre mit dem zu respektierenden Ermessen des anstellenden Organs nicht zu vereinbaren und im Übrigen insoweit überschliessend, als kein eigentlicher Anspruch auf die Erlangung der Stelle besteht.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 19 mars 2018, Doss.-No 4D\_72/2017 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire contre l'arrêt rendu le 23 août 2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)*

**Harcèlement psychologique; atteinte à la personnalité du travailleur, art. 328 CO.**

**Art. 328 CO. Il importe peu que le comportement de l'administrateur ne réponde pas en tous points à la définition du harcèlement psychologique et qu'il n'ait pas nécessairement cherché à isoler et exclure l'employée en particulier. Le fait qu'il ait pu avoir une attitude tout aussi critiquable à l'encontre d'autres collaboratrices n'est évidemment pas propre à exclure une atteinte à la personnalité de l'employée intimée. En revanche, à l'instar du mobbing, le comportement de l'administrateur doit être apprécié dans son ensemble, de sorte que même si chaque acte pris isolément peut apparaître tolérable, et même**

**si les manquements ont été crescendo au fil de la relation contractuelle, les juges cantonaux pouvaient conclure sans arbitraire que le comportement pris dans sa globalité portait atteinte à la personnalité de l'employée (c. 8.3).**

Extraits des faits:

B. a obtenu en 2002 le certificat fédéral de capacité d'assistante dentaire. Elle a ensuite travaillé comme telle au service de deux médecins-dentistes dans le canton de Neuchâtel (d'août 2002 à juillet 2003, puis de septembre 2004 à mai 2006), ainsi qu'en Espagne (2003 à 2004). Selon les certificats de travail délivrés par les deux dentistes, B. est une excellente assistante, habile et consciencieuse tant pour le travail à quatre mains au fauteuil (c'est-à-dire aux côtés du dentiste traitant le patient) que pour les tâches administratives. Dotée d'un sens des responsabilités développé, elle est jugée ponctuelle, disponible et d'un contact agréable avec les patients comme avec ses collègues.

Le 1<sup>er</sup> avril 2006, B. (ci-après: l'employée) a été engagée à 45% en qualité d'assistante dentaire par A. SA (ci-après: l'employeuse), dont l'administrateur unique est le médecin-dentiste C. Le taux d'activité a passé à 90% dès juin 2006.

Après avoir déposé une requête de conciliation le 9 août 2012, l'employée a saisi le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers (NE) d'une demande simplifiée visant à faire condamner l'employeuse au paiement d'une indemnité de 10'000 fr. pour tort moral. Statuant par jugement du 19 juillet 2016, le Tribunal civil a rejeté la demande.

L'employée a fait appel de ce jugement auprès du Tribunal cantonal neuchâtelois. Par arrêt du 23 août 2017, la Cour d'appel a réformé le jugement entrepris en ce sens qu'elle a condamné l'employeuse à payer 6'000 fr. à B. en réparation du tort moral infligé par le dentiste, organe de l'employeuse. En droit, la Cour d'appel a considéré que le dentiste avait fait subir à B. plusieurs types d'atteinte à la personnalité sous la forme de reproches injustifiés, relégation à des travaux moins intéressants sans justification, comportement importun de caractère sexuel, menaces et intimidations. Cette politique consistant à faire d'un de ses employés un bouc émissaire en lui adressant des reproches injustifiés et à diviser ainsi ses employés pour mieux régner était typique du *mobbing*, tout comme le fait de retirer à un employé des tâches entrant dans son cahier des charges alors que sa compétence n'est pas en cause. Les demandes de massage avaient porté atteinte à la sphère intime de B. Examinant ensuite la question d'une indemnité pour tort moral (art. 49 CO), l'autorité d'appel a résumé le comportement du dentiste en soulignant notamment que l'employée précitée servait régulièrement de «défouloir» au dentiste qui «déchargea[i]t sur elle ses humeurs, à coups de reproches, de colères et de menaces de licenciement et de retenues sur salaire». Le lien de causalité entre les atteintes à la

personnalité et les souffrances psychiques endurées, attestées par une incapacité de travail de plus de neuf mois, était manifeste. La Cour peinait à voir un hasard dans le fait que toutes les employées dont l'existence ressortait du dossier étaient parties soit en raison d'un licenciement, soit pour cause de maladie, à l'instar de trois assistantes dentaires (une dénommée O., B. puis N.) et de l'hygiéniste P. La Cour d'appel a jugé que l'atteinte subie justifiait une indemnité de 6'000 fr.

L'employeuse a saisi le Tribunal fédéral d'un recours constitutionnel subsidiaire à l'issue duquel elle conclut au rejet de la demande de l'employée.

Extraits des considérants:

8.

8.1 En droit, la recourante dénonce une application arbitraire de l'art. 328 CO. Les juges cantonaux auraient méconnu arbitrairement les notions de harcèlement sexuel et de mobbing.

8.2 L'art. 328 al. 1 CO impose à l'employeur de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il doit en particulier manifester les égards voulus pour sa santé, veiller au maintien de la moralité et veiller à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement. L'employé victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à cette disposition peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (art. 97 al. 1 et 99 al. 3 CO); n'importe quelle atteinte légère ne justifie pas une telle réparation (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; 125 III 70 consid. 3a p. 75).

La jurisprudence définit le harcèlement psychologique (mobbing) comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement peut être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée. Il n'y a pas harcèlement psychologique du seul fait d'un conflit dans les relations professionnelles ou d'une mauvaise ambiance de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aurait pas toujours satisfait aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaborateurs (cf. entre autres arrêt 4A\_32/2010 du 17 mai 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités).

8.3 Sur la base des constatations relatives au comportement du dentiste, qui sont exemptes d'arbitraire et dont il ressort notamment que l'attitude a changé en 2010 bien avant le départ de l'apprentie, le dentiste devenant de plus en plus exigeant et irascible, puis «infernale» après le départ de l'apprentie, les juges cantonaux pouvaient retenir sans arbitraire une violation de l'art. 328 CO. Il importe peu que le comportement du den-

tiste ne réponde pas en tous points à la définition du harcèlement psychologique et qu'il n'ait pas nécessairement cherché à isoler et exclure l'employée en particulier. Le fait que le dentiste ait pu avoir une attitude tout aussi critiquable à l'encontre d'autres collaboratrices n'est évidemment pas propre à exclure une atteinte à la personnalité de l'employée intimée. En revanche, à l'instar du mobbing, le comportement de l'administrateur de la recourante doit être apprécié dans son ensemble, de sorte que même si chaque acte pris isolément peut apparaître tolérable, et même si les manquements ont été crescendo au fil de la relation contractuelle, les juges cantonaux pouvaient conclure sans arbitraire que le comportement pris dans sa globalité portait atteinte à la personnalité de l'employée. Dans ce contexte, peu importe que la demande inconvenante de masser la nuque et les épaules du dentiste réponde ou non à la notion de harcèlement sexuel, qui ne paraît pas avoir été arbitrairement méconnue.

9.

9.1 Enfin, l'autorité précédente aurait retenu arbitrairement un lien de causalité entre le comportement du dentiste et l'atteinte à la santé de l'intimée. Outre que la doctoresse Y. n'aurait pas établi un tel lien, la recourante fait remarquer que l'incapacité de travail et l'épisode dépressif de l'intimée coïncident avec sa grossesse. Elle conclut que les preuves administrées ne permettaient pas de retenir un lien de causalité adéquate, ni d'exclure l'interruption de ce lien en raison de l'état de grossesse qui rendait l'intimée particulièrement sensible.

9.2 Un fait est la cause naturelle d'un résultat dommageable s'il en constitue une des conditions sine qua non. Déterminer l'existence d'un lien de causalité naturelle est une question de fait que le juge doit trancher selon le degré de vraisemblance prépondérante (ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 470). Relève en revanche du droit l'examen de la causalité adéquate, qui consiste à déterminer si le comportement incriminé était propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 143 III 242 consid. 3.7).

9.3 La recourante ne remet pas en question le diagnostic d'épisode dépressif sévère, ni le fait que l'intimée n'est pas une personne fragile, mais conteste que cette atteinte à sa santé soit due au comportement du dentiste.

Selon l'arrêt attaqué, l'intimée est apparue triste et angoissée à la consultation de la doctoresse Y. le 7 octobre 2010; pour expliquer son état, elle a invoqué uniquement des problèmes rencontrés à son travail, expliquant qu'elle se sentait persécutée par le dentiste et avait peur en permanence depuis un mois. Par ailleurs, la lecture du certificat médical cosigné par la doctoresse précitée et une cheffe de clinique révèle le diagnostic d'«épisode dépressif sévère secondaire à des difficultés professionnelles», sans occulter la grossesse de B. («alors que vous étiez enceinte»).



Interpellée par l'avocat de l'employeuse lors de son audition devant le Tribunal civil (D. 49 p. 2), la doctoresse Y. a reconnu que la grossesse pouvait avoir une incidence sur la sensibilité de la femme, tout en soulignant qu'il s'agissait bien plus d'un «on-dit» que d'un résultat tiré d'analyses pointues. Elle a ajouté qu'une éventuelle fragilité était bien plus à craindre après la naissance de l'enfant qu'en cours de grossesse (arrêt, p. 26).

L'arrêt attaqué met encore en exergue l'anomalie des départs des autres employées, dont une (l'apprentie) a été licenciée par l'employeuse et quatre autres sont parties pour cause de maladie, dont trois (intimée comprise) entre octobre et décembre 2010.

Dans ce contexte, et sur le vu des constatations de fait établies sans arbitraire quant au comportement du dentiste, il n'était pas insoutenable de retenir un lien de causalité naturelle et adéquate entre une telle attitude et l'épisode dépressif sévère subi par l'intimée.

9.4 La recourante ne forme pas d'autre grief, ce qui clôt toute discussion.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 23 mars 2018, Doss.-No 4A\_228/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 15 mars 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)*

**Droit au salaire en cas d'empêchement de travailler; accord dérogatoire.**

**Salaire en cas d'empêchement du travailleur.** Clause du contrat de travail stipulant que «la perte de gain en cas de maladie est assurée à 80% dès le troisième jour». En prévoyant le paiement d'un pourcentage du salaire ainsi qu'un délai de carence, cette disposition contractuelle déroge, au détriment du travailleur, à l'art. 324a al. 1 CO. Faute d'améliorer la protection du travailleur, la clause litigieuse ne saurait être interprétée comme une convention complétant le régime légal de base. Seul un accord dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO peut entrer en considération en l'espèce (c. 3.2.1).

Un éventuel accord dérogatoire des parties doit respecter la forme écrite (cf. art. 11ss CO), laquelle couvrira les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et, le cas échéant, le délai d'attente; un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur est suffisant l'accord doit être signé par les deux parties (c. 2.2). En l'espèce, le contrat de travail écrit, certes signé par les deux parties, ne mentionne pas deux éléments essentiels d'un régime dérogatoire, soit la durée des prestations et les modalités de financement des primes; il ne comporte pas non plus de renvoi à des conditions gé-

nérales d'assurance ni à un autre document. Comme la forme prescrite n'est pas respectée, les parties n'ont pas convenu valablement d'un régime dérogatoire (c. 3.2.2).

Certes, le Tribunal fédéral a jugé que, dans la mesure où la forme écrite est destinée à protéger le travailleur, la sanction de l'inefficacité pouvait être inappropriée lorsque les parties ont convenu par actes concluants d'un régime dérogatoire globalement plus favorable au travailleur que le régime de base, de sorte que l'accord doit être considéré comme valable malgré le vice de forme. En l'espèce, l'employeuse n'a déduit du salaire aucune participation de l'employé au financement de l'assurance perte de gain, ce qui aurait constitué un indice d'un régime dérogatoire. En tout état de cause, l'existence d'un accord dérogatoire par actes concluants, portant sur toutes les conditions d'équivalence, doit être niée. En particulier, la proposition d'assurance, établie quatre ans après la signature du contrat de travail, ne saurait être considérée comme révélatrice, sur les points essentiels, d'une convention dérogatoire préalablement conclue entre les parties (c. 3.2.2).

Extraits des faits:

Le 7 août 2008, Z. SA a engagé X. en qualité de nettoyeur pour un salaire mensuel brut de 5'000 fr., porté ultérieurement à 5'200 fr. La lettre d'engagement stipulait notamment: «Assurance perte de gain. La perte de gain en cas d'accident est assurée à 80% dès le troisième jour. La perte de gain en cas de maladie est assurée à 80% dès le troisième jour.»

Les fiches de salaire mensuelles de X. ne mentionnent aucune retenue pour une assurance perte de gain maladie. Z. SA n'a pas souscrit une telle assurance en faveur de son personnel. En particulier, elle n'a pas donné suite à une proposition datée du 12 décembre 2012, qui prévoyait une couverture d'indemnité journalière en cas de maladie de 730 jours à 80% avec un délai d'attente de 14 jours; selon l'administrateur de Z. SA, cette proposition a été soumise à l'employé, qui a refusé de supporter une part de prime. Lors de ses absences pour cause de maladie – d'une durée non établie –, X. a reçu son salaire à 100%. A la suite d'une chute dans des escaliers intervenue le 5 mars 2014, l'employé est totalement incapable de travailler. Jusqu'au 31 janvier 2015, Z. SA lui a payé le salaire à 100%; elle a perçu les indemnités versées par la SUVA à hauteur de 80% jusqu'au 31 octobre 2014. Par lettre du 16 février 2015, l'employeuse a fait savoir à l'employé qu'en application de l'échelle bernoise, elle n'assumait désormais plus d'obligation pécuniaire envers lui. Par courrier du 27 novembre 2015, Z. SA a licencié l'employé pour le 31 janvier 2016.

Le 24 juin 2015, X. a déposé devant l'autorité de conciliation une requête dirigée contre Z. SA. A la suite de l'échec de la conciliation, il a saisi le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève d'une demande tendant

notamment au paiement d'un montant de 45'760 fr. bruts avec intérêts à 5%, représentant 11 mois d'indemnités équivalant à 80% de son salaire. Par jugement du 26 juin 2016, le tribunal a débouté X. des fins de sa demande en paiement. Statuant le 15 mars 2017 sur appel de l'employé, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement de première instance.

X. interjette un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le recourant n'était pas au bénéfice d'une assurance collective perte de gain en cas de maladie. Après le 31 octobre 2014 marquant la fin du versement des prestations en cas d'accident, l'intimée lui a payé son salaire en plein pendant trois mois, en application de l'échelle bernoise valable pour le régime légal de base (cf. art. 324a al. 1 et 2 CO). Selon la thèse défendue par l'employé, l'employeuse s'est engagée conventionnellement à conclure une assurance perte de gain en cas de maladie lui garantissant 80% du salaire pendant au moins 720 jours (régime dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO, voire complémentaire au sens de l'art. 324a al. 2 CO). Le recourant réclame ainsi à l'intimée la réparation du dommage causé par l'inexécution de cette obligation contractuelle, soit un montant correspondant à 80% de son salaire pendant 11 mois.

2.2 Lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour cause de maladie, l'employeur verse le salaire pour un temps limité dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois (art. 324a al. 1 CO). Pendant la première année de service, le salaire est payé pendant trois semaines et, ensuite, pour une période plus longue fixée équitablement en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (art. 324a al. 2 CO); la pratique a fixé des barèmes dans ce domaine, dont l'échelle bernoise généralement appliquée par les tribunaux dans les cantons romands (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 233/234). Le droit au salaire cesse à la fin des rapports de travail (ATF 127 III 318 consid. 4b p. 325).

Il ne peut être dérogé à ce régime légal de base en défaveur du travailleur (cf. art. 362 al. 1 CO; ATF 131 III 623 consid. 2.2 p. 628). Il s'ensuit qu'un régime conventionnel peut se concevoir de deux manières.

Dans le régime complémentaire, les parties conviennent d'améliorer la protection du travailleur sans déroger au régime légal de base, par exemple en prolongeant la période pendant laquelle le salaire reste dû (art. 324a al. 2 in principio CO) ou en assurant la couverture des empêchements de travailler survenant durant les trois premiers mois de travail, lorsque le contrat de travail a été conclu pour moins de trois mois. L'accord des parties, qui peut porter sur la conclusion d'une assurance collective

perte de gain, n'est soumis à aucune forme particulière (ATF 131 III 623 consid. 2.5.2 p. 634; arrêt 4A\_98/2014 du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1).

Dans le régime dérogatoire prévu à l'art. 324a al. 4 CO, un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger au régime légal, en substituant une couverture d'assurance à l'obligation légale de payer le salaire (ATF 141 III 112 consid. 4.1 p. 113), à condition toutefois que le travailleur bénéficie de prestations au moins équivalentes. L'idée est que la réduction des droits du travailleur pendant la période de protection légale (éventuel délai de carence, indemnité représentant moins de 100% du salaire) soit compensée par des prestations supplémentaires (versement pendant une période plus longue que celle prescrite à l'art. 324a al. 2 CO) (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 243; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n° 53 ad art. 324a CO). L'équivalence est en tout cas admise lorsque l'employeur contracte une assurance perte de gain qui garantit des indemnités journalières correspondant à 80% du salaire pendant 720 ou 730 jours, après un délai d'attente de 2 à 3 jours, et dont il paie au moins la moitié des primes (ATF 135 III 640 consid. 2.3.2 p. 647; arrêt précité du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1 et les références). Outre l'équivalence, un éventuel accord des parties doit respecter la forme écrite (cf. art. 11ss CO), laquelle couvrira les points essentiels du régime dérogatoire, à savoir les risques couverts, le pourcentage du salaire assuré, la durée des prestations, les modalités de financement des primes et, le cas échéant, le délai d'attente; un renvoi aux conditions générales d'assurance ou à un autre document tenu à disposition du travailleur est suffisant (ATF 131 III 623 consid. 2.5.1 p. 633 s.); l'accord doit être signé par les deux parties (art. 13 al. 1 CO; arrêt précité du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1).

Lorsque l'employeur ne satisfait pas à ses obligations contractuelles, par exemple s'il omet de conclure l'assurance avec les prestations prévues, il doit réparer le préjudice subi par le travailleur sur la base de l'art. 97 al. 1 CO, que l'inexécution soit totale ou partielle, et verser des dommages-intérêts correspondant aux prestations que le travailleur aurait reçues de l'assurance en question pour le risque considéré (ATF 141 III 112 consid. 4.5 p. 115; 127 III 318 consid. 5 p. 326; 124 III 126 consid. 4 p. 133; 115 II 251 consid. 4a et 4b p. 253 ss).

3.

3.1 Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 18 CO en lien avec l'art. 324a al. 4 CO, voire avec l'art. 324a al. 2 in principio CO.

A son sens, les juges cantonaux auraient dû interpréter la volonté des parties en ce sens qu'elles entendaient convenir d'un régime dérogatoire qui assurait à l'employé, en cas de maladie, des indemnités journalières couvrant le 80% du salaire pendant une durée d'au moins 720 jours. Le recourant invoque à cet égard la proposition d'assurance du 12 décembre 2012, demandée par l'intimée, laquelle indiquait une durée de 730 jours, ainsi que les conventions collectives dans le secteur du nettoyage, qui sont

connues de l'intimée même si elle n'y est pas soumise et qui prévoient une durée d'indemnisation de 720 ou 730 jours.

A titre subsidiaire, le recourant fait valoir que si les parties n'ont pas valablement convenu de régime dérogatoire faute de respect de la forme écrite, comme la cour cantonale l'a admis, il faudrait alors reconnaître que, par la clause contractuelle litigieuse, l'employeuse s'est engagée envers l'employé à conclure une assurance perte de gain en cas de maladie répondant à un régime complémentaire au sens de l'art. 324a al. 2 CO.

3.2 La question est de savoir si, pour le cas où le travailleur serait incapable de travailler pour cause de maladie, les parties au contrat de travail ont adopté un régime conventionnel qui déroge valablement au régime légal de base, voire qui le complète, de sorte que le recourant disposerait d'une prétention correspondant à 80% de son salaire pendant 11 mois dès le 1<sup>er</sup> février 2015.

3.2.1 La lettre d'engagement du 7 août 2008 comporte une clause stipulant que «la perte de gain en cas de maladie est assurée à 80% dès le troisième jour». Il convient d'observer d'emblée qu'en prévoyant le paiement d'un pourcentage du salaire ainsi qu'un délai de carence, cette disposition contractuelle déroge, au détriment du travailleur, à l'art. 324a al. 1 CO. Faute d'améliorer la protection du travailleur, la clause litigieuse ne saurait être interprétée comme une convention complétant le régime légal de base. Seul un accord dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO peut entrer en considération en l'espèce.

3.2.2 Il y a lieu de préciser au préalable que les rapports entre les parties ne sont pas régis par une convention collective de travail, comme le Tribunal des prud'hommes l'a jugé sans être critiqué par la suite et comme l'employé l'admet lui-même dans son recours. Une éventuelle obligation de l'employeuse de conclure une assurance perte de gain ne peut dès lors résulter que d'un accord écrit au sens de l'art. 324a al. 4 CO.

A cet égard, force est de constater que le contrat de travail écrit du 7 août 2008, certes signé par les deux parties (art. 13 al. 1 CO), ne mentionne pas deux éléments essentiels d'un régime dérogatoire, soit la durée des prestations et les modalités de financement des primes; il ne comporte pas non plus de renvoi à des conditions générales d'assurance ni à un autre document. Comme la forme prescrite n'est pas respectée, les parties n'ont pas convenu valablement d'un régime dérogatoire (cf. art. 11 al. 2 CO).

Cela étant, dans l'arrêt 4A\_517/2010 du 11 novembre 2010, le Tribunal fédéral a relevé que la forme écrite est destinée à protéger le travailleur; il a jugé ainsi inappropriée la sanction de l'inefficacité lorsque les parties ont convenu par actes concluants d'un régime dérogatoire globalement plus favorable au travailleur que le régime de base, de sorte que l'accord doit être considéré comme valable malgré le vice de forme (consid. 4.3; beaucoup plus circonspect sur ce point, arrêt précité du 10 octobre 2014 consid. 4.3, dans lequel, au demeurant, l'existence d'un accord même informel est mise en doute; cf. WYLER/HEINZER, op. cit., p. 240; GUY LONGCHAMP,

in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, p. 218). En l'espèce, contrairement au cas ayant donné lieu à l'arrêt précité du 11 novembre 2010 (consid. 4.3), l'employeuse n'a déduit du salaire aucune participation de l'employé au financement de l'assurance perte de gain, ce qui aurait constitué un indice d'un régime dérogatoire (arrêt précité du 10 octobre 2014 consid. 4.3). En tout état de cause, l'existence d'un accord dérogatoire par actes concluants, portant sur toutes les conditions d'équivalence, doit être niée dans le cas présent. En particulier, la proposition d'assurance, établie quatre ans après la signature du contrat de travail, ne saurait être considérée comme révélatrice, sur les points essentiels – singulièrement sur la durée des prestations et la part de la prime à payer par le travailleur – d'une convention dérogatoire préalablement conclue entre les parties.

C'est le lieu d'observer que le grief d'établissement arbitraire des faits (art. 9 Cst.) soulevé par le recourant porte sur un fait dénué de pertinence (cf. art. 97 al. 1 LTF). A lire le recours, la cour cantonale aurait retenu manifestement à tort que l'employé avait refusé en 2012 de payer une partie des primes, ce qui aurait conduit l'employeuse à ne pas donner suite à la proposition d'assurance; si elle avait apprécié les preuves de manière non arbitraire, l'autorité précédente aurait dû constater que l'intimée n'avait pas été en mesure de prouver pourquoi elle n'avait pas conclu l'assurance convenue contractuellement.

La raison pour laquelle l'employeuse n'a pas conclu l'assurance perte de gain en 2012 ne peut pas influencer sur le sort du litige. En effet, si l'on fait abstraction de la forme écrite, comme dans l'arrêt précité du 11 novembre 2010, la question est de savoir si les parties au contrat de travail ont convenu par actes concluants d'un régime dérogatoire plus favorable au travailleur que le régime de base; il ne s'agit pas de rechercher pourquoi l'intimée n'a pas conclu le contrat d'assurance proposé alors, mais bien de déterminer si, auparavant, elle s'était engagée envers le recourant par actes concluants à conclure une assurance collective perte de gain garantissant le paiement de 80% du salaire pendant au moins 720 jours, comme il le prétend. Or, à ce propos, l'absence de tout prélèvement sur le salaire à titre de participation à une prime d'assurance perte de gain interdisait déjà au recourant, comme on l'a vu plus haut, de déduire de bonne foi que son salaire était couvert à concurrence de 80% pour une longue durée en cas d'incapacité pour cause de maladie.

En conclusion, les parties n'ont pas convenu d'un régime dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO de sorte que l'employeuse ne s'est pas engagée contractuellement envers l'employé à conclure une assurance perte de gain en cas de maladie garantissant des indemnités journalières pour une durée d'au moins 720 jours. La cour cantonale n'a dès lors pas violé le droit fédéral en niant toute responsabilité de l'intimée pour inexécution d'une obligation contractuelle.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 4 avril 2018, Doss.-No 4A\_651/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 6 novembre 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)*

**Protection de la personnalité, art. 28a CC; égalité de traitement; gratification, art. 322d CO.**

**Art. 322d CO.** L'employeur peut subordonner le droit à la gratification à des conditions, notamment à la présence de l'employé dans l'entreprise au moment de son versement, ou à l'absence de résiliation du contrat. La doctrine fait observer que l'employeur peut avoir divers motifs de verser une gratification, tels que récompenser le travail accompli ou une fidélité de longue date, motiver l'employé pour l'avenir, éviter que celui-ci résilie le contrat, ou encore lui faire partager les bons résultats de l'entreprise. Dans la mesure où la gratification est destinée uniquement à récompenser l'employé pour le travail effectué, elle ne saurait être réduite ou supprimée pour le motif que le contrat a été résilié (c. 3.3). En l'espèce, peu importe que l'employé se soit vu offrir une indemnité de départ discrétionnaire de 33'502 fr. et que celle-ci compensait la perte du bonus. En effet, les conditions assorties au versement de cette indemnité montrent qu'il s'agissait de s'assurer un certain comportement du collaborateur licencié (c. 3.6.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 12 mars 2011, la société A. SA (ci-après: l'employeuse) a engagé B. (ci-après: l'employé) en qualité de chef de projet à partir du 9 mai 2011 pour une durée indéterminée.

Le salaire annuel convenu était de 195'000 fr. bruts, payable en douze mensualités, pour un engagement à plein temps. Un bonus pouvait être payé à la fin de l'année, mais celui-ci était exceptionnel, incertain dans son principe et son montant et entièrement discrétionnaire. L'employé déclarait accepter que le bonus ne soit pas garanti d'une année à l'autre, même si un bonus lui était payé plusieurs années de suite. En outre, le bonus ne pouvait être octroyé que si le contrat de travail n'avait pas été résilié par l'une ou l'autre partie à la date à laquelle le bonus devrait être payé.

L'employé a perçu des gratifications de 19'000 fr. en décembre 2011 (compte tenu des résultats de la société et de l'appréciation de ses performances pour 2011), de 16'413 fr. en juillet 2012, de 19'400 fr. en décembre 2012 (compte tenu des résultats de la société et de l'appréciation de ses performances pour 2012), et enfin de 33'000 fr. en décembre 2013 (compte tenu des résultats de la société et de l'appréciation de ses performances pour 2013). L'employeuse a rappelé le caractère discrétionnaire du bonus dans chaque courrier accompagnant le versement du bonus. L'employé n'a touché

aucun bonus pour l'année 2014, étant relevé que son salaire était alors de 201'012 fr. bruts.

Il s'est aperçu du non-versement de son bonus dans le premier quart du mois de janvier 2015; il s'en est ouvert auprès de ses collègues, qui lui ont confirmé en avoir reçu un. Selon les dires de l'employeuse, le directeur et le directeur adjoint de la division X. n'ont pas reçu de bonus en 2014. En revanche, tous les membres du département Y. (rattaché à la division précitée), dont l'employé faisait partie, ont reçu en décembre 2014 un bonus pour l'année écoulée.

Lors d'une réunion qui s'est tenue le 27 janvier 2015, le supérieur hiérarchique de l'employé et un membre des ressources humaines (C.) lui ont signifié la suppression de son poste de travail. Ils lui ont remis une lettre de licenciement indiquant que les rapports de travail prendraient fin le 30 avril 2015 et qu'il était libéré de son obligation de travailler. Son poste était supprimé en raison de la réorganisation du département Y. Une indemnité de départ de 33'502 fr. bruts, correspondant à deux mois de salaire, lui serait allouée à titre discrétionnaire, à la double condition que la date de fin des rapports de travail (30 avril 2015) «ne soit pas décalée dans le temps en raison d'une incapacité de travail de quelque nature que ce soit» et que son comportement et ses déclarations ne portent pas préjudice à la société. L'employé a refusé de contresigner la lettre de licenciement, que l'employeuse lui a alors adressée par courrier recommandé réceptionné le 2 février 2015.

Par courrier du 27 février 2015, l'employé s'est formellement opposé à son licenciement. Il a notamment contesté les raisons invoquées et a réclamé le paiement de son bonus relatif à l'année 2014. Par pli du 10 mars 2015, l'employeuse a répondu que son licenciement lui avait été valablement signifié le 27 janvier 2015, maintenant pour le surplus les motifs invoqués dans la lettre de résiliation. Elle a ajouté que l'octroi du bonus était discrétionnaire et qu'elle avait décidé de ne pas lui en octroyer pour 2014. Un plan d'intéressement prévoyait que l'employé reçoive gratuitement et à titre discrétionnaire des actions de la société-mère de l'employeuse. Un droit d'emption était réservé au profit de la société et du groupe, notamment en cas de résiliation des rapports de travail. Un litige a surgi également sur ce point.

L'employé a assigné l'employeuse et la société-mère par requête de conciliation du 8 septembre 2015. Il a ensuite porté l'action le 22 février 2016 devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait au paiement de 248'528 fr. plus intérêts, notamment à titre de salaire pour le mois de mai 2015, de bonus pour l'année 2014, d'indemnité contractuelle de licenciement, d'indemnité pour licenciement abusif et de rachat des actions. Par jugement du 24 janvier 2017, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à verser à l'employé 33'502 fr. bruts, sous déduction des charges sociales et légales usuelles, à titre d'indemnité contractuelle de licenciement. La société-mère devait en outre



lui verser 21'818 fr. 54 pour le rachat d'actions. Examinant la prétention en paiement d'un bonus pour l'année 2014, seule litigieuse devant le Tribunal fédéral, l'autorité prud'homale a jugé que le bonus prévu par le contrat de travail était une gratification proprement dite (art. 322d CO) que l'employeuse n'avait aucune obligation de verser, dès lors qu'elle en avait réservé le caractère discrétionnaire lors des précédents versements. Sous l'angle de l'égalité de traitement, il s'avérait que d'autres personnes – soit le directeur de la division X. et son adjoint – n'avaient pas perçu de bonus; de surcroît, la décision de licencier l'employé constituait un motif suffisant pour justifier une éventuelle différence de traitement d'avec les autres employés. Statuant le 6 novembre 2017 sur appel de l'employé et appels joints de l'employeuse et de la société-mère, la Cour de justice du canton de Genève a partiellement réformé cette décision. En définitive, l'employeuse a été condamnée à verser à l'employé 33'502 fr. bruts à titre d'indemnité contractuelle de licenciement et 23'450 fr. bruts à titre de bonus pour l'année 2014, les déductions sociales et légales usuelles devant être opérées par qui de droit sur ces montants. La Cour a en outre ordonné à l'employeuse de transférer à l'employé la propriété de 700 actions de la société-mère. Quant à cette dernière, elle a été condamnée à verser à l'employé 19'738 fr. 54 pour le rachat d'actions.

L'employeuse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral, tendant à faire supprimer sa condamnation au paiement d'un bonus de 23'450 fr., subsidiairement à faire fixer le bonus à un montant n'excédant pas 8'000 fr.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Le droit suisse ne contient aucune définition du bonus. Il faut déterminer au cas par cas s'il s'agit d'une gratification au sens de l'art. 322d CO ou d'un élément du salaire (art. 322 CO). A teneur de l'art. 322d al. 1 CO, la gratification est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions telles que Noël ou la fin d'un exercice annuel. Elle se distingue du salaire, et en particulier d'un treizième mois de salaire, en ceci qu'elle dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur. Elle doit en outre revêtir un caractère accessoire par rapport au salaire (ATF 139 III 155 consid. 3 et 3.1; 131 III 615 consid. 5.2).

3.2 En l'espèce, le caractère discrétionnaire des gratifications versées à l'employé à hauteur de 19'000 fr. en décembre 2011, de 16'413 fr. en juillet 2012, de 19'400 fr. en décembre 2012 et de 33'000 fr. en décembre 2013 n'est pas contesté devant le Tribunal fédéral.

Est litigieux le point de savoir si l'employé peut prétendre au versement d'une gratification pour l'année 2014 en se fondant sur le principe de l'égalité de traitement, comme l'a admis la cour cantonale, et, en cas de ré-

ponse affirmative à cette question, à quel montant l'employé a droit à ce titre.

3.3 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 p. 282; arrêts 4A\_172/2012 et 4A\_174/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2; arrêt 4A\_63/2007 du 6 juillet 2007 consid. 4.1). Jurisprudence et doctrine concluent à l'existence d'un principe général d'égalité de traitement déduit de l'art. 328 CO obligeant l'employeur à protéger la personnalité de l'employé et des art. 28 ss CC instituant les règles générales de protection de la personnalité. Une décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte. Une telle situation n'est réalisée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés; tel n'est en revanche pas le cas lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés (ATF 129 III 276 consid. 3.1 p. 282 s. et les références citées; arrêt précité 4A\_63/2007 consid. 4.2; cf. aussi ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4<sup>e</sup> éd. 2006, n° 13 ad art. 322d CO).

L'employeur peut subordonner le droit à la gratification à des conditions, notamment à la présence de l'employé dans l'entreprise au moment de son versement, ou à l'absence de résiliation du contrat (arrêts 4A\_502/2010 du 1<sup>er</sup> décembre 2010 consid. 2.2; 4A\_235/2010 du 25 juin 2010 consid. 2; 4A\_509/2008 du 3 février 2009 consid. 4.1; 4C.467/2004 du 1<sup>er</sup> avril 2005 consid. 3).

La doctrine fait observer que l'employeur peut avoir divers motifs de verser une gratification, tels que récompenser le travail accompli ou une fidélité de longue date, motiver l'employé pour l'avenir, éviter que celui-ci résilie le contrat, ou encore lui faire partager les bons résultats de l'entreprise (JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3<sup>e</sup> éd. 2014, n° 1 ad art. 322d CO; STAEHELIN, op. cit., n° 2 ad art. 322d CO). Dans la mesure où la gratification est destinée uniquement à récompenser l'employé pour le travail effectué, elle ne saurait être réduite ou supprimée pour le motif que le contrat a été résilié (PORTMANN/ RUDOLPH, in Basler Kommentar, 6<sup>e</sup> éd. 2015, n° 8 ad art. 322d CO; BRÜHWILER, op. cit., n° 5 ad art. 322d CO).

3.4 En l'occurrence, la cour cantonale a jugé, à l'issue de l'analyse exposée ci-dessous, que l'employé pouvait prétendre à un bonus pour l'année 2014.

Selon la Cour de justice, l'employeuse ne pouvait pas se prévaloir du fait que le directeur et le directeur adjoint de la division n'avaient eux-mêmes perçu aucun bonus en 2014. Outre que ce fait n'était pas établi à satisfaction de droit, il fallait comparer la situation de l'employé avec celle de ses collègues directs, et non celle de supérieurs hiérarchiques situés au-dessus de son propre chef, et dont un était responsable de la distribution des bonus. Si celui-ci avait supprimé son bonus et celui de son adjoint en

raison d'une réduction de l'enveloppe prévue pour ces rétributions, cela ne justifiait pas d'en priver l'employé alors que tous ses collègues en avaient perçu un.

L'employeuse, poursuivait la Cour, n'avait aucune raison objective de priver l'employé de bonus dès lors que celui-ci avait précisément pour but de le récompenser du travail fourni au cours de l'année – comme l'attestaient les courriers accompagnant le versement des bonus les années précédentes –, et non de le fidéliser à l'entreprise. Par conséquent, en privant l'employé d'un bonus versé à tous les autres collaborateurs sans rien pouvoir lui reprocher quant à l'exécution de son travail, l'employeuse lui avait laissé penser que son travail ne méritait pas de récompense. Une telle attitude était blessante pour ce dernier, étant relevé qu'il ne savait pas encore qu'il allait être licencié et n'avait ainsi pas compris pour quel motif il n'avait pas perçu de bonus, contrairement à ses collègues. Du moment que les bonus avaient été versés en décembre 2014 et que le contrat n'avait pas encore été résilié, l'employé pouvait, au nom de l'égalité de traitement, prétendre au versement d'un bonus pour l'année 2014. L'employeuse avait admis que les collaborateurs avaient reçu un bonus n'excédant pas 1,4 fois leur salaire mensuel en 2014; aussi le bonus dû à l'employé pour l'année 2014 devait-il être fixé à 23'450 fr. (salaire annuel de 201'012 fr., divisé par 12 = 16'751, multiplié par 1,4).

3.5 L'employeuse soulève deux moyens de fait.

3.5.1 Tout d'abord, l'autorité précédente aurait arbitrairement omis de préciser que l'employé, après avoir découvert que ses collègues avaient reçu un bonus contrairement à lui, s'était abstenu de toute réclamation y compris lors de l'entretien du 27 janvier 2015, croyant qu'il s'agissait d'une omission de la part de son employeuse. Cette précision serait pertinente, car si l'employé croyait à une simple omission, il n'avait pas pu penser que son travail ne méritait pas de récompense.

3.5.2 La cour cantonale aurait de surcroît violé son droit à la preuve (art. 8 CC) en omettant de retenir le fait, pourtant dûment allégué et prouvé, selon lequel l'employeuse avait décidé en novembre 2014 déjà de supprimer le poste de l'employé, soit avant la décision – prise en décembre 2014 – relative à l'octroi des bonus pour l'année 2014.

3.5.3 Les deux faits invoqués par l'employeuse sont toutefois sans pertinence pour l'issue du litige, pour les motifs qui seront exposés ci-après (cf. consid. 3.6.2 infra).

3.6

3.6.1 L'employeuse fait grief à l'autorité cantonale d'avoir violé les art. 322d et 328 CO en niant, sur la base d'un état de fait établi arbitrairement et en violation de l'art. 8 CC (cf. consid. 3.5 supra), l'existence de motifs qui l'autoriseraient pourtant à ne pas accorder de gratification à l'employé pour l'année 2014. Le fait qu'elle ait décidé en novembre 2014 de le licencier en janvier 2015 constituerait un motif raisonnable de ne pas lui octroyer de bonus en décembre 2014. Par ailleurs, la situation de l'employé

devrait être comparée non pas à celle de ses collègues de département dont l'employeuse n'avait pas décidé de se séparer, mais à celle d'autres employés dont le contrat avait déjà été résilié, ou était sur le point de l'être ensuite d'une décision prise à l'interne. De surcroît, la cour cantonale ne devrait pas retenir une violation du principe de l'égalité de traitement sur la base d'un échantillon de quatre employés seulement, rattachés à un seul département d'une seule division de la société, alors que la jurisprudence requerrait une inégalité de traitement avec un grand nombre d'employés. L'employeuse avait par ailleurs offert à l'employé une indemnité de départ discrétionnaire de 33'502 fr. équivalant à deux mois de salaire, ce qui devait compenser son bonus et le plaçait ainsi dans une meilleure position que ses collègues ayant touché un bonus équivalant à 1,4 mois de salaire.

### 3.6.2 L'ensemble de ces griefs tombe à faux.

Il est en effet constant que la décision relative à l'octroi des bonus 2014 a été prise en décembre 2014 tandis que le demandeur a été licencié le 27 janvier 2015. Comme le contrat de travail n'avait pas encore été résilié au moment où survenait l'occasion donnant lieu au paiement du bonus, la résiliation intervenue postérieurement n'est pas un critère de distinction pertinent par rapport aux autres employés du département Y., dont le contrat n'avait pas non plus été résilié en décembre 2014 et qui ont tous reçu en décembre 2014 un bonus pour l'année 2014 (cf. lettres A.b et A.c supra). La jurisprudence et la doctrine évoquent comme critère de distinction pertinent le fait que les rapports de travail ont été résiliés au moment où le bonus devrait être payé (cf. consid. 3.3 supra). Pour les parties elles-mêmes, seule une résiliation déjà signifiée à cette date constituait un motif admissible de refuser le bonus; le contrat subordonnait en effet l'octroi du bonus à la condition que le contrat de travail n'ait pas été résilié par l'une ou l'autre partie à la date à laquelle le bonus devrait être payé (cf. lettre A.a supra). A cela s'ajoute que d'après les constatations de l'arrêt attaqué qui lie la cour de céans (cf. consid. 2.1 supra), le but du bonus était de récompenser l'employé pour le travail fourni au cours de l'année et non de le fidéliser à l'entreprise, comme l'attestaient les courriers ayant accompagné le versement des précédents bonus. Au regard d'un tel comportement, l'employeuse était d'autant moins fondée à supprimer le bonus de l'employé (cf. supra consid. 3.3 in fine).

Par ailleurs, si la jurisprudence considère en substance qu'une décision subjective de l'employeur ne contrevient à l'interdiction de discriminer que dans la mesure où elle exprime une dépréciation de la personnalité du travailleur et lui porte ainsi atteinte (cf. ATF 129 III 276 p. 282 in fine et consid. 3.3 supra), elle ne présuppose pas que le travailleur ait été subjectivement blessé par le non-versement de la gratification, contrairement à ce que semble soutenir l'employeuse pour contrer l'argumentation des juges genevois (cf. consid. 3.5.1 supra); une telle exigence a peut-être été déduite à tort d'un considérant (4.2) de l'arrêt 4A\_63/2007. Point n'est besoin de comparer la situation de l'employé discriminé avec celle de tous les employés de la so-

ciété; une discrimination par rapport à tous les employés d'un département, même si celui-ci ne compte que cinq personnes, apparaît tout à fait pertinente en l'espèce, d'autant plus que l'employeuse ne soutient pas qu'un grand nombre d'employés d'autres départements n'auraient pas reçu de gratification pour l'année 2014, au contraire des autres années.

Enfin, peu importe que l'employé se soit vu offrir une indemnité de départ discrétionnaire de 33'502 fr. et que celle-ci, selon les déclarations de C. (cf. lettre B.b supra), compensait la perte du bonus. En effet, les conditions assorties au versement de cette indemnité montrent qu'il s'agissait de s'assurer un certain comportement du collaborateur licencié, ce qui ressort du reste aussi des déclarations de la personne prénommée, laquelle a admis que l'indemnité aurait été versée si l'intéressé avait eu un autre comportement. En définitive, le bonus versé en décembre 2014 à tous les membres du département Y. à l'exception du demandeur l'a été pour les récompenser du travail fourni en 2014, tandis que l'indemnité de licenciement offerte au demandeur devait compenser son licenciement et ne constituait donc pas un avantage par rapport aux autres employés qui, eux, n'avaient pas été licenciés.

3.6.3 Au regard de ce qui précède, l'autorité précédente n'a pas enfreint le droit fédéral en considérant que l'employé avait droit au versement d'un bonus pour l'année 2014.

3.7 A titre subsidiaire, l'employeuse critique le montant du bonus alloué. Elle soutient que selon la jurisprudence et la doctrine, la résiliation du contrat de travail donnerait lieu à une réduction importante (d'un tiers, voire d'une moitié) de la gratification, quand bien même celle-ci serait due dans son principe (cf. les références citées dans l'arrêt 4A\_356/2011 du 9 novembre 2011 consid. 11.1).

Toutefois, comme on l'a vu (cf. supra consid. 3.6.2 in limine), seule une résiliation déjà signifiée à la date où le bonus aurait dû être payé aurait pu être pertinente à cet égard. Le bonus a été fixé en considération du fait – admis par l'employeuse – que ses collaborateurs avaient reçu un bonus n'excédant pas 1,4 fois leur salaire mensuel en 2014. Sur ce point également, l'arrêt attaqué échappe ainsi à la critique.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 16 avril 2018, Doss.-No 8C\_419/2017 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 25 avril 2017)*

**Droit de la fonction publique; licenciement pendant le temps d'essai.**  
**En matière de rapports de travail de droit public, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant un licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait en-**

trer en ligne de compte à son encontre. La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard (c. 4.3.1).

Lorsque la réglementation applicable ne prévoit aucun motif de licenciement pendant le temps d'essai, l'autorité de nomination est en principe libre de renoncer au maintien des rapports de service durant cette période. Cette faculté est destinée à permettre l'engagement de personnel répondant au mieux aux exigences du service. La marge d'appréciation dont dispose l'employeur pour mettre fin aux rapports de service durant le temps d'essai implique qu'il n'a pas à prouver tous les éléments qui l'ont amené à se forger une opinion sur l'adéquation de l'employé à la fonction (c. 5.3.2).

Extraits des faits:

A.

A. \_\_\_\_\_ a été engagé par la Fondation X. \_\_\_\_\_, fondation de droit public créée par l'Etat de Genève (ci-après: la fondation), pour une durée maximale de 18 mois à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2015. Selon la lettre d'engagement du 30 septembre 2015, les trois mois suivant le début de l'emploi, soit jusqu'au 31 décembre 2015, étaient considérés comme du temps d'essai, durant lequel l'employé devait réussir les examens finaux (art. 3 ch. 2). Pendant le temps d'essai, chacune des parties pouvait résilier le contrat à tout moment, moyennant un délai de congé de sept jours pour la fin d'une semaine (art. 3 ch. 3). Ces clauses correspondaient aux statuts du personnel de la fondation du 8 décembre 2008 (ci-après: les statuts), auxquels était soumis l'employé.

Durant sa formation, A. \_\_\_\_\_ a été évalué chaque semaine par son employeur, sur une période d'observation s'écoulant du 5 octobre au 6 novembre 2015. Selon le formulaire d'évaluation, le prénommé était plutôt individualiste, n'avait pas l'esprit d'équipe et perturbait parfois la classe par son esprit de contradiction. Il a obtenu une note de 42,5 points sur 50 au test final écrit d'octobre 2015.

Le 6 novembre 2015, A. \_\_\_\_\_ a été convoqué à un entretien personnel. Par décision du même jour, remise en mains propres, la fondation a résilié les rapports de service avec effet au 15 novembre suivant, au motif qu'il ne correspondait pas au profil requis. L'intéressé a recouru contre son licenciement auprès du bureau du conseil de la fondation (ci-après: le bureau), qui l'a entendu le 1<sup>er</sup> février 2016 et a confirmé le licenciement par décision du 22 février 2016.

B.

A. \_\_\_\_\_ a déféré la décision du 22 février 2016 à la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève.

La Chambre administrative a tenu une audience de comparution personnelle le 19 mai 2016, lors de laquelle elle a entendu le prénommé ainsi que B. \_\_\_\_\_, directeur du service et C. \_\_\_\_\_, adjoint de direction de ce même service.

Par jugement du 25 avril 2017, la juridiction cantonale a rejeté le recours.

C.

A. \_\_\_\_\_ interjette un recours en matière de droit public contre ce jugement dont il demande l'annulation en concluant, sous suite de frais et dépens, à sa réintégration, subsidiairement au versement par la fondation d'une indemnité de 29'142 fr., plus intérêts à 5% l'an à compter du 16 novembre 2015. Plus subsidiairement, il demande le renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement.

L'intimée conclut, à la forme, à l'irrecevabilité du recours et, au fond, et à son rejet. Le recourant s'est exprimé sur la réponse de l'intimée, persistant dans ses motifs et conclusions.

Extraits des considérants:

1.

Le jugement entrepris a été rendu en matière de rapports de travail de droit public au sens de l'art. 83 let. g LTF. Dans la mesure où la contestation porte sur la résiliation de ces rapports, il s'agit d'une contestation de nature pécuniaire, de sorte que le motif d'exclusion de l'art. 83 let. g LTF n'entre pas en considération (p. ex. arrêt 8C\_615/2016 du 15 juillet 2017 consid. 1). La valeur litigieuse est supérieure au seuil de 15'000 fr., qui ouvre la voie du recours en matière de droit public en ce domaine (art. 51 al. 1 let. a et al. 2 et 85 al. 1 let. b LTF).

2.

2.1. Le Tribunal fédéral est lié par les constatations de fait de la décision entreprise (art. 105 al. 1 LTF), à moins que celles-ci n'aient été établies en violation du droit ou de manière manifestement inexacte au sens des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, soit pour l'essentiel de façon arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. Une décision n'est pas arbitraire du seul fait qu'elle apparaît discutable ou même critiquable; il faut qu'elle soit manifestement insoutenable, et cela non seulement dans sa motivation mais aussi dans son résultat (ATF 142 II 369 consid. 4.3 p. 380; 141 IV 305 consid. 1.2 p. 308 s.). En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références citées). Le Tribunal fédéral n'entre ainsi pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 142 III 364 consid. 2.4 p. 368).

2.2. Sauf exceptions non pertinentes en l'espèce (cf. art. 95 let. c, d et e LTF), l'on ne peut invoquer la violation du droit cantonal ou communal en tant que tel devant le Tribunal fédéral (art. 95 et 96 LTF a contrario). Il est néanmoins possible de faire valoir que son application consacre une violation du droit fédéral, comme la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) ou la garantie d'autres droits constitutionnels (ATF 142 III 153 consid. 2.5 p. 156; 140 III 385 consid. 2.3 p. 387; 138 V 67 consid. 2.2 p. 69). Le Tribunal fédéral n'examine de tels moyens que s'ils sont formulés conformément aux exigences de motivation qualifiée prévues à l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 142 V 577 consid. 3.2 p. 579; 141 I 36 consid. 1.3 p. 41).

3.

Sous le titre «Fin des rapports de service», les statuts prévoient notamment ceci:

«Article 53 – Droit applicable

Le congédiement du personnel relève du Code des obligations applicable à titre de droit public supplétif dans la mesure où les dispositions des présents statuts n'y dérogent pas.

Art. 55 – Délai de congé

1. Temps d'essai

Pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours pour la fin d'une semaine durant les 3 premiers mois et d'un mois à partir du 4<sup>ème</sup> mois pour les cadres supérieurs. [...]

Art. 56 – Procédure et justification

(1) Avant de notifier une résiliation, la Fondation doit entendre l'intéressé. Si l'intéressé ne peut ou ne veut être entendu, la Fondation lui notifie la résiliation par écrit sans l'avoir entendu au préalable.

(2) La lettre de résiliation doit contenir les motifs de celle-ci et mentionner expressément que l'intéressé dispose d'un délai de trente jours pour recourir contre la résiliation.

(3) Après le temps d'essai, la Fondation ne peut notifier une résiliation que pour un motif fondé, conformément à la loi B5 05 des employés de l'Etat de Genève. Il y a motif fondé lorsque la continuation des rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de la Fondation, soit notamment en raison de:

- a) l'insuffisance des prestations,
- b) l'inaptitude à remplir les exigences du poste,
- c) la disparition durable d'un motif d'engagement.

(4) En cas de désaccord de l'intéressé, celui-ci peut faire recours auprès de l'autorité de recours qui est le Bureau/Conseil de la Fondation. Un ultime recours restant toujours possible auprès du Tribunal administratif.

(5) [...]

(6) Lorsqu'un licenciement est déclaré injustifié par le Tribunal administratif, ce dernier peut proposer la réintégration de l'intéressé et, en cas



de refus de la Fondation, condamner celle-ci au paiement d'une indemnité ne dépassant pas dix-huit mois de salaire fixe.

(7) La procédure prévue aux alinéas 3, 4, et 5 de la lettre a) du présent article ne s'applique pas pendant la période d'essai.

(8) La résiliation du contrat de travail doit être faite par écrit et doit parvenir à son destinataire au plus tard le dernier jour avant que le délai de congé ne commence à courir.

(9) Les contrats conclus pour une durée déterminée prennent fin automatiquement sans qu'il soit nécessaire de les résilier au préalable.»

4.

4.1. La cour cantonale a retenu que le recourant avait eu la possibilité de s'exprimer sur les motifs de son licenciement à l'occasion de l'entretien du 6 novembre 2015, se référant aux déclarations faites par B. \_\_\_\_\_ lors de l'audience du 19 mai 2016 et aux indications ressortant de la décision de licenciement du 6 novembre 2015, selon lesquelles le recourant avait été reçu pour déterminer si les rapports de travail seraient poursuivis. Ensuite, le recourant avait pu faire valoir tous ses arguments de fait et de droit devant le bureau, soit une autorité statuant avec un libre pouvoir d'examen. Dans l'hypothèse où le bureau aurait entendu B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ hors de la présence du recourant, ces mêmes personnes avaient été entendues lors de l'audience du 19 mai 2016, de sorte qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu était en tout état de cause réparée.

4.2. Se plaignant d'arbitraire dans l'établissement des faits (art. 9 Cst.) et de la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), le recourant conteste avoir eu l'occasion de s'exprimer sur les motifs de son licenciement, lesquels ne lui auraient pas été communiqués oralement ni dans la décision du 6 novembre 2015. Il soutient en outre qu'il ne s'attendait pas à être licencié lors de l'entretien du même jour et que la décision de licenciement était déjà prise avant ledit entretien. Son droit d'être entendu aurait également été violé du fait que le bureau a refusé d'entendre ses témoins, qu'il ignore si des mesures d'instruction ont été mises en oeuvre par celui-ci et qu'il n'a pas eu la possibilité de «répliquer sur les éléments allégués lors de l'entretien du 1<sup>er</sup> février 2016» devant le bureau.

4.3.

4.3.1. En matière de rapports de travail de droit public, des occasions relativement informelles de s'exprimer avant un licenciement peuvent remplir les exigences du droit constitutionnel d'être entendu, pour autant que la personne concernée ait compris qu'une telle mesure pouvait entrer en ligne de compte à son encontre (arrêts 8C\_817/2015 du 6 juillet 2016 consid. 4.3.1; 8C\_243/2015 du 17 mars 2016 consid. 5.5 et les arrêts cités). La personne concernée ne doit pas seulement connaître les faits qui lui sont reprochés, mais doit également savoir qu'une décision allant dans une certaine direction est envisagée à son égard (arrêts 8C\_502/2017 du 30 novembre 2017 consid. 5.3, destiné à la publication; 8C\_158/2009 du 2 septembre 2009 consid. 5.2, non publié in ATF 136 I 39). Le droit d'être

entendu doit par principe s'exercer avant le prononcé de la décision (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222). Ainsi, il n'est pas admissible, sous l'angle du droit d'être entendu, de remettre à l'employé une décision de résiliation des rapports de service en se contentant de lui demander de s'exprimer s'il le désire (8C\_817/2015 précité consid. 4.3.1 et les références).

4.3.2. En niant avoir eu l'occasion de s'exprimer sur les motifs de son licenciement lors de l'entretien du 6 novembre 2015, le recourant discute librement les faits constatés, ce qui n'est pas admissible (supra consid. 2.1). En particulier, lorsqu'il reproche à l'autorité précédente de n'avoir pas suivi sa propre version des faits, il ne démontre pas en quoi l'appréciation des premiers juges serait entachée d'arbitraire. Il est au demeurant douteux que l'intimée ne lui ait pas communiqué les motifs du licenciement ni permis de s'exprimer lors de l'entretien du 6 novembre 2015 qui portait précisément sur la suite à donner à la relation de travail. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de s'écarter des constatations des premiers juges, selon lesquelles le recourant a bel et bien eu l'occasion de se déterminer sur les motifs de son licenciement lors de l'entretien précité. En revanche, le jugement attaqué ne dit rien sur la durée de l'entretien et son déroulement. Cela dit, dès lors que le recourant se trouvait en période d'essai, pour laquelle les statuts de la fondation ne prévoient pas de motif de licenciement, une éventuelle violation de son droit d'être entendu ne saurait revêtir un caractère de gravité tel qu'il empêcherait toute réparation devant une instance jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 p. 226 et les références citées). Pour le reste, les prétendues violations du droit d'être entendu par le bureau ne sont pas établies. Le grief est dès lors mal fondé.

## 5.

5.1. La cour cantonale a retenu que les critiques retenues à l'encontre du recourant, d'être trop individualiste, de poser trop de questions souvent sans pertinence et d'avoir un esprit de contradiction, avaient été faites sur la base de rapports établis par une douzaine de formateurs et sur les constats de C. \_\_\_\_\_. Dans la mesure où l'intimée disposait d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de poursuivre les rapports de travail, elle était fondée à considérer que ce type de comportement était de nature à poser des problèmes dans la poursuite de la collaboration avec le recourant. Par ailleurs, contrairement aux allégations du recourant, il n'apparaissait pas que l'intimée aurait donné l'assurance aux recrues qu'elles seraient définitivement engagées si elles réussissaient les tests finaux. En outre, le recourant ne prétendait pas avoir pris des dispositions sur lesquelles il ne pouvait revenir sans subir de préjudice.

5.2. Invoquant une appréciation arbitraire des preuves (art. 9 Cst.), la violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) ainsi que du droit à la preuve (art. 8 CC), le recourant reproche à la juridiction cantonale d'avoir refusé son offre de preuve tendant à l'audition de plusieurs témoins (à savoir des formateurs et des participants à la formation). L'audition de

ces témoins aurait permis de démontrer, d'une part, que le recourant a adopté un comportement adéquat durant sa formation et, d'autre part, que l'intimée avait garanti un engagement aux candidats obtenant de bonnes notes, de sorte qu'elle aurait contrevenu au principe de la bonne foi en le licenciant.

5.3. En l'occurrence, la cour cantonale a refusé l'offre de preuve considérant que les motifs pour lesquels le recourant sollicitait l'audition des témoins n'étaient pas pertinents pour l'issue du litige. Cette appréciation anticipée des preuves échappe à l'arbitraire.

5.3.1. Premièrement, même si l'un des formateurs avait déclaré que «les employés qui réussiraient leurs examens finaux seraient engagés», comme le prétend le recourant, on ne saurait en déduire que l'intimée a exclu toute résiliation des rapports de service pour des motifs autres que le résultat du test final. Une telle interprétation s'oppose au contenu de la lettre d'engagement signée par le recourant, ainsi que l'ont relevé les premiers juges. Elle est d'autant moins soutenable que l'examen en question a été passé en octobre 2015, alors qu'il restait encore deux mois de période probatoire.

5.3.2. Deuxièmement, par rapport aux motifs de licenciement, il sied de rappeler que lorsque la réglementation applicable ne prévoit aucun motif de licenciement pendant le temps d'essai, l'autorité de nomination est en principe libre de renoncer au maintien des rapports de service durant cette période. Cette faculté est destinée à permettre l'engagement de personnel répondant au mieux aux exigences du service. Le temps d'essai (cf., en droit privé, l'art. 335b CO; ATF 136 III 96 consid. 2 p. 97; 134 III 108 consid. 7.1 p. 110) doit ainsi fournir aux parties l'occasion de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur permettant d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période. Si les rapports contractuels qu'elles ont noués ne répondent pas à leur attente, les parties doivent pouvoir s'en libérer rapidement (ATF 129 III 124 consid. 3.1 p. 125). En l'espèce, le recourant entendait contester son évaluation négative en démontrant, en substance, qu'il s'était comporté de manière sociable et avait fait preuve de curiosité. En l'occurrence, comme l'ont constaté les juges cantonaux, l'évaluation du recourant repose sur les rapports des formateurs, de sorte qu'on ne voit pas en quoi l'audition subséquente de certains d'entre eux permettrait d'aboutir à une évaluation différente. En outre, il n'y a pas lieu de mettre en doute l'objectivité de ces rapports. Quant à l'avis des autres participants à la formation sur le caractère individualiste ou non du recourant, il n'est pas décisif, étant donné que le motif de licenciement relève d'une appréciation et non pas de faits précis dont la réalité serait contestée (cf., en relation avec la législation sur le personnel du canton de Vaud, WYLER/BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique, 2017, p. 112). La marge d'appréciation dont dispose l'employeur pour mettre fin aux rapports de service durant le

temps d'essai implique qu'il n'a pas à prouver tous les éléments qui l'ont amené à se forger une opinion sur l'adéquation de l'employé à la fonction. Enfin, on relèvera qu'un congé fondé sur des défauts de caractère d'un travailleur nuisant au travail en commun n'est pas abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO (ATF 136 III 513 consid. 2.5 p. 515).

6.

Pour le surplus, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur le grief tiré de l'établissement arbitraire des faits, par lequel le recourant entend substituer son appréciation à celle de l'intimée, en reprochant à la cour cantonale de n'avoir pas tenu compte de ses propres allégations. Un tel procédé est inadmissible et, au demeurant, ne suffit pas à établir le prétendu arbitraire du jugement entrepris. Quant au moyen tiré de la violation du principe de la bonne foi, il peut d'emblée être écarté, dès lors qu'il repose à tort sur l'existence d'une promesse de non licenciement.

7.

7.1. Enfin, le recourant invoque une application arbitraire du droit cantonal. Il soutient que l'art. 56 al. 6 des statuts est applicable à la période d'essai et qu'il y a donc lieu d'examiner le caractère injustifié du licenciement selon les règles ordinaires, ce que n'aurait pas fait la cour cantonale. En outre, le caractère injustifié du licenciement ressortirait du fait qu'aucun des motifs retenus par l'intimée n'a été démontré.

7.2. Le grief est irrecevable. Non seulement, le recourant n'explique pas quelles sont les «règles ordinaires» auxquelles il se réfère mais la discussion s'inscrit à nouveau largement dans une démarche appellatoire.

8.

Vu ce qui précède, le recours se révèle mal fondé et doit être rejeté.

9.

Le recourant, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Bien qu'elle obtienne gain de cause, l'intimée n'a pas droit à des dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève.

*Bundesgericht, Urteil vom 18. April 2018, Doss.-Nr. 4A\_7/2018 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 17. November 2017), in: BGE 144 III 235*

**Art. 354 ZPO und Art. 341 Abs. 1 OR; Schiedsfähigkeit.**

**Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2).**

**Art. 354 CPC et art. 341 al. 1 CO; arbitrabilité.**

**Arbitrabilité des prétentions découlant d'un contrat de travail (confirmation de la jurisprudence; consid. 2).**

Sachverhalt:

A.

Mit Vertrag vom 24. März 2015 stellte der FC A. (Fussballclub, Beklagter, Beschwerdeführer) B. (Trainer, Kläger, Beschwerdegegner) als Fussballtrainer im Nebenamt für seine 1. Mannschaft in der 1. Liga ein.

Der Vertrag enthält die folgende Schiedsklausel:

«6. Streitigkeiten/Schiedsgerichtsbarkeit

Bei Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist die Kontroll- und Disziplinarkommission des SFV als Vermittlungsinstanz anzurufen.

Kommt keine Einigung zustande, so unterstellen sich die Parteien vorbehaltlos der Gerichtsbarkeit des Tribunal Arbitral du Sport (TAS) mit Sitz in Lausanne (vgl. Art. 92, 94 und 95 der Statuten des SFV).»

Am 10. Februar 2016 kündigte der Fussballclub dem Trainer fristlos.

B.

B.a Nach erfolglos verlaufenem Schlichtungsverfahren reichte der Trainer am 15. September 2016 beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt Klage gegen den Fussballclub ein auf Zahlung von Fr. 27'406.– brutto sowie Fr. 16'000.– netto, jeweils nebst Zins zu 5% seit dem 10. Februar 2016, Mehrforderung vorbehalten.

Zur Klageantwort aufgefordert, liess der Beklagte durch seinen Sportchef mit Eingabe vom 5. Oktober 2016 mitteilen, dass nach seiner Meinung nicht das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt, sondern gemäss Vertrag vom 24. März 2015 das Tribunal Arbitral du Sport (TAS) mit Sitz in Lausanne für diese Angelegenheit zuständig sei.

Mit Verfügung vom 10. November 2016 stellte der Instruktionsrichter fest, dass der Beklagte keine Klageantwort eingereicht habe, und setzte ihm eine Nachfrist von fünf Tagen zur Einreichung der Klageantwort an. Mit Eingabe vom 17. November 2016 bestritt der Beklagte abermals die Zuständigkeit des Zivilgerichts unter Hinweis auf die vertragsgemässe Zuständigkeit des TAS.

Mit Entscheid vom 15. Februar 2017 verurteilte das Zivilgericht den Beklagten zur Zahlung von Schadenersatz gemäss Art. 337c Abs. 1 OR in Höhe von Fr. 24'911.45 netto sowie einer Entschädigung gemäss Art. 337c

Abs. 3 OR von Fr. 12'000.– netto (entsprechend drei Monatslöhnen), jeweils nebst Zins zu 5% seit dem 10. Februar 2016. Das weitergehende Begehren wurde abgewiesen.

Das Zivilgericht wies die Unzuständigkeitseinrede des Beklagten mit der Begründung ab, dass nach Art. 354 ZPO jeder Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein könne, über den die Parteien frei verfügen könnten. Über zwingende arbeitsrechtliche Ansprüche könnten die Parteien nach Art. 341 OR jedoch nicht frei verfügen; Ansprüche aus Kündigungsschutz nach Art. 337c OR seien gemäss Art. 361 und Art. 362 OR zwingend. Diesen fehle es an der objektiven Schiedsfähigkeit, womit die im Arbeitsvertrag vom 24. März 2015 enthaltene Schiedsklausel zumindest für die eingeklagten Ansprüche ungültig sei.

B.b Am 3. Mai 2017 erhob der Beklagte beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt Berufung mit dem Antrag, es sei der Entscheid des Zivilgerichts vom 15. Februar 2017 aufzuheben.

Mit Entscheid vom 17. November 2017 wies das Appellationsgericht die Berufung ab.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beklagte dem Bundesgericht, es sei der Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 17. November 2017 aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt nicht zuständig sei; eventualiter sei die Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

2.

Zwischen den Parteien ist strittig, ob der Arbeitsvertrag vom 24. März 2015 eine gültige Schiedsklausel enthält, die der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte entgegensteht. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Art. 354 ZPO in Verbindung mit Art. 341 Abs. 1 OR verletzt, indem sie von einer nicht schiedsfähigen Streitsache ausging.

2.1 Beide Parteien hatten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ihren Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz, womit vorliegend die Regeln des 3. Teils der ZPO über die interne Schiedsgerichtsbarkeit zur Anwendung gelangen (Art. 353 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 176 Abs. 1 IPRG [SR 291]; BGE 140 III 367 E. 2.1).

Die Auswirkung einer internen Schiedsvereinbarung auf die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte ist in Art. 61 ZPO geregelt. Danach lehnt das angerufene staatliche Gericht seine Zuständigkeit ab, wenn die Parteien über eine schiedsfähige Streitsache eine Schiedsvereinbarung getroffen haben (Art. 61 Ingress ZPO), es sei denn, die beklagte Partei habe sich vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen (lit. a), das Gericht stelle fest, dass die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar sei

(lit. b), oder das Schiedsgericht könne nicht bestellt werden aus Gründen, für welche die im Schiedsverfahren beklagte Partei offensichtlich einzustehen hat (lit. c).

Gemäss Art. 61 Ingress ZPO lehnt das staatliche Gericht seine Zuständigkeit nur dann ab, wenn die Parteien eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben und diese sich auf eine schiedsfähige Streitsache bezieht. Diese in Art. 61 Ingress ZPO genannten Elemente sind in einem ersten Schritt mit voller Kognition zu prüfen. Erst wenn eine Schiedsvereinbarung über einen schiedsfähigen Streitgegenstand im Sinne von Art. 61 Ingress ZPO vorliegt, ist in einem zweiten Schritt nach Art. 61 lit. b ZPO zu prüfen, ob die Schiedsvereinbarung offensichtlich ungültig oder nicht erfüllbar ist (BGE 140 III 367 E. 2.2.3 mit Hinweisen).

## 2.2

2.2.1 Das Bundesgericht hat die Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Forderungen kurz vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung im Grundsatzentscheid BGE 136 III 467 unter der Geltung von Art. 5 des früheren Konkordats vom 27. März 1969 über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG; AS 1969 1093) beurteilt (Art. 5 KSG: «Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder Anspruch sein, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist.»). Nachdem die im kantonalen Verfahrensrecht vorgesehene Einschränkung hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit im konkreten Fall aufgrund des massgebenden Streitwerts nicht anwendbar war, prüfte es, ob eine Bestimmung des Bundesrechts der Streiterledigung durch ein Schiedsgericht entgegenstand (BGE 136 III 467 E. 4.1 a.E.). Das Bundesgericht stellte klar, dass der zweite Satzteil in Art. 5 KSG ausschliesslich als Vorbehalt zugunsten einer sachlich, nicht jedoch einer örtlich zwingenden Zuständigkeit zu verstehen ist. Unter Hinweis auf die Gesetzesentstehung führte es aus, dass der Gesetzgeber mit den Regeln zur örtlichen Zuständigkeit nach dem damaligen Bundesgesetz vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG; AS 2000 2355) die Zulässigkeit von Schiedsverfahren nicht einschränken wollte. Die Schiedsfähigkeit ist demnach unabhängig von der Frage des zwingenden Charakters eines Gerichtsstands zu beurteilen. Entsprechend schloss auch die nach Art. 21 Abs. 1 lit. d GestG (teil-)zwingende örtliche Zuständigkeitsvorschrift von Art. 24 Abs. 1 GestG bzw. der Umstand, dass eine abweichende Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 21 Abs. 2 GestG erst nach Entstehung der Streitigkeit abgeschlossen werden konnte (vgl. nunmehr die übereinstimmenden Art. 35 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 34 Abs. 1 ZPO), die objektive Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Streitigkeiten nach Art. 5 KSG nicht aus (BGE 136 III 467 E. 4.4).

Das Bundesgericht wies im Weiteren darauf hin, dass der Arbeitnehmer nach Art. 341 Abs. 1 OR während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus

(im Sinne von Art. 361 f. OR) unabdingbaren Gesetzesbestimmungen oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags ergeben, nicht verzichten kann. Es berücksichtigte dabei, dass Art. 341 Abs. 1 OR dem Schutz des Arbeitnehmers dient, der sich während der Dauer des Vertrags in der Regel in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber befindet und sich aus diesem Grund gezwungen sehen könnte, einer Einschränkung seiner Rechte zuzustimmen, um den Verlust der Stelle zu vermeiden. Das Bundesgericht betonte, dass der einseitige Verzicht nach der erwähnten Bestimmung untersagt und ein Vergleich zwischen den Parteien nur unter gewissen Einschränkungen zulässig ist, nämlich sofern der Arbeitnehmer im Rahmen der gegenseitigen Zugeständnisse eine angemessene Gegenleistung erhält (BGE 136 III 467 E. 4.5 unter Hinweis auf BGE 118 II 58 E. 2b S. 61; BGE 110 II 168 E. 3b S. 171). Aus diesem Grund verneinte es die freie Verfügbarkeit von Forderungen des Arbeitnehmers, die sich aus den zwingenden oder teilzwingenden Bestimmungen von Art. 361 und Art. 362 OR ergeben.

2.2.2 Die objektive Schiedsfähigkeit ist nunmehr in Art. 354 ZPO geregelt. Im Unterschied zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, bei der jeder vermögensrechtliche Anspruch schiedsfähig ist (Art. 177 Abs. 1 IPRG), kann nach der erwähnten Bestimmung im Bereich der internen Schiedsgerichtsbarkeit Gegenstand eines Schiedsverfahrens jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können. Abgesehen davon, dass Art. 354 ZPO keine Beschränkungen durch das kantonale Recht mehr zulässt (vgl. Art. 5 zweiter Halbsatz KSG), hat die Umschreibung der Schiedsfähigkeit gegenüber derjenigen vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung unter Art. 5 KSG keine Änderung erfahren (Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], BBl 2006 7393 Ziff. 5.25.2 zu Art. 352 E-ZPO; vgl. auch BGE 136 III 467 E. 4 S. 470). Die Regelung in Art. 354 ZPO stimmt mit derjenigen von Art. 5 erster Halbsatz KSG überein (vgl. bereits BGE 136 III 467 E. 4 S. 470). Auch die einschlägigen Normen des GestG zum Arbeitsrecht sind praktisch unverändert in die ZPO (Art. 34 und Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO) übernommen worden (vgl. bereits BGE 136 III 467 E. 4.4 S. 472). Während vereinzelt die Ansicht vertreten wird, die zu Art. 5 KSG entwickelte Rechtsprechung lasse sich nicht auf den liberaler zu verstehenden Art. 354 ZPO anwenden (FELIX DASSER, in: ZPO, Oberhammer und andere [Hrsg.], 2. Aufl. 2014, N. 15 zu Art. 354 ZPO), leitet die ganz überwiegende Lehre daraus zutreffend ab, dass sich die freie Verfügbarkeit eines arbeitsrechtlichen Anspruchs nach denselben Grundsätzen beurteilt und demnach die bisherige Rechtsprechung zu beachten ist (ANGELA CASEY-OBRIEST, Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren, 2016, Rz. 138; COURVOISIER/WENGER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 19a zu Art. 354 ZPO; MARCO STACHER, in: Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner und andere [Hrsg.], Bd. II,



2. Aufl. 2016, N. 17 zu Art. 354 ZPO; FRANÇOIS BOHNET, CPC annoté, 2016, N. 2 zu Art. 354 ZPO; IRMA AMBAUEN, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, 2016, Rz. 386; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, Rz. 246; SÉBASTIEN BÉSSON, Sports Arbitration: Which Lessons for Employment Disputes? in: Sports Arbitration: A Coach for Other Players?, Geisinger/Trabaldo-de Mestral [Hrsg.], 2015, S. 161; STEFANIE PFISTERER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bd. III, 2014, N. 25 f. zu Art. 354 ZPO; STEPHAN FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, Rz. 102; GASSE/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 2 zu Art. 354 ZPO; HAAS/HOSSFELD, Die [neue] ZPO und die Sportschiedsgerichtsbarkeit, ASA Bulletin 2/2012 S. 329; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, Rz. 375; BOHNET/DIETSCHY, in: Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [Hrsg.], 2013, N. 30 zu Art. 341 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2013, Rz. 973; JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl. 2014, S. 15; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, S. 66 f.; KOLLER/SENNHAUSER, Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2012 S. 451; THOMAS PIETRUSZAK, Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Streitigkeiten gemäss Art. 5 Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Der digitale Rechtsprechungskommentar [dRSK] 15. September 2010 Rz. 2, 8; JAN KLEINER, Der Spielervertrag im Berufsfussball, 2013, S. 209 f.; OETIKER/HOSTANSKY, Die neue Binnenschiedsgerichtsbarkeit – Gerichtspraxis zu Art. 353–399 ZPO, AJP 2/2013 S. 204 FN 2; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail en matière sportive [...], in: L'activité et l'espace, 2011, S. 36 f.; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, Die Schiedsfähigkeit von individualarbeitsrechtlichen Streitigkeiten in der Binnenschiedsgerichtsbarkeit, ARV 2010 S. 168; PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, 2011, Rz. 254; ROMINA CARCAGNI ROESLER, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2010/2011, S. 93 f.; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2/2011 S. 251).

Da sich die für die Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche massgebenden Bestimmungen im Bereich der internen Schiedsgerichtsbarkeit mit Inkrafttreten der ZPO nicht verändert haben, ist die mit BGE 136 III 467 begründete Rechtsprechung grundsätzlich weiterhin zu berücksichtigen mit der Folge, dass die von Art. 341 Abs. 1 OR erfassten Ansprüche erst nach Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung einem Schiedsgericht zugewiesen werden können. Insofern sind die auf Art. 337c Abs. 1 und Abs. 3 OR gestützten Forderungen aus angeblich ungerechtfertigter Entlassung des Beschwerdegegners nicht schiedsfähig (vgl. zur relativ zwingenden Natur des Anspruchs

von Art. 337c Abs. 3 OR, obwohl er in Art. 362 OR nicht aufgeführt wird Urteile 4A\_419/2011 vom 23. November 2011 E. 7.2; 4A\_474/2010 vom 12. Januar 2011 E. 2.3).

## 2.3

2.3.1 Der Grundsatzentscheid BGE 136 III 467 wurde ausgiebig kommentiert. Während ein Teil der Lehre der bundesgerichtlichen Auslegung im Wesentlichen zustimmt (KLEINER, a.a.O., S. 205 ff.; FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 103 ff.; PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 6; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, a.a.O., S. 39 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 66; GEISER, a.a.O., S. 251), fallen die Äusserungen in der Literatur mehrheitlich kritisch aus (dazu die Übersicht zur Kritik bei CASEY-OBRIEST, a.a.O., Rz. 259 ff.; vgl. auch Urteil 4A\_515/2012 vom 17. April 2013 E. 4.2). Die Mehrheit der kritischen Stimmen vertritt dabei die Ansicht, dass sämtliche Forderungen des Arbeitnehmers – mithin auch solche, die sich aus unabdingbaren Gesetzesvorschriften ergeben (Art. 341 Abs. 1 OR) – der Beurteilung durch ein Schiedsgericht zugänglich seien (LUCA BEFFA, *Arbitrabilité des conflits individuels de travail*, AJP 11/2010 S. 1441 ff.; DASSER, a.a.O., N. 15 zu Art. 354 ZPO; BRÜHWILER, a.a.O., S. 15; PORTMANN/RUDOLPH, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 96 Einl. vor Art. 319 ff. OR; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3. Aufl. 2014, S. 773 f.; vgl. auch BERNHARD BERGER, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 – 3. Teil: Schiedsgerichtsbarkeit*, ZBJV 2012 S. 170 f.; FORNARA/COCCHI, in: *Commentario pratico, Trezzini und andere* [Hrsg.], Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 18 zu Art. 354 ZPO). Eine Lehrmeinung kritisiert den erwähnten Bundesgerichtsentscheid aus Überlegungen des Arbeitnehmerschutzes und spricht sich unter Bezugnahme auf die Verfahrenserleichterungen nach Art. 113 Abs. 2 lit. d bzw. Art. 114 lit. c ZPO (Kostenlosigkeit bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–), Art. 243 Abs. 1 ZPO (vereinfachtes Verfahren bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.–) sowie Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO (Feststellung des Sachverhalts von Amtes wegen) im Gegenteil dafür aus, arbeitsrechtlichen Streitigkeiten generell – also nicht nur soweit unverzichtbare Ansprüche gemäss Art. 341 Abs. 1 OR zur Diskussion stehen – die Schiedsfähigkeit abzuspochen (KOLLER/SENNHAUSER, a.a.O., S. 453 f.; vgl. auch etwa GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3. Aufl. 2015, Rz. 87).

Die Änderung einer Rechtsprechung lässt sich regelmässig nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis der ratio legis, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelter Rechtsanschauung entspricht; andernfalls ist die bisherige Praxis beizubehalten. Eine Praxisänderung muss sich deshalb 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 erachtete Rechtsanwendung gehandhabt worden ist (BGE 143 IV 9 E. 2.4;

BGE 138 III 359 E. 6.1; BGE 137 V 314 E. 2.2 S. 316 f.; BGE 136 III 6 E. 3; BGE 135 I 79 E. 3 S. 82).

2.3.2 Ob und inwieweit ein Anspruch im Sinne von Art. 354 ZPO frei verfügbar ist, beurteilt sich nach dem materiellen Recht (BB1 2006 7393 Ziff. 5.25.2 zu Art. 352 E-ZPO). Die Rechtsprechung stellt bei der Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit allgemein darauf ab, ob die Parteien ohne Weiteres auf den fraglichen Anspruch verzichten oder sich darüber vergleichen können (BGE 142 III 220 E. 3.5 S. 230; so auch die herrschende Lehre: PFISTERER, a.a.O., N. 13 zu Art. 354 ZPO; COURVOISIER/WENGER, a.a.O., N. 6 zu Art. 354 ZPO; DASSER, a.a.O., N. 5 zu Art. 354 ZPO; STACHER, a.a.O., N. 13 zu Art. 354 ZPO; GÖKSU, a.a.O., Rz. 374; FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 104; vgl. auch URS WEBER-STECHER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, N. 2 und 7 zu Art. 354 ZPO).

Daraus lässt sich entgegen vereinzelt Lehrmeinungen nicht etwa ableiten, dass interne Schiedsverfahren immer dann ausser Betracht fallen müssten, wenn eine unabdingbare (zwingende) Vorschrift des materiellen Rechts (wie etwa Art. 404 oder Art. 418u OR) zur Debatte steht (so aber etwa BERGER, a.a.O., Rz. 170; OETIKER/HOSTANSKY, a.a.O., S. 204, jeweils unter Hinweis auf Art. 404 oder Art. 418u OR; vgl. auch BEFFA, a.a.O., S. 1441 unter Hinweis auf Art. 418u OR). Wie das Bundesgericht bereits im erwähnten Grundsatzentscheid betonte, ist bei den von Art. 341 OR erfassten Forderungen nicht nur ein Verzicht des Arbeitnehmers während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung ausgeschlossen, sondern es ist auch ein Vergleich zwischen den Vertragsparteien nur unter bestimmten materiellen Einschränkungen zum Schutz des Arbeitnehmers zulässig (BGE 136 III 467 E. 4.5 unter Hinweis auf BGE 118 II 58 E. 2b S. 61; BGE 110 II 168 E. 3b S. 171). Die Voraussetzung der Angemessenheit der gegenseitigen Zugeständnisse in einer Globalbetrachtung im Rahmen eines zukünftigen Vergleichs, die von den konkreten Verhältnissen abhängt, lässt sich im Zeitpunkt der Schiedsvereinbarung vor Entstehung der Streitigkeit und Abschluss des Vergleichs nicht beurteilen (in diesem Sinne auch STACHER, a.a.O., N. 17 zu Art. 354 ZPO; PFISTERER, a.a.O., N. 26 zu Art. 354 ZPO; a.M. COURVOISIER/WENGER, a.a.O., N. 20 zu Art. 354 ZPO; vgl. auch WILDHABER/JOHNSON WILKE, a.a.O., S. 165). Insoweit gewährt das materielle Privatrecht der arbeitnehmenden Partei aufgrund des dem Arbeitsverhältnis eigenen Abhängigkeitsverhältnisses einen besonderen Schutz.

2.3.3 Der Schutzbedürftigkeit der arbeitnehmenden Person wird zudem nicht nur materiell, sondern auch auf verfahrensrechtlicher Ebene eigens Rechnung getragen. Auch wenn der teilzwingende Gerichtsstand für arbeitsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 34 ZPO i.V.m. Art. 35 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 ZPO – wie erwähnt – nicht zum Ausschluss der Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht führt, reihen sich die erwähnten Bestimmungen in eine Gesamtheit von

Verfahrensregeln ein, die dem Schutz der sozial schwächeren Partei dienen: So sehen Art. 113 Abs. 2 lit. d und Art. 114 lit. c ZPO die Kostenlosigkeit des Schlichtungs- und des Entscheidungsverfahrens bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– vor, für die zudem nach Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte Verfahren gilt. Zudem wird die Rechtsdurchsetzung erleichtert, indem das Gericht in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– nach Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt.

Diese prozessualen Sondervorschriften sind auf Verfahren vor staatlichen Gerichten zugeschnitten und nicht auf Schiedsverfahren anwendbar, die im 3. Teil der ZPO in Art. 353 ff. eigenständig geregelt sind (so zutreffend HAAS/HOSSFELD, a.a.O., S. 330 f.; KLEINER, a.a.O., S. 208 f., 212; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, a.a.O., S. 38; CASEY-OBRIEST, a.a.O., Rz. 171; PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 97 Einl. Vor Art. 319 ff. OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 67; BRÜHWILER, a.a.O., S. 16; FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 106; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a.a.O., S. 167 f.; a.M. WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 774 f.). Es kommt darin jedoch die Besonderheit arbeitsrechtlicher Streitigkeiten zum Ausdruck und der gesetzgeberische Wille, die arbeitnehmende Partei nicht nur materiell, sondern auch verfahrensrechtlich zu schützen. Vor diesem Hintergrund erscheint es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen folgerichtig, den in Art. 341 OR angeordneten Schutz der sozial schwächeren Partei im Rahmen der Beurteilung der freien Verfügbarkeit nach Art. 354 ZPO insoweit in das Prozessrecht hinein zu verlängern, als Schiedsvereinbarungen nicht uneingeschränkt zugelassen werden (vgl. auch HAAS/HOSSFELD, a.a.O., S. 332; FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 106 f.; zu den Spannungen zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und sozialem Verfahrensrecht HEINZMANN/MARADAN, *Procès civil social et arbitrabilité des litiges en droit du travail*, in: *Quid iuris?*, 2015, S. 102 ff.). Auch wenn der Gesetzgeber im Rahmen der Zivilprozessordnung keine umfassende Beschränkung der Beurteilung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten durch von den Parteien eingesetzte Schiedsrichter vorgesehen hat (vgl. demgegenüber zur Miete und Pacht von Wohnräumen Art. 361 Abs. 4 ZPO; vgl. auch für Schiedsgutachter BGE 141 III 201), kann bei der Beurteilung der Schiedsfähigkeit von nach Art. 341 OR unverzichtbaren Ansprüchen nicht unbeachtet bleiben, dass mit der Wahl eines Schiedsgerichts nebst den besonderen verfahrensrechtlichen Schutzvorschriften zugunsten der arbeitnehmenden Partei auch in erheblichem Masse auf eine Überprüfung durch Rechtsmittel (vgl. die eingeschränkten Beschwerdegründe nach Art. 393 ZPO) verzichtet wird (so zutreffend PHILIPPE SCHWEIZER, *Arbitrabilité et droit du travail en matière interne, état des lieux provisoire*, SZPP 2010 S. 365 f.).

Der Unterschied zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, die eine schiedsgerichtliche Beurteilung arbeitsrechtlicher Forderungen grundsätzlich unbeschränkt zulässt (vgl. BGE 136 III 467 E. 4.2), liegt in der abweichenden

den Umschreibung der Schiedsfähigkeit in Art. 177 Abs. 1 IPRG begründet («Gegenstand eines Schiedsverfahrens kann jeder vermögensrechtliche Anspruch sein.»). Abgesehen davon, dass eine unterschiedliche Regelung mit dem geringeren oder gänzlich fehlenden Bezug zur Schweiz gerechtfertigt werden kann, hat der Gesetzgeber bei Erlass der ZPO bewusst auf eine Vereinheitlichung verzichtet, nachdem in der Vernehmlassung mitunter die Harmonisierung mit Art. 177 Abs. 1 IPRG gefordert und von der Expertenkommission eine Kombinationslösung der Schiedsfähigkeit von vermögensrechtlichen und frei verfügbaren nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen diskutiert worden war (PFISTERER, a.a.O., N. 8 zu Art. 354 ZPO; Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2004, S. 798 ff.). Mit Blick auf den Schutz der arbeitnehmenden Partei im Bereich der internen Schiedsgerichtsbarkeit ist es im Übrigen nicht zulässig, die entsprechende Einschränkung der Schiedsfähigkeit nach Art. 354 ZPO in Verbindung mit Art. 341 Abs. 1 OR dadurch zu umgehen, dass ein rein schweizerisches Arbeitsverhältnis durch sog. Opting-out (Art. 353 Abs. 2 ZPO) kurzerhand der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit unterstellt wird (so zu treffend KOLLER/SENNHAUSER, a.a.O., S. 452; CHRISTOPH LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2010 – 1. Teil: Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, ZBJV 2012 S. 129; STACHER, a.a.O., N. 11 zu Art. 354 ZPO; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, a.a.O., S. 37; MARC ANDRÉ MAUERHOFER, Gültigkeit statutarischer Schieds- und Gerichtsstandsklauseln, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2011 S. 28; GÖKSU, a.a.O., Rz. 234, 356; CHRISTIAN LUCZAK, Beschwerde gegen Schiedsgerichtsentscheide, in: Prozessieren vor Bundesgericht, 4. Aufl. 2014, Rz. 6.48; kritisch auch HAAS/HOSSFELD, a.a.O., S. 333; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, a.a.O., S. 67 f.; vgl. auch SCHWEIZER, a.a.O., S. 365; differenzierend AMBAUEN, a.a.O., Rz. 413 f.; a.M. WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a.a.O., S. 169; CASEY-OBRIEST, a.a.O., Rz. 266, 385; COURVOISIER/WENGER, a.a.O., N. 21 zu Art. 354 ZPO; BERGER, a.a.O., S. 171; PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 99 Einl. vor Art. 319 ff. OR; BRÜHWILER, a.a.O., S. 16; FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 116; PFISTERER, a.a.O., N. 37 zu Art. 353 ZPO; DASSER, a.a.O., N. 15 zu Art. 353 ZPO; WEBER-STECHER, a.a.O., N. 17a zu Art. 353 ZPO). Eine entsprechende Klausel sieht der im zu beurteilenden Fall abgeschlossene Arbeitsvertrag jedoch nicht vor.

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Forderungen im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der ZPO zu erweitern, und es leuchtet nicht ein, inwiefern eine solche Erweiterung besserer Erkenntnis der ratio legis von Art. 354 ZPO in Verbindung mit Art. 341 OR entsprechen würde.

2.3.4 Die eingeschränkte Schiedsfähigkeit arbeitsrechtlicher Ansprüche birgt die Gefahr einer Spaltung des Rechtswegs für zwingende und nicht zwingende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Wird zur Streitentscheidung erforderlich, die einen Ansprüche bei einem staatlichen Gericht,

die anderen bei einem Schiedsgericht einzuklagen, ist dies unter praktischen Gesichtspunkten unbefriedigend (BEFFA, a.a.O., S. 1442; BERGER, a.a.O., S. 170 f.; KOLLER/SENNHAUSER, a.a.O., S. 452; OETIKER/HOSTANSKY, a.a.O., S. 204; PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 9; PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 97 zu Einl. vor Art. 319 ff. OR; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 973; FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 108; BESSON, a.a.O., S. 163). Der Wille einer Partei, auf die staatliche Gerichtsbarkeit zugunsten eines Schiedsgerichts zu verzichten, wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings nicht leichthin angenommen, weshalb im Zweifelsfall eine restriktive Auslegung geboten ist (vgl. BGE 140 III 134 E. 3.2 S. 139, BGE 140 III 367 E. 2.2.2; BGE 138 III 29 E. 2.3.1; BGE 129 III 675 E. 2.3 S. 680 f.). Sieht der Arbeitsvertrag die Schiedsgerichtsbarkeit allgemein vor und erweist sich die Schiedsklausel hinsichtlich einzelner Forderungen als nichtig (Art. 20 Abs. 2 OR; vgl. BGE 138 III 29 E. 2.3.2 S. 37 f.), wird in der Regel kaum anzunehmen sein, die Parteien hätten diese Klausel in Kenntnis einer problembehafteten Spaltung der Zuständigkeit dennoch vereinbart (so zutreffend KOLLER/SENNHAUSER, a.a.O., S. 453; a.M. PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 9). Entspricht die Zweiteilung hingegen dem (hypothetischen) Parteiwillen, haben die Parteien diese in Kauf zu nehmen (vgl. auch FRÖHLICH, a.a.O., Rz. 108).

Nach Ablauf eines Monats nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind arbeitsrechtliche Forderungen zudem nicht mehr unverzichtbar (Art. 341 Abs. 1 OR) und damit nach Art. 354 ZPO unbeschränkt schiedsfähig. Ab diesem Zeitpunkt ist es zulässig, eine Schiedsvereinbarung über sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag abzuschliessen (KOLLER/SENNHAUSER, a.a.O., S. 451; GEISER/MÜLLER, a.a.O., Rz. 88; WILDHABER/JOHNSON WILCKE, a.a.O., S. 165; BOHNET/ZEN-RUFFINEN, a.a.O., S. 40; HAAS/HOSSFELD, a.a.O., S. 329; GÖKSU, a.a.O., Rz. 375; STACHER, a.a.O., N. 17 zu Art. 354 ZPO; AMBAUEN, a.a.O., Rz. 386; DIETSCHY, a.a.O., Rz. 254 S. 125; vgl. auch KLEINER, a.a.O., S. 206 f.; CASEY-OBRIST, a.a.O., Rz. 255; vgl. bereits BGE 136 III 467 E. 4.6 S. 473; kritisch BEFFA, a.a.O., S. 1442 f.).

2.3.5 Insgesamt liegen keine hinreichenden Gründe vor, die eine Änderung der Rechtsprechung rechtfertigen würden. Die auf Art. 337c OR gestützten Forderungen aus angeblich ungerechtfertigter Entlassung des Beschwerdegegners erweisen sich demnach im Rahmen von Art. 341 Abs. 1 OR als nicht schiedsfähig im Sinne von Art. 354 ZPO. Die Vorinstanz hat die vom Beschwerdeführer mit Hinweis auf die vertragliche Schiedsklausel erhobene Einrede der Unzuständigkeit daher zu Recht abgewiesen.

*Bundesgericht, Urteil vom 19. April 2018, Doss.-Nr. 4A\_520/2017 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. August 2017)*

**Entlassung eines Piloten (First Officer), «Blaumachen» als schwerwiegende Pflichtverletzung i.S. des anwendbaren GAV.**

Gemäss dem vorliegend anwendbaren Flug-GAV muss für die Entlassung der Mitarbeiter in der Regel ein Drei-Stufen-Verfahren durchlaufen werden, dass u.a. eine Kündigungsandrohung voraussetzt. Hingegen muss bei einer Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung nach Art. 12.3 des anwendbaren GAV das Drei-Stufen-Verfahren nicht mehr vollständig durchlaufen werden, die Kündigung erfolgt aber nicht fristlos, sondern unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist. Nach Auslegung von Art. 12.3 des anwendbaren GAV kommt das Bundesgericht zum Ergebnis, dass für eine Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung eine erhebliche Pflichtverletzung vorliegen muss, die aber nicht die Schwere aufzuweisen braucht, die zu einer fristlosen Kündigung im Sinne von Art. 337 OR berechtigen würde (E. 5.3 f.).

Vorliegend sieht das Bundesgericht keinen Anlass, in den Ermessensentscheid der Vorinstanz einzugreifen: Der klagende Pilot hatte während seines Reservemonats eine Krankheit vorgeschoben, war während dieser angeblichen Krankheit nach U. geflogen und blieb der Arbeit während sieben Tagen fern. Bezüglich dieser Reise hatte der Pilot gegenüber seiner Arbeitgeberin bewusst falsche Angaben gemacht. Das Bundesgericht qualifiziert die Tätigkeit als First Officer (Co-Pilot) als sehr verantwortungsvolle Tätigkeit. Angesichts dieser Tätigkeit müsse dem Beschwerdeführer unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können. Entsprechend sei die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass beim Beruf des Beschwerdeführers Vertrauensbrüche stärker ins Gewicht fallen als bei anderen, weniger verantwortungsvollen Tätigkeiten. Unter der Berücksichtigung der Position des Beschwerdeführers als Pilot habe die Vorinstanz das Verhalten des Piloten zu Recht als eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV eingestuft. Die Beklagte sei daher berechtigt gewesen, nach Art. 12.3 GAV direkt die Kündigung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auszusprechen (E. 6.4).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer) arbeitete ab dem 4. August 2008 bei der B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) als Pilot (First Officer). Seine damalige Freundin und jetzige Ehefrau war bei der Beklagten als Flight Attendant angestellt.

Der Kläger und seine Freundin wurden von deren Familie zur Taufe eines Kindes auf den 12. Juli 2014 nach U. eingeladen. Weil der Kläger davon ausging, dass eine rechtzeitige Meldung dieser Abwesenheit bei der Beklagten nicht mehr möglich sei bzw. ein Urlaubsgesuch nicht mehr bewilligt würde, er sich im betreffenden Monat zudem im Reservemonat befand, bei dem Freitage nur mit einer Ankündigung von drei Monaten möglich wären, und er sein vorhandenes Ferienguthaben für die im November 2014 geplanten Flitterwochen aufgespart hatte, buchten er und seine Freundin zwei (stornierbare) Stand-by-Tickets nach U., angeblich in der Hoffnung, sie hätten beide zufällig an diesen Tagen frei.

Dies traf nicht zu. Der Kläger erkrankte in der Folge nach eigener Darstellung ab dem 8. Juli 2014, und mit ihm auch seine Freundin ab dem 10. Juli 2014, bis zum 15. Juli 2014 an einer Magen-Darm-Grippe. Um dem Wunsch seiner Familie nach Teilnahme an der Taufe nachzukommen, hätten sich er und seine Freundin entschlossen, trotz Krankheit den gebuchten Flug anzutreten und sich im Flugzeug zu erholen. In U. hätten sie eine Ärztin aufgesucht. Am 14. Juli 2014 reisten sie in die Schweiz zurück.

In der Folge bot die Beklagte den Kläger beim Vertrauensarzt auf. Diesem schilderte der Kläger seine (behauptete) Krankheit, verschwieg ihm aber die Reise nach U. bzw. den Umstand, dass er während der fraglichen Zeit nicht zuhause geblieben war. Da die Beklagte weiterhin Zweifel an seiner Sachdarstellung hegte, eröffnete sie gegen ihn ein Disziplinarverfahren. In dessen Rahmen reichte der Kläger eine Stellungnahme per E-Mail ein, worin er bestätigte, dass er die ganze Zeit über zuhause geblieben sei und die Krankheit auskuriert habe. Anlässlich eines späteren Gesprächs mit seinem Vorgesetzten und der Vertreterin des HR gestand er seine Reise nach U. dann ein. Dem Kläger wurde sodann ein Untersuchungsbericht ausgehändigt, zu dem er mit E-Mail vom 28. Juli 2014 Stellung nahm.

Am 6. August 2014 eröffnete die Beklagte dem Kläger die Kündigung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist per 30. November 2014 und stellte ihn per sofort frei. Am 8. August 2014 meldete sich der Kläger nochmals bei der Beklagten mit einer erklärenden Stellungnahme, worauf diese ihm mitteilte, dass sie an der Kündigung festhalte. Am 19. September 2014 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 hielt die Beklagte erneut an ihrer Kündigung fest.

Mit Eingabe vom 30. April 2015 beantragte der Kläger beim Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Bülach, es sei festzustellen, dass er keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV X. begangen habe. Die am 4./6. August 2014 ausgesprochene Kündigung sei aufzuheben und das Arbeitsverhältnis sei ex tunc fortzusetzen. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, ihm wegen missbräuchlicher Kündigung eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, mindestens jedoch eine Entschädigung von Fr. 100'000.– (12 Monatslöhne) und ihm sei die zur Lizenzerhaltung erforderliche Nachschulung für die Instrumentenflugberechtigung



zu finanzieren. Es seien ihm schliesslich die ihm zustehenden sieben Ferientage durch die Beklagte abzurechnen und auszubezahlen.

Mit Urteil vom 28. September 2016 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Die dagegen vom Kläger erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 23. August 2017 ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts.

Gegen das Urteil des Obergerichts erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Er beantragt, es sei das Urteil des Obergerichts aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV X. begangen habe. Die am 4./6. August 2014 ausgesprochene Kündigung sei aufzuheben und das Arbeitsverhältnis sei ex tunc fortzusetzen.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz erwog, die Parteien seien sich einig, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin und dem von ihr als Pilot angestellten Beschwerdeführer die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages zwischen der Beschwerdegegnerin und X., gültig ab 1. November 2011, Anwendung fänden (nachfolgend: «GAV»); subsidiär gälten die Vorschriften des Obligationenrechts. Strittig sei hingegen, ob die von der Beschwerdegegnerin ausgesprochene Kündigung gemäss den einschlägigen Vorschriften zulässig gewesen sei.

Die Vorinstanz kam in einer ausführlichen Beweiswürdigung zum Schluss, dass die erstinstanzliche Beweiswürdigung nicht zu beanstanden sei und ein schlüssiges Bild ergebe: Die Beschwerdegegnerin habe den ihr obliegenden (Haupt) beweis erbracht, dass der Beschwerdeführer zur Zeit der U.-Reise nicht krank, sondern arbeitsfähig gewesen sei. Zu dieser Überzeugung führten insbesondere die entscheidend ins Gewicht fallenden, als eigentliches Eingeständnis des Beschwerdeführers zu wertenden E-Mails vom 28. Juli 2014 und vom 8. August 2014, in denen der Beschwerdeführer sein Fehlverhalten bereue und ausdrücklich von der «Geschichte mit der Krankheit» gesprochen habe bzw. zugegeben habe, die Reise «unentschuldigt» angetreten zu haben. Überdies sei nur mit Mühe vorstellbar und mutet es auch lebensfremd an, mit einer schweren Magen-Darm-Grippe (freiwillig) eine 24-stündige Reise nach Südamerika mit Bahn, Flug, Transfers etc. zu unternehmen. Darin lägen positive Sachumstände, die auf die beweisbedürftige negative Tatsache schliessen liessen. Zwar lägen zum Gegenbeweis gewisse Indizien für das Vorliegen der behaupteten Erkrankung vor, insbesondere die ärztliche Bestätigung von Ende April 2015 und die – allerdings äusserst vage – Zeugenaussage des Schwiegervaters des Beschwerdeführers. Gesamthaft gesehen ergebe sich aufgrund dieser Indizien jedoch nur unbedeutende leichte, keinesfalls aber ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Sachdarstellung der Beschwerde-

gegnerin. Sie könnten den Hauptbeweis somit nicht erschüttern und vermöchten nichts an der vollen Überzeugung zu ändern, dass sich die beweisbedürftige (negative) Tatsache verwirklicht habe, d.h. dass der Beschwerdeführer nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe. In sachverhaltlicher Hinsicht sei somit erstellt, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 der Arbeit ohne Rechtfertigungsgrund ferngeblieben sei und gegenüber der Beschwerdegegnerin und dem Vertrauensarzt mehrmals wahrheitswidrig angegeben habe, krank gewesen zu sein und sich zuhause auskurieren zu haben. Die trotz Arbeitsfähigkeit unternommene Reise nach U. und das mehrfache Verschweigen und Leugnen des wahren Sachverhalts durch den Beschwerdeführer stelle in rechtlicher Hinsicht eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV dar. Die Kündigung erweise sich demnach als rechtmässig.

Die Vorinstanz erwog zum Eventualstandpunkt des Beschwerdeführers, dass trotz der unbestrittenermassen harten Konsequenzen der Kündigung für den Beschwerdeführer kein derart krasses Missverhältnis zu den begründeten Interessen der Beschwerdegegnerin bestünde, dass die Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR zu qualifizieren wäre; umso mehr, als die Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts durch die Beschwerdegegnerin zu keinen Beanstandungen Anlass gebe. Schliesslich trat die Vorinstanz mangels hinreichender Begründung auf das Eventualbegehren bezüglich Abrechnung und Auszahlung von Ferientagen nicht ein.

4.

Vor Bundesgericht stellt der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung der Vorinstanz, dass er in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 nicht krank gewesen sei, nicht in Frage, zumindest nicht hinreichend. Ebenso wenig beruft er sich auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung nach Art. 336 OR, noch macht er eine Entschädigung für Ferien geltend.

Er beanstandet einzig die vorinstanzliche Auslegung des Gesamtarbeitsvertrag und rügt, dass sein Verhalten entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV darstelle und damit das «Drei-Stufen-Vorgehen» nach Art. 12.2 GAV hätte eingehalten werden müssen.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, dass nach der Regelung im GAV der «Ausnahmefall» der schwerwiegenden Pflichtverletzung nach Art. 12.3 GAV auf dieselbe Stufe gehoben werde, wie derjenige der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR. Die schwerwiegende Pflichtverletzung müsse demnach so schwer wiegen, dass sie auch zu einer fristlosen Kündigung berechtige. Art. 12.3 GAV und Art. 337 OR stünden sich «alternativ gegenüber». Die Auslegung der Vorinstanz, wonach die schwerwiegende Pflichtverletzung eine Kündigungsoption darstelle, welche zwischen der ordentlichen Kündigung im Drei-Stufen-Verfahren und der fristlosen Kündigung gemäss Art. 337 OR einzuordnen sei, widerspreche dem klaren Wortlaut des Gesamtarbeitsvertrages.

Die Kann-Vorschrift von Art. 12.3 GAV räume der Arbeitgeberin die Kündigungsoption ein, bei schwerwiegender Pflichtverletzung fristlos oder aber unter Einhaltung der Kündigungsfrist zu kündigen, wobei die Kündigung ohne Einhaltung des Drei-Stufen-Verfahrens ein Notventil analog der fristlosen Kündigung sei. Sodann lasse die zeitliche und finanzielle Belastung der Ausbildung, das strikte Senioritätsprinzip sowie die monopolähnliche Stellung der Beschwerdegegnerin im schweizerischen Arbeitsmarkt keine andere Auslegung zu, als dass die schwerwiegende Pflichtverletzung so schwer wiegen müsse, dass ebenso eine fristlose Kündigung gerechtfertigt wäre. «Ratio und Sinnzusammenhang» ergebe einen hohen Vertrauensschutz der Arbeitnehmer in den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses. Da bereits die «ordentliche Kündigung» einen Piloten schwer in der wirtschaftlichen Existenz treffe, müsse für das Vorliegen der schwerwiegenden Pflichtverletzung ein «mindestens ebenso strenger Massstab» gelten wie bei der fristlosen Kündigung. Die Vorinstanz habe mit der gegenteiligen Auffassung die bundesrechtlichen Grundsätze über die Auslegung von Gesamtarbeitsverhältnissen verletzt.

5.2 Die Erstinstanz schloss gestützt auf den Wortlaut von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV, der von einer «schwerwiegenden Pflichtverletzung» spreche, dass leichte und mittelschwere Pflichtverletzungen nicht zur direkten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ohne vorangegangene Ermahnung und Kündigungsandrohung berechtigten. Im Weiteren grenze der GAV diesen Tatbestand von der fristlosen Kündigung gemäss OR ab. Daraus ergebe sich, dass Letztere schwerer wiege als die «schwerwiegende Pflichtverletzung». Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV stelle eine Kündigungsoption dar, welche zwischen der ordentlichen Kündigung im Drei-Stufen-Verfahren und der fristlosen Kündigung gemäss Art. 337 OR einzuordnen sei. Erforderlich sei eine erhebliche Schwere des Fehlverhaltens, die aber nicht derart schwer sein müsse, dass sie bereits zu einer fristlosen Kündigung berechtige. Es müsse sich um besonders einschneidende Fälle handeln. Die Vorinstanz verwies auf diese erstinstanzlichen Erwägungen und bestätigte sie.

5.3. Die Vorinstanzen gingen zu Recht davon aus, dass die Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages über die Beendigung des Einzelarbeitsverhältnisses normative Bestimmungen darstellen, deren Auslegung sich nach den Grundsätzen über die Auslegung von Gesetzen richtet (BGE 140 V 449 E. 4.2; 136 III 283 E. 2.3.1 S. 284; 127 III 318 E. 2a; vgl. auch BGE 133 III 213 E. 5.2; 130 V 18 E. 4.2 S. 30).

Der auf das Vertragsverhältnis anwendbare Gesamtarbeitsvertrag regelt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Artikel 12. Art. 12.1 GAV bestimmt «unter Vorbehalt von Art. 337 und Art. 337a OR (fristlose Auflösung)» in allgemeiner Weise die Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Art. 12.2 GAV sieht «nach Ablauf der Basisausbildung» als Grundsatz vor, dass ein Arbeitsverhältnis «wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten» nur unter Einhaltung eines Drei-Stufen-Verfahrens aufgelöst werden kann (Art. 12.2.1 GAV). Dieses verlangt zunächst eine begründete

schriftliche Verwarnung (1. Stufe) und danach eine begründete schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung (2. Stufe). Erst in dritter Stufe ist die Kündigung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist erlaubt (Art. 12.2.1.1 bis 12.2.1.3 GAV).

Art. 12.2.3 GAV regelt die Ausnahmen vom Grundsatz des Drei-Stufen-Verfahrens: Ausgenommen ist, neben den hier nicht relevanten Konstellationen, nach Art. 12.2.3.4 GAV die Kündigung infolge schwerwiegender Pflichtverletzung nach Art. 12.3 GAV. Art. 12.3 GAV sieht unter dem Titel «Schwerwiegende Pflichtverletzung» das Folgende vor: «Beim Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann [die Beschwerdeführerin] das Arbeitsverhältnis (...) ohne Aussprechung einer Verwarnung und einer Verwarnung mit Kündigungsandrohung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf das Ende eines Monats ohne weiteres auflösen. Artikel 337 OR bleibt vorbehalten».

5.4 Im vorinstanzlichen Entscheid finden sich keine Feststellungen zur Entstehungsgeschichte des Gesamtarbeitsvertrags bzw. zum Willen der am Abschluss des Gesamtarbeitsvertrags beteiligten Parteien, was der Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht, zumindest nicht hinreichend, beanstandet. Aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 12 GAV ergibt sich, dass «nach Ablauf der Basisausbildung» die Kündigung grundsätzlich nach dem «Drei-Stufen-Verfahren» zu erfolgen hat (Art. 12.2 GAV). Ausgenommen von diesem Drei-Stufen-Verfahren sind dabei unter anderem einerseits die Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung nach Art. 12.3 GAV bzw. Art. 12.2.3.4 GAV und andererseits die in Art. 12.1 GAV und Art. 12.3 GAV ausdrücklich vorbehaltene fristlose Kündigung nach Art. 337 OR. Im Gesamtarbeitsvertrag wurde damit die Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung explizit als Ausnahme zum Grundsatz des Drei-Stufen-Verfahrens und in Abgrenzung zur weiteren Ausnahme der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR geregelt.

Mit dem Beschwerdeführer ist zwar davon auszugehen, dass im vorliegenden Gesamtarbeitsvertrag Wert auf einen hohen Vertrauensschutz der Arbeitnehmer in den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses gelegt wurde und daher grundsätzlich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Basisausbildung nur unter Einhaltung des Drei-Stufen-Verfahrens erfolgen kann. Die Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung wurde aber ausdrücklich als Ausnahme von diesem Grundsatz geregelt. Bezweckt wird damit, eine Kündigungsvariante vorzusehen, die zwischen der Kündigung im Drei-Stufen-Verfahren und der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR einzuordnen ist. Diesem Zweck widerspräche es, für die Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung die gleichen Anforderungen wie für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR zu fordern, wie dies der Beschwerdeführer vorbringt. Erforderlich ist für eine solche Kündigung vielmehr eine erhebliche Pflichtverletzung, sodass das Drei-Stufen-Verfahren nicht (vollständig) durchlaufen zu werden braucht, die aber noch nicht derart schwer sein muss, damit sie

bereits zu einer fristlosen Kündigung im Sinne von Art. 337 OR berechtigt. Entsprechend müssen für die Kündigung aufgrund schwerwiegender Pflichtverletzung zwar die ersten beiden Stufen des Drei-Stufen-Verfahrens nach Art. 12.2 GAV nicht eingehalten werden, die Kündigung erfolgt aber nicht fristlos, sondern unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist.

Nach dem Gesagten kann der Auffassung des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden, wonach der Grund für eine schwerwiegende Pflichtverletzung nach Art. 12.3 GAV bzw. Art. 12.2.3.4 GAV gleich schwer wiegen müsse wie für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR. Vielmehr führt die Auslegung des Gesamtarbeitsvertrags unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck zum Ergebnis, dass für eine Kündigung aufgrund einer schwerwiegenden Pflichtverletzung eine erhebliche Pflichtverletzung vorliegen muss, die aber nicht die Schwere aufzuweisen braucht, die zu einer fristlosen Kündigung im Sinne von Art. 337 OR berechtigen würde. Die erst- bzw. vorinstanzliche Auslegung ist nicht zu beanstanden.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, bei seiner Absenz vom 9. bis 15. Juli 2014 handle es sich nicht um ein unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit, denn er habe sich zufolge Krankheit abgemeldet. Krankmeldungen seien nicht planbar und erfolgten immer kurzfristig. Melde sich ein eingesetzter Pilot krank, so müsse Ersatz gesucht werden. Es sei unbestritten, dass er die U.-Reise sowohl gegenüber dem Vertrauensarzt als auch gegenüber den Vorgesetzten verschwiegen und als Absenzgrund Krankheit angegeben habe. Das Verschweigen resp. Leugnen der Arbeitsfähigkeit sei dem Tatbestand des Blaumachens jedoch inhärent und dürfe dem Beschwerdeführer nicht zusätzlich vorgeworfen werden. Das Blaumachen stelle sodann zwar eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar. Es sei aber für sich allein zu wenig schwerwiegend und erreiche nicht das für eine fristlose Entlassung notwendige Gewicht. Es stelle auch keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV dar. Erforderlich sei eine vorgängige Verwarnung, mithin eine wiederholte Tatbegehung. Die Vorinstanz sei von einer erhöhten Treuepflicht ausgegangen. Er sei jedoch kein leitender Angestellter, und die erhöhte Treuepflicht sei «tatsachenwidrig». Es würde auch nicht das erforderliche Mass der Treulosigkeit erreichen, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar mache. Die Vorinstanz habe sodann nicht berücksichtigt, dass er mehr als sieben Jahre bei der Beschwerdegegnerin gearbeitet, gute Leistungen erbracht und er gleichzeitig mit seiner Ehefrau zwei Wochen vor der Hochzeit die Arbeit verloren habe. Schliesslich habe er zufolge der monopolähnlichen Stellung der Beschwerdegegnerin bis heute keine Anstellung als Pilot in der Schweiz gefunden und seine Lizenzen seien abgelaufen.

6.2 Die Erstinstanz erwog zum Begriff der schwerwiegenden Pflichtverletzung nach Art. 12.3 GAV, dass es sich dabei um besonders

einschneidende Fälle handeln müsse. Einmaliges unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit («Blaumachen») unter einer vorgeschobenen Begründung wie Krankheit oder Unfall, wovon vorliegend auszugehen sei, reiche für eine fristlose Entlassung in der Regel nicht aus. Auch wenn beim Beschwerdeführer erschwerend hinzu komme, dass er seine Absenz mit falschen Angaben über eine angebliche Krankheit begründet und beharrlich bis zur Kündigung an seiner Lüge festgehalten habe, sei angesichts seines bisherigen tadellosen Verhaltens und der besonderen Umstände der Absenz (familiärer Druck) eine fristlose Entlassung wohl ausgeschlossen. Hingegen falle das Verhalten des Beschwerdeführers unter den Ausnahmetatbestand der schwerwiegenden Pflichtverletzung von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV. Zwar habe das Fernbleiben von der Arbeit keinen direkten Berührungspunkt zu Sicherheitsaspekten. Es tangiere aber das in den Beschwerdeführer gesetzte Vertrauen und damit auch die in der Flugbranche herrschende Fehlerkultur, wie sie die Beschwerdegegnerin in ihrem Manual Y. und in ihrem Manual Z. verbindlich für die Belegschaft festschreibe. Diese Grundsätze könnten als Richtlinie dienen, dass dem Vertrauen in den Mitarbeiter besonderes Gewicht zukomme und Fehler und Versäumnisse vorab einen Anlass zur Abklärung von Systemschwächen gäben und eine Disziplinierung des Mitarbeiters nur bei Nachlässigkeit oder bei Vorsatz stattfinden solle. Beim Beschwerdeführer liege keine Fahrlässigkeit, sondern vorsätzliches Handeln vor. Zudem sei seine Tätigkeit als Pilot absolut zentral für die Sicherheit im Flugverkehr. Entsprechend gewichtig sei das erforderliche, unbedingte Vertrauen, welches die Beschwerdegegnerin in ihn setzen müsse und setzen dürfe.

Die Erweiterung der gesetzlichen Kündigungsbestimmungen im GAV lasse die fristlose Kündigung bei «krassen Vertragsverletzungen» weiterhin zu, nämlich dann, wenn der kündigenden Partei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne. In gleicher Weise müsse auch die fragliche GAV-Bestimmung ausgelegt werden. Wenn die Pflichtverletzung oder das Fehlverhalten des Arbeitnehmers derart schwer wiege, dass der Arbeitgeberin eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit schriftlicher Ermahnung, gegebenenfalls mit schriftlicher Kündigungsandrohnung, nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden dürfe, eine fristlose Entlassung aber nicht gerechtfertigt und der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist trotz Pflichtverletzung zumutbar sei, so müsse das Drei-Stufen-Verfahren nicht eingehalten werden, sondern es dürfe sogleich ordentlich gekündigt werden. Das unentschuldigte Fernbleiben während mehrerer Tage während der Hauptsaison mit einer Ankündigungsfrist von wenigen Stunden vor dem Ablauf und das beharrliche Leugnen gegenüber dem Vertrauensarzt und den Vorgesetzten sei unter Berücksichtigung des namentlich für einen Piloten geltenden Sicherheitsstandards im Flugverkehr geeignet, das Vertrauen in den Beschwerdeführer nachhaltig zu zerstören. Die weitere Fortsetzung des

Arbeitsverhältnisses, lediglich verbunden mit einer schriftlichen Verwarnung, sei der Beschwerdegegnerin daher nicht zuzumuten gewesen. Die Schwere der Pflichtverletzung habe den gemäss Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV erforderlichen Grad erreicht. Die Kündigung erweise sich demnach als rechtmässig.

6.3 Die Vorinstanz verwies auf diese erstinstanzliche Würdigung. Sie erwog im Übrigen, dass der in den «Manuals» kodifizierte verbindliche Verhaltenskodex, der von den «Flight Crew Members» insbesondere auch «loyalty and integrity» verlange, zeige deutlich, welche eminente Bedeutung dem Vertrauen zukomme, das die Beschwerdegegnerin in ihre Angestellten und deren Integrität und Verlässlichkeit setze und setzen müsse. Dass dieses unabdingbare Vertrauen durch das unredliche Verhalten des Beschwerdeführers, der nicht nur mehrere Tage unentschuldigt (d.h. ohne rechtfertigenden Grund) der Arbeit fernblieb, sondern die Beschwerdegegnerin resp. deren Repräsentanten darüber hinaus mehrfach anlog und beharrlich an der «Geschichte» mit der zuhause auskurierten Krankheit festhielt, nachhaltig gestört habe und endgültig zerstört worden sei, liege auf der Hand und bedürfe keiner weiteren Erörterung. Gerade einem Piloten müsse angesichts seiner äusserst verantwortungsvollen Tätigkeit und des allgegenwärtigen absoluten Bedürfnisses nach Sicherheit im Flugverkehr unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können. Entsprechend stark (und wesentlich stärker als bei anderen Berufen) würden Vertrauensbrüche und Illoyalitäten im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ins Gewicht fallen. Das namentlich mehrfache Lügen und Festhalten an einer unwahren Sachdarstellung sei nicht nur moralisch störend, sondern verletze auch die arbeitsvertragliche Treuepflicht in gravierender Weise.

Zu Recht habe die Erstinstanz das Verhalten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der U.-Reise deshalb unter den unbestimmten Rechtsbegriff der «schwerwiegenden Pflichtverletzung» subsumiert, angesichts derer der Beschwerdegegnerin eine blosser Ermahnung, allenfalls mit Kündigungsandrohnung (im Sinne der beiden ersten Stufen) und damit im Ergebnis eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden könne. Dabei beziehe sich die Unzumutbarkeit auf die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses an sich, nicht auf den Zeitpunkt seiner Auflösung. Diesbezüglich sei die Erstinstanz zutreffend davon ausgegangen, dass es für die Beschwerdegegnerin zwar zumutbar sei, das Arbeitsverhältnis (unter sofortiger Freistellung des Beschwerdeführers) bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist, nicht aber darüber hinaus aufrecht zu erhalten. Deshalb seien die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR nicht, diejenigen für eine (direkte) Kündigung nach Art. 12.3 GAV jedoch gegeben.

6.4 Ob das Verhalten des Beschwerdeführers ein Grund für eine fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR wäre, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, da keine solche fristlose Entlassung im Raum steht. Es ist einzig zu beurteilen, ob das Verhalten des Beschwerdeführers

eine «schwerwiegende Pflichtverletzung» im Sinne von Art. 12.3 GAV darstellt und die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist direkt, mithin ohne das «Drei-Stufen-Verfahren» nach Art. 12.2 GAV, auflösen konnte. Dies lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab. Derartige Ermessensentscheide der Vorinstanz überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung aus (vgl. BGE 137 III 303 E. 2.1.1 S. 305).

Der Beschwerdeführer vermag dabei nicht aufzuzeigen, dass das Bundesgericht in den Ermessensentscheid der Vorinstanz eingreifen müsste: Zunächst stellte die Vorinstanz entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht fest, dass er ein leitender Angestellter gewesen wäre und für ihn deshalb eine erhöhte Treuepflicht gelte (vgl. dazu kürzlich Urteil 4A\_349/2017 vom 23. Januar 2018 E. 4.2). Vielmehr berücksichtigte sie bei ihrem Ermessensentscheid die berufliche Stellung des Beschwerdeführers als Pilot und schloss daraus, dass aufgrund dieses Berufs Vertrauensbrüche stark «und wesentlich stärker als bei anderen Berufen» ins Gewicht fallen würden.

Dem ist beizupflichten: Bei der vom Beschwerdeführer ausgeübten Tätigkeit als First Officer, also als Co-Pilot, handelt es sich um eine sehr verantwortungsvolle Tätigkeit (vgl. z.B. Art. 3 Abs. 2 und 3 der Verordnung vom 22. Januar 1960 über die Rechte und Pflichten des Kommandanten eines Luftfahrzeuges, SR 748.225.1). Angesichts dieser Tätigkeit muss dem Beschwerdeführer unbedingtes Vertrauen entgegengebracht werden können. Entsprechend ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass beim Beruf des Beschwerdeführers Vertrauensbrüche stärker ins Gewicht fallen als bei anderen, weniger verantwortungsvollen Tätigkeiten.

Der Beschwerdeführer blieb nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz während sieben Tagen seiner Arbeit unentschuldigt (d.h. ohne rechtfertigenden Grund) fern, während denen er mit seiner damaligen Freundin und jetzigen Ehefrau nach U. reiste, um einer Taufe beizuwohnen. Nach seiner Rückkehr schilderte er zunächst gegenüber dem Vertrauensarzt seine angebliche Krankheit und verschwieg ihm gegenüber die Reise nach U. bzw. dass er während der angeblichen Krankheit nicht zu Hause geblieben war. Nach Eröffnung eines internen Disziplinarverfahrens durch die Beschwerdegegnerin gab er in einer Stellungnahme per E-Mail wahrheitswidrig an, während der genannten Zeit an einer Magen-Darm-Grippe erkrankt zu sein und sich zuhause auskuriert zu haben. An einem anschliessenden Gespräch mit seinem Vorgesetzten und der Vertreterin des HR gestand er immerhin seine Reise nach U. ein.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist dem unentschuldigten Fernbleiben («Blaumachen») nicht inhärent, dass der Arbeitnehmer dem Vertrauensarzt nach seiner Rückkehr eine nicht vorgelegene Krankheit schildert und den Grund seiner Absenz verschweigt sowie anschliessend gegenüber dem Arbeitgeber in einer schriftlichen Stellungnahme und



in einem nachfolgenden Gespräch an der unwahren Sachdarstellung festhält. Vielmehr ging der Beschwerdeführer damit über die blosser Arbeitsverweigerung hinaus, was als zusätzliches, für ihn belastendes Moment zu gewichten ist (vgl. Urteil 4C.222/2003 vom 2. September 2003 E. 2.2. zu Art. 337 OR).

Unter Berücksichtigung der Position des Beschwerdeführers als Pilot stufte die Vorinstanz das gerade beschriebene Verhalten des Beschwerdeführers zu Recht als eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV ein, angesichts derer der Beschwerdegegnerin eine blosser Ermahnung, allenfalls mit Kündigungsandrohung (im Sinne der beiden ersten Stufen des «Drei-Stufen-Verfahrens» nach Art. 12.2 GAV) und damit im Ergebnis eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die Dauer der Kündigungsfrist von drei Monaten nicht mehr zugemutet werden konnte. An diesem Ergebnis vermag auch nichts zu ändern, dass der Beschwerdeführer zuvor mehrere Jahre bei der Beschwerdegegnerin tadellos arbeitete, die Beschwerdegegnerin über eine mutmasslich «monopolähnliche» Stellung im schweizerischen Markt verfügt und der Beschwerdeführer bezüglich der Teilnahme an der Taufe in Südamerika unter familiärem Druck stand. Dass er und seine Ehefrau gleichzeitig und zwei Wochen vor der Hochzeit die Arbeit bei der Beschwerdegegnerin verloren, stellt aus der Sicht des Beschwerdeführers sicher eine zusätzliche Härte dar, ist für die vorliegende Frage aber nicht entscheidend.

Zusammenfassend hat die Vorinstanz zu Recht entschieden, dass das Verhalten des Beschwerdeführers die Voraussetzungen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV erfüllt. Die Beschwerdegegnerin konnte nach Art. 12.3 GAV direkt die Kündigung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist aussprechen und brauchte das «Drei-Stufen-Verfahren» im Sinne von Art. 12.2 GAV nicht zu durchlaufen.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 26 avril 2018, Doss.-No 8D\_4/2017 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 23 mai 2017)*

**Droit de la fonction publique; supplément de salaire; droit acquis.**

**Les prétentions pécuniaires des agents de la fonction publique, qu'il s'agisse de prétentions salariales ou relatives aux pensions, n'ont en règle ordinaire pas le caractère de droits acquis. De tels droits ne peuvent naître en faveur des agents que si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications**

légales ou lorsque des assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel, soit en particulier lorsque le salaire a été fixé contractuellement, de façon individuelle ou par convention collective de travail (c. 5.2).

Lorsque l'agent public est engagé par un acte de nomination sous la forme d'une décision sujette à acceptation, il n'y a, en pratique, guère de place pour la négociation, l'individualisation et la flexibilisation. L'acte d'engagement soumet le fonctionnaire aux normes générales et statutaires régissant la fonction publique, notamment en qui concerne la grille des salaires, l'ensemble de la réglementation formant ce qu'il est convenu d'appeler le statut de la fonction publique. Cela n'exclut pas l'éventualité de clauses spécifiques contenues dans la décision d'engagement, par exemple le pourcentage d'occupation ou le lieu de travail ou encore la possibilité d'exercer une occupation accessoire. De tels arrangements ne peuvent toutefois donner naissance à des droits acquis en vertu du droit à la protection de la bonne foi que si leur fondement réside dans l'accord et non dans la loi (c. 5.6.1). Dans le cas d'espèce, l'agent ne saurait se prévaloir d'une assurance individuelle qui aurait fait naître une situation acquise en sa faveur (c. 5.6.1).

Extraits des faits:

A. est entré au service de l'Etat de Genève le 5 septembre 2011 en qualité de directeur du Service B.. Selon sa lettre d'engagement, du 4 août 2011, sa fonction était colloquée en classe 28. Son traitement de base annuel s'élevait à 197'673 fr. Sous la rubrique «Indemnités» il était indiqué: «cadre supérieur de 8,3%», soit un supplément de salaire correspondant à 8,3% du traitement.

Par décision du 20 avril 2015, le Conseil d'Etat a informé A. que l'indemnité de 8,3% de son traitement serait supprimée à partir du mois d'avril 2015. Cette décision faisait suite à l'adoption par le Grand Conseil de la loi 11328 du 29 janvier 2015 intitulée «Loi modifiant la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait; Suppression du 14<sup>e</sup> salaire des cadres supérieurs, dans un esprit de partage et de solidarité)». A. a recouru contre cette décision en concluant à sa nullité et au maintien de l'indemnité de 8,3% dès le mois d'avril 2015 jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle évaluation des fonctions. En cours de procédure, A. a démissionné de ses fonctions au service de l'Etat pour le 31 octobre 2015. Par arrêt du 23 mai 2017, la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève a rejeté le recours.

Extraits des considérants:

3.

La fonction du recourant, colloquée en classe 28, entrainait dans le champ d'application de l'ancien art. 23A de la loi [du canton de Genève] du 21 décembre 1973 concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait; RS/GE B 5 15). Cette disposition était ainsi libellée:

Dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle évaluation des fonctions, les cadres dès la classe 27 exerçant des responsabilités hiérarchiques peuvent percevoir une indemnité, égale à 8.3% de leur salaire annuel, versée en 13 mensualités. Le traitement, indemnité incluse, ne peut dépasser le montant correspondant à la classe 33, position 21, de l'échelle des traitements. Le Conseil d'Etat fixe par règlement la liste des bénéficiaires.

Cette disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Le même jour, une modification du règlement d'application du 17 octobre 1979 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (RTrait; RS/GE B 5 15.01) est entrée en vigueur, dont l'annexe contenait une «liste des fonctions de cadres supérieurs, classe 27 et plus, avec responsabilités hiérarchiques». Cette liste énumérait les fonctions concernées de médecins des Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) et de cadres supérieurs de l'administration cantonale.

L'art. 23A LTrait a été abrogé par la loi 11328 du 29 janvier 2015. Parallèlement à cette abrogation, cette loi a introduit dans la LTrait un art. 23B ainsi libellé:

Art. 23B Personnel médical (nouveau)

Dès l'entrée en vigueur de la loi 11328, du 29 janvier 2015, et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle évaluation des fonctions mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2017, les médecins des HUG dès la classe 27 exerçant des responsabilités hiérarchiques peuvent percevoir une indemnité, égale à 8,3% de leur salaire annuel, versée en 13 mensualités. Le traitement, indemnité incluse, ne peut dépasser le montant correspondant à la classe 33, position 14, de l'échelle des traitements. Le Conseil d'Etat fixe par règlement la liste des bénéficiaires.

C'est en vertu de cette nouvelle réglementation que le droit du recourant (non médecin) à l'indemnité litigieuse a été supprimé (voir aussi, à propos de cette suppression et sur le maintien temporaire en faveur des seuls médecins des hôpitaux publics genevois, colloqués à partir de la classe 27 et exerçant des responsabilités hiérarchiques, ATF 143 I 65).

4.

4.1 Le recourant invoque une violation par l'autorité cantonale de l'art. 9 Cst. Il fait valoir qu'en vertu de sa lettre d'engagement du 4 août

2011, il pouvait déduire, en toute bonne foi, qu'il bénéficierait d'une indemnité à hauteur de 8,3% de son salaire annuel tant et aussi longtemps qu'il exercerait ses fonctions en qualité de directeur du Service B. Il reproche à la Chambre administrative de n'avoir pas tenu compte de ce moyen de preuve qui, selon lui, doit être considéré comme une garantie spéciale qui lui a été accordée au moment de son engagement.

4.2 Savoir si une offre de preuve ou un élément porté à la connaissance de l'autorité est pertinent, de sorte que l'autorité en n'y donnant pas suite, a violé le droit d'être entendu, se confond avec le grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves (cf. ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148). Les griefs soulevés ici par le recourant seront donc au besoin examinés avec le fond du litige.

## 5.

5.1 Sous la rubrique «Violation du principe de la bonne foi et de la garantie des droits acquis» le recourant se prévaut du principe de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.), ainsi que du droit constitutionnel à la protection de la bonne foi protégé par l'art. 9 Cst. Il fait valoir que lorsqu'il s'est intéressé au poste de directeur du Service B. et qu'il a postulé pour cet emploi, il a reçu l'assurance qu'il bénéficierait, en qualité de cadre supérieur de l'Etat de Genève en classe 28, de l'indemnité de 8,3% de son traitement. Selon lui, cette garantie résulterait de la lettre d'engagement du 4 août 2011. Cette garantie spéciale lui aurait été accordée à titre individuel, dès lors que la lettre d'engagement lui était spécifiquement destinée. Le recourant soutient que cette condition d'engagement a été déterminante dans son choix d'accepter le poste de directeur du Service B.

5.2 Les prétentions pécuniaires des agents de la fonction publique, qu'il s'agisse de prétentions salariales ou relatives aux pensions, n'ont en règle ordinaire pas le caractère de droits acquis. Les rapports de service sont régis par la législation en vigueur au moment considéré. L'Etat est en effet libre de revoir en tout temps sa politique en matière de salaires et d'emploi et les personnes qui entrent à son service doivent compter avec le fait que les dispositions réglant leur statut puissent faire l'objet ultérieurement de modifications. Des droits acquis ne naissent dès lors en faveur des agents de la fonction publique que si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et des soustrait aux effets des modifications légales ou lorsque les assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel, soit en particulier lorsque le salaire a été fixé contractuellement, de façon individuelle ou par convention collective de travail (ATF 143 I 65 consid. 6.2 p. 72 et la jurisprudence citée; JASMIN MALLA, in *Bundespersönalgesetz [BPG]*, 2013, n. 12 ad art. 15 LPers; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, n. 280 p. 91).

5.3 Comme le Tribunal fédéral l'a constaté dans l'ATF 143 I 65, déjà cité, l'ancien 23A LTrait doit être compris dans ce sens que

l'indemnité est due au plus tard jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle grille des salaires. Le fait que le législateur avait prévu cette réglementation temporaire ne signifie pas qu'elle s'imposait au titre de droits acquis. En d'autres termes, on ne peut pas inférer du texte de cette ancienne disposition qu'elle était soustraite à toute modification légale. Rien n'empêchait le législateur de la modifier ou de l'abroger, surtout en considération du fait qu'il s'agissait d'un régime voulu temporaire par ses auteurs et que le nouveau système de rémunération n'avait toujours pas été mis en vigueur depuis 2009 (consid. 6). En l'occurrence, le recourant ne prétend toutefois pas déduire un droit acquis découlant directement d'une disposition légale ou réglementaire, en particulier de l'ancien art. 23A LTrat.

5.4 Le Tribunal fédéral admet que la protection des droits acquis peut découler aussi bien de la garantie de la propriété que du principe de la bonne foi (ATF 128 II 112 consid. 10a p. 125; arrêts 2C\_382/2016 du 11 juillet 2017 consid. 7.1 et 2C\_507/2011 du 16 janvier 2012 consid. 9.2). En l'espèce, il y a lieu d'envisager la question des droits acquis sous l'aspect du principe de la bonne foi, le recourant ne développant du reste aucune motivation relative à la garantie de la propriété.

5.5 Ancré à l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi confère au citoyen, à certaines conditions, le droit d'exiger des autorités qu'elles se conforment aux promesses ou assurances précises qu'elles lui ont faites et ne trompent pas la confiance qu'il a légitimement placée dans ces dernières (ATF 141 V 530 consid. 6.2 p. 538; 137 II 182 consid. 3.6.2 p. 193; 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 et les arrêts cités).

#### 5.6.

5.6.1 Il est incontestable – et incontesté – que les rapports de service du recourant étaient soumis au droit public (voir en particulier l'art. 1<sup>er</sup> de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux, du 4 décembre 1997 [LPAC; RS/GE B 5 05]). En règle générale, l'engagement du personnel de l'Etat peut s'effectuer soit par un contrat de droit administratif, soit par un acte de nomination sous la forme d'une décision sujette à acceptation. Il est admis que c'est ce dernier mode de création des rapports de service – plus traditionnel que le premier – qui prévaut à l'Etat de Genève. En effet, selon l'art. 10 al. 2 LPAC, le Conseil d'Etat, la commission de gestion du pouvoir judiciaire ou le Conseil d'administration nomme les fonctionnaires par un acte administratif soumis à l'accord de l'intéressé ou sollicité par lui (voir aussi DAVID HOFFMANN, *L'engagement et la gestion du personnel*, in *Les réformes de la fonction publique*, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p.114 sv.; HELOÏSE ROSELLO, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, 2016, p. 177; TANQUEREL, *op. cit.*, n. 274 p. 89). Dans ce système, il n'y a, en pratique, guère de place pour la négociation,

l'individualisation et la flexibilisation. L'acte d'engagement soumet le fonctionnaire aux normes générales et statutaires régissant la fonction publique, notamment en ce qui concerne la grille des salaires, l'ensemble de la réglementation formant ce qu'il est convenu d'appeler le statut de la fonction publique (TANQUEREL, *op. cit.*, n. 280 p. 91; ROSELLO, *op. cit.*, p. 174; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7<sup>e</sup> éd. 2016, n. 2012 p. 441). Cela n'exclut pas l'éventualité de clauses spécifiques contenues dans la décision d'engagement, par exemple le pourcentage d'occupation ou le lieu de travail ou encore la possibilité d'exercer une occupation accessoire. De tels arrangements ne peuvent toutefois donner naissance à des droits acquis en vertu du droit à la protection de la bonne foi que si leur fondement réside dans l'accord et non dans la loi. Ainsi la loi institue parfois la faculté de majorer le salaire pour les hauts fonctionnaires. Il ne s'agit pas, dans ce cas, d'une clause conventionnelle, mais de l'application de règles spéciales pour tenir compte – aux conditions de l'ordre juridique – de circonstances particulières liées au marché de l'emploi. Contrairement à ce que paraît croire le recourant, il ne suffit donc pas que la lettre d'engagement contienne une clause spéciale dérogeant aux règles générales sur le statut (sur ces questions, voir ROSELLO, *op. cit.*, p. 174 et note 946; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. III, 1992, p. 212 sv.).

5.6.2 En l'espèce, le traitement du recourant ne résulte pas d'une négociation entre l'autorité d'engagement et l'intéressé. L'octroi de l'indemnité litigieuse se fondait sur l'ancien art. 23A LTrait. Même si celle-ci concernait un nombre limité de fonctionnaires (cadres dès la classe 27 exerçant des responsabilités hiérarchiques), elle ne procédait pas d'une mesure salariale individuelle négociée entre l'autorité d'engagement et le recourant. Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans l'ATF 143 I 65, le législateur cantonal, lorsqu'il a adopté cette disposition, avait pour objectif principal de favoriser la motivation des hauts fonctionnaires de l'administration, qui n'était pas jugée suffisante, faute d'une rémunération adéquate, alors même qu'ils apportaient des compétences dont l'Etat avait besoin (consid. 5.3.1). Le recourant ne saurait, dans ces conditions, se prévaloir d'une assurance individuelle qui aurait fait naître une situation acquise en sa faveur.

6.

Vu ce qui précède, le recourant ne peut se prévaloir d'une garantie spécifique découlant de sa lettre d'engagement et les premiers juges n'ont pas procédé à une appréciation arbitraire des preuves en considérant, implicitement tout au moins, que cette lettre ne constituait pas un moyen de preuve pertinent pour l'issue du litige.

*Bundesgericht, Urteil vom 7. Mai 2018, Doss.-Nr. 4A\_579/2017 und 4A\_581/2017 (Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts des Kantons Luzern vom 25. September 2017, 4A\_579/2017; Abweisung der Beschwerde zu 4A\_581/2017), in: BGE 144 III 327*

**Art. 160 ff., Art. 321a, Art. 321e und Art. 362 OR; Arbeitsvertrag, Konventionalstrafe.**

**Vereinbarkeit einer Konventionalstrafe mit Art. 321e OR (E. 5); insbesondere Unterscheidung nach deren Straf- oder Ersatzcharakter (E. 5.2). Rechtsfolgen der Unvereinbarkeit einer Konventionalstrafe mit Art. 321e OR (E. 5.4).**

**Art. 160 ss, art. 321a, art. 321e et art. 362 CO; contrat de travail, clause pénale.**

**Examen de la compatibilité d'une clause pénale avec l'art. 321e CO (consid. 5), en tenant notamment compte de la distinction entre la fonction indemnitaire et la fonction répressive d'une telle clause (consid. 5.2). Conséquences de l'incompatibilité de la clause pénale avec l'art. 321e CO (consid. 5.4).**

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Arbeitsvertrag vom 12. April 2011 wurde Dr. A. (Beklagte) von der B. AG (Klägerin) per 1. Mai 2011 als geschäftsführende Ärztin der Arztpraxis Dr. D. an der Strasse X. in U. angestellt. In Ziff. 16 des Arbeitsvertrages wird unter dem Titel «Konventionalstrafe» Folgendes festgehalten:

«Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag, insbesondere gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht schuldet die Arbeitnehmerin eine Konventionalstrafe von je CHF 50'000.– pro Verstoss.

Die Bezahlung der Konventionalstrafe befreit die Arbeitnehmerin nicht von der weiteren Einhaltung des Vertrages, insbesondere des Konkurrenzverbots, der Geheimhaltungspflicht oder dem Verbot der Abwerbung. In jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, kann die Arbeitgeberin die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes sowie den Ersatz weiteren Schadens verlangen.»

A.b Mit Schreiben vom 17. November 2011 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 31. Dezember 2011.

B.

B.a Mit Klage vom 24. Februar 2014 beim Arbeitsgericht des Kantons Luzern beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr infolge von Verletzungen des Arbeitsvertrages vom 12. April 2011 eine Konventionalstrafe von insgesamt Fr. 150'000.– nebst Zins zu 5% seit 2. September 2013 zu bezahlen.

Mit Urteil vom 7. Oktober 2016 wies das Arbeitsgericht des Kantons Luzern die Klage ab.

B.b Dagegen erhob die Klägerin am 11. November 2016 Berufung beim Kantonsgericht des Kantons Luzern. Sie beantragte, das Urteil sei aufzuheben, und wiederholte ihren Hauptantrag.

Mit Urteil vom 25. September 2017 verurteilte das Kantonsgericht des Kantons Luzern die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Berufung, der Klägerin Fr. 50'000.– nebst Zins zu 5% seit 2. September 2013 zu bezahlen.

Das Kantonsgericht kam zum Schluss, die Beklagte habe zwei Vertragsverletzungen begangen. Erstens holte sie keine schriftliche Zustimmung der Klägerin zur Aufnahme einer Nebentätigkeit als Belegärztin an einer Privatklinik ein. Zweitens gab sie bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin die mit der Praxis verknüpfte Zahlstellenregisternummer (ZSR-Nummer) nicht zurück. Eine Vertragsverletzung hinsichtlich der Abwerbung von Patienten sowie rufschädigender Äusserungen über die Nachfolgerin der Beklagten verneinte das Kantonsgericht hingegen.

C.

Beide Parteien haben Beschwerde in Zivilsachen eingereicht. Die Klägerin beantragt, es sei das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, ihr eine Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 150'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen. Die Beklagte beantragt, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde der Beklagten gut und hebt das Urteil der Vorinstanz auf. Die Beschwerde der Klägerin wird abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Die Vorinstanz erwog, Ziff. 16 des Arbeitsvertrages vom 12. April 2011 sei so auszulegen, dass die Parteien jegliche Zuwiderhandlungen gegen den Arbeitsvertrag mit einer Konventionalstrafe von Fr. 50'000.– sanktionieren wollten, unabhängig von der Art und Schwere der Verletzung. Die Beklagte habe zwei Vertragsverletzungen begangen, indem sie einerseits eine schriftliche Zustimmung der Klägerin zur Aufnahme einer Tätigkeit als Belegärztin an der Klinik E. nicht einholte und andererseits bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin die ZSR-Nummer nicht zurückgab.

Da diese beiden Verletzungen nicht die eigentlichen Sorgfalts- und Treuepflichten von Art. 321a OR betreffen, sei nicht zu untersuchen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe lediglich Straf- oder auch Ersatzcharakter habe. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Konventionalstrafe mit Art. 321e OR sei der Charakter der Konventionalstrafe nur bei solchen Vertragsverletzungen zu prüfen, die Verletzungen gegen die Sorgfalts- und



Treuepflicht des Arbeitnehmers darstellten. Bei sonstigen Verletzungen sei eine solche Prüfung nicht erforderlich.

Die Beklagte rügt dagegen, die zwischen den Parteien vereinbarte Konventionalstrafe sei nichtig. Der Konventionalstrafe komme ausschliesslich Ersatzcharakter zu, weshalb die Vereinbarung einer solchen Strafe gegen den teilzwingenden Art. 321e i.V.m. Art. 362 Abs. 1 OR verstosse. Die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung zwischen Verletzungen der Sorgfalts- und Treuepflicht und sonstigen Vertragsverletzungen sei bundesrechtswidrig; sämtliche Vertragsverletzungen seien vom Anwendungsbereich von Art. 321e OR erfasst.

4.2 Nach Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer für den Schaden verantwortlich, den er absichtlich oder fahrlässig dem Arbeitgeber zufügt. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR).

4.2.1 Die Arbeitnehmerhaftung im Sinne von Art. 321e OR setzt nach den allgemeinen Regeln der Vertragshaftung eine Vertragsverletzung, einen Schaden, ein Verschulden und einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen Schaden voraus (Urteil 4C.196/1998 vom 17. August 1998 E. 3, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 1999 S. 293; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5. Aufl. 2016, N. 2820 ff.; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3. Aufl. 2014, S. 117; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7. Aufl. 2012, N. 4 zu Art. 321e OR). Der Arbeitgeber muss die Vertragsverletzung, den Schaden sowie den erforderlichen Kausalzusammenhang nachweisen. Dem Arbeitnehmer steht der Exkulpationsbeweis offen (Urteil 4C.196/1998 vom 17. August 1998 E. 3, in: JAR 1999 S. 293).

4.2.2 Vorausgesetzt zur Begründung eines Haftungsanspruches des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer im Sinne von Art. 321e OR ist somit neben den übrigen Haftungsvoraussetzungen eine Vertragsverletzung. Mit Bezug auf die gesetzlich umschriebenen Arbeitnehmerpflichten sprechen das Bundesgericht und ein Teil der Lehre auch von einer Verletzung gemäss den Art. 321–321d OR (Urteile 4C.174/2003 vom 27. Oktober 2003 E. 6.2; 4C.169/2001 vom 22. August 2001 E. 5b; FRANK EMMEL, in: *Vertragsverhältnisse*, Bd. II, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 321e OR). Eine darüber hinausgehende Unterscheidung zwischen Verletzungen der Sorgfalts- bzw. Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR und sonstigen Vertragsverletzungen wird weder in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung noch in der Lehre zu Art. 321e OR gemacht (Urteile 4C.174/2003 vom 27. Oktober 2003 E. 6.2; 4C.169/2001 vom 22. August 2001 E. 5b; 4C.196/1998 vom 17. August 1998 E. 3, in: JAR 1999 S. 293; TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéci-*

aux, 5. Aufl. 2016, N. 2820 ff.; WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 117; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 4 zu Art. 321e OR; REHBINDER/STÖCKLI, in: Berner Kommentar, 2. Aufl. 2010, N. 1 zu Art. 321e OR; LUKASZ GREBSKI, in: OR, Kommentar, Kren Kostkiewicz und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 321e OR; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in: *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon [Hrsg.], 2013, N. 18–21 zu Art. 321e OR; EMMEL, a.a.O., N. 2 zu Art. 321e OR).

4.2.3 Die von der Vorinstanz vorgenommene Unterscheidung findet in der gesetzlichen Regelung keine Stütze. Aus dem in der Lehre teilweise angebrachten Hinweis, Art. 321e Abs. 1 OR sei in Zusammenhang mit Art. 321a Abs. 1 OR zu lesen (vgl. REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 1 zu Art. 321e OR), lässt sich nichts anderes ableiten. Auch diese Autoren schränken nicht den Anwendungsbereich von Art. 321e OR auf eine bestimmte Art von Verletzungen ein. Anders als die Vorinstanz anzunehmen scheint, ist eine klare Zuordnung der einzelnen vertraglich vereinbarten Pflichten der Beklagten zu den beiden von ihr unterschiedenen Kategorien weder möglich noch sachdienlich. Vielmehr gilt Art. 321a Abs. 1 OR für sämtliche Arbeitnehmerpflichten. Zudem verkennt die Vorinstanz, dass die Parteien frei sind, die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht im Sinne von Art. 321a OR vertraglich zu erweitern (BGE 117 II 72 E. 4a S. 74; Urteil 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 2 mit Hinweisen). Bei den zur Diskussion stehenden vertraglich vereinbarten Pflichten der Beklagten handelt es sich namentlich um eine Konkretisierung bzw. Erweiterung der gesetzlich umschriebenen Pflichten der Arbeitnehmerin. Indem sie die Vereinbarkeit der Konventionalstrafe mit Art. 321e OR nicht prüfte, schränkte die Vorinstanz den Anwendungsbereich dieser Bestimmung in bundesrechtswidriger Weise ein.

4.2.4 Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ist die Vereinbarkeit der zwischen der Klägerin und der Beklagten vereinbarten Vertragsstrafe mit Art. 321e OR zu prüfen.

## 5.

5.1 Nach Art. 362 Abs. 1 OR darf durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag von Art. 321e OR nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Der Arbeitnehmer darf durch vertragliche Abmachungen nicht gegenüber der gesetzlichen Regelung schlechter gestellt werden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5 zu Art. 321a OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 41 zu Art. 321e OR; JÜRG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, N. 13 zu Art. 321e OR). Deshalb wird in der Lehre einhellig die Auffassung vertreten, Konventionalstrafen zur Sicherung der Einhaltung arbeitsvertraglicher Pflichten dürften nicht einer Haftungsverschärfung gleichkommen (DIMITRI SANTORO, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, 2001, S. 46; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 15 zu Art. 321e OR; DUNAND, a.a.O., N. 18–21 zu Art. 321e OR; GABRIEL AU-

BERT, in: *Commentaire romand, Code des obligations*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 7 zu Art. 321e OR).

Von Art. 321e OR nicht ausgeschlossen sind sog. Disziplinarmaßnahmen. Diese können unter gewissen Voraussetzungen gültig arbeitsvertraglich vereinbart und insofern als Vertragsstrafen aufgefasst werden (BGE 119 II 162 E. 2; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 44 zu Art. 321d OR; MANFRED REHBINDER, *Ordnungsstrafen im schweizerischen Arbeitsrecht* [im Folgenden: *Ordnungsstrafen*], in: *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, 1984, S. 261; ROLAND MÜLLER, *Betriebliches Disziplinarwesen*, 1983, S. 55 ff., 89 und 95 ff.; WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 130; FRANK VISCHER, in: *Arbeitsgesetz*, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 32 zu Art. 38 ArG; ROLAND A. MÜLLER, in: *ArG Kommentar*, 8. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 38 ArG).

## 5.2

5.2.1 Die Konventionalstrafe im Sinne von Art. 160 ff. OR dient der Sicherung der richtigen Erfüllung von Vertragspflichten (sog. Sicherungsfunktion). Bei Vertragsverletzungen ist eine Konventionalstrafe grundsätzlich auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet und weist somit eine Ausgleichsfunktion auf. Zudem kann eine Konventionalstrafe eine Straffunktion aufweisen, indem der Leistungsschuldner infolge einer Vertragsverletzung sanktioniert wird (ROLAND BENTELE, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160–163 OR*, 1994, S. 9 ff.; SANTORO, a.a.O., S. 23 ff.; EHRAT/WIDMER, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 1 zu Art. 160 OR; MICHEL MOOSER, in: *Commentaire romand, Code des obligations*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, N. 2 zu Art. 160 OR; vgl. auch GASPARD COUCHEPIN, *La clause pénale*, 2008, N. 129 ff., wonach die Konventionalstrafe darüber hinaus noch eine Selbsthilfefunktion aufweist).

In der Lehre wird in Bezug auf die Vereinbarkeit von Konventionalstrafen mit Art. 321e OR teilweise danach differenziert, ob der Konventionalstrafe Straf- und/oder Ersatzcharakter zukommt (SANTORO, a.a.O., S. 46; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 15 zu Art. 321e OR). Ersatzcharakter habe eine Konventionalstrafe dann, wenn sie auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichtet sei und somit das wirtschaftliche Interesse an der mangelfreien Pflichterfüllung betreffe. Diesem Interesse entspreche auch die Haftungsnorm von Art. 321e OR, weshalb eine Strafabrede mit Ersatzcharakter insofern in den Regelungsbereich dieser Norm falle (SANTORO, a.a.O., S. 47).

## 5.2.2

5.2.2.1 Wie eine Konventionalstrafe auszulegen ist, entscheidet sich primär nach dem Parteiwillen. Die Willenserklärungen der Parteien sind, da ein übereinstimmender wirklicher Wille nicht ermittelt werden konnte (Art. 18 Abs. 1 OR), aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 144 III 93 E. 5.2.3

S. 98 f.; BGE 143 III 157 E. 1.2.2; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666). Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 126 III 119 E. 2c S. 121; BGE 122 III 420 E. 3a S. 424; vgl. auch BGE 140 III 134 E. 2 S. 139).

5.2.2.2 Nach dem Wortlaut von Ziff. 16 des Arbeitsvertrages darf die Klägerin bei einer Vertragsverletzung in jedem Fall, auch bei Bezahlung der Konventionalstrafe, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes sowie den «Ersatz weiteren Schadens» verlangen. Dies kann nicht anders verstanden werden denn als Hinweis darauf, dass mit der Vertragsstrafe (auch) der infolge einer durch den Arbeitnehmer begangenen Vertragsverletzung entstandene Schaden ersetzt werden soll, was dem Wesen der Konventionalstrafe entspricht (vgl. E. 5.2.1 hiervor). Dass sich die Klägerin darüber hinaus vorbehält, die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen, ändert nichts daran.

5.2.3 Somit steht fest, dass die zwischen den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe teilweise auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile ausgerichtet ist und insofern Ersatzcharakter aufweist. Soweit die Vertragsstrafe die Haftung der Beklagten als Arbeitnehmerin betrifft, fällt sie in den Regelungsbereich von Art. 321e Abs. 1 OR. Es ist folglich zu prüfen, ob die vereinbarte Konventionalstrafe die Haftung der Beklagten als Arbeitnehmerin unzulässigerweise verschärft.

### 5.3

5.3.1 Die Vereinbarung einer auf den Ausgleich vermögensrechtlicher Nachteile gerichteten Konventionalstrafe kann die Arbeitnehmerhaftung in verschiedener Hinsicht verschärfen.

5.3.1.1 Unzulässig ist die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Haftung des Arbeitnehmers. Gemäss Art. 321e OR haftet der Arbeitnehmer nur, wenn er den Schaden dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt; ein Verschulden des Arbeitnehmers ist zwingend vorausgesetzt. Eine verschuldensunabhängige Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter ist somit unzulässig (WYLER/HEINZER, a.a.O., S. 118; SANTORO, a.a.O., S. 47; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 79; WOLFGANG PORTMANN, Individualarbeitsrecht, 2000, S. 77).

5.3.1.2 Unzulässig sind zudem Abreden, welche eine Beweislastumkehr zuungunsten des Arbeitnehmers bewirken. Dabei ist vordergründig an Abreden zu denken, welche die Exkulpationspflicht des Arbeitnehmers ausdehnen bzw. die Exkulpation erschweren oder verunmöglichen (THOMAS GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, 1983, S. 122; RICHARD ALTHERR, Die Mankohaftung im Arbeitsverhältnis, 1980, S. 80 f.).

5.3.1.3 Weil die Arbeitnehmerhaftung gemäss Art. 321e OR zwingend den Eintritt eines ersatzpflichtigen Schadens voraussetzt, verstösst eine vertragliche Abrede gegen diese Haftungsnorm, wenn sie zu einer schadensunabhängigen Haftung des Arbeitnehmers führt. Da der Arbeitnehmer

höchstens für den verursachten Schaden haftbar gemacht werden kann, ist die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Zahlung einer den tatsächlich eingetretenen Schaden übersteigenden Vertragsstrafe unzulässig (SANTORO, a.a.O., S. 47; DUNAND, a.a.O., N. 18–21 zu Art. 321e OR; AUBERT, a.a.O., N. 7 zu Art. 321e OR).

5.3.2 Die von den Parteien arbeitsvertraglich vereinbarte Konventionalstrafe setzt kein Verschulden der Beklagten voraus. Ausgelöst wird gemäss der ausdrücklichen vertraglichen Regelung die Pflicht zur Zahlung der Konventionalstrafe durch eine Vertragsverletzung («Bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag»); ein Verschulden ist nicht erforderlich. Somit wurde rechtsgeschäftlich eine verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten vereinbart, was eine unzulässige Haftungsverschärfung bedeutet. Weiter lässt sich auch der Umstand, dass die Konventionalstrafe mit Ersatzcharakter unabhängig vom Vorliegen eines Schadens geschuldet sein soll, nicht mit Art. 321e OR vereinbaren.

#### 5.4

5.4.1 Soweit die vereinbarte Konventionalstrafe mit Art. 321e OR unvereinbar ist, ist diese nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 362 Abs. 2 OR ist nicht der ganze Vertrag, sondern sind ausschliesslich die von den teilzwingenden Vorschriften zugunsten des Arbeitnehmers abweichenden Abreden nichtig. An Stelle der nichtigen Abrede tritt die zwingende Norm, und zwar ohne Rücksicht auf den hypothetischen Parteiwillen. Der Arbeitsvertrag bleibt im Übrigen bestehen (BOHNET/DIETSCHY, in: *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon [Hrsg.], 2013, N. 18–21 zu Art. 321e OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 6 zu Art. 361 OR; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., N. 8 zu Art. 361 OR).

Eine Konventionalstrafe, der Ersatzcharakter zukommt, ist folglich nicht im entsprechenden Umfang herabzusetzen, sondern nichtig (STAEHELIN, a.a.O., N. 41 zu Art. 321e OR; SANTORO, a.a.O., S. 48; vgl. auch COUCHEPIN, a.a.O., N. 546 ff.; BENTELE, a.a.O., S. 61 ff.; anders: Urteil 4A\_595/2012 vom 21. Dezember 2012 E. 4.4; vgl. die berechtigte Kritik von MARTIN FARNER, *Die Sicherung der Treuepflicht mit Konventionalstrafe*, *Anwaltsrevue* 5/2013 S. 223). Nur übermässig hohe Konventionalstrafen werden im Sinne von Art. 163 Abs. 3 OR nach dem Ermessen des Richters herabgesetzt; auf wegen eines Verstosses gegen eine (teil-) zwingende arbeitsrechtliche Bestimmung nichtige Konventionalstrafen ist diese Vorschrift hingegen nicht anwendbar (vgl. COUCHEPIN, a.a.O., N. 546 ff.).

5.4.2 Mit der umstrittenen Konventionalstrafe haben die Parteien eine schadens- und verschuldensunabhängige Haftung der Beklagten vereinbart. Insoweit sie einer mit Art. 321e OR nicht zu vereinbarenden Haftungsverschärfung gleichkommt, ist diese Vereinbarung nichtig.

5.5 Eine Konventionalstrafe ist mit Rücksicht auf Art. 321e OR nur zulässig, soweit sie Disziplinarcharakter aufweist. Es ist folglich zu prüfen,

ob die vereinbarte Konventionalstrafe insoweit aufrechterhalten werden kann.

5.5.1 Unter dem geltenden Recht wird die Frage der Zulässigkeit und der Ausgestaltung von Disziplinar massnahmen vor allem im Zusammenhang mit Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) diskutiert (vgl. etwa VISCHER, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 38 ArG; REHBINDER, Ordnungsstrafen, a.a.O., S. 262 ff.; MÜLLER, a.a.O., N. 1 ff. zu Art. 38 ArG). Nach dieser Vorschrift sind Ordnungsstrafen nur zulässig, wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind. Vorliegend ist zu beachten, dass die Beklagte als Geschäftsführerin der Arztpraxis nach Art. 3 lit. d ArG vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgenommen ist. Ob die vertraglich vereinbarte Konventionalstrafe den Anforderungen von Art. 38 Abs. 1 ArG genügt, ist somit unerheblich. Dies ändert jedoch nichts daran, dass Disziplinar massnahmen auch im Verhältnis zwischen Arbeitgebern und leitenden Angestellten Grenzen gesetzt sind. Im Arbeitsvertragsrecht verfügt der Arbeitgeber grundsätzlich über keine Disziplinargewalt gegenüber dem Arbeitnehmer; Disziplinar massnahmen dürfen auf keinen Fall nach Belieben verhängt werden (BGE 119 II 162 E. 2).

5.5.2 Disziplinar massnahmen können grundsätzlich als Vertragsstrafen in einem Einzelarbeitsvertrag vereinbart werden (vgl. E. 5.1 hiavor). Damit sie jedoch gültig vereinbart werden, muss die Höhe der Strafe bestimmt und verhältnismässig sein. Weiter müssen die Tatbestände, die unter Strafe gestellt werden, klar umschrieben sein (BGE 119 II 162 E. 2; STAEHELIN, a.a.O., N. 23 zu Art. 321d OR; VISCHER, a.a.O., N. 32 zu Art. 38 ArG). Erforderlich ist, dass jeder einzelne Verstoss, der zur Ausfällung einer Strafe führen soll, sowie die entsprechende Sanktion hinreichend klar festgelegt werden. Der Arbeitnehmer muss im Klaren darüber sein, welches Verhalten mit welcher Strafe sanktioniert wird. Nur so kann sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber die ihm vertraglich eingeräumte Disziplinargewalt nicht missbraucht (BGE 119 II 162 E. 2; REHBINDER, Ordnungsstrafen, a.a.O., S. 262).

5.5.3 Nach Ziff. 16 des Arbeitsvertrages vom 12. April 2011 wird von der Klägerin «bei Zuwiderhandlungen gegen diesen Vertrag» eine Strafe geschuldet. Als Beispiele von Vertragsverletzungen werden Zuwiderhandlungen gegen das Konkurrenzverbot oder die Geheimhaltungspflicht erwähnt. Eine darüber hinausgehende Umschreibung der Tatbestände, welche die Zahlung der Vertragsstrafe auslösen soll, ist im Arbeitsvertrag nicht enthalten. Es ist vielmehr davon auszugehen, wie die Vorinstanz erwog, dass jegliche Zuwiderhandlungen der Beklagten gegen den Arbeitsvertrag mit einer Konventionalstrafe sanktioniert werden sollten, unabhängig von der Art und Schwere der Verletzung. Diese Vertragsklausel erfüllt das Bestimmtheitserfordernis folglich klar nicht. Die Abrede, wonach sämtliche Vertragsverletzungen zur Ausfällung einer Vertragsstrafe

führen, vermag eine konkrete Umschreibung der einzelnen Tatbestände nicht zu ersetzen. Da die Tatbestände, welche die Vertragsstrafe auslösen, nicht hinreichend bestimmt sind, ist nicht zu prüfen, ob eine Disziplinar-massnahme überhaupt zur Durchsetzung der zur Diskussion stehenden Vertragsverletzungen eingesetzt werden durfte.

Somit steht fest, dass die Parteien keine gültige Disziplinar-mass-nahme vereinbart haben. Die Frage der Verhältnismässigkeit der vereinbarten Strafe kann folglich offengelassen werden.

*Bundesgericht, Urteil vom 14. Mai 2018, Doss.-Nr. 4A\_574/2017 (Bestäti-gung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 25. August 2017)*

**Im Arbeitszeugnis sind längere Arbeitsunterbrüche zu erwähnen, auch wenn sie krankheitsbedingt waren, sofern sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen (vorliegend 6.5 Monate bei einer neunjährigen Arbeitstätigkeit). Gerade weil der Arbeitnehmer erst ca. vier Jahre vor seinem Ausscheiden stellvertreten-der Geschäftsführer wurde und die gesamte krankheits- und freistel-lungsbedingte Absenz in die Zeit fiel, in der er diese Position inne hat-te, würde eine Nichterwähnung zu einem unzutreffenden Eindruck bezüglich der von ihm diesbezüglich erworbenen Berufserfahrung führen (E. 4).**

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) war von Januar 2004 bis Ende 2013 bei der B. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) angestellt, zuletzt als stellvertretender Geschäftsführer. Er erhob mehrere Ansprüche aus diesem Arbeitsverhältnis, deren Erfüllung die Arbeit-geberin verweigerte.

Mit Klage vom 26. Mai 2014 beim Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt verlangte der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Bonus-leistungen von je Fr. 40'000.– für die Jahre 2012 und 2013, eine Entschä-digung nach Art. 336a OR von drei Monatslöhnen und eine Gehaltsnach-zahlung für die Dauer der Krankheit zu zahlen sowie ein Arbeitszeugnis mit dem in der Klage aufgeführten Wortlaut auszustellen. Mit Entscheid vom 2. Februar 2016 wies das Zivilgericht die finanziellen Forderungen des Klägers vollumfänglich ab. Es verpflichtete die Beklagte, ein Arbeits-zeugnis gemäss Dispositiv auszustellen.

Der Kläger erhob Berufung beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Er beantragte, die Beklagte habe Fr. 91'184.67 zu bezahlen und ihm ein Arbeitszeugnis gemäss Textvorschlag in der Berufung auszu-

stellen. Das Appellationsgericht wies die Berufung mit Entscheid vom 25. August 2017 ab.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 6. November 2017 beantragt der Kläger, der angefochtene Entscheid sei kostenfällig aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm Fr. 80'000.–, eventualiter Fr. 11'144.62, zu zahlen und ein Arbeitszeugnis mit dem in der Beschwerde aufgeführten Wortlaut auszustellen.

Aus den Erwägungen:

4.

Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich, dass ihm ein Arbeitszeugnis mit dem Wortlaut ausgestellt wird, den er in seinem Begehren auführt. Strittig ist ein einziger Satz. Die Erstinstanz erachtete die Bemerkung der Beschwerdegegnerin im Arbeitszeugnis als bundesrechtswidrig, wonach der Beschwerdeführer seit dem 1. Januar 2013 keine Tätigkeit mehr für sie ausgeführt habe und in der Folge freigestellt worden sei. Eine ersatzlose Streichung kam für die Erstinstanz jedoch nicht in Frage, da ein Arbeitszeugnis zwar wohlwollend, aber korrekt abzufassen sei. Die Formulierung, der Beschwerdeführer sei 2013 längere Zeit aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung verhindert gewesen, erscheine angebracht. Die Vorinstanz teilte die erstinstanzliche Auffassung. Der Beschwerdeführer will, dass auch der vom Gericht formulierte Satz ersatzlos gestrichen wird. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig ermittelt. Unbestritten sei, dass er vom 1. Januar bis Mitte Juli 2013 infolge eines Burnouts krankgeschrieben gewesen sei. Seine krankheitsbedingte Absenz habe 6.5 Monate und damit deutlich weniger als ein Jahr gedauert. Die Vorinstanz erachte eine «halbjährige krankheitsbedingte Absenz, wovon ein grosser Teil ununterbrochen, auch bei einer neunjährigen Arbeits-tätigkeit als erhebliche Absenz.» Diese Feststellung sei willkürlich und widerspreche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Gemäss Rubrum [recte: Regeste] von BGE 136 III 510 sei im Zeugnis erst eine mindestens einjährige krankheitsbedingte Absenz, die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar gewesen sei, zu erwähnen. Beide Voraussetzungen seien hier nicht gegeben. Er habe von 2003 [recte: 2004] bis 2013 bei der Beklagten [recte: Beschwerdegegnerin] gearbeitet, also während zehn Jahren. Zudem habe er bereits vor Ablauf der Freistellung eine neue Stelle angetreten, sei also wieder gesund gewesen. Gemäss SUSANNE JANSSEN [recte: JANSSEN], Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 1996, S. 127, dürfe eine geheilte Krankheit nicht erwähnt werden, sofern sie die Beurteilung der Leistung nicht beeinträchtige. Der angefochtene Entscheid sei willkürlich und der strittige Satz im Zeugnis zu streichen.

Entgegen dem Beschwerdeführer geht es hier nicht um Sachverhaltsfeststellung, sondern um rechtliche Wertung. Der Erstinstanz folgend erachtete die Vorinstanz eine halbjährige, weitgehend ununterbrochene krank-



heitsbedingte Absenz auch in Relation zu einer neunjährigen Tätigkeit als erheblich. Zudem sei bei einem Arbeitnehmer mit der Kaderstellung des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass eine solche Absenz einen erheblichen Einfluss auf die Leistung gehabt habe. Diese zweite Begründung scheint der Beschwerdeführer übersehen zu haben, jedenfalls geht er nicht darauf ein. Seine Rüge vermag aber auch ansonsten nicht zu überzeugen. Wie ihm bereits die Vorinstanz zu Recht vorhielt, gibt er BGE 136 III 510 bloss unvollständig wie der resp. entnimmt diesem Urteil eine Aussage, die es nicht enthält. Entgegen seiner Darstellung wird in dessen Regeste nicht festgehalten, eine krankheitsbedingte Absenz dürfe erst erwähnt werden, wenn sie mindestens einjährig und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar gewesen sei. In der einschlägigen E. 4.1 dieses Urteils wird u.a. ausgeführt, längere Arbeitsunterbrüche seien zu erwähnen, auch wenn sie krankheitsbedingt gewesen seien, sofern sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen würden und daher ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung ein falscher Eindruck entstünde. Die Vorinstanz ging zutreffend von dieser Rechtslage aus. Ihre Wertung, wonach im konkreten Fall eine halbjährige krankheitsbedingte Abwesenheit als erheblich einzustufen ist, wird vom Beschwerdeführer nur mit dem unzutreffenden Hinweis auf eine vermeintliche Mindestabwesenheitsdauer von einem Jahr beanstandet. Gerade weil er «erst» im April 2009 stellvertretender Geschäftsführer wurde und die gesamte krankheits- und freistellungsbedingte Absenz in die Zeit fiel, in der er diese Position inne hatte, würde eine Nichterwähnung zu einem unzutreffenden Eindruck bezüglich der von ihm diesbezüglich erworbenen Berufserfahrung führen. Die vorinstanzliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden.

*Bundesgericht, Urteil vom 16. Mai 2018, Doss.-Nr. 4A\_142/2018 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Januar 2018)*

**Konzerninterne Entsendung; Passivlegitimation der Schweizer Konzerntochter für Forderung aus Arbeitsvertrag.**

Vorliegend war der Arbeitnehmer zunächst in der schwedischen Konzerntochter und seit 1982 nach Unterzeichnung eines «transfer letter» in der Schweizer Konzerntochter einer US-amerikanischen Konzernmutter angestellt. Der «transfer letter» regelte den Lohnanspruch sowie den Anspruch auf Ferien und Arbeitslosenversicherung und bestimmte, dass sich der Arbeitnehmer dem schweizerischen Sozialversicherungsplan anschliessen muss, wohingegen die Pensionskasse im Heimatland Schweden verbleibt. Die Vereinbarung enthielt am Schluss den Satz: «This «transfer letter» [...] does not constitute or create an employment contract.» Bei einer Entsendung innerhalb eines Konzerns ist es üblich,

der empfangenden Gesellschaft bezüglich der dort zu erledigenden Arbeit die Weisungsbefugnis zu delegieren und den entsandten Arbeitnehmer in die lokale Betriebsstruktur zu integrieren. Auch sind die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge, die Betreuung in Personalbelangen und die Auszahlung des Lohnes nicht zwingend von der Arbeitgeberin vorzunehmen und haben deshalb für deren Bestimmung nur beschränkte Aussagekraft. Fehlt der Rechtsbindungswille zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses, ist eine Vereinbarung – zumindest wenn sie auf der Basis eines bereits bestehenden und nicht aufgelösten Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wurde – selbst dann nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, wenn sie alle Elemente eines solchen enthält. Die Vorinstanz schloss daher zutreffend, dass die Schweizer Konzerntochter für die geltend gemachte Forderung aus Arbeitsvertrag nicht passivlegitimiert ist (E. 2.3.4, 3.1 und 3.2).

Sachverhalt:

A., Staatsangehöriger von Schweden mit Wohnsitz in U. (Kläger, Beschwerdeführer), war seit 1976 bei der heutigen C. mit Sitz in Stockholm (schwedische Konzerngesellschaft) angestellt. Die schwedische Konzerngesellschaft und die B. GmbH (Beklagte, Beschwerdegegnerin) mit Sitz in V. sind Tochtergesellschaften der niederländischen D., die wiederum einer US-amerikanischen Konzernmutter unterstellt ist. Nachdem die Parteien am 8./31. Oktober 1981 eine Vereinbarung («transfer letter») unterzeichneten, arbeitete der Kläger ab 1. Februar 1982 bei der Beklagten in V.

Nach Feststellung im angefochtenen Urteil bestimmte der «transfer letter» den Lohnanspruch, wozu eine sich nach vier Jahren reduzierende Auslandsaufenthaltsentschädigung gehörte. Ausserdem regelte die Vereinbarung den Anspruch auf Ferien und Arbeitslosenversicherung. Sodann wurde festgehalten, der Kläger müsse sich dem schweizerischen Sozialversicherungsplan anschliessen, die Pensionskasse verbleibe hingegen im Heimatland. Die Vereinbarung enthielt am Schluss folgenden Satz: «This «transfer letter» [...] does not constitute or create an employment contract.»

Im Januar 2013 unterbreitete die schwedische Konzerngesellschaft dem Kläger einen Vorschlag, wonach er für ein Jahr freigestellt und per 31. Januar 2014 unter Ausrichtung einer Abfindungssumme frühpensioziert worden wäre. Der Kläger lehnte dieses Angebot ab. Mit Schreiben vom 30. September 2013 forderte sie den Kläger auf, ab dem 1. Januar 2014 die Arbeit in Schweden aufzunehmen, was dieser als unzumutbar erachtete. In der Folge kündigte sie ihm mit Schreiben vom 2. April 2014 fristlos. Die Beklagte bestätigte ihm gegenüber diese Kündigung.

Mit Klage vom 23. Januar 2015 beantragte der Kläger beim Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Horgen, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm den Betrag von CHF 169'780.85 (brutto), zuzüglich Zins von 5% seit 31. Januar 2014 auf CHF 13'798.–, seit dem 28. Februar 2014 auf

CHF 27'596.–, seit dem 31. März 2014 auf CHF 41'394.– und seit dem 4. April 2014 auf CHF 169'780.85 sowie den Betrag von CHF 89'687.– (netto), zuzüglich Zins von 5% seit dem 4. April 2014, zu bezahlen.

Das Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Horgen wies die Klage mit Urteil vom 6. April 2017 ab. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens kam es zum Schluss, dass die Parteien mit Unterzeichnung des «transfer letter» kein neues Arbeitsverhältnis begründeten, sondern unter Beibehaltung des bisherigen Arbeitsverhältnisses mit der schwedischen Konzerngesellschaft nur die Entsendung des Klägers in die Schweiz regelten. Weil das Arbeitsverhältnis auch nicht konkludent auf die Beklagte übergegangen sei, erachtete das Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Horgen diese als nicht passivlegitimiert.

Mit Urteil vom 30. Januar 2018 wies das Obergericht des Kantons Zürich die Berufung des Klägers ab, weil es ebenfalls schloss, die Beklagte sei nicht passivlegitimiert.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. Januar 2018 sei aufzuheben und die Klage gutzuheissen; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer rügt in verschiedener Hinsicht eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts.

2.1 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). «Offensichtlich unrichtig» bedeutet dabei «willkürlich» (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskon-

form eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

2.2 Der Beschwerdeführer hält sich teilweise nicht an diese Grundsätze. So behauptet er, die Vorinstanz habe den Sachverhalt insoweit willkürlich festgestellt, als sie davon ausgegangen sei, die schwedische Konzerngesellschaft habe mit ihm eine Vereinbarung bezüglich seiner Entsendung getroffen. Doch sei die schwedische Konzerngesellschaft gar nicht Vertragspartei des «transfer letter» gewesen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers betrachtete die Vorinstanz die schwedische Konzerngesellschaft nicht als Vertragspartei des «transfer letter», sondern schloss angesichts ihres Einverständnisses mit der Entsendung auf eine entsprechende mündlich oder konkludent abgeschlossene Vereinbarung. Da der Beschwerdeführer nicht bestreitet, dass sowohl er als auch die schwedische Konzerngesellschaft mit seinem Transfer in die Schweiz einverstanden waren, ist davon auszugehen, er beanstandete nur die vermeintlich unrichtige Feststellung bezüglich der Vertragsparteien des «transfer letter». Insofern der Beschwerdeführer indessen den Standpunkt vertreten sollte, nicht mit der schwedischen Konzerngesellschaft bezüglich seiner Entsendung übereingekommen zu sein, kann er mangels rechtsgenügender Rüge nicht gehört werden. Denn er beschränkt sich darauf, dem Sachverhalt im angefochtenen Urteil seine eigene Darstellung gegenüberzustellen ohne aufzuzeigen, inwieweit der Vorinstanz Willkür vorgeworfen werden könnte.

Der Beschwerdeführer beanstandet zudem, die Vorinstanz habe den Sachverhalt betreffend die Gründe zur nicht zustandegekommenen Überführung in die schweizerische Pensionskasse willkürlich festgestellt. Er legt indessen nicht dar und es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Behebung des behaupteten Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein könnte (Art. 97 Abs. 1 BGG), weshalb er auch diesbezüglich nicht zu hören ist.

2.3 Der Beschwerdeführer rügt des Weiteren eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz, weil sie in Bezug auf den «transfer letter» feststellte, die Parteien hätten sich nicht betreffend die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, sondern lediglich bezüglich seiner Entsendung geeinigt.

2.3.1 Nach der Rechtsprechung ist Ziel der Vertragsauslegung in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Für das tatsächliche Verständnis des Parteiwillens ist nicht allein der Wortlaut massgebend, vielmehr indizieren die gesamten Umstände, unter denen die Willenserklärungen abgegeben wurden, den inneren Willen der Parteien (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 142 III 239 E. 5.2.1). Das nachträgliche Verhalten ist insoweit zu berücksichtigen, als daraus geschlossen werden kann, was die Parteien mit ihrer jeweiligen Erklärung tatsächlich wollten (BGE 143 III 157 E. 1.2.2; 140 III 86 E. 4.1;

132 III 626 E. 3.1). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung. Sie ist also eine Tatfrage, auf die das Bundesgericht nur unter den vorgenannten Voraussetzungen (E. 2.1) zurückkommen kann (BGE 142 III 239 E. 5.2.1; 132 III 626 E. 3.1). Steht eine tatsächliche Willensübereinstimmung fest, bleibt für eine Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz kein Raum (BGE 132 III 626 E. 3.1; 128 III 70 E. 1a S. 73).

2.3.2 Die Vorinstanz verneinte aufgrund des Wortlauts des «transfer letter» einen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen betreffend den Abschluss eines Arbeitsvertrages. Nach den Erwägungen der Vorinstanz ist es lebensfremd anzunehmen, der Beschwerdeführer habe die Vertragsklausel, in welcher dargelegt wurde, dass der «transfer letter» keinen Arbeitsvertrag darstelle oder begründe, nicht verstanden. Da er weder geltend mache, er hätte die fragliche Klausel nicht zur Kenntnis genommen, noch er hätte ihr eine andere Bedeutung beigemessen, ging die Vorinstanz davon aus, er sei mit der Regelung einverstanden gewesen. In der Folge stellte die Vorinstanz insoweit einen tatsächlichen Konsens fest, als sie schloss, die Parteien hätten sich nie als Arbeitnehmer und Arbeitgeberin betrachtet, sondern sich einzig darauf geeinigt, die Entsendung zu regeln.

2.3.3 Der Beschwerdeführer behauptet, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, weil sie nicht erläutert habe, welche Bedeutung der Beschwerdeführer als schwedischer Staatsangehöriger, der vor seiner Ankunft in der Schweiz auch in Schweden gearbeitet hatte, der fraglichen Klausel hätte beimessen sollen. Mit dieser appellatorischen Kritik, welche eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den entsprechenden Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lässt, kann er nicht gehört werden (vgl. BGE 142 III 364 E. 2.4 S. 368; 140 III 115 E. 2 S. 116, 264 E. 2.3 S. 266; je mit Hinweisen). Indem die Vorinstanz auf einen übereinstimmenden Parteiwillen betreffend die Entsendung und eben nicht auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses unter entsprechender Auflösung des bestehenden schloss, hat sie ohnehin – entgegen dem Standpunkt des Beschwerdeführers – erläutert, wie er die Klausel nach ihrer Feststellung verstanden hatte. Diese Schlussfolgerung erfolgte willkürfrei; zumal der Wortlaut sowohl eindeutig als auch leicht verständlich ist und ihm weder ein Wille zur Auflösung des zur schwedischen Konzerngesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisses noch zur Anstellung bei der Beschwerdegegnerin entnommen werden kann. Einen Vertragsbeitritt der Beschwerdegegnerin behauptet der Beschwerdeführer sodann zu Recht selbst nicht. Denn auch im Konzern besteht ein Arbeitsverhältnis in aller Regel nur zu einer Gesellschaft (BGE 130 III 213 E. 2.2.1; Urteil 4A\_619/2016 vom 15. März 2017 E. 7.2; je mit Hinweisen).

2.3.4 Der Beschwerdeführer vermag ferner nicht darzutun, inwiefern die im Rahmen der Feststellung des tatsächlichen Parteiwillens ausserdem zu beachtenden Umstände sowie das nachträgliche Parteiverhalten Willkür an diesem Schluss begründen würden.

Dem Beschwerdeführer ist zwar insoweit zu folgen, als er vorbringt, die fehlende Befristung eines Auslandeinsatzes und mangelnde Wiedereinstellungsgarantie seien vom Bundesgericht in zwei Fällen als Indizien gewertet worden, dass die entsendende Gesellschaft nicht mehr Arbeitgeberin war. Doch wie bereits die Vorinstanz richtig festhielt, sind die vom Beschwerdeführer zitierten Entscheide nicht mit vorliegender Konstellation vergleichbar, denn in beiden Fällen wurden Arbeitsverträge mit der empfangenden Gesellschaft abgeschlossen (vgl. Urteile 4A\_564/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.4/5; 4C.62/2006 vom 21. April 2006 E. A). Entgegen dem, was der Beschwerdeführer anzunehmen scheint, insoweit er sich auf diese Fälle bezieht, ist bei einer Entsendung innerhalb eines Konzerns jeweils aufgrund des Einzelfalls zu eruieren, wem Arbeitgeberstellung zukommt (vgl. Urteil 4A\_564/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.2 mit zahlreichen Hinweisen), wobei der konkrete Wille der Parteien letztlich massgebend bleibt (vgl. Urteile 4A\_564/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.4.1; 4C.158/2002 vom 20. August 2002 E. 3.1.3; ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, 2004, S. 40; DRUEY/VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999, S. 247; GEISER/UHLIG, Arbeitsverhältnisse im Konzern, ZBJV 139/2003 S. 777 Rz. 3.32, S. 788 Rz. 3.58).

In diesem Zusammenhang trifft zwar zu, dass die schwedische Konzerngesellschaft während des Aufenthaltes des Beschwerdeführers in der Schweiz ihr strittiges Rechtsverhältnis mit ihm nach aussen nur kommunizierte, indem sie weiterhin die in Schweden anfallenden Pensionskassenbeiträge übernahm und ihm zu diesem Zweck den hypothetischen Heimatlohn («Sleeping Base Salary») mitteilte, auf welchem diese beruhten. Doch kann entgegen seinem Standpunkt hieraus nicht auf den inneren Willen bezüglich Aufgabe der Arbeitgeberstellung seit seiner Entsendung geschlossen werden; zumal er nicht darlegt, aus welchem Grund, wenn nicht als Arbeitgeberin, sie diese Verpflichtungen weiterhin hätte übernehmen sollen. Insoweit er sodann vorbringt, einzig die Beschwerdegegnerin hätte Anspruch auf seine Arbeitsleistung gehabt und sei aus dem Arbeitsverhältnis verpflichtet gewesen, verkennt er, dass im schweizerischen Recht jene Partei Arbeitgeberin ist, welche den Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, wobei es grundsätzlich nicht darauf ankommt, wer den wirtschaftlichen Nutzen aus der Arbeit zieht (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 768 Rz. 3.5; vgl. auch Urteile 4A\_564/2014 vom 11. Februar 2015 E. 3.2; 4C.158/2002 vom 20. August 2002 E. 2.3/4). Ferner ist es bei einer Entsendung innerhalb eines Konzerns üblich, der empfangenden Gesellschaft bezüglich der dort zu erledigenden Arbeit die Weisungsbefugnis zu delegieren (vgl. Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002 E. 2.4) und den entsandten Arbeitnehmer in die lokale Betriebsstruktur zu integrieren (ROGER HISCHIER, Die Arbeitgeberstellung bei internationalen Mitarbeiterereinsätzen im Konzern, in: ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2016/2017, S. 55 ff.). Schliesslich sind auch die Abrechnung der Sozial-

versicherungsbeiträge, die Betreuung in Personalbelangen und die Auszahlung des Lohnes nicht zwingend von der Arbeitgeberin vorzunehmen (vgl. nur schon Art. 68 OR sowie Urteil 4C.41/1999 vom 12. Juli 2000 E. 4 mit Hinweisen) und haben deshalb für deren Bestimmung nur beschränkte Aussagekraft (HEIZ, a.a.O., S. 39 f.).

Mithin ist es rechtlich nicht nur zulässig, einen Arbeitnehmer ohne Übergang der Arbeitgeberstellung vom Ausland in die Schweiz zu entsenden (vgl. Art. 1 lit. a des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999 [EntsG; SR 823.20]; vgl. auch Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6393 f. Ziff. 2.7.6.1), sondern aus betriebsökonomischen Überlegungen im Konzernverhältnis durchaus die Regel (HISCHIER, a.a.O., S. 55). Damit ist dem Argument der Boden entzogen, aus dem «transfer letter» bzw. der konkreten Umstände und des nachträglichen Parteiverhaltens könne auf eine (konkludente) Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der schwedischen Konzerngesellschaft geschlossen werden. Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz keine Willkür vorgeworfen werden, wenn sie feststellte, der eindeutige Wortlaut des «transfer letter», es werde kein neuer Arbeitsvertrag begründet, entspreche dem tatsächlichen Parteiwillen.

### 3.

In rechtlicher Hinsicht rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 18 und Art. 319 OR, weil die Vorinstanz ein Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin verneinte.

3.1 Dem Beschwerdeführer ist insoweit zu folgen, als er vorbringt, der «transfer letter» enthalte alle Merkmale eines Arbeitsvertrages. Entgegen seinem Standpunkt kann der Vorinstanz jedoch keine Verletzung von Art. 18 oder Art. 319 OR vorgeworfen werden, wenn sie den «transfer letter» dennoch nicht als Arbeitsvertrag betrachtete.

So trifft es zwar zu, dass die Rechtsnatur eines Vertrages der Parteidisposition entnommen ist, weshalb sie weder durch eine Bezeichnung noch eine Umschreibung in einer Klausel bestimmt werden kann. Doch nachdem gemäss willkürfreier Feststellung im angefochtenen Urteil die Parteien nicht beabsichtigten, dass zwischen ihnen die Rechte und Pflichten eines Arbeitnehmers und einer Arbeitgeberin bestehen, schloss die Vorinstanz zu Recht, sie seien keinen Arbeitsvertrag nach Art. 319 OR eingegangen. Denn fehlt der Rechtsbindungswille zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses, so ist eine Vereinbarung – zumindest wenn sie auf der Basis eines bereits bestehenden und nicht aufgelösten Arbeitsverhältnisses abgeschlossen wurde – selbst dann nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, wenn sie alle Elemente eines solchen enthält (vgl. zum möglichen Inhalt eines Entsendevertrages aus schweizerischer Sicht, der unter Umständen alle Merkmale eines Arbeitsvertrages enthält, CHRISTOPH ROEDER, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, in: Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts, 2005, S. 32–36).

Ferner kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten, dass gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nicht auf die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise abzustellen ist. Denn die Formulierung im «transfer letter», es werde mit dessen Unterzeichnung kein Arbeitsvertrag begründet, entsprach dem festgestellten tatsächlichen Parteiwillen. Ein nachträglicher Übergang des Vertragsverhältnisses auf die Beschwerdegegnerin durch konkludentes Parteiverhalten im Nachgang zur Unterzeichnung des «transfer letter» behauptet der Beschwerdeführer vor Bundesgericht sodann selbst nicht mehr.

3.2 Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers wird durch dieses Ergebnis auch nicht der Arbeitnehmerschutz umgangen und der Schein-selbstständigkeit Tür und Tore geöffnet. Diese Behauptung beruht auf der sich als unbegründet erwiesenen Prämisse, dass aus dem «transfer letter» auf eine (konkludente) Auflösung des zur schwedischen Konzerngesellschaft bestehenden Arbeitsverhältnisses geschlossen werden könne.

Der Beschwerdeführer beanstandet schliesslich die rechtliche Qualifizierung des «transfer letter» als Entsendevertrag. Der Vertrag sei mit der empfangenden und nicht der entsendenden Gesellschaft abgeschlossen worden. Es ist indessen irrelevant, ob es sich beim «transfer letter» um einen Entsende- oder – zugegebenermassen wohl zutreffender – um einen Empfangs- respektive Transfervertrag handelt. Es ist einzig rechtserheblich, dass der «transfer letter» keinen Arbeitsvertrag darstellt und das Arbeitsverhältnis auch nicht später durch konkludentes Verhalten übergang. Demnach schloss die Vorinstanz zutreffend, die Beschwerdegegnerin sei für die geltend gemachte Forderung aus Arbeitsvertrag nicht passivlegitimiert.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. (...)

*Tribunal fédéral, Arrêt du 17 mai 2018, Doss.-No 4A\_666/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 9 novembre 2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud; le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable)*

#### **Art. 324a et 324b CO; salaire en cas d'empêchement du travailler.**

Le contrat de travail se caractérise par un rapport d'échange, de sorte que si une des parties ne s'exécute pas, l'autre peut retenir sa prestation. L'employeur n'a en principe pas à verser de salaire pour des heures de travail inexécutées, lorsque l'empêchement entre dans la sphère de risque du travailleur et que les exceptions prévues par la loi ne sont pas réalisées. Des questions délicates se posent toutefois sur le fondement de la créance de l'employeur et la péremption du droit de récupérer des salaires versés en trop (c. 4.1).



**En règle générale, lorsque l'employeur omet de faire valoir avant la fin des rapports de travail une prétention dont il a connaissance au moins sur le principe, et en parti-culier lorsqu'il verse le dernier salaire sans faire de réserve, son comportement peut objectivement être compris comme une renonciation à sa créance (c. 4.3). Cependant, il faut admettre que l'employeur peut, dans certaines situations, être enclin à ne pas faire valoir ses droits par crainte de perdre un employé et de devoir tisser de nouveaux liens personnels avec un tiers. En l'occurrence, l'employeuse avait besoin d'une certaine forme d'assistance dans sa vie quotidienne et entretenait un lien particulier avec l'employée et ses proches. Elle a dit ressentir une pression lorsqu'elle abordait la question du rattrapage des heures manquantes, que l'employée disait ne pas pouvoir effectuer, tout en promettant de le faire. Dans ces circonstances, on conçoit que l'employeuse ait attendu avant de mettre fin aux abus, ce qui impliquait de mettre un terme à cette relation (c. 4.4).**

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 1<sup>er</sup> octobre 2013, B. a engagé A. en qualité d'«assistante personnelle» à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2013 pour une durée indéterminée. Le temps de travail convenu était de 32 heures par semaine, correspondant à un taux d'activité de 80%. Du lundi au jeudi à raison de 8 heures par jour, l'employée devait notamment fournir les prestations suivantes: actes ordinaires de la vie; participation à la vie sociale et loisirs; tenue du ménage; surveillance de jour. Le contrat prévoyait un salaire mensuel de 3'600 fr. bruts, un treizième salaire et quatre semaines de vacances. Il déclarait applicable le «contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique du canton de Vaud». Au moment de son engagement, l'employée était encore liée par un contrat de travail l'obligeant à travailler à 100% pour un autre employeur jusqu'au 31 décembre 2013. Bien qu'ayant connaissance de ce fait, l'employeuse l'a engagée pour le 1<sup>er</sup> novembre 2013. Les heures non effectuées devaient être compensées ultérieurement. L'employée est parvenue à se libérer pour le 20 décembre 2013. Elle a alors travaillé quelque temps selon l'horaire convenu.

En avril 2014, l'employée a ouvert une boutique de vêtements à son propre compte. En tout cas dès le 1<sup>er</sup> juin 2014, elle y a travaillé en après-midi les mardis, mercredis et jeudis.

La fille de l'employeuse est venue travailler à la boutique les matins. L'employée avait promis de restituer les heures manquantes à l'employeuse et de verser de l'argent de poche à la fille de l'employeuse. Comme ces engagements n'ont pas été respectés, la fille de l'employeuse a cessé de travailler dans la boutique en septembre 2014. A compter du mois d'octobre 2014, l'employée s'est absentée plusieurs lundis après-midis pour mener son enfant chez l'ergothérapeute. Elle a manqué 8 lundis après-

midis durant l'année 2014, puis 21 entre le 1<sup>er</sup> janvier et le 17 août 2015. L'employeuse a manifesté son désaccord avec le fait que l'employée n'accomplissait pas les heures dues. La première a expliqué qu'elle avait continué de verser un plein salaire parce que la seconde lui avait promis de rattraper les heures manquantes; lorsque celle-ci devait des heures, elle disait qu'elle ne pouvait pas en mettant la pression sur l'employeuse. En novembre 2014, l'employeuse a demandé à l'employée de cesser les abus et d'arrêter les absences injustifiées. L'employeuse faisait une confiance totale, voire aveugle à l'employée et aux membres de sa famille. Dès mars ou avril 2015, une fiduciaire a été chargée de verser le salaire à l'employée. Le 5 août 2015, l'employée a adressé un courriel à la fiduciaire pour s'assurer que son salaire de juillet 2015 serait versé à temps. La fiduciaire a répondu que le budget annuel (juillet 2014-juin 2015) de l'assurance-invalidité (AI) pour l'employeuse était épuisé et que la caisse AI ne paierait pas de supplément pour juillet 2015; quant au salaire d'août 2015, il serait payé au début du mois de septembre 2015. La fiduciaire a ajouté qu'au vu des nombreuses absences de l'employée, notamment durant les deux premiers mois de travail, le salaire du mois de juillet 2015 ne serait pas versé, l'employée ne devant pas profiter de la gentillesse de l'employeuse.

Par courrier du 6 août 2015, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le prochain terme contractuel, soit le 31 octobre 2015. Elle a libéré l'employée de son obligation de travailler.

Par courrier du 24 août 2015, l'employée a imparti à l'employeuse un délai de 5 jours pour lui verser son salaire de juillet 2015 et fournir une motivation écrite de son licenciement. Elle a demandé si son salaire d'août 2015 serait versé à la fin du mois avec son 13<sup>ème</sup> salaire et ses 14 jours de vacances, et si les salaires de septembre et octobre 2015 seraient payés à la fin du délai de congé.

Par courrier du 7 septembre 2015, l'employée a résilié le contrat avec effet immédiat pour non-paiement des salaires de juillet et août 2015. Le 22 septembre 2015, la fiduciaire de l'employeuse a écrit à l'employée qu'elle devait rembourser à sa mandante le montant de 16'220 fr. 55 à titre de salaire perçu en trop. La caisse de chômage du canton de Vaud a versé à l'employée 3'670 fr. 05 pour la période du 6 août au 31 octobre 2015.

Le 7 septembre 2015, l'employée a assigné l'employeuse devant l'autorité de conciliation. La caisse cantonale de chômage a déposé une requête d'intervention. Le 27 avril 2016, les deux demandes ont été portées devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois. L'employée a conclu au paiement de 15'600 fr. bruts à titre de salaire pour les mois de juillet à octobre 2015, y compris le 13<sup>ème</sup> salaire pro rata temporis. La caisse de chômage, invoquant son droit de subrogation, a conclu au paiement de 3'670 fr. 05. L'employeuse a conclu au rejet des demandes. Elle a pris des conclusions reconventionnelles par 16'220 fr. 55 contre l'employée. Par jugement du 23 janvier 2017, le Tribunal de prud'hommes a condamné l'employeuse à payer à l'employée 6'704 fr. 55 bruts sous déduc-

tion des charges sociales usuelles, à titre de salaire pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 7 septembre 2015. Les conclusions de la caisse de chômage ont été admises à hauteur de 1'977 fr. 80. Le Tribunal a par ailleurs rejeté l'action reconventionnelle. L'employeuse a saisi le Tribunal cantonal vaudois d'un appel concluant au rejet des demandes principales et, à titre reconventionnel, au paiement de 16'220 fr. 55. Par appel joint, l'employée a requis le paiement d'un salaire de 11'929 fr. 95 bruts pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 octobre 2015, ainsi que le rejet des conclusions reconventionnelles de l'employeuse. Par arrêt du 9 novembre 2017, le Tribunal cantonal a confirmé le jugement de première instance en tant qu'il condamnait l'employeuse au paiement de 6'704 fr. 55 envers l'employée et de 1'977 fr. 80 envers la caisse de chômage. Par ailleurs, le Tribunal cantonal a entièrement admis l'action reconventionnelle, condamnant l'employée à payer 16'220 fr. 55 nets à l'employeuse pour les heures de travail inexécutées.

L'employée a saisi le Tribunal fédéral d'un «recours en matière civile».

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'autorité de céans a déjà été saisie d'une affaire dans laquelle l'employeuse avait versé de janvier à novembre 2005 le salaire mensuel convenu, sans égard au nombre d'heures accomplies et nonobstant des contrôles réguliers du temps de travail effectué. Après avoir licencié l'employé le 30 novembre 2005 pour le 31 janvier 2006, elle avait procédé à des déductions sur le salaire de décembre 2005 et sur le 13<sup>ème</sup> salaire pour tenir compte d'un solde d'heures négatif (plus de 200 heures) accumulé au cours de l'année.

L'autorité de céans a rappelé que le contrat de travail se caractérise par un rapport d'échange, de sorte que si une des parties ne s'exécute pas, l'autre peut retenir sa prestation. L'employeur n'a en principe pas à verser de salaire pour des heures de travail inexécutées, lorsque l'empêchement entre dans la sphère de risque du travailleur et que les exceptions prévues par la loi ne sont pas réalisées (art. 324a et 324b CO). En l'occurrence, le travailleur n'avait pas contesté le décompte d'heures. Les déductions opérées par l'employeuse ne prêtaient pas à critique (arrêt 4A\_291/2008 du 2 décembre 2008 consid. 3.2 à 3.4).

La doctrine relève qu'il se pose en la matière des questions délicates que l'arrêt ne tranche pas, telles que le fondement de la créance de l'employeur et la péremption du droit de récupérer des salaires versés en trop (cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>e</sup> éd. 2012, p. 289 s.; THOMAS PIETRUSZAK, in *DTA* 2009 p. 125 ss; CHRISTOPH SENTI, *Rückforderung oder Verrechnung zu viel bezahlter Leistungen durch den Arbeitgeber*, *PJA* 2014 p. 40 ss).

4.2 En l'occurrence, la recourante conteste exclusivement l'interprétation du comportement de l'employeuse, en se prévalant du principe de

la bonne foi et de l'interdiction de l'abus de droit. Elle plaide que l'employeuse n'a jamais émis de réserve au sujet des heures manquantes et a persisté à lui payer l'entier de son salaire en toute connaissance de cause, de sorte qu'elle a ainsi tacitement renoncé à réduire son salaire et à lui reprocher l'exécution incomplète de ses obligations.

4.3 Les parties peuvent modifier tacitement un contrat de travail conclu en la forme écrite (arrêts 4A\_23/2007 du 8 mai 2007 consid. 4.3; 4C.51/2005 du 5 juillet 2005 consid. 3.1). Une manifestation de volonté tacite ne peut être retenue qu'en présence d'un comportement univoque, dont l'interprétation ne suscite raisonnablement aucun doute (ATF 123 III 53 consid. 5a p. 59; 113 II 522 consid. 5c; arrêt précité 4C.51/2005 consid. 3.1).

En règle générale, lorsque l'employeur omet de faire valoir avant la fin des rapports de travail une prétention dont il a connaissance au moins sur le principe, et en particulier lorsqu'il verse le dernier salaire sans faire de réserve, son comportement peut objectivement être compris comme une renonciation à sa créance. Doit notamment être réservé le cas où il n'a pas la possibilité de manifester son intention au travailleur avant la fin des rapports de travail (arrêts 4A\_351/2011 du 5 septembre 2011 consid. 2.2; 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 7.1.1; ATF 110 II 344 consid. 2b). Certains auteurs jugent cette jurisprudence trop sévère (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op. cit.*, p. 270; PIETRUSZAK, *op. cit.*, p. 126; ROMINA CARCAGNI ROESLER, in *Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht*, 2012, p. 99 s.).

4.4 Dans le cas d'espèce, les parties ont d'entrée de cause convenu que le contrat de travail prendrait effet le 1<sup>er</sup> novembre 2013, alors même que l'employée ne pouvait pas respecter l'horaire prévu puisqu'elle était encore liée à un autre employeur à 100%. L'intéressée devait rattraper ultérieurement les heures manquantes, sans que les parties aient convenu d'un délai à cet égard. Libérée de son engagement le 20 décembre 2013, l'employée s'est ensuite conformée à l'horaire contractuel pendant quelques mois, puis s'est absentée trois après-midis sur quatre dès juin 2014 pour travailler dans sa boutique, et même régulièrement quatre après-midis par semaine dès octobre 2014. Elle a néanmoins touché le salaire convenu jusqu'en juin 2015.

Se pose la question de savoir si le paiement régulier du salaire doit s'interpréter comme une renonciation à se prévaloir des heures de travail inexécutées, respectivement comme une modification tacite du contrat avec augmentation de salaire.

L'autorité précédente a répondu par la négative, en faisant valoir que l'employeuse avait exprimé son désaccord avec le fait que l'employée ne faisait pas les heures qu'elle devait. Celle-là avait continué à verser un plein salaire parce que celle-ci avait promis de rattraper les heures manquantes – tout en lui mettant la pression en disant qu'elle ne pouvait pas le faire. Par ailleurs, l'employeuse vouait à l'employée comme aux membres de sa famille une confiance totale, voire aveugle. En novembre 2014, l'employeuse avait demandé de cesser ces abus.

On ignore à quelle fréquence l'employeuse a marqué sa désapprobation. Par ailleurs, elle effectuait elle-même les décomptes, de sorte qu'elle devait tôt ou tard se rendre compte que le rattrapage d'heures ne serait plus possible. Cela étant, il faut avoir égard aux particularités de la relation contractuelle. Il ressort du courriel de la fiduciaire de l'employeuse que cette dernière touchait des prestations de l'assurance-invalidité. Selon le contrat de travail, l'employée a été engagée comme «assistante personnelle» pour les «actes ordinaires de la vie» et pour exercer une «surveillance de jour». Dans ce cas de figure, la personne de l'employée revêt une importance particulière. En l'occurrence, l'employée – tout comme sa mère et son mari, qui rendaient des services – avaient su s'attirer la confiance totale, voire aveugle de l'employeuse.

La jurisprudence tient compte du fait qu'un employé, durant les rapports de travail, peut renoncer à faire valoir l'intégralité de ses prétentions par crainte de perdre son poste (cf. arrêt 4A\_477/2013 du 28 janvier 2014 consid. 2.3 et les arrêts cités). Dans le même ordre d'idées, il faut admettre que l'employeur peut, dans certaines situations, être enclin à ne pas faire valoir ses droits par crainte de perdre un employé et de devoir tisser de nouveaux liens personnels avec un tiers. En l'occurrence, l'employeuse se trouvait bien dans une situation de ce type. Elle avait besoin d'une certaine forme d'assistance dans sa vie quotidienne et entretenait un lien particulier avec l'employée et ses proches. Elle a dit ressentir une pression lorsqu'elle abordait la question du rattrapage des heures manquantes, que l'employée disait ne pas pouvoir effectuer, tout en promettant de le faire. Dans ces circonstances, on conçoit que l'employeuse ait attendu avant de mettre fin aux abus, ce qui impliquait de mettre un terme à cette relation (et à celle nouée avec les proches de l'employée, qui rendaient service). Cette dernière ne pouvait ignorer la confiance totale que lui vouait l'employeuse et l'importance de la relation personnelle dans ce type d'emploi; elle ne pouvait de bonne foi inférer que l'employeuse n'exprimait sa désapprobation que pour la forme et que celle-ci entendait sans aucun doute lui accorder une augmentation de salaire en renonçant à exiger les heures manquantes.

Il reste à examiner de quelle manière l'employée devait de bonne foi interpréter le comportement de l'employeuse à la fin des rapports de travail.

L'employeuse a résilié le contrat le 6 août pour le 31 octobre 2015, en libérant l'employée de son obligation de travailler. Elle n'a fait valoir ses prétentions pécuniaires que le 22 septembre 2015, après que l'employée eut résilié le contrat avec effet immédiat. Il apparaît toutefois que l'employeuse n'a pas payé le salaire de juillet 2015 ni les suivants. Sa fiduciaire a invoqué l'épuisement du budget annuel de l'assurance-invalidité, mais aussi les nombreuses absences de l'employée, notamment durant les deux premiers mois de travail. Elle a certes laissé entendre que le salaire d'août serait payé en septembre, mais en pratique, tel n'a pas été le cas. Lorsque l'employée, par courrier du 24 août, a sommé l'employeuse de

payer le salaire de juillet 2015 et de lui indiquer si elle entendait payer les salaires suivants, l'employeuse ne lui a pas répondu.

Dans ce contexte, on ne saurait de bonne foi inférer du comportement de l'employeuse qu'elle renonçait à faire valoir toute prétention pécuniaire. Encore une fois, elle n'a pas payé les derniers salaires en invoquant notamment les absences de l'employée. De surcroît, elle a pu légitimement être prise de court par l'employée, qui a subitement résilié le contrat avec effet immédiat alors qu'elle-même y avait déjà mis un terme.

4.5 En définitive, l'autorité précédente n'a pas enfreint le droit fédéral en niant que l'employeuse ait eu un comportement univoque dont l'employée aurait pu de bonne foi inférer une renonciation à émettre des prétentions pour les heures de travail inexécutées, et partant une proposition tacite d'augmenter son salaire.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 11 juin 2018, Doss.-No 4A\_129/2017 (Admission du recours en matière civile interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton du Valais, Cour civile II, du 1<sup>er</sup> février 2017)*

### **Contrat de directeur artistique et de soliste/chef d'orchestre.**

**Art. 319 CO.** Selon la jurisprudence, le contrat ayant pour objet l'engagement d'un artiste doit être considéré soit comme un contrat de travail, soit comme un contrat d'entreprise ou éventuellement un contrat innommé (contrat de spectacle), en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier et en fonction des critères que sont le rapport de subordination ou de dépendance, la durée de l'engagement, l'obligation de résultat, le mode de rémunération, le devoir de diligence et de fidélité, la désignation du contrat par les parties (c. 4.1). Lorsqu'on se trouve confronté à un contrat mixte ou composé, il n'est généralement pas possible de l'attribuer à un type de contrat aux éléments caractéristiques clairs, ni, partant, de dire une fois pour toutes à quelles normes légales il doit être soumis. Dans chaque cas, il faut déterminer quelles règles doivent s'appliquer eu égard aux particularités de l'accord en cause. Les différentes questions à résoudre – par exemple la résiliation du contrat – doivent être régies par les normes légales ou les principes juridiques qui sont adaptés à chacune d'elles; chaque question doit être toutefois soumise aux dispositions légales d'un seul et même contrat (c. 5.1).

Extraits des faits:

X. (ci-après: le directeur artistique ou le demandeur) est un violoniste, altiste et chef d'orchestre de renommée internationale. Depuis 2003, il a été chargé par l'Association Y., à ... (ci-après: l'association ou la défenderesse), dont le but est notamment d'organiser le festival qui a lieu en août-

septembre, de la direction artistique dudit festival. Son contrat a été reconduit en 2008 pour une durée de quatre ans. Il a également été nommé président du jury du Concours International de violon. Le 20 juin 2010, anticipant la date de l'échéance du contrat du directeur artistique, l'association lui a soumis une nouvelle proposition de contrat portant exclusivement sur la direction du festival pour une durée d'une année, l'organisation du Concours international de violon ayant été reprise par une autre entité.

Le directeur artistique a regretté de ne plus pouvoir poursuivre sa fonction de président du jury du concours et a refusé de s'engager pour une durée aussi courte. Une nouvelle proposition portant sur une durée de cinq ans lui a alors été faite et il l'a acceptée.

Par contrat du 15 mars 2011, le directeur artistique a été engagé pour la durée de cinq ans, du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 septembre 2016. Son activité comprend deux volets:

- le volet «directeur artistique»: il est garant de la qualité musicale et artistique des manifestations, est chargé de la programmation et de la sélection des artistes en consultation avec la commission artistique et le président du conseil de l'association; à ce titre, il perçoit une rétribution de 50'000 fr. par an, payable une semaine avant l'ouverture du festival;
- le volet «chef d'orchestre/soliste»: il prend part en tant que soliste ou chef d'orchestre à quatre concerts par an; il est rétribué à raison de 12'500 fr. pour chacun des concerts, payables en deux acomptes les 15 août et 30 septembre; cette rémunération lui était garantie même s'il participait à moins de quatre concerts; un montant de 12'500 fr. lui était payé pour chaque concert supplémentaire.

En fin d'année 2011, X. s'est vu proposer d'organiser un festival à V. par l'Association dudit festival, avec la possibilité de chapeauter des Master Classes. La presse l'a annoncé le 19 décembre 2011 et le président dudit festival s'est excusé auprès de l'Association du festival de ... de ne pas l'avoir avertie plus tôt des négociations en cours avec son directeur artistique, exprimant le souhait d'une collaboration étroite entre les deux festivals. Par contrat du 21 janvier 2012, X. a été engagé comme directeur artistique pour cinq ans par l'association de ce festival, information qui a à nouveau paru dans la presse. Le 6 mars 2012, le trésorier de ce festival a proposé une séance de travail commune à l'Association du festival de ..., qui a répondu qu'elle reprendrait contact en temps opportun. Lors d'une séance du 30 mai 2012, le conseil a abordé la question du contrat conclu par son directeur artistique avec le festival de V. et considéré que cet engagement ne semblait pas compatible avec la direction du festival de ..., car il créait une confusion et un risque accru de conflits d'intérêts, tout en précisant que cette question devrait être encore clarifiée. Le 22 juin 2012, le président du conseil et un de ses membres ont rencontré le directeur artistique. Ils lui ont signifié qu'il avait rompu le lien de confiance en s'engageant auprès de cet autre festival. Le directeur artistique a estimé

qu'il pouvait y avoir une synergie entre les deux manifestations et a proposé un rapprochement ou une fusion des deux festivals. Il a été invité à quitter la manifestation de V. Par courrier du 9 juillet 2012, l'Association lui a confirmé qu'elle n'approuvait pas son engagement auprès de cet autre festival et a écarté ses propositions de rapprochement, voire de fusion. Le 1<sup>er</sup> août 2012, lors d'une interview donnée à la radio, le directeur artistique a fait la promotion de ce second festival et a affirmé sa volonté de favoriser la fusion entre les deux festivals, ce que l'Association du festival de ... lui a reproché.

