

Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis.....	XIX
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht.....	XXI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII

A. Gesetzgebung.....	1
Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH	

I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS).....	3
1. Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG). Änderung vom 20. März 2015.....	3
2. Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen und Berufsattesten der beruflichen Grundbildung, abgeschlossen am 30. Oktober 2014, in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Januar 2015.....	3
3. Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizer- ischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit. Beschluss Nr. 1/2015 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz über die Änderung von Anhang III (Gegenseitige Anerkennung von Berufs- qualifikationen). Angenommen am 8. Juni 2015. In Kraft getreten am 8. Juni 2015.....	4
4. Verordnung über den Abzug besonderer Berufskosten bei der direkten Bundessteuer von vorübergehend in der Schweiz tätigen leitenden Angestellten, Spezialisten und Spezialistinnen (Expatriates-Verordnung, ExpaV), Änderung vom 9. Januar 2015.....	4
5. Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 18. Februar 2015.....	5
6. Verordnung des BSV über den Pilotversuch «Pforte Arbeitsmarkt». Änderung vom 26. Februar 2015.....	5
7. 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 13. März 2015	6
8. Verordnung des EFD über den Abzug von Berufskosten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundesteuer (Berufskostenverordnung). Änderung vom 6. März 2015	6
9. Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 6. März 2015	6
10. Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3). Änderung vom 1. April 2015	7
11. Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz (ArGV 4) (Industrielle Betriebe, Plangenehmigung und Betriebsbewilligung). Änderung vom 1. April 2015	7
12. Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung. Änderung vom 20. März 2015	8
13. Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufs- mässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1). Änderung vom 11. Februar 2015	8
14. Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfall- verhütung, VUV). Änderung vom 1. April 2015	8
15. Verordnung über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck vom 15. April 2015	9
16. Verordnung des EDI über Umfang und Akkreditierung der Weiterbildungsgänge der Psychologieberufe (AkkredV-PsyG). Änderung vom 22. April 2015	10
17. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestufteten Berufsbildungs- abschlüsse vom 11. Mai 2015	10
18. Verordnung über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen. Änderung vom 27. Mai 2015	10
19. Verordnung der Bundesversammlung über Ent- schädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom 19. Juni 2015	10
20. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 12. Juni 2015	11

21. Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV). Änderung vom 12. Juni 2015	11
22. Verordnung des WBF über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung). Änderung vom 23. Juni 2015.....	11
23. Personalverordnung des Bundesgerichts (PVBger). Änderung vom 29. Juni 2015.....	11
24. Verordnung über die Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung). Änderung vom 1. Juli 2015...	12
25. Verordnung des WBF zur Bezeichnung der Einkaufszentren für die Bedürfnisse des internationalen Fremdenverkehrs gemäss Art. 25 Abs. 4 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz vom 13. Juli 2015.....	12
26. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 12. August 2015	12
27. Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide vom 13. August 2015.....	13
28. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 11. September 2015	13
29. Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV). Änderung vom 25. September 2015	14
30. Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV). Änderung vom 21. Oktober 2015	14
31. Personalverordnung des Bundesgerichts (PVBger). Änderung vom 19. Oktober 2015	14
32. Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 28. Oktober 2015	15
33. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 11. November 2015	15
34. Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1). Änderung vom 4. November 2015	16
35. Verordnung zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatverordnung, V-GSG). Änderung vom 11. November 2015	16

36. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 10. Dezember 2015.....	17
37. Verordnung des EDI über Umfang und Akkreditierung der Weiterbildungsgänge der Psychologieberufe (AkkredV-PsyG). Änderung vom 18. November 2015	17
38. Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung.....	17
II. Bundesblatt (BBl)	18
1. Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG). Änderung vom 20. März 2015.....	18
2. Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG). Änderung vom 18. Dezember 2015.....	19
3. Botschaft zur Reform der Altersvorsorge 2020 vom 19. November 2014. Entwurf Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020. Entwurf Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer	19
4. Botschaft zum Bundesgesetz über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens vom 28. November 2014. Entwurf Bundesgesetz über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens.....	20
5. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten vom 28. November 2014. Entwurf Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG).....	21
6. Botschaft zu einer Änderung des Freizügigkeitsgesetzes (Ansprüche bei Wahl der Anlagestrategie durch die versicherte Person) vom 11. Februar 2015. Entwurf Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG). Änderung	22
7. Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz; AZG) vom 13. Mai 2015. Entwurf Bundesgesetz	22
8. Botschaft über die Einführung der nächsten Generation der Arbeitsplatzsysteme (Programm APS2020) vom 1. Juli 2015. Entwurf Bundesbeschluss über die Einführung der nächsten Generation der Arbeitsplatzsysteme (Programm APS2020).....	23

9.	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG). Änderung. Entwurf	24
10.	Botschaft und Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Genehmigung von Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) vom 11. September 2015	24
11.	Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015. Entwurf Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG)	25
12.	Entwurf Verordnung der Bundesversammlung über Entschädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses.....	26
13.	Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 6. November 2014 zur Stellungnahme des Bundesrates vom 13. August 2014	26
14.	Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 6. November 2014. Stellungnahme des Bundesrates vom 22. April 2015.....	28
15.	Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung. Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 10. April 2014. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 7. Oktober 2014. Stellungnahme des Bundesrates vom 28. Januar 2015	29
16.	Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung. Stellungnahme des Bundesrates vom 28. Januar 2015. Stellungnahme der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 24. März 2015	30
17.	Weisungen des Bundesrates zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung vom 19. August 2015.....	30
III.	Initiativen	31
1.	Volksinitiativen	31
2.	Standesinitiativen.....	32

3.	Parlamentarische Initiativen	32
4.	Motionen.....	33
5.	Postulate	36
IV.	Normalarbeitsverträge.....	38
1.	Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen	38
2.	Sonstige Normalarbeitsverträge.....	40
V.	Kollektives Arbeitsrecht.....	46
1.	Sozialpartnerschaft	46
1.1	Frankenstärke	46
1.2	Volksinitiative «AHVplus».....	46
1.3	Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten / Nationaler GAV für den Detailhandel	46
1.4	Lohngleichheit	47
1.5	Lohndumping	47
1.6	Flankierende Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz-EU	48
2.	Arbeitskämpfe	48
3.	Gesamtarbeitsvertragsrecht.....	49
3.1	Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2015 .	49
3.2	Mittelfristige Lohnentwicklung.....	50
3.3	Erleichterte AVE GAV für kleine Reinigungsunternehmen.....	50
3.4	Tieflohnstellen	51
3.5	Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds	51

B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)	53
Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH	

<i>Merk- und Informationsblätter des SECO</i>	<i>55</i>
I. Arbeitszeiterfassung, was bleibt gleich, was ändert sich?	
Revision der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1).....	55
1. Ausgangslage	55
1.1 Geltende Regelung im Arbeitsgesetz	55
1.2 Warum eine Revision?	55
2. Neu.....	55
2.1 Drei Varianten.....	55
3. Die drei Regelungen im Überblick.....	56
4. Inkraftsetzung der neuen Regelung.....	57

II. Mutterschaft; Schutz der Arbeitnehmerinnen.....	58
1. Einführung	58
1.1 Arbeitsgesetz und dazugehörige Vollzugs- verordnungen (Art. 35 ff. ArG)	58
1.2 Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR)	58
1.3 Erwerbsersatzgesetz und dazugehörige Ver- ordnung (Art. 16b ff. EOG und Art. 23 ff. EOV)....	59
1.4 Gleichstellungsgesetz (GlG).....	59
2. Zeit vor der Niederkunft.....	59
2.1 Unzulässige Arbeiten	60
2.1.1 Gefährliche oder beschwerliche Arbeiten ..	60
2.1.2 Risikobeurteilung	60
2.1.3 Abend- und Nachtarbeit	61
2.1.4 Ersatzarbeit und Lohnzahlung	61
2.2 Weitere Arbeitsbeschränkungen.....	61
2.2.1 Einverständnis zur Beschäftigung	61
2.2.2 Arbeitsabsenzen.....	61
2.2.3 Beschränkung der Arbeitszeit.....	61
2.3 Lohnzahlung bei Arbeitsunfähigkeit	62
2.3.1 Grundsatz	62
2.3.2 Naturallohn	62
2.3.3 Voraussetzungen	62
2.3.4 Arztzeugnis	62
2.3.5 Dauer der Lohnfortzahlungspflicht	62
2.3.6 Abschluss einer Versicherung für den Verdienstausschlag (Taggeldversicherung).....	63
2.4 Kürzung des Ferienanspruchs	64
2.4.1 Absenzen wegen Schwangerschaft.....	64
2.4.2 Absenzen wegen Mutterschaftsurlaub.....	64
3. Zeit nach der Niederkunft	64
3.1 Beschäftigungsverbot	64
3.2 Mutterschaftsurlaub.....	64
3.2.1 Grundsatz	64
3.2.2 Leistungen	64
3.2.3 Anspruchsberechtigte	65
3.2.4 Voraussetzungen	65
3.2.5 Beginn des Urlaubs	65
3.2.6 Ende des Mutterschaftsurlaubs.....	65
3.2.7 Aufschub des Mutterschaftsurlaubs	66
3.3 Arbeitsbeschränkungen	66
3.3.1 Verringerte Leistungsfähigkeit	66
3.3.2 Abend- und Nachtarbeit	66
3.3.3 Einverständnis zur Beschäftigung	66