En date du 15 août 2012, l'Association a versé au directeur artistique le montant de 50'000 fr. prévu par son contrat. Le festival de ... a eu lieu du 18 août 2012 au 9 septembre 2012. Il a été précédé du festival de V. du 2 au 17 août 2012. Le concert de clôture du festival de V., organisé en collaboration avec le festival de ..., a fait l'ouverture du festival de ... Le directeur artistique s'y est produit comme violoniste et comme chef d'orchestre à quatre reprises. En date du 28 août 2012, l'Association a versé au directeur artistique le montant de 25'000 fr.

Le 10 septembre 2012, la présidente du conseil et deux de ses membres ont communiqué au directeur artistique la résiliation de son contrat de travail avec effet immédiat, ce qui lui a été confirmé par écrit le même jour. Le 18 septembre 2012, l'Association a également mis fin au contrat de bail de son appartement. Cette résiliation, motivée par son engagement comme directeur artistique du festival de V., a été mise sur le site internet de l'Association et communiquée à la presse. Le directeur artistique a contesté la validité de la résiliation et s'est déclaré prêt à poursuivre ses fonctions. Les parties sont en litige au sujet de la qualification du contrat qui les lie et, partant, sur la façon d'y mettre fin et sur les conséquences financières qui en résultent.

Le 17 janvier 2013, X. a ouvert action contre l'Association du festival de ... par requête de conciliation adressée au juge de commune de U. Le 18 mars 2013, il a déposé sa demande en justice devant le juge de district de Sion, concluant dans ses conclusions finales à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer les montants de 25'000 fr. avec intérêts au titre de solde de la rémunération qui lui est due pour l'année 2012, de 400'000 fr. avec intérêts correspondant au gain que la poursuite du contrat lui aurait procuré (sous déduction de la rémunération pour deux concerts qu'il a pu donner à l'étranger pendant l'été 2014, soit 11'979,90 USD au total) jusqu'au 30 septembre 2016 (4 x 50'000 fr. + 4 x 4 x 12'500 fr. pour les concerts), de 3'812 fr. avec intérêts au titre de frais et de 5'000 fr. avec intérêts pour tort moral. Par jugement du 27 février 2015, la juge de district a condamné la défenderesse à verser au demandeur le montant de 25'000 fr. avec intérêts et a rejeté ses chefs de conclusions relatifs aux trois autres montants. Statuant le 1<sup>er</sup> février 2017 sur l'appel du demandeur, la Cour civile II du Tribunal cantonal du canton du Valais a constaté l'entrée en force de la condamnation de la défenderesse à verser au demandeur le



montant de 25'000 fr. avec intérêts et a rejeté le recours dans la mesure où il était recevable sur les trois autres montants.

Contre cet arrêt, le demandeur a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 6 mars 2017.

Extraits des considérants:

3.

La cour cantonale a soumis l'ensemble du contrat conclu aux règles du mandat et, partant, a admis la liberté de le résilier conformément à l'art. 404 al. 1 CO. La défenderesse est également de cet avis. Le demandeur recourant soutient en revanche, principalement, que l'ensemble du contrat doit être soumis aux règles du contrat d'entreprise et, partant, à l'art. 377 CO.

3.1 Dans le contrat d'entreprise, lorsque le maître résilie le contrat de manière anticipée en vertu de l'art. 377 CO, les relations contractuelles entre les parties prennent fin pour l'avenir (ex nunc) (ATF 130 III 362 consid. 4.2 p. 366 et les arrêts cités). «L'indemnité complète» due par le maître en vertu de cette disposition correspond à l'intérêt positif: elle consiste en des dommages-intérêts positifs, qui correspondent à l'intérêt de l'entrepreneur à l'exécution complète du contrat; elle comprend conséquemment le gain manqué (ATF 96 II 192 consid. 5 p. 196; sur les méthodes de calcul, cf. l'arrêt 4A\_96/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.1, publié in SJ 2015 I p. 8). Cette indemnité peut être réduite ou supprimée si l'entrepreneur, par son comportement fautif, a contribué dans une mesure importante à l'événement qui a poussé le maître à se départir du contrat. La perte de confiance du maître en l'entrepreneur ne saurait à elle seule constituer un motif suffisant pour permettre au premier de résilier le contrat sans devoir indemniser le second (arrêts 4A\_96/2014 déjà cité consid. 4.1; 4D\_8/2008 du 31 mars 2008 consid. 3.4.1; 4C.281/2005 du 15 décembre 2005 consid. 3.6, publié in SJ 2006 I p. 174, et les références).

3.2 Dans le contrat de mandat, le mandant peut résilier le contrat en tout temps en vertu de l'art. 404 al. 1 CO (ATF 115 II 464 consid. 2a; arrêt 4A\_141/2011 du 6 juillet 2011 consid. 2.2 et les arrêts cités). En cas de résiliation en temps inopportun (art. 404 al. 2 CO), il doit indemniser le mandataire du dommage qu'il lui cause. Il ne s'agit que d'une indemnisation de l'intérêt négatif (arrêt 4A\_284/2013 du 13 février 2014 consid. 3.6.1), et non de l'intérêt à la poursuite du contrat (arrêt 4A\_294/2012 du 8 octobre 2012 consid. 7.2).

3.3 La question de la résiliation anticipée n'étant pas réglée par une clause spéciale du contrat conclu par les parties le 15 mars 2011, la détermination du contenu de ce contrat et sa qualification revêtent une importance décisive, au vu des conséquences financières différentes qui en résultent.

4.

Il y a lieu d'examiner tout d'abord si chacun des deux volets du contrat relève du contrat d'entreprise, car, dans l'affirmative, la question de la résiliation sur la base de l'art. 404 CO ne se pose pas.

4.1 Dans le contrat d'entreprise, l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage (art. 363 al. 1 CO) et donc promet un résultat, que celui-ci soit matériel ou immatériel (ATF 130 III 458 consid. 4). Il doit produire par son travail un résultat, lequel doit être susceptible d'être vérifié selon des critères objectifs et d'être qualifié de juste ou d'erroné (ATF 127 III 328 consid. 2c).

Dans le contrat de mandat, le mandataire s'oblige à rendre des services dans l'intérêt de son mandat, certes en vue d'un certain résultat, mais sans promettre celui-ci; il promet une bonne et fidèle exécution du mandat, en d'autres termes le respect de ses obligations de diligence et de fidélité (Sorgfalts- und Treuepflichten); les honoraires convenus ou usuels sont en principe indépendants du résultat de l'activité déployée par le mandataire (arrêt 4A\_269/2017 du 20 décembre 2017 consid. 3.1.2 et les arrêts cités). Si l'intéressé ne peut promettre l'exactitude objective du résultat de son travail en tant qu'ouvrage, mais peut seulement promettre d'agir avec diligence dans l'intérêt de son cocontractant et en vue d'un certain résultat sans qu'il puisse le garantir, le contrat doit être qualifié de mandat (ATF 127 III 328 consid. 2c). Le fait que le contrat soit conclu pour plusieurs années ne s'oppose pas à la qualification de mandat (arrêts 4C.447/2004 du 31 mars 2005 consid. 5.2 in fine, publié in SJ 2005 I p. 417; 4P.28/2002 du 10 avril 2002 consid. 3c/bb), la durée étant un élément d'appréciation lorsque le juge doit décider si la résiliation a eu lieu en temps inopportun (cf. TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5<sup>e</sup> éd., Zurich, n. 4624 p. 664).

Selon la jurisprudence, le contrat ayant pour objet l'engagement d'un artiste doit être considéré soit comme un contrat de travail, soit comme un contrat d'entreprise ou éventuellement un contrat innommé (contrat de spectacle), en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier et en fonction des critères que sont le rapport de subordination ou de dépendance, la durée de l'engagement, l'obligation de résultat, le mode de rémunération, le devoir de diligence et de fidélité, la désignation du contrat par les parties (ATF 112 II 41 consid. 1a/aa in fine). Pour certains auteurs, il serait plus approprié, dans l'hypothèse où le contrat de travail n'entre pas en ligne de compte, d'y voir dans tous les cas un contrat innommé, auquel on appliquerait par analogie seulement les règles du contrat d'entreprise (TERCIER/BIERI/CARRON, op. cit., n. 3554 p. 483 et les références citées).

Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la nature du contrat de directeur artistique, le directeur étant chargé de la programmation et de prendre contact avec les artistes pressentis, avec lesquels l'organisateur du spectacle conclura des contrats.

4.2 En l'espèce, la cour cantonale a considéré que le contrat signé par les parties le 15 mars 2011 comportait deux volets: le volet «directeur artistique» et le volet «soliste/chef d'orchestre», ce que le demandeur recourant ne conteste pas.

4.2.1 Le volet «soliste/chef d'orchestre» a été qualifié de contrat d'entreprise par les juridictions cantonales, dès lors qu'il n'existe pas de lien de subordination typique du contrat de travail entre le musicien et l'association, que ce soit sous l'angle personnel, organisationnel ou temporel; celui-là agissait de manière indépendante, ne recevait pas de directives, ni d'instructions contraignantes dans l'accomplissement de son activité et sa rémunération n'était pas soumise à des charges sociales. Le recourant ne le conteste pas, de sorte qu'il doit être retenu que ce volet du contrat pourrait relever du contrat d'entreprise ou d'un contrat innommé.

4.2.2 Quant au volet «directeur artistique», il ressort des constatations de fait, non remises en cause, que le directeur devait formuler les lignes générales de chaque édition du festival des points de vue artistique et musical, qu'il devait faire, plus d'un an à l'avance, des propositions à la commission artistique de l'association concernant le programme et les artistes pressentis, celle-ci conservant le droit de proposer d'autres concerts et d'autres artistes, et qu'il devait participer aux activités de relations avec les médias, en particulier à la conférence de presse annuelle.

Par ces prestations, le directeur artistique ne fournit pas un résultat susceptible d'être apprécié objectivement (juste ou faux) et qui pourrait être qualifié d'ouvrage et soumis à la garantie pour les défauts. Il s'engage à fournir un ensemble de prestations qui toutes – choix des pièces musicales, choix des artistes, faire en sorte que le festival ait lieu, promotion auprès des médias – doivent concourir à la réussite du festival, réussite qu'il ne peut toutefois pas fournir en tant qu'ouvrage. Il s'engage bien plutôt à déployer toute sa diligence en vue de la réussite du festival annuel, mais sans pouvoir la garantir. Le fait qu'une brochure et d'autres documents, dont il n'était pas l'auteur, ont été réalisés et que la manifestation concrète a eu lieu ne change rien à cette qualification de ses prestations. Le volet «directeur artistique» doit donc être qualifié de mandat, par substitution des motifs qui précèdent.

En effet, contrairement à ce que considère la cour cantonale, ce n'est pas parce que l'intéressé œuvrait à l'établissement du programme en collaboration avec la commission artistique, devant tenir compte des conseils de celle-ci, et que la commission artistique jouait un rôle important et participait activement au résultat, que le volet «directeur artistique» ne peut pas être qualifié de contrat d'entreprise. L'architecte qui établit les plans d'une construction doit aussi tenir compte des souhaits du maître de l'ouvrage. C'est au contraire parce que le directeur artistique, que ce soit par le choix des concerts et des artistes et la promotion du festival auprès des médias ne peut promettre et garantir un résultat qu'il ne saurait être question de le

qualifier de contrat d'entreprise. Le fait que le contrat a été conclu pour une durée de cinq ans n'y change rien, comme on le verra plus loin.

5.

Il faut examiner ensuite si, comme le soutient le demandeur, le volet «soliste/chef d'orchestre», qui est clairement soumis au contrat d'entreprise, est prépondérant et s'il doit s'appliquer à l'ensemble du contrat.

5.1 Lorsque, en vertu de la volonté des parties, les divers rapports qui les lient ne constituent pas des contrats indépendants, mais représentent des éléments de leur convention liés entre eux et dépendants l'un de l'autre, on est en présence d'un contrat mixte (*gemischter Verrag*) ou d'un contrat composé (ou complexe ou couplé; *zusammengesetzter Vertrag*), qui doit être appréhendé comme un seul et unique accord (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a p. 162). On parle de contrat composé lorsque la convention réunit plusieurs contrats distincts, mais dépendants entre eux (arrêt 4C.160/1997 du 28 octobre 1997, consid. 4b, in: SJ 1998 p. 320); il y a contrat mixte lorsque la convention comprend des éléments relevant de contrats nommés (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 120 V 299 consid. 4a p. 304/305; 109 II 462 consid. 3d p. 466).

Lorsqu'on se trouve confronté à un contrat mixte ou composé, il n'est généralement pas possible de l'attribuer à un type de contrat aux éléments caractéristiques clairs, ni, partant, de dire une fois pour toutes à quelles normes légales il doit être soumis. Dans chaque cas, il faut déterminer quelles règles doivent s'appliquer eu égard aux particularités de l'accord en cause. Il ne sera que rarement possible de le soumettre entièrement aux règles d'un contrat réglé par la loi (contrat nommé), dès lors qu'en principe les éléments d'un tel contrat ne l'emportent pas au point d'absorber tous les éléments qui lui sont étrangers. Il faudra donc examiner précisément quelle est la question juridique posée et quels sont les dispositions légales ou les principes juridiques auxquels il y a lieu de recourir pour la trancher. Dans la mesure où les éléments du contrat sont de nature différente, il se justifie de les soumettre à des règles de divers contrats nommés (par exemple contrat de travail, contrat de société, contrat de livraison, contrat de mandat, contrat de bail; ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 2c p. 160 s. et les citations). Cela signifie que les différentes questions à résoudre – par exemple la résiliation du contrat – doivent être régies par les normes légales ou les principes juridiques qui sont adaptés à chacune d'elles; chaque question doit être toutefois soumise aux dispositions légales d'un seul et même contrat (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a p. 162; 110 II 380 consid. 2 p. 382; 109 II 462 consid. 3d p. 466); en effet, vu la dépendance réciproque des différents éléments du contrat mixte ou composé, il n'est pas possible que la même question soit réglée de manière différente pour chacun d'eux (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a p. 162).

Pour déterminer quelles règles légales sont applicables à la question litigieuse, il convient de rechercher le «centre de gravité des relations con-

tractuelles», appréhendées comme un accord global unique. Il faut dès lors examiner quelle est la portée de chacun des éléments du contrat mixte ou composé eu égard à la situation juridique globale. L'intérêt des parties, tel qu'il se déduit de la réglementation contractuelle qu'elles ont choisie, est déterminant pour décider de l'importance de tel ou tel élément par rapport à l'ensemble de l'accord (ATF 131 III 528 consid. 7.1.1; 118 II 157 consid. 3a et les arrêts cités).

5.2 Le contrat conclu le 15 mars 2011 pour une durée de cinq ans (du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 septembre 2016) combine des obligations relevant de plusieurs contrats nommés ou innommés, dont seules sont litigieuses la direction artistique du festival avec participation aux relations avec les médias et les prestations artistiques de chef d'orchestre et de soliste.

Il s'agit-là d'un contrat mixte. Il faut donc rechercher, en rapport avec la question de la résiliation anticipée, la portée de chacun de ses éléments eu égard à la situation juridique globale et, partant, le centre de gravité de la relation contractuelle, appréhendée comme un accord global. Pour ce faire, il convient de partir de l'intérêt des parties tel que celles-ci l'ont exprimé dans leur engagement et ainsi de déterminer leur volonté interne concordante ou, à défaut, d'interpréter objectivement leur volonté.

Si les deux volets donnent lieu à une rémunération identique de 50'000 fr. chacun, l'activité de directeur artistique s'étend sur la durée puisque le directeur doit présenter les lignes directrices du programme près d'un an et demi à l'avance, contacter les artistes et promouvoir le festival, alors que celle de soliste/chef d'orchestre s'épuise en quelques jours. C'est d'ailleurs en relation avec l'activité de directeur artistique s'inscrivant dans la durée qu'un appartement est loué pour le directeur et mis à sa disposition. C'est également en relation avec le volet «directeur artistique» que le contrat est vraiment conclu pour une longue durée: comme le recourant le dit lui-même, en tant que directeur artistique, il a un rôle de représentation et est le symbole du ... Festival. Il est ainsi patent que le centre de gravité du contrat est le volet «directeur artistique». Le fait qu'en tant que soliste/chef d'orchestre, l'intéressé puisse être rémunéré à raison de 12'500 fr. pour chaque concert supplémentaire qu'il donnerait ne change rien à cette pondération des deux volets.

Le volet «directeur artistique» étant soumis aux règles du mandat (cf. infra consid. 4.2.2), la résiliation anticipée du contrat global est donc soumise aux règles du mandat et en particulier à l'art. 404 al. 1 CO, qui permet à chaque partie de résilier unilatéralement le mandat en tout temps.

(...)

7.

Il faut examiner enfin si la résiliation a été notifiée en temps inopportun et s'il y a donc eu violation de l'art. 404 al. 2 CO.

(...)

7.4. (...) la cause doit être renvoyée à la cour cantonale pour examen de la question de l'existence de motifs sérieux de résiliation anticipée im-

médiate du contrat du 15 mars 2011 et, dans la négative, pour fixation du montant du dommage subi par l'intéressé.

*Bundesgericht, Urteil vom 12. Juni 2018, Doss.-Nr. 8C\_903/2017 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. November 2017), in: BGE 144 I 181*

**Art. 29a BV; Art. 17 Abs. 4 der Verordnung der Stadt Zürich vom 6. Februar 2002 über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals; § 27a Abs. 1 in Verbindung mit § 63 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959; Anordnung der Weiterbeschäftigung einer unrechtmässig gekündigten Angestellten durch das kantonale Gericht.**

**In Nachachtung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV erstreckt sich die Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich – entgegen der Regelung im kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetz – auch auf die Anordnung der Weiterbeschäftigung einer unrechtmässig entlassenen Angestellten, da kraft kommunalen Rechts ein justiziabler Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht (E. 5.3.2).**

**Art. 29a Cst.; art. 17 al. 4 de l'ordonnance de la Ville de Zurich du 6 février 2002 sur les rapports de travail du personnel de la Ville; § 27a al. 1 en liaison avec § 63 al. 3 de la loi du canton de Zurich du 24 mai 1959 sur la procédure administrative; injonction du tribunal cantonal de maintenir l'emploi d'une collaboratrice licenciée à tort.**

**Au titre de la mise en œuvre de la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst., le Tribunal administratif du canton de Zurich est également compétent – contrairement à ce que prévoit la réglementation de la loi cantonale sur la procédure administrative – pour ordonner le maintien de l'emploi d'une collaboratrice licenciée à tort car, en vertu du droit communal, il existe une prétention déductible en justice au maintien des rapports de service (consid. 5.3.2).**

Sachverhalt:

A.

A.a Die 1955 geborene A. trat am 1. August 2006 ihre Stelle als Fahrerin für die Betriebe B. an. Am 1. April 2008 nahm sie eine betriebsinterne Ausbildung zur Betriebsmanagerin auf, brach diese aber am 30. September 2010 in gegenseitigem Einverständnis mit den Betrieben B. ab und arbeitete in der Folge als Serviceleiterin. Mit Verfügung vom 25. Januar 2013, bestätigt mit Beschluss des Stadtrates von Zürich vom 29. Januar 2014, ordnete der Direktor der Betriebe B. per 1. Mai 2013 die Rückversetzung in die Funktion als Fahrerin an. In teilweiser Gutheissung des gegen den Stadtrats-Beschluss vom 29. Januar 2014 geführten Rekurses hob der Bezirksrat Zürich die Versetzung

auf und wies die Stadt Zürich an, A. rückwirkend per 1. Mai 2013 in der Funktion als Serviceleiterin anzustellen (Beschluss vom 4. Dezember 2014). Dies wurde auf Beschwerde der Stadt Zürich hin vom Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bestätigt (Entscheid vom 13. Januar 2016).

A.b Bereits ab Herbst 2012 wurde A. ohne ihr Einverständnis wieder als Fahrerin eingesetzt. Der Direktor der Betriebe B. stellte sie mit Verfügung vom 13. August 2014 rückwirkend ab 1. August 2014 bis auf Weiteres vom Dienst frei mit der Begründung, sie habe aufgrund offensichtlicher Anzeichen für fehlende Fahrfähigkeit am 1. August 2014 gegen ihren Willen vom Dienst abgelöst werden müssen. Mittels Verwaltungsakt vom 13. Februar 2015 löste er das Anstellungsverhältnis per 31. Mai 2015 auf und entzog einem Rechtsmittel dagegen die aufschiebende Wirkung. Am 12. Mai sowie 18. August 2015 verschob er die Auflösung des Anstellungsverhältnisses aufgrund einer Sperrfrist zunächst auf den 31. August 2015 und schliesslich auf den 30. November 2015 (unter Verzicht auf den erneuten Entzug der aufschiebenden Wirkung). Der Stadtrat wies die gegen die Freistellung und gegen die Auflösung des Anstellungsverhältnisses erhobenen Einsprachen mit Beschluss vom 16. März 2016 ab, was vom Bezirksrat bestätigt wurde, soweit er auf den Rekurs der A. eintrat (Beschluss vom 6. April 2017).

B.

In Gutheissung der dagegen geführten Beschwerde, mit welcher A. sinngemäss beantragt hatte, es sei ihre Weiterbeschäftigung anzuordnen, hob das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich den Beschluss des Bezirksrates vom 6. April 2017, soweit er auf Abweisung lautete, sowie die Dispositiv-Ziffer 1 des Stadtrats-Beschlusses vom 16. März 2016 und die Verfügungen des Direktors der Betriebe B. vom 13. Februar, 12. Mai und 18. August 2015 auf; es wies die Stadt Zürich an, A. im Sinne der Erwägung 7 weiter zu beschäftigen (Entscheid vom 8. November 2017). In Erwägung 7 des Entscheids hielt es fest, die Auflösung des Anstellungsverhältnisses sei rechtswidrig. A. sei als Serviceleiterin weiter zu beschäftigen, wobei die Stadt Zürich für einen unbelasteten Wiedereinstieg in diese Tätigkeit zu sorgen habe.

C.

Die Stadt Zürich führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei der Beschluss des Bezirksrats vom 6. April 2017 zu bestätigen; ferner sei dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung einzuräumen.

Während das Verwaltungsgericht auf eine Vernehmlassung verzichtet, beantragt A. sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

D.

Mit Verfügung vom 7. März 2018 hat der Präsident der I. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Als Angestellte der Betriebe B. untersteht die Beschwerdegegnerin den personalrechtlichen Regelungen der Beschwerdeführerin.

3.2 Gemäss § 72 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1926 über das Gemeindewesen (in der bis Ende 2017 in Kraft gestandenen und hier anwendbaren Fassung; Gemeindegesetz, GG; LS 131.1) ist das Arbeitsverhältnis des Personals von Gemeinden, Zweckverbänden und selbstständigen Anstalten öffentlich-rechtlich (Abs. 1). Soweit die Gemeinden keine eigenen Vorschriften erlassen, sind die Bestimmungen des Personalgesetzes und seiner Ausführungserlasse sinngemäss anwendbar (Abs. 2). Gestützt auf Art. 41 lit. g und Art. 113 ihrer Gemeindeordnung vom 26. April 1970 (AS 101.100) hat die Stadt Zürich mit der Verordnung vom 6. Februar 2002 über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (AS 177.100; nachfolgend: PR) ein eigenes Personalrecht erlassen. Darauf basiert der angefochtene Entscheid.

3.3 Nach Art. 17 Abs. 2 PR setzt die Kündigung durch die Stadt Zürich einen sachlich zureichenden Grund gemäss Art. 17 Abs. 3 PR voraus und darf nach den Bestimmungen des Obligationenrechts nicht missbräuchlich sein. Laut Art. 17 Abs. 3 lit. b PR kann das Arbeitsverhältnis wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft, die vereinbarte Arbeit zu verrichten, ordentlich gekündigt werden. Erweist sich die Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt, wird die oder der Angestellte von der Stadt mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiter beschäftigt (Art. 17 Abs. 4 Satz 1 PR). Ist ausnahmsweise beides aus triftigen Gründen nicht möglich, so bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über die missbräuchliche Kündigung (Art. 17 Abs. 4 Satz 2 PR). Ist die Kündigung nichtig, besteht in jedem Fall ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung (Art. 17 Abs. 5 PR). Nach Art. 18 Abs. 1 PR räumt die Anstellungsinstanz der oder dem Angestellten eine angemessene Bewährungsfrist von mindestens zwei bis höchstens sechs Monaten ein, bevor sie eine Kündigung aufgrund mangelnder Leistung oder unbefriedigenden Verhaltens ausspricht. Bei schwerwiegenden Verhaltensmängeln kann die Kündigung ohne Einräumen einer Bewährungsfrist gemäss Art. 18 Abs. 1 PR erfolgen (Art. 18 Abs. 3 PR).

3.4 Der Weiterzug der personalrechtlichen Anordnungen und der stadtinternen Rekursentscheide des Stadtrates richtet sich nach dem Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2; Art. 39 Abs. 6 PR).

4.

4.1 Der Bezirksrat Zürich hatte in seinem Beschluss vom 6. April 2017 die Rechtmässigkeit der Kündigung gestützt auf Art. 17 Abs. 3 lit. b in Verbindung mit Art. 18 Abs. 3 PR wegen Mängeln in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederho-



len, bejaht, und schwerwiegende Verhaltensmängel angenommen, welche die Kündigung ohne Einräumen einer Bewährungsfrist zugelassen hätten.

4.2 Demgegenüber gelangte das kantonale Gericht zum Ergebnis, dass die Auflösung des Anstellungsverhältnisses durch die Beschwerdeführerin rechtswidrig gewesen sei. Die Kündigung werde nämlich mit einer Pflichtverletzung begründet, welche spezifisch mit der Tätigkeit als Fahrerin zusammenhänge. Im fraglichen Zeitpunkt sei die Beschwerdegegnerin jedoch als Serviceleiterin angestellt gewesen. Der Vollzug der Versetzung in den Fahrdienst sei auch nach Erlass einer entsprechenden Verfügung unzulässig gewesen, weil den dagegen erhobenen Rechtsmitteln aufschiebende Wirkung zugekommen sei. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin zu Recht als Fahrerin eingesetzt worden wäre, würde dies an der Unrechtmässigkeit der Kündigung nichts ändern, da die Beschwerdeführerin den für die Kündigung angeführten Vorwurf (Fahruntauglichkeit am 1. August 2014) nicht beweisen könne. Die Vorinstanz wies die Arbeitgeberin deshalb antragsgemäss an, die Beschwerdegegnerin weiter zu beschäftigen. Zunächst klärte das kantonale Gericht jedoch, ob es die Frage der Wiederherstellung des unrechtmässig aufgelösten Arbeitsverhältnisses bzw. der Weiterbeschäftigung der Beschwerdegegnerin überhaupt beurteilen durfte. Es gelangte dabei zum Ergebnis, dass ihm diese Befugnis zustehe. Eine Minderheit des Gerichts war hingegen der Auffassung, es sei nicht auf Weiterbeschäftigung, sondern, wegen ungerechtfertigter Verweigerung dieser Weiterbeschäftigung durch die Beschwerdeführerin und den Bezirksrat, auf Entschädigung zu erkennen.

4.3 Die Stadt Zürich wendet ein, die Vorinstanz habe sich in willkürlicher Weise (Art. 9 BV) über die klaren Bestimmungen von § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 VRG hinweggesetzt. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung sei gemäss Art. 17 Abs. 4 PR nicht bedingungslos gegeben. Art. 39 Abs. 6 PR sehe diesen Anspruch nur bis und mit Beschluss des Bezirksrates vor. Im angefochtenen Entscheid werde daher das anwendbare Recht offensichtlich missbräuchlich angewendet bzw. der massgebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt. Im Übrigen werde mit der Anordnung der Weiterbeschäftigung die Gemeindeautonomie verletzt.

## 5.

5.1 Die Beschwerdeführerin beantragt zwar die (vollständige) Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheids und die Bestätigung des Beschlusses des Bezirksrates (zum Inhalt: E. 4.1 hiavor). In der Begründung setzt sie sich aber mit der vom Verwaltungsgericht (insgesamt, nicht nur als Mehrheitsmeinung) angenommenen Missbräuchlichkeit der Kündigung nicht auseinander. Sie legt lediglich dar, dass «triftige Gründe» im Sinne von Art. 17 Abs. 4 PR vorliegen würden, welche einer Wiederanstellung der Beschwerdegegnerin in jedem Falle, «also auch dann, wenn sich eine Kündigung als missbräuchlich oder sachlich nicht gerechtfertigt erweisen würde», im Wege stehe. Letztinstanzlich ist damit mangels entsprechend

begründeter Rüge ohne Weiterungen von der Unrechtmässigkeit der Kündigung auszugehen (vgl. nicht publ. E. 2.2). Zu prüfen ist einzig, ob die Vorinstanz befugt war, eine Weiterbeschäftigung anzuordnen, oder ob sie nicht vielmehr – gemäss ihrem Minderheitsvotum – «nur» eine Entschädigung hätte zusprechen dürfen.

## 5.2

5.2.1 Hält die Rekursinstanz – hier der Bezirksrat Zürich – eine Kündigung, eine Einstellung im Amt oder eine vorzeitige Entlassung für nicht gerechtfertigt, stellt sie dies fest und bestimmt von Amtes wegen die Entschädigung, die das Gemeinwesen zu entrichten hat (§ 27a Abs. 1 VRG). Bei Beschwerden betreffend ein Arbeitsverhältnis gilt für das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich § 27a Abs. 1 VRG sinngemäss (§ 63 Abs. 3 VRG). Dem Verwaltungsgericht wie auch den Rekursinstanzen ist es gestützt auf diese Rechtsgrundlage verwehrt, eine auf der Basis von kantonalem Personalrecht ausgesprochene Kündigung aufzuheben und damit eine Weiterbeschäftigung anzuordnen. Dies gilt unter Vorbehalt der Vereitelung von Bundesrecht (zu denken ist etwa an Rechtsansprüche nach Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1]) sowie des Falles einer nichtigen Kündigung (vgl. MARCO DONATSCH, in: Kommentar VRG, 3. Aufl. 2014, N. 33 und Fn. 48 zu § 63 VRG). Beide Instanzen können regelmässig einzig die Unrechtmässigkeit der Kündigung feststellen und von Amtes wegen die Entschädigung bestimmen.

5.2.2 Bei Kündigungen, welche basierend auf kommunalem Personalrecht erfolgt sind, können die Rekursinstanzen gemäss § 27a Abs. 2 VRG auch über weitergehende Ansprüche wie beispielsweise, sofern vorgesehen, auf Wiedereinstellung bzw. Weiterbeschäftigung befinden. Kennt das kommunale Personalrecht somit einen derartigen Anspruch, kann die zuständige Rekursinstanz ein aufgelöstes Arbeitsverhältnis bei Rechtswidrigkeit der Kündigung wiederherstellen. Es besteht insofern eine umfassende Entscheidungsbefugnis. Umstritten ist die diesbezügliche Rechtslage demgegenüber auf der Stufe der Beschwerdeinstanz: Gestützt auf den Wortlaut des § 63 Abs. 3 VRG, welcher einzig auf § 27a Abs. 1 VRG verweist, ging das kantonale Gericht bisher stets davon aus, dass es in jedem Fall nur noch die Unrechtmässigkeit der Kündigung feststellen und eine Entschädigung zusprechen könne, und nahm an, es sei ihm verwehrt, ein unrechtmässig aufgelöstes Arbeitsverhältnis wieder herzustellen. In einem Entscheid vom 5. März 2014 (VB.2013.00792), auf welchen es vorliegend zur Begründung verweist, hielt es an dieser Praxis nicht fest. Denn es gelangte nunmehr zur Auffassung, es müsse entgegen § 63 Abs. 3 VRG überprüfen können, ob der oder die Angestellte Anspruch auf Weiterbeschäftigung habe, um so der Rechtsweggarantie Genüge zu tun.

5.2.2.1 Die bisherige Rechtsprechung entwickelte die Vorinstanz unter der Geltung des a§ 80 Abs. 2 VRG (in Kraft gestanden bis Ende Juni 2010), welcher es dem Verwaltungsgericht generell verwehrt hatte, eine

Kündigungsverfügung aufzuheben und eine Weiterbeschäftigung anzuordnen. Das Gericht selber hatte indes bereits damals die Frage in den Raum gestellt, ob die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV allenfalls zur Aufgabe dieser Praxis zwingen könnte (zum Ganzen: DONATSCH, a.a.O., N. 34 und Fn. 50 zu § 63 VRG; derselbe, Gerichtspraxis zum Lehrpersonalrecht, in: Zürcher Lehrpersonalrecht, 2012, S. 5 ff., insb. S. 10). Auch nach dem Inkrafttreten von § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG auf den 1. Juli 2010 (inhaltlich praktisch übereinstimmend mit a§ 80 Abs. 2 VRG) hielt das Verwaltungsgericht allerdings zunächst an seinen bisherigen Grundsätzen fest. Im Rahmen eines Minderheitenvotums hat es diese Linie auch im vorliegenden Prozess mit folgender Begründung vertreten: Das VRG habe es dem Verwaltungsgericht schon immer verwehrt, ein aufgelöstes Arbeitsverhältnis wieder herzustellen. Wenn der seit 1. Juli 2010 geltende § 63 Abs. 3 VRG lediglich auf § 27a Abs. 1 VRG verweise, wonach bei ungerechtfertigter Kündigung (nur) eine Entschädigung bestimmt werde, nicht aber auf § 27 Abs. 2 VRG, der der Rekursinstanz darüber hinaus die Weiterbeschäftigung aufgrund eines einschlägigen Anspruchs im kommunalen Personalrecht anzuordnen gestatte, schweige das Gesetz insofern qualifiziert. § 72 Abs. 2 GG erlaube den Gemeinden zwar, ein eigenes Personalrecht zu erlassen, ansonsten das (kantonale) Personalrecht und seine Ausführungserlasse zu sinngemässer Anwendung gelangten. Der Kanton könne den dergestalt eingeräumten kommunalen Gestaltungsraum aber wieder einschränken. Dies sei mit § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG geschehen, welche Bestimmungen jünger sowie spezieller seien als § 72 Abs. 2 GG und einen materiellrechtlichen Gehalt aufwiesen. Sie würden nämlich bei unrechtmässiger Kündigung (wie das [kantonale] Personalrecht schonerstinstanzlich) vor Verwaltungsgericht einen Anspruch auf Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses ausschliessen und bloss noch einen solchen auf Entschädigung verleihen. Dürfe der Kanton den Gemeinden überhaupt verbieten, in ihren Personalrechtsbestimmungen einen Weiterbeschäftigungsanspruch vorzusehen, vermöge er das erst recht für die verwaltungsgerichtliche Rechtspflegestufe zu tun. Der unter dem Titel «Rechtsmittel» eigentlich Prozedurales regelnde Art. 39 PR trage dem im Übrigen Rechnung. Laut seinem ebenfalls materiellrechtliche Bedeutung besitzenden Abs. 2 würden Rechtsmittel den Lauf der Kündigungsfrist nicht unterbrechen; diese verlängerten sich jedoch bis zum Einspracheentscheid des Stadtrats oder bei einem Weiterzug an den Bezirksrat bis zu dessen Rekursentscheid, wenn der Entscheid erst nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist erfolge. Art. 29a BV fordere nicht, dass das Verwaltungsgericht beim Tatbestand der ungerechtfertigten Entlassung als Rechtsfolge allenfalls das Arbeitsverhältnis wieder herstellen könne, sondern nur, dass es diesen Tatbestand ebenso mit Bezug auf einen versagten eventuellen Weiterbeschäftigungsanspruch des materiellen Rechts beurteile und daran eine angemessene Rechtsfolge etwa in Form der gesetzlich vorgesehenen Entschädigung knüpfe.

5.2.3 Die vorinstanzliche Mehrheitsauffassung stützt sich demgegenüber auf folgendes Argumentarium: Der Antrag des Regierungsrats vom 29. April 2009 für ein Gesetz über die Anpassung des kantonalen VRG habe in § 27a VRG vorgesehen, dass die Rekursbehörde bei unrechtmässiger Kündigung zukünftig nur noch eine Entschädigung zusprechen könne. Dabei sei der Regierungsrat von der falschen Annahme ausgegangen, die Regelung von a§ 80 Abs. 2 VRG werde – obwohl dies nirgends ausdrücklich geregelt gewesen sei – auch für das Rekursverfahren angewandt; aus Gründen der Transparenz sollte im Gesetz deshalb ausdrücklich festgehalten werden, dass die Regelung von a§ 80 Abs. 2 VRG auch im Rekursverfahren gelte. Die Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit habe § 27a VRG in ihrem Antrag vom 14. Januar 2010 um einen zweiten Absatz erweitert, der den Entscheid über weitergehende Ansprüche aufgrund des kommunalen Personalrechts vorbehalte. Gleichzeitig sei § 63 Abs. 3 VRG insofern ergänzt worden, als dieser nicht mehr – wie regierungsrätlich vorgeschlagen – auf den gesamten § 27a VRG, sondern nur noch auf dessen Abs. 1 verweise. In der Beratung des Kantonsrats hätten zu beiden Bestimmungen keine Diskussionen stattgefunden. Den Ausführungen des Kommissionsprechers lasse sich aber entnehmen, dass die Ergänzung von § 27a VRG vorgenommen worden sei, weil es Gemeinden gebe, die im Gegensatz zum Kanton personalrechtlich zusätzlich die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung vorsähen. Damit diese Autonomie der Gemeinden beibehalten werden könne, müsse der Rekursinstanz eine entsprechende Entscheidungsmöglichkeit offenstehen. Weshalb § 63 Abs. 3 VRG so angepasst worden sei, dass dem Verwaltungsgericht diese Entscheidungsmöglichkeit verwehrt bleiben sollte, lasse sich dem Protokoll nicht entnehmen. Gemäss Art. 29a BV habe jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde, wobei Bund und Kantone die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen könnten. Die Rechtsweggarantie gewährleiste bei grundsätzlich sämtlichen Rechtsstreitigkeiten Zugang zu wenigstens einem Gericht, das Rechts- und Sachverhaltsfragen umfassend überprüfen könne. Von ihr seien mit Blick auf BGE 136 I 323 (E. 4.3 S. 328 f.) alle Streitigkeiten über Rechte und Pflichten erfasst, die sich aus dem materiellen Verfassungs-, Gesetzes- oder Ordnungsrecht ergeben würden. Nach Art. 85 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV/ZH; SR 131.211) regelten die Gemeinden ihre Angelegenheiten selbstständig. Dafür gewähre ihnen das kantonale Recht möglichst weiten Handlungsspielraum. In diesem Sinne stehe es den Gemeinden nach § 72 Abs. 2 GG frei, ein eigenes Personalrecht zu erlassen. Diese Autonomie der Gemeinden im Bereich des Personalrechts – namentlich die Möglichkeit, bei unrechtmässiger Kündigung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vorzusehen – habe der kantonale Gesetzgeber ausdrücklich nicht beschneiden wollen und deshalb vorgesehen, dass die Rekursinstanz auch über weitergehende, sich aus dem kommunalen Personalrecht ergebende Ansprüche entscheiden könne. Somit stehe das kantonale Recht dem den Angestell-

ten der Stadt Zürich eingeräumten Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei unrechtmässiger Kündigung nicht entgegen. Dieser Anspruch müsse nach Art. 29a BV durch eine richterliche Behörde beurteilt werden können. Da es sich bei der Rekursinstanz – hier dem Bezirksrat – nicht um ein Gericht im Sinne von Art. 30 BV handle, verstosse die Regelung von § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG gegen die Rechtsweggarantie. Um dem Anspruch auf gerichtliche Überprüfung zu genügen, müsse das Verwaltungsgericht in diesen Fällen entgegen § 63 Abs. 3 und § 27a Abs. 1 VRG überprüfen können, ob der oder die Angestellte Anspruch auf Weiterbeschäftigung habe. Sehe das kommunale Personalrecht bei einer unrechtmässigen Kündigung – wie hier – einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung vor, müsse somit das Verwaltungsgericht als erste gerichtliche Instanz diese Rechtsfolge aufgrund der Rechtsweggarantie ebenfalls anordnen können, wenn es zum Schluss gelange, die Kündigung sei unrechtmässig erfolgt.

5.3 Vor Bundesgericht rügt die Beschwerdeführerin unter anderem, das kantonale Gericht setze sich in willkürlicher Weise und unter Verletzung des Vertrauensschutzes gemäss Art. 9 BV über die klaren gesetzlichen Bestimmungen von § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG und über den dokumentierten Willen des Gesetzgebers hinweg, welcher die verwaltungsgerichtliche Praxis nicht habe ändern wollen.

5.3.1 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 des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht (BGE 140 V 538 E. 4.5 S. 541 mit Hinweisen).

5.3.2 Die zu beurteilende Praxis weicht unstreitig von der langjährigen, vielfach bestätigten Rechtsprechung zur Frage der verwaltungsgerichtlichen Überprüfbarkeit von personalrechtlichen Kündigungsmodalitäten ab. Zur Begründung dieses Schrittes beruft sich das Verwaltungsgericht unter anderem auf die in Art. 29a BV statuierte Rechtsweggarantie.

5.3.2.1 Die seit dem 1. Januar 2007 in Kraft stehende (AS 2006 1059) Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV zählt zu den Verfahrensgrundrechten. Sie vermittelt einen individualrechtlichen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz, mithin auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle, und zwar unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsstreitigkeit vorliegt. Das Bundesgericht legt den Begriff der Rechtsstreitigkeit dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen muss (BGE 143 I 336 E. 4.1 S. 338; BGE 140 II 315 E. 4.4 S. 326; BGE 139 II 185 E. 12.4 S. 218; BGE 137 II 409 E. 4.2 S. 411; BGE 136 I 323 E. 4.2 f. S. 328 f.).

5.3.2.2 Art. 29a BV vermittelt keine materiellen Rechte, sondern setzt solche voraus, um sie – im Sinne eines justiziablen Anspruchs – gerichtlicher Überprüfung zuzuführen. Im hier zu beurteilenden Fall besteht ein solcher Anspruch kraft kommunalen Rechts. Das Personalrecht der Stadt Zürich räumt den Angestellten gestützt auf Art. 17 Abs. 4 Satz 1 PR bei unrechtmässiger Kündigung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung ein (vgl. E. 3.3 hiervor). Demgemäss liegt eine Rechtsstreitigkeit vor, die unter Art. 29a BV fällt. Der Umstand, dass der Anspruch auf Weiterbeschäftigung gemäss Art. 17 Abs. 4 PR nur im Rahmen des Möglichen besteht, reicht nicht aus, um ihm die Qualität eines Anspruchs abzusprechen.

Nach Art. 29a Satz 2 BV können die Kantone zwar den Gerichtszugang in Ausnahmefällen durch Gesetz ausschliessen. Art. 86 Abs. 3 BGG schränkt diese Möglichkeit jedoch auf Entscheide vorwiegend politischen Charakters ein (ANDREAS KLEY, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 21 f. zu Art. 29a BV; ESTHER TOPHINKE, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 18 zu Art. 86 BGG; BGE 136 I 42 E. 1.3, 1.4 und 1.5.4 S. 44 ff.). Darunter fällt der vorliegend in Frage stehende Entscheid über die Wiedereinstellung bzw. Weiterbeschäftigung klarerweise nicht. Mit Blick auf die kommunale Anspruchsgrundlage belässt Art. 29a BV keinen Spielraum für die bisherige Praxis des Verwaltungsgerichts. Der Umstand, dass dieses die Verfassungsbestimmung schon zu einem früheren Zeitpunkt diskutiert und deren Anwendung für die Konstellation, wie sie der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, verworfen hatte, ist kein zwingendes Argument gegen eine Praxisänderung. Die Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung stützt sich vielmehr auf eine bessere Erkenntnis des Normzwecks (vgl. E. 5.3.1 hiervor).

5.3.2.3 Nach Art. 29a BV und Art. 86 Abs. 2 BGG müssen die Kantone mindestens eine gerichtliche Behörde als Beschwerdeinstanz vorsehen. Gemäss Art. 110 BGG muss mindestens eine kantonale richterliche Behörde den Sachverhalt frei überprüfen können. Der Bezirksrat, welcher in Nachachtung der anwendbaren kommunalen und kantonalen Bestimmungen den Anspruch der Beschwerdegegnerin auf Weiterbeschäftigung als einzige Instanz prüfen könnte, erfüllt die Anforderungen an eine gerichtliche Behörde – zumindest im Anwendungsbereich des kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes – unbestrittenermassen nicht.

5.3.3 Ein wirksamer Rechtsschutz durch ein Gericht setzt dessen Berechtigung voraus, eine Anordnung, die sich als unrechtmässig erwiesen hat, aufzuheben und den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen. Folglich lässt sich entgegen § 63 Abs. 3 in Verbindung mit § 27a Abs. 1 VRG die Entscheidungsbefugnis der Vorinstanz nicht auf die Feststellung der Unrechtmässigkeit der Kündigung und Festsetzung der Entschädigungsfolgen beschränken. Die Anordnung der Weiterbeschäftigung der Beschwerdegegnerin durch das kantonale Gericht ist damit rechters. Von Willkür kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht die Rede

sein. Was die geltend gemachte Verletzung der Gemeindeautonomie anbelangt, verbleibt für diese Rüge mit Blick auf den verpflichtenden Gehalt des Art. 29a BV kein Raum.

*Bundesgericht, Urteil vom 26. Juni 2018, Doss.-Nr. 8C\_828/2017 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Oktober 2017)*

**ETH-Angestellter; Umwandlung eines unbefristeten in ein befristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis; Beendigung.**

**Angesichts der Befristung des Projektes, des neuen Arbeitsortes, der neuen Abteilung und der neuen Tätigkeiten ging die Vorinstanz zu Recht von einem sachlichen Grund für den Abschluss eines neuen und befristeten Arbeitsvertrages im Anschluss an die zuvor bestandene unbefristete Anstellung aus und verneinte eine unzulässige Umgehung der Kündigungsvorschriften. Ob es sich um einen Aufhebungsvertrag oder um einen neuen Arbeitsvertrag handelte, konnte offen bleiben, da infolge des sachlichen Grundes angesichts der konkreten Umstände jedenfalls kein rechtswidriges oder gar rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Arbeitgebers ETH-Rat vorlag. Die vorinstanzliche Beurteilung der Beendigung des auf zwei Jahre befristeten Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf verstösst daher nicht gegen Bundesrecht. Demzufolge wurde auch zu Recht die Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 34b BPG verneint (E. 5.5, 5.6).**

Sachverhalt:

A. war mit Arbeitsvertrag vom 20./24. Juli 2010 per 1. Februar 2011 vom Rat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (ETH-Rat) in der Abteilung B. unbefristet angestellt worden. Er trat diese Stelle bereits per 3. Januar 2011 an. Infolge verschlechterten Arbeitsklimas wandte sich A. am 4. Juli 2013 erstmals an die Personalabteilung. Da sich das Verhältnis zwischen A. und seinem Vorgesetzten nicht verbesserte, wurde eine Mediatorin engagiert und ein Teambildungsprozess mit Coaching gestartet. Diese Massnahmen brachten keine Verbesserung. Mit Arbeitsvertrag vom 27./28. Mai 2014 wurde A. per 1. Juni 2014 vom ETH-Rat als Mitarbeiter der Abteilung C. befristet bis 31. Mai 2016 angestellt.

Das für seine bis 31. Mai 2014 ausgeübte Tätigkeit ausgestellte Zwischenzeugnis wurde von A. am 2. Oktober 2015 beanstandet. Am 27. Oktober 2015 unterbreitete er ein seinen Vorstellungen entsprechendes Zwischenzeugnis.

Auf Wunsch von A. stellte der ETH-Rat am 30. Oktober 2015 ein Zwischenzeugnis für seine seit 1. Juni 2014 ausgeübte Tätigkeit aus. A. erklärte sich auch damit nicht einverstanden. Dies liess er durch seinen

Rechtsvertreter mit Schreiben vom 7. Januar 2016 bekräftigen und machte geltend, die Befristung seiner Anstellung gemäss Vertrag vom 27./28. Mai 2014 sei unzulässig.

Nachdem anlässlich der Besprechung vom 19. April 2016 keine Einigung erzielt werden konnte, ersuchte A. am 19. Mai 2016 um Erlass einer anfechtbaren Verfügung hinsichtlich der Zwischenzeugnisse und der Befristung des Arbeitsverhältnisses.

Am 13. Juni 2016 stellte der ETH-Rat A. ein überarbeitetes Zwischenzeugnis für seine Tätigkeit bis 31. Mai 2014 sowie ein Schlusszeugnis per 31. Mai 2016 zu. A. liess am 4. Juli 2016 an seinen Formulierungen für die Arbeitszeugnisse festhalten und erneut den Erlass einer anfechtbaren Verfügung bezüglich der Zeugnisse und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beantragen.

Mit Verfügung vom 31. August 2016 hielt der Präsident des ETH-Rates fest, das Arbeitsverhältnis zwischen dem ETH-Rat und A. habe gemäss Befristung im Arbeitsvertrag vom 27./28. Mai 2014 per 31. Mai 2016 geendet. Am 19. Oktober 2016 verfügte er, die von A. beantragten Änderungen für die Arbeitszeugnisse würden abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden könne.

A. liess sowohl gegen die Verfügung vom 31. August 2016 als auch gegen jene vom 19. Oktober 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen.

Mit Entscheid vom 18. Oktober 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde bezüglich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ab (Ziff. 1), hiess hingegen jene bezüglich der Arbeitszeugnisse insofern gut, als es die Verfügung vom 19. Oktober 2016 aufhob (Ziff. 2) und die Sache zu neuer Ausstellung der Arbeitszeugnisse an den ETH-Rat zurückwies (Ziff. 3).

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, es sei Ziff. 1 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und festzustellen, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtswidrig sei, und es sei ihm eine Entschädigung von zwölf Monatsgehältern in der Höhe von Fr. 144'355.– zu bezahlen. Hinsichtlich der Rückweisung gemäss Ziff. 2 und 3 sei es dem ETH-Rat zu verbieten, die Mitarbeiterbeurteilung 2013 als Grundlage für die Leistungsbeurteilung im Arbeitszeugnis für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Mai 2014 zu verwenden.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über ihre Überprüfungsbefugnis (Art. 49 VwVG), namentlich der Angemessenheit (Urteil 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 3.1 mit Hinweisen), und über die Befristung eines Arbeitsverhältnisses (Art. 9 BPG), insbesondere der Unzulässigkeit von Kettenarbeitsverträgen (Urteil 2P.26/2007 vom



28. Juni 2007 E. 3.5 ff.) zutreffend dargelegt. Dasselbe gilt für den Vertrauensschutz (Art. 9 BV; Urteil 8C\_721/2013 vom 4. März 2014 E. 4.4 mit Hinweisen) und den Anspruch auf eine Entschädigung infolge rechtswidriger Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Art. 34b BPG). Darauf wird verwiesen.

4.

Soweit der Beschwerdeführer einen von den vorinstanzlichen Erwägungen abweichenden Sachverhalt geltend macht, kann ihm nicht gefolgt werden. Denn er vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern diese willkürlich sein sollen. Dies gilt namentlich für die geltend gemachte irreführende Formulierung im Arbeitsvertrag vom 27./28. Mai 2014, da der Wortlaut des Vertrags klar und unzweideutig ist («Dauer des Arbeitsverhältnisses: bis 31. Mai 2016»). Daran ändert auch die im Vertrag festgehaltene Möglichkeit der (vorzeitigen) Kündigung nach Art. 20a der Verordnung des ETH-Rats vom 15. März 2001 über das Personal im Bereich der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Personalverordnung ETH-Bereich, PVO-ETH; SR 172.220.113) nichts. Denn wie die Vorinstanz in E. 4.1.3 zutreffend darlegt, haben die Parteien auch bei einem befristeten Vertrag die Möglichkeit, ordentliche Kündigungsfristen zu vereinbaren (vgl. dazu auch PETER HELBLING, Portmann/Uhlmann [Hrsg.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, N. 54 zu Art. 9 BPG). Ebenso wenig ist die vorinstanzliche Feststellung, das befristete Arbeitsverhältnis habe auch im Interesse des Beschwerdeführers gelegen, willkürlich. Der Beschwerdeführer hatte sich mit seinem bisherigen Vorgesetzten – nicht zuletzt wegen der von ihm erhobenen massiven Vorwürfe gegen diesen – überworfen, woran auch eine Mediation nichts zu ändern vermochte. Zudem hatte er selbst festgestellt, eine weitere Zusammenarbeit sei nicht möglich. Auch hatte er gegenüber dem Präsidenten des ETH-Rats sein Interesse an einem Wechsel in die Abteilung C. bekundet und diesen um Unterstützung ersucht. Im Übrigen vermag die blosse Darlegung des Sachverhalts aus Sicht des Beschwerdeführers keinen willkürlich festgestellten Sachverhalt aufzuzeigen. Was schliesslich die Schlussfolgerung des bejahten sachlichen Grundes für eine Befristung des Arbeitsvertrags betrifft, handelt es sich um eine rechtliche Würdigung und nicht um eine Sachverhaltsfeststellung.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz hätte im Rahmen der Feststellungen zur Befristung des Vertrages vom 27./28. Mai 2014 ein Beweisverfahren durchführen, mindestens jedoch das Personal-dossier beiziehen müssen. Dieser Einwand ist unbehelflich. Denn aus dem Schreiben des Rechtsvertreters an das Bundesverwaltungsgericht vom 24. Januar 2017 ergibt sich, dass er nebst anderen Akten auch das Personaldossier des Beschwerdeführers an die Vorinstanz retournierte, womit erstellt ist, dass dieses der Vorinstanz vorlag. Angesichts der dem Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung stehenden Unterlagen ist es weiter nicht zu beanstanden, dass es im Rahmen der grundsätzlich zulässigen antizi-

pierten Beweiswürdigung (Urteil 8C\_649/2017 vom 4. Januar 2018 E. 7.6.3 mit Hinweisen) auf die Durchführung eines einlässlichen Beweisverfahrens verzichtet hat.

5.2 Die Vorinstanz hat ihre Überprüfungsbefugnis nicht in unzulässiger Weise beschränkt; sie hat lediglich nicht ihr Ermessen an die Stelle der verfügenden Behörde gesetzt, was der Praxis entspricht (Urteil 8C\_500/2013 vom 15. Januar 2014 E. 3.1.2 mit Hinweis auf BGE 129 II 331 E. 3.2 S. 342; Urteil 8C\_788/2011 vom 2. Mai 2012 E. 5.1.2; vgl. auch BGE 133 II 35 E. 3 S. 39). Dies gilt namentlich auch bei besserer Kenntnis der persönlichen Verhältnisse, wie etwa im Bereich der personalrechtlichen Beurteilungen (vgl. dazu Oliver Zibung/ Elias Hofstetter, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, N. 48 zu Art. 49 VwVG mit Hinweisen).

5.3 Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, er habe sich gestützt auf die Aussagen des Geschäftsführers darauf verlassen dürfen, dass die Befristung des Arbeitsverhältnisses nur formeller Natur sei. Er setzt sich jedoch in keiner Weise mit den Erwägungen der Vorinstanz zum von ihr verneinten Vertrauensschutz auseinander, so dass mangels rechtsgenügender Rüge nicht weiter darauf einzugehen ist. Anzufügen bleibt, dass sein direkter Vorgesetzter anlässlich des Gesprächs vom 29. Juni 2015 klarstellte, dass die befristete Anstellung angesichts der im Mai 2016 beendeten Arbeiten nicht verlängert und der Arbeitgeber somit an der Befristung gemäss Vertrag vom 27./28. Mai 2014 festhalten werde.

5.4 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Einführungsarbeiten für das Projekt D. hätten nicht zu seinen Hauptaufgaben gehört und diese seien weder im Arbeitsvertrag noch im Stellenbeschrieb erwähnt worden. Dazu ist festzuhalten, dass der Arbeitsvertrag vom 27./28. Mai 2014 lediglich die Funktion (Mitarbeiter Abteilung C.) festhielt und es sich beim vom Beschwerdeführer aufgelegten Stellenbeschrieb vom 14. Mai 2014 bloss um einen Entwurf handelt (vgl. dazu das Mail von seinem direkten Vorgesetzten vom 14. Mai 2014), so dass der Beschwerdeführer daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Hingegen werden die Einführungsarbeiten für das Projekt D. –wie auch seine übrigen Aufgaben– in der Mitteilung vom 27. Mai 2014 zum Antritt seiner neuen Stelle explizit erwähnt (A. wird die Prozesse, welche im Rahmen der Einführung des Projektes D. angepasst werden müssen, dokumentieren und die Institutionen bei der Dokumentation unterstützen. Zusätzlich wird er die Rolle als Verantwortlicher wahrnehmen und im Stabsbereich C. bei der Berichterstattung aktiv mitarbeiten.)). Angesichts der vorerwähnt aufgelisteten Aufgabenbereiche ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die ersterwähnten Anpassungstätigkeiten für die Einführung des Projektes D. als sein Hauptaufgabengebiet betrachtete.

5.5 Nach Ansicht des Beschwerdeführers stelle selbst das Auslaufen des Projektes D. per Ende Mai 2016 keinen sachlichen Grund für die Befristung seines Arbeitsverhältnisses dar, da es bloss einen kleinen Teilbereich

seiner im Übrigen nicht befristeten Tätigkeiten umfasst habe. Wie bereits in E. 5.4 festgehalten, ist angesichts der Mitteilung bei seinem Stellenantritt nicht davon auszugehen, dass das Projekt D. einen kleinen Teilbereich seiner Aufgaben ausmachte. Zudem ergibt sich daraus auch klar die Befristung der Tätigkeit in Zusammenhang mit den Anpassungen infolge der Einführung des Projektes D. Insbesondere aber ist es nicht so, dass der Beschwerdeführer von seinem Arbeitgeber in die neue Tätigkeit zwangsversetzt worden war. Vielmehr hatte er sich selbst aktiv darum bemüht, an dieser neuen Stelle zu arbeiten (vgl. dazu sein Schreiben an den Präsidenten des ETH-Rats vom 8. Mai 2014, in welchem er diesen um Unterstützung seiner allfälligen Bewerbung für eine Stelle in der Abteilung C. des ETH-Stabs ersuchte). Insofern ist es nicht bundesrechtswidrig, wenn die Vorinstanz angesichts der Befristung des Projektes D., des neuen Arbeitsortes, der neuen Abteilung und der neuen Tätigkeiten von einem sachlichen Grund für den Abschluss eines neuen und befristeten Arbeitsvertrages ausging und eine unzulässige Umgehung der Kündigungsvorschriften verneinte (vgl. zur Zulässigkeit der Umwandlung eines unbefristeten in ein befristetes öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis auch HELBLING, a.a.O., N. 19 und 22 zu Art. 9 BPG und insbesondere VPB 2004 Nr. 121 S. 1582 E. 3a). Ob es sich beim Vertrag vom 27./28. Mai 2014 um einen Aufhebungsvertrag (vgl. die vorinstanzlichen E. 4.2.5 bis 4.2.8 mit Hinweisen auf die Literatur) oder um einen neuen Arbeitsvertrag handelt, kann offen bleiben, da infolge des sachlichen Grundes angesichts der konkreten Umstände jedenfalls kein rechtswidriges oder gar rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Beschwerdegegners vorliegt. Soweit der Beschwerdeführer vor Bundesgericht schliesslich geltend macht, eine andere Person sei nach seinem Ausscheiden eingestellt worden, ist dies nicht nur ein unzulässiges Novum (Art. 99 BGG), sondern es fehlen dafür auch jegliche Anhaltspunkte in den Akten.

5.6 Nach dem Gesagten verstösst die vorinstanzliche Beurteilung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gegen Bundesrecht. Demzufolge hat die Vorinstanz auch zu Recht die Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 34b BPG verneint. Die Beschwerde ist bezüglich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzuweisen.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 28 juin 2018, Doss.-No 4A\_74/2018 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 21 décembre 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)*

**Résiliation des rapports de travail; indemnité discrétionnaire de départ; plan social; art. 335h CO.**

**Dans le cadre de la résiliation des rapports de travail, l'employeur peut offrir le paiement d'une indemnité discrétionnaire de départ en la subordonnant à la condition que le contrat prenne effectivement fin à une**

date déterminée. Il peut également convenir d'une telle indemnité dans des plans sociaux ou des accords sur les modalités de résiliation. Il convient de distinguer ces cas de l'indemnité prévue contractuellement, dont l'employeur ne peut pas ensuite subordonner le paiement à des conditions supplémentaires au moment de la résiliation (c. 6.2.1).

**Art. 335h CO.** On ne voit pas quel obstacle pourrait empêcher qu'un plan social conclu avec la délégation du personnel subordonne le versement d'une indemnité de départ à la condition que l'employé signe une quittance pour solde de tout compte, sous réserve bien entendu des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer selon l'art. 341 al. 1 CO. Il est légitime qu'un employeur offrant dans le cadre d'un plan social de verser des montants souvent importants souhaite régler les situations définitivement et éviter d'être confronté à des prétentions nouvelles susceptibles d'entraîner des litiges judiciaires souvent coûteux (c. 6.4).

Extraits des faits:

Par contrat de travail daté du 28 janvier 2008 et prenant effet le 1<sup>er</sup> août 2008, la société B. SA a engagé A., née en 1957, en qualité de gestionnaire senior à 100%, avec le titre de directrice adjointe. Selon l'article 4 paragraphe 1 du contrat, son salaire annuel brut était fixé à 300'000 fr., payable en treize fois. L'article 4 paragraphe 3 avait la teneur suivante: «En cas de résiliation ordinaire du contrat de travail prononcée par la Société, Madame A. percevra une indemnité équivalente à deux ans de salaire fixe selon le paragraphe 1 de l'article 4, sous réserve de l'article 337 du Code des Obligations ou en cas de résiliation du contrat de travail pour cause de départ à la retraite.» Le contrat était résiliable pour la fin d'un mois, moyennant un préavis écrit de trois mois. Les parties ont en outre convenu d'une rémunération variable dans divers avenants.

Lors d'un entretien du 9 octobre 2013, deux représentants de l'employeuse (dont X., directeur de la gestion privée) ont proposé à l'employée de modifier son contrat de travail par une réduction de son taux d'occupation à 80% et de son salaire correspondant, au motif que ce dernier était trop élevé par rapport à la taille de son portefeuille. Le 22 octobre 2013, dans le cadre d'un nouvel entretien réunissant l'employée, X. et Y., directeur des ressources humaines, la mesure a été confirmée par écrit sous la forme d'un avenant au contrat de travail qui instituait une telle réduction dès le 1<sup>er</sup> février 2014. Un délai de réflexion de deux semaines a été accordé à l'employée. Lors d'un troisième entretien le 5 novembre 2013, l'employée a demandé un délai de réflexion supplémentaire, qui lui a été accordé jusqu'à la fin du mois. Le 20 novembre 2013, l'employée a adressé à X. et Y. un courriel indiquant qu'après avoir examiné tous les aspects liés à leur proposition de réduire son taux d'activité à 80%, elle était dispo-

sée à l'envisager, mais pas dans l'immédiat. Elle exposait ses préoccupations liées au changement de taux d'activité, sans aborder la question du maintien de l'indemnité de licenciement à 600'000 fr. Le 22 novembre 2013, les parties ont signé un avenant au contrat de travail fixant le taux d'activité de l'employée à 80% dès le 1<sup>er</sup> février 2014 et le salaire annuel brut à 240'000 fr. Le droit aux vacances et l'article 3 du contrat de travail étaient modifiés. Les autres termes du contrat demeuraient applicables pour le surplus, «sous réserve du courrier du 21 décembre 2011 traitant de la rémunération variable».

Le 25 novembre 2015, l'employeuse a adressé aux salariés un courriel les informant que dans le cadre du rachat d'une participation majoritaire dans le capital de C. SA, elle avait conclu un plan social avec la délégation du personnel. L'art. II chiffre 1 du plan social prévoyait une indemnité de départ de 0,5 mois de salaire par année de service complète, le montant maximum de l'indemnité étant fixé à six mois de salaire et le montant minimum à deux mois. Le salaire pris en compte était le salaire mensuel de base. Le chiffre 3 du même article énonçait ce qui suit: «Les indemnités stipulées aux ch. 1 et 2 du présent article sont payables à réception par C. SA ou B. SA de la confirmation écrite de l'Employé qu'il n'a aucune prétention à faire valoir, à quelque titre que ce soit, contre C. SA ou B. SA. Ladite confirmation doit être formulée par l'Employé au plus tôt après l'écoulement d'un délai de trente jours après la fin des rapports de travail».

Par courrier remis en main propre le 26 novembre 2015, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'employée pour le 29 février 2016, en raison des motifs économiques évoqués. L'employée était libérée de l'obligation de travailler avec effet immédiat. Il était précisé qu'en conformité avec son contrat de travail du 28 janvier 2008, l'employée recevrait en février 2016 une indemnité de 480'000 fr., correspondant à deux ans de salaire (chiffre 5). De plus, l'employeuse était disposée à lui verser, à bien plaisir, une indemnité de départ de 150'000 fr. (chiffre 6) ainsi qu'une indemnité de 12'000 fr., à disposition pour des mesures d'accompagnement (chiffre 7). L'indemnité mentionnée au point 6 serait versée à la fin du mois d'avril 2016, à condition que le contrat ait effectivement pris fin le 29 février 2016 et que l'employée ait signé, au plus tard le 8 février 2016, une quittance pour solde de tout compte et de toute prétention envers la banque, document que l'employeuse lui ferait parvenir en temps utile (chiffre 8).

Par courrier du 11 décembre 2015 rédigé par son conseil, l'employée a indiqué que dans la mesure où le contrat de travail initial prévoyait un salaire annuel de 300'000 fr. et où le taux d'activité avait été réduit à la demande de l'employeuse, le calcul de l'indemnité contractuelle devait à tout le moins être effectué sur la base de son salaire moyen pendant la durée du contrat, ce qui lui donnait droit à 568'000 fr.; la réduction de son taux d'activité équivalait selon elle à une résiliation partielle de son contrat de travail. Quant au paiement de l'indemnité de licenciement de 150'000 fr., il ne pouvait pas

être différé à fin avril 2016, les rapports de travail prenant fin le 29 février 2016. Pour le surplus, les autres conditions étaient acceptées, «étant précisé que la quittance pour solde de tous comptes devra[it] naturellement intervenir de façon réciproque entre les parties». Par lettre du 15 janvier 2016, l'employeuse a exprimé son refus d'entrer en matière sur le calcul de l'indemnité contractuelle, tout en acceptant de payer la totalité des prestations contractuelles au 29 février 2016, y compris l'indemnité de licenciement de 150'000 fr., sous réserve de la signature d'une quittance pour solde de tout compte et de toute prétention envers elle. Dans une nouvelle missive du 10 février 2016, l'employée a expliqué que l'article 4 du contrat de travail n'avait subi aucune modification formelle, de sorte qu'elle pouvait prétendre à une indemnité fondée sur le salaire annuel initial de 300'000 fr. Elle avait accepté de limiter sa prétention en retenant un salaire au prorata de la durée de son emploi, mais ne pouvait pas accepter le calcul de l'employeuse basé uniquement sur le salaire réduit. Elle répétait que la quittance devrait valoir tant envers la banque qu'envers elle-même.

L'employée a assigné l'employeuse par requête de conciliation du 4 mai 2016, puis a déposé une demande le 15 septembre 2016 devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Elle concluait au paiement de 750'000 fr., soit 600'000 fr. à titre d'indemnité de licenciement fondée sur l'art. 4 du contrat de travail et 150'000 fr. à titre d'indemnité de départ basée sur le plan social. Par jugement du 8 juin 2017, le Tribunal des prud'hommes a condamné l'employeuse à payer à l'employée la somme nette de 480'000 fr., intérêts moratoires en sus. Interprétant l'article 4 du contrat de travail selon le principe de la confiance, le Tribunal a considéré que l'indemnité de licenciement contractuelle devait être calculée en fonction du salaire annuel fixe, soit le dernier salaire payé (240'000 fr.), par opposition au salaire initial (300'000 fr.). L'indemnité due était dès lors de 480'000 fr., et non de 600'000 fr. Quant à l'indemnité de départ, discrétionnaire, elle était notamment soumise à la condition que l'employée signe une quittance pour solde de tout compte avant le 8 février 2016, document que l'employeuse devait faire parvenir à l'employée. Comme son calcul de l'indemnité contractuelle avait été contesté à deux reprises, l'employeuse pouvait de bonne foi comprendre que l'employée ne renonçait pas à toute prétention à son égard. L'employée n'ayant pas rempli la condition posée au paiement de l'indemnité de départ, elle ne pouvait pas y prétendre.

Par arrêt du 21 décembre 2017, la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel formé par l'employée.

L'employée a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

6.

6.1 S'agissant ensuite de l'indemnité discrétionnaire prévue dans le plan social, l'employée reproche aux juges cantonaux d'avoir considéré

que cette indemnité était valablement conditionnée à la signature par elle d'une quittance pour solde de tout compte et d'avoir considéré que cette condition n'était pas réalisée. Elle soutient que l'exigence d'une quittance pour solde de tout compte était illicite, que de toute manière cette condition était réputée accomplie en raison du défaut de l'employeuse, et enfin que la date limite pour la remise de la quittance n'était pas contraignante. Il y a lieu d'examiner successivement ces griefs, après avoir rappelé les principes applicables.

## 6.2.

6.2.1 Dans le cadre de la résiliation des rapports de travail, l'employeur peut offrir le paiement d'une indemnité discrétionnaire de départ en la subordonnant à la condition que le contrat prenne effectivement fin à une date déterminée. Il peut également convenir d'une telle indemnité dans des plans sociaux ou des accords sur les modalités de résiliation. Il convient de distinguer ces cas de l'indemnité prévue contractuellement, dont l'employeur ne peut pas ensuite subordonner le paiement à des conditions supplémentaires au moment de la résiliation (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 530 s.).

6.2.2 A teneur de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. La portée d'une quittance pour solde de tout compte signée par l'employé est donc restreinte par cette disposition (cf. ATF 107 II 430 consid. 3a in fine p. 434; arrêt 4A\_452/2012 du 3 décembre 2012 consid. 2.3; BOHNET/DIESTCHY, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 18 ad art. 341 CO; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 268 s.).

6.3 En l'espèce, les juges cantonaux ont constaté qu'à teneur du plan social, l'indemnité de départ était payable à réception de la confirmation écrite de l'employé selon laquelle il n'avait aucune prétention à faire valoir contre l'employeuse à quelque titre que ce soit, confirmation qui devait être formulée au plus tôt après l'écoulement d'un délai de trente jours après la fin des rapports de travail. Dans sa lettre de licenciement adressée à l'employée, l'employeuse avait précisé que le paiement de l'indemnité de départ était subordonné à la condition que le contrat ait effectivement pris fin le 29 février 2016 et que l'intéressée ait signé, au plus tard le 8 février 2016, une quittance pour solde de tout compte et de toute prétention, document que l'employeuse lui ferait parvenir en temps utile.

La cour cantonale a considéré que la condition posée était parfaitement claire et ne souffrait aucune interprétation. S'agissant d'une indemnité discrétionnaire, qui s'opposait à l'indemnité de licenciement prévue contractuellement, l'employeuse pouvait la soumettre à des conditions particulières, ce qu'elle avait fait. L'exigence d'un renoncement à toute prétention à son encontre, pour autant qu'elle ne concernât pas une créance résultant d'une disposition impérative de la loi, était parfaitement licite.

Les juges cantonaux ont enfin exposé que contrairement à ce qu'elle semblait soutenir, l'employée n'avait jamais accepté de signer une telle quittance, indépendamment de la question de savoir à qui il appartenait de l'établir et dans quel délai. L'intéressée n'avait en effet jamais accepté de renoncer à ses prétendues prétentions résultant de la clause contractuelle relative à l'indemnité de licenciement. Elle ne pouvait pas se retrancher, de bonne foi, derrière le fait que l'employeuse ne lui avait prétendument jamais fait parvenir un tel document; en effet, celle-ci pouvait inférer du comportement de l'employée qu'elle ne signerait pas une telle quittance. Au demeurant, la rédaction de ce document ne nécessitait pas des compétences particulières, étant au surplus relevé que l'employée était assistée d'un avocat. Ainsi, la condition posée au versement de l'indemnité de départ n'était pas réalisée et l'employée devait être déboutée de ses conclusions sur ce point.

6.4 L'employée objecte que le fait de conditionner l'indemnité de départ à la signature d'une quittance pour solde de tout compte contreviendrait à l'art. 335h CO. En effet, une telle manière de procéder irait «à l'encontre du but même d'un plan social, concrétisé à l'art. 335h CO, visant à protéger les travailleurs visés par un licenciement collectif», et aurait «pour conséquence contreproductive et perverse de dissuader tout employé hésitant quant à ses droits contractuels de réclamer son dû à son employeur».

Le plan social – que l'art. 335h al. 1 CO définit comme une convention par laquelle l'employeur et les travailleurs fixent les moyens d'éviter les licenciements, d'en limiter le nombre ou d'en atténuer les conséquences – fait partie des mesures destinées à protéger le travailleur en cas de licenciements collectifs (ATF 133 III 213 consid. 4.3 p. 215). On ne voit pas quel obstacle pourrait empêcher qu'un plan social conclu avec la délégation du personnel subordonne le versement d'une indemnité de départ à la condition que l'employé signe une quittance pour solde de tout compte, sous réserve bien entendu des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective, auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer selon l'art. 341 al. 1 CO. Il est légitime qu'un employeur offrant dans le cadre d'un plan social de verser des montants souvent importants souhaite régler les situations définitivement et éviter d'être confronté à des prétentions nouvelles susceptibles d'entraîner des litiges judiciaires souvent coûteux. En l'espèce, l'employée ne prétend pas que la partie adverse ait fait pression sur ses collaborateurs pour qu'ils renoncent à des prétentions fondées sur des règles impératives. En outre, l'employeuse était disposée à lui verser une indemnité de 150'000 fr. au titre du plan social, en sus d'une indemnité de licenciement de 480'000 fr. fondée sur l'article 4 paragraphe 3 du contrat de travail, à condition que l'employée signe une quittance pour solde de tout compte et de toute prétention. Dans les circonstances ainsi décrites, une telle condition ne saurait assurément être qualifiée d'illicite.



6.5 A titre subsidiaire, l'employée plaide qu'il eût fallu faire application de l'art. 156 CO et admettre que la condition relative à la signature d'une telle quittance était réputée réalisée, l'employeuse ayant enfreint les règles de la bonne foi en s'abstenant, contrairement à ce qu'elle avait annoncé, de lui transmettre la quittance à signer.

D'après les faits constatés par la cour cantonale, qui lie l'autorité de céans, l'employée n'a jamais accepté de renoncer à ses prétendues prétentions en paiement d'une indemnité contractuelle de licenciement correspondant à deux ans de son ancien salaire de 300'000 fr. (soit à une indemnité de 600'000 fr.); aussi l'employeuse était-elle fondée à inférer que l'employée ne signerait pas une telle quittance. Dans ces circonstances, l'employée ne saurait de bonne foi reprocher à la partie adverse de ne pas lui avoir fait parvenir un tel document.

C'est également en vain que l'employée conteste la lettre de l'employeuse demandant que la quittance soit signée le 8 février 2016, en faisant valoir que le plan social demeurerait valable à son égard faute de délai contraignant pour l'accepter. Encore une fois, il a été constaté que l'employée n'avait jamais accepté de renoncer à ses prétendues prétentions en paiement d'une indemnité correspondant à deux ans de son ancien salaire de 300'000 fr.; elle a d'ailleurs tenté d'introduire une conclusion nouvelle en appel – déclarée irrecevable – demandant qu'il lui soit donné acte de son accord à signer une quittance pour solde de tout compte «au titre du plan social», tout en persistant à demander un complément de 120'000 fr. (par rapport aux 480'000 fr. payés dans l'intervalle) au titre de son contrat. Force est ainsi de constater que même devant l'instance d'appel, l'employée n'avait pas l'intention de délivrer une quittance pour solde de tout compte et de toute prétention, de sorte que son argumentation sur la date de la remise de la quittance est vaine.

*Bundesgericht, Urteil vom 4. Juli 2018, Doss.-Nr. 8C\_162/2018 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Freiburg vom 21. Dezember 2017), in: BGE 144 I 113*

**Art. 8, 9 und 49 Abs. 1 BV; aArt. 39 des Reglementes des Staatsrates des Kantons Freiburg vom 14. März 2016 für das Lehrpersonal, das der Direktion für Erziehung, Kultur und Sport untersteht (LPR; in der bis Ende April 2018 in Kraft gewesenen Fassung).**

**Die vorinstanzliche Auslegung von aArt. 39 LPR, wonach Ferien, die in den Mutterschaftsurlaub fallen, in der unterrichtsfreien Zeit vor- oder nachbezogen werden können, verstösst weder gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 BV) noch gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) oder gegen das Gebot des Vorrangs und der Einhaltung von Bundesrecht (Art. 49 BV) (E. 5–8).**

**Art. 8, 9 et 49 al. 1 Cst.; ancien art. 39 du règlement du conseil d'Etat du canton de Fribourg du 14 mars 2016 relatif au personnel enseignant de la Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport (RPEns; dans sa version en vigueur jusqu'à la fin du mois d'avril 2018).**

**L'interprétation faite par la juridiction cantonale de l'ancien art. 39 RPEns, selon laquelle les vacances qui tombent pendant le congé maternité peuvent être prises de manière anticipée ou récupérées pendant la période de vacances scolaires, ne viole ni le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) ni l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) ni le principe de la primauté et du respect du droit fédéral (art. 49 Cst.) (consid. 5–8).**

Sachverhalt:

A.

A.a A. ist seit 1. September 2009 als Lehrperson für den Kindergarten des Schulkreises B. (1. bzw. 2. HarmoS) im Kanton Freiburg tätig, wobei sie ein Vollzeitpensum von 28 Wochenlektionen ausübte. Sie hat am 17. Juni 2016 einen Sohn geboren und direkt im Anschluss daran bis 6. Oktober 2016 ihren 16-wöchigen Mutterschaftsurlaub bezogen. Mit Entscheid des Amtes für Ressourcen vom 5. Juli 2016 wurde ihr darüber hinaus ein unbezahlter Urlaub vom 7. Oktober bis 23. Dezember 2016 gewährt. Mit Schreiben vom 13. Juli 2016 liess A. das Amt für Ressourcen ersuchen, ihr im Anschluss an ihren unbezahlten Urlaub die regulären vier Wochen bezahlte Sommerferien sowie eine zusätzliche, ebenfalls vollständig entlohnte Vorbereitungszeit von zweieinhalb Wochen zu gewähren. Ihre Forderung begründete sie damit, dass sie während ihres Mutterschaftsurlaubs weder die vier aufeinanderfolgenden, vorgeschriebenen Ferienwochen im Sommer in Anspruch nehmen könne, noch Zeit habe, ihren Unterricht für das neue Schuljahr zu planen und vorzubereiten. Mit Schreiben vom 10. August 2016 teilte das Amt für Ressourcen A. mit, dass die Ferien einer Lehrperson nicht aufgeschoben würden, wenn sie mit dem Mutterschaftsurlaub zusammenfielen.

A.b A. liess mehrmals um Erlass einer anfechtbaren Verfügung ersuchen. Mit Entscheid vom 27. Februar 2017 lehnte die Direktion für Erziehung, Kultur und Sport (EKSD) das Gesuch um Gewährung von vier zusätzlichen Wochen Ferien sowie von weiteren zweieinhalb Wochen für die Vorbereitung und Planung des Unterrichts ab.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Kantonsgericht Freiburg mit Entscheid vom 21. Dezember 2017 ab, soweit es darauf eintrat.

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie subsidiäre Verfassungsbeschwerde erheben und beantragen, unter Aufhe-

bung des Entscheids der Vorinstanz seien ihr zusätzlich zum gewährten Mutterschaftsurlaub vier Wochen bezahlte Ferien sowie eine angemessene Zeit für Planung und Vorbereitung des Unterrichts zu gewähren. Eventualiter sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache sei zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die EKSD beantragt mit Vernehmlassung vom 17. April 2018 die Abweisung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sowie der subsidiären Verfassungsbeschwerde. Hierzu hat sich A. mit Eingabe vom 30. April 2018 nochmals geäußert. Die EKSD nimmt dazu mit Eingabe vom 18. Mai 2018 Stellung. A. lässt am 30. Mai 2018 mitteilen, dass sie an ihren Eingaben festhalte.

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht ein und weist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4.

Strittig und zu prüfen ist, ob die Bestimmung von aArt. 39 des Reglementes des Staatsrates des Kantons Freiburg vom 14. März 2016 für das Lehrpersonal, das der Direktion für Erziehung, Kultur und Sport untersteht (LPR; SGF 415.0.11; in der bis Ende April 2018 in Kraft gewesenen und hier anwendbaren Fassung), wie die Vorinstanz sie ausgelegt hat, vor Art. 8 BV (Rechtsgleichheit), Art. 49 BV (Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts) und Art. 9 BV (Willkürverbot) standhält.

5.

5.1

5.1.1 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 BV) ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiterer Gestaltungsspielraum (BGE 143 I 361 E. 5.1 S. 367; BGE 142 II 425 E. 4.2 S. 427; BGE 139 I 242 E. 5.1 S. 254; je mit Hinweisen).

5.1.2 Das erwähnte Reglement für das Lehrpersonal beinhaltet besondere und ergänzende Bestimmungen zur Gesetzgebung über das Staatspersonal, zur Gesetzgebung über die obligatorische Schule sowie zur Gesetzgebung über den Mittelschulunterricht für das Lehrpersonal (Art. 1

LPR). Gemäss aArt. 37 Abs. 1 LPR (in der bis Ende April 2018 in Kraft gewesenen und hier anwendbaren Fassung) hat das Lehrpersonal Anrecht auf mindestens sieben Wochen Ferien, wovon vier aufeinanderfolgende Wochen im Sommer. Gemäss aArt. 39 LPR werden die Ferien der Lehrperson nicht aufgeschoben, wenn sie mit dem Mutterschaftsurlaub, dem Militär-, dem Zivildienst oder mit Zivilschutzkursen zusammenfallen. Diese beiden Bestimmungen wurden per 1. Mai 2018 geändert. Gemäss dem seither gültigen Art. 37 Abs. 1 LPR hat das Lehrpersonal Anrecht auf mindestens sieben Wochen Ferien. Das Anrecht auf vier aufeinanderfolgende Wochen im Sommer wurde abgeschafft. aArt. 39 LPR wurde aufgehoben. Art. 38 LPR wurde dahingehend abgeändert, dass bei Abwesenheit infolge von Krankheit, Unfall, Mutterschaft, Militär-, Zivildienst oder Zivilschutzkurs der betreffende Ferienanspruch während der unterrichtsfreien Wochen ausgeübt werden kann.

## 5.2

5.2.1 Das kantonale Gericht hat geprüft, ob aArt. 39 LPR vor dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV standhält. Es erwog, aufgrund der den Lehrpersonen zugestandenen Flexibilität bei der Gestaltung der Arbeitszeit seien diese nicht verpflichtet, über ihre Arbeitszeit Rechenschaft abzulegen. Solange das Lehrpersonal in den Genuss der Vertrauensarbeitszeit komme und nicht wie das übrige Staatspersonal verpflichtet sei, seine Arbeitszeit exakt zu erfassen, lasse sich nicht feststellen, ob die unterrichtsfreie Zeit, die mit dem Mutterschaftsurlaub zusammenfalle, dem Bezug von Ferien gedient habe. Nur schon aus Praktikabilitätsgründen sei es bei Lehrpersonen gar nicht möglich, Ferien im gleichen Sinn wie das übrige Staatspersonal aufzuschieben bzw. zu kompensieren, weshalb es nachvollziehbar sei, dass der Gesetzgeber für Lehrpersonen eine von Art. 62 des Reglementes des Staatsrates des Kantons Freiburg vom 17. Dezember 2002 über das Staatspersonal (StPR; SGF 122.70.11) abweichende Regelung geschaffen habe. Indem die betroffene Lehrperson durch eine entsprechende Planung der 14 unterrichtsfreien Wochen selber dafür sorgen könne, dass ihre Ferien nicht mit dem Mutterschaftsurlaub zusammenfielen, gingen ihr in Anwendung von aArt. 39 LPR keine Ferientage verlustig. Zudem habe auch das Lehrpersonal die Möglichkeit, die Hälfte der Ferien, maximal vier Wochen auf das nachfolgende Jahr zu übertragen, wobei jedoch zu beachten sei, dass die Lehrperson ohnehin keine Rechenschaft über ihren Ferienbezug ablegen müsse. Die ratio legis von aArt. 39 LPR liege darin, dass die Ferien der Lehrpersonen einzig während der Unterrichtszeit nicht aufgeschoben werden könnten. Generell führe die Anwendung von aArt. 39 i.V.m. aArt. 37 LPR nicht zu einer Kürzung der Ferien aufgrund des Mutterschaftsurlaubs. Lehrpersonen würden bezüglich der Auswirkungen des Mutterschaftsurlaubs auf die Ferien vom Gesetzgeber nicht anders behandelt als das übrige Staatspersonal, weshalb keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 BV vorliege. Soweit den Lehrpersonen eine «Kompensation» ihrer Ferien während der Unter-

richtszeit untersagt werde, betreffe dies eine Situation, die bereits aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslage nicht mit derjenigen des übrigen Staatspersonals vergleichbar sei. Weil Lehrpersonen ihre Arbeits- und Ferienzeit über das ganze Schuljahr hinweg mehrheitlich frei gestalten könnten und nicht verpflichtet seien, im Sommer vier Wochen Ferien zu beziehen, sei auch keine ungleiche Behandlung der Lehrpersonen untereinander ersichtlich. Schliesslich könne auch hinsichtlich der männlichen Lehrpersonen nicht von einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots ausgegangen werden, da diese gleichermassen verpflichtet seien, ihre Ferien so zu planen, dass sie nicht mit einem allfälligen Militär- oder Zivildienst zusammenfielen. Für den vorliegenden Fall folge daraus, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf zusätzliche vier Wochen Ferien habe, da es ihr offengestanden habe, allfällige mit dem Mutterschaftsurlaub zusammenfallende Ferienansprüche in der unterrichtsfreien Zeit vor oder zumindest nach Beendigung des Mutterschaftsurlaubs regulär zu beziehen, ohne dass es sich dabei um eine Kompensation im Sinne von Art. 62 Abs. 2 StPR handle.

5.2.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz verkenne bei ihrer Argumentation, dass die jährliche Arbeitszeit von Lehrpersonen gemäss Art. 20 LPR bei einer Vollzeitangestellten in der Regel 1900 Stunden betrage. Die Anwendung von aArt. 39 i.V.m. aArt. 37 LPR führe entgegen der Auffassung der Vorinstanz zu einer Kürzung der Ferien aufgrund des Mutterschaftsurlaubs. Die Lehrpersonen hätten zwar die Möglichkeit, ihre Ferien innerhalb der unterrichtsfreien Zeit so einzuteilen, wie es ihnen am besten entspreche. Es sei ihnen jedoch faktisch nicht möglich, die auf den Mutterschaftsurlaub entfallenden Ferien vor- oder nachzubeziehen. Die Vorinstanz lege aArt. 39 LPR dahingehend aus, dass der Vor- oder Nachbezug von Ferien während der Unterrichtszeit ausgeschlossen sei. Lehrpersonen leisteten bereits 1900 Arbeitsstunden, womit ihr 100%-Pensum aufgebraucht sei und gar keine unterrichtsfreie Zeit mehr bleibe, in welcher sie zusätzliche Ferien vor- oder nachbeziehen könnten. Es könne nicht angehen, dass sie ihre Vor- und Nachbereitungszeit zulasten der Qualität des Unterrichts reduzierten, um die ihnen zustehenden Ferien beziehen zu können. Das Verbot für Lehrpersonen, ihre auf den Mutterschaftsurlaub fallenden Ferien während der Unterrichtszeit zu kompensieren, oder die faktische Unmöglichkeit, dies während der unterrichtsfreien Zeit zu tun, führe zu einem vollständigen Verbot der Kompensation der Ferien. Damit würden die Lehrpersonen bezüglich Auswirkungen des Mutterschaftsurlaubs auf ihren Ferienanspruch vom Gesetzgeber anders und auf ungerechtfertigte Weise ungleich behandelt als das übrige Staatspersonal. Noch viel deutlicher zeige sich diese Ungleichbehandlung unter den Lehrpersonen selber. So werde nämlich die Beschwerdeführerin vorliegend schlechtergestellt als Mütter, die ihre Kinder in einem anderen, im Hinblick auf die Ferien zeitlich günstiger gelegenen Zeitpunkt zur Welt brächten und deren Mutterschaftsurlaub nicht mit den Sommerferien zusammenfalle. Diese könnten

ihr Anrecht auf die vollen vier Wochen Sommerferien uneingeschränkt ausüben. Die Ungleichbehandlung gelte zudem noch viel mehr bezüglich weiblicher Lehrpersonen, die gar keinen Mutterschaftsurlaub bezogen und damit einen vollen Anspruch auf Ferien hätten. Der angefochtene Entscheid bewirke, dass entweder während der Ferien oder während des Mutterschaftsurlaubs gearbeitet werden müsse.

### 5.3

5.3.1 Die Vorinstanz hat die Bestimmung von aArt. 39 LPR entgegen deren Wortlaut dahingehend ausgelegt, dass Ferien, die in den Mutterschaftsurlaub fallen, in der unterrichtsfreien Zeit vor- oder nachbezogen werden können. Diese Auslegung, die mit dem seit 1. Mai 2018 in Kraft stehenden Art. 38 LPR übereinstimmt, ist nicht strittig. Die Beschwerdeführerin macht jedoch geltend, dass ein Vor- oder Nachbezug während der unterrichtsfreien Zeit nicht möglich sei und diese Auslegung daher gegen Art. 8 BV verstosse.

5.3.2 Gemäss Art. 20 LPR ist die jährliche Arbeitszeit einer Lehrperson derjenigen des Verwaltungspersonals gleichgestellt und beträgt bei einer Vollzeitanstellung in der Regel 1900 Stunden. Sie verteilt sich je nach Schulstufe und Rahmenbedingungen wie folgt auf die vier Arbeitsbereiche: Unterricht (lit. a) 80–85%, Begleitung der Schülerinnen und Schüler (lit. b) 5–10%, Schulleben (lit. c) 5–10% und Weiterbildung (lit. d) 3–5%. Das Schuljahr umfasst gemäss Art. 18 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Freiburg vom 9. September 2014 über die obligatorische Schule (Schulgesetz, SchG; SGF 411.0.1) mindestens 38 Wochen. Die 14 Wochen unterrichtsfreie Zeit sind einerseits für die Ausübung des Ferienanspruchs von mindestens sieben Wochen und andererseits für Vorbereitung und Planung des Unterrichts, Weiterbildung etc. bestimmt. Die Lehrpersonen haben mithin zwei Wochen mehr Ferien als das übrige Staatspersonal (Art. 117 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Freiburg vom 17. Oktober 2001 über das Staatspersonal [StPG; SGF 122.70.1] i.V.m. Art. 60 StPR). Der Gesetzgeber rechtfertigt die längere Feriendauer der Lehrpersonen – wie die Vorinstanz ausgeführt hat – damit, dass deren wöchentliche Arbeitszeit während der Schulzeit mehr als die für das Staatspersonal generell vorgesehenen 42 Stunden betrage.

5.3.3 Das kantonale Gericht hat eingehend und überzeugend dargelegt, dass die Anwendung von aArt. 39 i.V.m. aArt. 37 Abs. 1 LPR nicht zu einer Kürzung des Ferienanspruchs der Lehrpersonen führt, die während den Sommerschulferien Mutterschaftsurlaub beziehen, weil sie die Ferien vor- oder nachbeziehen können. Auch die Lehrpersonen hätten gestützt auf Art. 64 Abs. 3 StPR die Möglichkeit, die Hälfte der Ferien (maximal vier Wochen) auf das nachfolgende Jahr zu übertragen. Die Vorinstanz begründet schlüssig, weshalb aufgrund der völlig unterschiedlichen Ausgestaltung der Arbeitszeiten und der Ferien nicht von einer vergleichbaren Situation zwischen den Lehrpersonen und den übrigen Staatsangestellten ausgegangen werden kann. Sie stellt zutreffend fest, dass anders als beim Verwal-

tungspersonal die Ausgestaltung der Arbeitszeit bei Lehrpersonen nicht exakt festgelegt ist und diese im Vergleich zum übrigen Staatspersonal über eine relativ grosse Flexibilität und Autonomie bei der Gestaltung ihrer Tätigkeit und Arbeitszeit verfügen. Die Arbeitszeit ist nur für die Unterrichtseinheiten, Sitzungen und die übrigen im Schulgebäude zu verrichtenden Arbeiten vorgeschrieben (vgl. E. 5.3.2 hiervor). Abgesehen von dieser Einschränkung können Lehrpersonen ihre Arbeitszeit frei gestalten (Art. 28 Abs. 6 LPR). Aufgrund der grossen Flexibilität bezüglich Arbeitszeit sind sie nicht verpflichtet, über ihre Arbeitszeit Rechenschaft abzulegen. Insbesondere können sie auch während der 14 unterrichtsfreien Wochen frei bestimmen, wann sie Ferien beziehen und wann sie arbeiten. Die Vorinstanz gelangt daher zu Recht zum Schluss, dass sich die Arbeitsbedingungen und dabei insbesondere die Ferienregelung der Lehrpersonen und des übrigen Staatspersonals nicht ohne Weiteres miteinander vergleichen lassen. Die Gewährleistung eines geregelten Schulbetriebes stellt einen sachlichen Grund dar, den Lehrpersonen eine Kompensation ihrer Ferien nur während der unterrichtsfreien Zeit zu ermöglichen. Entscheidend ist aber letztlich, dass gemäss vorinstanzlicher Auslegung von aArt. 39 LPR entgegen dem Wortlaut der Bestimmung die Lehrpersonen die in den Mutterschaftsurlaub fallenden Ferien vor- oder nachbeziehen können. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen nicht auseinander und legt nicht substantiiert dar, inwiefern diese Feststellungen der Vorinstanz willkürlich sind. Sie macht lediglich geltend, dass es ihr während der unterrichtsfreien Zeit nicht möglich sei, die ihr zustehenden Ferien zu beziehen.

5.3.4 Wie das kantonale Gericht im angefochtenen Entscheid und die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung korrekt aufzeigen, verbleibt einer Lehrperson entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin genügend Zeit, um Ferien, die in ihre Abwesenheit fallen, vor- oder nachzu beziehen. Die Anzahl wöchentlicher Unterrichtseinheiten beträgt an der Primarschule bei einem Vollpensum 28 Lektionen (Art. 22 lit. a LPR). Wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung zutreffend darlegt, fallen auf die 1900 jährlichen Arbeitsstunden für Lehrpersonen der Primarschule rund 1060 Stunden auf den Unterricht im weiteren Sinne (38 Schulwochen x 28 wöchentliche 50-Minuten-Lektionen zuzüglich Pausen und Beaufsichtigung der Schüler vor und nach dem Unterricht; Art. 28 Abs. 2 LPR). Die restlichen rund 840 Stunden pro Jahr betreffen die unterrichtsfreie Zeit, die die Lehrpersonen abgesehen von einzelnen Sitzungen, Weiterbildungen oder Elterngesprächen weitgehend frei einteilen können. Lehrpersonen haben somit eine grosse Flexibilität bei der Gestaltung ihrer Arbeitszeiten. Mit der Beschwerdegegnerin ist davon auszugehen, dass die 1900 Stunden gemäss Art. 20 LPR entsprechend dem Wortlaut «in der Regel» als ein Durchschnittswert zu betrachten sind, der jährlichen Schwankungen unterliegt und von diversen Faktoren wie Berufserfahrung, persönlichem Engagement der Lehrperson, Schulprojekten, Klassenkonstellationen oder

Weiterbildungsangeboten abhängig ist. Die grosse zeitliche Flexibilität bezüglich Arbeitszeit ergibt sich auch aus dem prozentualen Spielraum der einzelnen in Art. 20 LPR aufgeführten Arbeitsbereiche. Zwar sind die nebst den sieben Wochen Ferien verbleibenden sieben unterrichtsfreien Wochen für Vorbereitung und Planung des Unterrichts sowie für Weiterbildungen bestimmt, so dass sie als (frei gestaltbare) Arbeitszeit gelten. Dass aber nicht stets die gesamten sieben Wochen dafür benötigt werden und es sich daher bei den 1900 Stunden nur um eine ungefähre Angabe («in der Regel») handelt, ergibt sich auch daraus, dass gemäss aArt. 37 Abs. 1 LPR (bzw. dem diesbezüglich gleich lautenden neuen Art. 37 Abs. 1 LPR) ein Anrecht auf mindestens sieben Wochen Ferien besteht. Der Gesetzgeber ging somit davon aus, dass nicht stets die gesamten sieben unterrichtsfreien Wochen für Vorbereitung des Unterrichts sowie Weiterbildungen benötigt werden. Somit können Lehrpersonen, sofern sie weniger Aufwand für Vorbereitungen, Weiterbildungen etc. betreiben müssen, weil sie beispielsweise einen Teil davon während der 38 Unterrichtswochen bewältigen konnten, mehr als sieben Wochen Ferien ausüben. Die sieben nicht für Ferien bestimmten unterrichtsfreien Wochen bezwecken somit den Ausgleich solcher Schwankungen.

5.3.5 Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend vorbringt, ist im Weiteren zu berücksichtigen, dass Lehrpersonen, die einen Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen beziehen, aufgrund dieser Abwesenheit (rund 30% eines Jahres) erheblich weniger Aufwand für Vor- und Nachbereitung des Unterrichts betreiben müssen. Diese Tätigkeiten werden während ihrer Abwesenheit von der Stellvertretung verrichtet. Zudem müssen Lehrpersonen nicht an Weiterbildungen teilnehmen, die in die Zeit des Mutterschaftsurlaubs fallen. In diesem Zusammenhang weist die Beschwerdegegnerin mit Bezug auf den vorliegenden Fall darauf hin, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Mutterschaftsurlaubs und unbezahlten Urlaubs einen Teil der obligatorischen Weiterbildung (gemäss Art. 20 lit. d LPR 3–5% der Arbeitszeit), welche teilweise während der ersten Woche der Sommerferien durchgeführt wird, nicht habe absolvieren müssen. Zudem sei sie auch an bestimmten schulischen Veranstaltungen, die in den Tätigkeitsbereich des Schullebens fielen (gemäss Art. 20 lit. c LPR 5–10% der Arbeitszeit), nicht anwesend gewesen, was eine Kompensation von ein bis zwei Wochen ermögliche. Lehrpersonen, die einen Mutterschaftsurlaub beziehen, müssen daher die sieben unterrichtsfreien Wochen, die für den genannten Aufwand bestimmt sind, in erheblich geringerem Ausmass beanspruchen als eine Lehrperson, die während des ganzen Jahres unterrichtet. Die dadurch eingesparte Zeit an Aufwand kann folglich zur Kompensation der in den Mutterschaftsurlaub fallenden Ferien verwendet werden. Wie bereits erwähnt haben Lehrpersonen im Vergleich zum übrigen Verwaltungspersonal zwei Wochen mehr Ferien, weil bei ihnen davon ausgegangen wird, dass die wöchentliche Arbeitszeit während der Unterrichtszeit mehr als die für das Staatspersonal generell vorgesehenen 42 Stunden beträgt. Bezieht



nun eine Lehrperson einen 16-wöchigen Mutterschaftsurlaub, würden ihr aufgrund des reduzierten Aufwandes entsprechend weniger als die gesamten beiden Wochen zustehen. Da der Ferienanspruch gesetzlich auf mindestens sieben Wochen festgesetzt ist (aArt. 37 Abs. 1 LPR, der diesbezüglich dem neuen Art. 37 LPR entspricht), kann zwar nicht die Anzahl Ferienwochen gekürzt werden. Diesem Umstand ist aber dennoch im Rahmen der übrigen sieben unterrichtsfreien Wochen Rechnung zu tragen. Demnach steht Lehrpersonen ausserhalb des Unterrichts genügend Zeit zur Verfügung, um die in den Mutterschaftsurlaub fallenden Ferien vor- oder nachzubeziehen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin zwecks Kompensation von Ferien ihren ausserhalb des eigentlichen Unterrichts zu betreibenden Aufwand vorübergehend etwas reduzieren müsste, ist nicht davon auszugehen, dass sich dies merklich auf die Unterrichtsqualität auswirken würde. Was das Anrecht auf den Bezug von vier aufeinanderfolgenden Wochen im Sommer gemäss aArt. 37 LPR anbelangt, führt die Vorinstanz zutreffend aus, dass gewisse Konstellationen wie beispielsweise eine Mutterschaft oder auch eine Kündigung auf Ende des Schuljahres dazu führen können, dass sich das Anrecht auf vier zusammenhängende Ferienwochen im Sommer nicht absolut durchsetzen lässt. Im geänderten Art. 37 Abs. 1 LPR ist dieses denn auch nicht mehr vorgesehen.

5.3.6 Da die Beschwerdeführerin die in den Mutterschaftsurlaub fallenden Ferien vor- oder nachbeziehen kann, wird sie entgegen ihren Vorbringen auch gegenüber dem übrigen Lehrpersonal nicht benachteiligt. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sowohl nach den hier anwendbaren alten als auch nach den geltenden Bestimmungen (aArt. 38 und aArt. 39 LPR sowie Art. 38 LPR) alle Abwesenheiten, die mit Ferien zusammenfallen, gleich behandelt werden, indem der betreffende Ferienanspruch nur während der unterrichtsfreien Wochen ausgeübt werden kann. So kann beispielsweise eine Lehrperson, die während der ganzen Sommerschulferien krank ist oder Militärdienst leistet, den betreffenden Ferienanspruch ebenfalls nur während der unterrichtsfreien Wochen ausüben. Dass allenfalls eine Lehrperson, die ihr Kind in einem anderen, im Hinblick auf die Ferien zeitlich günstiger gelegenen Zeitpunkt zur Welt bringt und deren Mutterschaftsurlaub nicht mit den Sommerferien zusammenfällt, mehr unterrichtsfreie Zeit zur Verfügung hat, um ihre Ferien vor- oder nachzubeziehen, stellt ebenfalls keine Ungleichbehandlung dar. Entscheidend ist einzig, dass die Lehrperson, die den Mutterschaftsurlaub während den Sommerferien bezieht, die Möglichkeit hat, die ihr zustehenden Ferien vor- oder nachzubeziehen. Demnach gelangte das kantonale Gericht zu Recht zum Schluss, dass aArt. 39 LPR nicht gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung gemäss Art. 8 BV verstösst. Sollte die Beschwerdeführerin ihre Ferien noch nicht vollumfänglich bezogen haben, kann sie einen Teil ihres Ferienanspruchs, wie dies von der Vorinstanz aufgezeigt und von der Beschwerdegegnerin eingeräumt wird, auf das folgende Jahr übertragen.

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, indem sie während des Mutterschaftsurlaubs sowohl ihre Ferien habe beziehen wie auch den Unterricht habe vorbereiten müssen, sei nicht nur der auf kantonaler Ebene vorgesehene Mutterschaftsurlaub von 16 Wochen, sondern auch der bundesrechtlich garantierte Minimalanspruch von 14 Wochen gemäss Art. 16h EOG (SR 834.1) unterschritten worden. Durch die vorinstanzliche Auslegung von aArt. 39 LPR und deren Anwendung werde Bundesrecht respektive der Vorrang des Bundesrechts gemäss Art. 49 BV verletzt.

6.2 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 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 142 II 425 E. 4.1 S. 427; BGE 138 I 468 E. 2.3.1 S. 470 f., BGE 138 I 356 E. 5.4.2 S. 360 f.; BGE 137 I 31 E. 4.1 S. 41).

6.3 Wie oben (E. 5.3.5) dargelegt, musste die Beschwerdeführerin während ihres Mutterschaftsurlaubs keine Vorbereitungsarbeiten verrichten. Aufgrund ihrer Absenz entfiel ein wesentlicher Anteil des Aufwands für Vor- und Nachbereitung des Unterrichts, da diese Arbeiten von ihrer Stellvertretung übernommen wurden. Ab dem Zeitpunkt der Aufnahme ihrer Tätigkeit standen ihr wieder die üblichen Zeiten zur Verfügung. Selbst wenn die Beschwerdeführerin zu Beginn ihrer Tätigkeit nach dem Urlaub etwas mehr Zeit für Vorbereitung aufwenden musste, hatte sie dank der erwähnten zeitlichen Flexibilität der Lehrpersonen die Möglichkeit, dies in der unterrichtsfreien Zeit zu kompensieren. Was sodann die in den Mutterschaftsurlaub fallenden Ferien anbelangt, wurde im angefochtenen Entscheid ebenfalls zutreffend aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hatte, diese in der unterrichtsfreien Zeit vor- oder nachzubeziehen. Sie konnte ihren Mutterschaftsurlaub daher ungeschmälert beziehen, weshalb sich die Rüge der Verletzung von Art. 49 Abs. 1 BV als unbegründet erweist.

7.

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die vorinstanzliche Auslegung von aArt. 39 LPR sei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV.

7.1 Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass

eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 142 II 369 E. 4.3 S. 380 mit Hinweisen).

7.2 Die vorinstanzliche Auslegung von aArt. 39 LPR verstösst entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gegen das Willkürverbot. Das kantonale Gericht hat eingehend und schlüssig dargelegt, dass sie die Möglichkeit hatte, ihre Ferien in der übrigen unterrichtsfreien Zeit vor- oder nachzubeziehen und allfällige Vorbereitungsarbeiten zu kompensieren. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern diese Ausführungen willkürlich sind. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf vorzubringen, dass durch die vorinstanzliche Auslegung der Anspruch auf mindestens sieben Wochen Ferien sowie jener auf 16 Wochen Mutterschaftsurlaub faktisch ausgehebelt würden. Bei ihren Ausführungen handelt es sich jedoch grösstenteils um unzulässige appellatorische Kritik, mit welcher sie ihre eigene Sicht der Dinge darstellt, ohne sich unter Willkür Gesichtspunkten mit den Erwägungen des kantonalen Entscheids auseinanderzusetzen. Darauf ist nicht näher einzugehen. Dass eine andere Lösung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt wie dargelegt nicht, um Willkür zu begründen.

8.

Zusammenfassend verstösst die Bestimmung von aArt. 39 LPR, wie sie das kantonale Gericht ausgelegt hat, weder gegen Art. 8 BV noch gegen Art. 49 Abs. 1 BV oder gegen Art. 9 BV. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist demnach abzuweisen.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 25 juillet 2018, Doss.-No 4A\_485/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 27 juillet 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)*

**Résiliation abusive, art. 336 CO; indemnité, art. 336a CO.**

**Art. 336 CO.** En l'espèce, le motif du conflit d'intérêts n'était qu'un prétexte. A l'issue d'un «dialogue de sourds», la direction, dans une réaction d'orgueil, a licencié l'employée qui avait dans l'intervalle exprimé sa volonté de rester représentante thérapeutique de sa tante. L'employée avait alors près de 22 ans d'ancienneté au service de l'employeuse, à qui elle avait donné entière satisfaction. Par ailleurs, l'ultimatum ordonné par la direction était injustifié; le congé donné dans de telles circonstances était bel et bien abusif (c. 3.4).

**Art. 336a CO.** Les juges d'appel ont fixé l'indemnité pour congé abusif à six mois de salaire de l'employée. Ils ont justifié leur décision par l'âge de l'employée (57 ans), la très longue durée des rapports de travail et les excellentes évaluations obtenues; les témoins entendus avaient attesté de la grande qualité du travail fourni. De surcroît, le licenciement était intervenu onze mois avant l'ouverture du droit à une

**retraite anticipée ce qui engendrait des conséquences économiques graves liées à la perte de l'affiliation à la caisse de prévoyance des employeuses. La résiliation avait donc eu un effet économique négatif et durable (c. 4.1).**

**Après plus de 21 ans de service et les excellentes appréciations recueillies, l'employée pouvait légitimement espérer terminer sa carrière auprès de cet employeur; avec l'âge, il est de surcroît plus difficile de s'adapter à un nouvel emploi. Finalement, en portant l'indemnité à son maximum, la Cour de justice a fait usage du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière (c. 4.3).**

Extraits des faits:

Z., née en janvier 1959, a travaillé dès janvier 1994 comme infirmière diplômée dans un établissement médico-social (EMS) genevois exploité par l'association A. Elle a toujours fait l'objet d'excellentes évaluations. Dès septembre 2010, son taux d'activité a été fixé à 50%.

En février 2015, la tante de l'infirmière est entrée comme résidente dans cet établissement. En raison de son âge, sa capacité de discernement est fluctuante. Le 14 juillet 2015 s'est tenue une séance réunissant plusieurs proches de cette résidente et des collaborateurs de l'EMS. Etaient notamment présents Z., le directeur de l'EMS et le médecin-répondant. Lors de cet entretien, l'infirmière précitée a été formellement nommée représentante thérapeutique de sa tante, tandis qu'une autre nièce était nommée représentante administrative.

Le 9 septembre 2015, la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (FEGEMS) a émis un courrier relatif à la mise en oeuvre de l'art. 386 al. 2 CC, dont il ressortait que la pratique consistant à nommer des collaborateurs d'EMS pour effectuer des «actes uniques» pour le compte de résidents du même EMS sans capacité de discernement créait un conflit d'intérêts manifeste. Entendu comme témoin dans la procédure judiciaire qui sera évoquée ci-dessous, le directeur de l'EMS a déclaré qu'à la suite du travail de la FEGEMS, il avait examiné la situation au sein de son établissement, où seule Z. revêtait la double «casquette» d'employée et de représentante thérapeutique. Ce problème n'était pas prioritaire et en l'absence de nécessité, il n'en avait pas parlé avec elle avant l'incident du 4 novembre 2015.

Le 4 novembre 2015, la tante de l'infirmière a perdu ses prothèses dentaires. Le 15 novembre 2015, l'infirmière a adressé au directeur de l'EMS un courrier dans lequel elle se prévalait de sa qualité de représentante thérapeutique pour poser de nombreuses questions relatives à la perte des prothèses dentaires et à la prise en charge financière de leur remplacement. Dans sa réponse du 17 novembre 2015 qui faisait référence à un entretien du même jour, le directeur a mis en exergue le conflit d'intérêts existant entre la fonction de représentante thérapeutique d'un résident

d'une part, et la qualité d'employée de l'EMS d'autre part. Estimant cette pratique contraire à la loi, il demandait à l'infirmière de réfléchir à la fonction qu'elle souhaitait privilégier et de renoncer à l'autre. Il concédait que l'EMS aurait dû attirer son attention sur cette problématique lors de sa désignation le 14 juillet 2015 et l'inviter à renoncer à sa responsabilité de répondante thérapeutique.

Par courrier du 24 novembre 2015, l'employée s'est étonnée du choix qu'elle était invitée à faire. Dans sa correspondance du 26 novembre 2015, le directeur a maintenu qu'en raison du conflit d'intérêts existant, l'infirmière devait faire un choix et renoncer soit à sa fonction de représentante thérapeutique, soit à son poste au sein de l'EMS, ou encore envisager la prise en charge de sa tante au sein d'un autre EMS. Il lui a imparti un délai au 15 décembre 2015 pour se déterminer. Par pli du 14 décembre 2015, l'employée a annoncé qu'elle demeurerait la représentante thérapeutique de sa tante.

Le 22 décembre 2015, l'employeuse a notifié à l'infirmière son licenciement pour le 31 mars 2016, la libérant de son obligation de travailler dans l'intervalle. Le licenciement était motivé par l'incompatibilité des fonctions de représentante thérapeutique et d'employée de l'EMS, en raison du conflit d'intérêts manifeste entre lesdites fonctions. La société anonyme B. SA a repris les contrats de travail des employés de l'EMS avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2016. Par courrier du 5 février 2016, l'employée a déclaré s'opposer à son licenciement.

Le 5 avril 2016, l'employée a assigné l'association et la société anonyme précitées par requête de conciliation devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Le 11 juillet 2016, elle a déposé une demande concluant au paiement d'une indemnité de 31'289 fr. 40 pour congé abusif. Elle a par la suite réduit sa prétention à 28'837 fr. 25. Le Tribunal prud'homal a déclaré le congé abusif et condamné les employeuses au paiement d'une indemnité de 15'000 fr. plus intérêts, légèrement supérieure à trois mois de salaire. Elle a jugé qu'en vertu de l'art. 333 al. 3 CO, les deux défenderesses répondaient solidairement de ce montant. Statuant sur appel des employeuses et appel joint de l'employée, la Cour de justice a réformé cette décision, portant l'indemnité à six mois de salaire, soit 28'837 fr. 20 plus intérêts.

Les employeuses ont saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile concluant principalement au rejet de la demande intentée par l'employée.

Extraits des considérants:

3.

Les recourantes contestent le caractère abusif du congé et critiquent le montant de l'indemnité allouée.

3.1 Chaque partie peut décider unilatéralement de mettre fin à un contrat de travail de durée indéterminée (art. 335 al. 1 CO). Ce droit est ce-

pendant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 CO énumère des cas de résiliation abusive. Cette liste n'est pas exhaustive; elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit. Un congé peut ainsi se révéler abusif dans d'autres situations que celles énoncées par la loi; elles doivent toutefois apparaître comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément envisagées (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538).

Le caractère abusif du congé peut découler notamment du motif répréhensible qui le sous-tend (l'art. 336 CO en énonce une liste), ou encore de la manière dont il est donné, de la disproportion évidente des intérêts en présence ou de l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515; 132 III 115 consid. 2.2 et 2.4). L'abus est en principe retenu lorsque le motif invoqué n'est qu'un simple prétexte tandis que le véritable motif n'est pas constatable (ATF 130 III 699 consid. 4.1 in fine; cf. aussi ATF 138 III 59 consid. 2.1 p. 62 en matière de bail).

Afin de pouvoir dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 in fine p. 515). En revanche, savoir si le congé est abusif relève du droit (arrêt 4A\_714/2014 du 22 mai 2015 consid. 3.3).

3.2 En l'occurrence, le Tribunal des prud'hommes a fait les constatations suivantes:

L'employeuse avait invoqué comme motif de congé le conflit d'intérêts entre la fonction d'employée de l'EMS et celle de représentante thérapeutique d'une résidente. Or, l'employeuse connaissait cette double «casquette» à tout le moins depuis la réunion du 14 juillet 2015 et l'avait acceptée, aucune incompatibilité n'ayant été évoquée à l'époque. Le directeur de l'EMS admettait avoir été rendu attentif à la problématique du conflit d'intérêts par le courrier de la FEGEMS du 9 septembre 2015; toutefois, en l'absence de nécessité, il n'en avait pas discuté avec l'employée.

Le courrier de l'employée consécutif à la perte des prothèses dentaires de sa tante avait déclenché en novembre 2015 des discussions sur la problématique du conflit d'intérêts, alors même que cette situation était connue de l'employeuse. De surcroît, l'employée n'avait pas agi comme représentante thérapeutique; en effet, son courrier contenait uniquement des questions d'ordre pratique et financier. Le vrai problème était d'être apparentée à une résidente de l'EMS dans lequel l'employée travaillait. Cette situation était toutefois acceptée par l'employeuse.

Le licenciement trouvait sa cause dans les courriers échangés entre le 15 novembre et le 22 décembre 2015, qui relevaient d'avantage du dialogue de sourds que d'un échange constructif. Alors que l'employée avait proposé dans un premier temps de renoncer à sa fonction de représentante thérapeutique, le directeur de l'EMS avait réitéré son ultimatum, suite à quoi l'employée avait fait part de son souhait de conserver ladite fonction. En représailles et par orgueil, le directeur avait campé sur sa position et li-

cencié l'employée. A aucun moment, la direction n'avait tenté d'établir un dialogue en cherchant une solution pour maintenir les rapports de travail (jgt de Ire instance, p. 12 s.).

Quant à la Cour de justice, elle a retenu, à l'instar des premiers juges, que le courrier du 15 novembre 2015 avait été l'événement déclencheur de la problématique du conflit d'intérêts. L'employeuse avait adopté un comportement contradictoire, en acceptant tout d'abord que l'employée prenne une nouvelle fonction alors qu'elle connaissait la problématique du cumul des deux fonctions, puis en invitant l'employée à renoncer à une de ces fonctions, avant de résilier son contrat. A l'issue du licenciement, aucune directive interne n'avait été communiquée aux employés et au médecin-répondant, ce qui tendait à démontrer que le motif invoqué n'était qu'un prétexte (arrêt attaqué, p. 14 s.).

En droit, les deux instances genevoises ont retenu que le congé était abusif.

3.3 Il apparaît que la Cour de justice a repris implicitement les constatations de fait opérées dans le premier jugement concernant les circonstances de la résiliation. L'autorité de céans est liée par ces constatations, à défaut de griefs recevables contre l'état de fait. C'est le lieu d'examiner si cette résiliation est abusive.

3.4 Au préalable, il faut préciser que l'expression «représentant thérapeutique» vise la représentation dans le domaine médical d'une personne incapable de discernement (cf. art. 378 CC). Cette conclusion découle des décisions cantonales, qui se réfèrent aux explications du médecin-répondant de l'EMS selon lesquelles le représentant thérapeutique est le porte-parole du résident lorsque des décisions doivent être prises en matière médicale.

Les recourantes plaident qu'en raison du conflit d'intérêts et du choix opéré par l'employée, elles n'avaient pas d'autre issue que de la licencier, sous peine d'engager leur responsabilité et de contrevenir à la loi. En soi, la question d'un potentiel conflit d'intérêts peut prêter à discussion, et la Cour de justice n'a du reste pas exclu une telle problématique. On peut en outre concevoir que la direction de l'EMS n'ait pas d'emblée perçu un tel problème avant de recevoir le courrier rédigé par la fédération genevoise le 9 septembre 2015. Cela étant, si la direction se souciait réellement d'un conflit d'intérêts susceptible de nuire à la résidente, il lui était loisible de saisir l'autorité de protection de l'adulte. On ne saurait prétendre, comme l'insinuent les recourantes, que l'art. 381 al. 3 CC ne permettrait pas à une telle institution de saisir l'autorité de protection de l'adulte. Cette disposition confère en effet cette faculté au médecin ou à «une autre personne proche de la personne incapable de discernement», par quoi il faut entendre quelqu'un qui connaît bien la personne concernée et qui, grâce à ses qualités, et le plus souvent grâce à ses rapports réguliers avec cette personne, paraît apte à en défendre les intérêts. Entrent notamment en considération l'assistant social et le personnel soignant (cf. Message du 28 juin 2006

concernant la révision du code civil suisse [Protection de l'adulte ...], FF 2006 6716; WALTER BOENTE, *Zürcher Kommentar*, 2015, nos 117–121 ad art. 368 et n° 28 ad art. 381 CC; EICHENBERGER/KOHLER, in *Basler Kommentar*, 5<sup>e</sup> éd. 2014, n° 2 ad art. 381 CC; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, 2014, nos 945a et 1024). Rien n'indique par ailleurs qu'au moment des faits, la question d'une représentation dans le domaine médical se soit effectivement posée. On ignore l'état de la résidente, si ce n'est que sa capacité de discernement était fluctuante en raison de son âge. Le directeur de l'EMS a lui-même concédé qu'il n'avait pas jugé nécessaire d'intervenir après réception du courrier de la fédération.

Selon les constatations de fait qui lient l'autorité de céans, le motif du conflit d'intérêts n'était qu'un prétexte, la direction n'ayant invoqué cette problématique que dans la foulée des interrogations notamment financières émises par l'employée à propos de la perte des prothèses de sa tante. A l'issue d'un «dialogue de sourds», la direction, dans une réaction d'orgueil, a licencié l'employée qui avait dans l'intervalle exprimé sa volonté de rester représentante thérapeutique de sa tante. L'employée avait alors près de 22 ans d'ancienneté au service de l'employeuse, à qui elle avait donné entière satisfaction.

Force est d'admettre que l'ultimatum ordonné par la direction était injustifié; le congé donné dans de telles circonstances était bel et bien abusif.

4.

4.1 Les recourantes critiquent en outre le montant de l'indemnité allouée en vertu de l'art. 336a CO, qui a été fixée au maximum légal, soit six mois de salaire (al. 2). L'indemnité a une double finalité, à la fois punitive et réparatrice. Le juge doit la fixer en équité (art. 4 CC), en tenant compte de toutes les circonstances, dont en particulier les effets économiques du licenciement (ATF 123 III 391 consid. 3c p. 394).

En l'occurrence, les juges d'appel ont justifié leur décision par l'âge de l'employée (57 ans), la très longue durée des rapports de travail et les excellentes évaluations obtenues; les témoins entendus avaient attesté de la grande qualité du travail fourni. De surcroît, le licenciement était intervenu onze mois avant l'ouverture du droit à une retraite anticipée (janvier 2017) ce qui, selon les déclarations non contestées de l'employée, engendrait des conséquences économiques graves liées à la perte de l'affiliation à la caisse de prévoyance des employeuses. La résiliation avait donc eu un effet économique négatif et durable.

4.2 Les recourantes plaident en substance que les conséquences économiques du licenciement ont été infimes puisque l'employée a rapidement retrouvé un emploi dans un autre domaine; si elle avait cherché un emploi dans son domaine et à plein temps, elle en aurait même trouvé un tout de suite, vu le marché de l'emploi. Une faute devrait être retenue à son encontre, compte tenu de son choix professionnel qui l'a conduite à l'assurance-chômage. Quant au préjudice concernant la prévoyance profes-



sionnelle, il serait infime puisque l'employée était couverte par l'assurance-chômage et a ensuite retrouvé un emploi à mi-temps.

4.3 Les recourantes fondent leur argumentation sur une version des faits qui s'écarte de celle retenue par les juges genevois. Quoi qu'il en soit, l'autorité précédente a uniquement pris en compte l'âge de l'employée et l'ancienneté des rapports de travail, sans faire état de difficultés à se réinsérer sur le marché du travail (l'intéressée avait déclaré en audience avoir retrouvé un emploi d'infirmière à temps partiel à la mi-septembre 2016). Il n'en demeure pas moins qu'après plus de 21 ans de service et les excellentes appréciations recueillies, l'employée pouvait légitimement espérer terminer sa carrière dans cet établissement; avec l'âge, il est de surcroît plus difficile de s'adapter à un nouvel emploi.

Concernant le préjudice subi en matière de prévoyance professionnelle, la Cour de justice s'est fondée sur les déclarations de l'employée en relevant qu'elles n'étaient pas contestées par les parties adverses, soit les recourantes. A ce stade, celles-ci n'expliquent toujours pas en quoi les explications données seraient erronées, se contentant d'affirmer que l'employée était couverte par l'assurance-chômage et qu'elle a ensuite retrouvé un emploi. L'état de fait de l'arrêt attaqué ne permet pas de conclure à une analyse juridique manifestement erronée (cf. consid. 2.1 supra).

Finalement, en portant l'indemnité à son maximum, la Cour de justice a fait usage du large pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière. Sur le vu des circonstances concrètes, le Tribunal fédéral, qui fait montre de réserve en la matière, n'a pas à intervenir (ATF 123 III 246 consid. p. 255).

*Bundesgericht, Urteil vom 6. August 2018, Doss.-Nr. 4A\_72/2018 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Schwyz vom 19. Dezember 2017)*

#### **Feiertagsentschädigung für «Stundenlöhner».**

**Im Gegensatz zum Ferienlohn bestehen für die Feiertagsentschädigung keine gesetzlichen Vorschriften über die Abgeltung. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abgeltung des Ferienlohns kann daher nicht ohne weiteres und generell auf die Feiertagsentschädigung übertragen werden. Vorliegend regelt der Landesgesamtarbeitsvertrag (LGAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe die Entschädigung der Feiertage explizit. Er sieht vor, dass dem Arbeitnehmer der Lohnausfall für (höchstens acht) kantonale Feiertage und den 1. August vergütet wird. Die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen bezwecken, dass die «Stundenlöhner» gegenüber den «Monatslöhnern» nicht benachteiligt werden sollen. Die «Stundenlöhner» sind daher so zu entlohnen, als hätten sie normal gearbeitet. In diesem Sinne bemisst sich die Fei-**

## **ertagsentschädigung für die «Stundenlöhner» nach den ausfallenden Normalarbeitsstunden zum normalen Stundenlohn (E. 4.4.2, 4.4.3).**

Sachverhalt:

C. (Kläger, Beschwerdegegner) war vom 1. Januar 2008 bis 31. Oktober 2014 bei der A. AG (Beklagte 1, Beschwerdeführerin 1) bzw. ihrer Rechtsvorgängerin angestellt. Für den Monat November 2014 war der Kläger für die B. AG (Beklagte 2, Beschwerdeführerin 2) arbeitstätig. Vom 1. Januar 2008 bis zum 31. August 2014 wurde die Arbeitsleistung des Klägers im Stundenlohn vergütet, ab 1. September 2014 erhielt der Kläger einen Monatslohn von Fr. 6'100.– brutto. Der Kläger kündigte das Arbeitsverhältnis per 30. November 2014.

Nach erfolglos durchgeführter Schlichtungsverhandlung machte der Kläger am Bezirksgericht March den vorliegenden Forderungsprozess gegen die Beklagten anhängig. Er forderte von diesen Fr. 7'027.10 für nicht ausbezahlte Überstundenzuschläge, Fr. 1'506.25 wegen ungerechtfertigter Lohnabzüge für Arbeitskleider und Schadenersatz, Fr. 5'002.– als Nachzahlung für ausstehenden Lohn, Fr. 13'080.50 als Feiertagsentschädigung und Fr. 3'361.10 als 13. Monatslohn für Ferien und Feiertagsentschädigung; insgesamt Fr. 29'976.95 brutto nebst Zins zu 5% seit dem 1. Dezember 2014.

Der Einzelrichter des Bezirksgerichts verpflichtete mit Urteil vom 21. Dezember 2016 die Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit, dem Kläger Fr. 9'722.65 brutto für nicht ausbezahlte Feiertagsentschädigungen, abzüglich der gesetzlich und gesamtarbeitsvertraglich vorgesehenen Sozialabzüge für Arbeitnehmer, und Fr. 110.05 für einen ungerechtfertigten Lohnabzug für Arbeitsschuhe, zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2014, zu bezahlen. Im Übrigen wies er die Klage ab.

Gegen dieses Urteil erhoben die Beklagten Berufung und der Kläger Anschlussberufung an das Kantonsgericht Schwyz. Vor Kantonsgericht waren noch drei Teilforderungen der erstinstanzlich eingeklagten Forderung umstritten, nämlich Fr. 7'027.10 für nicht ausbezahlte Zuschläge auf geleisteten Überstunden, Fr. 110.05 Lohnabzug für Arbeitsschuhe und Fr. 9'882.15 als Vergütung von neun Feiertagen pro Jahr. Mit Urteil vom 19. Dezember 2017 kam das Kantonsgericht bezüglich der Überstundenzuschläge zum Schluss, der Kläger habe keinen Anspruch auf die Auszahlung der von ihm geforderten Überstundenzuschläge. Insoweit sei die Anschlussberufung abzuweisen. Die Forderung des Klägers betreffend die Sicherheitsschuhe sei abzuweisen. Entsprechend sei insoweit die Berufung gutzuheissen und die Klage abzuweisen. Demgegenüber obsiege der Kläger mit seiner Anschlussberufung bezüglich der Forderung betreffend die Feiertagsentschädigung.

Entsprechend hiess das Kantonsgericht die Berufung und die Anschlussberufung teilweise gut, hob die Dispositivziffer 1 des angefochtenen Urteils auf und formulierte sie wie folgt neu: «1. Die Beklagten werden un-

ter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, dem Kläger Fr. 11'332.56 brutto abzüglich der gesetzlich und gesamtarbeitsvertraglich vorgesehenen Sozialabzüge für Arbeitnehmer zuzüglich 5% Zins ab 1. Dezember 2014 zu bezahlen.» Das Kantonsgericht erhob keine Kosten für das Berufungsverfahren (Dispositivziffer 2) und verpflichtete die Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 720.– zu bezahlen (Dispositivziffer 3).

Dagegen erhoben die Beschwerdeführerinnen Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie beanstanden die Zusprechung der Feiertagsentschädigung und beantragen, die Dispositivziffer 1 des Urteils des Kantonsgerichts sei aufzuheben und die Anschlussberufung des Beschwerdegegners sei vollumfänglich abzuweisen. Die Berufung sei vollumfänglich gutzuheissen. Die Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts sei aufzuheben und wie folgt abzuändern: «Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen». Sodann sei die Dispositivziffer 3 aufzuheben und die Entschädigungsfolgen seien neu festzulegen. Es sei der Beschwerdegegner mithin zu verpflichten, den Beschwerdeführerinnen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung von Fr. 3'600.– und Fr. 6'000.– auszurichten. Eventualiter seien die Dispositivziffern 1 und 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Neuurteilung an die Vorinstanz, eventualiter an die Erstinstanz, zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Der Beschwerdegegner war für den hier strittigen Zeitraum im Stundenlohn beschäftigt. Gegenüber Angestellten im Stundenlohn besteht keine gesetzliche Verpflichtung, Feiertage zu entschädigen, mit Ausnahme des 1. August (Art. 110 Abs. 3 BV), sofern dieser auf einen Tag fällt, an dem gearbeitet worden wäre. Abgesehen vom Bundesfeiertag besteht damit aufgrund des innerstaatlichen Rechts nur dann ein Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung, wenn dies vertraglich vorgesehen oder üblich ist (Art. 322 Abs. 1 OR; BGE 136 I 290 E. 2.1 f.; vgl. auch Urteil 4A\_478/2009 vom 16. Dezember 2009 E. 5). Auch gestützt auf Art. 7 lit. d des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO Pakt I; SR 0.103.1) kann keine Entschädigung gefordert werden, da diese Bestimmung nicht direkt anwendbar ist (BGE 136 I 290 E. 2.3).

3.2 Der vorliegend unbestritten anwendbare Landesgesamtarbeitsvertrag (LGAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe enthält eine Vereinbarung zur Entschädigung für Feiertage. Nach Art. 30.1 LGAV hat der Arbeitnehmer an den gemäss kantonalem Recht festgelegten Feiertagen Anspruch auf Vergütung des Lohnausfalls, sofern er am Tage vor oder nach den Feiertagen

nicht unentschuldigt der Arbeit fern blieb. Vergütet werden nach Art. 30.2 LGAV acht kantonale Feiertage und der 1. August.

Die Erstinstanz erwog gestützt auf diese gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, die «Stundenlöhner» sollten gegenüber den «Monatslöhnern» nicht benachteiligt werden. Die im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmer sollten bei Feiertagen lohnässig also nicht schlechter gestellt werden, als wenn sie in dieser Zeit gearbeitet hätten. Darauf stützte sich die Vorinstanz.

Vor Bundesgericht ist nicht umstritten, dass auch der im Stundenlohn beschäftigte Beschwerdegegner aufgrund der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung unter den dort geregelten Voraussetzungen Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung hat, die Beschwerdeführerinnen mithin aufgrund des Gesamtarbeitsvertrags verpflichtet sind, dem Beschwerdeführer unter bestimmten Voraussetzungen den Lohnausfall während den Feiertagen zu entschädigen.

4.

4.1 Strittig ist, ob die formellen Voraussetzungen, die vom Bundesgericht für die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn entwickelt wurden, auch auf die Abgeltung der Feiertagsentschädigung anzuwenden sind.

4.2 Die Vorinstanz bejahte dies. Es bestünden zwar erhebliche Unterschiede zwischen der Abgeltung von Ferien einerseits und Feiertagen andererseits. Dies ändere indessen nichts daran, dass vorliegend ein Anspruch auf Feiertagsentschädigung nach Art. 30.2 LGAV bestehe. Um Klarheit zu schaffen und eine Überprüfbarkeit durch den Arbeitnehmer – und auch durch das Gericht – zu ermöglichen, sei zu fordern, dass die Höhe der Feiertagsentschädigung betragsmässig oder prozentual im Arbeitsvertrag und in den Lohnabrechnungen erwähnt und ausgewiesen werde. Dies gelte umso mehr, als vorliegend die Feiertagsentschädigung nur geschuldet sei, sofern der Arbeitnehmer am Tage vor oder nach den Feiertagen nicht unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben sei (Art. 30.1 LGAV). An diesem Ergebnis vermöge nichts zu ändern, das diesbezüglich keine gefestigte Rechtsprechung bestünde. Entscheidend sei einzig, dass gerade im vorliegenden Fall die Feiertagsentschädigung betragsmässig oder prozentual namentlich in den Lohnabrechnungen auszuweisen sei, ansonsten unklar bleibe und nicht überprüft werden könne, ob die Beschwerdeführerinnen die Feiertage ausreichend entschädigten.

4.3 Die Beschwerdeführerinnen sind gegenteiliger Ansicht. Sie berufen sich darauf, für Feiertage bestünde kein Abgeltungsverbot. Im Gegensatz zum Ferienlohn sei es bei der Feiertagsentschädigung geradezu die Regel, dass diese mit dem Stundenlohn ausbezahlt werde. Feiertagsentschädigungen könnten im Gegensatz zur Ferienlohnabgeltung gar nicht prozentual oder betragsmässig im Arbeitsvertrag ausgeschieden werden, da von Jahr zu Jahr der Prozentsatz ein anderer sei. Im Gegensatz zu Ferien habe der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Nachgewährung, wenn der

Feiertag auf einen freien Tag oder auf einen Tag falle, an dem der Arbeitnehmer verhindert sei. Es bestünden damit keine Parallelen zur Ferienlohnabgeltung. Indem die Vorinstanz wie bei der Ferienlohnabgeltung einen Spezifikationsnachweis verlangte, stütze sie sich auf das gesetzliche Abgeltungsverbot, das für die Feiertagsentschädigung nicht existiere und wende damit Bundesrecht unrichtig an.

#### 4.4.

4.4.1 Nach Art. 329d Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn zu entrichten. Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung bedeutet diese Bestimmung, dass der Arbeitnehmer während den Ferien lohnmassig nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 136 III 283 E. 2.3.5 S. 287; 129 III 493 E. 3.1). Die Bestimmung ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR). Vereinbarungen, die den Arbeitnehmer schlechter stellen, sind nichtig (Art. 362 Abs. 2 OR). Die absolut zwingende Norm von Art. 329d Abs. 2 OR (Art. 361 OR) bestimmt zudem, dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (vgl. BGE 136 III 94 E. 4.1 S. 94; 129 III 493 E. 3.1).

Da die Durchsetzung des Verbots der Abgeltung mit dem laufenden Lohn bei unregelmässigen Beschäftigungen Schwierigkeiten bereiten kann, hat das Bundesgericht die Abgeltung des Ferienlohns mit dem laufenden Lohn zunächst in Abweichung vom Gesetzestext bei unregelmässiger Beschäftigung ausnahmsweise zugelassen, dies aber an drei Voraussetzungen geknüpft. Voraussetzung ist nämlich erstens, dass es sich um eine unregelmässige Beschäftigung (*«une activité irrégulière»*) handelt. Zweitens, sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt, dass der für die Ferien bestimmte Lohnanteil klar und ausdrücklich (*«clairement et expressément»*) ausgeschieden wird. Drittens, dass auch in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen der für die Ferien bestimmte Lohnanteil in diesem Sinne ausgewiesen wird. Der blosser Hinweis, *«Ferienlohn inbegriffen»*, genügt damit nicht. Erforderlich ist, dass der Ferienlohn durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes als solcher erscheint und zwar sowohl im Arbeitsvertrag als auch auf den einzelnen Lohnabrechnungen.

Die in der Lehre daran geübte Kritik aufnehmend, hat das Bundesgericht in neueren Entscheiden die Zulässigkeit dieser laufenden Ausrichtung auch unter den genannten strengen formellen Bedingungen in Frage gestellt. Es konnte diese Frage aber jeweils offen lassen, da in den zu beurteilenden Fällen bereits die genannten formellen Voraussetzungen für eine solche Abgeltung nicht erfüllt waren (zum Ganzen: BGE 129 III 493 E. 3.2 f. S. 495 f., 664 E. 7.2 S. 672; vgl. auch Urteile 4A\_561/2017 vom 19. März 2018 E. 3.1; 4A\_435/2015 vom 14. Januar 2016 E. 3.2; 4A\_205/2016 vom 23. Januar 2016 E. 2.6.1; je mit weiteren Hinweisen).

4.4.2 Zwischen Feiertagen und Ferien bestehen Unterschiede. So bestehen für die Feiertagsentschädigung im Gegensatz zum Ferienlohn insbe-

sondere keine gesetzlichen Vorschriften über die Abgeltung. Deshalb kann die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Abgeltung des Ferienlohns nicht ohne Weiteres und generell auf die Feiertagsentschädigung übertragen werden (vgl. aber Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 4. Januar 2010, publ. in JAR 2011 S. 547 ff., E. 2.5 S. 549; a.M. EMMEL, in: Huguenin/Müller-Chen [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 329 OR; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 15. April 2011, publ. in JAR 2012, S. 579 f.).

4.4.3 Für den vorliegenden Fall ist jedoch zu berücksichtigen, dass der anwendbare Gesamtarbeitsvertrag die Entschädigung der Feiertage explizit regelt. So ist vorgesehen, dass dem Arbeitnehmer der Lohnausfall für (höchstens acht) kantonale Feiertage und den 1. August vergütet wird, sofern er am Tag vor oder nach dem Feiertag der Arbeit nicht unentschuldigt fern blieb (Art. 30.1 und 30.2 LGAV). Gemäss Art. 31.1 LGAV ist für Arbeitnehmer im Monatslohn die Feiertagsentschädigung im Monatslohn inbegriffen. Ein Lohnabzug erfolgt nicht. Nach Art. 31.2 LGAV bemisst sich die Feiertagsentschädigung nach den ausfallenden Normalarbeitsstunden zum normalen Stundenlohn.

Gemäss Vorinstanz bezwecken die gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, dass die «Stundenlöhner» gegenüber den «Monatslöhnern» nicht benachteiligt werden sollen (dazu oben Erwägung 3.2). Dies wird vor Bundesgericht nicht in Frage gestellt. Sollen aber die Angestellten im Stundenlohn gegenüber den Angestellten im Monatslohn nicht benachteiligt werden, sind die im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmer wie diejenigen im Monatslohn bei einem Feiertag lohnmässig nicht schlechter zu stellen, als wenn sie in dieser Zeit gearbeitet hätten. Ein Lohnabzug soll es bei einem Feiertag auch für die Angestellten im Stundenlohn nicht geben. Vielmehr sind auch sie so zu entlohnen, wie wenn sie normal gearbeitet hätten. In diesem Sinne bemisst sich die Feiertagsentschädigung für die Angestellten im Stundenlohn gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag nach den ausfallenden Normalarbeitsstunden zum normalen Stundenlohn (Art. 31.2 LGAV).

4.4.4 Besteht aufgrund des Gesamtarbeitsvertrages ein solcher ausdrücklicher Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers bei Feiertagen und wird diese Entschädigung mit dem Stundenlohn abgegolten, muss klar und nachprüfbar sein, dass diese Entschädigung im Stundenlohn bereits enthalten ist. Dafür ist zunächst erforderlich, dass im Einzelarbeitsvertrag ausdrücklich festgehalten wird, dass die nach Gesamtarbeitsvertrag geschuldete Feiertagsentschädigung im Stundenlohn inkludiert ist (vgl. allgemein REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 38 zu Art. 322 OR). Es muss aber auch ersichtlich sein, welcher Teil des dem Arbeitnehmer ausbezahlten Lohns die Vergütung für den Feiertag darstellt. Hierfür genügt der blosser Vermerk, «Feiertagsentschädigung inbegriffen», nicht. Vielmehr ist erforderlich, dass der für die Feiertage bestimmte Lohnanteil

im Einzelarbeitsvertrag klar und ausdrücklich durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes ausgewiesen wird.

4.4.5 Entschädigt werden aber nach der gesamtarbeitsvertraglichen Regelung nicht pauschal acht kantonale Feiertage und der Bundesfeiertag, sondern die konkret ausbezahlte Entschädigung hängt von weiteren Faktoren ab. So ist die Feiertagsentschädigung nur geschuldet, wenn der Arbeitnehmer am Tage vor oder nach den Feiertagen nicht unentschuldigt der Arbeit fernblieb (Art. 30.1 LGAV). Die Feiertagsentschädigung ist sodann nicht geschuldet, sofern der Feiertag auf einen arbeitsfreien Samstag oder Sonntag fällt (Art. 31.3 LGAV). Im Weiteren werden entschädigungspflichtige Feiertage, die in die Ferien fallen, nach Art. 31.4 LGAV zusätzlich kompensiert.

Bei einer solchen differenzierten Regelung der Feiertagsentschädigung im Gesamtarbeitsvertrag genügt eine unmissverständliche Regelung im Einzelarbeitsvertrag im oben genannten Sinne allein nicht, um die Nachvollziehbarkeit für den Arbeitnehmer zu gewährleisten. Der Arbeitgeber hat bei einer solchen gesamtarbeitsvertraglichen Ordnung zusätzlich in den einzelnen periodischen Lohnabrechnungen die konkret ausbezahlte Feiertagsentschädigung durch Angabe eines bestimmten Betrags oder eines Prozentsatzes klar und ausdrücklich auszuweisen. Nur so besteht für den Arbeitnehmer in der vorliegenden Situation die notwendige Klarheit, die es ihm erlaubt, die genaue Höhe des Betrages, der ihm als Feiertagsentschädigung bezahlt wird, auch noch in einem späteren Zeitpunkt festzustellen und zu verifizieren bzw. durch ein Gericht überprüfen zu lassen.

4.4.6. Die Regelung in Art. 31.3 LGAV, wonach die Feiertagsentschädigung nicht geschuldet ist, sofern der Feiertag auf einen arbeitsfreien Samstag oder Sonntag fällt, kann dazu führen, dass die Anzahl der nach dem Gesamtarbeitsvertrag entschädigungspflichtigen Feiertage von Jahr zu Jahr schwankt: Feiertage mit einem fixen Datum können nämlich auf einen arbeitsfreien Samstag oder Sonntag fallen und die Feiertagsentschädigung ist in einem solchen Fall nach dem Gesamtarbeitsvertrag nicht geschuldet.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen führt dies aber nicht dazu, dass die Feiertagsentschädigung nicht prozentual oder betragsmässig ausgeschieden werden könnte. Vielmehr kann diesen Schwankungen durch eine entsprechende Vertragsgestaltung Rechnung getragen werden. Dies z.B. dadurch, dass im Einzelarbeitsvertrag der Feiertagszuschlag pro Feiertag prozentual oder betragsmässig ausgeschieden wird und auf den einzelnen Lohnabrechnungen die Berechnung der konkret geschuldeten Feiertagsentschädigung jährlich angepasst wird.

## 5.

5.1 Nach dem Ausgeführten bleibt zu prüfen, ob diese Vorgaben in casu eingehalten wurden. Die Vorinstanz unterschied bezüglich der Feiertagsentschädigung des Beschwerdegegners zwei Perioden, nämlich einerseits die Zeit vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2013 und andererseits

die Zeit nach Abschluss der «Überstunden-Vereinbarung», mithin vom 1. Januar 2014 bis 31. August 2014.

5.2 Im Einzelarbeitsvertrag vom 11. Juli 2008 wurde zwischen der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdegegner bezüglich dem Lohn Folgendes vereinbart: «Dem Arbeitnehmer wird ein Stundenlohn von CHF 30,00 pro Stunde bezahlt. Darin ist enthalten: Lohn, Ferienanteil, 13. Monatslohn, Gratifikation, usw.» Eine explizite Regelung, dass die Feiertage im Stundenlohn enthalten sind, findet sich im Arbeitsvertrag nicht. Die Wendung «usw.» ist nicht genügend, ist nach dem Vorgesagten doch erforderlich, dass der für die Feiertage bestimmte Lohnanteil im schriftlichen Arbeitsvertrag ausdrücklich festgehalten wird, zumal es darüberhinaus an einer betragsmässigen oder prozentualen Ausweisung des für die Feiertage bestimmten Lohnanteils mangelt. Im Übrigen wurde auch in den Lohnabrechnungen bis mit dem Jahr 2013 nur der 13. Monatslohn, nicht aber die Feiertagsentschädigung ausgewiesen. Damit kamen die Beschwerdeführerinnen bis ins Jahre 2013 den oben genannten formellen Voraussetzungen nicht nach.

5.3 Am 6. Januar 2014 schlossen die Beschwerdeführerin 1 und der Beschwerdegegner eine «Überstunden-Vereinbarung» ab. Darin wurde festgehalten: «Der Arbeitnehmer ist im Stundenlohn angestellt. In diesem sind die folgenden Leistungen inkludiert: Lohn, 13. Monatslohn, Ferienanteil in % ausgewiesen, Feiertage, soziale Leistungen». Damit wurde zwar ausdrücklich vereinbart, dass die Entschädigung für Feiertage im Stundenlohn enthalten ist. Der pauschale Vermerk, dass die Feiertage im Stundenlohn enthalten sind, ist nach dem oben Dargelegten ungenügend, wird doch eine betragsmässige oder prozentuale Ausscheidung verlangt. Darüberhinaus wurde auch im Jahre 2014 der Feiertagslohnanteil in den monatlichen Lohnabrechnungen grösstenteils überhaupt nicht ausgewiesen. Einzig in den Lohnabrechnungen Juni 2014 bis August 2014 wurde ebenfalls bloss allgemein und damit ungenügend vermerkt: «inkl. 13. Salär, Feiert.». Auch für das Jahr 2014 sind die Beschwerdeführerinnen ihren Pflichten damit nicht nachgekommen.

(...)

6.4 Nach dem Gesagten bleibt es beim vorinstanzlichen Entscheid, wonach die Beschwerdeführerinnen dem Beschwerdegegner für die von ihm geltend gemachte Zeit vom 1. Januar 2010 bis 31. August 2014 die Feiertagsentschädigung nachzuzahlen haben.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 20 août 2018, Doss.-No 8D\_5/2017 (Rejet du recours en matière de droit public contre le jugement de la 1<sup>re</sup> Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois du 27 juillet 2017)*

**Fonction publique. Un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui incombent à l'employé en déterminant les devoirs attachés**



au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne. Lorsque le fonctionnaire s'oppose à un acte de ce type, ce sont les mesures disciplinaires ou autres moyens de contrainte ressortissant aux règles régissant les rapports internes qui sont susceptibles de s'appliquer (c. 7.1).

Les qualifications servent, notamment, à dresser un bilan en lien avec des objectifs fixés lors de l'évaluation précédente, à faire le point sur les compétences du collaborateur, à identifier les faiblesses et les possibilités d'amélioration, à proposer d'éventuelles mesures de formation ou des modifications du cahier des charges et à fixer au besoin de nouveaux objectifs. Au travers de ces buts, il s'agit d'établir, en collaboration avec l'employé, un état de fait permettant de fonder, par exemple, un relèvement de salaire, une promotion ou toute autre mesure en relation avec les rapports de service. Une évaluation résultant d'un entretien personnel ne touche pas les droits et obligations du collaborateur. Il s'agit d'un acte interne qui relève de la gestion du personnel et qui, de ce fait, n'est pas susceptible d'être attaqué en justice. Un tel acte ne peut être examiné qu'en cas de recours dirigé contre une mesure prise par l'employeur à la suite d'une évaluation et qui serait susceptible d'affecter la situation juridique de l'employé (c. 7.2).

Extraits des faits:

A. est enseignante d'anglais au collège C. Le 14 novembre 2014, à la demande de la Direction de l'instruction publique, de la culture et des sports (DIPCS), elle a fait l'objet d'une qualification par le recteur de l'établissement. Cette qualification faisait suite à un entretien du 13 novembre 2014. Les évaluations concernant les compétences scientifiques et pédagogiques, ainsi que le respect des plans d'étude et de perfectionnement ont été jugées comme répondant aux exigences (mention «A»). En revanche, la collaboration a reçu la mention «B» (ce qui correspond à «Laisse à désirer»). La qualification globale était également jugée comme laissant à désirer. A ce dernier propos, il était reproché à l'intéressée d'avoir refusé de donner deux leçons avant le départ d'un voyage de classe à l'étranger. L'auteur de la qualification notait en outre qu'à plusieurs reprises des problèmes de relation entre l'enseignante et ses collègues de conférence de branche étaient «remontés» jusqu'au rectorat.

A. a demandé le réexamen de sa qualification auprès du supérieur hiérarchique du recteur de l'établissement, à savoir le chef du Service de l'enseignement B. Par lettre du 24 décembre 2014, ce dernier a confirmé l'évaluation faite par le recteur. Au bas de cette lettre, il était indiqué: «Selon l'art. 6 du règlement du 26 janvier 1988 sur les voies de droit relatives aux qualifications périodiques du personnel de l'Etat, cette décision est susceptible de recours au Conseil d'Etat dans un délai de trente jours».

A. a recouru devant le Conseil d'Etat. Statuant le 22 novembre 2016, celui-ci a déclaré le recours irrecevable au motif que les qualifications et les décisions de réexamen d'une qualification n'étaient pas susceptibles de recours séparé. A. a recouru devant la 1<sup>re</sup> Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois. Par arrêt du 27 juillet 2017, la 1<sup>re</sup> Cour administrative a rejeté, dans la mesure de sa recevabilité, le recours porté devant elle.

A. forme un recours constitutionnel subsidiaire dans lequel elle conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et au renvoi de la cause au Conseil d'Etat pour qu'il rende une décision au fond.

Extraits des considérants:

4.

Les art. 131 et 132 de la loi [du canton de Fribourg] sur le personnel de l'Etat du 17 octobre 2001 (LPers/FR; RSF 122.70.1) prévoient ceci:

Art. 131 Procédure de réexamen de l'évaluation des prestations

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat édicte des règles relatives au réexamen par l'autorité hiérarchique supérieure de l'évaluation des prestations du collaborateur ou de la collaboratrice. Il peut limiter le réexamen jusqu'au niveau des chef-fe-s de service et des directeurs et directrices d'établissements.

Art. 132 Recours – Objet

<sup>1</sup> Toute décision prise en application de la présente loi à l'égard d'un collaborateur ou d'une collaboratrice est susceptible de recours conformément au code de procédure et de juridiction administrative.

<sup>2</sup> Le recours préalable au Conseil d'Etat peut être prévu par voie réglementaire contre des décisions ne touchant pas au statut d'un collaborateur ou d'une collaboratrice (p. ex. l'octroi d'une place de stationnement).

<sup>3</sup> Les décisions relatives à l'évaluation des prestations ne sont pas susceptibles de recours séparé.

Le Règlement sur les voies de droit relatives aux qualifications périodiques du personnel de l'Etat du 26 janvier 1988 (RSF 122.70. 22), dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, règle à ses art. 1 à 5 la procédure de demande de réexamen (chapitre premier), tandis que les art. 6 à 10 traitent du «Recours» (chapitre 2). En particulier, l'art. 6 prévoit ceci:

Art. 6 Principe

<sup>1</sup> La décision de l'autorité de réexamen est susceptible de recours au Conseil d'Etat, lorsqu'elle affecte ou peut affecter le statut du collaborateur.

<sup>2</sup> Pour le personnel de l'administration générale, constitue une décision affectant ou pouvant affecter le statut du collaborateur:

<sup>a)</sup> la décision de maintenir la qualification insuffisante (degré D, selon les directives du Conseil d'Etat),

b) la décision de maintenir ou d'octroyer la qualification satisfaisante (degré C, selon les directives du Conseil d'Etat), lors de l'avancement en classe de sélection (art. 20 LTP) ou lors de l'octroi de l'augmentation ordinaire dans cette dernière classe (art. 23 LTP).

<sup>3</sup> Pour le personnel enseignant, constitue une décision affectant ou pouvant affecter le statut du collaborateur, la décision de maintenir la qualification «laissant à désirer».

Le recours doit être formé auprès du Conseil d'Etat dans un délai de 10 jours dès la communication de la décision de l'autorité de réexamen (art. 7).

## 5.

5.1 Se fondant sur l'art. 132 al. 3 LPers/FR, les premiers juges considèrent que les décisions relatives à l'évaluation des prestations ne sont pas susceptibles de recours séparé. Dès lors, depuis l'entrée en vigueur de la LPers/FR, en 2003, le règlement de 1988 est devenu partiellement caduc dans la mesure où seules les prescriptions en matière de réexamen de la qualification (chapitre premier du règlement) sont encore d'actualité, à l'exclusion des art. 6 ss portant sur le recours. Le fait que l'art. 6 du règlement n'a pas été abrogé par le législateur fribourgeois lors de l'entrée en vigueur de la LPers/FR n'y change rien, car la loi – de rang supérieur au règlement – exclut clairement la possibilité de recourir en matière d'évaluation des prestations.

## 5.2

5.2.1 La recourante invoque le principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.). Elle consacre de longs développements à cette question. En particulier, elle se plaint d'une mauvaise interprétation de l'art. 132 al. 3 LPers/FR. Selon elle, il faut comprendre cette disposition en ce sens que le recours est exclu uniquement en ce qui concerne l'évaluation proprement dite, mais non la décision prise à la suite d'un réexamen de celle-ci. En outre, elle se prévaut de l'ancien art. 132 al. 4 LPers/FR (abrogé le 1<sup>er</sup> juillet 2016 mais qui était encore en vigueur au moment du dépôt de son recours au Conseil d'Etat). Cette disposition réservait expressément «les lois spéciales» («Les lois spéciales sont réservées»), ce par quoi il faudrait entendre, selon la recourante, le règlement de 1988, en particulier ses art. 6 ss.

5.2.2 Sous réserve de sa signification en droit pénal et en droit fiscal, le principe de la légalité figurant à l'art. 5 al. 1 Cst. n'est toutefois pas un droit fondamental, mais simplement un principe constitutionnel, qu'il est certes possible d'invoquer directement et indépendamment d'un droit fondamental (ATF 140 I 381 consid. 4.4 p. 386; 134 I 322 consid. 2.1 p. 326; arrêts 8C\_832/2016 du 12 octobre 2017 consid. 4.4.1; 2C\_586/2015 du 9 mai 2016 consid. 6.1 non publié in ATF 142 II 307) par la voie du recours en matière de droit public formé pour violation du droit fédéral en général (art. 95 let. a LTF), mais qui ne peut en revanche pas l'être par la

voie du recours constitutionnel subsidiaire (arrêts 8C\_832/2016 du 12 octobre 2017 consid. 4.4.1; 2D\_66/2010 du 28 février 2011 consid. 3).

Le grief soulevé ici est dès lors irrecevable.

6.

Invoquant à nouveau l'art. 132 al. 4 aLPers/FR, la recourante se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire. Elle conteste l'interprétation faite par le tribunal cantonal de cette disposition.

6.1 Sauf exceptions non réalisées en l'espèce, le recours devant le Tribunal fédéral ne peut pas être interjeté pour violation du droit cantonal en tant que tel, mais il est possible de faire valoir qu'une mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 140 III 385 consid. 2.3 p. 387; 138 V 67 consid. 2.2 p. 69).

6.2 La cour cantonale a considéré à ce propos que l'art. 132 al. 4 a LPers/FR, abrogé le 1<sup>er</sup> juillet 2016, ne permettait en aucun cas de renvoyer aux dispositions du règlement du 26 janvier 1988. Ce renvoi était prévu par l'art. 131 LPers/FR. La cour cantonale s'est également référée au message du Conseil d'Etat du 28 novembre 2000 relatif au projet de LPers/FR. Selon ce message, le projet n'ouvre pas une voie de recours contre l'évaluation proprement dite, les contestations relatives à l'évaluation ne pouvant être examinées, quant au fond, que dans le cadre d'une procédure de recours contre les décisions faisant suite à l'évaluation (Message accompagnant le projet de LPers/FR, Bulletin officiel des séances du Grand Conseil, BGC 2001 p. 1008, 1027).

6.3 On ne voit pas en quoi cette interprétation serait arbitraire. Il ressort en effet des dispositions précitées de la LPers/FR (art. 131) que la réglementation en vigueur donne au Conseil d'Etat la compétence d'édicter des règles relatives au réexamen par l'autorité hiérarchique supérieure de l'évaluation des prestations du collaborateur ou de la collaboratrice. Cette compétence ne s'étend pas à un éventuel recours. Le fait que l'ancien art. 132 al. 4 LPers/FR réservait – sans autres précisions – des lois spéciales ne suggère en tout cas pas d'emblée que cette réserve visait spécialement l'alinéa 3 de l'art. 132 LPers/FR en ce sens qu'une loi spéciale pouvait déroger à la règle selon laquelle les qualifications ne sont pas sujettes à recours. Enfin, il n'est pas interdit de penser que les dispositions réservées devaient, conformément à la lettre de l'ancien art. 132 al. 4 LPers, être prévues dans une loi au sens formel et non dans un simple règlement.

7.

Par un autre moyen, la recourante invoque l'art. 29a Cst. Selon elle, si l'on suivait l'interprétation de la cour cantonale, elle se trouverait entravée d'une manière inadmissible dans sa possibilité de saisir un tribunal.

7.1 Selon l'art. 29a Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, de par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette

norme constitutionnelle étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques (ATF 143 I 344 consid. 8.2 p. 350; 141 I 172 consid. 4.4.1 p. 180 et les références citées). Elle garantit ainsi l'accès à un juge disposant d'un pouvoir d'examen complet des faits et du droit (ATF 137 I 235 consid. 2.5 p. 239). Elle ne s'oppose cependant pas aux conditions de recevabilité habituelles du recours ou de l'action (ATF 143 I 344 consid. 8.2 précité). Elle ne s'applique toutefois pas, notamment, aux actes internes de l'administration qui n'ont pas le caractère d'une décision (ATF 136 I 323 consid. 4.4 p. 329; arrêt 8D\_1/2016 du 23 janvier 2017 consid. 5.1). La distinction entre acte administratif interne et décision peut s'avérer particulièrement difficile en ce qui concerne les fonctionnaires. Doivent être considérées comme des décisions les mesures qui affectent les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, ou d'indemnités diverses, les sanctions disciplinaires ou encore le changement d'affectation qui va au-delà de l'exécution des tâches qui incombent au fonctionnaire dans sa sphère d'activité habituelle ou des instructions qui lui sont données dans l'exercice de ces tâches (ATF 136 I 323 consid. 4.5 p. 330). A l'inverse, il a été jugé que le changement du lieu d'activité (qui n'impliquait ni un changement de domicile ni un déménagement) d'une psychologue-conseillère en orientation constituait une mesure interne qui n'ouvrait pas la voie du recours. En effet, l'intéressée gardait la même fonction – laquelle impliquait qu'elle fût disposée à changer de lieu de travail au sein du même office –, exécutait les mêmes tâches, et percevait le même traitement (arrêt 8D\_1/2016 du 23 janvier 2017). Plus généralement, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui incombent à l'employé en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne (ATF 136 I 323 consid. 4.4 p. 329 s. et les nombreuses références citées; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 802 s. p. 275 s.; pour une casuistique détaillée, voir DAVID HOFMANN, L'engagement et la gestion du personnel, in Les réformes de la fonction publique, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p. 122 ss; voir aussi, STEPHANE GRODECKI, Fonction publique: décision versus acte interne: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8D\_1/2016 du 23 janvier 2017, in RDAF 2017 I 609 ss). Lorsque le fonctionnaire s'oppose à un acte de ce type, ce sont les mesures disciplinaires ou autres moyens de contrainte ressortissant aux règles régissant les rapports internes qui sont susceptibles de s'appliquer (MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3<sup>e</sup> éd. 2011, p. 189 ss).

7.2 Selon l'art. 22 LPers/FR, le Conseil d'Etat adopte un système général d'évaluation périodique du personnel, qui comprend une analyse des prestations, du comportement, des aptitudes et du potentiel de développement des collaborateurs et collaboratrices (al. 1); un entretien personnel doit être mené chaque année (al. 2); dans la mesure nécessaire, les Direc-

tions et les établissements établissent des systèmes spécifiques pour les catégories de personnel qui leur sont rattachées (al. 3 première phrase). En application de cette dernière disposition, la DIPCS a établi une procédure particulière d'évaluation pour le personnel enseignant. L'entretien de qualification vise les objectifs suivants (point 6.1):

- relever les compétences professionnelles et personnelles de l'enseignant ou de l'enseignante;
  - évaluer l'accomplissement des tâches inscrites dans le descriptif de la fonction;
  - attester des forces et des faiblesses;
  - fixer des objectifs et des priorités;
  - fixer les mesures nécessaires au développement attendu;
  - déterminer les conditions d'engagement de la prochaine période.

De manière générale et comme cela ressort de manière plus ou moins explicite de l'énumération ci-dessus, les qualifications servent, notamment, à dresser un bilan en lien avec des objectifs fixés lors de l'évaluation précédente, à faire le point sur les compétences du collaborateur, à identifier les faiblesses et les possibilités d'amélioration, à proposer d'éventuelles mesures de formation ou des modifications du cahier des charges et à fixer au besoin de nouveaux objectifs. Au travers de ces buts, il s'agit d'établir, en collaboration avec l'employé, un état de fait permettant de fonder, par exemple, un relèvement de salaire, une promotion ou toute autre mesure en relation avec les rapports de service. En temps que telle, une évaluation résultant d'un entretien personnel ne touche pas les droits et obligations du collaborateur. Il s'agit d'un acte interne qui relève de la gestion du personnel et qui, de ce fait, n'est pas susceptible d'être attaqué en justice. Un tel acte ne peut être examiné qu'en cas de recours dirigés contre une mesure prise par l'employeur à la suite d'une évaluation et qui serait susceptible d'affecter la situation juridique de l'employé (URS BÜRGI/GUDRUN BÜRGI-SCHNEIDER, in Bürgi/Bürgi-Schneider [éd.], *Handbuch öffentliches Personalrecht*, Zurich 2017, p. 54 n. 168 ss; PETER HELBLING, in Portmann/Uhlmann [éd.], *Bundespersonalgesetz [BPG]*, 2013, n. 8. ad art. 36a LPers; PETER HÄNNI, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, 2<sup>ème</sup> éd. 2008, p. 276).

7.3 En l'espèce, l'entretien a été mené à la demande du DIPCS en raison de faits liés à un voyage de classe à l'étranger. Aucune mesure, d'ordre salarial, disciplinaire ou autre, n'était associée à cette évaluation. D'ailleurs, le Conseil d'Etat a confirmé en procédure que le DIPCS n'avait rendu aucune décision sur la base de l'évaluation en question et n'avait pas l'intention de le faire. Partant, le grief tiré de la garantie de l'art. 29a Cst. doit être écarté.

*Bundesgericht, Urteil vom 22. August 2018, Doss.-Nr. 4A\_389/2018 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts des Kantons Wallis vom 30. Mai 2018)*

**Lohn- und Zeitzuschlag für Nachtarbeit, Art. 17b ArG; Rechtsmissbrauchsverbot, Art. 2 Abs. 2 ZGB.**

Vorliegend ist es zwischen den Parteien unbestritten, dass der ausgeschiedene Arbeitnehmer für in den Jahren 2008 bis 2013 geleistete Nachtarbeit gestützt auf zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts grundsätzlich einen Zeitzuschlag von 10% fordern kann. Der Arbeitgeber hält es indessen für rechtsmissbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer einen jahrelang entsprechend vollzogenen Arbeitsvertrag erst nach seiner Kündigung in Frage stellt. Dem hält die Vorinstanz entgegen, der Arbeitnehmer habe den Verstoss gegen zwingendes Gesetzesrecht erst am Ende des Arbeitsverhältnisses bei einer Erkrankung festgestellt. Rechtsmissbrauch nach Art. 2 Abs. 2 ZGB läge auch dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer – wie vom Arbeitgeber behauptet – die Klage wegen einer Zwistigkeit nach Erhalt des Arbeitszeugnisses deponiert hatte, zumal er sich auf eine zwingende arbeitsrechtliche Bestimmung beruft. Unter dem Blickwinkel des Rechtsmissbrauchsverbots ist es unerheblich, aus welchen Motiven der Arbeitnehmer sich letztlich dazu entschliesst, seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen. Die Vorinstanz verneinte eine rechtsmissbräuchliche Anspruchserhebung daher zu Recht (E. 3, 3.2, 3.3).

Sachverhalt:

Der Verein A. gehört der Vereinigung C. an und bezweckt die spital-externe Pflege und Betreuung für Betagte. Er bietet in U. ein Tagesheim an, einen Mittagstisch, kurzfristige Aufenthalte zur Erholung der Angehörigen, betreute Pflegewohnungen sowie Aus-, Fort- und Weiterbildung für die Tätigkeit im Bereich der Altershilfe.

B. schloss mit dem Verein A. einen schriftlichen Arbeitsvertrag ab dem 1. Oktober 2005, wonach er als Pflegehelfer SRK bei einem approximativen Pensum von 50% mit Fr. 26.25 pro Stunde, Ferien- und Feiertagsentschädigung inklusive, beschäftigt wurde. Er wurde in der Folge meistens als Nachtwache zwischen 21.00 und 07.00 Uhr beschäftigt. Am 24. Mai 2013 kündigte er das Arbeitsverhältnis auf den 31. Juli 2013. In der Folge forderte er eine Entschädigung, weil ihm keine Kompensation für seine Nachtarbeit geleistet worden sei.

B. beantragte mit Klage vom 7. Januar 2014 beim Arbeitsgericht des Kantons Wallis, der Verein A. sei zu verpflichten ihm brutto Fr. 18'104.65 bzw. netto Fr. 16'085.35 als «Nachtschicht Zeitzuschlag» zu bezahlen. Das Arbeitsgericht verpflichtete den Verein A. mit Entscheid vom 11. Juni 2015, B. Fr. 16'054.95 netto zu bezahlen. Eine vom Verein A. dagegen er-

hobene Berufung wies das Kantonsgericht des Kantons Wallis am 30. Mai 2018 ab.

Der Verein A. (Beschwerdeführer) beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Kantonsgerichts vom 30. Mai 2018 sei aufzuheben und es sei ihm entsprechend eine Parteientschädigung für das kantonale wie auch das bundesgerichtliche Verfahren zuzusprechen.

Aus den Erwägungen:

3.

Der Beschwerdeführer bestreitet im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr, dass der Beschwerdegegner für in den Jahren 2008 bis 2013 geleistete Nachtarbeit gestützt auf zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts grundsätzlich einen Zeitzuschlag von 10% bzw. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine pekuniäre Kompensation in der Höhe des von der Erstinstanz zugesprochenen Betrages fordern kann. Er hält es indessen für rechtsmissbräuchlich, wenn der Beschwerdegegner einen jahrelang entsprechend vollzogenen Arbeitsvertrag erst nach seiner Kündigung in Frage stellt.

3.1 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Wann ein solcher Missbrauch vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen ist die Rechtsausübung zu zählen, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Indessen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Solche Umstände können vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu



wahren (vgl. zum Ganzen BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f. mit zahlreichen Hinweisen).

Zu beachten ist dabei, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht allgemein für bestimmte Arten von Fällen die Bestimmungen des Zivilrechts ausser Kraft setzt, sondern das Gericht bloss anweist, den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Die Norm dient als korrigierender «Notbehelf» für die Fälle, in denen formales Recht zu materiell krassem Unrecht führen würde. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen. Einen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht. Vielmehr ist in einem Widerspruch zu früherem Verhalten nur dann ein Verstoss gegen Treu und Glauben zu erblicken, wenn dieses ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird (BGE 143 III 666 E. 4.2 mit Hinweisen).

3.2 Die Vorinstanz erwog unter Bezugnahme auf diese bundesgerichtliche Rechtsprechung sinngemäss, es sei unbestritten, dass der Beschwerdegegner den Verstoss gegen zwingendes Gesetzesrecht erst am Ende des Arbeitsverhältnisses bei einer Erkrankung feststellte. Er sei sich mithin nicht frühzeitig über die Fehlerhaftigkeit des Vertrages bewusst gewesen, der vom Arbeitgeber und nicht vom Arbeitnehmer erarbeitet worden sei. Auch habe der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer weder zu einem Fehler veranlasst noch ihn in einem Irrtum bestärkt und der Beschwerdeführer habe sich den Fehler selber zuzurechnen. Rechtsmissbrauch läge auch nicht vor, wenn der Beschwerdegegner die Klage wegen einer Zwistigkeit nach Erhalt des Arbeitszeugnisses deponiert hätte, zumal er sich auf eine zwingende arbeitsrechtliche Bestimmung berufe. Das Vorgehen des Beschwerdegegners sei nicht rechtsmissbräuchlich.

3.3 Der Beschwerdeführer rügt, die vom Kantonsgericht aufgestellte These, wonach grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich handeln könne, wer sich auf zwingendes Arbeitsrecht berufe, sei unhaltbar. Sie führe zum stossenden Ergebnis, dass zwingendes Arbeitsrecht dem «verfassungsmässigen Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots» vorgehe. Es sei unhaltbar, dass eine soziale Institution wie der Beschwerdeführer zu einer Zahlung an eine Person verpflichtet werde, die sich rächen wolle, weil ihr Arbeitszeugnis nicht ihren Wünschen entsprechend ausgefallen sei.

Mit diesen Vorbringen macht der Beschwerdeführer keine besonderen Umstände geltend, aufgrund der es als rechtsmissbräuchlich erschiene, dass der Beschwerdegegner die Zeitkompensation nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses forderte. Ebensowenig zeigt er Gründe auf, nach denen Anlass zu einer Überprüfung der vorstehend (E. 3.1) dargestellten bundesgerichtlichen Rechtsprechung bestünde. Unabhängig davon, dass im vorinstanzlichen Urteil nicht festgestellt ist, der Beschwerdegegner habe seine Forderung aus Rache erhoben, weil das Arbeitszeugnis nicht seinen Wünschen entsprechend ausgefallen sei, und dass der Beschwerdeführer dazu keine Sachverhaltsrüge substantiiert, ist es namentlich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auch für diesen Fall eine rechtsmissbräuch-

liche Anspruchserhebung verneinte. Unter dem Gesichtswinkel des Rechtsmissbrauchsverbots ist es nach der dargestellten Rechtsprechung unerheblich, aus welchen Motiven der Arbeitnehmer sich letztlich dazu entschliesst, seine Ansprüche gerichtlich geltend zu machen.

3.4 Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz verkenne mit ihren Erwägungen den Schutzgedanken der zwingenden Bestimmungen im Arbeitsrecht, weil der Beschwerdegegner nicht aus Gründen einer Gefährdung seiner Gesundheit handle und seine Gesundheitsgefährdung erst entdeckt habe, nachdem das Arbeitszeugnis nicht nach seinem Gusto ausgefallen sei. Dabei stützt er sich unzulässigerweise auf Sachverhaltselemente, die im angefochtenen Urteil keine Stütze finden, und kann daher nicht gehört werden. Unabhängig davon vermag er damit keine besonderen Umstände aufzuzeigen, die auf eine rechtsmissbräuchliche Anspruchserhebung schliessen liessen. Würde seiner Argumentation gefolgt, wäre praktisch jegliche nachträgliche Anspruchserhebung wegen Verletzung von zwingenden Schutznormen des Arbeitsrechts als missbräuchlich zu qualifizieren, was sich mit dem Schutzzweck der Normen offensichtlich nicht vereinbaren lässt.

*Bundesgericht, Urteil vom 22. August 2018, Doss.-Nr. 4A\_645/2017 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Oktober 2017), in: BGE 144 III 388*

**Art. 718a und Art. 718b OR; Gültigkeit von Rechtsgeschäften bei Interessenkonflikten.**

**Kein Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ, wenn der sich in einem Interessenkonflikt befindende Vertreter der Gesellschaft zugleich Alleinaktionär ist (E. 5; Bestätigung der Rechtsprechung).**

**Art. 718a et art. 718b CO; validité des actes juridiques en cas de conflits d'intérêts.**

**L'autorisation d'un organe supérieur n'est pas nécessaire si le représentant de la société qui se trouve dans un conflit d'intérêts est en même temps actionnaire unique (consid. 5; confirmation de la jurisprudence).**

Sachverhalt:

A.

B. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) war mit Wirkung ab 1. Januar 2002 als Chief Financial Officer (CFO) und als Mitglied der operativen Geschäftsleitung der A. Gruppe tätig. Diese bestand aus der A. International AG; deren Aktien wurden vollumfänglich von der A. Fabrica-

tion AG gehalten. Vollumfängliche Aktionärin der A. Fabrication AG war sodann die A. Holding AG mit zwischengeschalteter A. Europe Ltd.

Formelle Arbeitgeberin war zunächst die A. Fabrication AG. Im Jahre 2003 wurde das Arbeitsverhältnis auf die A. International AG übertragen. Am 6. März 2006 wurde der Arbeitsvertrag insofern geändert, als dem Arbeitnehmer bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses seitens der Arbeitgeberin vor dem 1. März 2009 eine Abfindung in der Höhe von zwei Jahresgrundgehältern geschuldet war. Am 11. Dezember 2006 wurde dem Arbeitnehmer auf den 31. Dezember 2007 gekündigt und er wurde sofort freigestellt. Die Parteien stritten sich in der Folge im Wesentlichen über den Abfindungsanspruch von zwei Jahresgehältern. Die Arbeitgeberin verlangte ihrerseits vom Kläger die Rückzahlung von EUR 180'000.– für von diesem zu Unrecht bezogene Darlehenszinsen.

2008 fusionierten die A. Fabrication AG und die A. International AG und firmierten neu unter A. Fabrication AG (Beklagte, Beschwerdeführerin).

B.

B.a Mit Klage beim Bezirksgericht Uster verlangte der Kläger unter anderem, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 500'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen.

Die Beklagte erhob Widerklage und beantragte, der Kläger sei zu verpflichten, ihr den Betrag von EUR 180'000.– zuzüglich Zins zu bezahlen.

Mit Urteil und Beschluss vom 23. Mai 2016 wies das Bezirksgericht die Hauptklage ab und schützte die Widerklage teilweise.

B.b Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und beantragte im Wesentlichen, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 500'000.– plus Zins zu bezahlen. Die Widerklage sei abzuweisen.

Die Beklagte trug auf Abweisung der Berufung an und verlangte mit Anschlussberufung die Gutheissung ihrer Widerklage.

Mit Urteil vom 19. Oktober 2017 schützte das Obergericht die Berufung des Klägers teilweise. Die Widerklage schrieb es aufgrund von Verrechnung ab. Das Obergericht stellte fest, dass dem Kläger die Abgangsschädigung von Fr. 500'000.– grundsätzlich zustehe.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 4. Dezember 2017 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage sei abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt. Dies gilt auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. Auch in diesem Fall bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (BGE 127 III 332 E. 2 S. 333 f.; BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.).

Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, wo nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen (BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; Urteile 4A\_195/2014 / 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 6.1, nicht publ. in: BGE 140 III 602; 4C.25/2005 vom 15. August 2005 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 131 III 636; vgl. auch Urteil 4A\_55/2017 vom 16. Juni 2017 E. 5.2.1). Ein Schutzbedürfnis (der vertretenen Gesellschaft) entfällt aber, wenn der mit sich selbst kontrahierende Vertreter zugleich Alleinaktionär ist, da unter diesen Umständen zwingend zu folgern ist, der Abschluss des betreffenden Geschäfts entspreche zugleich dem Willen der Generalversammlung und werde deshalb von der Vertretungsmacht des Organs gedeckt (BGE 126 III 361 E. 5a S. 366; Urteil 4C.93/2007 vom 13. August 2007 E. 2.2).

5.2 Die Beschwerdeführerin legt einlässlich dar, weshalb keine Genehmigung der Vereinbarungen über die Abgangsentschädigung vorliege. Es handle sich um ein Insichgeschäft, da sich D. (CEO und einziger Verwaltungsrat der A. International AG) und der Beschwerdegegner «über's Kreuz» begünstigt hätten; ein solches sei vom Gesellschaftszweck nicht erfasst. Keine der Parteien, insbesondere auch nicht der Beschwerdegegner hätten im kantonalen Verfahren behauptet, die damalige Alleinaktionärin A. Fabrication AG habe mittels eines Beschlusses ihres Verwaltungsrates rechtsgültig über die Vertretung ihrer Aktien in der Generalversammlung der Tochtergesellschaft A. International AG beschlossen. Indem die Vorinstanz wegen der Unterzeichnung des Protokolls der Generalversammlung vom 2. März 2006 auf eine formlose Ermächtigung geschlossen habe, habe sie die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 ZPO und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2

BV) verletzt. Auch in materieller Hinsicht könne mit dem Beschluss der Generalversammlung keine gültige Ermächtigung zur Einräumung der strittigen Abgangsentschädigungen vorgelegen haben. Denn seit einem entsprechenden Beschluss der Holding im Oktober 2005 habe ein Zinsmoratorium bestanden. Durften aufgrund der angespannten Ertrags- und Liquiditätslage keine Zinsen mehr bezahlt werden, so gelte dies umso mehr für die Abgangsentschädigung. Indem die Vorinstanz gleichzeitig die vom Beschwerdegegner bezogenen Zinsen über EUR 180'000.– als unrechtmässig qualifizierte, habe sie widersprüchlich argumentiert und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

### 5.3

5.3.1 Vorerst ist festzuhalten, dass es hier nicht um den (vertretungsrechtlichen) Aspekt des Schutzes eines (gutgläubigen) Dritten geht.

Die Vorinstanz ging wie dargelegt (E. 5.2 hiervor) davon aus, dass die Ergänzung des Arbeitsvertrages ein Insichgeschäft war und eine Ermächtigung durch die Generalversammlung als übergeordnetes Organ erfordert hätte. Darauf bezieht sich die Beschwerdeführerin. Damit berücksichtigt sie aber nicht die Tatsache, dass die sich «über's Kreuz» begünstigenden Personen der Änderungsverträge nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz die alleinigen Eigentümer der Holding waren und diese insgesamt alle Tochter- und Enkelgesellschaften zu hundert Prozent besass. Die Situation ist damit vergleichbar mit jener eines Alleinaktionärs. Es fehlt an gegenläufigen Interessen. Gemäss BGE 126 III 361 (vgl. oben E. 5.1) bedarf es in einem solchen Fall keiner zusätzlichen Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ bzw. eine solche wird stillschweigend angenommen. Das bezieht sich sowohl auf die Generalversammlung der Enkelgesellschaft – hier also der Arbeitgeberin – wie auf die Generalversammlung der Muttergesellschaft (A. Fabrication AG). Die Rügen der Beschwerdeführerin, die sich auf die fehlende Ermächtigung des Verwaltungsrates der Muttergesellschaft durch deren Generalversammlung beziehen, sind daher nicht entscheidend.

5.3.2 BGE 126 III 361 ist in der Lehre teilweise auf Kritik gestossen. Mit diesem Entscheid wich das Bundesgericht von einer früheren Rechtsprechung ab (BGE 50 II 168), in welcher es auch die Interessen von Gesellschaftsgläubigern als erheblich erachtete. Es erwog, namentlich in Anlehnung an ZOBL (DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 125/1989 S. 289 ff., 312), den Gesellschaftsgläubigern stünden mit den paulianischen Anfechtungsklagen (Art. 285 ff. SchKG) und der Verantwortlichkeitsklage gegenüber Verwaltungsräten (Art. 754 OR) andere Rechtsbehelfe zur Durchsetzung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Demgegenüber ist nach verschiedenen Lehrmeinungen der Hinweis auf die paulianischen Anfechtungsmöglichkeiten und Verantwortlichkeitsansprüche fragwürdig, denn damit seien die Gläubiger schlechter geschützt als mit einer direkten materiellen Ungültigkeit des fraglichen Geschäfts (STOFFEL/HEINZMANN, Interessendurchgriff?, in: Festschrift für Peter

Forstmoser zum 60. Geburtstag, von der Crone und andere [Hrsg.], 2003, S. 199 ff., 208 f.; TERCIER/STOFFEL, Das Gesellschaftsrecht 2000/2001, SZW 2001 S. 282 ff., 286 f.; STUTZ/VON DER CRONE, Kontrolle von Interessenkonflikten im Aktienrecht, SZW 2003 S. 102 ff., 109 und bei Fn. 67) bzw. ein solches Vertretungshandeln könne die Gesellschaft und damit das Haftungssubstrat der Gläubiger schädigen (PETER/CAVADINI, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. II, 2. Aufl. 2017, N. 10b zu Art. 718b OR). Darüber hinaus sei die Argumentation auch unlogisch, denn sie setze voraus, dass die Nichtberücksichtigung der Gläubigerinteressen durch den Verwaltungsrat beim Selbstkontrahieren oder anderen Handlungen im Interessenkonflikt zwar pflichtwidrig sein könne, der Verwaltungsrat jedoch unter dem Gesichtswinkel der Vertretungsmacht bzw. des Handelns im Gesellschaftsinteresse nicht gehalten sei, Gläubigerinteressen zu berücksichtigen (DOROTHEA HERREN, Harmonie und Kollision beim verwaltungsrechtlichen Umgang mit den Gesellschaftsinteressen, AJP 2015 S. 203 ff., 206 f.).

Ein anderer Teil der Lehre stimmt BGE 126 III 361 zu bzw. teilt die dort vertretene Auffassung (PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 1783 § 13 Rz. 607 f.; PETER JUNG, Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst, in: Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI, Peter V. Kunz und andere [Hrsg.], 2011, S. 273 ff., 283 f.; ANSGAR SCHOTT, Insichgeschäft und Interessenkonflikt, 2002, S. 246 f.; ROLF WATTER, Verdeckte Gewinnausschüttungen bei Aktiengesellschaften: Die zivil- und handelsrechtliche Sicht, in: Verdeckte Gewinnausschüttungen, Neuhaus und andere [Hrsg.], 1997, S. 137 ff., 146 und 156 f.; CHRISTOPH B. BÜHLER, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2018, N. 10 zu Art. 718b OR bei Fn. 39; LUKAS GLANZMANN, in: OR, Kommentar, Jolanta Kren Kostkiewicz und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 718b OR [wobei Letztere beide von einer Vermutung der Genehmigung bzw. Ermächtigung durch die Generalversammlung sprechen]; wohl auch URS BERTSCHINGER, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit: Weisungen des Alleinaktionärs an die Verwaltungsräte schliessen Anspruch der Gesellschaft aus, SZW 2000 S. 197 ff., 199. Referierend: FORSTMOSER/CHRISTEN, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Handelsgesellschaften und Genossenschaften – und im Wertpapierrecht, SJZ 2000 S. 467 f.).

Würde man im Sinn der BGE 126 III 361 kritisierenden Lehre am Erfordernis einer Ermächtigung durch ein übergeordnetes Organ auch bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionären und handelnden Organen festhalten, würde dies auf ein rein fiktives Erfordernis hinauslaufen. Mit der ausdrücklichen Zulassung der Einpersonengesellschaft durch Art. 625 OR und der Regelung gemäss Art. 718b OR betreffend Verträgen zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter (Schrifterfordernis), die im Rahmen der (kleinen) Aktienrechtsreform als Teil der Revision des GmbH-Rechts mit Wirkung ab 1. Januar 2008 eingefügt wurden, hat der Gesetz-

geber bestätigt, dass Inschlaggeschäfte unter vertretungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht grundsätzlich unzulässig sind. Dabei ist hervorzuheben, dass der Vorentwurf zu Art. 718b OR das Erfordernis der Schriftlichkeit explizit für Verträge zwischen einem Alleinaktionär und der von diesem vertretenen Gesellschaft vorgesehen hatte. Diese Regelung war in den Vernehmlassungen begrüsst, jedoch als zu spezifisch empfunden worden, weshalb nun alle Inschlaggeschäfte und nicht nur jene der Einpersonengesellschaften erfasst werden (Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts [GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht], BBl 2002 3148, 3230 zu Art. 718b). Auch angesichts dieser auf den vorliegenden Fall in zeitlicher Hinsicht zwar noch nicht anwendbaren Gesetzgebung, die aber hinsichtlich der Einpersonengesellschaft die mit BGE 126 III 361 getroffenen Wertungen bestätigt, besteht für das Bundesgericht kein Anlass, von diesem Präjudiz abzuweichen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin beim Abschluss der Änderungsverträge vom 6. März 2006 gültig vertreten war.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 27 août 2018, Doss.-No 4A\_534/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 5 septembre 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)*

**Travail sur appel; risque d'entreprise; variations du volume d'activité.** Le travail sur appel suppose la mise à contribution du travailleur en fonction du volume de travail. Dans le travail sur appel proprement dit (echte Arbeit auf Abruf), le travailleur s'oblige à fournir la prestation de travail chaque fois que l'employeur fait appel à lui (c. 3.2).

Art. 324 al. 1 CO. L'une des limites au travail sur appel se rencontre en cas de diminution brutale du volume mensuel de travail, laquelle peut notamment vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé fixé à l'art. 335c CO. En effet, même si, par définition, le volume du travail sur appel varie selon les circonstances, l'employeur ne peut pas refuser d'un jour à l'autre les services du travailleur et le priver subitement de toute rémunération; jusqu'à l'échéance du délai de congé, le travailleur a donc droit à son salaire, calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement (c. 4.1).

Art. 341 al. 1 et 362 CO. In casu, le système adopté par les parties permettait à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur, lequel a d'ailleurs été privé certains mois de toute rémunération; il a conduit à reporter le risque d'entreprise sur le travailleur puisque

**celui-ci renonçait à son salaire en cas de diminution brutale du volume de travail. Un tel système est prohibé par la loi (c. 4.3).**

Extraits des faits:

Z. exploite une entreprise individuelle active dans la gypserie-peinture, décoration et pose de papier-peint. En 2013, il a engagé oralement X. comme peintre; il n'est plus contesté que les rapports de travail ont débuté le 3 octobre. Le salaire horaire brut convenu s'élevait à 26 fr. Le 17 octobre 2014, X. a été victime d'un accident de travail et s'est trouvé en arrêt depuis cette date.

A la suite de l'échec de la conciliation, X. a déposé, le 23 février 2016, une demande simplifiée devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait au paiement par Z. d'un montant total de 28'257 fr.65 à titre de salaire, d'indemnité pour vacances non prises, de treizième salaire et d'indemnités forfaitaires pour la période de 6 août 2013 au 17 octobre 2014, après déduction d'un montant de 45'305 fr.40 que le demandeur alléguait avoir perçu de l'employeur entre août 2013 et octobre 2014. Par jugement du 19 décembre 2016, le tribunal a condamné Z. à payer à X., avec intérêts, les sommes brutes de 12'809 fr.60 et 45'123 fr.30, sous déduction du montant net de 37'705 fr.40 (chiffres 2 à 5 du dispositif), ainsi que les sommes nettes de 952 fr. et 3'034 fr.50 (chiffres 6 et 7 du dispositif). Z. a interjeté appel. Statuant le 5 septembre 2017, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a annulé les chiffres 2 à 7 du dispositif du jugement de première instance et débouté X. de toutes ses conclusions.

X. interjette un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

3.

Les parties ont conclu oralement un contrat de travail et convenu d'un salaire horaire de 26 fr. En ce qui concerne la durée et l'horaire de travail, le travailleur alléguait avoir été engagé pour un emploi à plein temps. Selon l'arrêt attaqué, il n'est pas prouvé que l'accord des parties portait sur un horaire à temps complet, ni même sur un horaire variable au sens de la CCT-SOR. La cour cantonale a retenu que le recourant avait travaillé de manière irrégulière pour l'intimé, selon les besoins de ce dernier. Elle en a déduit qu'il s'agissait d'un travail à la tâche, interdit par l'art. 33 ch. 1 CCT-SOR.

3.1 Comme le recourant l'observe à juste titre, les parties n'ont pas convenu d'un travail à la tâche, dès lors qu'elles ont fixé un salaire horaire, soit au temps, et non en fonction de la quantité de travail fournie (cf. art. 319 al. 1 CO). La conclusion de la cour cantonale sur ce point se révèle donc erronée.



Cela étant, le recourant ne soutient plus à ce stade avoir effectivement travaillé à plein temps toutes les semaines, hors vacances, du 3 octobre 2013 au 17 octobre 2014. En revanche, il fait valoir à présent que le travail irrégulier retenu dans l'arrêt attaqué correspond à du travail sur appel, avec des semaines à plein temps et d'autres semaines sans occupation.

3.2 Le travail sur appel suppose la mise à contribution du travailleur en fonction du volume de travail. Dans le travail sur appel proprement dit (*echte Arbeit auf Abruf*), le travailleur s'oblige à fournir la prestation de travail chaque fois que l'employeur fait appel à lui (ATF 124 III 249 consid. 2a p. 250; arrêt 4A\_509/2009 du 7 janvier 2010 consid. 2.3 et les références).

3.3 La cour cantonale a retenu que le recourant avait travaillé de manière irrégulière pour l'intimé. Ce fait ressortait du nombre variable d'heures payées par mois figurant dans les fiches de salaire ainsi que de la déclaration fiscale 2014 de l'employé, qui avait indiqué travailler selon les besoins de son employeur; devant le Tribunal des prud'hommes, le recourant avait également admis que, certains mois, l'intimé n'avait aucun travail à lui confier.

Sur la base de ces éléments, le contrat conclu par les parties peut effectivement être qualifié de contrat de travail sur appel.

#### 4.

4.1 En soi, le travail sur appel n'est pas interdit par la loi (ATF 125 III 65 consid. 3b p. 67; 124 III 249 consid. 2a p. 250). Il n'en demeure pas moins que cette forme de travail doit respecter les dispositions légales impératives (art. 361 et 362 CO; ATF 125 III 65 consid. 3b p. 67) et qu'elle peut, le cas échéant, être incompatible avec les clauses normatives d'une convention collective de travail (cf. ATF 124 III 249 consid. 2b p. 250 s.). L'une des limites au travail sur appel se rencontre en cas de diminution brutale du volume mensuel de travail, laquelle peut notamment vider de sa substance la protection impérative liée au délai de congé fixé à l'art. 335c CO (ATF 125 III 65 consid. 4b/aa p. 68). En effet, même si, par définition, le volume du travail sur appel varie selon les circonstances, l'employeur – qui supporte le risque d'entreprise selon la règle impérative de l'art. 324 al. 1 CO – ne peut pas refuser d'un jour à l'autre les services du travailleur et le priver subitement de toute rémunération (cf. art. 326 CO); jusqu'à l'échéance du délai de congé, le travailleur a donc droit à son salaire, calculé sur la base de la moyenne des rémunérations perçues pendant une période déterminée équitablement (ATF 125 III 65 consid. 5 p. 69 s.).

Il n'est pas contesté que les rapports des parties sont soumis à la CCT-SOR. Selon l'art. 12 ch. 1 CCT-SOR, la durée hebdomadaire moyenne de travail pour un emploi à plein temps est de 41 heures, l'entreprise ayant la faculté de fixer la durée hebdomadaire de travail à 39 heures au minimum et à 45 heures au maximum. Afin de tenir compte des besoins économiques de l'entreprise, l'art. 12 ch. 2 CCT permet en outre l'introduction d'un horaire variable à certaines conditions; la durée hebdo-

madaire de travail peut alors être fixée à 32 heures au minimum sur quatre ou cinq jours et à 47 heures au maximum sur cinq jours, moyennant le paiement, pendant au moins douze mois, d'un «salaire mensuel-constant» calculé sur la base du salaire horaire multiplié par 177,7 heures. C'est le lieu de préciser que 177,7 heures par mois correspondent à une durée hebdomadaire du travail de 41 heures, soit un plein temps au sens de la CCT-SOR (cf. arrêt 8C\_479/2014 du 3 juillet 2015 consid. 5.3).

4.2 Étant admis que le recourant n'a pas travaillé à plein temps pour l'intimé pendant la période déterminante, la cour cantonale n'a pas été en mesure de constater précisément les heures de travail effectuées, ni leur répartition entre le 3 octobre 2013 et le 17 octobre 2014.

En ce qui concerne la durée des prestations de travail fournies, les juges précédents ont relevé que le travailleur avait varié dans ses déclarations au cours de la procédure: pour octobre et novembre 2013 ainsi que pour janvier, février, mars, avril et mai 2014, les jours travaillés allégués dans la demande ne coïncident pas avec ceux que l'employé a déclarés lors de l'audience devant le Tribunal des prud'hommes; pour mars 2014, le recourant a même indiqué 21 jours dans sa demande, 2,5 jours dans ses déclarations devant le tribunal et 14 jours dans l'agenda, pourtant confectionné apparemment pour les besoins de la cause selon les instances cantonales; de même, dans la demande, dans les déclarations du travailleur devant le tribunal et dans l'agenda précité, tous les mois d'octobre 2013 à octobre 2014 comportent des jours travaillés, alors que le recourant lui-même a reconnu devant le tribunal que, certains mois, l'employeur n'avait eu aucun travail à lui confier. Pour leur part, les fiches de salaire établies par l'employeur indiquent un nombre d'heures de travail par mois, soit 16 heures en octobre, 8 heures en novembre, puis 20 heures en mars, 80 heures en septembre et 76 heures en octobre; il en ressort que le recourant n'a pas travaillé de décembre 2013 à février 2014, ni d'avril à août 2014. La cour cantonale a retenu que ces fiches de salaire ne reflétaient pas complètement les heures travaillées. En effet, l'un des témoins avait vu le recourant en activité sur le chantier du ... en mai 2014, alors que l'intéressé n'était pas censé être occupé ce mois-là; en outre, les 13<sup>èmes</sup> salaires versés en 2013 et 2014 avaient été calculés sur des salaires annuels un peu supérieurs (690 fr. et 5'062 fr.90) au total des salaires mensuels indiqués dans les fiches (624 fr. et 4'576 fr.).

En ce qui concerne l'horaire de travail, le recourant prétend avoir travaillé à plein temps durant certaines périodes qualifiées de significatives, ce que la cour cantonale aurait constaté. Il n'en est rien. En effet, sur la base des déclarations des témoins entendus par le Tribunal des prud'hommes, les juges précédents ont certes retenu que l'activité au service de l'intimé s'était parfois exercée sur des journées entières, mais ils n'ont pas constaté que le recourant aurait travaillé, ne serait-ce qu'une semaine, à raison d'au moins 39 heures. Aucun grief d'arbitraire n'est soulevé à l'encontre de cette appréciation des témoignages. Au demeurant, il

n'est pas possible de conclure à une occupation hebdomadaire à plein temps du recourant sur les chantiers de Jussy ou de Cologny si l'on se réfère aux déclarations des ouvriers ayant œuvré sur ces lieux. A propos du chantier de Jussy, deux témoins font état de travail toute la journée du recourant environ deux fois par semaine, respectivement deux ou trois jours sur deux semaines. Occupé environ un mois sur ce même chantier, un autre témoin déclare avoir vu y travailler le recourant «la plupart du temps», ce qui n'est guère précis. Et un témoin ayant travaillé deux semaines à plein temps sur le chantier de Cologny déclare y avoir «vu» le recourant «pratiquement» tous les jours, sans que l'on puisse en déduire sa présence à la journée pendant au moins toute une semaine.

En résumé, il est établi uniquement que le recourant n'a pas travaillé pour l'intimé certains mois et qu'il a travaillé en tout cas le nombre d'heures ressortant des fiches de salaire, sans qu'un horaire précis sur une période significative puisse être démontré. Il apparaît ainsi que, selon l'accord des parties, l'employeur pouvait faire appel aux services du travailleur au moment qui lui convenait pour le nombre d'heures qui l'arrangeait, quitte à n'offrir aucun travail pendant de longues périodes durant lesquelles le travailleur ne percevait aucune rémunération.

4.3 Il convient à présent d'examiner si cette forme de travail sur appel est admissible au regard de la CCT-SOR et de la loi.

La CCT-SOR n'interdit pas expressément le travail sur appel. Elle ne prohibe pas non plus le travail à temps partiel (cf. art. 319 al. 2 CO; cf. CHRISTIAN BRUCHEZ, in *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon éd., 2013, n° 11 ad art. 357 CO p. 1184). Comme déjà relevé, le recourant n'a pas démontré avoir fourni un travail à plein temps pendant des périodes significatives, soit des semaines entières. Contrairement à ce que le travailleur soutient, l'accord des parties ne saurait dès lors être contraire à l'art. 12 CCT-SOR, imposant des limites à la flexibilité de l'horaire de travail hebdomadaire (ordinaire ou variable) des employés occupés à temps complet.

Cela étant, le système adopté par les parties permettait à l'employeur de déterminer unilatéralement, en fonction de ses propres besoins, la durée du travail et la rétribution du travailleur, lequel a d'ailleurs été privé certains mois de toute rémunération; il a conduit à reporter le risque d'entreprise sur le travailleur puisque celui-ci renonçait à son salaire en cas de diminution brutale du volume de travail. Conformément à la jurisprudence citée plus haut (consid. 4.1), un tel système est prohibé par la loi, dès lors que l'employeur en demeure de fournir du travail reste devoir le salaire (art. 324 al. 1 CO) et que le travailleur ne peut pas renoncer au bénéfice de cette règle impérative en tout cas pendant la durée du contrat (art. 362 et 341 al. 1 CO).

Du reste, le principe du risque d'entreprise à la charge de l'employeur est concrétisé également en matière de travail aux pièces ou à la tâche lorsque l'employé travaille pour un seul employeur (art. 326 CO). Ce dernier

doit fournir du travail en quantité suffisante (al. 1). S'il se trouve sans sa faute dans l'impossibilité de fournir du travail aux pièces ou à la tâche, il peut charger le travailleur d'un travail payé au temps (al. 2) et lui versera alors l'équivalent du salaire moyen aux pièces ou à la tâche qu'il gagnait jusqu'alors, à moins que le salaire payé au temps ne soit fixé dans un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective (al. 3); l'employeur qui ne peut pas fournir suffisamment de travail aux pièces ou à la tâche ni de travail payé au temps, n'en reste pas moins tenu, conformément aux dispositions sur la demeure, de payer le salaire qu'il devrait verser pour du travail payé au temps (al. 4).

Il s'ensuit que le travailleur sur appel devait pouvoir compter sur un certain taux d'activité pendant toute la durée des rapports de travail, sans être soumis au bon vouloir de l'employeur s'agissant de sa rémunération moyenne (cf. REMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 152; GABRIEL AUBERT, in *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2<sup>e</sup> éd. 2012, n° 4 ad art. 324 CO).

4.4 Il reste à déterminer le salaire auquel le recourant pouvait prétendre entre le 3 octobre 2013 et le 17 octobre 2014.

La cour cantonale est partie de la totalité des heures travaillées d'octobre 2013 à octobre 2014, selon les fiches de salaire, soit 200 heures réparties sur cinq mois, ce qui représente une moyenne de 40 heures par mois équivalant à un taux d'occupation de 25%. Sur cette base, les prétentions totales du travailleur s'élevaient à 16'785 fr.60.

Quoi que le recourant en pense, à défaut pour lui d'avoir apporté d'autres éléments probants sur le nombre d'heures travaillées effectivement, l'autorité précédente n'a pas versé dans l'arbitraire en se fondant sur les fiches de salaire, quand bien même celles-ci ne reflétaient pas nécessairement toutes les heures travaillées par l'employé. Le grief soulevé sur ce point dans le recours ne peut être qu'écarté.

Il n'y a rien à redire non plus sur la méthode consistant à fixer un taux d'activité à temps partiel pour les 12,5 mois en cause en se référant à la moyenne mensuelle des heures travaillées pendant les mois où le travailleur a été occupé. En effet, comme le taux d'activité sur lequel le peintre devait pouvoir compter ne résulte pas du contrat de travail, il ne peut être calculé qu'en fonction de la moyenne des prestations fournies tous les mois effectivement travaillés (cf. art. 326 al. 3 et 4 CO; ATF 125 III 65 consid. 5 p. 70; cf. également RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *op. cit.*, p. 272; GABRIEL AUBERT, *op. cit.*, n°4 ad art. 324 CO). En revanche, le calcul de la moyenne des heures mensuelles effectivement travaillées doit être effectué sur 4,5, et non 5 mois, puisque l'employé était en arrêt dès le 17 octobre 2014; le résultat obtenu est ainsi une moyenne de 44,5 heures par mois au lieu de 40, correspondant à un taux d'activité de 26% (44,5 heures / 170 heures). Sur cette base, les prétentions globales du salarié s'élèvent à 18'596 fr.80 au lieu de 16'785 fr.60, si l'on reprend les calculs figurant aux consid. 4.3.1 à 4.3.4 de l'arrêt attaqué ([44,5 heures x 3 mois x 26 fr.] + [44,5 heures x 9,5 mois x

26 fr.70] = 14'758 fr.40; 14'758 fr.40 + [10,64% de 14'758 fr.40] + [8,33% de 14'758 fr.40] + [{235 jours x 26%} x 17 fr.] = 18'596 fr.80).

*Bundesgericht, Urteil vom 17. September 2018, Doss.-Nr. 8C\_134/2018 (Bestätigung des Entscheids des Bundesstrafgerichts vom 20. Dezember 2017), in: BGE 144 II 345*

**Art. 330a Abs. 1 OR in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 BPG; Arbeitszeugnis.**

**Fällt die Dauer der Absenzen im Verhältnis zur Anstellungsdauer erheblich ins Gewicht, müssen sie im Arbeitszeugnis erwähnt werden. Sind also Arbeitsunterbrüche zu erwähnen, weil andernfalls ein falsches Bild über die erworbene Berufserfahrung entstünde, dann gebieten es der Grundsatz der Vollständigkeit und das Gebot der Klarheit des Arbeitszeugnisses, auch die Gründe für die Abwesenheit (Krankheit, Mutterschaftsurlaub etc.) aufzuführen (E. 5.3).**

**Art. 330a al. 1 CO en liaison avec l'art. 6 al. 2 LPers; certificat de travail.**

**Lorsque la durée des absences a un poids appréciable par rapport à celle des rapports de travail, elles doivent être mentionnées dans le certificat de travail. Si les interruptions de travail doivent être indiquées afin de ne pas donner une fausse image de l'expérience professionnelle acquise, les principes de complétude et de clarté du certificat de travail commandent dès lors de mentionner également les motifs de l'absence (maladie, congé de maternité, etc.; consid. 5.3).**

Sachverhalt:

A.

A. (geb. 1979) arbeitete seit 1. März 2014 als Gerichtsschreiberin beim Bundesverwaltungsgericht. Vom 30. April bis 1. Oktober 2014, vom 2. Juli bis 31. August 2015 sowie ab 12. November 2015 war sie wegen Mutterschaftsurlaub und Krankheit abwesend. Das Bundesverwaltungsgericht löste das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 25. Mai 2016 fristlos auf, nachdem es A. mit Schreiben vom 12. Mai 2016 letztmals aufgefordert hatte, umgehend zur Arbeit zu erscheinen.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde hiess die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts mit Entscheid vom 20. Dezember 2017 teilweise gut und verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht, A. (unter anderem) innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Entscheides ein im Sinne der Erwägungen abgeändertes Arbeitszeugnis auszustellen.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten stellt A. das Rechtsbegehren, das Bundesverwaltungsgericht sei zu verpflichten, ihr (unter anderem) ein Arbeitszeugnis mit den in der Beschwerde angeführten Änderungen auszustellen.

Das Bundesverwaltungsgericht schliesst in seiner Vernehmlassung auf Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Büro für Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) beantragt die teilweise Gutheissung der Beschwerde. Hierzu hat sich die Beschwerdeführerin nochmals geäussert.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Im Weiteren ist streitig, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die von der Beschwerdeführerin beantragten Änderungen des Arbeitszeugnisses abwies.

5.2

5.2.1 Soweit das Bundespersonalgesetz und andere Bundesgesetze nichts Abweichendes bestimmen, gelten nach Art. 6 Abs. 2 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts.

Laut Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Ein solches qualifiziertes Zeugnis bzw. Vollzeugnis soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern und deshalb wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein hat. Ein qualifiziertes Zeugnis darf und muss daher bezüglich der Leistungen des Arbeitnehmers auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind. Dies trifft auf eine Krankheit zu, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete. Eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, darf dagegen nicht erwähnt werden. Längere Arbeitsunterbrüche sind – auch wenn sie krankheitsbedingt waren – in einem qualifizierten Zeugnis zu erwähnen, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen und daher ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung ein falscher Eindruck entstünde. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls (BGE 136 III 510 E. 4.1 S. 511 f. mit Hinweisen; Urteil 4A\_574/2017 vom 14. Mai 2018 E. 4).

5.2.2 Gemäss Lehre dürfen gegen den Willen des Arbeitnehmers andere Abwesenheiten wie Militärdienst, Mutterschaftsurlaub oder unbezahlter Urlaub sowie Freistellungen nur erwähnt werden, wenn – wie bei einer Krankheit – die Dauer der Abwesenheit im Verhältnis zur gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses erheblich ins Gewicht fällt und das Zeugnis dadurch an Aussagewert einbüsst (JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 330a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 3e zu Art. 330a OR; PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 6. Aufl. 2015, N. 5 zu Art. 330a OR). ENZLER vertritt ebenfalls die Auffassung, dass längere Absenzen, die im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer wesentlich ins Gewicht fallen, sowohl im einfachen wie auch im qualifizierten Arbeitszeugnis zu erwähnen sind, falls das Arbeitszeugnis ansonsten zu falschen Schlüssen über die durch die Beschäftigung erworbenen Fähigkeiten des Arbeitnehmers Anlass geben könnte. Er will aber die Erwähnung des Grundes für die Unterbrechung unter Abwägung der jeweiligen Interessen sowohl des Arbeitnehmers als auch Dritter vom Einzelfall abhängig machen (ALEX ENZLER, Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, 2012, S. 85 f.; SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 1996, S. 125 f.).

5.2.3 Grundsätzlich sind Formulierung und Wortwahl des Arbeitszeugnisses dem Arbeitgeber überlassen. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf eine bestimmte Formulierung (Urteile 4A\_137/2014 vom 10. Juni 2014 E. 4; 4A\_117/2007 vom 13. September 2007 E. 7.1; 4C.129/2003 vom 5. September 2003 E. 6.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 5a zu Art. 330a OR). Der Arbeitgeber ist daher nicht verpflichtet, vom Arbeitnehmer gewünschte Formulierungen zu übernehmen (BRÜHWILER, a.a.O., N. 3b zu Art. 330a OR).

### 5.3

5.3.1 Die Beschwerdeführerin hatte am 1. März 2014 beim Beschwerdegegner zu arbeiten begonnen. Das Arbeitsverhältnis wurde vom Beschwerdegegner mit Verfügung vom 25. Mai 2016 fristlos aufgelöst. Wegen der Unrechtmässigkeit der fristlosen Kündigung endete das Arbeitsverhältnis ordentlich per 31. August 2016. Während dieser Zeit war die Beschwerdeführerin insgesamt rund 14 Monate wegen Krankheit und Mutterschaft abwesend (30.04.–01.10.2014, 02.07.–31.08.2015 und 12.11.2015–31.05.2016). Die Absenzen machten folglich fast die halbe Dauer des Arbeitsverhältnisses aus. Da deshalb die Dauer der Abwesenheit im Verhältnis zur Anstellungsdauer zweifellos erheblich ins Gewicht fällt, muss sie im Arbeitszeugnis erwähnt werden. Andernfalls entstünde ein falscher Eindruck bezüglich der vorhandenen Berufserfahrung der Beschwerdeführerin, welche zudem bei der Beschwerdegegnerin ihre erste Vollzeitstelle nach Studium angetreten hatte. Daran ändert nichts, dass die Absenzen nicht mit Unterbrüchen erfolgten. Entscheidend ist einzig das Verhältnis zwischen der Dauer der effektiv geleisteten Arbeit und jener der Abwesenheit.

5.3.2 Die Beschwerdeführerin wendet sich in der Beschwerde weder gegen die Nennung der Abwesenheit an sich noch gegen deren Dauer. Sie ist indessen der Auffassung, dass die Begründung für die Absenz «Mutterschaft/Krankheit» weder wahr noch wohlwollend und deshalb aus dem Arbeitszeugnis zu streichen sei. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, die Angabe «Krankheit» in einem Arbeitszeugnis sei offensichtlich ein Nachteil und biete Anlass zu Spekulationen über den Grund. Die Angabe der «Mutterschaft» sei ebenfalls zu streichen. Um Benachteiligungen im Zusammenhang mit familiären Verhältnissen zu vermeiden, stünde der Arbeitnehmerin im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens gar das sogenannte Notwehrrecht der Lüge zu. Sämtliche Angaben, die den privaten Lebensbereich der Arbeitnehmerin betreffen und für das zukünftige Arbeitsverhältnis nicht relevant seien, seien nicht anzugeben. Eine Mutterschaft könne einen Wettbewerbsnachteil darstellen. Die Angabe «Mutterschaft» in einem Arbeitszeugnis stehe den Bemühungen diametral entgegen, Diskriminierungen nach dem Gleichstellungsgesetz zu vermeiden.

5.3.3 Müssen Arbeitsunterbrüche erwähnt werden, weil andernfalls ein falsches Bild über die erworbene Berufserfahrung entstünde, dann gebieten es der Grundsatz der Vollständigkeit und das Gebot der Klarheit eines Arbeitszeugnisses, auch die Gründe für die Abwesenheit aufzuführen. Für den Abwesenheitsgrund der Krankheit kann dazu auf die oben zitierte Rechtsprechung verwiesen werden (vgl. E. 5.2.1 hiavor). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist dabei irrelevant, dass ihre Krankheit bzw. Arbeitsunfähigkeit arbeitsplatzbezogen war. Entscheidend für die Grundangabe ist einzig, dass die Beschwerdeführerin während ihrer Abwesenheit krankgeschrieben war. Nicht anders verhält es sich bei Abwesenheiten wie Militärdienst, Mutterschaftsurlaub, unbezahlter Urlaub oder Freistellungen. Es ist kein Grund ersichtlich, solche Arbeitsunterbrüche mit Bezug auf die Nennung im Arbeitszeugnis anders zu behandeln als eine Abwesenheit wegen Krankheit. Ein potentieller Arbeitgeber wird die Abwesenheit hinterfragen und sich nach den Gründen erkundigen. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin lässt daher nicht die Angabe von Gründen Raum für Spekulationen (vgl. dazu auch JANSSEN, a.a.O., S. 126 Fn. 275), sondern im Gegenteil deren Nichterwähnung, was nicht im Interesse der Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmers liegt. Im Übrigen hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt, dass nicht ersichtlich ist, inwiefern sich die Nennung des Abwesenheitsgrundes der Mutterschaft negativ auswirken sollte. Die Beschwerdeführerin begründet nicht näher, inwiefern sich die Erwähnung des Mutterschaftsurlaubs im Arbeitszeugnis nachteilig auf ihr berufliches Fortkommen auswirken sollte. Entgegen ihrer Auffassung kann sie auch aus dem Notwehrrecht der Lüge nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Arbeitszeugnis dient in erster Linie dem beruflichen Fortkommen, ist ein wesentlicher Bestandteil eines Bewerbungsdossiers und dementsprechend



auch Thema und Grundlage eines Bewerbungsgesprächs. Was somit in einem Vorstellungsgespräch verschwiegen und gar aktiv geleugnet werden darf, kann grundsätzlich auch nicht Thema eines Zeugnisses sein. Mutterschaft als «frauenspezifisches Phänomen» ist in Bezug auf eine allfällige Diskriminierung sicher genau zu betrachten. An sich kann sie, genauso wie die Vaterschaft, mit Blick auf die dadurch gewonnenen Erfahrungsfelder im Bewerbungswettbewerb auch mit Vorteilen verbunden sein. Ein Nachteil kann darin bestehen, dass der (potentielle) Arbeitgeber um mögliche Absenzen fürchtet, die beispielsweise durch Krankheit der Kinder oder anderweitigen Betreuungsbedarf bedingt sein können; auch dies kann Väter genauso treffen, angesichts der noch immer vorherrschenden Rollen- und Aufgabenverteilung unter den Eltern aber sicher weit weniger häufig und ausgeprägt als Frauen. Wesentlich ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass bei einer Frau im gebärfähigen Alter, ob sie nun Mutter ist oder nicht, stets mit der Möglichkeit einer (weiteren) Mutterschaft und entsprechenden Ausfällen zu rechnen ist. Selbst wer im Lebenslauf also angibt, kinderlos zu sein, ist es möglicherweise schon wenige Monate nach Stellenantritt nicht mehr. Fragen nach Familienplanung werden im Bewerbungsgespräch grundsätzlich nicht gestellt. Mit Blick auf diesen biologisch bedingten Umstand, der alle Frauen im gebärfähigen Alter betrifft, fällt die Angabe einer schwanger- oder mutterschaftsbedingten Absenz im Zeugnis kaum spürbar ins Gewicht, umso weniger, als damit auch positive Effekte verbunden sein können. Eine Verletzung der Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes ist nicht ersichtlich. Eine solche wird von der Beschwerdeführerin nicht konkret dargelegt, sondern nur behauptet.

5.3.4 Mit Bezug auf die übrigen Änderungsanträge erweist sich die Beschwerde ebenfalls als unbegründet. Die Beschwerdeführerin ist darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer den Wortlaut und die Formulierung eines Arbeitszeugnisses bestimmt (vgl. E. 5.2.3 hiavor). Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde ist nicht ersichtlich, inwiefern es boshaft ist, das Austrittsdatum in einem separaten Satz festzuhalten und weshalb sich daraus der Schluss ergeben sollte, dass das Arbeitsverhältnis auf ungute Weise aufgelöst wurde. Vorliegend steht fest, dass dieses vom Beschwerdegegner aufgelöst wurde. Aufgrund des Grundsatzes der Wahrheit des Arbeitszeugnisses kann daher entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin im Arbeitszeugnis nicht festgehalten werden, dass das Arbeitsverhältnis seitens der Arbeitnehmerin beendet worden sei.

5.4 Demnach verstösst der vorinstanzliche Entscheid nicht gegen Bundesrecht. Die Beschwerde ist unbegründet.

*Bundesgericht, Urteil vom 4. Oktober 2018, Doss.-Nr. 8C\_323/2018 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Nidwalden vom 23. Oktober 2017)*

**Öffentliches Personalrecht; ordentliche Kündigung; Bewährungsfrist; Entschädigung.**

Indem sich der Kripo-Chef trotz Residenzpflicht nicht zur Wohnsitznahme im Kanton Nidwalden verpflichtet fühlte, beging er einen Vertrauensbruch und verhielt sich illoyal, was einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 59 Abs. 1 Ziff. 4 und 4a PersG/NW darstellte. Da die bei Aussprechen einer Kündigung zwingend anzusetzende Bewährungsfrist nicht eingeräumt wurde, qualifizierte die Vorinstanz die Kündigung infolge Nichteinräumung der Bewährungsfrist zutreffend als unzulässig, aber nicht nichtig. Sie sprach eine Entschädigung im obersten gesetzlich vorgesehenen Bereich der Hälfte der bisherigen Jahresbesoldung zu (E. 4.1.3, 4.3, 5.1).

**Sachverhalt:**

A. wurde mit öffentlich-rechtlichem Arbeitsvertrag vom 6. Dezember 2011 per 1. Februar 2012 vom Kanton Nidwalden angestellt. Gemäss Arbeitsvertrag sollte er nach einer Einführungsphase ab 1. November 2012 die Führung der Dienstabteilung Kriminalpolizei übernehmen. Mit Schreiben vom 24. Juli 2012 kündigte der damalige Polizeikommandant das Arbeitsverhältnis auf den 31. August 2012. Der Landammann des Kantons Nidwalden erliess am gleichen Tag einen Präsidialentscheid und stimmte der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu. Die hiegegen erhobene Einsprache wies der Regierungsrat des Kantons Nidwalden mit Beschluss vom 25. Juni 2013 ab, soweit er darauf eintrat.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden stellte mit Entscheid vom 7. April 2014 in teilweiser Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde fest, dass die Kündigung vom 24. Juli 2012 unzulässig war, und wies die Beschwerde im Übrigen ab. Auf die hiegegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten trat das Bundesgericht mit Urteil vom 29. Mai 2015 nicht ein, da es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG handelte und die entsprechenden Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt waren.

Die verwaltungsrechtliche Klage, mit welcher A. insbesondere Schadenersatzansprüche für die erfolgte nichtige Kündigung, eventualiter für die erfolgte unzulässige Kündigung beantragte, hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden mit Entscheid vom 23. Oktober 2017 teilweise gut und verpflichtete den Kanton Nidwalden, dem Kläger Fr. 58'422.– zuzüglich 5% Verzugszins ab 1. September 2012 zu bezahlen; im Mehrbetrag bzw. in den übrigen Anträgen wies es die Klage ab, soweit darauf eingetreten werden konnte.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten stellt A. folgende Anträge:

«1. Das Verwaltungsgerichtsurteil VA 16 23 vom 23. Oktober 2017/versandt am 27. März 2018 sei bezüglich Rechtsspruch Ziff. 1, Ziff. 2 und Ziff. 3 aufzuheben und das Verwaltungsgerichtsurteil VA 13 25 des Verwaltungsgerichtes des Kantons Nidwalden vom 7. April 2014/versandt am 26. August 2014 sei bezüglich Rechtsspruch Ziff. 1 (zweiter Satz) bezüglich der Abweisung des vorinstanzlichen Beschwerdeantrags 2 (Feststellung Nichtigkeit), Rechtsspruch Ziff. 2 und Ziff. 3 aufzuheben.

1.1 Es sei die Nichtigkeit der Kündigung der Beschwerdegegner vom 24. Juli 2012 festzustellen.

1.2. Die Beschwerdegegner haben dem Beschwerdeführer für die erfolgte nichtige Kündigung et. al. einen Teilschaden von CHF 68'730.– als Pönalstrafe/Genugtuung zuzüglich 5% Verzugszins ab 31.08.2012, CHF 217'612.– für Brutto-Erwerbsausfälle exkl. Arbeitgeberbeiträge zuzüglich 5% Verzugszins ab 23.04.2014 (mittlerer Verfall) und CHF 129'531.– für Schadenersatz zuzüglich 5% Verzugszins ab 11.05.2014 (m. V.) zu bezahlen.

1.3. Es sei festzustellen, dass die Beschwerdegegner den Beschwerdeführer zusätzlich in seinen Ansprüchen gegenüber den Sozialversicherungen dergestalt zu stellen haben, wie es dem fortbestehenden Arbeitsverhältnis ohne die nichtige Kündigung entspricht.

2. Eventualiter: Die Beschwerdegegner haben dem Beschwerdeführer für die erfolgte unzulässige Kündigung et. al. einen Teilschaden von CHF 68'730.– als Pönalstrafe/Genugtuung zuzüglich 5% Verzugszins ab 31.08.2012, CHF 217'612.– für Brutto-Erwerbsausfälle exkl. Arbeitgeberbeiträge zuzüglich 5% Verzugszins ab 23.04.2014 (m. V.) und CHF 129'531.– für Schadenersatz zuzüglich 5% Verzugszins ab 11.05.2014 (m. V.) zu bezahlen.

3. Vom Nachklagevorbehalt des Beschwerdeführers sei Vormerk zu nehmen.

4. Subeventualiter: Die Sache sei zum Eintritt und zur Neubeurteilung gemäss den vorstehenden Ziffern 2.1–4 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Dem Beschwerdeführer sei für das Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

6. Unter solidarischen Kosten- und Entschädigungsfolgen in allen Instanzen zu Lasten des Beschwerdegegners 1 und der Beschwerdegegnerin 2 bzw. des Kantons Nidwalden.“

Der Regierungsrat des Kantons Nidwalden beantragt, auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sei nicht einzutreten, eventualiter sei auf die Anträge Ziff. 2.3 und Ziff. 4 der Beschwerde nicht einzutreten und die weiteren Anträge seien abzuweisen, subeventualiter sei die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Die Kantonspolizei Nidwal-

den schliesst ebenfalls auf Nichteintreten auf die Beschwerde, eventualiter auf deren Abweisung.

Aus den Erwägungen:

3.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie als erstes die Kündigung infolge Nichtgewährung einer Bewährungsfrist als unzulässig, nicht jedoch als nichtig qualifizierte und als zweites dem Beschwerdeführer deswegen eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 58'422.– zuzüglich 5% Verzugszins ab 1. September 2012 zusprach.

Die vorinstanzlichen Entscheide stützen sich auf die Bestimmungen des Gesetzes über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz, PersG) des Kantons Nidwalden vom 3. Juni 1998, mithin auf kantonales Recht. Die Vorinstanz hat die entsprechenden Bestimmungen zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden. Soweit Art. 6 PersG die Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss anwendbar erklärt, wenn die kantonale Personalgesetzgebung keine eigene Regelung enthält, wird das Privatrecht kraft Verweisung zum öffentlichen Recht des betreffenden Gemeinwesens. Es ist nach dessen Regeln anzuwenden und auszulegen. Die übernommenen Normen des Obligationenrechts gelten diesfalls nicht als Bundesprivatrecht, sondern als subsidiäres kantonales Recht, dies mit den bereits dargelegten kognitionsrechtlichen Folgen.

4.

4.1 Das kantonale Gericht hat im Entscheid vom 7. April 2014 erkannt, die Kündigung vom 24. Juli 2012 sei unzulässig, indessen nicht nichtig gewesen.

4.1.1 Im Wesentlichen stellte die Vorinstanz zunächst in formeller Hinsicht fest, die Kündigungsgründe seien dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 4. Juli 2012 schriftlich mitgeteilt worden und es sei ihm Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden, wovon der Beschwerdeführer am 23. Juli 2012 Gebrauch gemacht habe. Die Kündigung sei mithin erst nach Anhörung des Betroffenen gemäss Art. 58 Abs. 3 PersG ausgesprochen worden, weshalb keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliege.

4.1.2 In materieller Hinsicht – so die Vorinstanz weiter – seien die Nichtigkeitsgründe in Art. 66 PersG abschliessend aufgezählt. Weder sei die Kündigung im Sinne von Art. 66 Ziff. 2 PersG wegen einer Eigenschaft ausgesprochen worden, die dem Mitarbeiter kraft der eigenen Persönlichkeit zustehe, noch sei sie im Sinne von Art. 66 Ziff. 8 PersG zur Unzeit erfolgt. Dem Beschwerdeführer könne auch nicht gefolgt werden, soweit er sich direkt auf die Niederlassungsfreiheit berufe und dafür halte, dass eine Kündigung unter Verletzung von verfassungsmässigen Rechten auf jeden Fall missbräuchlich und damit nichtig sei. Die Residenzpflicht für den Beschwerdeführer im Kanton Nidwalden finde in Art. 50 PersG eine genü-

gende gesetzliche Grundlage; für eine Verpflichtung des Kripo-Chefs zur Wohnsitznahme im Kanton bestünden eine Reihe sachlicher Gründe und sie sei auch verhältnismässig.

4.1.3 Das kantonale Gericht stellte im Weiteren fest, der Beschwerdeführer habe, obschon er seine Verpflichtung zur Wohnsitznahme im Kanton Nidwalden gegenüber den Vorgesetzten zunächst noch anerkannt habe, Dritten gegenüber in der Folge wiederholt Unverständnis geäußert und sich mit der Zeit auf den Standpunkt gestellt, die mündliche Vereinbarung sei im Arbeitsvertrag nicht schriftlich festgehalten worden, weshalb er zur Wohnsitznahme nicht verpflichtet sei. Damit habe er einen Vertrauensbruch begangen und sich illoyal verhalten, was einen sachlichen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 59 Abs. 1 Ziff. 4 und 4a PersG darstelle. Da die bei Aussprechen der Kündigung aus einem dieser Gründe gemäss Art. 59 Abs. 2 PersG zwingend anzusetzende Bewährungsfrist nicht eingeräumt worden sei, so die Vorinstanz, sei das Kündigungsverfahren formell nicht korrekt abgelaufen, weshalb die Kündigung vom 24. Juli 2012 unzulässig gewesen sei. Bei diesem Ergebnis ging das kantonale Gericht auf die weiteren Vorhaltungen gegenüber dem Beschwerdeführer (Verstoss gegen Krawattentragungspflicht, Verstoss gegen die angeblich vereinbarte Rasurpflicht, mangelnde Einhaltung von Terminen/Unpünktlichkeit, Unordnung im Büro) nicht weiter ein, da sie allesamt Kündigungsgründe beträfen, für welche das Ansetzen einer Bewährungsfrist ebenfalls notwendig sei.

4.2 Die vorinstanzliche Beurteilung beruht auf einer einlässlichen und sorgfältigen Würdigung der Sach- und Rechtslage. Die Vorbringen in der überaus weitschweifigen Beschwerde, welche mehr als 30 Seiten eigene Sachverhaltsschilderungen beinhalten und sich seitenweise auf wörtliche Wiederholungen des im erstinstanzlichen Verfahren Vorgebrachten beschränken, vermögen nicht, sie als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen. Wohl macht der Beschwerdeführer wiederum die Verletzung von Grundrechten geltend, doch kommt er der diesbezüglich erforderlichen qualifizierten Rügepflicht nicht ansatzweise nach. Namentlich setzt er sich mit den im angefochtenen Entscheid überzeugend entkräfteten Vorbringen kaum auseinander. Vielmehr beschränkt er sich weitestgehend darauf, erneut seine Sicht der Dinge darzulegen, was eine unzulässige appellatorische Kritik darstellt, auf die nicht näher einzugehen ist.

4.3 Zusammenfassend hat das kantonale Gericht in willkürfreier und in allen Teilen bundesrechtskonformer Beweiswürdigung festgestellt, dass die Kündigung vom 24. Juli 2012 infolge Nichteinräumung der Bewährungsfrist unzulässig, aber nicht nichtig war.

## 5.

5.1 Mit Entscheid vom 23. Oktober 2017 hat die Vorinstanz sodann in teilweiser Gutheissung der verwaltungsrechtlichen Klage den Kanton Nidwalden verpflichtet, dem Beschwerdeführer Fr. 58'422.– zuzüglich 5% Verzugszins ab 1. September 2012 zu bezahlen.

Das kantonale Gericht hat zunächst dargelegt, der Beschwerdeführer habe infolge der festgestellten Unzulässigkeit der Kündigung Anspruch auf Schadenersatz gemäss Art. 64 Abs. 1 PersG, höchstens aber die Hälfte der bisherigen Jahresbesoldung. Unter Würdigung aller Umstände, namentlich des gesetzwidrigen, rücksichtslosen und in hohem Masse missbräuchlichen Vorgehens bei der Nichteinräumung der gesetzlich vorgesehenen Bewährungsfrist, der Unstimmigkeiten bei den Vorhaltungen gegenüber dem Beschwerdeführer, der sozialen Situation des Gekündigten und der finanziellen Lage der Parteien sowie der Schwierigkeiten der Wiedereingliederung des Beschwerdeführers bzw. der Erschwerung seines beruflichen Fortkommens, erachtete die Vorinstanz es als angemessen, eine Entschädigung im obersten gesetzlich vorgesehenen Bereich der Hälfte der bisherigen Jahresbesoldung zuzusprechen. Bei der Festsetzung des konkreten Betrages ging das kantonale Gericht an sich von einem Monatslohn von Fr. 7'500.– aus, behaftete indessen die Beschwerdegegner bei deren Anerkennung eines massgebenden Monatslohnes in der Höhe von Fr. 8'988.– und ermittelte gestützt darauf einen hälftigen Jahreslohn von Fr. 58'422.– (6.5 x Fr. 8'988.–). Bezüglich des vom Beschwerdeführer im Rahmen der Berechnung des Schadenersatzes neben Inkonvenienzzulagen geltend gemachten Einbezugs von geleisteten Überstunden wies die Vorinstanz sodann auf das Fehlen einer entsprechenden Rechtsgrundlage hin. Sie stellte fest, dass der dem Beschwerdeführer zuzusprechende Schadenersatz rückwirkend auf den 31. August 2012 fällig geworden und der Verzug am 1. September 2012 eingetreten sei, weshalb ab diesem Datum ein Verzugszins von 5% geschuldet sei. Schliesslich legte das kantonale Gericht dar, dass die weiteren Forderungen des Beschwerdeführers in erster Linie wegen des abschliessenden Charakters von Art. 64 Abs. 1 PersG nicht gutgeheissen werden könnten, es diesbezüglich indes ebenfalls an der adäquaten Kausalität fehlen würde.

5.2 Auch die vorinstanzliche Bemessung der infolge unzulässiger Kündigung zuzusprechenden Entschädigung beruht auf einer einlässlichen Würdigung der Sach- und Rechtslage. Wie die Beschwerdegegner zutreffend vorbringen, hat das kantonale Gericht der Entschädigung mit der Festsetzung des Anspruchs auf einen halben Jahreslohn den Höchstansatz gemäss Art. 64 Abs. 1 PersG zu Grunde gelegt. Zudem hat es die Beschwerdegegner zugunsten des Beschwerdeführers auf einem Monatslohn von Fr. 8'988.– behaftet und einen hälftigen Jahreslohn von Fr. 58'422.– ermittelt. Inwiefern dem Beschwerdeführer infolge der unzulässigen Kündigung ein höherer Anspruch zustehen sollte, ist nicht ersichtlich und wird in keiner Weise substantiiert geltend gemacht, zumal sich der Beschwerdeführer nicht ansatzweise mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandersetzt. Bei diesem Ergebnis ist weder auf das Feststellungsbegehren betreffend Kompensation der Ansprüche gegenüber den Sozialversicherungen noch auf den Nachklagevorbehalt einzugehen.

5.3. Zusammenfassend hat es beim angefochtenen Entscheid mithin sein Bewenden.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 9 octobre 2018, Doss.-No 8C\_80/2018 (Admission du recours contre la loi du 17 novembre 2017 modifiant la loi sur le personnel de l'Etat du canton de Fribourg), in: ATF 144 I 306*

**Art. 28 Abs. 4, Art. 36 BV; Art. 27 Abs. 4, Art. 38 KV/FR; abstrakte Kontrolle des Gesetzes vom 17. November 2017 zur Änderung des Gesetzes des Kantons Freiburg vom 17. Oktober 2001 über das Staatspersonal (StPG/FR); Streikverbot für das Pflegepersonal.**

**Anerkennung des Streikrechts und Einschränkungen seiner Ausübung (E. 4.3.1–4.3.3). Entwicklung des Streikrechts im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis auf kantonaler Ebene (E. 4.3.4). Lehre zu den Grenzen des Streikrechts im Bereich der Gesundheitspflege (E. 4.3.5).**

**Prüfung der Massnahme hinsichtlich der Voraussetzungen für Grundrechtseinschränkungen (E. 4.4). Das im neuen Art. 68 Abs. 7 StPG/FR vorgesehene Streikverbot für das Pflegepersonal betrifft die dem StPG/FR unterstellten Beschäftigten der öffentlichen Gesundheitseinrichtungen des Kantons Freiburg in undifferenzierter Weise (E. 4.4.3.2). Die fehlende Beschränkung auf das für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Patienten absolut unverzichtbare Personal ist unverhältnismässig, zumal bereits die rechtmässige Ausübung des Streiks sehr strengen Voraussetzungen unterliegt. Die in den Art. 68 und 68a StPG/FR vorgesehene Regelung bietet hinreichende Garantien, um die für die Bevölkerung unabdingbaren Leistungen im Gesundheitsbereich nicht zu gefährden (E. 4.4.3.3). Die in den parlamentarischen Beratungen für die Massnahme genannten Gründe vermögen einen so schweren Eingriff ins Streikrecht nicht zu rechtfertigen (E. 4.4.3.4).**

**Art. 28 al. 4, art. 36 Cst.; art. 27 al. 4, art. 38 Cst./FR; contrôle abstrait de la loi du 17 novembre 2017 modifiant la loi cantonale fribourgeoise du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers/FR); interdiction du recours à la grève au personnel de soins.**

**Reconnaissance du droit de grève et des restrictions à son exercice (consid. 4.3.1–4.3.3). Evolution du droit de grève dans la fonction publique au niveau cantonal (consid. 4.3.4). Doctrine relative aux limitations du recours à la grève dans le domaine des soins médicaux (consid. 4.3.5).**

**Examen de la mesure sous l'angle des conditions de restrictions des droits fondamentaux (consid. 4.4). L'interdiction du recours à la grève au personnel de soins prévue par le nouvel art. 68 al. 7 LPers/FR frappe de manière indifférenciée les employés, soumis à la LPers/FR, des établissements publics de soins du canton de Fribourg (consid. 4.4.3.2). L'absence de limitation au personnel dont la présence serait absolument indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients est d'autant plus disproportionnée que la licéité du recours à la grève est soumise à des conditions très strictes. Le système**

**instauré par les art. 68 et 68a LPers/FR offre des garanties suffisantes pour ne pas mettre en péril les prestations indispensables à la population dans le domaine de la santé (consid. 4.4.3.3). Les justifications de la mesure lors des débats parlementaires ne sont pas de nature à permettre une atteinte aussi grave au droit de grève (consid. 4.4.3.4).**

Extraits des faits:

A.

A.a Le 11 septembre 2017, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a soumis au Grand Conseil fribourgeois un projet de loi modifiant la loi cantonale du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat (LPers/FR; RSF 122.70.1). Parmi les modifications proposées, le projet prévoyait deux nouvelles dispositions relatives au droit de grève des employés de l'Etat, dont la teneur était la suivante:

«Art. 68 Paix du travail et recours à la grève

<sup>1</sup> Les collaborateurs et collaboratrices, ainsi que l'Etat, respectent la paix du travail.

<sup>2</sup> Sous réserve de l'alinéa 7, la grève est licite aux conditions cumulatives suivantes :

a) elle se rapporte aux relations du travail;

b) elle concerne un conflit collectif;

c) l'organe de conciliation a été saisi et a délivré un acte de non-conciliation;

d) elle est proportionnée au but poursuivi et n'est utilisée qu'en dernier ressort.

<sup>3</sup> A la suite de la délivrance de l'acte de non-conciliation, l'organisation de travailleurs ou travailleuses qui entend faire grève dépose, en temps voulu, un préavis de grève.

<sup>4</sup> Les collaborateurs et collaboratrices qui s'abstiennent de travailler sur la base de l'alinéa 2 ne sont pas rétribués.

<sup>5</sup> En cas d'irrespect des conditions fixées à l'alinéa 2, le Conseil d'Etat prend les mesures appropriées.

<sup>6</sup> Un service minimal est assuré dans les secteurs où un arrêt de travail mettrait en péril, directement ou indirectement, les prestations indispensables à la population. Le Conseil d'Etat détermine les secteurs d'activité et fixe les modalités de service minimal sur le préavis de l'autorité d'engagement.

<sup>7</sup> La grève est interdite pour les catégories de personnel suivantes: policiers et policières, gardiens et gardiennes de prisons [termes remplacés dans un deuxième temps par agents et agentes de détention].

<sup>8</sup> Les Directions et les établissements, pour ces derniers sous réserve du préavis de la Direction de l'Etat dont ils dépendent, peuvent, dans des situations exceptionnelles, restreindre le droit de grève de certaines fonc-



tions et catégories professionnelles, notamment si cela s'avère nécessaire à la sauvegarde de la sécurité publique, de l'ordre, de la santé. Les associations de personnel responsables de la grève sont tenues de coopérer à l'application de telles mesures.

Art. 68a (nouveau) Organe de conciliation et d'arbitrage

<sup>1</sup> L'organe de conciliation est composé de trois membres et de leurs suppléants ou suppléantes nommés pour la durée de la législature par le Tribunal cantonal au début de chaque législature.

<sup>2</sup> Le Tribunal cantonal désigne un ou une juge cantonal-e pour en assurer la présidence. De leur côté, le Conseil d'Etat et les associations de personnel reconnues proposent chacun un représentant ou une représentante.

<sup>3</sup> La désignation et la nomination des suppléants ou suppléantes se fait au cours de la même procédure et selon le même mode.

<sup>4</sup> Dès sa saisie, l'organe de conciliation convoque les parties, à savoir les personnes représentant l'employeur et celles qui représentent les collaborateurs et collaboratrices. Il tente la conciliation aussi longtemps qu'une solution amiable est envisageable. En cas d'échec, il délivre un acte de non-conciliation.

<sup>5</sup> Après le constat de l'échec de la conciliation, les parties peuvent décider, au plus tard dix jours après réception de l'acte de non-conciliation, de soumettre le différend à l'arbitrage des personnes désignées à l'alinéa 1. La sentence arbitrale est définitive et obligatoire pour les parties.

<sup>6</sup> Un règlement, adopté par le Conseil d'Etat, précise les modalités.»

A.b Lors de sa séance du 17 novembre 2017, le Grand Conseil a adopté une version modifiée des dispositions susmentionnées. Par 47 voix contre 44, l'art. 68 al. 7 LPers/FR a été accepté dans la teneur suivante:

«<sup>7</sup> La grève est interdite pour les catégories de personnel suivantes: policiers et policières, agents et agentes de détention et personnel de soins.»

Les modifications touchant l'art. 68a LPers/FR ont consisté pour l'essentiel à donner au Grand Conseil la compétence d'élire l'organe de conciliation plutôt qu'au Tribunal cantonal.

La loi ainsi votée a été publiée au recueil officiel fribourgeois le 8 décembre 2017. A l'issue du délai référendaire, sa promulgation par le Conseil d'Etat le 27 mars 2018 a été publiée au recueil officiel du 30 mars 2018.

B.

Par acte du 23 janvier 2018, A., B. et C. ont formé un recours en matière de droit public contre cette modification législative dont ils demandent l'annulation partielle, en ce sens que les termes «et personnel de soins» de l'art. 68 al. 7 LPers/FR soient supprimés.

Préalablement, ils ont demandé l'attribution de l'effet suspensif à leur recours.

Le Grand Conseil conclut au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité.

C.

Par ordonnance du 11 juillet 2018, la juge instructrice a admis la requête d'effet suspensif.

Le Tribunal fédéral a admis le recours dans la mesure où il était recevable.

Extrait des considérants:

2.

Lorsqu'il doit se prononcer dans le cadre d'un contrôle abstrait de normes, le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue eu égard notamment aux principes découlant du fédéralisme et de la proportionnalité; il n'annule les dispositions cantonales attaquées que si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit invoqué ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il faut tenir compte en particulier de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, et des circonstances dans lesquelles ladite norme sera appliquée (ATF 143 I 137 consid. 2.2 p. 139; ATF 140 V 574 consid. 3 p. 577; ATF 140 I 2 consid. 4 p. 14). Les explications de l'autorité cantonale sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, elle puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait (ATF 143 I 137 et ATF 140 I 2 précités; ATF 134 I 293 consid. 2 p. 295; ATF 130 I 82 consid. 2.1 p. 86).

3.

3.1 Les recourants soutiennent que l'interdiction de grève au personnel de soins viole le droit de grève garanti par les art. 28 Cst., 27 Cst./FR (RS 131.219), 11 CEDH et 8 al. 1 let. d Pacte ONU I (RS 0.103.1), les principes de la légalité et de la proportionnalité (art. 5 Cst. et 4 Cst./FR) ainsi que les conditions posées à l'admissibilité des atteintes aux droits fondamentaux (art. 36 Cst., 38 Cst./FR et 18 CEDH). Ils se plaignent en particulier du fait que la notion de «personnel de soins» ne cible pas des professions spécifiques mais englobe l'ensemble des employés, soumis à la LPers/FR, des établissements publics de soins du canton de Fribourg. Or, selon les recourants, la préservation de la vie et de la santé des patients dépendrait uniquement de l'action d'un cercle restreint de professionnels. En outre, l'adjonction subséquente du personnel de soins à l'interdiction générale serait superfétatoire compte tenu du mécanisme instauré par les al. 6 et

8 de l'art. 68 LPers/FR. Enfin, les recourants soutiennent que l'art. 68 al. 7 LPers/FR viole également le principe d'égalité de traitement (art. 8 Cst., 9 Cst./FR et 14 CEDH), dans la mesure où il ne vise que les employés du secteur public et exclut ceux du secteur privé.

3.2 Dans sa réponse au recours, l'intimé fait valoir que la notion de «personnel de soins» correspond à la catégorie 6 30 («personnel hospitalier») de l'annexe à l'arrêté du 19 novembre 1990 concernant la classification des fonctions du personnel de l'Etat (RSF 122.72.21), pris sur la base de l'art. 17 LPers/FR («Description, évaluation et classification des fonctions – Principe»). Aussi le personnel de soins comprendrait-il les médecins (6 31), les pharmaciens-chimistes (6 32), le personnel soignant (6 33), le personnel médico-technique et thérapeutique (6 34) ainsi que le personnel d'exploitation et d'intendance (6 35).

4.

4.1 Aux termes de l'art. 28 Cst. («Liberté syndicale»), les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non (al. 1); les conflits sont, autant que possible, réglés par la négociation ou la médiation (al. 2); la grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (al. 3); la loi peut interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes (al. 4).

La teneur de l'art. 28 Cst. correspond à celle de l'art. 27 Cst./FR, de sorte que la portée de cette dernière n'apparaît pas plus étendue. Les recourants ne prétendent pas le contraire.

4.2

4.2.1 Sur le plan international, l'art. 8 Pacte ONU I garantit le droit de grève conformément aux lois de chaque pays (al. 1 let. d); il n'empêche pas de soumettre à des restrictions légales l'exercice de ce droit par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique (al. 2). L'art. 11 CEDH («Liberté de réunion et d'association»), également invoqué par les recourants, ne protège pas expressément le droit de grève mais la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que celui-ci représente sans nul doute l'un des plus importants des droits syndicaux (cf. notamment arrêts *Dilek* et autres contre Turquie du 17 juillet 2007, § 68; *Schmidt et Dahlström* contre Suède du 6 février 1976, § 36; pour un rappel des normes de droit international qui protègent la liberté syndicale voir ATF 144 I 50 consid. 4.2 p. 55).

4.2.2 Il y a lieu de relever, d'emblée, que les recourants se réfèrent aux art. 8 Pacte ONU I et à l'art. 11 CEDH sans développer de motivation topique relative à une prétendue violation de ces dispositions conventionnelles. Leur argumentation se confond, à cet égard, avec celle relative aux dispositions constitutionnelles. Partant, le grief tiré de la violation du droit de grève ne sera examiné qu'à l'aune de ces dernières dispositions.

#### 4.3

4.3.1 Sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, qui ne garantissait pas explicitement la liberté syndicale, le Tribunal fédéral avait laissé indécise la question de savoir si le droit de grève était fondé sur un droit constitutionnel non écrit. Il avait toutefois soumis la licéité d'une grève à plusieurs conditions cumulatives (ATF 111 II 245 consid. 4c p. 257 s.). Dans un arrêt rendu après l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale mais avant son entrée en vigueur, le Tribunal fédéral, constatant que le droit suisse ne contenait aucune réglementation explicite du droit de grève, a affirmé l'existence d'une lacune du droit privé et conféré un effet horizontal au droit de grève, reconnaissant formellement l'existence d'un tel droit dans l'ordre juridique suisse (ATF 125 III 277 consid. 2 p. 279 ss.). Enfin, à l'aune de l'art. 28 Cst., le Tribunal fédéral a jugé, compte tenu de la teneur de la disposition constitutionnelle et de la jurisprudence antérieure, que pour qu'une grève soit licite, elle devait se rapporter aux relations de travail, être conforme à l'obligation de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation, respecter le principe de la proportionnalité et être appuyée par une organisation de travailleurs (ATF 132 III 122 consid. 4.4.2 p. 133 s.).

4.3.2 S'agissant plus particulièrement des restrictions à l'exercice du droit de grève, le Tribunal fédéral a considéré dans une affaire concernant des fonctionnaires du canton de Genève, que la grève ne saurait paralyser le service public dans les domaines essentiels que sont, par exemple, le maintien de l'ordre public, la protection des biens et des personnes, la lutte contre le feu ou les soins requis par les malades dans les hôpitaux. Par rapport à l'exigence d'un service minimum prévue par le droit genevois, il a indiqué que le principe de la proportionnalité empêchait que, sous couvert de ce service minimum, la grève soit interdite à des fonctionnaires dont la présence n'était en réalité pas absolument nécessaire (arrêt 2P.328/1992 du 23 mars 1995 consid. 4a, in SJ 1995 p. 681).

4.3.3 Dans son Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, le Conseil fédéral a exposé que le législateur pouvait interdire le recours à la grève à certaines catégories de personnes afin d'assurer un service public minimum. Il a précisé, se référant à la jurisprudence mentionnée au considérant précédent, que toutes les catégories de personnes du service public n'assuraient pas un service essentiel et ne devaient donc pas se voir interdire par principe le recours à la grève. La tendance à la privatisation de certaines tâches étatiques commandait, à l'inverse, de laisser ouverte la possibilité de limiter ou d'interdire le droit de grève aux personnes assurant un service essentiel pour le public, que ces personnes aient le statut d'agent public ou non (FF 1997 I 182 s.).

4.3.4 Traditionnellement, la plupart des cantons interdisaient – explicitement ou non – à leurs fonctionnaires de se mettre en grève (à ce sujet cf. p. ex. MICHÈLE MARTI, *Arbeitskampffreiheit im öffentlichen Dienst*, 2010, p. 23 s.). Depuis l'inscription du droit de grève dans la Constitution

fédérale de 1999, la situation a considérablement évolué; les réformes du statut de fonctionnaire, dans le sens d'un rapprochement avec le droit privé du travail, ont entraîné pour les agents publics la perte de certains avantages mais aussi le renforcement de leurs droits fondamentaux (cf. PETER HÄNNI, *Droit et devoirs des collaborateurs*, *Revue fribourgeoise de jurisprudence* [RFJ] 2004 p. 151 ss; HÉLOÏSE ROSELLO, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, 2016, p. 103 ss; BEL-LANGER/ROY, *Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique suisse*, in *Manuel d'administration publique suisse*, 2013, p. 461 ss). Actuellement, la majorité des lois cantonales sur le personnel de l'Etat ne réglementent pas l'exercice du droit de grève par leurs employés. Pour les autres, mis à part le canton de Nidwald qui interdit encore la grève à ses collaborateurs (cf. Art. 46 des Gesetzes vom 3. Juni 1998 über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis [Personalgesetz, PersG; NG 165.1]), les lois cantonales prévoient (uniquement) la possibilité de supprimer et/ou limiter le droit de grève lorsque son exercice mettrait en péril des prestations indispensables à la population ou, plus généralement, pour maintenir l'ordre public (cf. art. 52 al. 5 de la loi du 12 novembre 2001 sur le personnel de l'Etat de Vaud [LPers-VD; RSV 172.31]; § 20 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Aargau vom 16. Mai 2000 über die Grundzüge des Personalrechts [Personalgesetz, PersG; SAR 165.100]; Art. 67 Abs. 1 des Personalgesetzes des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 24. Oktober 2005 [PG; bGS 142.21]; Art. 33 des Gesetzes des Kantons Schaffhausen vom 3. Mai 2004 über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals [Personalgesetz; SHR 180.100]), certaines citant expressément le domaine de la santé et des soins (cf. art. 59 al. 5 de la loi du canton du Jura du 22 septembre 2010 sur le personnel de l'Etat [RSJU 173.11]; art. 12 al. 2 de la loi du canton de Berne du 16 septembre 2004 sur le personnel [LPers; BSG 153.01]; § 46 des Gesetzes des Kantons Luzern vom 26. Juni 2001 über das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis [Personalgesetz, PG; SRL 51]; Art. 69 Abs. 1 lit. a des Personalgesetzes des Kantons St. Gallen vom 25. Januar 2011 [sGS 143.1]; Art. 45 des Gesetzes vom 14. Juni 2006 über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden [Personalgesetz, PG; BR 170.400]). Autrement dit, sous réserve du cas particulier du canton de Nidwald, aucune loi cantonale sur le personnel de l'Etat ne prévoit d'emblée une interdiction formelle du recours à la grève à son personnel de soins, à la manière de l'acte attaqué dans la présente procédure.

4.3.5 La doctrine reconnaît que l'exercice du droit à la grève peut être limité dans le domaine des soins médicaux (cf., parmi d'autres, RHI-NOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3<sup>e</sup> éd. 2016, p. 642 n. 3372; MARTI, *op. cit.*, p. 177; PASCAL MAHON, in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, 2003, n° 16 ad art. 28 Cst.; SALOME STÄHELIN, *Das Streikrecht in unerlässlichen Diensten*, *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, 2001, vol. 58, p. 128 ss). On ne peut pour autant en déduire que la possibilité d'interdire

le recours à la grève selon l'art. 28 al. 4 Cst. peut frapper de manière indifférenciée l'ensemble du personnel d'un établissement hospitalier (cf. en particulier PATRICIA M. SCHIESS RÜTIMANN, in Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, n° 55 ad art. 28 Cst.; MARTI, op. cit., p. 113 s. et 179 s.; STÄHELIN, op. cit., p. 128 ss; HÄNNI, op. cit., p. 166; ROSELLO, op. cit., p. 106 n. 216), mais elle pourrait, par exemple, interdire la grève aux médecins de garde (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3<sup>e</sup> éd. 2013, vol. II, p. 724 n. 1641).

#### 4.4

4.4.1 Le point de savoir si l'art. 28 al. 4 Cst. permet au législateur cantonal de soumettre le personnel de soins, au sens de l'art. 68 al. 7 LPers/FR, à une interdiction du recours à la grève doit être examiné à la lumière des conditions générales de restrictions des droits fondamentaux, étant précisé que l'art. 36 Cst. et 38 Cst./FR sont de teneur équivalente (arrêt 1C\_439/2012 du 15 janvier 2013 consid. 4.2). Une interdiction de grève à certaines catégories de personnes exige non seulement une base légale formelle (art. 36 al. 1 Cst. en relation avec l'art. 28 al. 4 Cst.), mais doit en outre être justifiée par un intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.) et proportionnée au but visé (al. 3). En particulier, pour être conforme au principe de la proportionnalité (également ancré à l'art. 5 al. 2 Cst.), une mesure restrictive doit être apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), lesquels ne peuvent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); le principe de la proportionnalité interdit en outre toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; ATF 143 I 403 consid. 5.6.3 p. 412 et les arrêts cités).

4.4.2 Initialement, le Conseil d'Etat fribourgeois proposait d'interdire l'exercice du droit de grève aux policiers et agents de détention, considérant qu'il s'agissait de fonctions régaliennes de l'Etat, dont le personnel accomplissait des tâches essentielles et pour lesquelles l'interruption de l'exercice pourrait porter un grave préjudice à la vie, à la santé et à la sécurité de la population, même si un service minimum était mis en place (Message du 11 septembre 2017 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur le personnel de l'Etat, p. 8). En ce qui concernait le personnel de soins, il devait être astreint au service minimum prévu à l'art. 68 al. 6 LPers/FR, le Conseil d'Etat estimant que ce moyen était suffisant pour garantir la sécurité sanitaire de la population et qu'une mesure plus coercitive d'interdiction de faire la grève pour le personnel de soins serait disproportionnée. En outre, si les circonstances le commandaient, l'interdiction pourrait exceptionnellement être élargie, notamment au personnel de soins, sur la base de l'art. 68 al. 8 LPers/FR (cf. bulletin de la session du Grand Conseil fribourgeois du 17 novembre 2017, p. 2345).

#### 4.4.3

4.4.3.1 En l'occurrence, si l'interdiction du recours à la grève au personnel de soins ancrée à l'art. 68 al. 7 LPers/FR repose sur une loi au sens formelle et s'inscrit dans la sauvegarde d'intérêts liés à la santé publique, il convient néanmoins de donner raison au Conseil d'Etat et aux recourants, sous l'angle du principe de la proportionnalité. En effet, l'admissibilité constitutionnelle d'une interdiction légale du droit de grève pour certaines catégories de personnes dépend surtout du point de savoir si ces personnes fournissent des services essentiels sous l'angle de l'intérêt public.

4.4.3.2 En l'espèce, que l'on suive l'argumentation des recourants ou les explications de l'intimé, le cercle des personnes potentiellement visées par l'interdiction faite au personnel de soins s'étend à de multiples et diverses professions, à la différence des autres catégories de personnes mentionnées à l'art. 68 al. 7 LPers/FR, qui se rapportent à des fonctions spécifiques. En admettant que la référence au personnel de soins soit suffisamment précise pour ordonner une restriction aussi grave à l'exercice du droit de grève (exigence de la densité normative: ATF 141 V 688 consid. 4.2.2 p. 692; ATF 138 I 378 consid. 7.2 p. 391 s.), il n'en reste pas moins que la disposition litigieuse ne fait et ne permet aucune distinction selon la nature des activités. Telle qu'elle est formulée, l'interdiction de grève ne se limite pas au personnel dont la présence serait absolument indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients. Or, la possibilité laissée au législateur d'interdire de grève certaines catégories de personnes doit être conçue comme une exception. Force est de constater, en l'espèce, que la mesure étatique va au-delà du but poursuivi par les art. 28 al. 4 Cst. et 27 al. 4 Cst./FR.

4.4.3.3 Qui plus est, une grève licite implique déjà la réalisation de conditions strictes (supra consid. 4.3.1), inhérentes à son exercice (ATF 140 I 257 consid. 5.2.2 p. 264). A cet égard, les art. 68 et 68a LPers/FR requièrent en particulier la délivrance d'un acte de non-conciliation par l'organe compétent et prévoient la possibilité d'une procédure arbitrale. A cela s'ajoute qu'un service minimal doit être assuré dans les secteurs où un arrêt de travail mettrait en péril, même indirectement, les prestations indispensables à la population (art. 68 al. 6 LPers/FR). Enfin, dans le domaine de la santé, des restrictions supplémentaires exceptionnelles peuvent être imposées en cas de nécessité (art. 68 al. 8 LPers/FR). Le système instauré par les art. 68 et 68a LPers/FR prévoit ainsi des garanties qui paraissent suffisantes pour assurer les services essentiels à la sauvegarde de la santé publique. L'adjonction du personnel de soins aux catégories de personnes frappées par l'interdiction de grève ne s'inscrit pas dans la logique de ces dispositions et n'apparaît pas nécessaire.

4.4.3.4 En tout état de cause, la portée et les effets de l'interdiction de grève au personnel de soins ne sont pas dans un rapport raisonnable avec le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public. Les motifs évoqués par les parlementaires lors des débats du 17 novembre 2017 pour

justifier la mesure – comme le devoir de reconnaissance envers l'employeur du fait que le personnel de soins bénéficierait de meilleures prestations que dans les autres cantons ou dans le secteur privé, la garantie d'un service optimal, la possibilité de recevoir des soins «normaux» à un certain moment ou encore la protection du personnel contre les syndicats – ne permettent pas d'aboutir à une autre conclusion. Au demeurant, de tels arguments s'écarterent des motifs légitimes permettant à l'Etat de restreindre les droits fondamentaux selon l'art. 36 Cst. On ne saurait les prendre en compte au titre de l'intérêt public.

4.4.4 Vu les art. 28 Cst. et 27 Cst./FR, les conditions de restriction des droits fondamentaux, l'évolution du droit de grève dans la fonction publique et la jurisprudence en la matière, la réglementation en cause justifie une intervention du juge au stade du contrôle abstrait. L'ajout «et personnel soins» frappe de manière indifférenciée l'ensemble des employés, soumis à la LPers/FR, des établissements publics de soins du canton de Fribourg. L'absence de limitation au personnel dont la présence serait absolument indispensable à la préservation de la vie et de la santé des patients, est d'autant plus disproportionnée que la licéité du recours à la grève est soumise à des conditions très strictes (art. 68 et 68a LPers/FR). Dans le but de garantir un service minimal pour ne pas mettre en péril, même indirectement, les prestations indispensables à la population dans le domaine de la santé, la possibilité de restrictions supplémentaires est prévue par la loi (art. 68 al. 8 LPers/FR). Les justifications lors des débats parlementaires ne permettent pas une autre conclusion. Même à l'aune des explications de l'autorité cantonale, d'un possible contrôle concret ultérieur, la portée de l'atteinte au droit en cause se révèle inconstitutionnelle. Malgré la retenue du Tribunal fédéral face à des dispositions cantonales, il se justifie en l'espèce d'annuler (partiellement) l'art. 68 al. 7 LPers/FR, dès lors qu'il est contraire au droit constitutionnel et ne se prête pas à une interprétation conforme à celui-ci.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 10 octobre 2018, Doss.-No 4A\_78/2018 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 14 décembre 2017)*

**Qualification d'un bonus.** Il résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'il faut distinguer entre les trois cas suivants: le salaire variable, la gratification à laquelle l'employé a droit et la gratification à laquelle il n'a pas droit (c. 4.2). Critères de distinction (c. 4.2–3).

In casu, les bonus – en espèces ou en actions – n'ont pas été promis à l'employé à titre de salaire variable et, vu leur caractère discrétionnaire résultant tant du contrat de travail que du règlement du personnel et du «share plan», et vu les réserves faites lors de chaque versement de bonus, il n'y a pas eu d'accord sur l'existence (sur le prin-



**cipe) d'un droit à une gratification. Contrairement à ce que soutient l'employé, le fait d'avoir perçu durant 4 ans un bonus en espèces et en actions de respectivement 2'000'000, 2'100'000, 1'750'000 et 2'000'000 fr. n'en fait pas un cas de salaire variable déterminé à l'avance, ni un cas de gratification à laquelle il aurait droit (c. 5.3).**

Extraits des faits:

Le 19 février 1998, X. (ci-après: l'employé ou le demandeur), né le 29 janvier 1964, a été engagé par la banque Z1. SA, devenue en 2000 Z2. SA, puis en 2001 Z. SA (ci-après: la banque, l'employeuse ou la défendresse). Selon son contrat de travail, la banque est libre de verser, pendant la durée des rapports de travail, un bonus discrétionnaire, lequel tient compte des performances personnelles, sans que cela constitue une quelconque obligation légale; le montant du bonus est déterminé par la banque, à sa seule et unique discrétion. Le Règlement du personnel prévoit également le caractère facultatif du bonus: celui-ci ne fait pas partie intégrante du salaire et son versement, même régulier, n'implique pas une obligation légale ou un droit acquis pour les années à venir. Selon les clauses relatives au bonus et au plan d'intéressement de la banque, les employés qui quittent la banque avant son versement sont déchus de leurs droits. Il a été constaté que l'employé connaissait la règle selon laquelle le bonus annuel n'était versé que si les rapports de travail n'étaient pas résiliés.

En outre, en ce qui concerne plus particulièrement les bonus sous forme d'actions bloquées de Z. Holdings, ils étaient soumis au plan d'intéressement de la banque, régi par les «... of Z. Share plan 2011», lesquelles prévoient que toute action non libérée détenue par un participant est immédiatement perdue à la date à laquelle il cesse d'être employé du groupe. Cette pénalité ne s'applique toutefois pas aux employés quittant la société avec le statut de «Good Leaver», à savoir les employés victimes d'un licenciement collectif, ceux pour qui le contrat a pris fin pour cause d'invalidité ou encore ceux à qui les responsables de la banque décident d'accorder ce statut.

L'employé a occupé différentes fonctions dans la banque: adjoint à la direction (dès 1999), membre de la direction (dès 2004), managing director (dès 2005) et business sector head (dès 2009); sa supérieure hiérarchique était A.. Dès mars 2011, l'employé a été nommé «Senior Advisor Front»; son supérieur hiérarchique direct était B., responsable du département Private Banking; l'employé disposait d'une liste de clients déterminés et devait assister son supérieur, ainsi que C. et D. dans les différentes activités de la banque. Au cours des années, il a donné pleine satisfaction à son employeuse et obtenu d'excellentes évaluations en fin d'année. Il a ainsi bénéficié d'augmentations de salaire et perçu plusieurs bonus. Lors du versement des bonus, sous forme d'espèces ou d'actions bloquées, l'attention de l'employé a été attirée sur le caractère discrétionnaire de

ces attributions, le versement étant toujours accompagné d'une réserve. Il était au surplus renvoyé aux règles du «share plan», lesquelles prévoient le caractère facultatif du bonus. Ainsi, en 2007, l'employé a perçu son salaire de 425'000 fr., un bonus en espèces de 650'000 fr. et des actions bloquées d'une valeur de 1'350'000 fr., soit au total 2'425'000 fr.; en 2008, un salaire de 425'000 fr., un bonus en espèces de 634'000 fr. et des actions bloquées de 1'466'000 fr., soit au total 2'525'005 fr.; en 2009, un salaire de 425'000 fr., un bonus de 700'000 fr. et des actions bloquées de 1'050'000 fr., soit au total 2'175'000 fr.; en 2010, un salaire de 425'000 fr., un bonus en espèces de 1'000'000 fr. et des actions bloquées de 1'000'000 fr., soit au total 2'425'000 fr.; en 2011, un salaire de 430'807 fr.; les bonus en espèces et en actions ne lui ont pas été versés et sont litigieux.

Avant l'affaire qui a conduit à son licenciement, l'employé avait déjà reçu un courrier d'avertissement de son employeuse du 9 mars 2011 pour violation des directives internes de la banque et avait été informé des graves conséquences qu'aurait une nouvelle violation des normes internes de la banque. L'employé a admis avoir commis les actes qui lui étaient reprochés et s'est excusé, promettant que cela ne se reproduirait pas. Pendant l'année 2010, l'employé a mis en relation deux clients de la banque: M. et N.. Un litige est survenu entre ceux-ci et l'employé a joué un rôle d'intermédiaire entre eux. C'est le comportement de l'employé dans cette affaire qui conduira la banque à le suspendre de son poste le 13 septembre 2011, puis à lui notifier son congé (ordinaire) le 14 novembre 2011 pour le 31 mai 2012, pour cause de perte de confiance. L'employé a contesté le congé le 20 décembre 2011, soit pendant le délai de congé. La banque a refusé de lui verser les bonus en espèces pour les années 2011 et 2012 et les bonus en actions bloquées selon le plan d'intéressement de la banque.

Le 15 mars 2012, l'employé a ouvert action en paiement contre son employeuse et, ensuite de l'échec de la tentative de conciliation, a déposé sa demande devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève le 28 juin 2012, concluant au paiement d'un montant total de 4'048'737 fr. 50. Il réclame 1'215'403 fr. 50 au titre d'indemnité de licenciement abusif, 2'000'000 fr. au titre de bonus pour l'année 2011, 833'334 fr. pour 5/12 du bonus de l'année 2012 et la remise de 497'709 actions bloquées de Z. Holdings. Par jugement du 12 janvier 2017, le tribunal des prud'hommes a rejeté la demande de l'employé.

Statuant le 14 décembre 2017 sur l'appel du demandeur, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice l'a rejeté.

Contre cet arrêt, le demandeur a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 1<sup>er</sup> février 2018.

Extraits des considérants:

3.

En ce qui concerne son licenciement, l'employé recourant le qualifie d'abusif, invoquant, à différents endroits de son recours, deux griefs d'arbitraire en ce qui concerne l'état de fait, un défaut de motivation en violation des art. 29 al. 2 Cst. et 53 CPC et une violation du droit matériel, à savoir de l'art. 336 al. 1 let. c CO. Il réclame à ce titre une indemnité pour licenciement abusif de 1'215'403 fr. 50 (sans intérêts).

3.1

3.1.1 Lorsque le contrat de travail est de durée indéterminée, chaque partie est en principe libre de le résilier (art. 335 al. 1 CO), moyennant le respect du délai et du terme de congé convenus ou légaux. Le droit suisse du contrat de travail repose en effet sur la liberté contractuelle. La résiliation ordinaire du contrat de travail ne suppose pas l'existence d'un motif de résiliation particulier (ATF 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1; 127 III 86 consid. 2a p. 88).

La limite à la liberté contractuelle découle des règles de l'abus de droit (art. 336 CO). La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, lesquelles se rapportent aux motifs indiqués par la partie qui résilie (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.4; 131 III 535 consid. 4.2). L'énumération de l'art. 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées par cette disposition (ATF 136 III 513 *ibidem*; 132 III 115 consid. 2; 131 III 535 consid. 4; arrêts 4A\_485/2016 et 4A\_491/2016 du 28 avril 2017, consid. 2.2.2).

Le congé est abusif, en particulier, lorsqu'il est donné seulement afin d'empêcher la naissance de prétentions juridiques de l'autre partie, résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. c CO). Comme l'application de cette disposition suppose que le congé soit exclusivement dicté par la volonté d'échapper à des prétentions juridiques de l'autre partie, l'existence d'un autre motif de congé, réel, suffit à exclure d'emblée une résiliation abusive (arrêt 4C.388/2006 du 30 janvier 2007 consid. 2).

Il incombe en principe au destinataire de la résiliation d'apporter la preuve d'un motif abusif; le juge peut cependant présumer un abus lorsque le motif avancé par l'employeur semble mensonger et que celui-ci ne parvient pas à en apporter la confirmation (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702/703; 123 III 246 consid. 4b).

Lorsque l'une des parties a résilié abusivement le contrat, l'art. 336a al. 1 et 2 CO autorise l'autre partie à réclamer une indemnité dont le juge fixe librement le montant en tenant compte de toutes les circonstances. En principe, elle ne peut pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur (art. 336a al. 2 CO).

3.1.2 Pour pouvoir examiner si la résiliation ordinaire est abusive ou non (art. 336 CO), il faut déterminer quel est le motif de congé invoqué par la partie qui a résilié (ATF 132 III 115 consid. 2 p. 116; ATF 131 III 535 consid. 4 p. 537; 125 III 70 consid. 2 p. 72). La résiliation est une manifestation de volonté unilatérale, sujette à réception, par laquelle une partie met fin au contrat de travail, soit un acte formateur (ATF 123 III 246 consid. 3).

3.1.3 Le motif de la résiliation relève du fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 s.) et les constatations de l'arrêt attaqué à ce sujet ne peuvent être attaquées que dans la mesure restreinte permise par l'art. 97 al. 1 LTF, à savoir pour arbitraire (art. 9 Cst.) dans les constatations de fait et l'appréciation des preuves.

En revanche, savoir si le motif ainsi établi satisfait aux exigences de l'art. 336 CO relève de l'application du droit, que le Tribunal fédéral revoie librement.

3.2 La cour cantonale a admis qu'il existe en l'espèce plusieurs motifs réels ayant entraîné une perte de confiance de la banque dans son employé, qui l'ont conduite à le licencier, de sorte qu'il est certain que le congé ne lui a pas été signifié dans le seul but de le priver de ses prétentions découlant du contrat de travail, mais qu'il est justement motivé par une perte de confiance. (...)

(...)

3.5 En conclusion, il y a lieu d'admettre, avec la cour cantonale, que le rapport de confiance entre l'employé et son employeuse était rompu. Il est ainsi superflu d'examiner s'il faudrait compléter l'état de fait au sujet d'autres irrégularités de l'employé, que celui-ci n'aurait pas contestées dans la procédure cantonale, comme le demande l'intimée.

4.

La résiliation ordinaire ayant été notifiée le 14 novembre 2011 et prenant effet au 31 mai 2012, il y a lieu d'examiner encore si, comme le recourant le prétend, il aurait droit à son bonus en espèces pour 2011 (2'000'000 fr.), à son bonus en espèces pour cinq mois en 2012 (833'334 fr.) et à son bonus en actions de 492'709 actions pour 2008 à 2012.

4.1 L'employé recourant se plaint à cet égard de déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.), reprochant à la cour cantonale de n'avoir pas traité de son grief selon lequel ces bonus seraient des éléments de son salaire variable.

Or, la cour cantonale n'a pas méconnu «en droit» la possibilité qu'un bonus soit qualifié de salaire variable; elle a expressément retenu en l'occurrence que tant le contrat de travail que le règlement prévoient que les bonus sont discrétionnaires et qu'ils «ne font pas partie intégrante du salaire et que leur versement, même régulier, n'implique pas une obligation et un droit acquis pour les années à venir». Le recourant ne se plaint pas de défaut de motivation de l'arrêt attaqué (art. 53 CPC). Sous couvert de violation de l'art. 29 al. 1 Cst., le recourant reproche en réalité à la cour canto-

nale d'avoir mal compris et mal appliqué la jurisprudence relative aux bonus.

4.2 Le Tribunal fédéral a résumé dans plusieurs arrêts récents l'ensemble de sa jurisprudence relative aux bonus (4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3; 4A\_290/2017 du 12 mars 2018 consid. 4, 4A\_463/2017 du 4 mai 2017 consid. 3; 4A\_513/2017 consid. 5).

Il en résulte qu'il faut bien distinguer entre les trois cas suivants: (1) le salaire – variable –, (2) la gratification à laquelle l'employé a droit et (3) la gratification à laquelle il n'a pas droit. Ce n'est que lorsque l'employé n'a pas de droit à la gratification – cas n° 3 – que la question de la requalification du bonus en salaire, en vertu du principe de l'accessorité lorsque les salaires sont modestes ou moyens et supérieurs, se pose, ce principe étant en revanche inapplicable pour les très hauts revenus.

En l'espèce, le recourant se prévaut du cas n° 1 et soutient que, dans son appel, il exposait déjà que le bonus faisait partie de son salaire; selon lui, c'est à tort que la cour cantonale a retenu le cas n° 3, à savoir une gratification discrétionnaire, à laquelle il n'avait aucun droit.

#### 4.3

4.3.1 On se trouve dans le cas n° 1 lorsqu'un montant (même désigné comme bonus ou gratification) est déterminé ou objectivement déterminable, c'est-à-dire qu'il a été promis par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, et qu'il ne dépend pas de l'appréciation de l'employeur; il doit alors être considéré comme un élément du salaire (variable), que l'employeur est tenu de verser à l'employé (art. 322 s. CO; ATF 141 III 407 consid. 4.1; 136 III 313 consid. 2 p. 317; 129 III 276 consid. 2 p. 278; 109 II 447 consid. 5c p. 448).

4.3.2 En revanche, on se trouve en présence d'une gratification – dans les cas n°s 2 et 3 – lorsque le bonus est indéterminé ou objectivement indéterminable, c'est-à-dire que son versement dépend du bon vouloir de l'employeur et que sa quotité dépend pour l'essentiel de la marge de manœuvre de celui-ci en ce sens qu'elle n'est pas fixée à l'avance et qu'elle dépend de l'appréciation subjective de la prestation du travailleur par l'employeur; le bonus doit alors être qualifié de gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.1 et 4.2 p. 407 s.; 139 III 155 consid. 3.1 p. 157; arrêt 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.1.2).

4.3.2.1 Il y a un droit à la gratification – cas n° 2 – lorsque, par contrat, les parties sont tombées d'accord sur le principe du versement d'un bonus et n'en ont réservé que le montant; il s'agit d'une gratification que l'employeur est tenu de verser (Anspruch auf die Gratifikation), mais il jouit 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; arrêt 4A\_172/2012 du 22 août 2012 consid. 8.2).

De même, lorsqu'au cours des rapports contractuels, un bonus a été versé régulièrement sans réserve de son caractère facultatif pendant au moins trois années consécutives, il est admis qu'en vertu du principe de la confiance, il est convenu par actes concluants (tacitement), que son montant soit toujours identique ou variable: il s'agit donc d'une gratification à laquelle l'employé a droit (Anspruch auf die Gratifikation; ATF 129 III 276 consid. 2.1; 131 III 615 consid. 5.2; arrêt 4A\_172/2012 précité consid. 8.2), l'employeur jouissant d'une certaine liberté dans la fixation de son montant au cas où les montants étaient variables.

Il convient d'ajouter que, dans les deux situations, le travailleur n'a droit, aux termes de l'art. 322d al. 2 CO, à une part proportionnelle de la gratification en cas d'extinction des rapports de travail (avant l'occasion qui y donne lieu) que s'il en a été convenu ainsi, ce qu'il lui incombe de prouver en vertu de l'art. 8 CC.

4.3.2.2 Il n'y a pas de droit à la gratification lorsque, par contrat, les parties ont réservé tant le principe que le montant du bonus; il s'agit alors d'une gratification facultative; le bonus n'est pas convenu et l'employé n'y a pas droit, sous réserve de l'exception découlant de la nature de la gratification (principe de l'accessorité; cf. infra consid. 4.2).

De même, lorsque le bonus a été versé d'année en année avec la réserve de son caractère facultatif, il n'y a en principe pas d'accord tacite: il s'agit d'une gratification qui n'est pas due.

Toutefois, il a été admis par exception que, en dépit de la réserve (sur le principe et sur le montant), un engagement tacite peut se déduire du paiement répété de la gratification pendant des décennies (jahrzehntelang), lorsque l'employeur n'a jamais fait 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 lorsqu'il l'a versée: il s'agit alors d'une gratification à laquelle l'employé a droit (ATF 129 III 276 consid. 2.3 p. 280 s.).

Il en va de même lorsque la réserve du caractère facultatif n'est qu'une formule vide de sens (c'est-à-dire une clause de style sans portée) et qu'en vertu du principe de la confiance, il y a lieu d'admettre que l'employeur montre par son comportement qu'il se sent obligé de verser un bonus (arrêts 4A\_463/2017 déjà cité consid. 3.1.3.2; 4A\_172/2012 déjà cité consid. 8.2).

4.4 La cour cantonale a constaté dans sa partie «En fait» que, par contrat de travail, la banque est libre de verser, pendant la durée des rapports de travail, un bonus discrétionnaire, lequel tient compte des performances personnelles, sans que cela constitue une quelconque obligation légale, que le montant du bonus est déterminé à sa seule et unique discrétion, que, lors de chaque versement, l'attention de l'employé a été attirée sur le caractère discrétionnaire de ces bonus, la banque ayant formulé une réserve et ayant renvoyé aux règles du «share plan», qui prévoient le caractère facultatif des bonus, et que les clauses relatives au bonus et au plan d'intéressement pré-

voient que les employés qui quittent la banque avant le versement sont déchus de leurs droits. Elle a expressément retenu dans sa partie «En droit» que tant le contrat de travail que le règlement prévoient que les bonus sont discrétionnaires et qu'ils «ne font pas partie intégrante du salaire et que leur versement, même régulier, n'implique pas une obligation et un droit acquis pour les années à venir», que le bonus est discrétionnaire, que l'employeuse n'a pas à justifier sa décision, que l'employeuse a expressément réservé le caractère discrétionnaire du bonus lors de chaque versement, ce que l'employé a aussi accepté, et que celui-ci connaissait aussi la règle selon laquelle le bonus annuel n'était versé que si les rapports de travail n'étaient pas résiliés.

4.4.1 A l'appui de sa thèse, le recourant invoque uniquement que dans son appel, il exposait que le bonus faisait partie de son salaire en vertu de l'accord tacite intervenu avec son employeur: «Pour les motifs exposés ci-dessus, en raison de l'accord tacite intervenu entre les parties, le bonus de l'appelant, fixé à environ 2'000'000 fr., pour autant que les objectifs fixés soient atteints, faisait partie de son salaire, nonobstant les formules d'usage utilisées par l'intimée».

Or, le recourant ne remet nullement en question les constatations de la cour cantonale sur le caractère discrétionnaire du bonus prévu par le contrat de travail et le règlement, sur la réserve faite lors de chaque versement de bonus et sur le fait qu'il connaissait la règle que le bonus n'était accordé que si les rapports de travail n'étaient pas résiliés. Or, toutes ces circonstances sont typiques d'une gratification au sens de l'art. 322d CO.

Le recourant ne démontre nullement qu'au vu des constatations de fait, le montant du bonus aurait été déterminé (expressément ou tacitement) par contrat, puisqu'il parle lui-même d'un montant d'environ 2'000'000 fr. Il ne démontre pas non plus que le montant du bonus était objectivement déterminable parce qu'il aurait été fixé sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation. Au contraire, il ne résulte pas des constatations de fait que son contrat définirait de tels critères. Au vu de sa position d'employé soumis à la surveillance d'un supérieur hiérarchique, on voit mal comment il pourrait prétendre à une part déterminée d'avance du bénéfice de la banque. Il s'ensuit que c'est en conformité avec la jurisprudence que la cour cantonale a considéré que son bonus n'était pas déterminé ou objectivement déterminable et l'a qualifié de gratification.

Lorsque, par contrat, le bonus-gratification est réservé dans son principe et son montant, que, lors de chaque versement, l'employeuse formule une réserve, l'employé n'a pas de droit à cette gratification. Par sa simple affirmation «nonobstant les formules d'usage utilisées par l'intimée», le recourant ne démontre pas que seraient réalisées les conditions d'une exception fondant un droit à la gratification (cf. consid. 4.3.2.2 in fine).

Son affirmation selon laquelle les parties auraient convenu tacitement d'un bonus d'environ 2'000'000 fr. pour autant que les objectifs fixés

soient atteints, ne repose sur aucune constatation de fait. Et une telle volonté ne résulte pas du simple fait que, durant plusieurs années, l'employé a perçu des bonus élevés.

5.

En ce qui concerne l'octroi de bonus sous forme d'actions bloquées, le recourant invoque la violation de l'art. 29 al. 1 Cst. Il soutient aussi que c'est arbitrairement que la cour cantonale a retenu que le statut de «good leaver» était réservé aux employés victimes d'un licenciement collectif. Il réclame à ce titre 492'709 actions pour les années 2008 à 2010.

5.1 Le plan d'intéressement comprend les mesures qu'une entreprise prend afin que ses cadres ou collaborateurs puissent se procurer, à intervalles réguliers et sous des modalités spécifiques, des actions de cette entreprise ou des options sur ses actions. Les modalités comportent généralement un délai pendant lequel chaque lot de titres en voie d'acquisition est seulement promis au bénéficiaire du plan, sans que celui-ci puisse en disposer d'aucune manière (période de blocage). Elles comportent aussi une condition suspensive en ce sens qu'à l'expiration du délai de blocage, le bénéficiaire doit encore être au service de l'entreprise ou du groupe auquel celle-ci appartient pour y avoir droit. Si cette condition s'accomplit, le bénéficiaire reçoit alors les titres concernés, ou leur contre-valeur; dans le cas contraire, il est déchu de toute prétention. Aussi longtemps qu'il conserve des positions dans le plan d'intéressement, le bénéficiaire a donc intérêt à poursuivre les rapports de travail et à accomplir ses tâches de façon à accroître la valeur de l'entreprise et de ses actions; il est ainsi attaché à l'entreprise et associé aux objectifs de la direction et des actionnaires (ATF 131 III 615 consid. 3; 130 III 495 consid. 4.1 p. 499 et les références à la doctrine).

5.2 La cour cantonale a retenu «en fait» que l'employé a bénéficié du plan d'intéressement de la banque, que l'employeuse a prévu une période de blocage et qu'en vertu des ... of Z. Share plan 2011, toute action non débloquée est en principe perdue à la date à laquelle l'employé cesse son activité auprès de l'employeuse. Cette pénalité ne s'applique toutefois pas aux employés quittant la société avec le statut de «good leaver», soit les employés victimes d'un licenciement collectif, ceux pour qui le contrat a pris fin pour cause d'invalidité ou encore ceux à qui les responsables de la banque décident d'accorder ce statut.

Le recourant ne formule pas de critiques au sujet de cette constatation de fait. Si l'intimée soutient que c'est le «share plan» 2005 qui s'applique, et non celui de 2011, elle relève toutefois qu'il n'en résulte pas de différence pour le demandeur.

Au vu de ces constatations et du motif qui a justifié le congé donné à l'employé, c'est à tort que la cour cantonale a examiné si l'employé avait fait l'objet d'un licenciement collectif puisque tel n'est manifestement pas le cas. En revanche, comme le cas de l'employé ne peut entrer que dans la dernière catégorie – retenue dans la partie «En fait» – à laquelle les respon-



sables de la banque décident d'accorder ce statut, en vertu d'un pouvoir entièrement discrétionnaire, il ne saurait prétendre à ce statut de «good leaver» dès lors qu'il a été congédié pour perte de confiance.

Il s'ensuit que l'arrêt attaqué peut être confirmé sur ce point par substitution des motifs qui précèdent.

5.3 Lorsque le recourant reproche à la cour cantonale de n'avoir pas traité son grief relatif au caractère obligatoire de la gratification, il reprend en réalité son grief d'un accord tacite sur une rémunération d'environ 2'000'000 fr. Or, comme on l'a vu, les bonus – en espèces ou en actions – n'ont pas été promis à l'employé à titre de salaire variable et, vu leur caractère discrétionnaire résultant tant du contrat de travail que du règlement du personnel et du «share plan», et vu les réserves faites lors de chaque versement de bonus, il n'y a pas eu d'accord sur l'existence (sur le principe) d'un droit à une gratification. Même si l'on pouvait déduire quelque chose du témoignage de Mme A., dans le sens voulu par le recourant, celui-ci ne démontre nullement en quoi les déclarations de celle-ci devraient prévaloir sur les trois autres éléments écrits que sont le contrat de travail, le règlement du personnel et les «...» du «share plan». Contrairement à ce qu'il soutient dans son appel, le fait d'avoir perçu durant 4 ans un bonus en espèces et en actions de respectivement 2'000'000, 2'100'000, 1'750'000 et 2'000'000 fr. n'en fait pas un cas de salaire variable déterminé à l'avance, ni un cas de gratification à laquelle il aurait droit.

Il s'ensuit que son recours doit également être rejeté sur ce point.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 10 octobre 2018, Doss.-No 4A\_105/2018 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II<sup>e</sup> Cour d'appel civil, du 10 janvier 2018)*

**Résiliation pour justes motifs, art. 337 CO; gestes déplacés; propos grossiers et sexistes; fidélité à observer, art. 321a OR.**

**Art. 337 CO.** On ne saurait sous-estimer la gravité du comportement adopté par l'employé qui a tenu, sur son lieu de travail, des propos grossiers à connotation sexuelle à l'égard d'une apprentie (dont il était responsable), en lui demandant de se mettre à quatre pattes et en l'appelant parfois «petite chérie» ou «petite cochonne» en cuisine. Toujours dans ce cadre, il lui donnait également des bisous et lui faisait des caresses sur la joue (c. 4.3.2).

Par ailleurs, les agissements litigieux ont été perpétrés, non par un «simple» employé, mais par un cadre de l'entreprise, sur son lieu de travail. Le comportement de l'intéressé est d'autant plus inadmissible que l'on pouvait en outre attendre de lui, comme responsable de la formation des apprentis et des stagiaires en cuisine, un comportement exemplaire (c. 4.3.2.1).

De plus, l'attitude affichée par l'employé après son licenciement – qui n'a eu de cesse de minimiser ses agissements (en niant leur connotation sexuelle) et qui n'a jamais présenté la moindre excuse à son apprentie – était de nature à entamer encore davantage la confiance de l'employeuse (c. 4.3.2.2).

Enfin, les antécédents de l'employé, le rappel à l'ordre dont il a fait l'objet et la période (trois décennies!) durant laquelle il a, par son attitude importune de caractère sexuel et ses «plaisanteries» déplacées, favorisé un climat de travail hostile au sein de l'entreprise, n'étaient pas de nature à favoriser le pronostic d'un comportement futur irréprochable, ne serait-ce que jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (c. 4.3.2.3).

En conclusion, force est de constater que le comportement de l'employé était particulièrement grave, de sorte que l'employeuse était en droit de considérer que le rapport de confiance avec un cadre de l'entreprise était détruit et de le licencier avec effet immédiat (c. 4.3.3).

Art. 321a al. 1 CO. On rappellera que si le statut élevé de l'employé implique une plus grande sévérité en application de l'art. 337 al. 1 CO, c'est parce que ce statut impose au cadre une fidélité plus grande vis-à-vis de son employeur. Or, le devoir «accru» de fidélité ne s'applique pas exclusivement aux employés (ayant un statut élevé) en contact avec des clients ou ayant des responsabilités en lien avec le patrimoine de l'employeur. Il s'impose aussi aux autres cadres de l'entreprise, notamment, comme c'est le cas en l'espèce, au responsable de la gestion du personnel (lié à l'hôtellerie), qui était également chargé de la formation des apprentis ayant conclu un contrat d'apprentissage avec la société employeuse (c. 4.5).

Extraits des faits:

Du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 2 septembre 2013, Z. (ci-après: l'employé) a d'abord travaillé en qualité de cuisinier, puis (dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001) en tant que chef du secteur hôtelier (à ce titre, il était chargé de former des apprentis et de gérer la préparation des repas) auprès de X. (ci-après: l'employeuse ou la société employeuse). Le 29 janvier 2004, au cours d'une réunion rassemblant l'employé, une membre de la direction de la société employeuse et trois employées, il a été reproché au personnel masculin des cuisines d'adopter des comportements déplacés envers le personnel féminin, ce que l'employé a admis à cette occasion.

Le 1<sup>er</sup> janvier 2005, l'employeuse et l'employé ont signé un avenant au contrat de travail les liant autorisant celui-ci à utiliser l'infrastructure de la cuisine de l'établissement à des fins privées (organisation de banquets et d'autres événements privés) et à affecter les apprentis «à des tâches spéciales» en dehors des heures que ceux-ci devaient consacrer à l'employeuse.

Lors d'un entretien du 28 août 2013, une apprentie (A.) a informé un membre de la direction et la responsable du personnel qu'elle avait été la cible de plusieurs gestes et paroles déplacés de la part de l'employé, qui était son maître d'apprentissage, et ce depuis son engagement en 2010. Elle a également déclaré que le personnel de cuisine travaillait régulièrement pour le compte de l'employé durant les heures de travail. Le lendemain, l'employeuse a mené des entretiens individuels avec divers employés, afin d'obtenir davantage d'informations sur les accusations lancées par l'apprentie. A la suite de l'enquête interne, lors d'un entretien du 2 septembre 2013, l'employé a été licencié avec effet immédiat. A cette occasion, l'employeuse lui a remis un courrier confirmant le renvoi immédiat. Elle lui reproche d'avoir eu, à de nombreuses reprises et sur une longue période, des gestes et des paroles inappropriés et déplacés envers des collaboratrices de l'entreprise (premier motif) et d'avoir utilisé des collaborateurs de la cuisine pour réaliser des banquets privés durant les heures de travail (deuxième motif).

Du 3 septembre 2013 au 31 mars 2014, l'employé a été en incapacité de travail totale, puis partielle. Le 1<sup>er</sup> janvier 2014, l'employé s'est inscrit au chômage et il a perçu de la Caisse publique de chômage des indemnités journalières d'un montant de 31'115 fr.10, pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 juin 2014. Le 1<sup>er</sup> mai 2014, l'employé a commencé à travailler en qualité de chef de cuisine auprès de U.

Le 11 juillet 2004, l'employé a déposé une demande en paiement contre son employeuse devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine. Il a conclu à ce qu'elle lui verse le montant de 66'730 fr.65 à titre de résiliation anticipée des rapports de travail (art. 337c al. 1 CO), sous réserve de la subrogation de la Caisse de chômage, une indemnité de 50'229 fr.20 à titre de licenciement injustifié (art. 337c al. 3 CO) et à ce qu'elle lui remette un certificat de travail. Par déclaration d'intervention du 29 juillet 2004, admise par le Président du Tribunal des prud'hommes le 30 juillet 2014, la Caisse de chômage a indiqué que sa prétention subrogatoire s'élevait à 31'115 fr.10 nets. Par réponse et demande reconventionnelle du 14 novembre 2014, complétées le 23 avril 2015, l'employeuse a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, à ce que sa partie adverse soit condamnée à lui verser un montant de 154'833 fr. correspondant au préjudice (gain manqué) qu'elle avait subi du fait des agissements de son employé. Par réponse sur demande reconventionnelle du 19 janvier 2015, l'employé a conclu au rejet de celle-ci.

Par jugement du 18 janvier 2017, le Tribunal des prud'hommes a partiellement admis la demande de l'employé et rejeté la demande reconventionnelle de l'employeuse. Il a condamné celle-ci à payer le montant de 31'315 fr.10 à la Caisse de chômage et à verser à l'employé la somme brute de 66'727 fr.80 (licenciement anticipé), sous déduction du montant versé à la Caisse de chômage, ainsi qu'une indemnité nette de 16'766 fr. (licenciement injustifié). Par arrêt du 10 janvier 2018, la II<sup>e</sup> Cour d'appel

civil du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté l'appel formé par la défenderesse et confirmé le jugement du Tribunal des prud'hommes.

La défenderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 10 janvier 2018.

Extraits des considérants:

2.

Se prononçant sur le licenciement notifié à l'employé le 2 septembre 2013, la cour cantonale a considéré que la liste des accusations de l'apprentie comportait des éléments fondés, en particulier le fait que l'intéressé a tenu, sur son lieu de travail, des propos grossiers à connotation sexuelle à l'égard de l'apprentie (dont il était responsable), en lui demandant de se mettre à quatre pattes et en l'appelant parfois «petite chérie» ou «petite cochonne» en cuisine et, toujours dans ce cadre, qu'il lui donnait également des bisous et lui faisait des caresses sur la joue. La cour précédente a toutefois jugé que ces éléments ne suffisaient pas à justifier un licenciement abrupt. Elle a ajouté que, même si l'on tenait compte des autres agissements inadéquats allégués par l'apprentie (qui, de l'avis de la cour cantonale, faisaient ressortir le caractère systématique des agissements à connotation sexuelle de l'employé), qui n'ont pas été instruits par les premiers juges, il fallait néanmoins prendre en compte que l'employé avait passé trente ans au service de l'employeuse sans poser de problème majeur, que son délai de congé était de trois mois (la cour cantonale sous-entendant la brièveté d'un tel délai) et, surtout, qu'il n'était pas exclu qu'un avertissement aurait dissuadé l'employé de poursuivre ses agissements importuns, ce qui ne permettrait pas de retenir le caractère justifié du licenciement immédiat.

S'agissant de l'utilisation sans droit du personnel de l'intimée, la cour cantonale a retenu que l'employé avait sciemment utilisé ses subordonnés pour son propre compte, qu'il n'a toutefois jamais tenté de dissimuler son comportement, que l'employeuse n'a opéré aucun contrôle à cet égard et qu'on peut admettre que l'employé aurait cessé ce type d'activités s'il avait été remis à l'ordre par la direction. En conséquence, elle a jugé que le comportement de l'employé était impropre à entraîner la perte du rapport de confiance entre les parties et, partant, à fonder le licenciement immédiat.

La cour cantonale a estimé que, même pris conjointement, les deux motifs de résiliation ne suffisaient pas à justifier la résiliation immédiate.

S'agissant du montant de l'indemnité pour licenciement injustifié (cf. art. 337c al. 3 CO), la cour cantonale a confirmé l'appréciation effectuée par les premiers juges, qui avaient retenu un montant correspondant à deux mois de salaire (16'766 fr.10). Elle a également entériné la décision de première instance s'agissant du montant dû à titre de licenciement anticipé (66'727 fr. 80 sous déduction du montant de 31'115 fr.10 à verser à la

Caisse publique de chômage). Enfin, se prononçant sur la demande reconventionnelle, elle a considéré que la société employeuse n'avait pas apporté la preuve d'un dommage qui aurait été causé par les agissements du demandeur.

3.

La question litigieuse a trait au licenciement notifié le 2 septembre 2013. Il n'est pas contesté que celui-ci s'est produit sans avertissement préalable, que la notification du 2 septembre 2013 mentionnait clairement le licenciement immédiat ainsi que ses motifs et que, en tenant compte de la nécessité de conduire une enquête à l'interne, l'employeuse a agi sans tarder dès qu'elle a eu connaissance du motif de licenciement.

Il s'agit donc exclusivement de savoir si l'un des deux motifs (ou les deux conjointement) évoqués par l'employeuse permettaient de justifier la résiliation immédiate. Le (premier) motif lié au comportement inadéquat du demandeur envers le personnel féminin sera examiné dans un premier temps.

3.1 L'employeur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (art. 337 al. 1 CO). Sont notamment considérés comme de justes motifs, toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour «justes motifs» est une mesure exceptionnelle qui doit être admise de manière restrictive (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304). Seul un manquement particulièrement grave de l'employé peut justifier une telle mesure (ATF 142 III 579 consid. 4.2). Par manquement, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une telle mesure (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304 s.; 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Ce manquement doit être objectivement propre à détruire le rapport de confiance essentiel au contrat de travail ou, du moins, à l'atteindre si profondément que la continuation des rapports de travail ne peut raisonnablement pas être exigée; de surcroît, il doit avoir effectivement abouti à un tel résultat (cf. arrêt 4A\_124/2017 du 31 janvier 2018 consid. 3.1 et les références citées, publié in SJ 2018 I p. 318). En matière de harcèlement au travail, le rapport de confiance est en principe considéré comme détruit (ou atteint profondément) lorsque le harceleur est un cadre avec une position dominante ou avec une certaine influence dans l'entreprise (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 577; cf. arrêt 4A\_480/2009 du 11 décembre 2009 consid. 6.2; cf. encore infra consid. 3.2 sur les exigences accrues imposées aux cadres).

Lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2; 130 III 213 consid. 3.1 p. 220 s.). L'employeur peut

toutefois s'en abstenir lorsqu'il ressort de l'attitude de l'employé qu'une telle démarche serait inutile (ATF 127 III 153 consid. 1b p. 155 ss), ce qui est le cas lorsque le travailleur persiste dans son attitude hostile et que celle-ci ne permet pas d'envisager un quelconque amendement ou une prise de conscience de sa part, l'employé continuant en particulier à minimiser les faits en dénigrant sa victime (arrêt 8C\_422/2013 du 9 avril 2014 consid. 8.2).

3.2 Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO); il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Savoir si le comportement incriminé atteint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (ATF 142 III 579 consid. 4.2 p. 580 et les arrêts cités).

3.2.1 Dans son appréciation, le juge doit notamment tenir compte de la position du travailleur au sein de l'entreprise, du type et de la durée des rapports contractuels, de la nature et de l'importance des manquements (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 305; 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354). La position de l'employé, sa fonction et les responsabilités qui lui sont confiées peuvent entraîner un accroissement des exigences quant à sa rigueur et à sa loyauté; cela peut valoir pour un cadre comme pour une caissière de supermarché (cf. ATF 130 III 28 consid. 4.1; 108 II 444 consid. 2b; arrêts 4A\_177/2017 du 22 juin 2017 consid. 2.3; 4C.51/2006 du 27 juin 2006 consid. 2.2.3).

Le juge tiendra également compte du temps restant jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat (ATF 142 III 579 consid. 4.2 p. 579 s.). A cet égard, l'importance du manquement doit être d'autant plus grande que ce laps de temps est court; une réserve est ainsi de mise lorsque le congé immédiat est notifié dans le temps d'essai – qui se caractérise par la brièveté du délai de congé – ou après qu'un congé ordinaire soit communiqué, avant l'échéance du contrat (arrêts 4A\_287/2017 du 13 octobre 2017 consid. 4.1; 4A\_625/2016 du 9 mars 2017 consid. 3.2; 4C.95/2004 du 28 juin 2004 consid. 2).

3.2.2 Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'appréciation prise en dernière instance cantonale. Il n'intervient que lorsque l'autorité précédente s'est écartée sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, lorsqu'elle s'est appuyée sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle ou, à l'inverse, a méconnu des 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 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 305; 130 III 213 consid. 3.1 p. 220).

3.3 S'agissant plus spécifiquement de l'existence d'un environnement de travail hostile, il a déjà été jugé que le fait que la société employeuse n'ait pas pris les mesures pourtant commandées par les circonstances, en application de l'art. 328 CO et des dispositions de la LEG (RS

151.1) (le devoir de protection de l'employeuse n'étant pas discuté dans la présente procédure), ne l'empêche pas de prononcer un licenciement immédiat si les circonstances de l'espèce le justifient (ATF 127 III 351 consid. 4b/dd p. 355 s.; cf. arrêt 4C.289/2006 du 5 février 2007 consid. 3.2).

Le fait qu'une collaboratrice ait aussi eu recours à un vocabulaire grivois ne saurait justifier l'admission par l'employeur de remarques sexistes, grossières ou embarrassantes, en particulier de la part d'un supérieur hiérarchique, dont le comportement peut déteindre sur celui de ses subordonnés (ATF 126 III 395 consid. 7c et d).

On ne peut pas non plus admettre, du simple fait qu'une employée (sommelière) ait choisi de travailler dans un bistrot de quartier, qu'elle aurait par là-même acquiescé à être confrontée à des atteintes injurieuses de la part de son patron à son égard (arrêt 4C.187/2000 du 6 avril 2001 consid. 5). On ne saurait donc pas non plus, étant donné le rapport de subordination résultant du contrat de travail, inférer un acquiescement (consentement) tacite d'une collaboratrice victime de remarques déplacées à connotation sexuelle (sur son lieu de travail) du seul fait qu'elle n'a exprimé aucune plainte.

Il est toutefois difficile d'établir un catalogue de comportements susceptibles de justifier un congé immédiat. De manière générale, les éventuelles comparaisons avec des décisions judiciaires rendues dans des causes que les parties tiennent pour similaires à la leur doivent être appréciées avec circonspection. En effet, pour déterminer le caractère justifié (ou injustifié) d'une résiliation immédiate, il convient d'examiner l'ensemble des circonstances et une large place est laissée à l'appréciation du juge, de sorte qu'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du dossier, sorti de son contexte, n'est pas significatif (cf. arrêt 4A\_404/2014 du 17 décembre 2014 consid. 4.1 et l'arrêt cité).

#### 4.

C'est le lieu d'examiner si les juges cantonaux ont outrepassé leur pouvoir d'appréciation en excluant que le licenciement repose sur un juste motif, étant entendu que le motif du congé réside dans le comportement adopté par le demandeur vis-à-vis de son apprentie, qui a été porté à la connaissance de la société employeuse le 28 août 2013, a donné lieu à une enquête interne et a abouti au licenciement de l'employé le 2 septembre 2013.

Plusieurs passages de l'arrêt cantonal se révèlent ambigus à ce sujet, ce qui complique le contrôle, par la Cour de céans, de l'appréciation effectuée par les juges précédents.

4.1 On peut toutefois observer que c'est en se plaçant, au terme de son raisonnement, dans une perspective étrangère à celle que sous-tend l'art. 337 CO que la cour cantonale a, d'une part, écarté d'un revers de main plusieurs faits pourtant allégués par l'employeuse (prétendus agissements du demandeur au détriment de l'apprentie: pincements et mains sur ses fesses et sur ses hanches, morsures dans son cou, application de spatules chaudes sur sa peau, indications de se mettre sous le bureau, proposi-

tions de voyage pour tester leur compatibilité sexuelle) et, d'autre part, qu'elle a refusé d'admettre, sur la base des agissements inappropriés du demandeur établis au terme de l'enquête interne de l'entreprise, le caractère justifié du licenciement immédiat. Au lieu de trancher la question du caractère justifié (ou injustifié) du licenciement immédiat en fonction du (seul) critère déterminant (l'existence – ou l'absence – d'un manquement particulièrement grave), l'autorité précédente s'est principalement interrogée sur la capacité de l'employé à se conformer à un avertissement, érigeant celui-ci en un critère décisif alors qu'il ne joue un rôle qu'en cas de manquement moins grave (cf. supra consid. 3.1 dernier par.).

4.2 Force est également de constater que l'autorité précédente a nié toute justification au licenciement immédiat en s'appuyant à plusieurs reprises sur des faits qui, en réalité, ne jouaient aucun rôle déterminant, ou parfois même sur des éléments de fait qui auraient dû l'inciter à retenir une conclusion inverse.

4.2.1 La cour cantonale attribue ainsi un poids particulier au «contexte» dans lequel s'inscrivent les actes du demandeur, relevant que l'ambiance – qu'elle qualifie de «familiale» (!) – ne semblait pas déranger les collaborateurs (à l'exception toutefois d'une collaboratrice) et que l'attitude de l'apprentie, qui n'avait pas déposé plainte, dénotait un «certain acquiescement» vis-à-vis du comportement du demandeur.

On ne saurait suivre le raisonnement de la cour cantonale, qui a pour effet de relativiser la gravité du comportement du demandeur. D'une part, en jugeant «familiale» une ambiance résultant d'actes commis par l'employé (notamment des «blagues salaces») qu'elle venait pourtant de qualifier d'intolérables («pas tolérables»), la cour cantonale finit par légitimer (au moins partiellement) un comportement conjuguant des paroles et des actes portant clairement atteinte à la dignité des employées et qui rentrent dans la définition du harcèlement sexuel prévu à l'art. 4 LEg (ATF 126 III 395 consid. 7 p. 396 ss). D'autre part, la cour cantonale fait peu de cas de l'ancienne collaboratrice qui s'était effectivement plainte de ce comportement à l'époque et elle admet à la légère un consentement; il convenait en outre de traiter cette question avec une grande prudence, étant donné la relation de subordination qui existait alors entre l'apprentie et son supérieur hiérarchique, qui était par ailleurs son maître d'apprentissage.

4.2.2 De même, la cour cantonale entreprend un raisonnement curieux lorsqu'elle affirme que, le demandeur ayant déjà fait l'objet d'un rappel à l'ordre de la direction pour la commission d'actes à connotation sexuelle (le 29 janvier 2004), l'apprentie aurait dû «être plus vigilante» et signifier immédiatement au demandeur de stopper ses agissements, «pour ne pas leur laisser prendre de l'ampleur», ce «qu'elle n'a en l'espèce pas fait».

On ne voit pas en quoi le rappel à l'ordre de 2004 aurait dû conduire l'apprentie à plus de vigilance et il est choquant d'insinuer que celle-ci serait (au moins en partie) responsable de l'ampleur actuelle des agissements



du demandeur, alors même qu'il est établi que le comportement inadéquat de l'intéressé était connu et que l'employeuse devait être particulièrement attentive à la situation, son devoir de protéger la personnalité de ses employés (art. 328 al. 1 CO) impliquant également de veiller à ce que ceux-ci ne soient pas harcelés sexuellement.

4.2.3 La cour cantonale ignore d'autres agissements pourtant allégués par l'apprentie (pour leur énumération, cf. supra consid. 4.1) au motif qu'ils ne seraient pas davantage propres à remettre en question l'appréciation des premiers juges. Selon elle, si ces actes sont tout aussi graves que ceux retenus par l'instance précédente, ils ne «constituent en définitive que le prolongement des manifestations du caractère [du demandeur]» et n'ont «pas directement confronté [l'apprentie] à la chose sexuelle, mais se sont limités à mettre en exergue dite chose sexuelle en sa présence et à son égard».

Cela étant, la cour cantonale, pourtant censée déterminer la gravité du manquement de l'employé, enlève d'emblée toute pertinence à une catégorie d'actes (ceux qui n'ont pas directement [physiquement] confronté l'apprentie à la chose sexuelle) en affirmant – de manière elliptique – que ces actes ne font «que» révéler le caractère du demandeur (sans que l'on comprenne vraiment la conclusion qu'il convient d'en tirer).

Quant à l'absence de plainte pénale déposée contre le demandeur par l'apprentie, qui est mise en évidence par la cour cantonale, elle ne joue ici aucun rôle (cf. ATF 127 III 351 consid. 4b/dd p. 356 s.).

4.3 Les irrégularités qui viennent d'être évoquées sont telles qu'elles justifient que le Tribunal fédéral écarte l'appréciation effectuée par la cour cantonale en violation de l'art. 337 CO et qu'il reprenne l'examen de la cause à la lumière des règles rappelées plus haut (cf. supra consid. 3).

4.3.1 A titre liminaire et pour fixer le cadre du débat, il est utile d'observer, s'agissant des antécédents du demandeur, qu'il était «pour ainsi dire de notoriété publique et connu de tous depuis des décennies» que ses agissements avait révélé «son côté vulgaire et porté sur le sexe», le demandeur se distinguant par des remarques déplacées, des plaisanteries salaces et des contacts physiques ambigus à l'endroit de ses collaboratrices; une (ancienne) collaboratrice avait alors réagi et demandé à l'intéressé de changer sa manière d'être; celui-ci avait été rappelé à l'ordre par sa direction «pour la commission d'actes à connotation sexuelle», mais aucun avertissement avec menace de congé immédiat ne lui a jamais été adressé.

Même si l'arrêt attaqué contient des constatations contradictoires à ce sujet, on comprend que l'ancienne direction (à l'origine de la réunion du 29 janvier 2004) avait connaissance des agissements déplacés du demandeur et que, si la direction en place au moment du licenciement ne connaissait pas «le détail des agissements» du demandeur, cette ignorance lui est au moins partiellement imputable, ce qui indique qu'elle aurait dû, elle aussi, connaître les attitudes du demandeur. Le fait que l'employeuse n'ait pris aucune mesure pour protéger la personnalité des employées pousserait

dès lors en principe à s'interroger sur le respect, par l'employeuse, des obligations qui lui sont imposées par l'art. 328 CO. Cette question peut toutefois rester ouverte en l'espèce puisque, selon la jurisprudence (cf. consid. 3.3 premier par.), le fait que l'employeuse ait, dans le passé, fermé les yeux sur certaines atteintes à la personnalité de ses collaboratrices ne doit en aucun cas l'empêcher de notifier un licenciement immédiat si un juste motif peut être discerné dans les circonstances de l'espèce. C'est donc en vain que l'intimé soutient, de manière générale, que l'employeuse connaissait ou aurait dû connaître depuis longtemps son comportement envers le personnel féminin et qu'elle ne pouvait plus procéder à un licenciement immédiat au moment de découvrir les agissements du demandeur envers l'apprentie.

4.3.2 S'agissant plus spécifiquement des agissements du demandeur au détriment de l'apprentie, on ne saurait, sur la base des faits établis par la cour cantonale, sous-estimer la gravité du comportement adopté par le demandeur qui a tenu, sur son lieu de travail, des propos grossiers à connotation sexuelle à l'égard d'une apprentie (dont il était responsable), en lui demandant de se mettre à quatre pattes et en l'appelant parfois «petite chérie» ou «petite cochonne» en cuisine. Toujours dans ce cadre, il lui donnait également des bisous et lui faisait des caresses sur la joue.

4.3.2.1 Les agissements (propos grossiers et sexistes, gestes déplacés) ont été perpétrés, non par un «simple» employé, mais par un cadre de l'entreprise (responsable de la gestion du personnel), sur son lieu de travail. Le comportement de l'intéressé est d'autant plus inadmissible que l'on pouvait en outre attendre de lui, comme responsable de la formation des apprentis et des stagiaires en cuisine, un «comportement exemplaire» (cf. aussi l'art. 45 al. 2 de la loi fédérale sur la formation professionnelle [LFP; RS 412.10] et l'art. 11 al. 1 OFPr qui prévoit le retrait de l'autorisation de former si le formateur contrevient à ses obligations). Or, le demandeur a abusé de ses prérogatives pour se permettre des attitudes déplacées vis-à-vis de son apprentie, de sorte qu'il s'agit d'un manquement suffisamment grave pour entamer la confiance de l'employeuse.

4.3.2.2 L'attitude affichée par le demandeur après son licenciement – qui n'a eu de cesse de minimiser ses agissements (en niant leur connotation sexuelle) et qui n'a jamais présenté la moindre excuse à son apprentie – était de nature à entamer encore davantage la confiance de l'employeuse.

4.3.2.3 Enfin, on observera que, pour la période antérieure à celle qui couvre les agissements de l'intéressé envers l'apprentie, celui-là ne peut se targuer d'avoir adopté un comportement exemplaire (cf. supra consid. 4.3.1 1<sup>er</sup> par.). Ses antécédents peuvent être pris en compte en tant qu'ils indiquent que le comportement inadéquat aujourd'hui reproché à l'employé est loin d'être un épisode isolé ou un simple «écart de conduite» au milieu d'un parcours sans tache. Les antécédents de l'employé, le rappel à l'ordre dont il a fait l'objet (qu'il a manifestement fini par ignorer) et la période (trois décennies!) durant laquelle il a, par son attitude importune de carac-

rière sexuelle et ses «plaisanteries» déplacées, favorisé un climat de travail hostile au sein de l'entreprise, n'étaient pas de nature à favoriser le pronostic d'un comportement futur irréprochable, ne serait-ce que jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat.

4.3.3 Dans ces circonstances, force est de constater que le comportement du demandeur, qui a conduit aux entretiens individuels menés par l'employeuse le 29 août 2013, puis, au terme de l'enquête interne, au licenciement du 2 septembre 2013, était particulièrement grave, de sorte que l'employeuse était en droit de considérer que le rapport de confiance avec un cadre de l'entreprise – chef du secteur hôtelier et maître d'apprentissage (formateur) – était détruit et de le licencier avec effet immédiat.

4.4 Les trois arguments principaux évoqués par la cour cantonale (dans le cadre d'un raisonnement tenu principalement en application du «critère» – erroné – de l'avertissement) qui plaideraient pour un renvoi immédiat injustifié ne permettent pas d'aboutir à une conclusion différente.

Premièrement, le fait qu'il ne soit plus nécessaire de protéger spécialement l'apprentie des agissements du demandeur (celle-là ayant terminé son apprentissage et allant quitter sa place de travail) n'est pas déterminant. Si cet argument peut, selon les circonstances, se révéler pertinent lorsqu'il s'agit de fixer les mesures qui incombent à l'employeur en exécution de son devoir de protection (cf. art. 328 CO) (cette question n'ayant pas à être traitée en l'espèce), il ne joue aucun rôle lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 337 CO. Dans cette dernière perspective, il convient de déterminer si le manquement de l'employé a eu pour conséquence de détruire le rapport de confiance existant avec l'employeuse; partant, il implique un examen des agissements de l'employé et l'éventuel départ de l'apprentie dans l'intervalle ne joue aucun rôle.

Deuxièmement, le fait que le demandeur travaillait depuis près de trente ans auprès de l'employeuse, qui était satisfaite de la qualité de son travail, n'est à lui seul pas décisif. Si la durée de la relation contractuelle peut, selon les circonstances, plaider en faveur de l'employé, elle ne saurait être interprétée en ce sens lorsque, comme cela est le cas en l'espèce, il est établi que le travailleur a généré une ambiance malsaine.

Troisièmement, le raisonnement de la cour cantonale selon lequel le terme n'était «pas particulièrement éloigné» (ce qui justifierait d'autant plus d'exiger de l'employeuse qu'elle prononce un licenciement ordinaire) ne convainc pas. Le délai de congé (ordinaire) de trois mois ne saurait d'emblée conduire (comme le suggère la cour cantonale) à qualifier le terme de «proche», comme on pourrait notamment le faire lorsque le congé immédiat est notifié durant le temps d'essai (qui présuppose un bref délai de résiliation). A noter d'ailleurs que le délai de congé de trois mois correspond au délai le plus long prévu par le législateur à l'art. 335c al. 1 CO.

4.5 Enfin, contrairement à ce que pense l'intimé, la comparaison avec la situation examinée dans l'arrêt 4A\_251/2009 du 29 juin 2009 ne conduit pas à retenir, dans les circonstances de l'espèce, le caractère injus-

tifié du licenciement immédiat. Force est de constater que la comparaison, qui implique une analyse circonspecte (cf. supra consid. 3.3 dernier par.), tombe à faux, le précédent évoqué par l'intimé portant sur des événements qui se sont déroulés en dehors du cadre professionnel, avec des collaboratrices qui avaient affiché une attitude «pour le moins équivoque» et qui étaient «pour l'essentiel consentantes» (arrêt précité consid. 2.2).

Quant à l'arrêt 4C.100/2004 du 24 juin 2004 auquel se réfère également l'intimé, il vise le cas – différent – d'actes de harcèlement sexuel qui existaient déjà au moment de la déclaration de licenciement, mais qui n'ont été invoqués par l'employeur que postérieurement à celle-ci. Dans cette situation particulière, le Tribunal fédéral a retenu que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître le comportement de l'employé avant la déclaration de résiliation et que, n'ayant pas agi à ce moment-là, il ne pouvait invoquer a posteriori ce comportement pour justifier le licenciement immédiat (arrêt précité consid. 3.2.2).

Enfin, c'est en vain que l'intimé tente de démontrer que sa fonction élevée n'impliquerait une plus grande sévérité à son égard (au moment d'examiner le caractère justifié du licenciement abrupt) qu'à la condition que cette fonction le mette en contact direct avec la clientèle, qu'elle lui permette d'encaisser directement des clients les créances de son employeur ou que l'employé soit chargé du décompte des caisses. On rappellera à l'intimé que si le statut élevé de l'employé implique une plus grande sévérité en application de l'art. 337 al. 1 CO, c'est parce que ce statut impose au cadre une fidélité plus grande vis-à-vis de son employeur (cf. art. 321a al. 1 CO). Or, le devoir «accru» de fidélité ne s'applique pas exclusivement aux employés (ayant un statut élevé) en contact avec des clients ou ayant des responsabilités en lien avec le patrimoine de l'employeur. Il s'impose aussi aux autres cadres de l'entreprise, notamment, comme c'est le cas en l'espèce, au responsable de la gestion du personnel (lié à l'hôtellerie), qui était également chargé de la formation des apprentis ayant conclu un contrat d'apprentissage avec la société employeuse (formatrice).

4.6 En conclusion, il convient de reconnaître, pour le motif lié aux agissements déplacés (gestes inadéquats et propos grossiers et sexistes) du demandeur, le caractère justifié du licenciement immédiat prononcé le 2 septembre 2013 par l'employeuse.

Il est donc superflu d'examiner si le licenciement immédiat se justifie également pour le deuxième motif évoqué par la cour cantonale, qui a trait à l'utilisation sans droit, par le demandeur, du personnel de l'employeuse.

De même, il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens soulevés par la recourante, notamment la violation de son droit d'être entendue (art. 29 al. 2 Cst.) (sous la forme du droit d'obtenir une décision motivée) et l'établissement arbitraire des faits (art. 9 Cst.).

Le recours est dès lors fondé en tant qu'il concerne la justification du licenciement immédiat.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 23 octobre 2018, Doss.-No 4A\_13/2018 et 4A\_17/2018 (Rejet du recours en matière civile dans la cause 4A\_13/2018 interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 21 novembre 2017; le recours de l'employeuse dans la cause 4A\_17/2017 est partiellement admis)*

**Convention de résiliation du contrat de travail ou transaction sur la fin des rapports de travail; concessions équivalentes, art. 341 al. 1 CO.** L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord (convention de résiliation; *Aufhebungsvertrag*), les parties empêchant ainsi la naissance de nouvelles prétentions. Si toutefois leur convention emporte renonciation du travailleur à des prétentions (existantes) de droit impératif, un tel accord n'est valable que sous la forme d'une véritable transaction, comprenant des concessions d'importance comparable de la part de chaque partie. En passant une convention de résiliation, le travailleur perd ses droits à la protection contre les licenciements (art. 336 ss CO); en particulier, l'art. 336c CO ne s'applique plus (c. 4.1.1).

L'art. 341 al. 1 CO ne fait pas non plus obstacle à une transaction (*Vergleich*) sur les modalités de la fin des rapports de travail, à condition qu'il y ait une équivalence appropriée des concessions réciproques, c'est-à-dire que les prétentions auxquelles chaque partie renonce soient de valeur comparable. La transaction ne visant que les modalités de la fin des rapports de travail (et non en soi la résiliation du rapport contractuel), les dispositions légales relatives à la protection contre les congés (art. 336 ss CO, en particulier l'art. 336c CO) ne sont pas concernées et les parties y restent soumises (c. 4.1.2).

Ces deux accords se distinguent en ce sens que la convention de résiliation vise à empêcher la naissance de nouvelles prétentions, tandis que la transaction (régissant les modalités de la fin des rapports de travail) implique la renonciation à des prétentions existantes. Dès lors, si les parties entendaient exclure la protection conférée au travailleur par les art. 336 ss CO, l'accord sera qualifié de convention de résiliation; dans la situation inverse, l'accord sera qualifié de transaction (c. 4.1.3).

Lorsqu'il vérifie si la convention de résiliation respecte l'art. 341 al. 1 CO, le tribunal doit s'assurer que la renonciation du travailleur soit compensée par une prestation comparable de l'employeur. Comme la transaction a pour but de résoudre une situation incertaine et litigieuse, il ne faut pas poser des exigences trop strictes pour admettre sa validité; il est suffisamment tenu compte du besoin de protection du travailleur si la transaction conduit à un règlement équitable de la situation (c. 5.2.1).

## Extraits des faits:

X. Sàrl (ci-après: X. ou l'employeuse ou la défenderesse), dont le siège est à Genève, est une société active dans le négoce de marchandises, notamment de matières premières, ainsi que de fret et de leurs dérivés. A. (ci-après: l'employé ou le demandeur) a été engagé comme trader en pétrole par X. le 3 septembre 2010, pour un salaire fixe de 300'000 fr. par an.

Le contrat de travail prévoit le versement d'un bonus discrétionnaire en ces termes: «L'employé n'a pas de droit contractuel à un bonus mais peut recevoir un tel montant, au moment et aux conditions déterminés à la discrétion absolue de la société. De tels paiements de bonus, s'il y en a, ne constituent pas une partie du salaire. Des paiements consécutifs sur plusieurs années ne créent pas de droit à de futurs paiements».

Au cours de sa première année d'activité, soit 2011 (les comptes de la société comprenant la période du 1<sup>er</sup> novembre de l'année précédente au 31 octobre), l'employé et son équipe n'ont pas généré de bénéfices et aucun bonus ne leur a été versé l'année suivante. Au cours de l'année 2012, l'employé et son équipe ont généré un bénéfice. Le 8 novembre 2012, l'employé a transmis une proposition de répartition du bonus pour ses collaborateurs, tenant compte essentiellement de leur performance et indiquant que l'objectif était de les retenir dans leur poste et de maintenir leur motivation à haut niveau. Par courrier de l'employeuse du 10 décembre 2012, signé par l'employé le 21 décembre 2012 (bonus agreement), l'employeuse a fixé le bonus dû à l'employé, sur la base des chiffres de l'année comptable 2012, au montant de 3'750'000 USD, lequel comprend un bonus (incentive compensation) de 1'650'000 USD payable au plus tard le 31 janvier 2013 (1<sup>ère</sup> tranche) et un bonus de 2'100'000 USD (additional bonus payment), payable à raison de 1'050'000 USD le 31 janvier 2014 (2<sup>e</sup> tranche) et 1'050'000 USD le 31 janvier 2015 (3<sup>e</sup> tranche). Le paiement de ces montants était soumis aux conditions que l'employé ne donne pas sa démission ou qu'il ne fasse pas l'objet d'un licenciement avant le 31 décembre de l'année précédant la date du paiement. Il était précisé que la société pouvait à sa seule discrétion autoriser le versement de tout ou partie du bonus additionnel si la résiliation avant le 31 décembre avait eu lieu pour un motif autre que grave. La question de l'application de ces conditions est litigieuse entre les parties. Il a été retenu qu'il était d'usage pour la société employeuse de différer le paiement du bonus en trois versements sur une période de trois ans dans les cas de bonus supérieurs à 500'000 USD.

Le 16 novembre 2013, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'employé pour le 31 janvier 2014, congé ordinaire confirmé par courriers du 18 novembre 2013, lesquels n'en précisent pas les motifs.

Par courrier du 18 novembre 2013, l'employeuse a soumis à l'employé un accord que l'employé a signé le 10 décembre 2013. Selon cet accord (termination agreement), l'employé percevrait son salaire mensuel

de 25'000 fr. jusqu'en janvier 2014 et le bonus additionnel de 1'050'000 USD lui serait versé pour autant que les termes et conditions de l'accord soient respectés. Deux clauses de cet accord, à savoir la clause de renonciation de l'employé à agir en justice et celle de restitution par l'employé du montant de 1'050'000 USD en cas de non-respect de la clause de renonciation, sont litigieuses: «L'employé déclare, s'engage et garantit qu'il n'a déposé ni présenté, ni ne va déposer ou présenter aucune autre plainte, procédure, action ou prétention devant quelque tribunal que ce soit, juridiction du travail ou toute autre juridiction en connexion avec, ou en lien avec ou découlant de l'emploi et/ou sa résiliation et que nulle personne agissant pour son compte ne le fait non plus ...»

«L'employé s'engage à rembourser le paiement du bonus prévu ... immédiatement sur demande dans le cas où l'employé, ou quiconque agissant pour son compte, intente une action, une réclamation ou une procédure par-devant la juridiction du travail ou toute autre juridiction contre la société ... ou si l'employé affirme ... que cette convention de résiliation n'est pas valide ou si une cour ou un tribunal en décide ainsi ...» Ainsi, en 2013, l'employé a perçu son salaire de 300'000 fr. et le bonus de 1'650'000 USD (1<sup>ère</sup> tranche), soit 1'528'726 fr. 15 versés en janvier 2013. En 2014, il a perçu son salaire de 25'000 fr. et, en exécution de l'accord des 18 novembre/10 décembre 2013, il a reçu le montant de 1'050'000 USD (2<sup>e</sup> tranche), soit 940'262 fr. versés le 24 janvier 2014.

L'employé a formé opposition à son licenciement, par courrier de son avocat du 27 janvier 2014, et a requis que les motifs de celui-ci lui soient communiqués. Par courrier de son mandataire du 7 février 2014, l'employeuse a communiqué que le licenciement avait été prononcé pour trois motifs: les pertes éprouvées en lien avec l'activité de l'employé, le comportement de celui-ci et le non-respect de certaines règles internes; elle a invité l'employé à lui restituer le montant de 1'050'000 USD dans la mesure où l'accord passé avait été invalidé. L'employé a retrouvé un emploi en novembre 2014, dans le même domaine, avec une rémunération inférieure.

Par requête de conciliation du 22 mai 2014, l'employé a ouvert action en paiement contre son employeuse, puis, après échec de la conciliation, a déposé sa demande devant le Tribunal des prud'hommes de Genève le 30 juillet 2014, concluant, dans ses conclusions finales, à la condamnation de celle-ci à lui verser, à son choix à lui le montant brut de 951'615 fr. ou de 1'050'000 USD à titre de bonus (la 3<sup>e</sup> tranche du bonus) et le montant brut de 716'437 fr. 50 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, tous montants avec intérêts. L'employeuse a conclu au rejet de la demande et a formé une demande reconventionnelle, concluant à ce que le demandeur soit condamné à lui verser 886'761 fr. 10, subsidiairement 989'625 fr. 40, avec intérêts, autrement dit à lui restituer le montant net (après déduction des cotisations sociales) versé en exécution de l'accord des 18 novembre/10 décembre 2013. Par jugement du 2 février 2016, le Tribunal des

prud'hommes du canton de Genève a rejeté tant la demande de l'employé que la demande reconventionnelle de l'employeuse. Statuant le 21 novembre 2017, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice de Genève a rejeté l'appel de l'employé et confirmé le jugement attaqué. Les motifs en seront exposés ci-après dans la mesure utile.

Contre cet arrêt, tant l'employé que l'employeuse ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

Traitant uniquement les griefs soulevés par les parties, la cour cantonale a tout d'abord examiné l'accord du 18 novembre/10 décembre 2013 (termination agreement). Pour se prononcer sur l'existence de concessions réciproques des parties, elle a tout d'abord recherché (à tort) si le licenciement était abusif, ce qu'elle a exclu; puis elle a examiné si l'employé avait un droit au bonus, ce qu'elle a nié; partant, elle a considéré que la concession faite par l'employeuse était suffisante. Enfin, elle a traité le grief de l'employeuse relatif à la clause de restitution: elle a considéré que l'employé ne pouvait renoncer à agir en justice, que cette clause seule est nulle et que, partant, le versement que l'employeuse a effectué sur la base de l'accord est valable et n'a pas à être remboursé.

3.1 Il est vrai que l'arrêt cantonal de 25 pages, qui a examiné les seuls griefs des parties, est parfois peu clair et se prononce également sur des questions non pertinentes. Les parties ont pourtant consacré 146 pages en tout (recours, réponses, observations dans les deux procédures) pour exposer leurs points de vue respectifs, ce qui n'en facilite pas, à l'évidence, la compréhension. On peut vraiment se demander si une telle prolixité satisfait aux exigences de motivation de l'art. 42 al. 2 LTF.

De la lecture de ces écritures et de la compréhension raisonnable qu'il a pu en acquérir, le Tribunal fédéral ne retient que les griefs recevables suivants, qu'il traitera à la lumière des violations de la loi invoquées:

L'employeuse (qui avait formé une demande reconventionnelle) soutient que l'accord des 18 novembre/10 décembre 2013 – qu'elle qualifie d'accord sur les modalités de la fin des rapports de travail – est valable, que l'employé n'avait pas le droit d'agir en justice sous peine de devoir rembourser le montant de 1'050'000 USD qu'il a reçu et qu'ayant violé cet accord, il doit rembourser ce montant; subsidiairement, elle invoque que cet accord est entièrement nul et que l'employé doit lui restituer le montant de 1'050'000 USD au titre de l'enrichissement illégitime.

L'employé soutient que, implicitement, cet accord – qu'il qualifie aussi d'accord sur les modalités de la fin des rapports de travail –, ne l'empêchait pas de faire contrôler en justice l'existence de concessions réciproques des parties, qu'il n'y a pas eu de concessions réciproques et que l'accord est donc nul, de sorte que l'employeuse lui doit une indemnité



pour licenciement abusif (de 716'437 fr. 50 avec intérêts) et les deux dernières tranches de bonus qu'il aurait reçues si son contrat de travail n'avait pas été abusivement résilié avant le 31 décembre 2013, de sorte que, puisque 1'050'000 USD lui ont déjà été versés, il lui reste dû un solde de 1'050'000 USD avec intérêts.

3.2 Il s'impose donc, en premier lieu, de qualifier l'accord conclu les 18 novembre/10 décembre 2013 – convention de résiliation ou transaction sur la fin des rapports de travail (cf. infra consid. 4). En deuxième lieu, il conviendra d'examiner si cet accord est valable totalement ou partiellement au regard de la clause de renonciation à agir en justice et de la clause de restitution (cf. infra consid. 5). En troisième lieu, il s'agira, dans l'affirmative, de contrôler si les parties se sont fait des concessions réciproques de valeur comparable (cf. infra consid. 6), ce qui impliquera d'examiner les questions du principe de l'accessoriété et de l'interprétation du bonus agreement du 10 décembre 2012.

4.

En ce qui concerne la qualification de l'accord des 18 novembre/10 décembre 2013, la cour cantonale a parlé à plusieurs reprises de convention de résiliation. L'employeuse conteste cette qualification, reprochant à la cour de n'avoir pas réellement motivé sa décision et de n'avoir pas retenu une volonté de régler les modalités de la fin des rapports de travail (violation de l'art. 29 al. 2 Cst., arbitraire dans l'interprétation de la volonté réelle et violation de l'interprétation de la volonté objective des parties). L'employé croit que la cour cantonale a retenu un accord sur les modalités de la fin des rapports de travail, ce qu'il admet, relevant que la question n'a jamais posé problème et que la qualification n'a de toute façon aucun impact sur le résultat.

4.1 Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Cette disposition ne prohibe que la renonciation unilatérale du travailleur à des droits qu'elle protège.

4.1.1 L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord (convention de résiliation; *Aufhebungsvertrag*), les parties empêchant ainsi la naissance de nouvelles prétentions. Si toutefois leur convention emporte renonciation du travailleur à des prétentions (existantes) de droit impératif, un tel accord n'est valable que sous la forme d'une véritable transaction, comprenant des concessions d'importance comparable de la part de chaque partie (ATF 136 III 467 consid. 4.5; 119 II 449 consid. 2a p. 450; 118 II 58 consid. 2b p. 61; arrêts 4A\_96/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.1; 4A\_673/2016 du 3 juillet 2017 consid. 4.1; 4A\_563/2011 du 19 janvier 2012 consid. 4.1).

En passant une convention de résiliation, le travailleur perd ses droits à la protection contre les licenciements abusifs (art. 336 ss CO) (arrêt 4A\_563/2011 précité consid. 4.1; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd.

2014, p. 526); en particulier, l'art. 336c CO ne s'applique plus (arrêt 4C.27/2002 du 19 avril 2002 consid. 2).

4.1.2 L'art. 341 al. 1 CO ne fait pas non plus obstacle à une transaction (Vergleich) sur les modalités de la fin des rapports de travail, à condition qu'il y ait une équivalence appropriée des concessions réciproques, c'est-à-dire que les prétentions auxquelles chaque partie renonce soient de valeur comparable. Le travailleur ne peut pas disposer librement des créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective et, en particulier, il ne peut pas y renoncer sans contrepartie correspondante (ATF 136 III 467 consid. 4.5 p. 471; 118 II 58 consid. 2b p. 61; 110 II 168 consid. 3b p. 171; arrêts 4A\_96/2017 précité consid. 3.1; 4A\_25/2014 du 7 avril 2014 consid. 6.2). La transaction ne visant que les modalités de la fin des rapports de travail (et non en soi la résiliation du rapport contractuel), les dispositions légales relatives à la protection contre les congés (art. 336 ss CO, en particulier l'art. 336c CO) ne sont pas concernées et les parties y restent soumises. Ainsi, lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et qu'il passe simultanément ou postérieurement un accord régissant les modalités de la fin du contrat, l'acceptation de la résiliation par l'employé est à elle seule insuffisante pour admettre qu'il a renoncé (implicitement) à la protection que lui assurent les art. 336 ss CO (arrêt 4C.27/2002 précité consid. 2).

4.1.3 Ces deux accords se distinguent en ce sens que la convention de résiliation vise à empêcher la naissance de nouvelles prétentions, tandis que la transaction (régissant les modalités de la fin des rapports de travail) implique la renonciation à des prétentions existantes (et, partant, présuppose le respect des exigences tirées de l'art. 341 al. 1 CO) (PORTMANN/RUDOLPH, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd. 2015, no 6 ad art. 341 CO). Dès lors, si les parties entendaient exclure la protection conférée au travailleur par les art. 336 ss CO, l'accord sera qualifié de convention de résiliation (qui présuppose la renonciation à une éventuelle contestation future du congé); dans la situation inverse (la protection des art. 336 ss CO n'est pas écartée), l'accord sera qualifié de transaction.

4.2 Savoir si les parties ont passé l'un ou l'autre de ces deux accords et, partant, la qualification juridique de leur accord, est affaire d'interprétation de leurs manifestations de volonté, conformément aux principes développés par la jurisprudence et donc sans égard aux termes inexacts dont elles ont pu se servir (art. 18 al. 1 CO) (sur les principes d'interprétation des contrats en général, cf. ATF 144 III 93 consid. 5.2 p. 97 ss).

4.2.1 La cour cantonale, qui avait exposé en vrac la jurisprudence sur ces deux types d'accord, a utilisé à plusieurs reprises dans la subsumption le terme de «convention de résiliation», ce que l'employeuse lui reproche, dans son recours principal (invoquant l'arbitraire, la violation du devoir de motivation et la violation de l'interprétation de la volonté subjective, res-

pectivement objective des parties) et à quoi l'employé rétorque que la cour a retenu un accord sur les modalités de la fin des rapports de travail.

La cour cantonale s'étant prononcée en faveur de la convention de résiliation, on ne saurait lui reprocher un défaut de motivation (art. 29 al. 2 Cst.). Le fait que les deux parties soient désormais d'accord sur ce qu'elles appellent un accord sur la fin des rapports de travail ne signifie pas que leur qualification soit conforme à la jurisprudence.

En l'occurrence, il résulte clairement de l'accord conclu par les parties que l'employé s'est engagé à ne déposer aucune action devant un tribunal découlant de l'emploi et/ou de sa résiliation – ce qui revient à renoncer à une éventuelle prétention future découlant de règles impératives, notamment à son droit de contester la résiliation ordinaire qui lui a été signifiée au motif qu'elle serait abusive –: l'accord doit donc être qualifié de convention de résiliation (Aufhebungsvertrag), que l'on se fonde sur la volonté réelle des parties ou, subsidiairement, comme semble le faire la cour cantonale, sur le principe de la confiance. Le fait que la date fixée pour la fin du contrat de travail, le 31 janvier 2014, qui résulte de la résiliation communiquée par l'employeuse, n'ait pas été modifiée par la convention n'y change rien.

Le fait que les parties aient, comme le soutient l'employeuse (alors qu'elle n'y a aucun intérêt, qu'elle se fonde sur des faits non constatés et qu'elle ne les critique pas de manière conforme à l'art. 106 al. 2 LTF), réglé le cas d'un report de la fin du contrat pour cause de maladie par exemple, en prévoyant une réduction de 25'000 fr. par mois de l'indemnité due, est bien la preuve que les parties ont entendu régler différemment les hypothèses visées par les art. 336 ss CO.

Partant, les parties ont conclu une convention de résiliation (Aufhebungsvertrag), laquelle exclut la protection des art. 336 ss CO.

5.

Il y a lieu d'examiner maintenant la validité (totale ou partielle) de cette convention de résiliation (Aufhebungsvertrag), au vu des clauses de renonciation à agir en justice (cf. infra consid. 5.1 à 5.5) et de restitution de l'indemnité convenue (peine conventionnelle) en cas de non-respect (cf. infra consid. 5.6). L'employé soutient que seules ces clauses sont nulles (art. 20 al. 2 CO), alors que l'employeuse soutient principalement que ces clauses sont valables et, subsidiairement, que si elles étaient jugées non valables, elles entraîneraient la nullité de toute la convention et, partant, l'obligation pour l'employé de restituer le montant de 1'050'000 USD conformément aux règles de l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO).

5.1 L'art. 341 al. 1 CO est de droit relativement impératif, en ce sens qu'il est impossible d'y déroger au détriment de l'employé en vertu de l'art. 362 al. 1 CO. Il interdit au travailleur de renoncer unilatéralement aux créances que lui garantissent des dispositions impératives, mais il n'interdit pas aux parties de passer une convention de résiliation comprenant des

concessions réciproques d'importance comparable de la part de chaque partie (cf. supra consid. 4.1.1).

Si le travailleur ne peut pas renoncer à des créances garanties par des dispositions impératives, il ne peut pas non plus renoncer à la disposition légale – l'art. 341 al. 1 CO – qui le lui interdit. Il en découle que la clause par laquelle le travailleur renonce au droit de faire contrôler judiciairement que l'art. 341 al. 1 CO a été respecté, en d'autres termes de faire vérifier par le juge si les concessions qu'il a faites sont compensées par des concessions d'importance comparable de l'employeur, est nulle.

Mais si la convention comporte de telles concessions, la clause par laquelle l'employé renonce à contester la validité de son licenciement (ordinaire) et à réclamer les prestations qu'il aurait touchées en cas de licenciement abusif est valable.

Il y a donc lieu de vérifier désormais si la convention de résiliation est valable parce qu'elle comportait, au moment de sa conclusion, des concessions réciproques d'importance comparable de la part des parties.

## 5.2

5.2.1 Par définition, la transaction a pour but de mettre définitivement fin au litige et aux incertitudes existantes moyennant des concessions réciproques (ATF 132 III 737 consid. 1.3 p. 740). Elle est précisément conclue pour éviter un examen complet des faits et de leur portée juridique.

Il en résulte que les art. 23 ss CO – ces dispositions n'entrant en l'espèce pas en ligne de compte – ne s'appliquent qu'avec des restrictions en matière de transactions (arrêt 5A\_688/2013 du 14 avril 2014 consid. 8.2; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23–31 OR, 3<sup>ème</sup> éd. 2013, no 281 et 295 s. ad art. 23/24 CO).

Lorsqu'il vérifie si la convention de résiliation, qui est une transaction, respecte l'art. 341 al. 1 CO, le tribunal doit s'assurer que la renonciation du travailleur soit compensée par une prestation comparable de l'employeur. Comme la transaction a pour but de résoudre une situation incertaine et litigieuse, il ne faut pas poser des exigences trop strictes pour admettre sa validité; il est suffisamment tenu compte du besoin de protection du travailleur si la transaction conduit à un règlement équitable de la situation (cf. arrêts 4A\_96/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.2; 4A\_103/2010 du 16 mars 2010 consid. 2.3.3 et 2.3.4; 4C.390/2005 du 2 mai 2006 consid. 3.1; 4C.27/2002 du 19 avril 2002 consid. 3c; STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Kommentar, 1996, no 13 ad art. 341 CO; BOHNET/DIETSCHY, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [éd.], 2013, no 21 ad art. 341 CO).

5.2.2 En l'espèce, il s'impose de déterminer tout d'abord quelles sont les concessions réciproques à comparer. Il s'agit, d'une part, de la renonciation de l'employé à contester en justice le congé ordinaire donné pour le 31 janvier 2014 et, d'autre part, la prestation de 1'050'000 USD de

l'employeuse, correspondant à la deuxième tranche du bonus échue au 31 janvier 2014.

Contrairement à ce qu'a fait la cour cantonale, il ne s'agissait pas de se prononcer sur l'existence d'un congé abusif ou non, en d'autres termes de faire le procès pour licenciement abusif de l'art. 336b CO. La convention de résiliation exclut l'application des art. 336 ss CO et, en particulier, l'art. 336 al. 1 let. c CO invoqué par l'employé. La seule question à résoudre est d'examiner si l'employeuse a fait de son côté une concession, comparable, ce que l'employé conteste en invoquant que les deux dernières tranches du bonus (de 1'050'000 USD due au 31 janvier 2014 et de 1'050'000 USD due au 31 janvier 2015) sont en réalité du salaire (cf. infra consid. 5.3) et, subsidiairement, qu'il a droit au paiement de ces deux tranches en vertu de la convention de bonus (bonus agreement) du 10 décembre 2012 (cf. infra consid. 5.4).

5.3 Il y a donc lieu d'examiner tout d'abord si ces deux dernières tranches du bonus devaient être converties en salaire en vertu du principe de l'accessorité, auquel cas il n'y aurait aucune concession de la part de l'employeuse.

5.3.1 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus, lequel peut consister dans le versement d'une somme d'argent ou encore dans la remise d'actions ou d'options (ATF 141 III 407 consid. 4.1). Selon la volonté des parties lors de la conclusion du contrat de travail ou sur la base de leur comportement ultérieur au cours des rapports de travail (accord par actes concluants, c'est-à-dire tacite), le bonus peut être un élément variable du salaire (art. 322 s. CO), une gratification à laquelle l'employé a droit ou encore une gratification à laquelle il n'a pas un droit (art. 322d CO) (sur la distinction entre salaire variable, gratification à laquelle l'employé a droit et celle à laquelle il n'a pas droit, cf. la jurisprudence résumée dans les arrêts 4A\_463/2017 du 4 mai 2018 consid. 3; 4A\_290/2017 du 12 mars 2018 consid. 4; 4A\_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3).

L'employé ne conteste pas que le bonus de 3'750'000 USD (calculé sur les chiffres de l'année 2012 et payable en trois tranches, à savoir de 1'650'000 USD au 31 janvier 2013, de 1'050'000 USD au 31 janvier 2014 et de 1'050'000 USD au 31 janvier 2015), doive être qualifié de gratification au sens de l'art. 322d CO, et non de salaire variable au sens de l'art. 322 CO. Mais il soutient qu'en vertu du principe de l'accessorité, la rétribution du travailleur ne peut pas consister uniquement ou principalement en une gratification.

5.3.2 La question de la conversion de la gratification en salaire en vertu du principe de l'accessorité ne se pose que lorsque l'employeur a réservé le caractère facultatif du bonus, dans son principe et dans son montant, et que l'employé n'a donc pas un droit contractuel au versement du bonus qui est une gratification au sens de l'art. 322d CO.

5.3.2.1 Selon la jurisprudence, en vertu du principe de l'accessorité, le bonus (gratification) ne peut avoir qu'un caractère accessoire par rapport au salaire de base du travailleur: il n'est pas concevable que dans le cadre d'un contrat de travail, la rétribution du travailleur consiste uniquement ou principalement en une gratification. La gratification, qui doit rester un élément accessoire du salaire de base, ne peut aller au-delà d'un certain pourcentage de ce salaire de base convenu (ATF 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.; 141 III 407 consid. 4.3.2 p. 409; 139 III 155 consid. 5.3 p. 159). Le besoin de protection du travailleur doit l'emporter sur la liberté contractuelle des parties; l'application du principe de l'accessorité peut enlever toute portée à la réserve du caractère facultatif du bonus et celui-ci peut devoir être requalifié en salaire (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2; arrêt 4A\_714/2016 précité consid. 3.3 in fine).

Le critère de l'accessorité, en vertu duquel le bonus doit être requalifié en salaire, ne s'applique toutefois que pour les salaires modestes et les salaires moyens et supérieurs (pour plus de détails, cf. l'arrêt 4A\_714/2016 précité consid. 3.3.2 et 3.3.3).

Pour les très hauts revenus, le principe de la liberté contractuelle doit primer, car il n'y a pas dans ce cas de besoin de protection du travailleur qui justifierait une requalification du bonus ou d'une part du bonus en salaire en vertu du principe de l'accessorité (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 et 5.3.1). Le bonus est donc toujours une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit. Le seuil du très haut revenu a été fixé à un montant équivalent à cinq fois (5x) le salaire médian suisse (secteur privé), soit, pour l'année 2009 (à titre d'exemple), un montant de 354'000 fr. (ATF 141 III 407 consid. 5.4 p. 415).

Pour déterminer si l'employé réalise un très haut revenu dans le cas concret, il faut tenir compte, en s'inspirant des principes du droit fiscal, de la rémunération (effective) de l'employé qui est représentative des revenus qu'il a régulièrement perçus. En règle générale, il faut prendre en considération les revenus effectivement perçus par l'employé durant l'année (ATF 142 III 456 consid. 3.2 p. 460, 381 consid. 2.2 à 2.4 p. 383 ss; 141 III 407 consid. 5.3 et 5.4 p. 412 ss; arrêt 4A\_485/2016 du 28 avril 2017 consid. 4.3), par quoi il faut entendre la dernière année complète d'activité auprès de l'employeur. Exceptionnellement, la représentativité sera toutefois mieux assurée si l'on tient compte de la rémunération effectivement perçue durant la période litigieuse (ATF 142 III 456 consid. 3.2 p. 460 et les arrêts cités): il y a lieu d'entendre par là la période d'activité pour laquelle le bonus est réclamé par l'employé; en effet, lorsque les parties ne sont plus liées par un contrat de travail, l'employé n'a plus droit à un salaire et, partant, la question de l'accessorité du bonus ne peut plus se poser (ATF 141 III 407 consid. 7 p. 417); la prise en considération de cette période sera en particulier plus adaptée lorsque l'employé a exercé son activité professionnelle seulement pendant quelques mois durant la seconde année litigieuse (ATF 142 III 456 consid. 3.2 p. 460 et les arrêts cités).

Si la rémunération totale de l'employé atteint ou dépasse le seuil du très haut revenu (<sup>3</sup> 354'000 fr. pour l'année 2009), le bonus demeure une gratification facultative à laquelle l'employé n'a pas droit et une requalification en salaire est exclue (ATF 141 III 407 consid. 4.3.2 et 5.3.1).

5.3.2.2 En l'espèce, par courrier de l'employeuse du 10 décembre 2012, signé par l'employé le 21 décembre 2012, l'employeuse a fixé le bonus dû à l'employé sur la base des chiffres de l'année comptable 2012 (l'exercice annuel pris en considération courant du 1<sup>er</sup> novembre 2011 au 31 octobre 2012) au montant de 3'750'000 USD, payable en trois tranches de 1'650'000 USD au 31 janvier 2013, de 1'050'000 USD au 31 janvier 2014 et de 1'050'000 USD au 31 janvier 2015. Le paiement de ces montants était soumis aux conditions que l'employé ne donne pas sa démission ou qu'il ne fasse pas l'objet d'un licenciement avant le 31 décembre de l'année précédant la date du paiement de chacune de ces tranches.

Comme l'employé a exercé son activité durant toute l'année 2013 et un mois seulement en 2014 (jusqu'au 31 janvier 2014) et que sa rémunération perçue pendant le seul mois de janvier 2014 n'est pas représentative des revenus précédemment réalisés, il convient de se fonder sur l'ensemble de la rémunération qu'il a perçue durant la période 2013 et 2014 (soit 13 mois). Contrairement à ce que soutient l'employé, l'année représentative n'est donc pas l'année dont les chiffres ont servi à calculer le bonus (in casu, l'année 2012), mais la dernière année d'activité ou, plus précisément en l'espèce, la dernière période représentative de 13 mois.

Il ressort de l'arrêt attaqué que, durant cette période, l'employé a perçu son salaire de base à raison de 325'000 fr., la première tranche du bonus versé en janvier 2013 de 1'528'726 fr. 15 et l'indemnité correspondant à la deuxième tranche du bonus versée en janvier 2014 de 940'262 fr. Sa rémunération annualisée durant cette période doit à l'évidence être qualifiée de très haut revenu, de sorte que la liberté contractuelle prévaut. Contrairement à ce que l'employé soutient, le fait que, pour l'année 2011 (sa première année d'activité), aucun bonus ne lui ait été versé en 2012 n'est pas déterminant. D'ailleurs, même si l'on tenait compte de toute la durée d'activité de l'employé au service de la société (de 2011 au 31 janvier 2014), on devrait aussi retenir l'existence d'un très haut revenu.

Le principe de l'accessorité ne s'applique donc pas et les deux dernières tranches du bonus n'ont donc pas à être reconverties en salaire.

5.4 Subsidiairement, l'employé soutient qu'il avait un droit contractuel au paiement des deux dernières tranches du bonus en vertu de la convention de bonus du 10/21 décembre 2012 (bonus agreement); selon lui, la cour cantonale est partie arbitrairement du fait que l'interprétation de la condition de l'absence de résiliation avant le 31 décembre n'était pas contestée par les parties et n'a donc pas recherché la volonté réelle, ni la volonté objective des parties. Dans sa réponse, l'employeuse soutient principalement que l'employé n'a jamais allégué ni dans sa demande, ni dans son appel, une divergence d'interprétation en relation avec cette condition avant ses plaidoi-

ries finales du 29 mai 2017 devant la Cour de justice, de sorte que ce grief se fonde sur un fait nouveau et est, partant, irrecevable; subsidiairement, elle soutient qu'il ne motive pas, conformément à l'art. 106 al. 2 LTF, en quoi la cour cantonale aurait arbitrairement compris que les parties étaient d'accord sur l'interprétation de cette condition; plus subsidiairement, elle en propose sa propre interprétation objective. Dans sa réplique, l'employé se limite à réaffirmer qu'il a fait valoir ce grief dans ses observations du 29 mai 2017 et, subsidiairement, qu'il faut procéder à une interprétation objective du bonus agreement, qui est une question de droit.

Or, les deux clauses litigieuses relatives à cette condition, à laquelle est soumise le paiement du bonus (4 al. 1 let. b et 4 al. 2), ont été interprétées (sans aucune référence à la bonne foi et donc par interprétation subjective) par le tribunal de première instance (le tribunal des prud'hommes) en ce sens que l'employé n'avait pas droit au paiement des deux dernières tranches du bonus, ayant été licencié au mois de novembre 2013, et qu'en vertu de l'art. 4 al. 2, la société employeuse pouvait décider à sa seule discrétion de payer au demandeur une partie de ce bonus additionnel, ce qu'elle a fait au travers de la convention de résiliation. Force est de constater que l'employé recourant n'indique pas qu'il aurait critiqué dans son appel cette interprétation subjective de ces deux clauses par le tribunal de première instance. Faute d'avoir été soumis à la cour d'appel, son grief (d'arbitraire) est ainsi nouveau et, partant, irrecevable (art. 75 al. 2 et 99 al. 2 LTF). Au demeurant, on voit mal comment il peut considérer que les parties avaient une volonté réelle et commune de lui conférer un droit au bonus en l'absence de motif grave de résiliation du contrat de travail dès lors que la clause 4 al. 2 est ainsi libellée: «... the Compagny may, in its sole and absolute discretion, authorize payment of any additionnal bonus payment ...».

Il s'ensuit que l'employé n'avait pas un droit conventionnel aux deux dernières tranches du bonus.

5.5 L'employé n'ayant aucun droit aux deux dernières tranches du bonus, il y a bien eu une concession de 1'050'000 USD de la part de l'employeuse. Reste à examiner si celle-ci est de valeur comparable à celle faite par l'employé.

La cour cantonale a considéré que l'employé avait eu un temps de réflexion suffisant avant l'acceptation de la convention de résiliation, et a constaté qu'il n'invoque aucune vice du consentement. La convention de résiliation est donc valable sous cet angle.

D'un côté, l'employé a renoncé à contester le congé ordinaire qu'il a reçu et, partant, à la protection des art. 336 ss CO et, de l'autre, l'employeuse a accepté de payer le montant de 1'050'000 USD, soit la moitié des gratifications discrétionnaires différées qui n'étaient pas dues, le contrat de travail ayant été résilié avant le 31 décembre avant leur date de paiement. Il y a lieu d'admettre que le versement de la moitié du solde du bonus discrétionnaire compense largement la renonciation de l'employé et,



partant, qu'il s'agit d'une concession équivalente selon la jurisprudence. Une autre interprétation reviendrait à interdire à tout employeur de différer des bonus.

D'ailleurs, les deux seules critiques que formule l'employé ont trait à la conversion en salaire en vertu du principe de l'accessorité et, subsidiairement, au droit conventionnel aux deux dernières tranches du bonus, dont le sort a été réglé ci-devant.

5.6 La première clause contractuelle (cf. supra let. A.c) étant nulle en tant qu'elle interdit toute action menée en vue de faire contrôler l'équivalence des prestations, la deuxième clause ne saurait prévoir le paiement d'une peine conventionnelle (restitution de l'indemnité convenue) en cas de violation de la première clause. En tant qu'elle porte sur ce point, la peine conventionnelle est (partiellement) nulle.

Dès lors que les concessions réciproques sont jugées comparables, la deuxième clause est toutefois valable en tant qu'elle vise l'action en contestation du licenciement et en paiement d'indemnités pour licenciement abusif menée par l'employé.

L'employé a dès lors violé une partie (valable) de l'accord, ce qui entraîne l'exigibilité du montant de la peine conventionnelle (qui prévoit la restitution de l'indemnité convenue). Ce montant doit toutefois être réduit, afin de tenir compte de la partie nulle de l'accord.

6.

Il reste à fixer le montant de la peine conventionnelle en fonction des clauses dont la validité vient d'être confirmée. La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle y procède.

La cour cantonale tiendra compte de ce que les parties seraient convenues d'une peine conventionnelle d'un montant inférieur à celui initialement prévu (1'050'000 USD), puisqu'il convient dorénavant de le déterminer (hypothétiquement) en fonction de la transgression de la seule interdiction faite à l'employé de contester la validité du licenciement ordinaire et de réclamer les prestations qu'il aurait touchées en cas de licenciement abusif.

Concrètement, l'autorité cantonale se basera en particulier sur les allégués des parties et, d'autre part, sur les règles posées par le Tribunal fédéral s'agissant de l'allégation et de la preuve des conditions de fait permettant la réduction d'une peine conventionnelle excessive (ATF 143 III 1).

*Tribunal fédéral, Arrêt du 25 octobre 2018, Doss.-No 4A\_350/2018 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 8 mai 2018. Le recours en matière civile est irrecevable)*

**Transfert d'entreprise, art. 333 CO; question juridique de principe.**  
**Art. 333 al. 1 CO. Pour qu'il y ait transfert d'entreprise, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie**

par le nouveau chef d'entreprise. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but. L'appréciation s'effectue sur la base de l'ensemble des faits et circonstances caractérisant l'opération. Est déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire (c. 3).

Un bar à vin avec assortiment de tapas ou petite restauration et un bar à cocktail brésilien constituent des exploitations de même nature même si la clientèle et les horaires d'ouverture sont différents (c. 4.3).

Pour faire usage de son droit d'opposition, le travailleur dispose d'un délai de réflexion de quelques semaines à compter du moment où il a connaissance du transfert de l'entreprise. S'il ne réagit pas dans un délai raisonnable après qu'il a eu connaissance du transfert, il est présumé avoir accepté tacitement le transfert des rapports de travail. Si les parties au contrat de travail souhaitent que les rapports de travail se poursuivent avec l'employeur actuel, le travailleur ne devra pas s'opposer à leur transfert, sous peine d'éteindre ceux-ci de par la loi (art. 333 al. 2 CO), mais une fois le transfert opéré, il devra résilier le rapport de travail le liant avec l'acquéreur et conclure un nouveau contrat de travail avec l'ancien employeur (c. 3).

Dans le cas d'espèce, l'employée n'a pas formé opposition. En effet, informée du transfert d'entreprise, elle a exprimé vouloir travailler pour l'acquéreur, précisant être enceinte et craindre de ne pas trouver d'autre travail dans ces conditions. Le fait qu'elle ait accepté de travailler sur le stand de son ancienne employeuse pendant 10 jours, à un moment où l'établissement était en travaux et sans demander de salaire à l'acquéreur, n'y change rien (c. 5).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 1<sup>er</sup> décembre 2014, A. (ci-après: l'employée ou la demanderesse) a été engagée par B. Sàrl (ci-après: l'employeuse), pour un salaire mensuel de 1'707 fr. 65 brut. Le 10 mars 2015, B. Sàrl a conclu un contrat de vente de fonds de commerce avec X. Sàrl (ci-après: l'acquéreur ou la défenderesse).

A. a ouvert action contre B. Sàrl et X. Sàrl par requête simplifiée déposée en vue de conciliation le 26 novembre 2015 et, après l'échec de la conciliation, a déposé sa demande devant le Tribunal des prud'hommes le 1<sup>er</sup> mars 2016. Par jugement du 5 décembre 2016, le Tribunal des prud'hommes a condamné solidairement B. Sàrl et X. Sàrl à verser à A. les sommes de 3'756 fr. 84 brut avec intérêts et de 8'857 fr. brut avec intérêts ainsi qu'à lui délivrer un certificat de travail et une attestation de l'employeur pour le chômage. Il a notamment retenu que l'activité exercée par X. Sàrl était similaire à celle exercée par B. Sàrl, de sorte qu'il y avait

eu transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. Il a également retenu que les rapports de travail conclus entre la demanderesse et B. Sàrl étaient passés à X. Sàrl dès le 1<sup>er</sup> août 2015, A. ne s'étant par ailleurs pas opposée au transfert. Statuant sur appel de X. Sàrl, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a rejeté l'appel et confirmé le jugement attaqué.

Contre cet arrêt, la défenderesse a interjeté un recours en matière civile et un recours constitutionnel subsidiaire le 11 juin 2018.

Extraits des considérants:

3.

D'après l'art. 333 al. 1 CO, 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. Pour qu'il y ait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 al. 1 CO, il suffit que l'exploitation ou une partie de celle-ci soit effectivement poursuivie par le nouveau chef d'entreprise. L'exploitation est considérée comme poursuivie en tout ou en partie par l'acquéreur lorsqu'elle conserve son identité, c'est-à-dire son organisation et son but (ATF 136 III 552 consid. 2.1; 132 III 32 consid. 4.1 p. 37 et les arrêts cités). L'appréciation s'effectue sur la base de l'ensemble des faits et circonstances caractérisant l'opération. Est déterminant à cet égard le fait que l'acquéreur poursuive ou reprenne effectivement une activité économique identique ou similaire (ATF 136 III 552 consid. 2.1; 129 III 335 consid. 2.1 p. 337 et les références).

Il s'agit d'une véritable obligation de reprise, les rapports de travail existant au moment du transfert passant immédiatement à l'acquéreur, même contre le gré de ce dernier (ATF 132 III 32 consid. 4.2.1). Une convention dérogatoire ne peut être passée entre l'employeur qui transfère l'entreprise et celui qui la reprend; au contraire, le transfert des rapports de travail ne dépend que de la seule volonté du travailleur en vertu du droit d'opposition qui lui est accordé (ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.1 et 4.2.2.2). Pour faire usage de son droit d'opposition, le travailleur dispose d'un délai de réflexion de quelques semaines à compter du moment où il a connaissance du transfert de l'entreprise. S'il ne réagit pas dans un délai raisonnable après qu'il a eu connaissance du transfert, il est présumé avoir accepté tacitement le transfert des rapports de travail (ATF 137 V 463 consid. 4.4; arrêt 4A\_616/2011 du 21 mars 2012 consid. 3.3). Si les parties au contrat de travail souhaitent que les rapports de travail se poursuivent avec l'employeur actuel, le travailleur ne devra pas s'opposer à leur transfert, sous peine d'éteindre ceux-ci de par la loi (art. 333 al. 2 CO), mais une fois le transfert opéré, il devra résilier le rapport de travail le liant avec l'acquéreur et conclure un nouveau contrat de travail avec l'ancien employeur (ATF 132 III 32 consid. 4.2.2.4; Aurélien Witzig, *Droit du travail*, 2018, n. 1058).

4.

S'agissant de la poursuite de l'exploitation de l'établissement, la recourante se plaint d'arbitraire dans la constatation des faits et dans l'appréciation des preuves en relation avec la poursuite de l'exploitation retenue par la cour cantonale.

4.1 La cour cantonale a retenu qu'il y avait transfert d'entreprise au sens de l'art. 333 CO. La défenderesse a repris le bail de l'établissement, la totalité des biens mobiliers et la clientèle. Bien qu'elle n'ait pas continué à tenir un bar à cocktail brésilien, les services qu'elle propose sont de même nature que ceux fournis précédemment dans les locaux. Elle exploite un bar à vin le soir avec assortiment de tapas et propose de la petite restauration à midi. Selon la cour cantonale, cette activité ne s'assimile pas à l'exploitation d'un restaurant, puisqu'aucun plat chaud n'est cuisiné sur place et qu'en tout état la défenderesse ne détaille pas le terme de «produits du terroir» qu'elle allègue proposer. L'établissement repris consiste toujours en un bar, même s'il est également ouvert la journée et que les styles sont différents, la défenderesse ayant rénové les locaux et concentrant sa vente sur le vin plutôt que les cocktails. Ces éléments n'empêchent pas que la nature de l'entreprise soit la même, ce que confirme d'ailleurs la clause de non-concurrence prévue dans le contrat de vente. Enfin, la cour cantonale a constaté que le contrat n'aurait pas fait mention de la question de la reprise du personnel si l'art. 333 CO n'était pas applicable et que l'associé gérant de la défenderesse avait reconnu savoir qu'il devait reprendre le personnel s'il y en avait.

4.2 La recourante reproche aux juges cantonaux d'avoir tenu compte du contrat de vente de fonds de commerce, alors que celui-ci est impropre à démontrer si l'exploitation a effectivement été poursuivie. Le rachat des éléments matériels et immatériels de l'exploitation n'était qu'une condition pour obtenir le départ du vendeur et ne préjugait en rien d'une reprise de l'établissement. De même, la clause de non-concurrence était classique et ne permettait pas de déterminer ce qui était effectivement advenu des actifs. Les juges cantonaux auraient également méconnu des pièces et témoignages probants, dont il ressortirait que l'ancienne exploitation a été abandonnée, eu égard notamment à la prolongation du contrat de bail à loyer, la nouvelle dénomination de l'établissement, le remplacement intégral de l'infrastructure, la rénovation lourde des locaux, la modification de la ligne téléphonique et la clientèle différente. Elle conteste également qu'il se serait agi de deux bars, son établissement faisant de la restauration avec des produits du terroir et de la vente de vin, afin de toucher une clientèle nouvelle. Elle dispose pour ce faire d'un cuisinier diplômé de l'école hôtelière et d'un sommelier qualifié.

4.3 Dès lors que la recourante ne s'en prend pas à la constatation qu'elle propose toujours des services de même nature (un bar), même si son établissement est ouvert également pendant la journée et que son style est différent (bar à vin en lieu et place de bar à cocktails, avec une

clientèle différente), sa critique, qui mélange allègrement les questions de fait (une rénovation lourde et le remplacement des équipements) et de droit (la non-pertinence du contenu du contrat de vente, de la clause de non-concurrence, et du fait que son gérant ait reconnu devoir reprendre les employés; l'omission de la prolongation du bail, du changement d'enseigne et de la ligne téléphonique, ainsi que du renouvellement de la clientèle), ne démontre ni l'arbitraire en fait, ni l'arbitraire dans la déduction tirée que l'on est bien en présence d'une exploitation de même nature que celle précédemment exercée au sens de l'art. 333 al. 1 CO.

5.

La recourante se plaint d'arbitraire dans l'application de l'art. 333 al. 1 CO en relation avec l'alléguée opposition au transfert des rapports de travail formée par l'employée.

5.1 La cour cantonale a retenu que l'employée avait été informée en mars 2015 du transfert d'entreprise et qu'elle disposait alors de quelques semaines pour s'opposer au transfert de son contrat. Selon les déclarations concordantes de U. et de l'employée, celle-ci désirait voir son contrat se poursuivre avec l'acquéreur, ce que prouvait également le fait qu'elle était alors enceinte et n'était pas en mesure de chercher un autre emploi. L'on ne pouvait par ailleurs reprocher à l'employée de n'avoir pas discuté du transfert de son contrat de travail avec l'acquéreur, dans la mesure où ce transfert a lieu de manière automatique. Faute pour l'employée d'avoir manifesté son opposition dans les semaines qui ont suivi sa connaissance du transfert et faute pour le contrat de travail d'avoir été résilié avant le 1<sup>er</sup> août 2015, les rapports de travail existaient au moment du transfert et sont passés à l'acquéreur. Le fait que l'employée avait travaillé pour le stand de B. Sàrl du 1<sup>er</sup> au 10 août 2015 ne pouvait par ailleurs être tenu pour une opposition, puisque le contrat avait à cette époque déjà été transféré. En tout état, l'employée n'a pas demandé de salaire pour cette période et, l'établissement étant alors fermé pour rénovation, il ne peut lui être reproché d'avoir abandonné son poste de travail.

5.2 La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir grossièrement violé l'art. 333 CO, en retenant que l'employée ne s'était pas opposée au transfert des rapports de travail. Elle soutient que l'opposition doit être donnée à l'acquéreur, ce qui dans les faits ne peut généralement se faire plusieurs mois avant la reprise, et qu'elle est possible jusqu'au jour du transfert. Elle en déduit que la cour cantonale aurait dû se fonder, non pas sur l'absence de réaction de l'employée au moment où le transfert lui a été communiqué, mais sur les circonstances prévalant au jour du transfert. Or, au jour du transfert, l'employée travaillait sur le stand du «...» aux fêtes de Genève, manifestant par là même son choix de continuer à travailler pour B. Sàrl. Ce n'est que fin août que l'employée aurait fait part de son intention de travailler pour X. Sàrl.

5.3 Sur la base des constatations relatives au comportement de l'employée, les juges cantonaux pouvaient retenir sans arbitraire qu'il n'y avait pas eu d'opposition au sens de l'art. 333 al. 1 CO. Informée du transfert d'entreprise, l'employée avait exprimé vouloir travailler pour l'acquéreur, précisant être enceinte et craindre de ne pas trouver d'autre travail dans ces conditions. Le fait qu'elle ait accepté de travailler sur le stand de son ancienne employeuse du 1<sup>er</sup> au 10 août 2015, à un moment où l'établissement était en travaux et sans demander de salaire à l'acquéreur, n'y change rien. En tout état, si vraiment l'employée avait voulu continuer à travailler pour son ancien employeur, elle n'avait pas à s'opposer au transfert, mais à résilier le contrat de travail avec l'acquéreur et conclure un nouveau contrat avec l'ancienne employeuse. Il en découle que les juges cantonaux pouvaient, en tenant compte des circonstances prises dans leur ensemble, conclure sans arbitraire à l'absence d'opposition par la demande et donc au transfert des rapports de travail.

*Bundesgericht, Urteil vom 2. November 2018, Doss.-Nr. 4A\_270/2018 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. März 2018)*

**Anteil am Geschäftsergebnis, Art. 322a OR; Beteiligung an Kapitalerträgen bestimmter Anlagen auf Grundlage eines «Carried Interest».** Vorliegend erhob der Arbeitnehmer zunächst eine Teilklage, bevor er in einem weiteren Schritt seinen Restanspruch gerichtlich geltend machte, womit sich das Bundesgericht nun zum zweiten Mal mit dieser Sache zu befassen hat. Im Urteil 4A\_380/2011 vom 5. März 2012 (erste Befassung mit der Sache) setzte sich das Bundesgericht mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 322a OR auf die fragliche Parteivereinbarung auseinander. Es erwog, dass diese Bestimmung den Anteil des Arbeitnehmers am Geschäftsergebnis regelt, der sich nach dem Erfolg des Unternehmens oder eines Unternehmensteils bestimmt. Massgebend für die Berechnung ist das Ergebnis des Geschäftsjahres, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist. Da die Parteien im Arbeitsvertrag aber ausdrücklich nicht eine Beteiligung des Arbeitnehmers an einem jährlich messbaren Geschäftsergebnis, sondern eine Beteiligung an Kapitalerträgen bestimmter Anlagen auf Grundlage eines «Carried Interest» vereinbarten, wurde die Anwendbarkeit von Art. 322a OR vom Bundesgericht verneint. Es rechtfertigt sich auch jetzt keine abweichende Beurteilung der fraglichen Parteivereinbarung zur bereits im Urteil 4A\_380/2011 vom 5. März 2012 geäusserten rechtlichen Würdigung (E. 1.2, 2.1, 2.2).

## Sachverhalt:

Die A. (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) gehört zum Konzern X. Sie tätigt und verwaltet für den Konzern sowie weitere Investoren Anlagen im Bereich Private Equity. Mit Arbeitsvertrag vom 10. Juli 2000 stellte sie B. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) per 1. September 2000 in der Funktion eines Partners an. Neben dem Lohn, einem Bonus und einer pauschalen Aufwandsentschädigung wurde im Arbeitsvertrag unter Ziffer 12 folgendes festgehalten:

### «Carried Interest Pool

Im Bereich A. AG wird ein «Carried Interest Pool» errichtet (siehe Beiblatt «Carried Interest Pool»). Die prozentuelle Beteiligung des Arbeitnehmers beläuft sich auf 10%.»

Das Beiblatt «Carried Interest Pool» enthielt folgende Regelung:

### «Carried Interest Pool

The carried interest pool («pool») is part of the compensation structure for the partners of A. and for selected members of the staff («principals»).

The pool is made of the performance realised on investments managed by A. The performance fees for the pool are as follows:

|                                      | Fund<br>of Fund product | Direct<br>Investment Product |
|--------------------------------------|-------------------------|------------------------------|
| SL investments                       | 5.0%                    | 10.0%                        |
| Third Party Investments <sup>1</sup> | 7.5%                    | 15.0%                        |

<sup>1</sup> Corresponding to 75% of performance fees applied, based on the assumption that fees applied are 10% for Fund of Fund product and 20% for Direct investment product.»

Performance fees are paid only if a performance of 8% p.a. is realised (catch-up, high-water mark).

Am 27. März 2002 kündigte der Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis auf den 30. September 2002. Gleichentags unterzeichneten die Parteien eine Austrittsvereinbarung, welche die Folgen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelte, mit Ausnahme von allfälligen Forderungen aus dem «Carried Interest Pool» gemäss Arbeitsvertrag (nachfolgend: Carried Interest bzw. Carried Interest Pool).

In der Folge erhob der Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht Zürich eine Teilklage gegen die Arbeitgeberin auf Bezahlung «seines Anspruchs am Carried Interest Pool an zwei Anlagen» in der Höhe von Fr. 29'069.–. Er machte geltend, am Erfolg des Carried Interest Pool trotz seines Austritts partizipiert zu haben, weil diese Investitionen während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses abgeschlossen worden seien. Bei den beiden Anlagen handelte es sich einerseits um die indirekte Investition in den Fond «C.» und andererseits um die direkte Investition in die Gesellschaft «D.». Mit Urteil vom 12. Januar 2010 hiess das Arbeitsgericht die Klage gut.

Gegen dieses Urteil erklärte die Beklagte Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Das Obergericht reduzierte mit Beschluss vom 12. Mai 2011 den aus dem Carried Interest Pool geschuldeten Betrag auf Fr. 5'631.30. Es erachtete den Anspruch des Klägers aus dem Carried Interest Pool für grundsätzlich gegeben, berechnete den geschuldeten Betrag jedoch nur aufgrund der direkten Investition in die Gesellschaft «D.» und wies einen Anspruch bezüglich der indirekten Investition in den Fond «C.» mangels Fälligkeit ab.

Die gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde in Zivilsachen der Beklagten wies das Bundesgericht mit Urteil vom 5. März 2012 ab, sofern darauf einzutreten war (Urteil 4A\_380/2011 vom 5 März 2012).

Mit Klage vom 6. Juni 2014 beantragte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm Fr. 245'824.90.– zuzüglich Zins zu 5% auf den Betrag von Fr. 196'016.85 seit dem 1. Juli 2011 sowie Zins zu 5% auf den Betrag von Fr. 49'808.05.– seit dem 28. Juli 2004 zu bezahlen. Gegenstand dieser Klage waren wiederum die C.-Investition sowie die D.-Investition, wobei der Kläger den ihm seines Erachtens in diesem Zusammenhang geschuldeten Restanspruch geltend machte.

Mit Urteil vom 22. Februar 2017 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich die Beklagte, dem Kläger Fr. 245'824.90 nebst Zins zu 5% seit dem 6. Juni 2014 zu bezahlen.

Dagegen erhob die Beklagte mit Eingabe 29. März 2017 beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung. Sie beantragte, das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich sei aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter zu neuer Beurteilung an das Arbeitsgericht zurückzuweisen.

Mit Urteil vom 14. März 2018 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, die Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 14. März 2018 sowie des Arbeitsgerichts Zürich vom 22. Februar 2017 seien aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter sei die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, subventualiter sei die Klage im reduzierten, die D.-Investitionbetreffenden, Betrag von Fr. 49'808.05 nebst Zins gutzuheissen. Subsubeventualiter beantragt die Beklagte, die kantonalen Urteile seien insoweit aufzuheben und zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, als sie die C.-Investition betreffen.

Aus den Erwägungen:

1.

(...)

1.2 Die Rekapitulation der Prozessgeschichte zeigt, dass in der vorliegenden Sache bereits fünf Entscheide ergangen sind, und dass das Bundesgericht sich nun zum zweiten Mal mit dieser zu befassen hat. Dies ist



darauf zurückzuführen, dass der Beschwerdegegner zunächst eine Teilklage erhob, bevor er in einem weiteren Schritt seinen Restanspruch gerichtlich geltend machte. In beiden Verfahren legte die Beschwerdeführerin, die vor allen Instanzen grundsätzlich unterlag, gegen die Urteile des Arbeitsgerichts und des Obergerichts ein Rechtsmittel ein.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erstreckt sich die materielle Rechtskraft eines Entscheides über eine Teilklage nicht auf noch nicht beurteilte Ansprüche. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erwächst vielmehr grundsätzlich nur das Urteilsdispositiv in materielle Rechtskraft, wobei dessen Tragweite sich vielfach erst aus den Urteilsbegründungen ergibt (BGE 128 III 191 E. 4; 125 III 8 E. 3b). Folglich entfaltet ein Urteil über eine Teilklage, im Prozess über die Restforderung nur bezüglich des beurteilten Teilbetrages, nicht jedoch bezüglich der Erwägungen und Feststellungen zur Gesamtforderung, Rechtskraftwirkung (BGE 125 III 8 E. 3b; 128 III 191 E. 4a, je mit Hinweisen). Dies ändert nichts daran, dass eine faktische Bindungswirkung der Gerichte besteht, die sich mit dem Teilanspruch bereits befassten (vgl. Urteil 4A\_43/2008 vom 4. März 2008 E. 3.5, wonach der Entscheid über eine Teilforderung tatsächlich eine «gewisse präjudizielle Wirkung» haben kann). Hat das Bundesgericht in einem früheren Urteil betreffend einen Teilanspruch über eine Rechtsfrage bereits entschieden, hat sich die beschwerdeführende Partei, die im Rahmen eines späteren Prozesses über die Restforderung eine erneute Beurteilung dieser Frage anstrebt, sich mit den diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts auseinanderzusetzen. Es ist darzulegen, weshalb über dieselbe Frage anders entschieden werden sollte.

## 2.

Unter dem Titel «Anwendbarkeit von Art. 322a OR» erhebt die Beschwerdeführerin verschiedene Rügen. Zuerst bringt sie vor, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in doppelter Hinsicht offensichtlich unrichtig festgestellt. Erstens handle es sich bei der vereinbarten Beteiligung entgegen der Feststellung der Vorinstanz nicht um eine Gewinnbeteiligung, sondern um eine Umsatzbeteiligung. Zweitens sei die Beschwerdeführerin nie Fondsmanagerin gewesen, sondern Beraterin von Investoren im Private Equity-Bereich. Weiter rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 322a OR. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei diese Bestimmung auf das von den Parteien vereinbarte Entschädigungssystem anwendbar.

2.1 Im Urteil 4A\_380/2011 vom 5. März 2012 setzte sich das Bundesgericht mit der Frage der Anwendbarkeit von Art. 322a OR auf die fragliche Parteivereinbarung auseinander. Dabei erwog es, dass diese Bestimmung den Anteil des Arbeitnehmers am Geschäftsergebnis regelt, welcher sich nach dem Erfolg des Unternehmens oder eines Unternehmensteils bestimmt. Massgebend für die Berechnung ist das Ergebnis des Geschäftsjahres, wie es nach den gesetzlichen Vorschriften und allgemein anerkannten kaufmännischen Grundsätzen festzustellen ist. Da die Parteien im Arbeitsvertrag vom 20. Juli 2000 ausdrücklich nicht eine Beteiligung des Beschwerdegegners an

einem jährlich messbaren Geschäftsergebnis, sondern eine Beteiligung an Kapitalerträgen bestimmter Anlagen auf Grundlage eines Carried Interest vereinbart, wurde die Anwendbarkeit von Art. 322a OR vom Bundesgericht verneint (Urteil 4A\_380/2011 vom 5. März 2012 E. 5.1.4).

2.2 Die Beschwerdeführerin unterlässt eine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Bundesgerichts. Sie kritisiert den Umstand, dass die Vorinstanz die Anwendbarkeit von Art. 322a OR verneinte, ohne sich jedoch damit zu befassen, dass das Bundesgericht über diese Rechtsfrage bereits entschieden hat. Weshalb eine von der im Urteil 4A\_380/2011 vom 5. März 2012 geäusserten rechtlichen Würdigung der fraglichen Parteivereinbarung abweichende Beurteilung sich rechtfertigt, wird von der Beschwerdeführerin nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind folglich unbegründet. Dies gilt insbesondere auch für die unter dem Titel «Anwendbarkeit von Art. 322a OR» erhobenen Sachverhaltsrügen, betreffen diese doch nur den Sachverhalt, der nach der Auffassung der Beschwerdeführerin für die Beurteilung dieser angeblichen Rechtsverletzung massgebend sein soll.

(...)

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. (...)

*Bundesgericht, Urteil vom 2. November 2018, Doss.-Nr. 2C\_132/2018 (Bestätigung des Urteils Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2017)*

### **Betreuungspersonen von Senioren; bewilligungspflichtiger Personalverleih.**

**Verleih von Betreuungspersonen, die in organisatorischer, zeitlicher und persönlicher Hinsicht im Einsatzbetrieb eingebunden sind, wobei die betreuten Senioren über wesentliche Weisungs- und Kontrollrechte verfügen. Formeller befristeter Arbeitsvertrag zwischen den Senioren und den Betreuungspersonen, der jedoch von der Beschwerdeführerin initiiert wird. Übernahme zusätzlicher Aufgaben durch die Beschwerdeführerin, die zu den Arbeitgeberpflichten gehören und nicht als blosser Arbeitsvermittlung zu betrachten sind. Die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen sind daher als bewilligungspflichtigen Personalverleih zu qualifizieren (E. 5, 5.1, 7).**

Sachverhalt:

Mit Verfügung vom 5. Juli 2013 erteilte das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Graubünden der A. GmbH die kantonale Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung in der Schweiz. Mit Verfügung vom 7. August

2013 erhielt die A. GmbH vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO die eidgenössische Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung. Die Gesellschaft erbringt ihre Dienstleistungen in privaten Haushalten mit überwiegend ausländischen Betreuungspersonen.

Mit Schreiben vom 17. September 2015 teilte das SECO der A. GmbH mit, es vermute, dass die Firma Personal verleihe und ersuchte sie um eine Stellungnahme zu ihrer Geschäftstätigkeit. Es stützte seine Vermutung auf einen befristeten Arbeitsvertrag, der von der A. GmbH als Arbeitgeberin unterzeichnet worden war. Zudem sei aus einem Dienstleistungsvertrag zwischen einem Kunden und der Firma ersichtlich, dass diese die Arbeitseinsätze koordiniere, Abrechnungen ausführe und den Verkehr mit den Ämtern übernehme. Darüber hinaus interveniere sie bei allfälligen Problemen und sei Kontakt- und Ansprechpartnerin für Kunden und Arbeitskräfte.

In ihrer Stellungnahme vom 13. Oktober 2015 wies die A. GmbH die Vermutungen des SECO betreffend ihre Geschäftstätigkeit zurück.

Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 ersuchte die A. GmbH das SECO um Erlass einer anfechtbaren Feststellungsverfügung, sofern ihre Geschäftstätigkeit als Personalverleih und nicht als Arbeitsvermittlung zu qualifizieren sei.

Mit Verfügung vom 23. August 2016 stellte das SECO fest, die A. GmbH betreibe mit ihrem Geschäftsmodell eine Personalverleihtätigkeit, für deren Ausübung sie eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes und des SECO gemäss Art. 12 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) benötige. Zudem wurde festgestellt, dass die A. GmbH nicht im Besitze dieser Betriebsbewilligung sei und ihre Tätigkeit umgehend einzustellen habe.

Eine gegen diese Verfügung am 28. September 2016 erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 21. Dezember 2017 ab.

Mit Eingabe vom 9. Februar 2018 (Postaufgabe) reicht die A. GmbH Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht ein und beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Dezember 2017 sei aufzuheben, und es sei festzustellen, dass das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin als Arbeitsvermittlung zu qualifizieren ist. Eventualiter beantragt sie die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen.

Aus den Erwägungen:

4.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen als bewilligungs-

pflichtiger Personalverleih zu qualifizieren sind oder ob es sich dabei – wie von ihr behauptet – um Arbeitsvermittlung handelt.

4.1 Ob eine Dienstleistung als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren ist oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich nach bundesgerichtlicher Praxis und Lehre aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Massgeblich ist hierbei der Inhalt des Vertrags und die Umschreibung der konkreten Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein. Als Hilfskriterien für Abgrenzungsfragen orientiert sich die Rechtsprechung auch an den Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (vgl. Urteile 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5; 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.4; 2A.425/2006 vom 30. April 2007 E. 3.2; vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung vom 15. Januar 2007, abrufbar unter <[https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen\\_Dienstleistungen/Publikationen\\_und\\_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit\\_und\\_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen\\_Erlaeuterungen\\_Arbeitsvermittlungsgesetz.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen/merkblaetter/Weisungen_Erlaeuterungen_Arbeitsvermittlungsgesetz.html)>, besucht am 5. Oktober 2018).

4.2 Die private Arbeitsvermittlung wird in Art. 2 ff. AVG geregelt.

4.2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 AVG benötigt eine Bewilligung des kantonalen Arbeitsamtes, wer regelmässig und gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt, indem er Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt (Vermittler). Wer regelmässig Arbeit ins oder aus dem Ausland vermittelt (Auslandsvermittlung), benötigt zusätzlich zur kantonalen Betriebsbewilligung eine Bewilligung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO (Art. 2 Abs. 3 AVG). Nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111) gilt als Vermittler wer: (a) mit Stellensuchenden und mit Arbeitgebern Kontakte hat und beide Parteien nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens miteinander in Verbindung bringt; (b) mit Stellensuchenden und mit Arbeitgebern Kontakte hat und beide Parteien miteinander in Verbindung bringt, indem er der anderen Partei Adresslisten übergibt; (c) nur mit Stellensuchenden Kontakte hat und ihnen nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens Adressen von Arbeitgebern übergibt, die er sich ohne Kontakte mit diesen beschafft hat; (d) besondere Publikationsorgane herausgibt, die nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang stehen und in denen mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern Handel getrieben wird; (e) Stellensuchende rekrutiert und mit einem Vermittler in Kontakt bringt oder ihm zugeführte Stellensuchende mit Arbeitgebern zusammenführt.

Die Beschwerdeführerin verfügt über Bewilligungen zur privaten Arbeitsvermittlung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 3 AVG.

4.2.2 Ziel der Vermittlung muss der Abschluss eines Arbeitsvertrags gemäss Art. 319 ff. OR sein. Die Zusammenführung im Sinne des AVG ist dann als abgeschlossen zu betrachten, sobald die eine Partei darauf hingewiesen wurde, dass sie mit der anderen Partei einen Vertrag abschliessen könnte. Ob der Vertrag anschliessend effektiv geschlossen wird, ist für die Anwendbarkeit des AVG demgegenüber nicht relevant (STEFAN FIERZ, in: Michael Kull [Hrsg.], SHK Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2. Aufl. 2014, N. 3 f. und 11 zu Art. 2 AVG).

Die Arbeitsvermittlung findet im Vorfeld eines Arbeitsverhältnisses statt. Die Dienstleistungen des Arbeitsvermittlers bestehen darin, Informationen über offene Stellen zusammenzutragen, aufzubereiten und an den Arbeitssuchenden weiterzugeben. Der Arbeitsvermittler kann je nach Umständen selber Kontakte zwischen potentiellen Arbeitnehmern und Arbeitgebern herstellen und dem Arbeitssuchenden Empfehlungen abgeben. Arbeitsvermittler können auch Tätigkeiten ausüben, die über das Zusammenführen möglicher Parteien eines Arbeitsverhältnisses hinausgehen, doch müssen diese Tätigkeiten eine sachliche Nähe zur Arbeitsvermittlung aufweisen. Dies ist beispielsweise der Fall bei der Organisations-, Unternehmens- und individuellen Karriereberatung (vgl. ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, ArbR 2010 S. 63).

4.3 Die einschlägigen Bestimmungen zum Personalverleih finden sich in Art. 12 ff. AVG und 26 ff. AVV.

4.3.1 Art. 12 Abs. 1 AVG sieht vor, dass Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Bewilligung des kantonalen Amtes benötigen. Als Verleiher gilt gemäss Art. 26 Abs. 1 AVV, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV verleiht gewerbsmässig Arbeitskräfte, wer den Einsatzbetrieben regelmässig Arbeitnehmer mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.– erzielt. Die erforderliche Regelmässigkeit liegt vor, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV).

Das Gesetz bezweckt mit der Bewilligungspflicht allgemein den Schutz der Arbeitnehmenden durch eine fachlich qualifizierte und rechtlich geregelte (Vermittlungs- und) Verleihtätigkeit (Art. 1 lit. a und c i.V.m. Art. 12 AVG; vgl. Botschaft vom 27. November 1985 zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, BBl 1985 III 556, Ziff. 232.1 S. 596 ff.). Mit der Bewilligungspflicht verbunden ist die Hinterlegung einer Kautions, welche der Absicherung der Lohnansprüche der verliehenen Arbeitnehmenden dienen soll (Art. 14 Abs. 1 AVG; Art. 35 AVV).

4.3.2 Personalverleih ist der Oberbegriff für das Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Einsatzbetrieb (Entleiher) und Arbeitnehmer. Zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein Arbeitsverhältnis, welches sich aus einem Rahmen- und einem Einsatzvertrag zusammensetzt (Art. 19 AVG). Zwischen dem Arbeitgeber und dem Einsatzbetrieb wird ein Vertrag *sui generis* (Verleihvertrag) abgeschlossen (Art. 22 AVG). Darin verpflichtet sich der Verleiher nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, sondern, dass er entsprechende Arbeitnehmer gegen Entgelt und mit ihrem Einverständnis dem Einsatzbetrieb zur Leistung von Arbeit für eine bestimmte Zeit überlässt (vgl. CHRISTIAN DRECHSLER, Personalverleih: unscharfe Grenzen, AJP 2010 S. 314 ff.; CHRISTOPH SENTI, Untypischer Personalverleih, AJP 2008 S. 1499; MICHAEL KULL/EVA-MARIA SOMMER-BÄNI, Personalverleih oder einfacher Auftrag?, AJP 2016 S. 779). Zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb besteht demgegenüber kein Vertragsverhältnis (vgl. MICHAEL KULL, in: Michael Kull [Hrsg.], SHK Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2. Aufl. 2014, N. 10 ff. zu Art. 12 AVG).

Die rechtliche Ausgestaltung des Personalverleihs ist darauf angelegt, den administrativen Aufwand, den eine arbeitsrechtliche Anstellung nötig machen würde, vom Einsatzbetrieb fernzuhalten. Gegen ein Entgelt soll die Rekrutierung von Personal und die Administration des Arbeitsverhältnisses, wie die Auszahlung des Lohns oder die Abrechnung mit den Sozialkassen, durch einen auf diese Aufgaben spezialisierten Personalverleiher erledigt werden, während der Einsatzbetrieb von den Rechtspflichten eines Arbeitgebers möglichst befreit sein soll (BACHMANN, a.a.O., S. 65 f.).

Folgende Kriterien lassen auf die Erbringung einer Arbeitsleistung in Form des Personalverleihs schliessen: Das Weisungs- und Kontrollrecht liegt beim Einsatzbetrieb; der Arbeitnehmer verrichtet seine Arbeitstätigkeit primär am Sitz des Einsatzbetriebs mit den vom Einsatzbetrieb zur Verfügung gestellten Werkzeugen, Materialien oder Geräten; der Einsatzbetrieb trägt die Gefahr für eine allfällige Schlechterfüllung der Arbeitsleistung, während der Verleiher nur für die gute Auswahl des Arbeitnehmers haftet, jedoch keinen bestimmten Erfolg garantiert (vgl. SECO-Weisungen, a.a.O., S. 66).

4.3.3 Aufgrund seiner konkreten Stellung als «faktischer» Arbeitgeber während des Verleihs steht dem Einsatzbetrieb das Weisungsrecht, aber auch die Fürsorgepflicht zu. Dabei ist die Delegation des Weisungsrechts ein wesentliches Element des Personalverleihs (vgl. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl. 2015, S. 67; NATHALIE STOFFEL, Arbeitsmarkt: Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih, in: Biaggini et al. [Hrsg.], FHB Verwaltungsrecht 2015, S. 745). Weisungsbefugnisse gelten dann als abgetreten oder überlassen, wenn es der Einsatzbetrieb ist, welcher den Arbeitnehmer über die Art und den Umfang der zu verrichtenden Arbeiten vor Ort instruiert und ihm die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung stellt. Dabei kommen dem Ein-

satzbetrieb gegenüber dem Arbeitnehmer Weisungsrechte zu, wie sie sonst gestützt auf Art. 321d OR nur dem Arbeitgeber zur einseitigen Konkretisierung des Arbeitsvertrags zukommen. Dennoch wird der Verleiher nicht vollständig aus seinen Pflichten als Arbeitgeber entlassen, sondern er trägt die Verantwortung für die Auswahl des für den Einsatz am besten geeigneten Arbeitnehmers (STOFFEL, a.a.O., S. 746) und übernimmt gegenüber den Kunden die Verantwortung für die Qualität der von seinen Angestellten zu erbringenden Dienstleistungen (KULL/SOMMER-BÄNI, a.a.O., S. 779). Somit kommt es zu einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion und des Weisungsrechts zwischen Einsatzbetrieb und Personalverleiher (vgl. Urteil 2C\_543/2014 vom 26. November 2013 E. 2.1 mit Hinweisen). Daher wird mitunter der Einsatzbetrieb als faktischer Arbeitgeber und der Personalverleiher als rechtlicher Arbeitgeber bezeichnet. Der Personalverleiher erfüllt gegenüber dem Arbeitnehmer die Lohnzahlungspflicht und rechnet mit den Sozialkassen und den Steuerbehörden ab. Ist der Entleiher mit der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht zufrieden, kann er sich an den Personalverleiher wenden und allenfalls eine andere geeignete Kraft verlangen. Das Kündigungsrecht betreffend den Arbeitsvertrag steht ausschliesslich dem Personalverleiher zu (BACHMANN, a.a.O., S. 68 ff.).

5.

Vorliegend ist unbestritten, dass die Senioren über wesentliche Weisungs- und Kontrollrechte verfügen und dass die Betreuungspersonen in organisatorischer, zeitlicher und persönlicher Hinsicht im Einsatzbetrieb eingebunden sind (vgl. auch E. 4.4.1 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdeführerin stellt sich jedoch auf den Standpunkt, sie sei keine Arbeitgeberin. Ihre Tätigkeiten beschränkten sich auf eine reine Arbeitsvermittlung. Sie schliesse selber keine Verträge mit den Betreuungspersonen ab, die zu keinem Zeitpunkt ihre Arbeitnehmerinnen seien. Die Arbeitsverträge mit den Betreuungspersonen würden durch die Senioren geschlossen, die sowohl den Lohn wie auch allfällige Lohnerhöhungen, Betreuungstage, Arbeitszeiten, freie Tage und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmen würden. Die Beschwerdeführerin verfüge über kein Weisungsrecht gegenüber den Betreuungspersonen, sondern die Weisungen erfolgten ausschliesslich durch die Senioren. Daher liege gerade keine geteilte Arbeitgeberposition vor. Die verschiedenen administrativen Arbeiten, welche die Beschwerdeführerin übernehme, würden immer stellvertretend im Namen der Senioren und nicht in ihrem eigenen Namen durchgeführt. Die Laufzeit richte sich nach der vom Kunden gewünschten Betreuung und Unterstützung und der betreffende Auftrag sei jederzeit separat kündbar. Diese Administrativdienstleistungen seien klar spezifiziert und bezüglich Vergütung transparent ausgewiesen worden. Ferner werde die Beschwerdeführerin als Vermittlerin mittels eines Fixpreises entschädigt, was ebenfalls gegen das Vorliegen von Personalverleih spreche.

5.1 Die Vorinstanz hat das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin geprüft und ist gestützt auf die Akten und die Ausführungen des SECO

zum Schluss gekommen, sie erfülle faktisch die Eigenschaft einer Arbeitgeberin. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin übernehme zusätzliche Aufgaben, welche zu den Arbeitgeberpflichten gehörten und nicht mehr als Arbeitsvermittlung zu qualifizieren seien. Die Beschwerdeführerin kläre im Vorfeld des Vertrags ab, welche Bedürfnisse der Senior habe und suche eine entsprechende Betreuungsperson. Ein befristeter Arbeitsvertrag werde zwar formell zwischen dem Senior und der Betreuungsperson abgeschlossen, doch werde dieser von der Beschwerdeführerin initiiert. Indem sie die Arbeitseinsätze und den Arbeitsvertragsabschluss koordine, die sich daraus ergebenden Abrechnungen ausführe und mit den Ämtern und weiteren im Geschäftsablauf involvierten Stellen verkehre, erledige die Beschwerdeführerin typische Arbeitgeber Tätigkeiten. Ihr Geschäftsmodell sei insgesamt darauf ausgerichtet, die Senioren von sämtlichen administrativen Tätigkeiten zu entlasten. Das Dienstleistungsangebot zeige zudem, dass ein ständiger direkter Kontakt zwischen den Betreuungspersonen und der Beschwerdeführerin bestehen müsse, weil die kurzen Einsätze, Folgeeinsätze sowie die Organisation der An- und Abreise der Betreuungspersonen nichts anderes erlaubten. Schliesslich würden auch Lohnzahlungen durch die Beschwerdeführerin ausgelöst. Die Vorinstanz kam aufgrund dieser Elemente zum Schluss, dass obwohl formaljuristisch kein Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Betreuungspersonen vorliege, von einer Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion auszugehen sei (vgl. E. 4.4.1 und 4.4.2 des angefochtenen Urteils).

5.2 Die Ausführungen der Vorinstanz sind nicht zu beanstanden.

5.2.1 Die Beschwerdeführerin bietet Senioren Betreuung und Unterstützung zu Hause (vgl. E. 4.3 des angefochtenen Urteils). Sie schliesst mit den Senioren einen «Dienstleistungsvertrag für die Vermittlung von Arbeitskräften als Unterstützung in der Seniorenbetreuung und im Haushalt» (vgl. E. 3.3.2 des angefochtenen Urteils) ab. Gegenstand dieses Dienstleistungsvertrags, auf welchen die Vorinstanz Bezug nimmt, ist «die Vermittlung von ausländischen Arbeitskräften zur Haushalts- und Betreuungsunterstützung». Dabei «klärt [die Beschwerdeführerin] die spezifische Haushalts- und Mobilitätssituation bei Senioren/Seniorinnen ab, sucht und vermittelt bestmöglich geeignete Hilfen für ältere Menschen, damit diesen so ein längeres Leben in den eigenen vier Wänden ermöglicht wird. [Sie] koordiniert die befristeten Arbeitseinsätze, den Abschluss der Arbeitsverträge sowie im unterstützenden Sinne das Ausführen der sich daraus ergebenden Abrechnungen und den Verkehr mit Ämtern und weiteren im Geschäftsablauf involvierten Stellen. Des Weiteren kann bedarfsweise Beratung bei Infrastrukturfragen und Hilfe bei allfällig entstehenden Problemen angeboten werden. [Die Beschwerdeführerin] ist Kontakt- und Ansprechstelle für die Kundschaft und die Arbeitskräfte während der gesamten Vertragsdauer» (vgl. Ziff. 1 des Dienstleistungsvertrags und E. 4.3 des angefochtenen Urteils). Mittels einer Vollmacht kann der Senior die Beschwerdeführerin



sodann ermächtigen, in seinem Interesse und in seinem Namen «alle notwendigen Geschäfte zu tätigen. Dies schliesst insbesondere auch den Verkehr mit den Ämtern und weitere für einen geordneten Geschäftsablauf notwendigen Kontakte ein» (vgl. Ziff. 3 des Dienstleistungsvertrags sowie E. 4.4.2 und 4.3.1 des angefochtenen Urteils). Die Bedarfsabklärung durch die Beschwerdeführerin erfolgt gestützt auf den Fragebogen «Erhebung Betreuungs- und Unterstützungsaufwand/Wohnsituation». Darin macht der Senior Angaben zu seiner Wohn- und Gesundheitssituation sowie zu seinen Gewohnheiten und Interessen und bringt zum Ausdruck, welche Leistung er von der Beschwerdeführerin erwartet.

Die durch die Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen können der «Kostengliederung Vermittlung und treuhänderische Übernahme der Anstellungs-Administration» entnommen werden (vgl. auch E. 3.3.2 und 4.3.1 des angefochtenen Urteils). Die Kostengliederung ist gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin in Kombination mit dem Dienstleistungsvertrag zu lesen. Darin werden die gesetzlich geregelten Mindestlohnkosten für die Haushalt- und Betreuungskraft sowie die Kosten für die Arbeitskraftvermittlung, die Organisation der An- und Abreise und des Transports der Arbeitskraft ausgeführt. Ferner werden – unter Hinweis auf die Notwendigkeit einer Vollmacht – weitere administrative Tätigkeiten aufgelistet, wie die Vorbereitung der Arbeitsverträge, die An- und Abmeldung bei der Gemeinde, der Sozialversicherungsanstalt und dem Steueramt, die Erstellung von Lohnabrechnungen oder die An- und Abmeldung bei der Unfall- und Krankenversicherung.

Die einzelnen Arbeitsverträge mit den Betreuungskräften werden schliesslich von den Senioren unterzeichnet. Dabei handelt es sich um standardisierte Verträge, die durch die Beschwerdeführerin vorbereitet und den Senioren bzw. ihren Angehörigen zur Unterschrift vorgelegt werden. Die Senioren können zudem mittels Vollmacht die Beschwerdeführerin dazu beauftragen, alle im Zusammenhang mit der Anstellung der privaten Haushalts- und Betreuungshilfen notwendigen Arbeiten sowie den Verkehr mit den Ämtern stellvertretend und in ihrem Interesse zu übernehmen.

5.2.2 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin darauf ausgerichtet, den Senioren das Leben in den eigenen vier Wänden zu erleichtern. Die Entlastung des Einsatzbetriebs von sämtlichem administrativem Aufwand ist auch einer der Zwecke des Personalverleihs (vgl. E. 4.3.2 hiavor). Die Ausgestaltung des Dienstleistungsvertrags deutet darauf hin, dass die Beschwerdeführerin den Senioren grundsätzlich ein Gesamtpaket inklusive Treuhanddienstleistungen bieten möchte. Damit gehen die von ihr angebotenen Dienstleistungen über eine reine Arbeitsvermittlung hinaus (vgl. E. 4.4.1 und 4.4.2 des angefochtenen Urteils; vgl. auch E. 4.2.2 hiavor).

5.2.3 Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, die Senioren seien bei der Ausgestaltung der Verträge frei; die von ihr eingereichten Verträge zeigen allerdings, dass die Kunden offenbar die Standardverträge wäh-

len. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht. Den genannten Verträgen kann ferner entnommen werden, dass sich die Senioren in der Regel für den Mindestlohn entscheiden. Die Lohnzahlungen werden sodann von der Beschwerdeführerin ausgelöst. Soweit die Senioren sich für eine Vermittlung mit zusätzlicher treuhänderischer Abwicklung entscheiden, beinhaltet die monatliche Pauschale an die Beschwerdeführerin gemäss der eingereichten Kostengliederung (vgl. E. 5.2.1 hiervor) auch die Lohnkosten der Betreuungskraft. In diesem Fall sind die Senioren grundsätzlich an den Dienstleistungsvertrag gebunden, der sie zur Zahlung einer monatlichen Pauschalentschädigung verpflichtet. Es erscheint deshalb als naheliegend, dass die Senioren allfällige Lohnerhöhungen zunächst mit der Beschwerdeführerin besprechen müssen. Aus den Akten ergibt sich somit, dass die Löhne im Wesentlichen durch die Beschwerdeführerin bestimmt werden und die Senioren zumindest kein Interesse daran haben, abweichende Löhne zu vereinbaren. Die von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele stellen Einzelfälle mit geringen Abweichungen von den Minimallöhnen dar und vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Schliesslich wird der Entscheidungsspielraum der Senioren auch in Bezug auf die Laufzeit der Verträge durch den Dienstleistungsvertrag eingeschränkt. So wird dort sowohl eine feste Laufzeit von zwei bis drei Monaten wie auch eine Probezeit von zwei Wochen vereinbart (vgl. Ziff. 2 des Dienstleistungsvertrags).

5.2.4 Wie die Vorinstanz ausführt, bedingt das Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin zudem, dass sie ab Beginn des Einsatzes in direktem Kontakt zu den Betreuungskräften und den Senioren steht. Dies geht bereits aus dem Dienstleistungsvertrag vor, wo die Beschwerdeführerin selber angibt, «Kontakt- und Ansprechstelle für die Kundschaft und die Arbeitskräfte während der gesamten Vertragsdauer» zu sein (vgl. Ziff. 1 des Dienstleistungsvertrags und E. 4.3 des angefochtenen Urteils). Zudem organisiert sie die An- und Abreise der Betreuungskräfte sowie die Folgeeinsätze (vgl. Ziff. 4.4.2 des angefochtenen Urteils). Daraus folgt, dass ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Betreuungskräften besteht.

5.2.5 Ferner greift das Argument der Beschwerdeführerin, sie habe kein Weisungsrecht gegenüber den Betreuungskräften, nicht. Wie bereits ausgeführt, ist das Weisungsrecht bei Personalverleihverhältnissen in der Regel gespalten: Während der Einsatzbetrieb den Arbeitnehmer über die Art und den Umfang der zu verrichtenden Arbeiten vor Ort instruiert und ihm die notwendigen Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, trägt der Verleiher insbesondere die Verantwortung für die Auswahl des für den Einsatz am besten geeigneten Arbeitnehmers (vgl. E. 4.3.3 hiervor). Vorliegend wählt die Beschwerdeführerin aufgrund der Bedürfnisanalyse eine geeignete Betreuungskraft aus und weist sie einem bestimmten Kunden zu. Zudem übernimmt sie in der Regel sämtliche administrativen Arbeiten im Zusam-

menhang mit der Anstellung, inklusive Lohnauszahlung. Damit führt sie Tätigkeiten aus, die typischerweise einem Personalverleiher obliegen.

5.2.6 Nichts zu ihren Gunsten kann die Beschwerdeführerin aus dem Argument ableiten, sie werde durch einen Fixpreis entschädigt, was das Vorliegen eines Personalverleihverhältnisses ausschliesse. Wie das SECO in seiner Stellungnahme festhält, handelt es sich beim Fixpreis um ein Hilfskriterium, das sich auf die Abgrenzung zwischen der Erfüllung eines Auftrags oder Werkvertrags und der Erbringung einer Arbeitsleistung der Arbeitskraft beim Kunden bezieht. Ein Fixpreis kann darauf hindeuten, dass ein Betrieb beim Kunden eine Dienstleistung in Form eines Auftrags oder Werkvertrags erbringt und damit auch einen gewissen Erfolg für die Arbeit seiner Mitarbeiter garantiert. Bleibt dieser Erfolg aus, wird der Arbeitgeber in der Regel auf einen Teil des vereinbarten Entgelts verzichten (vgl. auch SECO-Weisungen, a.a.O., S. 62). Demgegenüber ist dieses Kriterium im Falle der Arbeitsvermittlung nicht relevant, da die Vermittlung – im Gegensatz zu einem Auftrag oder einem Werkvertrag – nicht von einer Hilfsperson des Arbeitgebers bei einem Dritten vor Ort erbracht wird. Zudem stellt die Vereinbarung eines Fixpreises lediglich ein mögliches Kriterium zur Abgrenzung des Personalverleihs von anderen Vertragsverhältnissen dar.

Vorliegend ist die Vorinstanz ohnehin zum Schluss gekommen, der Dienstleistungsvertrag enthalte keinen Fixpreis (vgl. Ziff. 4.4.2 des angefochtenen Urteils). Dieser Schluss ist weder willkürlich noch verletzt er sonstwie Bundesrecht: Gemäss Dienstleistungsvertrag wird monatlich ein nicht weiter spezifizierter Pauschalbetrag in Rechnung gestellt. Dieser kann sich nach Vereinbarung zwischen dem Kunden und der Beschwerdeführerin, je nach einem neu zur Anwendung kommenden befristeten Arbeitsvertrag oder wegen weiteren Dienstleistungen verändern (vgl. Ziff. 4 des Dienstleistungsvertrags). Die monatlichen Kosten, mit welchen die Kunden der Beschwerdeführerin zu rechnen haben, hängen folglich von den gewünschten Dienstleistungen ab (vgl. auch die durch die Beschwerdeführerin eingereichte Kostengliederung). Endet der Vertrag während der vierzehntägigen Probezeit ohne gewünschte Neuanstellung, wird zusätzlich eine Administrations- und Umtriebspauschale verabredet (vgl. Ziff. 4 des Dienstleistungsvertrags). Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist für die reine Vermittlung, unter Verzicht auf die administrativen Dienstleistungen, ein Fixpreis von Fr. 1'260.– geschuldet. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die durch die Kunden der Beschwerdeführerin geschuldete Vergütung von verschiedenen Kriterien wie der Vertragsdauer oder den gewählten Dienstleistungen abhängt und somit keinen Fixpreis darstellt.

5.2.7 Schliesslich erscheint es als unwahrscheinlich, dass bei einem Geschäftsmodell, welches sich an betreuungs- und unterstützungsbedürftige Senioren richtet, die Kundschaft der Beschwerdeführerin den Willen hat, sämtliche Aufgaben eines Arbeitgebers zu übernehmen. Vielmehr ist

davon auszugehen, dass die Senioren, aufgrund ihres Alters oder des Gesundheitszustandes, lediglich Unterstützung durch eine Betreuungsperson sowie einen Ersatz für diese nach Ablauf des Einsatzes oder nach einer all-fälligen vorzeitigen Beendigung erhalten wollen, ohne sich um den damit zusammenhängenden administrativen Aufwand kümmern zu müssen.

5.3 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit der Koordination der Arbeitseinsätze und des Arbeitsvertragsabschlusses, mit dem Ausführen der mit der Anstellung zusammenhängenden Geschäfte sowie mit dem Verkehr mit den Ämtern und anderen involvierten Stellen Tätigkeiten ausübt, die den Rahmen einer Arbeitsvermittlung bei Weitem sprengen. Vielmehr handelt es sich dabei um spezifische Tätigkeiten, die in der Regel ein Arbeitgeber ausführt. Indem die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, es liege eine Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion (vgl. E. 4.4.2.1 des angefochtenen Urteils) vor, hat sie weder den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, noch hat sie sonst wie Bundesrecht verletzt.

6.

Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, bei der Abgrenzung des Personalverleihs von anderen Rechtsverhältnissen sei gemäss neuerer Lehre massgebend, ob der Gegenstand des Vertrags primär in der Überlassung einer Person oder in der Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung bestehe. Auch wenn bei den hauswirtschaftlichen Betreuungs- und Pflegedienstleistungen der Person des Arbeitnehmers ein gewisses Gewicht zukomme, stehe letztlich doch die fachgerechte Dienstleistung im Vordergrund. Auch aus ausländerrechtlichen Gründen müssten die Betreuungspersonen regelmässig ausgewechselt werden. Zudem sei das AVG auf Tätigkeiten in Privathaushalten grundsätzlich restriktiv anzuwenden.

6.1 Das Bundesgericht hat bereits festgehalten, dass auch Betreuungs- und Hausdienste grundsätzlich vom Arbeitsvermittlungsgesetz erfasst werden können (Urteile 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5; 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.4; vgl. auch SECO Weisungen, S. 153). Ob eine Betreuungsorganisation unter die Bewilligungspflicht für Personalverleih nach Art. 12 ff. AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Gegebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das (zumindest geteilte) Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt. Ebenso muss Gewerbmässigkeit vorliegen und der Privathaushalt muss, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder «Dritter» bezeichnet werden können, wobei dieser Begriff mit den Weisungsbefugnissen des Entleihers zuweilen eng verbunden ist. Demgegenüber ist die Tätigkeit nicht bewilligungspflichtig im Sinne von Art. 12 ff. AVG, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben

kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (Urteile 2C\_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.5; 2C\_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6; vgl. SECO-Weisungen, a.a.O., S. 153 f.).

6.2 Die Unterstellung der Betreuungs- und Hausdienste unter die Bestimmungen über den Personalverleih wurde in der Lehre teilweise kritisiert. Dabei wird insbesondere die Auffassung hinterfragt, wonach dem Privathaushalt oder der zu betreuenden Person wesentliche, über das Mass eines Auftrags hinausgehenden Weisungsbefugnisse, eingeräumt werden könnten. Zudem wird bezweifelt, dass Personen, die an physischen oder psychischen Defiziten leiden, in der Lage seien, die entsprechenden Fach- und Zielanweisungen zu erteilen (vgl. FABIAN LOOSER, Der Personalverleih, Diss. Basel 2015, S. 81 ff.; MICHAEL KULL, Die Abgrenzung des einfachen Auftrags zum Personalverleih am Beispiel der hauswirtschaftlichen Tätigkeit, AJP 2013 S. 1492; KULL/SOMMER-BÄNI, a.a.O., S. 781 f.). Die entsprechenden Bedenken werden auch damit begründet, dass das Weisungsrecht untrennbar mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers verbunden ist (vgl. KULL, a.a.O., S. 1491). Gemäss einer weiteren von der Beschwerdeführerin zitierten Lehrmeinung könne bei hauswirtschaftlichen Tätigkeiten deshalb kein Personalverleih vorliegen, weil die fachgerechte Dienstleistung im Vordergrund stehe und das Betreuungspersonal austauschbar sei (vgl. LOOSER, a.a.O., S. 79). Diese Lehrmeinung gründet auf der Auffassung, wonach beim Personalverleih die Ausführung der Arbeit gegenüber dem Kriterium der ausführenden Person in den Hintergrund trete. Stehe lediglich die Dienstleistung im Vordergrund, spiele es keine Rolle, ob und welche Erfahrung bzw. Qualifikationen der ausführende Arbeitnehmer habe. Demgegenüber stehe beim Personalverleih die Überlassung eines geeigneten Arbeitnehmers im Vordergrund (vgl. CHRISTOPH SENTI, Auftrag oder Personalverleih, AJP 2013 S. 360).

6.3 Beim Geschäftsmodell der Beschwerdeführerin kann allerdings nicht behauptet werden, die Person des Arbeitnehmers spiele im Verhältnis zur Erbringung einer Dienstleistung lediglich eine untergeordnete Rolle. So ist die Beschwerdeführerin darauf spezialisiert, geeignete Betreuungskräfte zu suchen. Dem vorinstanzlichen Urteil kann ferner entnommen werden, dass die Beschwerdeführerin bei der Vermittlung der Arbeitskraft darauf achtet, dass die «Chemie» zwischen den Senioren und der vermittelten Betreuungskraft stimmt (vgl. E. 3.3.2 und 3.3.3 des angefochtenen Urteils). Zudem können die Senioren beim Ausfüllen des Fragebogens zum Betreuungs- und Unterstützungsaufwand Angaben zu den gewünschten Eigenschaften und Fähigkeiten der Betreuerin oder Haushilfe machen, wie zum Beispiel zum bevorzugten Alter oder Charakter. Ferner wohnen und arbeiten die Betreuungspersonen bei den Senioren während maximal drei Monaten, wodurch sie Zugang zu ihrem Privatbereich erhalten. Ein vertrauensvolles Verhältnis zu den Betreuungskräften erscheint deshalb – auch mit Blick auf den Schutz der Privatsphäre der betreuten Personen – von zentra-

ler Bedeutung. Daraus kann ebenfalls geschlossen werden, dass für die Senioren sehr wohl eine Rolle spielt, wer in ihrem Privathaushalt zum Einsatz kommt. Schliesslich kann dieselbe Betreuungskraft auch für Folgeeinsätze bei denselben Kunden vermittelt werden, so dass ein gutes persönliches Verhältnis zwischen der Betreuungskraft und dem Senior wesentlich ist. Aus diesen Gründen kann der Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Dienstleistung und nicht die Person der Betreuerin oder Haushaltshilfe im Vordergrund stehe, nicht gefolgt werden. Im Übrigen wird von der Beschwerdeführerin nicht bestritten, dass die Senioren über erhebliche Weisungsbefugnisse gegenüber den Betreuungskräften verfügen, im Gegenteil: Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Senioren das alleinige Weisungsrecht hätten. Ebenfalls nicht geltend gemacht wird, dass die Senioren aus gesundheitlichen oder Altersgründen das Weisungsrecht nicht ausüben könnten. Unbestritten ist schliesslich, dass die Beschwerdeführerin gewerbsmässig handelt. Folglich besteht vorliegend kein Anlass, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen, wonach Betreuungs- und Hausdienste unter die Bestimmungen des Personalverleihs fallen können, wobei für die Beurteilung stets die konkret vereinbarte Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie die tatsächlichen Gegebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb massgebend sind.

7.

Im Ergebnis ist die Auffassung der Vorinstanz, wonach die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen als bewilligungspflichtigen Personalverleih zu qualifizieren sind, nicht zu beanstanden und verletzt kein Bundesrecht. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. (...)

*Bundesgericht, Urteil vom 6. November 2018, Doss.-Nr. 1C\_142/2018 (Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Februar 2018)*

**Angehöriger der Armee, der Zugang zu klassifizierten Informationen hat; Personensicherheitsprüfung, Art. 19 ff. BWIS.**

**Ziel der Personensicherheitsprüfung ist es, bei Personen (vorliegend Mitarbeiter im VBS), die eine gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a bis e des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) sensible Arbeit verrichten, Sicherheitsrisiken aufzudecken. Als solche gelten namentlich Korruption, finanzielle Probleme, Abhängigkeiten, Erpressbarkeit und exzessiver Lebenswandel. Derartige Risiken im Rahmen der Personensicherheitsprüfung zu identifizieren, liegt im öffentlichen Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV) (E. 2.4).**

**Im Rahmen einer Personensicherheitsprüfung betreffend die finanzielle Situation des Arbeitnehmers werden nicht das steuerbare Einkommen oder Vermögen der vergangenen Jahre betrachtet, sondern die den Steuerdaten zugrundeliegenden Informationen, wie beispielsweise das Nettoeinkommen, das Wertschriftenverzeichnis oder die deklarierten Schulden. Die entsprechenden Informationen über fünf Jahre hinweg geben einen guten Überblick über die finanziellen Verhältnisse der betroffenen Person. Beispielsweise kann ihnen die Entwicklung der finanziellen Situation (Erhöhung des Vermögens, Anhäufung von Schulden etc.) entnommen werden. Weiter lassen sich Auffälligkeiten wie grössere Geldbewegungen (Geldzu- und -abflüsse) auf einzelnen Konten feststellen und diese mit der betroffenen Person gegebenenfalls plausibilisieren. Indem sich der Arbeitnehmer weigerte, die unterbreiteten Tabellen auszufüllen und auch das nachträgliche Einreichen von Belegen zur Verifizierung einzelner Positionen von vornherein ausschloss, verunmöglichte er eine hinreichende Erhebung sicherheitsrelevanter Daten über seine finanzielle Situation im Sinne von Art. 20 Abs. 1 BWIS (E. 3.4, 3.8).**

Sachverhalt:

A. ist Mitarbeiter der Fachstelle Personensicherheitsprüfungen im Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (nachfolgend: Fachstelle PSP VBS). In seiner Funktion als Ermittler führt er unter anderem Personensicherheitsprüfungen «...» durch. Im Jahr 2011 wurde er seinerseits einer erweiterten Personensicherheitsprüfung mit Befragung durch die Fachstelle Personensicherheitsprüfungen der Bundeskanzlei (nachfolgend: Fachstelle PSP BK) unterzogen und von dieser als unbedenklich eingestuft.

Am 8. April 2016 ersuchte der Armeestab bei der Fachstelle PSP BK mit Zustimmung von A. um eine Wiederholung der Personensicherheitsprüfung. Die Fachstelle PSP BK forderte A. mit Schreiben vom 8. April 2016 auf, zur Abklärung seiner finanziellen Verhältnisse die angefügte Ermächtigungserklärung für die Einsichtnahme in seine Steuerakten unterschrieben einzureichen, was dieser jedoch mit Verweis auf die fehlende gesetzliche Grundlage ablehnte. Daraufhin bot ihm die Fachstelle PSP BK mit Schreiben vom 9. Mai 2016 an, die für sie als notwendig erachteten Unterlagen selbst einzureichen: Kopien der Steuererklärungen 2011–2015 (inkl. sämtliche Beilagen und Bescheinigungen), Steuerveranlagung des Steuerjahrs 2015 (soweit vorliegend, auch provisorisch), sämtliche Inkasodaten seit 2011 (Stand: 30. April 2016), behördliche Angabe, ob aktuell Steuerschulden existieren. A. teilte der Fachstelle PSP BK erneut mit, dass er die Ermächtigungserklärung nicht unterschreiben werde. Er sei jedoch bereit, seine globalen Steuerdaten (steuerbares Einkommen/Vermögen) bekannt zu geben und eine Bestätigung der zuständigen Steuerbehörde beizu-

bringen, welche Auskunft über allfällige Steuerschulden sowie Nachsteuer- oder Steuerstrafverfahren geben werde. Diese Bestätigung reichte er mit Eingabe vom 16. März 2017 ein. Darauf befinden sich zusätzlich Angaben zum definitiven oder provisorischen steuerbaren Einkommen (Kanton und Bund) und zum Reinvermögen der Jahre 2011 bis 2015.

Am 6. März 2017 fand die persönliche Befragung von A. durch die Fachstelle PSP BK statt. In Bezug auf seine finanzielle Situation wurden ihm zwei Tabellen zu Vermögenswerten und anderen finanziellen Kennziffern unterbreitet. Man schlug ihm vor, diese mit nach Hause zu nehmen und dort unter Zuhilfenahme seiner Unterlagen auszufüllen. Zudem wies man ihn darauf hin, dass danach zu einzelnen Punkten nicht nur Fragen gestellt, sondern allenfalls auch Belege eingefordert werden könnten. A. lehnte dieses Vorgehen jedoch ab, weil dies einer Einsicht in seine Steuerakten gleichkomme und die Fachstelle PSP BK den Inhalt der ausgefüllten Tabellen – wie bei einer mündlichen Auskunft – nicht überprüfen könne. Er sei weder in der Befragung noch zu einem späteren Zeitpunkt bereit, die den Steuererklärungen zugrundeliegenden Informationen bekannt zu geben. Stattdessen könne die Fachstelle PSP BK die einzelnen Positionen aus den Tabellen mündlich erfragen. Er werde darauf Antwort geben, sofern er dies als sicherheitsrelevant erachte. Als A. in der Folge zu seinen finanziellen Verhältnissen befragt wurde, wollte oder konnte er gewisse Fragen mangels Verfügbarkeit der Informationen vor Ort jedoch nicht beantworten.

Nachdem die Fachstelle PSP BK A. das rechtliche Gehör gewährt hatte, erliess sie mit Verfügung vom 2. August 2017 eine Feststellungserklärung, wonach zu wenig Daten für die Prüfung der finanziellen Verhältnisse vorhanden seien, um das Vorliegen eines Sicherheitsrisikos beurteilen zu können. Zur Begründung führte die Fachstelle PSP BK im Wesentlichen aus, dass die eingereichte Bestätigung des Steueramts sowie die mündlichen Auskünfte von A. nicht geeignet seien, um eine Beurteilung seiner finanziellen Verhältnisse vorzunehmen. Die vorhandenen Daten würden sich weder plausibilisieren noch verifizieren lassen und deckten nicht einen angemessenen Zeitraum ab. Aufgrund der mangelnden Mitwirkung von A. in diesem Bereich und der sich daraus ergebenden unzureichenden Datenbasis sei es ihr nicht möglich, eine materielle Verfügung zu erlassen.

Mit Schreiben vom 11. August 2017 erhob A. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er verlangte die Aufhebung der Verfügung der Fachstelle PSB BK und den Erlass einer Sicherheitserklärung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Personensicherheitsprüfungen vom 4. März 2011 (PSPV; SR 120.4). Mit Urteil vom 19. Februar 2018 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde ab.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vom 22. März 2018 beantragt A., das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben und die Sache an die Fachstelle PSP



BK zur Neubeurteilung und zum Erlass einer Verfügung nach Art. 22 Abs. 1 lit. a-c PSPV zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung der Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV) und der Privatsphäre (Art. 13 BV). Es fehle eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse, zudem sei der Eingriff in seine Privatsphäre unverhältnismässig. Art. 20 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) erlaube nicht das Einverlangen der kompletten Steuererklärung samt Beilagen. Beispielsweise hätten Angaben zu Krankheitskosten, Einzahlungen in die 3. Säule oder Schenkungen nichts mit gemäss dieser Bestimmung relevanten Sicherheitsrisiken zu tun. Die von ihm gelieferten Angaben des Steueramts, die Betreibungs- und Konkursregisterauszüge sowie die mündlichen Auskünfte anlässlich der persönlichen Befragung gäben hinreichend Aufschluss über seine finanzielle Lage. Mehr könnte nur verlangt werden, wenn konkrete zusätzliche Anhaltspunkte vorlägen, dass seine finanziellen Verhältnisse problematisch seien.

2.2 Die vorliegend in Frage stehende erweiterte Personensicherheitsprüfung mit Befragung stellt als die eingehendste Prüfungsstufe einen erheblichen Eingriff in die von Art. 13 BV geschützte Privatsphäre des Betroffenen dar (vgl. Art. 9 ff. PSPV und BGE 130 II 473 E. 4.5 S. 479). Eine Einschränkung dieses Grundrechts ist zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse liegt und verhältnismässig ist (Art. 36 BV). Den in Art. 5 BV verankerten Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns kommt im vorliegenden Zusammenhang keine hierüber hinausgehende Bedeutung zu.