4.	Stillzeit	66
4.1	Genereller Gesundheitsschutz	67
4.2	Gefährliche und beschwerliche Arbeiten	67
4.3	Einverständnis zur Beschäftigung	67
4.4	Stillzeit	67
4.5	Beschränkung der Arbeitszeit	67
5.	Kündigung.....	68
5.1	Kündigungsverbot für den Arbeitgeber.....	68
5.1.1	Grundsatz	68
5.1.2	Beginn des Schutzes	68
5.1.3	Folge.....	68
5.1.4	Nichtanwendbarkeit des Schutzes	69
5.2	Kündigung durch die Arbeitnehmerin.....	69
5.3	Vertragsbeendigung durch gegenseitige Vereinbarung.....	69
6.	Nichtdiskriminierung von Frauen während der Mutter- schaft.....	69
6.1	Diskriminierungsverbot.....	69
6.2	Beweislasterleichterung	70
6.3	Diskriminierung bei der Anstellung	70
6.4	Diskriminierung bei der Kündigung.....	70
6.4.1	Aufhebung der Kündigung	70
6.4.2	Missbräuchliche Kündigung.....	71
6.5	Schlichtungsstellen.....	71
7.	Häufig gestellte Fragen	71
7.1	Hat der mich behandelnde Arzt Zugang zum Ergebnis der Risikobeurteilung? (Art. 2 und 3 Mutterschutzverordnung).....	71
7.2	Ich bin schwanger. Gemäss der Risikobeurteilung stellt meine Arbeit Gefahren für meine Gesundheit und die meines Kindes dar, und es können keine Schutzmassnahmen getroffen werden, um das Risiko zu bewältigen. Was kann ich tun? (Art. 35 ArG; Art. 64 ArGV 1)	71
7.3	Ich bin schwanger und arbeitete in der Nacht. Da mir mein Arbeitgeber keine Tagesarbeit anbieten konnte, bin ich einen Monat zu Hause geblieben, wobei ich 80% des Lohnes erhielt. Jetzt arbeite ich am Tag, bin aber krank geworden. Darf mir der Arbeitgeber für die Dauer der Krankheit keinen Lohn bezahlen, weil er schon 80% des Lohnes für einen Monat bezahlt hat? (Art. 35b ArG; Art. 324a OR)	71

7.4	Ich bin schwanger. Ich arbeite in der Uhrenindustrie, wo ich Qualitätskontrollen durchführe. Mein Arbeitsplatz liegt neben sehr lärmigen Maschinen. Ich habe mich bei meinem Arbeitgeber beklagt, der mir Ohrstöpsel zur Verfügung gestellt hat. Reicht das aus? (Art. 11 Mutterschutzverordnung; Art. 35 ArG; Art. 64 ArGV 1)	72
7.5	Ich bin schwanger. Im Rahmen meiner Arbeit atme ich während des ganzen Tages Autoabgase ein. Ich mache mir Sorgen wegen meines ungeborenen Kindes. Sind diese gerechtfertigt? (Art. 13 Mutterschutzverordnung; Art. 35 ArG; Art. 64 ArGV 1)	72
7.6	Ich bin schwanger. An manchen Tagen fühle ich mich wirklich müde. Ich hätte es dann nötig, mich auszuruhen. Ist dies möglich? (Art. 35a ArG; Art. 34 ArGV 3)	72
7.7	Ich bin schwanger. Mein Arbeitsvertrag sieht vor, dass ich 40 Stunden pro Woche arbeite. Momentan hat es viel Arbeit und alle müssen Überstunden leisten. Ich auch? (Art. 60 ArGV 1)	73
7.8	Ich bin schwanger. Ich verrichte in der Regel Schichtarbeit, darunter auch Nachtschichten. In meinem Zustand kann ich meine Müdigkeit nicht mehr managen. Was kann ich tun? (Art. 35a und 35b ArG)	73
7.9	Ich bin schwanger und arbeite als Sekretärin. Ich empfinde meine Arbeit als beschwerlich, weil ich den ganzen Tag sitze und viel zu tun habe. Mein Arbeitgeber erlaubt mir nicht, zu Hause zu bleiben, weil er meine Arbeit als nicht beschwerlich betrachtet. Ich habe kein ärztliches Zeugnis. Was ist davon zu halten? (Art. 35a ArG)	73
7.10	Ich bin schwanger. Bin ich verpflichtet, es meinem Arbeitgeber mitzuteilen?	73
7.11	Ich habe meinem Arbeitgeber die Schwangerschaft angekündigt und er hat mich vor die Tür gestellt... (Art. 336c OR)	74
7.12	Ich habe gerade geboren und will meine Arbeit sofort wieder aufnehmen. Ist das möglich? (Art. 35a ArG)	74
7.13	Mein Kind ist geboren, und ich habe nach meinem Mutterschaftsurlaub wieder zu arbeiten begonnen. Das Kind ist aber oft krank, und die Krippe weigert sich dann, es zu betreuen. Was kann ich tun? (Art. 36 ArG; Art. 324a OR)	74

7.14	Ich bin schwanger und arbeite bei meinem jetzigen Arbeitgeber seit dem 1. Juli 2004. Am 15. Juni 2005 habe ich ein ärztliches Zeugnis vorgewiesen, das attestiert, dass ich wegen meiner Schwangerschaft bis zur Geburt liegen muss. Ich habe am 15. August 2005 entbunden. Was ist bezüglich der Ansprüche vor der Niederkunft? (Art. 324a OR)	74
7.15	Ich habe geboren und mein Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen ist beendet. Ich fühle mich voller Elan, möchte aber trotzdem noch nicht sofort wieder arbeiten, sondern noch ein wenig Zeit mit meinem Kind verbringen. Habe ich das Recht dazu? (Art. 35a Abs. 3 ArG, Art. 324a OR)	75
7.16	Ich habe am 1. August 2005 geboren. Meinen Arbeitsvertrag habe ich vor der Niederkunft auf den 30. September 2005 gekündigt. Habe ich einen Anspruch auf den gesamten bezahlten Mutterschaftsurlaub in Anbetracht dessen, dass dieser auf den 6. November 2005 endet? (Art. 16b EOG)	75
7.17	Ich bin seit dem 1. August 2005 schwanger und werde am 1. Mai 2006 entbinden, mein Arbeitgeber hat meinen Vertrag am 25. Juni 2005 auf den 30. September 2005 gekündigt, unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten. Ist diese Kündigung gültig? Habe ich Anspruch auf den Mutterschaftsurlaub nach der Niederkunft? (Art. 336c OR)	75
7.18	Da ich sechs Monate nach der Niederkunft immer noch stille, bin ich zu Hause geblieben, wie es mir zusteht. Aus diesem Grund hat mir der Arbeitgeber gekündigt. Ist dies gerechtfertigt? (Art. 9 GIG; Art. 336b OR)	76
III.	Entsendung und Flankierende Massnahmen	76
1.	Management Summary	76
1.1	Zweck und Funktionsweise der FlaM	76
1.2	Bedeutende Rolle der Sozialpartner	77
1.3	Kontrollprioritäten und quantitative Kontrollvorgaben	78
1.4	Zunahme des Kontrollvolumens im Jahr 2015	78
1.5	Kontrollen auf Verdacht – keine Rückschlüsse auf die allgemeine Arbeitsmarktlage	79
1.6	Schweizer Betriebe – Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommissionen im Jahr 2015	80

1.7	Schweizer Betriebe – Kontrolltätigkeit der paritätischen Kommissionen im Jahr 2015	81
1.8	Stabile Anzahl meldepflichtiger Kurzaufenthalter aus dem EU/EFTA-Raum	81
1.9	Kontrollen von Entsandten und Selbständigen durch tripartite Kommissionen	82
1.10	Kontrollen von Entsandten und Selbstständigen durch paritätische Kommissionen	82
1.11	Schlussfolgerung	83
2.	Umsetzung Art. 121a BV und Auswirkungen auf die FlaM	83
	<i>Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)</i>	86
I.	23. Tätigkeitsbericht 2015/2016 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 49 ff.	86
	1. Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden (im Privatbereich)	86
	2. Whistleblowing-Meldestelle des Bundes	87
II.	Erläuterungen zur Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden (im Privatbereich)	87
	1. Ausgangslage	87
	2. Rechtliche Grundlagen	88
	3. Fragestellungen	88
	3.1 Wie müssen die Mitarbeitenden über die Personensicherheitsprüfung informiert werden?	88
	3.2 Zu welchem Zeitpunkt darf eine Personensicherheitsprüfung durchgeführt werden?	89
	3.3 Wie viele und welche Daten darf der Arbeitgeber verlangen?	89
	3.4 In welcher Form dürfen die Personendaten der Mitarbeitenden bearbeitet werden?	89
	3.5 Was ist bei einer Datenbearbeitung im Ausland zu beachten?	90
	3.6 Dürfen die für die Personensicherheitsprüfung erhobenen Daten nach der Überprüfung weiterverwendet werden?	90
	3.7 Kann der Mitarbeitende Auskunft verlangen über seine Personendaten?	90
	3.8 Gibt es eine Möglichkeit für die Mitarbeitenden, sich der Personensicherheitsprüfung zu widersetzen?	90
III.	Bewerbungsverfahren	91
	1. Referenzauskünfte im Bewerbungsprozess	91
	2. Gesundheitsfragebogen bei Bewerbungsverfahren	92

3.	Erläuterungen zu Referenzauskünften im Bewerbungsverfahren	93
3.1	Problematik	93
3.2	Definition, Zweck und beteiligte Personen	93
3.3	Informationserteilung durch den Bewerber	94
3.4	Referenzeinholung durch den potenziellen Arbeitgeber	94
3.5	Referenzauskunft durch den aktuellen oder früheren Arbeitgeber	94

C. Rechtsprechung	97
Zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und Dr. iur. HUBERT FRITSCHI	

Bundesgericht

12.01.2015	4A_406/2014;	141 III 119	99
	4A_408/2014		
12.01.2015	2C_195/2014	141 II 1	114
13.01.2015	4A_367/2014		124
26.01.2015	4A_493/2014		127
27.01.2015	8C_343/2014		134
04.02.2015	8C_621/2014		140
05.02.2015	4A_548/2014		145
05.02.2015	8C_272/2014		149
11.02.2015	4A_564/2014		154
12.02.2015	4A_523/2014		164
18.02.2015	8C_227/2014		173
19.02.2015	8C_658/2014		179
20.02.2015	4A_488/2014	141 III 137	183
25.02.2015	6B_508/2014	141 IV 155	186
26.02.2015	4A_515/2014		199
04.03.2015	4A_527/2014		206
17.03.2015	4A_599/2013		212
19.03.2015	8C_647/2014		215
20.03.2015	8C_910/2014		218
25.03.2015	6B_65/2015		221
13.04.2015	8C_619/2014		227
15.04.2015	4A_688/2014		231
21.04.2015	4D_8/2015		236
29.04.2015	4A_680/2014		239
04.05.2015	8C_298/2014		247
11.05.2015	4C_1/2014		251