2.3 Art. 20 Abs. 1 BWIS sieht vor, dass bei der Sicherheitsprüfung sicherheitsrelevante Daten über die Lebensführung der betroffenen Person erhoben werden, insbesondere über ihre engen persönlichen Beziehungen und familiären Verhältnisse, ihre finanzielle Lage, ihre Beziehungen zum Ausland und Aktivitäten, welche die innere oder die äussere Sicherheit in rechtswidriger Weise gefährden können (Satz 1). Über die Ausübung verfassungsmässiger Rechte werden keine Daten erhoben (Satz 2). Diese Bestimmung stellt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Erhebung sicherheitsrelevanter Daten über die finanzielle Lage der betroffenen Person dar (Art. 36 Abs. 1 BV).

2.4 Ziel der Personensicherheitsprüfung ist es, bei Personen, welche eine gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a bis e BWIS sensible Arbeit verrichten oder verrichten würden, Sicherheitsrisiken aufzudecken. Der Bundesrat hat in der Botschaft dazu ausgeführt, eine der heikelsten und intensivsten Bedrohungen der inneren Sicherheit entstehe dann, wenn an besonders wich-

tigen Schlüsselpositionen eingesetzte Personen Verrat übten, gegen den Staat selber arbeiteten oder seine Institutionen auf rechtswidrige Art verändern wollten. Es sollten dort nur Personen eingesetzt werden, die nicht erpressbar seien und Gewähr böten, das ihnen entgegengebrachte Vertrauen nicht zu missbrauchen (Botschaft vom 7. März 1994 zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.o.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei», BBl 1994 II 1147 Ziff. 123.2). Als Sicherheitsrisiken gelten nach der Praxis unter anderem Korruption, finanzielle Probleme, Abhängigkeiten, Erpressbarkeit und exzessiver Lebenswandel (Urteil 8C\_788/2011 vom 2. Mai 2012 E. 2 mit Hinweis). Derartige Risiken im Rahmen der Personensicherheitsprüfung zu identifizieren, liegt im öffentlichen Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV).

2.5 Der Beschwerdeführer bestreitet nicht im Grundsatz, dass für die Erhebung von sicherheitsrelevanten Daten über die finanzielle Lage der betroffenen Person im Rahmen einer Personensicherheitsprüfung eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse besteht. Er ist allerdings der Auffassung, dass die von ihm verlangten Daten nicht sicherheitsrelevant sind. Mit derselben Begründung bestreitet er die Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 36 Abs. 3 BV). Darauf ist im Folgenden im Rahmen der Prüfung der Frage, ob die Fachstelle PSP BK eine Feststellungserklärung erlassen durfte, einzugehen.

### 3.

3.1 Die Prüfbehörde erlässt gemäss Art. 22 Abs. 1 PSPV eine Sicherheitserklärung, wenn sie die Person als unbedenklich beurteilt (lit. a), eine Sicherheitserklärung mit Auflagen, wenn sie die Person als Sicherheitsrisiko mit Vorbehalt beurteilt (lit. b), eine Risikoerklärung, wenn sie die Person als Sicherheitsrisiko beurteilt (lit. c) oder eine Feststellungserklärung, wenn für die Beurteilung zu wenig Daten vorhanden sind (lit. d).

Zu untersuchen ist im Folgenden, ob die Fachstelle PSP BK zu Recht zum Schluss gelangte, es seien für die Beurteilung zu wenig Daten vorhanden.

3.2 In Bezug auf Risikoerklärungen hat das Bundesgericht festgehalten, es sei nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts oder des Bundesgerichts, den Massstab für sicherheitsrelevante Bedenken zu definieren. Der Fachstelle komme zudem in dieser Hinsicht aufgrund ihres technischen Wissens ein Ermessensspielraum zu (Urteil 8C\_283/2013 vom 8. November 2013 E. 6.1 mit Hinweisen). Dies muss umso mehr gelten, wenn es wie vorliegend um die Frage geht, über welche Daten die Fachstelle verfügen muss, um überhaupt eine Beurteilung vornehmen zu können. Nach der nicht zu beanstandenden Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist weiter ein gewisser Schematismus bei der Prüfung von sicherheitsrelevanten Funktionen unumgänglich (BVGE 2015/17 E. 3.3.3 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass eine Personensicherheitsprüfung ihren Zweck nur erfüllen kann, wenn die sicherheitsrelevanten Informationen nicht nur erhoben, sondern auch verifiziert werden kön-

nen. Wenn unter anderem eine seriöse Beurteilung einer möglichen Erpressbarkeit, aber auch der Vertrauenswürdigkeit und Integrität einer Person vorgenommen werden soll, kann es deshalb unter Umständen notwendig sein, die Aussagen der betroffenen Person durch das Konsultieren weiterer Quellen zu überprüfen. Die Fachstelle kann nicht davon ausgehen, dass die Aussagen in jedem Fall der Wahrheit entsprechen (Urteil des BVGer A-7512/2006 vom 23. August 2007 E. 4.3).

3.3 Das Bundesverwaltungsgericht legt dar, der Beschwerdeführer habe in seiner Beschwerde ausgeführt, dass er Zugang zu besonders schützenswerten Personendaten und gelegentlich zu vertraulich klassifizierten Informationen habe. Ferner lasse sich dem Stellenbeschrieb entnehmen, dass seine Funktion unter anderem das Durchführen personenbezogener Rasteranalysen bezüglich der persönlichen Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit nach dem BWIS und dem Militärgesetz im Zusammenhang mit der Einteilung in eine sicherheitsempfindliche Funktion beinhalte. Weiter umfasse sie die Beurteilung des Gefährdungspotentials im Zusammenhang mit der Abgabe der persönlichen Waffe. Überdies habe der Beschwerdeführer anlässlich seiner Befragung gesagt, dass er Zugang zu sicherheitsrelevanten Informationen habe. So dürfe niemand ohne unterschriebene Stillschweigeverpflichtung sein Büro betreten und er habe schon an speziellen Befragungen von Armeeleuten teilgenommen, über welche er nicht sprechen dürfe. Er habe somit Zugang zu sicherheitsrelevanten Informationen und seine Sicherheitserklärungen hätten Einfluss darauf, ob eine bestimmte Person in eine sicherheitsempfindliche Funktion gelange oder die Armeewaffe ausgehändigt bekomme. Eine passive Bestechlichkeit des Beschwerdeführers würde daher ein Risiko für die innere Sicherheit darstellen.

Gestützt auf diese Erwägungen ist das Bundesverwaltungsgericht zu Recht zum Schluss gelangt, dass das Schutzinteresse des Staats als hoch zu qualifizieren ist, was eine eingehende Untersuchung seiner finanziellen Situation rechtfertigt. Für eine solche spricht auch der Umstand, dass eine Personensicherheitsprüfung nach Art. 12 PSPV, wie sie vorliegend zur Diskussion steht, weiter geht als eine solche nach Art. 11 PSPV. Letztere sieht für die Abklärung der finanziellen Verhältnisse im Grundsatz keine Befragung, sondern nur die Datenerhebung aus dem Betreibungs- und Konkursregister vor (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. b BWIS i.V.m. Art. 11 Abs. 3 PSPV).

3.4 Die Fachstelle PSP BK hat in ihrer Verfügung konkret dargelegt, weshalb die vom Beschwerdeführer gelieferten Unterlagen keinen hinreichenden Aufschluss über seine finanziellen Verhältnisse geben. Im Rahmen einer Personensicherheitsprüfung würden nicht das steuerbare Einkommen oder Vermögen der vergangenen Jahre betrachtet, sondern die den Steuerdaten zugrundeliegenden Informationen, wie beispielsweise das Nettoeinkommen, das Wertschriftenverzeichnis oder die deklarierten Schulden. Die entsprechenden Informationen über fünf Jahre hinweg gäben

einen guten Überblick über die finanziellen Verhältnisse der betroffenen Person. Beispielsweise könne ihnen die Entwicklung der finanziellen Situation (Erhöhung des Vermögens, Anhäufung von Schulden etc.) entnommen werden. Weiter liessen sich Auffälligkeiten wie grössere Geldbewegungen (Geldzu- und -abflüsse) auf einzelnen Konten feststellen und diese mit der betroffenen Person gegebenenfalls plausibilisieren. Auch Informationen zu Investitionen in Wertpapiere wie Aktien, Fonds oder Beteiligungen an Unternehmungen würden jeweils auf allfällige Interessenkonflikte überprüft.

Beispielhaft erwähnte die Fachstelle PSP BK zudem, dass die Bestätigung des Steueramts Kreuzlingen weder für sich allein noch zusammen mit den Erläuterungen des Beschwerdeführers ausreichend sei, weil nicht sämtliche den steuerrechtlichen Rechenoperationen zugrundeliegenden Faktoren bekannt seien. Z.B. habe das steuerbare Einkommen des Jahres 2014 wegen eines Lohnanstiegs von 4% um Fr. 7'600.– zugenommen. Die Prüfstelle habe jedoch bei einem Höchstlohn der entsprechenden Lohnklasse im entsprechenden Zeitpunkt maximal einen Anstieg des Nettolohns von Fr. 4'600.– errechnet.

3.5 Dass die Fachstelle PSP BK detaillierte Informationen verlangte, aus denen bspw. grössere Geldbewegungen und einzelne Investitionen ersichtlich sind, kann im Rahmen einer Personensicherheitsprüfung nach Art. 12 PSPV nicht beanstandet werden. Wie aus den vorangehenden Erwägungen hervorgeht, war sie gesetzlich verpflichtet, die finanzielle Lage des Beschwerdeführers vertieft abzuklären. Aufgrund der präventiven Funktion der Personensicherheitsprüfung ist auch das Argument des Beschwerdeführers unzutreffend, detailliertere Auskünfte könnten nur verlangt werden, wenn konkrete zusätzliche Anhaltspunkte vorlägen, dass seine finanziellen Verhältnisse problematisch seien. Die Prüfung dient vielmehr gerade auch dazu, nach derartigen Anhaltspunkten zu forschen.

3.6 Den äusseren Ablauf der Prüfung, wie er durch die Fachstelle PSP BK und das Bundesverwaltungsgericht dargelegt wird, bestreitet der Beschwerdeführer nicht. Danach bot ihm die Fachstelle PSP BK an, die für sie als notwendig erachteten Unterlagen selbst einzureichen, nachdem er die Ermächtigung für die Einsichtnahme in seine Steuerakten nicht erteilt hatte. Der Beschwerdeführer war mit diesem Vorgehen sowie mit dem Vorschlag, die von der Fachstelle PSP BK vorbereiteten Tabellen nach Hause zu nehmen und dort selbst unter Zuhilfenahme seiner Unterlagen auszufüllen, damit die Fachstelle PSP BK im Nachhinein dazu hätte Fragen stellen und allenfalls einzelne Belege nachfordern können, jedoch nicht einverstanden. Er beharrte darauf, dass die Fachstelle PSP BK jede einzelne Position auf der Tabelle erfragt. Die nachträgliche Einreichung von Belegen zur Verifizierung einzelner Positionen schloss er dabei kategorisch aus. Zu den Akten reichte er nur die Bestätigung des Steueramts.

3.7 Wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festhielt, stand der Fachstelle PSP BK damit faktisch einzig die persönliche Befragung des

Beschwerdeführers zur Verfügung, ohne Möglichkeit, die gemachten Aussagen mittels Belegen im Einzelnen auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen zu können. Die mündliche Erfragung jeder einzelnen Position sei jedoch nicht zielführend gewesen. Soweit der Beschwerdeführer überhaupt zu Aussagen bereit gewesen sei, habe er zu vielen Positionen keine Antwort geben können, da er dazu Einsicht in die sich zu Hause befindenden Unterlagen hätte nehmen müssen. Das Ausfüllen der Tabellen zu Hause wäre daher geeignet gewesen, die notwendigen Angaben in anderer Form zu liefern. Mit den Tabellen hätten die Vermögenswerte (Konten und Wertpapiere, wie Aktien etc.) sowie weitere Kennziffern der finanziellen Verhältnisse aus den Jahren 2011–2016 erhoben werden sollen. Zudem habe die Fachstelle PSP BK in Aussicht gestellt, allenfalls in einzelnen Punkten Belege einzufordern. Mit anderen Worten hätte sie nicht darauf bestanden, sämtliche möglichen Belege einzusehen, sondern nur jene, für welche es einen Anlass dazu gegeben hätte.

3.8 Indem sich der Beschwerdeführer weigerte, die besagten Tabellen auszufüllen und auch das nachträgliche Einreichen von Belegen zur Verifizierung einzelner Positionen von vornherein ausschloss, verunmöglichte er aus den genannten Gründen eine hinreichende Erhebung sicherheitsrelevanter Daten über seine finanzielle Situation im Sinne von Art. 20 Abs. 1 BWIS. Die Fachstelle PSP BK durfte unter Berücksichtigung des ihr in diesem Bereich zustehenden Spielraums zum Schluss gelangen, dass für die Beurteilung zu wenig Daten vorhanden seien und entsprechend eine Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 lit. d PSPV erlassen. Dadurch verletzte sie weder die genannte Bestimmungen noch das Recht des Beschwerdeführers auf Schutz seiner Privatsphäre. Die Kritik am angefochtenen Entscheid ist deshalb unbegründet.

4.

Die Beschwerde ist aus diesen Erwägungen abzuweisen. (...)

*Bundesgericht, Urteil vom 13. November 2018, Doss.-Nr. 4A\_68/2018 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 21. November 2017)*

**Unterstellung unter den Landesmantelvertrag des Bauhauptgewerbes. Der LMV Bauhauptgewerbe gilt in betrieblicher Hinsicht für Arbeitgeber, deren Haupttätigkeit, d.h. ihr Gepräge, im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 AVE LMV 2013). Das Gepräge Bauhauptgewerbe liegt u.a. dann vor, wenn der Betrieb oder Betriebs- teil hauptsächlich, d.h. überwiegend, Tätigkeiten in den Bereichen Hoch- und Tiefbau ausführt (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. a AVE LMV 2013) oder überwiegend Abdichtungs- und/oder Isolationsarbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn vornimmt (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE**

**LMV 2013). Der GAV Gebäudehüllengewerbe erfasst dagegen Betriebe, die in den nicht statisch beanspruchten Bereichen Steildach, Flachdach/Unterterrainabdichtungen und Fassadenbekleidung tätig sind (E. 4). «Erstellen» eines Unterlagsbodens und «Bearbeiten» eines Unterlagsbodens ist nicht das Gleiche. Zum Erstellen und damit ganz allgemein als Teil des Hochbaus kann Beschichtung nur gezählt werden, wenn zwischen dem Erstellen des unbeschichteten Bodens und der Kunstharz- bzw. Kunststoffbeschichtung eine Einheit besteht. Erforderlich ist somit eine Verbindung mit anderen baulichen Leistungen. Vorliegend wurde von Arbeitgeberin die bauliche Leistung, d.h. die Unterlagsböden, nicht erbracht (E. 7.2.2.1). Die blossе Beschichtung eines Unterlagsbodens mit dem lösungsfreien Bindemittel Kunstharz ist keine Tätigkeit, die in den Geltungsbereich der AVE des LМV fällt (E. 7.2.2.2). Des LМV Bauhauptgewerbe ist somit auf die Arbeitgeberin nicht anwendbar und sie schuldet nicht den darin vorgeschriebenen Mindestlohn und den Überstundenzuschlag (E. 8).**

Sachverhalt:

B. (nachfolgend: Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) war vom 13. April 2011 bis zum 29. Februar 2016 bei der A. AG (nachfolgend: Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) angestellt. Die Parteien waren sich uneinig, ob die Tätigkeiten der Arbeitgeberin unter den Geltungsbereich des Landesmantelvertrages des Schweizerischen Bauhauptgewerbes (nachfolgend: LМV Bauhauptgewerbe) falle und die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer den darin vorgeschriebenen Mindestlohn und den Überstundenzuschlag schulde.

Mit Klage vom 29. März 2017 beim Bezirksgericht Arbon (Einzelrichter) verlangte der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 29'000.– brutto beziehungsweise den entsprechenden Nettobetrag nach Abzug aller gesetzlichen Sozialabzüge zu bezahlen. Die Einzelrichterin des Bezirksgerichts Arbon schützte die Klage mit Entscheid vom 7. Juni 2017 teilweise und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger brutto Fr. 23'130.– zu bezahlen, abzüglich hierauf nachweislich geleisteter gesetzlich oder vertraglich geschuldeter Sozialversicherungsbeiträge und weiterer Abgaben. Mit Entscheid vom 21. November 2017 wies das Obergericht des Kantons Thurgau die von der Beklagten erhobene Berufung ab, soweit darauf einzutreten war.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 31. Januar 2018 beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 21. November 2017 sei kostenfällig aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

4.

Strittig ist der Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten LMV Bauhauptgewerbe und in Abgrenzung dazu des GAV im Bereich des Schweizerischen Dach- und Wandgewerbes, heute bezeichnet als GAV im Schweizerischen Gebäudehüllengewerbe, vom 1. Januar 2010 (nachfolgend GAV Gebäudehüllengewerbe). Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sie – wenn überhaupt – unter den GAV Gebäudehüllengewerbe falle. Die Vorinstanz verwies betreffend den Inhalt dieser beiden Regelwerke auf die zutreffenden Ausführungen des Bezirksgerichts Arbon. Darauf kann ebenfalls verwiesen werden.

Es ist unbestritten, dass der LMV Bauhauptgewerbe in betrieblicher Hinsicht gilt für die Arbeitgeber (Betriebe, Betriebsteile und selbstständige Akkordanten), deren Haupttätigkeit, das heisst ihr Gepräge, im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 AVE LMV 2013). Das Gepräge Bauhauptgewerbe liegt unter anderem dann vor, wenn der Betrieb oder Betriebsteil hauptsächlich, das heisst überwiegend, Tätigkeiten in den Bereichen Hoch- und Tiefbau ausführt (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. a AVE LMV 2013) oder überwiegend Abdichtungs- und/oder Isolationsarbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn vornimmt (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE LMV 2013). Das Arbeitsverhältnis des Beschwerdegegners bei der Beschwerdeführerin dauerte vom 13. April 2011 bis zum 29. Februar 2016. Da sich (wie alle Beteiligten zu Recht annehmen) hinsichtlich des vorliegend relevanten betrieblichen Anwendungsbereichs der AVE LMV Bauhauptgewerbe nichts Entscheidendes geändert hat, erübrigt sich aber eine zeitliche Differenzierung.

Ebenfalls unbestritten erfasst der GAV Gebäudehüllengewerbe alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betrieben des Gebäudehüllengewerbes. Dazu gehören Betriebe, die in den nicht statisch beanspruchten Bereichen Steildach, Flachdach/Unterterrainabdichtungen und Fassadenbekleidung tätig sind. Dies betrifft unter anderem folgende Elemente im Hochbau wie namentlich die Eindeckung, Abdichtung und Bekleidung mit verschiedenen Materialien sowie die Schutz- und Nutzschichten (Art. 2 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 19. August 2014 über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages im Schweizerischen Gebäudehüllengewerbe [AVE GAV Gebäudehüllengewerbe]).

5.

Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdeführerin sei ein Unternehmen mit dem Zweck der Verarbeitung von chemischen Produkten zur Bauabdichtung, für Industrieböden und Bewehrungsverstärkungen. Gemäss ihrem eigenen Firmenprofil sei sie spezialisiert auf fugenlose Epoxidharz- und Polyurethan-Bodenbeläge, Abdichtungen, Betonsanierungen und Glaswasserstrahlen. Sie erbringe mit fugenlosen Beschichtungen Lösungen im Bereich der Industriebodenbeläge, Decorbeläge und Wandbeschichtun-

gen auf Epoxidharz- und Polyurethanbasis. Zudem biete sie Dienstleistungen im Bereich Bauabdichtungen, Parkhausbeschichtungen, Betonsanierungen und Glaswasserstrahlen an. In Bezug auf die von ihr ausgeführten Tätigkeiten habe sie an der Hauptverhandlung vom 17. Mai 2017 ausgeführt, dass sie keine Unterlagsböden einbringe, sondern diese nur mit Kunstharz oder Kunststoff beschichte.

Unter Hinweis auf die entsprechenden Ausführungen der Erstinstanz führte die Vorinstanz sodann aus, mit diesen Abdichtungs- und Beschichtungsarbeiten auf Baustellen sei die Beschwerdeführerin mithin auf die Errichtung von Bauwerken ober- (zum Beispiel bei Flachdachbeschichtungen) und unterhalb (zum Beispiel bei Parkhausbeschichtungen) der Geländelinie konzentriert und somit im Allgemeinen als im Hoch- und Tiefbau tätiges Unternehmen zu qualifizieren. Gemeinhin würden Oberflächen beschichtet, um sie vor Emissionen zu schützen und sicherzustellen, dass sie den Anforderungen ihrer Nutzung gerecht würden. Dementsprechend diene auch die fugenlose Beschichtung von Unterlagsböden mit Epoxidharz und Polyurethan – neben ästhetischen Motiven – in erster Linie dazu, den jeweiligen Boden an seine Nutzungsverhältnisse anzupassen und gegenüber externen Einflüssen zu isolieren beziehungsweise abzudichten. Nachdem die Gebäudehülle gerichtsnotorisch alle Bauteile eines Gebäudes umfasse, die ein solches nach aussen abschließen, gehöre dazu auch der Boden beziehungsweise die Gründung oder das Flachdach des Bauwerkes. Angesichts ihres hauptsächlichen Tätigkeitfeldes sei die Beschwerdeführerin deshalb zweifellos als allgemeiner Betrieb des Hoch- und Tiefbaus und spezifisch als Abdichtungs- und Isolationsbetrieb für Arbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn zu qualifizieren und unterstehe bei wörtlicher Auslegung sowohl dem ursprünglichen Geltungsbereich der AVE LMV 1998 als auch dem durch die AVE LMV 2013 neu formulierten betrieblichen Geltungsbereich der AVE.

Demgegenüber könne die Beschwerdeführerin, wie die Erstinstanz zutreffend dargelegt habe, nicht dem GAV Gebäudehüllengewerbe zugeordnet werden. Die Beschwerdeführerin habe nicht deutlich gemacht, inwiefern sich ihre Arbeiten im Bereich Flachdach in qualitativer und quantitativer Hinsicht wesentlich von den übrigen Beschichtungs- und Abdichtungsarbeiten (insbesondere im Bereich Boden beziehungsweise Gründung eines Bauwerkes) abgrenzen würden. Sie bringe zwar vor, sie sei ursprünglich aus dem Flachdachbereich gekommen und der Beschwerdegegner habe während seiner Anstellung auch in diesem Gebiet Polyurethan-Abdichtungen vorgenommen. Eine Gesamtbetrachtung des Betriebs der Beschwerdeführerin führe aber dennoch zum Ergebnis, dass ihre prägende Tätigkeit im Bauhauptgewerbe – und nicht im Bereich Steildach, Flachdach-/Unterdach-Abdichtungen und Fassadenbekleidung – gelegen sei. Das Tätigkeitfeld der Beschwerdeführerin beschränke sich keineswegs auf Flachdachbeschichtungen. Die im Rahmen der übrigen Tätigkeit der Be-



schwerdeführerin erbrachten Flachdachabdichtungen würden auch keinen selbstständigen Betriebsteil darstellen.

6.

Tatfrage ist, welche Tätigkeiten in einem Betrieb oder in einem selbstständigen Betriebsteil in welchem Ausmass vorkommen. Hingegen ist frei überprüfbare Rechtsfrage, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben bzw. nach welchen Gesichtspunkten die Zuordnung zu einem bestimmten Wirtschaftszweig erfolgt (BGE 142III 758 E. 2.3 S. 760; 139 III 165 E. 3.3 S. 168).

6.1 Hinsichtlich der Feststellung der ausgeübten Tätigkeiten rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, indem sie «Beschichten» mit «Abdichten» gleichgesetzt habe, so dass ihr Betrieb vom Geltungsbereich des Art. 2 Abs. 2 lit. f LMV (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE LMV 2013) erfasst werde. Darauf beruhe ein gewichtiger Teil der vorinstanzlichen Begründung.

Die Vorinstanz stellte, wie soeben zitiert, unmissverständlich fest, die Beschwerdeführerin beschichte Unterlagsböden (mit Kunstharz oder Kunststoff), mache selber jedoch keine Unterlagsböden. Sie bezog sich dabei auf die entsprechende Feststellung des Bezirksgerichts und die Ausführungen des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung. Es trifft zu, dass sie Beschichten mit Abdichten gleichsetzte. Sie begründete diese Gleichsetzung unter Hinweis auf die Erstinstanz damit, dass die fugenlose Beschichtung von Bodenbelägen mit Kunstharz oder Kunststoff nicht nur zu ästhetischen Zwecken erfolge, sondern in erster Linie um den jeweiligen Boden an seine Nutzungsverhältnisse anzupassen und gegenüber externen Einflüssen zu isolieren beziehungsweise abzudichten. Dass die Feststellung der Anpassung an die jeweiligen Nutzungsverhältnisse nicht willkürlich ist, ergibt sich aus den eigenen Ausführungen der Beschwerdeführerin, wenn sie etwa schreibt, soweit Industrieböden beschichtet würden, sei der Hauptzweck die Anpassung des Rohbodens an die gewünschte Nutzung, wie etwa eine bessere Bodenhaftung in Turnhallen oder ein sicherer Stand von Maschinen in Produktionshallen. Es ist auch nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz in diesem Zusammenhang von Abdichtung gegenüber externen Einflüssen spricht. Zwar ist die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie nehme bei Flachdächern und Parkhausdächern (die aber nicht prägend seien für ihren Betrieb; vgl. E. 6.2 hiernach) eigentliche Isolationen vor, während Böden zwischen verschiedenen Stockwerken bereits isoliert seien, ohne Weiteres möglich. Das ändert aber nichts daran, dass die Vorinstanz sachverhaltsmässig willkürfrei davon ausgehen konnte, dass die streitgegenständliche Beschichtung auch der Abdichtung gegen äussere Einflüsse diene, wie beispielsweise Wasser (in einem Badezimmer) oder allgemein Schmutz. Eine andere Frage ist, ob diese Art von Abdichten vom LMV Bauhauptgewerbe erfasst wird (vgl. dazu E. 7).

6.2 Davon zu unterscheiden sind die wiederum an die Ausführungen des Bezirksgerichts anknüpfenden Feststellungen der Vorinstanz zur Frage, wo die Beschwerdeführerin solche Beschichtungs- oder Abdichtungsarbeiten ausführt. Ihre oben erwähnten Feststellungen (vgl. hiervor E. 6.1) bezüglich Anpassung der Oberfläche von Unterlagsböden an die jeweiligen Nutzungsverhältnisse sind neutral. Sie können sich sowohl auf Unterlagsböden im Innern eines Gebäudes zwischen verschiedenen Etagen wie auch auf solche auf dem untersten Boden eines Gebäudes – seinem Fundament – beziehen. Im Zusammenhang mit einer möglichen Unterstellung unter den GAV Gebäudehüllengewerbe wies die Vorinstanz zwar darauf hin, die Beschwerdeführerin sei gemäss ihren eigenen Angaben ursprünglich aus dem Flachdachbereich gekommen und der Beschwerdegegner habe während seiner Einsatzzeit auch in diesem Gebiet Kunststoffabdichtungen vorgenommen; sie verneinte aber, dass die Beschwerdeführerin quantitativ und qualitativ wesentlich im Bereich Flachdach (abdeckungen) tätig sei, was von der Beschwerdeführerin selber so dargestellt wird. Insofern sei die Gebäudehülle also nicht erfasst. Das Kerngeschäft der Beschwerdeführerin erstrecke sich aber auch auf Abdichtungs- und Isolationsarbeiten im Bereich der Gründung beziehungsweise des Bodens eines Bauwerkes. Dass das Bezirksgericht und ihm folgend die Vorinstanz den Boden des Bauwerks spezifisch erwähnt, ergibt sich aus der von ihnen zitierten Aussage des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, die Beschichtung von Unterlagsböden würde etwa 99% ihrer Tätigkeit umfassen. Wenn die kantonalen Instanzen diese Aussage auch auf den untersten Boden eines Gebäudes – das Fundament – bezogen, ist das nicht willkürlich. Eine andere Frage ist wiederum, ob wegen den Arbeiten an diesem Ort die Beschwerdeführerin unter den LMV Bauhauptgewerbe fällt (dazu E. 7). Keine Feststellungen machte die Vorinstanz sodann dazu, in welchem Ausmass Abdichtungen bzw. Beschichtungen im Bereich des Bodens einerseits und solche im Gebäudeinnern andererseits getätigt werden.

Im Übrigen stellte die Vorinstanz nicht fest, dass die Beschwerdeführerin noch an weiteren Orten des Gebäudes, die allenfalls zur Gebäudehülle gezählt werden könnten, Abdichtungen vornimmt. Sie führte zwar im Rahmen ihrer oben erwähnten (rechtlichen) Zuordnung aus, die von der Beschwerdeführerin erbrachten Abdichtungs- und Isolationsarbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn gemäss Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE LMV 2013 erstreckten sich «insbesondere auch» auf den Boden eines Bauwerks. Das «auch» kann sich nach ihren Ausführungen aber nur auf den Dachbereich beziehen, dem die Vorinstanz jedoch, wie dargelegt, keine prägende Bedeutung beimass. Weitere Bereiche werden nicht festgestellt.

6.3 Der Beschwerdegegner bezieht sich schliesslich auf die Umschreibung der Tätigkeiten in seinem Arbeitsvertrag. Zu Recht hat die Vorinstanz aber nicht darauf abgestellt. Massgeblich ist die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, soweit sie den Betrieb prägt. Deshalb kommt es beispiels-

weise auch nicht auf den Handelsregistereintrag an (BGE 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit Hinweisen).

7.

Die kantonalen Gerichte haben zutreffend erwogen, dass die gesamtarbeitsvertraglichen – und in die Allgemeinverbindlicherklärung aufgenommenen – normativen Bestimmungen nach den für Gesetze geltenden Regeln auszulegen sind (BGE 141 V 657 E. 4.4 S. 664; 139 III 165 E. 3.2 S. 168; 136 III 283 E. 2.3.1 S. 284). Allfällige subjektive Vorstellungen des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers sind dabei nicht relevant. Es besteht weder ein Grund für eine besonders restriktive noch für eine besonders weite Auslegung. Besondere Bedeutung kommt jedoch dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu. Wenn der Gesamtarbeitsvertrag seine Schutzfunktion erfüllen soll, muss es für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht (BGE 141 V 657 E. 4.4 S. 664; 139 III 165 E. 3.2 S. 168; Urteil 4A\_597/2017 vom 23. April 2018 E. 4.4.2, je mit Hinweisen).

7.1 Auch die zuletzt zitierten drei Entscheide betrafen das Bauhauptgewerbe. Der Vorinstanz ist somit nicht zu folgen, wenn sie in Übereinstimmung mit den erstinstanzlichen Erwägungen darlegte, die bundesrätliche Allgemeinverbindlicherklärung sei eher weit auszulegen, da es sich beim LMV Bauhauptgewerbe um einen eigentlichen Leitvertrag handle und keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass der Bundesrat die Unterstellung des von der Beschwerdeführerin geführten Betriebs nicht gewollt haben könnte.

7.2 Zu prüfen ist, ob die streitgegenständlichen Tätigkeiten unter Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. a AVE LMV 2013 (Hochbau, Tiefbau [einschliesslich Spezialtiefbau], Untertagbau und Strassenbau [inkl. Belagseinbau]) oder unter Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE LMV 2013 (Abdichtungs- und Isolationsbetriebe für Arbeiten an der Gebäudehülle im weiteren Sinn und analoge Arbeiten im Tief- und Untertagbau) subsumiert werden können. Die Vorinstanz bezog sich auf beides, argumentierte aber vor allem mit der Abdichtung und Isolierung.

7.2.1 Eine Zuordnung zu Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE LMV 2013 scheidet aus. Zwar werden dort Abdichtungsbetriebe erfasst. Das Verständnis dieses Begriffs muss aber im gesamten Zusammenhang der Formulierung von Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. e AVE LMV 2013 gesehen werden. Dass Abdichtungsbetriebe zusammen mit Isolationsbetrieben genannt werden, lässt es zumindest als fraglich erscheinen, ob das bloss Besichtigen mit Kunstharz oder Kunststoff unter den Begriff Abdichten fällt, wie er in dieser Bestimmung zu verstehen ist. Die Frage kann aber offenbleiben. Entscheidend wäre nämlich, dass solche Tätigkeiten überwiegend an der Gebäudehülle im weiteren Sinn ausgeführt wurden. Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht aber nur festgestellt, dass «auch» Beschichtungen am Boden und damit an der Gebäudehülle im weiteren Sinn vorgenommen wurden. Sie hat keine Feststellungen dazu getroffen, in welchem Ausmass dies – verglichen mit Beschichtungen anderswo im Gebäude – vorkam.

Und eine Rüge der mangelhaften Sachverhaltsfeststellung durch den Beschwerdegegner, welche die Rügeerfordernisse erfüllt liegt nicht vor.

7.2.2 Wenn überhaupt steht vielmehr eine Unterstellung der hauptsächlichen Tätigkeit der Beschwerdeführerin unter den allgemeinen Begriff «Hochbau» (Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. a AVE LMV 2013) zur Diskussion.

7.2.2.1 Als Hochbau versteht man gemeinhin das Erstellen einer Baute. Entscheidend ist daher, ob das Beschichten eines Unterlagsbodens mit einem Kunstharz- oder Kunststoffbelag zum Erstellen einer Baute gezählt werden kann oder ob lediglich das Erstellen des Unterlagsbodens selbst als notwendiger Teil des Gebäudes zum Hochbau zählt. Für letzteres spricht klar der Wortlaut und die Systematik. In Ziff. II Art. 2 Abs. 3 lit. g AVE LMV 2013 werden explizit Betriebe erfasst, «die Asphaltierungen ausführen und Unterlagsböden erstellen». Eine separate Erwähnung der Erstellung von Unterlagsböden fand sich schon in der Allgemeinverbindlicherklärung des LMV von 2003 (Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe vom 22. August 2003), hinsichtlich welchem sowohl die kantonalen Gerichte wie insbesondere auch der Beschwerdegegner erklären, in Bezug auf den betrieblichen Geltungsbereich habe sich nichts geändert. Wenn der Beschwerdegegner dazu ausführt, damit unterstelle der LMV «ganz allgemein die Bearbeitung der Unterlagsböden oder Betonarbeiten seinem betrieblichen Geltungsbereich», so trifft das gerade nicht zu. «Erstellen» eines Unterlagsbodens und «Bearbeiten» eines Unterlagsbodens ist nicht das Gleiche. Zum Erstellen und damit ganz allgemein als Teil des Hochbaus kann die von der Beschwerdeführerin erbrachte Beschichtung nur gezählt werden, wenn zwischen dem Erstellen des unbeschichteten Bodens und der Kunstharz- bzw. Kunststoffbeschichtung eine Einheit besteht. In diesem Sinn muss auch die von der Vorinstanz selber erwähnte, als Hilfsmittel der Auslegung beizuziehende, Protokollvereinbarung zum betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 LMV 2006 vom 26. Mai 2005 (und nun auch jene gemäss Art. 2 LMV 2016–2018) verstanden werden. Nach dessen Art. 2 Ziffer 30 werden als betriebliche Tätigkeiten (Art. 2 Abs. 2 LMV) erfasst, die «Verlegung von Bodenbelägen in Verbindungen mit anderen baulichen Leistungen sowie Einbringen von Unterlagsböden». Erforderlich ist also eine Verbindung mit anderen baulichen Leistungen. Im Fall der Beschwerdeführerin ist aber unbestritten, dass die bauliche Leistung, das heisst die Unterlagsböden, nicht von ihr erstellt werden.

7.2.2.2 Die Vorinstanz stellte fest, die Schweizerische Paritätische Vollzugskommission Bauhauptgewerbe (SVK) sei in ihrer Auslegung aus dem Jahre 2007 (act. A/16) zum Schluss gekommen, die Beschichtung eines Unterlagsbodens mit dem lösungsfreien Bindemittel Kunstharz sei keine Tätigkeit, die in den Geltungsbereich der AVE des LMV falle; jedoch habe sie dies nicht weiter begründet und im Übrigen sei das Zivilgericht an Entscheide der SVK, einer privatrechtlichen Institution nicht gebunden. Es ist nicht klar, ob die Vorinstanz davon ausging, dieser Entscheid sei als ein

«der Rechtsanwendung zugängliches Präjudiz» oder ein verspätet eingebrachtes unzulässiges Novum zu betrachten. Die SVK ist zusammengesetzt aus Vertretern der Vertragsparteien des LMV. Sie entscheidet gemäss Art. 13<sup>bis</sup> Abs. 1 LMV über generelle Auslegungsfragen des LMV. Wenn nicht als eigentliches Präjudiz (wie etwa ein Schiedsurteil), so kommt dieser Auslegungsentscheid damit doch jedenfalls der Stellenwert eines Rechtsgutachtens zu. Für Rechtsgutachten hat das Bundesgericht aber schon wiederholt erklärt, dass diese keine neuen Tatsachen im Sinn von Art. 99 BGG sind (BGE 138 II 217 E. 2.4 S. 220 f.; Urteil 4A\_365/2017 vom 26. Februar 2018 E. 1.2, Urteil 4A\_195/2014 und 4A\_197/2014 vom 27. November 2014 E. 2.2, nicht publ. in BGE 140 III 602). Die von der SVK vertretene Auslegung deckt sich mit der vorliegend begründeten, die sich aus dem Wortlaut der Bestimmung unter Berücksichtigung der Protokollvereinbarung zum betrieblichen Geltungsbereich gemäss Art. 2 LMV 2006 vom 26. Mai 2005 ergibt.

8.

Des LMV Bauhauptgewerbe ist somit auf die Beschwerdeführerin nicht anwendbar, womit die Klage abzuweisen ist.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Gutheissung der Beschwerde wird das angefochtene Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 13 novembre 2018, Doss.-No 8C\_70/2018 (Rejet du recours en matière de droit public contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 28 novembre 2017); les TF 8C\_71/2018 et 8C\_72/2018 sont des cas similaires*

**Fonction publique; traitement; droit d'être entendu; droits acquis.**

En règle générale, l'engagement du personnel de l'Etat peut s'effectuer soit par un contrat de droit administratif, soit par un acte de nomination sous la forme d'une décision sujette à acceptation. Les employés engagés par un contrat de droit public se trouvent dans une situation très similaire à ceux nommés par voie de décision. En effet, il est admis que les prétentions pécuniaires, pour ces agents également, n'ont en règle générale pas le caractère de droits acquis et sont régies par la législation en vigueur, celle-ci pouvant évoluer. L'employeur public est libre, en particulier, de revoir en tout temps sa politique en matière de salaire et d'emploi en fonction de son appréciation de l'intérêt public ou des contraintes budgétaires (c. 6.2).

Selon les circonstances, le principe de la bonne foi peut imposer en cas de changement de législation un régime transitoire. Ainsi, un délai transitoire doit pouvoir permettre aux intéressés d'adapter leur train

de vie à une éventuelle réduction de leur revenu. Ce régime doit toutefois permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle réglementation et non pas de profiter le plus longtemps possible de l'ancien régime plus favorable. Il est en outre admis, dans le cas d'un rapport de travail de droit public fondé sur un contrat de droit administratif, que les prétentions financières garanties ne peuvent pas être réduites ou supprimées avant l'expiration du prochain délai de congé (c. 7.2).

En l'espèce, l'employé a bénéficié d'une pleine compensation de la différence entre l'ancien et le nouveau traitement. Du moment que la mesure prise n'entraînait pas dans l'immédiat une réduction de revenu, il n'était pas nécessaire de prévoir un délai transitoire. Ses prétentions salariales étaient au moins garanties pendant le délai de congé de trois mois (c. 7.3).

Extraits des faits:

A., né en 1959, a été engagé par les Transports publics genevois (ci-après: TPG) dès le 1<sup>er</sup> février 2004 en qualité de responsable du service B. Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2012, il occupe la fonction de manager de projets. Cette fonction était colloquée en classe 23 de l'échelle des traitements.

Au cours de l'année 2014, le service de l'audit interne de l'Etat de Genève (ci-après: le SAI) a entrepris un audit sur la gestion des ressources humaines des TPG. Le résultat de ses travaux a été consigné dans un rapport n° 15-16 daté du mois d'avril 2015 et remis aux TPG le 22 mai 2015. En particulier, le SAI a émis des recommandations tendant à ranger formellement l'ensemble des fonctions exercées au sein des TPG dans une classe des fonctions prévues par le statut de l'établissement. Les TPG ont accepté ces recommandations. Ils ont mandaté le cabinet C. SA (ci-après: C.), afin qu'il analyse la totalité des postes existant au sein des TPG et évalue leur classification à l'aide de facteurs et de critères standards, uniformes et prédéfinis. A l'issue de son analyse, C. a établi une grille de classification des fonctions. Il en ressortait que sur les mille huit cent quinze collaborateurs des TPG, mille six cent quatre-vingt-trois (93%) étaient rangés dans une classe de fonction adéquate; vingt (1%) étaient colloqués dans une classe trop élevée et, inversement, cent douze (6%) se situaient dans une classe de fonction trop basse.

Pour les vingt employés dont la classe de fonction avait été surévaluée, les TPG ont envisagé de procéder à une adaptation à la baisse tout en leur garantissant leur niveau de rémunération actuel par l'adaptation (à la hausse) du positionnement au sein de la nouvelle classe salariale ou par le versement, si nécessaire, d'une compensation financière. Le 30 mai 2016, le conseil d'administration des TPG a validé la démarche proposée pour les vingt employés concernés. La mise en application était prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 2017.

A. fait partie de ces vingt employés. Le 31 août 2016, il a été reçu par des responsables des TPG pour évoquer sa situation personnelle à la suite de l'évaluation des fonctions. Par écriture du 15 septembre 2016, A. a contesté son déclassement. Le 21 novembre 2016, il a eu un nouvel entretien avec des responsables des TPG. Ceux-ci lui ont remis en mains propres une décision, datée du même jour, par laquelle ils ont confirmé que ses nouvelles conditions salariales prendraient effet au 1<sup>er</sup> janvier 2017. Selon cette décision, son salaire actuel demeurerait garanti par un mécanisme de compensation. A. a recouru contre cette décision devant la Cour de justice de la République et canton de Genève (Chambre administrative). Par arrêt du 28 novembre 2017, la Chambre administrative a rejeté le recours.

A. forme un recours en matière de droit public.

Extraits des considérants:

1.

1.1 Les Transports publics genevois, établissement de droit public genevois, ont pour but, en vertu d'un contrat de prestations conclu avec l'Etat, de mettre à la disposition de la population du canton de Genève un réseau de communications, exploitées régulièrement, pour le transport des voyageurs et de pratiquer une politique tarifaire incitative (art. 1<sup>er</sup> al. 1 de la loi cantonale du 21 novembre 1975 sur les Transports publics genevois [LTPG; RSG H 1 55]). Ils sont placés sous la surveillance du Conseil d'Etat et de l'autorité fédérale compétente (art. 2 al. 3 LTPG). Selon l'art. 19 LTPG, le conseil d'administration est le pouvoir supérieur des TPG. Il établit le statut du personnel (ci-après: le statut) et fixe les traitements, après consultation du personnel (art. 19 let. c LTPG).

Selon la jurisprudence, 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 (ATF 138 I 232 consid. 1.2 p. 235 et les références citées). Le jugement entrepris a ainsi été rendu en matière de rapports de travail de droit public au sens de l'art. 83 let. g LTF. Il s'agit d'une contestation pécuniaire. Le motif d'exclusion de l'art. 83 let. g LTF n'entre donc pas en considération.

(...)

6.

6.1 Le recourant invoque une violation des art. 9 Cst. (protection de la bonne foi) et 26 Cst. (garantie de la propriété), ainsi qu'une application arbitraire de l'art. 7 du statut du personnel des TPG. Il fait valoir que les employés de l'entreprise, bien que soumis à un rapport de travail de droit public, sont engagés par un contrat de droit administratif. Selon le recourant, ce contrat ne pouvait pas être modifié unilatéralement, sous réserve de la *clausula rebus sic stantibus* (théorie de l'imprévision).

6.2 En règle générale, l'engagement du personnel de l'Etat peut s'effectuer soit par un contrat de droit administratif, soit par un acte de nomination sous la forme d'une décision sujette à acceptation (arrêt 8D\_4/2017 du 26 avril 2018 consid. 5.6.1 et les références citées). Pour ce qui est des TPG, c'est le premier de ces modes de création des rapports de service qui s'applique. En effet, selon l'art. 7 ch. 1 du statut des TPG, l'autorité d'engagement établit, sur la base du statut du personnel et des règlements en vigueur, un contrat de travail écrit spécifiant, notamment, sa durée, la description du poste, la date d'entrée en fonction, la classification de la fonction, le taux d'activité, le traitement initial, les principales prestations sociales, ainsi que d'éventuelles conditions particulières. Cependant, même dans ce système contractuel, il n'y a, en pratique, guère de place pour la négociation, l'individualisation et la flexibilisation, les principaux objets du contrat étant en général définis par la loi ou – c'est le cas ici – le règlement. Les employés engagés par un contrat de droit public se trouvent donc dans une situation très similaire à ceux nommés par voie de décision (MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. III, 2<sup>e</sup> éd. 2018, p. 567 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7<sup>e</sup> éd. 2016, p. 441 n. 2012; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, p. 89 n. 275). Il est admis que les prétentions pécuniaires, pour ces agents également, n'ont en règle générale pas le caractère de droits acquis et sont régies par la législation en vigueur, celle-ci pouvant évoluer. L'employeur public est libre, en particulier, de revoir en tout temps sa politique en matière de salaire et d'emploi en fonction de son appréciation de l'intérêt public ou des contraintes budgétaires (ATF 143 I 65 consid. 6.2 p. 72; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *op. cit.*, p. 568 s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *op. cit.*, p. 441 n. 2012 et p. 452 n. 2060). C'est dès lors à tort que le recourant prétend que sa classification ne pouvait pas être revue sans son consentement.

## 7.

7.1 Le recourant invoque également les art. 5, 9 et 26 Cst. à un autre titre. Supposé que les conditions permettant de revenir sur un droit garanti par un contrat de droit public soient réunies, il conviendrait de mettre en oeuvre un régime transitoire ou, à tout le moins, de respecter le délai de congé, pour la mise en oeuvre des nouvelles mesures salariales.

7.2 Selon les circonstances, le principe de la bonne foi peut imposer en cas de changement de législation un régime transitoire. Ainsi, un délai transitoire doit pouvoir permettre aux intéressés d'adapter leur train de vie à une éventuelle réduction de leur revenu. Ce régime doit toutefois permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle réglementation et non pas de profiter le plus longtemps possible de l'ancien régime plus favorable (arrêts 8C\_633/2016 du 3 août 2017 consid. 12.2 et les arrêts cités; 8C\_903/2010 du 21 juin 2011 consid. 7.2; 1C\_88/2007 du 26 novembre 2008 consid. 2.3.2). Il est en outre admis, dans le cas d'un rapport de travail de droit public fondé sur un contrat de droit administratif, que les prétentions financières garanties



ne peuvent pas être réduites ou supprimées avant l'expiration du prochain délai de congé (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., p. 452 n. 2060; arrêt 1C\_168/2008 du 21 avril 2009 consid. 5).

7.3 En l'espèce, il y a lieu de constater que le recourant n'a pas subi de diminution de salaire à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017, puisqu'il a bénéficié d'une pleine compensation de la différence entre l'ancien et le nouveau traitement. Du moment que la mesure prise n'entraînait pas dans l'immédiat une réduction de revenu, il n'était pas nécessaire de prévoir un délai transitoire. Il n'apparaît en tout cas pas que la situation salariale du recourant se trouvait péjorée avant l'échéance du délai de congé de trois mois pour la fin d'un mois, applicable dès la 10<sup>ème</sup> année de service (art. 68 al. 2 du statut). On peut donc admettre que ses prétentions salariales étaient au moins garanties pendant ce délai. Le recourant ne prétend du reste pas le contraire. Le moyen soulevé se révèle, également, mal fondé.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 21 novembre 2018, Doss.-No 4A\_18/2018 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 14 novembre 2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)*

**Résiliation; harcèlement sexuel, art. 4 LEG.**

**Art. 4 LEG et 328 CO.** Le fait d'utiliser le surnom «Mistinguett» pour désigner une employée à l'occasion d'un apéritif auquel elle ne participait pas ne saurait être constitutif d'un harcèlement sexuel. Certes, le nom évoqué était celui d'une célèbre danseuse de cabaret ayant vécu de 1875 à 1956, mais la biographie de celle-ci révèle qu'elle s'était distinguée par son esprit et sa grâce. Par ailleurs, de nos jours, le terme «Mistinguett» est utilisé dans le langage courant pour désigner, de façon familière mais généralement affectueuse, une jeune fille («Miss») ou une jeune femme (c. 3.4).

**Art. 336 CO.** Bien que l'employée ait été licenciée quelques jours après s'être plainte d'un comportement agressif et irrespectueux envers elle de la part du nouveau directeur commercial, on ne saurait considérer qu'elle a été victime d'un congé abusif. En effet, il ressort de l'état de fait retenu par la cour cantonale que la décision de l'employeuse était motivée par le manque de compétences de l'employée (c. 5).

Extraits des faits:

La société B. SA est active dans le commerce du sucre. Par contrat de travail du 26 août 2008, elle a engagé A. dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008 en qualité de comptable. Le salaire mensuel brut était initialement de 7'000 fr., payable treize fois l'an; il a été porté à 7'800 fr. à dater du 1<sup>er</sup> juin 2010.

L'employée était chargée d'établir les clôtures mensuelles des comptes, et devait à ce titre comptabiliser des hedges (couvertures), en particulier sur le cours du sucre. Elle était aidée dans cette tâche par son collègue D. qui faisait régulièrement avec elle le point sur les positions concernant les marchés financiers. Ces situations mensuelles étaient importantes puisqu'elles servaient à la gestion et au suivi des affaires de la société; elles devaient être transmises, à des dates précises, au siège de la société ... pour des questions de consolidation, ainsi qu'aux établissements bancaires afin d'obtenir des financements essentiels à la bonne marche de la société. Dans un certificat de travail intermédiaire du 27 décembre 2010, E., supérieur hiérarchique direct de l'employée, a notamment attesté que celle-ci «fai[sai]t preuve de compétence, d'indépendance et de professionnalisme dans les tâches qui lui [étaie]nt confiées et [que] son travail (...) donn[ait] pleine et entière satisfaction.»

Durant l'année 2010, la société employeuse a connu d'importantes difficultés financières. De mauvais résultats commerciaux ainsi que des problèmes d'organisation et de gestion l'ont conduite à modifier ses structures comptables et sa direction. E. – parti à la fin de cette année-là – et le directeur commercial ont été remplacés respectivement par F. et C. F. a pris son poste de directeur administratif et financier le 1<sup>er</sup> mars 2011. Une nouvelle procédure pour la gestion des hedges a été mise en place. L'employée n'a pas pu clôturer à temps les comptes 2010 en vue de leur audit, ce qu'elle a imputé à l'absence de son collègue D. dont elle attendait les informations nécessaires, et qui était tombé en incapacité de travail pour cause de maladie dès la fin février 2011. L'employée ne parvenait pas non plus à établir les clôtures de comptes mensuelles, malgré l'appui d'un expert-comptable diplômé externe dénommé G. Vu la gravité de la situation, ce dernier a été chargé d'émettre un diagnostic sur le fonctionnement du processus de comptabilisation et sur la qualité du travail de l'employée. Son rapport concluait que celle-ci ne disposait pas des compétences nécessaires pour tenir la comptabilité de manière efficace et qu'il était impératif de réagir rapidement pour éviter une péjoration de la situation.

Le 27 mai 2011, l'employée a adressé un courrier électronique à l'administrateur président de la société, ... Dans le cadre de la procédure évoquée ci-dessous (let. B), elle a expliqué avoir procédé à cette démarche après s'être vainement plainte du comportement de C. à son encounter près de F. et de ..., directeur administratif de la holding. Dans son courriel, elle relatait notamment ce qui suit:

«M. C., le nouveau directeur commercial, a eu dès les premiers jours un comportement agressif à mon égard. Jusqu'à ce jour, M. C. ne m'a jamais montré le moindre respect tant sur le plan professionnel que personnel; il a toujours ouvertement adopté des comportements préjudiciables sur ma personne et mon travail. En parlant de moi à mes collègues, il a toujours utilisé des termes extrêmement offensants et vulgaires. Un dernier exemple a eu lieu hier matin: en pensant que je ne l'entendais pas, il m'a

appelé, en présence de F., H., ... et ..., «mistinguett», faisant allusion aux femmes de cabaret. C'est grave! (...) il continue encore aujourd'hui à faire ses remarques que personne ne lui demande et sans aucun fondement, je vous rapporte ci-dessous seulement quelques exemples: 1. Je suis absolument incapable en tout (même pour envoyer un recommandé); 2. Je n'ai aucune formation professionnelle; 3. Je n'ai aucun diplôme; 4. La comptabilité est mal tenue parce que je n'ai pas la capacité et les connaissances, etc.» L'administrateur président a exprimé son étonnement et s'est montré dubitatif quant aux comportements décrits, les mettant sur le compte d'une simple incompréhension.

Par lettre du 31 mai 2011 remise en mains propres, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'employée sans en indiquer les motifs. Le même jour, F. a établi un certificat de travail intermédiaire ayant la teneur suivante: «Madame A. a fait preuve de compétence et de professionnalisme et a toujours rempli les tâches qui lui ont été confiées avec une entière autonomie, son travail nous donne pleine et entière satisfaction.» Sur l'attestation délivrée à l'attention de l'assurance-chômage, l'employeuse a invoqué la «restructuration» comme motif de résiliation des rapports de travail. Par lettre du 27 juillet 2011, l'employée s'est opposée à son licenciement et a réclamé un certificat de travail final d'une teneur identique au certificat intermédiaire du 31 mai précédent. L'employeuse lui a répondu, le 11 août 2011, que l'employée n'ignorait pas «que son contrat de travail a (vait) été résilié parce que ses prestations ne correspondaient pas au poste de «comptable» pour lequel elle avait été engagée.»

L'employée a introduit une procédure de conciliation le 4 novembre 2011, puis a déposé une demande le 5 mars 2012 devant le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte (VD). Elle concluait à ce que l'employeuse soit condamnée à lui payer la somme nette de 54'964 fr. et à lui délivrer un certificat de travail dont la teneur était prédéfinie, respectivement à ce que l'employeuse et C. soient condamnés, solidairement ou dans les proportions fixées à dire de justice, au paiement d'une indemnité de 10'000 fr. pour le tort moral occasionné. Les deux défendeurs ont conclu au rejet de la demande. A titre reconventionnel, l'employeuse a conclu au paiement de 37'603 fr., correspondant aux notes d'honoraires de la fiduciaire M. SA. En cours d'instruction, une expertise a été confiée à X., de la fiduciaire ...

Par jugement du 9 septembre 2016, le Tribunal civil a condamné l'employeuse à payer 5'800 fr. à l'employée, à titre de frais d'écolage pour sa formation professionnelle, et a ordonné la remise d'un certificat de travail identique à celui établi le 23 août 2011, mais complété par l'indication suivante: «Mlle A. a entretenu des relations harmonieuses avec ses supérieurs et ses collègues de travail. Elle a exécuté son travail à satisfaction.» Le Tribunal a rejeté les autres conclusions en cause et réparti les frais judiciaires, dont 15'800 fr. 10 ont été mis à la charge de la demanderesse. L'employée a formé appel aux fins de réformer ce jugement. Par arrêt du 14 novembre 2017, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a

admis l'appel sur le seul point des frais judiciaires. L'appel a été rejeté pour le surplus.

L'employée saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile reprenant les conclusions en paiement formulées en appel.

Extraits des considérants:

3.

Le premier moyen de la recourante a trait au harcèlement sexuel (au sens de l'art. 4 LEG) qu'elle impute au défendeur, respectivement à la défenderesse.

3.1 L'art. 328 al. 1 CO impose à l'employeur de protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Il doit en particulier veiller à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes.

L'art. 3 al. 1 LEG interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe.

Le harcèlement sexuel se définit comme un «comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle.» (art. 4 LEG).

Selon la jurisprudence, les remarques sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Bien que l'art. 4 LEG ne se réfère qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition englobe tous les comportements importuns de caractère sexuel, soit également ceux qui contribuent à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées (ATF 126 III 395 consid. 7b/bb p. 397 et les références; arrêts 8C\_422/2013 du 9 avril 2014 consid. 7.2; 4C.60/2006 du 22 mai 2006 consid. 3.1; 4C.187/2000 du 6 avril 2001 consid. 2a).

Le mécanisme d'allègement du fardeau de la preuve prévu par l'art. 6 LEG ne s'applique pas en matière d'harcèlement sexuel (arrêt 4A\_473/2013 du 2 décembre 2013 consid. 3.1 et 3.2 et les références citées).

3.2 De tous les allégués relatifs au comportement agressif, hostile ou humiliant qu'aurait adopté le défendeur C., seul a été retenu le fait d'avoir utilisé le surnom «Mistinguett» pour désigner l'employée à l'occasion d'un apéritif auquel elle ne participait pas. Concernant l'établissement des faits, la cour cantonale ne s'est à juste titre pas contentée d'une simple vraisemblance (cf. supra consid. 3.1 in fine). L'on ignore en revanche la teneur précise du propos tenu par le défendeur. La recourante reproche aux juges cantonaux d'avoir méconnu qu'il s'agissait-là de harcèlement sexuel au

sens de l'art. 4 LEg: le terme en question faisait référence à une danseuse de cabaret exhibant ses jambes devant un parterre de personnes – à tout le moins était-ce ainsi que l'on percevait une danseuse de cabaret à notre époque –, ce qui était tout sauf valorisant, et même dégradant pour une personne de sa condition.

3.3 La cour cantonale a estimé que le terme utilisé n'était pas suffisamment connoté pour relever de l'art. 4 LEg. Certes, le nom évoqué était celui d'une danseuse de cabaret, mais celle-ci s'était distinguée par son esprit et sa grâce. A lire sa biographie, il ne s'en dégageait aucune connotation négative.

3.4 Jeanne Florentine Bourgeois, dite Mistinguett, a vécu de 1875 à 1956. Si elle a joué au théâtre et au cinéma, elle a acquis la gloire dans les cabarets parisiens de la Belle Epoque (Moulin-Rouge, Folies-Bergères, Casino de Paris) où elle officiait comme meneuse de revue. Ce n'est certes pas sa voix qui en a fait une artiste à succès – elle avait notoirement la voix éraillée, pour ne pas dire qu'elle chantait faux –, mais il serait réducteur de voir en elle uniquement les plus belles jambes de Paris. Dans un hommage posthume intitulé «A dieu à une étoile», l'académicien Jean Cocteau disait d'elle que sa disparition équivalait à la chute des dernières cariatides du temple. Sur ce même thème, il poursuivait: «Chez ces cariatides, la tête ne servait guère qu'à soutenir l'édifice. Cœur et entrailles se chargeaient du reste.» L'on pressent bien, par-delà cette formule que l'on pourrait de prime abord juger irrévérencieuse, que l'artiste ne l'avait pas touché par la brillance de son intellect, mais par ce qu'il n'hésitait pas à qualifier de génie et qu'elle exprimait d'une tout autre manière: par sa grâce, une gouaille toute parisienne et le fait qu'elle incarnât l'esprit de Paris. «Rien ne l'arrête au bord d'une zone excessive, où le bon goût ni le mauvais goût ne s'exercent» écrivait-il, avec l'admiration de l'intellectuel luttant pour s'affranchir de ses propres limites (Figaro Littéraire du 14 janvier 1956, accessible sur le site Internet [www.lefigaro.fr](http://www.lefigaro.fr); cf. aussi Le Grand Robert des noms propres).

De nos jours, ce terme est utilisé dans le langage courant pour désigner, de façon familière mais généralement affectueuse, une jeune fille («Miss») ou une jeune femme.

Il y a fort à parier que le défendeur était peu au fait de ce portrait de Mistinguett lorsqu'il a utilisé son nom. Certainement ne le faisait-il pas pour manifester une quelconque admiration. Cependant, même s'il n'entrevoyait pas la richesse de ce personnage et s'il n'avait en tête qu'une figure empanachée sur des jambes effilées, ce qui serait la marque d'une inculture certaine, la comparaison qu'il a faite, à une seule reprise et sans que l'on connaisse la teneur précise de son propos, ne saurait s'apparenter à du harcèlement sexuel. Il n'y a en effet pas de raison de placer à un niveau si bas, où celui qui parle n'est guère plus érudit que ceux qu'amuserait l'évocation d'une figure historique qu'ils entrevoient uniquement par un prisme, le seuil du harcèlement sexuel.

Certes, la différence – elle est de taille – entre une meneuse de revue, respectivement une artiste de cabaret de la Belle Epoque, et une «artiste de cabaret» telle qu'elle peut se concevoir aujourd'hui (là où il n'y a plus ni véritable artiste, ni cabaret-théâtre d'ailleurs), peut échapper à l'ignorant. Cela étant, face à un tel glissement sémantique, la recourante pourrait tout au plus s'offusquer du manque de savoir de son interlocuteur, dès lors que cette carence est en définitive préjudiciable à lui seul.

Il est possible, à suivre les déclarations d'un témoin – H. – évoquées par la cour cantonale, que le langage ait été assez rude dans l'environnement de travail – le trading de matières premières – où l'employée évoluait, comme celle-ci l'affirme. Ceci a toutefois peu à voir avec la culture, et c'est bien de cela dont il s'agit ici.

Le grief de la recourante tiré de la violation de l'art. 4 LEg doit dès lors être rejeté.

4.

Du point de vue de la recourante, la cour cantonale aurait également exclu à tort que le congé fût abusif.

(...)

4.2 La cour cantonale a retenu, en fait, que la décision de l'employeuse avait été motivée par le rapport de l'expert-comptable diplômé G. lequel, chargé d'émettre un diagnostic sur le fonctionnement du processus de comptabilisation et la qualité du travail de l'employée, avait conclu que celle-ci ne disposait pas des compétences nécessaires et qu'il était impératif de réagir rapidement pour éviter une péjoration de la situation. Elle n'avait dès lors pas été prise en représailles au courriel de l'employée du 27 mai 2011, par lequel cette dernière se plaignait auprès de l'administrateur président de la société du comportement de C. à son égard.

5.

La recourante estime que cette constatation est arbitraire (art. 9 Cst.). La cour cantonale aurait, contre toute évidence, omis de tenir compte du fait qu'elle avait toujours exécuté son travail de manière diligente et consciencieuse, ainsi que l'attestait son certificat de travail intermédiaire, et que l'organe de révision avait toujours validé sans réserve la comptabilité qu'elle tenait. Ses compétences comptables ne seraient donc pas en cause.

L'argument tombe à faux. L'autorité précédente n'a pas méconnu qu'au cours des années précédentes, les qualités de comptable de l'employée avaient été reconnues par son employeuse; les déclarations de E., qui avait supervisé hiérarchiquement l'employée et sont rapportées dans l'arrêt attaqué, en sont la démonstration. Cela étant, en 2010–2011, tel n'était plus le cas. La cour cantonale s'est laissée convaincre par l'analyse précitée de G., qui était confortée tant par la société externe M. SA, à laquelle l'employeuse a eu recours au mois de mai 2011, que par l'expert X., lequel a retenu que les opérations comptables, en particulier celles relatives aux hedges, n'avaient pas été correctement suivies par l'employée, occasionnant des retards qui n'étaient «pas admissibles». I., soit l'expert-comptable cosignataire du rap-

port de la fiduciaire précitée, a précisé qu'il n'y avait pas eu de bouclement à la fin mars 2011, qu'il y avait effectivement trois mois de retard dans la comptabilité, qu'il ne parvenait pas à retrouver les pièces, que le travail n'était pas fait, que les écritures n'étaient pas correctes, qu'il n'y avait pas besoin de contrôler pour voir que c'était faux et qu'il avait repris toute la comptabilité car il n'arrivait pas à travailler sur la base de ce que l'employée avait fait. Ces observations relèguent à l'arrière-plan le manque de support par lequel la recourante tente, lapidairement d'ailleurs, de se justifier. Celle-ci voudrait voir écartées les conclusions de ce rapport. Cela étant, il lui faudrait plus que l'évocation d'un conflit d'intérêts tiré du mandat décroché par cette fiduciaire et d'une évidence qui n'en est pas une pour parvenir à ses fins, étant encore précisé que les conclusions de ce rapport rejoignent celles de l'expert X. C'est finalement le lieu de souligner que la cour cantonale n'a pas eu à recourir aux déclarations de ..., expert-comptable auprès de l'organe de révision de la société employeuse, de sorte que ce même grief n'a aucune portée en ce qui le concerne.

La recourante fait valoir qu'elle s'est plainte de harcèlement sexuel et que l'employeuse n'a nullement essayé de comprendre les motifs qui dictaient sa démarche, s'empressant au contraire de réagir en la licenciant. Elle tire un parallèle avec l'affaire sur laquelle le Tribunal fédéral s'est prononcé le 22 mai 2006 (arrêt 4C.60/2006). Il se trouve toutefois que les faits se présentaient de manière bien différente dans cette cause, où l'employée n'était pas confrontée au grief de ne pas satisfaire à son cahier des charges, comme dans le cas d'espèce. La recourante ne peut donc en tirer aucun avantage.

Quant au fait que la décision de licencier l'employée avait déjà été prise à la mi-mai 2011 et qu'elle était ainsi antérieure à son courrier électronique du 27 mai 2011, il n'a pas été «extrapolé» par la cour cantonale, mais déduit du témoignage de F., éclairé par les observations d'autres intervenants relatifs à la situation comptable; une telle constatation n'a rien d'insoutenable.

La cour cantonale pouvait dès lors conclure sans arbitraire que les plaintes de la recourante n'avaient joué aucun rôle causal dans la décision de la licencier. La résiliation du contrat de travail n'était ainsi pas abusive. Ce grief de la recourante doit ainsi également être rejeté.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 28 novembre 2018, Doss.-No 4A\_224/2018 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 13 février 2018 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)*

**Résiliation abusive; art. 336 al. 1 lit. d CO. Art. 336 al. 1 lit. d CO. En l'espèce, il n'est pas arbitraire de considérer que les motifs de congé invoqués dans la lettre de résiliation (avertissements et comportement**

avec un collègue) n'étaient pas réels puisque l'employeuse a dans un premier temps émis le souhait de garder les deux employés. En réalité, l'employé a été licencié parce qu'il avait demandé des mesures de protection à l'égard d'un collègue avec lequel il était en conflit. L'intervalle entre la demande de mesures de protection (mi-octobre 2014) et le congé (15 janvier 2015) peut s'expliquer par le fait que l'employeuse a attendu l'expiration du délai de protection de l'art. 336c al. 1 lit. b CO dont bénéficiait l'employé en raison d'une incapacité de travail résultant d'une altercation sur le lieu de travail. L'autorité cantonale était fondée à considérer que l'employeuse aurait dû prendre des mesures concrètes pour protéger la personnalité de son employé (art. 328 CO), respectivement que le congé qui lui a été notifié était abusif (c. 3.3–4).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 6 mai 2013, la succursale de A. SA a engagé Z. en qualité d'électricien automobile pour une durée indéterminée. Z. a entretenu une relation tendue avec son collègue B. Les tensions semblent avoir débuté environ deux ou trois mois après l'entrée en fonction de Z. Celui-ci a emprunté l'un des outils de B. en se servant dans sa caisse à outils. B. s'est énervé et Z. l'a alors traité de «pauvre type», ce qui ne lui a pas plu. Le responsable administratif a demandé aux deux employés de travailler dorénavant chacun de leur côté.

Le 26 mars 2014, Z. a été mis en garde pour avoir endommagé une caméra. Le 20 mai 2014, une «remarque» a été faite à son encontre; il lui était reproché de timbrer avant d'aller au vestiaire, alors qu'il devait le faire après, lorsqu'il était prêt à commencer son travail. Le 12 juin 2014, Z. a reçu un avertissement pour ne pas avoir suivi des cours de formation continue obligatoire sur Internet.

Durant l'été 2014, B. aurait donné un coup d'épaule à son collègue en passant à côté de celui-ci, ce que le prénommé a contesté. Z. a rapporté cet incident au responsable administratif, qui a convoqué les deux protagonistes d'abord séparément puis ensemble, pour leur signifier qu'il ne voulait plus voir «ce genre de gamineries». Le 29 septembre 2014, alors que B. revenait de deux semaines d'arrêt de travail en raison d'une opération chirurgicale occasionnée par des problèmes rénaux, son collègue N. lui a rapporté des propos que Z. aurait tenus en son absence, selon lesquels ses problèmes rénaux venaient du fait qu'il «ne se servait pas assez de sa bite». B. s'est alors rendu dans la salle de pause des employés où se trouvait Z.; il a dit à ce dernier qu'il était «amnésique, qu'il n'avait pas de couilles», ajoutant «elle est belle la France avec ça». Il est ensuite sorti et a proposé à Z., qui l'avait rejoint, d'aller s'expliquer plus loin. Une fois sur le parking de l'entreprise, les deux hommes ont entrepris de se battre. B. dit avoir cherché à immobiliser son collègue au sol, mais l'intéressé se serait évanoui



avant qu'il ait le temps de lui porter un coup. Quant à Z., il soutient avoir reçu un coup de poing qui l'aurait fait chuter et aurait été la cause de son évanouissement. Le chef d'atelier a appelé une ambulance qui a conduit Z. à l'hôpital, où une minerve a été posée; il l'a portée pendant deux à trois semaines. A la suite de cette altercation, le prénommé a été en incapacité de travail. Le 8 octobre 2014, il a déposé une plainte pénale contre B.. Considérant que cette bagarre était digne d'une cour d'école, le directeur de la succursale O. a fait la leçon aux deux protagonistes en leur disant qu'il ne voulait plus que cela se produise. Il a demandé à chacun d'expliquer par écrit ce qui s'était passé.

Environ deux semaines après l'altercation, Z. a rencontré le directeur précité. Il lui a demandé de licencier B., ou alors de trouver une solution pour éviter qu'il soit confronté à celui-ci, car il ne pouvait moralement pas supporter de reprendre le travail et de se retrouver en présence de son agresseur. Le directeur lui a cependant expliqué qu'il avait décidé de garder les deux employés: Z. parce qu'il était père de famille, et B. parce qu'il était un bon mécanicien et spécialiste de la marque X. Il a aussi dit à Z. que s'il trouvait quelque chose de mieux, il devait saisir l'occasion et pouvait compter sur lui pour des conseils. Environ un mois et demi après le début de son arrêt de travail, Z. a reçu un téléphone du responsable administratif, qui lui a demandé s'il allait bien et s'il pouvait suivre les cours depuis chez lui.

Par courrier du 15 janvier 2015, la succursale de A. SA a résilié le contrat de travail de Z. pour le prochain terme du 31 mars 2015, en invoquant les avertissements dont il avait été l'objet et son comportement avec l'un de ses collègues de travail. Le travailleur a déclaré s'opposer au licenciement par courrier du 13 mars 2015. L'incapacité de travail a pris fin le 31 mai 2015. Dans l'intervalle, Z. s'est rendu plusieurs fois chez le médecin. Il a consulté un généraliste, un kinésithérapeute et une psychologue.

Par jugement du 28 septembre 2015, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a condamné B. pour lésions corporelles simples. Il a retenu que les faits étaient mineurs et que le plaignant avait sa part de responsabilité dans cette affaire.

Par requête de conciliation du 18 septembre 2015, Z. a assigné A. SA devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. Le 23 février 2016, il a déposé une demande concluant au paiement de 30'000 fr. Il requerrait une rémunération pour les heures consacrées à la formation obligatoire, respectivement une indemnité pour tort moral et le remboursement de frais médicaux – prétentions fondées sur le fait que la succursale, en violation de son devoir de protection (art. 328 CO), avait toléré pendant plusieurs mois le comportement hostile de B. à son encontre. Il exigeait enfin une indemnité pour congé abusif (art. 336a CO).

Le Tribunal prud'homal a alloué au demandeur 956 fr. 25 bruts (sous déduction des charges sociales) pour les heures consacrées à la formation obligatoire. Il a rejeté la demande pour le surplus, considérant notamment

que le congé n'était pas abusif. Statuant sur appel du demandeur, le Tribunal cantonal vaudois a réformé ce jugement et condamné en définitive la défenderesse à payer au demandeur 956 fr. 25 bruts (sous déduction des charges sociales), plus 12'892 fr. à titre d'indemnité pour congé abusif.

La défenderesse a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

3.

A ce stade, la défenderesse conteste le caractère abusif du licenciement, subsidiairement le montant de l'indemnité mise à sa charge. C'est le lieu de rappeler quelques principes théoriques.

3.1 Chaque partie peut décider unilatéralement de mettre fin à un contrat de travail de durée indéterminée (art. 335 al. 1 CO). Ce droit est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 CO énumère une liste non exhaustive de cas de résiliation abusive; il s'agit d'une concrétisation de l'interdiction générale de l'abus de droit (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538).

Le caractère abusif du congé peut résider entre autres dans le motif répréhensible qui le sous-tend – par exemple lorsque l'autre partie a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO) –, dans la manière dont il est donné, dans la disproportion évidente des intérêts en présence, ou encore dans l'utilisation d'une institution juridique de façon contraire à son but (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515; 132 III 115 consid. 2.2 et 2.4). L'abus est en principe retenu lorsque le motif invoqué n'est qu'un simple prétexte tandis que le véritable motif n'est pas constatable (ATF 130 III 699 consid. 4.1 in fine; cf. aussi ATF 138 III 59 consid. 2.1 p. 62 en matière de bail).

Pour qualifier un congé d'abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 in fine p. 515). En revanche, savoir si le congé est abusif relève du droit (arrêt 4A\_714/2014 du 22 mai 2015 consid. 3.3)

3.2 En l'occurrence, la Cour d'appel a constaté que l'employeuse avait signifié le congé après l'expiration du délai de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO, en invoquant les avertissements dont le travailleur avait été l'objet et son comportement avec l'un de ses collègues. La Cour a relevé que ces avertissements remontaient à plus de trois mois et que l'employeuse, après l'altercation du 29 septembre 2014, avait émis le souhait de garder les deux employés à son service. Cela signifiait donc qu'aux yeux de celle-ci, ces éléments ne constituaient pas un motif suffisant pour résilier le contrat du travailleur. Il était difficile d'apporter la preuve de motifs de nature psychique. En l'espèce toutefois, tout portait à croire que l'employeuse avait congédié le travailleur parce qu'il avait indiqué ne plus pouvoir envisager de travailler avec son collègue. Ce faisant, le

travailleur avait demandé que des mesures destinées à protéger sa personnalité soient prises sur son lieu de travail, conformément à l'art. 328 CO; or, plutôt que d'envisager de telles mesures dans l'attente du retour du travailleur, l'employeuse avait préféré résilier son contrat de travail. Elle n'avait envisagé aucune mesure particulière alors qu'il en existait. Lors de son audition, le directeur de la succursale avait concédé que l'organisation séparée des garages de ... et de ... n'était pas un obstacle à un transfert; il estimait toutefois qu'il n'y avait pas de raison d'envisager un tel transfert. Or, si on pouvait admettre que les incidents antérieurs au 29 septembre 2014 ne justifiaient pas d'autres mesures qu'une remise à l'ordre, il en allait différemment après cette date.

Après l'ouverture de la procédure civile, l'employeuse avait fait valoir que l'absence prolongée du travailleur compliquait l'activité du garage. Il était étonnant que ce motif n'ait pas été invoqué dans la lettre de licenciement du 15 janvier 2015. Quoi qu'il en soit, l'employeuse n'avait pas établi la véracité de ce motif, par exemple en démontrant qu'elle avait dû engager un autre collaborateur. Le directeur du garage avait tout au plus évoqué des heures supplémentaires accomplies par le reste du personnel, sans donner plus de précision quant à la quotité de ces heures.

En définitive, la Cour d'appel a jugé qu'il existait suffisamment d'indices pour faire apparaître comme non réels les motifs avancés par l'employeuse. Le licenciement devait être qualifié d'abusif, notamment au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

3.3 La constatation selon laquelle les motifs de congé invoqués dans la lettre du 15 janvier 2015 (avertissements et comportement avec son collègue) ne sont pas réels tient au fait que malgré ces éléments, l'employeuse a dans un premier temps émis le souhait de garder les deux employés. On ne discerne pas d'arbitraire dans cette appréciation, et la défenderesse n'en apporte du reste pas la démonstration. Par ailleurs, elle ne critique pas le raisonnement ayant conduit à exclure l'authenticité du motif tiré des prétendus problèmes d'organisation créés par l'absence du demandeur. Ces points sont dès lors acquis.

La défenderesse ne conteste pas à proprement parler le lien entre la requête de mesures de protection émise par le demandeur et le congé. Elle plaide toutefois que celui-ci a posé un ultimatum disproportionné en exigeant que son collègue soit renvoyé, faute de quoi lui-même refusait de réintégrer le garage; or, le peu de gravité des faits ne justifiait pas qu'elle prît une telle mesure à l'encontre de l'autre employé. La défenderesse aurait trouvé une solution adéquate en tentant de «calmer les choses» et en proposant aux deux employés de rester dans l'entreprise; le risque de confrontation était de son point de vue inexistant.

Force est de constater que cette argumentation se fonde sur une version des faits qui diverge de celle retenue dans l'arrêt attaqué.

En premier lieu, on ne saurait nier le risque de nouvelles confrontations si les deux employés avaient dû continuer à travailler dans les mêmes

conditions; or, tel est bien ce que proposait la défenderesse en émettant le souhait de garder les deux employés, sans prendre de mesures particulières. Après la bagarre du 29 septembre 2014, il était évident que la méthode consistant à sermonner les deux employés en faisant appel à leur responsabilité d'adultes et en leur recommandant de travailler chacun de leur côté avait fait long feu. Les esprits ne pouvant qu'être échaudés après un tel événement et le dépôt d'une plainte pénale.

En deuxième lieu, prétendre que le demandeur a refusé de réintégrer son poste au motif que la défenderesse ne voulait pas prendre la mesure disproportionnée consistant à licencier son collègue constitue une réécriture de l'état de fait. Deux semaines seulement après la bagarre, le demandeur a certes incité la défenderesse à licencier son collègue, mais en ajoutant qu'il convenait à défaut de trouver une solution pour qu'il ne soit plus confronté à celui-ci dès lors qu'il ne pouvait moralement pas supporter de se trouver en sa présence. L'autorité précédente pouvait en déduire sans arbitraire que ce faisant, le demandeur requérait des mesures de protection de sa personnalité, et non pas une *ultima ratio* consistant à licencier son collègue à l'exclusion de toute autre mesure. En outre, la défenderesse déduit le refus de réintégrer l'entreprise du fait que le demandeur n'était pas réellement incapable de travailler. Tout en évoquant sa «prétendue incapacité», elle admet que celle-ci était attestée par de «nombreux certificats médicaux» et ne fournit pas le début d'une démonstration établissant qu'il serait arbitraire de retenir une telle incapacité, alors qu'il est constant qu'il a consulté un généraliste et une psychologue. L'argument selon lequel il aurait été vain de proposer une mesure telle que le transfert de l'un ou l'autre employé dans le garage de ... se trouve ainsi privé de fondement, la défenderesse elle-même n'invoquant pas d'autres éléments qu'un prétendu refus de principe du demandeur.

En troisième lieu, pour démontrer qu'elle n'avait pas à prendre de mesures particulières, et notamment pas contre l'autre employé, la défenderesse tente indûment de minimiser la faute de celui-ci et d'aggraver les torts du demandeur. Les juges pénaux ont certes constaté que les faits étaient mineurs et que le demandeur avait sa part de responsabilité dans l'affaire; l'autorité précédente a du reste retenu une faute concomitante du demandeur au moment de statuer sur l'indemnité. Il n'en demeure pas moins que le comportement de l'autre employé a débouché sur une condamnation pénale. Si le demandeur avait certes déjà suscité des mises en garde ou remarques de la défenderesse, elles ne justifiaient pas un licenciement aux yeux mêmes de celle-ci. Concernant l'une des remarques, la défenderesse n'était elle-même pas sans reproche, puisque qu'il est acquis qu'elle aurait dû rémunérer le demandeur pour le temps consacré à la formation obligatoire. Par ailleurs, rien n'indique que le demandeur ait connu des problèmes relationnels avec d'autres personnes, tandis que B. a été la cause du départ du témoin P.

3.4 En définitive, il n'était pas contraire au droit fédéral de retenir en fait que deux semaines après la bagarre du 29 septembre 2014, le demandeur avait demandé à la défenderesse de prendre des mesures de protection comme il ne se sentait plus capable de côtoyer son collègue, et que tout portait à croire que cette demande avait motivé la résiliation du contrat de travail, les motifs invoqués n'étant pas réels. L'intervalle entre la demande de mesures et le congé peut s'expliquer par le délai de protection de l'article 336c al. 1 let. b CO, et la défenderesse n'en tire du reste pas argument.

En droit, l'autorité précédente était fondée à considérer que la défenderesse, après la bagarre du 29 septembre 2014, ne pouvait plus se contenter de remettre à l'ordre les employés et aurait dû prendre des mesures concrètes pour protéger la personnalité du demandeur, respectivement que le congé donné dans les circonstances concrètes était abusif.

4.

4.1 Dans une argumentation subsidiaire, la défenderesse requiert que l'indemnité pour congé abusif, équivalant à deux mois de salaire, soit réduite à un mois de salaire. Les juges d'appel n'auraient pas suffisamment tenu compte de la relative brièveté des rapports de travail et de la faute concomitante du demandeur. Ils lui auraient reproché à tort un manque d'égards envers celui-ci, alors qu'elle avait vainement tenté la conciliation entre deux employés fautifs.

4.2 L'art. 336a al. 1 et 2 CO prévoit que la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité que le juge fixe en fonction des circonstances, mais qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur.

La fixation de l'indemnité ressortit au pouvoir d'appréciation du juge, que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve (ATF 123 III 246 consid. 6a p. 255).

4.3 Dans le contexte évoqué ci-dessus (cf. notamment consid. 3.3 supra), les juges vaudois étaient fondés à reprocher à la défenderesse un manque d'égards. Pour le surplus, ils n'ont clairement pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en fixant l'indemnité à deux mois de salaire.

*Bundesgericht, Urteil vom 28. November 2018, Doss.-Nr. 4A\_514/2018 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 26. Juni 2018)*

**Kollektivkrankentaggeldversicherung, Art. 324a Abs. 4 OR; Vertrag zu Gunsten eines Dritten; Passivlegitimation; gleichwertige Regelung. Nach Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit aus der kollektiven Unfall- oder Krankenversicherung ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Dieses eigene**

Recht hat zur Folge, dass ausschliesslich der Begünstigte (der Versicherte) an der Leistung der Versicherung berechtigt ist, wobei die Versicherung nur durch Zahlung an den Arbeitnehmer selbst als begünstigten Dritten mit befreiender Wirkung erfüllen kann, nicht durch Leistung an die Arbeitgeberin, obwohl diese Vertragspartei ist. Insoweit kann die Vertragserfüllung mit einem echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR verglichen werden. Indem die Arbeitgeberin eine Taggeldversicherung nach Art. 324a Abs. 4 OR abschloss, befreite sie sich von ihrer Lohnzahlungspflicht für die Dauer der Krankheit des Arbeitnehmers. Wenn sie dennoch Krankentaggelder abrechnete und weiterleitete, handelte sie einzig als von der Versicherung eingesetzte Zahlstelle und insoweit nicht aus einer gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Schuldpflicht. Die fehlende Passivlegitimation der Arbeitgeberin ergibt sich als Rechtsfolge aus den unbestrittenen Tatsachen, dass eine Kollektivkrankentaggeldversicherung bestand, der Arbeitnehmer daraus begünstigt war und der Versicherungsfall der Krankheit eintrat. Eine Regelung im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR ist jedenfalls dann gleichwertig, wenn sie bei hälftiger Prämienteilung Taggelder von 80% des Lohnes während maximal 720 innert 900 Tagen ausrichtet (E. 2, 2.2, 2.3, 3.1).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) war nach erfolgreichem Abschluss seiner Lehre im August 2008 weiterhin bei der B. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) tätig. Die Arbeitgeberin kündigte den Arbeitsvertrag am 17. Februar 2015 auf den 31. März 2015. Der Arbeitnehmer bestritt die Gültigkeit der Kündigung, weil er zum Kündigungszeitpunkt krankgeschrieben gewesen sei.

Ab dem 1. Oktober 2012 konnte der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht arbeiten. Die Arbeitgeberin hatte bei einer privaten Versicherungsgesellschaft eine kollektive Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, welche ab diesem Zeitpunkt Taggelder ausrichtete. Die Versicherung zahlte diese Taggelder der Arbeitgeberin, welche auf der Basis von 80% des bisherigen Lohnes monatliche Lohnabrechnungen erstellte und dem Arbeitnehmer die Beträge auszahlte.

Ab 1. Juni 2013 verfügte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Basel-Landschaft die Durchführung von Eingliederungsmassnahmen. Der Arbeitnehmer absolvierte dieses Arbeitstraining im Betrieb seiner Arbeitgeberin, wobei ihm IV-Taggelder ausbezahlt wurden. Am 31. Mai 2014 wurde die Massnahme eingestellt. Zwischen Juni und Dezember 2014 war der Arbeitnehmer zu 100% bei der Arbeitgeberin tätig. Er war während dieser Zeit an einigen Tagen krankgeschrieben und absolvierte Zivilschutzdienst. Namentlich arbeitete er im Dezember 2014 nur an 11 von

22 Arbeitstagen. Im Januar 2015 standen ihm 13 bezahlte Arbeitstage von 22 zu. Ab Februar 2015 war er krankgeschrieben. Die Krankentaggelder wurden bis Ende Mai 2015 über die Arbeitgeberin ausgerichtet. Ab dem 1. Juni 2015 wurden die Krankentaggelder von der Versicherung direkt dem Arbeitnehmer ausbezahlt. Die Zahlungen wurden per 18. August 2015 definitiv eingestellt.

Nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung reichte der Arbeitnehmer am 14. Juni 2016 Klage beim Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost gegen die Arbeitgeberin ein. Er beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm insgesamt Fr. 26'681.90 nebst Zins zu bezahlen. Er begründete seine Forderung im Wesentlichen damit, dass die Beklagte unzulässige Abzüge an den IV-Leistungen und an den Krankentaggeldern vorgenommen habe, dass ihm eine nie ausbezahlte Lohnerhöhung zustehe und auch der 13. Monatslohn nicht immer korrekt überwiesen worden sei. Schliesslich machte er wegen ungültiger Kündigung eine Lohnforderung geltend.

Mit Urteil vom 14. Dezember 2017 verpflichtete das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost die Beklagte, dem Kläger Fr. 508.70 nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2014, Fr. 246.10 nebst Zins zu 5% seit 1. Januar 2015, Fr. 30.80 nebst Zins zu 5% seit 1. Februar 2015 und Fr. 2'686.75 nebst Zins zu 5% seit 31. Mai 2015 zu bezahlen. Es erhob keine Gerichtskosten, sprach der Beklagten zulasten des Klägers jedoch eine Parteientschädigung von Fr. 11'715.45 zu. Gutgeheissen wurden Lohnerhöhung und Lohn abzüglich Verrechnungsforderung für das Jahr 2104 und für das Jahr 2015 Lohnerhöhung, 13. Monatslohn und Lohn. Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.

Der Kläger gelangte mit Berufung an das Kantonsgericht Basel-Landschaft und stellte im Wesentlichen die Begehren, (1.1) es sei festzustellen, dass der Beklagten für September 2014 und November 2014 keine Verrechnungsforderungen zuständen und (1.2) die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger zusätzlich zum zugesprochenen Betrag Fr. 1'989.– zuzüglich 5% seit 1. Januar 2014 (Restanz 13. Gehalt 2013), Fr. 572.75 nebst 5% seit 1.2.2014 (für Dezember 2014) und für Januar 2015 Fr. 73.50 nebst 5% Zins seit dem 1. Februar 2015 zu bezahlen. Er beantragte zudem (2), das Urteil sei aufzuheben und zur Beurteilung seiner abgewiesenen Forderungen [von denen er insgesamt Fr. 4'920.– fallen liess] an das Zivilkreisgericht zurückzuweisen, eventuell vom Kantonsgericht zu beurteilen und gutzuheissen.

Das Kantonsgericht Basel-Landschaft wies die Berufung des Klägers mit Entscheid vom 26. Juni 2018 ab, soweit darauf eingetreten wurde. Das Kantonsgericht trat auf Rechtsbegehren 1.1 mangels Feststellungsinteresses nicht ein. Zu den einzelnen Forderungen bestätigte das Kantonsgericht zunächst das Erkenntnis des Zivilkreisgerichts, wonach der Beklagten die Passivlegitimation fehle, soweit der Kläger (restliche, nicht vollständig ausbezahlte) Krankentaggelder geltend mache. Es bestätigte sodann, dass dem Kläger ein Anspruch auf 13. Monatslohn für das

Jahr 2013 nur im Umfang von 7/12 zustehen. Seine Ansprüche gegenüber der Beklagten aus Lohn für Dezember 2014 und Januar 2015 habe die Beklagte erfüllt, während allfällige (teilweise noch nicht bezahlte) Krankentaggelder gegenüber der Versicherung geltend zu machen wären. Ebenfalls sei für die Zeit von Februar 2015 bis Mai 2015 ausschliesslich die Versicherung passivlegitimiert. Den geforderten Lohn ab Mitte August 2018 wegen ungültiger Kündigung wies das Kantonsgericht ab, weil der Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Art. 324a OR durch Krankentaggelder erfüllt oder zu erfüllen sei – für deren Leistung die Beklagte nicht passivlegitimiert sei – und jedenfalls der Kläger seine Arbeitsleistung nicht angeboten habe. Das Kantonsgericht bestätigte schliesslich, dass ein Anspruch auf 13. Monatslohn und Lohnerhöhung für das Jahr 2015 nur für effektiv geleistete Arbeitstage bestehe und bestätigte den erstinstanzlichen Kostenentscheid.

Mit Beschwerde in Zivilsachen stellt der Kläger die Anträge:

«1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer und vollständiger Beurteilung an die Vorinstanz, eventuell direkt an die erste Instanz zurückzuweisen.

2. Eventuell sei das angefochtene Urteil aufzuheben und in der Sache selbst und entsprechend folgenden letztinstanzlich massgeblichen Anträgen zu entscheiden, nämlich:

2.1. Dezember 13: Fr. 1'989.00 zuzüglich 5% seit dem 1.1.2014 (Restanz 13. Gehalt)

2.2. Dezember 14: Fr. 572.75 zuzüglich 5% seit dem 1.2014 [gemeint wohl 1.1.2015]

2.3. Januar 15: Fr. 73.50 zuzüglich 5% seit dem 1.2.2015

2.4. Februar 15: Fr. 1606.35 zuzüglich 5% seit dem 1.3.2015

2.5. März 15: Fr. 1522.05 zuzüglich 5% seit dem 1.4.2015

2.6. April 15: Fr. 1280.15 zuzüglich 5% seit dem 1.5.2015

2.7. Mai 15: Fr. 2591.90 zuzüglich 5% seit dem 1.6.2015

2.8. August 15: Fr. 2170.15 zuzüglich 5% seit dem 1.9.2015

2.9. September 15: Fr. 3863.85 zuzüglich 5% seit dem 1.10. 2015

2.10. Oktober 15: Fr. 1945.25 zuzüglich 5% seit dem 1.11.2015

2.11. November 15: Fr. 570.80 zuzüglich 5% seit dem 1.12.2015

2.12. Dezember 15: Fr. 4173.10 zuzüglich 5% seit dem 1.1.2016 (pro rata 13. Gehalt)

2.13. pro Kalenderjahr 15: Lohnerhöhung von Fr. 65.00 pm, somit Fr.626.06 (netto) nebst 5% mittlerer Verfall 1.6.2015

2. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege unter Bestellung des unterzeichnenden Anwalts zu bewilligen [...]».

Der Beschwerdeführer rügt («Klage-Kernbereich 1»), das Kantonsgericht habe die Passivlegitimation der Beschwerdegegnerin für ausstehende Krankentaggelder zu Unrecht verneint und dabei den Sachverhalt offensichtlich unrichtig bzw. in Verletzung von Bundesrecht festgestellt und das rechtliche Gehör verletzt sowie die Beweise willkürlich gewürdigt. Er rügt



ausserdem («Kernthema 2»), dass die Kündigung zur Unzeit bzw. deren Folgen in Verletzung von Art. 8 ZGB und willkürlicher Beweiswürdigung rechtswidrig verneint worden seien. Er führt schliesslich Rügen zu Einzelthemen an.

Aus den Erwägungen:

2.

Nach Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit aus der kollektiven Unfall- oder Krankenversicherung ein selbstständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Dieses eigene Recht hat zur Folge, dass ausschliesslich der Begünstigte (der Versicherte) an der Leistung der Versicherung berechtigt ist, wobei die Versicherung nur durch Zahlung an den Arbeitnehmer selbst als begünstigten Dritten mit befreiender Wirkung erfüllen kann, nicht durch Leistung an die Arbeitgeberin, obwohl diese Vertragspartei ist. Insoweit kann die Vertragserfüllung mit einem echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten im Sinne von Art. 112 Abs. 2 OR verglichen werden. Der Versicherte wird nicht Vertragspartei und die Arbeitgeberin ist weiterhin Schuldnerin der Versicherungsprämien, wobei diese Schuldpflicht zur Zahlung von Versicherungsprämien an die Versicherung diejenige der Lohnzahlung an den Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 4 OR ersetzt, mithin die Arbeitgeberin insoweit hiervon befreit (BGE 141 III 112 E. 4.3 S. 114 mit Hinweisen).

2.1 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin eine Kollektivkrankentaggeldversicherung zugunsten ihrer Arbeitnehmer abgeschlossen hat und dass die Versicherung Taggeldleistungen für die Tage ausbezahlt hat, während denen der Beschwerdeführer krankgeschrieben war. Sie hat zutreffend geschlossen, dass die Versicherung ihre Verpflichtungen gegenüber dem Beschwerdeführer nicht mit diesen Zahlungen an die Beschwerdegegnerin erfüllt hat. Vielmehr erfüllte sie ihre Pflicht erst und nur insofern, als die für sie als Zahlstelle handelnde Arbeitgeberin die dem Beschwerdeführer zustehenden Taggelder in vollem Umfang weiterleitete bzw. auszahlte.

2.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz fordert der Beschwerdeführer mit seiner Klage namentlich die Bezahlung von Abzügen, welche die Beschwerdegegnerin nach seiner Behauptung von den Taggeldern zu Unrecht vorgenommen habe. Die Vorinstanz hat insoweit zutreffend erkannt, dass die Versicherung und nicht die Arbeitgeberin gegenüber dem Beschwerdeführer zur Leistung dieser Taggelder verpflichtet ist. Indem die Arbeitgeberin eine Taggeldversicherung nach Art. 324a Abs. 4 OR abschloss, befreite sie sich von ihrer Lohnzahlungspflicht für die Dauer der Krankheit des Beschwerdeführers. Wenn sie dennoch Krankentaggelder abrechnete und weiterleitete, han-

delte sie einzig als von der Versicherung eingesetzte Zahlstelle und insoweit nicht aus einer gegenüber dem Beschwerdeführer bestehenden Schuldpflicht. Der Beschwerdeführer behauptet sodann selbst nicht, die Beschwerdegegnerin habe ihre Vertragspflichten (Art. 97 OR) verletzt, indem sie die von der Versicherung zu seinen Gunsten erhaltenen Taggelder nicht ungeschmälert an ihn weitergeleitet hätte (vgl. BGE 141 III 112 E. 4.5 S. 115 mit Hinweisen). Mit anderen Worten macht der Beschwerdeführer keine Schadenersatzansprüche gegenüber seiner ehemaligen Arbeitgeberin geltend, sondern fordert einzig Taggelder. Wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, ist hierfür nicht die Arbeitgeberin, sondern – sollten entsprechende Ansprüche denn bestehen – die Versicherung passivlegitimiert. Allfällige Ansprüche gegenüber der Versicherung sind indessen nicht Verfahrensgegenstand.

2.3 Was der Beschwerdeführer dagegen in rechtlicher Hinsicht einwendet, vermag die Praxis des Bundesgerichts, die sich auf die herrschende Lehre stützt, nicht in Frage zu stellen. Soweit der Beschwerdeführer eine überraschende Rechtsanwendung rügt, ist ihm mit der Vorinstanz entgegen zu halten, dass er mit seinen Forderungen einen Teil der ihm zustehenden, aber nicht bezahlten Taggelder fordert (und entsprechend unzulässige Abzüge am Krankentaggeld behauptet) und dass die Anwendung des zwingenden Art. 87 VVG in diesem Zusammenhang nicht überraschend sein kann. Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 ZPO) hat die Vorinstanz zutreffend verneint. Dem Beschwerdeführer kann auch nicht gefolgt werden, wenn er die Ansicht vertritt, die Passivlegitimation der Beschwerdegegnerin sei eine Tatsache, die im Rahmen der Verhandlungsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO) behauptet bzw. bestritten werden müsse. Die fehlende Passivlegitimation der Arbeitgeberin ergibt sich vielmehr als Rechtsfolge aus den unbestrittenen Tatsachen, dass eine Kollektivkrankentaggeldversicherung bestand, der Beschwerdeführer daraus begünstigt war und der Versicherungsfall der Krankheit eintrat. Da der zur Beurteilung notwendige Sachverhalt insoweit unstrittig ist, kann der Beschwerdeführer auch aus seinen diesbezüglich erhobenen Einwänden zu den Feststellungen im angefochtenen Urteil von vornherein nichts zu seinen Gunsten ableiten. Namentlich erübrigt es sich, auf die Rügen einzugehen, die Vorinstanz habe sich bei Verneinung der Passivlegitimation auf einen offensichtlich unvollständigen Sachverhalt gestützt, das Prinzip der double instance verletzt sowie Beweise willkürlich gewürdigt.

### 3.

Als zweites «Kernthema» beanstandet der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz als unerheblich angesehen hat, dass ihm während seiner Krankheit gekündigt wurde.

3.1 Wird die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR durch eine für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertige Regelung ersetzt, so ist die

Arbeitgeberin von der Lohnfortzahlungspflicht befreit. Eine Krankentaggeldversicherung ist angesichts ihrer Dauer in der Regel für den Arbeitnehmer günstiger. Sie ist nach einer älteren Praxis in der Regel gleichwertig, sofern sie den Lohnausfall im Umfang von mindestens 60% während eines vollen Jahres bei hälftiger Prämienteilung ersetzt (BGE 96 II 133 E. 3d S. 137). Nach jüngerer Rechtsprechung, die der herrschenden Lehre folgt (vgl. dazu die zahlreichen Hinweise in Urteil 4C.275/2002 vom 5. Dezember 2002 E. 2.1), ist eine Regelung jedenfalls dann gleichwertig, wenn sie bei hälftiger Prämienteilung Taggelder von 80% des Lohnes während maximal 720 innert 900 Tagen ausrichtet (BGE 135 III 640 E. 2.3.2 S. 647).

3.2 Dass die zu seinen Gunsten abgeschlossene Krankentaggeldversicherung die Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 4 OR nicht erfüllt, behauptet der Beschwerdeführer selbst nicht. Nachdem er nicht nur kurzzeitig krank war, war diese Regelung für ihn sogar günstiger als die zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR. Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt mit dem Schluss, die Beschwerdegegnerin sei aufgrund der Kollektivkrankentaggeldversicherung von ihrer Lohnfortzahlungspflicht befreit gewesen. Die gesetzliche, zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht – die auch im laufenden Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Frist endet – lebt aber nach Beendigung der Versicherungsleistungen im selben Kalenderjahr nicht wieder auf.

3.3 Nachdem die Vorinstanz zutreffend geschlossen hat, dass die Beschwerdegegnerin unbesehen einer gültigen Kündigung für das Jahr 2015 von ihrer Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR befreit war, erübrigt es sich, die Gültigkeit der Kündigung zu prüfen. Indem die Vorinstanz im Übrigen im Rahmen einer Eventualbegründung anfügte, dass der Beschwerdeführer – sofern die Kündigung ungültig gewesen sein sollte – seine Arbeitskraft hätte anbieten müssen, sobald er wieder arbeitsfähig war, verletzte sie ohnehin ebenfalls kein Bundesrecht. Inwiefern sich der Beschwerdeführer konkret gegenüber der Arbeitgeberin geäussert hätte, seine Arbeit ab einem bestimmten Zeitpunkt wieder aufzunehmen, vermochte er mit seiner wenig konkreten Absichtserklärung während seiner Abwesenheit wegen Krankheit nicht nachzuweisen. Die Vorinstanz hat die Beweislast des Vorhandenseins dieser behaupteten Tatsachen in korrekter Anwendung von Art. 8 ZGB dem Beschwerdeführer auferlegt, der hieraus Rechte ableiten wollte und gelangte insoweit zu einem willkürfreien Beweisergebnis. Die entsprechende Rüge der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts unter Verletzung von Bundesrecht ist unbegründet.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 5 décembre 2018, Doss.-No 4A\_42/2018 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 29 novembre 2017 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)*

**Licenciement abusif, 336 al. 1 let. d CO; indemnité, art. 336a CO; contrat d'assurance maladie collective, art. 324a al. 4 CO.**

**Art. 337c al. 3 CO.** Pour fixer l'indemnité réparatrice et punitive prévue en cas de licenciement immédiat injustifié, le juge doit également tenir compte des effets économiques du licenciement, ce qui présuppose de prendre en considération aussi bien la situation économique de l'employeur que celle de l'employé (c. 5.1). Ainsi, le critère de la situation économique vise les deux parties et le juge ne saurait d'emblée inférer de la situation financière avantageuse de l'employé la nécessité de réduire l'indemnité qui lui est due en vertu de l'art. 337c al. 3 CO, sans faire la moindre référence à la situation économique de l'employeuse (c. 5.3.1).

La jurisprudence relative à la notion de «très hauts revenus» a été introduite en lien avec la qualification des bonus pour répondre à un besoin spécifique et elle n'a pas d'effet direct sur le calcul de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Elle ne peut avoir qu'un effet indirect dans le sens que le montant de cette indemnité est calculé, en fonction des critères posés à l'art. 337c al. 3 CO, en partant du «salaire du travailleur» qui, lui, dépendra de l'éventuelle requalification (intégrale ou partielle) de la gratification facultative dont aurait bénéficié l'employé (c. 5.3.1).

Le «salaire du travailleur» auquel fait référence l'art. 337c al. 3 CO correspond au salaire qu'il a effectivement perçu avant le licenciement et non au «salaire moyen suisse» figurant explicitement à l'art. 5 al. 3 LEg (c. 5.5.2).

Extraits des faits:

Par contrat du 17 décembre 2012, B. a engagé A. en qualité de cheffe de vente et marketing à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013. Le salaire mensuel brut était de 6'700 fr. Un cahier des charges a été signé. Dans un premier temps, A. a travaillé à son domicile dans la mesure où aucun poste n'était disponible dans les locaux du siège de l'employeuse, à X. En juin 2013, une nouvelle présidente, C., ainsi qu'un nouveau directeur opérationnel, D., ont été nommés. Ce dernier a demandé à l'employée de ne plus faire de télétravail. A son poste de travail, l'employée disposait d'un téléphone dont le numéro ne lui était pas attribué; conformément à la politique de l'entreprise, elle devait, le cas échéant, rediriger les appels vers les collaborateurs concernés.

Des tensions sont apparues entre l'employée et d'autres collaborateurs, en particulier D., E., instructeur, et F., chef technique. En substance,

l'employée se plaignait de ne pas disposer d'un cahier des charges clair et de ne pas être traitée de manière respectueuse tant par sa hiérarchie que par certains employés. Pour sa part, l'employeuse considérait que A. voulait imposer sa vision des choses sans se remettre en question, qu'elle n'avait pas su se faire apprécier de son équipe et qu'elle s'organisait difficilement, se retrouvant à la dernière minute à devoir faire face elle-même à certaines tâches, alors qu'elle aurait dû s'y prendre à l'avance pour solliciter des forces vives.

Par courrier recommandé du 3 avril 2014, l'employeuse a résilié le contrat de travail le 30 juin 2014. A l'appui du congé, elle a invoqué «des relations de travail qui, comme [l'employée l'avait] admis avec [eux] ce matin, se sont dégradées au fil des derniers mois et qui sont devenues impossibles à poursuivre sans mettre en péril – outre [sa] santé – le bon fonctionnement de l'entreprise.» A. a retiré ce courrier à l'office de poste le 8 avril 2014. Le 9 avril 2014, l'employeuse a reçu de l'employée deux certificats médicaux datés des 4 et 8 avril 2014, qui font état d'une incapacité de travail totale pour cause de maladie à partir du 4 avril 2014. Le 5 avril 2014, A. s'est opposée au congé, estimant qu'il lui avait été notifié en représailles aux remarques qu'elle avait formulées. Elle s'est enquis de savoir si l'employeuse était disposée à la libérer immédiatement de son obligation de travailler; B. a répondu négativement le 19 mai 2014. Par courrier du 4 septembre 2014, l'employeuse a confirmé et réitéré à toutes fins utiles le licenciement de l'employée. Le 7 octobre 2014, l'assureur J. a informé l'employée qu'il avait soumis son dossier à son médecin-conseil et que, selon ce dernier, la reprise du travail à 100% était raisonnablement exigible trois mois après le début de l'incapacité, soit dès le 5 juillet 2014. L'assureur se déclarait toutefois exceptionnellement disposé à poursuivre le versement des indemnités journalières jusqu'au 31 juillet 2014, annonçant que le trop-versé devrait être remboursé.

Par conseils interposés, les parties ont échangé une correspondance entre le 7 et le 15 octobre 2014, dont il ressort que l'employeuse exigeait de l'employée qu'elle réintègre son poste de travail puisqu'elle disposait d'une capacité de travail pleine et entière dès le 1<sup>er</sup> août 2014, alors que l'employée faisait valoir qu'elle avait requis de l'assureur des explications, copie du rapport et des conclusions du médecin-conseil, tout en réitérant son souhait d'être libérée de l'obligation de travailler. Le 22 octobre 2014, l'employée a transmis à l'employeuse une attestation datée du 30 septembre 2014, dans laquelle sa psychothérapeute, la Dresse K., indiquait que la symptomatologie de sa patiente était en voie de rétablissement, que celle-ci éprouvait elle-même le besoin de reprendre peu à peu une activité, mais que «en raison d'un environnement de travail qui s'est montré fortement défavorable à sa santé, [elle] ne [devait] plus poursuivre son activité dans le précédent emploi» et que «pour raison médicale elle [devait] en être libérée sans délai.» Dans une attestation du 24 octobre 2014, transmise à l'employeur le même jour, le médecin indiquait encore: «Dès cette date

(i.e. le 30 juin 2014), et d'ailleurs quel que soit le terme du rétablissement de santé de la patiente, celle-ci ne peut plus poursuivre son travail dans cette même entreprise, elle devra retrouver un emploi ailleurs. Cette raison de santé est impérative.»

Le 9 mars 2015, au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 21 novembre 2014, A. a déposé une demande contre B., tendant notamment au versement de 43'550 fr. à titre d'indemnité pour congé abusif ainsi qu'à un montant non inférieur à 15'000 fr. à titre de salaire pour les mois d'octobre et novembre 2014, de treizième salaire et d'indemnité pour les congés non pris, avec intérêts. Par jugement du 30 septembre 2016, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Côte a condamné l'employeuse à verser à l'employée la somme de 15'000 fr. sous déduction des charges sociales, avec intérêts, et débouté l'employée de ses autres conclusions pécuniaires. En substance, les premiers juges ont reconnu que le licenciement du 4 septembre 2014 était valable, contrairement à celui du 3 avril 2014, frappé de nullité pour avoir été notifié pendant une période de protection (art. 336c let. b CO). Suivant l'avis de la Dresse K., ils ont considéré que l'employée était demeurée incapable de travailler pour cause de maladie au sein de l'employeuse, mais avait recouvré sa pleine capacité de travailler au sein de toute autre entreprise à compter du 1<sup>er</sup> juin 2014. Elle était dès lors en droit d'obtenir le versement de son salaire jusqu'au terme du contrat de travail, le 30 novembre 2014. B. a interjeté appel et A. a formé un appel joint. Par arrêt du 29 novembre 2017, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a admis l'appel principal et rejeté l'appel joint; statuant à nouveau, elle a rejeté la demande.

A. interjette un recours en matière civile, reprenant les conclusions en paiement formulées dans sa demande.

Extraits des considérants:

3.

Dans un premier volet, la recourante fait grief à la cour cantonale de ne pas avoir considéré son licenciement comme abusif au sens de l'art. 336 CO.

3.1 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 résiliation prévaut de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 538).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive.

Est ainsi abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (art. 336 al. 1 let. a CO). Cette disposition protectrice ne s'applique donc pas lorsque le travailleur présente des manquements ou des défauts de caractère qui nuisent au travail en commun, sans qu'il y ait à se demander si de telles caractéristiques constituent ou non une «raison inhérente à la personnalité» au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO (ATF 136 III 513 consid. 2.5 p. 515 s.; arrêt 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2a et 2b). Ainsi, s'il est établi qu'une situation conflictuelle sur le lieu du travail, due au caractère difficile d'un employé, nuit notablement au travail en commun dans l'entreprise, le congé donné à ce travailleur n'est pas abusif, à condition toutefois que l'employeur ait pris toutes les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour désamorcer le conflit. Cette exigence repose sur le devoir de l'employeur de protéger et de respecter, dans les rapports de travail, la personnalité de ses travailleurs. L'abus réside alors dans le fait que l'employeur exploite la propre violation de ses devoirs contractuels (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; 125 III 70 consid. 2c p. 74).

L'art. 336 al. 1 let. d CO prévoit que le congé est également abusif lorsqu'il est donné parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Les prétentions résultant du contrat de travail portent notamment sur des salaires, des primes ou des vacances. Le fait que l'employé se plaigne d'une atteinte à sa personnalité ou à sa santé et sollicite la protection de l'employeur peut aussi constituer une telle prétention (cf. art. 328 CO). L'employé doit être de bonne foi, laquelle est présumée (art. 3 al. 1 CC; arrêt 4A\_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 5.1.1 et 5.1.2 et les arrêts cités). Il importe peu qu'en réalité, sa prétention n'existe pas (ATF 136 III 513 consid. 2.4). Il suffit qu'il soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elle est fondée. Les prétentions émises par l'employé doivent encore avoir joué un rôle causal dans la décision de l'employeur de le licencier (ATF 136 III 513 consid. 2.6 p. 517). Ainsi, le fait que l'employé émette de bonne foi une prétention résultant de son contrat de travail n'a pas nécessairement pour conséquence de rendre abusif le congé donné ultérieurement par l'employeur. Encore faut-il que la formulation de la prétention en soit à l'origine et qu'elle soit à tout le moins le motif déterminant du licenciement (arrêts 4A\_401/2016 déjà cité et les arrêts cités; 4C.60/2006 du 22 mai 2006 consid. 7.1 et les arrêts cités). Déterminer s'il existe un rapport de causalité naturelle est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.6 p. 517 s.).

La liste de l'art. 336 CO n'est pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances. Il faut cependant que ces situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés par la loi (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514 s.; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538). Ainsi, un congé

peut être abusif en raison de la manière dont il est donné (ATF 132 III 115 consid. 2.2 p. 117; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538), parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi (ATF 135 III 115 consid. 2.2 p. 117; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538; 125 III 70 consid. 2b p. 73), quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 132 III 115 consid. 2.4 p. 118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 539).

Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel (arrêt 4A\_485/2015 du 15 février 2016 consid. 3.1). Déterminer le motif d'une résiliation est une question qui relève du fait (ATF 136 III 513 consid. 2.6 in fine p. 515).

3.2 La cour cantonale a déterminé que le motif du congé résidait tout à la fois dans les tensions existant entre l'employée et les cadres ou la nouvelle direction, ainsi que dans la discordance manifeste entre ce que l'employée pensait devoir entreprendre et les tâches qui lui étaient confiées. Ce climat de tension n'avait pu être résorbé, malgré la réunion du 3 avril 2014. Le congé du 3 avril 2014 l'exprimait en ces termes: «(...) des relations de travail qui, comme vous l'avez admis avec nous ce matin, se sont dégradées au fil des derniers mois et qui sont devenues impossibles à poursuivre sans mettre en péril – outre votre santé – le bon fonctionnement de l'entreprise.» Cette démarche avait été précédée d'un avertissement et d'une discussion, lors de laquelle les parties s'étaient manifestement accordées sur le fait que cela ne pouvait plus continuer ainsi.

3.3 La recourante prétend que cette motivation est feinte. En réalité, le licenciement lui aurait été signifié en réaction aux demandes légitimes qu'elle avait formulées, au conflit avec la nouvelle direction «dans un contexte de clivage masculin-féminin», respectivement aux plaintes que ses conditions de travail avaient suscitées et au recours à un avocat à ce stade. La coïncidence entre ses plaintes et la résiliation serait suffisamment parlante. L'employée se décrit en proie à un conflit «seule face à trois hommes qui ne la respectaient pas», sans que l'employeuse n'entreprenne quoi que ce soit pour le désamorcer. Ses compétences et son professionnalisme ne seraient pas en cause, tout comme la bonne collaboration qu'elle instaurait au sein de B. En conséquence, la recourante invoque à la fois l'art. 336 al. 1 let. a et l'art. 336 al. 1 let. d CO.

3.4 Dans la mesure où elle prétend démontrer que le motif réel du licenciement était tout autre que celui constaté par la cour cantonale, la recourante oriente le débat exclusivement sur les faits, que le Tribunal fédéral ne revoit que s'il est saisi du grief d'arbitraire dûment invoqué et régulièrement justifié.

Or, une grande partie des assertions de la recourante ne remplit pas les conditions strictes de l'art. 106 al. 2 LTF, de sorte qu'il n'en sera pas tenu compte sans qu'il soit nécessaire d'en faire l'énumération. Ainsi, le mémoire de recours est singulièrement dépourvu de renvoi précis aux



pièces du dossier. S'agissant en particulier des déclarations qu'aurait pu faire l'un ou l'autre témoin entendu en première instance, il ne saurait être attendu du Tribunal fédéral qu'il compulse le dossier pour déterminer à quel endroit précis et sous quelle forme exacte elles ont pu être formulées. Dans la même veine, la recourante n'indique pas si et où elle a allégué régulièrement en procédure le fait que ses attributions auraient été mal circonscrites, de même que celui voulant que cet élément soit à l'origine des difficultés relationnelles invoquées par l'employeuse pour la licencier. Les mêmes réflexions prévalent s'agissant de l'organisation interne de l'employeuse, que l'employée qualifie de déficiente et au sujet de laquelle elle prétend apporter des correctifs, respectivement des compléments à l'état de fait. La recourante se décrit comme une «victime collatérale et innocente du dysfonctionnement et de la mauvaise gestion de l'institution qui l'employait», ce qui ne trouve toutefois pas d'assise dans les faits souverainement constatés par la cour cantonale. Ces considérations scellent également le grief d'arbitraire relatif à l'absence d'un poste de travail adéquat, tout comme celui tenant à la surcharge de travail. Ils apparaissent irrecevables au regard de la jurisprudence stricte relative à l'art. 97 al. 1 LTF.

La recourante ne conteste pas que des tensions sont apparues entre elle-même et d'autres collaborateurs de B. Elle fait toutefois grief à la cour cantonale de s'être abstenue de déterminer pour quelle raison ce climat de tension s'était développé et qui en portait la responsabilité. Pour sa part, elle n'est pas beaucoup plus explicite. Tout au plus indique-t-elle laconiquement dans son recours que «l'employeur est à l'origine des tensions». L'état de fait établi par l'autorité précédente échappe à cet égard à tout grief d'arbitraire. Sous le titre «climat délétère et irrespectueux», la recourante prétend apparemment faire la démonstration du manque de respect de ses collègues à son égard, en invoquant des extraits – tenant parfois en un mot – de témoignages dont elle fait reproche à la cour cantonale d'avoir tenu compte de manière incomplète. Son grief d'arbitraire ne satisfait toutefois pas aux réquisits stricts déduits de l'art. 106 al. 2 LTF. Quant aux témoins L., M. et N., la recourante estime que leurs déclarations ont été prises en compte à juste titre, mais que la cour cantonale n'en a pas tiré les conclusions utiles. Son grief a donc trait à l'appréciation des preuves, que le Tribunal fédéral revoit également sous l'angle restreint de l'arbitraire (consid. 2.2 supra). Or, un semblable vice n'est pas décelable. Certes, les témoins en question ont rapporté l'existence de discussions «à la cantonade» de E. et F. affirmant que «[l'employée] voulait se mêler de tout et qu'elle voulait tout régenter» et ils ont avancé que «de par sa mission [l'employée] n'était pas acceptée par ses collègues directs et qu'il y avait un conflit féminin-masculin»; cela étant, il n'apparaît pas arbitraire de ne pas en avoir déduit que les collègues de la recourante ne lui portaient aucun respect.

Dans la situation de tension qui est décrite, on peut s'interroger sur ce qui pouvait être attendu de l'employeuse. Ce point relève du droit. Il ressort des faits constatés dans l'arrêt cantonal que l'employée a été convo-

quée par le directeur opérationnel pour parler d'un incident survenu le 20 février 2014 et qu'à l'issue de cette discussion, un avertissement lui a été notifié. L'employée s'est défendue des reproches qui lui étaient adressés par l'intermédiaire de son conseil. Dans la foulée, elle s'est adressée par courriel au directeur administratif et financier à deux reprises avec une liberté de ton qui apparaît surprenante vu leurs rôles respectifs et en lui fixant un délai de quelques jours pour lui répondre. Son interlocuteur s'est plié à cette demande, sans que l'on sache si sa réponse a convenu ou non à l'employée. Le 3 avril 2014, la recourante a participé à une séance de travail à l'issue de laquelle elle a déclaré que «la situation [était] détestable, au point qu'elle n'a[vait] pas l'intention de diffuser ou utiliser son réseau et son carnet d'adresses pour la bonne marche de B.». Il était alors patent que l'employée ne s'identifiait plus à son employeuse et n'entendait plus s'investir pour elle. Dans ces conditions, on ne voit pas bien ce que l'intimée pouvait faire d'autre ou de plus. La recourante ne fournit pas non plus d'indications concrètes à ce sujet. Elle fait valoir, sans toutefois que les faits établis par la cour cantonale corroborent sa version, que la séance du 3 avril 2014 n'était rien d'autre qu'un entretien de licenciement. Elle voudrait également voir déclaré nul et non avenu l'avertissement qui lui a été signifié le 4 mars 2014. Le fait pour elle de l'avoir contesté n'aboutit toutefois pas au résultat voulu. Finalement, elle estime que l'employeuse s'est essayée à des explications fort variées pour justifier le licenciement. Elle échoue cependant à établir une quelconque contradiction émaillant ses déclarations: celles-ci se comprennent comme les différents aspects d'un tableau qui est parfaitement cohérent.

S'il est vrai que l'employée a formulé des plaintes les 17 et 19 mars 2014 et que le licenciement s'en est suivi peu après, le 3 avril 2014, le court intervalle qui sépare ces deux événements n'est pas nécessairement révélateur d'un licenciement abusif. Les prétentions émises par l'employé doivent encore avoir joué un rôle causal dans la décision de l'employeur de le licencier. Or, la cour cantonale a constaté de manière souveraine que tel n'était pas le cas en l'occurrence. Il faut d'ailleurs relever que les courriels des 17 et 19 mars 2014 sont eux-mêmes intervenus peu après que l'employée s'était vue notifier un avertissement.

Quant aux griefs que la recourante soulève en relation avec la prise en compte des témoignages O., E. \_\_\_\_\_, F. et D., respectivement l'absence de distance nécessaire qui aurait été observée par la cour cantonale, il n'y a pas là matière à discussion: on ne discerne pas, faute que cela soit évoqué, ce que ces témoins auraient indiqué de crucial pour la résolution de cette affaire.

La recourante estime finalement que le licenciement serait abusif à raison de la manière dont il a été signifié. Elle relève que «cet argument a été plaidé et invoqué en recours» mais que «les instances précédentes n'ont pas pris la peine d'y consacrer ne serait-ce qu'une ligne». Elle ne se réclame toutefois d'aucun droit constitutionnel, de sorte que le Tribunal fédé-

ral ne procédera pas d'office à cet examen (cf. consid. 2.1 supra). En tout état de cause, le seul fait que le licenciement lui ait été signifié alors qu'elle était en incapacité de travail ne saurait suffire à établir son caractère abusif.

Partant, la recourante échoue à démontrer que le motif avancé par l'employeuse était factice et que le licenciement était lié à de tout autres motifs, respectivement qu'il aurait été signifié de telle manière qu'il devrait être qualifié d'abusif. Le moyen tiré d'une violation de l'art. 336 CO doit être rejeté.

4.

Dans un second volet, la recourante reproche à la cour cantonale de ne pas avoir fait droit à sa prétention relative au paiement du salaire dont elle s'estime créancière jusqu'au terme du contrat de travail. A lire le recours, l'employeuse est débitrice envers l'employée du salaire afférent à octobre et novembre 2014. En effet, la cour cantonale aurait méconnu de manière arbitraire que l'employée était incapable de travailler également du 1<sup>er</sup> septembre 2014 au 30 novembre 2014, date à laquelle le contrat de travail a pris fin. L'avis du médecin-conseil de l'assureur J. – prestataire des indemnités journalières en vertu d'un contrat d'assurance collective conclu par l'employeuse – ne devrait pas prévaloir sur celui de la psychothérapeute de l'employée, d'autant que celle-ci avait contesté les conclusions du médecin-conseil, qui ne s'était même pas fendu de livrer un rapport écrit.

4.1 Les juges précédents ont rejeté cette prétention salariale de la recourante en raisonnant en deux temps. Pour répondre à l'argument de l'employeuse – qui soutenait que l'employée s'était trouvée en incapacité de travail totale du 4 avril au 30 novembre 2014 –, ils ont constaté tout d'abord que l'incapacité avait perduré uniquement jusqu'à fin août 2014. Dès le 1<sup>er</sup> septembre 2014, l'employée avait recouvré une pleine capacité de travail, comme le médecin-conseil de J. l'attestait. Dans un second temps, ils ont examiné dans quelle mesure l'employée avait droit au salaire pour la période du 1<sup>er</sup> septembre 2014 au 30 novembre 2014, marquant la fin du contrat de travail. Comme elle n'avait alors pas offert ses services à l'employeuse, l'employée n'avait pas droit à un salaire.

5.

Il ressort de l'état de fait cantonal que l'employeuse a conclu pour ses salariés auprès de J. une assurance prévoyant le versement d'une indemnité journalière en cas de maladie correspondant à 80% du salaire effectif brut jusqu'au 730<sup>ème</sup> jour d'incapacité de travail, la prime y relative étant intégralement prise en charge par l'employeuse. Il s'agit là d'un régime dérogatoire, par rapport au régime légal de base, admissible dans la mesure où il accorde au travailleur des prestations au moins équivalentes à celui-ci (art. 324a al. 4 CO). L'assureur verse alors des prestations moindres par rapport à celles dues légalement pendant un «temps limité», mais qui s'étendent sur une période plus longue (arrêts 4A\_98/2014 du 10 octobre 2014 consid. 4.2.1; 4A\_53/2007 du 26 septembre 2007 consid. 4.3). Dans

le cas présent, la condition d'équivalence de ce régime est respectée (ATF 135 III 640 consid. 2.3.2 p. 647). L'employeuse pourrait tout au plus devoir payer les 120 premiers jours d'incapacité de travail, suivant comment l'on interprète l'art. 8.1 des conditions d'emploi intégrées au contrat de travail, ce qui n'est toutefois pas litigieux ici.

Avec la conclusion (valide) d'un contrat d'assurance maladie collective, l'employeur se libère de son obligation de continuer à verser le salaire (ATF 120 V 38 consid. 3c/cc p. 43; arrêts 4A\_514/2018 du 28 novembre 2018 consid. 2.2; 4A\_53/2007 déjà cité consid. 4.4.1). L'assureur intervient en lieu et place de l'employeur, en ne versant pas au travailleur véritablement son salaire, dont il faudrait encore déduire les contributions sociales, mais bien une indemnité journalière, qui en est exempte (ADRIAN VON KÄNEL, Verhältnis einer Krankentaggeldlösung zu Art. 324a OR, in Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, p. 115/116). Le droit aux prestations d'assurance appartient de par la loi directement à l'assuré/au travailleur (art. 87 LCA; art. 67 LAMal).

Comme la recourante défend la thèse selon laquelle elle était demeurée en incapacité de travail totale pour cause de maladie jusqu'au terme du contrat de travail, à tout le moins dans l'entreprise où elle était employée, elle ne peut faire valoir aucune prétention salariale à l'encontre de l'intimée pour la période d'octobre et novembre 2014. A cette époque, largement postérieure aux 120 premiers jours auxquels l'art. 8.1 des conditions d'emploi fait référence, c'est clairement l'assureur qui était appelé à intervenir, pour autant qu'une incapacité de travail soit attestée. L'employeur était libéré de son obligation de verser le salaire, tant que cette incapacité de travail perdurait. Toute l'argumentation que la recourante développe dans son mémoire quant à la primauté de l'avis de sa psychothérapeute sur celui, insuffisamment motivé, du médecin-conseil ne se conçoit que dans le litige qui la divise d'avec l'assureur.

Dans ces conditions, les griefs soulevés par la recourante ne sont pas aptes à fonder une prétention de salaire envers l'employeuse. Ils ne peuvent donc qu'être écartés.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 17 décembre 2018, Doss.-No 4A\_64/2018 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 12 décembre 2017)*

### **Licenciements pour justes motifs; grève, conditions.**

La grève est le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un employeur. Concrètement, l'exercice du droit à la grève ne touche pas le rapport contractuel en tant que tel, mais il consiste en une suspension de la prestation de travail par le travailleur, à laquelle répond une suspension du versement de la rémunération par l'employeur (c. 4.2).

La licéité de la grève est subordonnée à l'existence de quatre conditions cumulatives: la grève doit se rapporter aux relations de travail; elle doit être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation; elle doit respecter le principe de la proportionnalité; elle doit, enfin, être appuyée par une organisation de travailleurs ayant la capacité de conclure une convention collective de travail (c. 4.3).

En l'espèce, la grève était illicite, au moins depuis le 23 janvier 2013, pour deux raisons. Tout d'abord, elle n'était plus motivée par un désaccord sur des revendications touchant les relations de travail, mais par une revendication politique au sens large (c. 5.2). Ensuite, elle avait perdu son caractère d'*ultima ratio* et n'était donc plus proportionnée (c. 5.3).

Il résulte de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT – qui, en fonction des circonstances, peut servir à l'interprétation du droit suisse – qu'en règle générale, une décision de suspendre une grève pour une période raisonnable de façon à permettre aux parties de rechercher une solution négociée grâce à des efforts de médiation ou de conciliation ne constitue pas une violation de la liberté syndicale (c. 5.3).

Art. 337 CO. Lorsque la grève est illicite, cela ne signifie pas encore automatiquement que les travailleurs qui y ont participé puissent être licenciés avec effet immédiat. Le juge demeure tenu d'examiner l'ensemble des circonstances qui ont conduit au licenciement abrupt. En l'espèce, l'employeuse pouvait raisonnablement considérer le rapport de confiance comme rompu, ce d'autant plus qu'un avertissement clair avait été donné aux grévistes au préalable, que des entretiens ont eu lieu avec les employés, assistés de leur avocat, avant la notification du licenciement, et qu'à six reprises, en février 2013, les employés auraient eu la possibilité d'être réintégrés s'ils avaient accepté de suspendre immédiatement la grève (c. 6.2).

Extraits des faits:

Après avoir tenu, le 23 avril 2012, une séance d'information intitulée «Paysage hospitalier cantonal / Options et place de X.», la direction de X. a dénoncé, le 28 juin 2012, avec effet au 31 décembre 2012, la convention collective de travail Santé 21 (CCT Santé 21) à laquelle elle était soumise, au double motif que le passage de quatre à deux des «membres de la partie employeur» (consécutif à des restructurations) avait créé un déséquilibre, d'une part, et que l'Etat avait décidé de ne pas reconnaître la Fondation de X. comme étant d'utilité publique, d'autre part. Le 19 juillet 2012, 129 salariés de l'Hôpital se sont réunis en assemblée générale. Ils ont adopté une «résolution» exprimant leur crainte d'une péjoration des conditions de travail et de l'externalisation de certains services, alors que l'Hôpital était en

train de négocier son rattachement au groupe de cliniques privées Y. Ils ont également pris la décision de mandater les syndicats Z1. et Z2. – parties à la CCT Santé 21 – pour mener des négociations, précisant que si celles-ci et tous les moyens usuels de dialogue social devaient échouer, le personnel recourrait alors «aux moyens de lutte prévus par la Constitution fédérale».

Le 20 juillet 2012, les syndicats Z1. et Z2. ont formellement demandé à l'Hôpital l'ouverture de négociations tendant au maintien de la CCT pour tout le personnel. Le 29 août 2012, une réunion a eu lieu entre les syndicats et la direction de l'Hôpital. Le 14 septembre 2012, l'Hôpital a demandé à l'office cantonal de conciliation de convoquer d'urgence les parties pour une audience de conciliation, au motif que le personnel avait indiqué par voie de presse qu'il entendait faire grève le 18 septembre 2012. Malgré l'envoi d'un courrier de l'office de conciliation aux deux syndicats, la journée de débrayage a eu lieu à cette date, durant une demi-journée. Le 6 novembre 2012, la direction de l'Hôpital a notamment informé son personnel que la CCT resterait en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012 et que la paix du travail devait être respectée. Elle a averti les collaborateurs qui participeraient à un mouvement de grève pendant leurs heures de travail qu'ils se rendraient coupables d'un abandon de poste.

Des séances d'information se sont ensuite déroulées au sujet de la reprise des activités opérationnelles de l'Hôpital par Y., cette dernière subordonnant l'entrée de l'Hôpital dans son groupe au soutien du personnel. Un vote a été organisé en novembre 2012 et, sur les 335 collaborateurs de l'Hôpital, 280 y ont participé, 202 se sont prononcés en faveur de la reprise de l'Hôpital par Y., 63 contre et 15 se sont abstenus. Les négociations qui étaient alors menées avec le Conseil d'Etat ont échoué, de même que celles qui étaient supervisées par l'office de conciliation. La grève a démarré le 26 novembre 2012. Par lettre circulaire du 17 décembre 2012, l'Hôpital a annoncé à l'ensemble de ses collaborateurs que l'accord de reprise d'activité de X. par le réseau de cliniques Y. avait été signé, suite au vote de novembre 2012 par lequel 85% du personnel s'était exprimé à bulletin secret et 76% des votants avaient soutenu le projet, que les conditions de la CCT seraient encore appliquées jusqu'au 31 décembre 2013, que des nouvelles conditions de travail s'appliqueraient dès 2014 et que Y. s'était engagé à compenser au 1<sup>er</sup> janvier 2014, pour chaque employé de l'Hôpital, l'éventuelle perte liée aux indemnités ou aux allocations par une augmentation de salaire correspondante, protégeant ainsi les employés contre toute perte pécuniaire liée au changement des conditions de travail. Le 3 janvier 2013, le syndicat Z1. a informé la direction de l'Hôpital que la «majorité du personnel» demandait le maintien à long terme de la CCT Santé 21, la conservation de tous les postes de travail et l'absence d'externalisation de services tels que nettoyage, lingerie ou hôtellerie. Il précisait que les grévistes, qui avaient commencé la grève le 26 novembre 2012, étaient prêts à reprendre leurs postes si toutes ces demandes étaient satisfaites.

Le 23 janvier 2013, le Conseil d'Etat a écrit aux syndicats que Y. garantissait effectivement l'emploi à tout le personnel de l'Hôpital, qu'en cas d'externalisation d'un service, Y. veillera à ce que tous les employés concernés soient repris par le nouvel employeur, que Y. renonçait à toute sanction vis-à-vis des grévistes et que les conditions de la CCT seraient respectées jusqu'au 31 décembre 2013, qu'au-delà de cette date Y. s'était «formellement engagé à une adaptation à la hausse des salaires du personnel en place, dès 2014, de manière à compenser l'augmentation du temps de travail annoncée, la baisse de certaines indemnités (week-end, jours fériés, piquet), la diminution des périodes considérées comme travail de nuit et la perte progressive des allocations complémentaires pour enfants», que, sur la base de ces engagements, le gouvernement avait confirmé à Y. que X. serait maintenu sur la liste hospitalière du canton de Neuchâtel jusqu'au 31 décembre 2016. Le Conseil d'Etat invitait dès lors les grévistes à profiter de cet engagement et à reprendre le travail et il encourageait vivement les partenaires sociaux à se mettre autour de la table courant 2013. Le même jour, le Conseil d'Etat a communiqué publiquement ces informations.

Le 23 janvier toujours, la direction de l'Hôpital a informé ses employés qu'elle était d'accord de tirer un trait sur le passé et de maintenir à leur poste les employés qui participaient à la grève, pour autant que ceux-ci reprennent le travail d'ici au 31 janvier 2013, ce pour apaiser le climat social. Le même jour, elle a adressé un courrier de mise en demeure formelle aux 26 employés encore en grève, en indiquant que celle-ci était disproportionnée, qu'elle allait à l'encontre de la volonté de la grande majorité du personnel de l'Hôpital et que sa durée excédait largement ce qui était admissible. Chaque gréviste était invité à communiquer, d'ici au 28 janvier 2013 à 12 heures s'il entendait ou non reprendre le travail et la direction a ajouté qu'elle envisageait, à défaut de reprise du travail, de procéder à la résiliation avec effet immédiat du contrat de travail. Des entretiens individuels seraient organisés fin janvier 2013 pour entendre les intéressés avant de prendre les décisions de licenciement. Par courrier du 28 janvier 2013, 25 employés ont répondu par l'intermédiaire d'un même avocat que leurs revendications concernaient le maintien de la CCT, l'absence d'externalisation des services et l'absence de licenciements. Ils ont ajouté que les conditions de travail de Y. étaient très largement inférieures à celles prévues dans le contrat collectif, que la proportionnalité de la grève n'était pas une condition prévue à l'art. 28 Cst. et que les menaces de licenciement étaient inadmissibles et pourraient s'apparenter à une tentative de contrainte. Le 31 janvier 2013, l'Hôpital, assisté de son avocat, a entendu les employés, accompagnés par leur avocat. Deux d'entre eux ont manifesté leur volonté de réintégrer leur place de travail dès le 1<sup>er</sup> février 2013. L'Hôpital leur a confirmé qu'il n'entendait pas les licencier suite à la grève, mais faciliter leur retour grâce à la présence d'un médiateur. Par courriers recommandés du 4 février 2013, l'Hôpital a licencié avec effet immédiat chacun des 22 employés ayant finalement refusé de reprendre le travail.

Le 16 août 2013, les 22 ex-employés de la Fondation de X. ont introduit contre celle-ci une demande en paiement de salaires, d'indemnités pour licenciement abusif et licenciement immédiat injustifié et d'indemnités pour atteinte à la personnalité. Ils ont conclu à ce que la Fondation verse à chacun d'entre eux un montant déterminé en vertu de l'art. 337c al. 1 CO (entre 11'520 fr. et 35'164 fr.), un montant déterminé en vertu de l'art. 337c al. 3 CO (entre 17'280 fr. et 52'746 fr.), et 3'000 fr. à chaque employé en application de l'art. 49 CO, intérêts en sus sur chacun des montants réclamés. Par jugement du 6 juin 2017, le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers a rejeté la demande dans toutes ses conclusions. Par arrêt du 12 décembre 2017, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a rejeté l'appel formé par les 22 demandeurs.

20 demandeurs (sur les 22 ayant participé à la procédure cantonale) exercent un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 12 décembre 2017.

Extraits des considérants:

3.

3.1 La cour cantonale a examiné si les conditions auxquelles l'exercice du droit de grève (art. 28 Cst.) est subordonné étaient réalisées.

Elle juge la grève illicite au (premier) motif que les demandeurs n'ont pas allégué ni prouvé que la décision de la démarrer, tout comme celle de la poursuivre durant les 71 jours qui ont suivi, auraient été prises conformément aux règles du droit civil (art. 60 ss CC) régissant les syndicats Z1. et Z2., ni qu'elles auraient été approuvées par la majorité des votants, ou à tout le moins par une partie représentative des travailleurs concernés.

L'autorité précédente retient également (deuxième motif) que, malgré les garanties importantes que les employés ont reçues le 23 janvier 2013 (notamment la prolongation de la CCT jusqu'au 31 décembre 2013), les syndicats ont refusé de négocier une nouvelle CCT. Elle observe que la grève ne se rapportait alors plus de manière prépondérante à la relation de travail, mais qu'elle visait essentiellement des objectifs étrangers à un tel but, notamment la personne du repreneur de l'Hôpital.

Troisièmement, les juges cantonaux, examinant la proportionnalité de la mesure prise (la grève), considèrent que, dès lors que les conditions de la CCT Santé 21 étaient maintenues jusqu'au 31 décembre 2013 et que les acquis salariaux étaient préservés, une grève en janvier 2013 était prématurée et contraire à l'obligation de préserver la paix du travail.

Après avoir qualifié la grève d'illicite, les magistrats cantonaux ont admis l'existence d'un juste motif permettant le licenciement avec effet immédiat, tout en relevant qu'aucun autre argument ne permettait, sous l'angle de l'art. 337 CO, de douter de la validité de ce licenciement.

3.2 Les recourants estiment que la grève (soit la décision de la mener et celle de la poursuivre) était licite et que la cour cantonale est arrivée à la



conclusion inverse en subordonnant la légitimité de la grève à des conditions (nouvelles) qui ne trouvent, selon elle, aucun fondement à l'art. 28 Cst. (liberté syndicale) (cf. infra consid. 4 et 5).

Partant de leur prémisse (la grève était licite), ils considèrent que l'intimée ne pouvait se prévaloir d'aucun juste motif au sens de l'art. 337 CO pour procéder au licenciement immédiat des grévistes (cf. infra consid. 6).

4.

Il s'agit, dans un premier temps, de déterminer le caractère licite ou illicite de la grève menée à partir du 26 novembre 2012 et qui s'est soldée par le licenciement des demandeurs, le 4 février 2013.

4.1 Jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2000, de la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999, le droit des mesures collectives de combat avait été laissé en jachère par le législateur. Le moyen de lutte en tant que tel n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune disposition du Code des obligations. S'agissant du droit de grève, le Tribunal fédéral avait laissé indécise la question de savoir s'il était fondé sur un droit constitutionnel non écrit. Il avait toutefois soumis la licéité d'une grève à quatre conditions cumulatives: elle doit être appuyée par une organisation ayant la capacité de négocier une convention collective de travail; elle doit poursuivre des buts susceptibles d'être réglementés par une convention collective; elle ne doit pas violer l'obligation de maintenir la paix du travail; elle doit respecter le principe de la proportionnalité (ATF 111 II 245 consid. 4c p. 245 s.).

Puis, dans un arrêt rendu deux mois après l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale, soit six mois avant son entrée en vigueur, le Tribunal fédéral, constatant que le droit suisse ne contenait aucune réglementation explicite du droit de grève, a affirmé l'existence d'une lacune du droit privé et conféré un effet horizontal au droit de grève, reconnaissant formellement l'existence d'un tel droit dans l'ordre juridique suisse (ATF 125 III 277 consid. 2). Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a consacré à nouveau les quatre conditions cumulatives précitées dont dépendait la licéité d'une grève, en en déduisant qu'étaient interdites les grèves «sauvages» de travailleurs individuels, les grèves «politiques» n'ayant aucun rapport avec la relation de travail ainsi que les mesures de combat portant sur des objets qui sont déjà réglés dans une convention collective (ATF 125 III 277 consid. 3b).

La situation s'est encore éclaircie après l'entrée en vigueur de l'art. 28 Cst. La garantie constitutionnelle ancrée dans cette disposition déploie un effet horizontal indirect (indirekte Drittwirkung) sur les relations de travail dans le secteur privé (ATF 132 III 122 consid. 4.4.1 et les nombreux auteurs cités). Dès lors, le juge, qui est appelé à se prononcer sur la licéité d'un moyen de combat en droit collectif du travail, est tenu de prendre en compte les garanties constitutionnelles en cause.

S'agissant du contenu de la disposition constitutionnelle, l'art. 28 al. 1 Cst. garantit la liberté syndicale ou liberté de coalition (Koalitionsfreiheit),

qui est un cas spécial de la liberté générale d'association instaurée par l'art. 23 Cst. L'art. 28 al. 2 Cst. dispose que les conflits sont, autant que possible (nach Möglichkeit), réglés par la négociation ou la médiation. Selon l'art. 28 al. 3 Cst., la grève et le lock-out sont licites quand ils se rapportent aux relations de travail et sont conformes aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation. En vertu de l'art. 28 al. 4 Cst., la loi peut interdire à certaines catégories de personnes de faire grève.

4.2 La grève est le refus collectif de la prestation de travail due, dans le but d'obtenir des conditions de travail déterminées de la part d'un employeur (ATF 134 IV 216 consid. 5.1.1 p. 223; 132 III 122 consid. 4.3 p. 131; 125 III 277 consid. 3a p. 283). Concrètement, l'exercice du droit à la grève ne touche pas le rapport contractuel en tant que tel, mais il consiste en une suspension de la prestation de travail par le travailleur, à laquelle répond une suspension du versement de la rémunération par l'employeur (AURELIEN WITZIG, *Droit du travail*, 2018, n. 2078 p. 673; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, *Grundrechte*, 3<sup>e</sup> éd. 2018, p. 405 et 408; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, 3<sup>e</sup> éd. 2013, p. 722).

Il résulte de cette définition que, même si elles représentent des travailleurs syndiqués d'une entreprise déterminée, les personnes extérieures à celle-ci ne sauraient être considérées comme des grévistes, puisqu'elles n'ont aucune obligation de fournir un travail à l'égard de ladite entreprise (ATF 132 III 122 consid. 4.3 p. 131).

Dans le même arrêt publié, la Cour de céans a toutefois reconnu que, selon les circonstances, un syndicat pouvait mener, sans le concours des travailleurs de l'entreprise visée, une action autonome (ATF 132 III 122 consid. 4.3 p. 131 s.). Bien qu'il ne s'agisse formellement pas d'une grève (dans le sens strict de la définition qui précède), cette action entre néanmoins dans la catégorie des «moyens de combat relevant du droit collectif du travail» [Arbeitskampf]) qui doit répondre aux mêmes conditions que celles auxquelles est soumise la grève (ATF 132 III 122 consid. 4.3 p. 131 s.; cf. toutefois l'arrêt non publié 6B\_758/2011 du 24 septembre 2012 qui laisse entendre que les actions autonomes menées par le syndicat ne peuvent pas être appréciées selon les critères régissant la grève licite; sur l'ensemble de la question, cf. WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 807 ss). Il n'y a en l'espèce pas lieu d'examiner de manière plus approfondie cette problématique, puisque, comme on le verra, la question litigieuse peut être résolue sous un angle distinct.

4.3 Comme on vient de le voir, la licéité de la grève est subordonnée à l'existence de quatre conditions. En tant que «conditions inhérentes» à l'exercice du droit de grève ancré à l'art. 28 al. 3 Cst., elles ne constituent pas une atteinte à la liberté syndicale (qui comprend les mesures destinées à défendre cette liberté) qui emporterait l'obligation de respecter les exigences de l'art. 36 Cst. (cf. ATF 140 I 257 consid. 5.2.2 p. 264).

Les conditions, dont la réalisation doit être alléguée et prouvée par les employés, sont cumulatives (pour l'énumération des conditions, cf. récem-

ment l'arrêt 8C\_80/2018 du 9 octobre 2018 consid. 4.3.1, destiné à la publication):

4.3.1 La grève doit se rapporter aux relations de travail (condition no 1). Plus précisément, elle doit porter sur une question susceptible d'être réglée par une convention collective de travail (cf. ATF 125 III 227 consid. 3b; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, op. cit., p. 407; HANS-PETER TSCHUDI, *Der Arbeitsfrieden Ziel des Arbeitsrechts*, in *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, 2001 p. 388). Sont ainsi exclues les «grèves politiques» (au sens large, dans le sens qu'elles n'ont plus de rapport avec la relation de travail) qui tendent à faire pression sur les autorités ou des grèves poursuivant des objectifs corporatistes, extérieurs à l'entreprise ou à la branche (ATF 132 III 122 consid. 4.4.2 et les références citées; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., p. 723; WITZIG, op. cit., p. 675).

4.3.2 La grève doit être conforme aux obligations de préserver la paix du travail ou de recourir à une conciliation (condition no 2). L'obligation de maintenir la paix du travail résulte de l'art. 357a al. 2 CO, qui prévoit que les parties à une convention collective de travail sont tenues en particulier de s'abstenir de tout moyen de combat quant aux matières réglées dans la convention. Il s'agit là de l'obligation de paix relative, laquelle doit être distinguée de l'obligation de paix absolue, qui étend l'obligation aux matières qui ne sont pas réglées dans la convention et qui n'existe que si la convention collective l'impose expressément (ATF 132 III 122 *ibidem*).

L'obligation de maintenir la paix du travail – tant relative qu'absolue – est liée à l'existence d'une convention collective. Elle prend donc fin de manière automatique à l'échéance de celle-ci ou lorsqu'une partie résilie la convention collective sans proposer de nouvelles négociations sérieuses. Cela ne signifie pas pour autant que la grève est alors immédiatement possible puisque, en vertu du principe de l'*ultima ratio* (cf. *infra* consid. 4.3.3), la grève suppose que tous les moyens de négociation et de conciliation aient été tentés et aient échoué (DUNAND/MAHON/MATTHEY/RUSSO, *Etude du 11 avril 2016 sur la protection en cas de grève licite établie sur mandat du SECO et de l'OFJ*, p. 54 s. [disponible sur le site internet de l'OFJ]).

4.3.3 La grève doit respecter le principe de la proportionnalité (condition no 3). Ce principe découle de l'invitation adressée aux parties à l'art. 28 al. 2 Cst. de régler les conflits «autant que possible» par la négociation ou la médiation (ATF 125 III 277 consid. 3b). La notion de «proportionnalité» est ici employée non pas pour limiter les restrictions que l'Etat peut apporter à l'exercice d'une liberté (cf. art. 36 al. 3 Cst.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, op. cit., p. 408), mais comme condition à l'exercice d'un droit par des particuliers (cf. déjà *supra* consid. 4.3). Dans cette perspective, elle doit être comprise comme renvoyant au critère de la nécessité: la grève ne doit pas être plus incisive qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé (ATF 132 III 122 consid. 4.5.4.1 p. 137; cf. GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3<sup>e</sup> éd. 2015, n. 909 p. 359); les

mesures collectives de combat ne sont licites qu'au titre d'ultima ratio (ATF 132 III 122 consid. 4.5.4.1 p. 137; cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ch. 212 p. 180). A ce propos, la doctrine moderne écrit que vaut en la matière le principe de la conduite du combat loyal (faire Kampfführung) (ATF 132 III 122 ibidem; GEISER/MÜLLER, op. cit., n. 909 p. 359).

Il incombe en principe au juge civil de déterminer si la grève est licite ou illicite, puisqu'il s'agit de l'un des motifs à prendre en considération pour pouvoir statuer sur la validité d'un licenciement ou sur le bien-fondé d'une demande d'indemnité (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., p. 724). Ainsi, contrairement à ce que tentent de suggérer les recourants, il appartient à ce juge de contrôler si la mesure de combat choisie (la grève) constitue bien une ultima ratio.

4.3.4 Enfin, la grève doit être appuyée par une organisation de travailleurs (von einer Arbeitnehmervereinigung getragen werden) ayant la capacité de conclure une convention collective de travail (cf. art. 356 CO; ATF 134 IV 216 consid. 5.1.1 p. 223; 132 III 122 consid. 4.4; 125 III 277 consid. 3b) (condition no 4). Le message du Conseil fédéral relève explicitement qu'il s'agit d'un «acte d'association» (au sens large) et que «la décision [de] recourir [à la grève] doit être prise conformément aux règles topiques du Code civil (art. 60 ss CC)» (message précité, FF 1997 I 1 ch. 212 p. 181; cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., p. 723).

Contrairement à ce que semblent suggérer les recourants, on ne saurait d'emblée conclure, du seul fait qu'un syndicat décide de mener de façon autonome (cf. supra consid. 4.2) une grève qu'il considère comme licite, que ses actions respectent les conditions posées par l'art. 28 al. 3 Cst. et, partant, qu'elles sont licites. Il incombe au juge de vérifier si la mesure prise est bien un moyen relevant du combat syndical et si elle est «proportionnée» (ATF 134 IV 216 consid. 5.1.2).

## 5.

C'est à la lumière de ces quatre conditions qu'il faut vérifier si le moyen de combat mis en action par les demandeurs contre la défenderesse le 26 novembre 2012 (début de la grève de 71 jours) était licite.

La Cour de céans procédera à l'examen de ces conditions en reprenant l'ordre établi par l'autorité précédente, étant précisé que la deuxième condition (cf. supra consid. 4.3.2), dont la réalisation n'est pas discutée par les parties, ne sera pas reprise.

5.1 S'agissant de la quatrième condition (appui d'un syndicat; cf. supra consid. 4.3.4) – examinée par elle en lien avec l'exigence de la représentativité des grévistes –, la cour cantonale a jugé que celle-ci n'était pas remplie, au moins depuis la fin du mois de janvier 2013, au (double) motif que les grévistes (26 employés) n'étaient pas représentatifs de l'ensemble du personnel de l'Hôpital (335 employés, soit moins de 8% du personnel), et que les demandeurs n'ont pas indiqué comment la décision de faire grève et celle visant à la poursuivre au cours des 71 jours qui ont suivi ont

été prises (résultats des votations au sein des syndicats), ni même si de telles décisions ont effectivement été prises.

Les recourants considèrent que l'exigence de la représentativité des grévistes (vis-à-vis du personnel de l'entreprise), de même que celle de la votation, nécessairement relatée dans un procès-verbal, des membres des syndicats n'ont aucun fondement à l'art. 28 Cst. et que la cour cantonale a violé le droit en soumettant la licéité de la grève à la réalisation de ces conditions (acte de recours p. 11 ss, où les recourants parlent de «double quorum»).

Ces questions, qui appelleraient nécessairement un examen approfondi de la quatrième condition, peuvent toutefois rester ouvertes puisque, comme on va le voir, les critiques soulevées par les recourants en lien avec les conditions nos 1 et 3, sont, d'une manière plus évidente, impropres à remettre en cause la décision de la cour cantonale qualifiant la grève d'illicite (cf. infra consid. 5.2 et 5.3).

5.2 S'agissant de la première condition (selon laquelle la grève doit se rapporter aux relations de travail), la cour cantonale a constaté que si la grève visait initialement le maintien de la CCT Santé 21 (que l'intimée avait dénoncé avec effet au 31 décembre 2012), des garanties importantes ont été fournies aux employés à partir du 23 janvier 2013 et que les syndicats ont refusé de négocier une nouvelle CCT. Les juges cantonaux ont indiqué qu'au-delà de cette date, ils «[peinaient] (...) à comprendre pour quelles raisons certains employés poursuivaient la grève», que tant les déclarations des témoins entendus en audience que la lecture des 24 procès-verbaux d'entretien du 31 janvier 2013 ne leur fournissaient aucun élément susceptible d'établir la nécessité de poursuivre la grève et que celle-ci poursuivait essentiellement des objectifs ne visant plus la relation de travail, mais la personne du repreneur de l'Hôpital.

5.2.1 Les recourants ne remettent pas en cause ces constats, et en particulier celui visant le motif réel établi par la cour précédente (la reprise de l'Hôpital) sous-tendant la poursuite de la grève, en se pliant aux exigences strictes posées par les art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF.

Même si l'on admettait (par hypothèse) la recevabilité des critiques soulevées par les recourants (en réalité de simples affirmations), ces critiques devraient quoi qu'il en soit être déclarées infondées. En particulier, c'est en vain que les recourants affirment que les rounds de négociation menés entre les syndicats et le Conseil d'Etat, qui se sont déroulés alors que Y. avait déjà repris l'Hôpital, démontreraient que les grévistes et les syndicats n'avaient pas pour objectif d'empêcher la reprise de l'entreprise (acte de recours p. 23). Ils omettent en effet de signaler que, selon les constatations cantonales, les syndicats ont expressément refusé les conditions préalables à la négociation (posées par le Conseil d'Etat) consistant en l'approbation de la reprise de l'Hôpital par Y., ce qui contredit les allégations contenues aujourd'hui dans leur mémoire de recours.

5.2.2 Selon les constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), la grève n'était plus motivée par un désaccord sur des revendications touchant les relations de travail. Elle tendait au contraire à éviter la reprise par Y. de l'établissement hospitalier, ce qui représente une revendication ne pouvant pas être réglée par une convention collective de travail.

Cela étant, les grévistes ont fait valoir, au moins depuis le 23 janvier 2013, une revendication politique (au sens large). Il en résulte que la première condition n'était pas remplie et que la grève était, à tout le moins depuis le 23 janvier 2013, illicite.

5.3 L'examen de la troisième condition (respect du principe de la proportionnalité) confirme également le caractère illicite de la grève.

5.3.1 On ne saurait retenir la réalisation de cette condition du seul fait que l'employeuse aurait, en dénonçant la CCT Santé 21 le 28 juin 2012 (avec effet au 31 décembre 2012), refusé de poursuivre la collaboration et qu'elle se trouverait ainsi à l'origine du conflit collectif de travail (cf. supra consid. 4.3.2). S'il est vrai que l'employeuse a dénoncé la CCT Santé 21, il est établi que, le 23 janvier 2013, son personnel a obtenu l'assurance de la prolongation de la convention jusqu'au 31 décembre 2013. Partant, au début de l'année 2013, les grévistes ne pouvaient raisonnablement justifier, à l'aune du principe de la proportionnalité, la poursuite de la grève au (seul) motif que l'employeuse aurait elle-même dénoncé la CCT Santé 21 le 28 juin 2012.

5.3.2 Force est de constater qu'en tout cas après le 23 janvier 2013 – si ce n'est avant déjà –, la grève avait perdu son caractère d'ultima ratio, puisqu'à ce moment-là, l'application des conditions de la CCT Santé 21 était garantie pour les 11 mois à venir. Il est d'ailleurs frappant de constater que les recourants eux-mêmes reconnaissent que le maintien des conditions de travail de la CCT Santé 21 jusqu'à la fin de l'année 2013 constitue une réelle concession du repreneur de l'établissement hospitalier. Les recourants refusent toutefois d'en tirer la conclusion qui s'impose (absence de nécessité de poursuivre la grève) au motif que cette concession «est (...) éloignée des revendications des grévistes» qui réclamaient le maintien de la CCT Santé 21 pour une durée indéterminée. Au motif de n'avoir pas obtenu entièrement gain de cause sur leurs revendications, les recourants refusent donc de suspendre la grève. Ce faisant, ils se focalisent exclusivement sur le but poursuivi par le maintien de la grève (qui sera atteint, selon eux, lorsqu'ils obtiendront la totale reconnaissance de leurs revendications) en oubliant que la licéité de ce moyen de lutte (la grève) est subordonnée à la réalisation des conditions tirées de l'art. 28 Cst. Or, le maintien de la CCT Santé 21 jusqu'à la fin de l'année 2013 accordait aux employés un instant de répit qui leur permettait de faire valoir leurs revendications par une mesure moins incisive que la poursuite de la grève. Ils ne pouvaient alors plus refuser de reprendre le travail en justifiant leur position par la perte d'un moyen de pression indispensable pour amener à la reprise des

négociations sur une (nouvelle) CCT, puisque l'Hôpital avait accepté cette reprise, contrairement aux grévistes.

A cela s'ajoute que le nouvel employeur s'était engagé à maintenir le niveau des salaires au-delà du 31 décembre 2013 et que, début février 2013, l'intimée avait accepté les conditions préalables à la négociation du Conseil d'Etat consistant en la réintégration de tous les grévistes licenciés, la garantie des emplois et l'égalité des niveaux de salaire sans limite dans le temps, de même que la conclusion d'une nouvelle CCT, soit des points de fait que les recourants ne contestent pas en respectant les exigences strictes des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF.

La recherche de solutions consensuelles prévalant lors d'un conflit de travail, il incombait aux grévistes de reprendre le travail comme d'ailleurs aux syndicats de reprendre les négociations.

La critique des recourants se révèle dès lors infondée.

5.3.3 Les arguments qu'ils exposent ne remettent pas en cause cette conclusion.

5.3.3.1 Les recourants laissent entendre qu'en subordonnant la licéité de la grève au respect du principe de la proportionnalité, la cour cantonale a ajouté une condition supplémentaire non prévue par la jurisprudence du Tribunal fédéral. L'argument – qui n'est pas exempt de contradictions puisque les recourants reconnaissent eux-mêmes, dans d'autres passages, l'existence de cette condition – est sans consistance puisque cette condition de validité a toujours été reconnue par la jurisprudence (ATF 134 IV 216 consid. 5.1.1; 132 III 122 consid. 4.5.4.1; 125 III 277 consid. 3b).

5.3.3.2 Les recourants sont d'avis que l'arrêt entrepris, qui permet au juge de contrôler la proportionnalité de la mesure de combat mise en oeuvre, instaure un véritable contrôle judiciaire a posteriori de la nécessité de conclure une convention collective et de mettre un terme au conflit social et que la position des juges cantonaux a pour conséquence de permettre à l'employeur d'imposer aux employés et aux syndicats d'accepter de nouvelles conditions de travail qui ne correspondraient pas à toutes leurs revendications.

On ne peut suivre les recourants lorsqu'ils suggèrent de laisser aux seuls partenaires sociaux le soin de déterminer si les mesures de combat prises respectent les règles posées par le législateur. En particulier, on ne saurait considérer qu'une action syndicale serait d'emblée conforme à la Constitution, du seul fait qu'elle a été décidée et menée par un syndicat (cf. supra consid. 4.3.4).

Si le contrôle judiciaire est nécessaire, il ne s'agit en aucun cas pour le juge de favoriser l'une ou l'autre des parties, ni même de restreindre la marge de manoeuvre qui est accordée aux partenaires sociaux. Contrairement à l'opinion professée par les recourants, il ne s'agit pas pour le juge de contrôler a posteriori si les grévistes ont apprécié correctement toutes les circonstances concrètes à la base de leur décision de mener (ou de poursuivre) la grève. Il lui appartient par contre de vérifier la réalisation des conditions

posées par le législateur et de contrôler si la mesure de combat choisie (la grève) constitue bien une *ultima ratio* (cf. supra consid. 4.3.3). Or, en l'espèce, la CCT Santé 21 ayant été prolongée jusqu'à la fin de l'année 2013, la grève ne pouvait plus être considérée comme l'*ultima ratio*, puisque les parties disposaient à nouveau du temps nécessaire pour rechercher ensemble une solution. On observera en ce sens qu'il résulte de la pratique du Comité de la liberté syndicale de l'OIT – qui, en fonction des circonstances, peut servir à l'interprétation du droit suisse (cf. arrêt 2C\_499/2015 du 6 septembre 2017 consid. 5.3.3.1 et 5.3.3.2) – qu'» en règle générale, une décision de suspendre une grève pour une période raisonnable de façon à permettre aux parties de rechercher une solution négociée grâce à des efforts de médiation ou de conciliation ne constitue pas une violation de la liberté syndicale» (BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *La liberté syndicale*, Compilation des décisions du Comité de la liberté syndicale, 6<sup>e</sup> éd. 2018, n. 794 p. 150 [disponible sur le site internet de l'OIT]).

5.3.3.3 Les critiques des recourants visant la (prétendue) violation de diverses règles de droit international, national et cantonal sont, pour autant qu'elles soient recevables, infondées.

C'est en vain que les recourants font référence à la notion de proportionnalité ancrée à l'art. 36 Cst. (cf. supra consid. 4.3.3), qui est une notion distincte de celle utilisée en rapport avec l'art. 28 Cst. et qui n'a aucune incidence sur la situation ici examinée. L'évocation de l'art. 33 de la Constitution neuchâteloise – qui, à l'instar de l'art. 36 Cst., prévoit des cautèles en cas de restrictions aux droits fondamentaux – appelle la même réfutation.

En l'espèce, la condition de proportionnalité découle, comme on l'a vu, de l'art. 28 al. 2 Cst. On ne saurait donc suivre les recourants lorsqu'ils affirment que l'application du principe de la proportionnalité (dans le sens défini supra au consid. 4.3.3) à l'exercice de la liberté syndicale ne repose sur aucune base légale suffisante et, partant, qu'elle viole le principe de la légalité (art. 5 Cst.).

5.3.3.4 S'agissant spécifiquement de l'art. 11 CEDH, celui-ci contient (implicitement) la reconnaissance du droit de grève, en tant qu'élément inhérent à la liberté syndicale. En soi, on ne voit pas en quoi l'art. 11 CEDH plaiderait en faveur de la thèse des recourants puisque, si cette règle conventionnelle reconnaît le droit de grève, elle n'en laisse pas moins en principe une grande liberté aux Etats pour décider des modalités d'exercice du droit syndical, dont le droit d'action collective (grève) (arrêt de la Grande Chambre, cause *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008, requête no 34503/97). Les recourants n'indiquent pas en quoi le principe de la proportionnalité, tel qu'il a été appliqué en l'espèce, irait au-delà de la marge d'appréciation conférée aux Etats. Si les recourants affirment que l'interprétation de l'art. 11 CEDH devrait être faite à la lumière des recommandations de l'OIT, ils n'indiquent toutefois pas expressément à quelles règles ou pratiques ils font référence, de sorte que la Cour de céans ne peut entrer en matière à ce sujet.



5.3.3.5 Les recourants se méprennent lorsqu'ils affirment que la garantie, donnée par l'employeuse le 23 janvier 2013, de ne pas sanctionner les grévistes n'est en réalité pas une concession de l'employeuse puisque celle-ci est tenue de respecter le droit de grève ancré à l'art. 28 Cst. Cette affirmation n'a de sens qu'en cas de grève licite. Or, en l'espèce, l'employeuse a offert cette garantie alors même que, (au moins) depuis cette date, la grève était illicite. Partant, il s'agissait bien d'une concession de l'employeuse, qui renonçait – en cas de suspension de la grève – à prendre des sanctions contre les grévistes.

5.3.3.6 Enfin, les recourants soutiennent, en se référant à l'ATF 132 III 122 (consid. 4.5.4.1 p. 137) que l'application du principe de la proportionnalité fixe une limite aux actions menées par les grévistes qui correspondrait au cadre dressé par le droit pénal. Concrètement, pour eux, la limite n'est dépassée que lorsque les employés en lutte utilisent des moyens de combat en faisant usage de violence ou en portant atteinte aux biens.

Leur argumentation ne convainc pas. D'une part, les recourants eux-mêmes reconnaissent que la limite ne saurait être fixée par la seule législation pénale, mais qu'elle devra parfois être restreinte, en particulier, indépendamment de celle-ci, «dans les circonstances extrêmes où des grévistes mèneraient leur combat dans le but d'anéantir l'adversaire».

D'autre part, les recourants font une interprétation trop restrictive des considérations contenues dans l'ATF 132 III 122 (consid. 4.5.4.1 p. 137). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral, se référant aux mesures collectives de combat, a évoqué l'usage de la violence ou l'atteinte aux biens de l'entreprise à titre d'exemples («Sont donc par exemple disproportionnés ...»). Il a toutefois rappelé le principe (critère de nécessité), qui est indépendant de la commission d'infractions pénales et appelle une définition du droit de grève plus étendue que celle qui est aujourd'hui plaidée par les recourants (cf. supra consid. 4.3.3).

5.3.4. La troisième condition n'étant pas remplie, les recourants ne sauraient, pour ce motif également, reprocher à la cour cantonale d'avoir qualifié la grève d'illicite.

Le moyen tiré de la violation de l'art. 28 Cst. se révèle infondé, de même que celui visant la transgression de l'art. 27 Cst./NE, les recourants ne prétendant pas que cette dernière disposition aurait une portée différente de celle résultant de l'art. 28 Cst.

Quant au grief tiré de la violation de l'art. 49 CO (disposition qui présume l'atteinte illicite à la personnalité), il tombe dès lors à faux.

Enfin, pour autant que les griefs soient recevables au regard de l'art. 42 al. 2 LTF, on ne trouve nulle trace d'une violation de l'art. 8 CC et de l'art. 55 al. 1 CPC.

6.

Les recourants reviennent enfin sur le licenciement prononcé avec effet immédiat.

6.1 Leur argumentation n'est pas exempte de contradictions puisque, même s'ils soutiennent que, dans les circonstances de l'espèce, «la notion de juste motif est une question de droit qui se recoupe (...) avec celle de licéité de la grève» (ce qui implique que, la question de la licéité de la grève étant tranchée, celle du licenciement immédiat l'est aussi), ils contestent néanmoins le raisonnement tenu par la cour cantonale sur ce dernier point. Leur argument central consiste à contester la validité des licenciements pour justes motifs au motif que l'intimée leur a proposé de les réintégrer à leur poste de travail (en cas d'accord avec les syndicats), ce qui démontrerait qu'elle était disposée à travailler à nouveau avec eux et, partant, que le rapport de confiance n'était pas rompu.

6.2 D'emblée, on précisera que, lorsque la grève est illicite, cela ne signifie pas encore automatiquement que les travailleurs qui y ont participé puissent être licenciés avec effet immédiat (cf. ATF 111 II 245 consid. p. 259). Le juge demeure tenu d'examiner l'ensemble des circonstances qui ont conduit au licenciement abrupt.

En l'occurrence, il n'est toutefois pas douteux que la cour cantonale a procédé à un examen complet. Il résulte notamment des constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), que les grévistes savaient que la grève était illicite ou, à tout le moins, qu'ils devaient douter très sérieusement de sa licéité (et donc se renseigner auprès d'un homme de loi). Le 23 janvier 2013, l'employeuse a communiqué à chacun des grévistes que, de son point de vue, la grève était illicite et que sa poursuite justifiait un licenciement immédiat et cette position a été rappelée lors de chacun des entretiens individuels du 31 janvier 2013. Cela étant, face à des employés qui ne voulaient pas cesser la grève, alors même qu'ils avaient obtenu la garantie que la CCT Santé 21 continuerait à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2013 (alors qu'elle devait initialement cesser de s'appliquer au 31 décembre 2012), l'employeuse pouvait raisonnablement considérer le rapport de confiance comme rompu (cf. ATF 125 III 277 consid. 3c p. 285), ce d'autant plus qu'un avertissement clair avait été donné aux grévistes au préalable, que des entretiens ont eu lieu avec les employés, assistés de leur avocat, avant la notification du licenciement et qu'à six reprises, en février 2013, les employés auraient eu la possibilité d'être réintégrés s'ils avaient accepté de suspendre immédiatement la grève.

Les recourants usent d'un raccourci lorsqu'ils considèrent que la proposition de réintégration démontre que le rapport de confiance n'était pas rompu. En effet, ils omettent de préciser que cette proposition était subordonnée à l'arrêt immédiat de la grève (illicite) (cf. aussi supra consid. 5.3.4.5). Les recourants n'ayant pas obtempéré, ils ont eux-mêmes écarté cette proposition et ils ne sauraient aujourd'hui s'en prévaloir (comme s'ils l'avaient acceptée) pour en tirer un quelconque argument.

Le moyen tiré de la violation des art. 337 et 337c CO est infondé.

## Kanton Bern

*Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 15. Mai 2018 (Bestätigung des Entscheids des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 18. Januar 2017)*

### **Beweiswert der Arbeitspläne.**

**In causa hängen sämtliche Ansprüche direkt von der Tatsache ab, ob die Arbeitnehmerin zwischen dem 1. März 2013 und dem 20. Mai 2013 für die Arbeitgeberin gearbeitet hat oder nicht. Die Vorinstanz kommt zutreffend zum Schluss, dass sowohl die im Zusammenhang mit den Arbeitsplänen gewürdigten Beweismittel als auch die Motivationslage der Parteien deutlich dafür sprechen, dass die von der Arbeitnehmerin (Berufungsbeklagten) vorgelegten Pläne echt sind und diejenigen der Arbeitgeberin (Berufungsklägerin) nachträglich abgeändert wurden (E. 9.4.1).**

### **Sachverhalt:**

Die Arbeitnehmerin S. (Klägerin und Berufungsbeklagte) lebte, bevor sie für die B. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) tätig war, in der Slowakei und wurde durch M. an die Berufungsklägerin vermittelt. Gemäss den Angaben der Berufungsbeklagten begann das Arbeitsverhältnis im Jahr 2011, während die Berufungsklägerin sich auf den Standpunkt stellt, dass die Berufungsbeklagte erst ab dem 1. Januar 2012 bei ihr angestellt gewesen sei. Über den Jahreswechsel 2012/2013 fuhr die Berufungsbeklagte in die Slowakei, um sich dort ärztlich untersuchen zu lassen, weil sie schwanger war. Die Berufungsklägerin wusste von der Schwangerschaft. Im Zusammenhang mit dieser Abwesenheit kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien, die je nach Darstellung eine Abmahnung oder eine Kündigung seitens der Berufungsklägerin per Ende Februar 2013 nach sich zog. Auch die Berufungsbeklagte wollte in dieser Zeit das Arbeitsverhältnis beenden. Am 31. Januar 2013 unterzeichneten die Parteien eine Aufhebungsvereinbarung. Nach den Angaben der Berufungsbeklagten kam es daraufhin im Februar 2013 zu einer mündlichen Vereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit weitergeführt wird. Demgegenüber bestreitet die Berufungsklägerin die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses und macht geltend, dass die Berufungsbeklagte nach Ende Februar 2013 nicht mehr für sie gearbeitet habe. Die Berufungsbeklagte behauptet jedoch, dass sie bis am 20. Mai 2013 bei der Berufungsklägerin tätig gewesen sei. Ab dem 21. Mai 2013 war die Berufungsbeklagte wegen Schwangerschaftsbeschwerden zu 100% krankgeschrieben. Am 2. August 2013 brachte sie ihre Tochter zur Welt. Mit Schreiben vom 2. Juli 2013 und vom

15. November 2013 forderte die Berufungsbeklagte die ausstehenden Löhne ab Mai 2013 ein. Im zweiten Schreiben bot sie der Berufungsklägerin per Ende ihres Mutterschaftsurlaubes ihre Arbeitskraft an. Die Berufungsklägerin leistete keine Lohnzahlungen, sondern vertrat in ihren Schreiben vom 5. Juli 2013 und vom 20. November 2013 die Meinung, dass zwischen den Parteien seit Ende Februar 2013 kein Vertrag mehr bestehe. In der Folge kündigte die Berufungsbeklagte mit Brief vom 27. November 2013 das aus ihrer Sicht noch bestehende Arbeitsverhältnis fristlos.

Im erstinstanzlichen Verfahren machte die Berufungsbeklagte Lohn resp. Lohnersatz für die Zeit vom 1. Januar 2013 bis zum 28. November 2013 sowie Schadenersatz infolge gerechtfertigter fristloser Kündigung und die aufgrund der geforderten Beträge höhere Quellensteuer geltend. Sämtliche Ansprüche hängen direkt von der Tatsache ab, ob die Berufungsbeklagte zwischen dem 1. März 2013 und dem 20. Mai 2013 für die Berufungsklägerin gearbeitet hat oder nicht. Im Detail erhob die Arbeitnehmerin S. am 13. Januar 2014 beim Regionalgericht Berner Jura-Seeland (nachfolgend: Vorinstanz) Klage gegen die B. AG. Sie verlangte, die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, ihr den ausstehenden Lohn bzw. Lohnersatz von brutto Fr. 10'013.45 nebst Zins zu 5% seit dem 5. Juli 2013 sowie Schadenersatz von brutto Fr. 3'789.50 nebst Zins zu 5% seit dem 29. November 2013 zu bezahlen. Die Berufungsklägerin beantragte in ihrer Klageantwort vom 1. April 2014, die Klage sei abzuweisen. Gleichzeitig reichte sie eine Widerklage ein und verlangte, die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 3'803.25 nebst Zins zu 5% auf dem Betrag von Fr. 910.95 seit dem 6. September 2013 und nebst Zins zu 5% auf dem Betrag von Fr. 2'892.30 seit dem 2. April 2014 zu bezahlen. Zudem sei ihr in der Betreuung Nr. 93091857 des Betreibungsamtes Bern-Mittelland, Dienststelle Mittelland, die Rechtsöffnung zu erteilen.

Mit Eingabe vom 23. Mai 2014 ergänzte die Berufungsbeklagte ihre Klage. Sie verlangte, die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, ihr den ausstehenden Lohn bzw. Lohnersatz für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 28. November 2013 von brutto Fr. 16'899.00 nebst Zins zu 5% seit dem 5. Juli 2013 sowie Schadenersatz von brutto Fr. 4'886.00 nebst Zins zu 5% seit dem 29. November 2013 zu bezahlen. Weiter beantragte sie, die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 2'357.– bezüglich Quellensteuerabzüge für das Jahr 2013 zu bezahlen. Schliesslich nahm die Berufungsbeklagte Stellung zur Widerklage und beantragte deren Abweisung.

Mit Entscheid vom 18. Januar 2017 entschied die Vorinstanz Folgendes: (1.) Die Beklagte/Widerklägerin wird verurteilt, der Klägerin/Widerbeklagten für Lohn/Lohnersatz einen Betrag von Fr. 11'659.60 (brutto) nebst Zins zu 5% seit 05.07.2013 zu bezahlen. Dieser Betrag reduziert sich, soweit die Beklagte/Widerklägerin nachweist, dass sie die Sozialabzüge und die Quellensteuer an die entsprechenden Stellen überwiesen hat. (2.) Die Beklagte/Widerklägerin wird verurteilt, der Klägerin/Wider-

beklagten als Schadenersatz einen Betrag von Fr. 3'928.90 (brutto) nebst Zins zu 5% seit 29.11.2013 zu bezahlen. Dieser Betrag reduziert sich, soweit die Beklagte/Widerklägerin nachweist, dass sie die Sozialabzüge und die Quellensteuer an die entsprechenden Stellen überwiesen hat. (3.) Die Beklagte/Widerklägerin wird verurteilt, der Klägerin/Widerbeklagten als Schadenersatz die Differenz zwischen dem Total der für das Jahr 2013 tatsächlich bezahlten Quellensteuern (bisher geleistete Quellensteuern und aufgrund des vorliegenden Entscheids noch nachzuzahlende Quellensteuern nach rechtskräftiger Veranlagung) abzüglich dem Betrag von Fr. 2'719.85 zu bezahlen, wobei letzterer dem Quellensteuerbetrag entspricht, welchen die Klägerin/Widerbeklagte bei korrekter Lohnauszahlung im Jahr 2013 zu entrichten gehabt hätte. (4.) Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen. (5.) Die Widerklage wird abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

#### 9.4 Beweiswert der Arbeitspläne

9.4.1 Im vorinstanzlichen Verfahren haben beide Parteien Arbeitspläne als Beweismittel vorgelegt. Der Vorinstanz ist aufgefallen, dass sich die Pläne für die relevante Zeitperiode von März 2013 bis Mai 2013 diametral widersprechen. Daraus schliesst sie, dass es sich bei den einen Plänen um die ursprünglichen Einsatzpläne handle, während die anderen Pläne gefälscht worden seien. Daraufhin listet die Vorinstanz die Abweichungen zwischen den Plänen auf und unterzieht sie im Licht der Aussagen der Beteiligten einer genauen Betrachtung. Sie stellt u.a. fest, dass es keinen Sinn ergebe, dass D. und A. die Pläne jeweils unterzeichnet hätten, wie dies die Berufungsklägerin behauptete. Gemäss den Angaben der Zeugin C. sei die Visierung nach der Vornahme allfälliger Korrekturen erfolgt, um die definitive Version zu bestätigen. Weshalb hierzu eine Unterschrift erforderlich gewesen sei, könne nicht nachvollzogen werden. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass nach der Unterschrift eine Änderung nicht mehr möglich gewesen sei (z.B. Abtauschen), so dass die unterschriebene Version dann schliesslich doch nicht die definitive Version gewesen sei. Ausserdem falle ausser Betracht, dass mit den Unterschriften die tatsächlich geleistete Arbeit am Ende des jeweiligen Monats hätte bestätigt werden sollen. Der Zeuge T. habe nämlich ausgesagt, dass er den Plan jeweils gleich nach dessen Erstellung, d.h. bevor der Plan zur Anwendung gekommen sei, unterschrieben habe. Zusammenfassend hält die Vorinstanz fest, dass auf Seiten der Berufungsbeklagten die einzige, aber gewichtige Motivation für die Abänderung der Pläne die Einfügung ihres Namens gewesen sein könnte. Dies gelte indessen umgekehrt genauso für die Berufungsklägerin, welcher die Entfernung der Berufungsbeklagten aus den Plänen zum Nachweis der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Februar 2013 dienen würde. Weiter seien keine ernstzunehmenden Beweggründe der Berufungsbeklagten auszumachen, die Pläne zu

manipulieren. Viel wahrscheinlicher sei es, dass die Berufungsklägerin modifizierte Pläne eingereicht habe. Ohne die ständigen Wochenendeinsätze von S. würde insbesondere die Grundlage für die Anrufung derselben als Zeugin durch die Berufungsbeklagte dahinfallen, da sich die beiden gar nicht kennen könnten. Auch zu erwähnen seien zahlreiche Unstimmigkeiten in den Plänen der Berufungsklägerin selber, beispielsweise beim plötzlichen Leerlassen von Spalten, bei der überflüssigen blauen Linie im Februar-Plan 2013, bei der Aufführung von E. als «Arbeiter» wegen seiner blossen Eigenschaft als Lieferant, beim angeblichen Flüchtigkeitsfehler der divergierenden Nummer der Zeugin R. und vielen anderen Ungereimtheiten mehr. Demgegenüber seien die Pläne der Berufungsbeklagten in den wesentlichen Punkten widerspruchsfrei und nachvollziehbar. Gewichtig erscheine auch die völlig unglaubwürdige Zeugin R., welche zwar von der Berufungsbeklagten aufgerufen worden sei, aber in nicht nachvollziehbarer Art und Weise mit offenkundigen Falschaussagen gegen diese ausgesagt habe. Zudem würden auch die kohärenten Aussagen der Zeugin S. für die Berufungsbeklagte sprechen. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, dass sowohl die im Zusammenhang mit den Arbeitsplänen gewürdigten Beweismittel als auch die Motivationslage der Parteien deutlich dafür sprächen, dass die von der Berufungsbeklagten vorgelegten Pläne echt und diejenigen der Berufungsklägerin nachträglich abgeändert worden seien.

9.4.2 Die Berufungsklägerin behauptet demgegenüber, die von der Berufungsbeklagten eingereichten Arbeitspläne seien von dieser passgenau auf deren Bedürfnisse zugeschnitten und gefälscht worden. Dabei habe die Berufungsbeklagte jedoch nicht berücksichtigt, dass die Arbeitspläne jeweils firmenintern visiert würden. Trotzdem habe die Vorinstanz die durch die Berufungsbeklagte eingereichten Pläne als nachvollziehbar und einleuchtend erachtet. Es sei völlig realitätsfremd, dass keine Widersprüche vorhanden seien. Schliesslich sei zu erwähnen, dass sich die Vorinstanz in ihrer Entscheidungsbegründung ausgiebig mit den Dokumenten der Berufungsbeklagten auseinandergesetzt habe, während dem sie nur kurz und stets ablehnend auf die Unterlagen der Berufungsklägerin eingegangen sei.

9.4.3 Die Berufungsklägerin wiederholt ihre im vorinstanzlichen Verfahren gemachte Behauptung, die Arbeitspläne seien firmenintern visiert worden, ohne sich jedoch argumentativ mit den ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Auf ihr entsprechendes Vorbringen kann deshalb nicht eingetreten werden. Wie die Berufungsbeklagte zutreffend ausführt, ist weiter darauf hinzuweisen, dass keine oder lediglich geringe Ungereimtheiten auftreten, wenn die vorgelegten Dokumente echt sind. Wenn aber ein komplexer Sachverhalt wahrheitswidrig teilweise erfunden wird und Unterlagen entsprechend gefälscht werden müssen, ist es kaum zu verhindern, dass sich Widersprüche ergeben und schliesslich das Lügenkonstrukt aufgedeckt wird. Die Argumentation der Berufungsklägerin, wonach die fehlenden Ungereimtheiten im Zusammenhang den Plänen der Berufungsbeklagten darauf hinweisen würden, dass diese mani-

puliert seien, vermag nicht zu überzeugen. Zudem erweist sich die Behauptung der Berufungsklägerin, dass sich die Vorinstanz nicht mit den von ihr eingereichten Arbeitsplänen auseinandergesetzt habe, als falsch. Die Vorinstanz hat sich ausführlich und eingehend mit den Unterlagen beider Parteien befasst (vgl. E. 9.4.1 oben). Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Berufungsklägerin der Vorinstanz vorwirft, sie sei nur «kurz» auf die Unterlagen der Berufungsklägerin eingegangen. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung bezüglich des Beweiswerts der von beiden Parteien eingereichten Arbeitspläne ist die logische Folge aus den vielen einzelnen Mosaiksteinen, die negativ für die Berufungsklägerin ausfallen. Sodann unterlässt es die Berufungsklägerin, sich mit den einzelnen Würdigungen der Vorinstanz bezüglich der Ungereimtheiten der von ihr eingereichten Arbeitspläne auseinanderzusetzen. Damit erweisen sich ihre Rügen betreffend die Beweiswürdigung im Zusammenhang mit den Arbeitsplänen als offensichtlich unbegründet, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

(...)

#### 11. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Berufung abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

Eingereicht von A. Günther, lic.iur. RA, leitender Gerichtsschreiber  
Zivil

*Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 7. Dezember 2018 (Bestätigung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 27. Juni 2018)*

**Art. 337 OR; fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Ein illoyales Verhalten (Herabminderung des Arbeitgebers gegenüber Mitarbeitern) kann als Verstoss gegen die in Art. 321a OR statuierte Treuepflicht eine fristlose Entlassung in begründeten Fällen rechtfertigen. Dabei ist jedoch das Verhalten des Arbeitgebers bei der Beurteilung der Treuwidrigkeit ebenfalls zu berücksichtigen. Im Sinne einer Wechselwirkung kann ein ansonsten treuwidriges Verhalten in einer angespannten Arbeitsatmosphäre noch durchgehen (E. 21.2).**

**Art. 337c OR. Die Höhe der Entschädigung berechnet sich nach Monatslöhnen und ist nach freiem Ermessen des Gerichts unter Würdigung aller Umstände festzulegen. Zu den massgeblichen Umständen gehören insbesondere 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 (E. 22.3.1).**

**Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung durch den Arbeitgeber wächst der Ferienanspruch während der ordentlichen Kündigungsfrist an, weil der Arbeitnehmer so zu stellen ist, wie wenn die Kündigungsfrist eingehalten worden wäre (E. 24).**

Sachverhalt:

Die S. GmbH (nachfolgend: Berufungsklägerin) bezweckt gemäss ihrem Handelsregisterauszug u.a. die Beratung und Vermittlung von Finanz- und Versicherungsprodukten. Eine ihrer Kundinnen war die H. Pizzeria GmbH, für welche sie die Geschäftsbuchhaltung besorgte. Y. (nachfolgend: Berufungsbeklagte) arbeitete ab dem 1. August 2015 im Rahmen einer Festanstellung als Sachbearbeiterin/Buchhalterin bei der Berufungsklägerin, nachdem sie dort in den Monaten Mai und Juni 2015 bereits ein Praktikum absolviert hatte. Nach Ablauf der Probezeit Ende Oktober 2015 wurde ihr Beschäftigungsgrad per 1. November 2015 von 60 auf 80 Prozent erhöht. Ab diesem Zeitpunkt erzielte sie ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 4'000.– zuzüglich Anteil 13. Monatslohn von Fr. 333.35 sowie Kinderzulagen von Fr. 230.–, ausmachend total Fr. 4'563.–, bei einem Ferienanspruch von 20 Ferientagen pro Kalenderjahr. Die Berufungsbeklagte führte innerhalb der Organisation der Berufungsklägerin das Mandat mit der H. Pizzeria GmbH und arbeitete dabei primär mit Frau B. als deren Ansprechpartnerin zusammen. Geschäftsführer der Berufungsklägerin mit Einzelzeichnungsberechtigung ist A.

Per 2. März 2016 kündigte die Berufungsklägerin das Arbeitsverhältnis mit der Berufungsbeklagten fristlos und sprach gegenüber Letzterer ein Hausverbot aus. Als Begründung für die Kündigung berief sich die Berufungsklägerin im Verlauf des Verfahrens im Wesentlichen auf vier Sachverhaltskomplexe, nämlich unhöfliches bzw. aggressives Verhalten der Berufungsbeklagten gegenüber Vertretern der H. Pizzeria GmbH, die den behaupteten Verwarnungen vom 10. (angebliche verbale Auseinandersetzung mit A. nach der Geburtstagsfeier) und 29. Februar 2016 (angebliche Bezeichnung von A. als Versicherungsbetrüger) zugrunde liegenden Ereignisse sowie den Vorfall vom 2. März 2016 unmittelbar vor Aussprache der Kündigung (angeblicher Streit mit der Mitarbeiterin Z. und angebliche Bezeichnung von A. als Arschloch). Wie sich die Ereignisse im Einzelnen abgespielt haben und ob dabei seitens der Berufungsklägerin Verwarnungen ausgesprochen worden sind, ist zwischen den Parteien umstritten. Die Berufungsbeklagte macht geltend, sie sei im Anschluss an die fristlose Kündigung vom 2. März 2016 vom 24. März bis zum 7. April 2016 krank gewesen und legt dazu das von Dr. med. G. auf sie ausgestellte Arztzeugnis ins Recht.

Mit Eingabe vom 20. Oktober 2016 erhob die Berufungsbeklagte gegen die Berufungsklägerin Klage beim Regionalgericht Bern-Mittelland und beantragte deren Verurteilung zur Bezahlung von Fr. 12'600.65 brutto



zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 690.– nebst Zins zu 5% seit 2. März 2016 und Fr. 1'783.40 brutto nebst Zins zu 5% seit 2. März 2016, einer Entschädigung in richterlich zu bestimmender Höhe, mindestens jedoch von Fr. 9'126.70 nebst Zins zu 5% seit 2. März 2016 sowie zur Ausstellung eines Vollzeugnisses gemäss Art. 330a OR, unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Berufungsbeklagte verfolgte mit ihrer Klage Lohnansprüche bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, die Abgeltung des restanzlichen Ferienanspruchs, die Ausrichtung einer Entschädigung gemäss Art. 337c Abs. 3 OR sowie die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses.

Die Berufungsklägerin schloss in ihrer Stellungnahme vom 13. Dezember 2016 auf kostenfällige Abweisung der Klage und machte widerklageweise geltend, die Berufungsbeklagte sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu verurteilen, ihr einen Betrag von Fr. 16'500.– zu bezahlen. Die Berufungsklägerin gründete ihre Widerklage auf Art. 321e OR und führte aus, durch ihr Verhalten habe die Berufungsbeklagte den Abbruch der Geschäftsbeziehung durch die H. Pizzeria GmbH verursacht, entsprechend einem Schaden in Form von entgangenen Honoraren von Fr. 600.– à 24 Monate, ausmachend Fr. 14'400.–. Weiter habe die Berufungsbeklagte Buchhaltungsdaten der H. Pizzeria GmbH gelöscht, wodurch ein Schaden von Fr. 2'100.– entstanden sei.

Mit Entscheid vom 27. Juni 2018 verurteilte das Regionalgericht Bern-Mittelland die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagten für die Monatslöhne März (pro rata), April und Mai 2016 brutto Fr. 12'600.65 zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 690.–, total ausmachend Fr. 13'290.65 nebst Zins zu 5% seit 2. März 2016 zu bezahlen, unter Anordnung der Reduktion im Umfang des Nachweises der Überweisung der Sozialabzüge an die entsprechenden Stellen; einen Betrag von brutto Fr. 864.70 nebst Zins zu 5% seit 2. März 2016 zu bezahlen, unter Anordnung der Reduktion im Umfang des Nachweises der Überweisung der Sozialabzüge an die entsprechenden Stellen; eine Entschädigung von netto Fr. 4'333.35 nebst Zins zu 5% seit 2. März 2016 zu bezahlen; innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Entscheids ein Art. 330a OR entsprechendes Vollzeugnis auszustellen, unter Hinweis auf die Unterlassungsfolgen gemäss Art. 343 ZPO. Soweit weitergehend wies es die Klage ab. Die Widerklage wurde ebenfalls abgewiesen. Gerichtskosten wurden keine erhoben, die Berufungsklägerin wurde jedoch verurteilt, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 15'458.70 zu bezahlen. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 23. Juli 2018 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern und beantragt dessen Aufhebung, unter kostenfälliger Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage auf Verurteilung der Berufungsbeklagten zur Bezahlung von Fr. 16'500.–.

Aus den Erwägungen:

19.

19.1 Die Berufungsklägerin bringt vor, aus den ins Recht gelegten Urkunden sowie aus der Zeugenaussage Z. ergebe sich, dass die Berufungsbeklagte A. am 2. März 2016 gegenüber Z. als Arschloch betitelt habe, es an jenem Tag wieder zu einer Eskalation zwischen den beiden gekommen sei, die Berufungsbeklagte Z. provoziert und gestört und insgesamt sehr heftig reagiert habe.

19.2 Die Vorinstanz hat zu diesem Sachverhaltskomplex im Wesentlichen erwogen, es stehe fest, dass A. der Berufungsbeklagten am 2. März 2016 zu-nächst mündlich und dann auch schriftlich das Arbeitsverhältnis mit der Berufungsklägerin gekündigt habe. Ebenfalls erstellt sei, dass es an jenem Tag zu einer emotional und heftig geführten Auseinandersetzung zwischen der Berufungsbeklagten und A. gekommen sei. Hingegen bestehe bezüglich der angeblichen Titulierung von A. als Arschloch durch die Berufungsbeklagte ein offenes Beweisergebnis. Es sprächen aber mehr Gründe gegen diese Annahme, zumal die Berufungsbeklagte dieses Gespräch gemäss Angaben von A. mit ihrem Mobiltelefon aufgenommen habe.

19.3 Auch hier fällt auf, dass die Berufungsklägerin ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen der Vorinstanz setzt, ohne aufzuzeigen, inwiefern Letztere den Sachverhalt unzutreffend erhoben hat. Dabei stellt die Berufungsklägerin einseitig auf die zu ihren Gunsten sprechenden Beweismittel ab, ohne diese zu gewichten und gegenüber entgegengesetzten Aussagen und Urkunden abzuwägen. Ein Abstellen auf Beweismittel kraft blossen Verweises auf die einschlägigen Urkunden und Zeugenaussagen, durch reines Aufzählen und ohne jegliche Gewichtung und Abwägung derselben, stellt keine eigentliche Beweiswürdigung dar: Die erhobenen Beweise sind aufgrund von Denk- und Naturgesetzen, allgemein anerkannten Erfahrungssätzen und der Lebenserfahrung zu gewichten und zu bewerten. Ausweichende Antworten, Widersprüche und Brüche in der Aussage beeinträchtigen die Glaubwürdigkeit von Zeugen wie auch der Parteien. Gleiches gilt, wenn Lücken oder Unsicherheiten im Aussageverhalten vorliegen (vgl. BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilprozessordnung, Bern 2012 [nachfolgend zit.: BK ZPO-BEARBEITER], N 16 ff. zu Art. 157 ZPO). Die Berufungsklägerin geht auf diese Grundsätze mit keinem Wort ein. Im Ergebnis erschliesst sich aus ihren oberinstanzlichen Ausführungen nicht, inwiefern die Vorinstanz eine Verletzung gemäss Art. 310 Bst. b ZPO begangen hat. Die Kammer hat keinen Anlass, an dem von der Vorinstanz erhobenen Sachverhalt zu zweifeln. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass sich die Berufungsbeklagte gegenüber ihrer Arbeitskollegin Z. nicht unpassend verhalten hat. Gestützt auf den Chat-Verlauf an jenem Datum (2. März 2016) muss davon ausgegangen werden, dass der PC-Absturz und die damit verbundene Mehrarbeit die Ursache für deren emotionale

Reaktion gewesen ist. Der Chat-Verlauf wurde zeitnah und noch vor Absehbarkeit des Gerichtsverfahrens erstellt. Er ist daher beweismässig höher zu werten als entgegenstehende Parteiaussagen. Ob die Berufungsbeklagte A. gegenüber Z. als Arschloch betitelt hat, ist anlässlich des erstinstanzlichen Beweisverfahrens offen geblieben. Zwar trifft es zu, dass die Z. dies in ihrer Zeugenaussage bestätigt hat. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Z. auf Anfrage von A. ein zu seinen Gunsten lautendes Schreiben verfasst hat und daher nicht als gänzlich unabhängige Zeugin gelten kann. Daran ändert auch der Hinweis auf die Aussage unter Wahrheitspflicht nichts. Der Aussage von Z. steht weiter die Aussage der Berufungsbeklagten entgegen, wonach der Vorwurf der Betitelung ihres ehemaligen Vorgesetzten als Arschloch, gegenüber wem auch immer, frei erfunden sei und von A. erst im Gerichtsverfahren aufgebracht worden sei. Beweismässig ist daher auch die Betitelung von A. gegenüber einer Drittperson nicht erstellt.

20.

Entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin ist die Beweiswürdigung der Vorinstanz auch nicht in ihrer Gesamtheit willkürlich ausgefallen. Die von der Berufungsklägerin aufgeführten Vorfälle finden mit Ausnahme des unangemessenen Tonfalls gegenüber B. keine Stütze in den Akten. Ob die Berufungsbeklagte ihren ehemaligen Vorgesetzten A. gegenüber Z. als Versicherungsbetrüger und Arschloch bezeichnet hat, ist beweismässig offen geblieben. Die diesbezügliche Argumentationslinie der Berufungsklägerin ist daher ungeeignet, ein illoyales Verhalten der Berufungsbeklagten zu begründen. Die angeblichen Streitereien, Provokationen und Eskalationen können – sofern sie überhaupt erstellt sind – nicht einseitig der Berufungsbeklagten angelastet werden. Unter Berücksichtigung, dass A. die Berufungsbeklagte vom Mandat mit der H. Pizzeria GmbH nicht abgezogen hat, ihren Beschäftigungsgrad nach Ablauf der Probezeit im gegenseitigen Einvernehmen von 60% auf 80% erhöht und ihr noch im Februar 2016 – ein paar Wochen vor der fristlosen Kündigung Anfang März 2016 – eine Erhöhung des Beschäftigungsgrades auf 100% vorgeschlagen hat, offenbar unter Übertragung der Verantwortung für die Gesamtbuchhaltung, erscheinen die Vorwürfe der verbalen Aggressivität und Unfreundlichkeit allgemein gegenüber Firmenkunden als unglaubwürdig. Ein solches Verhalten wäre höchst widersprüchlich und entspricht nicht dem Vorgehen, welches bei aggressiven, unfreundlichen Mitarbeitern von einem Vorgesetzten in der Position von A. normalerweise zu erwarten ist.

21.

21.1 Die Berufungsklägerin macht geltend, gestützt auf die nachgewiesene Verwarnung vom 10. Februar 2016 und die Illoyalität der Berufungsbeklagten in zwei Fällen sei die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen. Insoweit habe die Vorinstanz das Recht unrichtig angewendet: Die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit der Berufungsbeklagten habe sich für die Berufungsklägerin klarerweise als unzumutbar erwiesen.

21.2 Die von der Berufungsklägerin geltend gemachte Rechtsanwendung stützt sich auf einen Sachverhalt ab, der beweismässig auch in oberer Instanz nicht erstellt werden konnte. So kommt auch die Kammer bei ihrer Überprüfung der erstinstanzlichen Beweiswürdigung zum Schluss, dass die angebliche Verwarnung vom 10. Februar 2016 von der Berufungsklägerin nicht rechtsgenüglich nachgewiesen worden ist. Weiter bleibt es in oberer Instanz ebenfalls offen, ob es tatsächlich zu den von der Berufungsklägerin behaupteten «Illoyalitäten» gekommen ist: Die Vorwürfe der Bezeichnung von A. als Versicherungsbetrüger und Arschloch gegenüber Z. haben sich oberinstanzlich nicht erhärtet. Demnach erübrigt es sich, auf die rechtliche Argumentation der Berufungsklägerin einzugehen. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass ein illoyales Verhalten (Herabminderung des Arbeitgebers gegenüber Mitarbeitern) als Verstoss gegen die in Art. 321a OR statuierte Treuepflicht eine fristlose Entlassung in begründeten Fällen rechtfertigen kann. Dabei ist jedoch das Verhalten des Arbeitgebers bei der Beurteilung der Treuwidrigkeit ebenfalls zu berücksichtigen. Im Sinne einer Wechselwirkung kann ein ansonsten treuwidriges Verhalten in einer angespannten Arbeitsatmosphäre noch durchgehen.

22.

22.1 Die Berufungsklägerin rügt die Zusprechung einer Entschädigung durch die Vorinstanz. Durch ihr Verhalten habe die Berufungsklägerin einen Kündigungsgrund gesetzt, der eine fristlose Kündigung rechtfertige. Selbst wenn es dafür knapp nicht reichen sollte, sei gestützt auf das Beweisergebnis erstellt, dass die Berufungsklägerin ein erhebliches Mitverschulden an der Kündigung treffe, was gemäss Lehre und Rechtsprechung (BGE 119 II 16) zwingend zur Verweigerung einer Entschädigung führen müsse.

22.2 Die Vorinstanz hat zur Ermittlung der angemessenen Entschädigung im Wesentlichen erwogen, erhöhend wirke sich aus, dass die Berufungsbeklagte wegen der ungerechtfertigten Kündigung gesundheitliche Probleme bekommen habe, die Aussprache einer fristlosen Kündigung in Verbindung mit einem Hausverbot und Androhung der Polizei ein vergleichsweise drastisches Vorgehen darstelle und die Berufungsbeklagte die finanzielle Mitverantwortung für zwei kleine Kinder trage. Entschädigungsreduzierend seien die vergleichsweise kurze Arbeitsdauer und das Mitverschulden der Berufungsbeklagten am Konflikt mit der H. Pizzeria GmbH zu gewichten. Im Ergebnis würden sich die erhöhenden und reduzierenden Momente gegenseitig aufheben, sodass die Entschädigung im unteren Bereich anzusetzen sei. Das Gericht erachte eine Entschädigung in der Höhe eines Monatsgehalts als angemessen.

22.3

22.3.1 Die Höhe der Entschädigung berechnet sich nach Monatslöhnen und ist nach freiem Ermessen des Gerichts unter Würdigung aller Umstände festzulegen. Zu den massgeblichen Umständen gehören insbesondere die soziale und wirtschaftliche Lage der Parteien, der Grad der Persön-

lichkeitsverletzung der entlassenen Partei, die Intensität und Dauer der arbeitsvertraglichen Beziehungen, die Art und Weise der Kündigung sowie ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers (PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Auflage 2015 [nachfolgend zit.: BSK OR-BEARBEITER], N 6 zu Art. 337c OR).

22.3.2 Die Vorinstanz hat der Beklagten eine Entschädigung in der Höhe eines Monatslohns zugesprochen. Sie bewegt sich damit am unteren Rand dessen, was überhaupt möglich ist, geht man mit der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts davon aus, dass eine Entschädigung bei ungerechtfertigter Entlassung regelmässig geschuldet ist (BGE 116 II 301). Bei einer freien Ermessensausübung kann der Vorinstanz auch keine Ermessensunter oder -überschreitung vorgeworfen werden, und zwar weder hinsichtlich des Entschliessungs- noch hinsichtlich des Ausfüllungsermessens. Sodann ergibt sich aus der Würdigung der Vorinstanz, dass sie sowohl entschädigungserhöhende als auch entschädigungsreduzierende Umstände berücksichtigt hat. Entgegen den Vorbringen der Berufungsklägerin hat sie dabei das Mitverschulden der Berufungsbeklagten an der fristlosen Kündigung miteinbezogen und gewichtet. Die vorinstanzliche Ermessensausübung stützt sich durchwegs auf sachliche Gründe und erweist sich demnach weder als einseitig noch als willkürlich. Sofern die Berufungsklägerin die Ermessensausübung der Vorinstanz als unangemessen kritisiert, ist festzuhalten, dass die Berufungsgründe vom Gesetzgeber nicht auf Unangemessenheit ausgedehnt worden sind. Der Gesetzgeber hat die Kognition der Rechtsmittelinstanz im Berufungsverfahren auf unrichtige Rechtsanwendung beschränkt (Art. 310 Bst. a ZPO; vgl. dazu BK ZPO-STERCHI, N 9 zu Art. 310 ZPO). Somit ist es der Rechtsmittelinstanz verwehrt, ihr eigenes Rechtsfolgeermessen ohne weiteres an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen. Trotzdem bleibt festzuhalten, dass sich die von der Vorinstanz getroffene Lösung als angemessen erweist: Eine Entschädigung im Umfang eines Monatslohns trägt dem Umstand Rechnung, dass die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt gewesen ist, selbst bei Berücksichtigung des nicht gravierenden Fehlverhaltens der Berufungsbeklagten (nicht angemessener Tonfall gegenüber B.). Auf jeden Fall ist die Vorinstanz bei ihrer Ermessensausübung nicht von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen oder hat Tatsachen berücksichtigt, die keine Rolle hätten spielen dürfen bzw. umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen, die zwingend hätten berücksichtigt werden müssen. Sie erweist sich damit als angemessen und ist nicht zu beanstanden.

23.

Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, dass die Berufungsbeklagte nach der fristlosen Entlassung vom 24. März 2016 bis am 7. April 2016 krank gewesen ist. Diese Feststellung wird von der Berufungsklägerin in oberer Instanz nicht beanstandet und stützt sich auf die

zusammengefassten Aussagen der sachverständigen Zeugin Dr. med. G. sowie auf das ins Recht gelegte Arztzeugnis. Die Kammer hat keinen Anlass, das Beweisergebnis anzuzweifeln. Die Aussagen der sachverständigen Zeugin beruhen auf einer persönlichen Untersuchung der Berufungsbeklagten am 24. März 2016 und wurden nicht nachträglich erstellt. Die sachverständige Zeugin ist Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie und weist daher das notwendige Fachwissen auf, um den Gesundheitszustand der Berufungsbeklagten beurteilen zu können.

24.

Die Berufungsklägerin rügt die Abgeltung des Ferienanspruchs weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht. Hierzu werden überhaupt keine Ausführungen gemacht. Fehlt die Begründung gänzlich oder wird nur auf die vorinstanzlichen Vorbringen und Akten verwiesen, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Indes hängt der abzugeltende Ferienanspruch der Berufungsbeklagten vorliegend von der Beurteilung der Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung ab, welche die Berufungsklägerin begründet angefochten hat: Bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung durch den Arbeitgeber wächst der Ferienanspruch während der ordentlichen Kündigungsfrist an, weil der Arbeitnehmer so zu stellen ist, wie wenn die Kündigungsfrist eingehalten worden wäre. Unter diesen Umständen ist auf die ansonsten unbegründet gebliebene Anfechtung der Abgeltung von 4.33 Ferientagen gemäss Ziffer 2 des erstinstanzlichen Entscheiddispositivs einzutreten. Die Kammer hat jedoch keinen Anlass, auf die Erwägungen der Vorinstanz zurückzukommen. Wie das Beweisergebnis ergeben hat, endete das Arbeitsverhältnis mangels Begründetheit der fristlosen Kündigung erst per 31. Mai 2016. Bei einer Arbeitsdauer von 5 Monaten im 2016 und vertraglich vereinbarten 20 Ferientagen pro Jahr ergibt sich pro rata temporis ein für das Jahr 2016 abzugeltender Ferienanspruch von 8.33 Tagen. Oberinstanzlich ist nicht bestritten, dass die Berufungsbeklagte davon 5 Tage in der ersten Januarwoche 2016 bezogen hat und ein restanzlicher Ferientag aus dem Jahr 2015 hinzuzurechnen ist. Der im Ergebnis abzugeltende Ferienanspruch beträgt somit 4.33 Tage. Die Umrechnung des monatlichen Bruttolohns inkl. Anteil 13. Monatslohn auf den Ferienlohnanspruch pro Tag durch die Vorinstanz gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

(...)

25.4

25.4.1 Bezüglich der Gründe für die Beendigung des Mandats durch die H. Pizzeria GmbH kann entgegen den Ausführungen der Berufungsklägerin nicht alleine auf die von ihr zitierten Aussagen der Zeugin B. anlässlich der Fortsetzungsverhandlung vom 4. Oktober 2017 abgestellt werden. Dieselbe Zeugin sagte nämlich an der Fortsetzungsverhandlung ebenfalls aus, die Pizzeria sei im Jahr 2016 an ihren Vater überschrieben worden, welcher einen neuen Buchhalter beauftragt habe, der günstiger sei. Das Beweisergebnis der Vorinstanz, wonach der Vater von B. als neuer Geschäftsinhaber der H. Pizzeria GmbH mit den Kosten für die Buchhal-

tung nicht mehr einverstanden gewesen war, wird demnach durch die Akten gestützt. Für dieses Ergebnis spricht auch der Inhalt des Chat-Verlaufs vom 21. Oktober 2015, mit dem sich die Berufungsklägerin nicht auseinandersetzt. Ebenfalls durch die Akten gestützt wird die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach auch die Führungskompetenzen von A. für die Kündigung ursächlich gewesen sein könnten.

25.4.2 Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schadensstiftende Verhalten eine notwendige Bedingung (*conditio sine qua non*) für den eingetretenen Schaden ist, d.h. das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfielen bzw. nicht als in gleicher Weise bzw. zur gleichen Zeit als eingetreten gedacht werden könnte. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Bejahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass das Verhalten der Berufungsbeklagten die alleinige oder unmittelbare Ursache des Mandatsverlusts gewesen ist; es genügt, dass das Verhalten zusammen mit anderen Bedingungen den Entschluss der Berufungsklägerin bewirkt hat, dieses mit andern Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die Mandatsauflösung entfielen. Dies ist zu verneinen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles neben den behaupteten weiteren Ursachen ebenso ernst in Frage kommen oder sogar näher liegen. Vorliegend kommen die Kosten der Mandatsführung und die Führungskompetenzen von A. für die Beendigung des Dienstleistungsvertrags mit der Berufungsklägerin zumindest ebenso ernst in Frage wie das Verhalten der Berufungsbeklagten.

(...)

27.

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der angefochtene Entscheid ist in allen Teilen zu bestätigen.

Eingereicht von A. Günther, lic.iur. RA, leitender Gerichtsschreiber  
Zivil

*Tribunal cantonal du canton de Fribourg, II<sup>e</sup> Cour d'appel civil, Arrêt du 7 mars 2018 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine du 4 septembre 2017)*

**Art. 336 CO. Pour contrecarrer l'intérêt évident de l'employé au maintien du contrat, l'employeur doit être en mesure de démontrer qu'il peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection au licenciement du travailleur concerné. Une mauvaise exécution du contrat de travail ainsi que des motifs économiques constituent le plus souvent un intérêt digne de protection de l'employeur (c. 2.4). En l'espèce, le travailleur a**

été licencié pour des motifs économiques, soit suite à la restructuration de l'entreprise qui a nécessité la suppression de son poste (c. 2.5.1).

La loi ne prévoit pas l'obligation, à charge de l'employeur, de faire précéder la résiliation du contrat d'un avertissement écrit avec menace de licenciement (c. 2.4). En l'espèce, le seul fait que, lors de l'annonce du licenciement, le directeur se soit montré froid est loin d'être constitutif d'une atteinte aux droits de la personnalité de l'employé. En effet, même un comportement simplement inconvenant, peu cavalier ou indigne des relations commerciales au moment de la notification du licenciement ne suffit pas à rendre celui-ci abusif (c. 2.5.2).

Même si une protection accrue est accordée aux employés plus âgés, il n'existe toutefois pas de protection absolue contre le licenciement car cela remettrait fondamentalement en cause le principe du droit de résiliation. Le seul âge du collaborateur et le nombre de ses années de service ne permettent pas à eux seuls de fonder le caractère abusif d'un licenciement et ces éléments, de même que les conséquences économiques pour l'employé, ne sauraient faire obstacle à son licenciement (c. 2.5.2).

Extraits des faits:

Le 1<sup>er</sup> juin 1981, T., né en 1958, a été engagé par l'entreprise C. SA. Le 22 décembre 2003, cette société a été reprise par D. SA. Le 19 décembre 2014, D. SA a informé ses employés qu'elle allait être reprise par E. SA dès le 1<sup>er</sup> juin 2015. En date du 31 mars 2015, T. a adressé un courrier à D. SA, duquel il ressort en particulier ce qui suit: «(...) Au 1<sup>er</sup> juin de cette année, pour mon jubilé, nous passerons en mains de nouveaux propriétaires. (...) Par ces quelques lignes, je souhaite juste vous faire part de mon inquiétude. (...) De par la fonction que j'occupais jusqu'ici ainsi qu'une partie de mon cahier des tâches actuel, mais également de par mon âge, je doute quelque peu présenter le profil idéal pour notre futur nouvel employeur.(...) je crains quelque peu de me retrouver, la veille de mes 58 ans, dans une position très inconfortable. Je me dirige dès lors vers vous et me permets de vous demander, à titre tout à fait exceptionnel, et au vu de ce qui précède ainsi que de mon ancienneté, si D. SA serait disposée à consentir à un geste sous forme d'aide au rachat du montant facultatif dans ma caisse de pension, (avoir de vieillesse/rente), même partiel. J'espère évidemment pouvoir poursuivre ma collaboration avec notre nouvel employeur. Toutefois, et dans l'hypothèse où un autre déroulement se présentait d'ici la fin de cette année 2015, avec votre éventuel soutien et un apport plus conséquent de ma part, je pourrais envisager l'avenir différemment et surtout un peu plus sereinement. (...)».

Le 11 mai 2015, D. SA et T. ont signé une convention de résiliation du contrat de travail pour le 31 mai 2015. Le même jour, T. et E. SA ont



signé un contrat de travail de durée indéterminée à partir du 1<sup>er</sup> juin 2015; ce contrat prévoyait un délai de résiliation de trois mois pour la fin d'un mois et un salaire brut de CHF 7'300.– versé treize fois l'an. Le 1<sup>er</sup> juin 2015, E. SA a repris la société D. SA.

Le 26 novembre 2015 à 8h00, T. a été convoqué dans une salle de conférence dans laquelle se trouvait le directeur, A., et le responsable du service après-vente, L. A. lui a annoncé d'emblée qu'il était désolé, qu'il avait de mauvaises nouvelles à lui annoncer et que son poste était supprimé. Il lui a ensuite remis une lettre de résiliation pour le 29 février 2016 prévoyant notamment qu'il était libéré de l'obligation de travailler avec effet immédiat. Le demandeur a refusé de signer cette lettre. L'entretien du 26 novembre 2015 a duré tout au plus dix minutes. Le même jour, dans l'après-midi, T. c'est à nouveau rendu sur son lieu de travail et a demandé à A. de lui communiquer par écrit les motifs de la résiliation. Après avoir consulté M. des ressources humaines, A. a indiqué au demandeur qu'il recevrait prochainement un courrier motivant le congé.

Par courrier daté du 27 novembre 2015, adressé sous pli simple, le 30 novembre 2016, à «T., [...]», intitulé «Motif de résiliation», et signé par A. et par N., la défenderesse a indiqué ce qui suit à T.: «En réponse à votre demande nous vous confirmons la raison exposée lors de l'entretien du 26 novembre 2015 comme suit: Suite à des changements organisationnels dans la succursale voitures particulières O. le département de la disposition a été réorganisé. C'est la raisons pour laquelle nous avons été amenés de mettre un terme au contrat entre vous et E. SA. Nous sommes au regret de ce développement et vous adressons nos meilleurs vœux pour l'avenir.» T. affirme toutefois n'avoir jamais reçu cette lettre. Le 27 novembre 2015, T. a débuté une période d'incapacité de travail à 100% qui a duré plusieurs mois. Le contrat de travail a finalement pris fin le 31 août 2016. Par courrier recommandé du 7 décembre 2015, T. a prié les ressources humaines de la défenderesse de bien vouloir lui faire parvenir une lettre de licenciement mentionnant les raisons du congé. La défenderesse n'a pas répondu à ce courrier. Par courrier recommandé du 20 janvier 2016, T. s'est opposé à la résiliation de son contrat de travail.

Le 4 mai 2016, T. a introduit devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine (ci-après: le Tribunal) une demande en paiement contre E. SA. Il a conclu à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser une indemnité pour cause de congé abusif d'un montant de CHF 47'450.– correspondant à six mois de salaire, et une indemnité pour tort moral d'un montant de CHF 23'724.– correspondant à trois mois de salaire, avec intérêt. Par décision du 4 septembre 2017, le Tribunal a rejeté la demande de T. Par mémoire du 5 octobre 2017, T. a interjeté appel contre cette décision.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le Tribunal a retenu que le demandeur n'a pas établi de manière suffisamment vraisemblable que la défenderesse a résilié abusivement son contrat de travail au sens de l'art. 336 CO. Le Tribunal ne discerne pas en quoi la défenderesse n'aurait pas respecté les droits de la personnalité du demandeur au moment du licenciement. Il retient qu'il n'y a pas eu de procédé inadmissible de la part de la défenderesse, ni de circonstances aggravantes qui auraient entouré le licenciement et qui seraient susceptibles de rendre l'atteinte suffisamment grave pour que le licenciement apparaisse comme abusif, ni de violation manifeste de l'obligation de respecter et de protéger la personnalité du travailleur. Le Tribunal a, au contraire, relevé que la défenderesse a mis fin au contrat du demandeur avec des égards et s'est notamment abstenue de tout comportement biaisé ou trompeur. Partant, le Tribunal a considéré que le congé du 26 novembre 2015 n'était donc pas abusif et a rejeté sa requête d'indemnité. (...)

2.4 La question litigieuse est celle de savoir si le licenciement de T. est abusif au sens de l'art. 336 CO. (...)

Une résiliation abusive peut aussi apparaître s'il existe une disproportion évidente entre les intérêts en jeu (ATF 136 III 513 consid. 2.3). D'une manière générale, il peut y avoir abus de droit au sens de l'art. 2 CC en cas d'importante disproportion entre les intérêts en présence, en particulier lorsque la disposition légale qui doit être interprétée vise une certaine proportionnalité. Il en va ainsi de l'art. 336 CO dans la mesure où il s'agit, pour la résiliation abusive du contrat individuel de travail, d'une restriction légale à la liberté contractuelle dans le but de protéger l'intérêt de l'autre partie au maintien du contrat. L'idée au premier plan est celle de la protection sociale du travailleur contre une résiliation injustifiée des rapports de travail. L'exercice du droit de résilier, qui existe en soi, est limité lorsque la résiliation conduirait à une disproportion des intérêts qui serait socialement choquante. La question de savoir si un licenciement de la part de l'employeur est interdit par l'art. 336 CO peut également être résolue sous l'angle de l'exercice d'un droit contrairement à son but. Ainsi, même une résiliation prononcée pour des questions de pure convenance personnelle peut s'avérer abusive (ATF 132 III 115 / JdT 2006 I 152 consid. 2.4 et les références citées). En définitive, pour contrecarrer l'intérêt évident de l'employé au maintien du contrat, l'employeur doit être en mesure de démontrer qu'il peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection au licenciement du travailleur concerné (ATF 132 III 115 / JdT 2006 I 152 consid. 5.5; DUNAND in Commentaire du contrat de travail, 2013, art. 336 n. 76 ). Selon la jurisprudence, une mauvaise exécution du contrat de travail ainsi que des motifs économiques constituent le plus souvent un intérêt digne de protection de l'employeur (DUNAND, art. 336 n. 88). Des motifs économiques peuvent se définir comme des motifs non inhérents à la per-

sonnalité du salarié, c'est-à-dire des raisons liées à la situation économique de l'entreprise, comme sa fermeture totale ou partielle, sa restructuration ou sa rationalisation, qui rendent nécessaires la suppression ou la modification de postes de travail. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles. L'employeur a en outre le droit d'anticiper des difficultés prévisibles dans la marche des affaires. Dans le même ordre d'idées, le Tribunal fédéral a considéré qu'un licenciement intervenant à l'occasion d'un transfert d'entreprise ne constituait pas nécessairement une fraude à la loi (art. 333 al. 1 CO), ni un congé abusif s'il était justifié par des raisons économiques, telles que la nécessité d'améliorer la situation financière de l'entreprise (DUNAND, art. 336 n. 90).

Dans l'arrêt 132 III 115, le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur avait gravement violé le principe voulant qu'il fasse un usage modéré de son droit en licenciant un employé de 63 ans après 44 années d'activité sans reproches, à quelques mois de sa retraite, sans que la bonne marche de l'entreprise rende ce licenciement indispensable, sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution socialement plus supportable à l'absence de motivation reprochée à ce travailleur. Le Tribunal fédéral a par la suite relativisé la portée de cet arrêt et rappelé le principe de la liberté de résilier (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd., 2014, n. 1.4.4, p. 654; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, art. 336 CO n. 1.8). Il a considéré comme non abusif le licenciement économique d'un collaborateur âgé de 57 ans et occupé depuis 33 ans, en l'absence de possibilité sérieuse d'emploi de remplacement dans l'entreprise (arrêt TF 4A\_72/2008 du 2 avril 2008). Il ressort également de cet arrêt que toute analogie avec l'arrêt 132 III 115 est exclue lorsque la durée d'activité jusqu'à l'âge ordinaire de la retraite, au moment de la résiliation, est d'environ huit ans (arrêt TF 4A\_72/2008 du 2 avril 2008 consid. 4). Dans le même sens, dans un arrêt 4A\_419/2007 du 29 janvier 2008 concernant un employé âgé de 55 ans et occupé depuis 27 ans, dont les prestations ne répondaient plus aux exigences de la société qui l'occupait, le Tribunal fédéral a qualifié l'arrêt 132 III 115 d'«exceptionnel, voire extrême» et a rappelé qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances du cas particulier et non s'en tenir au seul âge du collaborateur pour décider du caractère abusif – ou non – d'une résiliation (arrêt TF 4A\_419/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.5). La loi ne prévoit en outre pas l'obligation, à charge de l'employeur, de faire précéder la résiliation du contrat d'un avertissement écrit avec menace de licenciement (DUNAND, art. 336 n. 92; arrêt TF 4A\_419/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.6). Le TF a également souligné que les principes découlant de l'ATF 132 III 115 et appliqués dans ce dernier cas ne sauraient faire systématiquement obstacle au licenciement d'un collaborateur d'un certain âge et ayant œuvré durant de longues années au service du même employeur, lorsque le rendement du travailleur diminue à tel point qu'il n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées, ni

d'assumer une autre occupation compatible avec ses ressources (arrêt TF 4A\_419/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.6). Quoiqu'il en soit, le Tribunal fédéral a relevé que les conséquences économiques – qui peuvent aggraver les conséquences de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur – du licenciement font partie des circonstances à examiner dans le cadre de la fixation de l'indemnité pour licenciement abusif, mais n'apparaissent pas en tant que telles comme un critère susceptible de fonder le caractère abusif du licenciement. Dans ce contexte, il faut toutefois examiner si l'on peut considérer qu'il existe une disproportion des intérêts en présence, pouvant faire apparaître le congé comme abusif. A cet égard, s'il est vrai qu'un licenciement entraîne inéluctablement une péjoration de la situation économique du travailleur, cette circonstance ne saurait à elle seule – sous le couvert de la protection sociale de l'employé – être déterminante, mais est susceptible de prévaloir lorsque le congé n'a pas de portée propre pour l'employeur (arrêt TF 4A\_419/2007 du 29 janvier 2008 consid. 2.7 et la référence citée). Le Tribunal fédéral a également considéré, dans une autre affaire, que n'était pas abusif, ni sous l'angle de l'art. 328 CO, ni sous l'angle d'une disproportion évidente des intérêts en présence, le licenciement signifié à un collaborateur pour des motifs de restructuration impliquant la fermeture du bureau dans lequel il travaillait moins d'un an après le début des relations contractuelles et moins de trois mois après que le collaborateur en question avait été transféré en Suisse en y faisant venir sa famille, ce alors même que, lors de l'engagement, l'employeur avait évoqué sa volonté d'engager du personnel stable. Le Tribunal fédéral relève que même si elles n'étaient pas anodines, les conséquences du licenciement pour le travailleur relevaient en définitive de la liberté contractuelle et du risque inhérent au type de contrat conclu (arrêt TF 4A\_190/2011 du 6 juin 2011; WYLER/HEINZER, n. 1.4.4, p. 655).

Dans un arrêt plus récent (arrêt TF 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014), le Tribunal fédéral a souligné que des égards accrus dans la manière de licencier sont exigés de l'employeur pour les employés âgés; en l'occurrence, il s'agissait d'un employé âgé de 59 ans qui était au service de l'entreprise depuis 10 ans et qui ne donnait plus satisfaction. L'employeur avait tenté à plusieurs reprises, au moyen d'entretiens, individuels et collectifs, et d'instructions précises, d'améliorer la situation. Le Tribunal fédéral a relevé que l'employeur doit non seulement immédiatement informer le travailleur de son intention de résilier et lui donner l'occasion d'être entendu, mais il doit aussi chercher des solutions pour permettre la poursuite des rapports de travail. Cette dernière peut consister à affecter la personne concernée à un autre poste dans l'entreprise ou – même en cas de prestation insuffisante et de comportement insatisfaisant – à lui accorder une autre chance de s'améliorer et de rester engagé. Il faut aussi envisager toute autre mesure moins incisive que le licenciement. En cas de conflit ou de situation difficile, l'employeur peut prévoir des entretiens, un teamcoaching, une médiation, etc. Cependant, il n'existe pas de

protection absolue contre le licenciement pour cette catégorie d'employés, car cela remettrait fondamentalement en cause le principe du droit de résiliation. Il a déjà été admis par le Tribunal fédéral que la résiliation dans certaines circonstances, même peu de temps avant la retraite, pourrait s'avérer inévitable. Dans ce cas, cependant, une approche plus douce est nécessaire (arrêt TF 4A\_384/2014 du 12 novembre 2014 consid. 3 à 5).

L'évolution de la jurisprudence dans le sens d'une admission plus large de nouveaux cas de licenciements abusif a été critiquée par plusieurs auteurs (WYLER/HEINZER, n. 1.4.1, p. 645). Selon WYLER et HEINZER, il convient que l'abus de droit ne soit pas admis pour la seule raison que l'auteur de la résiliation n'est pas en mesure d'établir un motif justifié de résiliation. Un tel changement de paradigme relèverait en effet d'un choix politique et appartiendrait au seul législateur. Ils estiment cependant que, dans l'ensemble, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence suffisamment restrictive pour ne pas rendre illusoire la liberté de résilier, tout en permettant de sanctionner des situations dans lesquelles la résiliation apparaît véritablement choquante sans pourtant tomber sous le coup de l'un des états de fait expressément énumérés à l'art. 336 CO (WYLER/HEINZER, n. 1.4.1, p. 646).

En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. Il n'existe aucune présomption légale selon laquelle la résiliation serait abusive lorsque sa motivation donnée en application de l'art. 335 al. 2 CO est fausse, incomplète ou manquante (ATF 121 III 60 consid. 3b et c). La jurisprudence a toutefois tenu compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui donne le congé. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1; arrêts 4A\_217/2016 du 19 janvier 2017 consid. 4.1; arrêt TF 4A\_92/2017 du 26 juin 2017 consid. 2.2.2). Ainsi, la simple vraisemblance d'un abus ne suffit pas. La vraisemblance des faits permettant de retenir le caractère abusif du licenciement doit être très grande, voire confiner à la certitude (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, art. 336 n. 1.18 et les références. citées).

## 2.5

2.5.1 L'appelant n'a jamais prétendu que le motif de résiliation avancé par E. SA pour justifier son licenciement, à savoir la suppression de son poste de travail en raison d'une restructuration de l'entreprise, serait non réel et qu'il s'agirait en réalité d'un prétexte, de sorte que le congé devrait être considéré comme abusif pour ce motif. Au demeurant, comme l'a

examiné le Tribunal, il ressort de l’instruction de la cause que le motif invoqué par l’intimée ne prête pas le flanc à la critique. En effet, la restructuration a fait suite à la reprise du garage par l’intimée. A. a indiqué que quelque temps après son entrée en fonction, il s’était rendu compte qu’il y avait trop d’employés dans le secteur «disposition», soit celui qui s’occupe de l’achat et de la partie administrative de la vente, secteur dans lequel travaillait T. En outre, E. SA a restreint son activité à certaines marques, soit P. et Q., avec lesquelles l’appelant ne travaillait pas. L’intimée a en effet renoncé aux marques du groupe G. ainsi que I. et J., ce qui a entraîné une diminution du nombre de collaborateurs nécessaires. En outre, l’intimée a souligné que T. avait eu des difficultés d’adaptation dans la nouvelle organisation et qu’en raison de son activité, il n’était pas aussi polyvalent que ses collègues. Si l’appelant soutient que le dossier ne contient aucune preuve de fautes ou difficultés insurmontables d’adaptation de sa part, il admet néanmoins qu’il a rencontré des difficultés inhérentes à toute reprise de société et que la transition avait été difficile, que cela n’avait pas été facile de collaborer en cinq mois avec quatre personnes différentes et qu’il commençait seulement à être autonome. Il y a également lieu de relever que depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2015, cinq licenciements, y compris celui de l’appelant, sont intervenus dans le contexte de restructuration. Après son licenciement, T. n’a pas été remplacé et A. a déclaré que l’ensemble du travail du secteur disposition était assumé par 2,6 postes polyvalents. Au vu de ces éléments, il y a lieu de considérer que l’intimée a exposé de manière convaincante que l’appelant a été licencié pour des motifs économiques, soit suite à la restructuration de l’entreprise qui a nécessité la suppression de postes, dont faisait partie celui de l’appelant. Le motif du congé est ainsi admissible, ce qui n’est du reste pas contesté par l’appelant.

2.5.2 L’appelant soutient que le caractère abusif de sa résiliation réside dans la façon dont l’intimée a mis fin au contrat de travail. Il soutient que l’intimée a porté atteinte à ses droits de la personnalité au moment du licenciement. Il se plaint également implicitement d’une disproportion évidente entre les intérêts en jeu faisant apparaître la résiliation comme abusive. (...)

L’appelant soutient qu’il est choquant qu’après plus de 34 ans de service une relation de travail soit effacée en quelques minutes, sans la moindre considération, et que le fait que A. ait dit qu’il était navré lors de l’annonce du licenciement n’enlève rien à son manque d’égard et de respect, à son indifférence et sa froideur dans sa manière d’annoncer la nouvelle. Selon l’appelant, il est manifeste que A. parlait de sa propre situation dans la mesure où il devait effectuer une tâche désagréable, soit annoncer un licenciement, mais que le terme ne s’adressait pas à l’appelant. L’appelant soutient que les représentants de l’intimée n’ont aucunement partagé le choc et la douleur de leur collaborateur. Comme on l’a vu, T. a indiqué dans sa demande que lorsqu’il a été convoqué par A., le 26 novembre 2015, ce dernier lui a immédiatement déclaré: «Je suis désolé»

lé, j'ai des mauvaises nouvelles, votre poste a été supprimé», ce qu'il admet dans son appel et que A. a confirmé. Force est dès lors de constater que A. s'est bien montré désolé face à la situation inconfortable dans laquelle se retrouvait l'appelant et rien ne permet de conclure, comme le soutient ce dernier, que A. était plutôt navré par le fait qu'il devait effectuer une tâche désagréable. Cette explication alambiquée est une pure interprétation de l'appelant qui ne repose sur aucun élément de sorte qu'il convient de l'écarter. L'appelant reproche à A. un manque d'égard et une froideur dans sa manière d'annoncer la nouvelle. Comme l'a justement souligné le Tribunal, «sa manière de communiquer peut certes être qualifiée de directe, mais vu notamment les mots qu'il a employés elle ne peut aucunement être objectivement qualifiée de brutale, méprisante, hautaine, arrogante, moqueuse ou humiliante (et ce même si le demandeur l'a subjectivement ressentie comme telle)», ce que ne prétend du reste pas l'appelant. A. a en outre précisé qu'il ne «voulait pas tourner autour du pot» et «mettre le point central de la discussion immédiatement pour pouvoir en débattre», ce qui constitue une façon parfaitement honnête, franche et respectueuse d'annoncer une nouvelle désagréable. La Cour partage en effet l'avis du Tribunal selon lequel «une annonce plus alambiquée ou mielleuse n'aurait pas nécessairement signifié plus respectueuse des droits de la personnalité du travailleur, bien au contraire». Lors d'une annonce désagréable, il est appréciable pour la personne qui l'apprend d'en être directement informée. Le seul fait que, lors de l'annonce du licenciement, A. se soit montré froid, ce qui n'est pas exclu compte tenu de l'annonce que ce dernier devait faire à l'appelant et qui est compréhensible dans une telle situation qui n'a rien de joviale, et qu'il ait manqué d'égard envers l'appelant, ce qui n'a toutefois pas été rendu vraisemblable, est loin d'être constitutif d'une atteinte aux droits de la personnalité de l'employé. Comme on l'a vu, selon la jurisprudence, même un comportement simplement inconvenant, peu cavalier ou indigne des relations commerciales ne suffit pas. On ne saurait ainsi retenir que A. a adopté un comportement incorrect à l'égard de l'appelant lors de l'annonce de son licenciement. (...)

L'appelant soutient que les premiers juges auraient dû sanctionner le caractère abusif de la résiliation qui a été signifiée à un collaborateur âgé de 57 ans, qui a exercé son activité de manière consciencieuse depuis plus de 30 ans, sans que son travail n'ait souffert d'aucun avertissement, ni de remontrance. En l'espèce, il est certes admis par la jurisprudence que l'employeur doit faire preuve d'égards accrus s'agissant du licenciement d'employés âgés en ce sens qu'il doit non seulement immédiatement informer le travailleur de son intention de résilier et lui donner l'occasion d'être entendu, mais il doit aussi chercher des solutions pour permettre la poursuite des rapports de travail. Cela étant, en l'espèce, l'appelant a été licencié non pas en raison de mauvaises prestations ou de difficultés ou de divergences avec ses collègues ou sa direction, mais bien en raison d'une restructuration de l'entreprise suite à sa reprise par l'intimée, soit pour des

motifs économiques. Plusieurs autres employés ont d'ailleurs subi le même sort pour ce même motif. Etant donné que l'intimée résiliait le contrat de l'appelant en raison d'une restructuration, elle ne pouvait pas lui donner de chance de s'améliorer et de rester engagé, ou lui proposer un poste alternatif dans l'entreprise. Il n'incombait en outre pas à l'intimée d'adresser un avertissement à l'appelant, ni la qualité de son travail, ni son comportement n'étant la raison de son licenciement. L'appelant était du reste parfaitement conscient du fait que la reprise de l'entreprise par l'intimée allait engendrer des changements et des licenciements et qu'il n'avait pas le profil idéal pour son nouvel employeur, comme en témoigne le courrier qu'il a adressé à D. SA, le 31 mars 2015, avant la reprise de la société. On ne voit en outre pas quelle autre mesure moins incisive l'intimée aurait pu prendre pour éviter le licenciement; au demeurant, l'appelant n'en propose aucune. De plus, selon la jurisprudence, les motifs économiques constituent le plus souvent un intérêt digne de protection de l'employeur permettant de contrecarrer l'intérêt évident de l'employé au maintien du contrat. Du point de vue de l'employé, un licenciement entraîne inéluctablement une péjoration de la situation économique du travailleur, cette circonstance ne saurait toutefois à elle seule être déterminante, mais est susceptible de prévaloir lorsque le congé n'a pas de portée propre pour l'employeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisqu'il s'inscrit dans le cadre d'une restructuration économique de l'entreprise. Il convient de garder à l'esprit que quand bien même une protection accrue est accordée aux employés plus âgés, il n'existe toutefois pas de protection absolue contre le licenciement car cela remettrait fondamentalement en cause le principe du droit de résiliation. Le seul âge du collaborateur et le nombre de ses années de service ne permettent pas à eux seuls de fonder le caractère abusif d'un licenciement et ces éléments, de même que les conséquences économiques pour l'employé, ne sauraient faire obstacle à son licenciement. Ainsi, compte tenu du motif de licenciement invoqué par l'intimée, la résiliation s'avérerait inévitable et on ne peut conclure qu'elle conduit à une disproportion des intérêts qui serait socialement choquante et abusive.

2.5.3 Compte tenu de ces éléments, force est de constater que l'appelant n'a pas apporté d'indices suffisants corroborant sa thèse selon laquelle l'intimée aurait mis un terme au contrat de travail sans faire preuve des égards nécessaires, en portant atteinte à ses droits de la personnalité ou de manière inéquitable s'agissant des intérêts en présence, faisant ainsi apparaître la résiliation comme abusive. Que ce soit pris un à un ou appréciés conjointement, les différents éléments soulevés par l'appelant ne permettent en effet pas de tenir le licenciement litigieux pour abusif au sens de l'art. 336 CO.

(...) Il s'ensuit le rejet de l'appel, dans la mesure de sa recevabilité.

Arrêt communiqué par D. Beti, Présidente de la deuxième Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg et F. Jungo, greffière auprès du même Tribunal



**Art. 340a CO.** La clause de prohibition de concurrence convenue entre les parties contenant une interdiction d'exploiter une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser, dans les domaines d'activité de l'entreprise, était très large. Dans la mesure où elle a été prévue pour une durée de 2 ans, pour le canton de Fribourg et ses trois cantons voisins, elle avait pour conséquence d'empêcher l'employé de travailler dans le type d'emploi pour lequel il avait de l'expérience, sauf à déménager – avec sa famille – à Genève, soit à près de 150 km de Fribourg, ou en Suisse alémanique, région dont il ne maîtrisait pas la langue. Une telle clause compromettait l'avenir économique de l'employé d'une manière importante et sans que les intérêts de l'employeuse ne justifient une telle atteinte. De plus, aucune indemnité de carence n'a été prévue. Dès lors, une telle clause est excessive et non opposable au travailleur (c. 4.3.3).

Il peut arriver qu'un employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles du travailleur 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. Une clause de non-concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est alors pas valable (c. 4.3.1). En l'espèce, l'employé connaissait déjà la cliente avant qu'il travaille pour le premier employeur. Si cette cliente a ensuite décidé de continuer à traiter – en toute connaissance du changement d'employeur – avec l'employé, c'était en raison des compétences personnelles de ce dernier, et non de connaissances qu'il aurait acquises durant sa période de collaboration au profit du premier employeur (c. 4.3.4.).

Extraits des faits:

E. Sàrl est une société dont le but est le conseil dans le domaine de la prévoyance, des assurances, des investissements immobiliers, des crédits ainsi que des financements en tout genre. Par contrat du 18 octobre 2010, elle a engagé T. «en qualité d'agent et (...) responsable du secteur immobilier», c'est-à-dire de voyageur de commerce. Le contrat contenait une clause de prohibition de concurrence, en ce sens que l'agent s'engageait, à la fin des rapports de travail, à ne pas démarcher, directement ou indirectement, la clientèle faisant partie du portefeuille qui resterait acquis à

l'agence, et à payer, en cas de violation de cette clause, une somme de CHF 30'000.—.

Le 10 juin 2011, E. Sàrl et T. ont signé un avenant au contrat du 18 octobre 2010, concernant notamment la prohibition de concurrence qui a été précisée. Ainsi, elle était valable 2 ans dès la fin des rapports de travail et pour les cantons de Fribourg, Berne, Neuchâtel et Vaud. Outre l'interdiction de démarcher des clients, l'employé s'engageait à s'abstenir d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente dans le domaine des crédits, des assurances, des investissements et de l'immobilier en Suisse et au Portugal, ainsi que d'y travailler et de s'y intéresser. Enfin, pour chaque violation de la clause il devrait payer une peine conventionnelle de CHF 30'000.—, indépendamment de la survenance d'un dommage pour l'employeur.

En date du 8 novembre 2011, le contrat de T. a été résilié pour le 31 janvier 2012. Suite à un courriel de l'employé du 16 novembre 2011 demandant à être libéré immédiatement au vu de la rupture des rapports de confiance entre les parties, E. Sàrl lui a confirmé, par courrier du 17 novembre 2011, qu'elle acceptait la résiliation du contrat avec effet au 16 novembre 2011.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2011, T. a commencé à travailler comme courtier pour la société C. Dans ce cadre, il a abordé D., qui était déjà sa cliente avant qu'il ne travaille pour E. Sàrl; cette personne a renoncé à une proposition d'assurance négociée pour le compte de la société intimée et a conclu, par l'intermédiaire de T., une assurance-vie par le biais de C.

Le 12 février 2015, E. Sàrl a introduit une procédure en paiement à l'encontre de T. Le Tribunal des prud'hommes du Lac (ci-après: le Tribunal) a rendu sa décision le 13 novembre 2017. Il a condamné T. à verser à E. Sàrl les sommes de CHF 52'101.90 plus intérêt (remboursement de commissions), CHF 1'553.45 plus intérêt (remboursement du solde négatif du compte de caution) et CHF 15'000.— plus intérêt (violation de la clause de prohibition de concurrence s'agissant de D. et pour avoir travaillé pour le compte d'une entreprise concurrente). Par mémoire du 8 février 2018, T. a interjeté appel contre la décision du 13 novembre 2017.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Le Tribunal a aussi condamné l'appelant à verser à l'intimée une somme de CHF 15'000.— pour violation de son interdiction de faire concurrence. En bref, il a retenu que la clause signée le 10 juin 2011, clairement délimitée aux niveaux temporel, géographique et quant au type d'activité concerné, était valable et que, en travaillant pour C., d'une part, et en traitant avec une cliente de l'employeur, soit D., d'autre part, l'appelant y avait contrevenu: en effet, dans le cadre de sa nouvelle activité débutée le 1<sup>er</sup> décembre 2011 pour le compte de la société C., il avait abor-

dé cette personne pour lui faire renoncer à une proposition d'assurance négociée du temps où il travaillait pour la société intimée et conclure un contrat avec son employeur successif. Cependant, la peine conventionnelle de CHF 30'000.– prévue par le contrat a été jugée excessive, compte tenu du salaire de l'appelant, et réduite à CHF 15'000.–.

(...)

#### 4.3.

4.3.1 Selon l'art. 340 CO, le travailleur peut s'engager par écrit envers l'employeur à s'abstenir après la fin du contrat de lui faire concurrence (al. 1); 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 (al. 2). Par «clientèle», on entend toute personne qui, de temps en temps, entre en relation d'affaires avec l'employeur; en revanche, passer une commande unique ne suffit pas pour être qualifié de client. Dans la mesure où, pour examiner l'admissibilité d'une clause de non-concurrence, sont déterminantes les circonstances qui existent à la fin des rapports de travail, il importe peu que la clientèle ait été constituée par le salarié lui-même pour son employeur (ATF 91 II 372 consid. 5). Cependant, il peut arriver que l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles du travailleur 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. Une clause de non-concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est alors pas valable (ATF 138 III 67 consid. 2.2.1).

De plus, selon l'art. 340a al. 1 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. L'art. 340a al. 2 CO précise que le juge peut réduire selon sa libre appréciation une prohibition excessive, en tenant compte de toutes les circonstances. Il s'agit d'un cas d'application de l'art. 20 al. 2 CO (nullité partielle). Pour admettre le caractère excessif d'une interdiction de concurrence, est déterminant le point de savoir si la prohibition compromet l'avenir économique du travailleur d'une manière qui ne peut se justifier par les intérêts de l'employeur (arrêt TF 4A\_468/2016 du 6 février 2017 consid. 5.1). Le juge doit procéder à une appréciation globale de son étendue selon l'objet, le lieu et le temps. Il doit notamment prendre en compte le fait que l'employeur se soit engagé, ou non, à verser à son ancien employé une indemnité de carence (ATF 130 III 353 consid. 2). Il doit aussi comparer les intérêts du salarié et ceux de l'employeur. La clause est va-

lable si les intérêts des deux parties sont d'égale valeur ou si ceux de l'employeur l'emportent (arrêt TF 4A\_466/2012 du 12 novembre 2012 consid. 5.2.2).

4.3.2 En l'espèce, l'appelant conteste la validité de la clause de prohibition de faire concurrence. Il fait valoir que la clientèle de l'intimée peut être constituée de l'ensemble des personnes résidant en Suisse et disposant de la capacité civile active, de sorte qu'elle ne saurait être considérée comme secrète. De plus, il soutient que D. était sa cliente en raison de ses compétences personnelles, et non grâce aux connaissances acquises chez l'intimée.

4.3.3 La clause convenue par les parties, valable 2 ans dès la fin des rapports de travail et pour les cantons de Fribourg, Berne, Neuchâtel et Vaud, a un double objet: elle prévoit l'interdiction, pour l'appelant, de démarcher des clients de l'intimée, d'une part, et d'exploiter pour son propre compte une entreprise concurrente dans le domaine des crédits, des assurances, des investissements et de l'immobilier en Suisse et au Portugal, ainsi que d'y travailler et de s'y intéresser, d'autre part. Le premier volet de la clause est classique et, étant délimité convenablement aux niveaux temporel et géographique, est valable sur le principe, dans la mesure où il vise à éviter, comme l'art. 340 al. 2 CO le prévoit, que l'agent n'exploite sa connaissance de la clientèle de l'employeur pour la détourner de celui-ci.

En revanche, l'interdiction d'exploiter une entreprise concurrente, d'y travailler ou de s'y intéresser, dans les domaines d'activité de l'intimée, est très large. Dans la mesure où elle est convenue pour une durée de 2 ans pour le canton de Fribourg et ses trois cantons voisins, elle a pour conséquence d'empêcher l'appelant de travailler dans le type d'emploi pour lequel il a de l'expérience, sauf à déménager – avec sa famille – à Genève, soit à près de 150 km de Fribourg, ou en Suisse alémanique, région dont il ne maîtrise pas la langue. Elle compromet dès lors son avenir économique d'une manière importante et sans que les intérêts de l'intimée – qui sont déjà sauvegardés par l'interdiction de démarcher des clients de celle-ci – ne justifient une telle atteinte. La pesée des intérêts respectifs des parties donne ainsi un résultat clair en faveur de l'appelant, qui n'a pas d'autre expérience professionnelle depuis 2006 que le domaine du conseil en assurance et qui n'avait pas une position de cadre dirigeant chez l'intimée, ce d'autant que cette dernière ne s'est pas engagée à lui verser une quelconque indemnité en échange de la prohibition de faire concurrence. Dans ces conditions, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal, la Cour considère que le volet «interdiction de travailler pour une entreprise concurrente» est excessif et n'est pas opposable à l'appelant. Par conséquent, c'est à tort que la décision querellée condamne ce dernier pour avoir travaillé pour le compte de C.

4.3.4 En ce qui concerne la seule cliente pour laquelle une violation de la clause de non-concurrence a été retenue, soit D., celle-ci a déclaré

lors de son audition le 6 octobre 2016 qu'elle avait conclu une assurance-vie par le biais de T. en 2008, soit avant qu'il ne travaille pour l'intimée. Elle avait ensuite confié la gestion de ses assurances à l'intimée; à cet égard, elle a déclaré: «A l'époque, cela m'était égal. Je faisais confiance à T. et je l'ai suivi lors de son changement d'employeur en 2010». En 2011, ce dernier lui avait proposé une autre assurance, tout en l'informant qu'il avait changé d'employeur; lorsqu'elle avait signé la proposition d'assurance, elle avait bien compris qu'il ne travaillait plus pour E. Sarl, mais pour une autre société.

Il découle de ce qui précède qu'en ce qui concerne D. en tout cas, la composante personnelle de la relation avec l'appelant avait plus d'importance que l'identité de son employeur. En effet, cliente de T. depuis 2008 déjà, elle l'a suivi lorsqu'il a commencé à travailler pour l'intimée, puis l'a suivi à nouveau lors de son changement d'employeur fin 2011. Certes, la prohibition de faire concurrence s'applique en principe aussi à la clientèle que l'employé a acquise ou constituée pour le compte de son employeur. Cependant, la situation est différente ici, en ce sens que D. est une cliente que l'appelant connaissait déjà et qu'il a apportée à l'intimée, cela parce qu'elle lui faisait confiance. Il apparaît dès lors que, si cette cliente a ensuite décidé de continuer à traiter – en toute connaissance du changement d'employeur – avec l'appelant, c'était en raison des compétences personnelles de ce dernier, et non de connaissances qu'il aurait acquises durant sa période de collaboration au sein de l'intimée. Par conséquent, l'appelant ne saurait être condamné pour avoir démarché cette cliente: même si c'est lui qui a maintenu le contact après avoir quitté l'intimée, il l'a fait de manière transparente envers la cliente, qui a été informée du changement d'employeur et qui a néanmoins décidé de conclure une assurance par le biais de C., car la société avec laquelle elle traitait lui était égale tant que l'agent négociateur était T., en qui elle avait confiance. Dans ces conditions, il n'est de plus pas décisif que la cliente ait renoncé à une proposition d'assurance signée pour le compte de l'intimée.

4.3.5 Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le Tribunal a astreint l'appelant à payer à l'intimée la somme de CHF 15'000.– pour violation de son interdiction de faire concurrence. Sur cette question, l'appel est bien fondé et doit être admis.

Arrêt communiqué par D. Beti, Présidente de la deuxième Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg et F. Jungo, greffière auprès du même Tribunal

**Art. 324 al. 1 CO.** Le travail sur appel est une forme d'activité irrégulière où le travailleur prend l'engagement d'exercer l'activité requise chaque fois que l'employeur fait appel à lui. Si les appels par l'employeur s'écartent brusquement du taux moyen d'occupation du travailleur, ce dernier peut mettre l'employeur en demeure de l'occuper et, en cas de refus, exiger son salaire. Pour que l'employeur soit en demeure, il faut toutefois que le travailleur ait valablement offert de fournir sa prestation de travail, concrètement et sans équivoque (c. 2.1.3).

Extraits des faits:

T. a été engagé par E. SÀRL en qualité de déménageur, par contrat de durée déterminée signé le 1<sup>er</sup> juillet 2016, pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 octobre 2016. Les parties avaient prévu un «emploi sur appel» pour un salaire horaire de fr. 21.30, auquel s'ajoutait une part de 3.9% à titre d'indemnité pour jours fériés, 8.33% d'indemnité de vacances et 8.33% à titre de treizième salaire. Le contrat prévoyait en outre un temps d'essai de 7 jours et précisait que la Convention collective de travail était applicable. Il ressort de la fiche de salaire du mois de juillet 2016 établie par E. SÀRL que le salaire dû à T. était de 2'811 fr. 39 brut, ou 2'579 fr. 70 net.

N'ayant pas été payé à la fin du mois de juillet, T. a envoyé, le 12 août 2016 un message téléphonique à E. SÀRL lui indiquant qu'il attendait le versement de son salaire le jour même avant 18 heures sur son compte bancaire ou de la main à la main. E. SÀRL n'avait pas besoin de l'appeler pour lui proposer du travail et comme le salaire n'avait pas été payé à temps il allait devoir faire appel aux syndicats (traduction libre du brésilien). T. a consulté un syndicat le 16 août 2016. Par pli du 18 août 2016, T. a mis en demeure E. SÀRL de lui verser son salaire du mois de juillet 2016 dans les plus brefs délais, faute de quoi il serait dans l'obligation de prendre «des mesures qui s'imposent». Par virement du 19 août 2016, E. SÀRL a payé à T. un montant net de 2'550 fr. à titre de salaire du mois de juillet 2016 pour 108 heures de travail sur appel. Par la suite, les parties ne sont plus entrées en contact.

Par demande simplifiée introduite devant le Tribunal des prud'hommes le 24 octobre 2016, T. a assigné E. SÀRL en paiement de ses salaires du mois d'août à octobre 2016. Par jugement du 12 avril 2017, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. SÀRL à verser à T. la somme brute de 8'434 fr. 17. Par acte du 23 mai 2017, E. SÀRL a interjeté un recours contre cette décision.

Extraits des considérants:

2.

La recourante reproche au Tribunal d'avoir considéré que l'intimé serait revenu travailler après avoir été payé alors que les sms produits – dont le Tribunal n'a pas tenu compte – établissent que l'intimé n'avait plus la volonté de retravailler pour elle.

2.1.1 Le contrat de travail de durée déterminée prend en principe fin automatiquement à l'échéance prévue (art. 334 al.1<sup>er</sup> CO).

Il peut toutefois être résilié de manière anticipée, notamment pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO.

La résiliation produit des effets ex nunc immédiats dès sa réception par son destinataire, sans égard au fait que la résiliation soit justifiée ou non, les conséquences d'une résiliation justifiée étant réglées à l'art. 337b CO et celles d'un licenciement injustifié à l'art. 337c CO (WYLER/HEINZER, Droit du travail, p. 596).

La résiliation du contrat est une manifestation unilatérale de volonté, sujette à réception, par laquelle son auteur communique à son cocontractant sa volonté de mettre fin aux rapports de travail. La déclaration doit être claire et précise quant à la volonté de son auteur de mettre un terme aux rapports de travail. Elle s'interprète selon les mêmes règles que celles qui gouvernent l'interprétation des manifestations de volonté, soit à la lumière de la théorie de la confiance. S'il subsiste un doute, elle doit être interprétée contre son auteur (interprétation contra stipulatorem; ATF 128 III 129 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_219/2013 du 4 septembre 2013 résumé in JdT 2014 II 308 consid. 3.2; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 501 et les réf. cit.).

En présence d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer, en appréciant les preuves apportées, de déterminer la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO; ATF 140 III 86 consid. 4.1; 135 III 410 consid. 3.2). Dans son examen, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi les circonstances antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat (ATF 140 III 86 consid. 4.1). Les circonstances survenues postérieurement à la conclusion du contrat, notamment le comportement des parties, constituent un indice de leur volonté réelle et doivent donc être prises en considération dans l'interprétation subjective (ATF 118 II 365 consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 5A\_878/2012 du 26 août 2013 consid. 5.1.1; 5A\_189/2010 du 12 mai 2010 consid. 4.2).

2.1.2 Le contrat individuel de travail est un contrat par lequel le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur, moyennant une rémunération (art. 319 CO).

Selon l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Si l'employeur ne paie pas le salaire convenu le dernier jour du mois (art. 323 al. 1 CO), il est en demeure dès le lendemain (art. 102 al. 2 CO). Quand l'employeur se trouve en demeure de verser le salaire échu, le travailleur peut refuser sa propre prestation jusqu'au paiement de ce qui est dû, en vertu de l'art. 82 CO appliqué par analogie (ATF 136 III 313 = JdT 20112 II 414 consid. 2.3.1 et 120 II 209 consid. 6a = JdT 1995 I 367). Dans ce laps de temps, le droit au salaire subsiste alors même que le travail n'est pas fourni (ATF 136 III 313 consid. 2.3.1 et 120 II 209 consid. 6a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_199/2008 du 2 juillet 2008 consid. 2 et la référence citée).

La seule demeure de l'employeur ne permet pas au travailleur de résilier son contrat de travail avec effet immédiat. Il doit respecter les règles sur le congé. Toutefois, en cas de retard persistant dans le paiement des salaires nonobstant sommation, le travailleur dispose de la possibilité de résilier le contrat avec effet immédiat en se fondant sur l'art. 337 CO (WYLER/HEINZER, op.cit., p. 597).

2.1.3 L'employeur est en demeure dans tous les cas où il empêche ou refuse la prestation du salarié (art. 324 al. 1 CO).

Le travail sur appel est une forme d'activité irrégulière où le travailleur prend l'engagement d'exercer l'activité requise chaque fois que l'employeur fait appel à lui. Il n'est pas libre de refuser l'engagement et doit se tenir à disposition de l'employeur. Le volume de travail du salarié sur appel varie selon les circonstances mais l'employeur ne peut pas, du jour au lendemain, refuser les services du salarié et le priver, subitement, de toute rémunération (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 2010, p. 409 et 410; AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd. 2012, n. 4 ad art. 324 CO). Si les appels par l'employeur s'écartent brusquement du taux moyen d'occupation du travailleur, ce dernier peut mettre l'employeur en demeure de l'occuper et, en cas de refus, exiger son salaire (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., p. p. 410; AUBERT, op.cit., n. 4 ad art. 324 CO). Pour que l'employeur soit en demeure, il faut toutefois que le travailleur ait valablement offert de fournir sa prestation de travail, concrètement et sans équivoque. L'offre de fournir du travail n'est soumise à aucune forme. Il faut toutefois que l'employeur puisse comprendre clairement que le travailleur se tient à sa disposition (CARUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 180).

2.2 En l'espèce, le 12 août 2016, l'intimé a écrit à l'appelante qu'il n'était pas nécessaire de l'appeler pour lui proposer du travail, sans plus de précision. Dès lors qu'à la date de cette déclaration l'appelante était en retard dans le paiement du salaire de l'intimé, il convient d'examiner si celui-ci entendait simplement suspendre son travail tant qu'il ne serait pas



payé – ce qu’il était en droit de faire – ou s’il a mis un terme définitif à son contrat de travail en raison de la persistance du non-paiement de son salaire.

Si l’intimé avait eu l’intention de reprendre son travail une fois son salaire payé, il aurait dû, constatant que l’appelante ne lui proposait pas de travail, l’informer clairement qu’il entendait reprendre son activité pour elle, étant relevé qu’il avait expressément demandé à l’appelante de ne plus l’appeler pour du travail. Or, l’intimé resté inactif, avant de former, 10 jours plus tard, soit le 31 août 2016, une demande en paiement à l’encontre de l’appelante tendant au versement de son salaire jusqu’à la fin du mois d’octobre 2016, soit pour des mois à venir, pour lesquels l’appelante n’a pas eu la possibilité de lui proposer du travail et pour lesquels l’intimé n’a pas offert de travailler.

Certes, l’intimé a indiqué dans sa demande qu’il n’avait pas reçu de résiliation de contrat, ce qui laisserait penser qu’il n’imaginait pas avoir résilié son contrat. Cela étant, il s’agit d’une déclaration effectuée dans le cadre de la demande qui se trouve en contradiction avec le comportement de l’intimé au moment des faits pertinents ainsi qu’avec sa déclaration devant le Tribunal où il a déclaré qu’il ne voulait plus prendre le risque de travailler pour l’appelante, puisqu’elle ne le payait pas. L’appelante a d’ailleurs compris la déclaration de l’intimé dans ce sens puisqu’elle pensait qu’il avait refusé de travailler de manière définitive.

Par conséquent, au regard des circonstances entourant la déclaration de l’intimé, il ne fait pas de doute que ce dernier avait la volonté de mettre un terme immédiat et définitif au contrat de travail le 12 août 2016. Il est donc en droit de percevoir son salaire jusqu’à cette date, ce qui représente une somme brute de (2’811 fr. 39 / 31 x 12), la recourante n’ayant pas critiqué la décision du Tribunal de se fonder sur le salaire perçu par l’intimé au mois de juillet 2016 pour fonder son calcul.

Le litige portant exclusivement sur la question du versement d’un salaire à l’intimé, la question de savoir si cette résiliation immédiate était justifiée ou non, peut rester indécise. (...)

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

*Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud’hommes, Arrêt du 23 avril 2018 (Admission partielle du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud’hommes du 2 août 2017)*

**Art. 12 al. 2 LSE et art. 1 LDét. L’entreprise espagnole qui a «engagé» l’employée de maison par le biais d’un contrat de travail soumis au droit espagnol et l’a mise à disposition («contrat de déplacement») d’un couple résidant en Suisse ne peut en aucun cas être considérée comme l’employeuse. Premièrement, la location en Suisse de services de personnel recruté à l’étranger n’est pas autorisée (c. 6.3.2).**

Deuxièmement, les conditions d'un travail détaché ne sont pas réalisées. En effet, l'employée n'a, à aucun moment, reçu des instructions pour l'exécution de ses tâches de cette entreprise (c. 6.3.6). Cette dernière n'a donc pas la légitimation passive dans un procès intenté par l'employée (c. 6.3.7).

Art. 166 al. 1 et 331 CC. En revanche, les deux époux ont tous deux la légitimation passive. En économie domestique, il y a une présomption légale que l'employée de maison, fût-elle formellement recrutée que par un seul membre du couple, dès lors qu'elle intègre la communauté domestique («Hausgemeinschaft») soit soumise à l'autorité domestique («Hausgewalt») exercée simultanément, ou à tour de rôle, par les deux conjoints. Vis-à-vis de l'employé(e) domestique les deux conjoints sont co-employeurs solidaires avec tous les droits et obligations qui en découlent (c. 6.4.4)). A ce propos, l'on peut se référer à l'art. 166 al. 1 CC qui instaure une solidarité légale vis-à-vis des tiers. Il est également soutenable de concevoir que, dans une communauté domestique (art. 328 a CO) dirigée par un couple, les deux conjoints soient liés, par un contrat (non-écrit) de société simple dont le but, entre autres, comporte l'utilisation des services d'une employée de maison, et qu'ils répondent dès lors solidairement pour l'ensemble des dettes à l'égard de celle-ci (c. 6.4.5).

Art. 328a CO. En cas de communauté domestique, l'employeur doit offrir un logement «convenable», soit une chambre particulière pouvant être fermée à clé, bien éclairée par la lumière naturelle, bien chauffée et disposant des meubles nécessaires (lit, table, chaise, armoire à vêtements fermant à clé) (c. 10.2.1). Il appartient à l'employeur de prouver qu'il a fourni une partie du salaire en nature (c. 10.2.2).

Art. 13 al. 1 OLT 1. Est réputée durée du travail («Arbeitszeit») le temps pendant lequel le travailleur, dans un rapport de subordination, doit se tenir à la disposition de l'employeur. Point n'est besoin que le travailleur ait effectivement un travail à faire. Cette règle vaut également en économie domestique – bien qu'elle ne soit pas assujettie à la loi sur le travail (c. 11.2.6).

Extraits des faits:

Début décembre 2012, les époux E1 et E2 étaient à la recherche d'une employée de maison, capable de s'occuper des enfants et sachant cuisiner, ils s'étaient adressés J., entreprise espagnole spécialisée dans le nettoyage à domicile. J. leur a proposé T. Sur quoi, E1 a contacté T. et lui a proposé de venir travailler chez elle, à Genève, comme employée de maison, pour un salaire en espèces de 1'500 fr., nourriture et logement en sus, les premiers 15 jours étant à l'essai; elle lui a précisé qu'elle avait quatre enfants, dont des triplés de 5 ans. Elle lui a expliqué les tâches à accomplir: elle devait

s'occuper des triplés, les amener à l'école, à leurs activités extra-scolaires, leur préparer à manger, leur donner le bain et les mettre au lit, et faire le ménage à la maison (nettoyage, repassage). Elle lui a également demandé qu'elle lui fasse part de ses expériences professionnelles précédentes. Ni lors de son engagement, ni ultérieurement, T. n'avait remis aux employeurs toutes les attestations nécessaires justifiant sa collocation dans les catégories a) et b) de l'art. 10 al. 1 CTT-EDom genevois. Le 1<sup>er</sup> novembre 2013, E1 et T. ont signé un contrat de travail. Ce contrat prévoyait un engagement pour une durée indéterminée, un salaire horaire brut de 20 fr., vacances incluses. Cette rémunération comprenait le salaire en nature pour le logement et pour la nourriture correspondant à la valeur AVS de 990 fr. La durée de travail prévue par contrat s'élevait à 25 heures par semaine. L'employée avait, par ailleurs, droit à cinq semaines de vacances par année. Enfin, le contrat déclarait applicables le Code des obligations (CO) ainsi que le Contrat-type de l'économie domestique genevois (CTT-EDom). La signature de ce contrat devait permettre à E1 de s'affilier à «Chèque-service».

T. a travaillé chez les époux E1/E2 du 15 décembre 2012 jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2013 (première période d'emploi). Elle a ensuite regagné X., le couple ayant provisoirement quitté la Suisse. Recontactée par E1, en août 2013, T. est revenue travailler chez le couple à compter du 27 octobre 2013 et est restée à leur service jusqu'au 21 décembre 2014 (deuxième période d'emploi).

Durant toutes ces deux périodes d'emploi, T. commençait son service à 07:00. Elle effectuait notamment les tâches suivantes: s'occuper des triplés, les habiller, leur préparer et donner à manger, les amener à l'arrêt du bus privé qui venait les chercher pour les amener à l'école; puis, faire le ménage (lits, nettoyage des salles de bain, chambres, salon, lessives, repassage). Au courant de l'après-midi, elle récupérait les triplés à l'arrêt du bus, leur préparait le goûter, leur faisait faire la sieste, jouait avec eux, et, trois fois par semaine, les amenait à des activités extra-scolaires en Ville de Genève, seule ou avec leur mère (cours de natation, athlétisme), puis les ramenait, leur préparait le repas, faisait leur bain, et les mettait au lit. Elle devait également, le soir parfois, cuisiner pour le couple. Ensuite, elle devait encore faire la vaisselle et ranger la cuisine. Les journées se terminèrent en général vers 21H00. Pendant ses journées, T. bénéficiait d'une pause d'une demi-heure à midi; elle pouvait également s'absenter du domicile des époux E1/E2, pendant une heure et demie au moins, en moyenne, par jour, pour s'occuper de ses propres affaires. Elle a effectué, en moyenne, du lundi au vendredi, un horaire de 12 heures, et les samedis et dimanche, un horaire de 8 heures. A plusieurs reprises, T. a accompagné le couple et les enfants en vacances ou en déplacement à l'étranger. T. avait sa chambre au sous-sol de la villa; la pièce était éclairée à la lumière artificielle. Jusqu'en janvier 2014, T. a été payée de la main à la main. En janvier 2014, elle a ouvert un compte auprès de N. pour y recevoir son

salaire. A partir de ce moment-là, le salaire qui lui a été versé provenait du compte-joint des époux E1/E2. Durant ces deux périodes de travail, T. a reçu un salaire de 1'500 fr. par mois.

N'ayant pu obtenir, auprès de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) une autorisation de travail pour son employée, vu sa nationalité X., E1 et son époux ont recontacté la société J. pour leur demander conseil. Cette dernière leur a proposé d'engager elle-même T., par le biais d'un contrat de travail soumis au droit espagnol, et de la mettre à leur disposition («contrat en déplacement»), pour une durée déterminée de six mois, période renouvelable ensuite pour une nouvelle durée de six mois. Les époux E1/E2 ont adhéré à cette idée dans l'intention de contourner, ce faisant, le droit du travail suisse et l'obligation faite à l'employeur de solliciter et obtenir, pour l'employée, ressortissante X., un permis de séjour pour prise d'activité lucrative. Ils ont alors fait signer à T. ce contrat de travail espagnol – le formulaire leur ayant été mis à disposition par J. – et l'ont retourné à cette société. Ce premier contrat couvrait la période du 23 janvier 2014 au 31 juillet 2014, et stipulait un emploi à plein temps, soit un horaire de base de 40 heures par semaine, du lundi au vendredi, et 30 jours de vacances par an; il présentait l'intéressée comme étant de nationalité espagnole et était également destiné à lui permettre l'affiliation à la sécurité sociale espagnole, moyennant un montant de 500 fr. à déduire de son salaire en espèces de 1'500 fr. Ce contrat a été renouvelé le 1<sup>er</sup> août 2014 pour une nouvelle période de 6 mois.

Le 20 octobre 2014, T. a remis aux époux E1/E2 une lettre de démission pour le 31 octobre 2014, formellement adressée à la société J. Après discussion, il a été convenu qu'elle restât à leur service jusqu'au 21 décembre 2014. T. a bénéficié de vacances du 8 au 11 mars 2013, du 17 au 26 avril 2014 ainsi que du 23 août 2014 au 5 septembre 2014. Le 12 octobre 2015, les époux E1/E2 ont transféré leur domicile en Equateur.

Par demande du 25 janvier 2016, T. a assigné E1 et E2, conjointement et solidairement, en paiement de la somme totale de 162'185 fr. (différence de salaire, heures supplémentaires, travail du dimanche, indemnité pour vacances non prises, indemnité pour licenciement abusif et dommage supplémentaire). Par jugement du 2 août 2017, le Tribunal des Prud'hommes a condamné E1 et E2, conjointement et solidairement, à payer divers montants à T. Par acte du 14 septembre 2017, E1 et E2 ont appelé de ce jugement.

Extraits des considérants:

6.

6.1 Les appelants contestent leur légitimation passive, affirmant que l'intimée aurait conclu son contrat de travail non pas avec eux, mais avec la société J.

6.1.1 La question de la légitimation active ou passive d'une partie au litige relève du droit matériel et elle est examinée d'office, à tous les stades de la procédure (ATF 139 III 504 consid. 1. 2; 126 III 59 consid. 1a; GULDENER, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zurich, 1979, p. 139).

6.2 En l'espèce, les appelants font grief au Tribunal d'avoir retenu le caractère fictif du contrat de travail de l'intimée avec la société J. du 23 janvier 2014, et partant, de l'avoir écarté et de les avoir considérés eux comme titulaires des droits et obligations découlant des rapports de travail de l'intimée.

6.2.1 Ce grief tombe à faux. La Cour est convaincue que les appelants ont fait intercaler, entre eux et l'intimée, la société J. comme «employeur» aux seules fins de contourner le droit du travail suisse et l'obligation faite à l'employeur de solliciter et d'obtenir, pour l'employée, ressortissante X., un permis de séjour pour prise d'activité lucrative. Le contrat simulé ne saurait, dans un tel cas de figure, être opposé à l'employé(e) (cf. pour un cas similaire: arrêt du Tribunal fédéral 4A\_134/2017 du 24. juillet 2017 consid. 2.4 – 2.6, = ARV/DTA 2017, p.289).

6.3 Quoi qu'il en soit, la question de savoir si le contrat de travail du 23 janvier 2014 entre l'intimée et cette société était fictif ou procédait de la volonté réelle des parties à ce contrat ou non n'a, en définitive, pas besoin d'être tranchée.

6.3.1 En effet, J. est intervenue – du reste à la demande des défendeurs – en qualité d'entreprise tentant de pratiquer une location de personnel recruté à l'étranger vers la Suisse, respectivement le détachement de main-d'œuvre vers la Suisse.

6.3.1.1 Est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (art. 26 al. 1 de l'ordonnance sur le service de l'emploi [OSE, RS 823.111]). Un ménage privé peut constituer une «entreprise locataire», dès lors que le travailleur y est intégré sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel (art. 26 al. 1 let. a OSE; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_356/2012 du 11 février 2013 consid. 4.4 = JAR 2014 p. 128).

6.3.1.2 La location du personnel est soumise à autorisation de l'office cantonal du travail (cf. art. 12 al. 1 de la loi fédérale sur le service de l'emploi du 6 octobre 1989 (LSE, RS 823.11; art. 3 loi sur le service de l'emploi et la location de services du 18 septembre 1982 (LSELS, RS/GE J. 2.05)).

6.3.2 A teneur de l'art. 12 al. 2 2ème phrase LSE, «la location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger n'est pas autorisée» (cf. RITTER, *Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz*, Berne, 1994, p. 129; KULL, *Arbeits-vermittlungsgesetz (AVG)*, Berne, 2014, N 68 ad art. 12 AVG; LOOSER, *Der Personalverleih*, Bâle, 2015, p. 203. Et l'art. 19 al. 6 LSE de préciser que «si le bailleur de services ne possède

pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenu».

6.3.3 Certes, l'Accord entre la Suisse et l'Union européenne sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (RS 0.142.112.681), n'exclut de la libéralisation, à son art. 22 al. 3 de l'annexe I, que «les activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire», et donc uniquement le recrutement, par une agence sise en Suisse, de personnels intérimaires à l'étranger; et ne règle pas explicitement le cas d'une entreprise établie dans l'Union européenne qui louerait du personnel et qui l'enverrait ensuite en Suisse dans le cadre d'un détachement de travailleurs de durée limitée.

6.3.4 Or, l'Office fédéral des étrangers (OFE) ainsi que le SECO considèrent, dans une Directive commune, que ce type de location de personnel n'était pas non plus couvert par l'Accord et que, partant, son autorisation relève de la compétence de la Suisse (SECO, Directives et commentaires relatifs à la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE), p. 156 (état au 11. 5. 2016); BORGHI, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genève, 2010, N. 282 ad art. 5 ALCP; PROGIN-THEUERKAUF/OUSMANE in: Amarelle/Son Nguyen, Code annoté de droit des migrations, vol. III: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Berne, 2014, N. 42 ad art. 5 ALCP; LOOSER, op.cit., p. 311).

6.3.5 Mais il y a plus. La notion de «travail détaché» – telle que l'envisagent l'art. al. 1 de la loi fédérale sur le travail détaché du 8 octobre 1999 (LDét, RS 823.20) et l'art. 1 ch. 3 de la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service (JO UE 21. 1. 1997 L 18/1) suppose a) que l'employeur détache le travailleur pour son compte et sous sa direction, sur le territoire d'un Etat membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre lui et le destinataire de la prestation, ou b) que le travailleur est détaché dans un établissement (filiale, succursale) à l'étranger, appartenant au groupe de l'employeur.

6.3.6 A l'évidence, en l'espèce, aucune de ces conditions ne sont réunies. L'intimée n'a, à aucun moment, reçu ces instructions pour l'exécution de ses tâches de la société J. – elle avait pour donneurs d'ordre le couple des appelants et fournissait son travail dans un rapport de subordination avec eux, et personne d'autre. Et les appelants n'ont jamais allégué, ni démontré, que leur ménage se qualifierait comme établissement appartenant à la société J.

6.3.7 Par conséquent, J. n'a, à aucun moment, été l'employeur de l'intimée; à la lumière du droit suisse, elle n'a pu être, valablement, entreprise de location de personnel, d'une part, et, entreprise ayant l'intimée à son service en qualité d'employée détachée, d'autre part. Dès lors, cette société n'a pas la légitimation passive dans le présent litige.

#### 6.4 Reste à examiner la légitimation passive des appelants.

6.4.1 La légitimation passive de l'appelante (i. e. E1) ne fait aucun doute. C'est elle qui était à la recherche d'une employée de maison pour sa famille; c'est elle qui avait, par contrat oral, engagé l'intimée le 15 décembre 2012, et c'est elle qui lui donnait les instructions et qui lui versait le salaire. Elle a également signé un contrat de travail écrit avec l'intimée le 1<sup>er</sup> novembre 2013 et qui a tenté de s'affilier, comme employeur, à «O».

6.4.2 La légitimation passive de l'appelant (i. e. E2), époux de l'appelante, procède, pour sa part, d'une manifestation de volonté, exprimée par comportement concluant, d'être co-employeur, aux côtés de son épouse.

6.4.3 En effet, à teneur de l'art. 143 al. 1 CO, «il y a solidarité entre plusieurs débiteurs lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout». Selon la jurisprudence et la doctrine, point n'est besoin que cette volonté de se constituer débiteur solidaires procède d'un écrit; elle peut aussi résulter d'un comportement des parties ou résulter des circonstances, voire du contenu du contrat (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_599/2010 cons. 3.2. du 14 février 2001 consid. 3. 2; ATF 123 III 53 consid. 5a; 116 II 707 consid. 3; GRABER in: Hon-sell/Vogt/Wiegand (éd), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6e éd., 2015, N. 5 ad art. 143 CO).

6.4.4 En économie domestique, il y a une présomption légale que l'employée de maison, fût-elle formellement recrutée que par un seul membre du couple, dès lors qu'elle intègre la communauté domestique («Hausgemeinschaft») soit soumis à l'autorité domestique («Hausgewalt») exercée simultanément, ou à tour de rôle, par les deux conjoints (cf. art. 331 CC). Vis-à-vis de l'employé(e) domestique les deux conjoints sont co-employeurs solidaires avec tous les droits et obligations qui en découlent (cf. WILDHABER, in: Basler Kommentar ZGB, 5<sup>ème</sup> éd., 2014, N. 5 ad art. 331 CC).

6.4.5 A ce propos, l'on peut se référer à l'art. 166 al. 1 CC qui, en stipulant que «chaque époux représente l'union conjugale pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune», instaure une solidarité légale vis-à-vis des tiers (ATF 112 II 404; ISENRING/KESSLER, in: Hon-sell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5<sup>ème</sup> éd, 2014, N. 24 ad art. 166 CC). Il est également soutenable de concevoir que, dans une communauté domestique (art. 328 a CO) dirigée par un couple, les deux conjoints soient liés, par un contrat (non-écrit) de société simple dont le but, entre autres, comporte l'utilisation des services d'une employée de maison, et qu'ils répondent dès lors solidairement pour l'ensemble des dettes à l'égard de celle-ci (cf. par analogie: arrêt du Tribunal fédéral 4C.411/1999 du 12 juillet 2000 consid. 5; DUNAND, in: Dunand/Mahon, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, N. 83 ad art. 319 CO).

6.4.6 En l'espèce, les appelants ont payé à l'intimée le salaire en espèces – qu'ils estimaient lui revenir – par le débit de leur compte-joint. Il n'a pas été affirmé, ni démontré que l'appelant se serait cantonné dans un rôle de simple bénéficiaire des prestations de l'intimée.

7.

7.1 Les parties ont admis que les rapports de travail avaient débuté le 15 décembre 2012 et étaient répartis en deux périodes. Lors de l'audience du 29 août 2016, les parties ont admis que les rapports de travail avaient pris fin le 21 décembre 2014, date du départ de Suisse de l'intimée.

S'agissant de la première période, il ressort du dossier que l'intimée avait terminé son travail le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Partant, il sera retenu que la première période avait duré du 15 décembre 2012 au 1<sup>er</sup> juillet 2013.

Pour la seconde période, la Cour retiendra, à l'instar du Tribunal, la date du 1<sup>er</sup> novembre 2013 en raison du contrat signé le même jour. Les parties s'étant mises d'accord sur la fin des rapports de travail, il sera retenu que le contrat s'était terminé le 21 décembre 2014.

Par conséquent, il sera retenu que les rapports de travail ont duré du 15 décembre 2012 au 1<sup>er</sup> juillet 2013 puis du 1<sup>er</sup> novembre 2013 au 21 décembre 2014.

(...)

9.

9.1 Les appelants font grief au Tribunal d'avoir violé l'art. 10 al. 1 du Contrat-type de l'économie domestique du Canton de Genève du 13 décembre 2011 (CTT-EDom, RS/GE J 1 50.03) en colloquant l'intimée dans la catégorie des employées avec expérience utile au poste.

9.2 Ce grief est fondé. (...)

9.2.5 Force est donc de colloquer la demanderesse dans la catégorie des employé(e)s de maison sans qualification particulière (art. 10 al. 1 let c CTT-EDom).

10.

10.1 Les appelants font grief au Tribunal d'avoir violé l'art. 11 al. 1 CTT-EDom en admettant que la chambre mise à disposition de l'intimée n'était pas conforme au contrat-type.

10.2. Ce grief est partiellement fondé.

10.2.1 En effet, à teneur de l'art. 328 a al. 1 CO l'employeur doit offrir, outre un logement «convenable», c'est-à-dire, dans la précision qu'en apporte l'art. 11 al. 1 CTT-EDom, «une chambre particulière pouvant être fermée à clé, bien éclairée par la lumière naturelle (et pas artificielle), bien chauffée et disposant des meubles nécessaires (lit, table, chaise, armoire à vêtements fermant à clé)» (cf. déjà STEIGER, *Das Dienstbotenverhältnis im schweizerischen Privatrecht*, thèse Zurich, 1919, p. 61).

10.2.2 Il appartient à l'employeur de prouver qu'il a fourni une partie du salaire en nature –, soit notamment, d'avoir déféré à l'art. 328 a al. 1 CO (cf. art. 8 CC; CAPH C/25553/2006 – 5 du 5 mai 2008 consid. 5.3.2.



10.2.3 En l'espèce, il a été constaté que la chambre mise à disposition de l'intimée se trouvait au sous-sol de la villa; il a été allégué – sans que les défendeurs eussent été à même de les contredire par des éléments de preuves tangibles – que cette chambre ne fermait pas à clé, qu'elle était encombrée et peu éclairée.

10.2.4 Tribunal a donc retenu que cette chambre n'était pas conforme aux exigences légales, et que partant, l'on se trouvait dans un cas d'inexécution. Il a, de ce fait, refusé de déduire de la prestation en espèces due la contre-valeur AVS de cette prestation en nature, soit  $11 \text{ fr. } 50 \times 30 = 345 \text{ fr.}$  par mois.

10.2.5 Or, en l'espèce, l'on n'a pas affaire à une inexécution, mais à une mauvaise exécution d'une obligation contractuelle (art. 97 CO). La «réparation» due à l'intimée ne saurait excéder le «dommage» subi. En effet, force est d'admettre en équité (art. 42 al. 2 CO) que les défendeurs ont, à tout le moins, fourni, avec la mise à disposition de la chambre litigieuse, la moitié de la contre-valeur AVS, soit  $11 \text{ fr. } 50 / 2 \times 30 = 172 \text{ fr. } 50$  par mois.

10.2.5 Si l'on y ajoute, à ce montant, la contre-valeur AVS pour la nourriture, soit  $3 \text{ fr. } 50 + 10 \text{ fr. } + 8 \text{ fr.} = 21 \text{ fr. } 50$  / jour  $\times 30 = 645 \text{ fr./mois}$ , l'on arrive à montant mensuel brut de  $817 \text{ fr. } 50$  ( $172 \text{ fr. } 50 + 645 \text{ fr.}$ ), qui doit être déduit de la rémunération mensuelle minimum prescrite par le CCT-EDom.

(...)

11.

11.1 Les appelants font grief au Tribunal d'avoir constaté, de façon inexacte, des faits pertinents relatifs à l'horaire de travail, aux heures supplémentaires, et au travail effectué le samedi et le dimanche.

11.1.1 Ils considèrent comme «absolument impossible que l'intimée ait pu travailler non-stop pendant 12 heures tous les jours ouvrables, et pendant 8 heures les samedis et les dimanches».

11.1.2 Ce grief mérite considération; on l'examinera au stade de l'examen des heures supplémentaires.

11.2 Il convient, dans un premier temps, d'établir le nombre d'heures effectuées par semaine par l'intimée.

11.2.1 En première instance, l'intimée avait allégué qu'elle travaillait de 07:00 à 21:00, du lundi au dimanche et qu'elle prenait une pause d'environ quinze à vingt minutes pour manger. Les appelants avaient, quant à eux, soutenu que l'intimée travaillait seulement cinq heures par jour du lundi au vendredi. L'appelante a ajouté qu'elle avait toujours personnellement amené ses enfants aux cours de natation les mardis de 17:45 à 19:00 et les vendredis de 17:00 à 18:00 et que parfois l'intimée les accompagnait pour boire un café.

11.2.2 L'audition de T. et U. a permis d'établir que l'intimée s'occupait aussi des enfants le weekend et après 18:00 puisqu'ils avaient été présent à un repas un dimanche à midi et à un apéritif organisé par les

défendeurs lors desquels la demanderesse s'occupait des enfants. Il ressort des témoignages de D. et S. que l'intimée amenait les enfants des appelants à leurs cours de natation le mardi et le vendredi. Le témoin D. n'avait vu l'appelante qu'à trois ou quatre reprises à la piscine et l'intimée était aussi présente. L'intimée avait confié au témoin qu'elle n'avait pas un seul jour de congé et qu'elle commençait à travailler assez tôt pour les enfants puis finissait assez tard le soir, ce qui coïncide avec les allégations de l'intimée.

11.2.3 Le témoin X, entraîneuse d'athlétisme, a indiqué qu'il lui était arrivé de voir l'intimée accompagner les triplés à leur cours le mercredi de 16:00 à 17:30 de mi-septembre à fin juin. Y a expliqué que durant la journée où elle avait remplacé sa mère, elle avait commencé par lever les enfants puis les avait lavés, habillés et donné à manger. Elle avait ensuite nettoyé et rangé la maison. Après avoir fait des activités avec les enfants, elle avait réchauffé le repas préparé par l'intimée puis durant leur sieste, elle avait fait du nettoyage et avait joué avec eux jusqu'au retour de l'intimée à 20H00.

11.2.4 Il ressort de l'instruction du Tribunal que l'intimée travaillait manifestement plus que les 25 heures par semaine alléguées par les appelants en première instance. Tout porte à croire que le calcul des heures travaillées que ces derniers ont effectué a été fait a posteriori afin de justifier le montant du salaire versé.

11.2.5 Mais il y a plus. Selon une enquête menée par l'Office fédéral de la statistique (OFS) en 2016 relative au temps consacré au travail domestique et familial, une mère avec un partenaire et un enfant de 0 à 6 ans, sans emploi, consacre, en moyenne, 66 heures et, avec un taux d'occupation de 50%, moyenne, encore 58 heures au travail domestique et familial (source: OFS, Tables ESPA, [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)). Ces tables peuvent être prises en considération lors de l'évaluation du nombre d'heures de travail effectuées par une employée de maison. (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_68/2011 du 15 décembre 2010 consid. 7.1 – 7.3 = JAR 2012 p. 2012; note RUDOLPH, in: ARV 2011 p. 273).

11.2.6 Par ailleurs, en droit du travail, est réputée durée du travail («Arbeitszeit») le temps pendant lequel le travailleur, dans un rapport de subordination, doit se tenir à la disposition de l'employeur (cf. art. 13 al. 1 de l'Ordonnance relative à la loi sur le travail [OLT 1, RS 822.111]). Point n'est besoin que le travailleur ait effectivement un travail à faire (NORDMANN/LOOSER, in: Blesi/Pietruszak/ Wildhaber, *Kurzkommentar ArG*, Bâle, 2018, N. 11 ad art. 9 LTr, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit. N. 9 ad art. 321 CO p. 163). Cette règle vaut également en économie domestique – bien qu'elle ne soit pas assujettie à la loi sur le travail (VOGLER, *Haushaltshilfen im schweizerischen Arbeitsrecht*, Zurich-St.Gall, 2016, p. 20 et p. 23).

11.2.7 Lorsque, comme en l'espèce, l'employée de maison doit s'occuper, prioritairement de triplés en bas âge, elle doit être constamment disponible pour ces derniers, et ils représentent les employeurs; elle doit in-

tervenir dès que ces enfants font appel à elle, ou dès que la situation le requiert, hormis durant la nuit, durant leur prise en charge exclusive par les parents ou par l'école ou d'autres tiers. Sa présence ou intervention peut aussi se révéler nécessaire en appui à un parent présent, que ce soit au domicile ou lorsque la famille se déplace à l'étranger.

11.2.8 Il ressort de ces constatations et éléments que l'intimée, comme l'a retenu le Tribunal, travaillait manifestement plus de 45 heures par semaine, y compris les fins de semaine. Elle a ainsi droit au salaire mensuel prévu par le CTT-EDom pour un emploi à temps plein.

11.3 Vu ce qui précède, les appelants seront condamnés à verser à l'intimée la différence entre le salaire mensuel minimum dû selon le CCT-EDom pour une employée sans qualification particulière (art. 10 al. 1 let. c CCT-EDom) – la structure des calculs du Tribunal n'ayant, à juste titre, pas été contestée – soit: un salaire mensuel brut de 2'807 fr. 50 (3'625 fr., – 817 fr. 50 pour l'année 2012, 2'807 fr. 50 ( 3'625 fr. – 817 fr. 50) pour l'année 2013, 2'882 fr. 50 (3'700 fr. – 817 fr. 50) pour l'année 2014 et le salaire mensuel net convenu de 1'500 fr. jusqu'en décembre 2013 puis de 1'000 fr. de janvier 2014 à décembre 2014.

11.3.1 Pour l'année 2012, le salaire total dû selon le CTT-EDom s'élève à 1'403 fr. 75 brut (2'807 fr. 50 x 0,5 mois). Pour 2013, le salaire total dû s'élève à 22'460 fr. (8 mois x 2'807 fr. 50, et pour 2014, le salaire total dû s'élève à 33'869 fr. 35 (11,75 mois x 2'882 fr. 50). Ainsi, l'intimée a droit à la somme brute de 57'733 fr. 10, dont il faut déduire la somme totale nette de 26'250 fr. déjà payée durant les rapports de travail (750 fr. [en 2012] + 9 mois x 1'500 fr. [en 2013] + 12 mois x 1'00 fr. [en 2014]).

11.3.2 Par conséquent, les appelants seront condamnés à payer à l'intimée la somme brute de 1'403 fr. 75 sous déduction d'un montant net de 750 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2013, la somme brute de 22'460 fr. sous déduction de la somme nette de 13'500 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2014, et la somme brute de 33'869 fr. 35 sous déduction de la somme nette de 12'000 fr. avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 22 décembre 2014.

(...)

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

*Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 6 juillet 2018 (Admission du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 1<sup>er</sup> septembre 2017)*

**Art. 336c CO.** Si le travailleur libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé n'est en principe pas tenu d'offrir ses services à la fin de son incapacité de travail, il faut réserver les cas dans lesquels les rapports de travail sont, par le biais de l'art. 336c CO, prolongés pendant une longue période, notamment en cas de grossesse.

Dans un tel cas, il est douteux, lorsque la prolongation des rapports de travail est importante, que l'employée libérée de l'obligation de travailler puisse toujours s'abstenir d'offrir ses services; il est en effet imaginable que l'employeur change d'avis et souhaite à nouveau occuper la salariée (c. 2.1.2).

Art. 82 et 324 CO. Lorsque l'employeur est en retard dans le paiement de salaires échus, il est en demeure. Il en résulte que le travailleur peut refuser de fournir sa prestation, car il n'est pas tenu de faire crédit à l'employeur pour une durée indéterminée. En cas de refus justifié de travailler, le travailleur conserve son droit au salaire sans être contraint de compenser le travail non effectué (c. 2.1.3).

En l'espèce, l'employeur se trouvait en demeure, en relation avec le paiement d'un salaire échü. Il ne pouvait donc pas exiger de l'employée qu'elle reprenne le travail, et ce aussi longtemps qu'il était en demeure. L'employée n'était pour sa part pas tenue d'offrir ses services, même si elle n'était plus libérée de l'obligation de travailler, tant que le salaire susvisé ne lui était pas versé (c. 2.2).

Art. 28 al. 1 LPGA. De manière générale, les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales. Cette obligation vaut en particulier dans le domaine de l'assurance-chômage. Ainsi, les employeurs et assurés doivent remplir de façon exacte et complète, cas échéant transmettre à l'assureur compétent, les formules destinées à faire valoir et établir le droit aux prestations (c. 3.1.1). *In casu*, l'employeur était donc tenu de fournir gratuitement à l'employée une attestation internationale mentionnant la date de fin des rapports de travail (c. 3.2).

Extraits des faits:

A compter du 3 janvier 2013, E. a engagé T. pour une durée indéterminée en qualité d'assistante de production à plein temps. Le salaire annuel brut convenu s'élevait à 72'600 fr., soit 6'050 fr. bruts par mois.

Par pli du 9 avril 2014 remis en mains propres, E. a informé T. qu'en raison du licenciement collectif opéré au sein de l'entreprise, elle se voyait contrainte de résilier son contrat de travail pour le 30 juin 2014. T. étant enceinte lors de l'annonce de ce licenciement, celui-ci n'a pas été suivi d'effet la concernant. E., à par la suite notifié plusieurs licenciements à T. Par courrier du 14 mai 2015 adressé par DHL à T., E. a informé celle-ci que compte tenu du licenciement collectif intervenu au sein de l'entreprise et de la nullité des licenciements prononcés en raison de sa grossesse et de ses arrêts de travail, elle résiliait à nouveau son contrat pour le 31 juillet 2015, l'employée étant libérée de ses prestations de travail jusqu'à cette date.

Par pli du 10 juillet 2015, T. a annoncé à E. qu'elle était enceinte depuis le (...) 2015 et que, par conséquent, son congé était «gelé jusqu'aux

seize semaines de son enfant plus la fin de son congé». Par courrier du 31 juillet 2015, anticipé par télécopie le même jour, T. a réclamé à E. le paiement de son salaire du mois de juillet 2015. Par courrier du 5 août 2017, elle a mis en demeure E. de lui verser ledit salaire au plus tard le 11 août 2015. Par pli du 11 août 2015, T. a confirmé à E. avoir reçu son décompte de salaire, indiquant cependant que celui afférent au mois de juillet 2015 ne lui avait toujours pas été versé. Elle a, en outre, transmis un certificat médical attestant du fait qu'elle était enceinte depuis le (...) 2015, en précisant que son délai de congé était suspendu. A aucun moment, T. n'a offert de reprendre ses services durant sa grossesse.

Par requête en cas clair formée le 13 août 2015, T. a assigné E. en paiement de la somme brute de 6'050 fr., avec intérêts, à titre de salaire afférent au mois de juillet 2015. Par décision du 23 septembre 2015, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à verser à T. la somme brute de 6'050 fr. à titre de salaire afférent au mois de juillet 2015, plus intérêts. T. a ensuite introduit une poursuite en recouvrement de la somme susvisée. Par requêtes en cas clair des 15 octobre 2015, 17 novembre 2015, 14 décembre 2015 et 2 février 2016, T. a assigné E. en paiement de la somme totale de 36'300 fr. bruts, à titre de salaires afférents aux mois d'août 2015 à janvier 2016, plus différents intérêts moratoires. Par décision du 5 avril 2016, le Tribunal des prud'hommes a déclaré irrecevables les requêtes susvisées. T. a accouché le (...) 2016.

Par demande ordinaire introduite devant le Tribunal des prud'hommes le 4 novembre 2016, T. a assigné E. en paiement de sommes totalisant 74'376 fr. 34, soit 48'118 fr. 10 plus intérêts à titre de salaire du 1<sup>er</sup> août 2015 au 29 mars 2016, 17'821 fr. 44 plus intérêts à titre d'allocations maternité du 30 mars au 19 juillet 2016 et 8'436 fr. 80 plus intérêts à titre de salaire du 20 juillet au 30 août 2016. Elle a également conclu à la délivrance d'une attestation internationale de l'employeur en vue de son inscription à l'assurance-chômage française. Par jugement du 1<sup>er</sup> septembre 2017, le Tribunal de prud'hommes a déclaré recevable la demande formée le 4 novembre 2016 par T. contre E. tendant au paiement de divers salaires, déclaré irrecevable ladite demande en ce qu'elle tendait au versement d'allocations maternité et débouté T. des fins de sa demande. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 4 octobre 2017, T. appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Extraits des considérants:

2.

L'appelante reproche principalement au Tribunal d'avoir retenu qu'elle ne pouvait pas prétendre au paiement des salaires réclamés, nonobstant la poursuite du contrat de travail, dès lors qu'elle n'avait pas spontanément offert ses services au terme de la période pour laquelle l'intimée l'avait libérée de l'obligation de travailler. L'appelante soutient notamment

qu'elle n'était pas tenue d'offrir ses services, dès lors que l'intimée était en demeure pour le paiement de son salaire.

2.1 Selon l'art. 336c al. 1 let. c CO l'employeur ne peut notamment pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement.

Aux termes de l'art. 336c al. 2 CO, lorsque le congé est donné avant une telle période de protection et que le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu pendant la durée limitée de protection et ne continue à courir qu'après la fin de la période. Le congé reste toutefois valable, de sorte que l'employeur n'est pas tenu de le renouveler (AUBRY GIRARDIN, in *Commentaire du contrat de travail*, 2013, n. 42 ad art. 336c CO; SUBILIA/DUC, *Droit du travail : éléments de droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 602; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 692; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n. 10 ad art. 336c CO).

2.1.1 La prolongation des rapports de travail sur la base de l'article 336c al. 2 CO ne modifie pas les droits et obligations des parties. Le travailleur doit fournir sa prestation de travail alors que l'employeur reste tenu de payer le salaire (art. 319 et 324 CO; ATF 135 III 349 consid. 4.2). S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur est en demeure (art. 102 ss CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (art. 82 CO). De même, l'employeur peut être en demeure. Si ce dernier empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il doit payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_289/2010 du 27 juillet 2010 consid. 4.1).

La demeure de l'employeur suppose en principe que le travailleur ait offert ses services (ATF 135 III 349 consid. 4.2; 115 V 437 consid. 5a). Le travailleur ne peut toutefois se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services lorsque l'employeur l'a valablement libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du délai de congé ou lorsqu'il n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail offerte (ATF 135 III 349 consid. 4.2 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_289/2010 cité consid. 4.1).

2.1.2 Si le travailleur libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé n'est en principe pas tenu d'offrir ses services à la fin de son incapacité de travail, il faut réserver les cas dans lesquels les rapports de travail sont, par le biais de l'art. 336c CO, prolongés pendant une longue période, notamment en cas de grossesse (AUBRY GIRARDIN, op.cit., n. 43 ad art. 336c CO; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 694). Dans un cas où une grossesse annoncée pendant le délai de congé avait entraîné une prolongation des rapports de travail de plus d'une année, le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'il était douteux, lorsque la prolongation des rapports de travail était aussi importante, que l'employée libérée de l'obligation de travailler puisse toujours s'abstenir d'offrir ses services; il était alors ima-

ginable que l'employeur change d'avis et souhaite à nouveau occuper la salariée (arrêt du Tribunal fédéral 4C.259/2003 du 2 avril 2004 consid. 2.2).

La doctrine observe qu'en cas de libération de l'obligation de travailler, le travailleur n'est en principe dispensé d'offrir ses services que pendant le délai de congé prévu par l'employeur; lorsque ce délai est prolongé par une longue maladie ou une grossesse, l'employeur peut revenir sur sa décision de libérer le travailleur de l'obligation de travailler, tandis que le travailleur doit à nouveau offrir ses services (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op.cit.*, n. 13 ad art. 324 CO; WYLER/HEINZER, *op.cit.*, p. 694). Ainsi, lorsqu'une employée enceinte n'offre pas de reprendre le travail, elle peut – sous réserve de rares cas d'abus de droit – se prévaloir d'une prolongation de la relation de travail en raison d'une période de protection, mais ne peut pas faire valoir une réclamation salariale (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op.cit.*, n. 13 ad art. 324 CO).

2.1.3 Selon l'art. 82 CO, celui qui poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offert d'exécuter sa propre obligation, à moins qu'il ne soit au bénéfice d'un terme d'après les clauses ou la nature du contrat.

Lorsque l'employeur est en retard dans le paiement de salaires échus, il est en demeure. Il en résulte que le travailleur peut refuser de fournir sa prestation, car il pas tenu de faire crédit à l'employeur pour une durée indéterminée (art. 82 CO par analogie; ATF 120 II 209 consid. 6a, JT 1995 I 367). En cas de refus justifié de travailler, le travailleur conserve son droit au salaire sans être contraint de compenser le travail non effectué (art. 324 CO par analogie; ATF 120 II cité consid. 9a, JT 1995 I 367).

2.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelante ne se trouvait pas en incapacité de travail lors de la grossesse qu'elle a annoncée à l'intimée le (...) 2015, qui a eu pour effet de suspendre le délai du congé qui lui a été valablement notifié le 14 mai 2015. Si l'intimée avait effectivement libéré l'appelante de l'obligation de travailler jusqu'au 31 juillet 2015 lors de la notification du congé susvisé, il est vraisemblable que l'appelante ne pouvait s'abstenir d'offrir ensuite ses services à l'intimée, compte tenu de l'importante prolongation des relations de travail qu'allait entraîner sa grossesse. Comme l'ont retenu les premiers juges, elle devait en principe proposer de reprendre le travail dès la fin de la libération accordée, soit dès le 1<sup>er</sup> août 2015, l'intimée étant susceptible de lui confier certaines tâches dans le cadre du transfert de ses activités à l'étranger.

Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner plus avant ces questions. En l'occurrence, il est en effet établi qu'à la fin du mois de juillet 2015, l'intimée n'avait pas versé à l'appelante le salaire du mois de juillet 2015, dont elle ne contestait pas être débitrice (puisque correspondant au dernier mois du délai de congé pendant lequel elle avait libéré l'appelante de l'obligation de travailler). Ce salaire était alors exigible (cf. art. 323 al. 1 CO) et, le 31 juillet 2015, l'appelante a expressément interpellé l'intimée à ce propos (cf. art. 102 al. 1 CO). Il faut ainsi admettre que le 1<sup>er</sup> août 2015,

l'intimée se trouvait en demeure, au sens des principes rappelés ci-dessus, en relation avec le paiement d'un salaire échu. Elle ne pouvait pas, conformément à ces mêmes principes, exiger de l'appelante qu'elle reprenne le travail, quand bien même elle aurait pu y être fondée par ailleurs, et ce aussi longtemps qu'elle serait en demeure. L'appelante n'était pour sa part pas tenue d'offrir ses services, même si elle n'était plus libérée de l'obligation de travailler, tant que le salaire susvisé ne lui était pas versé.

L'intimée ne démontre pas à quelle date elle s'est finalement acquittée du salaire de l'appelante pour le mois de juillet 2015. Cette question peut toutefois rester indécise. Il n'est en effet pas contesté que l'intimée n'a pas versé le salaire réclamé avant plusieurs mois, puisqu'elle a notamment été condamnée à payer ledit salaire par jugement du 23 septembre 2015 et que l'appelante a ensuite requis sa poursuite. Considérant que l'appelante conservait durant cette période son droit au salaire sans être contrainte de compenser le travail non effectué, conformément aux principes rappelés sous consid. 2.1.3 ci-dessus, il faut admettre que l'intimée s'est ensuite trouvée en demeure de payer les salaires du mois d'août 2015 et des mois suivants, lesquels demeurent impayés à ce jour. Avec raison, l'appelante en déduit qu'elle n'était pas tenue d'offrir ses services à l'intimée avant l'échéance des relations contractuelles, l'intimée s'étant en définitive trouvée en demeure jusqu'à cette date. Aucun élément ne permet par ailleurs de vérifier que l'intimée ait effectivement tenté de verser le salaire de l'appelante sur un compte bancaire qui n'était plus valide, de sorte que l'appelante se serait elle-même trouvée en demeure de percevoir ledit salaire.

2.3 Il s'ensuit que l'appelante peut effectivement prétendre au paiement de son salaire pendant l'intégralité de son délai de congé (en dehors des périodes couvertes par des allocations de maternité), quand bien même elle n'a pas repris ni offert de reprendre son activité après l'annonce de sa nouvelle grossesse. Il n'est au surplus pas nécessaire d'examiner si les prétentions de l'appelante relèvent de l'abus de droit, comme le soutenait l'intimée devant le Tribunal, cette dernière n'ayant pas repris de manière recevable ses arguments en ce sens devant la Cour. Même si une telle éventualité paraît en l'espèce envisageable, compte tenu du nombre de périodes d'incapacité de travail de l'appelante durant les relations contractuelles, un éventuel abus de droit ne peut au demeurant être présumé.

Le détail des prétentions salariales de l'appelante, qui correspondent au salaire contractuel pendant la prolongation de son délai de congé sous déduction des périodes couvertes par des indemnités, n'est pas contestable ni contesté. Par conséquent, le jugement entrepris sera réformé en ce sens qu'il sera fait droit aux conclusions en paiement de l'appelante.

3.

Dans un dernier grief, l'appelante reproche au premier juge de ne pas avoir examiné ses conclusions tendant à la fourniture d'une attestation internationale de l'employeur mentionnant la fin des rapports de travail au



31 août 2016, par licenciement. Elle invoque une violation de son droit d'être entendue.

3.1.1 De manière générale, les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales (art. 28 al. 1 LPGa). Cette obligation vaut en particulier dans le domaine de l'assurance-chômage (cf. art. 1 LACI).

Employeurs et assurés doivent remplir de façon exacte et complète, cas échéant transmettre à l'assureur compétent, les formules destinées à faire valoir et établir le droit aux prestations (art. 29 LPGa; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 714).

3.1.2 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) le devoir pour le juge de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et exercer son droit de recours à bon escient (ATF 135 III 513 consid. 3.6.5; 134 I 83 consid. 4.1).

Par exception, la jurisprudence considère une violation du droit d'être entendu comme réparée lorsque l'intéressé jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité précédente et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2; 129 I 129 consid. 2.2.3; 127 V 431 consid. 3d/aa; 126 V 130 consid. 2b; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_104/2010 précité ibidem).

3.2 En l'espèce, l'appelante, qui réside à l'étranger et a été licenciée par l'intimée, dispose d'un intérêt certain à obtenir l'attestation internationale sollicitée. L'intimée ne s'y oppose pas.

Il sera dès lors fait droit aux conclusions de l'appelante tendant à la fourniture d'une telle attestation, étant observé que cette fourniture s'effectuera gratuitement conformément aux dispositions légales rappelées sous consid. 3.1.1 ci-dessus. La Cour de céans revoyant la cause avec un plein pouvoir d'examen, l'éventuelle violation du droit d'être entendue de l'appelante commise à ce propos par les premiers juges est ici réparée en tant que de besoin.

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

*Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 19 octobre 2018 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 29 novembre 2017)*

**Art. 328 CO.** L'employeur est tenu d'exercer ses prérogatives avec égards envers le travailleur. Tel est en particulier le cas lors d'un licenciement. Si l'employeur libère le travailleur de l'obligation de travailler, il doit lui laisser la possibilité de prendre congé de ses collègues et ne pas agir de manière à laisser entendre que le départ abrupt est lié

à des éléments de nature à mettre en cause l'honnête ou l'intégrité du travailleur. Il faut toutefois relever que la libération des gestionnaires de fortune avec interdiction d'entrer en contact avec la clientèle est usuelle (c. 4.1).

En l'espèce, après que le nom de l'employée ait été cité dans le cadre d'une vaste affaire pénale en cours au Brésil, la banque a attendu plusieurs mois avant de la licencier de manière ordinaire. On ne saurait dès lors reprocher à l'employeur d'avoir agi précipitamment ou de manière à laisser planer un doute sur l'intégrité de la gestionnaire tant sur le plan interne qu'externe (c. 4.2).

Art. 327a al. 1 CO. L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien. Les frais imposés par l'exécution du travail comprennent toutes les dépenses nécessaires, occasionnées par le travail. Il peut également s'agir des frais de défense pour des accusations portées contre l'employé résultant de l'exécution régulière du travail conformément aux instructions de l'employeur (c. 5.1).

En l'espèce, l'employée a été inquiétée par les autorités brésiliennes pour des faits intervenus alors qu'elle travaillait pour un précédent employeur. Il apparaît dès lors que les frais de défense litigieux ne sont pas liés à l'exécution de son contrat de travail avec la banque (c. 5.2).

Extraits des faits:

Par contrat de durée indéterminée signé le 18 mai 2011, T., de nationalité brésilienne, a été engagée par E. en qualité de directrice-adjointe de l'Unité Clientèle Privée dans le Département Europe du Sud et Amérique du sud dès le 1<sup>er</sup> septembre 2011 pour un salaire annuel brut de 250'003 fr., auquel s'ajoutaient 12'000 fr. de frais de représentation annuels et une gratification discrétionnaire. Le contrat prévoyait également des préavis de congé correspondant aux délais légaux. Il ressort d'une note interne établie lors d'un entretien de recrutement en avril 2011 et d'une note interne du département des ressources humaines datée de mai 2011 que T. avait déclaré gérer alors 450 millions d'actifs pour son précédent employeur, D. Il est admis qu'elle s'occupait déjà d'une clientèle brésilienne, qu'elle a apportée pour partie chez E.

En mars 2014, l'affaire C. a éclaté au Brésil. Quatre cents agents fédéraux brésiliens ont lancé une opération importante dans le sud du pays et à Brasilia, ayant mené à l'arrestation d'une vingtaine de personnes, dont un homme d'affaires important, et un ex-directeur de la compagnie pétrolière brésilienne C. En février 2015, plusieurs clients de E. se trouvant dans le portefeuille de T. se sont trouvés mêlés à l'affaire C. et leurs comptes auprès de la banque ont été bloqués. Le service compliance a alors procédé à une investigation, pour laquelle T. a été sollicitée et dont la collaboration a

été satisfaisante. T. n'a fait l'objet ni de sanctions de la FINMA ni de procédures pénales.

En mars 2015, le nom de T. a été cité – aux côtés du nom de E. – dans la presse suisse en lien avec le scandale C. Du 21 mai au 17 août 2015, T. a été absente en raison de vacances (du 21 au 29 mai, puis du 10 au 14 août 2015) et d'un arrêt-maladie lié à une hernie discale qui a nécessité une intervention chirurgicale (du 31 mai au 9 août 2015, selon les certificats médicaux produits, dont le dernier en date du 24 juillet 2015). T. n'a pas présenté de nouveau certificat médical à la banque jusqu'au 27 novembre 2015. Le 19 octobre 2015, T. a adressé une lettre à O., administrateur-président de la banque, pour se plaindre de ne pas avoir reçu un vrai soutien juridique et psychologique, à laquelle ce dernier a répondu le 22 octobre suivant en l'invitant à contacter le département des ressources humaines, afin d'obtenir le soutien souhaité.

Le 25 octobre 2015, un article concernant T. est paru dans la presse brésilienne. Cet article faisait état du fait que la police fédérale brésilienne avait des indices que la gestionnaire aurait aidé l'ex-directeur de C., N., à dissimuler de l'argent d'origine criminelle en lien avec une opération intervenue au moment du Carnaval de 2009. Le lendemain, elle a contacté P., directeur de la banque, pour solliciter l'aide et le soutien juridique de la banque, sur lesquels il l'avait, lors d'une rencontre quelques jours plus tôt, assurée pouvoir compter. Sans nouvelles, T. a relancé P. le 12 novembre 2015, date à laquelle il lui a répondu en lui indiquant le souhait du service juridique de la banque de lui faire bénéficier d'une assistance dans les meilleurs délais. A la même période, T. a eu un entretien avec le département Q. de la banque en vue d'un éventuel transfert.

Le 26 novembre 2015, une réunion s'est tenue dans les locaux de E. en présence de T., accompagnée de son conseil d'alors, Me R., et des représentants de la banque. A cette occasion, T. s'est vue remettre une lettre de licenciement avec effet au 31 janvier 2016 avec libération de l'obligation de travailler, ainsi qu'un projet de convention de fin de rapports de travail. Par courrier du 5 avril 2016, E. a notifié à nouveau un congé à T. de manière ordinaire, sans reconnaissance d'une quelconque nullité du précédent congé du 26 novembre 2015. T. en a accusé réception par courrier du 7 avril 2017 et a contesté ce nouveau congé le 20 juin 2016.

Par demande du 19 septembre 2016, T. a assigné E. en constatation de la nullité du licenciement du 26 novembre 2015, subsidiairement de son caractère abusif, en constatation du caractère abusif du licenciement du 7 avril 2016, et en paiement de la somme totale de 1'308'633 fr. 60 avec intérêts. Par jugement du 29 novembre 2017, le Tribunal des prud'hommes a débouté T. de toutes ses conclusions. Par acte du 26 février 2018, T. a appelé de ce jugement.

Extraits des considérants:

4.

L'appelante sollicite le versement de la somme de 1'154'225 fr. 60 à titre de dommages-intérêts résultant de la violation de ses droits de la personnalité.

Elle allègue que l'intimée aurait violé l'art. 328 CO en n'ayant entrepris aucune démarche pour protéger son honneur, ainsi que sa position et la considération dont elle jouissait dans l'entreprise, et en mettant fin au contrat de travail au plus mauvais moment du scandale brésilien, laissant ainsi planer un doute sur son intégrité professionnelle et compromettant définitivement ses possibilités de retrouver un travail. La banque aurait également violé ses obligations contractuelles en ayant accepté l'ouverture de comptes pour des clients qui l'avaient mise en danger. Elle avait donc subi un dommage consistant en une diminution de son patrimoine par le non-versement de son salaire depuis avril 2016 et ce, durant la durée de la procédure pénale brésilienne, estimée à cinq ans, sous déduction des indemnités-chômage.

4.1 L'employé atteint dans sa personnalité par son employeur a droit à la réparation du préjudice patrimonial qu'il subit (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_117/2013 du 31 juillet 2013 consid. 2.2), réparation dont le mode et l'étendue se déterminent d'après les principes généraux des art. 97 ss CO et 41 ss CO (DUNAND, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 41 ad art. 328 CO).

Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; en particulier, il manifeste les égards voulus pour sa santé. L'art. 328 al. 2 CO précise en outre que l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui.

L'art. 328 CO interdit non seulement à l'employeur de porter atteinte, par ses directives, aux droits de la personnalité du travailleur mais lui impose la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de sa personnalité, laquelle comprend notamment sa vie, sa santé, son intégralité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 2014, p. 310 ss; AUBERT, CR-CO I, 2012, n. 2 et 3 ad art. 328 CO; arrêt du Tribunal fédéral 4C.253/2001 du 18 décembre 2001 consid. 2 c).

D'une manière générale, l'employeur est tenu d'exercer ses prérogatives avec égards envers le travailleur. Tel est en particulier le cas lors d'un licenciement (ATF 131 III 535 consid. 4.2). Si l'employeur libère le travailleur de l'obligation de travailler, il doit lui laisser la possibilité de

prendre congé de ses collègues et ne pas agir de manière à laisser entendre que le départ abrupt est lié à des éléments de nature à mettre en cause l'honnête ou l'intégrité du travailleur. La libération des gestionnaires de fortune avec interdiction d'entrer en contact avec la clientèle est usuelle (WYLER/HEINZER, op.cit., p. 355 et 362).

Conformément aux règles générales de la responsabilité contractuelle et à l'art. 8 CC, il incombe au lésé d'apporter la preuve de la violation d'une norme légale ou contractuelle (arrêt du Tribunal fédéral 4A\_168/2008 du 11 juin 2008 consid. 2.7 et les réf. cit.).

4.2 En l'espèce, des comptes de clients de l'intimée ont été bloqués en lien avec le scandale C. en février 2015. En mars suivant, le nom de l'appelante est apparu au côté de celui de l'intimée dans la presse suisse en lien avec cette affaire. Il est établi que le nom de la gestionnaire n'a été communiqué par la banque ni à la presse ni aux autorités brésiliennes et que l'établissement n'a fait l'objet ni de sanctions de la FINMA ni de procédures pénales. La banque a immédiatement pris des mesures pour rassurer l'appelante, en prenant contact avec un avocat genevois, puis un avocat brésilien. Les parties se sont accordées sur le fait qu'elles ne souhaitent finalement pas que ce dernier soit mandaté.

Les rapports de travail se sont poursuivis. Si l'appelante ne pouvait certes plus entrer en contact direct avec ses clients, rien n'a permis de retenir qu'elle ait été mise à l'écart au sein de la banque. Durant les mois qui ont suivi, l'intimée a, de bonne foi, offert un bilan de compétences à son employée et effectué des démarches en vue de lui proposer un autre poste à l'interne. L'on voit mal, à ce moment-là, quelles mesures supplémentaires la banque aurait pu prendre pour préserver la personnalité de son employée.

En octobre 2015, l'appelante a fait l'objet d'un article dans la presse brésilienne, lequel mentionnait des faits l'incriminant et qui se seraient produits en 2009, alors qu'elle travaillait pour son précédent employeur. Les démarches de l'intimée en vue de transférer l'appelante se sont poursuivies et n'ont malheureusement pas abouti. Il ne ressort pas du dossier que cet échec serait à mettre en lien avec cet article. A nouveau, l'on voit mal quelles mesures protectrices la banque aurait pu adopter à ce moment-là, d'autant qu'il était alors apparu que les faits visant son employée relevaient de l'activité de celle-ci pour son ancien employeur. La banque a attendu la fin du mois de novembre 2015 pour licencier de manière ordinaire l'appelante et l'on ne saurait lui reprocher d'avoir agi précipitamment ou de manière à laisser planer un doute sur l'intégrité de la gestionnaire tant sur le plan interne qu'externe.

Il apparaît également que le fait que l'appelante ne puisse plus retrouver d'emploi dans le secteur bancaire ne relève pas du fait de l'intimée, puisque les comptes gérés par l'appelante et qui ont été bloqués, provenaient pour l'essentiel d'anciens clients qui l'avaient suivie en 2011, si

bien que la gestionnaire aurait en tout état été touchée par le scandale C., indépendamment de son activité pour l'intimée.

S'agissant, enfin, de l'argumentation selon laquelle l'appelante aurait été mise en danger par l'acceptation de la banque d'ouvrir ces comptes litigieux, il sera tout d'abord relevé que c'est l'appelante qui avait proposé ces relations bancaires à l'intimée. Par ailleurs, les vérifications usuelles avaient été entreprises par l'établissement bancaire et aucune violation des obligations légales ou réglementaires par l'établissement n'a été constatée à l'égard de l'intimée.

Par conséquent, l'on ne saurait retenir que l'intimée a porté atteinte au droit de la personnalité de l'appelante, de sorte que cette dernière ne peut prétendre à aucune réparation à ce titre.

5.

L'appelant réclame la prise en charge par l'intimée des frais liés à la défense de ses intérêts en lien avec la procédure brésilienne.

Elle soutient que les clients incriminés dans le scandale C. étaient des clients de l'intimée et qu'ils étaient à l'origine de ses poursuites pénales au Brésil.

5.1 Aux termes de l'art. 327a al. 1 CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien. Les frais imposés par l'exécution du travail comprennent toutes les dépenses nécessaires, occasionnées par le travail (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_180/2007 du 6 septembre 2007 consid. 7.1 et 4C.315/2004 du 13 décembre 2004 consid. 2.2). Il peut notamment s'agir de frais courants (téléphone, matériel de bureau, frais d'affranchissement), de frais de déplacement et de voyage (transports publics, train, taxi, avion), de frais de véhicule (art. 327b CO) ou de frais d'hébergement et de repas si le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail. Il peut également s'agir des frais de défense pour des accusations portées contre l'employé résultant de l'exécution régulière du travail conformément aux instructions de l'employeur (DANTHE, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 5 ad art. 327a CO; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 345).

Il appartient au travailleur de prouver tant le caractère nécessaire que le montant des frais encourus, sans que l'employeur puisse à cet égard poser des exigences excessives (ATF 131 III 439 consid. 5.1, in JT 2006 I 35; arrêts du Tribunal fédéral précités).

5.2 En l'espèce, il importe peu que des clients de l'intimée aient été touchés par le scandale C. Est en effet seul déterminant le fait que l'appelante a, tel que cela ressort du dossier, été inquiétée par les autorités brésiliennes pour des faits intervenus en 2009, alors qu'elle travaillait pour D., et non pour des faits ultérieurs.

Il apparaît dès lors les frais de défense litigieux ne sont pas liés à l'exécution de son contrat de travail avec l'intimée.

L'appelante ne peut dès lors pas prétendre à la prise en charge de tels frais sur la base de l'art. 327a al. 1 CO.

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

*Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 30 octobre 2018 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 12 janvier 2018)*

**Art. 319 CO.** Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel du contrat de travail. Il présuppose que le travailleur soit soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, fonctionnel (organisation et contrôle) temporel (horaire de travail), et, dans une certaine mesure, économique (c. 7.3.2). La preuve de l'existence d'un contrat de travail incombe à la partie qui s'en prévaut pour en déduire un droit (c. 7.4).

En l'espèce, l'appelante n'a à aucun moment démontré qu'elle aurait effectué des tâches pour l'intimé, ni qu'elle aurait accompli une quelconque prestation personnelle de travail. Par ailleurs, sous l'angle du lien de subordination, elle n'a pas démontré qu'elle recevait des instructions de l'intimé. Elle n'avait manifestement pas non plus un horaire de travail et ne subissait pas de contrôle de la part du défendeur et intimé. Enfin, à aucun moment elle ne faisait état d'un dû à titre de salaire, bien qu'elle prétende à présent avoir travaillé pendant plusieurs années pour lui. Il y a ainsi lieu de conclure que les parties n'ont jamais été liées par des rapports de travail (c. 7.5.4).

Extraits des faits:

Par mémoire du 8 février 2017 adressé au Tribunal des prud'hommes, A. a actionné B. en paiement de 323'050 fr., avec intérêts.

A. y a allégué avoir été liée avec B. par contrat de travail pour un emploi d'assistante personnelle. A l'appui de ses allégations, elle a produit un document intitulé «contrat de travail», et qui aurait été signé par les deux parties, et ce le 30 octobre 2010. A teneur de ce document, elle avait été engagée par B. en qualité d'assistante personnelle, pour une durée indéterminée, un taux d'activité de 80% (32 H/sem), et ce contre un salaire de 4'200 fr. brut par mois x 13, et le droit à bénéficier 5 semaines de vacances. Elle a précisé, en outre, avoir déployé une activité dans le domaine de la gestion de la fortune et du portefeuille d'investissements de B. ainsi que dans la «création de sociétés». Selon elle, le contrat de travail les liant serait toujours en vigueur, dans la mesure où il n'avait pas été résilié. Le montant réclamé, soit la somme brute de 323'050 fr., correspondrait aux salaires dues dans la période du 1<sup>er</sup> novembre 2010 au 30 septembre 2016.

Par mémoire-réponse du 27 avril 2017, B. a conclu au déboutement de A. B. a affirmé, en substance, n'avoir jamais été lié par des rapports de travail avec A. Il contestait la validité du contrat de travail produit par cette dernière et alléguait ne jamais avoir vu ce document auparavant. Bien que la signature qui y figure ressemble à la sienne, il n'avait pas signé celui-ci. Pour le surplus, il a indiqué que la gestion de ses avoirs et de son patrimoine était confiée à des professionnels du domaine financier, à savoir [l'établissement bancaire] AC. et à R. ainsi qu'à T. SA. S'agissant de l'exécution de ses tâches administratives, il a exposé avoir eu recours, dès 2011 – 2012, à Y.. Enfin, il n'avait jamais eu d'entreprise ou de «family office» comme le prétendait A., mais il était seulement fondateur d'une société anonyme exploitant un bar/restaurant à Q., fin 2011, géré par sa nouvelle épouse. A. avait été une amie à qui il avait régulièrement prêté de l'argent, moyennant signature de reconnaissances de dette. Cette dernière lui devait ainsi des sommes importantes qu'elle se refusait toutefois de lui rembourser. Il avait ainsi dû engager des procédures auprès des instances compétentes en vue du recouvrement desdits montants. Il a ajouté que A. lui avait adressé plusieurs lettres manuscrites ainsi qu'à son conseil, dans lesquelles elle décrivait sa situation personnelle, sa décision de créer une petite entreprise (X.) et, à teneur desquelles, elle reconnaissait ses dettes ainsi que les dettes de sa société envers lui, B.

Par jugement du 12 janvier 2018, le Tribunal des Prud'hommes a débouté A. de toutes ses conclusions. Par acte du 14 février 2018, A. a appelé de ce jugement.

Extraits des considérants:

7.

7.1 L'appelante fait principalement grief au Tribunal d'avoir écarté, lors de son examen au fond, l'existence d'un contrat de travail.

7.2 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3 p. 219; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_602/2013 du 27. mars 2014 consid. 3. 1 = JAR 2015 p. 185). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle, sans être lié par la qualification, même concordante, donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.3 = JdT 2012 II 198). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminant pour évaluer sa nature juridique (art. 18 al. 1 CO; ATF 129 III 664 consid. 3.1).

7.3 Par le contrat de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche) (cf. art. 319 al. 1 CO).

7.3.1 Les quatre éléments constitutifs du contrat de travail sont donc les suivants: a) une prestation personnelle de travail, b) la mise à disposi-



tion par le travailleur de son temps pour une durée déterminée ou indéterminée, c) un rapport de subordination, et d) un salaire (cf. WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, Berne, 3<sup>e</sup> éd., 2014 p. 20 ss; AUBERT, *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2<sup>e</sup> éd., N. 1 ad art. 319 CO; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, N. 1 ss ad art. 319 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2012, N. 2 ad art. 319 CO p. 71; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 2006 No. 26 ad art. 319 CO).

7.3.2 Le lien de subordination constitue le critère distinctif essentiel du contrat de travail (ATF 125 III 78 cons. 4 = SJ 1999 I p. 385; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2 = JAR 2015 p. 185; WITZIG, *Droit du travail*, Zurich, 2018, p. 86 ss; WITZIG, «La subordination dans le contrat de travail» in: SJ 2015 II p. 39 ss). Il présuppose que le travailleur soit soumis à l'autorité de l'employeur pour l'exécution du contrat et cela au triple point de vue personnel, fonctionnel (organisation et contrôle) temporel (horaire de travail), et, dans une certaine mesure, économique (ATF 125 III 78 cons. 4; 121 I 259 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 4A\_553/2008 du 9 février 2009 consid. 4.1).

7.3.3 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 de l'employeur, et à se soumettre aux mesures de supervision que celui-ci ordonne.

7.3.4 La notion de rapport hiérarchique ou fonctionnel implique que le travailleur est incorporé dans l'entreprise de l'employeur et se voit attribuer une position déterminée au sein de son organisation.

7.3.5 Du point de vue temporel, le travailleur doit en principe respecter l'horaire de travail fixé par l'employeur.

7.3.6 La dépendance économique réside, quant à elle, en ceci que le salaire permet au travailleur d'assurer sa subsistance (ATF SJ 1999 p. 185; arrêts du Tribunal fédéral 4C\_276/2006 du 25 janvier 2007, consid. 4.3.1; 4C.462/2004 du 20. avril 2005 consid. 4.3.3; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, op. cit., no. 27 à 30 ad art. 319 CO; AUBERT, *Commentaire romand, CO I*, op.cit. N. 6 à 13 ad art. 319 CO pp. 1966 s; WITZIG, op.cit. p. 85).

7.4 La preuve de l'existence d'un contrat de travail incombe à la partie qui s'en prévaut pour en déduire un droit (art. 8 CC; arrêts du Tribunal fédéral du 21 décembre 1998, consid. 3 b = SJ 1999 I p. 385; 4A\_504/2015 du 28 janvier 2016, consid. 2.1.2 = JAR 2017 p. 123).

7.5 Il convient donc d'examiner, en l'espèce, la présence des quatre éléments constitutifs d'un contrat de travail.

7.5.1 Le Tribunal a écarté d'emblée, et à juste titre, le document produit par la demanderesse (et ci-devant appelante) intitulé «Contrat de travail», et, prétendument daté et signé par les parties le 30 octobre 2010. En effet, l'authenticité de ce document avait été contestée par le défendeur (= ci-devant: intimé). Saisi d'une plainte pénale pour faux dans les titres, le Ministère public a rendu le 14 août 2017 une ordonnance de non-entrée en matière et ne s'est ainsi pas prononcé sur l'authenticité de ce document et de la signature du plaignant y figurant. Cela étant, l'existence de ce document, fort curieusement, n'a jamais été alléguée avant le dépôt, par l'appelante, le 22 mars 2016, de son action en libération de dette contre l'intimé. En particulier, et comme le relève l'intimé, ce document n'a pas été évoqué dans la lettre de l'appelante au conseil de l'intimé du 2 octobre 2014. Ces omissions et retards jettent le trouble et tendent à éroder la véracité de ce document.

7.5.2 Quoi qu'il en soit, l'existence de rapports de travail ne saurait se fonder sur un seul document, et encore moins, lorsque, comme en l'espèce, son authenticité est contestée et douteuse. A vrai dire, le travailleur n'a pas à prouver la conclusion formelle d'un contrat de travail, il peut se fonder sur la présomption irréfragable de l'art. 320 al. 1 et 2 CO (arrêt du Tribunal fédéral du 16 décembre 1985 = SJ 1986, p. 290). L'on rappellera qu'à teneur de cette norme, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme écrite. Il est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (arrêts du Tribunal fédéral 4A\_504/2015 du 28 janvier 2016, consid. 2.1.2 = JAR 2017 p. 123; 16. 12. 1985 = SJ 1986 p. 290; KG SG 21. 8. 2015 consid. 1 a = JAR 2016 p. 499). Ce qui est donc déterminant – et le Tribunal a vu juste – c'est la réalité de la présence des quatre critères constitutifs permettant de conclure à l'existence d'un contrat de travail. Et c'est cela que la personne qui s'affirme travailleur doit prouver.

7.5.3 Il sied à présent, et tout d'abord, d'examiner si l'appelante a fourni une prestation personnelle de travail.

Il n'est pas contesté que les parties aient été liées d'amitié depuis la fin des années nonante et que l'appelante rendait régulièrement visite à l'intimé. A une certaine époque, elle le faisait plusieurs fois par semaine. Elle se rendait notamment à son domicile, à Q., parfois accompagnée de ses deux fils et quelquefois pour y manger ou même y dormir. La question est de savoir si, en plus de la relation d'amitié, il y a eu une relation de travail, et ce, dans un rapport de subordination.

Selon ses propres déclarations, il semblerait que l'appelante ait été très active dans la recherche de nouvelles affaires et de nouveaux investissements. Elle est toutefois restée très vague s'agissant des tâches et activités concrètes qu'elle aurait effectuées, et qui plus est, dans un rapport de subordination, pour le défendeur.

7.5.3.1 Concrètement, il ressort des témoignages que l'appelante a présenté deux personnes à l'intimé, G., gérant de fortune, et V., employé de banque, dans le but de leur permettre de faire connaissance et éventuellement d'entrer en affaires. Dans les deux cas, il avait été question de conseils pour la gestion de la fortune de l'intimé. Malgré quelques rencontres, l'intimé n'a pas entamé de relations professionnelles avec ces deux personnes. Par ailleurs, aucun élément de fait n'indique que l'intimé aurait chargé l'appelante de lui présenter ces personnes.

7.5.3.2 Il ressort également du dossier que l'appelante avait le projet de créer une société active dans le domaine de l'import-export de tous biens à la mode. Il n'est pas clair si l'intimé devait participer d'une manière ou d'une autre à ce projet. Par contre, il n'est pas contesté que la société X. avait finalement été créée uniquement par la demanderesse avec ses propres fonds. La société a été inscrite au Registre du commerce du canton de Vaud le (...) 2011. L'appelante en était la directrice et son fils, N., l'administrateur.

7.5.3.3 L'appelante allègue avoir continué à travailler pour l'intimé même après la création de la société. Elle soutient qu'elle devait soumettre à l'intimé les affaires de X. A ce propos, la Cour relève, tout comme le Tribunal, que l'intimé n'avait a priori aucun intérêt s'agissant de la gestion de ladite entreprise pour laquelle il n'avait pas investi d'argent et laquelle appartenait entièrement à l'appelante. L'on comprend dès lors mal en quoi le fait pour l'appelante de «soumettre les affaires X.» pourrait être considéré comme une prestation de travail en faveur du défendeur.

7.5.3.4 Les témoignages divergent très fortement s'agissant de la prétendue relation de travail ayant lié les parties, puisque certaines des personnes entendues soutiennent que l'appelante travaillait pour l'intimé – au demeurant, sans préciser si ce travail avait été effectué dans un rapport de subordination –, alors que les autres témoins le contestent.

7.5.3.5 Ces témoignages doivent toutefois être appréciés avec retenue, compte tenu des liens familiaux et intimes qui lient les témoins à l'appelante ou à l'intimé. La Cour constate, avec le Tribunal, qu'aucun des témoins n'a eu une connaissance claire de l'éventuelle relation de travail qui aurait pu unir les parties. Les enfants des deux parties ont tous fait part de leurs impressions à ce sujet, mais ont également admis qu'ils étaient trop jeunes à l'époque pour savoir ce dont les adultes discutaient lorsqu'ils se voyaient. Quant à l'épouse et aux sœurs de l'intimé, elles connaissaient à peine l'appelante et n'étaient pas présentes lors des entretiens que les parties ont eus. Au vu des explications qui précèdent, les déclarations desdits témoins n'apparaissent pas déterminantes.

7.5.4 L'appelante, qui supporte le fardeau de la preuve (art. 8 CC), n'a à aucun moment démontré qu'elle aurait effectué des tâches pour l'intimé, ni qu'elle aurait accompli une quelconque prestation personnelle de travail.

Sous l'angle des autres critères, en particulier celui lié à l'existence d'un lien de subordination, la Cour relève avec le Tribunal, que l'appelante n'a pas démontré qu'elle recevait des instructions de l'intimé. Elle n'avait manifestement pas non plus un horaire de travail et ne subissait pas de contrôle de la part de l'intimé.

Enfin, s'agissant d'un flux d'argent à titre de salaire, il convient de relever que les parties sont également en litige – actuellement dans le cadre d'une action en libération de dette – s'agissant du remboursement de sommes d'argent que l'intimé, pièces à l'appui, affirme avoir prêtées à l'appelante. Cette dernière prétend que ces montants lui auraient été donnés, alors que l'intimé n'a de cesse d'alléguer qu'il s'agissait uniquement de prêts. Dans le cadre de ce litige relatif au remboursement de ces montants, il convient de relever le courrier que l'appelante avait adressé, en date du 2 octobre 2014, au conseil de l'intimé. Elle y relate sa relation d'amitié avec l'intimé, sa situation personnelle ainsi que les montants prêtés [sic] par ce dernier. Or, à aucun moment elle ne faisait état d'un dû à titre de salaire, bien qu'elle prétende à présent avoir travaillé pendant plusieurs années pour lui. L'attitude de l'appelante conforte la Cour, tout comme elle a conforté le Tribunal, dans la conviction que les parties n'ont jamais été liées par des rapports de travail au sens de l'art. 319 CO.

7.6 Il en découle que les éléments constitutifs d'un contrat de travail sont pas réunis.

En conséquence, à l'instar du Tribunal, la Cour déboutera la demande de ses prétentions en paiement de salaire.

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

*Kantonsgericht Luzern, Urteil vom Urteil vom 22. Februar 2018*

**Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (E. 3.1-3.4); zerrüttetes Vertrauensverhältnis zwischen Gemeinderat und dem Gemeindeschreiber als sachlicher Grund für eine Entlassung (E. 4-6); Entbehrlichkeit einer schriftlichen Mahnung angesichts der konkreten Umstände. Das zerstörte Vertrauensverhältnis hätte auch nicht mit einer Mahnung in dem Masse, wie es für die Position eines Gemeindeschreibers erforderlich ist, wiederhergestellt werden können. Entsprechend bedurfte es zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner vorgängig förmlichen Abmahnung (E. 3.5, 6.1).**

Sachverhalt:

A. unterrichtete in den Jahren 1990 - 2000 Geschichte und Staatskunde an verschiedenen Schulen im Kanton Y. Später liess er sich im Kanton X zum Gemeindeschreiber ausbilden. In der Folge bekleidete er verschiede-

dene Stellen als Gemeindeschreiber, unter anderem in den Gemeinden W (Kanton X) und V (Kanton U).

Am 1. Juli 2015 trat A die Stelle eines Gemeindeschreibers und Geschäftsführers bei der Gemeinde Z an. Am 4. Juli 2015 wurde er formell durch den Gemeinderat Z gewählt. Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis wurde mit Arbeitsvertrag vom 31. August 2015 näher geregelt; die Aufgaben richteten sich nach der Stellenbeschreibung vom 1. Juli 2015. Die Bereiche wurden unter anderem unterteilt in Unterstützung und Begleitung des Gemeinderats, in die organisatorische und personelle Führung der Gemeindeverwaltung sowie die Führung des Bereichs Präsidiales (Stabstelle Gemeinderat, Bürgerrechtswesen, Kommunikation, Einwohnerdienste) und des Teilungsamtes. Die mit dem Gemeindeschreiberamt verbundenen Aufgaben wurden in zeitlicher Hinsicht mit 40% und diejenigen mit der Geschäftsführung mit 60% festgelegt.

An der Gemeinderatssitzung vom 4. Juli 2016 wurden unter anderem Probleme in der Zusammenarbeit zwischen Gemeinderat und Gemeindeschreiber besprochen. Festgestellt wurden namentlich Mängel in der Priorisierung der Geschäfte und zu spätes Abliefern der Unterlagen für die Gemeinderäte. Ferner wurde bemängelt, dass die Zeitschrift «Gemeinde-INFO» so spät fertiggestellt werde, dass der Gemeinderat vom Inhalt keine ausreichende Kenntnis nehmen und die Publikation nicht mehr diskutieren könne. Weiter wurden die Kommunikation und die Protokollierung mittels blossen Stichwortlisten beklagt. Schliesslich wurden die ausgedehnten Arbeitszeiten des Gemeindeschreibers und dessen – für den Gemeinderat unerwünschte – Wochenend- und Nachtarbeit thematisiert.

Am 1. September 2016 begann die neue Legislatur des Gemeinderats Z. Von den fünf Mitgliedern traten drei neue Personen ihre Ämter an, darunter auch der Gemeindepräsident. Im Rahmen der Beschaffung eines Dokumentenmanagement-Systems (DMS) – ein Projekt, das bereits im Frühling 2016 eingeleitet worden war – kam es zu weiteren Differenzen zwischen dem Gemeindeschreiber und den neuen und für die IT-Belange verantwortlichen Gemeinderäten B und C. Dabei ging es um Kompetenzen, die Ausschreibung und den anstehenden Entscheid über den Zuschlag.

An der Sitzung vom 26. Oktober 2016 stellte der Gemeinderat fest, dass gestützt auf die Vorkommnisse eine weitere Zusammenarbeit mit dem Gemeindeschreiber unmöglich erscheine. Er beschloss daher, das Arbeitsverhältnis so rasch wie möglich aufzulösen. An der tags zuvor erfolgten Freistellung des Gemeindeschreibers hielt er fest. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs löste der Gemeinderat Z mit Verfügung vom 11. November 2016 das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis mittels Kündigung per 28. Februar 2017 auf. Ferner stellte er fest, dass sich die bereits erfolgte Freistellung auf die ganze Dauer der Kündigungsfrist erstrecke.

Gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses liess A beim Kantonsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen. Darin beantragte

er, es sei festzustellen, dass der Entscheid des Gemeinderats Z vom 11. November 2016 betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses formell und materiell rechtswidrig sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gemeinde Z.

Mit Urteil vom 22. Februar 2018 wies das Kantonsgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab. Das Bundesgericht hat eine dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil 8C\_280/2018 vom 22. Januar 2019 abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

Anfechtungsgegenstand ist die Entlassungsverfügung vom 11. November 2016. Darin hält die Vorinstanz fest, dass triftige Kündigungsgründe nach § 18 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (PG; SRL Nr. 51) (insbesondere lit. b und lit. c) vorlägen, nämlich:

- a) Respektloser Umgang mit den Mitgliedern des Gemeinderats,
- b) Vernachlässigung der Integrität und persönlichen Unabhängigkeit bei der Beschaffung eines neuen DMS,
- c) Wiederholtes Nichtbeachten von wichtigen Fristen und Terminen bei der Vorbereitung, beim Traktandieren und bei der Information des Gemeinderats vor ebenso wichtigen Gemeinderatsbeschlüssen,
- d) Unangemessener und zum Teil nötiger und grenzwertig ehrverletzender Sprachstil in E-Mails gegenüber dem Gemeinderat.

Aufgrund einer Gesamtbeurteilung schloss der Gemeinderat, dass eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdeführers mit den öffentlichen Interessen, insbesondere dem an einer gut funktionierenden Verwaltung, nicht vereinbar und darum die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unumgänglich sei. Dem widerspricht der Beschwerdeführer in zweifacher Hinsicht. Einmal hält er die Kündigung für formell rechtswidrig, zum anderen betrachtet er sie auch materiell als unbegründet.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt zunächst eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Aus dem ganzen Ablauf der Entlassung gehe hervor, dass der Entschluss zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses von Beginn weg festgestanden sei. An der Besprechung vom 25. Oktober 2016 habe der Gemeindepräsident die Freistellung und die Kündigung als unausweichlich bezeichnet. Auf seine Stellungnahme sei es gar nicht mehr angekommen, was durch den Umstand belegt werde, dass ihm dafür lediglich fünf Tage eingeräumt worden seien. Zwei dieser fünf Tagen seien Wochenendtage gewesen und der 1. November zudem ein Feiertag.

3.2 Gemäss § 65 Abs. 2 PG sind die Angestellten vor Erlass eines sie belastenden Entscheids, insbesondere bei Kündigung oder Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses, nach entsprechender schriftlicher Orientierung mündlich oder schriftlich anzuhören. Nach konstanter Rechtsprechung des

Gerichts darf die Anhörung nicht nur pro forma erfolgen. Zur Sicherstellung eines fairen Verfahrens müssen die Mitwirkungsrechte des Betroffenen beachtet werden, was bedeutet, dass er sich zu den beabsichtigten Massnahmen fundiert und wirksam äussern kann. Dafür ist ein gewisses Mass an Bedenk- und Vorbereitungszeit unabdingbar (LGVE 2004 II Nr. 4 E. 5).

3.3 Im Beschluss vom 26. Oktober 2016 hielt der Gemeinderat fest, er sehe keine Möglichkeit, die Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer fortzuführen. Wörtlich wird ausgeführt: «Es ist dem Gemeindeschreiber zu kündigen und die bereits veranlasste Freistellung ist beizubehalten. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat mittels Kündigung zu erfolgen.» Daraus ergibt sich, dass gestützt auf die Vorkommnisse der Gemeinderat die feste Absicht hatte und auch äusserte, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Deshalb das Vorgehen des Gemeinderats und die Gewährung des rechtlichen Gehörs als Alibi-Übung zu bezeichnen, trifft allerdings nicht den Kern der Sache. Zwar ist einzuräumen, dass die Wortwahl im erwähnten Beschluss unmissverständlich ist. Mit Bezug auf das anstehende formalisierte Auflösungsverfahren wären mildere Formulierungen vorteilhafter gewesen. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs und deren Ergebnis – die mündliche oder schriftliche Stellungnahme des Betroffenen – setzen bei einem Arbeitgeber Offenheit voraus, in dem Sinn, als eine beabsichtigte oder in Erwägung gezogene Kündigung nicht umgesetzt wird, wenn der Arbeitnehmer wichtige, bislang nicht bekannte oder abweichend gewürdigte Umstände vorbringen kann. Allerdings ist ein Entschluss, eine Kündigung ernstlich in Betracht zu ziehen, keine leichtfertige Angelegenheit und ist gerade bei einem vielschichtigen Arbeitsverhältnis, das im Wesentlichen auf gegenseitigem Respekt und Vertrauen beruhen muss, ein längerer Prozess. Wie den folgenden Ausführungen entnommen werden kann, geht es denn auch im vorliegenden Fall nicht um ein einzelnes Ereignis, sondern um verschiedene Vorkommnisse, die das Zusammenarbeiten zwischen dem politisch verantwortlichen Organ – dem Gemeinderat – und seinem wichtigsten Mitarbeiter und Ansprechpartner belastet haben. Vor diesem Hintergrund sind denn auch die Besprechungen und mündlichen Informationen in Betracht zu ziehen, die stattgefunden haben bzw. mitgeteilt wurden. Obschon deren Bedeutung und genauer Inhalt zwischen den Beteiligten umstritten ist, sind Unterredungen erfolgt. So dankte der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 3. November 2016 einleitend dem Gemeindepräsidenten, der «vor und nach dem fatalen Gemeinderatsbeschluss mit mir geredet und zusammen versucht hat, den Schaden für die Gemeinde zu begrenzen.». Dies alles relativiert den Beschluss vom 26. Oktober 2016 und es kann nicht gesagt werden, die Einladung zu einer Stellungnahme sei lediglich eine lästige Pflichtübung des Gemeinderats gewesen.

3.4 Der Beschwerdeführer reichte seine Stellungnahme mit der Überschrift «Freistellung und Vorankündigung der Entlassung» am 3. No-

vember 2016 dem Gemeindepräsidenten ein. Das strukturierte, sprachlich und inhaltlich klar verfasste Schreiben umfasst zwölf Seiten. Der Beschwerdeführer setzt sich darin mit formellen Aspekten einer möglichen Kündigung und auch mit den seiner Ansicht nach nicht vorhandenen materiellen Gründen auseinander. Davon, dass es ihm mangels Kenntnis der Handlungsmotive des Gemeinderats unmöglich gewesen sei auf die Vorwürfe zu reagieren, kann angesichts des Schreibens keine Rede sein. Gegenteilig erläutert der Beschwerdeführer seinen Werdegang, die Situation bei Stellenantritt, seine hohe Leistungsbereitschaft mit Aufzählung von Erfolgen seiner Tätigkeit und sein Rollen- und Pflichtverständnis. Unter dem Abschnitt «Berechtigte und unberechtigte Vorwürfe» finden sich Bemerkungen rund um die Beschaffung des DMS und die Auseinandersetzung mit den für die IT zuständigen Gemeinderäten. Nebst selbstkritischen Äusserungen enthält die Stellungnahme in vielen Punkten auch eine Rechtfertigung für seine Arbeitsweise und für den Umgang mit anderen Verwaltungsangestellten, namentlich im Bauwesen. Das Schreiben schliesst mit einer ausführlichen Darlegung seiner beruflichen Karriere, einschliesslich der «Niederlagen» bei diversen Arbeitgebern (Gemeinden).

Dass der Gemeinderat die Stellungnahme nicht zur Kenntnis genommen habe, trifft nicht zu. Zwar ist im Entlassungsentscheid keine direkte Auseinandersetzung mit den Argumenten im Schreiben vom 3. November 2016 vorgenommen worden. Das ist aber nicht erforderlich. Es geht bei einem Entlassungsentscheid um die Begründung für die Wahrnehmung einer gesetzlichen Möglichkeit des Arbeitgebers (hier des Gemeinderats). Die Anforderungen, die an übliche streitige Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen hinsichtlich der Begründungsdichte gestellt werden, können nicht unbesehen auf Verfügungen des Arbeitgebers übertragen werden. Massgebend kann nur sein, dass der Arbeitgeber, wenn im Rahmen des rechtlichen Gehörs neue Gesichtspunkte oder Umstände vorgetragen werden, diese in den Ermessensentscheid einfliessen lässt. Im vorliegenden Fall nahm der Gemeinderat eine Gesamtbetrachtung vor, deren Bestandteil auch die Stellungnahme des Beschwerdeführers war. Dies ergibt sich aus dem Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 10. November 2016. Gemäss diesem Protokoll hat sich der Gemeinderat mit der Stellungnahme befasst. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt somit nicht vor.

Daran vermag auch der Umstand, dass die Medienmitteilung und interne Personalinformation bereits am 27. Oktober 2016 (datierend 28.10.2016) – mithin vor Eingang der Stellungnahme des Beschwerdeführers – vorbereitet wurden, nichts zu ändern. Dies zumal der Beschwerdeführer nicht geltend macht, die beiden Dokumente seien tatsächlich bereits vor seiner Vernehmlassung an die Adressaten versandt worden. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Beschwerdeführer sofort freigestellt worden ist. Es erscheint folglich nachvollziehbar, dass der Gemeinderat bereits in diesem Zeitpunkt die Formulierung der beiden Informationen mit dem Be-



schwerdeführer abgesprochen hatte, für den Fall, dass es bei der Kündigung bleiben sollte.

3.5 Der Beschwerdeführer ist ferner der Auffassung, es sei keine Abmahnung erfolgt, weshalb die Kündigung formell rechtswidrig sei. Er beruft sich auf § 18 Abs. 1 lit. b PG, wonach ein Arbeitsverhältnis unter anderem bei Mängeln in der Leistung oder im Verhalten beendet werden kann, wenn die Mängel trotz schriftlicher Mahnung sich wiederholen oder anhalten. Eine solche schriftliche Mahnung sei jedoch während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses nie erfolgt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz enthalte das Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 4. Juli 2016 keine solche Erklärung. An der Sitzung seien lediglich strittige Punkte (Pendenzen, Überlastung) besprochen worden, ohne den Beschwerdeführer ausdrücklich zu ermahnen.

Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen gelassen werden. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen zum Vorliegen von Kündigungsgründen ergeben wird, erweist sich eine ausdrücklich schriftliche Mahnung unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände als entbehrlich.

#### 4.

4.1 Die Vorinstanz listete im Entlassungsentscheid (Ziffer 6) diverse Gründe nach § 18 Abs. 1 lit. b und lit. c PG auf, die ihrer Ansicht nach die Kündigung rechtfertigen. In den Rechtsschriften bestreitet der Beschwerdeführer die Kündigungsgründe. Er hält die Vorwürfe entweder für unbegründet oder rechtfertigt die ihnen zugrunde liegenden Ereignisse mit seinen Kompetenzen, seinem Erfahrungswissen oder beruft sich auf delegierte Entscheidungsspielräume.

4.2 Eine Kündigung darf in pflichtgemässer Ermessensausübung nur gestützt auf einen sachlichen Grund ausgesprochen werden. Bei der Prüfung, ob ein sachlicher oder triftiger Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorliegt, dürfen die Anforderungen aber nicht überspannt werden. Es genügen objektive Gründe, welche sich im Rahmen des der Verwaltung zustehenden Ermessens bewegen und angesichts des Verhaltens des Angestellten sowie der personellen und sonstigen betrieblichen Gegebenheiten die Kündigung als vertretbare Massnahme erscheinen lassen (LGVE 2003 II Nr. 2 E. 3b). Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gilt dann als sachlich begründet, wenn die Weiterbeschäftigung des betreffenden Angestellten dem öffentlichen Interesse, insbesondere demjenigen an einer gut funktionierenden Verwaltung, widerspricht. Ein sachlicher Grund für eine Kündigung liegt somit auch dann vor, wenn das Fehlverhalten das geordnete Funktionieren der Verwaltung gefährdet oder sich allfällige Medienkampagnen negativ auf den Ruf und das Ansehen der Verwaltung auswirken können (vgl. HÄNNI, Die Gerichtspraxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der kantonalen Gerichte, in: SVVOR Jahrbuch 2014, N 50 S. 132). Das Personalgesetz listet in § 18 unter dem Titel «Kündigungsgründe» weitere sachliche Gründe beispielhaft auf (vgl. zum Ganzen: Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 16 81 vom

19.12.2016 E. 2.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 05 96 vom 11.4.2006 E. 3).

4.3 Der Katalog der in § 18 PG aufgeführten Kündigungsgründe ist nicht abschliessend. Auch ein grundlegend gestörtes Vertrauensverhältnis stellt einen hinreichenden und sachlichen Grund für eine Entlassung dar. Allerdings kann es dabei nicht bloss auf das subjektive Empfinden der Beteiligten ankommen, sondern der Vertrauensverlust muss auf Verhaltensweisen oder Leistungsmängel des Entlassenen rückführbar sein, die ihn auch für Dritte als nachvollziehbar erscheinen lassen. Sodann muss die Störung des Vertrauensverhältnisses die Arbeitstätigkeit des Entlassenen betreffen (vgl. zum Ganzen: LGVE 2003 II Nr. 2, 1999 II Nr. 3 E. 7b; MICHEL, Beamtenstatus im Wandel, Diss. Zürich 1998, S. 299 f.).

Wenn die Entlassung eines Mitarbeitenden wegen eines durch dessen Verhalten gestörten oder gar zerstörten Vertrauensverhältnisses ausgesprochen wird, ist in aller Regel § 18 lit. b PG beschlagen. Steht die Verletzung von Pflichten oder Mängel in der Leistung oder im Verhalten in Frage, muss der Arbeitnehmer nach dieser Bestimmung vorgängig schriftlich gemahnt werden. Ein rechtmässiger Verzicht auf eine Mahnung kann nach Rechtsprechung im Einzelfall dann gerechtfertigt sein, wenn bereits ein einmaliges Vorkommnis zur unwiederbringlichen Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses geführt hat. Dies trifft insbesondere dort zu, wo ein wichtiger Grund für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 19 PG vorliegt. Wenn in solchen Fällen der Arbeitgeber dennoch den Weg der ordentlichen Kündigung beschreitet, soll er nicht zur vorgängigen schriftlichen Mahnung gehalten sein. Im gleichen Zug wird hier indes im Regelfall die sofortige Freistellung des Arbeitnehmers zu erfolgen haben, da bei unveränderter Weiterbeschäftigung im bisherigen Rahmen die nachträgliche Berufung auf Unzumutbarkeit (vgl. § 19 Abs. 2 PG) nicht ohne weiteres gehört werden dürfte (LGVE 2014 IV Nr. 3 E. 7.1, 2004 II Nr. 4 E. 2c und d).

5.

5.1 Damit ist im Folgenden zu prüfen, ob die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdeführer aufgrund eines sachlichen Grundes erfolgte bzw. die Kündigung gestützt auf § 18 PG ausgesprochen werden durfte. Hierfür ist auf die einzelnen Vorkommnisse, soweit für den Verfahrensausgang relevant, einzugehen.

5.2 Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdeführer vor, seine Integrität und persönliche Unabhängigkeit bei der Beschaffung eines neuen DMS vernachlässigt zu haben.

5.2.1 Im Dezember 2015 nahm die Gemeindeversammlung Z von der Einführung des DMS mit Protokoll-Software als Jahresziel Kenntnis. Die Gemeindeverwaltung sollte über eine reorganisierte und aufgeräumte Aktenablage und ein modernes DMS mit integrierter Protokollverwaltung verfügen. Die Vorbereitung dieses Projektes lag in den Händen des Beschwerdeführers als Vorgesetzten der Gemeindeverwaltung, wie sich aus

der Stellenbeschreibung ergibt. Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer mit der Verwaltung, Bewirtschaftung und Archivierung von Verwaltungsdokumenten vertraut war. Als ehemaliger Gemeindeschreiber der Gemeinde W zeichnete er für die Beschaffung eines DMS verantwortlich. Die Gemeinde W erwarb das System des Anbieterin 1. Aufgrund seiner damaligen Erfahrungen und der offenbar engen Zusammenarbeit mit der zuständigen Person des Anbieters favorisierte der Beschwerdeführer eine gleiche oder ähnliche Lösung für die Gemeinde Z. An der Sitzung vom 25. April 2016 beschloss der Gemeinderat, freiwillig ein Präselektionsverfahren nach den Regeln für das selektive Verfahren und nach Massgabe der von ihm definierten Eignungskriterien durchzuführen. Eingeladen wurden unter anderem nebst der erwähnten Anbieterin 1 auch die später erfolgreiche Anbieterin 2.

5.2.2 Der seit 1. September 2016 amtierende Gemeinderat änderte die Ressortzuteilung und schuf sog. Kernteams (zwei Gemeinderäte), die für spezielle Projekte oder wichtige Verwaltungsgeschäfte zuständig waren. So wurde das Kernteam IT etabliert, bestehend aus der Gemeinderätin B und dem Gemeinderat C. In den folgenden Wochen schritt die Evaluation eines für die Gemeinde passenden DMS voran. Anfangs Oktober 2016 reiste der Beschwerdeführer zusammen mit D (Sachbearbeiterin Finanzen) nach Stuttgart, um sich über die Angebote informieren zu lassen. Im Vordergrund stand für den Beschwerdeführer eine Lösung mit elektronisch geführten Dossiers unter Verzicht auf die traditionelle Registratur-Archivplanung. Am 18. Oktober 2016 stellte das Kernteam IT dem Gemeinderat den Antrag, das Produkt Anbieterin 2 anzuschaffen. Der Beschwerdeführer fühlte sich gemäss eigenen Ausführungen von diesem Vorgehen übergangen und vom Entscheid überrumpelt. Unter Hinweis auf seine Projektleitung beharrte er auf der seiner Ansicht nach sachlich besten Lösung, dem System Anbieterin 1. Am 21. Oktober 2016 kam es zwischen dem Beschwerdeführer und den beiden Gemeinderäten zu einer teilweise heftig geführten Aussprache. Der Beschwerdeführer brachte seinen Gesprächspartnern zur Kenntnis, dass er als Projektleiter einen selbständigen Beschaffungsantrag dem Gemeinderat unterbreiten werde. Dies hat er denn auch in einem Vorprotokoll im Hinblick auf die Gemeinderatssitzung vom 26. Oktober 2016 getan, an der er aber wegen der tags zuvor erfolgten Freistellung nicht mehr teilnehmen konnte. Am 23. Oktober 2016 (Sonntag) hatte der Beschwerdeführer den beiden Gemeinderäten eine elf Punkte umfassende E-Mail geschrieben. Darin analysierte er das Gespräch vom 21. Oktober 2016 (Freitag) und hielt einleitend fest, dass kaum eine andere als die vom ihm bevorzugte Lösung sachlich haltbar sei. Die E-Mail enthält zahlreiche Vorwürfe, emotionale Entgleisungen und Rechtfertigungen, warum er (der Beschwerdeführer) allein das Vorhaben überblicken und fachlich bewerten könne. Die E-Mail schliesst mit dem Hinweis, dass er mit der Zustellung seines Papiers an den Gemeinderat zuwarte und dem Kernteam Gelegenheit biete, seinen Antrag gesichtswahrend zurückzuziehen.

5.2.3 Fest steht, dass die Mail des Beschwerdeführers zu seiner sofortigen Freistellung geführt hat. Tatsächlich enthält sie Ausführungen, die der konkreten Konfliktsituation unangemessen waren. Obzwar er mehrmals einräumt, am besagten Gespräch emotional reagiert zu haben und sich dafür auch entschuldigt, beharrt der Beschwerdeführer auf dem Produkt Anbieterin 1, das für die Bedürfnisse der Gemeindeverwaltung das einzig sinnvolle und sachlich gebotene sei. Es verletze seinen Stolz und bringe ihn um die Früchte seiner Arbeit, wenn der Gemeinderat – entgegen seinem fundierten Antrag – das Produkt Anbieterin 2 beschaffen würde. Den beiden Gemeinderäten B und C wird Geringschätzung gegenüber der Verwaltung und Inkompetenz vorgeworfen. Wenn sie sich nicht entschuldigen würden, müsse er das so akzeptieren. Er werde jedoch «in Zukunft wirklich auf den Putz hauen, wenn das so wieder vorkommt». Wenn sie – die beiden Gemeinderäte – das Produkt Anbieterin 2 «durchstieren würden», müsse er – der Beschwerdeführer – dies so annehmen. Aber der Entscheid wäre falsch und «würde mich wirklich bodenlos demotivieren, und ich wäre fortan misstrauisch gegenüber euch beiden».

Inhalt und Tonalität der E-Mail vom 23. Oktober 2016 machen deutlich, dass es um eine Zurechtweisung der nach Ansicht des Beschwerdeführers fachlich unzureichend ausgewiesenen Gemeinderäte geht, denen auch Überschreitung von Kompetenzen unterstellt wird. So formulierte der Beschwerdeführer, dass ein anderer Beschaffungsentscheid als der von ihm beantragte sachlich kaum möglich sei und «eure Intelligenz beleidigen und nur noch eine machtpolitische Interpretation zulassen» würde. Gemeinderat C wird blanker Zynismus wie der eines Putin oder anderer Machtmenschen zugeschrieben. Andererseits hebt der Beschwerdeführer seine Fähigkeiten in Bezug auf das Beschaffungsvorhaben hervor. Er sei als einer der wenigen Gemeindeschreiber in der Lage, ein solches Vorhaben zu evaluieren. Mit erfolgreichem Abschluss des Projekts in seinem Sinne könne er sich unter Kolleginnen und Kollegen weiter profilieren. Die Gemeinde Z werde dann anderen Gemeinden zur Seite stehen. Die Gemeinderäte könnten damit glänzen, sofern sie sich vorher in die Thematik einarbeiteten.

5.2.4 Es ist verständlich, wenn der Gemeinderat – als Gesamtbehörde – das Vorgehen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit dem Projekt DMS als inakzeptabel und das Fundament für eine weitere Zusammenarbeit als nicht mehr gegeben erachtete. Dass der Beschwerdeführer aufgrund seines Engagements und den zweifelsfrei lauternden Absichten enttäuscht und verletzt war, kann sein Verhalten keinesfalls rechtfertigen. Zwei Faktoren fallen bei der Würdigung der E-Mail für den Beschwerdeführer erschwerend ins Gewicht: Zum einen verfasste er die E-Mail erst rund 48 Stunden nach dem von allen Beteiligten zugegebenen Zerwürfnis (Besprechung vom 21.10.2016). Dass Konflikte zwischen dem Gemeinderat bzw. einzelnen seiner Mitglieder einerseits und dem Leiter der Gemeindeverwaltung andererseits – dem Gemeindeschreiber und/oder dem Geschäftsführer – entstehen können, versteht sich angesichts der anspruchsvollen

vollen Aufgaben, der politischen Verantwortung und den unterschiedlichen Berufserfahrungen von selbst. Das entbindet jedoch in keiner Weise von der beruflichen Pflicht, die Auseinandersetzungen sachlich und mündlich wie schriftlich in korrektem Umgangston zu führen. Das schliesst zwar emotionale Zuspitzungen, Missverständnisse und das Gefühl des vergeblichen Einsatzes (Frustrationen) nicht aus. Allerdings ist zu erwarten, dass nach einer gewissen zeitlichen Distanz die Sachlichkeit wieder im Vordergrund steht, was für die genannte E-Mail klar nicht zutrifft. Zum anderen ist dem Beschwerdeführer anzulasten, dass seine E-Mail nicht nur eine Erklärung des vergangenen Ereignisses (das Gespräch vom 21.10.2016) enthält, sondern namentlich auch Erwartungen formuliert, was in Zukunft zu geschehen hat und mit welchen Konsequenzen die zwei Gemeinderäte rechnen müssten, wenn sie nicht auf seine Linie einschwenken würden. Mit Letzterem wird aber das unentbehrliche Vertrauensverhältnis zwischen dem Gemeinderat und dem Gemeindeschreiber als dem wichtigsten Mitarbeiter und Berater unterlaufen.

5.2.5 Der Beschwerdeführer kann sich nicht darauf berufen, er allein sei für die Beschaffung des Systems zuständig gewesen und die Rolle des Gemeinderats sei gleichsam auf eine formelle Genehmigung des Geschäfts beschränkt gewesen. Richtig ist, dass er mit der Vorbereitung und Durchführung des Projekts DMS betraut wurde und diese Aufgabe auch – soweit ersichtlich – engagiert erfüllt hat. In der Ausschreibung DMS und Protokollsoftware Phase II (Hauptverfahren) wird der Beschwerdeführer als Projektleiter und Poweruser bezeichnet. Fest steht aber, dass der Gemeinderat Auftraggeber war und sich dieser vorbehält, das Hauptverfahren mit den Zuschlagskriterien nach den Regeln für das Einladungsverfahren durchzuführen oder aber von geeigneten Anbietern konkrete Offerten einzuholen und dann direkt den Auftrag zu erteilen (Beschluss des Gemeinderats vom 25.4.2016). Dies änderte sich nicht, als der «neue» Gemeinderat ab 1. September 2016 die amtlichen Funktionen übernommen hatte. Gemäss den Unterlagen war der Zuschlag für das DMS per 4. Juli 2016 geplant (also noch in der alten Legislatur); dieser Termin konnte jedoch nicht eingehalten werden. Damit entfalteten die Beschlüsse, wie sie der Gemeinderat in der bis 31. August 2016 gültigen Zusammensetzung gefasst hatte, weiterhin Wirkung. Ausserdem wurde an der Sitzung vom 25. April 2016 der neuen Legislatur insofern Rechnung getragen, als die Wünsche des ab September 2016 im Amt stehenden Gemeinderats im Hinblick auf den Zugang zum DMS vorbehalten blieben. Daraus folgt, dass die beiden Gemeinderäte, die das Kernteam IT bildeten, sich über den Projektstand und die Angebote informieren durften und schliesslich auch für den Beschaffungsantrag zu Händen des Gemeinderatskollegiums verantwortlich zeichneten.

5.2.6 Die Vorinstanz benennt weitere Mängel in der Projektabwicklung, die der Beschwerdeführer zu verantworten habe. Vorab ist zu bemerken, dass der ursprüngliche Zeitplan für die Beschaffung des Systems nicht eingehalten werden konnte. So teilte der Beschwerdeführer am 30. Juni

2016 dem Gemeinderat mit, dass das Traktandum DMS verschoben werden müsse; die Offerten seien zwar termingerecht eingegangen, die Auswertung gestalte sich jedoch schwierig. Ein weiteres Mal orientierte der Beschwerdeführer den Gemeinderat am 19. September 2016, dass das Traktandum DMS wiederum nicht behandelt werden könne. Obschon die Entscheidungsgrundlagen noch nicht vollständig vorlagen, unterrichtete der Beschwerdeführer dann den Gemeinderat bereits am 20. September 2016 darüber, dass er das Produkt Anbieterin 1, das er schon ein wenig kenne, empfehlen könne. Nachdem eine Mitarbeiterin des Beschwerdeführers einen drastischen Fehler in der Auswertungstabelle entdeckt hatte, wurde der Entscheid über den Kauf des Systems an der Sitzung vom 22. September 2016 ein weiteres Mal vertagt. Laut Protokoll waren die Unterlagen zu spät fertig gestellt worden, so dass das Kernteam IT keine Möglichkeit hatte, sich umfassend in das Geschäft einzuarbeiten.

Aus diesen Umständen folgt, dass der Zeitplan mehrmals eine Änderung erfuhr. Ob die Verschiebungen und die zusätzlichen Abklärungen allein im organisatorischen Ungenügen des Beschwerdeführers lagen oder ob alle Beteiligten das Projekt und die damit verbundenen Aufgaben unterschätzt haben, kann letztlich offen bleiben. Jedenfalls ist erstellt, dass sich die Gemeinderäte mit der Vorlage des Geschäfts gedulden mussten. Diesen Umstand hat der Beschwerdeführer mindestens teilweise zu vertreten. Damit erklärt sich auch der Prozess, der schliesslich Ende Oktober 2016 zu den dargestellten Auseinandersetzungen führte. Folglich war die Unterredung am 21. Oktober 2016 nicht bloss eine punktuelle und gleichsam überraschende Einmischung der zuständigen Gemeinderäte. Angesichts dessen ist auch nicht massgebend, ob der Beschwerdeführer mit Billigung oder ohne Wissen des Gemeinderats die Messe in Stuttgart zusammen mit der Mitarbeiterin D besucht hat. Und auch die angebliche freundschaftliche Beziehung mit einem Vertreter des Anbieters des Produkts Anbieterin 1 braucht nicht weiter geprüft zu werden.

### 5.3

5.3.1 Im Entlassungsentscheid wird dem Beschwerdeführer angelastet, wiederholt Termine und wichtige Fristen bei der Vorbereitung von Geschäften und der Erstellung von Traktandenlisten nicht beachtet zu haben. Zudem sei der Gemeinderat häufig unzureichend oder zu spät informiert worden. Er verweist hierzu auf das Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 4. Juli 2016. Die Ausführungen im Protokoll würden belegen, dass der Beschwerdeführer in Bezug auf sein Zeitmanagement und seine Alleingänge ermahnt worden sei. Demgegenüber macht der Beschwerdeführer geltend, an der Sitzung vom 4. Juli 2016 sei seine Überlastung mit den vielen Aufgaben diskutiert worden. Als Massnahme sei beispielsweise in Betracht gezogen worden, die gemeindeeigene Zeitschrift «Gemeinde-INFO» nicht mehr alle zwei Monate, sondern nur noch drei bis vier Mal pro Jahr herauszugeben.

5.3.2 Laut Protokoll war ein Traktandum (Punkt 5.5) die «Einhaltung der fixen Termine der Geschäfte/Texte für Gemeindeversammlungen, Gemeinderatssitzungen und Gemeinde-INFO; Aussprache». Unter «Sachverhalt» wurde festgestellt, dass die letzte Ausgabe des Informationsblattes vom Beschwerdeführer so spät fertiggestellt worden war, dass der Gemeinderat keine Zeit mehr hatte, den Text zu prüfen und zu diskutieren, obschon zwei Artikel von Brisanz gewesen seien. Es handle sich um keinen Einzelfall. Immer würden wichtige Unterlagen vom Beschwerdeführer so spät geliefert, dass keine ausreichende Vorbereitungszeit vorhanden sei.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist der erwähnte Protokollauszug nicht bloss unter dem Gesichtswinkel der zu grossen Belastung zu verstehen. Zwar werden die erhebliche zeitliche Belastung, die knappen Personalressourcen und die Pendenzen erwähnt, mit denen sich der Beschwerdeführer konfrontiert sah. Jedoch steht ausser Diskussion, dass der Beschwerdeführer seit seiner Anstellung mit der Geschäftsplanung und mit einer für den Gemeinderat zeitlich befriedigenden Erfüllung der Aufgaben Schwierigkeiten hatte. Dem Protokoll ist zu entnehmen, dass der Gemeinderat wiederholt die mangelhafte (vor allem die zu späte) Vorbereitung der Geschäfte mit dem Beschwerdeführer besprochen hatte. Dieser hatte immer wieder an Wochenenden und nachts gearbeitet, um in seiner Funktion als Geschäftsführer «nach Massgaben der Bedürfnisse des Unternehmens und der Kunden» zu agieren. Abgesehen davon, dass der Gemeinderat eine solche Arbeitsweise nicht billigte und auch nicht für erforderlich hielt, war es dem Beschwerdeführer vielfach nicht möglich, die gesetzten Termine einzuhalten und den Gemeinderat so zu dokumentieren, dass dieser auf zureichender Aktenlage am Sitzungstag hätte entscheiden können.

5.3.3 Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit übernommene Pendenzenlast und Zuständigkeitsfragen, namentlich zwischen dem Beschwerdeführer und dem Bauverwalter E, die Situation mitverursacht haben. Massgebend ist der Umstand, dass der Beschwerdeführer mehrmals nicht in der Lage war, wichtige Geschäfte zuhanden des Gemeinderats umfassend und auf den gesetzten Termin hin vorzubereiten. Dass er sich in Bezug auf die Planung der Geschäfte und Führung der Verwaltung eher in der Rolle des Gestalters und Machers sah (Geschäftsführer) und die Funktion des Sekretärs des Gemeinderats (vorbereitende Stabstelle) in den Hintergrund rückte, geht aus diversen Vorkommnissen und Protokollen hervor. Dies mag teilweise in dem vom Gesetzgeber nicht in allen Punkten durchdachten Geschäftsführungsmodell begründet sein. Die Aufteilung zwischen den (klassischen) Aufgaben des Gemeindeschreibers und den Funktionen eines Geschäftsführers (Verwaltungsmanagement) ist nicht in allen Bereichen möglich und Überschneidungen sind unvermeidbar. Es kann hierzu auf den Aufgabenkatalog für den Geschäftsführer und jenen für den Gemeindeschreiber laut Art. 23 ff. der Gemeindeordnung der Gemeinde Z (GO) verwiesen werden. In der auf der Gemeindeordnung fussenden Orga-

nisationsverordnung der Gemeinde Z (OrgV) wird der Geschäftsführer als die Nahtstelle zwischen strategischer (politischer) und betrieblicher (operativer) Führung bezeichnet (Art. 3 Ziff. 6 OrgV), wogegen der Gemeindeschreiber für rechtsstaatlich und verwaltungstechnisch korrekte Verwaltungsabläufe sorgen muss. Letzterer ist ferner verantwortlich, dass die Beschlüsse und Rechtsgeschäfte der Gemeinde nach den Weisungen des Gemeinderats nachvollziehbar festgehalten und dokumentiert werden (Art. 8 OrgV). Die vorgenannte Umschreibung ist mit den Aufgaben identisch, die der Gesetzgeber dem Gemeindeschreiber zugewiesen hat (§ 30 des Gemeindegesetzes [GG; SRL Nr. 150]).

Auch in der Form einer Personalunion von Gemeindeschreiber und Geschäftsführer, wie dies vorliegend der Fall war, können Erwartungen und Verständnis hinsichtlich Stellung und Befugnisse unterschiedlich sein, was mitunter durch spezifische Interessen, Erfahrungen und charakterliche Prägungen verstärkt wird. Trotzdem bleibt anzumerken, dass der Gemeinderat das zentrale Führungsorgan der Gemeinde ist und er die Gesamtverantwortung trägt (§ 14 Abs. 1 GG). Dessen musste sich auch der Beschwerdeführer Rechenschaft geben. Weisungen des Gemeinderats und die Festlegung der Geschäfte nach Wichtigkeit und Dringlichkeit sind verbindlich und gehen individuellen Arbeitsmodellen und Geschäftslisten vor.

5.3.4 Somit erweist sich, dass die Vorwürfe hinsichtlich Fristen- und Terminverwaltung und mangelnder (zeitlich zu später) Information begründet sind. An der Sitzung vom 4. Juli 2016 wurde denn auch unter dem Traktandum 5.5 beschlossen, dass der Beschwerdeführer seine Aufgaben so priorisieren müsse, dass der Gemeinderat seine Unterlagen termingerecht erhalte. Was die Zeitschrift «Gemeinde-INFO» angeht, räumte der Beschwerdeführer einen diesbezüglichen Fehler ein. Ferner existiert ein weiterer Beschluss, der am 4. Juli 2016 gefasst wurde. Es geht um die Pflicht, die Pendenzen und Aufgaben für die Legislatur 2016–2020 und die Übergabe an den neuen Gemeinderat «angemessen aufzuarbeiten und darzustellen». Dieser Beschluss betraf zwar nicht nur den Beschwerdeführer allein; allerdings wurde er als verantwortlich bezeichnet, periodisch wiederkehrende Termine, Aufgaben und Pendenzen in der Überarbeitung der alten Excel-Liste festzuhalten (Beschluss zum Traktandum 5.3). Auch daraus geht hervor, dass das Aufgabenfeld der Information, der Vorbereitung und der Geschäftsverwaltung mindestens teilweise als nicht erfüllt taxiert wurde.

5.4 In den umfassenden Rechtsschriften werden weitere Ereignisse thematisiert, die – je nach Sichtweise – das besondere Engagement des Beschwerdeführers aufzeigen oder auf der anderen Seite die Anmassung von Befugnissen durch ihn belegen sollen.

5.4.1 Im Vordergrund steht dabei die Arbeit des Bauamtsleiters E. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe feststellen müssen, dass dieser nicht in allen Teilen seine Aufgabe habe erfüllen können. Bei Stellenantritt des Bauamtsleiters seien ca. 90 Bauverfahren hängig gewesen.



Er – der Beschwerdeführer – habe dann anboten, bei der Erledigung der Aufgaben mitzuhelfen. Nach Darlegung der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer sie zu überzeugen versucht, den Bauamtsleiter wegen dessen mangelhaften Leistungen zu entlassen. Im Widerspruch dazu habe er sich dafür ausgesprochen, das Arbeitsverhältnis des Bauamtsleiters von einem befristeten in ein unbefristetes umzuwandeln.

Es kann dahingestellt bleiben, welche einzelnen Behauptungen und Sichtweisen zutreffen. Immerhin hat der Beschwerdeführer selber – im Rahmen der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs – ausgeführt, dass der Bauamtsleiter eine Fehlbesetzung sei und bei weitem die erwarteten Leistungen nicht erbringen könne. Anlässlich einer Klausur vom Oktober 2015 habe der damalige Gemeinderat die Erledigung von ca. 15 Altlasten als Jahresziel 2016 formuliert. Das Bauamt habe jedoch nichts unternommen, weshalb er – der Beschwerdeführer – ab Mai 2016 das «Heft in die Hand» habe nehmen müssen. Diese Ausführungen finden sich unter dem Abschnitt Titel «2.2.2 permanent im Vorwärtsgang, bis in den Grenzbereich meiner Leistungsfähigkeit». Sie machen deutlich, dass der Beschwerdeführer in seinem Verständnis als Macher die Tendenz hatte, Zuständigkeiten an sich zu ziehen und allein auf seine eigenen Fähigkeiten und Erfahrungen zu vertrauen. Dass dies zu Zuständigkeitskonflikten führte und das Vorgehen vom Gemeinderat kritisiert wurde, ist nachvollziehbar.

5.4.2 Eine weitere «Kompetenzattraktion» betraf die Entlohnung von Mitarbeitenden des Sozialdienstes. Der Beschwerdeführer hatte mit dem Gemeindeschreiber der Gemeinde T darüber gesprochen, der Mitarbeiterin F eine Gratifikation von bis zu Fr. .... zusprechen zu lassen, wegen ausserordentlich guter Leistungen. Er teilte dies der Sozialvorsteherin G mit und bat sie, einen entsprechenden Vorstoss beim Gemeinderat Z einzureichen. Aus dem entsprechenden Mailverkehr ergibt sich, dass die Sozialvorsteherin sich gegen die Kompetenzüberschreitung verwahrte und der Hoffnung Ausdruck gab, dass das eigenmächtige Vorgehen des Beschwerdeführers nicht zu Irritationen beim Gemeinderat T führen werde. Offenbar ist der Sozialdienst gemeindeübergreifend mit einer Verwaltungsvereinbarung geregelt. Der Beschwerdeführer wurde aufgefordert, jegliche weitere Kommunikation in dieser Sache mit dem Sozialdienst zu unterlassen und den Dienstweg einzuhalten.

Auch dieser einzelne Vorfall belegt, dass der Beschwerdeführer eigene und auch direkte Wege beschritt, wenn seiner Ansicht nach die Verwaltung oder der Gemeinderat nötige Massnahmen hätten umsetzen sollen. Ein solches Vorgehen – ohne Absprache oder vorgängige Orientierung der dafür zuständigen Gemeinderätin – ist jedoch nicht zulässig und ist dem Gebot der rechtsgleichen und berechenbaren Verwaltungsführung abträglich.

## 6.

6.1 Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen und die Würdigung der erwähnten Vorkommnisse ist nachvollziehbar, dass der Gemeinderat

eine weitere Zusammenarbeit mit dem Beschwerdeführer als ausgeschlossen erachtete. Das erforderliche Vertrauensverhältnis und die vorausgesetzte Loyalität und der Respekt im Umgang mit der politisch verantwortlichen Führung der Gemeinde waren nicht mehr gegeben. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen von einem zerrütteten und nicht mehr wiederherstellbaren Vertrauensverhältnis und der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ausgeht, ist dies nachvollziehbar. Fällt die Grundlage für eine (weitere) Zusammenarbeit wegen nicht tolerierbaren Verhaltens und aufgrund unüberbrückbarer Auffassungen über die Kompetenzen und die Funktion der bekleideten Kaderposition dahin, sind wesentliche öffentliche Interessen tangiert, namentlich jenes an einer gut funktionierenden Verwaltung. In einem solchen Fall liegt ein sachlicher Grund gemäss § 18 PG vor, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Das zerstörte Vertrauensverhältnis hätte sodann auch nicht mit einer Mahnung in dem Masse, wie es für die Position des Beschwerdeführers erforderlich ist, wiederhergestellt werden können. Entsprechend bedurfte es zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner vorgängig förmlichen Abmahnung. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt im Falle eines Vertrauensverlusts zudem grundsätzlich im öffentlichen Interesse (vgl. BGer-Urteil 8C 995/2012 vom 27.5.2013 E. 3.3) und ein milderes personalrechtliches Mittel, welches das zerstörte Vertrauen wieder hätte herstellen können, ist unter den gegebenen Umständen nicht denkbar.

6.2 Der Beschwerdeführer liess sich im Hinblick auf die neue Zusammensetzung des Gemeinderats das Zwischenzeugnis vom 12. August 2016 ausstellen. Es trifft zu, dass dieses Zeugnis sehr positiv formuliert ist. Hervorgehoben wird seine dynamische und engagierte Arbeitsweise; er sei ein hoch belastbarer, leistungswilliger und vertrauenswürdiger Mitarbeiter, offen und zielstrebig. Die Vorinstanz relativiert den Wert des Zeugnisses und bringt vor, es handle sich um ein geschöntes Zeugnis, dessen Inhalt angesichts des vom Beschwerdeführer schon vorher verursachten Aufruhrs im Gemeinderat nicht nachvollziehbar sei.

Die Ausstellung von Arbeitszeugnissen regelt § 49 PG. Auch im Rahmen von öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen gilt der Grundsatz, dass Arbeitszeugnisse wohlwollend zu formulieren sind (vgl. Art. 330a des Obligationenrechts [OR; SR 220]). Das Arbeitszeugnis hat denn auch vorab die Funktion, das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu erleichtern. Deshalb beinhaltet es eine wohlwollende und präzise Beschreibung der geleisteten Arbeit (BGE 136 III 510 E. 4.1). Folglich sind Arbeitszeugnisse häufig von einer fördernden und wertschätzenden Grundstimmung getragen. Allein darum das Zwischenzeugnis nicht gelten zu lassen, geht nicht an. Immerhin ist es unter anderem vom abtretenden Gemeindepräsidenten H unterzeichnet. Dass dieser – zusammen mit der Gemeindevorsteherin I – allenfalls mit den Ausführungen im Zeugnis ein positives Signal für die künftige Zusammenarbeit mit dem «neuen» Gemeinderat setzen wollte, ist nicht auszuschliessen.

Das Zwischenzeugnis selbst vermag aber an der Beurteilung der Kündigung nichts zu ändern. Es wird nicht verkannt, dass der Beschwerdeführer eine engagierte und letztlich am Wohl aller Beteiligten (die Verwaltung, die Organe und die Einwohnerschaft der Gemeinde) orientierte Persönlichkeit ist. Wenn Zielsetzungen, Arbeitsweisen und Verständnis in Bezug auf Art und Umfang der Aufgaben zwischen ihm und dem Arbeitgeber übereinstimmen, sind gute Arbeitsleistungen zu erwarten. Das war aber vorliegend – wie ausführlich dargelegt – klar nicht der Fall.

7.

Nach dem Gesagten steht fest, dass die Kündigung sowohl formell wie materiell rechtmässig und damit nicht zu beanstanden ist. Ergänzend ist zu bemerken, dass die Verhältnismässigkeit der Kündigung vorliegend nicht in Frage zu stellen ist (vgl. LGVE 2003 II Nr. 2 E. 2e). Folglich ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als unbegründet abzuweisen.

*Kantonsgericht Luzern, Urteil vom Urteil vom 26. März 2018*

**Arbeitsvermittlung und Personalverleih; Bewilligungsentzug; Erfüllung der Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG durch Nichtbezahlen von Sozialversicherungsbeiträgen in beträchtlichem Umfang und nicht vollumfängliches Ausrichten von Löhnen mehrerer Arbeitnehmer. In der direkten Auferlegung einer zweijährigen Wartefrist an den Beschwerdeführer nach Art. 15 Abs. 1 lit. b sowie Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV ist keine Rechtsverletzung und kein Ermessensmissbrauch durch die Vorinstanz zu erblicken. Sie erweist sich – insbesondere auch mit Blick auf das Ausmass der Ausstände – als angemessen und insgesamt gerechtfertigt. Ob eine Wartefrist angeordnet wird und – wenn ja – von welcher Dauer diese sein soll, liegt im Ermessen der für den Vollzug zuständigen Behörde. Die Verordnung legt lediglich die Höchstdauer von zwei Jahren fest (E. 3.3.3.3).**

Aus den Erwägungen:

2.3

2.3.1 Die ursprüngliche Verfügung vom 18. Oktober 2016, mit welcher der A AG die Bewilligungen zur privaten Arbeitsvermittlung sowie zum Personalverleih bereits entzogen wurden, die jedoch noch keine Wartefristen für bestimmte Personen vorsah, war an die A. AG gerichtet und wurde dieser an die Adresse Z. in Y. zugestellt. Da kein Rechtsmittel dagegen erhoben wurde, erwuchs sie in Rechtskraft. Die zweite Verfügung vom 22. Februar 2017, mit welcher die erste Verfügung aufgehoben wurde, die Bewilligungen neu gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG entzogen wurden und u.a. dem Beschwerdeführer eine Warte-

frist von zwei Jahren auferlegt wurde, erging ohne vorherige Anhörung des Beschwerdeführers bzw. ohne dass dieser zur neu vorgesehenen Rechtsgrundlage und der damit verbundenen, ihn betreffenden Wartefrist vorgängig hätte Stellung nehmen können. Allerdings ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seines Bewilligungsgesuchs für die B. AG im November 2016 und somit nach Erlass der ersten und vor Erlass der zweiten Verfügung von der Dienststelle Wirtschaft und Arbeit (wira) aufgefordert wurde, zu den Geschehnissen rund um die A. AG Stellung zu nehmen und insbesondere darzulegen, weshalb die Rechnungen der Unternehmung seit Mai 2016 nicht mehr bezahlt worden seien und weshalb offene Lohnforderungen von ehemaligen Arbeitnehmern bestünden. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer nach und reichte am 15. November 2016 eine Stellungnahme ein. In dieser führte er insbesondere aus, dass er von September 2009 bis zum 7. Juli 2016 Mitinhaber der A. AG gewesen sei und man ab Mai 2016 Gespräche über die Zukunft der Firma geführt habe, da für ihn eine gemeinsame Weiterführung der Unternehmung zusammen mit C. aufgrund dessen psychisch instabilen Zustands nicht mehr möglich gewesen sei. Da C. die Firma unbedingt allein habe weiterführen wollen, hätten sie am 7. Juli 2016 den Tauschvertrag unterzeichnet. Weiter sei er bis zu seinem Austritt aus der Firma all seinen Verpflichtungen nachgekommen. Die offene Rechnung der Dienststelle wira vom Mai 2016 habe er – wie noch einige weitere Rechnungen – im Juni 2016 nicht (mehr) begleichen können, da C. diese nicht ebenfalls visiert habe. Weiter führte er aus, dass D. ihre Arbeiten für die Firma immer tadellos ausgeführt habe und bis zu ihrer fristlosen Kündigung am 7. Juli 2016 (ausgesprochen durch C.) alle Mitarbeitenden pünktlich ihre Lohnzahlungen erhalten hätten.

2.3.2 Dass der Beschwerdeführer im Verfahren betreffend die A. AG, in welchem ihm persönlich mit der neuen Verfügung eine zweijährige Wartefrist auferlegt wurde, vor Erlass der Verfügung nicht angehört wurde, stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar. Diese wiegt indes nicht derart schwer, dass sie vor Kantonsgericht, das über die zur Heilung nötige Kognition verfügt, nicht geheilt werden könnte. Dies umso weniger, als sich der Beschwerdeführer doch immerhin im Rahmen seines Gesuchs für die B. AG zu den Geschehnissen rund um die A. AG, insbesondere zu den offenen Rechnungen seit Mai 2016 und offenen Lohnforderungen von ehemaligen Arbeitnehmern, äussern konnte. Im Übrigen würde die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen.

2.3.3 Die Vorinstanz begründet ihre Verfügung vom 22. Februar 2017 sodann im Wesentlichen mit den immensen Ausständen der A. AG gegenüber verschiedenen Sozialversicherungseinrichtungen und weiteren öffentlichen Gläubigern sowie den offenen Lohnforderungen von ehemaligen Arbeitnehmern der A. AG. Dies würden klare Verstösse gegen das AVG und seine Ausführungsvorschriften sowie gegen zwingende Vor-

schriften des Arbeitnehmerschutzes darstellen, weshalb es sich rechtfertige, die Bewilligungen neu aufgrund von Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG (anstelle von Art. 5 Abs. 1 lit. c und Art. 16 Abs. 1 lit. c AVG) i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b und Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV zu entziehen und dem Beschwerdeführer, welcher bis zum 7. Juli 2016 wirtschaftlich Berechtigter der A. AG gewesen sei, eine Wartefrist von zwei Jahren, beginnend ab 7. Juli 2016, aufzuerlegen. Dies, weil sich die genannten Verstösse bereits zu einer Zeit ereignet hätten, als der Beschwerdeführer noch wirtschaftlich Berechtigter der Firma gewesen sei. Aus der Verfügung gehen die Tragweite des Entscheids sowie die Überlegungen und Rechtsgrundlagen, auf welche die Vorinstanz ihren Entscheid stützt, klar hervor, sodass der Beschwerdeführer, nachdem ihm durch die Vorinstanz auch noch vollumfängliche Akteneinsicht gewährt worden war, in voller Kenntnis der Gründe Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben konnte. Ergänzend sei daher darauf hingewiesen, dass im Sinn der vorstehenden Ausführungen in der Begründung der Verfügung keine weitere Gehörsverletzung zu erblicken ist.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt sodann die unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts durch die Vorinstanz und damit einhergehend eine unrichtige Rechtsanwendung. Ihm könne keine unsachgemässe Geschäftsführung in Zusammenhang mit der A. AG vorgeworfen werden. Das Gegenteil anzunehmen – wie es die Vorinstanz tue – sei eine Rechtsverletzung von Art. 5 und Art. 16 AVG. Die Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG seien nicht erfüllt, weshalb die Vorinstanz keine zweijährige Wartefrist hätte anordnen dürfen bzw. die direkte Anordnung der maximalen Wartefrist von zwei Jahren ein Ermessensmissbrauch darstelle.

3.2 Wie bereits dargelegt, stützt die Vorinstanz ihre Verfügung vom 22. Februar 2017, mit welcher der A. AG die Bewilligungen zur privaten Arbeitsvermittlung sowie zum Personalverleih entzogen wurden und dem Beschwerdeführer eine zweijährige Wartefrist auferlegt wurde, auf Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. b und Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV.

3.2.1 Das AVG bezweckt insbesondere den Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen (Art. 1 lit. c AVG). Dieser Schutz der Arbeitnehmer schlägt sich einerseits in der Bewilligungspflicht für die private Arbeitsvermittlungs- und Personalverleihtätigkeit bzw. der genauen Festlegung der Voraussetzungen, unter denen die entsprechenden Bewilligungen erteilt werden können (vgl. Art. 3 und Art. 13 AVG), und andererseits in der Regelung, wann die Bewilligungen wieder zu entziehen sind, nieder.

3.2.2 Die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung wird entzogen, wenn der Vermittler wiederholt oder in schwerwiegender Weise ge-

gen das AVG oder die Ausführungsvorschriften oder insbesondere gegen die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes oder der Kantone verstösst (Art. 5 Abs. 1 lit. b AVG). Der Tatbestand kann nicht nur von der für die Leitung des Betriebs verantwortlichen Person erfüllt werden, sondern im Begriff «der Vermittler» sind sämtliche Mitarbeiter und Hilfspersonen des betroffenen Betriebs enthalten (FIERZ, in: Handkommentar Arbeitsvermittlungsgesetz [Hrsg. Kull], Bern 2014, Art. 5 AVG N 1). Art. 5 Abs. 1 lit. b AVG verschafft der Bewilligungsbehörde die Rechtsgrundlage, einem Betrieb wegen unsachgemässer Geschäftsführung die Bewilligung wieder zu entziehen (Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] zum AVG, zur AVV und zur Verordnung über Gebühren, Provisionen und Kautionen im Bereich des Arbeitsvermittlungsgesetzes, 2003, S. 34, nachfolgend: SECO, Weisungen). Erfüllt der Vermittler einen Tatbestand nach Art. 5 Abs. 1 lit. a oder b AVG, so kann die zuständige Behörde (a.) die Bewilligung entziehen, ohne eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen; und (b.) in der Entzugsverfügung anordnen, dass der Betrieb, der verantwortliche Leiter oder der wirtschaftlich Berechtigte ein neues Bewilligungsgesuch erst nach Ablauf einer Wartefrist von höchstens zwei Jahren einreichen kann. Verantwortliche Leiter und wirtschaftlich Berechtigte, denen eine Wartefrist verfügt wurde, dürfen bis zum Ablauf dieser Wartefrist an gesuchstellenden Betrieben weder beteiligt noch für sie tätig sein (Art. 15 Abs. 1 AVV).

3.2.3 Die Bewilligung zum Personalverleih wird entzogen, wenn der Verleiher wiederholt oder in schwerwiegender Weise gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes, gegen das AVG oder die Ausführungsvorschriften oder insbesondere die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften des Bundes oder der Kantone verstösst (Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG). Der Tatbestand verschafft der Bewilligungsbehörde grundsätzlich ebenfalls die Rechtsgrundlage, einem Verleihbetrieb wegen unsachgemässer Geschäftsführung die Bewilligung wieder zu entziehen. Als zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes werden in der Botschaft zum revidierten AVG vom 27. November 1985 (BBl 1985 III 612) insbesondere die Vorschriften des Arbeitsgesetzes, die unabdingbaren Regelungen des Arbeitsvertragsrechts sowie die Bestimmungen des Unfallversicherungsgesetzes genannt. Solche Verstösse können z.B. in der ungerechtfertigten Verrechnung von Lohnforderungen oder in der Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge liegen (SECO, Weisungen, a.a.O., S. 88 f.). Insbesondere ein untadeliges Verhalten und die Respektierung der zwingenden Rahmenbedingungen in der Kerntätigkeit bilden unabdingbare Voraussetzungen für den Personalverleih. Der Verleiher muss sich beruflich korrekt verhalten. Wird seine Vertrauenswürdigkeit in geschäftlichen Angelegenheiten erschüttert, kann sich ein Bewilligungsentzug rechtfertigen (KULL, in: Handkommentar Arbeitsvermittlungsgesetz [Hrsg. Kull], Bern 2014, Art. 16 AVG N 5). Erfüllt der Verleiher einen Tatbestand nach Art. 16

Abs. 1 lit. a oder b AVG, so kann die zuständige Behörde (a.) die Bewilligung entziehen, ohne eine Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzusetzen; und (b.) in der Entzugsverfügung anordnen, dass der Betrieb, der verantwortliche Leiter oder der wirtschaftlich Berechtigte ein neues Bewilligungsgesuch erst nach Ablauf einer Wartefrist von höchstens zwei Jahren einreichen kann. Verantwortliche Leiter und wirtschaftlich Berechtigte, denen eine Wartefrist verfügt wurde, dürfen bis zum Ablauf dieser Wartefrist an gesuchstellenden Betrieben weder beteiligt noch für sie tätig sein (Art. 44 Abs. 1 AVV).

3.3 Die Vorinstanz führt in ihrer Verfügung vom 22. Februar 2017 aus, mit dem Umstand, dass die A. AG die Beiträge der SUVA, der AHV Ausgleichskasse, die Mehrwert- und die Quellensteuer sowie die Löhne der einzelnen Arbeitnehmer nicht mehr entrichtet habe, lägen klare Verstösse gegen das AVG und seine Ausführungsvorschriften sowie gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes vor. Die Bewilligungen würden deswegen gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG entzogen. Dem Beschwerdeführer werde sodann gestützt auf Art. 15 Abs. 1 lit. b und Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV eine Wartefrist von zwei Jahren, beginnend ab 7. Juli 2016, auferlegt, da sich die genannten Verstösse bereits zu einer Zeit ereignet hätten, als dieser noch wirtschaftlich Berechtigter der A. AG gewesen sei.

3.3.1 Die Vorinstanz stützt sich dabei auf den von ihr einverlangten Betreibungsregistrauszug vom 1. Februar 2017 betreffend die A. AG, welchem eine im September 2016 in Betreibung gesetzte Forderung der SUVA (...) in Höhe von Fr. 139'824.30 zu entnehmen ist. Gemäss Auskunft der SUVA (...) vom 10. Februar 2017 handelt es sich dabei um die Rechnung vom 23. März 2016 mit Fälligkeitsdatum 1. Mai 2016, welche die provisorischen Prämien für das Jahr 2016 betrifft. Die Gesamtausstände der A. AG gegenüber der SUVA (...) beliefen sich am 10. Februar 2017 auf Fr. 402'972.70. Aus dem Betreibungsregistrauszug ist auch ersichtlich, dass ab August 2016 gegen die A. AG Betreibungen wegen nicht bezahlter Mehrwert- und Quellensteuern eingeleitet wurden. Hinzu kommen Betreibungen diverser weiterer privater und öffentlicher Gläubiger. Weiter stützt sich die Vorinstanz auf die Submissionsbestätigung der Ausgleichskasse Y. vom 1. Februar 2017. Aus dieser ergibt sich, dass per Dezember 2015 aufgrund nicht bezahlter Beiträge der Betrag von Fr. 138'243.95 gegenüber der Ausgleichskasse offen war. Der Gesamtausstand betrug am 1. Februar 2017 Fr. 241'178.25. Schliesslich stützt sich die Vorinstanz auf die Meldung diverser ehemaliger Arbeitnehmer der A. AG betreffend noch offene Lohnforderungen aus dem Arbeitsverhältnis mit der A. AG. Die Vorinstanz hatte – nachdem ihr entsprechende Meldungen bereits zugegangen waren – am 28. Januar 2017 einen Lohnaufruf im (...) Kantonsblatt publiziert, worauf sich weitere Lohngläubiger bei der Dienststelle meldeten. Aus den entsprechenden Unterlagen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer noch im Juni 2016 für die A. AG mehrere Arbeits- bzw.

Einsatzverträge mit Arbeitnehmern unterzeichnet hatte, welche in der Folge offene Lohnforderungen geltend machten. Auch wurden Lohnforderungen gestellt, welche u.a. Zeiträume betreffen, in welchen der Beschwerdeführer noch Mitinhaber der A. AG war. So wurden Forderungen für geleistete Überstunden im Mai 2016, für geleistete Arbeit im Juni 2016 sowie für Ferienguthaben aus den Monaten Juni 2016 und früher gestellt.

3.3.2 Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unvollständig festgestellt.

3.3.2.1 In diesem Zusammenhang führt er vorab aus, bezüglich der Zahlungsausstände der SUVA (...) seien (zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung) keine Akten vorhanden gewesen und offene Lohnforderungen hätten gemäss Vorinstanz frühestens seit August 2016 bestanden.

Diese Ausführungen des Beschwerdeführers sind zu berichtigen. Zunächst ist zu bemerken, dass die Forderung der SUVA (...) in Höhe von Fr. 139'824.30 aus dem von der Dienststelle wira eingeforderten Betreibungsregistrauszug vom 1. Februar 2017 ersichtlich ist und sich aus dem E-Mail der SUVA (...) vom 10. Februar 2017 ergibt, dass diese Forderung auf einer Rechnung vom 23. März 2016 (mit Fälligkeitsdatum 1.5.2016) beruht und die provisorischen Prämien 2016 betrifft. Sodann geht aus der Verfügung der Vorinstanz vom 22. Februar 2017 hervor, dass im Anschluss an den Bewilligungsentzug vom 18. Oktober 2016 mehrere Gläubiger aufgetreten sind, welche Lohnforderungen frühestens seit August 2016 gegenüber der A AG aufweisen würden. Hierauf habe man den Lohnaufruf im (...) Kantonsblatt publiziert, woraufhin sich weitere Lohngläubiger bei der Dienststelle wira gemeldet hätten. Wie unter Ziffer 3.3.1. hiervor festgehalten, beziehen sich die Forderungen der ehemaligen Arbeitnehmer der A AG u.a. auch auf die Monate Juni 2016 und früher und somit auf Zeiträume, in welchen der Beschwerdeführer noch Mitinhaber der Firma war.

3.3.2.2 Der Beschwerdeführer macht sodann mit Verweis auf die Jahresrechnungen 2012 bis 2015 der A AG geltend, es hätten seit jeher offene Verbindlichkeiten gegenüber den Sozialversicherungsinstitutionen bestanden. Aus den besagten Jahresrechnungen ergebe sich, dass die verantwortlichen Personen der A. AG die Verbindlichkeiten gegenüber den öffentlichen Gläubigern von Jahr zu Jahr abgebaut hätten und die A. AG jeweils über genügend finanzielle Mittel (flüssige Mittel und Debitoren) verfügt habe, um die offenen Verbindlichkeiten zu decken. Gemäss der aufgelegten Debitorenliste habe per 21. Juni 2016 ein Debitorenguthaben in Höhe von Fr. 224'376.30 bestanden. Auch hätten sämtliche Sozialversicherungsinstitutionen im August bzw. September 2015 bestätigt, dass die A. AG ihren bisherigen Verpflichtungen nachgekommen sei. Während der gesamten Geschäftstätigkeit sei es üblich gewesen, dass die A. AG mit den Sozialversicherungsinstitutionen Zahlungsabkommen getroffen habe. Der Grund dafür habe darin gelegen, dass im Personalverleih-Geschäft in der Baubranche in den Sommermonaten ein überproportional höherer Umsatz



generiert und daher erst in diesen Monaten die notwendige Liquidität erzielt werde. Die Verantwortlichen der A. AG hätten u.a. mit der Stiftung E. (...), der Pensionskasse F., der SUVA (...), der Steuerbehörde bzgl. Mehrwertsteuer sowie der Ausgleichskasse Y Tilgungspläne abgeschlossen.

Anlässlich der Verwaltungsratssitzung der Gesellschaft vom 8. April 2016 sei das Traktandum «Finanzen» zentraler Diskussionspunkt gewesen. Man habe sich über die Liquidität der Gesellschaft und insbesondere die Beschaffung von Geldern beraten. Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 23. Juni 2016 habe man dann die Kreditorenliste besprochen. G. habe kurz- und langfristige Finanzpläne vorgeschlagen, welche jedoch nicht umgesetzt worden seien, sodass er umgehend seine Demission erklärt habe.

Als der Beschwerdeführer und G. noch im Verwaltungsrat der A. AG gewesen seien, hätten Zahlungsvereinbarungen mit den Sozialversicherungsinstitutionen bestanden bzw. seien die Verbindlichkeiten gegenüber diesen erfüllt worden. Die erste Betreuung einer Sozialversicherungsinstitution, der Stiftung E., datiere vom 30. Mai 2016, wobei die A. AG diesen Betrag beglichen habe. Sämtliche weiteren Betreibungen der Sozialversicherungsinstitutionen seien nachweislich erst im August 2016 oder später – und somit zu einem Zeitpunkt, als der Beschwerdeführer und G. im Handelsregister bereits gelöscht gewesen seien – eingeleitet worden. Auch seien Lohnforderungen gegen die A. AG – wie die Vorinstanz richtig festgestellt habe – frühestens seit August 2016 in Betreuung gesetzt resp. klageweise geltend gemacht worden. Damit sei erstellt, dass dem Beschwerdeführer sowie G. keine unsachgemässe Geschäftsführung vorgeworfen werden könne.

3.3.2.3 Zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 22. Februar 2017 war aufgrund der Abklärungen der Vorinstanz erstellt, dass die A. AG Ausstände gegenüber der SUVA (...) sowie der Ausgleichskasse Y. hatte, welche bereits zu einer Zeit entstanden waren, als der Beschwerdeführer und G. noch im Verwaltungsrat der Gesellschaft und – neben C. – für diese verantwortlich waren. Die von der SUVA (...) im September 2016 in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 139'824.30 betrifft die provisorischen Prämien 2016 und wurde am 1. Mai 2016 fällig. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Betreibungsregistrauszug vom 1. Februar 2017 sowie der schriftlichen Auskunft der SUVA (...) vom 10. Februar 2017. Gemäss Submissionsbestätigung der Ausgleichskasse Y. vom 1. Februar 2017 belief sich der Ausstand für die AHV/IV/EO- und FAK-Beiträge per Dezember 2015 sodann auf Fr. 138'243.95. Die von der Vorinstanz im Anschluss an die Verfügung bzw. im Hinblick auf ihre Vernehmlassung getätigten Abklärungen und eingeforderten Unterlagen bestätigen diese bereits zuvor belegten Fakten lediglich nochmals. Zwar ergibt sich aus den Unterlagen der SUVA (...), dass im April 2016 sowie im Juli 2016 Ratenvereinbarungen für die provisorischen Prämien 2016 abgeschlossen worden waren. Jedoch ist den Unterlagen auch zu entnehmen, dass diese von der A. AG jeweils

nicht eingehalten wurden, sodass die Ratenpläne hinfällig wurden. Auch aus den nachgereichten Unterlagen der Ausgleichskasse Y. ergibt sich, dass in Bezug auf die Jahresabrechnung 2015 für den noch offenen Restbetrag von ursprünglich Fr. 197'316.80 im April 2016 ein Tilgungsplan mit monatlichen Ratenzahlungen vereinbart worden war. Die erste Rate in Höhe von Fr. 32'900.– wäre am 30. April 2016 fällig gewesen. Die A. AG beglich sie jedoch trotz Ratenmahnung vom 24. Mai 2016 nicht fristgerecht, so dass die Ausgleichskasse Y. am 4. Juli 2016 vom Tilgungsplan zurücktrat. Die Restschuld für die Jahresabrechnung 2015 belief sich am 1. Februar 2017 noch auf Fr. 138'243.95. Fest steht somit – und stand es bereits zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 22. Februar 2017 –, dass die A. AG ihren Verpflichtungen gegenüber der SUVA (...) und der Ausgleichskasse Y. entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers bereits zu einem Zeitpunkt nicht mehr nachgekommen war, als der Beschwerdeführer und G. noch im Verwaltungsrat der A. AG waren. Dabei ist nämlich nicht auf den Zeitpunkt der Betreibungseinleitungen, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Verbindlichkeiten abzustellen. Die Verbindlichkeiten gegenüber der SUVA (...) und der Ausgleichskasse Y wurden nachweislich im April 2016 und Mai 2016 fällig.

Gleiches gilt sodann in Bezug auf noch offene Lohnforderungen ehemaliger Arbeitnehmer der A. AG. Die Vorinstanz hatte bereits vor Erlass der ersten Verfügung vom 18. Oktober 2016 Kenntnis von vier solchen Fällen. Im Januar 2017 publizierte sie sodann einen Lohnaufruf im (...) Kantonsblatt, woraufhin sich weitere Lohngläubiger meldeten, welche u.a. Lohnforderungen (inkl. Ferienguthaben) für Zeiträume stellten, in welchen der Beschwerdeführer noch Mitinhaber der A. AG war. Wann diese Lohnforderungen in Betreibung gesetzt oder klageweise geltend gemacht wurden, ist nicht entscheidend. Aus den eingegangenen Unterlagen ergab sich im Weiteren, dass der Beschwerdeführer noch im Juni 2016 für die A. AG mehrere Arbeits- bzw. Einsatzverträge mit Arbeitnehmern unterzeichnet hatte, welche in der Folge offene Lohnforderungen geltend machten.

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den rechterheblichen Sachverhalt vor Erlass der Verfügung vom 22. Februar 2017 vollständig festgestellt. Auf die weiteren Ausführungen des Beschwerdeführers unter dem Titel «Unvollständiger Sachverhalt» wird – soweit nötig – unter Ziffer 3.3.3. hiernach eingegangen.

3.3.3 Der Beschwerdeführer rügt sodann die falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz.

3.3.3.1 Er macht unter diesem Titel zunächst geltend, der Tatbestand der unsachgemässen Geschäftsführung werde weder in der Wegleitung des SECO noch im Gesetz definiert. Indem die Vorinstanz ihre Verfügung auf diesen Begriff abstütze, verletze sie das Legalitätsprinzip.

Er führt sodann weiter aus, die Verfügung der Vorinstanz erweise sich als rechtsfehlerhaft, wenn man sich die zeitliche Reihenfolge der Geschehnisse in Erinnerung rufe. G. habe am 24. Juni 2016 seine Demis-

sionserklärung gegenüber der A. AG eingereicht. Der Beschwerdeführer habe sodann per 7. Juli 2016 seine Aktienanteile veräussert und sei im Handelsregister gelöscht worden. Die A. AG habe bis Mitte 2016 über flüssige Mittel in der Grössenordnung von rund einer halben Million Franken verfügt und habe mit den Sozialversicherungsinstitutionen Tilgungspläne vereinbart gehabt. Erste Lohnausstände seien frühestens seit August 2016 geltend gemacht worden und die ersten Betreibungen von Sozialversicherungsinstitutionen, die ungedeckt geblieben seien, seien am 10. August 2016 eingeleitet worden. Dieser Lebenssachverhalt zwingt zur rechtlichen Schlussfolgerung, dass der Beschwerdeführer und G. im Zeitpunkt, als sie noch die Funktion als Verwaltungsräte der A. AG bekleideten, alles unternommen hätten, um den Betrieb aufrecht zu erhalten. Die finanzielle Lage der A. AG und der Umstand, dass sie mit den Sozialversicherungsinstitutionen Zahlungsvereinbarungen getroffen hätten, würden gerade für eine ordentliche Geschäftsführung sprechen. Das Gegenteil anzunehmen, wie es die Vorinstanz tue, sei eine Rechtsverletzung von Art. 5 und Art. 16 AVG. Ein schwerwiegender Verstoss gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes, gegen das AVG oder die Ausführungsvorschriften des Bundes oder der Kantone sei bis zum 15. Juli 2016, d.h. bis zum Zeitpunkt der Löschung des Beschwerdeführers sowie von G. als Verwaltungsräte aus dem Handelsregister, nicht auszumachen. Dementsprechend sei der Vorinstanz eine Berufung auf die Bestimmungen von Art. 5 und Art. 16 AVG verwehrt. Die Gründe, weshalb nach dem Zeitpunkt des Austritts des Beschwerdeführers und G. aus dem Verwaltungsrat die A. AG die Lohnforderungen nicht mehr beglichen und sich mit Betreibungen der Sozialversicherungsinstitutionen konfrontiert gesehen habe, seien den beiden ehemaligen Verwaltungsräten nicht bekannt. Der Beschwerdeführer und G. würden dafür jedenfalls keine Verantwortung tragen, sondern allenfalls C. und/oder H.

Da die Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 lit. b sowie Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG nicht erfüllt seien, könne die Vorinstanz schliesslich auch keine zweijährige Wartefrist nach Art. 15 Abs. 1 lit. b sowie Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV anordnen. Aufgrund des dargelegten Sachverhalts und des Umstands, dass dem Beschwerdeführer und G. keine schwerwiegenden Verstösse angelastet werden könnten, begehe die Vorinstanz mit ihrer direkten Anordnung der maximalen Wartefrist von zwei Jahren einen Ermessensmissbrauch und handle rechtswidrig.

3.3.3.2 Wie bereits dargelegt steht fest, dass die A. AG bereits im April und Mai 2016 und somit im Zeitraum, als der Beschwerdeführer noch Verwaltungsrat der Gesellschaft und für diese mitverantwortlich war, die Tilgungspläne mit der SUVA (...) sowie der Ausgleichskasse Y. nicht eingehalten hat und ihren Verpflichtungen gegenüber diesen Einrichtungen somit nicht nachgekommen ist. Auch steht fest, dass sich die offenen Lohnforderungen gewisser Arbeitnehmer auch auf Zeiträume beziehen, in welchen der Beschwerdeführer noch an der A. AG beteiligt war. Die ge-

genteiligen Ausführungen des Beschwerdeführers sind somit unzutreffend. Den vom Beschwerdeführer aufgelegten Akten lässt sich sodann entnehmen, dass es bereits vor seinem Austritt um die finanzielle Lage der A. AG nicht gut stand. Wie der Beschwerdeführer selbst ausführt, waren die Finanzen bzw. die Liquidität der Firma anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 8. April 2016 zentraler Diskussionspunkt. An der nächsten Sitzung vom 23. Juni 2016 wurden die vom Beschwerdeführer erstellte Kreditorenliste sowie kurz- und langfristige Finanzpläne besprochen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, die A. AG habe bis Mitte 2016 über flüssige Mittel in der Grössenordnung von rund einer halben Million Franken verfügt, ist nicht belegt. Vielmehr ergibt sich aus der vom Beschwerdeführer im Hinblick auf die Verwaltungsratssitzung vom 23. Juni 2016 erstellte Kreditorenliste, dass der Gesamt-Kreditorenbetrag für den Zeitraum vom 30. April bis 31. Oktober 2016 einen Wert von Fr. 701'373.10 aufwies und allein für den Zeitraum vom 30. April bis 30. Juni 2016 Kreditoren in Höhe von Fr. 347'232.55 offen waren. Der Kreditorenliste ist im Übrigen ebenfalls zu entnehmen, dass die Raten der Ausgleichskasse Y. sowie der SUVA (...) vom April und Mai 2016 nicht gezahlt worden waren. Im Protokoll vom 23. Juni 2016 wurde sodann auch festgehalten, dass dringend ein Termin mit dem Revisor vereinbart werden müsse, um die Sofort-Massnahmen zu besprechen. Der Beschwerdeführer wusste um die finanzielle Lage der A. AG, war er an den besagten Verwaltungsratssitzungen doch ebenfalls anwesend und hatte er die Kreditorenliste doch selbst erstellt. Dafür, dass es der Firma in finanzieller Hinsicht nicht gut ging, spricht auch das E-Mail von C. an G. vom 4. Juli 2016. Darin hält C. fest, dass er die Firma überschuldet übernehme (alleine AHV-Nachzahlungen von über Fr. 150'000.-) und er sie wieder in Ordnung bringen werde, um ihnen allen einen Gefallen zu machen. Auch aus den Vorbringen, dass schon immer Zahlungsvereinbarungen mit den Sozialversicherungsinstitutionen bestanden hätten, per 21. Juni 2016 ein Debitorenguthaben in Höhe von Fr. 224'376.30 bestanden habe und die im Mai 2016 in Betreuung gesetzte Forderung der Stiftung E. in Höhe von Fr. 22'515.45 gezahlt worden sei, kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Zahlungsvereinbarungen wurden im Frühjahr 2016 eben gerade nicht (mehr) eingehalten. Ein allfällig vorhandenes Debitorenguthaben muss sodann zuerst realisiert bzw. in flüssige Mittel umgewandelt werden, um damit Rechnungen bezahlen zu können. Wie die Vorinstanz richtig festhält, rechtfertigt ein allfällig vorhandenes Debitorenguthaben nicht, fällige Forderungen der Sozialversicherungseinrichtungen nicht zu begleichen. Schliesslich zeigt sodann auch die Betreuung der Stiftung E., dass die Gesellschaft bereits im Mai 2016 ein Liquiditätsproblem hatte. Der Darstellung des Beschwerdeführers, die Gesellschaft habe bis zu seinem Austritt über genügend flüssige Mittel verfügt und ihm sei unerklärlich, weshalb in der Folge die Löhne nicht mehr beglichen worden seien, kann daher nicht gefolgt werden. Aus den Akten ergibt sich im Weiteren, dass der Be-

schwerdeführer in Kenntnis der finanziellen Lage der Gesellschaft und insbesondere in Kenntnis der Sozialversicherungsausstände noch im Juni 2016 für die A. AG Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern abschloss, welche später offene Lohnforderungen gegen die A. AG geltend machten.

Nach dem Gesagten ist in der Schlussfolgerung der Vorinstanz, die A. AG habe die Tatbestände von Art. 5 Abs. 1 lit. b sowie Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG bereits zu einem Zeitpunkt erfüllt, als der Beschwerdeführer noch wirtschaftlich Berechtigter der Gesellschaft gewesen sei, keine unrichtige Rechtsanwendung zu erblicken. Der Beschwerdeführer hat die Lage, in welcher sich die A. AG vor seinem Austritt befand, als Mitinhaber und Mitglied der Geschäftsleitung mit zu verantworten. Sozialversicherungsbeiträge in beträchtlichem Umfang wurden trotz bereits vereinbarter Ratenzahlungen nicht bezahlt. Auch Löhne (insbesondere Ferienguthaben) von mehreren Arbeitnehmern wurden nicht vollumfänglich ausgerichtet. Somit wurde zweifelsohne wiederholt und in schwerwiegender Weise gegen zwingende Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes i.S.v. Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG verstossen. Auch lässt die finanzielle Schieflage der A. AG vor Austritt des Beschwerdeführers auf eine unsachgemässe Geschäftsführung schliessen, welche dem Beschwerdeführer in seiner damaligen Funktion anzulasten ist. Von einem untadeligen Verhalten und der Respektierung der zwingenden Rahmenbedingungen in der Kern-Geschäftstätigkeit kann nicht gesprochen werden. Die Vertrauenswürdigkeit des Beschwerdeführers in geschäftlichen Angelegenheiten wurde aufgrund der belegten Vorkommnisse erschüttert. Das Geschäftsgebaren der A. AG lässt sich mit dem Zweck des AVG, die Arbeitnehmer sowohl im Bereich des Personalverleihs als auch im Bereich der privaten Arbeitsvermittlung zu schützen, nicht vereinbaren (vgl. Art. 1 lit. c AVG). Indem die Gesellschaft die zuvor umschriebenen Verstösse begangen hat, hat sie somit auch wiederholt und in schwerwiegender Weise gegen das AVG i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b AVG verstossen. Denn die Einhaltung der Regeln des Arbeitnehmerschutzes bildet auch im Bereich der privaten Arbeitsvermittlung zentrale Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit (vgl. Art. 1 lit. c AVG). Die Vorinstanz hat den Bewilligungsentzug somit zu Recht auf die Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 16 Abs. 1 lit. b AVG abgestützt. Inwiefern sie dabei das Legalitätsprinzip verletzt haben soll, ist nicht ersichtlich.

3.3.3.3 Schliesslich ist nach dem Gesagten auch in der direkten Auflegung einer zweijährigen Wartefrist an den Beschwerdeführer nach Art. 15 Abs. 1 lit. b sowie Art. 44 Abs. 1 lit. b AVV keine Rechtsverletzung und kein Ermessensmissbrauch durch die Vorinstanz zu erblicken. Ob eine Wartefrist angeordnet wird und, wenn ja, von welcher Dauer diese sein soll, liegt im Ermessen der für den Vollzug zuständigen Behörde. Die Verordnung legt lediglich die Höchstdauer von zwei Jahren fest. Die durch den Beschwerdeführer begangenen bzw. von diesem mit zu verantwortenden Verstösse wiegen vor dem Hintergrund des vom AVG bezweckten Arbeitnehmerschutzes schwer. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf das

Ausmass der Aussenstände. Dass im Verwaltungsrat kurz- und langfristige Finanzpläne diskutiert worden seien, vermag eine Reduktion der Sanktion nicht zu rechtfertigen. Denn zum einen sind sie nicht dokumentiert, zum anderen wurden sie ohnehin zu spät in Erwägung gezogen. Die Auferlegung einer zweijährigen Wartefrist an den Beschwerdeführer, beginnend ab 7. Juli 2016, in welcher er weder an gesuchstellenden Betrieben beteiligt noch für solche tätig sein darf, erweist sich daher auch als angemessen und insgesamt als gerechtfertigt.

*Kantonsgericht Luzern, Urteil vom Urteil vom 3. April 2018 (teilweise Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils)*

**Art. 3 und Art. 5 Abs. 2 GlG; Voraussetzungen einer Anstellungsdiskriminierung.**

**Aufgrund des fehlenden Beweises, dass Frauen in den muslimischen Ländern Marokko, Saudi-Arabien und Ägypten nicht akzeptiert werden und dass diese drei Länder im Vergleich zu den übrigen in Aufgabengebiet der (Schweizer) Stelle eines/einer Agronomen/Agronomin von besonderer Wichtigkeit für den Vertrieb der beklagischen Produkte sind, kann lediglich von eigenen Vorurteilen der Arbeitgeberin (Beklagte) oder einer vermeintlichen Einstellung der Zwischenhändler ausgegangen werden. Im Hinblick auf Lehre und Rechtsprechung, wonach die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund von Einstellungen bzw. Vorurteilen Dritter eine absolute Ausnahme sein soll und die Arbeitgeberin eine Rechtfertigung hätte beweisen müssen, kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die wirtschaftlichen Interessen die Gleichstellungsinteressen der Arbeitnehmerin überwiegen. Gerechtfertigt könnte eine Ungleichbehandlung lediglich dann sein, wenn bewiesen wäre, dass die Geschäftspartner in Drittstaaten, welche für die Arbeitgeberin von grosser Bedeutung sind, eine Frau nicht akzeptieren würden und die Arbeitgeberin deshalb wirtschaftliche Einbussen hinzunehmen hätte. Vorliegend ist festzuhalten, dass die Arbeitgeberin die sachliche Rechtfertigung der Anstellungsdiskriminierung nicht zu beweisen vermochte, womit eine solche vorliegt (E. 5.3.2).**

Sachverhalt:

A (Klägerin) bewarb sich bei der B AG (Beklagte) auf die ausgeschriebene Stelle «Agronom ETH oder FH 100%». Nach der Absage teile die Beklagte der Klägerin auf Nachfrage mit, sie suche explizit einen männlichen Agronomen, da sie es nicht verantworten könne, für die Regionen Afrika und Naher, Mittlerer Osten eine weibliche Person alleine dorthin reisen zu lassen. Die Klägerin verlangte bei der Schlichtungsbehörde

Gleichstellung des Kantons Luzern, es sei eine bestehende Geschlechterdiskriminierung festzustellen und ihr infolge diskriminierender Nichtanstellung eine Entschädigung zu bezahlen. Mit ihrer Klage beantragte die Klägerin vor Arbeitsgericht, die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Bruttomonatslohn von Fr. 7'041.70 als Entschädigung für die diskriminierende Nichtanstellung zu bezahlen. Die Beklagte machte sinngemäss geltend, es handle sich nicht um eine Anstellungsdiskriminierung. Die Vorinstanz wies die Klage ab. Auf die Beschwerde der Klägerin hiess das Kantonsgericht die Klage teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz erwog, dass sich aus der Stellenbeschreibung, der E-Mail der Beklagten, in welcher die Absage begründet wurde, der im Prozess getätigten Aussagen der Beklagten sowie der Aussagen des Zeugen A. klar ergebe, dass die Beklagte für die Stelle keine weibliche Person habe einstellen habe wollen. Im Grundsatz liege daher eine Anstellungsdiskriminierung klar vor.

Dass im Grundsatz eine Anstellungsdiskriminierung vorliegt, blieb im Beschwerdeverfahren unbestritten. Hierbei ist jedoch festzuhalten, dass die sachliche Rechtfertigung als Tatbestandsmerkmal zu prüfen ist. Ist die Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt, ist der Tatbestand der Anstellungsdiskriminierung nicht erfüllt. Das Fehlen von sachlichen Rechtfertigungsgründen wird zum negativen Tatbestandsmerkmal erhoben (vgl. UEBERSCHLAG, Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis [Art. 3 Abs. 2 GlG], Diss. Zürich 2009, N 68 f.).

4.

Eine Anstellungsdiskriminierung liegt dann vor, wenn die Anknüpfung an das Geschlecht eine Zugangsvoraussetzung oder ein Auswahlkriterium darstellt und sich diese Ungleichbehandlung sachlich nicht rechtfertigen lässt (UEBERSCHLAG, a.a.O., N 66; FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz [Hrsg. Kaufmann/Steiger-Sackmann], 2. Aufl. 2009, Art. 3 GlG N 22; MILANI, Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierung bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen Entscheidverfahren, in: ArbR 2011, S. 51 f.).

Strittig ist im Beschwerdeverfahren, ob sich die im Grundsatz diskriminierende Nichtanstellung rechtfertigen lässt bzw. ob eine sachliche und verhältnismässige Rechtfertigung für die Ablehnung der Bewerbung fehlt. Um zu beurteilen, ob die Anstellungsdiskriminierung sachlich gerechtfertigt ist bzw. war, muss geprüft werden, ob ein sachlicher Grund vorliegt und ob die vorgebrachten wirtschaftlichen Interessen der Beklagten gegenüber dem Gleichstellungsinteresse der Klägerin überwiegen.

5.

(...)