20.05.2015	4A_19/2015		264
03.06.2015	4A_56/2015		270
06.07.2015	4A_145/2015		275
06.07.2015	4A_189/2015		280
15.07.2015	4C_1/2015		286
27.07.2015	4A_138/2015		292
11.08.2015	4A_653/2014	141 III 407	297
14.08.2015	4A_131/2015		306
19.08.2015	8C_334/2015		311
19.08.2015	6B_1110/2014	141 IV 329	316
03.09.2015	4A_200/2015		321
22.09.2015	4A_285/2015		327
24.09.2015	8C_772/2014	141 I 253	331
28.09.2015	4A_24/2015	141 III 418	334
29.09.2015	1C_635/2014		341
29.09.2016	4A_228/2015		347
13.10.2015	4A_331/2015		349
02.11.2015	4A_395/2015		353
11.11.2015	4F_15/2014	142 I 42	359
12.11.2015	1C_66/2015		364
13.11.2015	8C_539/2015		367
01.12.2015	8C_366/2014	141 II 411	372
01.12.2015	4A_362/2015		386
04.12.2015	4A_437/2015		394
16.12.2015	8C_91/2015		400
21.12.2015	2C_1135/2015		405

Kantone

BL

KGer	400 15 48	12.05.2015	407

BE

OGer.	ZK 15 12	12.06.2015	417
OGer.	ZK 15 285	14.09.2016	422
HGer.	HG 15 39	17.06.2015	429

FR

TC	102 2014 114	28.01.2015	432
TC	102 2015 106	23.09.2015	439
TC	102 2015 204	30.11.2015	442

GE

JTPH	JTPH/169/2015	30.04.2015	449
JTPH	JTPH/173/2016	04.05.2015	458
CAPH	CAPH/199/2015	07.12.2015	463
ACPR	ACPR/193/2014	07.04.2014	470

GR			
KGer.	ZK 15 8	20.03.2015	475
KGer.	ZK2 14 29	30.04.2015	481
SG			
KGer.	BS.2014.32	19.03.2015	493
KGer.	BO.2015.5	21.08.2015	499
TI			
CCA	12.2014.100	27.01.2015	507
CCA	12.2014.163	07.07.2015	510
CCA	12.2014.195	24.07.2016	515
VD			
CREC	2015 75	16.02.2015	521
CACI	2015 56	05.01.2015	525
CACI	2015 29	15.01.2015	535
CACI	2015 227	08.05.2015	540
CACI	2015 545	19.10.2015	546
ZH			
OGer.	RU150006	23.02.2015	552
OGer.	LA140107	13.03.2015	554
OGer.	LA140035	07.04.2015	558
OGer.	LA150024	07.10.2015	566
OGer.	RA150002	27.10.2015	576
OGer.	LA150006	27.10.2015	585
OGer.	LA150023	13.11.2015	594
OGer.	LA150004	15.12.2015	602
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 23	19.02.2015	614
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 18	30.03.2015	616
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 20	28.05.2015	618
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 9	22.07.2015	620
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 19	15.09.2016	621
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 8	09.10.2015	623
BezGer.	FV140171	12.10.2015	626
D. Bibliografie.....			647
Zusammengestellt von RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK			
E. Verzeichnisse.....			659
Gesetzesregister.....			661
Stichwortverzeichnis.....			665

Thematisches Verzeichnis

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

- I. Individualarbeitsrecht
 - 1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses 499
 - a) Auslegung des Arbeitsvertrages 321
 - b) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 442
 - 2. Pflichten des Arbeitnehmers
 - a) Treuepflicht 221, 231–232, 292–293, 521, 540–541
 - b) Befolgungspflicht 449
 - c) Haftung 212
 - d) Konkurrenzverbot 407, 493
 - 3. Pflichten des Arbeitgebers
 - a) Lohnzahlungspflicht
 - aa) im Allgemeinen 297–298
 - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 124, 127, 206, 297–298, 306, 422, 566–567, 602–603
 - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 475
 - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 164–165, 481
 - ee) Überstundenarbeit 179, 515, 618
 - b) Fürsorgepflicht
 - aa) Schutz der Persönlichkeit 367–368, 449, 470–471, 594–595
 - bb) Ferien und Freizeit 327, 439, 475, 521, 620
 - cc) Zeugnis und Referenz 417
 - dd) Gleichbehandlung und Gleichstellung 164–165, 173–174, 334–335, 372–373, 623–624
 - ee) Datenschutz 99–100, 364, 449, 554
 - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 280
 - d) Annahmeverzug des Arbeitgebers 145, 386–387
 - 4. Übergang des Arbeitsverhältnisses 270–271
 - 5. Verzicht, Verjährung, Verwirkung 247, 275, 349, 439, 602–603, 616
 - 6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Kündigung
 - aa) im Allgemeinen 270–271, 341, 386–387, 510–511
 - bb) missbräuchliche Kündigung 264–265, 292–293, 311, 394, 432, 525–526, 558
 - cc) ausserordentliche Kündigung 347, 353, 535–536, 540–541, 585–586, 602–603
 - dd) Kündigung zur Unzeit 149, 218–219, 275

- 7. Besondere Einzelarbeitsverhältnisse
 - a) befristeter Arbeitsvertrag 458, 463–464
 - b) Lehrvertrag 149, 215, 546
 - c) öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis 134, 140–141, 149, 173–174, 215, 218–219, 227, 247, 311, 316, 331–332, 364, 367–368
 - d) Personalverleih 614, 626
- II. Öffentliches Arbeitsrecht
 - 1. Arbeitsschutzrecht 507
 - a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 179
 - b) Arbeits- und Ruhezeit 199, 404
 - 2. ausländische Arbeitskräfte 114
 - 3. Sozialversicherungsrecht 585–586
- III. Kollektives Arbeitsrecht 199, 251–252, 286, 334–335, 621–622, 626
- IV. Arbeitsgerichtsbarkeit
 - 1. Zuständigkeit 183, 331–332, 359, 364
 - 2. Verfahren 164–165, 236, 394, 400, 407, 417, 552, 576–577, 614

Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

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

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. REHBINDER/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 2013

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aargau
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHV G	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-Auserrhoden
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, SR 822.112)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, SR 822.115)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
ASA-Richtlinie	Richtlinie über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit
ASG	Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandsschweizergesetz), noch nicht in Kraft
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)
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
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
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CHF	Schweizer Franken

CNA	Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents
CNL	Contratto normale di lavoro
CNUJJE	Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (FF 2009 1481)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
COST	European Cooperation in Science and Technology
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile (RS 272)
CRCT	Chambre des relations collectives de travail
CST	compte satellite du tourisme de la Suisse
CTT	Contrat-Type de travail
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DES	Département de la sécurité et de l'économie de canton de Genève
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DGO	Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes
DSG	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 GIG/BL	Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössisch
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EL	Ergänzungsleistungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, SR 823.20)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende (Erwerbsersatzgesetz, SR 834.1)
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
FlaM	Flankierende Massnahmen
FR	Freiburg
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom (Fusionsgesetz; SR 221.301)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren 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)
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
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPTP	Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTPH/GE	Loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes (GE/E 3 10)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail; RS 822.11)
LU	Luzern
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MBA	Master of Business Administration
Mio.	Millionen
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungs-gesetz, 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)
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)
ONUG	Office des Nations Unies à Genève

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
OW	Obwalden
PaRG	Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31)
PBK	paritätische Berufskommission
PG/LU	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern (SRL 51)
PK	Paritätische Kommission
Po	Postulat
PVO/LU	Verordnung zum Luzerner Personalgesetz (LU/SRL 52)
RLG/BS	Baselstädtisches Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (SR BS 811.100)
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSDIE	Revue Suisse de droit international et européen
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SH	Schaffhausen
SO	Solothurn
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung
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 universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG). Änderung vom 20. März 2015

In den Art. 37, 43 Abs. 1 Bst. d und e sowie 3, 44 Abs. 2, 45 Sachüberschrift und Abs. 2 sowie 67 Abs. 2 wird der Ausdruck «selbstständige (Berufs-)Ausübung» mit den notwendigen grammatikalischen Anpassungen durch «privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» ersetzt. Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 9. Juli 2015 unbenützt abgelaufen. Art. 4 Abs. 2 Bst. d, 7 Einleitungssatz und Bst. c, 8 Bst. c, g, j und k, 9 Bst. c, f, h, i und j, 10 Bst. i, 17 Abs. 2 Bst. f und i sowie 3, 21 Abs. 4, 27 Abs. 5 Einleitungssatz, 29, 31 Abs. 1, 31a und 55 Abs. 2 des Medizinalberufegesetzes (Ziff. I) sind am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. [Art. 4 behandelt Ziele der Aus- und der Weiterbildung, Art. 7 die soziale Kompetenz und Persönlichkeitsentwicklung, Art. 8 die Humanmedizin, Zahnmedizin und Chiropraktik, Art. 9 die Pharmazie, Art. 10 die Veterinärmedizin, Art. 17 die Ziele der Weiterbildung, Art. 21 die Anerkennung ausländischer Weiterbildungstitel, Art. 27 die Fremdevaluation, Art. 29 die Geltungsdauer der Akkreditierung, Art. 31 die Änderung eines akkreditierten Weiterbildungsganges, Art. 31a die Auskunftspflicht und Art. 55 die Verfügungen der für Weiterbildungsgänge verantwortlichen Organisationen.] Die übrigen Bestimmungen der Änderung werden zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt. AS 2015, 5081

2. Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen und Berufsattesten der beruflichen Grundbildung, abgeschlossen am 30. Oktober 2014, in Kraft getreten durch Notenaustausch am 1. Januar 2015