5.3

5.3.1 Erfolgt eine Ablehnung der Bewerbung aufgrund des Geschlechts und hatte die Verletzung des Diskriminierungsverbots eine Ungleichbehandlung bzw. stärkere Betroffenheit der Angehörigen eines Geschlechts zur Folge, bleibt dies zulässig, falls eine sachliche Rechtfertigung hierfür gegeben war. Eine sachliche Rechtfertigung liegt dann vor, wenn sie sich einerseits auf objektive Faktoren, welche nichts mit der Diskriminierung zu tun haben, abstützen kann bzw. das Abstellen auf die Geschlechterzugehörigkeit unabdingbar ist und andererseits verhältnismässig ist (MILANI, a.a.O., S. 52, UEBERSCHLAG, a.a.O., N 72 und 80). In der Lehre wird unterschieden zwischen der Unabdingbarkeit des Geschlechts im engeren Sinne, worunter die biologische Notwendigkeit (bspw. Ammen), die Authentizitätswahrung (bspw. Gesangskünstler/innen oder Dressdamen) sowie die gesetzlichen Beschäftigungsverbote fallen und der Unabdingbarkeit des Geschlechts im weiteren Sinne. Bei der Unabdingbarkeit des Geschlechts i.w.S. wird für die Rechtfertigung vorausgesetzt, dass eine sich bewerbende Person des einen Geschlechts die infrage stehende Tätigkeit tatsächlich schlechter als Angehörige des anderen Geschlechts verrichten würde. Sodann gilt es die Frage zu beantworten, ob die Minderleistung effektiv biologisch bedingt ist, wenn auch nicht unmittelbar, so doch legitimierweise reflektiert durch Dritte, mit welchen die Arbeitnehmenden zu tun haben oder ob an der optimalen Erfüllung der Tätigkeit legitime öffentliche Interessen bzw. Gründe des zwingenden Drittschutzes bestehen. Damit die Legitimität einer seitens der Arbeitgeberin behaupteten Unabdingbarkeit im Einzelfall bejaht werden kann, müssen die involvierten Interessen abgewogen werden, mithin einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten. Ein besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass die vorgebrachten Gründe nicht lediglich auf subjektiven Vorstellungen bzw. Vorurteilen der Arbeitgeberin beruhen, sondern einer objektiven Betrachtungsweise zugänglich sind (UEBERSCHLAG, a.a.O., N 81 ff.).

Eine Fallgruppe der Unabdingbarkeit i.w.S. stellt die Rücksicht auf Vorurteile bzw. subjektive Erwartungen Dritter dar. Dabei geht es um die Frage, ob mögliche objektive Auswirkungen subjektiver Anschauungen Dritter im Personalrekrutierungsprozess berücksichtigt werden dürfen. Anders ausgedrückt stellt sich die Frage, ob eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein kann, wenn Arbeitnehmende, welche im Kundenkontakt stehen, ausschliesslich bedingt durch Vorurteile bzw. subjektive Erwartungen der Kundschaft gegenüber dem einen Geschlecht (mutmasslich) weniger erfolgreich sind als ihre Mitarbeitende des anderen Geschlechts. UEBERSCHLAG vertritt hier die Meinung, dass in solchen Fällen eine Ungleichbehandlung grundsätzlich nicht zu rechtfertigen und mögliche Umsetzeinbussen, welche der Arbeitgeberin aus der Enttäuschung von tradi-



tionellen Rollenerwartungen und damit Vorurteilen seitens Dritter erwachsen, hinzunehmen sind (UEBERSCHLAG, a.a.O., N 105 ff.).

Die sachliche Rechtfertigung hat die Beklagte zu beweisen, weshalb sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210]; vgl. MILANI, a.a.O., S. 72).

Gerichtsnotorisch ist eine Tatsache, wenn das Gericht sie aus seiner richterlichen Tätigkeit kennt. Im Fall der Gerichtsnotorietät ist die Tatsache den Parteien offen zu legen, soweit ihnen diese nicht offensichtlich bekannt ist und keine Gründe die Offenlegung verhindern – wobei im letzteren Fall das Wissen nicht verwendet werden kann. Hat ein Richter von einer Tatsache als Privatperson Kenntnis erlangt, müssen diese Kenntnisse unberücksichtigt bleiben. Während gemäss Botschaft Notorietät bei allgemein vorhandenem Wissen – jede/r weiss – und allgemein sicher beschaffbarem Wissen – jede/r kann wissen – vorliegt, besteht Gerichtsnotorietät gemäss Botschaft nur im Fall von Wissen – nicht Wissen-Können – des Spruchkörpers (GUYAN, Basler Komm., 3. Aufl. 2017, Art. 151 ZPO N 3). Offenkundige Tatsachen bzw. notorische Tatsachen liegen demgegenüber vor, wenn eine Gegebenheit etwa seit Jahrzehnten in der Schule als Bildungsstand vermittelt wird oder allgemein vom Vorliegen einer Tatsache sichere Kenntnis besteht. Jeder kennt die Tatsache; an ihrem Vorliegen herrscht kein Zweifel. Eine offenkundige Tatsache wird als Tatsache beschrieben, die alle kennen oder an der vernünftigerweise nicht gezweifelt werden kann. Der Umstand muss der allgemeinen sicheren Wahrnehmung zugänglich sein. Schwierig kann im Einzelfall die Beantwortung der Frage sein, welche Tatsachen als offenkundige Tatsachen gelten können, sodass sich aufdrängt, im Zweifelsfall die Notorietät zu behaupten und gleichzeitig für den Eventualfall der fehlenden Notorietät die entsprechenden Beweise anzubieten (GUYAN, a.a.O., Art. 151 ZPO N 2).

Nach Art. 157 ZPO bildet das Gericht seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise. Unter dem Prinzip der freien Beweiswürdigung ist das Gericht grundsätzlich an keine formellen Beweisregeln über den Wert oder den Ausschluss eines Beweismittels gebunden. Freie Beweiswürdigung heisst indes nicht Beweiswürdigung nach Belieben des Gerichts oder gar Willkür, vielmehr weist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung das Gericht an, nach pflichtgemäsem Ermessen und seiner frei gebildeten Überzeugung darüber zu befinden, ob es eine bestimmte Tatsache in concreto als bewiesen erachtet oder nicht. Die Überzeugungsbildung muss jedoch objektiv nachvollziehbar sein und vom Gericht so weit begründet werden, dass eine Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz möglich ist (HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl. 2016, Art. 157 ZPO, N 7; PASSADELIS, in: Baker/McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010, Art. 157 ZPO, N 1 und 8 f.). Die verschiedenen Beweismittel sind in Bezug auf ihre Beweiskraft und hinsichtlich ihrer Qualität gleichberechtigt. Es bleibt folglich dem

Gericht überlassen, die Kraft eines Beweismittels nach seiner Überzeugung festzulegen; so darf es etwa die Aussage eines Zeugen schon dann als unzuverlässig einstufen, wenn es Zweifel an ihrer Richtigkeit hat, und umgekehrt ist es dem Gericht nicht verwehrt, auch dann auf die Aussage eines Zeugen abzustellen, wenn nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass seine Aussage doch nicht zutreffend sein könnte (HASENBÖHLER, a.a.O., Art. 157 ZPO, N 14 f.). Ein Beweis gilt grundsätzlich als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2).

5.3.2 Die Vorinstanz qualifiziert als gerichtsnotorisch, dass Frauen in mehreren muslimischen Ländern – und dort insbesondere in ländlichen Gebieten – aufgrund dort vorherrschender, politisch-kulturell-religiös begründeter Ansichten Schwierigkeiten haben, als Geschäftspartnerinnen akzeptiert zu werden. Dabei geht sie wohl eher davon aus, dass es sich um eine notorische bzw. offenkundige Tatsache handelt, denn von einer gerichtsnotorischen Tatsache – bzw. einer Tatsache, die das Gericht aus seiner richterlichen Tätigkeit kennt – kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Entsprechende Ausführungen zur Gerichtsnotorietät fehlen gänzlich. Auch kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht davon ausgegangen werden, es sei notorisch, dass Frauen Schwierigkeiten haben, in (ländlichen) muslimischen Gebieten als Geschäftspartnerinnen akzeptiert zu werden: Die Frauenrechte und die Position der Frauen befinden sich in einem starken Wandel. Wie sich die Situation in ländlichen Gebieten oder in den Städten zurzeit gestaltet, kann nicht allgemein bestimmt werden und ist sicher nicht allgemein bekannt. Ein blosser, wenn auch allgemeiner, Eindruck kann hingegen nicht als offenkundig betrachtet werden. Obwohl der allgemeine Eindruck, dass Frauen in den für die Beklagte wichtigen muslimischen Ländern nicht als Geschäftspartnerinnen akzeptiert werden, durchaus in gewissen Ländern zutreffen mag, kann weder von einer Tatsache ausgegangen werden, die alle kennen, noch handelt es sich um einen Umstand, welcher der allgemeinen sicheren Wahrnehmung zugänglich ist. Selbst wenn im Internet einiges in Erfahrung gebracht werden kann, was die Stellung der Frau in muslimischen Gebieten betrifft, steht damit keineswegs fest, wie die Lage in den für die Beklagte wichtigen ländlichen Gebieten ist und in welchem Umfang speziell die Geschäftsleute Frauen als Geschäftspartnerinnen akzeptieren. Es kann daher weder als gerichtsnotorisch noch als notorisch angesehen werden, dass Frauen in mehreren muslimischen Ländern – und dort vor allem in ländlichen Gebieten – Schwierigkeiten hätten, als Geschäftspartnerinnen akzeptiert zu werden. Die Beklagte hat daher gestützt auf Art. 8 ZGB den Beweis zu erbringen, dass dies in den betroffenen muslimischen Ländern der ausgeschriebenen Stelle zutreffend ist bzw. zutreffend war.

Die Beklagte offeriert als Beweis dafür, dass Frauen nicht als Geschäftspartnerinnen akzeptiert werden würden, einzig ihre Parteiaussage und die Zeugenaussage von A. Die Vorinstanz führt zwar aus, dass die Aussagen des Zeugen A. differenziert zu würdigen seien, da er an der Erstellung der Rechtsschriften und dem Entscheid, männliche Kandidaten bei der ausgeschriebenen Stelle zu bevorzugen, massgeblich beteiligt gewesen sei, stellt dann aber – wie die Klägerin zu Recht einwendet – ohne entsprechende Begründung vollumfänglich auf seine Aussagen ab. Auch wenn das Gericht die Beweise nach seiner Überzeugung würdigt (vgl. oben E. 5.3.1), muss der Richter nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit der Sachbehauptung überzeugt sein. Dabei genügt, wenn er am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2). Die aufgrund seiner Nähe zur Beklagten sehr vorsichtig zu würdigende Zeugenaussage von A. alleine reicht im vorliegenden Fall nicht aus, um die Behauptung zu beweisen, dass Frauen als Geschäftspartnerinnen, vor allem in ländlichen, muslimischen Gebieten nicht akzeptiert werden.

Damit trifft die Aussage der Beklagten nicht zu, dass anhand der Beispiele des Zeugen A. und der «allgemein bekannten Lage» die gravierende wirtschaftliche Einbusse habe belegt werden können. Dieser Umstand kann somit für das wirtschaftliche Interesse der Beklagten nicht gewichtet werden. Ferner ist in diesem Zusammenhang nicht bewiesen, dass eine Frau nicht den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie ein Mann erzielen kann. Dabei spielt auch der Umstand eine Rolle, dass nicht nachvollzogen werden kann, wie viele «für Frauen unkritische Länder» den angeblich «für Frauen kritischen Ländern» entgegenstehen. Auch der angeblich geringere wirtschaftliche Erfolg der Frauen in den besagten Ländern kann als Umstand für die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten nicht berücksichtigt werden, weil auch dieser unbewiesen blieb. Der Vorinstanz ist beizupflichten, wenn sie ausführt, dass der Vertrieb der beklagten Produkte nicht nur während der Reisetätigkeit sondern auch z.B. mittels schriftlicher Kommunikation erfolge. Es geht jedoch nicht an, dass die Vorinstanz ohne entsprechende Beweiswürdigung als bewiesen ansieht, dass selbst die schriftliche Kommunikation mit einer Frau nicht akzeptiert bzw. ignoriert werde. Es ist unbestritten, dass die ausgeschriebene Stelle noch nie mit einer Frau besetzt worden war. Dementsprechend konnte die Beklagte die Erfahrung nicht selber machen, dass die schriftliche Kommunikation mit Frauen ignoriert wird. Denn auch hier reichen die Aussagen des Zeugen A. nicht aus, um diese Behauptung als bewiesen anzusehen. Für die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten ist auch zu beachten, dass die Reisetätigkeit der ausgeschriebenen Stelle lediglich 15% betrug bzw. auf 25% hätte erhöht werden sollen. Bei der Aussage des Zeugen A., er habe selber erlebt, wie Frauen aus einem Restaurant in Marokko geworfen worden seien und es ihm gesagt worden sei, dass auf dem Land sehr konservative

Wertvorstellungen vorhanden seien, ist zu berücksichtigen, dass er die angebliche konservative Wertvorstellung auf dem Land nicht selber erlebt hat. Folglich handelt es sich um Vorurteile der Beklagten selber und um unbewiesene Wertvorstellungen Dritter.

Keine Rolle spielt bei der Interessenabwägung der Umstand, dass die Klägerin bereits Arbeitserfahrung in ähnlichen bzw. muslimischen Regionen gesammelt hat. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kann die Erfahrung der Klägerin in der Entwicklungszusammenarbeit nicht ohne weiteres auf den Vertrieb von Produkten und die Kundenakquisition übertragen werden, auch wenn ihre Sprachkenntnisse ihr wohl einen Vorteil verschafft hätten.

Ferner bringt die Beklagte vor, dass die für sie wirtschaftlich wichtigen Länder wie Saudi-Arabien, Marokko und Ägypten betroffen seien, in denen die Frauenrechte ein Problem darstellen würden und die Beklagte es nicht verantworten könne, eine Arbeitnehmerin in ein Land mit solch einer Einstellung zu schicken. Die fürsorglichen Pflichten des Arbeitgebers würden es ihr verbieten. Dazu ist zu erwähnen, dass nicht klar ist, wie viele Länder diesen wohl für Frauen eher kritischen Ländern gegenüber stehen, wie die Klägerin zu Recht einwendet. Der Zeuge A. führt in diesem Zusammenhang selbst aus, dass er nicht genau wisse, wie viele Länder insgesamt betroffen seien; in Afrika sei es vor allem westliches/zentrales und nördliches Afrika. Eine Beurteilung der Gewichtung ist in diesem Zusammenhang nicht möglich. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte überdies die Wichtigkeit bzw. das erhöhte Potenzial der muslimischen Länder Marokko, Saudi-Arabien und Ägypten für den Vertrieb ihrer Produkte (Biopflanzenschutzmittel) nicht bewiesen. Inwiefern die Beklagte ihre fürsorglichen Pflichten verletzen würde, ist damit nicht dargetan.

Dass die Beklagte die Stelle nach Eröffnung des Verfahrens neu mit dem Zusatz «m/w» ergänzt hatte, hat keinen Einfluss auf das wirtschaftliche Interesse der Beklagten. Es kann – wenn überhaupt – im Sinne des Verschuldens der Beklagten bei der Höhe der Entschädigung beachtet werden (vgl. unten E. 7).

Aufgrund des fehlenden Beweises, dass Frauen in den muslimischen Ländern Marokko, Saudi-Arabien und Ägypten nicht akzeptiert werden und dass diese drei Länder im Vergleich zu den übrigen in Aufgabengebiet der besagten Stelle von besonderer Wichtigkeit für den Vertrieb der beklagten Produkte sind, kann lediglich von eigenen Vorurteilen der Beklagten oder einer vermeintlichen – unbewiesenen gebliebenen – Einstellung der Zwischenhändler ausgegangen werden. Im Hinblick auf die Lehre und Rechtsprechung, wonach die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund Einstellungen/Vorurteilen Dritter eine absolute Ausnahme sein soll (vgl. oben E. 5.3.1) und die Beklagte eine Rechtfertigung hätte beweisen müssen, kann vorliegend nicht davon ausgegangen werden, dass die wirtschaftlichen Interessen – welche weitgehend unbewiesen blieben – die Gleichstellungsinteressen der Klägerin überwiegen. Gerechtfertigt könnte

eine Ungleichbehandlung lediglich dann sein, wenn bewiesen wäre, dass die Geschäftspartner in Drittstaaten, welche für die Beklagte von grosser Bedeutung sind, eine Frau nicht akzeptieren würden und die Beklagte deshalb wirtschaftliche Einbussen hinzunehmen hätte.

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte die sachliche Rechtfertigung der Anstellungsdiskriminierung nicht zu beweisen vermochte. Eine Anstellungsdiskriminierung liegt daher vor. Der vorinstanzliche Entscheid ist folglich aufzuheben.

6.

Die Beschwerde ist primär ein kassatorisches Rechtsmittel. Wird sie gutgeheissen, ist der Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO). Ist die Sache spruchreif, kann die Beschwerdeinstanz auch selber einen neuen Entscheid treffen (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Spruchreif ist die Sache dann, wenn der entscheidrelevante Sachverhalt aufgrund des erstinstanzlich erhobenen Beweismaterials vollständig feststeht, so dass die korrekte Rechtsanwendung durch die Rechtsmittelinstanz keiner zusätzlichen Abklärung mehr bedarf (STERCHI, Berner Komm., Bern 2012, Art. 327 ZPO N 13).

Andere – als die oben erwähnten (vgl. E. 5.3.2) – Beweise offeriert die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren nicht. Im Beschwerdeverfahren sind überdies neue Beweismittel nicht zulässig. Der entscheidrelevante Sachverhalt steht somit aufgrund des erstinstanzlich erhobenen Beweismaterials fest und bedarf keiner weiteren Abklärung. Eine Rückweisung an die Vorinstanz erübrigt sich und aufgrund der Spruchreife kann ein neuer Entscheid gefällt werden.

7.

7.1 Gemäss Art. 5 Abs. 2 GlG hat die betroffene Person einen Anspruch auf Entschädigung, wenn die Diskriminierung in der Ablehnung einer Anstellung besteht. Diese Entschädigung ist unter Würdigung der gesamten Umstände festzusetzen und wird auf der Grundlage des voraussichtlichen oder tatsächlichen Lohns berechnet.

Die konkrete Bemessung der Entschädigung hat unter Würdigung aller Umstände zu erfolgen. Die Kriterien der Bemessung haben sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach dem Zweck (Strafe und damit auch Prävention sowie Wiedergutmachung) zu richten (BGE 131 II 361 E. 3 und 4.4; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz [Hrsg. Kaufmann/Steiger-Sackmann], 2. Aufl. 2009, Art. 5 GlG N 32). Als Grundsatz gilt, dass die Entschädigung umso höher auszufallen hat, je schwerwiegender das Fehlverhalten der Arbeitgeberschaft erscheint bzw. je schwerer der Eingriff in die Persönlichkeit der nicht angestellten Person wiegt. Als Umstände kommen demnach das Verschulden der Arbeitgeberschaft, ob es sich bei der Arbeitgeberschaft um eine Erst- oder Wiederholungstäterin handelt, die wirtschaftliche Lage der Arbeitgeberschaft, die wirtschaftliche und soziale Lage der abgelehnten Person, das Verhalten der Ar-

beitgeberschaft nach der diskriminierenden Nichtanstellung oder auch die mutmasslichen Chancen der abgelehnten Person im diskriminierungsfreien Selektionsverfahren, in Betracht (MILANI, a.a.O., S. 56 f.; RIEMER-KAFKA/UEBERSCHLAG, a.a.O., Art. 5 GIG N 32; UEBERSCHLAG, a.a.O., N 802 ff.).

7.2 Die Klägerin bringt in ihrer Beschwerde vor, die Entschädigung sei auf der Basis des von der Beklagten eingereichten Lohnes (Fr. 6'500.-, zuzüglich Lohnzulagen und 13. Monatslohn pro rata i.S.v. Art. 5 Abs. 4 GIG) zu berechnen. Die Beklagte habe der Klägerin somit mindestens Fr. 7'041.70 zu bezahlen.

(...)

7.4.

7.4.1 Die Berechnung des Monatslohns von Fr. 6'500.- zuzüglich Lohnzulagen und 13. Monatslohn pro rata, mithin Fr. 7'041.70, als Basis der Entschädigung bestreitet die Beklagte nicht substantiiert. Damit hat es sein Bewenden.

7.4.2 Bei der Festsetzung der Höhe der Entschädigung müssen sämtliche Umstände in Betracht gezogen werden (vgl. E. 7.1).

Ein positives Verhalten der Arbeitgeberschaft nach der Diskriminierung, wirkt sich senkend auf die Entschädigung aus: In der Klageantwort führte die Beklagte aus, sie habe sich in einem Telefongespräch mit der Klägerin dahingehend geäußert, dass sie keine diskriminierende Absicht gehegt habe und, wenn Gefühle verletzt worden seien, entschuldige sie sich. Wohl zutreffend ist der Einwand der Klägerin, dass die Beklagte keine Einsicht gezeigt hat. Dies bedeutet jedoch kein verwerfliches Verhalten der Beklagten. Vielmehr war sie offensichtlich der Überzeugung, richtig gehandelt und zu Recht einen Mann eingestellt zu haben. Sie entschuldigte sich für den Fall, dass sie Gefühle verletzt haben sollte. Dieses Verhalten spricht klar für die Beklagte.

Zu beachten ist ferner, dass die Beklagte keine Diskriminierungsabsicht hegte. Auch wenn diese Absicht nicht Voraussetzung für das Vorliegen einer Anstellungsdiskriminierung ist, darf sie bei der Höhe des Verschuldens bei der Bemessung der Entschädigung berücksichtigt werden. Die Beklagte hat sämtliche ihrer Auffassung nach für Frauen kritischen Länder in einer Stelle zusammengefasst, sodass eine Ungleichbehandlung nur für diesen Fall hinzunehmen war. Zudem hatte die Beklagte neben ihren wirtschaftlichen Interessen das Wohl der Arbeitnehmerin ins Zentrum gerückt, was durchaus anerkennenswert ist. Auch wenn der Beklagten vorliegend der Beweis misslungen ist, dass Frauen in den für die Stelle relevanten Ländern tatsächlich nicht als Geschäftspartnerinnen akzeptiert werden, kann dies auch nicht klar verneint werden. Betrachtet man all diese Umstände, wiegt das Verschulden der Beklagten doch sehr gering.

Als Kriterium sind überdies die mutmasslichen Chancen der Klägerin im diskriminierungsfreien Anstellungsverfahren zu beachten. Zum Zeitpunkt der Bewerbung konnte die Klägerin unbestrittenermassen noch kei-

nen Master-Abschluss, sondern lediglich einen Bachelor-Abschluss vorweisen. Dieser Umstand mindert die Chancen der Klägerin auch in einem diskriminierungsfreien Anstellungsverfahren. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann es jedoch keine Rolle spielen, ob sich die Beklagte diese Qualifikation in der kurzen Reaktionszeit hätte in Erinnerung rufen können oder nicht. Vielmehr sind die mutmasslichen Chancen insbesondere aufgrund der Qualifikation zu eruieren. Für die tieferen Chancen spricht auch, dass sich die Klägerin unbestrittenermassen bereits bei der Beklagten beworben, diese Stelle jedoch nicht erhalten hatte, obwohl dies selbstredend auch von den übrigen Bewerbern abhängt.

Dass die Klägerin – wie die Beklagte ausführt – eine andere Anstellung gefunden und deshalb keine wirtschaftlichen Einbussen erlitten hat, bestreitet die Klägerin nicht. Auch dieser Umstand ist bei der Bemessung der Entschädigung zu Gunsten der Beklagten zu berücksichtigen.

Das Vorliegen einer starken horizontalen und vertikalen Segregation des berufsspezifischen Arbeitsmarktes ist unbestritten. In diesem Zusammenhang ist die erhöhte soziale Verantwortung der Beklagten zu beachten. Dieser Verantwortung ist sich offensichtlich auch die Beklagte bewusst. Dieser Umstand wirkt sich erhöhend auf die Entschädigung aus.

Zu Recht bringt die Klägerin vor, dem Umstand sei Rechnung zu tragen, dass sich das vorliegende Verfahren negativ auf die Marktstellung der Klägerin auswirken kann. Ob sich die Klägerin dies selbst zuzuschreiben hat, kann offenbleiben, denn auch ohne das Publizieren durch die Klägerin können sich zukünftige Arbeitgeber über solche Verfahren informieren.

Der Umstand, dass die Beklagte die Stelle nach Eröffnung des vorliegenden Verfahrens neu mit dem Zusatz «m/w» ausgeschrieben hat, wirkt sich weder zu Lasten noch zu Gunsten der Beklagten aus. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass sich eine Partei durch ein Verfahren wegen Geschlechterdiskriminierung verunsichert fühlt und deshalb den erwähnten Zusatz in der neuen Ausschreibung aufnimmt. Entgegen der Auffassung der Klägerin kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte damit zum Ausdruck brachte, die Stelle könne problemlos mit einer Frau besetzt werden oder dass die Beklagte eine Geschlechterdiskriminierung habe vertuschen wollen.

7.4.3 Vor diesem Hintergrund kann das Fehlverhalten der Beklagten nicht als schwerwiegend eingeschätzt werden. Vielmehr ist es als leicht zu bewerten. Daher ist die Zusprechung einer Entschädigung im Umfang eines Monatslohns – bei einer Höchstgrenze von drei Monatslöhnen – zu hoch. Eine Entschädigung von einem halben Monatslohn ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände angemessen.

**Ursprünglich falsche Lohneinreihung einer Primarschullehrperson; Rückforderung des zu viel ausbezahlten Lohns durch die Schulleitung; Frage der Zulässigkeit der Wiedererwägung nach § 116 Abs. 1 VRG; Abwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des Rechts und dem Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Voraussetzungen für die Wiedererwägung der Lohneinreihungsverfügungen nach § 116 Abs. 1 VRG sind vorliegend nicht erfüllt und selbst dann, wenn sie erfüllt wären, wäre aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls nur eine Änderung der Verfügungen mit Wirkung «ex nunc» gerechtfertigt. Der Schulleitung steht somit kein Lohnrückstattungsanspruch gegenüber der Primarschullehrerin zu (E. 5.5, 6).**

#### Sachverhalt:

Mit Wahlurkunde vom 23. Mai 2014 wurde A von der Schulpflege Z (nachfolgend: Schulpflege) auf den 1. August 2014 bis zum 31. Juli 2015 als Primarschullehrerin gewählt. In der Wahlurkunde wurde festgehalten, dass sich die Besoldung nach der Besoldungsordnung für die Lehrpersonen und die Fachpersonen der schulischen Dienste (BOL; SRL Nr. 74) richte. Die Besoldung und das genaue Pensum würden jeweils mit Schreiben der Dienststelle Personal des Kantons Luzern (nachfolgend: Dienststelle Personal) mitgeteilt. Anfangs August 2014 reichte A der Dienststelle Personal die Ausbildungsbestätigung der Pädagogischen Hochschule Luzern (nachfolgend: PH Luzern) vom 5. Juli 2014 ein, gemäss welcher sie das Studium für das Lehrdiplom für die Primarstufe absolviert habe. Darin wurde vermerkt, dass für die Erteilung des gesamtschweizerisch anerkannten Lehrdiploms der Erwerb des Fremdsprachenzertifikats auf dem Niveau C1 des Europäischen Sprachenportfolios im Fach Englisch ausstehe. Mit Schreiben vom 4. August 2014 teilte die Dienststelle Personal (...) A das Pensum und die Besoldung für das Schuljahr 2014/2015 mit. Dem Schreiben ist zu entnehmen, dass A in die Lohnklasse 18 und darin in die Stufe 04 eingereiht worden war. In der Folge wurde A der Lohn gemäss Bestätigung vom 4. August 2014 monatlich ausgerichtet.

Mit Wahlurkunden vom 15. Juni 2015 sowie 20. Juni 2016 wurde A von der Schulpflege jeweils für ein weiteres Schuljahr als Primarschullehrerin gewählt. In den Beschlüssen wurde bezüglich Besoldung und Pensum wiederum auf die BOL sowie separate Schreiben der Dienststelle Personal verwiesen. In den Bestätigungen über das besoldete Pensum für die Schuljahre 2015/2016 sowie 2016/2017 der Dienststelle Personal (...) wurde A wiederum für ihre Tätigkeit als Lehrperson Primarschule in die Lohnklasse 18 (bis 31. Juli 2016 in der Stufe 04, ab 1. August 2016 in der Stufe 05) eingereiht und erhielt in der Folge den entsprechenden Lohn.



Nachdem A im September 2016 das Cambridge Certificate in Advanced English (Council of Europe Level C1) erlangt hatte, reichte sie der Dienststelle Personal im November 2016 ihr «Lehrdiplom für die Primarstufe» der PH Luzern von 16. November 2016 ein.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2016 teilte die Dienststelle Personal A mit, man habe festgestellt, dass sie seit ihrem Eintritt am 1. August 2014 in Y lohnmassig als ausgebildete Primarlehrperson eingereiht worden sei, obwohl sie erst am 16. November 2016 ihr Lehrdiplom für die Primarstufe erfolgreich absolviert habe, und sie daher in der Vergangenheit zu viel Lohn erhalten habe. Der zu viel ausbezahlte Lohn in der Zeitspanne vom 1. August 2014 bis zum 30. November 2016 werde daher vollständig von ihr zurückgefordert. Am 9. Januar 2017 unterbreitete die Schulleitung Z (nachfolgend: Schulleitung) A den Entwurf ihres Entscheids betreffend Rückerstattung des zu viel ausbezahlten Lohnes und räumte ihr im Sinn des rechtlichen Gehörs eine Frist zur Stellungnahme ein. Nachdem A am 23. Januar 2017 ihre Stellungnahme eingereicht hatte, erliess die Schulleitung am 15. März 2017 den Entscheid und verpflichtete sie, der Schule Z die für die Zeit vom 1. August 2014 bis 30. November 2016 aufgrund der nicht korrekten Einreihung zu viel ausbezahlte Besoldung in Höhe von netto Total Fr. 6'773.75 zurückzuerstatten. Die Rückzahlung werde auf zwölf Monatsraten à netto Fr. 564.45 aufgeteilt und direkt mit dem Lohn verrechnet. Die erste Verrechnung erfolge mit dem Lohn vom April 2017.

Gegen diesen Entscheid erhob A am 28. März 2017 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Luzern (nachfolgend: Regierungsrat) und beantragte, der Entscheid der Schulleitung sei aufzuheben und die Vorinstanz sowie die Dienststelle Personal seien umgehend anzuweisen, auf die ab April 2017 vorgesehene Verrechnung der Lohnrückforderung mit dem aktuellen Lohn zu verzichten. Weiter sei die Vorinstanz zum Ersatz der Parteikosten zu verpflichten. Die Schulleitung schloss in ihrer Stellungnahme vom 2. Mai 2017 auf Abweisung der Beschwerde. (...) Mit Entscheid vom 9. November 2017 wies der Regierungsrat die Verwaltungsbeschwerde ab. Auf die Erhebung amtlicher Kosten wurde verzichtet. Eine Parteientschädigung wurde nicht zugesprochen.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 27. November 2017 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht und stellte die folgenden Anträge:

- a. Die Vorinstanz sei anzuweisen, den Vollzug des angefochtenen Entscheids, v.a. Inkassomassnahmen gegenüber der Beschwerdeführerin, zu unterlassen;
- b. Auf die Erhebung von Kostenvorschuss und Verfahrenskosten sei zu verzichten;
- c. Der vorinstanzliche Entscheid sei nichtig zu erklären bzw. zu kasieren;
- d. Die von der Vorinstanz geltend gemachte Lohnrückforderung sei aufzuheben;

- e. Die Verfahrenskosten seien der Vorinstanz aufzuerlegen;
- f. Die Vorinstanz sei zum Ersatz der Parteikosten zu verpflichten.

In seiner Vernehmlassung vom 30. Januar 2018 schloss der Regierungsrat auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde; unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin. (...).

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Das Kantonsgericht prüft von Amts wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind (§ 107 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SRL Nr. 40]). Ein Sachentscheid setzt insbesondere die Zuständigkeit der angerufenen Behörde voraus (§ 107 Abs. 2 lit. a VRG).

Anfechtungsgegenstand bildet der Entscheid des Regierungsrats vom 9. November 2017, mit welchem die Verwaltungsbeschwerde der Beschwerdeführerin abgewiesen wurde. Streitig ist vorliegend die Frage, ob die Beschwerdeführerin einen Teil ihres Lohnes, welchen sie in der Zeitspanne zwischen ihrem Stellenantritt am 1. August 2014 und dem 30. November 2016 als Primarschullehrerin an der Schule Z verdient hat, aufgrund einer ursprünglich unrichtigen Lohneinreihung zurückzuerstatten hat oder nicht. Folglich gelangt das Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (PG; SRL Nr. 51) zur Anwendung, welches u.a. das Arbeitsverhältnis der Angestellten der öffentlichen Schulen des Kantons und der Gemeinden ordnet (§ 1 Abs. 1 lit. b PG).

Gemäss § 70 Abs. 2 PG sind «andere personalrechtliche Entscheide» – d.h. Entscheide, die weder die Beendigung noch die Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses gemäss Abs. 1 betreffen – mit Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat anzufechten. Nach der Rechtsprechung des Gerichts handelt es sich bei Lohneinreihungsverfügungen in Anwendung der besoldungsrechtlichen Bestimmungen bzw. ohne Änderung in der Funktion um «andere personalrechtliche Entscheide» (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 14 181 vom 14.10.2015 E. 1.2, Urteil des Verwaltungsgerichts Luzern V 11 248 vom 14.2.2012 E. 3). Der Entscheid der Schulleitung betreffend Rückerstattung des wegen ursprünglich falscher Lohneinreihung zu viel erhaltenen Lohnes wurde daher richtigerweise zunächst beim Regierungsrat angefochten. Der Beschwerdeentscheid des Regierungsrats ist sodann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht anfechtbar (§ 70 Abs. 2 PG; vgl. auch § 148 lit. b VRG), womit dessen Zuständigkeit gegeben ist.

Das vorliegende Urteil ergeht als Einzelrichterentscheidung, da der Streitwert den Betrag von Fr. 20'000.– nicht übersteigt (vgl. § 18a Abs. 2 lit. a des Gesetzes über die Organisation der Gerichte und Behörden in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren [JusG; SRL Nr. 260]).

1.2 (Es folgen Ausführungen zur Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten (vgl. § 107 Abs. 3 VRG e contrario).

1.3 Wird das Kantonsgericht als zweite Rechtsmittelinstanz in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten angerufen, sind grundsätzlich die Normen über die beschränkte Überprüfung anwendbar (§§ 152-155 VRG). Danach können die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (§ 152 lit. a VRG) und die unrichtige Rechtsanwendung, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens (§ 152 lit. b VRG), gerügt werden. Soweit sich aus der Natur der Streitsache nichts anderes ergibt, sind für die Beurteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids massgebend (§ 153 VRG). Die Parteien dürfen denn auch die im vorinstanzlichen Verfahren zur Sache gestellten Anträge nicht ausdehnen oder inhaltlich ändern, und das Gericht darf über die zur Sache gestellten Anträge nicht hinausgehen (§§ 154 Abs. 1 und 155 VRG). Immerhin sind Noven zulässig. Die Parteien können neue Tatsachen und Beweismittel unterbreiten (§ 154 Abs. 2 VRG). Das Gericht prüft damit im Ergebnis den Sachverhalt frei und wendet das Recht von Amts wegen an (BGE 135 II 369 E. 3.3).

(...)

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, den Vollzug des angefochtenen Entscheids, v.a. Inkassomassnahmen gegenüber der Beschwerdeführerin, zu unterlassen.

2.2 Verwaltungsbeschwerde und Verwaltungsgerichtsbeschwerde haben in der Regel aufschiebende Wirkung (vgl. § 131 Abs. 1 VRG). In einem Entscheid, der keine Geldleistung betrifft, kann die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung einer Verwaltungsbeschwerde oder einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausschliessen (§ 131 Abs. 2 VRG). Die Rechtsmittelinstanz kann von Amts wegen oder auf Gesuch einer Partei die aufschiebende Wirkung wiederherstellen oder sie aufheben (§ 131 Abs. 3 VRG).

2.3 Streitig ist vorliegend eine Geldleistung, nämlich die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, Fr. 6'773.75 an die Schule Z zurückzuerstatten. Zwar wurde im Entscheid der Schulleitung festgehalten, die Rückzahlung werde auf zwölf Monatsraten aufgeteilt, direkt mit dem Lohn verrechnet und die erste Verrechnung erfolge mit dem Lohn vom April 2017. Die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde wurde aber weder mit diesem Entscheid noch mit dem Entscheid des Regierungsrats entzogen. Dies wäre – da es sich vorliegend um eine Geldleistung handelt – wie erwähnt gesetzlich auch gar nicht zulässig gewesen. In diesem Sinn wurde im Entscheid des Regierungsrats vielmehr festgehalten, dass die Verwaltungsbeschwerde aufschiebende Wirkung habe. Auch wurde der

Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben der Instruktionsbehörde des Regierungsrats vom 31. März 2017 mitgeteilt, dass die Schulleitung mit der Aufforderung zur Vernehmlassung explizit auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde hingewiesen worden sei und auch die Dienststelle Personal intern darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass vorderhand keine Verrechnung der Forderung mit der Lohnzahlung erfolgen dürfe.

Zusammenfassend wurde somit die aufschiebende Wirkung weder von der Schulleitung noch vom Regierungsrat entzogen, was von Gesetzes wegen auch gar nicht zulässig wäre. Sämtliche involvierten Behörden sind darüber in Kenntnis, dass vorderhand keine Verrechnung der strittigen Forderung mit Lohnansprüchen erfolgen darf. Nach dem Gesagten erweist sich der Antrag der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz sei anzuweisen, den Vollzug des angefochtenen Entscheids, v.a. Inkassomassnahmen ihr gegenüber zu unterlassen, somit als obsolet.

### 3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beantragt im Weiteren, der vorinstanzliche Entscheid sei nichtig zu erklären bzw. zu kassieren. Sie begründet diesen Antrag im Wesentlichen damit, dass nicht die Schulleitung, sondern die kantonale Finanzdirektion (Finanzdepartement des Kantons Luzern, nachfolgend: Finanzdepartement) die Lohnklassen-Einreihung vorgenommen habe. De facto sei es auch das Finanzdepartement gewesen, welches die Lohnrückforderung gegenüber der Beschwerdeführerin verfügt habe. Die Schulleitung habe nur «nachvollzogen», was ihr das – ihr in Lohnfragen vorgesetzte und diesbezüglich juristisch versierte – Finanzdepartement vorgegeben habe. Es bestünden daher Zweifel an der Unabhängigkeit der Schulleitung sowie der Zuständigkeit des Regierungsrats. Der Regierungsrat hätte seine Nichtzuständigkeit feststellen müssen und hätte die Angelegenheit zuständigkeitshalber an das Kantonsgericht überweisen müssen. Sofern er sich als für den Beschwerdeentscheid zuständig hätte betrachten dürfen, hätte er ein anderes bzw. neutrales Departement mit der Instruktion beauftragen müssen. Das in der Angelegenheit vorbefasste Finanzdepartement hätte in den Ausstand treten müssen und hätte weder als Instruktionsbehörde amtieren noch beim Beschwerdeentscheid des Regierungsrats mitwirken dürfen. Die fehlende Zuständigkeit des Regierungsrats und die Verletzung von Ausstandspflichten führe je zur Nichtigkeit des mangelbehafteten Regierungsratsentscheids und zu dessen Kassation.

3.2 Bei den Rechtsfolgen eines fehlerhaften Verwaltungsaktes wird zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit unterschieden. In der Regel bewirken fehlerhafte Verwaltungsakte deren Anfechtbarkeit. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensmängel in Be-

tracht (BGE 139 II 243 E. 11.2; Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 15 60 vom 26.2.2016 E. 5.4.5).

### 3.3

3.3.1 Die Zuständigkeit des Regierungsrats zur Behandlung der gegen den Entscheid der Schulleitung eingereichten Beschwerde ergibt sich aus dem Gesetz, konkret § 70 Abs. 2 PG (vgl. dazu E. 1.1 hiervor), womit sich weitere Ausführungen zu diesem Punkt erübrigen.

3.3.2 Gemäss § 66 lit. d PG ist sodann die Schulleitung (in den früheren Versionen gültig bis zum 31.7.2016: die Schulpflege) zuständig für die Wahl sowie für die Beendigung und die Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses der Lehrpersonen an den öffentlichen Schulen der Gemeinden. Die gemäss § 66 PG zuständige Behörde ist auch für die übrigen personalrechtlichen Entscheide zuständig (§ 67 Abs. 1 PG). Entscheide über die Lohnklassen-Einreihung sind zur Gewährleistung einer einheitlichen Einreihungs- und Einstufungspraxis von der zuständigen Behörde in Zusammenarbeit mit der Dienststelle Personal zu treffen (§ 6 Abs. 8 i.V.m. Abs. 1 der Besoldungsverordnung für die Lehrpersonen und die Fachpersonen der schulischen Dienste [BVOL; SRL Nr. 75]).

Im Einklang mit diesen gesetzlichen Bestimmungen erfolgte die Wahl der Beschwerdeführerin als Primarschullehrerin jeweils durch die Schulpflege. In den Wahlurkunden wurde sodann auch bereits indirekt die Besoldung festgelegt, indem jeweils festgehalten wurde, dass sich diese nach der BOL richte und die genaue Besoldung sowie das genaue Pensum mit separatem Schreiben von der Dienststelle Personal mitgeteilt würden. Die Bestätigungen über das besoldete Pensum der Dienststelle Personal (...) haben ihre Rechtsgrundlage somit in den Wahlurkunden der Schulpflege und in der gesetzlichen Vorgabe an diese bzw. die Schulleitung, Einreihungs- und Einstufungsentscheide in Zusammenarbeit mit der Dienststelle Personal zu treffen (vgl. § 6 Abs. 8 i.V.m. Abs. 1 BVOL). Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, dass auch der Entscheid der Schulleitung vom 15. März 2017 über die Rückforderung des zu viel ausbezahlten Lohnes von dieser in Zusammenarbeit mit der Dienststelle Personal gefällt wurde, geht es dabei doch eben gerade auch um die Frage der Lohnneinreihung. Nach dem Gesagten erfolgten sowohl die Lohnneinreihung als auch die Rückforderung eines Teils des Lohnes entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht durch das Finanzdepartement, sondern durch die Schulpflege bzw. Schulleitung selbst, als die für diese Entscheide zuständige Behörde. Dabei wurde sie von der Dienststelle Personal unterstützt, was im Einklang mit der kantonalen Gesetzgebung steht. Aus der im Recht liegenden Aktennotiz der zuständigen Mitarbeiterin der Dienststelle Personal geht klar hervor, dass seitens der Dienststelle Personal eine Rückforderung empfohlen wurde, die definitive Entscheidung aber bei der zuständigen Behörde bzw. der Schulleitung liege.

Die Mitwirkung der Dienststelle Personal im soeben beschriebenen Sinn entspricht dem gesetzlich vorgesehenen Prozess. Dass der Regie-

rungsrat den Entscheid vom Finanzdepartement, als dem sachlich zuständigen Departement, instruieren liess, ist daher nicht zu beanstanden (vgl. § 21 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Organisation, die Führung und die Kontrolle der kantonalen Verwaltung [OV; SRL Nr. 36]; § 39 Abs. 1 VRG). Es sind keine besonderen Gründe ersichtlich, welche die Bestimmung einer anderen Instruktionsinstanz nötig gemacht hätten.

3.4 Vor diesem Hintergrund sind die dargestellten Nichtigkeitsgründe nicht gegeben, weshalb dem Antrag der Beschwerdeführerin, der vorinstanzliche Entscheid sei nichtig zu erklären bzw. zu kassieren, nicht gefolgt werden kann.

#### 4.

4.1 Gemäss der BOL bestehen für Lehrpersonen und Fachpersonen der schulischen Dienste 35 Lohnklassen, die in vier Funktionsgruppen unterteilt werden. Lehrpersonen auf der Stufe «obligatorische Schulzeit» gehören zur Funktionsgruppe D und werden in die Lohnklassen 8–24 eingereiht (§ 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 BOL). Die Lehrperson wird in die Lohnklasse eingereiht, die ihrer beruflichen Tätigkeit bzw. der Funktionsumschreibung entspricht (§ 5 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 BVOL). Gemäss Anhang 1 zur BVOL ist für Lehrpersonen der Primarschule die Lohnklasse 18 vorgesehen. In fachlicher Hinsicht wird dafür das Lehrdiplom für die Primarschule oder Lehrdiplom für die Primarstufe (1.–6. Klasse) oder Lehrdiplom für den Kindergarten und die Unterstufe der Primarschule (Einsatz an der 1. und 2. Klasse) oder das Lehrdiplom für den Fachbereich (Einsatz im Fachbereich) vorausgesetzt. Lehrpersonen, die bezüglich der Anforderungen an die Fachkompetenz nicht über das entsprechende Lehrdiplom oder die entsprechende Fachausbildung verfügen, werden im Ausmass der Abweichung eine bis drei Lohnklassen unterhalb der Lohnklasse gemäss Funktionsumschreibung eingereiht (§ 6 Abs. 1 BVOL). Für Studierende, welche die Ausbildung an der PH Luzern mit Erfolg absolviert haben, jedoch noch über kein externes Fremdsprachenzertifikat auf Niveau C1 verfügen, haben die Dienststelle Volksschulbildung des Kantons Luzern (vormals Amt für Volksschulbildung des Kantons Luzern, nachfolgend Dienststelle Volksschulbildung) sowie die PH Luzern (vormals PHZ Luzern) mit Informationsschreiben vom 12. Dezember 2005 an die Schulleitungen und Schulpflegen des Kantons Luzern als Vorgehensweise gemeinsam festgelegt, dass diese Absolventen ihre Arbeit als Primarlehrpersonen nach der Ausbildung aufnehmen können, jedoch bis zum Zeitpunkt, zu dem sie das Fremdsprachenzertifikat einreichen können, für das ganze Pensum in eine tiefere Lohnklasse eingereiht werden. Innerhalb der Lohnklasse wird die Lehrperson in eine Lohnstufe eingestuft. Dabei werden die berufliche Qualifikation und die Erfahrung der Lehrperson berücksichtigt. Der interne Quervergleich sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt können ergänzend berücksichtigt werden (§ 6 Abs. 2 BVOL). Fällt der Grund für die tiefere Einreihung gemäss § 6 Abs. 1 BVOL weg, können betroffene Lehrpersonen eine Neueinreihung beantragen. Sobald die notwendigen Un-

terlagen für die Beurteilung eingereicht sind, wird die Neueinreihung geprüft und bei Gutheissung des Antrags auf Beginn des folgenden Kalendermonats vorgenommen (§ 6 Abs. 4 BVOL).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihre Einreihung in die Lohnklasse 18 bei Stellenantritt per 1. August 2014 richtig gewesen sei. Aus der Ausbildungsbestätigung der PH Luzern vom 5. Juli 2014 ergibt sich jedoch, dass sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht im Besitz des gesamtschweizerisch anerkannten Lehrdiploms war, da für dessen Erteilung noch der Erwerb des Fremdsprachenzertifikats auf dem Niveau C1 des Europäischen Sprachenportfolios im Fach Englisch ausstehend war. Sie verfügte zum Zeitpunkt ihres Stellenantritts somit unbestrittenermassen noch nicht über das Lehrdiplom für die Primarstufe, welches gemäss Anhang 1 der BVOL hinsichtlich der notwendigen Fachkompetenz einer Primarschullehrperson Voraussetzung für die Einreihung in die Lohnklasse 18 bildet. In Anwendung von § 6 Abs. 1 BVOL und der von der Dienststelle Volksschulbildung sowie der PH Luzern für genau diesen Fall vorgesehenen Vorgehensweise, hätte die Beschwerdeführerin somit aufgrund des fehlenden Lehrdiploms bei Stellenantritt in die Lohnklasse 17 eingereiht werden müssen und hätte erst mit der Nachreichung des Lehrdiploms im November 2016 eine Neueinreihung in die Lohnklasse 18 per Dezember 2016 beantragen können.

Die Lohneinreihung der Beschwerdeführerin als Primarschullehrerin in die Lohnklasse 18 per Stellenantritt durch die Schulpflege, wie in den Pensenbestätigungen vom 4. August 2014, 11. Juni 2015, 22. Januar 2016, 29. März 2016 und 22. Juli 2016 gestützt auf die jeweiligen Wahlurkunden ausgewiesen, war somit nicht korrekt. Erst mit der Einreichung des Lehrdiploms im November 2016 wurde sie für die Zukunft korrekt. Es handelt sich bei der falschen Lohneinreihung somit um eine ursprünglich fehlerhafte Dauerverfügung bzw. ursprünglich fehlerhafte Verfügungen.

4.3 Daran vermögen auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Aus dem Gesetz ergibt sich klar, dass sie wegen des fehlenden Lehrdiploms bis November 2016 höchstens in die Lohnklasse 17 hätte eingereiht werden dürfen. Daran ändern ihre Hinweise auf ihre weiteren Ausbildungen, ihre pädagogisch-didaktischen Berufserfahrungen, ihr Pflichtenheft an der Schule, ihr Alter usw. nichts. Diese Kriterien können innerhalb der Lohnklasse bei der Festlegung der Lohnstufe von Bedeutung sein (vgl. § 6 Abs. 2 BVOL). Die Lohnstufe bildet vorliegend jedoch nicht Streitgegenstand. Inwiefern der Regierungsrat bei dieser klaren Sach- und Rechtslage den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt haben sollte, ist nicht ersichtlich.

## 5.

5.1 Mit dem Nachreichen des Lehrdiploms durch die Beschwerdeführerin wurde durch die Schulleitung bzw. die Dienststelle Personal festgestellt, dass die Beschwerdeführerin ab Beginn ihrer Anstellung bis November 2016 in die falsche Lohnklasse, nämlich in die Lohnklasse 18 an-

statt in die Lohnklasse 17, eingereiht worden war. Mit Einreichen des Diploms wurde diese ursprüngliche Fehlerhaftigkeit aufgehoben. Ab Dezember 2016 befand sich die Beschwerdeführerin somit korrekterweise in der Lohnklasse 18. Streitig ist nun die Frage, ob die Schulleitung die Lohndifferenz, welche sich aus der falschen Einreihung in die Lohnklasse 18 anstelle der Lohnklasse 17 für die Zeitspanne vom 1. August 2014 bis zum 30. November 2016 ergibt (konkret nach der [unbestrittenen] Berechnung der Schulleitung Fr. 6'773.75), von der Beschwerdeführerin zurückverlangen darf oder nicht. Es stellt sich mit anderen Worten die Frage, ob die Schulleitung zum Nachteil der Beschwerdeführerin in dem Sinn rückwirkend auf ihre ursprüngliche Lohneinreihung zurückkommen darf, dass ihr ein Lohnrückforderungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin zusteht.

5.2 Die Vorinstanz schützt den Rückforderungsanspruch der Schulleitung und stützt sich dabei auf § 116 VRG. Sie führt in ihrem Entscheid insbesondere aus, dass vorliegend ein grosses Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts bestehen würde, insbesondere auch vor dem Hintergrund der Gleichbehandlung. Die Beschwerdeführerin hätte sodann die Fehlerhaftigkeit der Verfügung erkennen können. Doch selbst wenn sie in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Pensenbestätigung zu schützen wäre, so würde es vorliegend an einer relevanten Disposition, als weitere Voraussetzung für die Berufung auf den Vertrauensschutz, fehlen. Die Voraussetzungen für die implizite Wiedererwägung der Pensenbestätigungen, wie von der Schulleitung vorgenommen, seien somit erfüllt. Aufgrund der fehlerhaften Pensenbestätigungen sei der Beschwerdeführerin in Höhe der Differenz zwischen der Besoldung, basierend auf der falschen Einreihung (Lohnklasse 18), und der Besoldung, basierend auf der korrekten Einreihung (Lohnklasse 17), eine zu hohe Besoldung ausbezahlt worden. Diese Differenz könne gestützt auf den im öffentlichen Recht geltenden Rückerstattungsanspruch, welcher sich unmittelbar aus dem Legalitätsprinzip begründen lasse, zurückgefordert werden. Der Rückforderungsanspruch der Schulleitung, welcher in seiner Zusammensetzung nicht bestritten werde, bestehe daher in der Höhe von Fr. 6'773.75.

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, dass sie weder beim Anstellungs- und Lohnentscheid noch später im Verlauf ihres Arbeitsverhältnisses je Anlass zu Zweifeln an der Richtigkeit ihres Lohnes gehabt habe. Sie habe sich jederzeit gutgläubig auf die Korrektheit ihres Lohnes verlassen dürfen. Sie habe die ihr bei der Anstellung und Lohnklassen-Einreihung obliegenden Pflichten in keiner Weise verletzt und habe jederzeit konstruktiv mitgewirkt. Es sei nicht zu erkennen, was sie hätte abklären und melden müssen. Sowohl die Schulleitung als auch das Finanzdepartement seien vor dem Entscheid zur Lohnklasse über alle für die Lohnklassen-Einreihung relevanten Fakten im Bild gewesen. Eine nachträgliche Änderung der Lohnklasse – insbesondere eine rückwirkende – würde am Gebot der Verhältnismässigkeit sowie am Grundsatz des



Vertrauensschutzes scheitern. Die Vorinstanzen würden der Beschwerdeführerin unverhältnismässig hohe Mitwirkungs- und Sorgfaltspflichten auferlegen. Nicht die Beschwerdeführerin hätte den angeblichen Irrtum entdecken und handeln müssen. Diese Pflicht habe vielmehr der Arbeitgeberin, d.h. der Schulleitung und dem Finanzdepartement obliegen. Beide Stellen hätten in dieser Beziehung versagt. Dass diese nun sie für die Folgen ihres angeblichen Irrtums belangen wollen, sei unangemessen und willkürlich. Im Übrigen habe sie den Lohn, der nur unwesentlich höher gewesen sei, als der Betrag, den sie bei Einreihung in die Lohnklasse 17 erhalten hätte, in guten Treuen verbraucht. Erfahrungsgemäss gebe u.a. die Lohnhöhe den Ausschlag für die Grösse der finanziellen Investitionen. Sie habe ihren Lebensstandard v.a. nach der Höhe ihres gutgläubig erworbenen Lohnes orientiert. Sie müsse keine ausserordentlichen Ausgaben belegen, die sie wegen des erhaltenen Lohnes getätigt hätte. Die Lohndifferenz sei vorliegend zu klein, um daraus ableiten zu können, sie müsse wegen der Differenz nicht rückgängig machbare Investitionen getätigt haben. Die Voraussetzungen für die Wiedererwägung seien nicht erfüllt. Ein tieferer Lohn als der vereinbarte bzw. als der mehrfach durch Verfügung bestätigte Lohn wäre nur «pro futuro» und nur durch Abschluss einer neuen Lohnvereinbarung oder durch Änderungsverfügung zulässig.

### 5.3

5.3.1 Nach § 116 Abs. 1 VRG kann die Verwaltungsbehörde aus wichtigen Gründen ihre Entscheide ausserhalb eines Revisionsverfahrens von Amts wegen oder auf Gesuch hin ändern oder aufheben, soweit nicht besondere Vorschriften, der Grundsatz von Treu und Glauben oder andere allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze dies ausschliessen oder einschränken.

Bei der Frage, ob die Behörde auf eine Verfügung zurückkommen bzw. diese widerrufen kann, ist für jeden Einzelfall eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits. Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts spricht für die Möglichkeit des Widerrufs einer fehlerhaften Verfügung; die Rechtssicherheit und der Vertrauensschutz, die beide auch den Interessen der Betroffenen dienen, sprechen gegen den Widerruf (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N 1216, 1227 und 1233). Auf Vertrauensschutz kann sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage, z.B. der Verfügung, Kenntnis hatte und ihre allfällige Fehlerhaftigkeit nicht kannte und auch nicht hätte kennen sollen. Wer die Fehlerhaftigkeit kennt, kann nicht in guten Treuen davon ausgehen, dass die durch den Staat erweckten Erwartungen erfüllt werden. Ein berechtigtes Vertrauen ist auch denjenigen abzusprechen, welche die Mangelhaftigkeit der Vertrauensgrundlage bei gehöriger Sorgfalt hätten erkennen müssen. Dabei ist auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse der sich auf Vertrauensschutz berufenden Personen abzustellen.

Eigentliche Nachforschungen über die Richtigkeit behördlichen Handelns werden von den Privaten aber nicht erwartet, sondern sie dürfen sich grundsätzlich darauf verlassen. Anlass zur Überprüfung, etwa durch eine Rückfrage bei der Behörde, besteht einzig dort, wo die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage leicht erkennbar ist, z.B. bei Unklarheiten oder bei offensichtlicher Unvernünftigkeit einer Verfügung (zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 654 ff.; vgl. zum Ganzen auch BGE 137 I 69 E. 2.3 ff.; vgl. auch WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt am Main 1983, S. 182). Der Widerruf ist ein Spezialfall des Vertrauensschutzes. Grundlage des Vertrauens ist die Verfügung, also eine qualifizierte Vertrauensgrundlage. Dies hat zur Folge, dass der Private nicht zwingend Dispositionen getroffen haben muss, um sich gegen den Widerruf einer begünstigenden Verfügung zur Wehr zu setzen; der Schutz der Verfügung besitzt gewissermassen einen «Selbstwert». Dispositionen des Privaten haben aber einen (erheblichen) Einfluss auf die Interessenabwägung zu seinen Gunsten (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 661 f. und N 1228). Die Vertrauensbetätigung spielt daher, auch wenn sie keine unerlässliche Voraussetzung des Vertrauensschutzes bildet, in der Praxis eine ausschlaggebende Rolle. Sobald nämlich erhebliche öffentliche Interessen die Aufhebung des Verwaltungsakts gebieten, unterliegt ihnen das private Interesse, wenn es nicht in die Tat umgesetzt wurde (WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 183). Bei der Frage des Widerrufs einer Verfügung existieren neben den Konstellationen, in denen typischerweise die Vertrauensschutzinteressen überwiegen, auch Konstellationen, in denen typischerweise die Gesetzmässigkeitsinteressen überwiegen. Dazu zählt der Fall, dass auf die Verfügung durch unrichtige oder unvollständige Angaben eingewirkt wurde, der Fall, dass besonders gewichtige öffentliche Interessen vorliegen sowie der Fall, dass der rechtswidrige Zustand lange fortauern würde (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 31 N 56 ff.).

5.3.2 Spricht ein überwiegendes Interesse gegen den Bestand der Verfügung, so stellt sich die Frage, ob die Änderung einer Verfügung «ex tunc» oder «ex nunc» wirkt, d.h., ob die bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Änderung eingetretenen Folgen der Verfügung (z.B. Bezug einer zu hohen Besoldung eines Staatsangestellten, zu Unrecht ausgerichtete Sozialhilfe) bestehen bleiben oder rückgängig gemacht werden sollen. Diesbezüglich besteht in Lehre und Praxis keine einheitliche Auffassung (vgl. BGE 110 V 291 E. 3c). Die Frage lässt sich denn auch nicht in allgemeiner Weise beantworten, entscheidend ist die konkrete Konstellation (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 31 N 62; vgl. auch BGE 129 V 211 E. 3.2.3). So kommt es auf die Art des Fehlers an, der zur Änderung der Verfügung Anlass gibt, und darauf, wer ihn verursacht hat (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1282). Ist die Verfügung ursprünglich fehlerhaft, so wird die Änderung nicht zwingend «ex tunc» wirksam; es sind auch fallweise Abweichungen denkbar (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1283 mit Hinweis auf BGE 110 V 291 E. 3c, wonach

ein gesetzlich vorgesehener Widerruf mit Wirkung «ex nunc» jedenfalls nicht bundesrechtswidrig ist). Eine Wirkung «ex nunc» kann namentlich dann angezeigt sein, wenn die Fehlerhaftigkeit nicht durch die Verfügungsadressaten, sondern durch die Behörden zu verantworten ist (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1283). Mit welcher zeitlichen Wirkung zu widerrufen ist, beurteilt sich letztlich nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (MÜLLER, Die Entschädigungspflicht beim Widerruf von Verfügungen, Bern/Frankfurt am Main/New York 1984, S. 74 f.). Bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung stellt die zeitlich abgestufte Aufhebung (insbesondere die Aufhebung «ex nunc» oder «ex tempore futuro») einen gangbaren Ausweg dar, um dem Bürger eine Benachteiligung zu ersparen (WEBER-DÜRLER, a.a.O., S. 190).

Für den (zur vorliegenden Situation umgekehrten) Fall, dass eine im öffentlichen Dienst angestellte Person wegen ungleicher Besoldung rückwirkend Lohn nachfordert, hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei ungleichen Besoldungen, die nicht geschlechtsspezifisch bedingt diskriminierend sind, als Schranke lediglich das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) gilt, welches nicht unmittelbar ein subjektives Recht auf einen rechtsgleichen Lohn, sondern nur einen Anspruch auf Korrektur der rechtsungleichen Besoldung auf geeignete Weise und innert angemessener Frist verschafft. Aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot ergibt sich somit kein direkter bundesrechtlicher Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung, wie dies für den Bereich der Lohngleichheitsgarantie für Mann und Frau der Fall ist; von Verfassungen wegen kann lediglich verlangt werden, dass der rechtsungleiche Zustand auf geeignete Weise und in angemessener Frist behoben wird. Es ist nicht unhaltbar, einen rechtsungleichen Zustand erst mit Wirkung ab jenem Zeitpunkt zu korrigieren, in dem durch den Betroffenen ein entsprechendes Begehren überhaupt gestellt worden ist. Auch bei Lohnforderungen, die an sich rückwirkend erfüllt werden können, erscheint es nicht stossend und willkürlich, die unter dem Titel der allgemeinen Rechtsgleichheit erforderliche Korrektur erst ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des entsprechenden Anspruchs zu gewähren (BGE 131 I 105 E. 3.6 f., bestätigt in BGer-Urteil 8C\_558/2014 vom 13.3.2015 E. 5.4.2 f.; Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 14 181 vom 14.10.2015 E. 6.2 f.).

Die Rückerstattung des zu viel erhaltenen Lohnes setzt notwendigerweise voraus, dass die Lohnreihungsverfügungen der damals zuständigen Schulpflege rückwirkend («ex tunc») geändert werden (vgl. BGE 142 V 259 E. 3.2.1). Die Rückerstattung gilt nicht in jedem konkreten Einzelfall als die gerechte Rechtsfolge gesetzwidriger Vermögensverschiebungen. Es existieren zahlreiche verwaltungsrechtliche Prinzipien, die dem Rückerstattungsgrundsatz widersprechen können, z.B. die Prinzipien der Verjährung und der Rechtskraft oder das Prinzip von Treu und Glauben. Erst die Wertung der bisweilen inkompatiblen Prinzipien erlaubt, gerechte

Rückerstattungsnormen zu schaffen. Dies ist primär die Aufgabe des Gesetzgebers und, wo er sie nicht erfüllt hat, der Rechtsprechung (MÜLLER, Die Rückerstattung rechtswidriger Leistungen als Grundsatz des öffentlichen Rechts, Basel/Stuttgart 1978, S. 45).

5.4 Zunächst ist die Frage zu klären, ob die Schulleitung ihre Lohnneinreichungsverfügungen in Wiedererwägung ziehen durfte oder ob der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. der Vertrauensschutz einem solchen Zurückkommen auf die Verfügungen entgegensteht.

5.4.1 Die Beschwerdeführerin hatte von den Pensenbestätigungen, welchen die Lohnklasse 18 zu entnehmen war, zweifellos Kenntnis, dienten diese doch gerade dazu, sie schriftlich über ihr Pensum und ihren Jahreslohn im kommenden Schuljahr zu informieren. Die schriftlichen Pensenbestätigungen waren denn auch an sie adressiert. Sodann bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass die Beschwerdeführerin die Fehlerhaftigkeit der Verfügungen absichtlich bzw. bösgläubig herbeigeführt oder diese gekannt hätte. Dies wird auch von der Vorinstanz nicht geltend gemacht. Den Akten lässt sich vielmehr entnehmen, dass die Beschwerdeführerin ihren Mitwirkungspflichten im Anstellungsprozess nachgekommen ist, hat sie der Dienststelle Personal doch insbesondere die Ausbildungsbestätigung vom 5. Juli 2014 der PH Luzern über das Studium für das Lehrdiplom für die Primarstufe eingereicht, aus welchem klar hervorgeht, dass für die Erteilung des gesamtschweizerisch anerkannten Lehrdiploms noch der Erwerb des Fremdsprachenzertifikats auf dem Niveau C1 des Europäischen Sprachenportfolios im Fach Englisch ausstehe. Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin im November 2016 aus eigenem Antrieb ihr im gleichen Monat erlangtes Lehrdiplom der Dienststelle Personal nachreichte, zeigt ihre Gutgläubigkeit. Die Vorinstanz vertritt jedoch die Ansicht, die Beschwerdeführerin hätte die Fehlerhaftigkeit der Verfügung erkennen müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz selbst festgehalten hat, müssen Private keine eigentlichen Nachforschungen über die Richtigkeit behördlichen Handelns anstellen, sondern dürfen sich grundsätzlich darauf verlassen. Die Lohnneinreichungsverfügungen als solche waren klar, nicht offensichtlich unvernünftig und gaben zu keinerlei Rückfragen bei der Behörde Anlass. Die Fehlerhaftigkeit der Vertrauensgrundlage war somit nicht leicht erkennbar. Daran ändert nichts, dass sich die richtige Lohnklasse aus § 6 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 BVOL ergibt und diese wie auch die Richtlinien zur Besoldung öffentlich zugänglich und einsehbar sind. Die Beschwerdeführerin durfte auf die Richtigkeit ihrer Lohnneinreichung vertrauen und hatte keinen Anlass, diese auf ihre Gesetzmässigkeit hin zu überprüfen. Dabei spielt auch keine Rolle, dass es sich bei ihr um eine Absolventin der PH Luzern handelte, welche jedoch noch nicht über das Lehrdiplom verfügte. Die Beschwerdeführerin wusste wohl, dass sie nach Abschluss ihrer Ausbildung, aber noch vor Erlangen des Lehrdiploms als Primarschullehrerin arbeiten durfte, ansonsten sie sich nicht auf die Stelle beworben hätte. Daraus ergibt sich aber nicht, dass sie sich über alle

für ihre Situation geltenden Anstellungsbedingungen hätte informieren bzw. die Verfügung in diesem Sinn bzw. insbesondere bezüglich der ihr zugewiesenen Lohnklasse auf ihre Gesetzmässigkeit hin hätte überprüfen müssen. Entgegen der Vorbringen der Vorinstanz durfte sich die Beschwerdeführerin auf die Richtigkeit der Pensenbestätigung verlassen.

5.4.2 Die Vorinstanz macht weiter geltend, es würde vorliegend an einer Disposition, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden kann – als weitere Voraussetzung für die Berufung auf den Vertrauensschutz – fehlen. Der blosser Verbrauch von Geldmitteln stelle nach der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vertrauensschutz keine relevante Disposition dar. Die an die Pensionskasse und die Steuerbehörde zu viel bezahlten Beträge könnten ohne grossen Aufwand rückgängig gemacht werden.

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, sie habe den Lohn, der nur unwesentlich höher gewesen sei als der Betrag, den sie bei Einreihung in die Lohnklasse 17 erhalten hätte, in guten Treuen verbraucht. Sie habe ihren Lebensstandard v.a. nach der Höhe ihres gutgläubig erworbenen Lohnes orientiert. Aufgrund der geringen monatlichen Lohndifferenz könne vorliegend nicht gefordert werden, sie hätte mit der Differenz nicht rückgängig machbare Investitionen getätigt haben müssen.

Auch wenn das Bundesgericht in BGE 142 V 259 E. 3.2.2 festgehalten hat, dass der blosser Verbrauch von Geldmitteln nach bisheriger Rechtsprechung zum Vertrauensschutz keine relevante Disposition darstelle, so ist doch auch zu beachten, dass – wie von der Beschwerdeführerin vorliegend geltend gemacht – Löhne sehr oft nicht zur Anlegung von Ersparnissen verwendet werden, sondern dass sich die täglichen Aufwendungen direkt nach der Höhe des monatlichen Nettolohnes ausrichten (vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgerichts Basel-Stadt vom 13.6.1984, in: JAR Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 1985, S. 135). Auch ist davon auszugehen, dass sich diese monatlichen Aufwendungen aufgrund der geringen Lohndifferenz nicht mehr belegen lassen. Fraglich ist sodann, ob die Rückabwicklung mit der Pensionskasse und der Steuerbehörde tatsächlich – wie von der Vorinstanz dargelegt – ohne grossen Aufwand erfolgen kann und kein Risiko für allfällig negative Entscheide dieser Behörden besteht. Die Beschwerdeführerin sollte in jedem Fall nicht schlechter gestellt werden, als sie stände, wenn sie den zu viel ausbezahlten Lohn nicht erhalten hätte.

Die Frage, ob relevante Dispositionen im Sinn des Vertrauensschutzes getätigt wurden oder nicht, kann jedoch letztlich offen bleiben. Wie die nachstehenden Ausführungen zeigen werden, wäre vorliegend – auch ohne Vertrauensbetätigung – eine Interessenabwägung zu Gunsten des Vertrauensschutzes vorzunehmen.

5.4.3 Wie erwähnt ist in Bezug auf die Frage, ob der Entscheid der Schulpflege über die Lohneinreihung in Wiedererwägung gezogen werden kann, eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der richtigen

Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits vorzunehmen.

Die Vorinstanz schreibt dem öffentlichen Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts grosses Gewicht zu. Das Gemeinwesen habe gerade im Bereich der Lohnzahlungen ein grosses Interesse an der fehlerfreien Durchsetzung der personalrechtlichen Grundlagen. Bei den Lehrpersonen komme dem öffentlichen Interesse, dass allen der richtige und den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtende Lohn ausbezahlt wird, besonders grosse Bedeutung zu. Dies zeige sich auch in § 6 Abs. 8 BVOL, welcher für die dort erwähnten Entscheide zur Gewährleistung einer einheitlichen Einreihungs- und Einstufungspraxis die Zusammenarbeit der zuständigen Behörde mit der Dienststelle Personal vorsehe. Insbesondere in Bezug auf Lehrpersonen mit der gleichen Ausgangslage (vorliegende Ausbildungsbestätigung ohne gültiges Lehrdiplom) habe die Schule ein berechtigtes grosses Interesse, die gleiche Besoldung zu leisten.

Dem Vorbringen, dass dem öffentlichen Interesse an einer richtigen und den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtenden Besoldung im öffentlichen Dienstverhältnis grosses Gewicht zukommt, ist im Grundsatz zuzustimmen. Jedoch ist bei der Interessenabwägung der konkrete Einzelfall zu würdigen. Beim Lohn handelt es sich um einen essentiellen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses, auf welchen sich der Arbeitnehmer grundsätzlich verlassen können muss. Die anstellende Behörde war für die Lohnneinreihung zuständig und verantwortlich. Die Beschwerdeführerin ist ihren Mitwirkungspflichten in Zusammenhang mit ihrer Lohnneinreihung vollumfänglich nachgekommen, weshalb die falsche Lohnneinreihung unbestrittenermassen von der einstellenden Behörde zu verantworten ist. Dabei ist nach der Aktenlage davon auszugehen, dass die Schulpflege bzw. die Dienststelle Personal bei der Ersteinreihung aufgrund eines selbst verschuldeten Irrtums davon ausging, dass die Beschwerdeführerin bereits zu diesem Zeitpunkt über das Primarlehrdiplom verfügte. Sodann ist zu beachten, dass es vorliegend um die «Falscheinreihung» um eine einzige Lohnklasse geht. Gemäss § 1 Abs. 1 BOL beträgt die Bandbreite der Lohnklasse 17 minimal Fr. 74'480.– und maximal Fr. 111'514.–, diejenige der Lohnklasse 18 minimal Fr. 77'349.– und maximal Fr. 115'809.– (Stand 2011). Der Jahreslohn der Beschwerdeführerin wurde mit der Lohnneinreihung in die Lohnklasse 18, Lohnstufe 04, auf Fr. 85'625.60 (Jahreslohn 100%) festgelegt. Dieser Jahreslohn liegt auch in der Bandbreite der Lohnklasse 17. Innerhalb der Lohnklasse wird der konkrete Lohn über die Lohnstufe festgelegt. Bei der Festlegung der Lohnstufe sind diverse Kriterien zu berücksichtigen und der Behörde steht hier ein grosses Ermessen zu (vgl. § 6 Abs. 2 BVOL). Eine absolute Lohngleichheit kann naturgemäss nicht erzielt werden. Das bereits im Entscheid der Schulleitung vorgebrachte Argument, dass zeitgleich mit der Beschwerdeführerin noch eine andere Lehrperson mit den gleichen Voraussetzungen (fehlendes Lehrdiplom) eingestellt worden sei, welche jedoch in die richtige Lohnklasse 17

eingereicht worden sei, lässt daher für sich allein das Interesse an einer rechtsgleichen Besoldung nicht schon überwiegen. Ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse liegt im vorliegenden konkreten Fall nicht vor. Hinzu kommt sodann, dass mit der Nachreichung des Lehrdiploms im November 2016 nicht nur die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Verfügung festgestellt wurde, sondern diese Fehlerhaftigkeit zeitgleich für die Zukunft behoben wurde, denn mit der Einreichung des Lehrdiploms erfüllte die Beschwerdeführerin ab Dezember 2016 die Voraussetzungen für die Einreihung in die Lohnklasse 18. Die Fehlerhaftigkeit bezog sich somit bereits ab dem Zeitpunkt ihrer Feststellung nur noch auf eine vergangene Zeitspanne und hielt trotz Vorliegens einer ursprünglich fehlerhaften Dauerverfügung nicht mehr an. Auch deshalb ist nicht davon auszugehen, dass eine Konstellation vorliegt, in welcher typischerweise die Gesetzmässigkeitsinteressen überwiegen (vgl. E. 5.3.1 hiavor).

Nach dem Gesagten überwiegt vorliegend das Interesse am Vertrauensschutz. Dies selbst dann, wenn die Beschwerdeführerin keine relevanten Dispositionen getätigt haben sollte. Der Grundsatz von Treu und Glauben steht der Wiedererwägung der Lohneinreihungsverfügungen durch die Schulleitung entgegen. Die Voraussetzungen für die Wiedererwägung nach § 116 Abs. 1 VRG sind nicht erfüllt.

5.5 Doch selbst wenn die Voraussetzungen für die Wiedererwägung der Lohneinreihungsverfügungen erfüllt wären, so könnte die Schulleitung den an die Beschwerdeführerin zu viel ausbezahlten Lohn dennoch nicht von ihr zurückfordern. Denn der Widerruf der Verfügungen mit Wirkung «ex tunc» liesse sich im vorliegenden Fall nicht rechtfertigen.

Eine gesetzliche Grundlage für den staatlichen Rückerstattungsanspruch bei unrechtmässig bezogenen Leistungen, wie er z.B. in Art. 25 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) zu finden ist, lässt sich – jedenfalls für die vorliegende Situation, dass aufgrund einer falschen Lohneinreihung zu viel Lohn ausbezahlt wurde – im kantonalen und kommunalen öffentlichen Personalrecht nicht ausmachen. Eine solche wird von der Vorinstanz auch nicht geltend gemacht. Die wenigen Bestimmungen in der Verordnung zum Personalgesetz (PVO; SRL Nr. 52), welche die Rückerstattung der Besoldung regeln, sind auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar (vgl. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 75 PVO, vgl. auch § 32 Abs. 2 PVO). Die Vorinstanz führt denn auch vielmehr aus, der Rückerstattungsgrundsatz lasse sich unmittelbar aus dem Legalitätsprinzip ableiten. Doch wie den vorstehenden Erwägungen entnommen werden kann, stellt die Rückerstattung nicht in jedem konkreten Einzelfall die gerechte Rechtsfolge gesetzwidriger Vermögensverschiebungen dar (vgl. E. 5.3.2 a.E.). Insbesondere das Prinzip von Treu und Glauben kann dem Rückerstattungsanspruch widersprechen. Zwar sind die Lohneinreihungsverfügungen für die Schuljahre 2014/2015, 2015/2016 und 2016/2017 ursprünglich fehlerhaft, jedoch wurde diese Fehlerhaftigkeit unbestrittenermassen von der einstellenden Behörde selbst verur-

sacht. Die Beschwerdeführerin ist ihren Mitwirkungspflichten im Anstellungsprozess vollumfänglich nachgekommen. Sie trifft kein Verschulden an der falschen Lohneinreihung (vgl. E. 5.4.1 hiervor; vgl. dazu auch Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 18 39 vom 10.7.2018 E. 3.7.5). Der Lohn stellt sodann einen essentiellen Bestandteil des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer dar. Dass dem gutgläubigen Arbeitnehmer ein Teil des über Jahre ausbezahlten Lohnes nachträglich wieder weggenommen wird, ist nur im äussersten Ausnahmefall denkbar. Das Argument, dass der Beschwerdeführerin auch im umgekehrten Fall (wenn sie zu wenig Lohn erhalten hätte) Lohn nachgezahlt worden wäre, greift vorliegend nicht. Zum einen sind die beiden Situationen unter dem Blickwinkel des Vertrauensschutzes nicht zu vergleichen. Für den gutgläubigen Verfügungsadressaten, welcher über Jahre auf die richtige Lohneinreihung vertraut hat und auch darauf vertrauen durfte, stellt die Lohn-Rückerstattungspflicht einen härteren Eingriff dar, als die Lohnnachzahlungspflicht für die Behörde. Zum anderen ergibt sich – für den von der Vorinstanz erwähnten umgekehrten Fall – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot kein direkter bundesrechtlicher Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung (vgl. dazu E. 5.3.2 hiervor; BGE 131 I 105 E. 3.6 f., bestätigt in BGer-Urteil 8C\_558/2014 vom 13.3.2015 E. 5.4.2 f.; Urteil des Kantonsgerichts Luzern 7H 14 181 vom 14.10.2015 E. 6.2 f.).

Die vorliegenden Umstände sprechen für eine Änderung der Lohneinreihungsverfügungen mit Wirkung «ex nunc». Eine Änderung «ex tunc» erweist sich nach dem Gesagten als nicht rechtmässig. Der Schulleitung steht somit kein Rückerstattungsanspruch des zu viel ausbezahlten Lohnes gegenüber der Beschwerdeführerin zu.

6.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Voraussetzungen für die Wiedererwägung der Lohneinreihungsverfügungen nach § 116 Abs. 1 VRG vorliegend nicht erfüllt sind und selbst dann, wenn die Voraussetzungen erfüllt wären, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls nur eine Änderung der Verfügungen mit Wirkung «ex nunc» gerechtfertigt wäre. Der Schulleitung Z steht somit kein Lohnrückerstattungsanspruch gegenüber der Beschwerdeführerin zu. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der Entscheid des Regierungsrats des Kantons Luzern vom 9. November 2017 aufzuheben.

7.

(...)

7.2 Mit Bezug auf die Parteientschädigung unterscheidet das Luzerner Recht zwischen Verfahren, an denen Parteien «mit gegensätzlichen Interessen» beteiligt sind, und den anderen (§ 201 VRG). Nur bei ersteren besteht ein Anspruch der obsiegenden gegenüber der unterliegenden Partei auf Entschädigung. In den anderen Fällen kann das Gemeinwesen, dem die Vorinstanz angehört, nach Massgabe von § 201 Abs. 2 VRG lediglich dann



zur Entrichtung einer angemessenen Parteientschädigung zu Gunsten der obsiegenden Partei verpflichtet werden, wenn der Vorinstanz «grobe Verfahrensfehler» oder «offenbare Rechtsverletzungen» vorgeworfen werden müssten.

Personalrechtsverfahren gelten nach der Praxis des Kantonsgerichts als Ein-Parteien-Verfahren. Die Schulleitung wie auch der Regierungsrat stellen – als Organe der Verwaltung – Vorinstanzen dar. Qualifizierte Mängel im Sinn von § 201 Abs. 2 VRG sind vorliegend nicht ersichtlich. Folglich entfällt eine Parteientschädigung.

*Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 22. Januar 2018*

**Durchsetzung allgemeinverbindlich von erklärten Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags; Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (Anfechtungsobjekt); Art. 6 Abs. 1 Satz 1 AVEG (Besonderes Kontrollorgan). In einem Prozess betreffend Durchsetzung allgemeinverbindlich erklärter Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags wies der verfahrensleitende Kreisrichter den prozessualen Antrag der Beklagten (Arbeitgeberin), das Verfahren zunächst auf die Unterstellungsfrage zu beschränken, ab. Dagegen erhob die Beklagte – die sich u.a. der Möglichkeit beraubt sah, gegebenenfalls die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen – Beschwerde. Auf diese trat die Einzelrichterin des Kantonsgerichts mangels eines drohenden nicht leicht wiedergutmachenden Nachteils aber nicht ein, da die Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht erfüllt waren (E. II.2).**

Aus den Erwägungen:

I.

Mit Eingabe vom 4. Juli 2017 reichten [der/die Kläger/innen] eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein:

(1.) Es sei festzustellen, dass die Beklagte in der Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 und seit dem 1. Juli 2016 mit ihrem Betrieb in den betrieblichen Geltungsbereich des Landesmantelvertrags für das schweizerische Bauhauptgewerbe gefallen ist und fällt und somit dessen allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen einzuhalten hat.

(2.) Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägerinnen zur Abklärung der Einhaltung der gesamtarbeitsvertraglichen Vorschriften, namentlich der Bestimmungen über Arbeitszeit, Ferien, Feiertage, Lohnklassen/Lohnstufen, Basislöhne, 13. Monatslohn, Lohnerhöhungen, Lohnzuschläge, Zulagen/Auslagenersatz/Entschädigungen

(a.) eine betriebliche Kontrolle aller Arbeitsverhältnisse für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 und vom 1. Juli 2016 bis zum

Eintritt der Rechtskraft des Entscheids in ihren Firmenlokalitäten zu ermöglichen und zu dulden und

(b.) dabei insbesondere folgende Unterlagen für den erwähnten Zeitraum lückenlos vorzulegen und auf Verlangen hin [in] Kopie herauszugeben: [...]

(3.) Für den Fall der Nichtbeachtung der gerichtlichen Anordnungen gemäss vorstehender Ziff. 2 [sei] gestützt auf Art. 343 Abs. 1 lit. c ZPO Ordnungsbusse für jeden Tag der Nichterfüllung anzudrohen.

(4.) Eventualbegehren: Verlangt die Beklagte im Verlauf des Verfahrens die Einsetzung des unabhängigen Kontrollorgans gemäss Art. 6 AVEG, sei festzustellen, dass die Beklagte zur Ermöglichung und Duldung der Kontrolle verpflichtet ist.

(5.) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Klageantwort vom 31. Oktober 2017 beantragte die Beklagte, die Klage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Zugleich ersuchte sie darum, das Verfahren «gestützt auf Art. 125 lit. a ZPO in einem ersten Schritt auf die Beurteilung von Ziffer 1 des klägerischen Rechtsbegehrens zu beschränken». Letzteres begründete sie im Wesentlichen damit, im Fall der Gutheissung des Klagebegehrens Ziffer 1 werde sie noch während des hängigen Verfahrens gestützt auf Art. 6 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans beantragen, womit sich ein Entscheid über das Klagebegehren Ziffer 2 erübrige; werde hingegen das Klagebegehren Ziffer 1 nicht geschützt, habe dies zur Folge, dass auch die weiteren Klagebegehren abzuweisen seien. Am 6. November 2017 setzte der verfahrensleitende Kreisrichter der Klägerschaft Frist zur Replik an. Zugleich wies er das erwähnte prozessuale Begehren der Beklagten «einstweilen» ab mit der Begründung, es sei «nicht ersichtlich, inwiefern» eine vorläufige Beschränkung auf das Klagebegehren Ziffer 1 «zu einer wesentlichen Vereinfachung des Verfahrens führen würde». Dagegen erhob die Beklagte am 10. November 2017 Beschwerde bei der Einzelrichterin des Kantonsgerichts mit folgenden Anträgen:

(1.) Ziffer 2 der Verfügung vom 6. November 2017 der Verfahrensleitung des Kreisgerichtes [...] sei aufzuheben.

(2.) Das Verfahren sei gestützt auf Art. 125 lit. a ZPO in einem ersten Schritt auf die Beurteilung von Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Klägerinnen zu beschränken.

Eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Verfahrensleitung der Vorinstanz zurückzuweisen.

(...)

II.

2.

a) Prozessleitende Verfügungen können – abgesehen von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen, hier nicht relevanten Fällen (s. Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO) – nur dann mit Beschwerde angefochten werden, wenn dem

Beschwerdeführer durch sie ein «nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil» droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, den das Gericht im Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände in pflichtgemässer Ermessensausübung zu konkretisieren hat (FREIBURGHaus/AFHELDt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 319 N 13; ZPO-Rechtsmittel-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 319 N 23; GVP 2015 Nr. 85 E. 2.a). Ob Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO – anders als Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (der sich im Übrigen von der Regelung der ZPO dahin unterscheidet, als er bloss von einem «nicht wiedergutzumachenden Nachteil» spricht) – nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche Nachteile erfasst, ist unklar, kann hier aber offen bleiben (verneinend etwa: BK-STERCHI, Art. 319 ZPO N 12, und BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 319 N 7; indifferent: ZPO-Rechtsmittel-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 319 N 25 ff.; bejahend z.B.: FREIBURGHaus/AFHELDt, ZPO Komm., Art. 319 N 15; vom Bundesgericht soweit ersichtlich bislang offen gelassen, s. etwa BGE 137 III 380 E. 2; die kantonale Rechtsprechung dazu ist uneinheitlich). Nicht leicht wiedergutzumachen ist ein Nachteil regelmässig dann, wenn er sich auch bei einem späteren für den Beschwerdeführer günstigen Entscheid in der Hauptsache nicht oder nicht mehr vollständig beheben lässt. Eine Anfechtung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO kann aber auch dann zulässig sein, wenn die umstrittene prozessleitende Verfügung die Lage der betroffenen Partei nur – aber immerhin – erheblich erschwert (FREIBURGHaus/AFHELDt, ZPO Komm., Art. 319 N 14; vgl. auch ZPO-Rechtsmittel-HOFFMANN-NOWOTNY, Art. 319 N 25 ff.; GVP 2015 Nr. 85 E. 2.a). Es obliegt dem Beschwerdeführer, in der Beschwerdeschrift substantiiert darzulegen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtung nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO erfüllt sind (Art. 321 Abs. 1 ZPO; BK-STERCHI, Art. 319 ZPO N 15; GVP 2015 Nr. 85 E. 2.a; vgl. auch ZR 111 [2012] Nr. 51).

b/aa) Gemäss Art. 6 Abs. 1 Satz 1 AVEG können Arbeitgeber und Arbeitnehmer, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrags ausgedehnt wird, anstelle der im Vertrag vorgesehenen Kontrollorgane jederzeit bei der zuständigen Behörde die Einsetzung eines besonderen, von den Vertragsparteien unabhängigen Kontrollorgans verlangen.

bb) Hier führt die Beklagte zur Begründung ihres Standpunkts, durch die angefochtene prozessleitende Verfügung drohe ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, im Wesentlichen und dem Sinn nach aus, wenn die Vorinstanz zeitgleich über das Klagebegehren Ziffer 1, also die Frage der Unterstellung des beklagtischen Betriebs unter den Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV), und – bei allfälliger Gutheissung dieses Begehrens – über das Klagebegehren Ziffer 2 betreffend die Durchführung einer betrieblichen Kontrolle befinde, hätte sie – die Beklagte – keine Möglichkeit mehr, von ihrem Recht Gebrauch zu machen, gemäss Art. 6 Abs. 1 AVEG bei der zuständigen Behörde (hier:

beim SECO) die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen. Dies wäre – so die Beklagte – zunächst mit einem Nachteil tatsächlicher Art verbunden, indem das Prozessthema «unnötigerweise auf ein Leistungsbegehren erweitert» würde, was dem Grundsatz der Prozessökonomie widerspräche und den Prozess unnötig verteuern würde. Überdies entstünde ihr eine nicht reversible rechtliche Benachteiligung, indem ihr Rechtsanspruch, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen, vereitelt würde. Bevor über das Klagebegehren Ziffer 1 rechtskräftig entschieden sei, könne sie keinen Antrag um Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans stellen, würde sie doch damit die – von ihr bestrittene – Unterstellung unter den LMV implizit anerkennen. Das Dilemma lasse sich letztlich nur so lösen, dass der Zivilrichter vorab über die Unterstellungsfrage entscheide. Dazu fällt Folgendes in Betracht:

cc) Nicht stichhaltig ist vorab der Einwand der Beklagten, mit einem Antrag um Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans würde sie die Unterstellung unter den LMV implizit anerkennen. Es stünde ihr nämlich frei, ein solches Begehren unter dem Vorbehalt der rechtskräftigen Gutheissung des vorliegenden Klagebegehrens Ziffer 1 vorsorglich zu stellen. Zwar trifft zu, dass sich die Kompetenz der gemäss Art. 6 Abs. 1 AVEG «zuständigen Behörde» auf die Einsetzung des unabhängigen Kontrollorgans beschränkt, weshalb die Behörde dann, wenn die Unterstellung unter den Gesamtarbeitsvertrag (wie hier) strittig ist, in der Regel erst aktiv wird, wenn der Zivilrichter rechtskräftig über diese Frage entschieden hat (s. insb. SENTI, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, in: AJP 2010, S. 14 ff., insb. S. 19, mit Verweisen). Dass ein solches vorsorgliches Begehren – im Allgemeinen und insbesondere nach der Praxis des SECO – unzulässig wäre, ist hingegen nicht ersichtlich, wird von der Beklagten so auch nicht geltend gemacht und stünde schliesslich nicht in Einklang mit dem Gesetzestext, wonach «jederzeit» die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans verlangt werden kann. Im Übrigen fällt in Betracht, dass die Klägerschaft vorliegend wie erwähnt für den Fall, dass die Beklagte im Verlauf des Verfahrens die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans verlangen sollte, eventualiter beantragt, es sei festzustellen, dass diese zur Ermöglichung und Duldung der Kontrolle verpflichtet sei. Daraus folgt implizit, dass (auch) aus ihrer Sicht dann, wenn die Beklagte von ihrem Recht, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen, Gebrauch machen sollte, die Klagebegehren Ziffern 2 und 3 gegenstandslos würden und über sie nicht mehr zu befinden wäre. Damit – und da im Übrigen die Beklagte in der Beschwerdeschrift dem Sinn nach selbst zugesteht, bei rechtskräftiger Unterstellung unter den LMV werde von ihrer Seite eine Verpflichtung gemäss dem klägerischen Eventualbegehren Ziffer 4 anerkannt – ist nun aber nicht ersichtlich, warum sie das von ihr angestrebte Ziel, nämlich dass eine gegebenenfalls begründete Kontrolle durch ein unabhängiges Kontrollorgan erfolgt, nicht mit einem entsprechenden,

unter dem Vorbehalt der Unterstellung unter den LMV stehenden vorsorglichen Begehren anvisiert. Dabei stünde es ihr offen, dies im vorliegenden Verfahren mit einem einschlägigen Eventualantrag zu verbinden, der – im Sinn einer (jederzeit zulässigen) Teilanerkennung – etwa dahin lauten könnte, für den Fall, dass sie dem LMV unterstehe, werde das klägerische Eventualbegehren Ziffer 4 anerkannt.

Im Ergebnis kann der Beklagten bei dieser Sachlage nicht zugestanden werden, aufgrund der angefochtenen prozessleitenden Verfügung der Vorinstanz, wonach das Verfahren einstweilen nicht auf das Klagebegehren Ziffer 1 beschränkt werde, drohe ihr ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil, hätte sie es doch nach dem Gesagten in der Hand, einen solchen – allfälligen – Nachteil selbst abzuwenden. Nicht weiter hilft der Beklagten (auch) ihr Hinweis auf den Grundsatz der Prozessökonomie: Das Klagebegehren Ziffer 1, also die Frage, ob die Beklagte dem LMV untersteht oder nicht, ist – nach der heutigen Aktenlage zu schliessen – Kernpunkt und Hauptthema des vorinstanzlichen Prozesses, während die Klagebegehren Ziffern 2 und 3, welche die Durchführung der betrieblichen Kontrolle durch das ordentliche Kontrollorgan betreffen, nur von nachrangiger Bedeutung sind; insbesondere wurden die Klagebegehren Ziffern 2 und 3 auch von der Beklagten selbst bislang nur ganz am Rande thematisiert. (Auch) unter diesem Aspekt ist daher nicht nachgewiesen, dass der Beklagten durch die angefochtene prozessleitende Verfügung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht.

dd) Demnach sind die Voraussetzungen von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO nicht erfüllt, womit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist. (...)

*Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 9. März 2018*

**Abgrenzung echte und unechte Arbeit auf Abruf, Art. 319 OR; Berechnung des Lohnes bei Arbeitgeberverzug und Teilzeitarbeit, Art. 324 Abs. 1 OR.**

Die echte wie auch die unechte Arbeit auf Abruf sind Formen der (uneigentlichen) Teilzeitarbeit. Sie unterscheiden sich dadurch, dass den Arbeitnehmer bei der echten Arbeit auf Abruf eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers trifft (einseitiger Abruf durch den Arbeitgeber), wohingegen der Arbeitnehmer bei der unechten Arbeit auf Abruf keine Einsatzpflicht hat und ein Einsatz erst aufgrund einer gegenseitigen Vereinbarung zustande kommt. Bei der unechten Arbeit auf Abruf liegt den einzelnen Einsätzen oftmals ein Rahmenvertrag zugrunde. Dieser regelt die Arbeitsbedingungen zwar einheitlich, stellt jedoch selbst noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer darin nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet. Einige Autoren gehen bei einem Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers nicht von Arbeit auf Abruf, sondern von Gelegenheitsarbeit aus. Von der Arbeit auf

**Abruf ist die eigentliche Teilzeitarbeit zu unterscheiden. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der reduzierte Arbeitseinsatz wiederholt und mit im Voraus bestimmten – wenn auch möglicherweise unregelmässigen – Arbeitszeiten erfolgt (E. III.1.a).**

**Liegt Arbeitgeberverzug vor, bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Geschuldet ist, was der Arbeitnehmer bei normaler Vertragsabwicklung erlangt hätte, somit alle Bestandteile des geschuldeten Lohns inkl. Sozialversicherungsbeiträge. Bei Teilzeitarbeit erweist sich das Abstellen auf einen Durchschnittslohn während einer gewissen Zeitspanne grundsätzlich richtig. Dieses Vorgehen erscheint aber nicht immer zielführend. So schien vorliegend, da nicht bekannt war, in welchem Arbeitspensum die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer im ursprünglichen Arbeitsplanentwurf für August tatsächlich einsetzen wollte, lediglich ein Abstellen auf das vertraglich vereinbarte 60%-Pensum zielführend (E. III.3.a und c/dd).**

Sachverhalt:

A. (Kläger) und die B. AG (Beklagte) schlossen am 1. März 2016 einen Arbeitsvertrag. Das Arbeitsverhältnis begann gleichentags und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Parteien vereinbarten ein Arbeitspensum von ca. 60%, wobei sich die Arbeitszeiten nach den Kundenbedürfnissen und dem Arbeitsanfall richteten. Die Entlohnung erfolgte je nach ausgeführter Tätigkeit nach einer im Arbeitsvertrag enthaltenen Auflistung des Brutto-Stundenlohns. Die Beklagte erstellte für die Arbeitseinsätze ihrer Arbeitnehmenden jeweils für einen Monat gültige Arbeitspläne monatlich im Voraus. In den Monaten März bis Juli 2016 arbeitete der Kläger in sehr unterschiedlichem Ausmass. Nachdem es Ende Juli 2016 zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten über die Arbeitszuteilung an den Kläger gekommen war, kündigte ihm die Beklagte mit E-Mail vom 26. Juli 2016 auf den 31. August 2016 bzw. per 31. Juli 2016 bei Einverständnis des Klägers, wobei dieser nicht einwilligte. Die Beklagte teilte dem Kläger für August 2016 keine Arbeit mehr zu, weshalb der Kläger für diesen Zeitraum nun eine offene Lohnforderung in Höhe von Fr. 4'571.55 geltend macht.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Strittig ist zunächst, ob das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien als echte oder als unechte Arbeit auf Abruf zu qualifizieren ist.

a) Die echte wie auch die unechte Arbeit auf Abruf sind Formen der (uneigentlichen) Teilzeitarbeit. Sie unterscheiden sich dadurch, dass den

Arbeitnehmer bei der echten Arbeit auf Abruf eine Einsatzpflcht nach Weisung des Arbeitgebers trifft (einseitiger Abruf durch den Arbeitgeber), wohingegen der Arbeitnehmer bei der unechten Arbeit auf Abruf keine Einsatzpflcht hat und ein Einsatz erst aufgrund einer gegenseitigen Vereinbarung zustande kommt. Bei der unechten Arbeit auf Abruf liegt den einzelnen Einsätzen oftmals ein Rahmenvertrag zugrunde. Ein solcher Rahmenvertrag regelt die Arbeitsbedingungen zwar einheitlich, stellt jedoch selbst noch keinen Arbeitsvertrag dar, da sich der Arbeitnehmer darin nicht zur Leistung von Arbeit verpflichtet (vgl. BGer 4A\_509/2009 E. 2.3, 4A\_334/2017 E. 2.2; BGE 124 III 249 E. 2.a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Art. 319 N 18, S. 111, 116; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321 N 19; CHK-EMMEL, N 6 zu Art. 321 OR; ZK-STAEHELIN, Art. 319 OR N 58; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, Art. 319 N 11, S. 32; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319 OR N 35, wobei Letztere bei einem Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers nicht von Arbeit auf Abruf, sondern von Gelegenheitsarbeit ausgehen). Von der Arbeit auf Abruf ist die eigentliche Teilzeitarbeit zu unterscheiden. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der reduzierte Arbeitseinsatz wiederholt und mit im Voraus bestimmten – wenn auch möglicherweise unregelmässigen – Arbeitszeiten erfolgt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 319 N 18, S. 110).

b) Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht als unechte Arbeit auf Abruf zu qualifizieren sei, weshalb der Kläger einen grundsätzlichen Lohnanspruch während der Kündigungsfrist habe. Ob es sich dabei um Teilzeitarbeit mit Mindestanspruch (60%) oder um (Teilzeit-)Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht handle, liess sie offen. Sie erwog, dass im Arbeitsvertrag vom 1. März 2016 das Arbeitsverhältnis mit Beginn am 1. März 2016 und mit Abschluss auf unbestimmte Zeit beschrieben werde, weiter die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten würden und das sich nach den Kundenbedürfnissen und dem Arbeitsanfall richtende Pensum mit ca. 60% festgelegt worden sei. Die einzelnen Bestimmungen, auch in ihrer kombinierten Form, sprächen klar gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages; sie ergäben keinen Sinn, wenn die Vorstellung bestanden hätte, dass von Monat zu Monat ein neuer Vertragsabschluss hätte erfolgen sollen. Daran ändere nichts, dass die jeweiligen Arbeitseinsätze jeden Monat neu eingeteilt worden seien und sich unterschiedlich gestaltet hätten. Der Kläger habe zwar Freitage etc. wünschen können, doch lägen keinerlei Umstände vor, die darauf hinweisen würden, es habe nachträglich, nach Erstellung des Einsatzplans, keine Befolgungspflicht für ihn bestanden. Schliesslich spreche auch das Verhalten der Beklagten, die dem Kläger auf Ende August 2016 gekündigt habe, gegen ihre eigene Interpretation des Arbeitsvertrages. Die Vorinstanz erachtete den von der Beklagten ins Feld geführten Entscheid des Bundesgerichts BGer 4A\_509/2009 für nicht anwendbar, da im vorliegenden Fall das Arbeitspensum jeweils nicht neu bestimmt worden, sondern grundsätz-

lich (bereits) im Arbeitsvertrag mit 60% enthalten sei und der Kläger nur seine Freitage habe bekanntgeben, nicht aber sein Pensum bzw. seine Arbeitseinsätze bezüglich Anzahl und Dauer habe offerieren können. Es sei auch nicht belegt und gar nicht konkret behauptet, dass der Kläger nicht zur Befolgung des Arbeitsplanes verpflichtet gewesen sei.

c) Die Beklagte ist der Ansicht, dass es sich bei dem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger um unechte Arbeit auf Abruf gehandelt habe. Sie hätten im Vertrag vom 1. März 2016 nur die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsverhältnisses vereinbart, weshalb dieser einen Rahmenarbeitsvertrag darstelle. Die einzelnen Einsätze, insbesondere die konkret auszuführenden Arbeitstätigkeiten, die Anzahl Stunden, während derer der Kläger diese Tätigkeiten pro Tag, Woche oder Monat auszuführen hatte, sowie die Zeitpunkte, an denen die Tätigkeiten zu erbringen waren, hätten zwingend durch eine zusätzliche monatliche Parteivereinbarung geregelt werden müssen, ansonsten kein Arbeitsvertrag zustande gekommen sei. Die Beklagte sieht eine offensichtlich falsche vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts darin, dass die Vorinstanz die Monat für Monat von den Parteien abzuschliessenden Einsatzvereinbarungen verneint habe. In diesem Umstand erblickt sie ausserdem eine unrichtige Anwendung von Art. 319, Art. 322 und Art. 324 OR, weil die Vorinstanz die Notwendigkeit von monatlichen Parteivereinbarungen für eine arbeitsvertragliche Bindung verneint und von (echter) Arbeit auf Abruf mit Befolgungspflicht bzw. von Teilzeitarbeit mit Mindestanspruch (60%) anstatt von unechter Arbeit auf Abruf ausgegangen sei. Ferner macht die Beklagte eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz geltend, da diese ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. So habe die Vorinstanz ohne weitere Begründung festgestellt, dass die einzelnen Bestimmungen des Vertrages vom 1. März 2016 auch in ihrer Kombination klar gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages sprächen.

Der Kläger liess sich im Beschwerdeverfahren nicht mehr vernehmen, doch hatte er sich vor Vorinstanz auf ein Arbeitspensum von ca. 60% gestützt und ausgeführt, dass das Pensum schon in den Vormonaten recht stark reduziert worden sei, zuvor habe er 100% gearbeitet. Nach der Kündigung Ende Juli 2016 sei ihm für August keine Arbeit mehr zugewiesen worden.

d) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. In erster Linie ist demnach der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien entscheidend (empirische oder subjektive Auslegung) und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (normative oder objektivierte Auslegung). Die Übergänge zwischen der subjektiven und der objektivier-



ten Auslegung sind dabei häufig fliessend (BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 14). Bei der Auslegung ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Tatfrage, und damit im Beschwerdeverfahren nur auf Willkür überprüfbar, ist, was die Parteien beim Vertragsabschluss gewusst, gewollt oder tatsächlich verstanden haben (subjektive Vertragsauslegung); Rechtsfrage ist dagegen die objektive Vertragsauslegung nach Vertrauensprinzip (vgl. BGE 142 III 671 E. 3.3, 141 V 675 E. 3.5.2; BGer 2C\_1055/2012 E. 2.3).

Nachfolgend ist demnach zu prüfen, wie die Parteien ihre rechtsgeschäftlichen Erklärungen tatsächlich verstanden bzw. allenfalls verstehen durften und mussten (lit. f), wobei vorab auf die Rüge der Beklagten einzugehen ist, die Vorinstanz habe bei ihren diesbezüglichen Erwägungen die Begründungspflicht verletzt bzw. den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt (lit. e).

e/aa) Eine Verletzung der Begründungspflicht, wie sie die Beklagte geltend macht, ist nicht ersichtlich. Die aus dem rechtlichen Gehör fließende Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass im Entscheid wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden müssen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf welche sich der Entscheid stützt (BGer 5A\_47/2017 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Diesen Anforderungen ist die Vorinstanz nachgekommen. So hat sie – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht ohne jede Begründung festgestellt, dass die einzelnen Bestimmungen des Arbeitsvertrages auch in ihrer Kombination klar gegen den Abschluss eines Rahmenvertrages sprächen. Vielmehr stellt diese Feststellung eine Schlussfolgerung der unmittelbar davor gemachten Ausführungen zu den einzelnen Vertragsbestimmungen dar.

bb) Ebenso ist eine offensichtlich unrichtige – also willkürliche – Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz zu verneinen:

aaa) Soweit die Beklagte eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts darin erblickt, dass die Vorinstanz den monatlichen Abschluss von Einsatzvereinbarungen verneint habe, widerspricht dies den Erwägungen der Vorinstanz. Diese ging nämlich sehr wohl davon aus, dass die Parteien die konkreten Arbeitseinsätze des Klägers jeweils monatlich mit Einsatzplänen bestimmt hätten.

bbb) Die Beklagte ist weiter der Ansicht, der Kläger habe, indem er ihr jeweils seine Freitage angemeldet habe, implizit seine Arbeitsleistung an den übrigen Tagen des Monats angeboten und ihr damit ein Angebot bezüglich seiner Arbeitseinsätze gemacht. Der Kläger hätte nach Zustellung des Arbeitsplanentwurfs diesen annehmen, ablehnen oder ein Gegenangebot einreichen können. Sie, die Beklagte, sei jedenfalls nicht berechtigt gewesen, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Die Beklagte widerspricht damit der Erwägung der Vorinstanz, der Kläger habe nicht die

Möglichkeit gehabt, seine Arbeitstage bzw. sein Pensum und die Anzahl und Dauer der Arbeitseinsätze frei zu offerieren, sondern habe lediglich die von ihm gewünschten Freitage im Voraus anmelden können.

Aus den Vorbringen der Beklagten und den im Recht liegenden E-Mails geht hervor, dass die Arbeitnehmenden der Beklagten dieser bis zu einem gewissen Datum – ab Juni jeweils bis zum 10. eines Monats – die gewünschten Freitage melden konnten. Die Beklagte erarbeitete daraufhin einen Arbeitsplanentwurf und stellte diesen den Arbeitnehmenden für all-fällige «Rückmeldungen» zu. Der Kläger seinerseits informierte die Beklagte über seine gewünschten Freitage und bestätigte z.B. den Plan für Juni 2016. Dass der Kläger, wie die Beklagte behauptet, in seiner Offertstellung wie auch in der Annahme oder Ablehnung des Arbeitsplanentwurfs frei war, ergibt sich aus der vorliegenden E-Mailkorrespondenz jedoch nicht. Vielmehr spricht die Formulierung der Beklagten, die um «Rückmeldungen» hinsichtlich der zugestellten Arbeitsplanentwürfe bat, gerade gegen ein freies Annehmen oder Ablehnen durch den Beklagten. Über eigentliche Feinjustierungen des Plans hinaus gehende Rückmeldungen dürfte die Beklagte ohnehin nicht erwartet haben, da eine vernünftige Arbeitsplanung kaum mehr möglich wäre, könnten sämtliche Mitarbeiter den Plan frei annehmen oder ablehnen. Ebensowenig lässt sich aus dem Arbeitsvertrag vom 1. März 2016 etwas zu Gunsten der Beklagten ableiten, da sich dieser weder dazu äussert, wie die einzelnen Arbeitseinsätze festgesetzt werden, noch den Kläger einer Befolgungspflicht unterstellt oder ihm ein «Nichtbefolgungsrecht» einräumt.

Die Vorinstanz ist damit gerade nicht in Willkür verfallen, wenn sie festgestellt hat, dass der Kläger seine Freitage zwar – aber ohne sein Pensum hinsichtlich Anzahl und Dauer der Arbeitseinsätze frei offerieren zu können – haben wünschen können, jedoch keinerlei Umstände darauf hinweisen würden, dass der Kläger nicht zur Befolgung des Arbeitsplanes – gemeint wohl des Arbeitsplanentwurfes – verpflichtet gewesen wäre. Soweit die Beklagte behauptet, sie hätte dem Kläger gegenüber kein Weisungsrecht gehabt, übersieht sie sodann, dass Ziff. 13 des Arbeitsvertrages auf die gesetzlichen Bestimmungen des Obligationenrechts verweist und dieses in Art. 321d Abs. 2 OR eine generelle Pflicht zur Befolgung und Weisungen des Arbeitnehmers vorsieht.

ccc) Die Beklagte ist weiter der Ansicht, dass der vorliegende Fall praktisch dem vom Bundesgericht in BGer 4A\_509/2009 beurteilten Sachverhalt entspreche, was die Vorinstanz verneinte. Mit der Vorinstanz, auf deren zutreffenden Ausführungen verwiesen werden kann, ist dies zu verneinen: Im Unterschied zum in BGer 4A\_509/2009 beurteilten Sachverhalt ging hier der Kläger selbst nie davon aus, er könne der Beklagten unterschiedliche Arbeitspensen anbieten. Vielmehr äusserte er Wünsche und stellte sich in der E-Mail vom 26. Juli 2016 ausdrücklich auf den Standpunkt, es sei ein 60% Pensum vertraglich vereinbart worden. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Sachverhalt war im (Rahmen)-Vertrag dagegen

gerade kein Arbeitspensum vereinbart worden und zeigt das Verhalten der klagenden Lehrerin anschaulich, dass nicht einmal sie selbst sich an das von ihr offerierte Pensum gebunden fühlte, weshalb auch der Arbeitgeber nicht an ein Pensum gebunden sein sollte. Der vorinstanzlichen Schlussfolgerung, dass der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht mit jenem in BGer 4A\_509/2009 verglichen werden könne, ist daher ohne weiteres zu folgen.

f) Die Vorinstanz kam, ohne sich darauf festzulegen, ob sie von einem übereinstimmenden tatsächlichen Willen oder von einem normativen Konsens ausgehe, zum Schluss, dass der Arbeitsvertrag vom 1. März 2016 keinen Rahmenvertrag darstelle und daher keine unechte Arbeit auf Abruf vorliege. Dabei berücksichtigte sie sowohl die einzelnen Bestimmungen als auch das Gesamtbild des Vertrages (vgl. dazu im Einzelnen E. 1.b hiervor).

aa) Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag vom 1. März 2016, der auch als solcher bezeichnet wurde. Der Kläger wurde demnach für die Positionen als «Masseur/Empfang/Service/Verkauf (Aushilfe Mitarbeiter Wellness)» angestellt (Ziff. 1). Das Arbeitsverhältnis begann laut Vertrag am 1. März 2016 und wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen (Ziff. 2). Hinsichtlich Arbeitszeit wurde vereinbart, dass sich diese nach den Kundenbedürfnissen und Arbeitsanfall richte, bei einem Arbeitspensum von ca. 60% (Ziff. 3). Die Entlohnung sollte je nach ausgeführter Tätigkeit nach einer im Arbeitsvertrag enthaltenen Auflistung des Brutto-Stundenlohns erfolgen (Ziff. 5). Ferner wurde u.a. die Probezeit (Ziff. 4) geregelt und vereinbart, dass die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten sollten, die namentlich im ersten Jahr nach Ablauf der Probezeit mit 1 Monat aufgeführt wurde (Ziff. 12).

Die im Arbeitsvertrag aufgeführten Bestimmungen und Formulierungen weisen mit keinem Wort auf unechte Arbeit auf Abruf hin. Sie könnten sogar in einem Arbeitsvertrag, der eigentliche Teilzeitarbeit zum Inhalt hat, enthalten sein und sprechen gegen unechte Arbeit auf Abruf. Denn aus ihnen ergibt sich einerseits weder direkt noch indirekt, dass es sich bei diesem mit «Arbeitsvertrag» bezeichneten Vertrag lediglich um einen Rahmenvertrag handle. Andererseits fehlen Hinweise darauf, dass über die einzelnen Einsätze zusätzliche Vereinbarungen abgeschlossen werden müssten und der Arbeitnehmer vor Abschluss einer solchen Vereinbarung nicht gebunden sein sollte, wobei die Formulierung in Ziff. 3, wonach sich die Arbeitszeiten nach den Kundenbedürfnissen und Arbeitsanfall richteten, vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass es sich bei der Arbeitgeberin um ein Fitnesszentrum mit Bad-, Freizeit- und Wellnessanlage handelt, das täglich von 06.00 bis 23.00 Uhr geöffnet hat. Die Arbeitnehmenden arbeiten denn auch in verschiedenen Schichten über den Tag verteilt, auch an den Wochenenden. Aus der Formulierung in Ziff. 3 kann daher nicht auf unechte Arbeit auf Abruf geschlossen werden. In Bezug auf die Bestimmung zur Kündigungsfrist ist der Beklagten zwar beizupflichten, dass eine solche auch bei einem Rahmenvertrag Sinn machen kann. Allerdings be-

zieht sich auch hier die Kündigungsbestimmung nicht auf einen Rahmenvertrag, sondern bleibt offen und entspricht zumindest für eine Kündigung im ersten und zweiten Dienstjahr der gesetzlichen Regelung und damit derjenigen zur Beendigung eines konkreten Einzelarbeitsvertrages. Wie die Kündigungsbestimmung spricht auch jene bezüglich der Probezeit (Ziff. 4) gegen unechte Arbeit auf Abruf, da beide Bestimmungen bei einem solchen Arbeitsverhältnis überflüssig sind, könnte der Arbeitgeber doch einfach auf einen weiteren Einsatz des Arbeitnehmers verzichten. Entgegenhalten lassen muss sich die Beklagte schliesslich Ziff. 13 Abs. 1, wonach «im Übrigen [...] die gesetzlichen Bestimmungen des Obligationenrechts» gälten; ein solcher Verweis macht nur dann Sinn, wenn er die Regelung eines Einzelarbeitsvertrages im Auge hat. Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgehalten, dass die Bestimmungen im Einzelnen wie auch im Gesamten gegen den blossen Abschluss eines Rahmenvertrages und damit auch gegen unechte Arbeit auf Abruf sprechen.

bb) Darüber hinaus kann auch aus dem tatsächlich gelebten Vertragsverhältnis und der Tatsache, dass die Arbeitseinsätze mittels entsprechender Pläne jeweils im Vormonat festgesetzt wurden, nicht auf unechte Arbeit auf Abruf geschlossen werden. Denn wie in E. 1.d/bb/bbb hiavor festgestellt, konnte der Kläger zwar seine Freitage wünschen, nicht aber seine Arbeitszeiten frei offerieren, und er unterlag einer Befolgungspflicht.

cc) Aus der E-Mailkorrespondenz vom 26. Juli 2016 ergibt sich schliesslich, dass der Kläger von einem 60% Pensum bzw. nicht von Arbeit auf Abruf ausging (E-Mails von 18.45 Uhr und 19.27 Uhr). Demgegenüber stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, die Arbeitseinteilung erfolge nach Arbeitsanfall und auf Stundenlohnbasis (E-Mail von 19.00 Uhr), was allenfalls auf ein tatsächliches Verständnis im Sinne unechter Arbeit auf Abruf schliessen liesse. Dieser Schlussfolgerung steht indessen, wie die Vorinstanz richtig feststellte, der Umstand entgegen, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis kündigte. Der Beklagten ist dabei zuzugestehen, dass D. als juristischem Laien, immerhin aber Präsident des Verwaltungsrates, die Bedeutung eines Rahmenvertrages bzw. einer Kündigung im Hinblick auf die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien nicht unbedingt bewusst sein musste. Dies ändert aber nichts daran, dass er mit der E-Mail vom 26. Juli 2016, worin er dem Kläger «fristgerecht auf den 31. August 2016, oder wenn Du möchtest und im gegenseitigen Einverständnis, auf den 31. Juli 2016» kündigte, unmissverständlich zum Ausdruck brachte, dass (auch) nach seinem Verständnis eine Kündigung bzw. ein Aufhebungsvertrag nötig sei, andernfalls er den Kläger bis Ende August würde weiterbeschäftigen müssen. Wäre D. von einem Vertrag ausgegangen, bei dem es der Beklagten frei überlassen gewesen wäre, ob und in welchem Umfang sie den Kläger einsetzen wollte – eben unechte Arbeit auf Abruf –, hätte er dem Kläger lediglich mitteilen müssen, dass er in Zukunft nicht mehr eingesetzt werde. Stattdessen hat er aber in seiner Kündigungsmail den Kläger im letzten Satz aufgefordert, ihm mitzuteilen

«was Dir lieber ist damit wir den Arbeitsplan ggf. rechtzeitig anpassen können». Das Verhalten der Beklagten im Zusammenhang mit der Kündigung spricht damit ebenfalls gegen unechte Arbeit auf Abruf.

g) Auf der Basis des von der Vorinstanz willkürfrei festgestellten Sachverhalts kann aufgrund des Wortlauts des Vertrages vom 1. März 2016 und des nachträglichen Verhaltens der Parteien, insbesondere auch des Umstands, dass die Beklagte das Vertragsverhältnis unter Einhaltung der den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden vereinbarten Kündigungsfrist kündigte, – zusammenfassend – geschlossen werden, dass die Parteien übereinstimmend den Willen hatten, nicht einen Rahmenvertrag und damit einen Vertrag über unechte Arbeit auf Abruf, sondern einen solchen über (eigentliche) Teilzeitarbeit oder über echte Arbeit auf Abruf – welche Form kann, wie nachfolgend zu zeigen ist, offenbleiben – abzuschliessen. Dies gälte auch dann, wenn man einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen als nicht nachgewiesen betrachten wollte. Denn dann könnte mangels anderer bei der Auslegung zu berücksichtigender Element ausschliesslich auf den Vertragswortlaut abgestellt werden, aus dem der Kläger, wie ausgeführt (lit. f hiavor), aber nach Treu und Glauben schliessen durfte, dass er unbefristet zu ca. 60% angestellt sei.

(...)

3.

a) Liegt Arbeitgeberverzug vor, so bleibt der Arbeitgeber zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (vgl. Art. 324 Abs. 1 OR). Geschuldet ist, was der Arbeitnehmer bei normaler Vertragsabwicklung erlangt hätte, also alle Bestandteile der geschuldeten Entlohnung inkl. Sozialversicherungsbeiträge (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 11; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 OR N 18).

b) Die Beklagte moniert, die Vorinstanz sei von einem viel zu hohen Lohn für August ausgegangen, weshalb diese den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt und gegen Art. 324 OR verstossen habe. Sie möchte zur Berechnung des im August geschuldeten Lohnes auf die beiden arbeitsschwachen Monate Juni und Juli abstellen und kommt so auf einen Bruttolohn von Fr. 2'537.95 (exkl. Kinderzulagen). Demgegenüber errechnete die Vorinstanz gestützt auf eine Hochrechnung des Jahreslohnes auf der Basis von 9 «guten» und 3 «schwachen» Monaten einen Durchschnittsbruttolohn von Fr. 5'122.80 (exkl. Kinderzulagen) bzw. von Fr. 5'722.80 unter Berücksichtigung des bei der X. AG erzielten Nebenverdienstes von bisher ca. Fr. 500.– bis Fr. 600.–.

c) Zwar ist richtig, dass grundsätzlich auf einen Durchschnittslohn während einer gewissen Zeitspanne abzustellen ist (vgl. BGE 125 III 65 E. 5 = Pra 88, 1999, Nr. 111; JAR 2004, S. 587 ff.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324 OR N 19). Allerdings erweist sich dieses Vorgehen im vorliegenden Fall aus den nachfolgenden Gründen als nicht zielführend:

aa) Bei der vom Kläger angewendeten Methode der Berechnung gestützt auf die tatsächliche Arbeitsdauer von März bis Juli ergäbe sich ein durchschnittlicher Monatslohn von Fr. 4'605.83 (exkl. Kinderzulagen) bzw. auf der Basis von 186 Monatsarbeitsstunden und einem durchschnittlichen Stundenlohn von Fr. 28.50 (Berechnungsbasis: erzielter Bruttolohn exkl. Kinderzulagen [= Fr. 23'029.15] geteilt durch die gearbeiteten Stunden März bis Juli [= 811.45 Stunden]) bei einem 100% Pensum ein solcher von Fr. 5'301.00. Der durchschnittliche Monatslohn (Fr. 4'605.83) entspräche mit andern Worten einem Pensum von 87% und läge damit 27% über dem vereinbarten ungefähren Pensum von 60%, und dies, obwohl es sich beim fraglichen Monat August nachvollziehbar – im Unterschied zu anderen Betrieben, in denen der Arbeitsanfall nicht voraussehbar ist, ist es, wie dies auch im Einsatz des Klägers in den Monaten Juni und Juli zum Ausdruck kommt – für ein Fitnesscenter geradezu typisch, dass in den Sommermonaten (deutlich) weniger Kunden kommen und damit weniger Arbeit anfällt als in den Winter- und Übergangsmonaten – um einen eher schwächeren Monat gehandelt haben dürfte. Vor diesem Hintergrund fällt eine Berechnung auf der Basis der in den Vormonaten tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen offensichtlich ausser Betracht.

bb) Die Methode der Vorinstanz, die den zu entschädigenden Lohn für August gestützt auf 9 «gute» und 3 «schlechte» Monate berechnete, erweist sich im Vergleich zu der eben aufgezeigten Methode als noch weniger sachgerecht. Die Vorinstanz kam für August gestützt auf diese Berechnung auf einen Bruttolohn von Fr. 5'122.80, den sie um den Betrag von Fr. 600.00 erhöhte, den der Kläger ohnehin bei der X. AG in einer Nebenerwerbstätigkeit verdient hätte. Der daraus resultierende Lohn von Fr. 5'722.80 liegt derart deutlich über jenem Lohn, den der Kläger bei einem 60% Pensum verdient hätte (Fr. 3'192.00) und gar über jenem eines 100% Pensums, dass die Berechnungsmethode der Vorinstanz als nicht haltbar und damit willkürlich erscheint.

cc) Ein Abstellen auf den vom Kläger in den umsatzschwachen Monaten Juni und Juli erzielten Durchschnittslohns, wie dies die Beklagte vorschlägt, erscheint ebenfalls nicht sachgerecht. Geht man, wie ausgeführt (lit. aa hiervor), davon aus, dass ein 100% Pensum 186 Arbeitsstunden im Monat entspricht, hätte der Kläger im Juni lediglich mit einem Pensum von 51% und im Juli mit einem solchen von sogar nur 47% gearbeitet. Das brauchte er bei einem vereinbarten Pensum von ca. 60% nicht hinzunehmen, weshalb er dies denn auch, als er dem Arbeitsplan für August entnehmen konnte, dass er wiederum für ein tieferes Pensum als 60% eingeteilt sei, gegenüber der Beklagten monierte.

dd) Damit bleibt, weil nicht bekannt ist, in welchem Arbeitspensum die Beklagte den Kläger im ursprünglichen Arbeitsplanentwurf für August tatsächlich einsetzen wollte, lediglich das Abstellen auf das vertraglich vereinbarte 60% Pensum. Diese Lösung erscheint auch deshalb als sachgerecht, weil einerseits das Pensum im Vergleich zu dem in den Monaten

März bis Mai gearbeiteten Pensum angemessen herabgesetzt ist, was auch der tieferen Arbeitsauslastung des Fitnesscenters im August entspricht. Andererseits ist es höher als das dem Kläger in den Monaten Juni und Juli zugeteilte Arbeitspensum, das dieser als zu tief reklamiert hatte. Ausgehend von einem 60% Pensum hätte der Kläger somit einen Lohn von Fr. 3'192.00 brutto (exkl. Kinderzulagen) erzielen können, weshalb die Beklagte dem Kläger grundsätzlich den entsprechenden Ersatz schuldet.

*Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 17. August 2018*

**Art. 7.3.2, Art. 13 AVE GAV für das Maler- und Gipsergewerbe (aktuelle Fassung: BBI 2016 7247)**

**Art. 324a OR. Der in Art 7.3.2 GAV statuierte Kündigungsschutz während der Dauer von Taggeldleistungen gilt nicht, wenn Letztere nicht aufgrund einer Rechtspflicht erfolgen, sondern eine reine Kulanzleistung sind (E. 2).**

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Zu Recht hält der Kläger im Berufungsverfahren an seinem erstinstanzlichen Rechtsbegehren Ziffer 1, mit dem er für die Zeit von Januar bis April 2016 Taggeldleistungen respektive einen Ersatzanspruch dafür von Fr. 19'986.60 eingeklagte hatte, nicht mehr fest: [Es] steht fest, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers insoweit, als die Zeit ab Juni 2015 betroffen ist, zwar auf einen Unfall zurückzuführen ist, jedoch nicht auf den Arbeitsunfall vom 16. März 2015, sondern auf einen Verkehrsunfall, der sich im Jahr 2000 ereignet hatte, als der Kläger noch nicht für die Beklagte tätig (und offenbar auch nicht anderweitig bei der SUVA gegen Unfallfolgen versichert) war. Für die Zeit ab Juni 2015 hat der Kläger damit zum einen [...] keinen Anspruch auf Taggeldleistungen der SUVA. Zum andern besteht, da keine Krankheit vorliegt (als solche gilt eine gesundheitliche Beeinträchtigung nur dann, wenn sie nicht Folge eines Unfalls ist [vgl. Art. 3 ATSG]), auch kein Leistungsanspruch aus der Krankentaggeldversicherung, welche die Beklagte für den Kläger bei der Y abgeschlossen hat und die – was mittlerweile auch der Kläger anerkennt – nur das Krankheitsrisiko deckt. Beizufügen bleibt, dass die Beklagte auch dann, wenn das vorliegende Arbeitsverhältnis dem GAV unterstünde (was nach wie vor umstritten ist, hier aber offenbleiben kann), kein Verschulden an der damit einhergehenden Deckungslücke und demnach auch keine entsprechende Ersatzpflicht träge; denn es besteht keine gesamtarbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitgebers, für die Arbeitnehmer eine Taggeldversicherung abzuschliessen, die ein über den Krankheitsfall hinausgehendes Risiko bei un-

verschuldeter Arbeitsunfähigkeit aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen (i.S.v. Art. 324a OR) deckt (s. insb. Art. 13 GAV).

2.

Mit dem – seinem erstinstanzlichen Eventualantrag entsprechenden – Berufungsantrag, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 26'541.65 brutto zu bezahlen, macht der Kläger [...] einen Lohnfortzahlungsanspruch für die Zeit von 10. Februar bis 9. Juni 2016, d.h. für vier Monate ab Beginn des 13. Dienstjahrs, geltend. Er stützt sich dabei auf Art. 324a OR, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dann, wenn dieser aus persönlichen Gründen unverschuldet arbeitsunfähig ist, für eine beschränkte Zeit den Lohn zu entrichten hat, wenn das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist (Abs. 1), wobei diese Lohnfortzahlungspflicht im ersten Dienstjahr während drei Wochen und danach für eine angemessene längere Zeit besteht (Abs. 2); dabei beruft er sich zur Festlegung Letzterer auf die sogenannte Berner Skala zu Art. 324a Abs. 2 OR, die für das 11. bis 15. Dienstjahr eine Lohnfortzahlung von vier Monaten vorsieht. Die dieser Argumentation zugrunde liegende Annahme, das Arbeitsverhältnis habe in der erwähnten Zeitspanne noch immer angedauert, begründet der Kläger wie schon erstinstanzlich so auch im Berufungsverfahren damit, gemäss Art. 7.3.2 GAV könne das Arbeitsverhältnis ab dem 6. Dienstjahr nicht gekündigt werden, solange Taggeldleistungen ausbezahlt würden, und in seinem Fall habe die Y für die Zeit von 1. Juni bis 1. Oktober 2015 solche erbracht, weshalb die von der Beklagten am 17. September 2015 ausgesprochene Kündigung ungültig respektive nichtig sei. Dazu fällt – einmal in der theoretischen Annahme, der GAV sei anwendbar (was allerdings letztlich dahingestellt bleiben kann) – Folgendes in Betracht:

Gemäss Art. 7.3.2 GAV kann (u.a.) das Arbeitsverhältnis mit Arbeitnehmern, die durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert sind, ab dem 6. Dienstjahr nicht gekündigt werden, «solange Taggeldleistungen ausbezahlt werden». Hier stellte die SUVA die Leistung von Unfalltaggeldern per Ende Mai 2015 – nach dem Gesagten zu Recht – ein. Doch richtete die Y – wenn auch ohne Rechtspflicht (s. dazu sogleich) – Mitte Oktober 2015 rückwirkend für den Zeitraum 1. Juni bis 1. Oktober 2015 (abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen [...]) Taggelder aus.

Würde man – mit dem Kläger – allein auf den Wortlaut von Art. 7.3.2 GAV abstellen, wäre die von der Beklagten mit Brief vom 17. September 2015 ausgesprochene Kündigung in der Tat innerhalb der in dieser Bestimmung statuierten Sperrfrist und damit unzulässigerweise erfolgt. Diese Betrachtungsweise greift allerdings insofern zu kurz, als normative Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags in erster Linie nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen auszulegen sind und danach zwar vorab der Wortlaut der auszulegenden Bestimmung massgebend ist, daneben aber weitere Umstände wie namentlich der Sinn und Zweck der Norm, der



Sachzusammenhang, in dem sie sich innerhalb der Systematik des Erlasses findet, und ihr Verhältnis zu anderen Bestimmungen zu beachten sind (BGE 136 III 283 E. 2.3.1). Hier führt eine in diesem Sinn über den blossen Wortlaut hinausgehende Auslegung, die auch der Stellung der auszulegenden Norm im Gefüge des Gesamterlasses, deren Teil sie ist, Rechnung trägt, zum Schluss, dass Art. 7.3.2 GAV langjährige Mitarbeiter vor einer Kündigung schützen will, wenn und solange sie Taggeldleistungen aus der obligatorischen Unfallversicherung oder Krankentaggelder erhalten. Dabei liegt – Gründe für eine andere und vor allem offenere Auslegung sind nicht ersichtlich und werden vom Kläger auch nicht vorgebracht – nahe, dass mit Letzteren jene Taggeldleistungen angesprochen sind, die aus der Krankentaggeldversicherung erfolgen, zu deren Abschluss der Arbeitgeber in eben diesem Regelwerk, nämlich in Art. 13 GAV, verpflichtet wird (wobei hier offenbleiben kann, wie es sich bei Leistungen aus einer allfälligen von der Arbeitgeberin freiwillig für weitere Risiken abgeschlossen Versicherung verhält). Leistungen aus der Krankentaggeldversicherung erfolgten nun aber hier im Zeitpunkt der Kündigung nicht, da – die Arbeitsunfähigkeit des Klägers war nicht krankheits-, sondern unfallbedingt – die Voraussetzungen dafür fehlten. Stattdessen erbrachte die Y blosse Kulanzleistungen, und zwar wohlverstanden mit dem Zweck, ihre (direkte) Kundin, nämlich die unter den gegebenen Umständen zur Lohnfortzahlung verpflichtete Beklagte, finanziell zu entlasten, was sie denn auch gegenüber allen Beteiligten – auch dem Kläger – unmissverständlich klarstellte. Beizufügen bleibt, dass zwar die Beklagte [...] ihre Zahlungen an den Kläger ab Juli 2015 in den monatlichen Lohnabrechnungen als «Krankenkassen-Taggeld» bezeichnete und sie diesem – dem entsprechend – jeweils nur 80% des Bruttolohns überwies. Jedenfalls für die Zeit bis zur Kündigung am 17. September 2015 – welche zwei Wochen nach der Krankmeldung des Klägers bei der Krankentaggeldversicherung (3. September 2015) erfolgte – ist dies allerdings vor dem Hintergrund zu sehen, dass erst später Gewissheit bestand, dass die Y (zu Recht) keine Leistungen aus dem Versicherungsvertrag, sondern blosse Kulanzzahlungen erbringen würde; erst im November 2016 stand zudem fest, dass auch keine Leistungen der SUVA mehr zu erwarten waren. Es kommt hinzu, dass die auf dieser Basis (bis Dezember 2015) erfolgten Zahlungen an den Kläger insgesamt [...] über das aufgrund der gesetzlichen Lohnfortzahlungspflicht Geschuldete hinausgingen, womit die Beklagte Letzterer jedenfalls nachgekommen ist.

Dies führt zum Schluss, dass sich der Kläger – so der GAV überhaupt anwendbar wäre, was offenbleiben kann – nicht auf den sich aus dessen Art. 7.3.2 ergebenden Kündigungsschutz berufen kann. Daraus folgt, dass die von der Beklagten am 17. September 2015 per Ende Dezember 2015 ausgesprochene Kündigung entgegen der Ansicht des Klägers gültig ist, womit für die Zeit danach von vornherein kein Lohnfortzahlungsanspruch besteht.

*Tribunal d'appel du canton du Tessin, II<sup>e</sup> chambre civile, Arrêt du 20 avril 2018 (Admission partielle de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 6 décembre 2016)*

**Art. 324a CO. Preuve de l'incapacité de travail. Un certificat médical ne constitue par un moyen de preuve absolu. L'employeur peut ainsi mettre en cause sa validité ou son exactitude en invoquant d'autres moyens de preuve (c. 6.1).**

En l'espèce, il n'y a pas de raison de contester a priori la validité du certificat rédigé par un médecin chirurgien, spécialiste des maladies respiratoires, qui a diagnostiqué une «cervicalgie lombalgie», d'autant plus que le médecin curait la patiente depuis longue date. N'est pas non plus de nature à faire douter de l'exactitude du certificat le fait que le certificat ne mentionne ni l'ampleur des examens effectués, ni les données anamnestiques, ni une motivation du diagnostic, ou encore le fait qu'il ait été rédigé seulement six jours avant la fin du délai de congé (c. 6.2).

Ritenuto in fatto (estratti):

Il 4 marzo 2015 AO 1 ha assunto AP 1 in qualità di venditrice a tempo pieno, 5 giorni alla settimana. Il contratto di lavoro, di durata indeterminata, prevedeva tra le altre cose una retribuzione mensile lorda di fr. 3'000.– per 12 mensilità, rinviando per il resto al Contratto Collettivo Parrucchieri 2010 ed al Codice delle Obbligazioni. Con scritto 26 agosto 2015 la datrice di lavoro ha disdetto il contratto con effetto al 30 settembre successivo, precisando che gli eventuali saldi vacanze o ore straordinarie sarebbero stati da effettuare durante il periodo di disdetta.

Con petizione 6 settembre 2016 AP 1 ha convenuto in giudizio AO 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, per ottenerne la condanna al pagamento di fr. 10'118.12 oltre interessi : da una parte, essa ha preteso di essere stata inabile al lavoro dal 24 settembre al 27 ottobre 2015 e di avere perciò diritto anche alla retribuzione per i mesi di ottobre e di novembre 2015; dall'altra ha sostenuto che in base al Contratto normale di lavoro per il personale di vendita al dettaglio 2015 la sua retribuzione mensile lorda, tenuto conto delle sue qualifiche professionali, avrebbe dovuto essere di almeno fr. 3'220.– (a cui andava poi aggiunta l'indennità per vacanze e per giorni festivi) per 13 mensilità, e ciò dunque per l'intero periodo dal 4 marzo al 30 novembre 2015, come meglio risultava dalla tabella da lei versata agli atti. La convenuta si è integralmente opposta alla petizione.

Con decisione 6 dicembre 2016 il Pretore aggiunto ha respinto la petizione. Il giudice di prime cure non ha ritenuto sufficientemente provato che l'attrice fosse stata inabile al lavoro dal 24 settembre al 27 ottobre 2015 ed ha evidenziato che in base al Contratto normale di lavoro per il

settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti) la sua retribuzione mensile lorda minima avrebbe dovuto essere di fr. 2'996.35 per 12 mensilità. Con l'appello 17 gennaio 2017 che qui ci occupa, avversato dalla convenuta con risposta 6 febbraio 2017, l'attrice ha chiesto in via principale di riformare il querelato giudizio nel senso di accogliere la petizione e in via subordinata di annullare la decisione pretorile con rinvio degli atti al primo giudice per nuovi accertamenti.

Considerato in diritto (estratti):

6.

Nella sua decisione il Pretore aggiunto ha innanzitutto ritenuto che l'attrice, versando agli atti il certificato medico 24 settembre 2015 del dott. M. attestante una sua «cervico lombalgia» con necessità di 10 giorni di riposo, non avesse ancora sufficientemente dimostrato di essere stata inabile al lavoro per malattia da quella data: la diagnosi fornita a quel momento non rientrava in effetti nell'ambito di specializzazione del medico che aveva stilato il certificato, medico chirurgo specialista in fisiologia e malattie dell'apparato respiratorio; dal certificato non risultavano inoltre né l'ampiezza delle indagini svolte dal medico, né i dati anamnestici da lui considerati, né una motivazione della conclusione a cui era giunto; infine il fatto che quel certificato fosse stato richiesto ed allestito nel periodo di disdetta, ed in particolare a soli 6 giorni dalla sua scadenza, alimentava parecchi sospetti sulla validità dello stesso.

6.1 La giurisprudenza ha già avuto modo di stabilire che di principio un certificato medico attestante l'incapacità di lavoro di un lavoratore non costituisce un mezzo di prova assoluto (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7<sup>a</sup> ed., n. 12 ad art. 324a/b CO; TREZZINI, in: Trezzini/Fornara/Cocchi/Bernasconi/Verda Chiocchetti, *Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2<sup>a</sup> ed., n. 28 ad art. 157; TF 27 luglio 2010 4A\_289/2010 consid. 3.2, 28 luglio 2009 4A\_227/2009 consid. 3.1.3, 14 aprile 2008 1C\_64/2008 consid. 3.4). Il datore di lavoro può contestarne l'attendibilità mediante altri mezzi di prova oppure adducendo, e poi dimostrando, circostanze suscettibili di inficiarne seriamente la validità (BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht*, 3<sup>a</sup> ed., n. 3 ad art. 324a CO; TF 14 aprile 2008 1C\_64/2008 consid. 3.4; II CCA 7 luglio 2014 inc. n. 12.2013.74).

6.2 In questa sede l'attrice ha rilevato che le considerazioni esposte dal giudice di prime cure non erano in realtà tali da inficiare l'attendibilità del certificato medico redatto il 24 settembre 2015 dal dott. M., da lei prodotto. A ragione.

Dal fatto che quest'ultimo fosse un medico chirurgo con specializzazione in fisiologia e malattie dell'apparato respiratorio in [...] (nuova e con ciò irricevibile giusta l'art. 317 cpv. 1 CPC è invece la circostanza, comprovata dal nuovo doc. C allegato all'appello, a sua volta irrito, secondo

cui costui fosse pure un medico di medicina generale) non si può in effetti concludere che egli non disponesse delle necessarie conoscenze per rendere una diagnosi, tutto sommato semplice, di «cervico lombalgia» (diverso sarebbe forse stato il caso se una diagnosi specialistica fosse stata resa da un medico generalista, cfr. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 12 ad art. 324a/b CO con rif. a ZBI 2010 p. 389 consid. 3.3.1); dal fatto che dal suo certificato non risultassero né l'ampiezza delle indagini svolte né i dati anamnestici considerati né una motivazione della diagnosi non si può a sua volta concludere, per dottrina e giurisprudenza invalsa (cfr. PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, 6<sup>a</sup> ed., n. 25 ad art. 324a CO con rif. a JAR 1997 p. 132 consid. 3b/bb), per la sua inattendibilità; ed infine nemmeno il fatto che quel certificato potesse essere stato allestito in un momento «sospetto», e meglio a soli 6 giorni dalla scadenza del periodo di disdetta dell'attrice, è di per sé sufficiente, pur potendo beninteso costituire un ancorché labile indizio tale da metterne in dubbio l'attendibilità (cfr. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 12 ad art. 324a/b CO con rif. a TF 27 aprile 2011 4A\_89/2011 consid. 3), per concludere in tal senso, e ciò anche laddove, come nel caso concreto, il professionista che aveva reso il certificato era il medico curante di lunga data dell'attrice (cfr. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 12 ad art. 324a/b CO con rif. a DTF 125 V 351 consid. 3b/cc, giurisprudenza poi relativizzata da JAR 2006 p. 396 consid. 4.2).

Del tutto infondato è invece l'assunto della convenuta, per altro addotto per la prima volta e con ciò irrualmente (art. 317 cpv. 1 CPC) solo in questa sede, secondo cui essa, subito dopo aver ricevuto il certificato medico, avrebbe invitato l'attrice a visitare un medico FMH per l'accertamento della fondatezza della sua incapacità lavorativa, senza che quest'ultima avesse poi ritenuto di agire in tal senso: lo scritto di cui al doc. 5 di cui essa si è prevalsa nell'occasione è in effetti ben lungi dal dimostrare la circostanza, non contenendo, anche perché inviato alla controparte non immediatamente ma solo dopo che la contestata incapacità lavorativa era ormai terminata (e meglio il 9 dicembre 2015), un invito in tal senso all'indirizzo dell'attrice.

(...)

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

*Tribunal d'appel du canton du Tessin, II<sup>e</sup> chambre civile, Arrêt du 29 novembre 2018 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 26 avril 2017)*

**Art. 323 et 341 CO. Employeur prétendant qu'une partie substantielle du salaire d'un employé architecte dépendait de la concrétisation d'un important projet de construction. Outre que l'accord de l'employé n'a**

**pas été prouvé (c. 4), un tel accord aurait de toute manière été nul car contraire à l'art. 341 CO. L'encaissement des factures et la résolution de problèmes de liquidité de la société sont des risques économiques qui doivent être supportés par l'employeur et non l'employé (c. 5).**

Ritenuto in fatto (estratti):

Con contratto di lavoro 1° luglio 2009 AO 1 è stato assunto quale architetto alle dipendenze di AP 1. Il contratto di lavoro, di durata indeterminata, prevedeva un salario mensile netto iniziale di fr. 6'447.25, in seguito aumentato a fr. 7'500.– lordi. Nel corso degli anni, in particolare a partire dal 2012, il versamento del salario mensile non è avvenuto con regolarità e con scritto 18 settembre 2014 il patrocinator del dipendente si è rivolto alla datrice di lavoro assegnando un termine di sette giorni per il versamento degli stipendi arretrati, quantificati in fr. 109'841.75 sulla base di un conteggio allegato, preannunciando l'intenzione di adire le vie legali e di notificare una disdetta straordinaria del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 337 CO per mora nel pagamento del dovuto. Con scritto 23 settembre 2014 la datrice di lavoro ha ricordato al dipendente che nel corso degli oltre cinque anni di lavoro egli avrebbe *«ricevuto mediamente il 75% di quanto gli aspettava (recte: spettava)»* e che *«questo gli permetteva comunque la conduzione di una vita normale»*, invocando un accordo tra le parti secondo il quale il credito residuo *«venisse liquidato all'incassato (recte: incasso) del nostro onorario»*. Dopo aver fatto spiccare il 25 settembre 2014 un PE nei confronti della datrice di lavoro, chiedente fr. 109'841.75 a titolo di salari arretrati e fr. 45'000.– quale indennità per licenziamento abusivo, con scritto di medesima data, ritenendo di essere allora stato oggetto di un licenziamento in tronco, il dipendente ha formulato opposizione al licenziamento ai sensi dell'art. 336b CO, contestando di aver pattuito un differimento del saldo scoperto a suo favore a dipendenza dell'incasso di onorari per lavori fatturati dalla società a terzi.

Il 21 gennaio 2015 AO 1 ha inoltrato alla Pretura di Lugano una petizione chiedendo la condanna di AP 1 al pagamento di complessivi fr. 147'094.10, oltre interessi, a titolo di salario e indennità per licenziamento abusivo. In breve, egli ha lamentato di essere stato abusivamente licenziato per aver avanzato pretese salariali, chiedendo quindi un'indennità di fr. 45'000.– ai sensi dell'art. 337c CO, oltre al salario arretrato, rispettivamente dovuto fino al termine del rapporto di impiego il 30 novembre 2014, dedotto quanto già incassato. Con risposta 8 maggio 2015 la convenuta si è integralmente opposta alla petizione. Nei rispettivi memoriali conclusivi le parti hanno sostanzialmente ribadito le proprie antitetiche posizioni, l'attore riducendo la pretesa a fr. 143'971.35, oltre interessi e presentando una nuova domanda nel senso di rigettare definitivamente l'opposizione al PE fatto spiccare nei confronti della convenuta. Con sentenza 26 aprile 2017 il Pretore aggiunto ha parzialmente accolto la petizio-

ne, riconoscendo all'attore l'importo complessivo di fr. 102'787.85 netti, oltre interessi al 5% dal 18 settembre 2014. Con appello 26 maggio 2017 la convenuta chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di respingere integralmente la petizione.

Considerato in diritto (estratti):

4.

L'appellante rimprovera al primo giudice di non aver ritenuto fondata e provata l'obiezione secondo la quale *«i salari erano da corrispondere in base al successo del progetto di edificazione dello stabilimento industriale di X.»*. L'istruttoria avrebbe infatti provato che l'attore ha lavorato su tale progetto e che le difficoltà nell'incasso dell'onorario, ammontante a vari milioni, erano alla base del mancato regolare pagamento dei salari di tutti i dipendenti dell'azienda, come loro spiegato e da questi accettato, nella prospettiva di continuare a lavorare per vedersi un giorno pagare il saldo degli stipendi arretrati.

L'appellante pretende che da tali circostanze emergerebbe la prova della pattuizione di una riduzione del salario per atti concludenti e che *«l'accettazione della riduzione è data dal fatto che i dipendenti rimasti, fra cui l'attore, sapevano che in caso di incasso per il progetto [...] avrebbero ricevuto i loro salari arretrati. Per questo motivo hanno continuato a lavorare. Da qui l'accordo fra le parti»*. Sarebbe quindi provato che *«i responsabili della convenuta comunicarono il differimento dell'esigibilità del salario, con conseguente riduzione del salario. Se poi tale proposta fu accettata o meno, lo si desume dal comportamento stesso dei dipendenti: alcuni si licenziarono altri no, come lo stesso attore, che ha continuato a lavorare per ben 2 anni a salario differito e quindi ridotto»*. Non essendo ancora giunto a conclusione il progetto denominato [...], i salari non sarebbero ancora divenuti esigibili (art. 323 CO) e nulla sarebbe più dovuto.

La censura, qui riproposta testualmente per farne emergere la contraddittorietà già dal punto di vista terminologico, è priva di senso logico. L'appellante pretende infatti che il pagamento di una parte della pretesa salariale maturata dai lavoratori secondo il contratto sia stato differito, ciò che implica perlomeno che anche questa parte di salario sia pacificamente dovuta e quindi il credito esistente, sebbene non ancora esigibile. Tale scenario collide però con la pretesa pattuizione di una riduzione di stipendio, dalla quale deriverebbe invece che il salario effettivamente versato ai dipendenti sia il totale di quanto dovuto, secondo il modificato contratto di lavoro. La contraddittoria censura dell'appellante non è atta a scalfire la conclusione del Pretore aggiunto in merito alla carenza probatoria a proposito dell'asserita pattuizione del differimento.

5.

Va abbondanzialmente rilevato come in ogni caso, anche se un simile accordo fosse stato adeguatamente provato, questo sarebbe comunque da

ritenere nullo, siccome contrario all'art. 341 CO che impedisce al lavoratore di rinunciare ai crediti salariali, non potendosi subordinare la corresponsione del compenso del lavoratore a circostanze che esulano dall'adempimento dei suoi doveri professionali e rientrano piuttosto nella sfera dei rischi aziendali, quali l'incasso di fatture e la risoluzione di problemi di liquidità della società. Ai sensi dell'art. 323 cpv. 1 CO il salario del dipendente è da considerare esigibile al termine di ogni mese.

(...)

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours civile, Arrêt du 28 août 2018 (Admission du recours interjeté contre le jugement rendu le 19 mars 2018 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)*

**Art. 341 CO. La résiliation du contrat de travail d'un commun accord n'est valable que sous la forme d'une véritable transaction, comprenant des concessions d'importance comparable de la part de chaque partie. Selon la doctrine, la réciprocité devrait dans tous les cas être présumée lorsque le travailleur est assisté d'un avocat ou d'un mandataire professionnellement qualifié, dès lors qu'il a été renseigné sur l'étendue de ses droits et les conséquences de la conclusion d'un tel accord. Par ailleurs, si l'employeur pouvait prononcer un licenciement sans préavis pour faute grave, ou si le salarié souhaitait de sa propre initiative quitter l'entreprise à court terme ou profiter d'une mise en disponibilité jusqu'à la date de son départ, les exigences sont moindres, au point que, suivant les circonstances concrètes, la dissolution immédiate est parfaitement licite, sans obligation de prestation supplémentaire (c. 3.2.1).**

Dans le cas d'espèce, plaident pour l'existence de concessions réciproques et la validité de l'accord de résiliation qui comportait une clause pour «solde de tout compte» : premièrement, au moment où la convention a été signée, l'employeur ne savait pas dans quelle mesure il serait à même de remplacer l'employé et dans quelle mesure il devrait refuser des chantiers ; deuxièmement, l'accord permettait à l'employé de quitter immédiatement l'entreprise sans subir les conséquences d'un abandon de poste ; troisièmement, avant de signer la convention, l'employé avait pris conseil auprès d'un syndicat, lequel lui a recommandé la signature de l'accord (c. 3.2.2).

## Extraits des faits:

Par contrat de travail du 26 février 2015, E. (ci-après: le défendeur ou le recourant) a engagé T. (ci-après : le demandeur ou l'intimé) en qualité d'aide-carreleur, avec une entrée en fonction le 9 mars 2015. Le salaire convenu s'élevait à 25 fr. brut de l'heure. La durée de travail hebdomadaire, fixée contractuellement à 42.5 heures, n'a pas toujours été respectée. Par manque de travail, il arrivait que le demandeur soit libéré de travailler dès midi, voire dès 10 heures. Par lettre du 24 août 2015, le travailleur s'est plaint de cette situation, qui avait une incidence sur le montant de son salaire, puisqu'il était payé à l'heure. Dans le courant du mois de novembre 2015, le demandeur a trouvé un nouvel emploi auprès d'un tiers. Il en a informé le défendeur, qui a accepté de le libérer immédiatement de son obligation de travailler.

Lorsqu'une confirmation écrite a été demandée au défendeur, celui-ci a toutefois requis la conclusion d'une «Convention de sortie», qu'il a remis pour signature au demandeur et dont la teneur était notamment la suivante (sic) : «Il est convenu ce qui suit: Monsieur T. déclare vouloir quitter son poste en tant qu'employé de la société E. pour le 16 novembre 2015 et ne tient pas compte de son délai de congé soit, d'un préavis de 3 mois dont son employeur l'entreprise E. accepte la séparation comme un accord entendue entre les parties.

La présente convention est conclue aux conditions suivantes :

Article 1 L'employeur certifie que les prestations de salaires ainsi que les jours de vacances, 13ème salaires, jours de congés et heures supplémentaires ont été payée. Toutefois, le salaire du mois de novembre (jusqu'au 11.11.2015) sera payé au plus tard d'ici au 20 novembre 2015.–

Article 2 L'employé certifie de ne part faire concurrence et se tient au secret professionnel durant un délai indéterminé. Il se restreint de faire valoir son délai de congé selon l'accord passé avec son employeur et ne demandera aucune indemnité concernant son départ ni de retour sur son intention et ne demandera pas ces 3 mois de salaires selon le délai de congé légal.

Article 3 L'employé déclare attester que tout compte a été soldé.

Article 4 L'employeur déclare expressément de prendre en compte l'envie de départ de son employé et émettra un certificat de travail».

Le 16 novembre 2015, après avoir pris conseil auprès du syndicat Unia, T. a signé la convention de sortie proposée par le défendeur. Dans l'intervalle, le 13 novembre 2015, il a débuté son activité auprès de son nouvel employeur.

Le 23 décembre 2015, le demandeur, par l'intermédiaire du syndicat Unia, s'est adressé au défendeur pour se plaindre d'irrégularités dans les fiches de salaires, à savoir du non-paiement des jours fériés et de l'intégralité des frais de repas, ainsi que d'heures de travail non fournies. Le défendeur a répondu le 17 février 2016 qu'il n'entrerait pas en matière



sur les prétentions invoquées et s'est référé à la convention de sortie du 16 novembre 2015, notamment à la clause «pour solde de tout compte», soulignant qu'il avait laissé partir le demandeur sans tenir compte du délai de congé afin qu'il puisse travailler pour un autre employeur.

En date du 10 août 2017, T. a saisi le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne d'une demande, par laquelle il a conclu à ce que E. lui doive paiement de divers montants à titre de salaire, de salaire pour les jours fériés, et de remboursement de frais de repas, le tout avec intérêt. Par jugement du 19 mars 2018, le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne (ci-après : les premiers juges) a admis partiellement la demande déposée le 10 août 2017 par T., a dit que E. était le débiteur de ce dernier et qu'il lui devait immédiat paiement des montants de 4'848 fr. 05 brut à titre de salaire et de 136 fr. net à titre de remboursement de frais de repas, le tout avec intérêt. Par acte du 25 juin 2018, E. a interjeté recours.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant fait valoir deux moyens. Il plaide la validité de la convention passée en présence de concessions réciproques, ainsi que l'abus de droit.

3.1 Le recourant conteste l'appréciation des premiers juges, en ce sens qu'il soutient que la convention serait valable au regard de l'art. 341 CO dès lors que, de son point de vue, les concessions entre les parties s'avèreraient être réciproques.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat ni durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. L'art. 341 al. 1 CO prohibe une renonciation unilatérale à des droits qu'il protège. En revanche, il ne fait pas obstacle à une renonciation du travailleur dans le cadre d'une transaction ; encore faut-il qu'il y ait une équivalence appropriée des concessions réciproques, c'est-à-dire que les prétentions auxquelles chaque partie renonce soient de valeur comparable (ATF 136 III 467 consid. 4.5 ; ATF 118 II 58 consid. 2b ; ATF 110 II 168 consid. 3b ; TF 4A\_25/2014 du 7 avril 2014 consid. 6.2).

Ainsi, une quittance pour solde de comptes, en tant que reconnaissance négative de dette, est une déclaration unilatérale de volonté (ATF 127 III 444 consid. 1a) ; si elle est signée par le travailleur dans la période de protection de l'art. 341 al. 1 CO, elle ne vaut pas remise de dette (art. 115 CO) pour les prétentions résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective (cf. TF 4A\_453/2012 du 3 décembre 2012 consid. 2.3). Tel ne sera toutefois pas le cas si la quittance pour solde

de comptes est incluse dans une transaction (cf. ATF 127 III 444 consid. 1a) et que la contre-partie fournie par l'employeur est appropriée.

L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas non plus aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi. Dans la mesure où elle emporte renonciation du travailleur à des prétentions de droit impératif, une telle convention (*Aufhebungsvertrag*) n'est donc valable que sous la forme d'une véritable transaction, comprenant des concessions d'importance comparable de la part de chaque partie (ATF 119 II 449 consid. 2a ; ATF 118 II 58 consid. 2b ; TF 4A\_673/2016 du 3 juillet 2017 consid. 4.1 ; TF 4A\_563/2011 du 19 janvier 2012 consid. 4.1 ; TF 4A\_96/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.1).

La réciprocité suffisante doit s'apprécier au moment où la transaction intervient (TF 4C.27/2002 du 19 avril 2002 consid. 3). Selon la doctrine, la réciprocité devrait dans tous les cas être présumée lorsque le travailleur est assisté d'un avocat ou d'un mandataire professionnellement qualifié, dès lors qu'il a été renseigné sur l'étendue de ses droits et les conséquences de la conclusion d'un tel accord (BOHNET/DIETSCHY, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 21 ad art. 341 CO; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, p. 610, nbp 9; DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse 2011, n. 760, p. 368; STAEHELIN, Commentaire zurichois, Code des obligations I, 2014, n. 13 ad art. 341 CO; WYLER, Droit du travail, 2014, p. 530).

Une résiliation du contrat à très court terme ou pendant une période de blocage probable ou effective appelle en général des contreparties avérées. A l'inverse, si l'employeur pouvait prononcer un licenciement sans préavis pour faute grave, ou si le salarié souhaitait de sa propre initiative quitter l'entreprise à court terme ou profiter d'une mise en disponibilité jusqu'à la date de son départ, les exigences sont moindres, au point que, suivant les circonstances concrètes, la dissolution immédiate est parfaitement licite, sans obligation de prestation supplémentaire (Rudolph, L'accord de résiliation en droit du travail : une voie royale risquée, in TrEx éd. 2 2017, ch. 4).

3.2.2 Les magistrats de première instance se sont fondés sur les déclarations du défendeur pour arriver à la constatation que la concession faite par celui-ci n'avait pas une valeur comparable à celle consentie par son ex-employé. Ils ont retenu que le défendeur avait clairement indiqué que cette décision ne l'avait pas pénalisé et ont souligné que le défendeur n'avait de toute manière plus confiance dans la personne du demandeur et qu'il ne voulait plus travailler avec lui. Les premiers juges ont également souligné que, sur questions du président, le défendeur avait précisé qu'il n'avait pas dû refuser des chantiers, que le mois de décembre n'était pas particulièrement chargé et qu'il avait trouvé un remplaçant quelques semaines plus tard, s'occupant lui-même des contrats en cours dans l'intervalle. Les magistrats ont en outre indiqué que l'intéressé avait donné

l'impression que la libération du demandeur avec effet immédiat l'avait arrangé.

Le recourant ne revient pas sur les concessions du travailleur. Il revient par contre sur ses propres concessions et estime qu'elles sont tout aussi importantes que celles de l'employé.

En accord avec ce que relève le recourant, il y a lieu d'admettre qu'au moment où la convention a été signée, celui-ci ne savait pas dans quelle mesure il serait à même de remplacer l'intimé et dans quelle mesure il devrait refuser des chantiers. Les premiers juges ne pouvaient donc pas retenir, en défaveur de l'employeur, que celui-ci n'avait pas dû refuser des chantiers, que le mois de décembre n'était pas particulièrement chargé, qu'il avait trouvé un remplaçant quelques semaines plus tard et que, dans l'intervalle, le travail avait été effectué par ses soins. Au moment où la convention a été signée, il n'était pas impossible que l'absence du demandeur génère des difficultés dans l'organisation du travail du défendeur, puisqu'il ne ressort pas des actes de la cause que, à ce moment-là déjà, l'employeur savait qu'il n'allait pas rencontrer de difficulté à cet égard.

L'impression donnée par l'employeur au moment de son interrogatoire par le premier juge peut être trompeuse, car elle était donnée *a posteriori*, soit après que l'employeur eut effectivement pu constater qu'il avait réussi à s'arranger sans la présence du demandeur, ce qu'il ignorait totalement au moment de la signature de la convention. On peut en outre comprendre qu'il ait été soulagé du départ du travailleur, dès lors qu'il a été retenu qu'il n'avait plus confiance en lui et qu'il ne voulait plus travailler avec lui. Toujours est-il que l'on ne saurait déduire de cette seule circonstance que les concessions consenties par le défendeur étaient moindres que celles du demandeur.

Si la convention signée permettait à l'employé de commencer directement un nouveau travail sans s'acquitter d'une quelconque pénalité, elle privait aussi l'employeur de toute prétention à cet égard, ce que l'on ne saurait ignorer dans l'appréciation des circonstances d'espèce. Si, certes, le montant y relatif était moins conséquent que celui auquel pouvait prétendre le demandeur, au moment de la signature de la convention, aucune certitude chiffrée n'était donnée puisque les parties n'avaient pas encore chiffré leurs prétentions respectives. Elles ne pouvaient, en définitive, que se représenter qu'elles avaient chacune des prétentions à l'égard de l'autre, ce qui participe déjà d'une certaine forme d'égalité.

Enfin, avant de signer la convention, l'intimé avait pris conseil auprès d'un syndicat, lequel lui a recommandé la signature de l'accord. Le demandeur a en effet expressément déclaré que le syndicat Unia lui avait dit de signer car, dans le cas contraire, il ne pouvait pas commencer chez son nouvel employeur. Il a également indiqué qu'il avait remarqué qu'il y avait dans la convention de sortie la clause pour solde de tout compte et qu'il avait compris ce que cela signifiait.

Ces éléments plaident en faveur d'une réciprocité des concessions. Pour les motifs exposés ci-dessus, on ne peut suivre le syndicat lorsqu'il indique, à l'appui de sa réponse, que l'employeur n'a pas réellement fait des concessions, étant donné «qu'il ne voulait plus travailler avec cet employé et qu'il n'avait pas dû refuser des chantiers». La réciprocité est établie et il semble juste d'avoir libéré l'employé – afin que celui-ci puisse commencer dans l'immédiat et sereinement un nouvel emploi – et d'avoir également renoncé à l'argument de l'abandon de poste. On ajoutera qu'il n'est pas établi que l'employeur avait en tête, au moment de la signature de la convention, le renoncement à d'autres prétentions. D'ailleurs, il est intéressant de constater que l'intimé ne parle, dans sa réponse, que de mise sous pression en lien avec l'éventualité d'un abandon de poste.

Les autres arguments avancés par le recourant, à savoir les avantages dont aurait pu bénéficier l'employé auprès de son nouvel employeur, ne paraissent pas pertinents, dès lors qu'ils ne concernent pas la relation présentement litigieuse. Il ne se justifie par ailleurs pas de prendre en compte le nombre de kilomètres économisés, puisqu'en l'absence de tout accord, il est patent que le travailleur aurait quand même commencé son nouvel emploi à [...], au risque de payer les pénalités dont il a été question ci-avant.

Sous l'angle de l'abus de droit, la critique se tient aussi, l'employé ayant expressément reconnu qu'il savait ce que signifiait la formulation utilisée «pour solde de tout compte» et ayant admis qu'il s'était renseigné auprès du syndicat Unia avant de signer la convention. Cela étant, la question n'est en soi pas décisive au regard des développements qui précèdent.

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 16 mai 2018 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 19 juillet 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte)*

**Art. 337 CO.** Il appartient à la partie qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat d'établir l'existence des conditions matérielles et formelles requises pour cette mesure: justes motifs, avertissements, immédieté, respect des formes convenues (c. 4.2.1).

**Art. 3 LEg.** En l'espèce, le congé litigieux ayant été donné seulement quelques jours après que l'intimée eut informé l'appelante de sa grossesse et des conséquences juridiques que cela entraînait, c'est à raison que les premiers juges ont considéré que la résiliation avec effet immédiat était injustifiée, respectivement qu'elle était discriminatoire au sens de la LEg (c. 4.3.3).

## Extraits des faits:

Par contrat-cadre de travail conclu au début du mois d'avril 2014, T. a été engagée par E. en qualité d'auxiliaire de l'enfance, à temps plein, pour une durée indéterminée, avec un temps d'essai de trois mois et un délai de congé de trois mois également, dès le 2 juin 2014 à 9h00, pour un salaire mensuel brut de 4'180 francs. Par courrier du 2 septembre 2014, E. a informé cette dernière du fait que sa période d'essai était prolongée jusqu'au 2 décembre 2014 inclus. A partir du 10 septembre 2014, E. a réduit le taux de travail de T. à 50%. L'administratrice a alors demandé à T. de s'occuper de son ménage privé à raison de trois jours par semaine.

Par courrier du 8 décembre 2014, T. a reçu un avertissement, signé par l'administratrice, dont les termes sont les suivants: «Par la présente, je vous confirme les observations verbales qui vous ont été faites à plusieurs reprises concernant votre inobservation des règles. En effet, le 5 et le 8 décembre 2014, vous n'avez pas respecté (sic) la (sic) cahier des charges du nettoyage de la crèche E. Ces agissements constituent un manquement à vos obligations. De plus, un tel comportement est préjudiciable au bon fonctionnement du service auquel vous êtes affectée. En conséquence, je me vois dans l'obligation, par cette lettre, de vous adresser un avertissement. Nous espérons que ce courrier engendrera des changements dans votre comportement et que de tels faits ne se renouvelleront plus. Dans le cas contraire, je serai dans l'obligation de prendre des mesures plus sévères à votre rencontre.»

Par courrier du 16 décembre 2014, remis en mains propres le jour même, E. a résilié le contrat de travail de T. et l'a libérée de ses obligations professionnelles avec effet au 27 février 2015. Ce courrier ne mentionne aucun motif particulier. A mi-janvier 2015, T. a appris qu'elle était enceinte et que la date de la conception de son enfant était située au début du mois de décembre 2014. Elle l'a immédiatement annoncé à l'administratrice. T. a également pris contact par téléphone avec son Office régional de placement, afin de débiter la procédure en vue de bénéficier de l'assurance-chômage, compte tenu de la résiliation de son contrat de travail intervenue le 16 décembre 2014. C'est à cette occasion qu'elle a appris que la résiliation avait été donnée en temps inopportun, compte tenu du fait qu'elle était alors déjà enceinte. Le lendemain, elle a sollicité un entretien avec l'administratrice, afin de lui indiquer que le chômage n'interviendrait pas par le biais d'indemnités et qu'il lui était demandé de contester son licenciement, lequel était intervenu en temps inopportun.

Par courrier du 23 janvier 2015, remis en mains propres le jour même, E. a fait part de ce qui suit à T.: «Comme indiqué lors de notre entretien de ce jour, nous sommes malheureusement contraints de vous confirmer votre licenciement avec effet immédiat. Un avertissement vous a déjà été signifié pour avoir laissé, le 2 septembre 2014, un bébé de 5 mois seul et sans surveillance sur la table à langer, soit à 1 mètre 50 du sol, en

violation du protocole des changes et des instructions claires dont vous disposiez à ce sujet. Malgré cet avertissement, vous avez récidivé le 9 décembre 2014 en plaçant un enfant de 8 mois dans une chaise haute sans l'attacher. Cette nouvelle imprudence fautive, par laquelle vous avez une fois de plus fait prendre un risque gravissime à un enfant, vous a valu un ultime avertissement avec menace de résiliation de nos rapports de travail pour faute grave. Hier, malgré deux avertissements et contrairement aux règles élémentaires de sécurité, vous avez une nouvelle fois placé un enfant de 8 mois dans la chaise haute sans l'attacher. Cette nouvelle violation est d'autant plus grave que, suite à votre licenciement ordinaire du 16 décembre dernier, interdiction vous avait été faite de porter des enfants, interdiction que vous avez donc également violée. Compte tenu de la gravité de la situation et de votre incapacité à respecter des instructions destinées à prévenir tout accident, votre maintien dans l'entreprise s'avère impossible. Pour éviter toute ambiguïté, il vous est précisé que le présent licenciement intervient sans préavis ni indemnité de licenciement»

Par courrier du 27 janvier 2015, T. a contesté son licenciement avec effet immédiat, ainsi que les faits reprochés dans la correspondance du 23 janvier 2015. Le 5 février 2015, elle a adressé à E. un courrier par lequel elle a offert ses services et réclamé le paiement du salaire du mois de janvier 2015. Pour le mois de janvier 2015, E. a versé à T. un montant de 2'810 fr. 60, correspondant à un salaire brut de 3'204 fr. 65. T. a accouché le 30 août 2015.

Par demande du 11 novembre 2015 déposée auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, T. a assigné E. en paiement de divers montants, à titre d'indemnité pour résiliation discriminatoire et de tort moral. Par jugement du 19 juillet 2017, le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte a admis partiellement la demande formée le 11 novembre 2015 par la demanderesse T. contre la défenderesse E. Par acte du 9 janvier 2018, E. a interjeté appel contre le jugement susmentionné.

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'appelante invoque une violation du droit par les premiers juges, arguant que le licenciement immédiat signifié le 23 janvier 2015 aurait dû être considéré comme justifié au sens de l'art. 337 CO.

4.2

4.2.1 Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Le congé immédiat prévu par cette disposition peut donc intervenir dans n'importe quelle phase de la relation de travail, tant que dure celle-ci. Ainsi, l'employeur peut prononcer une résiliation immédiate pendant la maladie, le service militaire ou la grossesse d'un ou d'une salarié(e), alors qu'une résiliation ordinaire serait frappée de nullité (cf. art. 336c al. 2 CO).

Dans une telle hypothèse, il appartient toutefois au juge de se montrer vigilant lors de l'appréciation des circonstances à l'appui de la résiliation immédiate, car l'art. 337 CO ne saurait être utilisé par l'employeur comme un prétexte pour détourner la rigueur des règles protectrices posées en matière de licenciement ordinaire (TF 4C.247/2006 du 27 octobre 2006 consid. 2.1 et les références citées).

La résiliation pour justes motifs est une mesure exceptionnelle qui doit être admise de manière restrictive et qui ne se justifie que s'il apparaît qu'un avertissement ne suffirait pas pour redresser la situation (ATF 130 III 28 consid. 4.1 et ATF 127 III 153 consid. 1 b). Constitue un juste motif au sens de l'art. 337 CO un fait propre à détruire irrémédiablement le rapport de confiance entre les parties qu'implique la relation de travail, de telle façon que la poursuite de celle-ci ne peut plus être exigée, même pendant la durée du délai de congé. Seul un manquement particulièrement grave autorise une résiliation immédiate (ATF 130 III 213 consid. 3.1), qui doit donc constituer une *ultima ratio*. Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1), comme le devoir de fidélité (art. 321a al. 1 CO ; ATF 117 II 72 consid. 3 in fine), mais d'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 et ATF 129 III 380 consid. 2.2). Pour apprécier la gravité du manquement, il faut se référer à des critères objectifs permettant de déterminer si le rapport essentiel de confiance est détruit ou si profondément atteint qu'il ne permet plus d'exiger la poursuite des rapports de travail. Ce comportement pourra certes résulter de la réitération d'actes contraires aux obligations contractuelles, mais savoir s'il y a gravité suffisante à cet égard demeurera toujours une question d'appréciation (ATF 127 III 153 consid. 1c et CACI 8 avril 2016/227 consid. 3.3).

Dans les cas de moins de gravité, c'est-à-dire si la cause ne fonde pas un licenciement immédiat, celui-ci doit être précédé d'un avertissement (ATF 130 III 213 consid. 3.1). On ne saurait poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives les circonstances concrètes, notamment la nature et la gravité des manquements, leur fréquence ou leur durée, de même que l'attitude du travailleur face aux injonctions ou menaces formulées à son encontre (ATF 127 III 153 consid. 1c p. 157). En l'absence d'avertissement préalable, l'employeur ne peut pas invoquer des manquements de moindre importance pour soutenir que leur accumulation aurait peu à peu réduit puis rompu le lien de confiance et rendu la situation intenable (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail Code annoté, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n. 1.32 ad art. 337 CO et les références de jurisprudence cantonale citées). L'employeur doit formuler l'avertissement de façon claire et conforme aux règles de la bonne foi. Le travailleur doit comprendre la menace d'un renvoi immédiat. A tout le moins cette menace doit elle pouvoir être déduite de

la teneur de l'avertissement. Le travailleur doit savoir précisément quel comportement il doit adopter à l'avenir et ce qui ne sera plus toléré par l'employeur (TF 4C.10/2007 du 30 avril 2007 consid. 2.1 in JAR 2008 p. 188 ; TF 4C.364/2005 du 12 janvier 2006 consid. 2.3, in *Revue suisse de jurisprudence* [RSJ] 2006 p. 2014; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *op.cit.*, n. 1.33 ad art. 337 CO).

Le juge apprécie librement s'il y a eu de justes motifs, en appliquant les règles du droit et de l'équité. A cet effet, il prend 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, la gravité, la fréquence ou la durée des manquements reprochés au travailleur, de même que son attitude face aux injonctions, avertissements ou menaces formulés par l'employeur (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 ; ATF 130 III 28 consid. 4.1 et ATF 127 III 153 consid. 1c).

L'employeur qui résilie le contrat de travail en invoquant de justes motifs doit agir sans tarder, sous peine de déchéance (ATF 123 III 86 consid. 2b). Il s'agit là d'une condition d'exercice du droit de résilier pour justes motifs de l'art. 337 al. 1 CO. Les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel on peut raisonnablement attendre de l'employeur qu'il prenne la décision de résilier le contrat immédiatement. De manière générale, la jurisprudence considère qu'un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques, étant précisé que les week-ends et jours fériés ne sont pas pris en considération (ATF 138 I 113 consid. 6.3.2; ATF 93 II 18).

Conformément à l'art. 8 CC, il incombe à la partie qui se prévaut d'un fait pour en déduire un droit d'apporter la preuve de ce fait. Ainsi, il appartient à la partie qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat d'établir l'existence des conditions matérielles et formelles requises pour cette mesure (justes motifs, avertissements, immédiateté, respect des formes convenues) (GLOOR, *Commentaire du contrat de travail*, 2013, n. 71 ad art. 337 CO).

4.2.2 L'art. 3 LEg interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans le domaine de l'emploi. L'interdiction porte non seulement sur les inégalités salariales, mais également sur tous les aspects du rapport de travail, y compris l'accès à l'emploi et le licenciement. Ainsi, aux termes de l'art. 3 LEg, il est interdit de discriminer les travailleurs à raison du sexe, soit directement, soit indirectement, notamment en se fondant sur leur état civil ou leur situation familiale ou, s'agissant de femmes, leur grossesse (al. 1). L'interdiction de toute discrimination s'applique notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et au perfectionnement professionnels, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail (al. 2).

Une discrimination est dite directe lorsqu'elle se fonde explicitement sur le critère du sexe ou sur un critère ne pouvant s'appliquer qu'à l'un des deux sexes et qu'elle n'est pas justifiée objectivement. Constitue ainsi une



discrimination directe le licenciement notifié à une travailleuse parce qu'elle est enceinte, parce qu'elle souhaite le devenir ou parce qu'elle est mère. Le caractère apparemment discriminatoire d'une mesure disparaît si celle-ci est justifiée objectivement. Un critère peut être justifié objectivement lorsqu'il poursuit un but légitime, sans rapport avec la répartition des rôles entre les sexes, par exemple un objectif de politique sociale (TF 4A\_395/2010 du 25 octobre 2010, consid 5.1 et les références citées).

Selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Dans le cas où le travailleur y parvient, le fardeau de la preuve est renversé et il appartiendra alors à l'employeur d'établir l'inexistence de la discrimination (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd., 2014, pp. 886 et 887).

#### 4.3

4.3.1 En l'espèce, l'appelante fonde le licenciement immédiat litigieux en particulier sur le fait que l'intimée aurait, la veille dudit licenciement, omis d'attacher un enfant dans une chaise haute. Dans la mesure où l'intimée le conteste, et dès lors que seule Z. a affirmé avoir participé à cet événement, il est douteux que celui-ci ait été établi à satisfaction, le témoignage de Z. devant être apprécié avec réserve, compte tenu de ses liens avec l'appelante, dont elle était l'employée au moment de son audition.

Quoi qu'il en soit, l'on ne dispose pas d'assez d'éléments pour qualifier cet incident de suffisamment grave pour justifier à lui seul un licenciement immédiat. On ignore en effet les circonstances dans lesquelles l'enfant aurait été laissé dans sa chaise sans être attaché, notamment si l'intimée ou un autre employé était en train de le nourrir et se trouvait donc à proximité de lui, de même que le type de chaise dont il s'agissait, notamment sa hauteur ou la présence ou non d'une tablette limitant le risque de chute en avant. Or de tels éléments – qu'il incombait à l'appelante d'établir – apparaissent indispensables pour apprécier les éventuels risques encourus par l'enfant et, partant, le degré de la faute que l'appelante reproche à l'intimée. A cet égard, on ne saurait se contenter, comme le prétend l'appelante, de l'appréciation subjective de Z. quant à la dangerosité de l'événement. C'est également en vain que l'appelante soutient que le fait que l'intimée aurait violé à cette occasion l'interdiction qui lui aurait été faite de porter un enfant justifierait son licenciement immédiat. Tout d'abord, on peut à nouveau douter qu'il soit suffisamment prouvé qu'une telle interdiction aurait été donnée, celle-ci étant contestée par l'intimée et confirmée en définitive uniquement par C. et Z., dont les témoignages doivent être appréciés avec réserve compte tenu de leur statut d'employées de l'appelante au moment de leur audition. Quoi qu'il en soit, le fait pour une employée de crèche d'avoir porté à une occasion un enfant après que son employeur lui en avait fait l'interdiction ne constitue pas une faute grave au point de justifier un licenciement immédiat. Au vu de ce qui précède, même en admettant qu'il fût établi, on ne saurait considérer le seul incident du mois de janvier 2015 comme un juste motif au sens de l'art. 337 CO.

4.3.2 L'appelante soutient en outre que la résiliation immédiate du contrat de travail de l'intimée serait justifiée par le fait qu'avant le mois de janvier 2015 déjà, celle-ci aurait violé de manière répétée et gravement les normes de sécurité, mettant ainsi en danger l'intégrité des enfants.

Dans sa lettre de licenciement immédiat, l'appelante invoque d'abord le fait que l'intimée aurait laissé, le 2 septembre 2014, un bébé de cinq mois seul et sans surveillance sur la table à langer. Comme l'ont relevé les premiers juges, cela n'a toutefois pas été établi durant l'instruction. En effet, ni la lettre du 2 septembre 2014 prolongeant le temps d'essai de l'intimée, ni le courrier d'avertissement du 8 décembre 2014 ne font aucune allusion à des soucis de sécurité avec les enfants; en outre, aucun des témoins entendus en première instance n'a mentionné un tel événement, le seul témoin qui travaillait pour l'appelante à cette date, soit V., ayant au contraire indiqué n'avoir jamais entendu de remarques faites à l'intimée par rapport aux enfants, mais uniquement par rapport au ménage. L'appelante n'invoque d'ailleurs plus cet incident en appel, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

Quant au deuxième incident mentionné dans la lettre de licenciement immédiat – soit le fait que l'intimée ait placé le 9 décembre 2014 un enfant de 8 mois dans une chaise haute sans l'attacher –, il a été confirmé par F. et admis par l'intimée. Il n'est toutefois pas établi que cet événement aurait donné lieu à un avertissement clair de l'appelante, permettant à l'intimée de comprendre la menace d'un renvoi immédiat en cas de récidive. La lettre de résiliation du 23 janvier 2015 indique certes qu'un tel avertissement aurait été donné mais cela n'a toutefois pas été prouvé. L'appelante n'a notamment produit aucun avertissement écrit faisant référence à cet événement. En outre, aucun des témoins n'a confirmé ni qu'un tel avertissement écrit aurait été donné ni que l'intimée aurait été avertie oralement des éventuelles conséquences que son comportement pourrait avoir sur son emploi s'il devait se reproduire. En l'absence d'avertissement, on ne saurait considérer le licenciement immédiat comme étant justifié, même en admettant que l'intimée aurait oublié d'attacher un enfant sur sa chaise haute à deux reprises.

C'est également en vain que l'appelante se prévaut du fait que l'intimée aurait laissé à la portée des enfants des produits de nettoyage toxiques pour justifier le congé litigieux. Seule Z. – dont le témoignage doit être apprécié avec retenue – a indiqué avoir assisté à un tel incident, précisant qu'il n'avait eu lieu qu'à une seule occasion, en septembre 2014. Il n'y a en revanche jamais été fait allusion par écrit, que ce soit dans la lettre d'avertissement du 8 décembre 2014, dans le courrier de résiliation ordinaire du contrat de travail du 16 décembre 2014 ou dans le courrier de licenciement immédiat du 23 janvier 2015. Dès lors que cet incident serait survenu environ quatre mois avant le congé litigieux et qu'il n'a pas donné lieu à un avertissement, il ne saurait constituer, même en lien avec les autres éléments du dossier, un juste motif de résiliation immédiate.

4.3.3 Au regard de l'ensemble des circonstances – et dès lors qu'il convient de faire preuve de circonspection, le congé litigieux ayant été donné seulement quelques jours après que l'intimée eut informé l'appelante de sa grossesse et des conséquences juridiques que cela entraînait, soit la nullité du congé ordinaire signifié le 16 décembre 2014 –, c'est à raison que les premiers juges ont considéré que la résiliation avec effet immédiat du 23 janvier 2015 était injustifiée, respectivement qu'elle était discriminatoire au sens de la LEg.

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 27 septembre 2018 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 18 janvier 2018 par la Chambre patrimoniale cantonale)*

**L'art. 333 CO sur le transfert des rapports de travail n'est pas directement applicable lorsque les rapports de travail, avant et après le transfert d'entreprise, sont les deux soumis au droit public. Cela n'empêche toutefois pas l'application par analogie de l'art. 333 CO aux restructurations internes de l'administration en tenant compte des spécificités des réglementations de droit public. Ce qui est déterminant pour une application de l'art. 333 CO, c'est le renvoi prévu dans le règlement sur le personnel de l'employeur qui transfère les rapports de travail à un autre employeur ; un renvoi dans les deux règlements sur le personnel des institutions de droit public concernées n'est pas nécessaire (c. 4.1.2).**

En l'espèce, il y a bien eu un transfert des rapports de travail. En effet, c'est à tort que l'autorité précédente a retenu qu'il y avait eu résiliation puis conclusion d'un nouvel accord indépendant, excluant le transfert. Les termes «quitter son emploi» ou «démission», utilisés par l'ancien conseil de l'employé dans ses correspondances, ne sauraient à eux seuls exprimer cette prétendue volonté au regard des autres éléments du dossier (c. 4.3).

**L'art. 333 CO étant applicable à titre de droit public supplétif en vertu des renvois contenus dans le Statut et le Règlement applicables, il s'ensuit que le nouvel employeur a bien la qualité pour défendre en tant que les conclusions prises à son encontre par l'employé sont fondées sur des faits antérieurs au transfert des rapports de travail (c. 5.2).**

Extraits des faits:

Par contrat du 14 juillet 1997, T. a été engagé par la Commune de El (ci-après : la Commune) en qualité d'assistant social «B» rattaché aux ser-

vices sociaux de X., à un taux d'activité de 100% et pour un salaire annuel brut de 60'985 fr., 13<sup>e</sup> salaire non compris, avec une entrée en fonction au 7 juillet 1997. Le 8 octobre 1997, la Municipalité de E1 a confirmé l'engagement par «contrat de droit privé» de T. Le Règlement sur le Statut du personnel communal de la Commune de E1, version 2001 (ci-après : le Règlement), prévoit à son art. 91, intitulé «cas non prévus», que «les dispositions du CO sur le contrat de travail s'appliquent à titre supplétif».

Durant l'année 2014, la Commune a cessé d'exploiter les tâches auxquelles était affecté T. Le 16 décembre 2014, T., par son conseil d'alors, a adressé un courrier au Service des ressources humaines de la Commune, dans lequel il a relevé «l'acharnement» dont faisait preuve la Commune à son égard et s'est étonné de l'engagement d'une procédure formelle d'avertissement contre lui, alors qu'il allait quitter son emploi dans quelques jours pour rejoindre E2. Par courrier du 19 décembre 2014, la Commune lui a répondu en ces termes : «T. ne donne pas satisfaction. Il le sait, car cela lui a été annoncé clairement puisqu'il lui a été proposé de mettre fin à son engagement par convention de départ au début de l'année plutôt que par une procédure de séparation. Par la suite, votre mandant ne nous a pas permis, d'absences imprévues en certificats médicaux successifs, d'examiner avec lui sereinement la fin de ses rapports de travail. C'est son choix, mais il est difficilement compréhensible qu'il paraisse aujourd'hui s'étonner des mesures qui sont prises et qui tendent effectivement à le licencier au motif que son comportement n'est pas admissible et que son travail est insatisfaisant. (...) Quant à la procédure d'avertissement qui déborde sur janvier, elle tient très simplement au fait qu'il n'a pas été possible d'organiser une séance avec votre mandant en décembre. (...)».

Par contrat de travail de droit administratif des 19 et 24 décembre 2014, conclu avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2015 et pour une durée indéterminée, E2 a engagé T. en qualité d'assistant social, à un taux de 100% (40 heures hebdomadaires), pour un salaire annuel brut de 113'035 fr. versé treize fois l'an. Il ressort en particulier ce qui suit de ce document, dont le contenu a été lu et approuvé par T. : «Dans le cadre de la reprise du personnel CSI de la commune de E1 par E2, nous avons le plaisir de vous proposer le poste d'assistant social. Cette reprise se fait sous la forme d'un engagement par contrat de droit administratif et les dispositions du Statut du personnel, dont nous vous remettons ci-joint un exemplaire, vous sont applicables. Hormis les nouvelles dispositions contenues dans le Statut du personnel, vos conditions de travail resteront semblables, la nouvelle entité reprenant les fonctions et les tâches qui leurs sont inhérentes, ainsi que l'ancienneté reconnue par votre employeur actuel et les données vous concernant. (...) Conditions particulières : Nous précisons que la lettre du 19 décembre 2014 envoyée à votre avocate, Maître [...], fait partie intégrante du présent contrat de travail. (...) Pour la bonne règle, vous voudrez bien nous confirmer votre accord sur les conditions susmentionnées en nous retournant, dûment signés, les exemplaires de la présente que vous trouverez sous ce

pli, au moyen de l'enveloppe ci-jointe. Vous pouvez conserver un exemplaire pour votre dossier. Le deuxième sera conservé par E2. Le troisième, qui vaudra automatiquement démission de votre poste actuel à la date d'engagement par E2, sera transmis par nos soins à votre employeur actuel.». L'article 52 Statut du personnel de E2 (ci-après : le Statut) prévoit ce qui suit : «Les dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail s'appliquent à titre de droit supplétif dans la mesure où le présent statut ne l'exclut pas.».

Le 30 décembre 2014, T. a renvoyé à E2 deux exemplaires signé de son contrat de travail en lui indiquant qu'il émettait une réserve sur le chapitre «conditions particulières» qui se référait à la lettre du 19 décembre 2014, au motif qu'en l'état, son contrat de travail était toujours en cours avec la Commune. Par courrier du 6 janvier 2015, T., par son conseil d'alors, a indiqué à la Commune qu'il avait signé son contrat avec E2, laquelle devait lui en avoir transmis une copie pour valoir démission, qu'il ne faisait dès lors plus partie de ses employés et qu'il partait de l'idée que la procédure d'avertissement dont elle lui avait signalé l'ouverture n'avait plus d'objet et que la séance du 23 janvier 2015, destinée à lui permettre d'exercer son droit d'être entendu, était annulée. Par courrier du 5 mars 2015, adressé en copie pour information à E2, la Commune a pris acte du «transfert» de T. à E2 et de sa «démission, avec effet au 31 décembre 2014», en le remerciant pour le surplus pour le «travail accompli durant les dix-sept ans et cinq mois pendant lesquels [il avait] été au service de la collectivité». Elle a en outre communiqué au prénommé son solde de vacances au 31 décembre 2014, ainsi que son solde d'heures supplémentaires à cette même date. Le 26 mars 2015, la Municipalité de E1 a confirmé à T. que son transfert avait été enregistré auprès de E2, ce qui avait eu pour conséquence de mettre un terme au contrat communal au 31 décembre 2014.

Par lettre du 18 février 2015, E2 a signifié à T. son licenciement avec effet au 31 mai 2015. T. a fait opposition à son congé le 13 mars 2015. Par courrier du 7 juillet 2015, E2 a prolongé le délai de congé au 30 juin 2015.

Par demande du 13 juin 2016 déposée devant la Chambre patrimoniale cantonale, T. a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que E2 lui doive paiement d'un montant de 432'170 fr., avec intérêts. Par ordonnance de preuves du 7 juin 2017, la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale a notamment décidé, en application de l'art. 125 CPC, de limiter dans un premier temps l'instruction et le jugement à la question préjudicielle de la qualité pour défendre de E2 pour répondre sur les faits antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2015. Par jugement du 18 janvier 2018, la Chambre patrimoniale cantonale a dit que E2 n'avait pas la qualité pour défendre en tant que les conclusions prises par T. à son encontre étaient fondées sur des faits antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2015. Par acte du 23 avril 2018, T. a interjeté appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

3.

3.1 A l'appui de son appel, l'appelant produit une pièce nouvelle, soit le Règlement sur le Statut du personnel communal de la Commune de E1, sans expliquer les raisons pour lesquelles ce titre n'a pas été produit en première instance. (...)

3.3 En l'occurrence, le Règlement sur le statut du personnel communal de la Commune de E1 est notamment accessible sur le site Internet officiel de cette commune. Il s'agit dès lors d'un fait dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction de la Cour de céans, ce qui entraîne la recevabilité, à titre de fait notoire, de la pièce litigieuse dont la production a été omise en première instance.

Partant, l'état de fait a été complété en ce sens que le règlement précité prévoit à son art. 91 que les dispositions du CO sur le contrat de travail s'appliquent à titre supplétif, ce qui permet d'examiner la question de l'application de l'art. 333 CO au cas d'espèce.

4.

4.1

4.1.1 Aux termes de l'art. 333 al. 1 CO, 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. Selon la jurisprudence et la doctrine, seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur (ATF 123 III 466 consid. 3b). La situation n'est pas différente en droit communautaire. Il suit de là que le bénéfice de l'art. 333 CO ne peut être invoqué que par les seuls travailleurs dont la relation de travail est en cours à la date du transfert, mais qu'il peut l'être même si les rapports de travail ont déjà été résiliés pour une date postérieure à ce transfert (cf. ATF 132 III 32 ; ATF 123 III 466). L'acquéreur de l'entreprise n'a ainsi pas à reprendre des contrats de travail n'existant plus au moment du transfert (TF 4A\_58/2007 du 23 octobre 2007 consid. 3.3.1 et les références citées).

Un licenciement lié au transfert ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera réalisée lorsque la résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences. Par exemple, le cédant ne peut pas résilier les contrats de tout ou partie de ses employés, afin que ceux-ci concluent ensuite de nouveaux contrats avec le cessionnaire et perdent ainsi les avantages découlant de la durée des contrats initiaux. De même, il n'est pas admissible que le cédant licencie une ou des personnes déterminées uniquement parce que le reprenant n'en veut pas. En revanche, la résiliation des contrats d'une partie du personnel n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée (ATF 136 III 552 consid. 3.3).

4.1.2 L'art. 333 CO n'est pas directement applicable lorsque les rapports de travail, avant et après le transfert d'entreprise, sont les deux soumis au droit public (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR*, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, n. 3 ad art. 333 CO et les références à la jurisprudence communautaire en ce sens, avec la précision suivante : «cf. toutefois l'arrêt CJUE C-108/10 du 6 septembre 2011, lorsque l'autorité qui employait du personnel auxiliaire d'une école a changé, ce qui, compte tenu de la protection choisie par le droit national, a quand même entraîné l'application de la directive 77/187/CEE [réd. qui régit les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise] du 14 février 1977»; WILDHABER, *Der Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Umstrukturierungen unter Beteiligung öffentlicher Unternehmen (Privatisierungen, verwaltungsinterne Umstrukturierungen, Verstaatlichungen)* Revue de la société des juristes bernois [ZBJV] 2008/144 pp. 525 ss [cité ci-après: WILDHABER, ZBJV], spéc. p. 543).

La prohibition de principe de l'application directe de l'art. 333 CO en concordance avec le droit et la jurisprudence communautaire n'empêche toutefois pas l'application par analogie de l'art. 333 CO aux restructurations internes de l'administration en tenant compte des spécificités des réglementations de droit public. Ce qui est déterminant pour une application de l'art. 333 CO, c'est le renvoi prévu dans le règlement sur le personnel de l'employeur qui transfère les rapports de travail à un autre employeur ; un renvoi dans les deux règlements sur le personnel des institutions de droit public concernées n'est pas nécessaire (WILDHABER, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, 2011, p. 141; WILDHABER, ZBJV, spéc. p. 545).

#### 4.2

4.2.1 L'appelant admet qu'une application directe de l'art. 333 CO n'est pas envisageable, dès lors que les rapports de travail en cause relèvent du droit public. Il entend se limiter à démontrer que la volonté exprimée par les différents intéressés commanderait de retenir que l'on se trouve en présence d'une reprise de contrat, de sorte que l'art. 333 CO serait applicable à titre de droit supplétif, les réglementations adoptées par la Commune et par l'intimée le prévoyant expressément.

4.2.2 Les premiers juges ont retenu que l'accord conclu par l'appelant avec la Commune, conformément à la volonté exprimée par ceux-ci et par l'intimée, a été résilié en vue de la conclusion d'un contrat indépendant avec l'intimée. A cet égard, ils ont relevé que dans le contrat des 19 et 24 décembre 2014, l'intimée, bien que parlant de «reprise», évoquait «un engagement de droit administratif» s'agissant de l'appelant et l'«employeur actuel» de ce dernier, l'appelant faisant pour sa part état dans une correspondance du 30 décembre 2014 – soit postérieure à son engagement par l'intimée – de ce que son contrat de travail avec la Commune serait «toujours en cours». Les magistrats ont par ailleurs souligné que le conseil de l'appelant – dont les connaissances juridiques permettaient de

déduire qu'il saisissait la nuance des termes employés – mentionnait le fait que son client allait «quitter son emploi» auprès de la Commune dans un écrit du 6 janvier 2015, requérant en outre l'annulation d'une séance fixée dans le cadre d'une procédure d'avertissement, au motif que l'appelant ne ferait plus partie des employés de cette collectivité. De plus, la Commune – bien que parlant de «transfert» – a pris acte, par courrier du 5 mars 2015, de la «démission» de l'appelant avec effet au 31 décembre 2014 et a confirmé ensuite, dans une correspondance datée du 26 mars 2015, que le transfert de l'appelant auprès de l'intimée aurait eu pour conséquence de «mettre un terme au contrat communal au 31 décembre 2014». L'autorité précédente a dès lors considéré que dans l'esprit des parties et selon leur volonté, le contrat conclu par l'appelant avec la Commune avait été résilié avec effet au 31 décembre 2014, respectivement qu'un nouvel accord indépendant avait été conclu avec l'intimée dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015, de sorte que l'application de l'art. 333 CO ne pouvait pas entrer en ligne de compte dans le cas d'espèce, ces deux accords successifs – de même que les prétentions que l'appelant semblait déduire de chacun d'eux – devant bien plutôt être traités séparément.

4.2.3 A l'appui de son raisonnement, l'appelant se prévaut du contrat des 19 et 24 décembre 2014 dans lequel l'intimée, d'une part, mentionne expressément «la reprise du personnel CSI de la commune de E1 par E2», tout en précisant que «les conditions de travail [de l'appelant] resteront semblables, la nouvelle entité reprenant les fonctions et les tâches qui leur sont inhérentes, ainsi que l'ancienneté reconnue par [son] employeur actuel et les données [le] concernant» et, d'autre part, indique également que «la lettre du 19 décembre 2014 envoyée [au conseil de l'appelant] fait partie intégrante du présent contrat de travail». L'appelant relève que l'intimée entendait déjà se prévaloir du conflit qui l'opposait alors à la Commune et des reproches que cette dernière lui avait adressés, en écrivant «Monsieur T. ne va pas changer de travail mais va simplement exercer, dans le cadre d'une reprise des rapports de travail, la même activité pour E2». L'appelant souligne encore que l'intimée s'appuie dans sa lettre de licenciement du 18 février 2015 sur le conflit antérieur et sur le fait qu'il n'aurait pas donné satisfaction à la Commune, cette lettre indiquant clairement que le contrat avait «été repris par E2» et qu'il avait alors été «rendu attentif au fait que si [son] employeur formel changeait, [son] lieu de travail, [ses] tâches et [ses] collègues ne changeaient pas».

L'appelant se prévaut en outre de son propre courrier du 30 décembre 2014, soit avant – et non pas après, comme retenu par les premiers juges – le transfert des rapports de travail, qui est intitulé «Reprise de mes rapports de travail me liant à la Commune de E1 par E2», ainsi que des courriers de la Commune des 5 mars 2015, dans lequel elle indique avoir «pris acte de [son] transfert» auprès de l'intimée, et 26 mars 2015, dans lequel elle confirme «que son transfert a été enregistré auprès de E2».



4.3 En l'espèce, avec l'appelant, il y a lieu de considérer que c'est à tort que l'autorité précédente a retenu que selon l'esprit et la volonté des parties, il y avait eu résiliation puis conclusion d'un nouvel accord indépendant, excluant le transfert. Les termes «quitter son emploi» ou «démission», utilisés par l'ancien conseil de l'appelant dans ses correspondances, ne sauraient à eux seuls exprimer cette prétendue volonté au regard des autres éléments du dossier.

C'est ainsi à juste titre que l'appelant relève l'incohérence de l'intimée qui justifie le licenciement dans son courrier du 18 février 2015 par des faits antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2015, alors qu'elle conteste qu'il y ait eu transfert et affirme ne pas vouloir répondre des faits antérieurs à cette date. Ce courrier revêt une importance particulière dès lors qu'il illustre parfaitement que dans l'esprit de l'intimée, il y avait bien eu un transfert des rapports de travail, puisqu'il y est indiqué que le licenciement est signifié pour son prochain terme soit, compte tenu de l'ancienneté qui a été reprise avec le contrat de l'appelant, le 31 mai 2015 (cf. TAF A-1074/2017 du 11 janvier 2018 consid. 5.2, sur l'application de l'art. 333 CO en lien avec le renvoi général de l'art. 6 al. 2 LPers [Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 ; RS 172.220.1]). L'intimée y déclare également que lorsqu'elle avait repris le contrat de l'appelant, elle l'avait rendu attentif au fait que si son employeur formel changeait, son lieu de travail, ses tâches et ses collègues ne changeaient pas et que les attentes à son égard étaient maintenues. L'intimée a d'ailleurs rappelé à l'appelant dans sa lettre de licenciement du 18 février 2018 que le courrier de la Commune du 19 décembre 2014, faisant partie intégrante du contrat de travail des 19 et 24 décembre 2014, soulignait notamment l'inquiétude de la Commune par rapport à l'attitude de l'appelant dès lors que non seulement son comportement ne donnait pas satisfaction mais qu'il s'entêtait à ne voir cette insatisfaction que comme un acharnement à son encontre, ce qui ne pouvait conduire qu'à une solution sans issue. Le motif du licenciement donné par l'intimée trouve donc son origine dans le comportement de l'appelant, tel qu'adopté lors de son travail auprès de la Commune et ayant amené celle-ci à entamer une procédure d'avertissement, ce qui conduit l'intimée à préciser dans sa lettre de licenciement que, malgré la mise en garde très claire qui lui avait été adressée par la Commune en décembre 2014, l'appelant n'avait pas adapté son comportement, de sorte qu'il n'y avait pas d'autre solution que la résiliation de son contrat de travail telle que décidée le 12 février 2015.

L'intimée ne convainc pas lorsqu'elle soutient dans sa réponse que si un véritable transfert au sens de l'art. 333 CO avait eu lieu, la procédure d'avertissement en vue d'un licenciement, entamée par la Commune, aurait perduré, ce qui démontrerait qu'il n'y avait eu qu'une reprise partielle de l'ancien contrat de l'appelant et qu'il y aurait en réalité deux rapports de droit différents. En effet, l'intimée a procédé au licenciement ordinaire de l'appelant conformément au délai applicable en raison de son ancienneté

découlant de ses rapports de travail avec la Commune, en déclarant renoncer à la procédure d'information préalable ainsi qu'à l'octroi d'un délai d'adaptation (art. 42 Statut) compte tenu de la mise en garde de la Commune intervenue antérieurement, soit en 2014 déjà.

Compte tenu de ces éléments, on ne saurait déduire une volonté réelle et commune des parties qui attesterait de l'existence d'un transfert partiel et de deux contrats indépendants entre l'appelant et respectivement la Commune et l'intimée, et qui exclurait un transfert au sens de l'art. 333 CO.

5.

5.1 L'appelant soutient que les réglementations adoptées par la Commune et par l'intimée prévoieraient expressément l'application de l'art. 333 CO à titre de droit cantonal supplétif. Il relève que le Règlement dispose à son art. 91, pour les «cas non prévus», que «les dispositions du CO sur le contrat de travail s'appliquent à titre supplétif». Il considère ainsi que le Règlement de la Commune et le Statut de l'intimée contiendraient un renvoi général aux dispositions du contrat de travail dans le CO (art. 319 ss CO) dans leur ensemble (titre dixième), de sorte qu'il s'agirait d'un renvoi explicite, assimilable à celui de l'art. 6 al. 2 LPers et ayant la même portée juridique.

Les premiers juges, qui n'ont pas tenu compte du Règlement de la Commune non produit par l'appelant, ont considéré que le Statut de l'intimée, qui prévoit à son art. 52, intitulé «Droit supplétif», que «les dispositions du Code des obligations sur le contrat de travail s'appliquent à titre de droit supplétif dans la mesure où le présent statut ne l'exclut pas», n'a pas intégré l'art. 333 CO de manière spécifique, voire ne contient pas une lacune qu'il faudrait combler par l'application analogique de cette disposition. Pour les magistrats, le Statut mentionne expressément l'application du CO à titre de droit public supplétif notamment aux art. 13 et 42, ce qui attesterait de la volonté du législateur de préciser expressément, au vu du caractère imprécis de l'art. 52, quelles dispositions du CO étaient applicables aux employés communaux, réduisant ainsi la portée générale de l'art. 52.

5.2 En l'espèce, l'art. 91 du Règlement – non examiné par les premiers juges car non produit par l'appelant – contient un renvoi général au droit privé fédéral à titre supplétif, pour les cas non prévus et réglementés dans le Règlement. Il apparaît que ce renvoi prévoit l'application des règles du CO uniquement en cas de lacune que le juge peut ici combler (cf. TF 8C 319/2016 du 3 avril 2017 consid. 5 ; Rosello, *Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique*, thèse, Zurich 2016, p. 131, nn. 276-277).

S'agissant de l'art. 52 du Statut, sa teneur ne permet pas de retenir l'interprétation qui en a été faite par l'autorité précédente, qui attesterait de la volonté du législateur qui n'a pas été établie plus avant, puisque ce renvoi explicite au CO permet l'application de toutes les normes privées du

CO à titre de droit public supplétif lorsque cela n'est pas expressément exclu. Or le Statut n'exclut pas expressément l'application de l'art. 333 CO. Contrairement à ce que soutient l'intimée dans sa réponse, la comparaison du Statut à la LPers-VD (Loi sur le personnel de l'Etat de Vaud ; RSV 172.31) ne permet pas de conclure à l'inexistence d'un renvoi à l'art. 333 CO, dès lors que la LPers-VD ne contient pas un renvoi identique à celui contenu à l'art. 52 du Statut. Le renvoi de l'art. 52 du Statut est assimilable à celui de la LPers et une interprétation de sa teneur dans le sens des premiers juges viderait cette disposition de sa substance.

L'art. 333 CO étant applicable en vertu des renvois contenus dans le Statut et le Règlement, il s'ensuit que l'intimée a bien la qualité pour défendre en tant que les conclusions prises à son encontre par l'appelant sont fondées sur des faits antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2015 (art. 333 al. 1 CO).

5.3 La question des conséquences de la résiliation des rapports de travail intervenue ou celle de savoir si l'ensemble des prétentions de l'appelant sont comprises dans la responsabilité solidaire prévue par la loi entre l'ancien employeur et le reprenant (art. 333 al. 3 CO) ne relève pas de la présente procédure, limitée à la question de l'étendue de la qualité pour défendre (légitimation passive) de l'intimée aux faits antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 2015.

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 25 octobre 2018 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 1<sup>er</sup> février 2018 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)*

**Art. 330a al. 1 CO.** Lorsqu'il subit un préjudice du fait du refus de l'employeur de lui délivrer un certificat de travail ou en raison de la délivrance d'un certificat inexact, le travailleur peut agir en réparation contre l'employeur sur la base de l'art. 97 CO ; en effet, l'employeur qui établit un certificat de travail inexact engage sa responsabilité contractuelle envers le travailleur pour le dommage créé. Le dommage allégué consistant généralement dans le salaire que l'employé aurait obtenu dans un emploi lui ayant échappé, il lui incombera notamment d'établir qu'il aurait été embauché si son précédent employeur avait correctement rempli ses obligations et que la violation par ce dernier de ses obligations est de nature, selon le cours ordinaire des choses, à décourager l'employeur d'embaucher un candidat ainsi présenté). La difficulté de cette preuve explique le caractère peu fréquent de telles actions (c. 4.2). En l'espèce, l'employé n'a pas démontré l'existence d'un tel lien de causalité (c. 4.3).

## Extraits des faits:

Physiothérapeute diplômée, E. exploite un cabinet de physiothérapie sur deux sites, à [...] et à [...]. Pour sa part, T. a obtenu un diplôme de physiothérapeute au [...] en 2001. Il a pratiqué ce métier dans divers cabinets au [...], dès lors et jusqu'au milieu de l'année 2012, exception faite d'une période entre 2003 et 2004 durant laquelle il a travaillé au [...]. Le 13 octobre 2012, les parties ont conclu un contrat de travail, aux termes duquel T., qui ne parlait pas le français et devait obtenir la reconnaissance de son titre professionnel en Suisse, a été engagé par E. en qualité de physiothérapeute à compter du 15 octobre 2012. Le contrat prévoyait notamment que le salaire s'élèverait à 2'000 fr. brut «pendant le temps que l'employé est partiellement qualifié», montant auquel s'ajouteraient 2 fr. par traitement facturé pendant le mois précédent. Le contrat prévoyait également que lorsque l'employé serait «entièrement qualifié», le salaire brut s'élèverait à 4'500 fr. par mois, montant auquel s'ajouteraient 3 fr. 50 par traitement facturé pendant le mois précédent. A l'audience du 10 janvier 2018, T. a déclaré s'être rendu compte qu'un salaire mensuel de 2'000 fr. n'était pas suffisant pour vivre en Suisse. Il a par ailleurs indiqué avoir requis de son employeuse de pouvoir percevoir un salaire plus élevé que celui fixé dans le contrat, bien qu'il n'eût pas encore obtenu la reconnaissance de son diplôme. Il a encore dit avoir menacé E. de résilier à défaut son contrat de travail. A compter du mois de juin 2013, la part fixe de sa rémunération mensuelle a été arrêtée à 4'500 fr. brut par mois.

Le 22 janvier 2014, T. a saisi la Croix-Rouge suisse d'une requête tendant à faire reconnaître son diplôme [...] en suisse. Le 23 janvier 2014, la Croix-Rouge suisse lui a répondu que son dossier était incomplet et que manquaient notamment les copies de ses certificats et attestations de travail précisant la fonction exercée, le taux d'occupation et la durée des rapports de travail. T. a indiqué à l'audience du 10 janvier 2018 avoir demandé à E., immédiatement après avoir reçu le courrier du 23 janvier 2014, qu'elle lui délivre un certificat ou une attestation de travail mentionnant son taux d'occupation, et ceci à plusieurs reprises. E. n'a jamais délivré le document demandé et T. a reconnu ne pas avoir insisté. T. a déclaré avoir indiqué à E. qu'il ne pourrait pas faire valider la reconnaissance de son titre en Suisse tant et aussi longtemps qu'il ne produirait pas un certificat ou une attestation de travail.

Par courrier du 10 mars 2016, E. a résilié les rapports de travail la liant à T. avec effet au 31 mai 2016. Dans ce courrier, E. a notamment précisé qu'en cas de nouveau comportement irrespectueux, menaçant ou inutilement blessant de T. envers elle-même, un de ses collègues ou un client, de propos négatifs au sujet du cabinet ou d'elle-même, d'actes de violence, de prise de vacances sans autorisation ou de non-respect des règles d'organisation du cabinet, elle se verrait contrainte de résilier le contrat de travail de l'intéressé avec effet immédiat. T. n'a pas contesté ce congé. Il a revendiqué le paiement d'indemnités de chômage à compter du 1<sup>er</sup> juin

2016 et un délai-cadre d'indemnisation a été ouvert en sa faveur, dès lors et jusqu'au 31 mai 2018. Par courrier du 16 juin 2016 adressé à la caisse de chômage, T. a contesté les motifs du congé invoqués par E. dans la lettre du 10 mars 2016. Son droit aux indemnités de chômage n'a pas été suspendu pour perte fautive d'emploi. T. a déclaré avoir effectué quinze à vingt recherches d'emploi par mois durant sa période de chômage. Sa candidature a suscité l'intérêt de cinq employeurs potentiels, lesquels lui ont tous demandé de fournir l'attestation de reconnaissance de son diplôme étranger par la Croix-Rouge suisse. Un seul employeur potentiel, soit [...], lui a demandé qu'il lui transmette un certificat de travail.

Le 19 septembre 2016, T. a réclamé à E. la délivrance d'un certificat de travail répondant aux exigences de l'art. 330a al. 1 CO. Le 20 octobre 2016, E. a remis à T. un document dont la teneur est la suivante : «(...) La soussignée E., physiothérapeute, atteste que T., né le [...], de nationalité portugaise, a été employé en mon cabinet de [...] en qualité de physiothérapeute du 15 octobre 2012 au 31 mai 2016. Durant cette période T. a rempli toutes les fonctions habituelles d'un physiothérapeute. Le travail de T. a donné satisfaction. T. a quitté mon cabinet à fin mai 2016, libre d'engagement et de toute obligation, sous réserve de celle résultant du secret professionnel. La soussignée forme ses meilleurs vœux pour son avenir. (...)». Le 31 octobre 2016, T., par son assurance de protection juridique, a fait savoir à E. que ce document n'était pas acceptable, l'a invitée à lui transmettre un nouveau certificat de travail et lui a remis un projet de texte à cet effet. E. ne s'est pas exécutée. T. a pris un nouvel emploi le 9 janvier 2017 et a perçu des indemnités journalières jusqu'au 8 janvier 2017.

Par demande du 5 juillet 2017 adressée au Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne (ci-après: le tribunal ou les premiers juges), T. a conclu, sous suite de dépens, à ce que E. soit condamnée à lui verser la somme de 7'865 fr. à titre de dommages-intérêts, avec intérêts, et la somme de 12'100 fr. à titre d'arriérés de salaire brut, avec intérêts. Par jugement du 1<sup>er</sup> février 2018, le tribunal a rejeté la demande de T. Par acte du 2 mars 2018, T. a interjeté appel du jugement du 1<sup>er</sup> février 2018.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Dans un second moyen, l'appelant affirme que le certificat de travail du 20 octobre 2016 serait lacunaire car il n'indiquerait pas une activité en tant que physiothérapeute diplômé, ne préciserait pas de manière complète toutes les tâches effectivement exécutées, ainsi que le taux d'activité, et ne comporterait pas d'appréciation sur sa conduite. Quant à l'appréciation de son travail, elle ne serait pas suffisamment élogieuse. L'intimée aurait ainsi violé son obligation de lui remettre dès le 31 mai 2016 un certificat de travail conforme aux exigences posées par l'art. 330a CO, ce qui l'aurait empêché d'être engagé avant le 9 janvier 2017.

De son côté, l'intimée relève que l'appelant n'a pas sollicité la remise d'un certificat de travail avant le mois de septembre 2016 et qu'il a trouvé un emploi sans fournir un certificat de travail conforme au modèle qu'il avait proposé.

4.2 Selon l'art. 330a al. 1 CO, le travailleur peut demander en tout temps à l'employeur un certificat de travail portant sur la nature et la durée des rapports de travail, ainsi que sur la qualité de son travail et sa conduite. Ce document a pour but de faciliter l'avenir économique du travailleur. Il doit être véridique et complet (ATF 129 III 177 consid. 3.2). Le choix de la formulation appartient en principe à l'employeur; conformément au principe de la bonne foi, la liberté de rédaction reconnue à celui-ci trouve ses limites dans l'interdiction de recourir à des termes péjoratifs, peu clairs ou ambigus, voire constitutifs de fautes d'orthographe ou de grammaire. Le certificat doit contenir la description précise et détaillée des activités exercées et des fonctions occupées dans l'entreprise, les dates de début et de fin de l'engagement, l'appréciation de la qualité du travail effectué ainsi que de l'attitude du travailleur. S'il doit être établi de manière bienveillante, le certificat peut et doit contenir des faits et appréciations défavorables, pour autant que ces éléments soient pertinents et fondés (TF 4C.129/2003 du 5 septembre 2003, reproduit in *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* [JAR] 2004, p. 308, consid. 6.1 pp. 313 ss. et les réf. citées).

Lorsqu'il subit un préjudice du fait du refus de l'employeur de lui délivrer un certificat de travail ou en raison de la délivrance d'un certificat inexact, le travailleur peut agir en réparation contre l'employeur sur la base de l'art. 97 CO; en effet, l'employeur qui établit un certificat de travail inexact engage sa responsabilité contractuelle envers le travailleur pour le dommage créé. Le dommage allégué consistant généralement dans le salaire que l'employé aurait obtenu dans un emploi lui ayant échappé, il lui incombera notamment d'établir qu'il aurait été embauché si son précédent employeur avait correctement rempli ses obligations et que la violation par ce dernier de ses obligations est de nature, selon le cours ordinaire des choses, à décourager l'employeur d'embaucher un candidat ainsi présenté (lien de causalité adéquate). La difficulté de cette preuve explique le caractère peu fréquent de telles actions (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., 2014, p. 420 et les réf. citées).

Un comportement est en lien de causalité adéquate avec le dommage survenu lorsqu'il est propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à entraîner le résultat qui s'est produit (ATF 139 V 176 consid. 8.4.2). Pour savoir si un fait est la cause adéquate d'un préjudice, le juge procède à un pronostic rétrospectif objectif : se plaçant au terme de la chaîne des causes, il lui appartient de remonter du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoqué et de déterminer si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie humaine, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles (ATF

129 II 312 consid. 3.3 et les réf. citées). Lorsqu'il s'agit de juger de l'existence d'un lien de causalité adéquate entre une ou des omissions et un dommage, il convient alors de s'interroger sur le cours hypothétique qu'auraient pris les événements si le défendeur avait agi conformément à ses devoirs (ATF 129 III 129 consid. 8 ; ATF 127 III 453 consid. 5d). L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait (ATF 130 III 591 consid. 5.3). En revanche, la méconnaissance du concept même de la causalité naturelle ainsi que l'existence d'un rapport de causalité adéquate constituent des questions de droit (ATF 123 III 110 consid. 2 et les réf. citées).

4.3 En l'espèce, comme l'ont à juste titre relevé les premiers juges, il importe peu de savoir si l'intimée a respecté ou non son obligation de délivrer un certificat de travail, car il n'est manifestement pas établi que cette omission l'aurait empêché d'être engagé avant le 9 janvier 2017. Sur ce point, il n'est pas contesté que l'appelant a effectué un certain nombre de recherches d'emploi et que cinq employeurs potentiels lui ont demandé l'attestation de reconnaissance de son diplôme étranger par la Croix-Rouge suisse. Or l'appelant n'a pas démontré, ni même allégué en première instance, que ces pourparlers étaient avancés et qu'il aurait très certainement été engagé s'il avait été en possession d'un certificat de travail conforme à ses exigences. On relèvera que l'appelant prétend avoir réclamé maintes fois que l'intimée lui délivre un nouveau certificat de travail, mais qu'il n'établit nullement avoir relancé concrètement et avec insistance son employeuse. En outre, comme l'ont relevé les premiers juges, l'appelant a eu la possibilité de présenter le certificat du 20 octobre 2016, notamment à un certain [...], soit le seul employeur potentiel ayant requis la transmission d'un certificat de travail, mais il a préféré ne pas fournir le document précité. Or rien n'indique que cette démarche aurait été vouée à l'échec et on peut sérieusement se demander si l'appelant n'est pas lui-même quelque peu responsable de l'absence d'embauche dont il se prévaut. Dans ce contexte incertain, l'appréciation du premier juge s'agissant de l'absence de lien de causalité doit être confirmée.

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

*Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 14 décembre 2018 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 22 décembre 2017 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois)*

**Art. 344 CO.** Ainsi que l'indique le texte légal, le contrat d'apprentissage n'a pas pour vocation première de servir le but économique de l'entreprise, mais bien d'assurer la formation professionnelle de l'apprenti. Il combine une obligation de former à la charge de

l'employeur et une obligation de travailler à la charge de l'apprenti (c. 3.2.3).

Le contrat de stage, non défini par la loi, est un contrat de travail qui a pour particularité d'avoir pour objectif la formation du stagiaire. Contrairement au contrat d'apprentissage, le stage ne vise toutefois pas une formation professionnelle systématique et complète, mais a pour but que le stagiaire puisse réunir des compétences et une expérience professionnelles. Le stage est orienté sur l'aspect pratique du travail, la transmission de connaissances théoriques demeurant en arrière-plan. Un des indices pour conclure à l'existence d'un (simple) contrat de stage est la possibilité de mettre un terme au contrat de formation avec effet ordinaire. A l'inverse, le contrat d'apprentissage est conclu pour une durée déterminée (c. 3.2.3).

En l'espèce, où le stagiaire a renoncé à entreprendre un apprentissage et ne disposait d'aucune formation préalable, c'est donc à bon droit que le contrat litigieux a été qualifié, au moment de sa conclusion, de contrat de stage, l'élément de formation ayant été prépondérant, du moins pendant une période initiale comme il sera exposé ci-après (c. 3.3.4).

Se pose toutefois la question de savoir pendant combien de temps il y a lieu d'admettre que l'aspect de formation a prédominé pendant la durée du «contrat d'engagement» (c. 3.3.5.2). En effet, les tentatives de régulations de la condition des stagiaires sur le marché de l'emploi tendent à définir une durée maximale du stage au-delà de laquelle la situation devient abusive, au profit de l'employeur (c. 3.3.5.3). Dans le cas d'espèce, le contrat litigieux ne peut être admis comme contrat de stage que pendant une période d'une année; au-delà de cette date, il doit être qualifié de contrat de travail (c. 3.3.5.4). Ainsi, il convient de recalculer le salaire dû à l'employé pendant la période où celui-ci a été au bénéfice d'un contrat de travail (c. 3.4.1).

Extraits des faits:

E. est une société à responsabilité limitée avec siège à Yverdon-les-Bains, dont le but est «toute activité liée à l'installation de chauffages et de sanitaires et service d'entretien d'immeubles». L'Association SemoNord (ci-après: SemoNord) est une association de droit suisse avec siège à Yverdon-les-Bains, dont le but social est de «promouvoir diverses offres de prestation destinées à des jeunes ou à des adultes à la recherche d'un emploi ou touchés par la précarité». Lors du deuxième trimestre de l'année 2009, soit dès le mois de juin 2009, SemoNord est intervenue auprès de E. afin de la convaincre d'engager T. dans le cadre d'un semestre de motivation «SEMO» d'une durée de six mois, ayant pour but de motiver le pré-nommé à entamer un apprentissage. Après plusieurs démarches, E. a accepté que T. puisse s'initier au métier de chauffagiste-sanitaire au sein de



son entreprise. L'intéressé a dès lors effectué un stage prolongé de juin 2009 à novembre 2009. Au terme du stage de motivation précité, T. a renoncé à entamer un apprentissage au sein de E. Le 1er décembre 2009, Z., associé gérant de E., a adressé à la Direction générale de l'enseignement post-obligatoire du Canton de Vaud un courrier par lequel il a confirmé, en substance, que le contrat d'apprentissage de T. n'avait pas été signé et que celui-ci «renonçait» et «repoussait» un éventuel apprentissage ultérieurement. Entre le 1er janvier 2010 et le 31 mai 2010, T. a bénéficié d'indemnités de l'assurance chômage.

Le 29 mai 2010, les parties (E. et T.) ont signé un document intitulé «contrat d'engagement», sous forme de lettre, dont la teneur était la suivante (sic) : «Monsieur, A la suite de notre entretien et le stage effectué dans l'entreprise, nous vous engageons en qualité de près apprenti au prix brut en 1<sup>ère</sup> année Fr. 500.– 2<sup>ème</sup> année Fr. 600.– 3<sup>ème</sup> année 900.– par mois pour 42<sup>00</sup> heures par semaine et 5 jours par semaine, à partir du 1 juin 2010. Vous avez 5 semaines de vacances par année, et ces dernières sont à planifier pendant la fermeture annuelle de l'entreprise ou selon accord. Nous sommes naturellement à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire et vous prions d'accepter nos meilleures salutations».

T. a été employé par E. du mois de juin 2010 au mois de juillet 2013. Durant cette période, il a bénéficié d'une formation élémentaire d'aide monteur en chauffage et d'aide monteur sanitaire. Au cours de cette même période, T. a également effectué des horaires de travail nocturne pour le compte de E.

Le 27 janvier 2014, E. a adressé un courrier à T., ayant pour titre «Fin de travail», dont la teneur était la suivante (sic) : «Monsieur, Après abandon de votre poste de travail depuis fin juillet, nous restons étonnés de votre démarche, à savoir que vous avez quitté votre emploi sans préavis. Bien entendu votre engagement contractuel se terminait fin juin 2013 et en accord nous avons convenu de maintenir votre place de travail pour laquelle nous avons pris des engagements professionnels. En outre, pour mémoire, je vous rappelle que vous êtes toujours débiteur du véhicule mis à votre dispositions la Lancia Y10 que vous avez détruite par l'intermédiaire de votre frère ou vous vous êtes engagé à rembourser les frais inhérent à cette affaire, le montant est de Fr. 3'000.00 pour la voiture et Fr. 500 pour la franchise contractuelle d'assurance. Nous restons naturellement à votre entière disposition pour régler cette affaire, et pour tout renseignement complémentaire. Nous vous prions d'accepter nos meilleures salutations.» Le même jour, E. a établi un «certificat professionnel» à l'attention de T.

Par demande du 17 mars 2016 déposée auprès du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, T. a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que E. lui doive immédiat paiement d'un montant de 80'580 fr. 85, sous déduction des cotisations sociales usuelles, avec intérêts. Par jugement du 22 décembre 2017, le Tribunal civil de l'arron-

dissement de la Broye et du Nord vaudois a admis partiellement la demande de par T. contre E., a dit que E. était la débitrice de T. et lui devait immédiat paiement des sommes de 8'880 fr. 85 avec intérêts, à titre de salaire pour l'année 2012, et de 13'246 fr. 15 avec intérêts, à titre de salaire pour l'année 2013. Par acte du 2 juillet 2018, T. a interjeté appel contre le jugement susmentionné.

Extraits des considérants:

3.

3.1 L'appelant soutient que les parties seraient liées par un contrat de travail ordinaire et non par un contrat de stage, de sorte qu'il aurait droit au salaire minimal prévu par la Convention collective de travail de la ferblanterie, de la couverture, de l'installation sanitaire, du chauffage, de la climatisation et de la ventilation dans le canton de Vaud (ci-après: la CCT). Il fait en particulier valoir que les dispositions de la CCT relatives au salaire minimal des travailleurs sans formation ni expérience professionnelle ne sauraient être contournées, sous prétexte qu'il devrait être formé.

3.2

3.2.1 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (*objektive Vertragsgestaltung*), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2 ). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (art. 18 al. 1 CO; ATF 129 III 664 consid. 3.1; TF 4A 592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1). Pour qualifier un contrat comme pour l'interpréter, le juge doit tout d'abord s'efforcer de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si elle est divergente, le juge doit interpréter les comportements et les déclarations selon la théorie de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvaient être comprises, de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2; ATF 131 III 606 consid. 4.1). Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie, même lorsqu'il ne correspond pas à sa volonté intime, le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement (ATF 135 III 410).

3.2.2 Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée

et une rémunération (TF 4A\_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1; TF 4A\_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1).

Selon l'art. 320 al. 1 CO, sauf disposition contraire de la loi, le contrat individuel de travail n'est soumis à aucune forme spéciale. Il est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire (art. 320 al. 2 CO).

Selon le principe de la liberté contractuelle, le salaire est fixé librement entre les parties, sauf convention collective, contrat-type ou dispositions impératives de droit public contraires. Ce n'est que dans l'hypothèse où aucun salaire n'est convenu que le salaire usuel doit être versé (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3<sup>e</sup> éd., 2014, pp. 139 ss).

3.2.3 Par le contrat d'apprentissage, l'employeur s'engage à former la personne en formation à l'exercice d'une activité professionnelle déterminée, conformément aux règles du métier, et la personne en formation s'engage à travailler au service de l'employeur pour acquérir cette formation (art. 344 CO). Ainsi que l'indique le texte légal, le contrat d'apprentissage n'a pas pour vocation première de servir le but économique de l'entreprise, mais bien d'assurer la formation professionnelle de l'apprenti. Il combine une obligation de former à la charge de l'employeur et une obligation de travailler à la charge de l'apprenti (ATF 132 III 753 consid. 2.1 et les références citées). Cette formation professionnelle dure trois ou quatre ans et s'achève en général par un examen de fin d'apprentissage qui donne droit au certificat fédéral de capacité (art. 17 al. 3 LFPr [Loi fédérale sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002; RS 412.10]).

En pratique, il existe d'autres formes de contrats de formation (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7<sup>e</sup> éd., 2012, n. 6 ad art. 344a CO). Ainsi, le contrat de stage, non défini par la loi, est un contrat de travail qui a pour particularité d'avoir pour objectif la formation du stagiaire. Contrairement au contrat d'apprentissage, le stage ne vise toutefois pas une formation professionnelle systématique et complète, mais a pour but que le stagiaire puisse réunir des compétences et une expérience professionnelles. Le maître de stage l'y encourage avant tout en lui confiant un travail adéquat et en discutant de manière critique ses prestations (PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6<sup>e</sup> éd., 2016, n. 17 ad art. 344 CO; STAEBLIN, Zürcher Kommentar, 1996, n. 8 ad art. 344 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 6 ad art. 344a CO). Le stage est orienté sur l'aspect pratique du travail, la transmission de connaissances théoriques demeurant en arrière-plan (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 6 ad art. 344a CO). Un des indices pour conclure à l'existence d'un (simple) contrat de stage est la possibilité de mettre un terme au contrat de formation avec effet ordinaire. A l'inverse, le contrat d'apprentissage est conclu pour une durée déterminée (PORTMANN/RUDOLPH, op.cit., n. 17 ad art. 344 CO). Pour le reste, PORTMANN et

RUDOLPH considèrent que les dispositions applicables au contrat d'apprentissage doivent s'appliquer mutatis mutandis au contrat de stage (ibidem ; sur le tout JdT 2016 III 11).

### 3.3

3.3.1 Les premiers juges ont considéré que «sur la base de l'instruction et notamment des témoignages fournis, la réelle et commune intention des parties avait été, dans un premier temps, de fournir [à l'appelant] une formation élémentaire dans le domaine de l'installation de chauffage et de sanitaires». Ils ont dès lors retenu que les parties avaient été liées par un contrat de stage lors des deux premières années, soit de juin 2010 à juin 2012.

A cet égard, ils ont notamment relevé que l'appelant devait commencer un apprentissage, qu'il y avait toutefois renoncé et que les parties avaient alors signé un contrat d'engagement, dans lequel il était mentionné que l'appelant était engagé en qualité de «préapprenti». Ils ont souligné que l'appelant ne bénéficiait d'aucune formation dans le domaine de l'installation sanitaire et que selon les témoins auditionnés, il avait été engagé dans le cadre d'un stage prolongé. Ils se sont également fondés sur le «certificat professionnel» de l'intimée du 27 janvier 2014 pour conclure, en définitive, que les éléments de formation avaient prédominé jusqu'en juin 2012.

### 3.3.2

3.3.2.1 L'appelant conteste l'absence préalable de formation et se prévaut du fait qu'avant la conclusion du contrat litigieux, il avait accompli un stage auprès de l'intimée, de juin à novembre 2009, dans le cadre d'un semestre de motivation.

3.3.2.2 En l'espèce, ce stage de motivation ne saurait cependant être qualifié de formation; il constituait plutôt une immersion dans le monde du travail, non destinée à transmettre des connaissances. Il ressort en effet du témoignage de la directrice du SemoNord G., témoin extérieur dont rien ne permet de remettre en cause la crédibilité, «qu'un tel stage permettait au patron de voir comment le jeune s'intégrait dans son entreprise et au jeune de vérifier si le métier lui plaisait». Ce témoin a expliqué, en substance, que le stage de motivation en cause était entrepris en attendant de commencer une formation plutôt que de rester dans un atelier, qu'il permettait au jeune d'être intégré dans l'activité professionnelle future et qu'à son issue, on pouvait envisager une formation, comme un CFC.

Au vu de ce témoignage, l'absence de formation préalable de l'appelant, nonobstant la participation à un stage de motivation, peut être confirmée.

### 3.3.3

3.3.3.1 L'appelant conteste que l'on puisse qualifier le «contrat d'engagement» litigieux de contrat de stage sur la base des témoignages. Il fait en particulier valoir qu'aucune formation ne lui aurait été dispensée lors de son activité au sein de l'intimée, de juin 2010 à juillet 2013.

3.3.3.2 Le témoin T. – dont le témoignage nuancé ne saurait être écarté du seul fait qu'elle travaille toujours chez l'intimée, d'autant qu'il est confirmé par d'autres éléments – a demandé à son arrivée à quel titre l'appelant était là et on lui a répondu que c'était à titre de stagiaire. T. a en outre confirmé que l'appelant travaillait comme un stagiaire, qu'il suivait les équipes, qu'il n'avait pas la fonction de pouvoir travailler seul et qu'il n'avait jamais été envoyé pour une mission tout seul par exemple. Elle a également indiqué que l'intimée, par son gérant Z., avait à cœur de former l'appelant de la meilleure manière possible.

Quant au témoin G., elle a indiqué qu'elle avait compris que le patron avait fait un contrat, dans lequel il était inscrit que l'appelant allait se former chez lui, mais un peu «sur le tas», ce qui correspondait «un peu à une formation pratique, mais avec un salaire d'apprenti». Elle a précisé qu'il l'étonnerait beaucoup que l'on ait demandé au patron de garder l'appelant sans qu'il puisse être formé, via un stage prolongé.

Par ailleurs, il ressort du «certificat professionnel» établi par l'intimée le 27 janvier 2014 «que T. a travaillé de juin 2010 à juillet 2013 dans le cadre d'une préformation élémentaire comme aide monteur en chauffage et sanitaire», qu'il «est capable de suivre une mission en secondant un monteur avec engagement et professionnalisme» et qu'il «maîtrise parfaitement les techniques Optipress, Manesmann, ainsi que Geberix et Sanipex». Si l'appelant conteste la qualification de «préformation élémentaire», il ne remet en revanche pas en cause qu'il maîtrise les techniques mentionnées dans l'attestation précitée, ce qui démontre qu'il a effectivement bénéficié d'une telle formation à ces techniques, dans la mesure où il ne prétend pas les avoir maîtrisées auparavant.

Sur la base de ces témoignages et pièces, l'appréciation des premiers juges selon laquelle l'appelant a bénéficié d'une formation élémentaire d'aide monteur en chauffage et d'aide monteur sanitaire dans le cadre du contrat litigieux peut être confirmée. On ne saurait retenir le contraire au motif que le «certificat professionnel» du 27 janvier 2014 indique que l'appelant serait capable de travailler seul. Contrairement à ce que plaide celui-ci, cet élément n'est pas contradictoire avec le fait que l'élément de formation ait été initialement prépondérant, ledit certificat ayant été établi plus de six mois après la fin des rapports de travail et se référant à la situation en fin de contrat.

3.3.4 Dans le présent contexte, où l'appelant a renoncé à entreprendre un apprentissage et ne disposait d'aucune formation préalable, c'est donc à bon droit que le contrat litigieux a été qualifié, au moment de sa conclusion, de contrat de stage, l'élément de formation ayant été prépondérant, du moins pendant une période initiale comme il sera exposé ci-après (cf. *infra* consid. 3.3.5). Au vu des circonstances de la cause, il n'apparaît pas qu'un tel contrat constitue une fraude à la loi, destinée à éluder les règles sur le salaire minimal fixées par la CCT, ces règles étant inapplicables en cas d'apprentissage, auquel peut s'assimiler le contrat de

stage. Si la CCT prévoit des salaires minimaux pour des travailleurs sans CFC ni expérience professionnelle, elle n'exclut en revanche pas que, pour des employés sans aucune formation même pratique dans le domaine considéré, un contrat de stage puisse être passé, pendant la période nécessaire à la formation élémentaire de la personne concernée.

On relèvera enfin que le fait que la qualification juridique du contrat n'ait été invoquée que dans les plaidoiries finales n'est nullement contradictoire, les parties n'étant pas tenue de faire valoir dès le début de la procédure leurs arguments juridiques.

### 3.3.5

3.3.5.1 A titre subsidiaire, l'appelant fait valoir que s'il devait par impossible être considéré qu'il avait été formé durant un certain temps, on ne saurait retenir, comme les premiers juges, qu'une telle formation aurait duré deux ans. Il soutient que cette durée ne saurait excéder les six mois du stage de motivation qu'il a effectué auprès de l'intimée en 2009.

3.3.5.2 Comme déjà indiqué, le travail accompli en 2009 dans le cadre du semestre de motivation ne peut être assimilé à un stage, aucune formation n'ayant été dispensée à l'appelant durant cette période.

Se pose toutefois la question de savoir pendant combien de temps il y a lieu d'admettre que l'aspect de formation a prédominé pendant la durée du «contrat d'engagement» conclu le 29 mai 2010.

3.3.5.3 Les tentatives de régulations de la condition des stagiaires sur le marché de l'emploi tendent à définir une durée maximale du stage au-delà de laquelle la situation devient abusive, au profit de l'employeur (cf. notamment directives du Service de l'emploi du canton de Vaud intitulées «Mesures d'aide à l'engagement», édition novembre 2017; Directive LPers n° 02.03 [Décision du Conseil d'Etat du 8 juillet 2015, modifiée le 4 mai 2016, en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016]; Commission tripartite de la République et canton de Neuchâtel, Critères distinguant un statut de stagiaire d'un autre statut professionnel du 6 juillet 2016). Les documents précités, de même qu'une partie de la doctrine, insistent sur l'aspect de la formation – qui distingue le contrat de travail de sa sous-catégorie qu'est le contrat de stage et qui justifie le salaire inférieur à la norme – et relèvent que le stage ne doit pas être conçu pour une durée dépourvue de limites (cf. SEILER, *Réflexions libres sur le contrat de stage*, in *Liber Amicorum pour GABRIEL AUBERT*, 2015, pp. 299 ss, spéc. p. 309; WITZIG, *Droit du travail*, 2018, nn. 488-489, p. 188). Certains auteurs affirment que dès que le maître de stage a un intérêt objectif à la prestation du stagiaire, il y aurait toujours contrat de travail et le stagiaire aurait droit à une rémunération selon l'art. 320 CO (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail, réalités sociales*, 2004, n. 8 ad art. 319 CO; SEILER, *op.cit.* p. 306).

3.3.5.4 En l'espèce, il y a lieu d'apprécier strictement la durée pendant laquelle on peut raisonnablement admettre que l'aspect de la formation a prévalu dans la relation contractuelle entre les parties, sous peine de caution-

ner – à défaut de réglementation, par la pratique judiciaire – que le contrat de stage soit utilisé pour contourner les règles sur le salaire minimal.

Cela étant, il convient de tenir compte du fait qu'avant le début de l'activité litigieuse, l'appelant avait déjà effectué un semestre de motivation au sein de l'intimée. En outre, le contrat en cause a été conclu sur une longue durée mais sans plan de formation et sans que l'appelant n'accède à aucun cours théorique, ce qui vient relativiser quelque peu l'ampleur de la formation qui lui a été dispensée pendant la période litigieuse. Enfin, dès le huitième mois de son activité, le salaire effectivement versé à l'appelant a été doublé par rapport à celui convenu, passant de 500 fr. par mois jusqu'au 31 décembre 2010 à 1'000 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, ce dont on peut déduire un élément de rentabilité du travail fourni allant au-delà de l'activité initialement envisagée. Partant, compte tenu de l'ensemble des circonstances, la Cour de céans retient que le contrat litigieux, conclu le 29 mai 2010, ne peut être admis comme contrat de stage – avec l'aspect de formation inhérent à un tel contrat – que pendant une période d'une année, soit jusqu'à fin mai 2011; au-delà de cette date, il doit être qualifié de contrat de travail. Cette limitation du contrat de stage à une année, qui vise à éviter des abus, peut se fonder *mutatis mutandis* sur la période de préapprentissage maximale, d'une année également, prévue par l'art. 84 al. 3 LVLFP (Loi vaudoise sur la formation professionnelle du 9 juin 2009 ; RSV 413.01).

### 3.4

3.4.1 Au vu de ce qui précède, il convient de recalculer le salaire dû à l'appelant pendant la période où celui-ci a été au bénéfice d'un contrat de travail, soit du 1<sup>er</sup> juin 2011 au 31 juillet 2013.

3.4.2 Durant ce laps de temps, l'appelant a droit au salaire minimal prévu par la CCT, laquelle est applicable dans le cas présent (art. 3 al. 1 let. a et let. c *in fine* CCT). L'art. 42 al. 2 CCT prévoit que pour un travailleur de Classe D, soit sans certificat fédéral de capacité ni expérience professionnelle, le salaire minimal s'élève à 20 fr. 10 de l'heure dès la première année de service, puis à 22 fr. 50 de l'heure dès la troisième année d'activité; quant au salaire mensuel, il s'obtient en multipliant le salaire horaire par 178.75 (art. 42 al. 1 CCT). Le travailleur a en outre droit à un treizième salaire (art. 43 al. 1 CCT), pour autant qu'il ait été occupé plus de deux mois dans l'entreprise (art. 43 al. 2 CCT).

L'appelant ne conteste pas qu'il ne dispose pas d'un certificat fédéral de capacité, qu'il n'avait pas d'expérience professionnelle au début de l'activité litigieuse et qu'il convient donc de déterminer son salaire selon la classe D de l'art. 42 al. 2 CCT. En conséquence, la rémunération mensuelle qui lui était due s'élevait, part au treizième salaire comprise, à 3'892 fr. 30  $[(20 \text{ fr. } 10 \times 178.75) \times 13 / 12]$  entre le 1<sup>er</sup> juin 2011 et le 31 mai 2013, soit au cours de ses deux premières années de service, puis à 4'357 fr.  $[(22 \text{ fr. } 50 \times 178.75) \times 13 / 12]$  dès le 1<sup>er</sup> juin 2013 et jusqu'à la fin des rapports de travail le 31 juillet 2013.

En procédant au calcul sur l'année, l'appelant avait droit, en 2011, à une rémunération de 27'246 fr. 10, correspondant à sept mois de salaire pour la période entre le 1<sup>er</sup> juin et le 31 décembre 2011 (3'892 fr. 30 x 7). Il convient toutefois de tenir compte du fait que l'appelant a déjà perçu au total 12'000 fr. à titre de salaire en 2011, soit 1'000 fr. par mois, respectivement 7'000 fr. pour la période de juin à décembre 2011. Après déduction de cette somme de 7'000 fr., c'est un montant de 20'246 fr. 10 (27'246 fr. 10 - 7'000 fr.) qui est encore dû à l'appelant à titre de salaire pour l'année 2011.

En 2012, l'appelant avait droit à une rémunération s'élevant à 46'707 fr. 60 au total (3'892 fr. 30 x 12), de laquelle il faut déduire la somme de 14'473 fr. qui lui a déjà été versée en tant que salaires pour cette même année. Partant, c'est un montant de 32'234 fr. 60 (46'707 fr. 60 - 14'473 fr.) qui lui est encore dû à titre de salaires pour l'année 2012.

Enfin, en 2013, l'appelant avait droit à une rémunération s'élevant à 28'175 fr. 50 au total, soit 19'461 fr. 50 pour la période de janvier à mai 2013 (3'892 fr. 30 x 5) et 8'714 fr. pour les mois de juin et juillet 2013 (4'357 fr. x 2). Après déduction des salaires lui ayant déjà été versés entre janvier et juillet 2013, par 14'000 fr., l'appelant a encore droit à un montant de 14'175 fr. 50 (28'175 fr. 50 - 14'000 fr.) à titre de salaire pour l'année 2013.

Le montant total des salaires encore dus s'élève ainsi à 66'656 fr. 20 (20'246 fr. 10 + 32'234 fr. 60 + 14'175 fr. 50).

En vertu de l'art. 323 al. 1 CO, ces créances porteront intérêts, au taux de 5% l'an (art. 104 al. 1 CO), dès le 1<sup>er</sup> juin 2012, correspondant à la date d'échéance moyenne des salaires en cause (cf. DANTHE, in Dунand/Mahon [éd.], Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 17 ad art. 323 CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat de travail Code annoté, 2<sup>e</sup> éd., 2010, n. 1.2 ad art. 339 CO).

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19. Januar 2018 (Bestätigung des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Uster vom 3. April 2017)*

**Fristlose Auflösung des Lehrverhältnisses, Art. 346 Abs. 2 lit. b OR.**  
**Art. 346 Abs. 2 lit. b OR sieht vor, dass ein Lehrverhältnis aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 337 OR durch den Lehrbetrieb fristlos aufgelöst werden kann, wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt oder gesundheitlich oder sittlich gefährdet ist. Die in Art. 346 Abs. 2 OR enthaltene Aufzählung an Kündigungsgründen ist nicht ab-**



**schliessend. Die lernende Person bzw. gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung sind in jedem Fall vor einer fristlosen Entlassung anzuhören. Es handelt sich dabei um ein Gültigkeitserfordernis der Kündigung in Analogie zu Art. 11 Abs. 2 OR (E. 3.1). Wurde eine lernende Person wiederholt verwarnt und auf ihr Verhalten aufmerksam gemacht, so kann ein Lehrverhältnis selbst mit Blick auf dessen Besonderheit infolge Disziplinlosigkeit und Desinteresse fristlos aufgelöst werden. Indem der Arbeitgeber der lernenden Person Gelegenheit bot, zu einer Anhörung in Anwesenheit eines Berufsinspektors des Berufsbildungsamts Zürich zu erscheinen, ist das Gültigkeitserfordernis gemäss Art. 346 Abs. 2 lit. b OR erfüllt – auch wenn die lernende Person das Gesprächsangebot ausschlug (E. 4).**

Sachverhalt:

Der Kläger 1 und Berufungskläger 1 (fortan: Kläger 1) war seit August 2012 bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan: Beklagte) angestellt (Urk. 5/3). Gemäss Lehrvertrag vom 21. Mai 2012 wurde die Ausbildung des Klägers 1 zum Fachmann für Betriebsunterhalt EFZ, Fachrichtung Hausdienst, vereinbart. Das Lehrverhältnis sollte vom 20. August 2012 bis zum 19. August 2015 dauern (Urk. 5/3). Im April/Mai 2015 bestand der Kläger 1 die Lehrabschlussprüfung nicht. Deshalb schlossen er und die Beklagte am 3. August 2015 eine Vereinbarung über die Fortsetzung des Lehrverhältnisses ab (Urk. 5/4). Gemäss dieser Vereinbarung erklärte sich die Beklagte bereit, den Lehrvertrag mit dem Kläger 1 zu gleichbleibenden Konditionen um ein Jahr zu verlängern, sofern der Kläger 1 sich mit vollem Einsatz und vollem Interesse so vorbereite, dass er in der Lage sein würde, im April/Mai 2016 die Repetitionsprüfung zu bestehen. Weiter wurde geregelt, dass der Kläger 1 folgende Punkte zu erfüllen und zu verbessern habe: Mehr Einsatz, Engagement und Interesse zeigen (Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit, Arbeitsqualität, Quantität); Ehrlichkeit, Aufrichtigkeit (keine Ausreden bringen, wenn etwas schief gelaufen ist); die persönliche Einstellung gegenüber der Lehre verbessern; Absenzen auf das absolute Minimum reduzieren bzw. vermeiden; Einsatz und Engagement in der Berufsschule verbessern (Urk. 5/4). Nachdem es bereits im November 2014 zu einer ersten Verwarnung gekommen war zum zweiten und am 8. Dezember 2015 zum dritten Mal (Urk. 16/11.2 und Urk. 16/12 S. 4 f.) verwarnt. Thema der drei Verwarnungen waren das wiederholte zu späte Erscheinen am Arbeitsplatz, unentschuldigte Absenzen, die mangelhafte Kommunikation des Klägers 1 sowie das Nichtbefolgen von Weisungen. Nach der dritten Verwarnung vom 8. Dezember 2015 erschien der Kläger 1 ab dem 9. Dezember 2015 nicht mehr zur Arbeit (Urk. 16/12.1). Am 10. Dezember 2015 meldete er sich bei der Beklagten telefonisch krank (Urk. 19 S. 4). Am 14. Dezember 2015 meldete sich der Kläger 1 erneut per SMS bei der Beklagten und teilte mit, dass er nach wie vor krank

sei (Urk. 16/12.2). Am 15. Dezember 2015 liess er der Beklagten schliesslich ein Arztzeugnis zukommen, wonach er vom 15. bis 18. Dezember 2015 zu 100% krank geschrieben war (Urk. 16/12.2). In der Folge schlug die Beklagte dem Kläger 1 am 16. Dezember 2015 ein gemeinsames Gespräch zusammen mit dem Berufsinspektor C. vom Berufsbildungsamt Zürich vor und setzte dieses auf den 21. Dezember 2015 an. Der Kläger 1 wollte bis am 17. Dezember 2015 Bescheid geben, ob er den Termin wahrnehmen könne. Nachdem die Beklagte am 17. Dezember 2015 vergeblich versucht hatte, den Kläger 1 zu erreichen und ihm eine Nachricht auf der Combox hinterliess, liess dieser gleichentags per SMS verlauten, dass er am 18. Dezember 2015 informieren werde, ob er zum Gespräch vom 21. Dezember 2015 komme (Urk. 16/12 S. 7 ff.; Urk. 16/12.2). Als der Kläger 1 der Beklagten schliesslich am 18. Dezember 2015 per SMS mitteilte, dass er den Gesprächstermin vom 21. Dezember 2015 nicht wahrnehmen werde, verwarnete diese den Kläger 1 schriftlich, dass er sich zum wiederholten Male nicht an die Weisungen bei krankheitsbedingten Abwesenheiten halte. Krankmeldungen per SMS würden nicht toleriert. Weiter forderte sie den Beklagten auf, sich umgehend mit dem Vertrauensarzt der Beklagten in Verbindung zu setzen (Urk. 16/12.3). Nachdem der Kläger 1 am 21. Dezember 2015 erneut nicht auf Kontaktversuche der Beklagten reagiert hatte (Urk. 16/12 S. 9), erfolgte am 23. Dezember 2015 die fristlose Kündigung (Urk. 16/12.4). Im Weiteren wird betreffend den unstrittigen Sachverhalt auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 30 S. 3 ff.; Urk. 29 S. 2; Urk. 39/29 S. 3).

Am 15. November 2016 reichte der Kläger 1 unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes D. vom 20. Juli 2016 (Urk. 1) die Klage beim Bezirksgericht Uster ein (Urk. 2). Am 14. November 2016 reichte die Klägerin und Berufungsklägerin 2 (fortan: Klägerin 2) ebenfalls Klage ein (Urk. 7). Am 3. April 2017 erliess das Bezirksgerichtes Uster folgendes Urteil: (1.) Die Klage des Klägers 1 wird abgewiesen. (2.) Die Klage der Klägerin 2 wird abgewiesen. Hiergegen erhoben der Kläger 1 und die Klägerin 2 a Berufung.

Aus den Erwägung:

### III.

#### 1.

Die Vorinstanz erwog, das Lehrverhältnis zwischen dem Kläger 1 und der Beklagten sei alles andere als konfliktfrei gewesen. In dem der fristlosen Kündigung vorangegangenen Halbjahr sei eine Fortführungsvereinbarung abgeschlossen worden, welche zu verbessernde Punkte des Klägers 1 beinhaltet habe. Ausserdem seien zwei weitere schriftliche Verwarnungen ergangen. Der Kläger 1 habe seit der Unterzeichnung der Fortführungsvereinbarung vom 3. August 2015 gewusst, welches Verhalten von ihm in Zukunft erwartet werde. Seit der Verwarnung am 8. Dezember 2015

habe er ausserdem gewusst, dass die Auflösung des Lehrverhältnisses von der Beklagten unabhängig von einer zusätzlichen Verfehlung in Erwägung gezogen werde. Unstrittig sei, so die Vorinstanz weiter, dass der Kläger 1 nach der dritten Verwarnung vom Dienstag, 8. Dezember 2015, nicht mehr zur Arbeit erschienen sei. Unstrittig sei auch, dass der Kläger 1 erst am Donnerstag, 10. Dezember 2015, seinen Vorgesetzten E. über seinen krankheitsbedingten Ausfall informiert habe. Damit sei der Kläger 1 am Mittwoch, 9. Dezember 2015, unentschuldigt nicht zur Arbeit erschienen und habe sich nicht bei der Beklagten gemeldet. Trotzdem sei er an diesem Tag offenbar in der Lage gewesen, dem Berufsinspektor C. vom Mittelschul- und Berufsbildungsamt des Kantons Zürich eine sehr ausführliche Email zu senden und sich über das Verhalten der Beklagten zu beklagen. Somit sei der Kläger 1 durchaus in der Lage gewesen, seine Anliegen zu verbalisieren, und es wäre ihm entsprechend zumutbar gewesen, seine Vorgesetzten über seine Absenz zu informieren. Bereits die fehlende Abmeldung bei unvorhergesehenen Absenzen stelle einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung dar. Das Unterlassen der Abmeldung am Tag nach einer Verwarnung wegen ähnlicher Verstösse sei ohne Weiteres als schwere Verfehlung zu qualifizieren, weshalb bereits zu diesem Zeitpunkt ein wichtiger Grund vorgelegen habe, der eine fristlose Entlassung des Klägers 1 gerechtfertigt habe.

Gemäss eigener Sachdarstellung des Klägers 1 sei er seit dem 9. Dezember 2015 wegen Krankheit arbeitsunfähig gewesen. Er sei deswegen aber erst am 15. Dezember 2015 zum Arzt gegangen. Er habe seinem Vorgesetzten E. per SMS eine Fotografie des Arztzeugnisses geschickt, woraus hervorgegangen sei, dass er vom 15. bis 18. Dezember 2015 krankgeschrieben sei. Für den Zeitraum vom 9. bis 14. Dezember 2015 fehle es an einer ärztlichen Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers 1. Dies obwohl die Beklagte vom Kläger 1 bereits mit Verwarnung vom 29. Oktober 2015 verstärkte Dokumentation gefordert habe. Die Beklagte habe gegenüber dem Kläger 1 Geduld bewiesen, indem sie immer wieder das Gespräch gesucht habe. Sie habe verhältnismässig agiert und den Kläger 1 vor der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mehrmals verwarnt. Umso mehr hätte sie seitens des Klägers 1 eine verlässliche Kommunikation im Sinne eines sofortigen Abmeldens unter Beibringung eines Arztzeugnisses erwarten dürfen. Die Verfehlungen des Klägers 1 würden im Lichte des ihm von der Beklagten entgegengebrachten Vertrauens besonders schwer wiegen. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die unentschuldigte Abwesenheit des Klägers 1 am 9. Dezember 2015 vor dem Hintergrund der expliziten Verwarnung am Vortag bereits das Aussprechen der fristlosen Kündigung gerechtfertigt habe. Zudem sei in der Unterlassung der sofortigen Einreichung eines Arztzeugnisses ein weiterer wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung zu sehen. Damit brauche auf die weiteren Vorbringen der Parteien, insbesondere auf die Vorkommnisse nach dem 15. Dezember 2015 nicht mehr eingegangen zu werden.

Betreffend den Zeitpunkt der fristlosen Kündigung führte die Vorinstanz sodann aus, dass die Beklagte erst nach der SMS des Klägers 1 an E. vom 15. Dezember 2015 sichere und vollständige Kenntnis davon gehabt habe, dass dieser ohne Arztzeugnis vier Tage der Arbeit ferngeblieben sei. F. von der Beklagten habe sich daraufhin in Ausübung ihrer Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 4 BBG am 16. Dezember 2015 bei C. vom Berufsbildungsamt gemeldet, wobei vereinbart worden sei, ein Gespräch mit dem Kläger 1 in Anwesenheit von C. durchzuführen. Weil sich der Kläger 1 bezüglich Terminvereinbarung für dieses Gespräch nicht wie versprochen bei der Beklagten gemeldet habe, sei er mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 erneut verwarnet und zur vertrauensärztlichen Begutachtung aufgeboten worden. Es könne nicht zum Nachteil der Beklagten gereichen, dass sie nicht bereits am 16. Dezember 2015 die fristlose Kündigung ausgesprochen, sondern sich einverstanden erklärt habe, unter Beizug von C. mit dem Kläger 1 erneut das Gespräch zu suchen. Dies erscheine nachvollziehbar, handle es sich beim Kläger 1 um einen jungen Menschen und beim aufzulösenden Vertrag um ein mehrjähriges Lehrverhältnis. Überdies sei zu berücksichtigen, dass Art. 346 Abs. 2 lit. b OR den Arbeitgeber verpflichte, die Person bei einer vorzeitigen Auflösung des Lehrvertrages vorgängig anzuhören. Vor diesem Hintergrund erscheine das Vorgehen der Beklagten als sachgemäss. Die fristlose Kündigung aufgrund der unentschuldigten Absenzen sei daher am 23. Dezember 2015 innert zulässiger Reaktionszeit erfolgt.

2.1 Der Kläger 1 moniert, dass angesichts der vom Bundesgericht verlangten kurzen Reaktionszeit von 2 bis 3 Arbeitstagen feststehe, dass die Beklagte die nötige Reaktionszeit für eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses verpasst habe, wenn man – so wie die Vorinstanz dies getan habe – von einem am 9. oder 10. Dezember 2015 eingetretenen Grund für eine solche ausgehe, diese jedoch erst am 23. Dezember 2015 ausgesprochen worden sei. Die Vorinstanz gehe zwar davon aus, dass die Beklagte erst am 15. Dezember 2015 sichere Kenntnis gehabt habe, dass der Kläger 1 ohne Arztzeugnis der Arbeit ferngeblieben sei. Die Beklagte habe aber auch am 15. Dezember 2015 nicht fristlos gekündigt, sondern habe dem Kläger 1 unterm 18. Dezember 2015 einen Brief mit dem Titel «Verwarnung und Aufgebot zum Vertrauensarzt» gesendet. Gerügt werde in diesem Schreiben zum einen, dass sich der Kläger 1 erneut nicht an die Anweisungen betreffend Verhalten im Krankheitsfall gehalten habe. Krankmeldungen per SMS würden nicht toleriert. Zum anderen sei von der Beklagten nicht ein fehlendes Arztzeugnis beanstandet worden, sondern vielmehr habe sie die eingereichten Arztzeugnisse grundsätzlich hinterfragt, weshalb sie den Kläger 1 zum Vertrauensarzt geschickt habe. Damit habe die Beklagte in Kenntnis aller von der Vorinstanz angenommenen schweren Pflichtverletzungen des Klägers 1 bis zum 18. Dezember 2015 dessen Verhalten nicht als derart gravierend betrachtet, als dass sie die angedrohte fristlose Kündigung tatsächlich hätte umsetzen wollen. Stattdes-

sen habe sie den Weg einer erneuten Verwarnung und des Aufgebots zum Vertrauensarzt gewählt. Gehe man wie die Vorinstanz davon aus, dass die Beklagte genügend Gründe gehabt hätte, am 9. oder 10. Dezember 2015 fristlos zu kündigen, dann sei die fristlose Kündigung am 23. Dezember 2015 zu spät erfolgt. Was die Vorinstanz als wichtigen Grund eingestuft habe, nämlich das Fehlen einer ärztlich bestätigten Erkrankung vom 9. bis 13. Dezember 2015, sei für die Beklagte offensichtlich nicht Anlass genug gewesen, die Fortsetzung der Anstellung als unzumutbar zu empfinden. Selbst wenn man aber davon ausgehen wolle, dass die Beklagte am 15. Dezember 2015 Grund für eine gerechtfertigte fristlose Entlassung gehabt habe, habe es keinen sachlich gerechtfertigten Grund gegeben, die Reaktionszeit für die fristlose Kündigung wegen des vorgesehenen Gesprächs mit dem Berufsbildungsamt hinauszuschieben.

2.2 Die Klägerin 2 [Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich] schliesst sich zur Begründung ihrer Berufung im Wesentlichen der Argumentation des Klägers 1 an. Auch sie hält fest, dass das vorinstanzliche Urteil in rechtlicher Hinsicht betreffend die zulässige Reaktionszeit für eine fristlose Kündigung gerügt werde. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sei eine fristlose Kündigung umgehend zu erklären, jedenfalls sei ein Handeln innert angemessener Frist nach dem Treffen der erforderlichen Abklärungen notwendig. Im Normalfall würden dem Kündigenden zwei bis drei Arbeitstage zugestanden. Die Argumentation der Vorinstanz, dass erst am 15. Dezember 2015 durch Einreichen des Arztzeugnisses der Grund für die fristlose Kündigung gesetzt worden sei, vermöge nicht zu überzeugen. Auch nach dem 15. Dezember 2015 sei das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden, sondern es sei mit Schreiben/Verwarnung vom 18. Dezember 2015 das Verhalten des Klägers 1 betreffend das Nicht-Einhalten von Weisungen im Krankheitsfall gerügt worden. Ausserdem sei der Kläger 1 aufgefordert worden, den Vertrauensarzt aufzusuchen. Das fehlende Arztzeugnis für den Zeitraum vom 9. bis 13. Dezember 2015 sei darin nicht erwähnt worden und sei für die Beklagte offensichtlich nicht von Bedeutung gewesen. Bei der Annahme, die Beklagte habe bereits am 9. bzw. 10. Dezember 2015 genügend Gründe für die fristlose Kündigung gehabt, sei durch das Zuwarten mit der fristlosen Kündigung bis zum 23. Dezember 2015 die geforderte Reaktionszeit offensichtlich nicht eingehalten worden. Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass der Grund für die fristlose Entlassung erst am 15. Dezember 2015 gesetzt worden sei, ändere dies nichts daran, dass die geforderte Reaktionszeit nicht eingehalten worden sei. Die Ansetzung eines Gesprächs solle die Reaktionszeit nur unterbrechen können, solange anlässlich eines solchen Gesprächs noch Fakten geklärt werden müssten. Diese seien der Beklagten jedoch hinlänglich bekannt gewesen, habe sie doch mit dem Kläger 1 schon verschiedentlich Gespräche geführt gehabt.

2.3 Die Beklagte hält dem in der Berufungsantwort vom 26. Oktober 2017 entgegen, die Situation und die besonderen Umstände seien derart

schwierig gewesen, dass erst aufgrund einer Auslegeordnung und der Gespräche mit dem Lehrlingsamt zwischen Freitag, 18. Dezember 2015 und Mittwoch, 23. Dezember 2015 die gesamte Faktenlage vorgelegen habe. Die Auslegeordnungen bzw. die Feststellungen zur Gesamtlage hätten zum Entscheid für die Entlassung geführt. Die gesetzlichen Fristen und Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung seien gegeben

3.1 Nach Art. 337 OR können der Arbeitgeber sowie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). 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). Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Entlassung nur bei besonders schwerwiegenden Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder so tief greifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und anderseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (Art. 337 Abs. 3 OR; vgl. zum Ganzen BGer 4A\_685/2011 vom 24. Mai 2012, E. 4 mit Hinweisen). Art. 346 Abs. 2 lit. b OR sieht vor, dass ein Lehrverhältnis aus wichtigen Gründen im Sinne von Art. 337 OR durch den Lehrbetrieb fristlos aufgelöst werden kann, wenn die lernende Person nicht über die für die Bildung unentbehrlichen körperlichen oder geistigen Anlagen verfügt oder gesundheitlich oder sittlich gefährdet ist. Die in Art. 346 Abs. 2 OR enthaltene Aufzählung an Kündigungsgründen ist nicht abschliessend (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 346 N 3 S. 1343). Die lernende Person bzw. gegebenenfalls deren gesetzliche Vertretung sind jedoch in jedem Fall vor einer fristlosen Entlassung anzuhören (Art. 346 Abs. 2 lit. b OR). Es handelt sich dabei um ein Gültigkeitserfordernis der Kündigung in Analogie zu Art. 11 Abs. 2 OR (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 346 N 5 S. 1345).

3.2 Aus dem Wesen des wichtigen Grundes hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung abgeleitet, dass der Kündigungsberechtigte sich mit der Aussprechung der fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht ungebührlich lange Zeit lassen darf. Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen. Andernfalls ist anzunehmen, das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist sei für den Kündigenden subjektiv zumutbar, und ist das Recht auf eine sofortige Vertragsauflösung verwirkt. Dabei ist nach den Umständen des konkreten Falles zu entscheiden, innert welcher Frist dem Berechtigten billigerweise ein Entschluss darüber zuzumuten ist, ob er von seinem Recht zur fristlosen Aufhebung des Vertrags Gebrauch machen will. In der Regel wird eine Überlegungsfrist von zwei bis drei Arbeitstagen zum Nachdenken und Einholen von

Rechtsauskünften als angemessen angesehen. Ein Hinauszögern über diese Zeitspanne hinaus ist jedoch zulässig, wenn es mit Rücksicht auf die praktischen Erfordernisse des Alltags- und Wirtschaftslebens als verständlich und berechtigt erscheint. Eine Verlängerung von einigen Tagen ist etwa dann zulässig, wenn bei einer juristischen Person die Entscheidungskompetenz einem mehrköpfigen Gremium zusteht und die Willensbildung daher aufwendiger ist oder wenn Arbeitnehmervertreter anzuhören sind (BGE 138 I 113 E. 6.3.2 mit Hinweisen; bestätigt in BGer 4A\_251/2015 vom 6. Januar 2016, E. 3.2.2). Bei einem klaren Sachverhalt muss anders vorgegangen werden als in Fällen, in denen zuerst Abklärungen notwendig sind oder Verfehlungen erst langsam an den Tag treten. Geht es bei der Abklärung darum, zuerst das Ausmass der Verfehlung abschätzen zu können, so wird die Überlegungsfrist notwendigerweise erst an die Abklärungsfrist, in welcher die Fakten und Verantwortlichkeit geklärt werden, anschliessen. Bloss, wenn auch ernsthafte Zweifel am vertragsgemässen Verhalten der Gegenseite lösen die Überlegungsfrist nicht aus. Die Frist läuft nicht, solange der Kündigende noch keine genügend sichere Kenntnis der Umstände bzw. noch die von ihm zu verlangenden Abklärungen zu treffen hat, was allerdings beförderlich geschehen soll. Doch darf sich der Arbeitgeber die notwendige Zeit nehmen, um die Abklärungen sorgfältig tätigen zu können (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 17 S. 1125 ff.).

#### 4.

Die Vorinstanz sah den wichtigen Grund für die fristlose Auflösung des Lehrverhältnisses im Wesentlichen in der unentschuldigten Absenz des Klägers 1 vom 9. Dezember 2015 sowie der fehlenden ärztlichen Bestätigung seiner Arbeitsunfähigkeit für den Zeitraum vom 9. bis 14. Dezember 2015. Dabei ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass der Kläger 1 aufgrund der nur kurz vorangegangenen Verwarnung wissen musste, dass Absenzen nicht mehr ohne weiteres geduldet würden. Somit musste ihm auch klar sein, dass er Abwesenheiten würde belegen müssen und zwar bereits ab dem ersten Tag einer Absenz. Trotzdem liess der Kläger 1 nach der Verwarnung vom 8. Dezember 2015 sechs Tage Zeit verstreichen, bevor er einen Arzt aufsuchte. Damit konnte – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – die Beklagte erst am 15. Dezember 2015 nach Erhalt des Arztzeugnisses vom Kläger 1 sichere und vollständige Kenntnis davon haben, dass er ohne Arztzeugnis vier Tage der Arbeit bzw. Berufsschule unentschuldigt ferngeblieben war. Wenn die Kläger der Beklagten nun vorwerfen, sie habe daraufhin nicht innert der gemäss Lehre und Rechtsprechung geltenden Reaktionszeit von zwei bis drei Tagen die fristlose Kündigung ausgesprochen, so verkennen sie die besondere Natur des Lehrvertrags. Ein solcher kann wie dargelegt seitens des Lehrbetriebs gemäss Art. 346 Abs. 2 lit. b OR nicht ohne vorgängige Anhörung des volljährigen Lehrlings aufgelöst werden. Die Anhörung stellt ein Gültigkeitserfordernis für die Kündigung dar. Entsprechend erachtete es die Beklagte in Absprache mit C. vom Be-

rufsbildungsamt als sinnvoll, im Sinne einer allerletzten Chance am 21. Dezember 2015 mit dem Kläger 1 ein gemeinsames Gespräch zu führen. Die Kläger stellen sich auf den Standpunkt, indem die Beklagte den Kläger 1 mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 aufgefordert habe, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen, habe sie ihren Willen bekundet, nach wie vor am Arbeitsverhältnis festzuhalten, weshalb dessen Fortführung für die Beklagte ohne Weiteres zumutbar gewesen sei. Dies mag insoweit zutreffen, als die Beklagte auch bereit war, den Kläger 1 in Anwesenheit von C. am 21. Dezember 2015 noch einmal anzuhören. Die Kläger verkennen jedoch, dass der Kläger 1 der Beklagten unstrittig am 15. Dezember 2015 lediglich ein von Dr. G. am 15. Dezember 2015 ausgestelltes Arztzeugnis für den Zeitraum vom 15. bis 18. Dezember 2015 zukommen liess. Eine über den 18. Dezember 2015 hinausgehende Krankenschreibung hat frühestens am 22. Dezember 2015 stattgefunden, denn für dann war offenbar ein nächster Arzttermin bei Dr. H. abgemacht. Gegenteiliges hat der Kläger 1 jedenfalls nie behauptet. Damit kann auch offenbleiben, ob das vom Kläger 1 ins Recht gereichte Arztzeugnis gefälscht ist. Zwar scheint auf den ersten Blick augenfällig, dass das vom Kläger 1 eingereichte Arztzeugnis vom 15. Dezember 2015 datiert, jedoch im Vergleich zum identischen, von der Beklagten vorgelegten Arztzeugnis darauf ein zweiter handschriftlicher Eintrag vorgenommen worden ist. Dies mutet insofern seltsam an, als sich die beiden Handschriften deutlich voneinander unterscheiden und der Kläger 1 im Übrigen gemäss Terminkarte am 22. Dezember 2015 einen Arzttermin bei Dr. H. (Psychiatrie / Psychotherapie FMH, ... [Ortschaft]) und nicht bei Dr. G. (Facharzt für Allgemeinmedizin, D.) vereinbart hatte. Dass der Kläger zwischen dem 16. und dem 22. Dezember 2015 eine zweite Arztkonsultation bei Dr. G. gehabt hätte, hat er nie behauptet. Trotzdem vermag dies alles letztlich nichts am Umstand zu ändern, dass der Kläger 1 am 21. Dezember 2015, als seine Anhörung in Anwesenheit der Beklagten und von C. hätte stattfinden sollen, dem Gesprächstermin unentschuldigt ferngeblieben war, hatte der Beklagten zu diesem Zeitpunkt jedenfalls für den 21. Dezember 2015 keine Krankenschreibung des Klägers 1 vorgelegen und war der Kläger 1 offenbar den ganzen Tag über nicht erreichbar gewesen. Schon davor war der Kläger 1 telefonisch nur schwer erreichbar gewesen und hatte er mit der Beklagten immer wieder per SMS korrespondiert, welche Einwegkommunikation von der Beklagten nicht toleriert wurde und es ihr im Übrigen auch verunmöglichte, mit dem Kläger 1 ins Gespräch zu kommen und sich ein persönliches Bild über dessen Gesundheitszustand zu machen. Dabei musste dem Kläger 1 bewusst sein, dass der auf den 21. Dezember 2015 angesetzte Gesprächstermin unter Einbezug des Berufsbildungsamtes keine andere Deutung zulies, als dass die Beklagte wie schon am 8. Dezember 2015 angekündigt, endgültig die Auflösung des Arbeitsverhältnisses prüfte und sie die Verfehlungen des Klägers 1 als schwerwiegend erachtete. Dem verlieh sie auch im Schreiben vom 18. Dezember 2015 erneut Ausdruck,



indem sie festhielt, dass Krankmeldungen per SMS von ihr nicht länger toleriert würden. Auch wenn der Kläger 1, wie er selber vorbrachte, am 21. Dezember 2015 den Vertrauensarzt kontaktiert haben will, dieser jedoch erst für die Folgewoche freie Termine gehabt habe, hätte es aufgrund der Vorkommnisse und der zahlreichen Verwarnungen ohne Weiteres am Kläger 1 gelegen, sich am 21. Dezember 2015 bei der Beklagten für das vorgesehene Gespräch telefonisch abzumelden, sie über den mit dem Vertrauensarzt vereinbarten Termin ins Bild zu setzen und nach Rücksprache mit der Beklagten gegebenenfalls noch am gleichen Tag einen anderen Arzt aufzusuchen, um eine krankheitsbedingte Absenz zu belegen. Indem der Kläger sich am 21. Dezember 2015 weder bei der Beklagten meldete, noch auf deren Kontaktversuche reagierte, er mithin zum Gespräch vom 21. Dezember 2015 unentschuldigt nicht erschien, lag spätestens zu diesem Zeitpunkt ein Kündigungsgrund vor. Mit Blick auf diese jüngsten Versäumnisse und die vor der Kündigungsentscheidung durchzuführende Anhörung war das Kündigungsrecht nicht verwirkt. Die Verfehlung des Klägers 1 muss aufgrund der zahlreichen vorangegangenen Verfehlungen und Ermahnungen ohne weiteres als schwer eingestuft werden. Dies muss umso mehr gelten, als dass der Kläger 1 die Lehrabschlussprüfung bereits einmal nicht bestanden und eine Besserung gemäss Vereinbarung vom 3. August 2015 offenbar nicht stattgefunden hatte. Wurde eine lernende Person wiederholt verwarnt und auf ihr Verhalten aufmerksam gemacht, so kann ein Lehrverhältnis selbst mit Blick auf dessen Besonderheit infolge Disziplinlosigkeit und Desinteresse fristlos aufgelöst werden (BK OR-Rehbinder/Stöckli, Art. 346 N 6). Damit erfolgte die Kündigung am 23. Dezember 2015 nicht nur gerechtfertigt, sondern auch innert angemessener Reaktionsfrist. Indem die Beklagte dem Kläger 1 ausserdem am 21. Dezember 2015 die Gelegenheit einräumte, zu einer Anhörung in Anwesenheit von C. zu erscheinen, ist auch das Gültigkeitserfordernis gemäss Art. 346 Abs. 2 lit. b OR erfüllt. Im Übrigen hatte die Beklagte dem Kläger 1 bereits anlässlich der Verwarnung vom 8. Dezember 2015 mitgeteilt, sie würde die Auflösung des Lehrverhältnisses prüfen, und ihm die Gründe dafür erläutert. Nach dem Gesagten sind die Berufungen der Kläger 1 und 2 abzuweisen und es ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 22. März 2018 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 24. Juli 2017)*

**Nachvertragliches Konkurrenzverbot, begründeter Anlass für die Kündigung, Art. 340c Abs. 2 OR.**

**Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt (u.a.) dahin, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat (Art. 340c Abs. 2 OR). Begründet ist**

der Anlass bereits, wenn sich der Arbeitnehmer Illoyalitäten hat zuschulden kommen lassen, auch wenn diese eine fristlose Auflösung nicht rechtfertigen würden, jedoch vom Gehalt her über eine bloss geringfügige Vertragsverletzung hinausgehen. Vorliegend ist nicht erstellt, dass dem Arbeitnehmer (einer Personalvermittlungs- und Personalverleihfirma) das sich Herumchauffieren lassen durch verschiedene Mitarbeiter verboten wurde, womit kein begründeter Anlass für eine Kündigung vorlag, weshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot durch die arbeitgeberseitige Kündigung entfiel und entsprechend auch die Möglichkeit der Verrechnung von Forderungen des Arbeitnehmers mit der Konventionalstrafe (E. 5).

Sachverhalt:

Die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) ist eine Personalvermittlungs- und Personalverleihfirma. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war bei der Beklagten seit dem 2. März 2009 zuerst als Personalberater und später als Filialleiter der Niederlassung C. und dann D. tätig. Sein Lohn bestand in einem monatlichen Fixum von zunächst Fr. 1'200.– brutto und später Fr. 2'200.– brutto sowie einem Provisionsvorschuss von zunächst Fr. 9'500.– und hernach Fr. 11'500.–. Weiter bestand unter gewissen im Arbeitsvertrag geregelten Voraussetzungen Anspruch auf eine Zusatzprovision. Im Arbeitsvertrag vom 25. Februar 2009 wurde in Ziffer 11 auch ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot mit allfälliger Konventionalstrafe im Falle der Zuwiderhandlung in der Höhe des während der letzten zwölf Monate ausbezahlten Bruttolohnes vereinbart. Mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen zweimonatigen Kündigungsfrist per 31. Dezember 2013.

Mit seiner Klage fordert der Kläger von der Beklagten ausstehende Provisionen im Umfang von zuletzt Fr. 28'503.– brutto. Dabei errechnete er einen Gesamtprovisionsanspruch in der Höhe von Fr. 122'903.–, wovon er Fr. 20'000.– Darlehensschulden gegenüber der Beklagten und insgesamt von dieser bereits vergütete Provisionszahlungen in der Höhe von Fr. 74'400.– in Abzug brachte. Die Beklagte erklärt für den Fall, dass das Gericht von ausstehenden Provisionsansprüchen des Klägers ausgehe, die Verrechnung mit ihrer Forderung aus Konventionalstrafe zufolge Verletzung des Konkurrenz- und Abwerbverbots durch den Kläger.

Mit Klageschrift vom 17. Juli 2014 machte der Kläger unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes Kreis ... der Stadt Zürich vom 8. Mai 2014 bei der Vorinstanz die Klage anhängig, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, dem Kläger Fr. 30'000.00 nebst Zins zu 5% seit dem 31. Dezember 2013 zu bezahlen. Die Vorinstanz verpflichtete mit Urteil vom 24. Juli 2017 die Beklagte, dem Kläger Fr. 11'253.– netto (Fr. 12'000.– brutto abzüglich Fr. 747.– AHV, IV, ALV, EO) nebst Zins

zu 5% seit 1. Januar 2014 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies sie die Klage ab. Die Beklagte erhob dagegen Berufung.

Aus den Erwägungen:

D.

1.

Die Vorinstanz kam im Wesentlichen zum Schluss, dass der Kläger Anspruch auf insgesamt Fr. 121'400.– Zusatzprovisionen (Fr. 77'400.– für die Zusatzprovision 2013 + Fr. 44'000.– für die Provision auf den Konzern- und Filialbruttomargen) habe. Diesen Betrag verrechnete sie mit Gegenforderungen der Beklagten in der Höhe von total Fr. 109'400.– (Fr. 20'000.– Darlehen + Fr. 89'400.– Provisionsvorbezüge), womit die Klage im Umfang von Fr. 12'000.– brutto gutgeheissen wurde. Dabei habe die Beklagte nicht beweisen können, dass der Kläger auf Provisionen an den Gesamtumsätzen verzichtet habe. Ausserdem sei nach durchgeführtem Beweisverfahren davon auszugehen, dass ein begründeter Anlass für die Kündigung nicht vorgelegen habe, weshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot somit durch die arbeitgeberseitige Kündigung dahingefallen sei. Folglich könne seitens des Beklagten keine Verrechnung mit der verlangten Konventionalstrafe von Fr. 154'897.15 geltend gemacht werden.

2.

Mit ihrer Berufung verlangt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Nicht kritisiert werden dabei die (Zusatz-)Provisionsberechnungen der Vorinstanz mit dem Ergebnis, dass dem Kläger noch eine Restforderung von Fr. 12'000.– brutto zustehe. Die Berufung beschränkt sich einzig auf die Frage, ob die Beklagte einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gehabt habe, als sie dem Kläger mit Schreiben vom 29. Oktober 2013 gekündigt habe. In diesem Fall wäre das vertragliche Konkurrenzverbot nicht weggefallen und es hätten die Voraussetzungen eines gültigen Konkurrenzverbots geprüft und gegebenenfalls die Höhe der Konventionalstrafe festgelegt werden müssen. Im Falle der Bejahung einer Konventionalstrafe wäre die im Urteil festgestellte Restforderung des Klägers infolge der von der Beklagten geltend gemachten Verrechnung untergegangen und die Klage hätte vollumfänglich abgewiesen werden müssen.

3.

Die Vorinstanz erwog, gesamtwürdigend könne als erstellt gelten, dass sich der Kläger von verschiedenen Mitarbeitern der Beklagten habe herumchauffieren lassen. Dass dies jedoch zu privaten Zwecken geschehen sei, gehe aus dem Beweisverfahren nicht hervor. Nach den Befragungen sei jedoch nicht erwiesen, dass eine Weisung bei der Beklagten bestanden habe, den Kläger nicht zu Kundenterminen zu chauffieren. Den Zeugen sei nicht bekannt gewesen, dass E. (damals einziger Verwaltungsrat der Beklagten) das Herumchauffieren zu Kundenterminen verboten hätte. Auch

aus der E-Mail vom 2. September 2013 von E. an den Kläger ergebe sich diesbezüglich nichts. Konkrete Beweise dafür, dass das Herumchauffieren weisungswidrig geschehen sei, habe die Beklagte nicht offeriert. Der Beklagten sei somit zwar der Beweis geglückt, dass der Kläger sich von anderen Mitarbeitern habe herumchauffieren lassen, nicht aber, dass dies weisungswidrig geschehen sei. Dass der Kläger ab August 2013 immer wieder verspätet oder gar nicht zur Arbeit erschienen sei, sei nach Durchführung des Beweisverfahrens auch nicht bewiesen. Ebenso wenig sei der Beklagten der Nachweis gelungen, dass die Arbeitsleistungen des Klägers nachgelassen hätten und er seine Kunden ab ungefähr Oktober 2013 immer weniger telefonisch kontaktiert hätte. Konkrete Beweise für die Behauptung, dass der Kläger in qualifiziertem Ausmass seine Kunden vernachlässigt hätte, lägen auch nach dem umfangreichen Beweisverfahren nicht vor, zumal es der herkömmlichen Lebenserfahrung entspreche, dass das Engagement eines Arbeitnehmers gegen Ende des Arbeitsverhältnisses etwas nachlasse und es notorisch sei, dass in der Personalvermittlungsbranche die Einsätze der Temporärarbeitenden über die Wintermonate abnehmen würden. Es sei zwar durchaus so, dass einem der besten Mitarbeitenden eines Personalvermittlungsbüros nicht ohne weiteres gekündigt werde. Damit sei jedoch nicht nachgewiesen, dass ein begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR vorliege. «Nicht grundlos» bedeute noch lange nicht «aus begründetem Anlass». Weiter könne insgesamt nicht als erstellt gelten, dass die Beklagte dem Kläger gekündigt habe, weil dieser vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitungen für eine konkurrenzierende Tätigkeit vorgenommen habe. E. habe erst auf Ergänzungsfrage des beklagtischen Rechtsvertreters angegeben, dass auch Kundenrückmeldungen, die auf eine geplante Selbstständigkeit hingedeutet hätten, mitunter ausschlaggebend gewesen seien für die Kündigung. Die Beklagte habe es jedoch unterlassen, Konkretes bezüglich Vorbereitungshandlungen des Klägers vorzubringen, weshalb ein allfälliger, diesbezüglicher Kausalzusammenhang nicht zu prüfen gewesen sei. Ein begründeter Anlass habe nach dem Gesagten somit nicht vorgelegen. Das nachvertragliche Konkurrenzverbot sei somit durch die arbeitgeberseitige Kündigung entfallen. Weil bezüglich der behaupteten Abwerbbehandlungen im Jahr 2013 eine konkrete Schadenersatzforderung nicht substantiiert behauptet worden sei, brauche im Übrigen auch nicht abgeklärt zu werden, ob der Kläger bereits 2013 während noch laufendem Arbeitsverhältnis Abwerbbehandlungen vorgenommen und damit die arbeitsvertragliche Treuepflicht verletzt habe. Ab 2014 seien ihm Abwerbbehandlungen angesichts des Wegfalls des Konkurrenzverbots erlaubt gewesen.

4.

a) Die Beklagte moniert im Rahmen ihrer Berufungsbegründung, die Vorinstanz habe unrichtig festgestellt, dass keine Weisung der Beklagten bestanden habe, wonach das sich Herumchauffieren lassen durch andere Mitarbeiter der Beklagten zu Kundenterminen dem Kläger untersagt wor-

den sei. Vielmehr sei eine solche Weisung gestützt auf die diesbezüglich klare und deutliche E-Mail von E. an den Kläger vom 2. September 2013, entgegen der willkürlichen Verneinung der Vorinstanz, erstellt. Dem Kläger sei diese Weisung aufgrund der erwähnten E-Mail sowie der am Folgetag erfolgten Besprechung mit E. zweifelsfrei bewusst gewesen. Gleichwohl habe er sich erwiesenermassen weisungswidrig mehrfach auch nach dem 2. September 2013, so beispielsweise um die Weihnachtszeit, von Mitarbeitern der Beklagten zu Kundenterminen chauffieren lassen. Dieses mehrfache weisungswidrige sich Herumchauffieren lassen habe einen begründeten Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR für eine Kündigung gesetzt. Die Vorinstanz habe zudem klare Indizien, die für einen begründeten Anlass bei der Kündigung sprächen, entweder unbeachtet gelassen oder falsch gewichtet. So sei im Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 2013 die einleitende Formulierung gewählt worden, wonach die Beklagte sich «leider veranlasst» sehe, dem Kläger zu kündigen. Zudem enthalte dieses Schreiben keine Dankesworte. Ein weiteres Indiz bilde schliesslich auch der Erfahrungssatz, dass einem der besten (und umsatzstärksten) Mitarbeiter nicht ohne weiteres gekündigt werde. Es sei schlichtweg absurd, dass die Beklagte ihrem besten Mitarbeiter ohne ganz erhebliche Gründe gekündigt hätte. Die Vorinstanz übersehe, dass es sich bei diesem Erfahrungssatz nicht um einen selbstständigen Beweis handle. Aus all diesen Gründen hätte die Vorinstanz zum Schluss gelangen müssen, dass die Beklagte einen begründeten Anlass gehabt habe, dem Kläger zu kündigen.

b) Der Kläger hält entgegen, selbst wenn tatsächlich eine entsprechende Weisung der Beklagten bestanden hätte, was nicht der Fall sei, hätte das sich Herumchauffieren lassen des Klägers keinen begründeten Anlass für eine Kündigung gesetzt, da dieser singuläre Aspekt von der Beklagten gezielt aus dem Kontext gerissen worden sei. Insbesondere blende die Beklagte die Zeitachse völlig aus. Er habe E. bereits im Oktober 2013 mitgeteilt, dass er eine neue Herausforderung suche und beabsichtige, sich selbstständig zu machen. E. habe in Anwesenheit von mehreren Mitarbeitern geäussert, dass dies kein Problem sei und er den Kläger ziehen lasse. Eine Kündigung sei damals – im Oktober 2013 – aber noch nicht ausgesprochen worden. E. habe gegen Ende November 2013 selbst vorgeschlagen, das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte zu kündigen, damit das Konkurrenzverbot entfalle. Im Gegenzug sollte der Kläger auf die Auszahlung von zwei Monatslöhnen, nämlich die Löhne für Januar und Februar 2014, verzichten. Die Parteien hätten sich dann anfangs Dezember 2013 darauf verständigt, dass die Beklagte das Arbeitsverhältnis rückwirkend am 29. Oktober 2013 per 31. Dezember 2013 kündige. Damit sei das nachvertragliche Konkurrenzverbot entfallen. Das angeblich weisungswidrige sich Herumchauffieren lassen habe mit dieser Kündigung rein gar nichts zu tun gehabt und habe sie auch nicht veranlasst. Eine Personalvermittlungsfirma, welche mit finanziellen Problemen zu kämpfen habe, kündige ihrem besten und umsatzstärksten Mitarbeiter nicht deshalb, weil dieser sich angeblich habe herumchauffieren

lassen. Im Übrigen habe kein einziger Zeuge bestätigt, dass sich der Kläger zu privaten Terminen habe herumchauffieren lassen. Die Beklagte versuche nunmehr aus der Email von E. vom 2. September 2013 eine Weisung an den Kläger abzuleiten, sich nicht zu Kundenterminen fahren lassen zu dürfen. Eine solche Weisung lasse sich allerdings, entgegen den Interpretationsversuchen der Beklagten, aus dieser E-Mail beim besten Willen nicht ableiten, zumal E. den Kläger darin lediglich aufgefordert habe, sich Gedanken zu machen und mit ihm am folgenden Tag darüber sprechen zu wollen. Dass am folgenden Tag eine entsprechende Weisung ausgesprochen worden sei, habe die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren jedoch nicht geltend gemacht. Aus der Befragung von E. gehe überdies hervor, dass ihn nicht die Fahrten zu den Kunden, sondern die angeblichen, aber durch das Beweisverfahren nicht erstellten privaten Besorgungen des Klägers gestört hätten. Die Kundenfahrten hätten somit nicht den Anlass zur Kündigung gegeben. Wie sollten sodann Kundenfahrten um die Weihnachtszeit für die angeblich am 29. Oktober 2013 ausgesprochene Kündigung Anlass gegeben haben. Das weisungswidrige Herumchauffieren lassen sei nie als singulärer Anlass zum Aussprechen der Kündigung genannt worden. Vielmehr habe es laut E. mehrere Gründe (zu spätes, alkoholisiertes oder nicht Erscheinen am Arbeitsplatz, sich herumchauffieren lassen von Mitarbeitern, private Besorgungen während der Arbeitszeit, animieren der Mitarbeiter, das Geschäft zu verlassen) gegeben. All diese angeblichen Gründe seien durch das Beweisverfahren aber nicht verifiziert worden. Auch aus der Formulierung im Kündigungsschreiben «Wir sehen uns leider veranlasst» könne nicht auf einen vom Arbeitnehmer gesetzten Anlass rückgeschlossen werden, weil eine solche Formulierung zum Beispiel auch bei einer wirtschaftlich motivierten Kündigung oder einer Kündigung ohne jeden Grund verwendet werde.

5.

Ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot fällt dahin, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer kündigt, ohne dass dieser dazu einen begründeten Anlass gegeben hat oder wenn der Arbeitnehmer seinerseits aus einem begründeten, von der Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass das Arbeitsverhältnis auflöst (Art. 340c Abs. 2 OR). Dabei ist der begründete Anlass nicht mit dem wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung zu verwechseln. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Bundesgerichtspraxis jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann. Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt. Begründet ist der Anlass schon, wenn sich der Arbeitnehmer Illoyalitäten hat zu schulden kommen lassen, auch wenn diese eine fristlose Auflösung nicht rechtfertigen würden, jedoch vom Gehalt her über eine bloss geringfügige Vertragsverletzung hinausgehen. Der Richter zieht alle wesentlichen Umstände in Betracht, so Dauer und bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses, Stellung und Charakter des Arbeitnehmers etc. Anders als in

Art. 337 OR muss sich der Grund in der Person des Arbeitnehmers verwirklicht haben. Rein objektive Gründe für eine Kündigung genügen nicht. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung muss ein Kausalzusammenhang gegeben sein, der vom Arbeitgeber zu beweisen ist. Bei nahem zeitlichem Zusammenhang wird das Gericht die Kausalität sehr rasch annehmen, während sich der Arbeitgeber Beweisprobleme schafft, wenn er mit seiner Reaktion zuwartet. Eine unverzügliche Reaktion wie bei der fristlosen Kündigung ist jedoch nicht vonnöten. Der Kündigende muss auf den Anlass aber innert einer gewissen kurzen Zeit reagieren. Betrachtet der Arbeitgeber einen Vorfall zunächst nicht als begründeten Anlass, kann er sich später nicht mehr darauf berufen. Der Kausalzusammenhang kann auch unterbrochen werden, z.B. wenn ein anderer Kündigungsgrund hinzutritt und stark überwiegt. Richtig ist die Tendenz, vorgeschobene Gründe nicht gelten zu lassen (STREIFF/VON KAENEL, RUDOLPH; Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7., vollständig überarbeitete und stark erweiterte Auflage 2012, Art. 340c N 3; OFK OR-MILANI, Art. 340c N 6). Wie bereits die Vorinstanz darlegt, ist die Frage, ob im konkreten Fall das Konkurrenzverbot wegfällt, eine solche des gerichtlichen Ermessens, die im Einzelfall nach Recht und Billigkeit unter Berücksichtigung der beidseitigen Interessen entschieden werden muss (Art. 4 ZGB).

Das Herumchauffieren lassen des Klägers durch verschiedene Mitarbeiter der Beklagten zwecks Kundenbesuchen ist aufgrund der Befragungen unbestrittenermassen erstellt. Dass solches weisungswidrig erfolgt sein soll, ergibt sich weder aufgrund der Zeugenaussagen noch aufgrund der Parteibefragung von E. Ebenso wenig ergibt sich das aus den Aussagen des Zeugen F., wonach er und der Kläger im Jahr 2011 explizit das Verbot bekommen hätten, in der Weihnachtszeit zusammen Kundengeschenke zu verteilen. Dieses Verbot bezog sich offensichtlich nur auf dieses Duo und die Weihnachtszeit und war nicht genereller Natur, zumal sich der Kläger unbestrittenermassen (weiterhin) von weiteren Mitarbeitern herumchauffieren liess. Im Rahmen ihrer Berufung stützt sich die Beklagte betreffend das Bestehen einer solchen Weisung denn auch einzig auf die E-Mail des einzigen Verwaltungsrates der Beklagten, E., an den Kläger vom 2. September 201.

Diese E-Mail hat folgenden Wortlaut: «Hoi B.! Ich verstehe Dein Problem mit der Autoprüfung. Aber langsam wird es mühsam, wenn du jedes Mal jemanden involvieren tust um die täglichen Probleme auf den Baustellen zu lösen. Wie wollen wir das in den Griff bekommen? Bitte mach dir ernsthafte Gedanken. Am besten, du gehst eine halbe Stunde vorher zum Termin oder gehst am Feierabend. So kann es nicht weiter gehen. Es fehlt immer jemand wenn du nicht da bist. Ich würde mich freuen mit dir Morgen darüber normal reden zu können. G. fehlt, das genügt schon. Ausserdem würde ich gerne eine kurze Bilanz mit dir ziehen seit du in D. bist. Also bis Morgen. Lg E.»

Daraus ergibt sich jedoch nicht die Spur einer verbindlichen Weisung. Vielmehr wird dem Kläger das Gespräch zur Frage angeboten, wie man in Zukunft das Problem mit dem Herumchauffieren lassen lösen könnte. Damit wird jedoch die These, dass eine «klare Weisung» bestanden habe, geradezu widerlegt. Dass anlässlich einer Besprechung am Folgetag, dem 3. September 2013, ein solches Verbot alsdann tatsächlich ausgesprochen wurde, wurde seitens der Beklagten weder substantiiert behauptet noch ergibt sich solches aus dem Beweisverfahren. Die Vorinstanz hat daher zu Recht den Schluss gezogen, dass keine solche Weisung bestand.

Dass der Kläger sich vor allem zwecks privater Erledigungen von anderen Mitarbeitern der Beklagten herumchauffieren liess, wie ihm dies E. unterstellen will und was diesen denn auch besonders (wenn auch nicht ausschliesslich,) gestört habe, wurde durch das Beweisverfahren nicht erhärtet. Das bereits vor dem zweiten Halbjahr 2013 und weiterhin geduldete Herumchauffieren lassen zu beruflichen Zwecken, ohne dass eine Weisung bestand, wonach dem Kläger dies verboten war, kann bestenfalls als geringfügige Vertragsverletzung taxiert werden, welche (für sich allein) keinen begründeten Anlass für eine Kündigung darstellt, zumal es sich beim Kläger unbestrittenermassen um einen sehr umsatzstarken, wenn nicht gar den umsatzstärksten Mitarbeiter der Beklagten handelte. Ausserdem war er Filialleiter, welcher sich mehr herausnehmen konnte, als ein gewöhnlicher Mitarbeiter/Personalberater der Beklagten. Die Beklagte sieht ein «gewichtiges» Indiz für einen begründeten Anlass in ihrem Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 2013. Dort schrieb sie, dass sie sich zur Kündigung «leider veranlasst» sehe. So wird aber ein berechtigter Anlass für eine Kündigung weder begründet noch gar belegt. Eine solche Formulierung in einem Kündigungsschreiben seitens der Arbeitgeber ist durchaus üblich und sagt über das Motiv der Kündigung nichts aus. Auch aus dem Umstand, dass im Kündigungsschreiben keine Dankesworte enthalten sind, kann nicht auf das Vorliegen eines begründeten Anlasses geschlossen werden.

Was schliesslich den Erfahrungssatz anbelangt, wonach einem der besten (und umsatzstärksten) Mitarbeitern nicht ohne weiteres gekündigt werde, hat die Vorinstanz richtig erwogen, dass mit einer solchen Kündigung allein noch nicht nachgewiesen sei, dass ein vom Arbeitnehmer gesetzter begründeter Anlass zur Kündigung vorgelegen habe. Dieser Erfahrungssatz dient auch nicht als Indiz dafür, dass die Beklagte die diversen aufgeführten Gründe für die Kündigung des Klägers, insbesondere das mehrfache weisungswidrige Herumchauffierenlassen durch Mitarbeiter, tatsächlich als begründeten Anlass gesehen hat, dem Kläger zu kündigen. Entscheidend ist ohnehin, dass nicht erstellt ist, dass dem Kläger das sich Herumchauffierenlassen verboten wurde. Die weiteren seitens der Beklagten geltend gemachten Gründe für die Kündigung wurden durch das Beweisverfahren indes nicht erstellt, was die Beklagte im Rahmen ihrer Berufungsschrift denn auch nicht beanstandete.



Zusammenfassend ist der Vorinstanz somit zuzustimmen, dass kein vom Kläger zu vertretender begründeter Anlass für die Kündigung der Arbeitgeberin vom 29. Oktober 2013 vorlag, weshalb das nachvertragliche Konkurrenzverbot durch die arbeitgeberseitige Kündigung entfallen ist (Art. 340c Abs. 2 OR) und entsprechend auch die Möglichkeit der Verrechnung mit der Konventionalstrafe dahin fällt. Damit ist die Berufung der Beklagten als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. April 2018 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 23. Oktober 2017)*

**Für eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR genügt, wenn die Leitungsmacht über den Betrieb von einem neuen Betriebsinhaber tatsächlich übernommen wird und zudem die Betriebsidentität gewahrt bleibt. Hingegen ist unerheblich, ob ein Rechtsverhältnis zwischen dem ersten und dem zweiten Betreiber besteht (E. 3.2). Im Fall eines Betriebsübergangs gehen die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber über. Dies lässt sich nicht mit einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer umgehen. Soll das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fortgeführt werden, muss der Arbeitnehmer vielmehr das bestehende, auf den Erwerber des Betriebs übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen und mit dem bisherigen Arbeitgeber einen neuen Vertrag abschliessen (E. 4.2).**

Sachverhalt:

Die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) wurde im mm.2009 als «Kafi D. AG» mit dem Zweck des Führens eines Café-Restaurants mit Restaurationsmöglichkeit und Adresse an der ...-Strasse ... in Zürich ins Handelsregister eingetragen. Motivation für die Gründung war ein gemeinnütziges Kaffee-Projekt, das Kafi D. an derselben Adresse. Mit Arbeitsvertrag vom 29. Oktober 2009 stellte die Beklagte die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) als Betriebsleiterin mit einem Monatslohn von Fr. 6'900.– brutto ein. Die Beklagte geriet in der Folge wegen Unterschreitung der budgetierten Umsatzziele und Überschreitung der Ausgaben in eine finanzielle Schieflage. Laut Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 6. Juli 2010 war geplant, die Beklagte in eine noch zu gründende Stiftung zu überführen.

Im mm.2010 wurde die «Stiftung D.» mit Domizil bei der Beklagten gegründet. Sie bezweckte den nicht-wirtschaftlichen Betrieb eines oder mehrerer sozialer Projekte zur Hilfe von sozial benachteiligten, behinderten, ausgegrenzten Menschen. Im mm.2011 wurde als Zweck der Beklag-

ten neu die Führung von Gastronomiebetrieben sowie der Import und Export von Gütern aller Art definiert. Im Dezember 2011 wurde die Firma der Beklagten von «Kafi D. AG» in «B. AG» geändert.

In der Folge geriet auch die Stiftung D. in eine finanzielle Schieflage. Mit Blick auf den gemeinnützigen Zweck des Kaffeebetriebs stellte die Klägerin ihre Lohnansprüche zurück; ab Juni 2013 verzichtete sie einstweilen auf Lohnauszahlungen. Im November 2013 bestätigte die Stiftung D. der Klägerin offene Lohnforderungen per Ende Dezember 2012 in der Höhe von Fr. 76'853.30. Im Oktober 2015 bestätigte ein Mitglied des Stiftungsrates der Stiftung D. der Klägerin offene Lohnforderungen per 31. Dezember 2014 in der Höhe von Fr. 154'721.20. Im April 2016 wurde der Zweck der Beklagten auf den Import und Export von Gütern aller Art limitiert. Am tt.mm.2016 wurde die «...D. GmbH» ins Handelsregister eingetragen. Diese verfolgt – mit Ausnahme der Nicht-Wirtschaftlichkeit – denselben Zweck wie die Stiftung D. Am tt.mm.2016 wurde der Konkurs über die Stiftung D. eröffnet.

Die Klägerin gab offene Lohnforderungen von Fr. 294'975.– im Konkurs der Stiftung D. ein, wobei sie den Vorbehalt anbrachte, dass sie entgegen der Behauptung der Beklagten immer noch deren Arbeitnehmerin sei. Am 27. Oktober 2016 liess sie der Beklagten eine fristlose Kündigung unter Angabe eines Lohnrückstandes von über Fr. 250'000.– zukommen (Urk. 19/25). Mit Urteil vom 9. Januar 2017 wurde das Konkursverfahren betreffend die Stiftung D. mangels Aktiven eingestellt und die Stiftung schliesslich am tt.mm.2017 aus dem Handelsregister gelöscht ([www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)).

Am 30. Dezember 2016 reichte die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise ..., vom 21. Dezember 2016 bei der Vorinstanz die Klage ein, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin Fr. 20'700.– (3 Bruttolöhne à Fr. 6'900.–) für die Monate Juni, Juli und August 2013 zu bezahlen, dies unter Vorbehalt des Nachklagerechtes. Mit Urteil vom 23. Oktober 2017 wies die Vorinstanz die Klage ab. Dagegen erhob die Klägerin Berufung.

Aus den Erwägungen:

### III.

#### 1.

Vorliegend ist im Wesentlichen strittig, ob die Klägerin nach 2010 noch in einem Arbeitsverhältnis zur Beklagten stand oder ob dieses im Rahmen einer Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR auf die (mittlerweile konkursite) Stiftung D. übergegangen war. Die Vorinstanz legte die diesbezüglich massgeblichen Rechtsgrundlagen zutreffend dar (Urk. 39 S. 9 ff. E. V/2.1), worauf verwiesen wird. Sie erwog, als Café-Restaurant mit Restaurationsmöglichkeit sei das Kafi D. eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, welche

selbständig am Wirtschaftsleben teilnehme und somit einen Betrieb im Sinne von Art. 333 OR darstelle. Die wirtschaftliche Identität des Kafi D. sei gemäss Aktenlage seit der Gründung gewahrt worden. Insbesondere seien stets derselbe gemeinnützige Zweck verfolgt und keine wesentlichen Änderungen der Organisationsstruktur vorgenommen worden. Zudem sei es fortwährend in denselben Räumlichkeiten an der ...-Strasse ... in ... Zürich mit im Wesentlichen gleichbleibender Kundschaft geführt worden. Schliesslich sei die Klägerin ab Oktober 2009 bis Oktober 2016 die Betriebsleiterin des Cafés gewesen. Dies wurde von der Klägerin in ihrer Berufung nicht in Frage gestellt.

2.

Zur von der Beklagten behaupteten Betriebsübertragung erwog die Vorinstanz, die diesbezüglichen Behauptungen und Substantiierungen seien eher knapp ausgefallen. Dennoch ergäben sich aus den Akten, den Vorbringen der Parteien und den Handelsregistereinträgen hinreichend Indizien für eine Betriebsübertragung des Café-Restaurants Kafi D. von der Beklagten auf die Stiftung D. per Jahreswechsel 2010/2011. So habe die Klägerin selbst ausgeführt, die Beklagte habe das Kafi D. in eine gemeinnützige Stiftung eingebracht. Als Gründungsmitglied sei die Klägerin massgeblich an der Errichtung dieser Stiftung beteiligt gewesen. Deren Zweck sei so formuliert gewesen, dass die Führung des gleichnamigen Betriebs als gemeinnütziges, soziales Café und Restaurant davon erfasst worden sei. Das auch von der Klägerin mitgetragene Ziel sei offensichtlich eine Betriebsübertragung des Cafés in die zu diesem Zweck gegründete Stiftung D. gewesen. Daran vermöge auch das Vorbringen der Klägerin, es liege weder ein Übernahmevertrag noch ein entsprechender Stiftungsratsbeschluss vor, nichts zu ändern, da die Weiterführung des Betriebs durch einen neuen Inhaber genüge. Dass der Betrieb weitergeführt bzw. dass die Identität des Betriebes dabei gewahrt worden sei, sei erstellt. Zudem sei unbestritten geblieben, dass die Betriebsmittel, namentlich das Inventar des Café-Restaurants, der Stiftung D. unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden seien. Keine Rolle spiele, ob der Mietvertrag erst zu Beginn des Jahres 2012 auf die Stiftung übertragen worden sei, da dieser die Räumlichkeiten bereits zuvor zur Verfügung gestellt worden seien. Weiter habe die Klägerin ihre Behauptung nicht belegen können, wonach auch nach dem bestrittenen Betriebsübergang nicht alle Löhne und Rechnungen durch oder zulasten der Stiftung D. bezahlt worden seien. So könne aus der E-Mail-Signatur von Frau E., welche unbestrittenermassen ehrenamtlich die Buchhaltung der Stiftung geführt habe, nicht abgeleitet werden, dass eine weitere Gesellschaft, die F. AG, involviert gewesen sei. Aus der von der Klägerin eingereichten Ankündigung eines Kontrollbesuchs der Ausgleichskasse GastroSocial könne nichts abgeleitet werden, weil dieser die Zeit vor der Gründung der Stiftung betroffen habe. Gemäss den unbestritten gebliebenen Buchhaltungsauszügen der Beklagten habe diese im Jahr 2011 keinerlei Personalaufwand ausgewiesen. Die Lohnausweise der Klä-

gerin für die Jahre 2011-2013 seien im Namen der Stiftung D. ausgestellt worden. Auch der Auszug aus dem Pensionskassenkonto der Klägerin bei der GastroSocial weise zum Jahresübergang 2010/2011 einen Wechsel aus. Hingegen könne dem Auszug aus dem individuellen Konto der Klägerin bei der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber nicht entnommen werden, wer die Beiträge in den massgebenden Jahren bezahlt habe, da als Arbeitgeber einzig «D. Zürich» angegeben werde. Aus dem Umstand, dass die Klägerin bzw. deren Treuhänder in der privaten Steuererklärung auch nach 2010 weiterhin die Kafi D. AG als Arbeitgeberin aufgeführt habe, könne mit Bezug auf die Betriebsübertragung ebenfalls nichts abgeleitet werden. Dem Vorbringen der Klägerin, es habe keine eigentliche Betriebsübertragung stattgefunden, weil sich die Gründer des Kaffeehausprojekts, die Eheleute G. H., undurchsichtiger Firmenkonstrukte bedient hätten, hielt die Vorinstanz entgegen, dass die Klägerin an der Umgestaltung der Betriebsstruktur mit Gründung einer Stiftung beteiligt gewesen sei und die Betriebsübertragung letztlich mitgestaltet und mitgetragen habe. Soweit die Klägerin erwähne, dass in der Bilanz der Stiftung noch im Januar 2015 ein «Verbindungskonto B. AG» existiert habe, das dann im Jahr 2016 im Hinblick auf den schon lange drohenden Konkurs der Stiftung flugs ausgebucht worden sei, und eine Querfinanzierung, Verschleierung und eine Selbstkontraktion zwischen der Beklagten und der Stiftung behaupte, sei sie als Adressatin der Berichte der Revisionsstelle betreffend die Geschäftsjahre 2011-2016 sowohl über die finanzielle Lage der Stiftung im Allgemeinen als auch über das Verbindungskonto jederzeit informiert gewesen. Zudem sei sie in ihrer Funktion als Stiftungsrätin mitverantwortlich für die Geschäftsbücher der Stiftung gewesen. Insbesondere sei ihr von Anfang an klar gewesen, dass das Kaffeehausprojekt bereits unter der Führung der Kafi D. AG und auch später unter derjenigen der Stiftung D. finanzielle Probleme gehabt habe. Sie habe von der Überschuldung gewusst und unter anderem mit ihrem einstweiligen Verzicht auf Lohnauszahlungen während mehrerer Jahre die Fortsetzung des Projekts ermöglicht. Ebenso habe sie sich über die Doppelstellung des Ehepaars H. bewusst sein müssen. Aufgrund dieser Informationen habe sie jederzeit aussteigen und kündigen bzw. bereits zu Beginn den Übergang ihres Arbeitsvertrags im Rahmen der Betriebsübertragung ablehnen können. Infolgedessen habe sie nicht gesondert über die Betriebsübertragung informiert werden müssen. Vielmehr sei ihr Arbeitsverhältnis mangels Ablehnung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 OR auf die Stiftung D. übergegangen. Eine allfällige andere Absicht des verstorbenen Stiftungsratsmitglieds I. hätte am automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nichts geändert, denn I. habe im Zeitpunkt der Betriebsübertragung keine Organstellung bei der Beklagten innegehabt, weshalb eine entsprechende Willensäusserung ohnehin nicht der Beklagten zugerechnet werden könnte. Es erübrige sich daher die Einvernahme der in diesem Zusammenhang als Zeugin genannten C. Im Übrigen liessen die von I. im Namen der Stiftung ausgestellten Lohnausweise für

die Klägerin und Bescheinigungen offener Lohnforderungen der Klägerin gegenüber der Stiftung D. nicht auf eine ursprünglich andere Intention schliessen. Zudem spreche der Umstand, dass die Klägerin erstmals im November 2013 eine Bescheinigung offener Lohnforderungen gegenüber der Stiftung D. entgegen genommen und im September 2014 um eine weitere solche Bescheinigung ersucht habe, dafür, dass auch sie von einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Stiftung ausgegangen sei. Nachdem das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten im Dezember 2010/Januar 2011 auf die Stiftung D. übergegangen sei und die geltend gemachten Lohnforderungen mehr als zwei Jahre später fällig geworden seien, so dass eine solidarische Haftung der Beklagten nach Art. 333 Abs. 3 OR nicht in Betracht komme, sei die Klage abzuweisen (Urk. 39 S. 12 ff.).

3.1 Die Klägerin rügt, es liege kein einziges Dokument vor, welches einen Betriebsübergang der Kafi D. AG auf die Stiftung D. belege. Es existiere auch kein entsprechender Stiftungsratsbeschluss. Ebenso wenig ergebe sich aus der Stiftungsurkunde vom 11. November 2010, dass die Stiftung den Betrieb der Beklagten übernehmen sollte oder wollte. Des Weiteren sei das Betriebsinventar (Maschinen, Apparate, Geschirr, Besteck etc.) nicht auf die Stiftung übertragen worden, sondern bei der Beklagten verblieben. Der Mietvertrag sei erst Anfang 2012 auf die Stiftung übertragen worden. Zudem sei die Beklagte nach wie vor finanziell präsent gewesen. So habe in der Bilanz der Stiftung ein Verbindungskonto zur Beklagten existiert. Von einer Betriebsübernahme nach Art. 333 OR könne daher keine Rede sein.

3.2 Für eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR genügt, wenn die Leitungsmacht über den Betrieb von einem neuen Betriebsinhaber tatsächlich übernommen wird und zudem die Betriebsidentität gewahrt bleibt. Hingegen ist unerheblich, ob ein Rechtsverhältnis zwischen dem ersten und dem zweiten Betreiber besteht (OGer ZH LA120021 vom 23. August 2013, E. II/2.4.1; BGE 136 III 552 E. 2.1 = Pra 2011 Nr. 41; BGE 132 III 32 E. 4.1 = Pra 2006 Nr. 81; BGE 129 III 335 E. 2.1; BGE 123 III 466 E. 3a = Pra 1998 Nr. 55; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 333 N 7; a.M. DENZLER, Zur Tragweite von Art. 333 OR, in: recht 1998, 66 ff., 70 f.). Vor diesem Hintergrund ist entgegen der Ansicht der Klägerin ohne Bedeutung, ob ein Übertragungsvertrag existiert. Entscheidend ist vielmehr, dass die Leitung des Betriebs des Kaffeehauses selbst nach ihrer Darstellung und im Übrigen auch mit Zustimmung der Beklagten von der Stiftung D. übernommen worden war. Dementsprechend wurde denn auch in einer von der Klägerin eingereichten Broschüre bzw. einem Ausdruck der Website des Kafi D. vom 6. Mai 2017 festgehalten, «Das Kafi wird von der Stiftung D. geführt, ...».

3.3 Soweit die Klägerin unter Verweis auf STREIFF/VON KANENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Art. 333 OR N 6, vorbringt, ein Betriebsübergang erfordere den Übergang

von Infrastruktur und Betriebsmitteln, was jedoch nicht erfolgt sei, da die Räumlichkeiten und das Inventar der Stiftung bloss zur Verfügung gestellt worden seien, lässt sie unberücksichtigt, dass die genannten Autoren in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 III 335 E. 2.1) bereits die bloss Übertragung von Nutzungsrechten an den Produktionsmitteln genügen lassen. Aus diesem Grund erweist sich auch das Argument der Klägerin, der Mietvertrag für die Kaffeehaus-Räumlichkeiten sei erst Anfang 2012 auf die Stiftung übertragen worden, als unbehelflich, zumal sie die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, die Räumlichkeiten seien der Stiftung bereits vor der Mietvertragsübertragung zur Verfügung gestellt worden, nicht als unrichtig rügt.

3.4 Nach dem Gesagten ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die Stiftung D. habe das Kafi D. von der Beklagten im Sinne von Art. 333 OR übernommen.

4.1 Für diesen Fall rügt die Klägerin, die Beklagte habe sie nie über den Betriebsübergang informiert, weshalb sie ihr Ablehnungsrecht im Sinne von Art. 333 OR nicht habe ausüben können. Die Frist zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses habe daher erst im Herbst 2016 zu laufen begonnen, als die Beklagte erstmals explizit geltend gemacht habe, das Arbeitsverhältnis sei auf die Stiftung übergegangen. Zudem habe ihr der Personalverantwortliche und spätere Verwaltungsrat der Beklagten Ende 2010 mündlich und schriftlich bestätigt, ihr Arbeitsverhältnis bestehe weiterhin mit der Beklagten. Als sie darüber hinaus im Gegensatz zu den übrigen Mitarbeitern keinen neuen Arbeitsvertrag habe unterzeichnen müssen, sei für sie klar gewesen, dass ihr Vertrag bei der Beklagten verbleibe. Aufgrund dieser Zusicherung habe sie sich nicht zu einer Ablehnung des Vertragsübergangs veranlasst gesehen. Die Vorinstanz habe zu Unrecht angenommen, die Zusage des Personalverantwortlichen sei nicht massgeblich gewesen, und in der Folge wiederum zu Unrecht von der von ihr beantragten Zeugeneinvernahme ihrer Lebenspartnerin abgesehen, welche die Aussage des Personalverantwortlichen bestätigen könne.

4.2 Im Fall eines Betriebsübergangs gehen die im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse automatisch auf den Erwerber über (BGE 136 III 552 E. 3.1 = Pra 2011 Nr. 41; BGE 132 III 32 E. 4.2.1 = Pra 2006 Nr. 81; BGE 123 III 466 E. 3b = Pra 1998 Nr. 55). Dies lässt sich nicht mit einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer umgehen. Soll das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber fortgeführt werden, muss der Arbeitnehmer vielmehr das bestehende, auf den Erwerber des Betriebs übergegangene Arbeitsverhältnis kündigen und mit dem bisherigen Arbeitgeber einen neuen Vertrag abschliessen (BGE 132 III 32 E. 4.2.2.2 und E. 4.2.2.4 = Pra 2006 Nr. 81). Die Vorinstanz kam daher zu Recht zum Schluss, eine allfällige andere Absicht des verstorbenen I. und der Klägerin, deren Vertrag bei der Beklagten zu belassen, habe den automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses der Klägerin nicht verhindern können. Selbst wenn man mit WILD-

HABER in Abweichung zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung davon ausginge, dass im Zusammenhang mit einem konkreten Betriebsübergang ein bestimmtes Arbeitsverhältnis vom automatischen Übergang ausgenommen und vereinbart werden kann, dass das Arbeitsverhältnis mit dem übertragenden Rechtsträger weitergeführt werden soll (WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. 2011, S. 191), erforderte dies vorliegend eine Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten. Die Klägerin behauptet zwar eine entsprechende Absprache mit I. Ende 2010 und macht geltend, sie habe sich auf die Zusicherung des Personalverantwortlichen und späteren Verwaltungsrats der Beklagten verlassen dürfen. Sie zeigt allerdings nicht auf, wo sie vor Vorinstanz dargelegt hätte, dass I. nicht nur Personalverantwortlicher der Stiftung, sondern auch der Beklagten war. Es handelt sich daher um eine neue Behauptung, deren novenrechtliche Zulässigkeit weder dargetan noch ersichtlich ist. Weiter hatte I. im Zeitpunkt der Betriebsübertragung, wie die Klägerin in der Berufungsbegründung teilweise auch selber festhielt keine Organstellung bei der Beklagten und war darüber hinaus selbst nach seiner Wahl zum Verwaltungsrat lediglich kollektiv zeichnungsberechtigt. Er allein konnte daher nie eine für die Beklagte bindende Erklärung oder Zusicherung abgeben, zumal die Klägerin nicht darlegt, dass und wo sie im vorinstanzlichen Verfahren das Vorliegen einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht oder einer nachträglichen Genehmigung behauptet hätte. Die Vorinstanz hielt daher zu Recht fest, eine allfällige Willensäusserung von I. bezüglich Weiterführung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin mit der Beklagten könne dieser nicht zugerechnet werden.

(...)

6.

Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung der Klägerin als unbegründet, weshalb sie abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

*Obergericht des Kantons Zürich, Teilurteil vom 12. April 2018 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 20. September 2017)*

**Abwerbeverbot; Abwerbbehandlungen in Bezug auf vom Arbeitnehmer selbst eingebrachten Kunden.**

**Im OR findet sich keine spezifische Norm, die das Abwerbeverbot des Arbeitnehmers während des Vertragsverhältnisses behandelt. Ein solches ergibt sich indirekt aus Art. 321a OR, der die Treuepflicht des Arbeitnehmers während des andauernden Arbeitsverhältnisses regelt. Angesichts dessen dispositiver Natur ist es den Parteien jedoch unbenommen, die Zulässigkeit von Abwerbungshandlungen während der Dauer des (ungekündigten) Arbeitsverhältnisses vertraglich zu verein-**

**baren. Vorliegend war es dem Arbeitnehmer gemäss dem im Arbeitsvertrag festgehaltenen Abwerbverbot während des Arbeitsverhältnisses als auch zwölf Monate nach dessen Beendigung gestattet, eigene Kunden aktiv zur Beendigung der Geschäftsbeziehungen mit der (im Bereich der Anlage- und Vermögensverwaltung tätigen) Arbeitgeberin zu veranlassen. Dem Arbeitnehmer waren somit die aktiven Abwerbhandlungen in Bezug auf von ihm selbst eingebrachte Kunden gestattet (E. 3.1, 3.3, 3.4).**

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war ab 1. Juni 2014 im Range eines Managing Director bei der im Bereich der Anlage- und Vermögensverwaltung tätigen Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) angestellt. Die Parteien schlossen folgende schriftliche Vereinbarungen:

- Arbeitsvertrag vom 25. Mai 2014, worin eine (rein) erfolgsabhängige variable Beteiligung des Klägers vereinbart wurde
- Arbeitsvertrag vom 11. Dezember 2014, der den Arbeitsvertrag vom 25. Mai 2014 ersetzte und worin nebst einer variablen Beteiligung ein fixes Basissalär von jährlich Fr. 120'000.– brutto vereinbart wurde
- Nachtrag vom 1. Februar 2015, worin das fixe Basissalär auf jährlich Fr. 200'000.– brutto erhöht wurde
- Nachtrag vom 24. Oktober 2016, worin der Arbeitsvertrag hinsichtlich der Punkte «Compensation» und «Expenses» im gegenseitigen Einverständnis mit Wirkung per 1. Oktober 2016 abgeändert wurde.

Mit Schreiben vom 28. Dezember 2016 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis. Die Beklagte bestätigte den Erhalt der Kündigung mit Schreiben vom 10. Januar 2017. Zusätzlich machte sie in ihrem Schreiben gestützt auf Ziffer 8.2. des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 eine Rückforderung des von ihr im Juni 2015 ausbezahlten «NNM Bonus» für das Jahr 2015 in der Höhe von Fr. 268'795.– geltend und wies den Kläger im Weiteren darauf hin, dass dessen Pflichten aus dem Arbeitsvertrag weiterhin Geltung beanspruchten, sowie, dass das Arbeitsverhältnis am 31. März 2017 ende.

Am 4. Mai 2017 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts der Stadt Zürich, Kreise ..., bei der Vorinstanz Klage ein, mit der er Lohnzahlungen (Fixlohn für den Monat Januar 2017) geltend machte. Mit Urteil vom 20. September 2017 verurteilte das Arbeitsgerichts Zürich die Beklagte zur Zahlung von Fr. 14'500.–. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.



### 1. Strittige Punkte

Die Vorinstanz hiess die Klage im Umfang der Lohnforderung für den Monat Januar 2017 gut und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von Fr. 14'500.– netto inklusive Kinderzulagen. Die von der Beklagten erhobenen Verrechnungseinreden verwarf die Vorinstanz. Strittig sind vorliegend folgende Verrechnungsforderungen: (1.) Rückforderungsanspruch der Beklagten betreffend den im Juni 2015 dem Kläger ausbezahlten «NNM»-Bonus von Fr. 286'676.25 brutto, sowie (2.) ein Forderungsanspruch aufgrund einer fällig gewordenen Konventionalstrafe in Höhe von Fr. 200'000.– sowie ein Schadenersatzanspruch mindestens in der Höhe der eingeklagten Lohnforderung. Nicht mehr strittig ist das von der Vorinstanz verworfene Vorbringen der Beklagten, dem Kläger sei ab Oktober 2016 lediglich ein variables Salär im Sinne von Art. 322a OR zugestanden und die Beklagte habe ihm unter diesem Titel vom 1. Oktober 2016 bis 31. März 2017 bereits höhere Beträge ausgerichtet, weshalb keine Lohnforderung mehr geschuldet sei.

(...)

2.4 Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil die gemäss Rechtsprechung massgeblichen Kriterien zu den Charakteristika von Gratifikation im Sinne Art. 322d OR und Lohnbestandteil im Zusammenhang mit Boni bzw. variablen Gehaltszahlungen zutreffend dargelegt. Ebenso zutreffend hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Lohn (im Gegensatz zur unechten und echten Gratifikation) insofern als bedingungsfeindlich gilt, als dass die Auszahlung eines Lohnbestandteils nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Fälligkeitszeitpunkt abhängig gemacht werden darf. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf diese Erwägungen verwiesen werden. Die Beklagte stellt sodann zu Recht nicht in Abrede, wonach die gestützt auf Ziffer 8 der Arbeitsverträge vom 25. Mai 2014 und vom 11. Dezember 2014 vereinbarte (variable) Vergütung klar berechenbar ist und bei deren Festsetzung der Beklagten weder ein Ermessen betreffend die Ausrichtung an sich noch hinsichtlich deren Höhe zustand. In Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (siehe BGE 136 III 313 E. 2; 129 III 276 E. 2; vgl. auch BGE 109 II 447 E. 5c; BGer 4A\_511/2008 vom 3. Februar 2009, E. 4.1; 4A\_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 4.1; 4A\_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.4; 4C\_395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.3.; 4C.340/2005 vom 24. Januar 2006, E. 2.1; 4C.244/2004 vom 25. Oktober 2004, E.2.1) ging damit die Vorinstanz bezüglich des *Capital Payments* zu Recht von einer Sondervergütung mit Lohncharakter aus. Zuzustimmen ist der Beklagten zwar insofern, als dass in der Lehre verschiedentlich Kritik an der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung geübt wurde (vgl. REINERT, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 2009, S. 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 9 S. 353; ZK-STAEHELIN, Art. 322 d N 6, wonach auch ermessensunabhängige Vergütungen Gratifikationscharakter haben könn-

ten und ausschlaggebend der konkrete Wille der Parteien sein solle). Der aktuellen Praxis des Bundesgerichts (zuletzt BGE 142 III 381 E. 2.1.) ist indessen zu folgen. Gleiches gilt in Bezug auf die (teilweise) in der Lehre vertretene Auffassung, dass die vertraglich vereinbarte Bedingung des bestehenden bzw. ungekündigten Arbeitsverhältnisses auch bei Sondervergütungen mit Lohncharakter zulässig sein soll (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 9 S. 354 m.w.H.). Auch hierbei besteht kein Grund, von der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 4A\_509/2008 vom 3. Februar 2009, E. 5.1; 4C.395/2005 vom 1. März 2006, E. 5.3; 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1), der auch die erkennende Kammer folgt (so bereits OGer ZH LA100002 vom 14. September 2011, E. 3.6.), abzuweichen. Damit geht die Rüge der Beklagten ins Leere. Auf die weiteren Vorbringen der Beklagten hinsichtlich des konkreten Willens der Parteien und der vorinstanzlich vom Kläger erhobenen Einrede bezüglich einer analogen Anwendbarkeit von Art. 340c Abs. 2 OR braucht unter diesen Umständen nicht weiter eingegangen werden.

### 3.

3.1 Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass der Kläger die von ihm eingebrachten Kunden hinsichtlich seines Ausscheidens informiert habe. Ebenfalls unstrittig sei, dass die Kunden bereits im Dezember 2016 und Anfangs 2017 zur neuen Arbeitgeberin des Klägers («C.») gewechselt seien. Es sei indes – wie die Beklagte geltend gemacht habe – auffallend, dass sowohl die Kündigungsschreiben dieser Klienten an die Beklagte als auch die Schreiben der Klienten an den Kläger betreffend Ersuchen um Fortsetzung der Leistung allesamt vom 1. Dezember 2016 stammten. Einem Zeitpunkt, in welchem der Kläger sich noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befunden habe. Dies erscheine unter Hinweis auf die Rechtsprechung problematisch. Dem in Ziffer 15.2. des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 festgehaltenen Abwerbeverbot sei jedoch eindeutig zu entnehmen, dass es dem Kläger während des Arbeitsverhältnisses als auch zwölf Monate nach dessen Beendigung gestattet sei, eigene Kunden aktiv zur Beendigung der Geschäftsbeziehungen mit der Beklagten zu veranlassen. Dem folgend sei nicht näher darauf einzugehen, in welchem Zeitpunkt oder wie der Kläger seine Kunden über seinen Weggang oder seine neue Arbeitgeberin informiert habe. Es sei ihm gemäss dem Arbeitsvertrag erlaubt gewesen, seine Kunden – auch aktiv und gar im ungekündigten Arbeitsverhältnis – zu einer Vertragsbeendigung mit der Beklagten zu veranlassen. Abwerbbehandlungen seien dem Kläger gestattet gewesen. Dass der Kläger darüber hinaus bereits während des Arbeitsverhältnisses oder der Kündigungsfrist für seine neue Arbeitgeberin tätig gewesen sei, sei nicht substantiiert vorgebracht worden. Es bestehe keine Forderung aus Konventionalstrafe/ Schadenersatz, welche die Beklagte zur Verrechnung bringen könnte.

3.2 Die Beklagte moniert, der Vertragsauslegung und dem daraus gezogenen Schluss der Vorinstanz könne nicht gefolgt werden. Es liege in diesem Punkt – nebst, dass wiederum eine Reihe von massgeblichen Fakten unberücksichtigt geblieben seien – ein Verstoss gegen Art. 1, 18 und 321a OR vor. Die Beklagte habe dargelegt, dass die Parteien in Ziffer 15.2. (A) des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 vereinbart hätten, dass es dem Kläger gestattet gewesen sei, im Zeitpunkt seines Ausscheidens die von ihm akquirierten und eingebrachten Kunden zu einem neuen Arbeitgeber zu transferieren. Es sei ihm jedoch strikt untersagt gewesen, während des laufenden Arbeitsverhältnisses Kunden zur Beendigung der vertraglichen und geschäftlichen Beziehungen zu verleiten. Der Kläger wolle hingegen die fragliche Klausel dahingehend verstehen, dass er die von ihm eingeführten Kunden auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses zu einer Beendigung der mit der Beklagten bestehenden Geschäftsbeziehungen veranlassen dürfe. Der umstrittene Sinngehalt einer Vertragsklausel sei vorrangig mittels empirischer und subjektiver Vertragsauslegung zu ermitteln. Vorliegend habe die Vorinstanz keine Beweiserhebungen irgendwelcher Art betreffend den umstrittenen wirklichen Willen der Parteien hinsichtlich dieser Bestimmung vorgenommen. Eine objektivierte Vertragsauslegung unter Würdigung aller massgeblichen Umstände sei ebenfalls unterblieben. Die Vorinstanz habe sich im Rahmen ihrer nicht haltbaren Auslegung auf eine isolierte, rein grammatikalische Prüfung des Wortlauts der fraglichen Bestimmung beschränkt. Eine subjektivierte oder objektivierte Auslegung führe jedoch klar zum Schluss, dass die Parteien keine Einschränkung der Treuepflicht beabsichtigt oder vereinbart hätten. Es verstehe sich von selbst – zumal dies auch der gesetzlichen Regelung in Art. 321a OR sowie dem übereinstimmenden Willen der Parteien entspreche –, dass eine Verleitung der Kunden zur Beendigung der zur Beklagten bestehenden vertraglichen Beziehungen während des bestehenden Arbeitsverhältnisses auch hinsichtlich der von ihm akquirierten und betreuten Kunden untersagt sei. Die Beklagte hätte selbstredend keiner Vereinbarung zugestimmt, die es einem ihrer lediglich drei Kundenberatern auf Stufe «Managing Director» (wo bekanntlich höhere und nicht geringere Loyalitätspflichten gälten) gestatte, die von ihm akquirierten und betreuten Kunden der Beklagten während des laufenden Arbeitsverhältnisses zum Vertragsbruch zu verleiten und die Beklagte dadurch sowie im Umfang des weiterhin geschuldeten Lohnes massiv zu schädigen. Eine solche Regelung stünde denn auch in unauflösbarem Widerspruch zur in Ziffer 2.1. vereinbarten Tätigkeit des Klägers (Akquisition und Betreuung der akquirierten Kunden) sowie auch zu den Ziffern 2.3.-2.5., 3 sowie 13 des Arbeitsvertrages. Eine anderslautende Abmachung hätte schliesslich auch den Interessen des Klägers entgegengestanden, zumal dessen ursprünglichen Vergütung ausschliesslich in einer variablen Beteiligung von 50% der mit den von ihm akquirierten Kunden generierten Einnahmen bestanden habe. Im Gegenteil habe sich der Kläger mit einem nachvertraglichen Abwerbeverbot

einverstanden erklärt. Kunden während des laufenden Arbeitsverhältnisses zu einer Mandatsbeendigung zu verleiten, sei dem Kläger ja bereits von Gesetzes wegen verboten gewesen. Die Parteien hätten – aufgrund des Anliegens des Klägers – eine Vereinbarung getroffen, wonach der Kläger nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt sein solle, Kunden zu einer neuen Arbeitgeberin zu transferieren. Dies sei vom Kläger an der Verhandlung vom 29. August 2017 denn auch bestätigt worden. Seine dortigen Aussagen erhellten, dass die Parteien ursprünglich eine sehr scharfe Abwerbeklausel hätten vereinbaren wollen. Die von der Vorinstanz und dem Kläger nunmehr behauptete Zulässigkeit solcher Abwerbungen sei auf eine unsorgfältige Redaktion der Klausel zurückzuführen. Etwas anderes sei nie besprochen, vereinbart oder in den Arbeitsverträgen vom 15. Mai 2014 und 11. Dezember 2014 festgehalten worden. Eine objektivierte Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens führe zu keinem anderen Ergebnis. Die auf den Wortlaut isolierte Auslegung der Vorinstanz habe zu einem nicht dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung entsprechenden Ergebnis geführt, wobei bereits der Wortlaut der fraglichen Bestimmung eine andere Interpretation zugelassen hätte. Aufgrund des Umstands, dass die Mehrheit der Kunden bereits per 1. Januar 2017 zur neuen Arbeitgeberin des Klägers gewechselt habe, sei sodann auch erstellt, dass der Kläger (und seine Ehefrau, die seit anfangs 2017 ebenfalls für die C. tätig gewesen sei) bereits auch in den fraglichen drei Monaten Dienstleistungen für die neue Arbeitgeberin erbracht habe. Der Beklagten könne denn auch nicht vorgeworfen werden, dass sie die konkreten diesbezüglichen Tätigkeiten unzureichend substantiiert habe. Dies entziehe sich naturgemäss der Kenntnis der Beklagten, da sich dies nicht in ihrer Sphäre abgespielt habe. Für solche Fälle würden deutlich reduzierte Substantiierungspflichten gelten und es läge am Kläger sowie den als Zeugen aufgerufenen Kunden, hierzu entsprechende Auskünfte zu erteilen. Als Sanktion für die Verletzung des Abwerbeverbots hätten die Parteien in zulässigerweise eine der Beklagten auszurichtende Konventionalstrafe in Höhe eines Jahresbasissalärs für jeden einzelnen Verstoss vereinbart. Die Abrede sei ohne weiteres gültig, auch wenn der konkrete Schaden tiefer ausgefallen wäre. Nicht weiter geprüft werden müsse, ob die vereinbarte Konventionalstrafe allenfalls als übermässig herabzusetzen gewesen wäre.

Mit dem geschilderten Verhalten habe der Kläger weitere Verpflichtungen verletzt (namentlich seine Treuepflichten gemäss den Ziffern 2.3, 3.1 und 3.2 des Arbeitsvertrages [mit Verweis auf Urk. 5/2] sowie Art. 321a OR und Art. 2 UWG). Die Beklagte habe durch den unzulässigen Transfer der Mehrheit dieser Kunden eine Reduktion der Honorarerträge (Differenz von Fr. 157'552.– zwischen dem vierten Quartal 2016 und dem ersten Quartal 2017) hinnehmen müssen, wodurch sie einen Schaden von deutlich mehr als der geltend gemachten Lohnforderung von Fr. 16'666.– brutto bzw. Fr. 14'500.– netto erlitten habe. Eine entsprechende Verrechnungsforderung stünde der Beklagten deshalb selbst dann zu, wenn die

Parteien solche unzulässigen Abwerbungen nicht mit einer Konventionalstrafe abgesichert hätten. Die weiteren Voraussetzungen der seitens der Vorinstanz nicht weiter geprüften Schadenspflicht seien sodann ebenfalls gegeben. Die anerkannte Lohnforderung des Klägers sei daher in Anwendung von Art. 124 OR infolge Verrechnung erloschen.

3.3 Die Vorinstanz hat die rechtlichen Überlegungen der Lehre hinsichtlich des Abwerbeverbots während des bestehenden Arbeitsverhältnisses – insbesondere auch in Bezug auf die Finanzbranche – korrekt dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 29 E. V./2. mit Verweis auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N 2 und N 7 S. 179 ff.). Dem kann Folgendes präzisierend hinzugefügt werden: Eine spezifische Norm, die das Abwerbeverbot des Arbeitnehmers während des Vertragsverhältnisses behandelt, findet sich im Obligationenrecht nicht. Ein solches ergibt sich indirekt aus dem Art. 321a OR, welche die Treuepflicht des Arbeitnehmers während des andauernden Arbeitsverhältnisses regelt. Angesichts dessen dispositiver Natur ist es den Parteien jedoch unbenommen, die Zulässigkeit von Abwerbungshandlungen während der Dauer des (unkündigten) Arbeitsverhältnisses vertraglich zu vereinbaren.

3.4 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 kein solcher ausgemacht werden kann, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen 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, 131 III 606, E. 4.1, 130 III 66 E. 3.2; je mit Hinweisen). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welcher jedoch nicht isoliert, sondern aus dem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist. Das Gericht hat zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a).

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Parteien darin übereingestimmt hätten, dass es dem Kläger erst im Zeitpunkt seines Ausscheidens gestattet gewesen sein solle, [von ihm eingebrachte] Kunden zu einer neuen Arbeitgeberin mitzunehmen. Dies sieht sie in den Ausführungen des Klägers an der vorinstanzlichen Verhandlung bestätigt. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. An der vorinstanzlichen Verhandlung stellte der Kläger lediglich Mutmassungen hinsichtlich des Zustandekommens der Klausel an. Dass beide Parteien bei Vertragsunterzeichnung tatsächlich etwas anderes gewollt hatten, lässt sich den (vagen) Ausführungen des Klägers an der Verhandlung nicht entnehmen. Ein übereinstimmender wirklicher Parteiwille kann damit nicht festgestellt werden. Soweit die anwaltlich vertretene Beklagte schliesslich bemängelt, die Vorinstanz habe es hinsichtlich des umstrittenen wirklichen Parteiwillens unterlassen, Beweiserhebungen irgendwelcher Art zu tätigen, rügt sie schliesslich eine Verlet-

zung des Rechts auf Beweis. Es wäre indes ihr oblegen, darzulegen, wo sie zu welchen Tatsachenbehauptungen Beweismittel offeriert hatte, welche die Vorinstanz zu Unrecht nicht abgenommen haben soll. Ein pauschale Rüge – wie vorliegend – mag den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht genügen. Weiterungen erübrigen sich.

Damit ist die Klausel für die vorliegend strittige Frage nach dem mutmasslichen Willen der Parteien auszulegen. Die Beklagte stellt die von der Vorinstanz festgehaltene Übersetzung der fraglichen Klausel nicht in Frage, es ist daher auf diesen Wortlaut abzustellen:

«Abwerbeverbot

(A) Sie verpflichten sich des Weiteren gegenüber der Gesellschaft für die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses sowie während zwölf (12) Monaten nach dem Beendigungszeitpunkt, ... (iii) keine Kunden der Gesellschaft, mit Ausnahme der durch Sie eingebrachten Kunden, dazu zu veranlassen, ihre Geschäftsbeziehung mit der Gesellschaft zu beenden.

(B) Im Falle eines Verstosses gegen dieses Abwerbeverbot zahlen Sie der Gesellschaft eine Konventionalstrafe in der Höhe eines Jahres-Basissalärs für jeden Fall eines Verstosses.»

Dieser Wortlaut erweist sich denn auch als klar: Für die Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie während zwölf Monaten nach dessen Beendigung darf der Kläger keine Kunden der Gesellschaft, mit Ausnahme der von ihm eingebrachten Kunden, dazu veranlassen, ihre Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft zu beenden. Eine solche Klausel erscheint denn auch durchaus als sinnvoll. Gerade in der Finanzbranche ist der Kontakt zwischen Kunde und Kundenberater von einem Vertrauensverhältnis geprägt, sodass die Gefahr ohnehin gross ist, dass langjährige Kunden des Kundenberaters diesem zu einem neuen Arbeitgeber folgen. Mit einer solchen Klausel verfügt der Arbeitnehmer bei Vertragsunterzeichnung über die Sicherheit, seine (möglichweise bereits jahrelang) betreuten Kunden bei einer sich abzeichnenden Beendigung nahtlos zu einem neuen Arbeitgeber mitzunehmen. Der Arbeitgeber kann sich hingegen mit der Zustimmung zu einer solchen Klausel die Dienste des Arbeitnehmers (und mit ihm vor allem das von ihm eingebrachte Kundenvermögen) sichern. Die strittige Klausel gewinnt schliesslich erst dann an Aktualität, wenn sich eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzeichnet. Zuvor besteht für den Arbeitnehmer denn auch kein Grund für Abwerbbehandlungen, profitiert er doch angesichts der variablen Beteiligung von einem möglichst hohen Kundenvermögen. Ein Widerspruch zu den Ziffern 2.3.-2.5. (Aufgaben), 3 (Exklusivität) und 13 (Geheimhaltungspflichten) des Arbeitsvertrages vom 11. Dezember 2014 ist sodann nicht erkennbar und wird von der Beklagten auch nicht näher ausgeführt. Ebenfalls kann (nach dem Ausgeführten) kein unauflösbarer Widerspruch zu Ziffer 2.1. des genannten Arbeitsvertrages (Aufgabenbereich) ausgemacht werden. Der Umstand, dass die Hauptaufgabe des Klägers in der Akquirierung und Betreuung der Kunden bestand, widerspricht nicht per se der Vereinbarung einer solchen Klausel, die erst

bei einer allfälligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses aktuell wird. Es trifft sodann zu, dass die Treuepflicht (und damit das Abwerbeverbot) in Art. 321a OR zwar gesetzlich vorgesehen ist, indes sind die Parteien vorliegend – in zulässigerweise angesichts des dispositiven Charakters der Bestimmung – gerade davon mittels vertraglicher Vereinbarung abgewichen. Das Argument der Beklagten, dass der Kläger einer von nur drei Kundenberatern gewesen sei, weshalb die Beklagte einer solchen Klausel niemals zugestimmt hätte, ändert an diesem Auslegungsergebnis nichts.

Damit ist das vorinstanzliche Auslegungsergebnis nicht zu beanstanden. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass tatsächliche (aktive) Abwerbbehandlungen seitens des Klägers während des laufenden Arbeitsverhältnisses in Bezug auf von ihm selbst eingebrachte Kunden aufgrund ihrer Vereinbarung gestattet gewesen sind. Die Beklagte behauptet sodann (zu Recht) nicht, dass es sich – entgegen der Vorinstanz – bei den ihrer Ansicht nach vom Kläger abgeworbenen Kunden auch um solche gehandelt habe, die nicht vom Kläger in die Gesellschaft eingebracht wurden (siehe hierzu Urk. 17 Rz. 32 f., wonach die Beklagte Geschäftsbeziehungen zu 50 vom Kläger eingebrachten Kunden unterhalten habe und von diesen 35 Kunden ihr Mandatsverhältnis per 31. Dezember 2016 beendet hätten sowie 11 weitere noch vor dem 31. März 2017) und dadurch eine Verletzung des Abwerbeverbots vorliege. Damit liegt keine Gesetzes- oder Vertragsverletzung seitens des Klägers vor.

3.5 Soweit die Beklagte schliesslich eine Treuepflichtverletzung – und damit eine Verrechnungsforderung aus einer fällig gewordenen Konventionalstrafe oder aus Schadenersatz – darin erblicken will, dass der Kläger ab 1. Januar 2017 – und damit während der laufenden Kündigungsfrist – bereits für seine neue Arbeitgeberin tätig gewesen sein soll, ist Folgendes festzuhalten: Die Anforderungen an die Substanziierung sind niedriger, soweit es um Tatsachen geht, die sich ausserhalb der eigenen Sphäre des Behauptenden ereignet haben (BK-KILLIAS, Art. 221 ZPO N 23; ZK-LEUENBERGER, Art. 221 ZPO N 46). Dies war entgegen der Vorinstanz beim Vorbringen der Beklagten der Fall, ist doch einerseits nicht ersichtlich, was die Beklagte zur diesbezüglichen Substantiierung weiter hätte vorbringen sollen. Insofern erweist sich die Rüge der Beklagten als begründet. Ob der Kläger indes tatsächlich während laufender Kündigungsfrist bereits für einen neuen Arbeitgeber tätig gewesen ist und dadurch seine Treuepflicht verletzt hat oder nicht, kann vorliegend aus folgenden Gründen offen bleiben und ein Beweisverfahren unterbleiben: Die Parteien haben in Ziffer 15.2. der Arbeitsverträge einzig das Abwerbeverbot mittels Vereinbarung einer Konventionalstrafe gesichert, nicht jedoch eine allfällige anderweitige Treuepflichtverletzung (wie die Tätigkeit des Klägers während eines noch bestehenden – wenn auch gekündigten – Arbeitsverhältnisses für einen anderen Arbeitgeber). Entsprechend kann die Beklagte bereits aus diesem Grund keine Forderung aus einer Konventionalstrafe zur Verrechnung stellen. Was eine allfällige Schadenersatzforderung betrifft,

behauptet die Beklagte nicht (substantiiert), inwiefern ihr aus der Tätigkeit des Klägers für einen anderen Arbeitgeber während laufender Kündigungsfrist ein Schaden erwachsen sein soll. Der von ihr als Schaden geltend gemachte Betrag aus tieferen Honorarforderungen fusst auf den «unzulässigen Transfers der Mehrheit dieser Kunden», mithin auf der geltend gemachten Verletzung des Abwerbeverbots. Entsprechend kann die Beklagte im vorliegenden Verfahren auch keine Forderung aus Schadenersatz zur Verrechnung stellen.

3.6 Zusammengefasst ist damit die vorinstanzliche Feststellung, wonach keine Forderung aus Konventionalstrafe/Schadenersatz besteht, nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich als unbegründet. In Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO ist das angefochtene Urteil daher zu bestätigen.

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 6. August 2018 (Aufhebung des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Dielsdorf vom 20. November 2017)*

#### **Gratifikation, Art. 322d OR; Umqualifizierung in Lohnbestandteil.**

Ein Freiwilligkeitsvorbehalt ist unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird und der Arbeitgeber durch sein ganzes Verhalten zeigt, dass er sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn sie jahrzehntelang mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. Das rechtfertigt sich aber nur, wenn der Arbeitgeber in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter (E. 5.1). Vorliegend ist aufgrund der effektiv entrichteten Sonderzahlungen, die für 18 Jahre belegt sind, zu schliessen, dass der Arbeitgeber den ihn in Bezug auf die Höhe zustehenden Ermessensspielraum effektiv gar nicht ausgenutzt hat – auch nicht im Jahr 2007 und den Folgejahren, als sich die Auftrags- und Ertragslage dramatisch verschlechterte und der Arbeitgeber beachtenswerte Gründe gehabt hätte. Dieses Verhalten lässt sich nach Treu und Glauben als konkludente Vertragsänderung zugunsten des Arbeitnehmers interpretieren. Damit ist eine Umqualifizierung von einer Gratifikation in einen Lohnbestandteil zu bejahen (E. 10.6).

Sachverhalt:

Die Beklagte ist eine in C. domizilierte Aktiengesellschaft und bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von elektronischen Geräten und



Apparaten. Seit dem 1. Dezember 1981 stand der Kläger in ihren Diensten und war für Löt-, Montage- und sonstige Arbeiten zuständig. Per 30. September 2016 löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis einseitig auf. Zuzufolge Krankheit des Klägers verlängerte sich die Kündigungsfrist bis 31. Oktober 2016.

Mit Rechtsschrift vom 31. Mai 2017 machte der Kläger beim Bezirksgericht Dielsdorf nachstehende Klage im Zusammenhang mit Gratifikationsforderungen gemäss dem Rechtsbegehren anhängig: (1.) Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, der klagenden Partei im Zusammenhang mit den Gratifikationszahlungen der Jahre 2012 bis 2016 umfassend Auskunft zu geben (Lohnausweise Personal, Geschäftsergebnisse und entsprechende Bilanzen, Mitteilungen an Personal, Angabe, an welche Mitarbeiter Gratifikationen ausbezahlt wurden etc.) und der klagenden Partei sämtliche entsprechenden Unterlagen und Dokumente im Zeitraum von 1981 bis 2016 offenzulegen. (2.) Es seien die Gratifikationen für die Jahre 2012 bis 2014 sowie für das Jahr 2016 der sich nach Massgabe der Rechtsbegehren nach Ziff. 1 ergebenden Erkenntnisse festzustellen und die beklagte Partei sei zu verpflichten, der klagenden Partei mindestens Fr. 8'500.– brutto zuzüglich Zins zu 5% seit dem 01. November 2016, eventualiter ab Eingang Schlichtungsgesuch, zu bezahlen. Das Einzelgericht am Arbeitsgericht Dielsdorf wies die Klage mit Urteil vom 20. November 2017 ab. Mit Eingabe vom 7. März 2018 erhob der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) Beschwerde und stellte die Anträge: (1.) Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 20. November 2017 aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin stattdessen unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zu verpflichten, dem Beschwerdeführer mindestens brutto Fr. 8'650.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 01. November 2016, eventualiter was rechtens, zu bezahlen. (2.) Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 20. November 2017 in sämtlichen Punkten aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zur Neuurteilung unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegnerin, eventualiter zulasten des Staates, zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Auch im Beschwerdeverfahren sind die Rechtsbegehren zu beziffern und so zu formulieren, dass sie zum Urteilsdispositiv erhoben werden könnten. Dieser Anforderung genügt der Kläger mit dem Beschwerdeantrag Ziff. 1 insoweit nicht, als er einen Mindestbetrag verlangt. Gemäss der auch im Beschwerdeverfahren geltenden Dispositionsmaxime kann ihm ohnehin nicht mehr zugesprochen werden, als er fordert. Der Beschwerdeantrag Ziff. 1 ist daher in dem Sinne zu verstehen, dass der Kläger lediglich den dort ausdrücklich erwähnten Bruttobetrag verlangt. Zu beachten ist zudem, dass der Kläger gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren einen

höheren Mindestbetrag anstrebt. Diese Klageänderung ist unzulässig, scheitert sie doch bereits am umfassenden Novenverbot. Mehr als Fr. 8'500.– brutto sind dem Kläger deshalb von vornherein nicht zuzusprechen.

3.

Gemäss dem 1981 geschlossenen Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien was folgt: «Die Gratifikation darf nicht als Bestandteil des Lohnes betrachtet werden. Ihre Ausrichtung hängt vom Geschäftsergebnis ab». Unstrittig und belegt ist, dass die Zahlungen der Gratifikation in den Jahren 1994 bis 2015 von Lohnabrechnungen begleitet wurden, in denen ausnahmslos Vorbehalte zur künftigen Auszahlung von Gratifikationen festgehalten wurden, so etwa: «Freiwillige Zahlung, wenn Sie per 31.12.2015 in ungekündigtem Arbeitsverhältnis stehen; ohne Rechtsanspruch für die Zukunft». Gemäss dem angefochtenen Entscheid entsprach die Höhe der Gratifikation in all den Jahren dem jeweiligen Monatsbruttolohn des Klägers, ausgenommen in den Jahren 2012 bis 2014, in denen nur ein Teilbetrag ausbezahlt wurde. Im 2016 entfiel sie gänzlich, nachdem der Kläger nicht über den Jahreswechsel hinaus bei der Beklagten angestellt war.

4.1 Mit seiner Klage verlangt der Kläger die ihm ab 2012 nicht vollumfänglich ausgerichteten Gratifikationen und jene für das letzte Anstellungsjahr 2016. Vor Vorinstanz machte er im Wesentlichen geltend, dass er von der Beklagten seit Anstellungsbeginn im Jahr 1981 und somit jahrzehntelang Gratifikationen ausbezahlt erhalten habe. Die auf den Lohnabrechnungen jeweils aufgeführten Vorbehalte, dass es sich bei den Gratifikationszahlungen nicht um einen Lohnbestandteil handle, seien aufgrund der regelmässigen Zahlungen über einen Zeitraum von 31 Jahren zur leeren Floskel geworden. Belegt sei jedenfalls, dass während 18 Jahren eine Gratifikationszahlung in der Höhe von einem Monatsbruttolohn ausbezahlt worden sei. Zudem rügte der Kläger eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Ein ehemaliger Mitarbeiter habe für das Jahr 2013 eine pro rata-Entschädigung erhalten und für das Jahr 2014 sei diesem sogar eine volle Gratifikation ausgerichtet worden. In rechtlicher Hinsicht stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, dass es sich nicht mehr um eine Gratifikation gehandelt habe, sondern um einen Lohnbestandteil im Sinne von Art. 322 OR.

4.2 Die Beklagte hielt dem entgegen, dass sie die Gratifikation stets freiwillig und unter dem expliziten Vorbehalt, kein Präjudiz für die Zukunft zu schaffen, ausgerichtet habe und zudem unter der Bedingung, dass das Arbeitsverhältnis am Jahresende ungekündigt sei. Es sei zutreffend, dass seit dem Jahr 2002 jährlich Gratifikationszahlungen ausgerichtet worden seien, jedoch nicht bereits seit Arbeitsbeginn im Jahr 1981. Im Jahr 2011 habe die Beklagte dem Kläger sogar freiwillig ein «Dienstaltersgeschenk/Gratifikation» in der Höhe von zwei Monatslöhnen ausbezahlt. Mit der sich ab 2007 dramatisch verschlechternden Auftrags- und Ertragslage (Frankenschock, Branche, Konkurrenz) habe vorübergehend Kurzarbeit

eingeführt werden müssen. Von den 22 Mitarbeitern im Januar 2010 seien heute (2017) noch gerade drei angestellt. Trotz der finanziell prekären Situation ab dem Jahr 2007 habe die Beklagte in den Jahren 2008 bis 2010 auf eine Kürzung oder gänzliche Streichung der freiwillig ausgerichteten Gratifikationen nicht verzichtet. Nachdem sich keine nachhaltige Verbesserung der wirtschaftlichen Situation abgezeichnet habe, seien Gratifikationszahlungen an sämtliche Mitarbeiter – wenn überhaupt – nur noch in sehr bescheidenem Umfang ergangen.

5.1 Die Vorinstanz verwies vorab auf die zentrale Bestimmung von Art. 322d OR: Richtet der Arbeitgeber neben dem Lohn bei bestimmten Anlässen, wie Weihnachten oder Abschluss des Geschäftsjahres, eine Sondervergütung aus, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch darauf, wenn es verabredet ist (Abs. 1). Endigt das Arbeitsverhältnis, bevor der Anlass zur Ausrichtung der Sondervergütung eingetreten ist, so hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Teil davon, wenn es verabredet ist (Abs. 2). Die Vorinstanz ergänzte, dass eine Verabredung nicht nur ausdrücklich erfolgen könne, sondern auch stillschweigend. Eine regelmässige, ununterbrochene vorbehaltlose Ausrichtung einer Gratifikation, sei es individuell oder als Betriebsübung, könne nach einem Teil der Lehre und Rechtsprechung eine solche Verpflichtung bewirken. Diese Auffassung sei jedoch nicht unbestritten. Die ursprünglich freiwillige Gratifikation mutiere jedoch entgegen weit verbreiteter Meinung nicht zu Lohn, sondern zu einer Gratifikation, welche im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR als verabredet gelte, auf die also ein Rechtsanspruch entstehe. Weiter verwies die Vorinstanz auf die Rechtsprechung zum sog. Freiwilligenvorbehalt. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis ist ein Vorbehalt der Freiwilligkeit unbehelflich, wenn er als nicht ernst gemeinte, leere Floskel angebracht wird und die Arbeitgeberin durch ihr ganzes Verhalten zeigt, dass sie sich zur Auszahlung einer Gratifikation verpflichtet fühlt. Deshalb kann die Gratifikation auch dann als vereinbart gelten, wenn jahrzehntelang eine Gratifikation mit dem Vermerk der Freiwilligkeit ausbezahlt, dieser Vorbehalt aber nie in Anspruch genommen wird. Das rechtfertigt sich aber nur, wenn die Arbeitgeberin in dieser Zeit auch Grund dafür gehabt hätte, die Gratifikation nicht auszurichten, wie beispielsweise bei einem schlechten Geschäftsgang oder einer schlechten Arbeitsleistung einzelner Mitarbeiter (BGE 129 III 276 E. 2.3 mit Hinweisen).

5.2 Die Vorinstanz erwog, dass im vorliegenden Fall während zumindest 18 Jahren und damit während sehr langer Zeit jährlich Gratifikationszahlungen in der Höhe eines Bruttomonatslohnes ausgerichtet worden seien. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie gemäss einem Teil der Lehre müsse davon ausgegangen werden, dass die ursprünglich freiwillige Gratifikation in eine solche umgewandelt worden sei, welche im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR als verabredet gelte und auf die grundsätzlich ein Rechtsanspruch entstehe. Der Kläger dürfe zudem nach 18 Jahren in gutem Glauben davon ausgehen, dass es sich beim jeweiligen

Freiwilligkeitsvorbehalt der Beklagten um eine bloss leere Floskel handle, da die Beklagte auch in den Jahren 2007 und folgende trotz zunehmend prekärer finanzieller Situation weitere Gratifikationszahlungen in der Höhe eines vollen Bruttomonatslohnes und im Jahr 2011 sogar in der Höhe von zwei Bruttomonatslöhnen (Gratifikation und Dienstaltersgeschenk) ausgerichtet habe. Nicht gefolgt ist die Vorinstanz der Auffassung des Klägers, es handle sich nicht um eine Gratifikation, sondern um einen Lohnbestandteil.

(...)

8.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass es sich ausgehend vom Arbeitsvertrag zumindest um eine unechte Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR handelt, auf die der Kläger einen Rechtsanspruch hat.

9.

Die Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet. Dies ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 139 III 155 E. 3.1 mit Hinweisen). Entscheidend für die Abgrenzung zwischen geschuldetem Lohn und freiwilliger Gratifikation ist somit die Frage, ob die Ausrichtung der Vergütung im Ermessen des Arbeitgebers liegt.

10.1 Gemäss dem 1981 abgeschlossenen Arbeitsvertrag hängt die Ausrichtung der Gratifikation vom Geschäftsergebnis ab. Es macht gerade das Wesen der echten wie der unechten Gratifikation im Gegensatz zum Festlohn aus, dass ihre Höhe von wechselnden Umständen wie Geschäftsergebnis oder Leistung des Arbeitnehmers abhängt und demnach von Jahr zu Jahr variiert (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar - Arbeitsrecht Art. 319-362 OR, 322d N 4). Der schriftliche Arbeitsvertrag spricht gegen eine Qualifizierung als Lohnbestandteil.

10.2 Der Kläger untermauert seinen gegenteiligen Standpunkt mit den jährlich «als Gratifikation» ausbezahlten Beträgen. Die Beklagte habe dem Kläger seit Anstellungsbeginn jährlich eine Gratifikation in der Höhe des jeweiligen Bruttomonatslohnes ausbezahlt. Der Kläger reichte dazu Lohnabrechnungen von 1994 bis 2001 und von 2002 bis 2016 ein. Über ältere Lohnabrechnungen verfügt der Kläger nicht mehr. Die Beklagte anerkennt in der Beschwerde, dass von 1995 bis 2011, d.h. während 16 Jahren, entsprechend freiwillige Leistungen erfolgt sind.

10.3 Belegt sind mit den Urk. 5/8/1-12 (Lohnabrechnungen), dass sich die Gratifikation in den Jahren 2002 bis 2011 stets am Bruttomonatslohn orientierte. Auch den Lohnabrechnungen Dezember für die Jahre 1994 bis 2001 lässt sich entnehmen, dass die Gratifikation dem jeweiligen Monatslohn entsprochen hat. Hätte die Gratifikation tatsächlich vom Geschäftsergebnis abgehangen, wären wohl grössere Schwankungen aufgetreten. Umgekehrt heisst das, dass die Beklagte über viele Jahre keinen Gebrauch von ihrem Ermessen machte. Das änderte sich erst in den Jahren 2012 bis 2014. Daraus lässt sich jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, da gerade für diese Jahre die Sondervergütung strittig ist.

10.4 In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass eine ursprünglich in einem schriftlichen Arbeitsvertrag vereinbarte echte oder unechte Gratifikation zu einem Lohnbestandteil mutiert, wenn es nach Vertragsabschluss zu einer einvernehmlichen Vertragsänderung komme. Möglich sei dabei sowohl eine Mutation von der freiwilligen Gratifikation zu einer vereinbarten als auch von einer freiwilligen Gratifikation zu einem Lohnbestandteil. Ein Fall einer Mutation von Gratifikation zu Lohnbestandteil könne eine vom Wortlaut des schriftlichen Vertrages oder Reglements abweichende betriebliche Übung betreffen. Da bei der Auslegung eines Vertrags auf den wirklichen Parteiwillen und nicht auf den Inhalt des schriftlichen Dokuments abgestellt werde, führe auch eine vom Vertrag oder Reglement abweichende betriebliche Übung zu einer Vertragsänderung zu Gunsten des Arbeitnehmers (CHRISTOPH SENTI, Leistungslohn oder Gratifikation?, St. Gallen 2010, S. 7 f.).

10.5 In der Praxis gibt es vereinzelt Fälle, wo eine jahrelange Auszahlung einer Gratifikation als Lohnbestandteil qualifiziert wird. Das Arbeitsgericht Zürich interpretierte die jahrelange, vorbehaltlose Auszahlung einer Sonderentschädigung in der Höhe eines Monatslohnes nicht mehr als freiwillige Gratifikation, sondern als 13. Monatslohn (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 10 mit Verweis auf KUHN/KOLLER 4/3.4.5 S. 3). Zu einem 13. Monatslohn kann eine langfristige Auszahlung eines zusätzlichen Monatslohnes am Jahresende führen, wenn keine Vorbehalte angebracht werden (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 9 mit Hinweis auf AUBERT 700 Nr. 163). Auch das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft erkannte in einem Urteil vom 17. November 1992, dass die regelmässige vorbehaltlose Auszahlung einer als «Gratifikation» bezeichneten Summe in der Höhe eines Monatslohns zur stillschweigenden Vereinbarung eines 13. Monatslohnes führt. Dieser sei im Gegensatz zur eigentlichen Gratifikation Lohnbestandteil und daher pro rata temporis und bedingungslos geschuldet (OGer BL in JAR 1994 S. 118 E. 8.).

10.6 Es fällt auf, dass die genannten Urteile von einer «jahrelangen, vorbehaltlosen» Auszahlung sprechen. Dass sich die Beklagte weitere Anpassungen von Jahr zu Jahr vorbehalten hätte, etwa die vertraglich abgemachte Berücksichtigung des Geschäftsergebnisses, wird nicht geltend

gemacht und ergibt sich ebenso wenig aus den jeweiligen Abrechnungen. Aufgrund der effektiv entrichteten Sonderzahlungen – welche wie ausgeführt für 18 Jahre belegt sind – ist zu schliessen, dass die Beklagte als Arbeitgeberin den ihr in Bezug auf die Höhe zustehenden Ermessensspielraum effektiv gar nicht ausgenutzt hat. Auch nicht im Jahr 2007 und den Folgejahren, als sich die Auftrags- und Ertragslage dramatisch verschlechterte und die Beklagte beachtenswerte Gründe gehabt hätte. Dieses Verhalten lässt sich nach Treu und Glauben als konkludente Vertragsänderung zugunsten des Arbeitnehmers interpretieren. Damit ist eine Umqualifizierung von einer Gratifikation in einen Lohnbestandteil zu bejahen.

11.

Nach dem Ausgeführten ist die im Vertrag von 1981 vereinbarte freiwillige Gratifikation aufgrund der jahrelangen Übung der Parteien als Lohnbestandteil im Sinne von Art. 320 OR zu qualifizieren. Auf die Vorbringen zum Gleichbehandlungsgebot im Arbeitsrecht muss daher nicht eingegangen werden.

(...)

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Dielsdorf vom 20. November 2017 aufgehoben.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 8'500.– brutto bzw. Fr. 7'729.90 netto zu bezahlen nebst 5% Zins ab 1. November 2016. Im Mehrbetrag wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 16. August 2018 (teilweise Aufhebung des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Meilen vom 17. Januar 2018)*

**Eine Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR kann zum klagbaren Anspruch werden, wenn sie verabredet ist. Dieser Anspruch kann ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart sein oder durch konkludentes Verhalten entstehen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass bei einer vorbehaltlosen Ausrichtung während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren eine Gratifikation konkludent vereinbart ist. Der Arbeitgeber kann die Entstehung dieses klagbaren Anspruchs verhindern, indem er im Arbeitsvertrag ausdrücklich eine freiwillige Gratifikation vereinbart und später bei der Ausrichtung der Gratifikation regelmässig unmissverständlich auf die Freiwilligkeit hinweist (E. 5.4). Vorliegend wurde der Arbeitnehmerin (Tagesmutter) während drei aufeinanderfolgenden Jahren ohne Freiwilligkeitsvorbehalt eine Sondervergütung ausbezahlt. Damit wurde die Gratifikation konkludent vereinbart und zum klagbaren Anspruch. Das von den Arbeitgebern (Eltern des Kindes) vorgebrachte Argument, der Bonus**

**werde nur bei ihrer vollen Zufriedenheit ausgerichtet, verfährt damit nicht mehr. Die Arbeitnehmerin durfte nach dem Vertrauensprinzip auf eine fortgesetzte Ausrichtung der Sondervergütung vertrauen (E. 5.5).**

Sachverhalt:

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) arbeitete vom 1. September 2013 (Betreuungsvertrag vom 25. August 2013 bis zu ihrer Freistellung am 3. September 2016 als Tagesmutter von D., geboren am tt.mm.2008. Die Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) sind die Eltern von D. und waren die Arbeitgeber der Klägerin. Unbestritten ist, dass die Klägerin aufgrund der ordentlichen Kündigungsfrist bis zum 31. Dezember 2016 bei den Beklagten angestellt war. Thema des Berufungsverfahrens ist u.a. die Nachzahlung von Lohn samt Nebenleistungen für das Jahr 2016 an die Klägerin.

Mit Eingabe vom 26. April 2017 machte die Klägerin unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts ... vom 26. Januar 2017 beim Arbeitsgericht des Bezirksgerichts Meilen (Vorinstanz) die Klage anhängig, wonach die Beklagten (u.a.) zu verpflichten seien, der Klägerin Lohn im Betrag von Fr. 5'994.– sowie Schadenersatz wegen missbräuchlicher Kündigung im Umfang von sechs Monatslöhnen bzw. Fr. 9'554.40 zu bezahlen. Gemäss Urteil des Arbeitsgerichts Meilen vom 17. Januar 2018 werden die Beklagten (unter solidarischer Haftbarkeit) verpflichtet, der Klägerin Fr. 441.00 zu bezahlen. Die Klägerin erhob gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

5.

5.1 Nach der Vorinstanz hat die Klägerin gemäss dem Wortlaut der Betreuungsvereinbarung im Jahre 2016 keinen Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus. Es handle sich um eine Absichtserklärung der Beklagten, die nur bei voller Zufriedenheit mit den Leistungen der Tagesmutter zum Tragen komme. Da die Eltern im Jahr 2016 mit den Leistungen der Tagesmutter nicht mehr zufrieden gewesen seien, sei auch kein Bonus geschuldet. Da der Bonus erst zweimal – 2014 und 2015 – ausbezahlt worden sei, könne auch nicht von einer Gratifikation gesprochen werden.

5.2 Die Klägerin bringt vor, der Bonus sei ihr über drei Jahre vorbehaltlos ausgerichtet worden, im Jahre 2013 in Form einer *pro rata temporis* Auszahlung. Die Vorinstanz habe ein im Recht liegendes Schreiben über die Bonusauszahlung für das Jahr 2013 nicht berücksichtigt und damit den Sachverhalt falsch erstellt. Nach der dreimaligen, ununterbrochenen und vorbehaltlosen Ausrichtung einer Gratifikation habe die Klägerin im Jahre 2016 einen Anspruch auf eine Gratifikation gehabt. Dies gelte nach der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung umso mehr bei einem niedrigen Gesamteinkommen, wie es die Klägerin habe.

5.3 Die Beklagten verweisen darauf, dass der Bonus von der persönlichen Leistung der Klägerin abhängig gewesen sei. Daher stelle der im Betreuungsvertrag vorgesehene Bonus eine Gratifikation nach Art. 322d OR dar. Die Ausrichtung dieser Gratifikation habe im Ermessen der Beklagten gelegen. Der Bonus habe keinen Lohncharakter aufgewiesen.

5.4 Der Begriff «Bonus» wird im Obligationenrecht nicht definiert. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob ein Bonus als freiwillige Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR oder als Teil des geschuldeten Lohnes im Sinn von Art. 322 OR zu qualifizieren ist. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen geschuldetem Lohn und freiwilliger Gratifikation ist die Frage, ob die Ausrichtung der Vergütung im Ermessen des Arbeitgebers liegt. Wenn der Bonusanspruch als solcher und auch dessen Höhe vertraglich im Voraus festgelegt sind und dem Arbeitgeber kein Ermessen zusteht, liegt Lohn vor; das Gleiche gilt, wenn der Bonus zwar nicht im Voraus betragsmässig feststeht, aber anhand klarer geschäftlicher Messgrössen exakt berechnet werden kann (BGE 139 III 155 E. 3.1 und 3.3 mit Hinweisen). Demgegenüber liegt eine «unechte Gratifikation» vor, wenn zwar dem Grundsatz nach ein Bonus geschuldet ist und ein Rechtsanspruch auf die Ausrichtung eines Bonus besteht, dessen Höhe aber von der subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers betreffend der Leistung des Arbeitnehmers abhängig ist. Schliesslich ist von einer «echten Gratifikation» auszugehen, wenn kein Rechtsanspruch auf einen Bonus besteht, weil sowohl die Ausrichtung als auch die Höhe eines allfälligen Bonus im Belieben und der subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers liegt (zur Abgrenzung zwischen unechter und echter Gratifikation vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 32 zu Art. 322d OR, S. 330 f.).

Eine echte Gratifikation kann jedoch zum klagbaren Anspruch werden, wenn sie verabredet ist. Dieser Anspruch kann ausdrücklich im Arbeitsvertrag vereinbart sein oder durch konkludentes Verhalten entstehen (BRÜHWILER, a.a.O., Art. 322d N 2). Die Rechtsprechung geht davon aus, dass bei einer vorbehaltlosen Ausrichtung während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren eine Gratifikation konkludent vereinbart ist (BGE 129 III 276 E. 2 mit Hinweisen). Der Arbeitgeber kann die Entstehung dieses klagbaren Anspruchs verhindern, indem er im Arbeitsvertrag ausdrücklich eine freiwillige Gratifikation vereinbart und später bei der Ausrichtung der Gratifikation regelmässig unmissverständlich auf die Freiwilligkeit hinweist (BRÜHWILER, a.a.O., Art. 322d N 2 S. 132). Sodann kann eine echte Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR zum Lohnbestandteil werden, wenn sich die Sondervergütung im Verhältnis zum Grundlohn nicht als zweitrangig und damit nicht als akzessorisch erweist. Denn dem Arbeitgeber soll es verwehrt sein, die eigentliche Vergütung des Arbeitnehmers in Form einer (freiwilligen) Gratifikation auszurichten (BGE 142 III 381 E. 2.21). Eine zugesicherte Gratifikation kann in gekündigter Stellung



um einen Drittel reduziert werden (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 322d OR, S. 344).

5.5 Zum Bonus hält der Betreuungsvertrag in Ziffer 4.4 fest:

«(4.4) Die Eltern erklären sich bereit, bei voller Zufriedenheit mit den Leistungen der Tagesmutter zum Jahresende einen Bonus von maximal einem Monatsgehalt auszuzahlen, bezogen auf ein volles Dienstjahr.»

Hieraus ergibt sich, und die Parteien stellen nicht in Frage, dass die Ausrichtung des im Arbeitsvertrag vorgesehenen Bonus ins Ermessen der Beklagten gestellt war. Aufgrund des Wortlauts der Betreuungsvereinbarung ist daher grundsätzlich mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Bonus als freiwillige Zahlung vereinbart worden ist. Mit Recht weist die Klägerin jedoch darauf hin, dass der Bonus nicht erst zwei Mal, nämlich in den Jahren 2014 und 2015, sondern bereits *pro rata* im Jahre 2013 ausbezahlt worden ist. Aus der Formulierung des Betreuungsvertrages und den Schreiben der Beklagten an die Klägerin hinsichtlich der Auszahlung des Bonus für die Jahre 2013 - 2016 ist sodann kein Vorbehalt der Freiwilligkeit der Ausrichtung ersichtlich. Damit wurde der Klägerin während drei aufeinanderfolgenden Jahren ohne Freiwilligkeitsvorbehalt eine Sondervergütung ausbezahlt. Auch wenn in zeitlicher Hinsicht nur gerade die vom Bundesgericht als unterste Grenze definierte Regelmässigkeit erreicht ist, wurde die Gratifikation damit konkludent vereinbart und zum klagbaren Anspruch. Das von den Beklagten vorgebrachte Argument, der Bonus werde nur bei ihrer vollen Zufriedenheit ausgerichtet, verfängt damit nicht mehr. Die Klägerin durfte nach dem Vertrauensprinzip auf eine fortgesetzte Ausrichtung der Sondervergütung vertrauen. Vor diesem Hintergrund ist nicht mehr näher zu prüfen, ob der Bonus den akzessorischen Charakter zum Grundlohn der Klägerin wahrt. Betreffend der Höhe des zu entrichtenden Bonus ist zu berücksichtigen, dass sich die Klägerin zum Zeitpunkt der Fälligkeit desselben in gekündigter Stellung befand. In dieser Konstellation rechtfertigt sich eine Reduktion der Vergütung um rund einen Drittel. In den Jahren 2014 und 2015, in welchen die Klägerin einen vollen Bonus erhalten hat, betrug dieser Fr. 1'400.—. Für das Jahr 2016 beträgt der Bonus somit Fr. 930.—.

#### 6. Fazit ausstehende Forderungen

Die Klägerin hat gegenüber den Beklagten aus der Abrechnung ihrer Arbeitsstunden und ihrem Freistellungslohn einen Anspruch über Fr. 1'003.50. Hinzu kommt ein reduzierter Bonusanspruch in der Höhe von Fr. 930.—.

Insgesamt schulden die Beklagten der Klägerin Fr. 1'933.50. Davon wurden Fr. 441.— bereits rechtskräftig zugesprochen. Die Beklagten sind daher zu verpflichten, der Klägerin weitere Fr. 1'492.50 zu bezahlen. Zum Verzugszins hat sich im Berufungsverfahren keine Partei geäußert. Die Klägerin verlangt 5% seit Dezember 2016. Es ist anzunehmen, dass sie dabei den 14. Dezember 2016 gemäss Rechtsbegehren meint. Im Mehrbetrag ist die Klage, soweit nicht rechtskräftig erledigt, abzuweisen.

Die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 des Arbeitnehmers [nämlich: für die ohne vorangehende Information erfolgten und den Arbeitnehmer betreffenden Personendatenübermittlungen an das DoJ sei festzustellen, dass diese die Persönlichkeit des Arbeitnehmers widerrechtlich verletzt haben] betreffen nicht die Durchsetzung des Auskunftsrechts gemäss Art. 15 Abs. 4 DSG, sondern es sind Rechtsbegehren im Sinne von Art. 15 Abs. 1 DSG. Einzig wegen der Verletzung der Auskunftspflicht können solche Rechtsbegehren jedenfalls nicht gutgeheissen werden (E. 5.2.6).

Vorliegend steht ausser Frage, dass die Bank Inhaberin einer Datensammlung im Sinne von Art. 3 lit. g DSG ist und dass dem Arbeitnehmer gemäss Art. 8 DSG ein Auskunftsrecht zusteht, soweit diese Daten ihn betreffen (E. 5.2.5). Wer sich auf den Standpunkt stellt, dass bestimmte Handlungen der Gegenpartei seine Persönlichkeit verletzen, trägt gemäss Art. 8 ZGB zunächst die Behauptungs- und allenfalls die Substantiierungs- und Beweislast. Festzuhalten ist, dass im Zusammenhang mit den Datenlieferungen an die USA konkrete und schlüssige Behauptungen des Arbeitnehmers fehlen, welche die Annahme einer Persönlichkeitsverletzung durch die Arbeitgeberin erlaubten. Dies muss zur Abweisung der Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 des Klägers führen (E. 5.3.6).

Die Vorinstanz hat zutreffend die Klage betreffend die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 deshalb abgewiesen, weil die Beklagte eine systemrelevante Bank sei und die Datenlieferung daher im öffentlichen Interesse gelegen habe. Für den Zeitpunkt der Datenlieferung vermöge die Beklagte ein überwiegendes Interesse an der Datenübermittlung darzutun. Die Datenlieferungen seien daher nicht widerrechtlich. Da – wie ausgeführt (E. 5.3.6) – die Klage bereits aus anderem Grunde abzuweisen ist, kann offen bleiben, ob der Vorinstanz in diesem Punkte zu folgen ist (E. 5.4).

#### Sachverhalt:

Die Beklagte hat ihren Sitz in Zürich und betreibt das Bankgeschäft. Durch Verfügung der Schweizerischen Nationalbank vom tt.mm.2012 wurde die B. Group AG, zu der die Beklagte gehört, gestützt auf Art. 8 Abs. 3 BankG als systemrelevante Bank im Sinne der Art. 7 und 8 BankG bezeichnet. Der im Jahre 1953 geborene Kläger wohnt in C. und ist Staatsangehöriger sowohl der Schweiz als auch der USA. Ab dem tt.mm.1998 trat er in die Dienste der Bank «D. AG». Dort war er zunächst als Relationship Manager in der Abteilung «UK & Northern Europe» der Division «Private Banking» tätig. Per tt.mm.2005 wurde er zum Senior Vice Presi-

dent befördert. Am tt.mm.2012 ging die D. AG durch Fusion in der Beklagten auf, womit der Kläger Arbeitnehmer der Beklagten wurde. Dort war er zuletzt als Senior Relationship Manager HNW im Bereich «UK Clients C.» im Rang eines Directors tätig. Auf den tt.mm.2013 wurde er pensioniert.

Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im sog. Steuerstreit zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und verschiedenen schweizerischen Banken, zu denen auch die Beklagte gehört.

Im Zuge des Steuerstreits lieferte die Beklagte dem DoJ (= U.S. Department of Justice) in den Jahren 2012 bis 2014 eine Reihe von Dokumenten, welche die Personendaten des Klägers enthalten.

Der Kläger brachte beim Arbeitsgericht Zürich folgendes Rechtsbegehren ein: (1.) Es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten des Klägers direkt oder indirekt ins Ausland zu übermitteln oder direkt oder indirekt an US-Behörden weiterzugeben, unter Androhung gegen die Organe der Beklagten der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB (Bestrafung mit Busse) im Widerhandlungsfall. (2.) Für die ohne vorangehende Information erfolgten und den Kläger betreffenden Personendatenübermittlungen an das DoJ vom 12. April 2012 (Lieferung 1), vom 15. April 2012 (Lieferung 2), vom 20. April 2012 (Lieferung 3), vom 30. Mai 2012 (Lieferung 4), sei festzustellen, dass diese die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt haben. (3.) Für die weiteren erfolgten und den Kläger betreffenden Personendatenlieferungen vom 16. Januar 2013 (Lieferung 5), vom 26. Juni 2013 (Lieferung 6) sowie vom 14. Februar 2014 (Lieferung 7) sei festzustellen, dass diese ebenfalls die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt haben.

Das Arbeitsgericht Zürich entschied mit Urteil vom 12. Juni 2018 wie folgt: (1.) Es wird der Beklagten unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall verboten, Personendaten des Klägers an US-amerikanische Behörden direkt oder indirekt weiterzugeben. Art. 292 StGB lautet wie folgt: «Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikel an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.» Im Mehrumfang ist das Rechtsbegehren Ziffer 1 abzuweisen. (2.) Die Rechtsbegehren Ziffer 2 und 3 werden abgewiesen.

Aus den Erwägungen:

#### 4. Materielles: Datenschutz und Arbeitsvertrag

4.1 Der Kläger einerseits und die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin andererseits waren während über 15 Jahren durch einen Arbeitsvertrag miteinander verbunden. Wenn es um die Weiterleitung von Personendaten geht, welche der Arbeitgeberin im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zuge-

kommen sind, sind auch die Art. 328 Abs. 1 OR und Art. 328b OR zu beachten: Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, «soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind». Weiter gelten nach dieser Gesetzesvorschrift «im übrigen» die Bestimmungen des DSG.

4.2 Art. 328b OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Datenschutzgesetzgebung. In zeitlicher Hinsicht erfasst Art. 328b OR sowohl den Zeitraum während der Dauer als auch jenen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 131 V 298 E. 6.1; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Rz 473; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b N 40 ff.). Wenn Art. 328b OR von der Bearbeitung der Daten spricht, lehnt sich das Gesetz an die Legaldefinition von Art. 3 lit. e DSG an, wonach unter «Bearbeiten» namentlich auch das «Bekanntgeben» von Daten zu verstehen ist. Und darunter ist wiederum gemäss Art. 3 lit. f DSG jedes «Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsicht Gewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen» gemeint. Dass es bei den hier zu diskutierenden Datenlieferungen an eine ausländische Behörde um eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 328b OR bzw. im Sinne des DSG geht, steht daher ausser Frage.

4.3 Nach Art. 328b OR kommt eine Datenbearbeitung in zwei Fällen in Frage. Einerseits ist sie nach dieser Gesetzesvorschrift denkbar, wenn sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betrifft. Dieser Aspekt kann hier allerdings von vornherein nicht interessieren. Und weiter kommt eine Datenbearbeitung nach dem Wortlaut von Art. 328b OR dann in Frage, wenn sie «für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich» ist. Es stellt sich die Frage, was unter «Durchführung des Arbeitsvertrages» im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist.

Es ist dies ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auszulegen ist. Art. 328b OR wurde mit dem Erlass des DSG in das Gesetz eingeführt und entspricht wörtlich Art. 328b Abs. 1 OR des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs. In der bundesrätlichen Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass die erwähnte Bestimmung «eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots» des heutigen Art. 4 Abs. 2 «des allgemeinen Datenschutzgesetzes» (= DSG) darstelle (BB1 1988 II 488). In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch Art. 328b OR und das DSG beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag aneinander gebunden haben (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 431), indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSG – einen weiteren Rechtfertigungsgrund liefert und so als ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse beschränkter Bearbeitungsgrundsatz angesehen werden kann (WILDHABER/HÄNSENBERGER, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317). Ferner hat Art. 328b OR für internationale Verhältnisse die weitere Bedeutung, dass das schweizerische

Datenschutzrecht stets uneingeschränkt anwendbar ist, sobald der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht untersteht (GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 251). Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter «Durchführung des Arbeitsvertrages» ist alles zu verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Dazu gehört beispielsweise auch, dass in einem mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stehenden Gerichtsverfahren Personendaten des Arbeitnehmers vorgelegt werden dürfen (ZK OR-STAEHELIN, Art. 328b N 6). Wenn der Kläger im Rahmen des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages Kontobeziehungen von US-Bürgern bearbeitet hat und die Beklagte von einer in- oder ausländischen Behörde aus diesem Grunde gezwungen wird, die Daten des Klägers als des zuständigen «relationship manager» offenzulegen, gehört ein solcher Vorgang durchaus im Sinne von Art. 328b OR zur Durchführung des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Diese Bestimmung, die im Wesentlichen auf das DSG verweist, hat einen verhältnismässig engen eigenständigen Regelungsbereich (GEISER, a.a.O., S. 240). Sie konkretisiert in einer gewissen Weise Generalklauseln des DSG; eine Verbotsnorm ist sie aber nicht (WILDHABER/HÄNSENBERGER, a.a.O.; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, N 5 zu Art. 328b OR). Nicht umsonst verweist die Vorschrift ausdrücklich auf die Vorschriften des DSG, die uneingeschränkt anwendbar sind, soweit Art. 328b OR nicht besondere Rechtfertigungsgründe liefert. Was unter der Bearbeitung von Daten im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist, entscheidet sich ohnehin nach der Vorschrift von Art. 3 lit. e DSG (BGer 4A\_661/2016 vom 31. August 2017, E. 3.1.). Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob sich die Beklagte für die erfolgten Datenlieferungen auf das DSG stützen kann.

5. Materielles: Die sieben Datenlieferungen zwischen dem 12. April 2012 und dem 14. April 2014

#### 5.1 Ausgangspunkt

Die Vorinstanz hat die Klage bezüglich der sieben Datenlieferungen zwischen dem 12. April 2012 und dem 14. April 2014, d.h. bezüglich der Ziff. 2 und 3 des erweiterten Rechtsbegehrens, abgewiesen. Das ist denn auch Gegenstand der Berufung des Klägers.

#### 5.2 Die Auskunftspflicht der Beklagten

5.2.1 Dem vorinstanzlichen Urteil ist zu entnehmen, dass der Kläger bezüglich der Lieferungen 1-4 geltend macht, sie seien seitens der Beklagten «ohne vorangehende Information» erfolgt, und bezüglich der Lieferungen 5-7, sie seien «ohne ausreichende vorherige Aufklärung und Information» erfolgt. Bezüglich der Datenlieferungen 5-7 anerkennt der Kläger, dass seitens der Beklagten eine «partielle Information» stattgefunden habe, doch sei diese «unvollständig» gewesen. Er habe es daher aber abgelehnt, jeweils vor der Übermittlung Akteneinsicht bei der Beklagten zu nehmen, denn die Akteneinsicht hätte ihm nicht genügend Gewissheit geboten, dass

er auch wirklich korrekt über die Datenübermittlung informiert worden wäre. Die Beklagte habe zwar die Einsicht in die Akten ohne jede Abdeckung angeboten. Das seien aber nicht «authentische Kopien derjenigen Dokumente» gewesen, wie sie an das DoJ übermittelt werden sollten, denn in denen seien die Namen der Bankkunden nämlich geschwärzt gewesen. In dieses Angebot habe er, der Kläger, aber nicht einwilligen wollen.

Demgegenüber stellt sich die Beklagte bezüglich der vier ersten Datenlieferungen auf den Standpunkt, dass sie keine aktive Informationspflicht getroffen habe. Es habe genügt, dass die sich abzeichnende Datenlieferung für den Kläger erkennbar gewesen sei. Der Beklagte habe Angebote zur Einsichtnahme in die zu liefernden Daten stets abgelehnt, was aus den Urk. 13/40, 13/42, 13/46 und 8 hervorgehe.

5.2.2 Die Beklagte stellte sich vor Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die Datenlieferungen für den Kläger im Voraus erkennbar gewesen seien, was gemäss Art. 4 Abs. 3 und 4 DSG genüge. Dem ist jedenfalls für den Arbeitsvertrag nicht zu folgen. In einem arbeitsrechtlichen Verhältnis trifft den Arbeitgeber die allgemeine Fürsorgepflicht, die aus Art. 328 OR abgeleitet wird. Der Arbeitgeber hat demnach dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zuteilwerden lassen und dessen berechnete Interessen in guten Treuen zu wahren. Der Umfang der Fürsorgepflicht richtet sich nach Treu und Glauben. Bei beendetem Arbeitsverhältnis wirkt diese Fürsorgepflicht nach, namentlich dann, wenn, wie hier, Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers in Frage stehen (REHBINDER/STÖCKLI, BK-OR, Art. 328 N 2 f.; PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 328 N 1 und 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7.A., Art. 328 OR N 1 und 21). Kraft dieser Fürsorgepflicht trifft den Arbeitgeber gegenüber gegenwärtigen und früheren Mitarbeitern eine aktive Informationspflicht, wenn beabsichtigt wird, Personendaten solcher Mitarbeiter an eine ausländische Behörde zu liefern. Das betrifft namentlich eine ins Auge gefasste Lieferung von Daten an eine US-amerikanische Behörde, fehlt doch, wie das die Vorinstanz im angefochtenen Urteil richtig erörtert hat, in den USA eine Gesetzgebung, die im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG «angemessenen Schutz gewährleistet».

5.2.3 Bezüglich der vom Rechtsbegehren Ziff. 3 erfassten Datenlieferungen 5-7 anerkennt der Kläger zwar, dass die Beklagte ihrer Informationspflicht «partiell» nachgekommen sei. Die Vorinstanz erwähnt in diesem Zusammenhang die folgenden von der Beklagten ins Recht gelegten Aktenstücke:

- Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 10. Juli 2012: Es wird auf ein telefonisches Ersuchen des Klägers Bezug genommen, das im Zusammenhang mit den geplanten Datenlieferungen steht. Dem Kläger wird angeboten, diejenigen Dokumente, die seinen Namen enthalten, in den Räumlichkeiten des Rechtsdienste der Beklagten in Zürich einzusehen.

- E-Mail von Vice-President F. an den Kläger vom 17. Juli 2012: Wiederum wird dem Kläger angeboten, die Dokumente in Zürich einzusehen. Wenn ihm dies in den nächsten Wochen nicht möglich sein sollte, wä-

re ein solches «meeting» aus der Sicht der Beklagten auch Ende August oder aber im September oder im Oktober möglich gewesen.

- Schreiben des Anwalts der Beklagten an den Anwalt des Klägers vom 30. November 2012: Dem Kläger wird im Hinblick auf die am 14. November 2012 angekündigte neue Datenlieferung angeboten, in den nächsten zehn Tagen «die zur Übermittlung anstehenden Geschäftsunterlagen, die auch seinen Namen enthalten,» in den Räumlichkeiten der Beklagten einzusehen.

- Schreiben des Anwalts der Beklagten an den Anwalt des Klägers vom 21. Dezember 2012: Der Kläger habe im Zusammenhang mit der am 14. November 2012 angekündigten Datenlieferung darauf verzichtet, «die entsprechenden Dokumente bei uns vor Ort einzusehen». Die Beklagte habe nun entschieden, dem Widerspruch des Klägers nicht zu folgen. Die Unterlagen würden ab 7. Januar 2013, 18.00 Uhr, an die US Behörden übermittelt. Dem Kläger sei es «unbenommen, dagegen den Rechtsweg zu beschreiten».

- Schreiben des Anwalts der Beklagten an den Anwalt des Klägers vom 30. Mai 2013 (Urk. 13/42): Ankündigung einer weiteren «Übermittlung von Geschäftsunterlagen an US-Behörden». Dem Kläger wird mitgeteilt, dass er jene Unterlagen, die seinen Namen enthalten, bei der Beklagten einsehen könne. Wenn der Kläger von seinem Einsichtsrecht hätte Gebrauch machen wollen, hätte er dies der Beklagten bis zum 7. Juni 2013 schriftlich mitzuteilen gehabt. Sollte der Kläger «wiederum» auf das Einsichtsrecht verzichten, werde die Beklagte die «vom EDÖB» geforderte Güterabwägung vornehmen und dem Kläger das Ergebnis eröffnen.

- Schreiben des Anwalts der Beklagten an den Anwalt des Klägers vom 11. November 2013: Ankündigung einer weiteren «Übermittlung von Geschäftsunterlagen an US-Behörden». Dem Kläger wird mitgeteilt, dass zwei Dokumente seinen Namen enthielten. Diese Dokumente lägen für ihn bei der Beklagten zur Einsicht bereit. Wenn der Kläger von seinem Einsichtsrecht hätte Gebrauch machen wollen, hätte er dies der Beklagten bis zum 19. November 2013 schriftlich mitzuteilen gehabt. Sollte der Kläger «wiederum» auf das Einsichtsrecht verzichten, werde die Beklagte die «vom EDÖB» geforderte Güterabwägung vornehmen und dem Kläger das Ergebnis eröffnen.

5.2.4 Mit der Berufung stellt der Kläger die erwähnte Korrespondenz nicht in Frage. Vielmehr nimmt er vor Obergericht den Standpunkt ein, dass er von der Beklagten «hätte vollständig und durch Zurverfügungstellung von Kopien», informiert werden müssen, und zwar «vor jeder der 7 ihn betreffenden Übermittlungen an die US-Behörden». Die Vorinstanz habe aber die Frage, ob die Persönlichkeit des Klägers durch Unterlassung der «rechtsgenügenden» Information verletzt worden sei, «rechtsverweigernd» offen gelassen. Fest stehe sodann, dass vor den ersten vier Datenübermittlungen keine Vorabinformation erfolgte. Die vom Kläger vorpro-

zessual verlangten Kopien seien von der Beklagten mit Urk. 13/37 erst in diesem Prozess zusammen mit der Klageantwort vorgelegt worden.

5.2.5 Ausser Frage steht, dass die Beklagte Inhaberin einer Datensammlung im Sinne von Art. 3 lit. g DSG ist und dass dem Kläger gemäss Art. 8 DSG ein Auskunftsrecht zusteht, soweit diese Daten ihn betreffen. Grundsätzlich sind drei Formen der Auskunft denkbar, nämlich die mündliche Kenntnissgabe, die Einsichtgewährung und die Aushändigung (RUDIN, in SHK, Art. 8 DSG N 49). Gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG ist die Auskunft in der Regel schriftlich «in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie» zu erteilen. Seit BGE 125 II 321 E. 3 ist klar, dass der Inhaber der Datensammlung durch blosser Einsichtgewährung in die fraglichen Daten nur dann seiner Auskunftspflicht genügt, wenn die betroffene Person mit dieser Art der Auskunftserteilung einverstanden ist (in diesem Sinne auch: RUDIN, in SHK-DSG, Art. 8 N 51; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, BSK-DSG, Art. 8 N 50; ROSENTHAL, Handkommentar zum DSG, Art. 8 N 23). In einem neueren Leitscheid, der eine Genfer Bank betrifft, die, wie die Beklagte, dem DoJ Daten zu liefern hatte, wurde dies vom Bundesgericht denn auch bestätigt: Demnach hat der ehemalige Arbeitnehmer der Bank Anspruch auf Aushändigung von Kopien der Daten, die ihn betreffen und dem DoJ geliefert werden sollen (BGE 141 III 119 E. 7). Die Beklagte genügt daher durch ihr oben beschriebenes Verhalten ihren Auskunftspflichten nicht. Dennoch ist nur schwer nachzuvollziehen, warum der Kläger jeweils nicht wenigstens in einer ersten Phase von den Angeboten der Beklagten Gebrauch gemacht hat, die massgeblichen Akten an Ort und Stelle einzusehen. Auf Grund seiner früheren beruflichen Tätigkeit bei der Beklagten war er mit den zu übermittelnden Daten bestens vertraut, weshalb er ihre Bedeutung anlässlich der Akteneinsicht ohne weiteres hätte beurteilen können. Abwegig ist sodann der Vorwurf des Klägers an die Adresse der Beklagten, diese habe ihm die Daten in einer Version mit ungeschwärzten Kundennamen offen legen wollen, währenddessen die Daten an das DoJ mit geschwärzten Kundennamen zu liefern waren. Ein solches Vorgehen hätte dem Kläger die Beurteilung der zu liefernden Daten nämlich vielmehr erleichtert und nicht etwa erschwert. Auch wenn der Kläger auf das Angebot der Beklagten eingegangen wäre, die Daten zunächst in ihren Büroräumlichkeiten einzusehen, hätte er in einer späteren Phase dennoch die Vorlegung von Kopien seiner Daten verlangen können, wie das BGE 141 III 119 trefflich illustriert.

5.2.6 Fest steht nach dem Gesagten, dass die Beklagte im Hinblick auf die hier interessierenden sieben Datenlieferungen ihrer gesetzlichen Auskunftspflicht nicht genügt. Entgegen der Meinung des Klägers liegt in der Verletzung dieser gesetzlichen Pflichten, die gegebenenfalls gerichtlich durchgesetzt werden könnten (Art. 15 Abs. 4 DSG), allein noch keine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 DSG bzw. Art. 28, 28a bzw. 28l ZGB. Die hier interessierenden Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 des Klägers betreffen denn auch nicht die Durchsetzung des Auskunftsrechts



gemäss Art. 15 Abs. 4 DSG, sondern es sind Rechtsbegehren im Sinne von Art. 15 Abs. 1 DSG. Einzig wegen der Verletzung der Auskunftspflicht können solche Rechtsbegehren jedenfalls nicht gutgeheissen werden.

### 5.3 Inhalt der Datenlieferungen 1-7

5.3.1 Der Kläger weist mit der Berufung darauf hin, dass die Beklagte mit ihrer Klageantwort das Konvolut Urk. 13/37 vorlegte, welches die «verfahrensgegenständlichen Daten» enthalte.

5.3.2 Nach der Darstellung des Klägers enthält Urk. 13/37 jene Dokumente, welche die Lieferungen 1-7 betreffen und deren Vorlegung er durch das Urteil des Obergerichts vom 5. Dezember 2014 erstritten haben will. In der Folge habe er die Datenlieferungen 1-7 «zum Gegenstand des Verfahrens» gemacht und eine entsprechende Klageänderung beantragt, welche von der Vorinstanz durch Beschluss vom 21. Dezember 2016 zugelassen worden sei, wogegen die Beklagte sich beim Obergericht erfolglos gewehrt habe. Die Hinweise auf diese prozessualen Vorgänge sind richtig: Mit Berufungsentscheid vom 2. März 2017 wurde der Zulassungsbeschluss der Vorinstanz betreffend die neuen Rechtsbegehren 2 und 3 bestätigt. Aus dem Berufungsentscheid ergibt sich im Übrigen, dass dem Kläger das Konvolut Urk. 13/37 nicht erst mit der Klageantwort vom 23. Oktober 2015 zugänglich gemacht wurde, sondern bereits am 25. März 2015. Darauf wird denn auch mit der Berufung hingewiesen.

5.3.3 Das erwähnte Konvolut Urk. 13/37 dürfte gegen 300 Blätter aufweisen. Gemäss dem in der Berufung erwähnten Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 23. März 2017 enthalten die Beilagen zu diesem Schreiben die «Kopien der Dokumente, die Personendaten enthalten, welche an die amerikanischen Behörden übermittelt wurden». Näher erschlossen wurde das umfangreiche Konvolut indessen weder vom Kläger noch von der Beklagten. Um in den Rechtsschriften auf die persönlichkeitsverletzenden konkreten Passagen hinweisen zu können, wäre es allerdings nötig gewesen, die einzelnen Blätter des Konvoluts durch Paginierung zu erschliessen. Das wurde aber von keiner der Parteien gemacht. Sache des Gerichts ist das jedenfalls nicht. Angesichts der fehlenden Erschliessung des Konvoluts ist es den Parteien auch kaum möglich in ihren Rechtsschriften die hier interessierenden Passagen zu bezeichnen.

5.3.4 Mit den Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 verlangt der Kläger die gerichtliche Feststellung, dass die Datenlieferungen 1-7 «die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt haben». Der Kläger scheint davon auszugehen, dass die Berufungsinstanz die persönlichkeitsverletzenden Passagen im umfangreichen Konvolut zusammensuchen werde. Auch das ist nicht Sache des Gerichts. Die Berufungsinstanz hat die Frage vielmehr einzig anhand des angefochtenen Urteils und der Rechtsschriften des Berufungsverfahrens zu prüfen (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018 E. 4.1.4., zur Publikation bestimmt).

5.3.5 Aus dem angefochtenen Urteil ergeben sich keine Hinweise betreffend den Inhalt der Lieferungen 1-7. Namentlich ergeben sich auch kei-

ne Hinweise darauf, welcher Teil des Konvoluts Urk. 13/37 zu welcher Lieferung gehört. Mit der Berufung bezeichnet der Kläger diese Daten als «II.D.1-Daten» bzw. als «unstrukturierte Daten, wie E-Mails, Power-Point-Präsentationen, Berichte etc., welche im Zusammenhang mit möglicherweise nach US-Recht strafbarem Verhalten» stünden und den US-Behörden zu Strafverfolgungszwecken dienten. Mit dem Begriff «II.D.1-Daten» nimmt der Kläger auf die Klassifikation gemäss dem US-Programm Bezug. Diese «unstrukturierten» sog. «II.D.1-Daten» stellt er den «strukturierten» sog. «II.D.2-Daten» gegenüber, zu denen nach seiner Darstellung die mit Schreiben der Beklagten vom 7. Juli 2014 angekündigte weitere Datenlieferung gehört. Diese beiden Datengruppen würden von den US-Behörden miteinander verknüpft. Mit dem Hinweis auf die Fundstellen in seinen erstinstanzlichen Rechtsschriften belegt der Kläger, dass diese Argumentation vor Obergericht nicht neu ist.

Zu den vom Kläger beschriebenen Datengruppen ergibt sich aus dem US-Programm Folgendes: Gemäss Ziff. II.D.1 des US-Programms haben die betroffenen Banken im Rahmen der verlangten Zusammenarbeit mit den US-Behörden wie folgt zu kooperieren:

- Auskünfte über die Organisation und Beaufsichtigung des Cross-Border-Geschäfts (a);
- Auskünfte über die Namen derjenigen Personen, welche das Cross-Border-Geschäft strukturierten, betrieben und beaufsichtigten (b);
- Auskünfte über Anwerbung von Bankkunden und erbrachte Dienstleistungen(c);
- Dokumentation und Bereitschaft zu weiteren Auskünften (d);
- Bekanntgabe der Gesamtzahl von «U.S. Related Accounts» für bestimmte Zeiträume, Nennung des Gesamtdollarwerts (e).

Demgegenüber ergeben sich gemäss Ziff. II.D.2 des US-Programms für die kooperierenden Banken in einer späteren Phase u.a. die Pflichten, genauere Angaben zu den Konten zu liefern und namentlich auch die Namen und die Funktion von Bankangestellten zu nennen, so namentlich von sog. «Relationship Managers».

5.3.6 Wer sich auf den Standpunkt stellt, dass bestimmte Handlungen der Gegenpartei seine Persönlichkeit verletzen, trägt gemäss Art. 8 ZGB zunächst die Behauptungs- und allenfalls die Substantiierungs- und Beweislast (BGE 144 III 54 E. 4.1.1, 143 III 1). Was zu behaupten ist, ergibt sich unter der Herrschaft der Verhandlungsmaxime aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm (hier: Art. 15 Abs. 1 DSG in Verbindung mit Art. 28 ZGB). Zunächst hat eine solche Tatsachenbehauptung nicht alle Einzelheiten zu enthalten, denn es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden. Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angeehrte Rechtsfolge zulässt.

Eine weitere in Einzeltatsachen zergliederte weitere Substanziierung ist nur erforderlich, wenn die Gegenpartei die schlüssige Behauptung substantiiert bestritten hat (BGer 4A\_453/2017 vom 12. Juli 2018, E. 2.1., 2.2.1 und 2.2.2., zur Publikation bestimmt). Fehlt ein schlüssiger Tatsachenvortrag, muss das zur Abweisung der Klage führen.

Vorliegend erspart es sich der Kläger indessen, auch nur mit einem Wort zu sagen, welches denn die ihn betreffenden konkreten Daten sein sollen, die durch die einzelnen Datenlieferungen den US-Behörden übermittelt worden sein sollen und deren Übermittlung persönlichkeitsverletzend sein soll. Es hilft ihm namentlich nicht, in abstrakter Weise auszuführen, dass von der Beklagten «unstrukturierte Daten, wie E-Mails, Power-Point-Präsentationen, Berichte etc.» geliefert worden seien. Hätte er das Konvolut Urk. 13/37 – das ihm notabene gemäss eigenem Bekunden seit dem 25. März 2015 zur Verfügung stand – durch Paginierung erschlossen und alsdann bearbeitet, wäre er wohl in der Lage gewesen, im Laufe des Behauptungsverfahrens konkrete Behauptungen aufzustellen. Konkrete Behauptungen fehlen aber. Auch die Ausführungen des Klägers zu den «II.D.1"- und II.D.2"-Daten sind abstrakt und vermögen solche konkrete Behauptungen nicht zu ersetzen. Festzuhalten ist daher, dass im Zusammenhang mit den Lieferungen 1-7 konkrete und schlüssige Behauptungen des Klägers fehlen, welche die Annahme einer Persönlichkeitsverletzung durch die Beklagte erlaubten. Das muss ohne weiteres zur Abweisung der Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 des Klägers führen. Das angefochtene Urteil ist daher in Abweisung der Berufung, soweit angefochten, zu bestätigen.

#### 5.4 Systemrelevanz

Die Vorinstanz hat die Klage betreffend die Rechtsbegehren Ziff. 2 und 3 deshalb abgewiesen, weil die Beklagte eine systemrelevante Bank sei und die Datenlieferung daher im öffentlichen Interesse gelegen habe. Für den Zeitpunkt der Datenlieferung vermöge die Beklagte ein überwiegendes Interesse an der Datenübermittlung darzutun. Die Datenlieferungen seien daher nicht widerrechtlich. Da, wie ausgeführt, die Klage bereits aus anderem Grunde abzuweisen ist, kann offen bleiben, ob der Vorinstanz in diesem Punkte zu folgen ist.

(...)

Es wird beschlossen:

Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 12. Juni 2018 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage gutgeheissen wurde.

Es wird erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 12. Juni 2018 wird, soweit angefochten, bestätigt.

**Herausgabepflicht, Art. 321b OR; unechte Geschäftsführung ohne Auftrag, Geschäftsanmassung, Art. 423 Abs. 1 OR.**

Arbeitet der Arbeitnehmer ohne Zustimmung der Arbeitgeberin im Zusammenhang mit den von ihm für die Arbeitgeberin getätigten Autoverkäufen mit Versicherungen zusammen, um so Provisionseinkommen zu generieren, handelt es sich hierbei nicht um Einnahmen, die der Arbeitnehmer von Dritten für die Arbeitgeberin, sondern für sich selbst empfängt, womit sich eine Klage nur dann auf Art. 321b Abs. 1 OR stützen lässt, wenn der Gesetzeswortlaut weit ausgelegt wird. Die Lehre tut das teilweise, indem sie ausführt, dass alles, was der Arbeitnehmer in Verletzung der Interessen der Arbeitgeberin entgegengenommen habe, diesem gehöre, und zwar selbst dann, wenn der Zuwendungswille des Dritten zugunsten der Arbeitgeberin fehle (E. 4.3, 5.3). Erbringt der Arbeitnehmer unter Benutzung der Infrastruktur der Arbeitgeberin und ihres Marktauftrittes entgeltliche Leistungen für eine Versicherungsgesellschaft, indem er die ihm von seiner Arbeitgeberin anvertrauten Kundendaten an die Versicherung weiterleitet und so wirtschaftlich ausnützt, masst er sich Geschäfte seiner Arbeitgeberin an (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag). Gemäss Art. 423 Abs. 1 OR hat er der Arbeitgeberin die von ihm erzielten Vorteile herauszugeben (E. 6.1, 6.3.2, 6.3.3).

Sachverhalt:

Die C. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) ist in ... domiziliert und bezweckt die Beteiligung an Unternehmungen vorwiegend der Autobranche. Sie ist die Muttergesellschaft der D. AG sowie der Klägerin. Diese beiden Tochtergesellschaften bezwecken den An- und Verkauf von Automobilen.

Am 22. Oktober 2007 unterzeichneten die Parteien einen Arbeitsvertrag, gemäss welchem der Beklagte bei der Klägerin die Stellung eines Verkaufsberaters übernahm. Der Vertrag wurde ab 1. September 2007 wirksam, wobei in Ziff. 1 festgehalten wurde, dass als Eintrittsdatum der 1. November 2005 gelte, nämlich «das Eintrittsdatum des Arbeitnehmers bei der D. AG».

Ziff. 7 des Vertrages lautet wie folgt:

«(7.) Schweigepflicht

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und auch nach dessen Beendigung über sämtliche Geschäftsvorfälle Stillschweigen zu wahren. Alle Informationen und Kenntnisse (wie Verträge, Kundendaten, Lieferanten, EDV, Korrespondenz, Telefonate

etc.), die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit vernimmt, unterstehen dem Geschäftsgeheimnis und der Schweigepflicht."

Gemäss Arbeitsvertrag ist das Betriebsreglement der Klägerin Bestandteil des Vertrages; durch Unterzeichnung des Vertrages bescheinigte der Arbeitnehmer, dieses «gelesen und akzeptiert» zu haben (Ziff. 9). Ziff. 5 des bei den Akten liegenden Betriebsreglementes lautet wie folgt:

«(5.) Nebentätigkeit / Nebeneinnahmen

(5.1) Der Mitarbeiter leistet während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Arbeitgeberin keine Arbeit gegen Entgelt für Dritte.

(5.2) Sämtliche in Ausübung der Tätigkeit für die Arbeitgeberin von Kunden, Geschäftspartnern oder Dritten erhaltenen Gelder sind der Arbeitgeberin ohne Verzögerung abzuliefern. Von Kunden, Geschäftspartnern oder Dritten erhaltene Geschenke oder anderweitige Vorteile sind unverzüglich der Arbeitgeberin zu melden. Bei Verstoss gegen diese Regelung kann die fristlose Kündigung ausgesprochen werden."

Bei den Akten liegt der von der Klägerin für den Beklagten für das Jahr 2013 erstellte Lohnausweis. Gemäss diesem Lohnausweis verdiente der Beklagte im Jahre 2013 bei der Klägerin Fr. 121'018 brutto (mit Privatanteil Geschäftswagenvon Fr. 2'195.00) bzw. Fr. 108'353.00 netto. Im September 2014 erhob die Klägerin gegen den Beklagten den Vorwurf, er habe vertragswidrig und hinter ihrem Rücken Kunden von ihr verschiedene Versicherungen zugeführt und dafür Provisionen eingestrichen. Am 30. September 2014 übergab sie dem Beklagten eine «Arbeitsrechtliche Abmahnung», in der solches Verhalten als unzulässig erklärt wurde. Am 8. Oktober 2014 unterzeichneten die Parteien eine Änderung des Arbeitsvertrages. Danach wurde der Monatslohn des Klägers auf Fr. 8'000.– festgesetzt. Ab 1. September 2014 sollten sodann alle weiteren Zahlungen der Arbeitgeberin (13. Monatslohn, Gratifikationen, Provisionen) entfallen. Schliesslich kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 27. November 2014 das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten auf den 28. Februar 2015; gleichzeitig stellte sie ihn sofort frei.

Bei den Akten liegen die Vergütungsvereinbarung zwischen dem Beklagten als «Vermittler» und der EF. (im Folgenden «E.») vom 3. April 2012 sowie ein Nachtrag dazu vom 19. Dezember 2013. Ferner liegen bei den Akten die folgenden von der «E.» erstellten Lohnausweise für dem Beklagten ausbezahlte Provisionen (Gesamtbetrag Fr. 136'033.– brutto bzw. Fr. 127'531.– netto):

- Lohnausweis für das Jahr 2012: Bruttolohn Fr. 26'040.–;
- Lohnausweis für das Jahr 2013: Bruttolohn Fr. 57'710.–;
- Lohnausweis für das Jahr 2014: Bruttolohn Fr. 52'283.–.

Am 17. November 2016 reichte die Klägerin beim Friedensrichteramt Uster als der zuständigen Schlichtungsbehörde das Schlichtungsgesuch ein. Nach gescheiterter Schlichtungsverhandlung stellte der Friedensrichter am 18. Januar 2017 die Klagebewilligung aus. Mit Urteil vom 13. März 2018

wies das Arbeitsgericht Uster das klägerische Begehren auf Zahlung von Fr. 120'000.– durch den Beklagten an sie ab. Mit Eingabe vom 13. April 2018 erhob die Klägerin gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Die Klägerin verlangt vom Beklagten die von ihm in den Jahren 2012 bis 2014 von der «E.» erhältlich gemachten Provisionen heraus. Diese Provisionen stehen im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen für Automobile, welche vom Beklagten in den Jahren 2012 bis 2014 als einem von der Klägerin angestellten Fahrzeugverkäufer an deren Kunden vermittelt worden sind. In dieser Hinsicht interessiert in erster Linie, ob es zwischen den Parteien ausdrückliche oder stillschweigende Absprachen gab, welche die vom Beklagten im Rahmen seiner Tätigkeit für die Klägerin mit einer Versicherung erwirkten Provisionen betrafen.

4.2 Unbestritten und durch die Akten nachgewiesen sind die Wortlaute von Arbeitsvertrag und Betriebsreglement. Das Betriebsreglement ist gemäss Arbeitsvertrag dessen Bestandteil, und der Beklagte stimmte ihm durch seine Unterschrift unter den Arbeitsvertrag mit der Formel «gelesen und akzeptiert» zu. Die eingangs wiedergegebene Ziff. 5 des Betriebsreglementes verbietet dem Arbeitnehmer die «Arbeit gegen Entgelt für Dritte», solange nicht die schriftliche Zustimmung der Arbeitgeberin vorliegt. Ferner trifft den Arbeitnehmer eine Ablieferungspflicht für «sämtliche in Ausübung der Tätigkeit für die Arbeitgeberin» erhältlich gemachten Gelder, die von «Kunden, Geschäftspartnern oder Dritten» stammen. Darüber hinaus hat der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin die von solchen Personen «erhaltenen Geschenke oder andere Vorteile» zu melden. Schliesslich ist es dem Arbeitnehmer gemäss Ziff. 7 des Arbeitsvertrages verboten, Informationen über Verträge und Kundendaten an Dritte weiterzugeben.

4.3 Fest steht, dass die Klägerin dem Beklagten nie im Sinne von Ziff. 5.1 des Betriebsreglementes die schriftliche Zustimmung dafür erteilt hat, im Zusammenhang mit den von ihm für die Klägerin getätigten Autoverkäufen mit Versicherungen zusammenzuarbeiten, um so ein Zusatzeinkommen generieren zu können. Mit der Berufung weist die Klägerin auf ihre erstinstanzlichen Vorträge hin und führt aus, der Beklagte habe während des erstinstanzlichen Verfahrens nie behauptet, die Klägerin je über seine Zusammenarbeit mit der «E.» informiert zu haben. Auch sei im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben, dass der Beklagte die Klägerin nie «über seine enormen Geldempfänge informiert» habe. Dem hält der Beklagte mit seiner Berufungsantwort entgegen, der von der Klägerin an ihn gerichtete Vorwurf, er habe seine Nebentätigkeit vor seiner Arbeitgeberin verheimlicht, sei «von Beginn an bestritten» worden, «weil dem nicht so ist». Die Klägerin gehe auch nicht darauf ein, «dass nicht nur schriftliche Vereinbarungen gelten, sondern auch mündliche Abmachun-

gen, welche allerdings bewiesen werden müssen». Schon mit der Klageantwort habe der Beklagte «mehrmals» darauf hingewiesen, «dass bereits bei Eintritt als Angestellter bei der Berufungsklägerin die jeweiligen Mitarbeiter in das Geschäft der Versicherungstätigkeit eingeführt wurden.» Es sei dies ein Umstand, der «von der Berufungsklägerin in der Berufungsklage vollständig ignoriert, und somit nicht bestritten» worden sei.

Denkbar ist es, dass Vertragsparteien schriftlich getroffene Vereinbarungen mündlich oder konkludent abändern, wiewohl sie sich an und für sich die Schriftform vorbehalten haben. Wer sich aber auf eine solche ausserhalb der schriftlichen Verträge getroffene Vereinbarung berufen will, trägt dafür die Behauptungs- und damit verbunden auch die Beweislast. Diese Behauptungs- und Beweislast trifft hier den Beklagten. Mit der Berufungsantwort liefert der Beklagte allerdings kein einziges Aktenzitat, und auch vor Vorinstanz gestellte Beweisanträge wiederholt er nicht. Nicht aus der Berufungsantwort, sondern aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich zwar, dass der Beklagte mit der erstinstanzlichen Klageantwort solche Behauptungen aufgestellt hat. Dennoch legt er mit der Berufungsantwort – entgegen der Rechtsprechung (vgl. BGer 4A\_629/2017 vom 17. Juli 2018, E. 4.2., zur Publikation bestimmt) – nicht dar, an welchen dort gestellten Beweisanträgen er festhält, wiewohl er mit der Berufungsantwort ausdrücklich darlegt, dass derartige Behauptungen bewiesen werden müssten. Damit bleiben seine Behauptungen beweislos; auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens kann bei dieser Aktenlage verzichtet werden. Im Sinne eines obiter dictum sei zuhanden der Vorinstanz immerhin festgehalten, dass entgegen ihrer Auffassung ein allfälliges Beweisverfahren obligatorisch mit einer Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO eingeleitet werden müsste (vgl. BGer 5A\_503/2017 vom 14. Mai 2018, E. 3.2.; ZR 116/2017 Nr. 41 und ZR 115/2016 Nr. 45). Eine fehlende Beweisverfügung könnte unter Umständen zur Kassation des Endentscheides führen.

## 5. Ansprüche der Klägerin aus Art. 321b OR

5.1 Die Klägerin stützt ihre Forderung zunächst auf Art. 321b OR. Gemäss dieser Bestimmung hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber «über alles, was er bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen von Dritten erhält, wie namentlich Geldbeträge, Rechenschaft abzulegen und ihm alles sofort herauszugeben.» Es ist das eine Verpflichtung, die mit der allgemeinen Treupflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a OR zusammenhängt (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLF, Art. 321b N 1), wonach der Arbeitnehmer «die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren» hat (Art. 321a Abs. 1 OR). Von Belang ist im interessierenden Zusammenhang namentlich auch Art. 321a Abs. 3 OR, nach welcher Bestimmung der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeit gegen Entgelt für einen Dritten leisten darf, «soweit er dadurch seine Treupflicht verletzt, insbesondere den Arbeitgeber konkur-

renziert.» Das Betriebsreglement der Klägerin verbietet demgegenüber Nebentätigkeiten für Dritte generell.

5.2 Zunächst fragt es sich, wie der Wortlaut von Art. 321b Abs. 1 OR zu verstehen ist, nämlich ob durch ihn die Abschöpfung von Geldern vorgesehen ist, die der Arbeitnehmer «bei seiner vertraglichen Tätigkeit für diesen» für den Arbeitgeber erhalten hat, oder ob mit dem Wortlaut solche Gelder gemeint sind, die der Arbeitnehmer von Dritten für den Arbeitgeber (d.h. «für diesen») erhalten hat. Die französischen und italienischen Gesetzestexte bringen indessen Klarheit: Aus ihnen ergibt sich, dass vom Gesetzeswortlaut solche Gelder erfasst sind, die der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber von Dritten empfangen hat («Le travailleur rend compte à l'employeur de tout ce qu'il reçoit pour lui dans l'exercice de son activité contractuelle, ...») und «Il lavoratore deve presentare al datore di lavoro un rendiconto di tutto ciò che riceve per quest'ultimo da terzi nell'esercizio dell'attività contrattuale, ...») (in diesem Sinne auch: ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 321b OR N 2). Davon ist auszugehen.

5.3 Hier geht es fraglos nicht um Gelder, die der Beklagte von Dritten für die Klägerin, sondern für sich selber empfangen hat, so dass sich die Klage nur dann auf Art. 321b Abs. 1 OR stützen lässt, wenn der Gesetzeswortlaut weit ausgelegt wird. Die Lehre tut das teilweise, indem ausgeführt wird, dass alles, was der Arbeitnehmer in Verletzung der Interessen des Arbeitgebers entgegengenommen habe, diesem gehöre, und zwar selbst dann, wenn der Zuwendungswille des Dritten zugunsten des Arbeitgebers fehle (ZK-STAEHELIN/VISCHER, Art. 321b OR N 3). Umgekehrt wird in der Lehre immer wieder betont, dass vom Arbeitnehmer pflichtwidrig entgegengenommene und für ihn (d.h. nicht für den Arbeitgeber) bestimmte Schmiergelder nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, d.h. nach Art. 423 Abs. 1 OR, dem Arbeitgeber abzuliefern seien (BSK OR I- REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321a N 7 und Art. 321b N 1; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321b OR N 3; EMMEL, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 321b OR, N 1). Hier geht es allerdings nicht um eigentliche Schmiergelder, sondern um für den Arbeitnehmer bestimmte Lohnzahlungen von Dritten und damit verbunden um die Frage, ob die Früchte einer vertraglich verbotenen Nebentätigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber abgeschöpft werden können. Für den Arbeitgeber und damit für die Klägerin hat der Beklagte diese Lohnzahlungen der «E.» jedenfalls nicht entgegengenommen. Art. 321b und Art. 423 OR mögen sich teilweise überschneiden. Da vorliegend die Klage, wie zu zeigen sein wird, ohnehin gestützt auf Art. 423 OR gutzuheissen ist, kann offenbleiben, ob für die Klage auch Art. 321b OR eine Anspruchsgrundlage wäre.

6. Ansprüche der Klägerin aus Geschäftsanmassung gemäss Art. 423 OR

6.1. Die Klägerin stützt ihren Anspruch gegen den Beklagten weiter auf die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag. In Frage steht die sog. unechte Geschäftsführung ohne Auftrag gemäss Art. 423 Abs. 1 OR:



Indem der Geschäftsführer unberechtigt in die fremde Rechtssphäre des Geschäftsherrn eingreift, um so eigennützig Gewinn zu erzielen, usurpiert er dessen Geschäftsführung. Man spricht in diesem Zusammenhang daher auch von Geschäftsanmassung (BGE 133 III 153 E. 2.3, 129 III 422 E. 4, 126 III 69 E. 2a, 126 III 382 E. 4/b/ee, 97 III 169 E. 3). So gilt etwa die unberechtigte Untervermietung eines Mietobjektes als eine solche Geschäftsanmassung (BGE 129 III 422, 126 III 69). Ebenso liegt eine Geschäftsanmassung vor, «wenn mit entwendeten Aufnahmen eines Fotomodells ein Gewinn erwirtschaftet wird, den durch eigene Verwertung das Model hätte erzielen können» (so wörtlich BGE 133 III 153 E. 2.3.). Solche eigennützige Eingriffe in den fremden Geschäftsbereich sind in der Regel mit einer Verletzung einer Treuepflicht belastet (BSK OR I-WEBER, Art. 423 N 1). Wird durch den Eingriff in eine fremde Rechtssphäre die Führung eines fremden Geschäfts angemasst, ist der Geschäftsherr, dessen Geschäftsführung usurpiert worden ist, gemäss Art. 423 Abs. 1 OR berechtigt, sich die aus der Führung seiner Geschäfte entspringenden Vorteile anzueignen. In diesem Zusammenhang spricht man von Vorteilsabschöpfung oder Gewinnherausgabe (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2).

6.2 Die Vorinstanz möchte Art. 423 OR deshalb nicht zur Anwendung bringen, weil im Zusammenhang mit einem arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbot «angesichts der besonderen Zielrichtung des Arbeitsrechts die Rechtsfolge einer Gewinnabschöpfung durch die in Art. 340b OR normierte Sanktion verdrängt werde». Zu Recht rügt die Berufung diese Argumentation als verfehlt: Art. 340b OR regelt nämlich die Folgen der Verletzung eines Konkurrenzverbotes seitens des Arbeitnehmers. In Frage steht hier aber nicht ein Konkurrenzverbot gemäss Art. 340 OR, welches definitionsgemäss den Zeitraum nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beschlägt. Ein solches Konkurrenzverbot haben die Parteien nicht thematisiert und ist daher hier auch nicht zu prüfen. Die Berufungsantwort äussert sich dazu nicht, so wie sie sich ganz generell zur Anwendbarkeit von Art. 423 OR nicht äussert.

6.3 Die Vorinstanz verneint die Anwendbarkeit von Art. 423 OR sodann mit der weiteren Begründung, die Klägerin «suggeriere» lediglich, dass «die Verwendung der Kundendaten zur Versicherungsvermittlung bzw. der gesamte vorerwähnte Handlungsablauf» ihrer Geschäftssphäre zuzuordnen sei. Indessen habe die Klägerin nie behauptet, dass sie gemäss Datenschutzgesetz zur Weitergabe der Kundendaten berechtigt gewesen wäre. Sie dürfe daher diese Daten nicht ausbeuten. Eine Gewinnabschöpfung komme schon deshalb nicht in Frage, weil «die Vermittlung von Versicherungen nach der zwischen den Parteien geltenden Vertragsordnung eben genau nicht ausschliesslich der Klägerin zugewiesen» gewesen sei. Auch das beanstandet die Berufung zu Recht.