Das Abkommen regelt die gegenseitige Anerkennung folgender Ausweise in der beruflichen Grundbildung: (a.) eidgenössisches Berufsattest (EBA); (b.) liechtensteinisches Berufsattest (BA); (c.) eidgenössisches Fähigkeitszeugnis (EFZ); (d.) liechtensteinisches Fähigkeitszeugnis (FZ) (Art. 1). Ein Ausweis ist einem andern Ausweis gleichwertig, wenn: (a.) die den Ausweisen entsprechenden massgebenden Dokumente abgesehen von den Titeln identisch sind; und (b.) die Ausbildung und das Qualifikationsverfahren zur Erlangung der Ausweise gemäss den massgebenden Dokumenten erfolgte (Art. 3). AS 2015, 53

3. *Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit. Beschluss Nr. 1/2015 des Gemischten Ausschusses EU-Schweiz über die Änderung von Anhang III (Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen). Angenommen am 8. Juni 2015. In Kraft getreten am 8. Juni 2015*

Anhang III (Gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen) des Abkommens ist zu aktualisieren, um den neuen Rechtsvorschriften, die seitdem von der Europäischen Union und der Schweiz erlassen wurden, Rechnung zu tragen. Anhang III wird daher gemäss dem Anhang dieses Beschlusses geändert. Unter der Überschrift «Abschnitt A: Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird» werden in Nummer 1a des Anhangs III angefügt: Verordnung (EG) Nr. 623/2012 der Kommission vom 11. Juli 2012 zur Änderung von Anhang II der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (ABl. L 180 vom 12.7.2012, S. 9), ferner diverse Mitteilungen der Kommission. In Nummer 1g werden die Einträge «Medizinische Onkologie, Humangenetik/Medizinische Genetik, Allgemeine (innere) Medizin» angefügt. In Nummer 1i wird der Eintrag «Diplomierte Pflegefachfrau HF/Diplomierter Pflegefachmann HF» angefügt. In Nummer 1m erhält die Tabelle den Eintrag «Diplomierte Hebamme». Der Beschluss tritt am Tag seiner Annahme durch den Gemischten Ausschuss in Kraft. AS 2015, 2497

4. *Verordnung über den Abzug besonderer Berufskosten bei der direkten Bundessteuer von vorübergehend in der Schweiz tätigen leitenden Angestellten, Spezialisten und Spezialistinnen (Expatriates-Verordnung, ExpaV), Änderung vom 9. Januar 2015*

Leitende Angestellte sowie Spezialisten mit besonderer beruflicher Qualifikation, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber vorübergehend in die Schweiz entsandt werden (Expatriates), können bei der direkten Bundessteuer zusätzlich zu den Berufskosten nach der Berufskostenverordnung vom 10. Februar 1993 besondere Berufskosten abziehen (Art. 1). Neben anderen sind gemäss dem geänderten Art. 2 Abs. 1 lit. b besondere Berufskosten von im Ausland wohnhaften Expatriates die angemessenen Wohnkosten in der Schweiz bei Beibehaltung einer ständig für den Eigengebrauch zur Verfügung stehenden Wohnung im Ausland. Während das geltende Recht nur auf die Beibehaltung einer ständigen Wohnung im Ausland abstellt, gilt neu als zusätzliches Kriterium «für den Eigenverbrauch». Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 311

5. *Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 18. Februar 2015*

Die neue Sachüberschrift zu Art. 25, Abs. 2, 3 und 4 lautet wie folgt: Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten sowie Einkaufszentren für die Bedürfnisse des internationalen Fremdenverkehrs. Die neuen Abs. 3 und 4 von Art. 25 lauten wie folgt: Auf Einkaufszentren, die den Bedürfnissen des internationalen Fremdenverkehrs dienen, sind während des ganzen Jahres Art. 4 Abs. 2 für den ganzen Sonntag und Art. 12 Abs. 1 anwendbar (Abs. 3). Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) legt auf Antrag der Kantone die Einkaufszentren nach Abs. 3 fest. Dabei müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: (a.) Das Warenangebot des Einkaufszentrums ist auf den internationalen Fremdenverkehr ausgerichtet und umfasst in einer Mehrheit der sich im Einkaufszentrum befindenden Geschäfte überwiegend Luxusartikel insbesondere in den Bereichen Kleider und Schuhe, Accessoires, Uhren und Schmuck sowie Parfum. (b.) Der im Einkaufszentrum gesamthaft erwirtschaftete Umsatz sowie der Umsatz der Mehrheit der sich im Einkaufszentrum befindenden Geschäfte werden zu einem wesentlichen Teil mit internationaler Kundschaft erwirtschaftet. (c.) Das Einkaufszentrum befindet sich: (1.) in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Abs. 2; oder (2.) in einer Entfernung von höchstens 15 Kilometern zur Schweizer Grenze und in der unmittelbaren Nähe eines Autobahnanschlusses oder Bahnhofs. (d.) Die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen erhalten für die Sonntagsarbeit Kompensationen, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen (Abs. 4). Die Änderung ist am 1. April 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 669

6. *Verordnung des BSV über den Pilotversuch «Pforte Arbeitsmarkt». Änderung vom 26. Februar 2015*

Der Pilotversuch «Pforte Arbeitsmarkt» untersucht und beurteilt die Auswirkungen der Einrichtung einer gemeinsamen Kompetenzstelle der Arbeitslosenversicherung, der Invalidenversicherung und der Sozialhilfe im Bereich der Eingliederung von versicherten Personen (Art. 1). Die «Pforte Arbeitsmarkt» übernimmt die Aufgaben der IV-Stellen in den Bereichen Früherfassung und Wiedereingliederung nach Art. 57 Abs. 1 Bst. a–e IVG und Art. 41 Abs. 1 Bst. a, b und e–g IVV (Art. 3 Abs. 1). Der Pilotversuch dauert vom 1. April 2012 bis zum 31. März 2015 (Art. 7). Gemäss der Änderung wird die Dauer des Pilotversuchs bis zum 31. März 2019 verlängert (Art. 7 Abs. 2 neu). Die Änderung ist am 1. April 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 785

7. *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 13. März 2015*

Die derzeit geltende Fassung von Art. 18 (Aufenthalte zur Stellensuche) Abs. 2, nämlich: «Sie [= EU- und EFTA-Angehörige] erhalten für eine länger dauernde Stellensuche eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA mit einer Gültigkeitsdauer von drei Monaten im Kalenderjahr» erhält folgende neue Fassung: «Sie [= EU- und EFTA-Angehörige] erhalten für eine länger dauernde Stellensuche eine Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA mit einer Gültigkeitsdauer von drei Monaten im Kalenderjahr, sofern sie über die für den Unterhalt notwendigen finanziellen Mittel verfügen.» Die Änderung ist am 1. April 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 849

8. *Verordnung des EFD über den Abzug von Berufskosten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundesteuer (Berufskostenverordnung). Änderung vom 6. März 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 5 Abs. 1 können die notwendigen Kosten für Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsstätte bis zum Maximalbetrag von 3000 Franken geltend gemacht werden (Art. 26 Abs. 1 Bst. a DBG). Gemäss Abs. 2 sind als Kosten abziehbar: (a.) die notwendigen Auslagen für die Benützung öffentlicher Verkehrsmittel; oder (b.) die notwendigen Kosten pro gefahrene Kilometer für die Benützung eines privaten Fahrzeugs, sofern kein öffentliches Verkehrsmittel zur Verfügung steht oder dessen Benützung objektiv nicht zumutbar ist. Das geltende Recht kennt keinen Maximalbetrag von 3000 Franken. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 861

9. *Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen). Änderung vom 6. März 2015*

Gemäss dem neuen Art. 30a sind auf Anbieter von Postdiensten und die bei ihnen für die Verarbeitung von Postsendungen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Art. 4 [Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit] für die ganze Nacht und den ganzen Sonntag sowie Art. 13 [Ersatzruhetag für Feiertagsarbeit] anwendbar. Dies gilt nur, soweit im Durchschnitt des Kalenderjahres die Mehrheit der Postsendungen, die nachts und sonntags verarbeitet werden, einem Angebot der Grundversorgung im Sinne von Art. 29 der Postverordnung vom

29. August 2012 entspricht (Abs. 1). Abs. 1 ist nicht anwendbar auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die Dienstleistungen am Schalter erbringen oder die Auskünfte gegenüber Kunden erteilen (Abs. 2). Anbieter von Postdiensten sind Betriebe, die gewerbsmässig Postsendungen annehmen, abholen, sortieren, transportieren und zustellen und für diese Dienstleistungen die Verantwortung gegenüber den Kunden tragen, ohne aber alle diese Dienstleistungen selbst erbringen zu müssen (Abs. 3). Die Änderung ist am 1. Juli 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 977

10. Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3). Änderung vom 1. April 2015

Die Änderungen betreffen: Art. 2 Abs. 1 lit. b (der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass die Gesundheit nicht durch physikalische, chemische und biologische Einflüsse beeinträchtigt wird); Art. 3 Abs. 2 und 3 (besondere Pflichten des Arbeitgebers bei Änderung von Bauten, Gebäudeteilen, Arbeitsmitteln oder Arbeitsverfahren); Art. 4 (fachtechnisches Gutachten, das der Arbeitgeber auf Verlangen der Behörde beizubringen hat, wenn Zweifel bestehen, ob die Anforderungen des Gesundheitsschutzes erfüllt sind); Art. 5 Abs. 1 und 2 (Information und Anleitung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber); Art. 6 (Anhörung der Arbeitnehmer); Art. 7 Abs. 2^{bis} und 4 (Zuständigkeiten für die Gesundheitsvorsorge; gemäss dem neuen Abs. 2^{bis} entbindet die Übertragung von Aufgaben der Gesundheitsvorsorge an einen Arbeitnehmer den Arbeitgeber nicht von seinen Verpflichtungen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes); Art. 8 Abs. 2 (Zusammenwirken mehrerer Betriebe); Art. 10 Abs. 2 (Beseitigung bzw. Meldung von Mängeln durch den Arbeitnehmer); 2. Abschnitt (Beleuchtung, Raumklima, Lärm und Vibrationen); 8. Abschnitt (Instandhaltung und Reinigung). Die Änderung ist am 1. Oktober 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1079

11. Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz (ArGV 4) (Industrielle Betriebe, Plan- genehmigung und Betriebsbewilligung). Änderung vom 1. April 2015