6.3.1 Gemäss Arbeitsvertrag und Betriebsreglement war dem Beklagten jegliche Nebentätigkeit verboten. Ferner war ihm durch den Arbeitsvertrag ausdrücklich verboten, Kundendaten (einschliesslich Informa-

tionen über Verträge) an Dritte weiterzugeben. Über diese Verbote setzte sich der Beklagte indessen hinweg und übte eine Nebentätigkeit überdies nicht etwa ausserhalb des Betriebes der Klägerin, sondern gar bei der Ausübung seiner vertraglichen Tätigkeit als Fahrzeugverkäufer aus, indem er Informationen, die ihm ausschliesslich auf Grund seiner dienstlichen Stellung zukamen, an die «E.» gleichsam verkaufte. Dabei strich er Versicherungsprovisionen ein, die im Zusammenhang mit den von ihm im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit für die Klägerin zu tätigen Autoverkäufen standen. Dergestalt kamen ihm als Nebenprodukt seiner dienstlichen Tätigkeit hohe Provisionsleistungen der Versicherung zu. Er schloss mit der «E.» gar schriftliche Vergütungsvereinbarungen ab, die er seiner Arbeitgeberin indessen nie offenlegte. Durch seine verbotene Nebentätigkeit erzielte der Beklagte ein Zusatzeinkommen, das – ausgehend von dem ihm für seine Tätigkeit als Fahrzeugverkäufer von der Klägerin bezahlten Lohn – als ganz erklecklich bezeichnet werden muss. Der Beklagte selber beschreibt in der Berufungsantwort seine Tätigkeit so: «Es ist unbestritten geblieben, dass der Berufungsbeklagte während der Dauer seiner Anstellung als Verkaufsberater der Berufungsklägerin für die Weiterleitung von Kundendaten eine Provision und somit einen Lohn erzielt hat. Zudem ist auch unbestritten geblieben, dass der Berufungsbeklagte während dieser Anstellungszeit für seine Tätigkeiten entlohnt wurde.»

6.3.2 Die Vorinstanz stellt mit dem angefochtenen Urteil in Abrede, dass der Beklagte mit seiner Nebentätigkeit in die Geschäftssphäre der Klägerin eingedrungen sei. Diese Rechtsauffassung der Vorinstanz kann nicht nachvollzogen werden: Kundenbeziehungen und Kundendaten gehören zu den immateriellen Werten eines Unternehmens. Im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Gargagenunternehmens im Sinne eines sog. Betriebskaufs oder «Asset Deals» (vgl. zum Gegensatz zwischen Gesellschaftsverkauf oder «Share Deal» und Betriebskauf: SCHENKER, Unternehmenskauf, Zürich 2016, S. 19-22) hielt das Bundesgericht fest, dass ein Unternehmen als «wirtschaftliche Einheit» verkauft werden könne; Vertragsgegenstand bilde «das Unternehmen oder Gewerbe, welches die Käufer fortführen» wollen (BGer 4A\_97/2016 vom 11. August 2016, E. 2.3). In dem vom Bundesgericht beurteilten Fall waren unter anderem «sämtliche Kundenbeziehungen und Kundendaten» ausdrücklich Gegenstand des Kaufvertrages. Gemäss den Rechnungslegungsvorschriften des OR, nämlich gemäss Art. 959a Abs. 1 Ziff. 2 lit. d OR, sind denn auch immaterielle Werte des Unternehmens zu bilanzieren. Dazu gehört unter anderem auch der sog. Goodwill, dem die an und für sich nicht bilanzierungsfähigen Vermögenwerte zuzurechnen sind. Bestandteile des sog. Goodwills sind etwa Ertragskraft, positive Zukunftserwartungen, das Know-How, der Ruf des Unternehmens, seine Mitarbeiterqualität und namentlich auch sein Kundenstamm und seine Kundendaten (BSK OR II-NEUHAUS/GERBER, Art. 959a N 48). Kundenstamm und Kundendaten stellen daher einen Vermögenswert dar, der zwar kaum bezifferbar ist, aber durchaus mit Ge-

winn bewirtschaftet werden kann. Es ist dies ein Vermögenswert, der einzig dem Unternehmen und weder seinem Management noch seinen Mitarbeitern zusteht. Damit steht fest, dass der Beklagte durch seine Zusammenarbeit mit der «E.» über längere Zeit in die Geschäftssphäre seiner Arbeitgeberin eingegriffen und deren Vermögenswerte eigennützig ausgebeutet hat. In Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten hatte der Beklagte für die Klägerin Automobile zu verkaufen. Damit kam er unweigerlich in Kontakt mit Kunden der Klägerin, die im Hinblick auf den aktuellen Autokauf wohl fast durchwegs ein Potential für Versicherungsabschlüsse mit sich brachten. Nur deshalb war es dem Beklagten möglich, durch seine geheimen und vertragswidrigen Absprachen mit der «E.» ein hohes Nebeneinkommen zu erwirtschaften. Wäre der Beklagte nicht als Automobilverkäufer tätig gewesen, sondern z.B. als Verkäufer für Herrenmode oder Backwaren, dann hätte ihm die «E.» die Zusammenarbeit nicht angeboten, denn in einem solchen Falle wäre die für die Versicherung und den Beklagten in gleicher Weise lukrative Nebentätigkeit undenkbar gewesen. Der Klägerin ist daher zuzustimmen, wenn sie geltend macht, dass der Beklagte unter Benutzung ihrer Infrastruktur und ihres Marktauftrittes für die «E.» entgeltliche Leistungen erbracht habe, indem er die ihm von seiner Arbeitgeberin anvertrauten Kundendaten an die Versicherung weitergeleitet und so wirtschaftlich ausgenutzt hat. Das Verhalten des Beklagten lässt sich ohne weiteres mit den oben erwähnten und vom Bundesgericht unter Art. 423 Abs. 1 OR subsumierten Fällen vergleichen. Damit ist davon auszugehen, dass sich der Beklagte durch sein beschriebenes Vorgehen im Sinne der erwähnten Gesetzesvorschrift Geschäfte seiner Arbeitgeberin angemasst hat.

6.3.3 Gemäss Art. 423 Abs. 1 OR hat der Beklagte der Klägerin die von ihm erzielten Vorteile herauszugeben (BGE 143 III 297 E. 8.2.5.2). Die Klägerin fordert vom Beklagten einen Betrag von Fr. 120'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2015. Mit der Berufung macht sie geltend, dass das Quantitativ ihrer Klage im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben sei. Dazu äussert sich die Berufungsantwort nicht. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich zwar, dass der Beklagte die Klage immerhin im Grundsatz bestritten hat; eine Bestreitung des Quantitativs der Klage durch den Beklagten ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil aber nicht. Damit steht fest, dass im Prozess das Quantitativ der Klage unbestritten geblieben ist. Das führt zu Gutheissung von Berufung und Klage auf der ganzen Linie.

(...)

Es wird erkannt:

In Gutheissung von Berufung und Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin den Betrag von Fr. 120'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 1. März 2015 zu bezahlen.

*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. November 2018 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 7. Mai 2018)*

**Verrechnung des Lohnes mit Gegenforderungen aus Treuepflichtverletzungen; nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht, Art. 321a Abs. 4 OR.**

Will die Arbeitgeberin eine Verrechnung des Lohnes mit Gegenforderungen aus Treuepflichtverletzungen geltend machen, so hat sie die Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer, den entstandenen Schaden sowie den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und eingetretenem Schaden zunächst substantiiert darzulegen und sodann gestützt auf Art. 8 ZGB zu beweisen. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 3 und Abs. 4 OR besteht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur noch in Form einer Verschwiegenheitspflicht weiter, jedoch nicht mehr als Verbot, die im Dienst der Arbeitgeberin erfahrenen, geheim zu haltenden Tatsachen zu verwerthen. Insbesondere kann der Kundenkreis auch dann nicht unter ein nachvertragliches Verwertungsverbot fallen, wenn er geheim ist, da ansonsten die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes überflüssig wäre. Aus der nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht kann deshalb kein Verbot abgeleitet werden, Adressen und Telefonnummern der betreuten Kunden zu verwenden und diese Informationen Dritten zugänglich zu machen bzw. mit diesen Kunden von sich aus in Kontakt zu treten (E. 4. und 11.).

Sachverhalt:

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, welche die Finanzierung von Prozessen Dritter bezweckt. Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 1. Januar 2016 zuerst als Leiter Case Management und ab dem 1. Dezember 2016 zusätzlich als stellvertretender Geschäftsführer, mithin Mitglied der Geschäftsleitung, zu einem Pensum von 100% tätig. Das Arbeitsverhältnis endete am 31. Oktober 2017, nachdem die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 6. Juli 2017 unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten gekündigt und ihn mit Schreiben vom 25. August 2017 mit sofortiger Wirkung freigestellt hatte. Vorinstanzlich forderte der Kläger den Restlohn für den Monat Juli 2017 in der Höhe von Fr. 6'670.10 netto, eine Spesenentschädigung für August 2017 in der Höhe von Fr. 864.90 und den Verzugszins von Fr. 5.30 für die verspätet ausbezahlten Kinderzulagen des Monats Juli 2017. Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend, die klägerischen Forderungen seien mit ihren Gegenforderungen aus Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages (Minderleistung) sowie aus Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht seitens des Klägers zu verrechnen.

Am 7. Mai 2018 erliess das Arbeitsgericht Zürich folgendes Urteil: Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Lohn für Juli 2017 in der Höhe von Fr. 6'670.10 sowie Spesenaufwendungen in der Höhe von Fr. 864.90 zu bezahlen. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte Berufung

Aus den Erwägungen:

3.

Die Vorinstanz ging in ihrem Urteil davon aus, die klägerische Restlohnforderung für den Monat Juli 2017 im Umfang von Fr. 6'670.10, der Anspruch des Klägers auf Spesenentschädigung im Umfang von Fr. 864.90 und der vom Kläger geltend gemachte Verzugszins von Fr. 5.30 seien ausgewiesen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz wurden von der Beklagten im Berufungsverfahren nicht gerügt. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet damit einzig noch die Frage, ob die Beklagte im Umfang dieser Forderungen über Verrechnungsansprüche verfügt. Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Beklagte dabei nicht bloss Gegenforderungen aus Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht seitens des Klägers, sondern auch solche aus Schlechterfüllung des Arbeitsvertrages durch den Kläger (Minderleistung) geltend. Im Einzelnen führte sie dabei folgende Schadenspositionen auf: (1.) Minderleistung infolge Ausübung nicht genehmigter Nebentätigkeiten durch den Kläger von mindestens 2.15% des Bruttojahresgehaltes von Fr. 350'000.-; (2.) nicht bezifferbarer «externer» Schaden aus der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht seitens des Klägers; (3.) «interner» Schaden aus der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht von insgesamt Fr. 18'189.05.

Die Vorinstanz kam hinsichtlich sämtlicher Verrechnungsforderungen der Beklagten zum Schluss, dass die Beklagte deren Anspruchsgrundlagen nicht substantiiert dargelegt habe. In ihrer Berufungsschrift thematisiert die Beklagte nur noch die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht resp. die missbräuchliche Verwendung von Geschäftsgeheimnissen durch den Kläger. Ausserdem bezieht sie sich bloss auf den vorstehend erwähnten «internen» Schaden von Fr. 18'189.05. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist daher lediglich zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Unrecht den verrechnungsweise geltend gemachten Schadenersatzanspruch der Beklagten in der Höhe von Fr. 18'189.05 aus der Verletzung der Verschwiegenheits- bzw. Geheimhaltungspflicht verneinte.

4.

Will eine Arbeitgeberin eine Verrechnung des Lohnes mit Gegenforderungen aus Treuepflichtverletzungen geltend machen, so hat sie – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – die Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer, den entstandenen Schaden sowie den natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Vertragsverletzung und eingetretenem Schaden zunächst substantiiert darzulegen und sodann gestützt auf Art. 8 ZGB zu beweisen. Hinsichtlich der grundsätzlichen rechtlichen

Prämissen in Bezug auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 3 und Abs. 4 OR kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden. Ergänzend ist festzuhalten, dass die Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nur noch in Form einer Verschwiegenheitspflicht weiter besteht, jedoch nicht mehr als Verbot, die im Dienst des Arbeitgebers erfahrenen, geheim zu haltenden Tatsachen zu verwerten. Insbesondere kann der Kundenkreis auch dann nicht unter ein nachvertragliches Verwertungsverbot fallen, wenn er geheim ist, da ansonsten die Vereinbarung eines Konkurrenzverbotes überflüssig wäre. Aus der nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht kann deshalb kein Verbot abgeleitet werden, Adressen und Telefonnummern der betreuten Kunden zu verwenden und diese Informationen Dritten zugänglich zu machen bzw. mit diesen Kunden von sich aus in Kontakt zu treten. Will eine Arbeitgeberin die Verwertbarkeit der Kenntnisse des Kundenkreises seitens des Arbeitnehmers schützen, so ist sie gehalten, mit diesem ein entsprechendes Konkurrenzverbot zu vereinbaren und ihm damit das Eingehen von Geschäftsbeziehungen mit den Kunden der Arbeitgeberin zu untersagen. Auch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der blosser Einblick in den Kundenkreis keinesfalls ein besonderes Geheimnis im Sinne von Art. 321a Abs. 4 OR darstellen, bezüglich dessen der Arbeitnehmer auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet wäre (BGE 138 III 67 = Pra 101 Nr. 76, E. 2.3.2).

Vorliegend ist unbestritten, dass zwischen den Parteien kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde, sondern lediglich eine Verpflichtung des Klägers zur Verschwiegenheit über alle im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Leiter Case Management stehenden Wahrnehmungen, wobei diese Verpflichtung auch über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus gelten sollte. Die Verschwiegenheitsverpflichtung gemäss Ziffer VIII des Arbeitsvertrages vom 26. Oktober 2015 resp. 17. November 2015 geht inhaltlich nicht weiter als die Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 4 OR.

(...)

11.

Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt und wie die vorherigen Ausführungen nochmals erhellen, sind die Vorbringen der Beklagten im Zusammenhang mit den angeblich vom Kläger begangenen Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht in allen drei Fällen sehr vage. Sie erschöpfen sich letztlich allesamt im Vorwurf, der Kläger sei mit den jeweiligen Anspruchsinhabern resp. Kunden der Beklagten in Kontakt getreten, um der Beklagten den entsprechenden Fall wegzunehmen. Dabei differenziert die Beklagte nicht klar zwischen dem Vorwurf der Verschwiegenheitspflichtverletzung während und derjenigen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Nach Angaben der Beklagten sollen sich die Sachverhalte aus den drei geschilderten Fällen zwar allesamt nach Beendigung

des Arbeitsverhältnisses ereignet haben, doch hält die Beklagte an anderer Stelle wiederum fest, der Kläger habe sich unmittelbar nach seiner Freistellung Geschäftsgeheimnisse zu Nutze gemacht, um sich um den betreffenden Fall zu bemühen. Des Weiteren führt die Beklagte zwar aus, der Kläger habe aufgrund seiner damaligen Position Einsicht in alle Geschäftsakten der finanzierten und der noch zu prüfenden Fälle gehabt, doch umschreibt sie keine konkreten Geheimnisse oder Kenntnisse, welche der Kläger sich zu Nutze gemacht haben soll, um der Beklagten nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Geschäfte wegzunehmen. Soweit sie im blossen Einblick in den Kundenkreis ein solches Geheimnis sieht, ist darauf hinzuweisen, dass aus der nachvertraglichen Verschwiegenheitspflicht kein Verbot abgeleitet werden kann, Adressen und Telefonnummern der betreuten Kunden zu verwenden bzw. mit diesen Kunden in Kontakt zu treten. Zwar kann die Beklagte nicht wissen, was genau im Rahmen der unbestrittenenmassen erfolgten Kontakte zwischen dem Kläger und den Anspruchsinhabern besprochen wurde, zumal seitens der Beklagten niemand daran beteiligt war und die diesbezüglichen Tatsachen damit ausserhalb der Sphäre der Beklagten liegen. Insofern dürfen an die Behauptungen hinsichtlich des Inhalts der Kontakte keine allzu hohen Anforderungen an den Detaillierungsgrad gestellt werden. Nichtsdestotrotz muss das Gericht aufgrund der Parteivorbringen zum tatsächlichen Geschehensablauf in der Lage sein, zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Bestand des geltend gemachten Rechts vorliegen.

Selbst wenn die Umschreibung der Verschwiegenheitspflichtverletzungen vorliegend als genügend substantiiert erachtet würde, so stellen sich hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen der geltend gemachten Schadenersatzforderung weitere Probleme. Bereits der von der Beklagten verwendete Begriff «interner Schaden» wirft Fragen auf. Die Beklagte führt unter diesem Titel folgende Aufwandpositionen auf: (1.) Aufwand Dr. X1.: 10 Std. à Fr. 600.–, total Fr. 6'000.–; (2.) Aufwand RA X.: 20 Std. à Fr. 450.–, total Fr. 9'000.–; (3.) Aufwand interner IT-Spezialist: 10 Std. à Fr. 225.–, total Fr. 2'250.–; (4.) Aufwand externer IT-Spezialist: gemäss Rechnung Fr. 935.05.

Hinsichtlich der ersten drei Positionen führt die Beklagte lediglich pauschal aus, sie habe sämtliche Akten durchsehen, den E-Mailverkehr überprüfen und sich strategisch überlegen müssen, was zu tun sei. Damit ist der «interne» Schaden nicht ansatzweise ausreichend substantiiert. Auch erhellt aus diesen dürftigen Vorbringen nicht, ob die Beklagte an die bei ihr angestellten Personen (Dr. X1., RA X., interner IT-Spezialist) auch tatsächlich Zahlungen tätigte oder ob sie den entsprechenden «internen» Schaden nur gegenüber dem Kläger in Rechnung stellen will. Immerhin weisen sowohl der Begriff «interner Schaden» als auch der Umstand, dass die Beklagte hinsichtlich dieser drei Positionen keine Rechnungen erwähnt, darauf hin, dass es sich dabei bloss um kalkulatori-

sche Positionen handelt. Diesfalls läge von vornherein kein Schaden im Rechtssinne vor, zumal ein solcher definitionsgemäss eine Vermögensverminderung – sei es durch Verminderung der Aktiven, durch Vermehrung der Passiven oder im Sinne eines entgangenen Gewinnes – voraussetzt.

Sodann fehlt es hinsichtlich der behaupteten – und vom Kläger bestrittenen – «internen» Schadenspositionen an Beweisofferten seitens der Beklagten. Zwar erwähnt die Beklagte im Zusammenhang mit ihrer vierten Aufwandposition (externer IT-Spezialist, Fr. 935.05) eine Rechnung, doch wird diese weder eingereicht, noch als Beweismittel genannt. Auch in Bezug auf die ersten drei Aufwandpositionen unterlässt die Beklagte die Bezeichnung entsprechender Beweismittel. Entgegen der Ansicht der Beklagten könnte daher nicht auf der Grundlage des Ergebnisses des Beweisverfahrens festgestellt werden, inwiefern ihr ein ersatzfähiger Schaden entstanden sein soll.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass selbst die Beklagte vorbringt, ihre behaupteten Massnahmen hätten dazu gedient, zu ermitteln und zu prüfen, ob bei ihr ein Informationsleck bestanden habe, resp. ob der Kläger «auch noch in anderen Fällen wie in den beschriebenen Fällen» vorgegangen sei. Die Beklagte selbst spricht von Schadensbegrenzungsmassnahmen. Daraus folgt, dass – selbst wenn der Kläger in den von der Beklagten geschilderten Fällen Verletzungen der Verschwiegenheits- resp. Geheimhaltungspflicht begangen hätte und der interne Schaden der Beklagten ausgewiesen wäre – eine Zuordnung des «internen» Schadens zu den einzelnen Pflichtverletzungen von vornherein nicht möglich wäre und es daher an einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den Vertragsverletzungen und dem Schaden mangeln würde.

Insgesamt wurde das Gericht somit aufgrund der Parteivorbringen der Beklagten nicht in die Lage versetzt, die Begründung für den verlangten Schaden plausibel nachzuvollziehen, weil die Beklagte es unterlassen hat, die einzelnen Voraussetzungen ihres Verrechnungsanspruchs genügend darzulegen. Der Sachverhalt wurde insgesamt nur dürftig begründet, weshalb die Schilderung als Beweis- und Urteilsgrundlage als völlig ungenügend erachtet werden muss, wie dies die Vorinstanz zutreffend feststellte. Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Vorinstanz somit zu Recht kein Beweisverfahren durchgeführt, weil die erforderlichen Tatsachenbehauptungen fehlen. Die entsprechende Kritik der Beklagten am vorinstanzlichen Urteil ist damit unbegründet, weshalb die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).



*Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19. Dezember 2018 (Bestätigung des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich vom 6. Februar 2018)*

**Art. 8 DSG; Auskunft über einen Eintrag im Global Tracking System (GTS) einer Bank.**

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass die beklagte Bank selbst nicht behauptete, dass im Bankengesetz oder einer dazugehörigen Verordnung eine Einschränkung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSG vorgesehen sei. Zu Recht ging die Vorinstanz davon aus, dass die Frage, inwieweit die Auskunft der Beklagten im konkreten Fall bestehe, die Frage betreffe, ob überwiegende Drittinteressen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG (z.B. des Schutzes der Anonymität der Informanten) oder überwiegende Eigeninteressen im Sinne von Art. 9 Abs. 4 DSG einer Auskunfterteilung entgegen stehen würden. Solche Dritt- oder Eigeninteressen könnten allenfalls zu einer Verweigerung, Einschränkung oder Aufschiebung des Auskunftsrechts führen. Dies würde eine Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen des Auskunftsberechtigten und des Inhabers der Datensammlung erfordern. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist eine solche Interessenabwägung dem Gericht jedoch im vorliegenden Fall gänzlich verunmöglicht, weil – nachdem die Auszüge betreffend den Kläger aus dem GTS als unzulässige Noven zu qualifizieren und daher nicht zu beachten sind – keine Angaben vorliegen, um welche Informationen es sich beim fraglichen GTS-Eintrag handelt. Eine Abwägung der gegensätzlichen Interessen ist deshalb nicht möglich (E. 3.c).

**Sachverhalt:**

Der Kläger bewarb sich im Dezember 2015 erfolgreich um eine Stelle als «Business Manager – ... Distribution» bei der A. in London. Er hätte die Stelle per 1. Februar 2016 antreten sollen. Die Beklagte annullierte die Anstellung bei der Beklagten in London jedoch noch vorher, nachdem im Zuge eines Hintergrund-Checks ein Eintrag im Global Tracking System (GTS) der Beklagten aufgetaucht war.

Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren Auskunft über den Inhalt des Eintrages im GTS. Die Beklagte wehrt sich im Wesentlichen mit drei Argumenten gegen das Begehren des Klägers: Erstens stellt sie sich auf den Standpunkt, es handle sich gar nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Zweitens bestreitet sie die Passivlegitimation. Dateninhaberin sei heute nicht mehr sie, sondern die A1. AG. Und drittens stünden überwiegende Interessen einer Auskunft an den Kläger entgegen.

Mit Urteil vom 6. Februar 2018 des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich wurde das Begehren des Klägers vollumfänglich gutgeheissen, nämlich: die Beklagte sei unter Androhung der Überweisung an den Straf-

richter zur Bestrafung ihrer Organe gemäss Art. 292 StGB zu verpflichten, dem Kläger im Sinne von Art. 8 DSG umfassend Auskunft über dessen Eintrag im «Global Tracking System» der Beklagten zu geben und dem Kläger namentlich Inhalt, Zweck, Herkunft und Verwendung dessen Eintrages schriftlich und unter Beilage eines Ausdrucks des Eintrages mitzuteilen. Hiegegen erhob die Beklagte Berufung.

Aus den Erwägungen:

2.

a) Die Beklagte stellte sich auch im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, dass ihre Passivlegitimation nicht gegeben sei. Per 6. Juni 2017 sei innerhalb des A.-Konzerns eine Restrukturierung erfolgt, als deren Folge unter anderem das GTS von der Beklagten über die nunmehr gelöschte A1. Switzerland AG auf die A1. AG übertragen worden sei. Damit sei letztere seit dem 6. Juni 2017 für die Führung des Risikomanagements verantwortlich und somit Inhaberin der Datensammlung von GTS. Demzufolge sei die Beklagte für den eingeklagten Anspruch nicht passivlegitimiert.

b) Die Vorinstanz hatte ausführlich begründet, weshalb die Passivlegitimation der Beklagten gegeben sei und die Übertragung des GTS von der Beklagten auf die A1. AG nicht relevant sei. Diesen Ausführungen kann vollumfänglich beigelegt werden; es kann deshalb auf sie verwiesen werden. Die Beklagte unterlässt es, sich mit diesen Erwägungen der Vorinstanz im Detail auseinanderzusetzen. Sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, ihre bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Argumente zu wiederholen. Diese pauschalen Vorbringen genügen den Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht; es ist deshalb darauf nicht näher einzugehen. Die Beklagte kritisiert auch, dass die Vorinstanz zu dieser Thematik kein Beweisverfahren durchgeführt habe, obwohl sie Beweismittel genannt habe.

Vorab ist hiezu anzumerken, dass die von der Beklagten auf den S. 14, 15 und 20 des vorinstanzlichen Protokolls genannten weiteren Beweisofferten ungenügend sind. Im zweiten Parteivortrag hätte die Beklagte ihre Beweismittel abschliessend nennen und einreichen (Art. 221 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. d ZPO), d.h. die einzelnen Dokumente bzw. Urkunden konkret bezeichnen müssen. Mit der Beweisverfügung (Art. 154 ZPO) erfolgt grundsätzlich keine Aufforderung, weitere Beweismittel zu nennen. Dem Schreiben der Beklagten vom 31. Oktober 2017 ist auch nicht zu entnehmen, dass sie solches erwartete. Eine pauschale Beweisofferte, wie sie von der Beklagten vorliegend teilweise gemacht wurde («Auszüge aus den vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten und der A1. AG», vgl. Prot. I S. 14, 15 und 20), genügt diesen Anforderungen jedenfalls nicht. Zu Recht hat die Vorinstanz vorliegend jedoch überhaupt auf ein Beweisverfahren verzichtet. Die Vorinstanz hatte im Wesentlichen angenommen,

dass die Beklagte den Unterschied zwischen der Inhaberschaft der Datensammlung und der Zuständigkeit für die Bearbeitung der Daten nicht beachte. Die Beklagte habe selber eingeräumt, dass sie von der A1. AG wenn nötig Auskunft über Daten erhalte. Unbestritten sei auch, dass die Beklagte genau wisse, welche Daten über den Kläger im GTS gespeichert seien. Genau aufgrund dieser Daten sei ja der Arbeitsvertrag mit dem Kläger annulliert worden. Die Beklagte sei daher ohne weiteres in der Lage, dem Kläger die gewünschte Auskunft zu erteilen. Zu diesen Schlussfolgerungen äusserte sich die Beklagte im Berufungsverfahren nicht. Da diese Tatsachen, auf welche die Vorinstanz ihre Argumentation stützt, aber wie erwähnt, auch von der Beklagten schon vor Vorinstanz nicht bestritten wurden, konnte die Vorinstanz auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichten. Ein solches ist nur erforderlich, wenn rechtserhebliche Tatsachen bestritten werden (Art. 150 ZPO). Die Beklagte unterliess es denn auch, im Berufungsverfahren konkret darzulegen, über welche strittigen Tatsachen die Vorinstanz hätte Beweis abnehmen müssen und welche Beweismittel dafür relevant gewesen wären. Abschliessend ist noch festzuhalten, dass die Beklagte selbst den Beweis für die vorinstanzliche Annahme, dass sie ohne Weiteres in der Lage sei, dem Kläger die gewünschten Auskünfte zu erteilen, in optima forma erbrachte, indem sie selbst (und nicht die A1. AG) dem Kläger einen Auszug aus dem GTS zukommen liess.

Zusammenfassend ist demgemäss davon auszugehen, dass die Passivlegitimation der Beklagten zu bejahen ist.

3.

a) Die Beklagte stellte sich im vorinstanzlichen Verfahren auf den Standpunkt, dass sie die vollständige Auskunft über den Eintrag des Klägers im GTS verweigern dürfe. Nach Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO könne das Auskunftsrecht verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden, sofern dies ein Gesetz im formellen Sinn vorsehe. Sie sei zur Führung eines effizienten und funktionierenden Risikomanagements gestützt auf das Bankengesetz, namentlich Art. 3f Abs. 2 BankG, verpflichtet. Essentieller Baustein des Risikomanagements und namentlich des GTS sei die Beschaffung und Kultivierung von Informationen, um allfällige Risiken effizient erfassen und damit die operative Umsetzung des Risikomanagements gewährleisten zu können. Nebst den allgemein zugänglichen und ihr aufgrund der operativen Tätigkeit bereits zur Verfügung stehenden Informationen beschaffe sie sich weitere Informationen unter anderem auch durch Dritte. Diesen «Informanten» müsse Vertraulichkeit zugesichert werden, ansonsten diese nicht bereit wären, Informationen an die Beklagte weiterzugeben.

Sollten die durch «Informanten» erhaltenen Informationen oder gar die «Informanten» selber offengelegt werden müssen, würde diese Quelle der Informationsbeschaffung versiegen. Das Funktionieren des Risikomanagements wäre dadurch erheblich gefährdet. Entsprechend seien die Informationen vor einer Herausgabe zu schützen, die der Beklagten von Drit-

ten unter Zusicherung von Vertraulichkeit mitgeteilt worden seien und bei deren Bekanntgabe auch die Identität des «Informanten» offengelegt oder zumindest seine Anonymität gefährdet würde.

Die Vorinstanz erwog, dass eine Einschränkung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSG weder im Bankengesetz noch in einer Verordnung vorgesehen sei. Art. 9 Abs. 1 lit b DSG sehe vor, dass überwiegende Drittinteressen oder überwiegende Eigeninteressen (Art. 9 Abs. 4 DSG) einer Auskunftserteilung entgegen stehen könnten. Eine solche Interessenabwägung sei dem Gericht jedoch vorliegend gänzlich verunmöglicht, da die Beklagte es unterlassen habe, auch nur ansatzweise – nicht einmal in anonymisierter Form oder in einem versiegelten Umschlag – darzutun, um welche Art von Information es sich beim fraglichen GTS-Eintrag über den Kläger handle. Es könne somit nicht überprüft werden, ob die Informationsbeschaffung legal gewesen sei oder ob die beschafften Informationen richtig seien. Da der Kläger aufgrund dieses Eintrages keine Anstellung bei der Beklagten erhalten habe, sei offensichtlich, dass der Kläger ein zumindest wirtschaftliches Interesse habe zu erfahren, welche Informationen ihm eine Anstellung bei der Beklagten verunmöglichten. Die Beklagte wurde in der Folge zur Auskunftserteilung an den Kläger verpflichtet.

b) In ihrer Berufungsbegründung hielt die Beklagte an dem von ihr vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt fest, wonach sie berechtigt sei, die vom Kläger verlangte Auskunft betreffend dessen Eintrag im GTS zu verweigern, weshalb die Klage abzuweisen sei. Mit Eingabe vom 10. April 2018 reichte die Beklagte dann einen Auszug aus dem GTS betreffend den Kläger ein und ersuchte um Abschreibung des Verfahrens zu Folge Gegenstandslosigkeit. Die Beklagte erklärte dazu, dass sie in diesem Sinne dem Ersuchen des Klägers entsprochen und ihm Kopien der über ihn bestehenden GTS-Einträge habe zukommen lassen. Gewisse Passagen in den GTS-Einträgen seien allerdings geschwärzt worden. Es handle sich dabei um Daten, die nicht zum eigentlichen Eintrag im GTS gehörten, sondern im Zusammenhang mit einem GTS-Eintrag automatisch erfasst würden (z.B. Mitarbeitende, die als Ersteller des GTS-Eintrages vom System automatisch erfasst würden). Diese Informationen seien für den Kläger nicht von Belang, weshalb die Beklagte diese Daten abdecken dürfe. In den eigentlichen GTS-Einträgen seien andererseits vereinzelt Daten geschwärzt worden, die eine Offenlegung der Identität von Informanten zur Folge hätten. Bei diesen Informanten handle es sich vorliegend um aktuelle und/oder ehemalige Mitarbeitende der A. Gegenüber diesen Personen unterliege die A. der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 OR. Mithin müsse die A. die Mitarbeiter vor möglichen Übergriffen Dritter schützen und geeignete Massnahmen wahren. Es sei vorliegend nicht auszuschliessen, dass der Kläger nach Identifizierung der Informanten Vergeltungsmassnahmen gegen diese Personen ergreifen würde. Solche Vergeltungsmassnahmen wären geeignet, die berechtigten Interessen der Betroffenen wie etwa die berufliche und private Ehre oder die Stellung und das Anse-

hen der Betroffenen im Unternehmen zu beeinträchtigen. Die Beklagte hielt ausdrücklich fest, dass sie dem Ersuchen des Klägers ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Anerkennung der Klage oder des angefochtenen Urteils entsprochen habe.

Entgegen der Auffassung der Beklagten kann keineswegs davon ausgegangen werden, dass sie damit dem Auskunftsbegehren des Klägers vollumfänglich im Sinne von dessen Anträgen nachgekommen ist. Der Kläger hatte ausdrücklich umfassend Auskunft über den ihn betreffenden Eintrag im GTS-System verlangt, namentlich über Inhalt, Zweck, Herkunft und Verwendung des Eintrags. Entsprechend war die Beklagte von der Vorinstanz verpflichtet worden, dem Kläger neben dem Ausdruck seines Eintrages auch schriftlich mitzuteilen, was Inhalt, Zweck, Herkunft und Verwendung des Eintrages sei. Die von der Beklagten offengelegten Kopien entsprechen sowohl dem Ersuchen des Klägers als auch dem Urteil des Arbeitsgerichtes höchstens teilweise. Aus den eingereichten Auszügen lassen sich keine konkreten Rückschlüsse auf angebliche Vorkommnisse und Herkunft der Daten ziehen. Es bleibt schleierhaft, was dem Kläger konkret vorgeworfen wird. Auch ist offen, ob es sich dabei um sämtliche GTS-Einträge bezüglich des Klägers handelt. In diesem Sinne kann nur von einer sehr eingeschränkten – und damit nicht genügenden – Auskunfterteilung durch die Beklagte gesprochen werden. Da die Beklagte zudem betonte, dass diese Auskunft u.a. ohne Anerkennung der Klage erfolge, kann auch nicht von einer teilweisen Klageanerkennung ausgegangen werden. In diesem Sinne äusserte sich auch der Kläger. Entgegen der Annahme der Beklagten kann daher keine Rede davon sein, dass der Prozess nunmehr als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden kann. Eine Abschreibung zufolge Gegenstandslosigkeit wäre nur möglich, wenn sich aus der Eingabe der Beklagten und den eingereichten Unterlagen ohne Weiteres ergeben würde, dass sie ihrer Auskunftspflicht gemäss dem vorinstanzlichen Urteil im erforderlichen Ausmass nachgekommen wäre. Bei einer Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit ist durch das Gericht nicht zu prüfen, ob die Beklagte gewisse Auskünfte bezüglich des Eintrages im GTS zu Recht verweigerte (Art. 9 Abs. 1 DSG). Die Eingabe der Beklagten vom 10. April 2018 sowie die Auszüge aus dem GTS über den Kläger, sind offenbar lediglich im Zusammenhang mit der geltend gemachten Gegenstandslosigkeit zu sehen und erfolgten ausserhalb eines ordentlichen Parteivortrages. Sie sind somit nicht Teil der Berufungsbegründung und damit keine Vorbringen im Rahmen derselben. Die Beklagte machte auch nicht geltend, dass sie diese neuen Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren als Noven einbringen wolle. Solche könnten im Übrigen aber ohnehin nicht mehr berücksichtigt werden, da es sich bei diesen tatsächlichen Behauptungen und Beilagen um (unechte) Noven handelt. Die Beklagte hätte den Auszug aus dem GTS und die damit zusammenhängenden Vorbringen nämlich ohne weiteres bereits schon vor Vorinstanz geltend machen können. Sie unterlässt es darzulegen, weshalb sie dies un-

terlassen hat und damit erst im Berufungsverfahren herausrückte. Wie oben ausgeführt, müsste sie beweisen, weshalb dies nicht früher möglich war; dieser Obliegenheit ist sie im Berufungsverfahren nicht nachgekommen. Diese Noven können daher gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren keine Beachtung finden. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten ist daher nicht näher einzugehen. Es bleibt somit beim Sachverhalt, wie er sich vor der ersten Instanz präsentierte, nämlich dabei, dass die Beklagte den oder die den Kläger betreffenden Auszüge aus dem GTS nicht herausgeben wollte.

c) Art. 8 Abs. 1 DSG statuiert das Recht einer jeden Person, vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber zu verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Obschon dieses Recht grundsätzlich voraussetzungslos geltend gemacht werden kann und kein Interessennachweis erbracht werden muss, muss die Auskunft nicht unbesehen erteilt werden (HUSI-STÄMPFLI, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Stämpfli's Handkommentar zum DSG, Art. 9 N 1). Nach Art. 9 Abs. 1 DSG kann der Inhaber der Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, soweit (lit. a) ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht oder es (lit. b) wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist.

Die Vorinstanz führte aus, dass die Beklagte selbst nicht behauptete, dass im Bankengesetz oder einer dazugehörigen Verordnung eine Einschränkung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSG vorgesehen sei. Zu Recht ging die Vorinstanz davon aus, dass die Frage, inwieweit die Auskunft der Beklagten im konkreten Fall bestehe die Frage betreffe, ob überwiegende Drittinteressen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG (z.B. des Schutzes der Anonymität der Informanten) oder überwiegende Eigeninteressen im Sinne von Art. 9 Abs. 4 DSG einer Auskunfterteilung entgegen stehen würden. Solche Dritt- oder Eigeninteressen könnten allenfalls zu einer Verweigerung, Einschränkung oder Aufschiebung des Auskunftsrechts führen. Dies würde eine Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen des Auskunftsberechtigten und des Inhabers der Datensammlung erfordern. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist eine solche Interessenabwägung dem Gericht jedoch im vorliegenden Fall gänzlich verunmöglicht, weil – nachdem die Auszüge betreffend den Kläger aus dem GTS als unzulässige Noven zu qualifizieren und daher nicht zu beachten sind – keine Angaben vorliegen, um welche Informationen es sich beim fraglichen GTS-Eintrag handelt. Es kann hiezum auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Daran hat sich auch im Berufungsverfahren nichts geändert. Eine Abwägung der gegensätzlichen Interessen ist deshalb nicht möglich. Die Berufung ist daher abzuweisen und das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich vom 6. Februar 2018 zu bestätigen.

**OR 356; Unterstellung unter Landesmantelvertrag (LMV) oder Elektro-GAV?**

Bei unechten Mischbetrieben gilt der Grundsatz der Tarifeinheit, wodurch einzelne branchenfremde Mitarbeitende wie auch ganze branchenfremde Abteilungen von dem GAV erfasst werden, dem der Hauptbetrieb untersteht. Massgebend ist im Einzelfall, welche tatsächliche Tätigkeit dem Betrieb als Ganzem das Gepräge gibt (Art. 2<sup>bis</sup> LMV) (E. 2.1). Vorliegend beruft sich der Arbeitnehmer auf die Normen des LMV, die ihn gegenüber dem Elektro GAV besser stellen würden (E. 2.4). Die von ihm individuell verrichteten Arbeiten sind aber für die Zuordnung des massgeblichen GAV von untergeordneter Bedeutung. Massgebend ist vielmehr das Gepräge der Arbeitgeberin, d.h. die Frage, ob das Schwergewicht ihrer gesamten Tätigkeit im Bauhauptgewerbe liegt oder im Elektrobereich. Mit anderen Worten: Sollte allenfalls bloss der Arbeitnehmer als einziger der Belegschaft der Arbeitgeberin «typische» Bauarbeiten ausgeführt haben, liegt deren Haupttätigkeit nicht bereits im Bauhauptgewerbe. Vorliegend ist daher von der Anwendbarkeit des Elektro GAV auszugehen. (E. 2.5.3, 2.5.6).

**Sachverhalt:**

Der Kläger arbeitete zunächst ab dem 17. März 2015 für die mit den Organen der Beklagten ebenfalls verbundene X. GmbH und anschliessend ab dem 13./16. Juni 2015 zu den gleichen Vertragsbedingungen für die Beklagte. Er war als Allrounder/Hilfskraft für Handwerker und (ergänzend später) für den Bereich Reinigung, Transporte und Hilfs-Arbeiten auf Baustellen tätig. Am 8. März 2016 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis auf den 9. April 2016. Der Kläger vertrat im Prozess den Standpunkt, die Beklagte unterstehe dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV).

**Aus den Erwägungen:**

*III. Anwendbarer GAV*

1.1 Der Kläger macht geltend, der Zweck der Beklagten liege darin, Arbeiten im Bauhaupt- und Baunebengewerbe sowie im Bereich Gebäudetechnik zu erbringen. Insbesondere gehörten der Strassen- und Wohnungsbau, Montagearbeiten und Gesamtansanierungen, aber auch der Rückbau und Abbruch von Werken zu den Hauptdienstleistungen der Beklagten. Daneben handle die Beklagte mit Baumaterialien und biete Beratung in Baufragen an. Dementsprechend habe der Kläger den wesentlichen Teil seiner Arbeitsleistung durch bautypische Handwerksaufgaben auf Baustellen erbracht. Von

März bis Ende Mai 2015 habe der Kläger auf einer Baustelle bei der A. und anschliessend in B. Abbrucharbeiten ausgeführt. Ab 1. August 2015 habe er auf einer Baustelle des C. in D. typische Neubaurbeiten, insbesondere Finish-Arbeiten am Gebäude ausgeführt.

1.2 Die Beklagte entgegnet, sie erziele 75% bis 80% ihres Umsatzes mit Elektroarbeiten. Sie installiere elektrische und fernmeldetechnische Anlagen, habe eine Elektrokonzession und mache Trassenmontagen sowie Schlitzarbeiten im Zusammenhang mit elektrischen Installationen. Bau- und Gipserarbeiten seien vor allem Abbrucharbeiten und Fassadenrenovierungen, meistens Folgeaufträge der Elektroarbeiten. Der Kläger habe praktisch zu 100% Elektroarbeiten erledigt und sei als Hilfskraft an der E. für die F. AG, bei der G. für die H. AG und in B. und D. für die I. AG tätig gewesen. Wenn der Kläger von Abbrucharbeiten spreche, habe es sich immer um Schlitz- bzw. Spitzelarbeiten gehandelt.

2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 des LMV gilt dieser für Betriebe, deren Haupttätigkeit, d.h. deren Gepräge, im Bereich des Bauhauptgewerbes liegt. Art. 2 Abs. 2 LMV definiert das «Gepräge Bauhauptgewerbe» dahingehend, dass ein Betrieb hauptsächlich, d.h. überwiegend, Tätigkeiten ausübt, die anschliessend katalogartig spezifiziert werden.

Bei Mischbetrieben unterscheidet der LMV zwischen echten und unechten Formen. Echte Mischbetriebe weisen zwei oder mehrere eigenständige Betriebsteile auf. Für sie gilt der Grundsatz der Tarifeinheit nicht, sondern für den selbständigen, branchenfremden Betriebsteil wird der GAV der entsprechenden Branche angewendet. Für unechte Mischbetriebe gilt dagegen der Grundsatz der Tarifeinheit. Sowohl einzelne branchenfremde Mitarbeitende wie auch ganze branchenfremde Abteilungen werden vom GAV erfasst, dem der Hauptbetrieb untersteht. Massgebend ist im Einzelfall, welche tatsächliche Tätigkeit dem Betrieb als Ganzem das Gepräge gibt (Art. 2<sup>bis</sup> LMV).

2.2 Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Elektro GAV sind gemäss dessen Art. 3.2. auf Betriebe anwendbar, die elektrische und/oder fernmelde/kommunikationstechnische Anlagen installieren und/oder andere Installationen ausführen, die dem EleG oder der NIV unterstehen, und/oder Tätigkeiten wie Schlitzarbeiten und Trassenmontagen (und weitere) im Zusammenhang mit elektrischen Installationen ausführen.

2.3 In seinem Urteil vom 29. Juni 2010 hielt das Obergericht des Kantons Zürich zwar fest, ein allgemeinverbindlich erklärter GAV gelte nicht nur für Betriebe, denen die entsprechende Branche «das Gepräge gibt», sondern für alle (unechten) Mischbetriebe, die in nicht völlig untergeordneter Weise in jener Branche am Wettbewerb teilnehme. Zu entscheiden hatte das Obergericht allerdings die Frage, ob ein (unechter gemischter) Betrieb überhaupt einem allgemeinverbindlich erklärten GAV unterstehe (konkret dem LMV) oder seine Tätigkeit frei sei. Ausdrücklich offen liess es dagegen (wie das Bundesgericht im Entscheid 4C.350/2000) die Frage, ob auf einen unechten gemischten Betrieb insgesamt der für die überwiegende Tätigkeit zu-



ständige GAV anwendbar sei, wenn für einen nicht überwiegenden Anteil in einer Branche gearbeitet wird, für welche strengere GAV-Regeln gelten, als für die überwiegende Tätigkeit (ZR 109 Nr. 67).

Das Obergericht argumentiert in seinem Entscheid massgeblich mit der Wettbewerbsverzerrung: GAV's würden regelmässig kostenrelevante Verpflichtungen enthalten, welche jenen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen würden, die sich an diese Verpflichtungen nicht halten müssten. Das könne nur vermieden werden, wenn grundsätzlich sämtliche Anbieter auf einem bestimmten Markt dem Gesamtarbeitsvertrag unterstellt würden. Nur wenn das unechte Mischunternehmen in völlig untergeordnetem Umfange in einer bestimmten Branche tätig sei, möge die Unterstellung der gesamten Unternehmung im Sinne der Tarifeinheit ausnahmsweise unverhältnismässig sein; andernfalls aber sei die Wettbewerbsverzerrung zu verhindern. Der damit einhergehenden Belastung (gesamthafte Unterstellung unter einen GAV) könne das betroffene Unternehmen relativ einfach mit organisatorischen Massnahmen (selbständiges Auftreten von Betriebsteilen) entgegen treten.

Das vom Obergericht für unechte Mischbetriebe der zu beurteilenden Art (freie Tätigkeit oder GAV-Unterstellung) hervorgehobene Argument der Wettbewerbsverzerrung relativiert sich für unechte Mischbetriebe, deren Zuordnung zum einen oder zum anderen allgemeinverbindlich erklärten GAV in Frage steht, ganz erheblich. Sämtliche GAV's enthalten für die Betriebe der Branche kostenrelevante Verpflichtungen (regelmässig im Bereich Mindestlöhne, Jahresendzulage, Arbeitszeit/Überstunden, Auslagenersatz, Abschluss einer Krankentaggeldversicherung u.a.m.). Die Kostenrelevanz einer Unterstellung unter den einen oder den anderen GAV ist dementsprechend (bloss) ein gradueller. Gelegentlich dürfte es auch nicht einfach zu ermitteln sein, welcher GAV «strenger» ist. Es rechtfertigt sich deshalb bei unechten Mischbetrieben, für deren nicht überwiegende Geschäftstätigkeit ein strengerer GAV zuständig wäre als für deren überwiegende Geschäftstätigkeit, am Zuordnungskriterium des betrieblichen Gepräges festzuhalten.

2.4 Der Kläger beruft sich auf die Normen des LMV, die ihn sowohl gegenüber der gesetzlichen Regelung als auch gegenüber dem Elektro GAV besser stellen würden. Zwar hat der Richter zu klären, welchem GAV die Beklagte untersteht. In tatsächlicher Hinsicht obliegt es dagegen dem Kläger – auch im Bereich der beschränkten Untersuchungsmaxime (BSK ZPO, GUYAN N 3 ff. zu Art. 152 ZPO) – die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des LMV darzulegen und die Beweismittel zu bezeichnen.

2.5.1 Der Kläger beruft sich massgebend auf den Zweck der Beklagten gemäss Handelsregistereintrag. (...)

Entgegen der Betrachtungsweise des Klägers ist dieser Handelsregistereintrag wenig schlüssig. Offensichtlich hat die Beklagte gemäss Handelsregistrauszug ihren Zweck erweitert und von Arbeiten im Bereich der Gebäudetechnik mit Montagen und Demontagen aller Art auf das Bauhaupt- und Nebengewerbe ausgedehnt. Zumal es auch für die Gebäude-

technikbranche (Heizung, Kälte, Klima etc). einen weiteren, eigenständigen und allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag gibt, lässt sich aus der erweiterten Zweckbeschreibung im Handelsregister alleine nicht ermitteln, ob die Haupttätigkeit der Beklagten nunmehr im Bauhauptgewerbe liegt oder nicht.

2.5.2 Nichts Schlüssiges lässt sich aus dem Tätigkeitsbeschrieb des Klägers im Arbeitsvertrag mit der X. GmbH oder der Beklagten herleiten. Er wird als Allrounder/Hilfskraft für Handwerker und (ergänzend später) für den Bereich Reinigung, Transporte und Hilfs-Arbeiten auf Baustellen bezeichnet.

2.5.3 Nach eigener Sachdarstellung des Klägers habe er mit einem «Spitzel» auf einer Baustelle in Zürich bis Juni 2015, anschliessend auf einer Baustelle in B., Abbrucharbeiten ausgeführt. Ab 1. August 2015 habe er sodann typische Neubauarbeiten, insbesondere Finish-Arbeiten am Gebäude ausgeführt. Die Beklagte verweist hinsichtlich der effektiven Arbeiten auf die vom Kläger unterzeichneten Arbeitsrapporte und weitere Urkunden.

Klarzustellen ist vorab, dass die individuell vom Kläger verrichteten Arbeiten für die Zuordnung des massgeblichen Gesamtarbeitsvertrages von untergeordneter Bedeutung sind. Massgebend ist vielmehr das Gepräge der Beklagten, d.h. die Frage, ob das Schwergewicht ihrer gesamten Tätigkeit im Bauhauptgewerbe liegt oder im Elektrobereich. Mit anderen Worten: Sollte allenfalls bloss der Kläger als einziger der Belegschaft der Beklagten «typische» Bauarbeiten ausgeführt haben, liegt die Haupttätigkeit der Beklagten nicht bereits im Bauhauptgewerbe. Weiter sind vorliegend die dem Kläger von der Beklagten übertragenen Aufgaben (ab 1. Juni 2015) bedeutsam, da von einer Übernahme des Arbeitsvertrages [Anmerkung: mit der X. GmbH] nicht ausgegangen werden kann.

Die eigene Tätigkeitsumschreibung des Klägers ist zu vage, als dass sich ihr etwas Schlüssiges entnehmen liesse. Mit einem «Spitzel» (Spitzhammer, Spitzaxt), welche Werkzeuge in verschiedensten Grössen und Ausführungen hergestellt werden, lassen sich auch Nebenarbeiten im Elektrogewerbe erledigen (Schlitzen). Zumal bestenfalls kleinere Abbrucharbeiten bloss mit einem Spitzel bewältigt werden, lässt sich auch daraus wenig gewinnen, da unklar ist, in welchem Zusammenhang der Kläger «Mauern abgebrochen» hat. Was Finish-Arbeiten auf einem Neubau sind, wurde nicht erläutert. Finish-Arbeiten können jedenfalls in praktisch allen Baubereichen anfallen, auch im Elektro-Gewerbe. Der Kläger selbst setzt die von ihm vorgenommenen Finish-Arbeiten an Mauern in den Kontext mit der anschliessenden Installation von elektrischen Anlagen.

2.5.4 Die Beklagte hat eine vom Kläger unterzeichnete Erklärung eingereicht, womit er bestätigte, dass er dem Elektro-GAV unterstehe. Vorgelegt wurde diese Erklärung (datierend vom 17. März 2015) dem Kläger allerdings von der X. GmbH, weshalb sich daraus nichts zugunsten der Beklagten herleiten lässt. Gemäss den ebenfalls von der Beklagten (unvoll-

ständig: es fehlen die KW 31-34, 39 und 50-53/2015 und KW 44/2015 liegt im Doppel vor) eingereichten, vom Kläger unterzeichneten Wochenrapporten, hätte er im Jahre 2015 (ab 15. Juni 2015) an 7 Tagen gespitzt und geschlitzt, an einem Tag Einlagen gemacht und verrohrt, an 3 Tagen Trassenbauarbeiten erledigt, an 51 Tagen Kabel und Drähte verlegt und an 25 Tagen andere Elektroarbeiten ausgeführt. 2016 hätte der Kläger überhaupt nur Kabel und Drähte verlegt (10 Tage). Von insgesamt 97 erfassten Tagen hätte der Kläger demnach an 86 Tagen eindeutig dem Elektro-Gewerbe zuzuordnende Arbeiten erledigt (Kabel und Drähte verlegt; andere Elektro Arbeiten). Zwar fehlen die Arbeitsrapporte für insgesamt rund 40 Arbeitstage. Selbst wenn der Kläger an diesen Tagen nur Arbeiten erledigt haben sollte, die dem Bauhauptgewerbe zuzuordnen wären, hätte er von insgesamt 137 Arbeitstagen deutlich mehr als die Hälfte eindeutig im Elektrogewerbe gearbeitet.

2.5.5 Zusammenfassend ist demnach weder dargetan noch erstellt, dass der Kläger selbst schwergewichtig im Bauhauptgewerbe tätig war. Vielmehr sprechen die von ihm unterzeichneten Wochenrapporte (soweit sie die Beklagte vorgelegt hat) dafür, dass der Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Elektro-Gewerbe lag. Der Handelsregistereintrag indiziert darüber hinaus nicht, dass das Gepräge der Beklagten im Bauhauptgewerbe gelegen hätte. Weiterführende sachrelevante Hinweise fehlen im Vorbringen des Klägers (abgesehen davon, dass er die von der Beklagten eingebrachten Umsatzzahlen bestreitet).

Der Kläger offeriert für sein Sachvorbringen die Parteibefragung. Sinngemäss dürfte er im Rahmen von Rechtsbegehren Ziff. 3 auch die Edition seiner (vollständigen) Arbeitsrapporte beantragen. Aufgrund des Gesagten kann aber ausgeschlossen werden, dass eine vollständige Vorlage der Arbeitsrapporte des Klägers ein Gepräge der Beklagten im Bauhauptgewerbe ergeben und seine persönliche Befragung die von ihm (regelmässig) unterzeichneten Arbeitsrapporte in Frage stellen könnten. Im Übrigen würde der Nachweis überwiegender Arbeiten des Klägers im Bauhauptgewerbe noch nicht genügen, um auf ein entsprechendes Gepräge der Beklagten zu schliessen.

2.5.6 Es ist im Folgenden daher von der Anwendbarkeit des Elektro GAV auszugehen.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 6. Februar 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2018 Nr. 17 (Abweisung der Berufung mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Dezember 2018 [LA180010])*

**DSG 8; Auskunft über einen Eintrag in der Datensammlung einer Bank.**

Der Umstand, dass die (künftige) Arbeitgeberin mit dem (künftigen) Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abschloss, diesen aber wegen eines Datensammlungssystem(D.)-Eintrags annullierte, belegt einen Zusammenhang zwischen dem D.-Eintrag und einem – wenn auch inzwischen annullierten – Arbeitsverhältnis. Wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin Informationen über den Inhalt des D.-Eintrags verlangt, der zur Annullaion des Arbeitsvertrags führte, ist darin ein Streit arbeitsrechtlicher Natur im Sinne von § 20 GOG zu sehen. Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist damit gegeben (E. 2.3). Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft verlangen. Lässt der Inhaber der Datensammlung Personendaten durch einen Dritten bearbeiten, so bleibt er auskunftspflichtig. Vorliegend wurde die Bearbeitung der Daten im D. auf einen Dritten übertragen; dies ändert aber nichts daran, dass die Bank nach wie vor Inhaberin (oder zumindest Mitinhaberin) der Datensammlung und damit passivlegitimiert ist. (E. 3.2, 3.3.1, 3.4).

#### Sachverhalt:

Der Kläger bewarb sich im Dezember 2015 erfolgreich um eine Stelle in London bei der Beklagten, einer Schweizer Bank. Er hätte die Stelle per 1. Februar 2016 antreten sollen. Dazu kam es aber nicht, da die Beklagte die Anstellung wieder annullierte, nachdem im Zuge eines Hintergrund-Checks ein Eintrag im Datensammlungssystem (D.) der Beklagten aufgetaucht war.

Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren Auskunft über den Inhalt des Eintrags im Datensammlungssystem (D.). Die Beklagte wehrt sich im Wesentlichen mit drei Argumenten gegen das Begehren des Klägers: Erstens stellt sie sich auf den Standpunkt, es handle sich gar nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit. Zweitens bestreitet sie die Passivlegitimation. Dateninhaberin sei heute nicht mehr sie, sondern die B. AG. Und drittens stünden überwiegende Interessen einer Auskunft an den Kläger entgegen.

#### Aus den Erwägungen:

##### 2. Sachliche Zuständigkeit

2.1 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die vorliegende Streitigkeit habe ihren Rechtsgrund nicht im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien. Es bestehe auch sonst kein Bezug des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs auf Einsicht ins D. zu einem arbeitsvertraglichen Verhältnis zwischen den Parteien im Sinne von § 20 GOG. Es handle sich um einen rein datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch, der in die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts falle.

2.2 Gemäss § 20 Abs. 1 lit. a GOG entscheidet das Bezirksgericht als Arbeitsgericht erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Bei der Beurteilung der Zuständigkeit ist primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hängt von der gestellten Frage ab, nicht von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung zu erfolgen hat (BGE 137 III 32, S. 34 E. 2.2).

2.3 Die Beklagte selber hält fest, im D. würden «sicherheitsrelevante Ereignisse registriert über Personen, die mit der Beklagten in irgendeiner Art und Weise interagieren». Die Beklagte hat es aber bis heute unterlassen darzutun, welche andere Interaktion als das frühere Arbeitsverhältnis oder eines der nicht zustande gekommenen Arbeitsverhältnisse im Jahr 2016 (einerseits zwischen der Beklagten und dem Kläger und anderseits zwischen der Niederlassung in London und dem Kläger) Anlass für einen Eintrag ins D. gegeben haben könnte. Der Kläger stützt denn auch seinen Anspruch auf Art. 328b OR beziehungsweise auf dessen Verweis auf das Datenschutzgesetz. Die Beklagte bestreitet zwar, dass der D.-Eintrag im Zusammenhang mit der früheren Anstellung des Klägers bei der Beklagten in den Jahren 2006/2007 stehe. Vielmehr handle es sich um eine Information über den Kläger, welche die Beklagte von einem Dritten erhalten habe. Die Beklagte räumt aber selber ein, die als sicherheitsrelevantes Ereignis im D. eingetragene Information habe mit der Tatsache, dass sich der Kläger in kürzerer Zeit rund 50 Mal auf verschiedenste Stellen bei der Beklagten beworben habe, dazu geführt, dass die Beklagte die dem Kläger Ende 2015 angebotene Stelle zurückgezogen habe.

Der unbestrittene Umstand, dass die Beklagte mit dem Kläger im Dezember 2015 einen Arbeitsvertrag abschloss, diesen aber wegen des D.-Eintrags annullierte, belegt einen Zusammenhang zwischen dem D.-Eintrag und einem (wenn auch inzwischen annullierten) Arbeitsverhältnis in optima forma. Der (gleichsam verhinderte) Arbeitnehmer, der Kläger, verlangt im vorliegenden Prozess von der (gleichsam verhinderten) Arbeitgeberin, der Beklagten, Informationen über den Inhalt des D.-Eintrags, der zur Annullaion des Arbeitsvertrags geführt hat. Dieser Streit ist offensichtlich arbeitsrechtlicher Natur im Sinne von § 20 GOG. Die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist ohne weiteres gegeben.

### 3. Passivlegitimation

3.1 Die Beklagte bestreitet anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. Juni 2017 die Passivlegitimation. Per 6. Juni 2017 habe eine Restrukturierung innerhalb der [Gruppe der] Beklagten stattgefunden. Im Zuge dieser Restrukturierung seien gewisse Servicedienstleistungen von der Beklagten über die nunmehr gelöschte A. AG auf die B. AG übertragen worden. Unter anderem sei als Bestandteil der Restrukturierung auch die Funktionsgruppe Risk Control übertragen worden, welche für das Risikomanagement bei der [Gruppe der] Beklagten verantwortlich gewesen sei. Seit

drei Wochen sei das ganze Datenmanagement als Bestandteil des Risikomanagements neu bei der B. AG angegliedert. Die Abteilung Group Security Service als Bestandteil des Risikomanagements sei also neu bei der B. AG. Das habe für den vorliegenden Prozess folgende Konsequenzen: Es habe eine Veräusserung des Streitobjektes stattgefunden. Es gehe um die Auskunft aus dem D., das nun bei der B. AG angegliedert sei. Diese Gesellschaft sei neu Inhaberin der Datensammlung und entsprechend anspruchsbelaftet. Wenn die Erwerberin des Streitobjektes – hier der Datensammlung – nicht in den Prozess eintrete, fehle es der Klage an der Passivlegitimation.

3.2 Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft verlangen. Lässt der Inhaber der Datensammlung Personendaten durch einen Dritten bearbeiten, so bleibt er auskunftspflichtig. Als Inhaber gilt gemäss Art. 3 lit. i DSG eine private Person oder ein Bundesorgan, das über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheidet. Gemäss der Botschaft zum Datenschutzgesetz ist Inhaber der Datensammlung, wer, ohne dass er notwendigerweise über die einzelnen Daten selbst verfügt, den Zweck der Sammlung festlegt und die Bearbeitungsmittel und -methoden bestimmt (BBI 1988 II S. 448).

Der Inhaber definiert den Zweck der Datensammlung. Der Zweck der Datensammlung an sich ist mit dem Zweck der Bearbeitung der darin enthaltenen Personendaten nicht notwendigerweise identisch. Mit Bestimmen des Inhalts ist nicht gemeint, dass der Inhalt der einzelnen Datensätze durch den Inhaber bestimmt werden muss, sondern dass dieser die wesentlichen Parameter des Inhalts wie beispielsweise Art, Umfang oder Datentiefe definiert. Weiter muss dem Inhaber die Kontrolle über die von ihm aufgestellten Regeln betreffend Zweck und Inhalt obliegen. Diese Kontrolle muss der Inhaber nicht nur bei der Eröffnung der Datensammlung, sondern dauerhaft innehaben. Dies setzt nicht voraus, dass der Inhaber einer Datensammlung die darin enthaltenen Daten auch selbst bearbeitet. Der Inhaber der Datensammlung muss nicht einmal über die einzelnen Daten in der Datensammlung selbst verfügen können. Es genügt, wenn er über Instrumente verfügt, mit denen er die Einhaltung der von ihm gesetzten Rahmenbedingungen überwachen und durchsetzen kann. Abzustellen ist auf den faktischen Inhaber einer Datensammlung, nicht darauf, wer dies auf dem Papier ist bzw. im Register der Datensammlungen nach Art. 11a DSG. Auch jede Art der Bearbeitung kann an eine andere Stelle delegiert werden. Denn die Tatsache, dass Modifikationen an Daten vorgenommen werden können, machen den Bearbeiter nicht zum Inhaber der Daten (D. ROSENTHAL/Y. JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, 1. Aufl., 2008 Zürich, Art. 3 DSG N 105 ff.; B. RUDIN, Datenschutzgesetz (DSG) Stämpfli Handkommentar, B. BAERISWYL/K. PÄRLI (Hrsg.), 2015 Bern, Art. 3 DSG N 49 ff.). Bestimmen mehrere Personen gemeinsam über Inhalt und Zweck der Datensammlung, so können auch beide Inhaber der Sammlung sein. Folglich ist

jeder Inhaber auskunftsverpflichtet, wobei aber die Auskunftspflicht vertraglich an einen Inhaber delegiert werden kann, soweit die Situation des Auskunftssuchenden dadurch nicht erheblich erschwert wird (Art. 1 Abs. 5 der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG); BSK DSG-R. GRAMIGNA/U. MAURER-LAMBROU, 3. Aufl., 2014 Basel, Art. 8 N 14 f.).

3.3 Die Beklagte macht geltend, selber keinen Zugriff auf die Daten der Sammlung zu haben. Wenn die Beklagte potentielle Mitarbeiter prüfen wolle, müsse sie die B. AG anfragen für eine bestimmte Abklärung. Nur in diesem Rahmen erhalte sie Auskunft über Daten, die im D. gespeichert seien. Die Beklagte habe keinerlei Möglichkeiten, die Daten einzusehen, die Daten zu bearbeiten oder zu löschen. Es sei völlig ausgeschlossen, dass die Beklagte an das Group Security Service Team gelange und sage, dass diese einen Eintrag löschen, herausgeben oder korrigieren müsse. Letztlich sei die Herrschaft nur bei diesem absolut kleinen Team, welches Zugriff auf das D. habe.

3.3.1 Die Beklagte beachtet bei ihrer Argumentation den Unterschied zwischen der Inhaberschaft der Datensammlung und der Zuständigkeit für die Bearbeitung der Daten nicht. Der Inhaber einer Datensammlung muss nicht derjenige sein, der die Daten auch bearbeitet. Er kann die Bearbeitung outsourcen, an Dritte weitergeben, ohne dass dadurch die Inhaberschaft übergehen würde. Wie erwähnt muss der Inhaber nicht einmal selber über die Daten verfügen können (B. RUDIN, a.a.O., Art. 8 DSG N 46 f.; D. ROSENTHAL/Y. JÖHRI, a.a.O., Art. 3 DSG N 107 ff.). Entscheidend ist, ob die Beklagte den Zweck und den Inhalt der Sammlung definiert hat und die Einhaltung der gemachten Vorgaben prüfen kann. Nicht relevant ist hingegen, ob ausschliesslich das Team des Group Security Service auf die Daten zugreifen kann, ob lediglich auf Anfrage Informationen weitergeleitet werden oder ob die Beklagte Einträge selber modifizieren kann.

Es kann kein Zweifel bestehen, dass die Beklagte den Zweck und den Inhalt der Sammlung definieren konnte und kann. Sie selber macht geltend, sie müsse notwendigerweise über ein Risikomanagement verfügen. Das Bankengesetz sehe vor, dass besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen seien, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet sei. Das Bankengesetz schreibe weiter vor, dass die Finanzgruppe oder das Finanzkonglomerat so organisiert sein müsse, dass sie oder es insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen könne. Damit sei für Finanzkonzerne wie die Beklagte das Risikomanagement auf Gesetzesstufe verankert, womit die Bedeutung eines funktionierenden Risikomanagements hervorgehoben werde. Die Bankenverordnung spezifiziere, dass die Beklagte namentlich Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken erfassen, begrenzen und

überwachen müsse, wobei insbesondere grosses Gewicht auf die Rechts- und Reputationsrisiken zu legen sei. Die gesetzgeberischen Vorgaben an das Risikomanagement würden von der FINMA weiter konkretisiert und präzisiert. Die Beklagte komme den gesetzlichen und regulatorischen Vorgaben unter anderem durch das D. nach. D. sei eine webbasierte Applikation mit zugehöriger Datenbank zur zweckgebundenen Erfassung von sicherheitsrelevanten Ereignissen. Als sicherheitsrelevantes Ereignis gelte jeder Vorgang mit potentiell Schaden stiftender Wirkung oder welcher ein mögliches Sicherheitsrisiko für die Beklagte, ihre Mitarbeiter oder ihre Kunden darstelle.

Mit ihren Ausführungen über die Notwendigkeit eines Risikomanagements beantwortet die Beklagte die Frage, ob sie Inhaberin der Datensammlung des D. ist, eigentlich gleich selber. Selbstverständlich ist das so. Die Beklagte behauptet zu Recht nicht, die B. AG betreibe das Bankgeschäft. Es ist die Beklagte selbst, die das Bankgeschäft betreibt und an die bankengesetzlichen Vorschriften gebunden ist. Sie ist verantwortlich für das Risikomanagement. Diese Verantwortung kann sie nur dann wahrnehmen, wenn sie den Zweck und den Inhalt der Datensammlung definieren und die Einhaltung der gemachten Vorgaben prüfen kann.

Dass die Bearbeitung der Daten im D. nun offenbar auf ein kleines Team der B. AG übertragen wurde, ändert nichts daran, dass die Beklagte nach wie vor Inhaberin (oder zumindest Mitinhaberin) der Datensammlung ist.

Die Beklagte selber hat im Übrigen eingeräumt, von der B. AG wenn nötig Auskunft über Daten zu erhalten. Unbestritten ist sodann, dass die Beklagte ganz genau weiss, welche Daten über den Kläger im D. gespeichert waren und sind. Genau aufgrund dieser Daten hat sie ja den Arbeitsvertrag mit dem Kläger annulliert. Sie ist also ohne weiteres in der Lage, dem Kläger die gewünschte Auskunft zu erteilen.

3.3.2 Die Beklagte hat die Daten, die zur Annullierung des Arbeitsvertrages führten, offensichtlich auch heute noch, abgelegt wohl in einem – wenn auch kleinen – Personaldossier über den Kläger. Anders wären die Ausführungen über den Eintrag des Klägers in diesem Prozess nicht möglich. Dieser Umstand bedeutet, dass die Beklagte also auch selber eine – wenn auch kleine – Datensammlung über den Kläger angelegt hat. Auch unter diesem Aspekt ist die Beklagte im Sinne von Art. 8 DSGVO grundsätzlich zur Auskunftserteilung verpflichtet.

3.4 Die Passivlegitimation der Beklagten ist somit zu bejahen.

4. Keine Gründe für eine Auskunftsverweigerung

4.1 Die Beklagte beruft sich sodann auf Art. 9 DSGVO, wonach das Auskunftsrecht unter gewissen Voraussetzungen verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden kann.

4.2 Die Beklagte behauptet zunächst, sie könne das Auskunftsrecht des Klägers über seinen Eintrag im D. gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO verweigern. Sie sei zur Führung eines effizienten und funktionierenden Ri-



sikomanagements gestützt auf das Bankengesetz, ein Gesetz im formellen Sinn, verpflichtet. Das D. sei ein wichtiger Bestandteil des Risikomanagements der Beklagten. Essentieller Baustein des Risikomanagements und namentlich von D. sei die Beschaffung und Kultivierung von Informationen, um allfällige Risiken effizient erfassen und damit die operative Umsetzung des Risikomanagements gewährleisten zu können. Die Beklagte müsse sich dazu aller möglichen, legalen Quellen bedienen können. Nebst den allgemein zugänglichen und ihr aufgrund der operativen Tätigkeit bereits zur Verfügung stehenden Informationen beschaffe sich die Beklagte weitere Informationen unter anderem auch durch Dritte. Diesen «Informanten» müsse Vertraulichkeit zugesichert werden, ansonsten diese nicht bereit wären, Informationen an die Beklagte weiterzugeben. Sollten die durch «Informanten» erhaltenen Informationen oder gar die «Informanten» selber offengelegt werden müssen, würde diese Quelle der Informationsbeschaffung versiegen. Das Funktionieren des Risikomanagements der Beklagten wäre dadurch erheblich gefährdet.

Die Beklagte behauptet selber nicht, im Bankengesetz oder in einer Verordnung dazu sei eine Einschränkung des Auskunftsrechts gemäss Art. 8 DSG vorgesehen. Wenn die Beklagte geltend macht, die Anonymität des Informanten und damit letztlich auch das Funktionieren des Risikomanagements wäre durch eine Auskunftserteilung gefährdet, dann hat das überhaupt nichts mit Abs. 1 lit. a von Art. 9 DSG zu tun. Es betrifft vielmehr die Frage, ob überwiegende Drittinteressen (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG) oder überwiegende Eigeninteressen (Art. 9 Abs. 4 DSG) einer Auskunftserteilung entgegenstehen.

4.3 Was nun diese Dritt- und Eigeninteressen anbelangt, so trifft es zu, dass solche, wenn sie überwiegen, zu einer Verweigerung, Einschränkung oder Aufschiebung einer Auskunft führen können. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass hinsichtlich der Frage der Offenlegung von Informanten eine differenzierte Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen sei. Ganz generell ist festzuhalten, dass mit der Ausnahme, dass ein formelles Gesetz eine Einschränkung der Auskunft vorsieht, bei der Bemessung der Einschränkung in jedem Fall eine Abwägung zwischen dem Anspruch des Auskunftsberechtigten und den entgegengesetzten, berechtigten Interessen des Inhabers der Datensammlung vorzunehmen ist. Massgeblich ist die sorgfältige Güterabwägung im konkreten Einzelfall (BSK DSG-R. GRAMIGNA/ U. MAURER-LAMBROU, a.a.O., Art. 9 N 8).

Eine solche Interessenabwägung ist dem Gericht im vorliegenden Fall gänzlich verunmöglicht. Die Beklagte hat es nämlich unterlassen, dem Gericht auch nur ansatzweise – und nicht einmal in anonymisierter Form oder in einem versiegelten Umschlag – darzutun, um welche Art von Information es sich beim fraglichen D.-Eintrag über den Kläger handelt. Das Gericht kann unter diesen Umständen nicht einmal überprüfen, ob die Informationsbeschaffung durch die Beklagte überhaupt legal war. Noch weniger kann geprüft werden, ob die über den Kläger beschafften Informationen

richtig sind. Unmöglich ist auch der Entscheid, ob allenfalls nicht eine Verweigerung, sondern nur eine Einschränkung der Auskunft gerechtfertigt sein könnte. Diese Informationen sogar dem Gericht vorzuenthalten und damit eine Interessenabwägung zu verhindern, gleichzeitig aber zu behaupten, das Interesse der Beklagten und von Dritten sei gegenüber dem Interesse des Klägers überwiegend, grenzt an Mutwilligkeit.

Weshalb der Kläger überhaupt kein Interesse an einer Auskunft haben soll, bleibt das Geheimnis der Beklagten. Sie selber räumt ein, der Eintrag im D. führe dazu, dass der Kläger in nächster Zeit keine Anstellung mehr bei der Beklagten erhalten werde. Es ist unter diesen Umständen offensichtlich, dass der Kläger zumindest ein wirtschaftliches Interesse hat zu erfahren, welche Informationen ihm eine Anstellung bei der Beklagten, immerhin [...] Bank, verunmöglichen. Und er hat offensichtlich ein Interesse, sich gegen allenfalls illegal beschaffte oder falsche Daten zu wehren. Dass das Gericht nicht prüfen kann, ob dieses Interesse des Klägers den Interessen Dritter oder der Beklagten standhält, hat nach dem Gesagten allein die Beklagte zu vertreten.

4.4 Zusammenfassend ist die Beklagte in Gutheissung der Klage zur Auskunfterteilung zu verpflichten.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 12. Juni 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2018 Nr. 16 (Abweisung des Feststellungsbegehrens mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2018 [LA180018] sowie Beschwerdeabweisung durch das Bundesgericht [4A\_588/2018] mit Urteil vom 27. Juni 2019)*

**DSG 6; Feststellungsbegehren betreffend Rechtmässigkeit einer bereits erfolgten Mitarbeiter-Datenlieferung in die USA.**

**Die schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung eines Mitarbeiters kann allenfalls durch ein sein Interesse überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG gerechtfertigt werden. Für die Beurteilung der Frage, ob die Gefährdung einer Bank dem schweizerischen öffentlichen Interesse zuwiderläuft, rechtfertigt es sich, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten hat oder nicht. Dass am Erhalt einer systemrelevanten Bank ein öffentliches Interesse besteht, ist offensichtlich. Zum Zeitpunkt der Datenlieferungen konnte nicht vorausgesehen werden, dass sich der Steuerstreit zwischen der Schweiz und den USA beruhigen und ein Plea Agreement abgeschlossen werden würde. Die beklagte Bank vermochte genügend darzutun, dass im damaligen Zeitpunkt ein überwiegendes Interesse an der Übermittlung der Daten des Bankmitarbeiters bestand. Da insofern ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG vorlag, waren die Datenübermittlungen nicht widerrecht-**

**lich im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG und das klägerische Rechtsbegehren war entsprechend abzuweisen.**

Sachverhalt:

Im vorliegenden Streit um die Rechtmässigkeit von bereits erfolgten und beabsichtigten Mitarbeiterdatenlieferungen in die USA bzw. an das DoJ (U.S. Department of Justice) vermochte die beklagte systemrelevante Bank nicht darzutun, dass im heutigen Zeitpunkt ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Übermittlung von Personendaten des Klägers, eines ehemaligen Bankmitarbeiters, besteht. Dies wurde vom Obergericht auf Berufung der Beklagten hin bestätigt.

Der Kläger forderte darüber hinaus, es sei festzustellen, dass bereits erfolgte Datenlieferungen (im Prozess als Lieferungen 1-7 bezeichnet) seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzt hätten. Auf dieses Feststellungsbegehren bezieht sich der nachfolgende Urteilsauszug. Das Obergericht liess diese Frage im Berufungsentscheid offen.

Aus den Erwägungen:

Wer Personendaten bearbeitet, darf gemäss Art. 12 DSG die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen. Grundsätzlich dürfen Personendaten nach Art. 4 Abs. 3 DSG nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben, der aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist. Die Missachtung der Zweckbindung hat eine Verletzung der Persönlichkeit der betroffenen Person zur Folge, welche dann widerrechtlich und deshalb unzulässig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 13 DSG vorliegt (ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, N 2 f. und N 48 zu Art. 4 DSG).

Ein Dateninhaber kann Daten also auch entgegen der Grundsätze in Art. 4 DSG bearbeiten, sofern er einen Rechtfertigungsgrund anführen kann. Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG sind gegenüber denjenigen von Art. 13 Abs. 1 DSG eingeschränkt, wobei insbesondere ein überwiegendes privates Interesse zwar eine Datenbekanntgabe nach Art. 12 DSG (Art. 13 Abs. 1 DSG), nicht jedoch eine solche nach Art. 6 Abs. 1 DSG (vgl. Art. 6 Abs. 2 DSG) zu rechtfertigen vermag (Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LF140075-O vom 3. März 2015, S. 16 E. 3.1; CHRISTIAN DRECHSLER, Die Revision des Datenschutzgesetzes, AJP 2007, S. 1471 ff., S. 1475). Entscheidend ist entsprechend, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse gemäss Art. 6 Abs. 2 DGS bejaht werden kann, um eine nicht zweckgebundene Datenbearbeitung zu rechtfertigen. An dieser Stelle kann entsprechend offen gelassen werden, inwiefern die Beklagte die Daten zweckgebunden bearbeitete oder ihre Informationspflichten einhielt.

Für die Beurteilung der Rechtmässigkeit sämtlicher Lieferungen gelten grundsätzlich keine anderen rechtlichen Voraussetzungen als für die geplanten Lieferungen gemäss Ziffer 1 des Rechtsbegehrens [...]. In der Folge ist deshalb zu prüfen, ob allenfalls gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. d DSGVO [...] ein überwiegendes öffentliches Interesse als Rechtfertigungsgrund für die Übermittlung der Personendaten herangezogen werden könnte.

Zunächst ist festzuhalten, dass das grundrechtlich geschützte Interesse des Klägers an der informationellen Selbstbestimmung bzw. an der Verhinderung der Zweckentfremdung seiner Daten und des Verlustes der Kontrolle über die Datenbearbeitung durch die Übermittlung seiner Personendaten in ein Land ohne angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSGVO einen einschneidenden Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte darstellt. Im Weiteren wurde der Kläger der Unsicherheit ausgesetzt, sich potentiell vor den amerikanischen Strafbehörden verantworten zu müssen, was eine Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit zur Folge hatte. Dass es sich bei den in Frage stehenden Personendaten um nicht sensitive Daten handelte, schränkt zwar die Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung ein, lässt diese aber nicht obsolet werden, insbesondere nicht zum damaligen Zeitpunkt. Daran ändert auch der neuerliche Freispruch des ehemaligen Private Banking Chef's der Bank Frey, N.N., nichts.

In der Folge ist zu prüfen, ob die schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung des Klägers durch ein sein Interesse überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSGVO gerechtfertigt werden kann. Es gilt die eigentliche Kernfrage zu beantworten, ob ein öffentliches Interesse an der Bekanntgabe bzw. Übermittlung der Personendaten des Klägers im damaligen Zeitpunkt der Lieferungen (April/Mai 2012 und Januar/Juni 2013 sowie Februar 2014) bestanden hat.

Notorisch ist, dass eine Bank, die beim US-Programm nicht kooperiert, mit einer strafrechtlichen Anklage in den USA rechnen muss und damit vom Untergang bedroht ist, wie das im Jahre 2012 am Beispiel der Bank Wegelin vorexerziert wurde (vgl. dazu BGE 137 II 431 E. 4.3.1; Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LB150052-O vom 8. Februar 2016, E. 4.4.1.1). Dasselbe muss für die Zeit vor Abschluss des US-Programms gelten, in welcher sowohl der Druck auf die Banken als auch die Unsicherheit hinsichtlich einer möglichen Strafanklage gross war.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Gefährdung einer Bank dem schweizerischen öffentlichen Interesse zuwiderläuft, rechtfertigt es sich, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant zu gelten hat oder nicht. Auch das Bundesgericht hat in seinem am 15. Juli 2011 ergangenen Leitscheid BGE 137 II 431 über die Lieferung von Bankkundendaten an die US-Behörden an die Systemrelevanz der betreffenden Bank angeknüpft (vgl. BGE 137 II 431 E. 4.1, 4.2, 4.4). Dass im interessierenden Zusammenhang die Systemrelevanz das unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses entscheidende Kriterium ist, ergibt sich nicht zuletzt auch aus dem Bankgesetz: Per 1. März 2012 wurden dem BankG

die Art. 7 bis 10a als «Fünfter Abschnitt: Systemrelevante Banken» eingefügt, wo vom Gesetzgeber die entscheidenden Wertungen vorgenommen wurden. Gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG gelten solche Banken als systemrelevant, «deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde». Banken, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, gelten nicht als systemrelevant; es kann daher auch nicht angenommen werden, dass ihr Ausfall «die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde». Fällt also eine systemrelevante Bank aus, ist das schweizerische öffentliche Interesse tangiert (Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LB150052-O vom 8. Februar 2016, E. 4.4.1.1).

Dies kann allerdings kein genereller Freipass für systemrelevante Banken zur Lieferung von Personendaten sein, weshalb in der Folge zu prüfen bleibt, ob zum damaligen Zeitpunkt, das heisst im Zeitpunkt der Lieferung der Daten, ein öffentliches Interesse an der Übermittlung der Personendaten des Klägers bestand.

Zweifellos übten die amerikanischen Behörden im Zeitraum der Datenlieferungen des Klägers erheblichen Druck auf die Banken aus. Das DoJ hatte bereits mit Schreiben vom tt.mm.2011 die Lieferung aller geschäftlichen Aufzeichnungen über das US-Crossbordergeschäft verlangt. Zu diesem Zeitpunkt bestand ein weitgehender Fokus auf die Lieferung von Kundendaten wie auch die Namen der Vermögensverwalter, welche einen US-Konnex aufwiesen (Urteil des Obergerichts Zürich Geschäfts-Nr. LA160028-O vom 22. Dezember 2016, E. 6.6.2.). Mit bundesrätlichem Beschluss vom tt.mm.2012 wurde der Beklagten eine Ausnahmegewilligung nach Art. 271 StGB erteilt, um im Rahmen der schweizerischen Gesetzgebung mit den amerikanischen Behörden zu kooperieren. Auf dieser Grundlage lieferte die Beklagte die Personendaten des Klägers, sah sie sich doch mit einer potentiell existenzbedrohenden Strafuntersuchung konfrontiert, im Rahmen welcher das DoJ umfassende Kooperation verlangte. Die Beklagte machte zudem entsprechend geltend, in diesem Rahmen habe das DoJ auch die Lieferung von Dokumenten nicht akzeptiert, auf denen die Namen von Drittpersonen codiert worden seien. Das DoJ habe gedroht, eine solche Übermittlung als unkooperatives Verhalten zu werten, wobei an der Bank Wegelin ein Exempel statuiert worden sei. [...] Die Beklagte macht weiter geltend, dass dieser unmittelbare Druck zumindest bis zum Abschluss des Plea Agreements am tt.mm.2014 bestanden habe.

In der Tat stellt der Abschluss des Plea Agreements am tt.mm.2014 eine Art Wendepunkt dar: Die Beklagte bekannte sich zur Beihilfe, Unterstützung, Beschaffung und Beratung bei der Erstellung und Vorlage falscher Einkommenssteuererklärungen und sonstiger Dokumente beim Internal Revenue Service of the Treasury Department schuldig. Sie verpflichtete sich weiter zu einer Strafzahlung [...] sowie zur unverzüglichen Lieferung sämtlicher in den Abschnitten II.D.1 und II.D.2 des US-Programms genannten Personendaten. Damit war die grosse Unsicherheit der potentiell existenz-

bedrohenden Strafuntersuchung durch die amerikanischen Untersuchungsbehörden zumindest bis auf weiteres abgewendet, obschon auch unter dem Plea Agreement weiterhin die Lieferung von Personendaten wesentlich blieb. Festzuhalten bleibt, dass man zum Zeitpunkt der hier im Streit liegenden Datenlieferungen im Gegensatz zu heute noch nicht wusste, dass sich der Steuerstreit mit den USA weitgehend beruhigen würde. Es ist davon auszugehen, dass die Beruhigung auch aufgrund der weitgehenden Kooperation der Banken, unter anderem auch der Beklagten, erfolgte. Die Herausgabe der klägerischen Daten, auch wenn es sich um eine geringe Menge mit wohl wenig sensitiven Informationen handelte, schien daher zur Zeit vor Abschluss des Plea Agreements als zur Vermeidung des Steuerstreites und damit einer Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes sowie zur Erhaltung des guten Rufs der Schweiz als verlässliche Handelspartnerin unerlässlich. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass sich die Bank insbesondere zum in Frage stehenden Zeitpunkt verpflichtet sah, nicht nur Informationsfragmente betreffend besonders brisanter Fälle zu liefern, sondern sämtliche Informationen, welche einen Konnex zum US-Geschäft aufwiesen, wozu auch unbestrittenmassen die den Kläger betreffenden Daten gehörten.

Dass am Erhalt einer systemrelevanten Bank ein öffentliches Interesse besteht, ist offensichtlich. Zum Zeitpunkt der Datenlieferungen konnte nicht vorausgesehen werden, dass sich der Steuerstreit beruhigen und ein Plea Agreement abgeschlossen werden würde. Die Beklagte vermag folglich genügend darzutun, dass im damaligen Zeitpunkt ein überwiegendes Interesse an der Übermittlung der Daten des Klägers bestand. Da insofern ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG vorgelegen hat, waren die Datenübermittlungen nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG. Ziffer 2 und 3 des klägerischen Rechtsbegehrens sind entsprechend abzuweisen.

Das Obergericht liess demgegenüber die Frage offen, ob die Beklagte ein überwiegendes Interesse an der Datenübermittlung im damaligen Zeitpunkt darzutun vermochte, und wies das Feststellungsbegehren wegen unzureichender Behauptungen des Klägers zu den konkreten Daten ab.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 14. August 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2018 Nr. 18 (Abweisung der Berufung mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Januar 2019 [LA180029])*

#### **ZPO 34; Zuständigkeit am gewöhnlichen Arbeitsort.**

**Gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig (E. 3.1). Der gewöhnliche Arbeitsort befindet sich grundsätzlich dort,**

**wo sich der tatsächliche Mittelpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers befindet. Arbeitet der Arbeitnehmer gleichzeitig an mehreren Orten, ist auf den Hauptarbeitsort abzustellen. Unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Motivation des Art. 34 Abs. 1 ZPO ist derjenige Arbeitsort als «gewöhnlich» zu definieren, an dem der Arbeitnehmer während einer wesentlichen Anzahl von Tagen im Jahr seine Arbeit antritt und in der Regel auch leistet und wieder beendet. Vorliegend war der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin als Chauffeur angestellt und daher an verschiedenen Arbeitsorten tätig. Es ist deshalb nicht darauf abzustellen, an welchem Ort er die meiste Arbeitszeit verbrachte, sondern auf den Ort, an dem er während einer wesentlichen Anzahl von Tagen im Jahr seine Arbeit antrat und beendete (E. 3.4, 3.5).**

Sachverhalt:

Der Kläger arbeitete als Chauffeur für die Beklagte. Die Beklagte hat ihren Sitz in A. und bestritt die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich.

Aus den Erwägungen:

3.1 Gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO ist für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig. Ist das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Klageanhebung bereits beendet, richtet sich der alternative Gerichtsstand nach dem letzten gewöhnlichen Arbeitsort. Der Arbeitnehmer kann zudem auch beim Gericht am Ort der Niederlassung des Arbeitgebers klagen (Art. 12 ZPO), wobei zwischen dem geltend gemachten Anspruch und der Niederlassung ein Zusammenhang bestehen muss (ROHNER, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, ZPO Kommentar, 2. Aufl. 2015, N 3 zu Art. 34).

Die örtliche Zuständigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO) und ist als solche von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Art. 34 Abs. 1 ZPO ist teilzwingend: Die stellensuchende oder arbeitnehmende Partei kann auf diese Gerichtsstände weder zum Voraus noch durch Einlassung verzichten (Art. 35 Abs. 1 lit. d ZPO). Art. 35 ZPO zählt den geschützten Personenkreis abschliessend auf. Auf die konkrete Schutzbedürftigkeit kommt es nicht an (KAISER JOB, BSK ZPO, Art. 35 N 3). Deshalb kann sich der Arbeitgeber an einem anderen Gerichtsstand einlassen, da der Sozialschutzgedanke auf ihn keine Anwendung findet (ROHNER, in Gehri/Jent-Sørensen/Sarbach, a.a.O., N 1 und N 5 zu Art. 35). Das bedeutet, das angerufene Gericht wird zuständig, wenn sich der Arbeitgeber ohne Einrede der fehlenden Zuständigkeit zur Sache äussert (Art. 18 ZPO).

3.2 Die Beklagte nahm mit der Eingabe vom 18. Juni 2018 (Datum Poststempel: 22. Juni 2018) materiell Stellung zur Klage, ohne zuvor oder gleichzeitig die Unzuständigkeitseinrede zu erheben und hat sich damit auf den hiesigen Gerichtsstand eingelassen (Art. 18 ZPO; BSK ZPO-INFANGER, N 10 zu Art. 18).

3.3 Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Beklagte anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Juli 2018 die örtliche Zuständigkeit sinngemäss bestritt. Sie macht geltend, dass sich ihr Hauptsitz, als der Arbeitsvertrag mit dem Kläger geschlossen worden sei, noch an der B.-Strasse in Zürich befunden habe; zwischenzeitlich habe sie ihren Sitz aber nach A. verlegt. Der Arbeitsplatz des Klägers habe sich nicht an der B.-Strasse befunden, dort sei nur der Fahrzeugpark und der Kläger habe mehrheitlich die Fahrzeuge dort abgeholt.

Der Kläger führt demgegenüber aus, er habe seine Arbeit an der B.-Strasse verrichtet. Die Beklagte habe an der B.-Strasse ein Büro und führe ihre Erwerbstätigkeit von dort aus. Sie verwende im Alltag auch die Adresse der B.-Strasse.

3.4 Der gewöhnliche Arbeitsort befindet sich grundsätzlich dort, wo sich der tatsächliche Mittelpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers befindet. Arbeitet der Arbeitnehmer gleichzeitig an mehreren Orten, ist auf den Hauptarbeitsort abzustellen. Es ist nicht notwendig, dass am Arbeitsort eine dem Arbeitgeber gehörende Organisationseinheit mit festen Einrichtungen vorhanden ist. Der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. In Betracht fallen dabei vor allem der zeitliche Umfang der Arbeiten, deren Bedeutung, allfällige benutzte Infrastruktur und andere Faktoren, die auf eine enge arbeitsvertragliche Beziehung der Parteien zu einem bestimmten Ort schliessen lassen und deren berechnete Erwartung auf einen Gerichtsstand zu begründen vermögen. Kann kein Hauptarbeitsort ermittelt werden, steht der Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort nicht zur Verfügung. Dieser ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn es überhaupt an einem gewöhnlichen Arbeitsort fehlt, weil dieser ständig ändert (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, S. 27 ff.; ROHNER, in Gehri/Jent-Sørensen/ Sarbach, a.a.O., N 4 zu Art. 34, m.w.H.; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 34 N 16 ff. m.w.H.).

Nach FRÖHLICH fusst die Regelung von Art. 34 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu weiten Teilen auf der Annahme, dass eine Vielzahl von Arbeitnehmern bei der Wahl ihres Wohnorts darauf achten würden, dass ihr Arbeitsweg möglichst kurz ausfalle. Der Gerichtsstand am Ort der Arbeitsverrichtung solle ermöglichen, an einem Ort zu klagen, der räumlich nahe liege und dessen urteilende Gerichtsbehörde mit den Verhältnissen am Arbeitsort vertraut sei. Daher sei unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Motivation des Art. 34 Abs. 1 Satz 2 ZPO der Arbeitsort als «gewöhnlich» zu definieren, an welchem der Arbeitnehmer während einer wesentlichen Anzahl von Tagen im Jahr seine Arbeit antrete und in der Regel auch leiste und wieder



beende (FRÖHLICH, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2014, S. 55 f., m.w.H.).

3.5 Bei der vorliegenden Klage handelt es sich unbestrittenermassen um eine arbeitsrechtliche Klage. Gemäss Handelsregistereintrag befindet sich der Sitz der Beklagten seit dem 14. März 2017 in A. Die Parteien schlossen den Arbeitsvertrag am 23. März 2017. Der Sitz der Beklagten befand sich also während des ganzen Arbeitsverhältnisses in A. Trotzdem wird im Arbeitsvertrag die Adresse an der B.-Strasse genannt. Auch auf der eingereichten Stellungnahme zur Klage wird neben der Domiziladresse als Postadresse die B.-Strasse aufgeführt. Die B.-Strasse scheint somit nicht lediglich ein Parkplatz zu sein.

Der Kläger war bei der Beklagten als Chauffeur angestellt und daher an verschiedenen Arbeitsorten tätig. Vorliegend ist deshalb nicht darauf abzustellen, an welchem Ort der Kläger die meiste Arbeitszeit verbracht hat, sondern auf den Ort, an welchem er während einer wesentlichen Anzahl von Tagen im Jahr seine Arbeit antrat und beendete. Der Kläger hat unbestrittenermassen bei den meisten Arbeitseinsätzen sein Fahrzeug bei der B.-Strasse geholt und auch wieder dort abgeliefert.

Die Beklagte führt ihrerseits aus, dass der Kläger morgens, nachdem er einstempelt habe, Kaffee getrunken, seine Kleider gewechselt, sich mit Kollegen unterhalten und am Abend noch einen Rapport verfasst habe. Eingestempelt habe der Kläger an der B.-Strasse.

Die Einsatzbasis bzw. der Stützpunkt des Klägers befand sich somit an der B.-Strasse. Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist – auch ohne Einlassung der Beklagten – gegeben.

*Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 21. August 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2018 Nr. 19*

### **ZPO 81; Streitverkündungsklage bei fehlender Passivlegitimation im Konzern.**

Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen (E. 2.1). Aus Art. 81 Abs. 1 ZPO ergibt sich die Voraussetzung, dass der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptklageanspruch stehen muss. Es können somit nur Ansprüche geltend gemacht werden, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen. Dabei handelt es sich namentlich um Regress-, Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche, aber etwa auch um vertragliche oder gesetzliche Rückgriffsrechte. Es genügt, dass sich dieser sachliche Zusammenhang aus den Darlegungen des Streitverkündungsklä-

gers ergibt und ein potenzielles Regressrecht aufgezeigt wird. Kein Zusammenhang im Sinne von Art. 81 ZPO besteht zwischen Ansprüchen, die zur Streitsache zwar einen Bezug aufweisen, doch nicht von ihrem Ausgang abhängen. Vorliegend geht es nicht darum, ob ein Anspruch besteht, sondern ob die richtige Partei eingeklagt wurde. Die Arbeitnehmerin hat eine falsche Partei eingeklagt. Die Streitverkündungsklage kann nicht dazu dienen, diesen Fehler zu korrigieren (E. 2.3).

Sachverhalt:

Die Klägerin machte ihre Forderungen betreffend missbräuchliche Kündigung sowie eine variable Vergütung gegenüber der Beklagten geltend, obwohl ihr Arbeitsvertrag im Laufe des Arbeitsverhältnisses auf eine neu gegründete Tochtergesellschaft, die X. AG, übertragen worden war. Die Klage wurde deshalb aufgrund fehlender Passivlegitimation der Beklagten abgewiesen.

Zusammen mit der Replik liess die Klägerin subeventuell gegen die X. AG Streitverkündungsklage erheben.

Aus den Erwägungen:

#### 1. Parteistandpunkte

Subeventualiter liess die Klägerin gegen die X. AG Streitverkündungsklage erheben. Die Klägerin verlangt aufgrund der Streitverkündungsklage gemäss Art. 81 ZPO die Zulassung der X. AG im Hauptprozess. Die klägerische Partei begründet dies damit, dass der Zweitprozess vom Ausgang dieses Hauptprozesses abhängt. Sollte die Passivlegitimation der Beklagten im vorliegenden Verfahren bejaht werden, so wäre es der Klägerin nicht möglich, ihre Ansprüche gegenüber der X. AG geltend zu machen, weshalb eine Abhängigkeit bestehe. Bei einer Verneinung würden der Klägerin Ansprüche gegen die X. AG zustehen. Für den Zweitprozess müsste lediglich die Parteibezeichnung der beklagten Partei angepasst werden.

Zum Eventualstandpunkt der Klägerin entgegnet die Beklagte, dass mit Präsidialverfügung vom 7. März 2018 das vorliegende Verfahren auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten beschränkt worden sei. Nicht Gegenstand im aktuellen Verfahrenszeitpunkt sei die Frage der Zulassung der subeventuell erhobenen Streitverkündungsklage.

Bei einer Streitverkündungsklage gehe es zudem um Regressansprüche und nicht darum, dass die Klägerin im Falle des Unterliegens mangels Passivlegitimation eine mögliche andere Partei ins Auge fassen könne. Aus diesem Grund sei eine Streitverkündungsklage unzulässig.

Der klägerische Rechtsvertreter stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass die Streitverkündungsklage entgegen den Ausführungen der Beklag-

ten zulässig sei, weil der Gesetzeswortlaut keine Beschränkung der Streitverkündungsklage auf haftpflichtrechtliche Regressansprüche enthalte. Zudem werde im Zuge der Zulassung der Streitverkündungsklage nicht geprüft, ob die geltend gemachten Ansprüche materiell tatsächlich bestünden. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob die streitverkündende Partei glaube, gegenüber der streitberufenen Ansprüche zu haben.

## 2. Beurteilung

2.1 Gemäss Art. 81 Abs. 1 ZPO kann die streitverkündende Partei ihre Ansprüche, die sie im Falle des Unterliegens gegen die streitberufene Person zu haben glaubt, beim Gericht, das mit der Hauptklage befasst ist, geltend machen. Die Streitverkündungsklage im Sinne von Art. 81 f. ZPO ist aus zwei Gründen unzulässig.

2.2 Vorab ist es bereits sachlogisch ausgeschlossen, eine Streitverkündungsklage subeventualiter zu erheben. Wird nämlich die Passivlegitimation verneint, dann ist die Klage abzuweisen. Der Prozess ist mit der Klageabweisung beendet. Es gibt keinen Hauptprozess mehr, und es bleibt damit kein Raum für eine Streitverkündungsklage.

2.3 Hinzu kommt Folgendes: Aus Art. 81 Abs. 1 ZPO ergibt sich die Voraussetzung, dass der mit der Streitverkündungsklage geltend gemachte Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptklageanspruch stehen muss. Mit der Streitverkündungsklage können nur Ansprüche geltend gemacht werden, die vom Bestand des Hauptklageanspruchs abhängen. Dabei handelt es sich namentlich um Regress, Gewährleistungs- und Schadloshaltungsansprüche, aber etwa auch um vertragliche oder gesetzliche Rückgriffsrechte. Es genügt, dass sich dieser sachliche Zusammenhang aus den Darlegungen des Streitverkündungsklägers ergibt und ein potenzielles Regressrecht aufgezeigt wird. Kein Zusammenhang im Sinne von Art. 81 ZPO besteht zwischen Ansprüchen, die zur Streitsache zwar einen Bezug aufweisen, doch nicht von ihrem Ausgang abhängen (BGE 139 III 67 E. 2.4.3, 2.5, 2.7; Urteil BGer 4A\_341/2014, E. 3.3, vom 5. November 2014).

Davon, dass der Anspruch der Klägerin gegen die X. AG im zitierten Sinne vom Bestand oder Nichtbestand des gegen die Beklagte geltend gemachten Anspruchs abhängt, kann keine Rede sein. Vorliegend geht es nicht darum, ob ein Anspruch besteht oder nicht, sondern ob die richtige Partei eingeklagt wurde oder nicht. Die Klägerin hat eine falsche Partei eingeklagt. Die Streitverkündungsklage kann nicht dazu dienen, diesen Fehler zu korrigieren.

2.4 Auf die subeventualiter erhobene Streitverkündungsklage ist daher nicht einzutreten.

*Arbeitsgericht Zürich, Verfügung vom 30. August 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2018 Nr. 13, mit ergänzender Urteilsbegründung im Berufungsentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2019 (LA180031)*

### **Art. 337 OR, Art. 152 ZPO; Beweis des wichtigen Grundes mit privaten WhatsApp-Chatnachrichten auf dem Geschäftshandy?**

Beim Erstellen von Screenshots handelt es sich um eine Datenbearbeitung, weshalb zu prüfen ist, ob sich für diese arbeitgeberischen Handlungen in Art. 328b OR oder im DSG eine Grundlage oder ein Rechtfertigungsgrund finden. Vorliegend handelte es sich bei den durchsuchten und anschliessend (mittels Screenshot) fotografierten WhatsApp-Chatnachrichten zwischen der Arbeitnehmerin und ihrer Cousine, worin die Arbeitnehmerin den Geschäftsführer der Arbeitgeberin massiv herabsetzte, um eine private Konversation und somit um private Daten. Daran vermag die Tatsache, dass die Arbeitnehmerin ein von der Arbeitgeberin ausgehändigtes Geschäftsmobiltelefon verwendete, nichts zu ändern. Eine Datenbearbeitung wäre nur gerechtfertigt, wenn ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSG bejaht werden könnte. Vorliegend liegt aber eine Einwilligung zur Datenbearbeitung nicht vor. Auch eine Rechtfertigung durch Gesetz, insbesondere gestützt auf Art. 328b OR, ist nicht ersichtlich. Die Daten betrafen weder die Eignung der Arbeitnehmerin für das Arbeitsverhältnis noch waren sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich (E. 2.2).

#### **Sachverhalt:**

Die Klägerin arbeitete zirka fünf Jahre für die Beklagte, zuletzt als Assistentin im Bereich Geschäftsleitung und Personal. Anlässlich einer Kontrolle des Geschäftshandys entdeckte die Beklagte WhatsApp-Chatnachrichten, die den Geschäftsführer der Beklagten herabsetzen. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin hierauf mit Schreiben vom 12. Juni 2017 fristlos und begründete dies mit den im Chatverlauf entdeckten Äusserungen.

#### **Aus den Erwägungen:**

##### *2. Würdigung*

##### **2.1 Kündigungsgründe**

Die Beklagte begründet die fristlose Kündigung mit der massiven Verletzung von arbeitsvertraglichen Treuepflichten und strafbaren Handlungen (massive ehrverletzende Äusserungen im Sinne von Art. 173 StGB, Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und Vortäuschung einer Krankheit) durch die Klägerin. Sie stützt ihre Vorwürfe dabei auf die WhatsApp-

Chatverläufe auf dem ehemaligen Geschäftsmobiltelefon der Klägerin und reicht die entsprechenden Chat-Protokolle bzw. Screenshots ins Recht. Dass es zum Austausch der ins Recht gelegten WhatsApp-Nachrichten gekommen ist, insbesondere denjenigen zwischen der Klägerin und deren Cousine A., ist vorliegend unbestritten. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob für die Entscheidungsfindung auf diese WhatsApp-Chatverläufe bzw. die entsprechenden Screenshots abgestellt werden kann.

## 2.2 Erlangung der Chat-Verläufe

Aufgrund der Aktenlage ist von einem regen Austausch von WhatsApp-Nachrichten zwischen der Klägerin sowie der vorgenannten A. auszugehen. Umstritten ist dabei, ob die Klägerin im von der Beklagten ausgehändigten Mobiltelefon eine private SIM-Karte oder eine SIM-Karte der Beklagten verwendete. Wie nachfolgend noch gezeigt wird, ist die Frage für den vorliegenden Fall jedoch nicht entscheidend und kann deshalb offengelassen werden. Unstrittig ist hingegen, dass die Beklagte vom besagten Chat-Verlauf im Rahmen einer «Kontrolle/Revision» des Geschäftshandys der Klägerin erfuhr. Die Beklagte bringt in diesem Zusammenhang vor, dass es der Klägerin klar gewesen sei, dass das Mobiltelefon im Rahmen einer Routinekontrolle überprüft würde und dass sie damit ihr Einverständnis abgegeben habe. In den Anstellungsbedingungen der Beklagten finden sich unter Ziffer 19 die nachfolgenden Regelungen zur Nutzung von firmeneigenen Kommunikationsmitteln:

«(19.) Nutzung von firmeneigenen Kommunikationsmitteln

(19.1) Umgang mit dem persönlichen Passwort

Die Mitarbeiterin bestätigt, dass sie ein Passwort erhalten hat welches ihr auf der Plattform von [der Beklagten] den Zugang zu Online-Kommunikationsdiensten ermöglicht. Die Mitarbeiterin behandelt das Passwort streng vertraulich und sichert es gegen Verlust und unbeabsichtigte Preisgabe an Dritte ab.

(19.2) Nutzung der Kommunikationsdienste

Die Mitarbeiterin nutzt den Zugang zu den Online-Diensten, deren Anwendungen, Funktionen und Leistungen nur im Zusammenhang mit der Erfüllung geschäftlicher Aufgaben. Untersagt ist infolge der akuten Gefährdung durch Viren, welche der Plattform von [der Beklagten] erheblichen Schaden zufügen können, die Benutzung des Internets für persönliche Zwecke. Insbesondere untersagt ist der Empfang bzw. Versand von E-Mails über einen privaten Web Mail Zugang oder das Hören von Musik via Stream über die Plattform von [der Beklagten].

Die Benutzung des Geschäftstelefons ist in Absprache mit der Leitung der Geschäftsstelle erlaubt, insbesondere in dringenden Situationen.

Die Mitarbeiterin enthält sich subjektiver Wertungen oder Äusserungen bei der Nutzung von Online-Diensten, die seitens Dritter als beleidigend oder verletzend beurteilt werden könnten. Verboten ist insbesondere das Herunterladen irgendwelcher Programme usw. auf die Plattform von [der Beklagten] sowie das Betrachten, Herunterladen oder Versenden von

E-Mails, welche auf irgendeine Art diskriminierend sind oder einen sexuellen, pornographischen oder rassistischen Inhalt besitzen.

(19.3) Meldepflicht der Mitarbeiterin

Die Mitarbeiterin meldet [der Beklagten] unverzüglich alle besonderen Vorkommnisse beim Umgang mit Online-Diensten, insbesondere bei möglichem Missbrauch des Passwortes, Zugriffsversuchen von Hackern, Verdacht auf Viren etc.

(19.4) Kontrolle durch [die Beklagte]

[Die Beklagte] behält sich das Recht vor, im Falle des Verdachtes einer Verletzung dieser Vorschriften ohne Vorwarnung eine Kontrolle vorzunehmen und sowohl Telefonnummern, E-Mail oder besuchten Internetseiten zu überprüfen, einzusehen oder abzuhören.

(19.5) Private Smartphones und Tablets

Der allgemeine Gebrauch von privaten Smartphones (Handys) und Tablets (Telefonate, SMS, Internetdienste, soziale Medien, Spiele etc.) ist während der Arbeitszeit untersagt. Sind privat dringende Kontakte erforderlich, sind diese mit der Vorgesetzten abzusprechen.

(19.6) Sanktionen bei Verstössen

Je nach Schwere des Verstosses hat die betroffene Mitarbeiterin mit einer ordentlichen Kündigung oder fristlosen Entlassung zu rechnen. Zudem behält sich [die Beklagte] vor, der Mitarbeiterin allfällige Unkosten, Schadenersatz usw. in Rechnung zu stellen.»

Der Beklagten ist aufgrund dieser Bestimmungen, die als integrierte Vertragsbestandteile zu betrachten sind, dahingehend zuzustimmen, dass die Klägerin allenfalls bei einem entsprechenden Verdacht auf einen Verstoss gegen die Bestimmungen mit einer Kontrolle ihres Geschäftsmobiltelefons hätte rechnen müssen, wobei die aufgrund eines Verdachts getroffene Kontrolle bzw. Massnahme wiederum verhältnismässig sein müsste (ISABELLE WILDHABER/SILVIO HÄNSENBERGER: Kündigung wegen Nutzung von Social Media, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, S. 399 ff., S. 424). Eine Löschung des Chat-Verlaufs wäre wohl eine solche verhältnismässige Massnahme. Zu berücksichtigen ist namentlich, dass einem WhatsApp-Chat zwischen zwei Personen im Unterschied etwa zu Facebook-Einträgen jeglicher Öffentlichkeitscharakter fehlt. In casu fand denn auch nicht nur eine Kontrolle zur Behebung allfälliger Defekte statt, bei welcher die Applikation «WhatsApp» vom Handy der Klägerin einfach hätte gelöscht werden können. Vielmehr wurde die App geöffnet und durchsucht. Einzelne Chats wurden durchforscht und sogar dupliziert (Screenshot), ohne dass dafür ein Verdachtsmoment oder eine spezifische Einwilligung bestand. Etwas anderes wurde von der Beklagten bezeichnenderweise auch nicht geltend gemacht. Es bestand mithin keine rechtsgenügende Grundlage im Anstellungsreglement, die eine solche Durchsuchung des Mobiltelefons gerechtfertigt hätte. Folglich hatte auch die Klägerin nicht mit einer Durchsuchung des Mobiltelefons rechnen müssen. Ebenso wenig lag eine Einwil-

ligung der Klägerin dazu vor. Dass sie gewusst haben soll, dass auch die Mobiltelefone anderer Mitarbeiter der Beklagten ohne Vorliegen eines Verdachtsmoments untersucht worden sein sollen, vermag daran nichts zu ändern.

Aus den vorstehend erwähnten Gründen kann es vorliegend auch nicht darauf ankommen, ob die Klägerin für das Geschäftsmobiltelefon eine private SIM-Karte (mit der Nummer 078 XXX XX XX) oder eine solche der Beklagten (mit der Nummer 079 XXX XX XX) nutzte. Auf Edition der von der Beklagten in diesem Zusammenhang zum Beweis offerierten Swisscom-Abrechnung, die in den Beilagen zur Stellungnahme vom 24. August 2018 fehlt (als Beilage 2 bezeichnet), kann deshalb verzichtet werden. Massgebend ist einzig, dass vom Einverständnis der Klägerin vorliegend nicht ausgegangen werden kann. Nachfolgend ist deshalb abzuklären, ob für die Durchsuchung des Geschäftsmobiltelefons eine gesetzliche Grundlage oder zumindest ein Rechtfertigungsgrund bestand.

Beim Erstellen dieser Screenshots handelt es sich um eine Datenbearbeitung, weshalb konkret zu prüfen ist, ob sich in Art. 328b OR oder im DSG eine Grundlage oder ein Rechtfertigungsgrund für die beklagischen Handlungen findet. Das DSG findet vorliegend Anwendung. Art. 2 Abs. 2 lit. c greift ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit eines Zivilverfahrens. Eine Ausdehnung auf das Vorfeld eines Zivilprozesses, während Informationen und Beweismittel gesammelt werden, ist zu verneinen (BGE 138 III 425 E. 4.3).

Beim durchsuchten und anschliessend fotografierten (Screenshot) Chatverlauf zwischen der Klägerin und ihrer Cousine handelt es sich eindeutig um eine private Konversation und somit um private Daten. Daran vermag die Tatsache, dass die Klägerin ein von der Beklagten ausgehängdigtes Geschäftsmobiltelefon – und allenfalls eine SIM-Karte der Beklagten – verwendete, nichts zu ändern. Die Daten waren offensichtlich nicht allgemein zugänglich, sondern sind der Geheimsphäre zuzuordnen. Die Datenbearbeitung wäre nur gerechtfertigt gewesen, sofern ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 DSG bejaht werden könnte. Eine Einwilligung zur Datenbearbeitung lag – wie vorstehend dargelegt – eindeutig nicht vor. Auch eine Rechtfertigung durch Gesetz, insbesondere gestützt auf Art. 328b OR, ist nicht ersichtlich. Die Daten betrafen weder die Eignung der Klägerin für das Arbeitsverhältnis noch waren sie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich. Schliesslich ist auch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse nicht ersichtlich.

Nach dem Gesagten war die Datenbearbeitung durch die Beklagte widerrechtlich, weil sie die Persönlichkeit der Klägerin verletzte und hierfür kein Rechtfertigungsgrund bestand. Bei den eingereichten Chat-Protokollen handelt es sich demzufolge um rechtswidrig beschaffte Beweismittel. Nachfolgend ist deshalb noch zu prüfen, ob diese ausnahmsweise und aufgrund eines überwiegenden Interesses an der Wahrheitsfindung zu berücksichtigen sind (Art. 152 Abs. 2 ZPO).

### 2.3 Überwiegendes Interesse an der Wahrheitsfindung

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass selbst wenn von einer widerrechtlichen Beschaffung der Beweismittel auszugehen wäre, das Interesse an der Wahrheitsfindung vorliegend überwiegen würde. Der Geschäftsführer der Beklagten, B., sei durch die Äusserungen der Klägerin im WhatsApp-Chat auf übelste und primitivste Weise in seiner Ehre und damit seiner persönlichen Integrität verletzt worden und zudem im Sinne des Gleichstellungsgesetzes sexuell belästigt worden. Ferner habe die Klägerin unbefugterweise Geschäftsgeheimnisse preisgegeben. Das Interesse von Herrn B., von seiner persönlichen Assistentin nicht derart in seiner Ehre und persönlichen Integrität verletzt zu werden, sei höher zu gewichten als ein absolut harmloser Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Klägerin. Das Interesse an der Wahrheitsfindung hänge zudem auch vom Verfahrensgrundsatz ab. Ein wichtiges Kriterium sei die Tatsache, dass im vorliegenden Fall das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen habe und die beschränkte Untersuchungsmaxime gelte. Insbesondere könne das Gericht eben auch Beweise berücksichtigen und von Amtes wegen erheben, die von keiner Seite angerufen worden seien. Sodann sei zu beachten, dass ein Anhaltspunkt für eine sehr starke Intensität vorliege, wenn der Gesetzgeber ein Verhalten als strafrechtlich qualifiziere.

Vorab ist festzuhalten, dass die Argumentation der Beklagten, wonach das Interesse an der Wahrheitsfindung aufgrund der vorliegend anwendbaren Prozessmaxime höher zu gewichten sei, nicht stichhaltig ist. Wie vorstehend aufgezeigt, hat das Interesse an der Wahrheitsfindung im vereinfachten Verfahren grundsätzlich kein grösseres Gewicht als beim klassischen Verhandlungsgrundsatz. Daran vermag der Hinweis auf die Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO nichts zu ändern. Denn die Untersuchungsmaxime soll nur so weit greifen, als sie zum Ausgleich eines sozialen Machtgefälles zwischen den Parteien (z.B. Arbeitgeber und Arbeitnehmer) dient (LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, OFK-ZPO, Art. 247 N 8). Was die Interessenabwägung betrifft, so kann der Beklagten nicht zugestimmt werden, wenn sie ausführt, es handle sich um einen absolut harmlosen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Klägerin. Die Beklagte bzw. deren einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer hat die Beweismittel in Verletzung materiell-rechtlicher Bestimmungen beschafft. Durch die vorstehend aufgezeigten Beschaffungshandlungen wurde die Geheim-sphäre der Klägerin und somit auch ihre Persönlichkeit in einer klaren, nicht zu unterschätzenden Weise verletzt. Die durchsuchten Whats-App-Nachrichten betrafen mitunter private und intime Angelegenheiten, so etwa der Chatverlauf zwischen der Klägerin und ihrem Freund C. Auch wenn der Inhalt der streitgegenständlichen WhatsApp-Nachrichten eine Verletzung der persönlichen Integrität des Geschäftsführers des Beklagten nahelegt – worauf vorliegend aber nicht näher einzugehen ist –, kann dessen Rechtsgut (Persönlichkeit) nicht höher als dasjenige der Klägerin gewichtet werden.



Aus den vorstehenden Erwägungen wird ersichtlich, dass die WhatsApp-Protokolle nicht zur Begründung der fristlosen Kündigung herangezogen werden können. Letztere wurde vorliegend jedoch gestützt auf diese ausgesprochen. Sämtliche von der Beklagten behaupteten wichtigen Gründe finden ihre Grundlage im widerrechtlich durchforschten WhatsApp-Verlauf der Klägerin. Dies trifft nicht nur auf die geltend gemachten Ehrverletzungstatbestände, sondern auch auf die behauptete Verletzung des Geschäftsgeheimnisses und die angeblich vorgetäuschte Krankheit zu. Die fristlose Kündigung war somit nicht gerechtfertigt.

Das Obergericht kam zum selben Schluss und erwog zur Rechtswidrigkeit der Datenbeschaffung folgendes:

*Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:*

[2] c) aa) Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Art. 328b OR ist lex specialis zu den Datenschutzbestimmungen im Bundesgesetz über den Datenschutz (Costa, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Jusletter 9. Januar 2012, Rz 19). Datenbearbeitungen im Arbeitsverhältnis sind grundsätzlich unzulässig, es sei denn, sie seien durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages gerechtfertigt. Jede Bearbeitung von Daten, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug haben, ist damit unzulässig. Sie ist also selbst dann nicht erlaubt, wenn sie nach dem Datenschutzgesetz erlaubt wäre. Anders als im Bereich des Datenschutzgesetzes vermag daher das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit grundsätzlich nicht zu beseitigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. A., Zürich/Basel/ Genf 2012, Art. 328b N 3). Unter Bearbeiten ist jeder Umgang mit Personendaten zu verstehen, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren. Insbesondere fällt darunter das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten der Daten (Art. 3 lit. e DSG). Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG). Wie die Beklagte zutreffend ausführt, beziehen sich Daten insofern auf eine Person, als sie die Identität, die Merkmale und Eigenschaften, das Verhalten oder die Behandlung und Beurteilung dieser Person betreffen (BSK DSG-BLECHTA, Art. 3 N 8). Gemeint sind Daten mit Personenbezug. Dazu zählt auch die Äusserung einer Person (ROSENTHAL/JÖHRI: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3 N 4 und 13). Zum Verhalten einer Person gehört die Benutzung von WhatsApp, also wann jemand mit wem eine Konversation mit welchem Inhalt geführt hat. Entgegen der Meinung der Beklagten kommt es auf den Inhalt der Konversation nicht an. Es handelt sich somit beim aktenkundigen Chatverkehr um Personendaten, die vom Datenschutzgesetz

erfasst sind. Durch die Sichtung, Herstellung von Screenshots und Zitierung sind diese Daten von der Beklagten bearbeitet worden.

bb) Zu prüfen ist, ob diese Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich war (Art. 328b OR). Erlaubt ist die Datenbearbeitung u.a. zur Kontrolle erteilter Weisungen. So dürfen beispielsweise Randdaten (Dauer, Zeitpunkt, Gebühren, beteiligte Anschlüsse) von Telefongesprächen grundsätzlich erfasst werden, wenn Weisungen über den privaten Telefonverkehr existieren (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 8 S. 587). Im Bereich des E-Mailverkehrs ist es nicht ausgeschlossen, Zahl und Umfang der abgeschickten E-Mails, einschliesslich der privaten, zu kontrollieren. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigt sich höchstens bei den geschäftlichen E-Mails (GEISER, Die Beaufsichtigung des Internetbenutzers im Arbeitsrecht, Medialex 2001, S. 207). Die Beklagte geht davon aus, dass WhatsApp primär für private Zwecke auf einem Handy installiert wird. Sie behauptet nicht, Einsicht in den Chatverlauf auf dem Handy der Klägerin genommen zu haben, um geschäftliche Nachrichten zu überprüfen, sondern um Gewissheit zu erlangen, dass private Nachrichten ausgetauscht würden. Eine inhaltliche Sichtung des Chatverlaufs war daher von vornherein nicht zulässig, da sie zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich war (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 18 S. 622). Zudem schreibt Art. 4 Abs. 2 DSGVO vor, dass die Bearbeitung von Personendaten verhältnismässig sein muss. In Bezug auf die Auswertung von 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 Arbeitnehmerin darstellt (Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz für die Privatwirtschaft des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, Stand September 2013, Ziff. 3.2; zit. Leitfaden). Die Beklagte beruft sich für ihre Berechtigung zur Durchforstung des privaten Chatverkehrs auf Ziff. 19.4 der bereits zitierten Anstellungsbedingungen. Die zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zur Datenbearbeitung können indessen nicht durch ein Anstellungsreglement abgeändert werden. Selbst wenn die installierte WhatsApp indizierte, dass die Klägerin das Geschäftshandy für den Austausch privater Nachrichten benutzte, war die Beklagte nicht befugt, Einblick in diese Nachrichten zu nehmen. Zur konkreten Durchsetzung der Weisung, Online-Dienste nur im Zusammenhang mit der Erfüllung geschäftlicher Aufgaben zu benutzen, hätte es genügt, die Applikation WhatsApp auf dem Geschäftshandy der Klägerin als «arbeitsfremde» App zu löschen.

cc) Angesichts des zwingenden Charakters von Art. 328b OR vermag der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung (Art. 13 Abs. 1 DSGVO) die Rechtswidrigkeit einer Datenbearbeitung nach Art. 328b OR nicht zu beseitigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328b N 3, m.w.H.;

BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b N 26; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Zürich/ St. Gallen 2013, Rz 456; BSK DSG-RAMPINI, Art. 13 N 7). Eine Einwilligung wäre ohnehin nur dann gültig, wenn sie freiwillig erfolgt und die betroffene Person deren Konsequenzen abschätzen kann (RAMPINI, a.a.O., Art. 13 N 4 ff.). Nach Darstellung der Beklagten musste die Klägerin ihr Geschäftshandy im Rahmen eines routinemässigen Rückrufs von Geschäftshandys zurückgeben. In dieser Rückgabe kann von vornherein keine Einwilligung zur Durchforstung des Chatverkehrs erblickt werden, da die Einziehung gerade nicht wegen des Verdachts einer Verletzung der Bestimmungen des Anstellungsreglements erfolgte. Eine gültige Einwilligung liegt auch nicht in Ziff. 19.4 des Anstellungsreglements vor, wo sich die Beklagte das Recht vorbehält, «im Falle des Verdachtes einer Verletzung dieser Vorschriften» ohne Vorwarnung eine Kontrolle vorzunehmen und Telefonnummern, E-Mail oder besuchte Internetseiten zu überprüfen, einzusehen oder abzuhören. Eine so umfassende Inhaltskontrolle setzt voraus, dass die betroffene Person klar weiss, wann sie angeordnet werden darf, und kann nicht von vagen Voraussetzungen abhängig gemacht werden (vgl. WILDHABER/HÄNSENBERGER: Kündigung wegen Nutzung von Social Media, in: Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015, S. 424). Nach Treu und Glauben muss eine Willenserklärung umso klarer sein, je höher das Gefährdungspotenzial der zur Diskussion stehenden Datenbearbeitung für die betroffene Person ist (ROSENTHAL/JÖHRI, a.a.O., Art. 4 N 89). Fraglich erscheint überdies, ob die Einwilligung überhaupt freiwillig im Sinne von Art. 4 Abs. 5 DSG erfolgte (vgl. Leitfaden Ziff. 3.1 a.E.). Dies kann aber offenbleiben.

d) aa) [...]

bb) Art. 13 Abs. 1 DSG nennt als Rechtfertigungsgrund für eine Verletzung der Persönlichkeit u.a. ein überwiegendes privates Interesse. Indessen kann sich die Beklagte mangels eines genügenden Arbeitsplatzbezugs der bearbeiteten Daten zur Rechtfertigung von vornherein nicht auf ein überwiegendes privates Interesse berufen (vorangehende lit. c). Ein solches wäre aber ohnehin zu verneinen. Eine persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung ist nur gerechtfertigt, sofern und soweit die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung überwiegen. Ob dem so ist, muss unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch eine Wertung der einander widersprechenden berechtigten Interessen bzw. ein Abwägen der auf dem Spiel stehenden Güter ermittelt werden. Zu berücksichtigen ist nicht nur das Gewicht der zur Diskussion stehenden Güter, sondern ebenso der Grad der Gefährdung (Ist eine Persönlichkeitsverletzung höchstwahrscheinlich oder eher theoretischer Natur?) und das Ausmass der befürchteten Verletzung dieser Güter (Wird sie schwerwiegend oder kaum der Rede wert sein?), sollte die zur Diskussion stehende Datenbearbeitung durchgeführt werden bzw. ausbleiben (ROSENTHAL/JÖHRI, a.a.O., Art. 13 N 12).

Die Beklagte stützt ihr Interesse und dasjenige von B. an der persönlichkeitsverletzenden Datenbearbeitung zur Hauptsache auf den offengelegten Chatverkehr ab. Dieser Ansatzpunkt ist nicht richtig. Abzuwägen sind nach dem Gesagten die berechtigten Interessen an der Datenbearbeitung und die Interessen der betroffenen Person, bevor die Datenbearbeitung vorgenommen wird. Der Chatverkehr gehört zur Geheimsphäre der Klägerin (vgl. BGE 126 I 50 E. 6 für den E-Mail-Verkehr). Diese hat Anspruch auf Schutz ihrer Geheimsphäre. Dem ist das Interesse der Beklagten gegenüberzustellen, dass das Internet am Arbeitsplatz nicht zu privaten Zwecken benutzt wird. Der Beklagten steht das Recht zu, die Einhaltung dieser Weisung, wie sie in Ziff. 19.2 des Anstellungsreglements aufgeführt ist, zu kontrollieren. Dem Kontrollbedürfnis hätte es genügt festzustellen, dass und allenfalls in welchem zeitlichen Umfang WhatsApp benutzt wird. Für eine Inhaltskontrolle fehlte ein schutzwürdiges Interesse. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn die Beklagte Hinweise gehabt hätte, dass die Klägerin und A. WhatsApp dazu benutzten, um sich negativ über den Geschäftsführer B. zu äussern oder Mobbing gegenüber einer Mitarbeiterin zu betreiben, kann dahingestellt bleiben, da dies nicht Anlass für die Überprüfung des Handys der Klägerin war. Eine Inhaltskontrolle rechtfertigte sich auch nicht wegen des behaupteten engen Arbeitsverhältnisses zwischen B. und der Klägerin, da der Schutz der Geheimsphäre einer allfälligen Loyalitätsüberprüfung vorgeht, dies jedenfalls dann, wenn keinerlei Verdachtsmomente bestehen. Die Beklagte kann sich daher nicht auf ein überwiegendes privates Interesse an der Datenbearbeitung berufen. Mithin war die Sichtung des Chatverkehrs rechtswidrig und handelt es sich bei den im Recht liegenden Screenshots um rechtswidrig beschaffte Beweismittel, da diese auf ersterer beruhen (RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich/St. Gallen 2009, S. 169 Rz 373 {zit. Rüedi}); derselbe, Rechtswidrig erlangte Beweismittel, in: Dolge {Hrsg.}, Substantiieren und Beweisen – Praktische Probleme, PraxiZ Bd. 3, Zürich/St. Gallen 2013, S. 79 f.).

*Arbeitsgericht Zürich, Verfügung vom 28. November 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2018 Nr. 21*

### **ZPO 126; Sistierungsgesuch.**

**Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines andern Verfahrens abhängig ist. Eine Sistierung wegen des laufenden Strafverfahrens drängt sich nicht auf. Das Arbeitsgericht als Zivilgericht ist nämlich in keiner Weise an die Ergebnisse des Strafverfahrens gebunden. Der Umstand, dass sich die beklagte Arbeitgeberin**

**Erkenntnisse aus einer von staatlichen Organen geführten Strafuntersuchung und damit eine Hilfe in ihrer Prozessführung erhofft, stellt somit keinen Sistierungsgrund dar (E. 2.1, 2.2).**

Sachverhalt:

In zahlreichen Verfahren wurde im Jahr 2018 über Sistierungsgesuche entschieden. Häufig sind namentlich Sistierungsgesuche im Zusammenhang mit Strafverfahren etwa bei strittigen fristlosen Kündigungen. Beispielfhaft wird die nachfolgende Verfügung wiedergegeben, die in einem Streit zwischen einer Arbeitslosenkasse und der ehemaligen Arbeitgeberin des Versicherten bzw. ehemaligen Arbeitnehmers A. erging. Die Arbeitgeberin stellte den Antrag, das Verfahren vor Arbeitsgericht sei bis zum Abschluss des gegen A. initiierten Strafverfahrens zu sistieren.

Aus den Erwägungen:

2.1 Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Verfahren kann namentlich sistiert werden, wenn der Entscheid vom Ausgang eines andern Verfahrens abhängig ist.

2.2 Eine Sistierung wegen des laufenden Strafverfahrens drängt sich nicht auf. Das Arbeitsgericht als Zivilgericht ist nämlich in keiner Weise an die Ergebnisse des Strafverfahrens gebunden (vgl. KUKO ZPO-ROGER WEBER, 2. Aufl. 2014, Art. 126 N 7).

Hinzu kommt, dass im vorliegenden Prozess noch nicht einmal eine richtige Klagebegründung vorliegt. Es kann also nicht festgestellt werden, ob im Strafverfahren wirklich die gleichen Fragen zu klären sind wie im vorliegenden Zivilverfahren. Es ist zu erwarten, dass das Strafverfahren noch sehr lange dauern wird. Offenbar fand erst am 27. November 2018 eine erste staatsanwaltschaftliche Befragung von A. [Anmerkung: des versicherten Arbeitnehmers] statt. Bis ein erstinstanzliches Urteil vorliegt – wenn es denn überhaupt zu einem Urteil kommt –, wird es sehr lange dauern. Es ist durchaus möglich, dass das Arbeitsgericht die Vorwürfe der Beklagten gegenüber A. schneller geklärt hat als die Strafuntersuchungsorgane. Der Umstand, dass sich die Beklagte Erkenntnisse aus einer von staatlichen Organen geführten Strafuntersuchung und damit eine Hilfe in ihrer Prozessführung erhofft, stellt keinen Sistierungsgrund dar.

2.3 Schliesslich sei darauf hingewiesen, dass allfällige Doppelspurigkeiten auch ohne Sistierung im heutigen Zeitpunkt weitgehend vermieden werden können, etwa durch Beizug von Einvernahmeprotokollen je aus den andern Verfahren. Nicht völlig ausgeschlossen ist eine Sistierung in einem späteren Zeitpunkt.

Im Übrigen hätten es die Parteien selber in der Hand, Doppelspurigkeiten zu vermeiden. So könnte die Beklagte ihre Zustimmung dazu geben,

dass die Klägerin die Klage mit einem Wiedereinbringungsvorbehalt zurückzieht. So wäre der vorliegende Prozess erledigt, ohne dass die materielle Rechtskraft eintritt (Art. 65 ZPO). Nach dem Gesagten kommt es aber nicht in Frage, den vorliegenden Prozess einfach bis zum «Sankt-Nimmerleins-Tag» zu sistieren.

3. Gegen diese Verfügung ist eine Beschwerde denkbar, sofern nachgewiesen wird, dass durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

*Arbeitsgericht Zürich, Verfügung vom 17. Dezember 2018, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2018 Nr. 9 (eine Berufung am Obergericht ist hängig)*

**Art. 336 OR; keine missbräuchliche Kündigung nach Arbeitsunfall.**  
**Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft (bspw. Krankheit, Invalidität) ausgesprochen wird, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, es sei denn, diese Eigenschaft stehe in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Eine Kündigung kann missbräuchlich sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aufgrund eines schuldhaften Verhaltens des Arbeitgebers verursacht wurde und diese Arbeitsunfähigkeit als Grund für die Kündigung angeführt wird. Wäre aber jede Kündigung treuwidrig, bei welcher der Arbeitgeber den Kündigungsgrund zu verantworten hat, hätte dies – ganz zu Ende gedacht – zur Folge, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem nunmehr arbeitsunfähigen Arbeitnehmer nie mehr auflösen könnte, ohne sich dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit auszusetzen. Dies widerspricht offensichtlich dem Sinn des Systems des Kündigungsschutzes von Art. 336 ff. OR. Demnach kann es trotz einer allfälligen Schuld des Arbeitgebers nicht angehen, dass er dem Arbeitnehmer nach Ablauf der Sperrfrist nicht kündigen dürfte (E. 2.2, 2.3).**

Sachverhalt:

Der Kläger arbeitete ab dem 1. Januar 2013 als Metallbauer bei der Beklagten. Am 6. September 2013 ereignete sich auf einer Baustelle ein Unfall, wobei der Kläger an der linken Hand sowie am rechten Fuss verletzt wurde. Er konnte nicht mehr in seine angestammte Tätigkeit als Metallbauer zurückkehren. Rund eineinhalb Jahre nach Ablauf der Sperrfrist kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Der Kläger erachtet die Kündigung als missbräuchlich.

Aus den Erwägungen:

2.1 Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit (Art. 335 Abs. 1 OR). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es daher grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Weitere Tatbestände sind ohne weiteres denkbar. Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 II 115 E.2.1 mit Hinweisen).

2.2 Es ist festzuhalten, dass krankheits- oder unfallbedingt arbeitsunfähige Arbeitnehmer grundsätzlich bereits durch den Mechanismus des zeitlichen Kündigungsschutzes (Sperrfristen nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) geschützt sind. Vorliegend ist die Sperrfrist von 90 Tagen gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR / Art. 63.1 lit. b des Landesgesamtarbeitsvertrags (LGAV) für das Schweizerische Schlosser-, Metallbau-, Landmaschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe für das dritte Dienstjahr längst abgelaufen, womit die Kündigung am 22. Juni 2015 in zeitlicher Hinsicht zulässig war.

Nach Ablauf der Sperrfrist ist eine Kündigung grundsätzlich zulässig, sofern nicht ein Missbrauchstatbestand vorliegt. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist eine Kündigung missbräuchlich, wenn sie aufgrund einer Eigenschaft (bspw. Krankheit, Invalidität), die der Person kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, erfolgt. Gemäss gleicher Bestimmung ist eine Kündigung aber dennoch zulässig, wenn die Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht.

Vorliegend stehen die Unfallfolgen offensichtlich in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis, indem der Kläger in seinem angestammten Beruf gar nicht mehr arbeiten kann. Die vorliegende Kündigung wäre also im Lichte von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR grundsätzlich zulässig.

2.3 Eine Kündigung aufgrund von Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, welche in einem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis steht, kann jedoch missbräuchlich sein, wenn die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers aufgrund eines schuldhaften Verhaltens des Arbeitgebers verursacht wurde und diese Arbeitsunfähigkeit als Grund für die Kündigung angeführt wird (vgl. dazu DENIS G. HUMBERT, Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in AJP 2011 S. 1481 f. Ziff. IV. 1.9). Das Bundesgericht erachtete eine Kündigung als missbräuchlich, welche der Arbeitgeber aussprach, nachdem der Arbeitnehmer infolge einer nachlässigen Betriebsorganisation bei einem Arbeitsunfall am

Auge schwer verletzt wurde und nur noch teilweise arbeitsfähig war bzw. sich der Arbeitnehmer weigerte, das Pensum wieder auf 100% aufzustocken, wobei der Arbeitgeber die geltend gemachten organisatorischen Gründe nicht zu belegen vermochte (Urteil des Bundesgerichts 4A\_102/2008 vom 27. Mai 2008). BGE 132 III 257 betrifft einen Fall, in welchem die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht hinsichtlich gesundheitlicher Massnahmen betreffend Schutz des Arbeitnehmers vor Passivrauchen missachtete und dem Arbeitnehmer, welcher Rauchallergiker war, schliesslich wegen den krankheitsbedingten Absenzen kündigte. Auch diese Kündigung wurde vom Bundesgericht als missbräuchlich beurteilt.

Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die Arbeitgeber nicht alles Notwendige und Zumutbare im Sinne der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR getan haben, um die gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer wieder zu integrieren. Die jeweiligen Arbeitnehmer hätten die Leistungen beim Treffen der geeigneten Schutzmassnahmen im angestammten Tätigkeitsbereich wieder erbringen können, die Beeinträchtigung hätte aufgehoben werden können.

Damit bestehen wesentliche Unterschiede zum vorliegenden Fall. Der Kläger wird unbestrittenermassen nie mehr als Metallbauer arbeiten können. Die Beeinträchtigung des Klägers kann auch mit Massnahmen (z.B. baulicher oder organisatorischer Natur) seitens der Beklagten nicht mehr aufgehoben und seine Arbeitsfähigkeit nicht wiederhergestellt werden (siehe dazu auch: MARCO KAMBER, Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017, A. gegen Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT, Kündigung des Arbeitsvertrages/Zwischenzeugnis, teilweise Gutheissung der Beschwerde bezüglich Auflösung des Arbeitsverhältnisses, in AJP 2018, S. 532).

Selbst wenn der Beklagten der Vorwurf gemacht werden müsste, den Unfall und die Unfallfolgen (mit-)verursacht zu haben, kann die hier zu beurteilende Kündigung unter diesen Umständen nicht missbräuchlich sein. Wäre jede Kündigung treuwidrig, bei welcher der Arbeitgeber den Kündigungsgrund zu verantworten hat, hätte dies – ganz zu Ende gedacht – zur Folge, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis mit einem nunmehr arbeitsunfähigen Arbeitnehmer nie mehr auflösen könnte ohne sich dem Vorwurf der Missbräuchlichkeit auszusetzen. Dies widerspricht offensichtlich dem Sinn des Systems des Kündigungsschutzes von Art. 336 ff. OR. Demnach kann es trotz einer allfälligen Schuld der Beklagten nicht angehen, dass sie dem Kläger nach Ablauf der Sperrfrist nicht kündigen dürfte.

Entgegen der Ansicht des Klägers kann nicht gesagt werden, die Beklagte habe ihr Kündigungsrecht nicht schonend ausgeübt. Die Beklagte hat rund eineinhalb Jahre über das Ende der Sperrfrist hinaus zugewartet bis zur Kündigung. Sie hat die Kündigung erst am 22. Juni 2015 ausgesprochen, rund drei Monate nachdem die Suva der Beklagten mitgeteilt hatte, eine namhafte Besserung des Zustandes des Klägers sei von weiteren Behandlungsmassnahmen nicht mehr zu erwarten, und ihr geraten hatte,



das Arbeitsverhältnis aufzulösen, da eine Rückkehr zur angestammten Tätigkeit als Metallbauer nicht zumutbar sei.

Wie erwähnt ist unbestritten, dass der Kläger nie mehr wird als Metallbauer arbeiten können. Eine Pflicht der Beklagten als KMU, für den Kläger eine ganz andere Stelle, etwa eine Praktikantenstelle im kaufmännischen Bereich, zu schaffen, obschon dafür möglicherweise kein Bedarf bestand oder eine solche Stelle gar wirtschaftlich untragbar gewesen wäre, kann nicht angenommen werden.

Der Kläger macht geltend, die Beklagte hätte wenigstens Hand bieten sollen zu einem Eingliederungsversuch im Sinne von Art. 18a IVG. Nach dieser Bestimmung kann die Invalidenversicherung einer versicherten Person versuchsweise einen Arbeitsplatz für längstens 180 Tage zuweisen (Arbeitsversuch), um die tatsächliche Leistungsfähigkeit der versicherten Person im Arbeitsmarkt abzuklären. Während des Arbeitsversuchs hat die versicherte Person Anspruch auf ein Taggeld. Während des Arbeitsversuchs entsteht kein Arbeitsverhältnis nach dem Obligationenrecht. Auch die Berufung auf diese Bestimmung betreffend Wiedereingliederungsmassnahmen hilft dem Kläger nicht. Erstens beruhen die Massnahmen auf Freiwilligkeit der Arbeitgeber. Anreiz soll sein, dass dem Arbeitgeber keine zusätzlichen Kosten entstehen sollen (vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung, 6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket, S. 1850 f. und S. 1890 vom 14. Februar 2010; ERWIN MURER, Invalidenversicherungsgesetz, Art. 1-27 bis IVG, Stämpflis Handkommentar SHK, Bern 2014, N 135 zu Art. 18-18c IVG). Zweitens ist bereits aufgrund des Umstandes, dass die Invalidenversicherung den Arbeitsplatz zuweist und dass bei einem Arbeitsversuch im Sinne von Art. 18a IVG kein Arbeitsverhältnis nach OR entstehen soll, klar, dass eine Kündigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses in einem ganz andern Tätigkeitsfeld als der Arbeitsversuch nach Meinung des Klägers hätte stattfinden müssen, nicht missbräuchlich sein kann.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Kündigung nicht missbräuchlich ist. Dem Kläger steht daher auch keine Entschädigung gemäss Art. 336a OR zu. Die Klage ist in diesem Punkt abzuweisen.

Der Kläger hat allfällige weitere Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, aber auch allfällige Schadenersatzforderungen ausdrücklich einer separaten Klage vorbehalten. Unter diesen Umständen muss der genaue Unfallhergang und die Frage, ob die Beklagte am Unfall ein (Mit-)Verschulden trifft, nicht abgeklärt werden.

(AH160198 vom 17. Dezember 2018; eine Berufung am Obergericht ist anhängig)



---

## **D. Bibliografie**

Zusammengestellt von  
RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK



## **Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahr 2018**

Rezensionen zu ausgewählten Publikationen dieser Bibliografie sind im ArbR 2016/2017 publiziert.

### **I. Lehrbücher, Monografien und übergreifende Darstellungen**

BASCHUNG, SILVIA: Praktikantenverträge aus arbeitsrechtlicher Sicht, Zürich 2017

BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Arbeitsrecht – was gilt im Berufsalltag? Vom Vertragsabschluss bis zur Kündigung, 13. Aufl., Zürich 2017

BRÄUNLICH KELLER, IRMTRAUD: Mobbing am Arbeitsplatz – wie wehre ich mich?, Zürich 2017

BRUGGER, GILLES: Die Arbeitsverhinderung bei Teilzeiterwerbstätigen und Mehrfachbeschäftigten, Zürich 2017

BÜRGI, URS/BÜRGI-SCHNEIDER; GUDRUN (Hrsg.): Handbuch öffentliches Personalrecht, Zürich 2017

DUNAND, JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (éd.): La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017

EDELMANN, MARKUS: Juristische Notizen zur Freiwilligenarbeit in der Schweiz, 2. Aufl., St. Gallen 2017

ETTER, STEFAN: Der Charakter des Arbeitnehmers als Kündigungsgrund, Bern 2017

FERNANDEZ, MATHIAS: Entschädigung und Genugtuung wegen missbräuchlicher Kündigung, Zürich/St. Gallen 2017

HILSCHER, AUDE: Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en droit suisse et en droit français, Neuchâtel 2017

LEUBA, AUDREY/PAPAUX VAN DELDEN, MARIE-LAURE/FOËX, BÉNÉDICT (éds.): Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professore Margareta Baddeley, Genève/Zürich/Bâle 2017

MAULINI, MÉRYL: La modulation de l'horaire de travail selon la conjoncture dans le secteur horloger, Neuchâtel 2017

MÜLLER, ROLAND A./MADUZ, CHRISTIAN: ArG. Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. Aufl. Zürich 2017

MÜLLER, ROLAND/PÄRLI, KURT/WILDHABER, ISABELLE (Hrsg.): Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017

OEHRI, DARINA: Arbeitsunfähigkeit, Ferienunfähigkeit und Stellensuchunfähigkeit im Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017

PÄRLI, KURT/BAUMGARTNER, TOBIAS/DEMIR, EYLEM/JUNGHANSS, CORNELIA/LICCI, SARA/UEBE, WESSELINA (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext. Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017

PORTMANN, WOLFGANG/DUNAND, JEAN-PHILIPPE (Hrsg.), JAR 2017 – Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2017

RÉRAT, MÉLANIE: La résiliation pour justes motifs en droit du bail et en droit du travail, Neuchâtel 2017

SCHEIBLER, NICOLAS: Pflichten des Arbeitgebers bei Drohungen unter Arbeitnehmern, Zürich/St. Gallen 2017

SCHMUTZ, GUILLAUME: Rapports de travail et infractions pénales conséquences de l'infraction commise par le travailleur, Neuchâtel 2017

SCHNIDER, MICHÈLE: Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck, Bern 2017

SCHÜRER, HANS UELI/WANNER, MARIANNE: Arbeit und Recht, 13. Aufl., Zürich 2017

STEIGER-SACKMANN, SABINE/BIRCHER, NADINE: Arbeitsrechtliche Aspekte für Vorgesetzte, Zürich 2017

WYLER, RÉMY/BRIGUET, MATTHIEU: La fin des rapports de travail dans la fonction publique – Principes généraux, LPers-CH, LPers VD, Berne 2017

WYLER RÉMY (éd.), Panorama III en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2017

ZOBL, CHRISTOPH: Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Bern 2017

## II. Aufsätze

ANDRES, ROGER: Arbeitssicherheit. Die Sanktionierung fehlbarer Arbeitgeber und Arbeitnehmer – zivil-, verwaltungs- und strafrechtliche Überlegungen am Beispiel des Bauens, HAVE 2017, 345 ff.

ANDRES, ROGER: Arbeitssicherheit beim Bauen: ein Anliegen aller Akteure, Baurecht 2017, 81 ff.

ANDRES, ROGER: Bauarbeitenverordnung und Arbeitssicherheit, Baurecht 2017, 151 ff.

AYAN, SUAT: Le cumul et le concours d'actions en droit du travail, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 757 ff.

BABIC, ALEKSANDRA: Mitarbeitende mit finanziellen Problemen, Zürich 2017

BACHMANN, ROLAND: Leitende Angestellte (Executives) – Ausnahmen vom Grundsatz der Einheit des Arbeitsvertragsrechts, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 1 ff.

BERSET BIRCHER, VALERIE/MEIER, ANNE: L'impact du droit international en droit suisse du travail, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 579 ff.

BLESI, ALFRED: Erwerbstätige Nichterwerbstätige – Zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 17 ff.

BORTOLANI, SERGIO: Auslagerung von Aufgaben (Outsourcing): Betriebsübergang im Sinn von Art. 333 OR, SJZ 2017, 49 ff.

BRUN POGGI, STÉFANIE: L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de licencier?, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 443 ff.

CARRON, VINCENT/WENIGER, CATHERINE: Protection des données des employés dans le cadre de transferts d'entreprises et de fusions, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 111 ff.

CASEY, ANGELA: Individualarbeitsrechtliche Streitigkeiten in Schiedsverfahren, ASA-Bulletin 2017, 266 ff.

CHAPPUIS, ELISABETH: Utilité et lacunes d'une couverture d'assurance responsabilité civile de l'employeur, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 271 ff.

CHAVANNE, MICHAEL: Jurisprudence en droit du travail – morceaux choisis, plaidoyer 4/2017, 38 ff.

CIRIGLIANO, LUCA: Cinq propositions pour protéger les télétravailleurs, plaidoyer 1/2017, 10 ff.

CIRIGLIANO, LUCA: La Numérisation, défi pour le droit du travail?, Jusletter vom 6. Februar 2017

DAEDELLOW, ROMY: Beschäftigtendatenschutz und DSGVO, digma 2017, 34 ff.

DÄNIKER, DANIEL/MALKA, JOY: Salär-Governance – Zwischenbilanz und Lehren für die Aktienrechtsrevision, SZW 2017, 564 ff.

DÉFAGO GAUDIN, VALÉRIE/DUNAND, JEAN-PHILIPPE/VOUTAT, AUDREY: La confidentialité du salaire en droit privé du travail et dans la fonction publique, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 141 ff.

DELAVY, ROMAIN: La surveillance électronique des employés sous l'angle du droit du travail, Expert Focus 2017, 376 ff.

DOLDER, FRITZ/MOELLENEY, MATTHIAS: Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression – Teil 1. Methodische Anmerkungen zur Revision des Gleichstellungsgesetzes, Jusletter vom 22. Mai 2017

DOLDER, FRITZ/MOELLENEY, MATTHIAS: Betriebliche Lohnanalyse mit Hilfe der multiplen Regression – Teil 2. Methodische Anmerkungen zur Revision des Gleichstellungsgesetzes, Jusletter vom 3. Juli 2017

DUBOIS, CAMILLE: Protection des données personnelles: contexte international et avant-projet de réforme du Conseil fédéral, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 47 ff.

DUC, JEAN-LOUIS: Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324a al. 4 CO, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 45 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE: L'exécution des peines conventionnelles notifiées par les commission paritaires, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 55 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE/LUDWICZAK, MARIA: Le gladiateur romain et le sportif professionnel contemporain: Hommes libres soumis à la volonté d'autrui?, in: Leuba/Papaux van Delden/Foëx (éds.): Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professore Margareta Baddeley, Genève/Zürich/Bâle 2017, 379 ff.

DUPONT, ANNE-SYLVE, La protection des données confiées aux assureurs, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 195 ff.

ETTER, STEFAN: Die Entlassung des «schwierigen» Arbeitnehmers, ArbR 2016/2017, 27 ff.

EYLEM; DEMIR: Die internationale Dimension des Arbeitsrechts, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghans/Licci/Uebe (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 7 ff.

FANTI, SEBASTIAN: Protection des données informatiques, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 229 ff.

FARNER, MARTIN: Arbeitsrechtlicher Datenschutz am Beispiel der Übermittlung ins datenschutzrechtlich unsichere Ausland, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 69 ff.

FLÜCKIGER, CHRISTIAN: Principes généraux de la protection des données et communications transfrontières dans le cadre des relations de travail, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 1 ff.



FULD, STÉPHANIE/CHUFFART-FINSTERWALD, STÉPHANIE: Nexus droit du travail et protection des données – quelques développements récents, Jusletter vom 12 Juni 2017

GABATHULER, THOMAS/WYTENBACH, MARKUS: Neuerungen im Arbeits- und Mietrecht, plädoyer 3/2017, 52 ff.

GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Folgen von Verkehrsdelikten, Strassenverkehr 2017, 35 ff.

GEISER, THOMAS: Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 2017, 817 ff.

GEISSBERGER, ISABEL LINDA: Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2017, 237 ff.

GERSBACH, ANDREAS: Dos and Don'ts im Arbeitsrecht, schulthess manager handbuch 2017, Zürich/Basel/Genf 2017, 223 ff.

GLOOR, WERNER: L'incapacité de travail limitée à la place de travail – la relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336b al. 1 let. b CO): analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_391/2016, droitdutravail.ch, 2/2017

GUGGIARI SALARI, SHARON: La responsabilité subsidiaire de l'entrepreneur contractant selon la LDét, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 639 ff.

GUIGNARD, MARIE-THÉRÈSE: La rémunération du temps consacré à l'allaitement (art. 60 al. 2 OLT 1), in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 1 ff.

HALPÉRIN, SARAH NATHALIE: Le droit de signaler les atteintes à la santé sur le lieu de travail, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 143 ff.

HELLER, HEINZ: Leistungslohn und Minderleistung – Denkanstösse zu guter und schlechter Arbeitsleistung, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 99 ff.

HENSCH, ANGELA/FORNITO, ROBERTO: Erbrechtliche Zuwendungen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 121 ff.

HISCHIER, ROGER: Arbeitnehmerschutz und zwingende Bestimmungen im internationalen Arbeitsrecht, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 141 ff.

HISCHIER, ROGER: Die Arbeitgeberstellung bei internationalen Mitarbeitereinsätzen im Konzern, ArbR 2016/2017, 49 ff.

HOMBERGER, SARKIS: Les actions civiles et pénales de la banque contre son ex-employé – La divulgation et l'exploitation de secrets d'entreprise, Jusletter vom 9. Oktober 2017

HUMBERT, DENIS G.: Ausgewählte Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Abwerbung von Arbeitnehmern und Kunden, *Anwaltsrevue* 1/2017, 9 ff.

HUOT, TANIA: La résiliation sans motif objectivement suffisant et la résiliation abusive en droit de la fonction publique fédérale, in: Wyler (éd.): *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, 463 ff.

JUNGHANSS, CORNELIA: Allgemeiner Arbeitnehmerschutz (Gesundheitsschutz und Mutterschutz), in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): *Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zürich/St. Gallen 2017, 662 ff.

JUNGHANSS, CORNELIA: Personenfreizügigkeit, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): *Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zürich/St. Gallen 2017, 480 ff.

JUNGHANSS, CORNELIA: Regelungskonzept des schweizerischen Arbeitsrechts, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): *Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht*, Zürich/St. Gallen 2017, 273 ff.

KÄMPFER, SELINA: Überwachung des E-Mailverkehrs von Mitarbeitern, Zürich/St. Gallen 2017

KIESER, UELI: Arbeitsrecht und berufliche Vorsorge – Gemeinsamkeiten, Unterschiede Folgerungen, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 159 ff.

KOLLER, THOMAS: Die Hauswartin mit «Dienstwohnung» – unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsrechts, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 175 ff.

KULL, MICHAEL: Die Anwendung des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) in Konzernverhältnissen, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 193 ff.

LAM, YANN: Le droit au certificat de travail en justice, in: Wyler (éd.): *Panorama III en droit du travail*, Berne 2017, 807 ff.

LANDOLT, HARDY: Innerfamiliäre Betreuungs- und Pflegeleistungen – Unklare Rechtsnatur und heterogene Entschädigungspflicht, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 209 ff.

LEMPEN, KARINE: L'égalité des personnes handicapées en droit du travail – le droit suisse au regard du droit de l'Union européenne, in: Belanger/Tanquerel (éds.), *L'égalité des personnes handicapées*, Genève 2017, 117 ff.

LEMPEN, KARINE: Protection des données et discrimination lors de la procédure de recrutement, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 269 ff.

LEMPEN, KARINE/SALEM, RACHEL: Travail domestique en Suisse, ARV 2017, 79 ff.

LICCI, SARA: Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang und Massenentlassungen, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 769 ff.

LICCI, SARA: Sozialversicherungsrechtliche Koordination bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten – eine Übersicht, TREX 2017, 360 ff.

LÖSCHNIGG, GÜNTHER: Schweizerisches und österreichisches Arbeitsrecht – Beispiele struktureller und inhaltlicher Unterschiede, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 227 ff.

LÖTSCHER, RAFAEL/HABEGGER, CYRILL: Lohnausweis: Grenzgänger aus Deutschland, TREX 2017, 32 ff.

MAJOR, MARIE: Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 827 ff.

MAJOR, MARIE: Le droit d'accès de l'employé à son dossier personnel, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 287 ff.

MARTIN ANTIPAS, FRANÇOISE: Droit suisse impératif du contrat de travail international, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 723 ff.

MATHIS-ZWYGART, ESTELLE: La surveillance des travailleurs sous l'angle des articles 328b CO et 26 OLT 3, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 309 ff.

MEIER, ANNE: Droit collectif du travail et droit de la concurrence, SJ 2017 II, 93 ff.

MEIER, ANNE/SEILER, ZOE: Des usages au salaire minimum? – Réflexions sur l'avenir d'une vieille idée, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 245 ff.

MEIER, MATTHIAS: Die Anwesenheitsprämie, ARV 2017, 153 ff.

MEIER, MICHAEL E.: Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG) und die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit an der Schnittstelle des Privat- und Sozialversicherungsrechts, in: Kieser (Hrsg.): Sozialversicherungsrechtstagung 2016: Referate der Tagungen vom 7. Juni und 23. August 2016, Zürich/St. Gallen 2017, 89 ff.

MOSIMANN, PETER: Der Intendantenvertrag – Rechte und Pflichten, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 259 ff.

MÜLLER, LUKAS: Opti-mierung von Lohn und Dividende des Unternehmers – sozialversicherungs-, steuer- und zivilrechtliche sowie ökonomische Aspekte, AJP 2017, 1194 ff.

MÜLLER, ROLAND: Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 275 ff.

MÜLLER, ROLAND: Was ist Arbeitszeit?, ZBJV 2017, 453 ff.

MÜLLER, ROLAND A./MADUZ, CHRISTIAN: Arbeitszeit und Arbeitszeiterfassung – Debatte zur zeitgemässen Anpassung des Arbeitsgesetzes, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 291 ff.

MÜLLER, SÉLINA: Le droit de négocier collectivement les conditions de travail, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 509 ff.

NICOLAS, JÉRÔME: La réduction du régime LPP surobligatoire lors d'un transfert selon l'art. 333 CO, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 345 ff.

NORDMANN, PHILIPPE/KNECHTLI, JONAS: Chancen und Risiken von Bonusabreden, schulthess manager handbuch 2017, Zürich/Basel/Genf 2017, 239 ff.

NÖTZLI, HARRY F.: Verfassungsrechtliche Schranken der Anwendbarkeit des Obligationenrechts im öffentlichen Personalrecht, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 307 ff.

NOVIER, MERCEDES: La participation des travailleurs dans la santé au travail, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 181 ff.

PÄRLI, KURT: Das (entschädigungslose) Konkurrenzverbot gehört abgeschafft, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 323 ff.

PÄRLI, KURT: Das Einkommen von Uber-Fahrern im Lichte des Sozialversicherungsrechts, Jusletter vom 12. Juni 2017

PÄRLI, KURT: Gibt es ein Recht auf Arbeit?, BJM 2017, 117 ff.

PÄRLI, KURT: Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 611 ff.

PÄRLI, KURT: Observation im Arbeitsverhältnis, in: Kieser/Pärli/Uttinger (Hrsg.): Datenschutztagung 2017: Baustelle Datenschutz – Observation als Brennpunkt: Referate der Tagung vom 28. März 2017, 161 ff.

PÄRLI, KURT: Sozialversicherungsrecht im Zeitalter der Robotik, AJP 2017, 225 ff.

PÄRLI, KURT: Übersicht zu den Formen der Einwirkung des EU- und des internationalen Rechts, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und

europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 431 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE: Durée du travail et discrimination – solutions dans la perspective de l'égalité des sexes, AJP 2017, 657 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE: Les obligations salariales de l'employeur pendant la maternité, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 55 ff.

PHILIPPIN, EDGAR: Migration et droit privé – influences réciproques, théorie des personnes physiques et morales, impact sur les rapports d'obligation et leur mise en œuvre, ZSR 2017 II 313 ff.

PIETRUSZAK, THOMAS: Bezahlte Stillzeit – oder doch (noch) nicht? Versuch einer Auslegeordnung von Art. 60 Abs. 2 ArGV 1, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 339 ff.

PIETRUSZAK, THOMAS: Der Schiedsspruch der Chambre des relations collectives de travail des Kantons Genf vom 24. Februar 2015 (Sozialplan), ArbR 2016/2017, 85 ff.

PION, AUDREY: Engagement d'un travailleur sans autorisation de travail en Suisse et assurances sociales et privées, notamment l'assurance maladie pour frais médicaux et de guérison, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 381 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: The concept of «employee» – the position of Switzerland, in: Waas/van Voss (eds.): Restatement of labour law in Europe, Vol. I, Oxford 2017, 697 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Der Kündigungsschutz im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, in: Ender Demir, Beste Gemici Filiz (Hrsg.): Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Verlag, Ankara 2017, S. 683 ff.

REHBINDER, MANFRED: Zur sogenannten Frauenfrage, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 367 ff.

RIEMER-KAFKA, GABRIELA: Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, AJP 2017, 312 ff.

ROBERTO, VITO/SCHISTER, ROMAN: Eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 381 ff.

ROCHAT POCHELON, CORINNE: L'obligation de négocier un plan social avec les travailleurs – modalités et rôle possible des syndicats (art. 335h à 335k CO), in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 541 ff.

ROMAIN, FÉLIX: Location de services versus autres contrats de prestations – critères de distinction, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 779 ff.

ROUX-FOUILLET, ANNE: Bonus en cas de très hauts revenus: portée de l'ATF 141 III 407, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 83 ff.

RUBIN, BORIS: La suspension du droit à l'indemnité de chômage, ARV 2017, 1 ff.

RUDOLPH, ROGER: Aufhebungsvertrag im Arbeitsrecht: Königsweg mit Absturzgefahr, plädoyer 1/2017, 32 ff. = TREX 2017, 112 ff.

RUDOLPH, ROGER: Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 401 ff.

RUTZ, FABIEN V.: Obligations de l'employeur dans le cadre de l'imposition des plans d'intéressement de collaborateurs dans une perspective transfrontalière, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 107 ff.

SAVIOZ, NICOLE CHRISTINE: L'employeur et l'assureur face à l'incapacité à géométrie variable, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 241 ff.

SCHÄR-SCHNIDER, MICHÈLE: Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck, ArbR 2016/2017, 133 ff.

SCHWAAB, JEAN CHRISTOPHE: La licéité de l'évaluation et du «forced ranking» en droit suisse du travail, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 325 ff.

SCHWANDER, IVO: Spezifische Probleme des IPR-Kollisionsrechts in Arbeitsrechtsfällen, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 415 ff.

SENTI, CHRISTOPH: Gemischte Verträge im Arbeitsrecht, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 431 ff.

SENTI, CHRISTOPH: Gestaltungsmöglichkeiten beim Handelsreisendenvertrag, AJP 2017, 505 ff.

STAUFFER, CAMILLE: La communication de données à un organe paritaire dans le cadre d'un contrôle CCT, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zürich/Bâle 2017, 343 ff.

STEIGER-SACKMANN, SABINE: Grundlagen und Tücken von Stresshaftungsklagen, AJP 2017, 729 ff.

STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Regionale und branchenbezogene Lohndifferenzierung, ArbR 2016/2017, 151 ff.

STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Subsidiarität und Dezentralisierung im Arbeitsrecht, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 445 ff.

TETTÜ POCHON, DIANA: Le temps de travail en déplacement, in: Wyler (éd.): Panorama III en droit du travail, Berne 2017, 853 ff.

UEBE, WESSELINA: Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 548 ff.

UEBE, WESSELINA: Regelungskonzept des europäischen Arbeitsrechts, in: Pärli/Baumgartner/Demir/Junghanss/Licci/Uebe (Hrsg.): Arbeitsrecht im internationalen Kontext: völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2017, 175 ff.

UHLIG, KAI-PETER: Engagement in der Filmproduktion – Flexible Zeitplanung im befristeten Arbeitsverhältnis, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 461 ff.

VILLIGER, TONIA: Kundenmitnahme durch Mitarbeitende – gibt es wirk-same Gegenmittel?, Expert Focus 2017, 612 ff.

VON KAENEL, ADRIAN: Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 2017, 341 ff.

WALTER, JEAN-PHILIPPE: Accès aux documents officiels contenant des données personnelles et droit à la protection des données, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, 77 ff.

WIDMER LÜCHINGER, CORINNE/MACCABE, KEVIN P.: Die Haftung des Erstunternehmers nach schweizerischem Entsendegesetz, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 503 ff.

WILDHABER, ISABELLE: Robotik am Arbeitsplatz: Robo-Kollegen und Robo-Bosse, AJP 2017, 213 ff.

WILDHABER, ISABELLE/HÄNSENBERGER, SILVIO: Social Media-Kontakte im Arbeitsverhältnis – Wem «gehören» Accounts, Kontakte und Zugangsdaten?, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 529 ff.

WINKLER, MARKUS: Der Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR – Besonderheiten bei Dreiecksverhältnissen, Jusletter vom 16. Januar 2017

WINTSCH, ALEXANDER/HAFNER, PETER: Neuere Praxis zur Teilklage und deren Auswirkungen auf den arbeitsrechtlichen Prozess, ARV 2017, 251 ff.

WITZIG, AURÉLIEN: Actions et procédure, in: Dunand/Mahon (éds.): Protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, 25 ff.

WITZIG, AURÉLIEN: Les jeunes en droit du travail et des assurances sociales, REAS 2017, 47 ff.

ZEIN, BASSEM: Aménager la durée du travail: horaires de travail, service de piquet et travail sur appel, AJP 2017, 524 ff.

## **IV. Urteilsbesprechungen und Rechtsprechungs- übersichten**

GLOOR, WERNER: Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1199/2016, [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), 6/2017

MADUZ, CHRISTIAN/SCHMID, OLIVER: (Un-)Zulässigkeit von kantonalen Mindestlohn-Regelungen? Besprechung der Urteile des Bundesgerichts 2C\_774/2014, 2C\_813/2014, 2C\_815/2014 und 2C\_816/2014 vom 21. Juli 2017, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Beschwerden in öffentlichen Angelegenheiten, ARV 2017, 271 ff.

MAHON, PASCAL/STEFFANINI, FEDERICA: Le salaire minimum neuchâtois est conforme à la Constitution fédérale: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_774/2014, *Droit du travail* 10/2017 1 ff.

PÄRLI, KURT: Staatshaftung durch Verletzung der Fürsorgepflicht wegen Organisationsmängeln und fehlender Rücksicht auf gesundheitliche Belastungen. Besprechung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-4147/2016 vom 4. August 2017, ARV 2017, 179 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE: Protection contre le licenciement en temps inopportun en cas de maternité – début de la grossesse: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_400/2016, [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), 3/2017

PÉTERMANN, NATHANAËL/CHAVANNE, MICHEL: Surveillance des communications privées des travailleurs par l'employeur: analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, «Bărbulescu c. Roumanie [GC]», du 5 septembre 2017, no. 61496/08, [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), 12/2017

PORTMANN, WOLFGANG: Aktuelle Entwicklungen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur fristlosen Kündigung des Arbeitsvertrags, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 349 ff.

RUDOLPH, ROGER: Fristlose Kündigung – Verspätete Mitteilung einer krankheitsbedingten Absenz als wichtiger Grund für eine fristlose Entlassung des Arbeitnehmers. Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A\_521/2016 vom 1. Dezember 2016, ARV 2017, 25 ff.

SATTIVA SPRING, CHRISTINE: Discrimination et maternité – la CEDEF fait une entrée timide: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C\_605/201, [droitdutravail.ch](http://droitdutravail.ch), 12/2017

STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Tripartite Kommissionen, Einreichung von Unterlagen. Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 2C\_625/2016 vom 12. Dezember 2016, BGE 143 II 102, ARV 2017, 102 ff.

VISCHER, MARKUS: Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A\_10/2017 vom 19. Juli 2017, A. gegen B. SA, Aktiengesellschaft, Verwaltungsratsmitglied, Arbeitsvertrag, AJP 2017, 1528 ff.



VON KAENEL, ADRIAN: Neuere Entwicklung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, FS Thomas Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 481 ff.

WITZIG, AURÉLIEN: Démission avec effet immédiat: le moment de l'annonce: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_662/2016, droitdu travail.ch, 7/2017

WITZIG, AURÉLIEN: L'obligation de production de l'employeur et la protection des données des travailleurs analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_63/2016, droitdu travail.ch, 1/2017



---

## **E. Verzeichnisse**

---



# Gesetzesregister

| Artikel<br>bzw. Paragraph                                                                                    | Seite        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| <i>1. AHVG (BG über die Alters- und Hinterlassenversicherung, SR 831.10)</i>                                 |              |
| 3                                                                                                            | 544          |
| 5                                                                                                            | 516          |
| <i>2. AHVV (VO über die Alters- und Hinterlassenversicherung, SR 831.101)</i>                                |              |
| 7                                                                                                            | 516          |
| <i>3. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>                |              |
| 3                                                                                                            | 544          |
| 6                                                                                                            | 289–290      |
| 9                                                                                                            | 410–411      |
| 13                                                                                                           | 410–411      |
| 71                                                                                                           | 328          |
| <i>4. ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111)</i>                                                |              |
| 14                                                                                                           | 431–432      |
| 25                                                                                                           | 410–411      |
| <i>5. ArGV 3 (Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz [Gesundheitsschutz], SR 822.113)</i>                            |              |
| 26                                                                                                           | 289–290      |
| <i>6. AVEG (BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311)</i>        |              |
| 4                                                                                                            | 328          |
| 11                                                                                                           | 384–385      |
| <i>7. AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11)</i> |              |
| 19                                                                                                           | 173–174, 503 |
| 20                                                                                                           | 585–586      |

| Artikel<br>bzw. Paragraph                                                                                                                     | Seite             |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| <i>8. AVIG (Arbeitslosenversicherungsgesetz, BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, SR 837.0)</i> |                   |
| 8                                                                                                                                             | 536–537           |
| 11                                                                                                                                            | 536–537           |
| 17                                                                                                                                            | 536–537           |
| <i>9. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>                                                                   |                   |
| 74                                                                                                                                            | 173–174           |
| 75                                                                                                                                            | 219               |
| <i>10. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>                                                                                                      |                   |
| 5                                                                                                                                             | 250               |
| 8                                                                                                                                             | 154–155, 309      |
| 9                                                                                                                                             | 154–155           |
| 26                                                                                                                                            | 154–155           |
| 27                                                                                                                                            | 328               |
| 28/                                                                                                                                           | 328               |
| 29                                                                                                                                            | 289–290, 396–397  |
| 29a                                                                                                                                           | 365               |
| 36                                                                                                                                            | 328               |
| 49                                                                                                                                            | 328               |
| 94                                                                                                                                            | 328               |
| 110                                                                                                                                           | 328               |
| 122                                                                                                                                           | 328               |
| <i>11. Cst. NE (Constitution de la République et Canton de Neuchâtel, RSN 101)</i>                                                            |                   |
| 34a                                                                                                                                           | 328               |
| <i>12. DBG (BG über die direkte Bundessteuer, SR 642.11)</i>                                                                                  |                   |
| 17                                                                                                                                            | 516               |
| 17a                                                                                                                                           | 516               |
| 17b                                                                                                                                           | 516               |
| <i>13. DSG (BG über den Datenschutz, SR 235.1)</i>                                                                                            |                   |
| 3                                                                                                                                             | 371–372           |
| 6                                                                                                                                             | 726, 725–726, 740 |

| Artikel<br>bzw. Paragraph                                                                                                                                                                                                        | Seite   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 14. EG ZSJ/BE (Einführungsgesetz [BE]<br>zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozess-<br>ordnung und zur Jugendstrafprozessord-<br>nung, BSG 271.1)                                                                                | 6       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 463–464 |
| 15. ELG (BG über Ergänzungsleistungen<br>zur Alters-, Hinterlassenen- und Invaliden-<br>versicherung, SR 831.30)                                                                                                                 | 1 ff.   |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 328     |
| 16. EMRK (Konvention zum Schutze der<br>Menschenrechte und Grundfreiheiten,<br>SR 0.101)                                                                                                                                         | 6       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 289–290 |
| 17. EntsG (Entsendegesetz, BG über die<br>flankierenden Massnahmen bei entsandten<br>Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern<br>und über die Kontrolle der in Normal-<br>arbeitsverträgen vorgesehenen Mindest-<br>löhne, SR 823.20) | 2       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 225     |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 9       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 225     |
| 18. GlG (Gleichstellungsgesetz, BG über<br>die Gleichstellung von Frau und Mann,<br>SR 151.1)□                                                                                                                                   | 3       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 309     |
| 19. GOG/ZH (Gesetz über die Gerichts-<br>und Behördenorganisation im Zivil- und<br>Strafprozess, LS 211.1)                                                                                                                       | 20      |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 715–716 |
| 20. HaRG (Heimarbeitsgesetz, BG über die<br>Heimarbeit, SR 822.31)                                                                                                                                                               | 5       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 487–488 |
| 21. L-GAV (Gesamtarbeitsvertrag im<br>Schweizer Gastgewerbe)                                                                                                                                                                     | 2       |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 544     |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 21      |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 678–679 |
| 22. LEmpl/NE (Loi sur l'emploi et l'assu-<br>rance-chômage, RSN 813.10)                                                                                                                                                          | 1 ff.   |
|                                                                                                                                                                                                                                  | 328     |

| Artikel<br>bzw. Paragraph                                                                                                                                    | Seite                                                      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| 23. LPA/GE (Loi sur la procédure admi-<br>nistrative, E 5 10)                                                                                                | 57                                                         |
|                                                                                                                                                              | 365                                                        |
| 24. LPAC (Loi générale relative au per-<br>sonnel de l'administration cantonale, du<br>pouvoir judiciaire et des établissements<br>publics médicaux, B 5 05) | 21                                                         |
|                                                                                                                                                              | 365                                                        |
| 25. LPers-VD (Loi sur le personnel de<br>l'Etat de Vaud, RSV 172.31)                                                                                         | 61                                                         |
|                                                                                                                                                              | 425–426                                                    |
| 26. MBV (Mitarbeiterbeteiligungsverord-<br>nung, VO über die Bescheinigungspflichten<br>bei Mitarbeiterbeteiligungen, SR<br>642.115.325.1)                   | 12                                                         |
|                                                                                                                                                              | 516                                                        |
| 27. OR (Obligationenrecht, SR 220)                                                                                                                           | 11                                                         |
|                                                                                                                                                              | 187–188                                                    |
|                                                                                                                                                              | 16                                                         |
|                                                                                                                                                              | 187–188                                                    |
|                                                                                                                                                              | 42                                                         |
|                                                                                                                                                              | 554, 678–679                                               |
|                                                                                                                                                              | 78                                                         |
|                                                                                                                                                              | 487–488                                                    |
|                                                                                                                                                              | 101                                                        |
|                                                                                                                                                              | 503                                                        |
|                                                                                                                                                              | 115                                                        |
|                                                                                                                                                              | 431–432                                                    |
|                                                                                                                                                              | 135                                                        |
|                                                                                                                                                              | 250                                                        |
|                                                                                                                                                              | 156                                                        |
|                                                                                                                                                              | 390–391                                                    |
|                                                                                                                                                              | 160                                                        |
|                                                                                                                                                              | 168–169                                                    |
|                                                                                                                                                              | 163                                                        |
|                                                                                                                                                              | 168–169                                                    |
|                                                                                                                                                              | 319                                                        |
|                                                                                                                                                              | 187–188, 196–197,<br>321–322, 431–432,<br>508–509, 678–679 |
|                                                                                                                                                              | 321                                                        |
|                                                                                                                                                              | 454–455                                                    |
|                                                                                                                                                              | 321a                                                       |
|                                                                                                                                                              | 255, 454–455                                               |
|                                                                                                                                                              | 321c                                                       |
|                                                                                                                                                              | 203, 410–411, 554                                          |
|                                                                                                                                                              | 321d                                                       |
|                                                                                                                                                              | 571–572                                                    |
|                                                                                                                                                              | 321e                                                       |
|                                                                                                                                                              | 454–455                                                    |
|                                                                                                                                                              | 322                                                        |
|                                                                                                                                                              | 268, 446, 454–455                                          |
|                                                                                                                                                              | 322a                                                       |
|                                                                                                                                                              | 139–140                                                    |
|                                                                                                                                                              | 322d                                                       |
|                                                                                                                                                              | 390–391, 446, 477–478                                      |
|                                                                                                                                                              | 323b                                                       |
|                                                                                                                                                              | 454–455                                                    |
|                                                                                                                                                              | 324                                                        |
|                                                                                                                                                              | 454–455, 503, 571–572                                      |
|                                                                                                                                                              | 324a                                                       |
|                                                                                                                                                              | 693–694, 732                                               |
|                                                                                                                                                              | 328                                                        |
|                                                                                                                                                              | 439–440, 477–478,<br>614–615                               |

| Artikel<br>bzw. Paragraph                                                                                                                                                                      | Seite                                                                                  | Artikel<br>bzw. Paragraph                                                                                                                                 | Seite        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| 328b                                                                                                                                                                                           | 215, 371–372, 725–726                                                                  | 30. SchKG (BG über Schuldbetreibung<br>und Konkurs, SR 281.1)                                                                                             |              |
| 330a                                                                                                                                                                                           | 646–647                                                                                | 80                                                                                                                                                        | 748          |
| 330b                                                                                                                                                                                           | 207–208                                                                                |                                                                                                                                                           |              |
| 333                                                                                                                                                                                            | 207–208, 605, 736                                                                      | 31. StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0)                                                                                                      |              |
| 335                                                                                                                                                                                            | 577–578, 693–394                                                                       | 181                                                                                                                                                       | 614–615      |
| 335c                                                                                                                                                                                           | 168–169                                                                                | 251                                                                                                                                                       | 225          |
| 336                                                                                                                                                                                            | 276–277, 477–478,<br>487–488, 566, 625,<br>655–656                                     | 321                                                                                                                                                       | 215          |
| 336a                                                                                                                                                                                           | 135, 276–277, 477–478,<br>625                                                          | 32. StPO (Strafprozessordnung, Schweizerische<br>Strafprozessordnung, SR 312.0)                                                                           |              |
| 336c                                                                                                                                                                                           | 149, 352–353, 496, 548                                                                 | 113                                                                                                                                                       | 614–615      |
| 337                                                                                                                                                                                            | 161, 177, 235, 264–265,<br>418, 425–426, 439–440,<br>496, 594–595, 665–666,<br>693–694 | 319                                                                                                                                                       | 614–615      |
| 337a                                                                                                                                                                                           | 207–208                                                                                | 33. Verordnung über die Bearbeitung von<br>Personendaten, die bei der Nutzung der<br>elektronischen Infrastruktur des Bundes<br>anfallen (SR 172.010.442) |              |
| 337c                                                                                                                                                                                           | 242, 496, 594–595, 687                                                                 | 10                                                                                                                                                        | 289–290      |
| 337d                                                                                                                                                                                           | 235                                                                                    | 11                                                                                                                                                        | 289–290      |
| 340                                                                                                                                                                                            | 168–169, 381, 469                                                                      | 34. ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch,<br>SR 210)                                                                                                      |              |
| 340b                                                                                                                                                                                           | 168–169, 561                                                                           | 2                                                                                                                                                         | 173–174, 554 |
| 340c                                                                                                                                                                                           | 605                                                                                    | 4                                                                                                                                                         | 135          |
| 341                                                                                                                                                                                            | 431–432                                                                                | 35. ZPO (Schweizerische Zivilprozessord-<br>nung, SR 272)                                                                                                 |              |
| 342                                                                                                                                                                                            | 328                                                                                    | 5                                                                                                                                                         | 463–464      |
| 346                                                                                                                                                                                            | 594–595                                                                                | 34                                                                                                                                                        | 665–666      |
| 356                                                                                                                                                                                            | 328, 693–694                                                                           | 63                                                                                                                                                        | 250          |
| 361                                                                                                                                                                                            | 431–432                                                                                | 64                                                                                                                                                        | 250          |
| 362                                                                                                                                                                                            | 431–432                                                                                | 90                                                                                                                                                        | 634          |
| 394                                                                                                                                                                                            | 196–197                                                                                | 152                                                                                                                                                       | 487–488      |
| 419                                                                                                                                                                                            | 508–509                                                                                | 156                                                                                                                                                       | 139–140      |
| 717                                                                                                                                                                                            | 255                                                                                    | 227                                                                                                                                                       | 634          |
| 28. RPAC (Règlement d'application de la<br>loi générale relative au personnel de<br>l'administration cantonale, du pouvoir<br>judiciaire et des établissements publics<br>médicaux, B 5 05.01) |                                                                                        | 243                                                                                                                                                       | 463–464      |
| 46A                                                                                                                                                                                            | 365                                                                                    | 247                                                                                                                                                       | 463–464      |
| 29. RVOG (Regierungs- und Verwaltungs-<br>organisationsgesetz, SR 172.010)                                                                                                                     |                                                                                        | 261                                                                                                                                                       | 561          |
| 57i–q                                                                                                                                                                                          | 289–290                                                                                |                                                                                                                                                           |              |
| 57o                                                                                                                                                                                            | 289–290                                                                                |                                                                                                                                                           |              |





# Stichwortverzeichnis

## 1. Stichwörter in deutsch (in Klammern in französisch)

### A

- Ablehnung des Übergangs i.S.v. Art. 333 Abs. 2 OR 736
- Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers 605
- abstrakte Normenkontrolle (contrôle abstrait de la loi) 328
- Aktien
  - gebundene 516
  - zu günstigeren Vorzugsbedingungen 516
- Aktionärsbindungsvertrag 516
- Aktivlegitimation 347
- Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV 403–404
- Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 3 ff.
- Änderungskündigung, aussergewöhnliche 655–656
- Anfangszeitpunkt der Schwangerschaft (point de départ de la grossesse) 149
- Anfechtungsgegenstand (objet de la contestation) 396–397
- Angestellter an der Spitze einer Unternehmenshierarchie 544
- Anhörungs pflicht des Arbeitnehmers 614–615
- Annahme 268
- anrechenbarer Arbeitsausfall 536–537, 548
- Anspruch auf ein Arbeitszeugnis 646–647
- Ansprüche des ausgeschiedenen Arbeitnehmers 640
- anspruchsvernichtende Tatsache 410–411
- Anstellungsreglement 625
- Antrag 268
- Arbeit auf Abruf
  - Dauer der 536–537
  - echte 376
- Arbeitgeber(s)
  - ausländischer 225
  - bisheriger 736
  - öffentlich-rechtlicher (employeur public) 393–397
  - Zuverlässigkeit und Werthaltigkeit des neuen 605
- Arbeitnehmerschutz 207–208, 225
- Arbeitsausfall, anrechenbarer 536–537
- Arbeitsbestätigung 646–647
- Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers (capacité de travail d'un employé) 215
- Arbeitslosenkasse 536–537
- Arbeitslosenversicherung (assurance-chômage) 328
- Arbeitslosigkeit, Überbrückung der 536–537
- arbeitsrechtliche Streitigkeit gegen den Bund 463–464
- Arbeitsstreitigkeit als doppelrelevante Tatsache 715–716
- Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung 646–647
- Arbeitsverhältnis(es)
  - begründeter Anlass zur Ablehnung des Übergangs des 605
  - Durchführung des 725–726
  - Normalität bezüglich des A. auf Abruf 536–537
  - öffentlich-rechtliches (rapports de travail de droit public) 396–397
  - Übergang des 605
- arbeitsvertragliches, Konkurrenzverbot 381
- Arbeitszeit 225
- Arbeitszeiterfassungspflicht des Arbeitgebers 678–679
- Arbeitszeitkontrolle 678–679
- Arbeitszeugnis 646–647
- Ärzte öffentlicher Genfer Spitäler (médecins des hôpitaux publics genevois) 154–155
  - Hausärztin 732
- Arztzeugnis (certificat médical) 215, 646–647
- Aufhebungsvereinbarung, ungültige 242
- Aufschnitt, zwei Packungen 264–265
- ausgeschiedener Arbeitnehmer 640
- Ausgleichskasse 516, 748
- ausländischer Arbeitgeber 225
- Aussenseiter 403–404
- aussergewöhnliche Änderungskündigung 655–656
- ave GAV 403–404

## B

Bank, mittelgrosse 740  
Bauarbeiter 225  
Beendigung des Einzelarbeitsvertrags 693–694  
Befruchtung der Eizelle (fécondation de l'ovule) 149  
begründeter Anlass zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses 605  
Begründetheit der Klage 715–716  
Beratungsvertrag 347  
Bereitschaftsdienst bei echter Arbeit auf Abruf 376  
Berufsgeheimnis des Vertrauensarztes (secret professionnel du médecin-conseil) 215  
Berufstätigkeit, Mittelpunkt der 665–666  
Beschäftigter in öffentlich-rechtlicher Funktion im Kanton Genf (agent de la fonction publique genevoise) 365  
Beschränkung der freien Zeitgestaltung 376  
Besoldungsgruppen (cadres bénéficiaires) 154–155  
besondere Natur des Geschäfts 268  
Betriebserwerber 736  
betriebsinterne Untersuchung 614–615  
Betriebsübergang 207–208, 605, 736  
Beweislast 242, 268, 410–411  
Beweismassreduktion 678–679  
bisheriger Arbeitgeber 736  
Bonus  
– -anspruch 625  
– vertraglich vereinbarter B. mit Lohncharakter 268  
– -verzicht, stillschweigender 268  
Bruttolohn, keine Rechtsöffnung für 748  
Buchführungspflicht über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten 678–679  
Bund, arbeitsrechtliche Streitigkeit gegen den 463–464  
Bundesblatt (BBl) 18 ff.

## C

Carried Interest Pool 640  
Chauffeur  
– Lastwagen- 177

## D

Dahinfallen des Konkurrenzverbots 605  
Datenlieferungen, zukünftige an die USA 634  
Datenlieferungsverbot, privates Interesse am 740  
Datenübermittlung 725–726  
Dauer des Arbeitsverhältnisses 536–537  
Department of Justice (DoJ) 634  
Diebesguts, geringer Wert des 264–265  
Diebstahl 264–265  
Dienstleistungssperre 225  
direkte Beschwerde (recours direct) 219  
Dispositionsmaxime 687  
Disziplinarverfahren, internes 625  
doppelrelevante Tatsache, Arbeitsstreitigkeit als 715–716  
Drei-Stufen-Verfahren 693–694  
Druckausübung auf eine Arbeitnehmerin 614–615  
Durchführung des Arbeitsverhältnisses 725–726

## E

echte Arbeit auf Abruf 376  
Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB) 129 ff.  
Einblick in Kundenkreis 381  
einheitliche Mindestarbeitsbedingungen 403–404  
Einnistung (implantation) 149  
Eintretensvoraussetzungen (conditions de recevabilité) 219  
Einzelunternehmers, Passivlegitimation eines 207–208  
Eizelle, Befruchtung der (fécondation de l'ovule) 149  
Endentscheid (décision finale) 219  
Entlassung, siehe „Kündigung“  
Entschädigung(s)  
– gemäss Art. 336a OR 625  
– gemäss Art. 337c Abs. 1 und 3 OR 242, 687  
– -pflicht der echten Arbeit auf Abruf 376  
– von 8,3% des Jahresgehaltes (indemnité de 8,3% du salaire annuel) 154–155  
– von Überstunden 410–411  
– von Überzeit 410–411

Entsendung 225  
Entwenden von Handelswaren 264–265  
Ermächtigung des Arbeitnehmers (autorisation donnée par l'employé) 215  
Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs (épuisement des instances cantonales) 219

## F

fehlender angemessener Schutz von  
  Personendaten 740  
Freistellung 454–455  
Freizeit, Kompensation von geleisteter  
  Überzeit durch 410–411  
Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in be-  
  triebsinternen Untersuchungen  
  614–615

## G

Gastgewerbe 678–679  
GAV 693–694  
– Allgemeinverbindlicherklärung eines  
  403–404  
– für das Gastgewerbe 544, 678–679  
gebundene Aktien 516  
geldwerter Vorteil 516  
Genossenschafter und Arbeitnehmer 544  
Gepräge, Tätigkeit, die einem Betrieb  
  das G. gibt 403–404  
Gerichtsstand  
– am Sitz des Unternehmens 665–666  
– des gewöhnlichen Arbeitsorts 665–666  
geringfügiger Verstoß 225  
Gesamtarbeitsverträge (conventions collec-  
  tives de travail) 328  
Gesamtarbeitsvertragsrecht 48 ff.  
Geschäft(s), besondere Natur des 268  
Geschäftsgang 446  
geschlechtsspezifische Diskriminierung  
  der Lehrpersonen Primarstufe/Ein-  
  schulungsklasse (discrimination  
  fondée sur le sexe dans les fonctions  
  degré primaire/classe préparatoire) 309  
Gewinnbeteiligung 640, 655–656  
gewöhnlichen Arbeitsorts, Gerichtsstand  
  des 665–666  
Gläubigermehrheit 748  
Gleichbehandlungsgrundsatz (principe de  
  l'égalité de traitement) 154–155

gleichwertige Versicherungslösung 732  
Gratifikation 446  
– unechte 446  
– während mindestens drei aufeinander  
  folgenden Jahren ausgerichtet 446  
Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit  
  (principe de la liberté  
  économique) 328

## H

Haftung, solidarische 736  
Hausärztin 732  
Herausgabe von Mitarbeiterdaten in die  
  USA 725–726, 740  
Höchstarbeitszeit, wöchentliche 225  
höhere leitende Tätigkeit 544

## I

Informationspflicht 207–208, 605  
Initiativen 29 ff.  
Interessenabwägung (pondération des  
  intérêts) 289–290  
internes Disziplinarverfahren 625

## K

Kalenderjahr, 60 Stunden in einem  
  410–411  
Kalenderwoche als Referenzperiode  
  410–411  
kantonaler Minimallohn (salaire minimum  
  cantonal) 328  
Kassiererin 264–265  
Kausalzusammenhang zwischen Einblick  
  in Kundenkreis und Schädigungsmög-  
  lichkeit 381  
Klage, Begründetheit der 715–716  
Klageänderung, prozessuale Zulässigkeit  
  einer 634  
Klageidentität 715–716  
Klagenhäufung, nachträgliche objektive  
  634  
Klasse 27 (classe 27) 154–155  
Kollektives Arbeitsrecht 43 ff.  
Kollektivtaggeldversicherung 732  
Kompensation(s)  
– von geleisteter Überzeit durch Freizeit  
  410–411  
– -zahlungen 640  
Konkurrenzklausele 469

Konkurrenzverbot 469

- arbeitsvertragliches 381, 469
- Dahinfallen des 605

Konkurs 207–208

- des neuen Betriebes 736

Kontrolle durch die Paritätische Berufskommission Schreinerhandwerk 403–404

Konzern (groupe de sociétés) 187–188

Krankheit

- des Arbeitnehmers 646–647
- neue 548
- vorgeschobene 693–694

Kundenkreis, Einblick in 381

Kündigung(s)

- Administrativk., ordentliche 365
- Änderungs- 655–656
- der Management-Verträge 640
- -drohung 655–656
- fristlose (résiliation immédiate) 177, 242, 264–265, 289–290, 665–666, 687
- infolge schwerwiegender Pflichtverletzung 693–694
- Kündigungsschutzes, Zeitraum des (période de protection contre les congés) 149
- materielle Rechtskraft einer (chose jugée au sens matériel d'un licenciement) 396–397
- missbräuchliche 655–656
- missbräuchliche K. eines Lehrvertrags 463–464
- missbräuchliche Vereitelungsk. 625
- ordentliche 242, 693–694
- -schutz, verstärkter 693–694
- Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers über eine fristlose 393–397

## L

Lastwagenchauffeur 177

Lehrvertrags, missbräuchliche Kündigung eines 463–464

leichter Fall 225

Lernender 463–464

Lohn(s)

- -bestandteil 446
- bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist 242

- -gleichheit von Mann und Frau (égalité salariale entre hommes et femmes) 309
- massgebender 516
- offener 736
- -system des Kantons Aargau für Lehrerinnen und Lehrer (système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs) 309
- -verschlechterung 655–656

Lügen 693–694

## M

Management-Verträge, Kündigung der 640

massgebender Lohn 516

materielle Rechtskraft einer Kündigung (chose jugée au sens matériel d'un licenciement) 396–397

Merk- und Informationsblätter des SECO 57 ff.

Mindestarbeitsbedingungen, einheitliche 403–404

Mindestlohn des Kantons Neuenburg (salaire minimum du canton de Neuchâtel) 328

Minimallohn, kantonaler (salaire minimum cantonal) 328

missbräuchliche

- Analyse der elektronischen Infrastruktur (analyse de l'infrastructure électronique) 289–290
- Vereitelungskündigung 625
- Verwendung der elektronischen Infrastruktur (utilisation de l'infrastructure électronique) 289–290

Mitarbeiteraktien 516

Mitarbeiterbeteiligungen 516

mittelgrosse Bank 740

Mittelpunkt der Berufstätigkeit 665–666

Mitwirkungspflichten, Verletzung der 732

Monatslohn, 14. (14<sup>e</sup> salaire) 154–155

Motionen 30 ff.

## N

Nacharbeit, regelmässige 57 ff.

Nachteil, nicht wieder gutzumachender (préjudice irréparable) 365

Naturalleistung 516

Nebentätigkeit 403–404

neue(r)

- Krankheit 548
- Tatsachen 634
- Unfall 548
- nicht wieder gutzumachender Nachteil (préjudice irréparable) 365

Normalarbeitsverträge

- mit zwingenden Mindestlöhnen 33 ff.
- sonstige 37 ff.

Normalität bezüglich des Arbeitsverhältnisses auf Abruf 536–537

normative Bestimmungen 693–694

notgedrungene Zwischenlösung 536–537

Nötigung durch Druckausübung auf eine Arbeitnehmerin 614–615

Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes (utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération) 289–290

## O

offene Löhne 736

## P

Paritätische Berufskommission Schreiner-gewerbe 403–404

Parlamentarische Initiativen 29 ff.

Passivlegitimation eines Einzelunterneh-mers 207–208

Pensionskasse 748

Personalberatungsfirma 381

Personendaten (données personnelles) 289–290

- fehlender angemessener Schutz von 740

- früher an die USA übermittelte 634
- Pilot 693–694

Postulate 32 f.

privates Interesse am Datenlieferungs-verbot 740

Privatleben 264–265

Prozessrisiko 732

prozessuale Zulässigkeit einer Klageände-rung 634

psychosoziale Risiken am Arbeitsplatz 62 ff.

## Q

Qualifikation einer Sondervergütung als freiwillige Gratifikation oder Lohnbestandteil 446

Qualität der Arbeitsleistung 446

## R

Rachekündigung 625

Reaktionsfrist

- im Zeitpunkt des letzten Vorfalls 665–666

- zwei bis drei Arbeitstage 665–666

Rechtfertigungsgrund für die Datenheraus-gabe 725–726

- überwiegendes öffentliches Interesse 740

rechtliches Gehör (droit d'être entendu) 396–397

Rechtsöffnung, keine für Bruttolohn 748

Rechtsweggarantie (garantie de l'accès) 365

Referenzperiode, Kalenderwoche als 410–411

res iudicata 396–397

Restaurant der Genossenschaft 544

Rückfall der Krankheit 548

Rückweisungsentscheid (décision de renvoi) 219

rückwirkende Beurteilung 646–647

Ruhezeit 225

## S

sachlicher Zusammenhang 634

Schaden 640

Schadenersatz 242, 455, 687

Schädigungsmöglichkeit i.S.v. Art. 340 Abs. 2 OR 381

Schätzung der Überstunden 678–679

Schwangerschaft, Anfangszeitpunkt der (point de départ de la grossesse) 149

Simulation 347

SMS 687

solidarische Haftung 736

Sonntagsarbeit, unbewilligte 225

Sorgfaltspflichtverletzung 177

soziale Untersuchungsmaxime 463–464

## Sperrfrist

- für den Vollzug der geplanten Änderungen 655–656
  - gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR 548
- Steuervwert, rechtskräftiger 516

## Stillschweigen 268

## Strafmilderungsgrund 225

## strafprozessuales Recht auf Selbstbelastungsfreiheit 614–615

## Straftaten 177, 264–265

## Strafverfahren 614–615

## T

## Tatbestand der Nötigung 614–615

## Tätigkeit, die einem Betrieb das Gepräge gibt 403–404

## Tatsachen, neue 634

## Treu und Glauben 268, 446, 687

## Treuepflicht 264–265, 454–455

## U

## Überbrückung der Arbeitslosigkeit 536–537

## Übergang des Arbeitsverhältnisses 605

## Übermittlung von Mitarbeiterdaten an US-Behörden durch die Banken 740

## Übernehmer des Betriebes 207–208

## Überstunden 410–411

## – Schätzung der 678–679

## Überzeit 410–411

## unbewilligte Sonntagsarbeit 225

## Unfall

## – neuer 548

## – -versicherung 748

## ungültige Aufhebungsvereinbarung 242

## unlauterer Wettbewerbsvorteil 403–404

## Unterlassungspflicht 469

## Unterstellung unter einen ave GAV 403–404

## Untersuchung, betriebsinterne 614–615

## V

## Verbalinjurien 687

## vereinfachtes Verfahren 463–464

## Vereitelungskündigung, missbräuchliche 625

## Verhältnismässigkeitsgrundsatz (principe de proportionnalité) 289–290

## Verkehrsregelverletzung 177

## Verletzung der Mitwirkungspflichten 732

## Verrechnung 454–455

## Verschweigen des wahren Sachverhalts 693–694

## Versetzung

- eines Beschäftigten in öffentlich-rechtlicher Funktion im Kanton Genf (reclassement d'un agent de la fonction publique genevoise) 365

- vor Aussprechung einer ordentlichen Administrativkündigung (reclassement préalable au prononcé d'un licenciement administratif ordinaire) 365

## versicherte Person 536–537

## Versicherungslösung, gleichwertige 732

## verstärkter Kündigungsschutz 693–694

## Vertrauensarztes, Berufsgeheimnis des (secret professionnel du médecin-conseil) 215

## Vertrauensverhältnis 264–265

## Verwaltungsbusse 225

## Verwarnung 177, 264–265, 687, 693–694

- mit Kündigungsandrohung 693–694

## Verzicht

- auf eine Berufungsinstanz 463–464

- stillschweigender Bonus- 268

## Vollkorncracker, zwei Packungen 264–265

## Volumenerhöhung des Handels 403–404

## vorgeschobene Krankheit 693–694

## Vorleistungspflicht des Arbeitgebers bei gleichwertiger Versicherungslösung 732

## Vorsorgeeinrichtung 748

## Vorteil, geldwerter 516

## Vorzugsbedingungen, Aktien zu günstigeren 516

## W

## wahren Sachverhalts, Verschweigen des 693–694

## Wahrheitspflicht beim Arbeitszeugnis 646–647

## Weiterbeschäftigung an der bisherigen Stelle (réintégration à la condition de renoncer au préalable à un reclassement) 365

Wert, geringer des Diebesguts 264–265  
 Werthaltigkeit des neuen Arbeitgebers 605  
 Wettbewerbsverbot 469  
 Wettbewerbsvorteil, unlauterer 403–404  
 wichtiger Grund 264–265, 665–666  
 wohlerworbene Rechte (droits acquis)  
     154–155  
 wohlwollendes Arbeitszeugnis 646–647

**Z**

Zeitgestaltung, Beschränkung der freien  
     376  
 Zeitraum des Kündigungsschutzes (période  
     de protection contre les congés) 149  
 Zeitzuschlag von 10% für regelmässige  
     Nachtarbeit 57 ff.

Zeugnis  
   – Arbeits- 646–647  
   – Arzt- (certificat médical) 215, 646–647  
 zukünftige Datenlieferungen an die USA  
     634  
 Zuständigkeit des angerufenen Gerichts  
     715–716  
 Zuverlässigkeit des neuen Arbeitgebers  
     605  
 Zwischenlösung, notgedrungene 536–537

## 2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienischsprachigen Urteile)

### A

abandon d'emploi 235  
abus de droit 173–174  
accident 571–572  
accouchement 571–572  
acte(s)  
– interne (juridique) 145–146  
– juridique unilatéral 577–578  
– préparatoires à l'exécution du travail 503  
activité  
– autre 571–572  
– de consultant 196–197  
âge 496  
– de 49 ans 276–277  
– de 58 ans 135  
– de près de 60 ans 477–478  
agent  
– de l'Etat 361  
– de la fonction publique genevoise, reclassement d'un 365  
analyse de l'infrastructure électronique 289–290  
ancien employeur 561  
apprenti 594–595  
architecte, poste d' 321–322  
assurance(s)  
– -chômage 328  
– collective de prévoyance 371–372  
– médicale 187–188  
– sociales 196–197  
assureur perte de gain 577–578  
attestation du réviseur aux comptes 139–140  
autorisation  
– administrative pour un travailleur étranger 503  
– donnée par l'employé 215  
auxiliaire de l'employeur 503  
avertissement 235, 361

### B

bailleresse de services 585–586  
bailleur de services 503  
bonne foi 250, 390–391, 566, 594–595  
bonus 187–188, 390–391

### C

cadre(s) 255  
– bénéficiaires 154–155  
– dirigeant 187–188  
cahier 145–146  
capacité de travail d'un employé 215  
caractère accessoire par rapport au salaire 390–391  
carte de crédit 187–188  
CCT  
– extension des 384–385  
– même branche économique 384–385  
– même profession 384–385  
– nettoyeuse dans un hôtel 585–586  
certificat médical 215, 496  
cessation de la contravention 561  
chose jugée au sens matériel d'un licenciement 396–397  
classe 27 154–155  
clause  
– de non-concurrence 168–169  
– de prohibition de concurrence 168–169, 561  
– pénale 168–169  
clés, restitution immédiate des 276–277  
clientèle 255  
collectivités publiques 203  
comportement  
– correct et loyal 361  
– des parties 135  
conclusion d'un nouveau contrat de travail 57–578  
concurrence, clause de prohibition de 168–169, 561  
conditions  
– de recevabilité 219  
– économiques de l'extension des CCT 385  
confiance 361, 477–478, 496  
congé, voir aussi «licenciement»  
– discriminatoire 477–478  
– -maladie 508–509  
– période de protection 149  
connaissance  
– de la clientèle 168–169  
– des données personnelles 371–372



conséquences économiques 135  
 consultation d'experts 384–385  
 contacts hebdomadaires 187–188  
 contrat(s)  
 – d'apprentissage 594–595  
 – d'entreprise 585–586  
 – de mandat 196–197  
 – de prestation de services 321–322  
 – de travail «en cascade» 508–509  
 – de travail 196–197  
 – de travail intérimaires successifs 173–174  
 – de travail temporaire 503  
 – de mandat 321–322  
 – nouveau c. de travail 577–578  
 – sui generis 302–303  
 – -type de travail pour le personnel des ménages privés 585–586  
 contrôle abstrait de la loi 328  
 convention collective de travail, voir aussi «CCT» 328  
 – extension des CCT 384–385  
 statut du personnel communal 203  
 cumul  
 – entre les différentes situations de protection contre le congé 352–353  
 – interlittéral 352–353

## D

débiteur du salaire 571–572  
 décision  
 – de renvoi 219  
 – finale 219  
 délai  
 – de 180 jours pour agir en justice 487–488  
 – de péremption 250  
 – de résiliation 196–197, 594–595  
 délégation du personnel, membre d'une 566  
 demande de récusation d'un inspecteur de l'emploi 246  
 demeure du travailleur 235  
 départ de la grossesse 149  
 devoir  
 – de discrétion des fonctionnaires et autres agents de l'Etat 361

– de fidélité d'une personne qui s'occupe de la gestion instauré par l'art. 717 CO 255  
 – de fidélité du travailleur 255, 361, 425–426  
 directeur d'une société anonyme 255  
 discrétion des fonctionnaires et autres agents de l'Etat 361  
 discrimination fondée sur le sexe dans les fonctions degré primaire/classe préparatoire 309  
 dommage 594–595  
 – preuve d'un d. effectif 168–169  
 données personnelles 289–290, 371–372  
 double rapport, obligationnel et organique 255  
 droit(s)  
 – acquis 154–155  
 – d'être entendu 396–397  
 – de participer au plan social 477–478  
 – formateur 577–578  
 – supplétif 203

## E

égalité  
 – de traitement 154–155, 477–478  
 – salariale entre hommes et femmes 309  
 empêchement de travailler 571–572  
 emploi ininterrompu 173–174  
 employé  
 – âgé de 49 ans 276–277  
 – âgé de 58 ans 135  
 – âgé de près de 60 ans 477–478  
 – seule e. des employeurs 508–509  
 employeur(s)  
 – ancien 561  
 – auxiliaire de l' 503  
 – risques de l' 571–572  
 – seule employée des 508–509  
 entreprise  
 – de nettoyage 585–586  
 – locataire de services 503, 585–586  
 épuisement des instances cantonales 219  
 estimation globale 554  
 exécution  
 – d'un contrat d'entreprise 585–586  
 – d'un mandat 585–586

expert externe (CCT) 385  
extension des conventions collectives  
384–385

## F

Facebook 425–426  
fécondation de l'ovule 149  
fidélité, violation de l'obligation de  
477–478, 496  
fin de contrat de travail 161  
fonction publique 145–146  
fonctionnaires 361  
frais de déplacement personnel du  
travailleur 487–488  
fraude à la loi 173–174

## G

garantie de l'accès 365  
gratification 390–391, 477–478  
grossesse 571–572  
– départ de la 149  
groupe de sociétés 187–188

## H

harcèlement  
– psychologique 439–440  
– sexuel 566  
heures  
– indemnisation des heures supplé-  
mentaire 554  
– supplémentaires 203  
horaires d'activité du marché américain  
554  
hôtel 585–586

## I

impératifs stratégiques commerciaux  
487–488  
implantation 149  
incapacité de travail 352–353, 571–572  
indemnité(s)  
– de 8,3% du salaire annuel 154–155  
– de départ 477–478  
– de l'art. 336a CO 276–277  
– diverses 145–146  
– en équité 135  
– pour le service de piquet 431–432  
– pour licenciement abusif 135  
indication inexacte des voies de droit 250

inexpérience de la jeunesse 595–596  
inspecteur de l'emploi, demande de récusation d'un 246  
instruments de travail 487–488  
intégration du travailleur 585–586  
interdiction de fumer 425–426  
intérêt au respect du domaine secret et  
privé 487–488  
intermédiaire 577–578

## J

juste motif  
– de résiliation 425–426, 594–595  
– de résiliation en raison de la demeure du  
travailleur 235  
– résiliation extraordinaire pour 161

## L

libération immédiate de l'obligation de  
travailler 276–277  
licenciement  
– abusif 276–277, 477–478, 487–488,  
566  
– chose jugée au sens matériel d'un  
396–397  
– délai de 196–197  
– en temps inopportun 161, 235, 496  
– immédiat 235, 289–290, 425–426, 439–  
440, 594–595  
– injustifié 161  
– ordinaire 161, 361  
– pour motif économique 487–488  
lien  
– de confiance 362  
– de confiance étroit 594–595  
– de subordination 321–322  
litispendance 250  
livre comptables 129–140  
locataire de services 503  
location de services 585–586

## M

maladie  
– cause d'empêchement de travailler  
571–572  
– périodes de 508–509  
managing director 187–188  
mandat 196–197  
– exécution d'un 585–586

manière dont le congé a été signifié 276–277  
manque de travail 487–488  
matériaux et leur transport 487–488  
mauvaise marche des affaires 487–488  
médecin(s)  
– -conseil, secret professionnel du 215  
– des hôpitaux publics genevois 154–155  
– -psychiatre 496  
membre d'une délégation du personnel 566  
mission à l'extérieur 585–586  
mobbing 439–440  
motif économique, licenciement pour 487–488

## N

nouveau contrat de travail 57–578

## O

objet de la contestation 396–397  
obligation(s)  
– de fidélité 477–478  
– de travailler 255  
ovule, fécondation de l' 149

## P

participation au résultat de l'exploitation 139–140  
pénale, clause 168–169  
péremption 250  
performance personnelle du travailleur 390–391  
période  
– de protection 352–353  
– de protection contre les congés 149, 235  
– de protection de l'art. 341 al. 1 CO 431–432  
– postérieure au transfert 302–303  
– qui a précédé le transfert 302–303  
personnalité  
– atteinte à la 276–277  
– de l'employé 145–146  
– du travailleur, protection de la 135  
personnel communal 203  
perte  
– de confiance 425–426  
– de gain, assureur 577–578  
place d'apprentissage 594–595

## plan

- d'intéressement 302–303
- de rémunération 302–303
- social 477–478

pondération des intérêts 289–290

poste d'architecte 321–322

préjudice irréparable 365

prescription 250

preuve

- d'un dommage effectif 168–169
- illicite 487–488

principe

- de l'égalité de traitement 154–155
- de la confiance 477–478
- de la liberté économique 328
- de proportionnalité 289–290

prorogation d'une extension des CCT 384–385

protection

- de la bonne foi 250
- de la personnalité 477–478
- légale contre les congés en temps inopportun 496

## Q

qualification du contrat 196–197

questionnaire de santé 371–372

quittance pour solde de comptes 431–432

## R

rapport de subordination 321–322

reclassement d'un agent de la fonction publique genevoise 365

recours direct 219

récusation 246

règlement d'entreprise 566

réintégration

- à la condition qu'il renonce au préalable à un reclassement 365
- professionnelle 135

rémunération 196–197

res iudicata 396–397

résiliation, voir aussi «licenciement»

- délai de 196–197
- des rapports de travail de droit public 396–397
- extraordinaire pour justes motifs 161
- immédiate 235, 594–595
- restitution immédiate des clés 276–277

résultat de l'exploitation, participation au 139–140  
risques de l'employeur 571–572

## S

salaire(s) 255, 390–391, 508–509, 571–572  
– 13<sup>e</sup> s. 203, 276–277  
– 14<sup>e</sup> s. 154–155  
– caractère accessoire par rapport au s. 390–391  
– débiteur du 571–572  
– deux mois de 135  
– minimum du canton de Neuchâtel 328  
– six mois de 276–277  
– travail sans 161  
sanction disciplinaire 145–146  
santé  
– atteinte à la s. insignifiante 496  
– questionnaire de 371–372  
secret(s)  
– d'affaires 139–140, 255  
– professionnel du médecin-conseil 215  
service  
– cantonal (VS) de protection des travailleurs et des relations du travail 246  
– de piquet 431–432  
seule employée de l'employeur 508–509  
société(s)  
– anonyme 255  
– dominante (ou société-mère) 187–188  
– dominées (ou sociétés-filles) 187–188  
subordination 321–322, 585–586  
surveillance 276–277  
syndicat 566  
système de timbrage 425–426  
système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs (canton d'Argovie) 309

## T

téléphone cellulaire 487–488  
temps  
– de repos 431–432  
– de travail 425–426  
– inopportun 496  
transfert du contrat de travail 302–303  
travail  
– habituel 431–432  
– incapacité de 352–353, 571–572  
– intérimaire 173–174  
– sans salaire 161  
travailleur  
– de piquet 431–432  
– étranger 503  
– intégration du 585–586  
– loué 503  
– temporaire 503  
tricherie de timbrage 425–426

## U

utilisation  
– de l'infrastructure électronique de la Confédération 289–290  
– des renseignements 168–169

## V

vacances 508–509  
vie familiale 145–146  
vingt-cinq années d'ancienneté 477–478  
violation de l'obligation de fidélité 496  
visites de contrôle 431–432  
volonté  
– d'augmenter les profits 487–488  
– de maintenir le contrat de travail 577–578