Gemäss dem geänderten Art. 7 müssen Treppenanlagen direkt ins Freie führende Ausgänge aufweisen, wobei bei Geschossflächen von höchstens 900 Quadratmeter (derzeit: höchstens 600 Quadratmeter) mindestens eine Treppenanlage oder ein direkt ins Freie führender Ausgang als Fluchtweg zur Verfügung stehen muss; bei Geschossflächen von mehr als 900 Quadratmeter müssen mindestens zwei Treppenanlagen als Fluchtweg zur Verfügung stehen (derzeit: drei Treppenanlagen bei mehr als 1800 Quadratmeter). Die Änderung ist am 1. Mai 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1085

12. *Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung. Änderung vom 20. März 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 11 gelten für den Einsatz von Lernenden in der beruflichen Grundbildung Gleisbauerin EFZ/Gleisbauer EFZ (Berufsfeld Verkehrswegbau) geänderte Bestimmungen zur Nachtarbeit. Zudem regelt der neue Art. 11b die Nachtarbeit für Lernende in der beruflichen Grundbildung Fachfrau öffentlicher Verkehr EFZ/Fachmann öffentlicher Verkehr EFZ sowie Kauffrau EFZ/Kaufmann EFZ (Basis-Grundbildung und erweiterte Grundbildung) in der Ausbildungs- und Prüfungsbranche öffentlicher Verkehr mit den Einsatzgebieten Beratung und Verkauf. Die Änderung ist am 1. Mai 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1087

13. *Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1). Änderung vom 11. Februar 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 4 Abs. 1 lit. h gilt die Verordnung nicht für die Führer und Führerinnen von Fahrzeugen mit einem Gesamtgewicht bis 7,5 Tonnen und Fahrzeugkombinationen mit einem Gesamtzugsge-
wicht bis 7,5 Tonnen, die nicht für gewerbliche Sachtransporte eingesetzt werden oder innerhalb eines Umkreises von 100 Kilometer um den Standort des Unternehmens zum Transport von Material oder Ausrüstung benutzt werden, die der Führer oder die Führerin zur Berufsausübung verwendet, sofern das Führen des Fahrzeugs im Durchschnitt einer Woche höchstens die Hälfte der Arbeitszeit in Anspruch nimmt. Gemäss dem geänderten Art. 14b Abs. 1 hat der Führer oder die Führerin das Land des Beginns und des Endes der beruflichen Tätigkeit in den Fahrtsschreiber einzugeben. Diese Eingabe ist nicht erforderlich, wenn der Fahrtsschreiber mit einem Positionsbestimmungsdienst auf der Basis eines Satellitennavigationssystems verbunden ist und diese Angaben automatisch aufzeichnet. Gemäss dem geänderten Art. 19 Abs. 1 darf für Lernende in der beruflichen Grundbildung Strassentransportfachmann/Strassentransportfachfrau EFZ bis zum vollendeten 18. Altersjahr die Arbeitszeit neun Stunden je Tag nicht übersteigen. Die Änderung ist am 1. Mai 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1089

14. *Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 1. April 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 1 Abs. 1 gelten die Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Arbeitssicherheit) für alle Betriebe, die in der Schweiz Arbeitnehmer beschäftigen. Das geltende Recht kennt die Begriffe «Berufsunfälle» und «Berufskrankhei-

ten» nicht. Ferner werden folgende Art. geändert: Art. 3 (Schutzmassnahmen und Schutzeinrichtungen); Art. 5 (persönliche Schutzausrüstungen); Art. 6 Abs. 1 (Information und Anleitung der Arbeitnehmer); Art. 6a (Anhörung der Arbeitnehmer); Art. 7 Abs. 2 (Vorkehren bei Arbeiten mit besonderen Gefahren); Art. 10 erhält als neue Sachüberschrift «Personalverleih» anstelle von «Temporärarbeit». Ferner werden geändert: Art. 11 Abs. 1 und 3 (Pflichten des Arbeitnehmers); Art. 33 (Lüftung); Art. 34 (Lärm und Vibrationen); Art. 35 Abs. 1 (Beleuchtung); Art. 37 Abs. 1 (Instandhaltung und Abfallbeseitigung); Art. 38 (Arbeitskleidung und persönliche Schutzausrüstungen); Art. 41 Abs. 2 und 2^{bis} (Transport und Lagerung; gemäss dem neuen Abs. 2^{bis} muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmer darüber informieren, welche Gefahren bei der Handhabung schwerer und unhandlicher Lasten bestehen, und sie anleiten, wie solche Lasten richtig gehoben, getragen und bewegt werden können); Art. 48 Abs. 2 (eidgenössische Durchführungsorgane des ArG); Art. 49 Abs. 1 Ziff. 6, 10, 11, 16–18, 25, 26 (Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, Verhütung von Berufsunfällen) sowie Art. 69 Abs. 1 und 2 (Ausnahmebewilligungen). Die Änderung ist am 1. Oktober 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1091

15. Verordnung über die Sicherheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck vom 15. April 2015

Die Verordnung legt die Massnahmen fest, die für die Sicherheit der Arbeitnehmer bei Arbeiten im Überdruck getroffen werden müssen. Als Arbeiten im Überdruck gelten: Bauarbeiten in Druckluft, die in einer geschlossenen Umgebung stattfinden und bei denen nicht getaucht werden muss; Taucherarbeiten, wenn sich der Taucher, ausgerüstet mit einer Taucherausrüstung, unter der Wasseroberfläche befindet (Art. 1). Arbeiten im Überdruck dürfen nur von Personen ausgeführt werden, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben, aufgrund ihrer körperlichen und geistigen Verfassung in der Lage sind, die ihnen übertragenen Aufgaben zuverlässig und sicher auszuführen, sich am Arbeitsplatz verständigen und mit den vorhandenen Kommunikationsmitteln umgehen können sowie für die Arbeiten im Überdruck ausgebildet sind (Art. 16 Abs. 1). Der Arbeitgeber sorgt dafür, dass die Arbeitnehmer für die Arbeiten im Überdruck ausgebildet sind. Die Ausbildung muss auf Arbeiten im Überdruck ausgerichtet sein und umfasst mindestens folgende Themen: Einflüsse der Arbeiten im Überdruck auf den menschlichen Körper und deren Folgen für die Gesundheit; besondere Gefahren der vorgesehenen Arbeiten und adäquater Umgang mit diesen Gefahren; rechtliche Grundlagen im Bereich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz (Art. 17 Abs. 1). Die Verordnung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten, mit Ausnahme von Art. 50 Abs. 2 (Sprechverbindung zwischen Taucher und Signalmann), der am 1. Januar 2018 in Kraft tritt. AS 2015, 1187

16. *Verordnung des EDI über Umfang und Akkreditierung der Weiterbildungsgänge der Psychologieberufe (AkkredV-PsyG). Änderung vom 22. April 2015*

Gemäss den neuen Bst. c und d von Art. 2 Abs. 1 sind der Umfang der Weiterbildung und die Qualitätsstandards für die Akkreditierung für das Fachgebiet der Gesundheitspsychologie in Anhang 3 und für das Fachgebiet der Neuropsychologie in Anhang 4 geregelt. Die Verordnung enthält somit neu die Anhänge 3 und 4. Die Änderung ist am 1. Juni 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1267

17. *Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse vom 11. Mai 2015*

Die Verordnung enthält die Verzeichnisse der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse der beruflichen Grundbildung, der höheren Berufsbildung und der Berufsbildungsverantwortlichen mit den zugehörigen Titeln beziehungsweise Diplomen (Art. 1). Die Verordnung ist am 1. Juni 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1297

18. *Verordnung über die obligatorische berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen. Änderung vom 27. Mai 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 8 Abs. 1 beträgt der Beitragssatz für die Risiken Tod und Invalidität 1,5% (bisher 2,5%) des koordinierten Tageslohnes. Die Änderung ist am 1. Juli 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 1663

19. *Verordnung der Bundesversammlung über Entschädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom 19. Juni 2015*

Gemäss der Verordnung werden die nachstehenden Erlasse geändert: (1.) Richterverordnung vom 13. Dezember 2002: Gemäss dem neuen Art. 15a Abs. 1 kann die Verwaltungskommission beziehungsweise die Gerichtsleitung einem Richter oder einer Richterin bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung im Umfang von höchstens einem Jahreslohn zusprechen, wenn der Einzelfall dies rechtfertigt. Sie berücksichtigt dabei insbesondere das Alter, die berufliche und persönliche Situation, die Dauer der Amtstätigkeit der betreffenden Person und die Umstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses. (2.) Verordnung der Bundesversammlung vom 1. Oktober 2010 über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen: Art. 14a Abs. 1 enthält eine der Richterverordnung entsprechende Regelung. Die Verordnung ist am 1. Juli 2015 in Kraft getreten. Sie gilt erstmals für die Wahlen ab 2015. AS 2015, 2057

20. *Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 12. Juni 2015*

Gemäss dem neuen Bst. e von Art. 1 Abs. 1 regelt diese Verordnung (neu auch) die Arbeitsverhältnisse des Personals der Parlamentsdienste. Art. 10b (neu) behandelt den Gesundheitsschutz und die Arbeitszeiten bei Einsätzen im Rahmen von festen Dienstplänen. Gemäss dem neuen Bst. e von Art. 22 Abs. 2 sind von der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung (neu auch) Stellen ausgenommen, die von Angestellten besetzt werden, welche von Umstrukturierungen oder Reorganisationen betroffen sind. Art. 24 (Anstellungsvoraussetzungen) erhält einen neuen Abs. 3, Art. 31a (Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall) wird geändert, Art. 51a (ergänzende Leistungen zur Familienzulage) erhält einen neuen Abs. 2^{bis}, geändert wird u.a. auch Art. 58 Abs. 1 (Anrechnung von Leistungen der Sozialversicherungen auf den Lohn). Art. 67a (neu) regelt die Ferienkürzung bei Abwesenheit. Die Änderung ist am 1. August 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2243

21. *Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV). Änderung vom 12. Juni 2015*

Die Verordnung wird geändert in Art. 10 (Lohnauszahlung), Art. 11 (Ortszuschlag als Lohnzulage), Art. 15 (Zulage für unregelmässige Einsätze), Art. 19 (Stundenlohn und Zuschläge auf dem Stundenlohn), Art. 41 (Spesen), Art. 43 (Vergütung von Mahlzeiten), Art. 48 (Vergütung der Mehrkosten bei Dienstreisen ins Ausland und Teilnahme an internationalen Konferenzen), Art. 52 (Treueprämie) und Art. 62 (Meldepflicht betreffend anderweitige Renten oder Erwerbseinkommen). Die Änderung ist am 1. August 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2249

22. *Verordnung des WBF über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung). Änderung vom 23. Juni 2015*

Art. 12 Abs. 3 (Arbeiten unter Einwirkung von ionisierender und nichtionisierender Strahlung) erhält einen neuen Anhang 1. In Art. 13 (Einwirkung von chemischen Gefahrstoffen) wird Abs. 2 Bst. a geändert. Die Abs. 3 und 4 erhalten den neuen Anhang 2. Die Änderung ist am 1. Juli 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2299

23. *Personalverordnung des Bundesgerichts (PVBger). Änderung vom 29. Juni 2015*

Gemäss Art. 9 (Beurteilungsstufen) bedeutet «Genügend» derzeit «Entspricht den Anforderungen». Gemäss dem geänderten Art. 9 bedeutet «Genügend» «Entspricht den Anforderungen weitgehend». Nach dem neuen Abs. 3 von Art. 77 müssen Angestellte, die voraussichtlich nicht mehr in der Verwaltungseinheit weiterbeschäftigt werden können, spätestens

sechs Monate vor einer allfälligen Kündigung darüber informiert werden. Nach dem neuen Abs. 2^{bis} von Art. 78 (Leistungen bei vorzeitiger Pensionierung im Rahmen von Umstrukturierungen und Reorganisationen) erhält die angestellte Person, die in diesem Zeitpunkt mindestens 63 Jahre alt ist, neben ihrer reglementarischen Altersrente die vom Arbeitgeber vollständig finanzierte Überbrückungsrente. Gemäss dem neuen Art. 78a (Leistungen bei einvernehmlicher Auflösung des Arbeitsverhältnisses) kann der Arbeitgeber der angestellten Person, die das 60. Altersjahr vollendet hat, die Leistungen nach Art. 78 auch dann erbringen, wenn das Arbeitsverhältnis aus betrieblichen oder personalpolitischen Gründen einvernehmlich aufgelöst wird (lit. a). Die Änderung ist am 1. August 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2339

24. *Verordnung über die Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung). Änderung vom 1. Juli 2015*

Gemäss dem neuen lit. j von Art. 1 gilt der sachliche Geltungsbereich der Verordnung neu auch für die Schweizerische Post und die von ihr beherrschten Unternehmen. Die Änderung ist am 1. August 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2341

25. *Verordnung des WBF zur Bezeichnung der Einkaufszentren für die Bedürfnisse des internationalen Fremdenverkehrs gemäss Art. 25 Abs. 4 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz vom 13. Juli 2015*

Gemäss Art. 1 gilt das Einkaufszentrum Foxtown Factory Stores in Mendrisio als Einkaufszentrum, das den Bedürfnissen des internationalen Fremdenverkehrs gemäss Art. 25 Abs. 4 ArGV 2 dient. Die Verordnung ist am 1. August 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2403

26. *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 12. August 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 85 (Zustimmungspflichtige Bewilligungen und Vorentscheide) ist das Staatssekretariat für Migration (SEM) zuständig für die Zustimmung zur Erteilung und Erneuerung der Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligung, zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung sowie zu den Vorentscheiden der kantonalen Arbeitsmarktbehörden (Art. 83). Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement legt in einer Verordnung fest, in welchen Fällen die Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung sowie die Vorentscheide der kantonalen Arbeitsmarktbehörden dem Zustimmungsverfahren unterliegen. Gemäss dem geltenden Recht sind vor der Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung

(Art. 32 AuG) oder einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 33 AuG) mit Erwerbstätigkeit die arbeitsmarktlichen Vorentscheide (Art. 83) dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten. Die Änderung ist am 1. September 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2739

27. *Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide vom 13. August 2015*

Gemäss Art. 1 (Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit) sind dem Staatssekretariat für Migration (SEM) arbeitsmarktliche Vorentscheide in Bezug auf Staatsangehörige von Nichtmitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) oder der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) zur Zustimmung zu unterbreiten, wenn sie sich auf folgende Fälle beziehen: (a.) die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 19 Abs. 1 VZAE [Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen], (b.) die Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 19 Abs. 4 lit. a VZAE [Aufenthalt längstens vier Monate innerhalb von zwölf Monaten] sowie (c.) die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 20 Abs. 1 VZAE [Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen]. Art. 2 regelt den Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit von Staatsangehörigen von Nichtmitgliedstaaten der EU oder der EFTA, Art. 3 die Erteilung von Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen in speziellen Fällen, Art. 4 die Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen in speziellen Fällen, Art. 5 Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen und Art. 6 den Familiennachzug von Staatsangehörigen von Nichtmitgliedstaaten der EU oder der EFTA. Die Verordnung ist am 1. September 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 2741

28. *Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 11. September 2015*

Gemäss dem geänderten Art. 39 Abs. 2–4 wird bei Leistungen der Beurteilungsstufe 4 der Lohn jährlich um 2,5–3% (bisher: 4–5%) erhöht, bis der Höchstbetrag der Lohnklasse erreicht ist. Bei Leistungen der Beurteilungsstufe 3 wird der Lohn jährlich um 1–2% (bisher: 2,5–3,5%) erhöht, bis der Höchstbetrag der Lohnklasse erreicht ist. Bei Leistungen der Beurteilungsstufe 2 kann der Lohn jährlich um höchstens 0,5% (bisher: 1%) erhöht werden, bis der Höchstbetrag der Lohnklasse erreicht ist. Gemäss dem geänderten Art. 49b Abs. 1 dürfen die Leistungs- und die Spontanprämien zusammen pro Kalenderjahr 10% (bisher: 15%) des Höchstbetrags der Lohnklasse nach Arbeitsvertrag nicht überschreiten. Gemäss dem geänderten Art. 73 Abs. 1 und 2 Bst. a wird nach zehn Anstellungsjahren (bisher: nach fünf Anstellungsjahren) und jeweils nach fünf weiteren Anstellungsjahren bis zur Vollendung des 45. Anstellungsjahres eine Treueprämie ausgerichtet. Die Änderung ist mit Ausnahme von Art. 39 Abs. 2–4, der

bereits am 1. Oktober 2015 in Kraft getreten ist, am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 3155

29. *Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV). Änderung vom 25. September 2015*

Als besondere Leistungen im öffentlichen Interesse gelten u.a. Massnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann sowie der Bildung und berufsorientierten Weiterbildung von Menschen mit Behinderungen (Art. 55 Abs. 1 lit. a BBG) oder etwa Massnahmen zur Verbesserung der Verständigung und des Austausches zwischen den Sprachgemeinschaften (Art. 55 Abs. 1 lit. d BBG). Die Bundesbeiträge für besondere Leistungen im öffentlichen Interesse nach Art. 55 BBG decken höchstens 60% des Aufwandes (Art. 64 Abs. 1 BBV). Gemäss dem neuen Abs. 1^{bis} von Art. 64 BBV gelten als besondere Leistungen im öffentlichen Interesse (neu) auch Massnahmen und Vorhaben der internationalen Berufsbildungszusammenarbeit, die zur Stärkung des schweizerischen Berufsbildungssystems beitragen. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 3807

30. *Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV). Änderung vom 21. Oktober 2015*

Die Verordnung regelt die Bearbeitung der Personendaten von Bewerbern, Angestellten und ehemaligen Angestellten der Bundesverwaltung. Gemäss Art. 9 besteht das Personalinformationssystem der Bundesverwaltung (BV PLUS) aus den Komponenten, wie in Litera a. bis j. aufgelistet. Lit. h («Veranstaltungsmanagement für die Verwaltung von Veranstaltungen und Kursen») wird ersetzt durch: «Learningmanagement für die Verwaltung und die Unterstützung von Veranstaltungen und Kursen, einschliesslich Online-Kursen». Anhang 1 erhält die neue Fassung gemäss Beilage. Die Änderung ist am 1. Dezember 2015 in Kraft getreten. AS 2015, 4095

31. *Personalverordnung des Bundesgerichts (PVBger). Änderung vom 19. Oktober 2015*

Art. 25 Abs. 2–5 werden wie folgt geändert: Bis zum Höchstbetrag der Lohnklasse 26 wird der Lohn jährlich wie folgt erhöht: 0,5% bei genügenden Leistungen (derzeit: 1%), 2,5% bei guten Leistungen (derzeit: 3,5%), 4% bei sehr guten Leistungen (derzeit: 5%). Über dem Höchstbetrag der Lohnklasse 26 wird der Lohn jährlich bis zum Höchstbetrag der Lohnklasse 29 wie folgt erhöht: 1,5% bei guten Leistungen (derzeit: 2,5%), 3% bei sehr guten Leistungen (derzeit: 3,5%). Über dem Höchstbetrag der Lohnklasse 29 wird der Lohn jährlich bis zum Höchstbetrag der Lohnklasse 31 wie folgt erhöht: 1% bei guten Leistungen (derzeit: 1,5%), 2% bei sehr guten Leistungen (derzeit: 2,5%). Über dem Höchstbetrag der Lohn-

klasse 31 wird der Lohn jährlich wie folgt erhöht: 0,5% bei guten Leistungen (derzeit: 1%), 1% bei sehr guten Leistungen (derzeit: 2%). Gemäss dem geänderten Art. 46 Abs. 1 und 2 kann nach Vollendung des zehnten Anstellungsjahres sowie nach je fünf weiteren Anstellungsjahren eine Treueprämie ausgerichtet werden (derzeit: nach Vollendung des fünften Anstellungsjahres sowie nach je fünf weiteren Anstellungsjahren). Die Änderung ist wie folgt in Kraft getreten: Art. 25 am 1. Dezember 2015 und Art. 46 am 1. Januar 2016. AS 2015, 4105

32. *Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 28. Oktober 2015*

Art. 12 Bst. h wird wie folgt geändert: Das Altersguthaben wird verzinst: für den Zeitraum vom 1. Januar 2014 bis zum 31. Dezember 2015: mindestens mit 1,75%. Art. 12 Bst. i (neu) lautet wie folgt: Das Altersguthaben wird verzinst: für den Zeitraum ab 1. Januar 2016: mindestens mit 1,25%. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 4435

33. *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 11. November 2015*

Die Anhänge 1 und 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit erhalten die neuen Fassungen gemäss Beilage. Gemäss dem neuen Anhang 1 werden für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2016 die Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen für Personen nach Art. 19 (Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen) insgesamt auf 4000 festgesetzt (unverändert zu 2015). Die Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen für Personen nach Art. 19a (Höchstzahlen für Kurzaufenthaltsbewilligungen für das Erbringen von Dienstleistungen im Rahmen des FZA oder des EFTA-Übereinkommens) werden für den gleichen Zeitraum insgesamt auf 2000 festgesetzt (unverändert zu 2015). Gemäss dem neuen Anhang 2 werden für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2016 die Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen für Personen nach Art. 20 (Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen) insgesamt auf 2500 festgesetzt (unverändert zu 2015). Die Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen für Personen nach Art. 20a (Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen für Staatsangehörige aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA [Dienstleistungserbringer]) werden für den gleichen Zeitraum insgesamt auf 250 festgesetzt (unverändert zu 2015). Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 4737

34. *Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1). Änderung vom 4. November 2015*

Gemäss dem neuen Art. 73a Abs. 1 (Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung) können die Sozialpartner in einem Gesamtarbeitsvertrag vorsehen, dass in den Verzeichnissen und Unterlagen die Angaben nach Art. 73 Abs. 1 lit. c–e und h nicht enthalten sein müssen, sofern die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen: (a.) bei ihrer Arbeit über eine grosse Autonomie verfügen und ihre Arbeitszeiten mehrheitlich selber festsetzen können; (b.) über ein Bruttojahreseinkommen, einschliesslich Boni, von mehr als 120 000 Franken verfügen, wobei sich dieser Betrag bei Teilzeitanstellung anteilmässig reduziert; und (c.) schriftlich individuell vereinbart haben, dass sie auf die Arbeitszeiterfassung verzichten. Gemäss dem neuen Art. 73b Abs. 1 (vereinfachte Arbeitszeiterfassung) kann die Arbeitnehmervertretung einer Branche oder eines Betriebs oder, wo eine solche nicht besteht, die Mehrheit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen eines Betriebs mit dem Arbeitgeber vereinbaren, dass für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können, einzig die geleistete tägliche Arbeitszeit erfasst werden muss. Bei Nacht- und Sonntagsarbeit sind zusätzlich Anfang und Ende dieser Arbeitseinsätze zu dokumentieren. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 4809

35. *Verordnung zum Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatverordnung, V-GSG). Änderung vom 11. November 2015*

Gemäss den neuen Absätzen 4–6 von Art. 21 geniesst die in offizieller Eigenschaft tätige Person, die eine Nebenerwerbstätigkeit ausübt, für diese Tätigkeit keinerlei Vorrechte oder Immunitäten. Insbesondere geniesst sie im Falle einer Klage in Bezug auf die Nebenerwerbstätigkeit nicht die Immunität von der Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie von der Urteilstvollstreckung (Abs. 4). Sie ist hinsichtlich ihrer Nebenerwerbstätigkeit dem Schweizer Recht unterstellt; insbesondere unterliegt sie, sofern nicht ein Sozialversicherungsabkommen etwas anderes bestimmt, hinsichtlich ihrer Nebenerwerbstätigkeit der Schweizer Gesetzgebung: (a.) zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung; (b.) zur Unfallversicherung; (c.) zum Erwerbsersatz; (d.) zu den Familienzulagen; (e.) zur Arbeitslosenversicherung; sowie (f.) zur Mutterschaftsversicherung (Abs. 5). Das Einkommen aus der Nebenerwerbstätigkeit ist in der Schweiz zu versteuern, sofern nicht ein bilaterales Doppelbesteuerungsabkommen etwas anderes vorsieht (Abs. 6). Ebenso unterstehen gemäss Art. 22 Abs. 4–7 (geändert bzw. neu) Personen, die zur Begleitung der hauptberechtigten Person berechtigt sind und die in der Schweiz einer Er-

werbstätigkeit nachgehen, dafür dem Schweizer Recht. Sie geniessen insbesondere keinerlei Vorrechte oder Immunitäten im Rahmen dieser Tätigkeit und sie unterliegen ebenfalls, sofern nicht ein Sozialversicherungsabkommen etwas anderes bestimmt, in den oben genannten Bereichen der Schweizer Gesetzgebung. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 5063

36. *Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 10. Dezember 2015*

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 die neue Fassung gemäss Beilage. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 5579

37. *Verordnung des EDI über Umfang und Akkreditierung der Weiterbildungsgänge der Psychologieberufe (AkkredV-PsyG). Änderung vom 18. November 2015*

Gemäss dem neuen Bst. e von Art. 2 Abs. 1 werden für das Fachgebiet der klinischen Psychologie der Umfang der Weiterbildung sowie die Qualitätsstandards für die Akkreditierung in Anhang 5 geregelt. Die Verordnung enthält neu den Anhang 5 gemäss Beilage. Die Änderung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. AS 2015, 5827

38. *Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung*

Mikrozeichnerin/Mikrozeichner EFZ; Goldschmiedin/Goldschmied EFZ (Änderung); Uhrmacherin Produktion/Uhrmacher Produktion EFZ; Uhrmacherin/Uhrmacher EFZ; Mechanikpraktikerin/Mechanikpraktiker EBA (Änderung); Uhrenarbeiterin/Uhrenarbeiter EBA; Elektroinstallateurin/Elektroinstallateur EFZ; Elektroplanerin/Elektroplaner EFZ; Montage-Elektrikerin/Montage-Elektriker EFZ; Telematikerin/Telematiker EFZ; Forstwartin/Forstwart EFZ (Änderung); Forstpraktikerin/Forstpraktiker EBA (Änderung); Chemie- und Pharmatechnologin/Chemie- und Pharmatechnologe EFZ (Änderung); Bootbauerin/Bootbauer EFZ; Bootfachwartin/Bootfachwart EFZ; Fachfrau/Fachmann Hauswirtschaft EFZ; Hauswirtschaftspraktikerin/Hauswirtschaftspraktiker EBA; Hörsystemakustikerin/Hörsystemakustiker EFZ; Industrielackiererin/Industrielackierer EFZ; Konstrukteurin/Konstrukteur EFZ (Änderung); Produktionsmechanikerin/Produktionsmechaniker EFZ (Änderung); Mechanikpraktikerin/Mechanikpraktiker EBA (Änderung); Logistikerin/Logistiker EBA; Logistikerin/Logistiker EFZ; Polymechanikerin/Polymechaniker EFZ (Änderung);

Elektronikerin/Elektroniker EFZ (Änderung); Automatikerin/Automatiker EFZ (Änderung); Automatikmonteurin/Automatikmonteur EFZ (Änderung). AS 2015, 185, 551, 555, 557, 617, 851, 1407, 1409, 1411, 1413, 2445, 2447, 2523, 3161, 3163, 3917, 3919, 3921, 4745, 4911, 4913, 5069, 5567, 5569, 5571, 5573, 5575, 5577

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. *Bundesgesetz über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, MedBG). Änderung vom 20. März 2015*

In den Art. 37 und 43–45 wird der Ausdruck «selbstständige (Berufs-)Ausübung» durch «privatwirtschaftliche Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung» ersetzt. Gemäss dem neuen Art. 33a (Registrierungs-, Sprach- und Diplomerfordernis) muss, wer einen universitären Medizinalberuf ausübt, im Register nach Art. 51 eingetragen sein sowie über die notwendigen Sprachkenntnisse für die jeweilige Berufsausübung verfügen. Wer einen universitären Medizinalberuf im öffentlichen Dienst oder privatwirtschaftlich unter fachlicher Aufsicht ausüben möchte und weder ein eidgenössisches noch ein nach diesem Gesetz anerkanntes ausländisches Diplom besitzt, muss ein Diplom haben, das im Ausstellungsstaat zur Ausübung des universitären Medizinalberufs im Sinne dieses Gesetzes unter fachlicher Aufsicht berechtigt, sowie bei der Medizinalberufekommission ein Gesuch um Eintragung ins Register stellen. Der Arbeitgeber ist zuständig für die Prüfung, ob eine universitäre Medizinalperson, die im öffentlichen Dienst oder privatwirtschaftlich unter fachlicher Aufsicht tätig ist, im Register nach Art. 51 eingetragen ist und über die notwendigen Sprachkenntnisse für die jeweilige Berufsausübung verfügt. Gemäss dem neuen Art. 58 Bst. c wird mit Busse bestraft, wer eine Medizinalperson beschäftigt, die den Medizinalberuf ausübt, ohne im Register eingetragen zu sein. Das Gesetz sieht des Weiteren Änderungen bzw. Ergänzungen der Art. 4, 5, 7–10, 12, 13, 15, 17, 19, 21, 27, 29, 31–36, 38, 40, 41, 50–55, 58, 66 und 67 vor. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 9. Juli 2015. BBl 2015, 2711

2. *Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG). Änderung vom 18. Dezember 2015*

Gemäss dem neuen Art. 19a (Ansprüche bei Wahl der Anlagestrategie durch die versicherte Person) können Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich Lohnanteile über dem anderthalbfachen oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG versichern und unterschiedliche Anlagestrategien anbieten, vorsehen, dass den austretenden Versicherten in Abweichung von den Art. 15 und 17 der effektive Wert des Vorsorgeguthabens im Zeitpunkt des Austritts mitgegeben wird. In diesem Fall müssen sie mindestens eine Strategie mit risikoarmen Anlagen anbieten. Der Bundesrat umschreibt die risikoarmen Anlagen näher (Abs. 1). Die Vorsorgeeinrichtung muss die versicherte Person bei der Wahl einer Anlagestrategie über die verschiedenen Anlagestrategien und die damit verbundenen Risiken und Kosten informieren. Die versicherte Person muss schriftlich bestätigen, dass sie diese Informationen erhalten hat (Abs. 2). Die Austrittsleistung wird ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit nicht verzinst (Abs. 3). Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 9571

3. *Botschaft zur Reform der Altersvorsorge 2020 vom 19. November 2014. Entwurf Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020. Entwurf Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer*

Wie es in der Botschaft heisst, macht der demografische Wandel vor allem der umlagefinanzierten Alters- und Hinterlassenenversicherung (1. Säule) zu schaffen, während die berufliche Vorsorge (2. Säule) als Sparversicherung in erster Linie unter der steigenden Lebenserwartung und den ungenügenden Anlagerenditen leidet. Mit der Reform der Altersvorsorge 2020 soll diesen Herausforderungen begegnet werden. Heute gilt in der AHV und der beruflichen Vorsorge ein Rentenalter von 65 Jahren für Männer und von 64 Jahren für Frauen. Es bestehen nur eingeschränkte Möglichkeiten, Altersleistungen flexibel zu beziehen. Dieses starre System entspricht weder den Bedürfnissen der Versicherten noch den demografischen Rahmenbedingungen. Daher soll der Begriff «Rentenalter» durch «Referenzalter» ersetzt werden, was eine weitreichende Flexibilität nach oben und nach unten ermöglicht. Gemäss der Reform wird das «Referenzalter» in der AHV und in der beruflichen Vorsorge für Frauen und Männer auf 65 Jahre festgelegt. Es werden zudem verschiedene Möglichkeiten vorgeschlagen, um den Rückzug aus dem Erwerbsleben gemäss den eigenen Bedürfnissen zwischen 62 und 70 Jahren flexibel zu gestalten. So können Personen, die Anspruch auf eine ordentliche Altersrente haben, den Beginn des Bezugs der ganzen Rente oder eines Anteils zwischen 20% und 80% davon um mindestens ein Jahr, höchstens aber um fünf Jahre auf-

schieben. Die aufgeschobene Altersrente beziehungsweise der Anteil davon wird um den versicherungstechnischen Gegenwert der aufgeschobenen Leistungen erhöht (Art. 39). Personen, welche die Voraussetzungen für den Anspruch auf eine ordentliche Altersrente erfüllen, können ab dem vollendeten 62. Altersjahr die ganze Rente oder einen Anteil zwischen 20% und 80% davon vorbezogen (Art. 40). Die vorbezogene Altersrente wird um den versicherungstechnischen Gegenwert der vorbezogenen Leistung gekürzt (Art. 40c). In der beruflichen Vorsorge wird das Mindestrücktrittsalter auf 62 Jahre erhöht, wobei es in bestimmten Fällen weiterhin möglich sein soll, eine Rente schon vor 62 zu beziehen. Zudem wird in der beruflichen Vorsorge auf den Koordinationsabzug verzichtet. Somit wird der ganze Jahreslohn bis zum Betrag von Fr. 84 240.– versichert. Gegenwärtig ist in der beruflichen Vorsorge nur obligatorisch versichert, wer ein Einkommen von gut Fr. 21 000.– erzielt. Dieses Mindesteinkommen soll auf rund Fr. 14 000.– herabgesetzt werden. Damit werden rund 90% der Arbeitnehmer obligatorisch in der beruflichen Vorsorge versichert sein. Von Bedeutung ist diese Massnahme vor allem für Teilzeitbeschäftigte und für Personen mit mehreren Arbeitgebern, somit mehrheitlich für Frauen. Gekoppelt mit dem Verzicht auf den Koordinationsabzug und der Erhöhung des Referenzalters auf 65 Jahre werden sich die Altersrenten dieser Frauen wesentlich verbessern. Nach dem für die vorliegende Vorlage massgebenden Referenzszenario benötigt die AHV bis 2030 eine Zusatzfinanzierung von 8,3 Milliarden Franken. Mit den leistungs- und beitragsseitigen Massnahmen kann dieser Finanzierungsbedarf auf 7 Milliarden Franken gesenkt werden. Die zusätzlich benötigten Mittel sollen durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer gedeckt werden. Es ist eine gestaffelte Erhöhung der Mehrwertsteuer um insgesamt höchstens 1,5% vorgesehen. Die erste proportionale Erhöhung um 1% erfolgt bei Inkrafttreten der Reform. Von den verbleibenden 0,5% kann der Gesetzgeber Gebrauch machen, wenn es die finanzielle Lage der AHV erfordert. Das Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020 untersteht dem fakultativen Referendum. Es wird im Bundesblatt publiziert, wenn Volk und Stände den Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer annehmen. BBl 2015, I, 245, 285

4. *Botschaft zum Bundesgesetz über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens vom 28. November 2014. Entwurf Bundesgesetz über die Revision der Quellenbesteuerung des Erwerbseinkommens*

Die Gesetzesvorlage 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 (Art. 89). Alle anderen Ansässigen können neu eine nachträgliche ordentliche Veranlagung beantragen (Art. 89a). Das gilt auch für Nichtansässige, welche die Voraussetzungen zur Quasiansässigkeit erfüllen (Art. 91 und 99a). Wer in der Schweiz ohne Niederlassungsbewilligung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachgeht, ist dem Quellensteuerverfahren unterstellt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat diese Besteuerungsmethode jahrzehntelang als sachlich vertretbar und grundsätzlich mit dem Rechtsgleichheitsgebot vereinbar angesehen. Mit Urteil vom 26. Januar 2010 überprüfte das Bundesgericht erstmals die schweizerische Quellensteuerordnung auf ihre Kompatibilität mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen, das die Schweiz am 21. Juni 1999 mit der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen hatte. Gemäss Bundesgericht liegt eine unzulässige Diskriminierung vor, wenn Nichtansässige anders behandelt werden als Ansässige, sofern sich diese in einer vergleichbaren Situation befinden. Eine solche sei nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs immer dann anzunehmen, wenn Nichtansässige in ihrem Wohnsitzstaat keine nennenswerten Einkünfte erzielen und ihr zu versteuerndes Einkommen im Wesentlichen aus einer Tätigkeit beziehen, die sie im Arbeitsortstaat ausüben. Mache dieser Anteil mehr als 90% der weltweiten Einkünfte aus, so sei die nichtansässige Person als Quasiansässige zu behandeln. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 657, 701

5. *Botschaft zum Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten vom 28. November 2014. Entwurf Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG)*

Das Ladenöffnungsgesetz soll für den gesamten Schweizer Detailhandel einen gemeinsamen Mindeststandard für die Ladenöffnungszeiten festsetzen. Am 15. Juni 2012 wurde die Motion 12.3637 «Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten» eingereicht. Diese verlangt auf nationaler Ebene einen Mindeststandard für die Ladenöffnungszeiten von Montag bis Samstag. Der Gesetzesentwurf zu den Ladenöffnungszeiten erfüllt die Motion. Die Detailhandelsbetriebe dürfen somit montags bis freitags von 6 bis 20 Uhr und am Samstag von 6 bis 19 Uhr geöffnet sein (Art. 1). Die Abend-, Nacht- und Sonntagsarbeit ist von der Vorlage nicht betroffen. Das neue Gesetz bringt auch keine Änderung des Arbeitsgesetzes mit sich, das den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet. Im Einklang mit den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes können die Kantone längere Öffnungszeiten bewilligen und den Betrieben Abendverkäufe an Werktagen beziehungsweise Ladenöffnungen an Sonntagen genehmigen. Die kantonalen Feiertage sowie deren Vortage sind von der neuen Regelung ausgenommen (Art. 2). Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 741, 767

6. *Botschaft zu einer Änderung des Freizügigkeitsgesetzes (Ansprüche bei Wahl der Anlagestrategie durch die versicherte Person) vom 11. Februar 2015. Entwurf Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG). Änderung*

Seit der 1. BVG-Revision können Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich Lohnanteile über dem vom Sicherheitsfonds garantierten Leistungsbereich versichern, ihren Versicherten innerhalb eines Vorsorgeplans die Wahl zwischen unterschiedlichen Anlagestrategien ermöglichen. Bei einem Austritt muss die Einrichtung der versicherten Person jedoch die nach den zwingenden gesetzlichen Vorschriften berechnete Austrittsleistung mitgeben. Dies hat zur Folge, wie es in der Botschaft weiter heisst, dass das verbleibende Versichertenkollektiv Verluste einer austretenden versicherten Person, deren Guthaben aufgrund der von ihr gewählten Anlagestrategie an Wert eingebüsst hat, tragen muss, während die austretende Person aufgrund solcher Anlagestrategien erzielte Gewinne mitnehmen darf. Der vorliegende Entwurf sieht vor, dass diese Vorsorgeeinrichtungen die Austrittsleistung neu so berechnen können, dass den Versicherten der effektive Wert des Vorsorgeguthabens zum Zeitpunkt des Austritts mitgegeben wird. Allfällige Verluste müssen somit durch die Versicherten selbst getragen werden. Gemäss dem neuen Art. 19a (Ansprüche bei Wahl der Anlagestrategie durch die versicherte Person) des Gesetzesentwurfs können Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich Lohnanteile über dem anderthalbfachen oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG versichern und unterschiedliche Anlagestrategien anbieten, vorsehen, dass den austretenden Versicherten in Abweichung von den Art. 15 und 17 der effektive Wert des Vorsorgeguthabens im Zeitpunkt des Austritts mitgegeben wird. In diesem Fall müssen sie mindestens eine Strategie mit risikoarmen Anlagen anbieten. Der Bundesrat umschreibt die risikoarmen Anlagen näher (Abs. 1). Die Vorsorgeeinrichtung muss die versicherte Person bei der Wahl einer Anlagestrategie über die verschiedenen Anlagestrategien und die damit verbundenen Risiken und Kosten informieren. Die versicherte Person muss schriftlich bestätigen, dass sie diese Informationen erhalten hat (Abs. 2). Die Austrittsleistung wird ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit nicht verzinst (Abs. 3). Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 1793, 1805

7. *Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz; AZG) vom 13. Mai 2015. Entwurf Bundesgesetz*

Dem AZG vom 8. Oktober 1971 unterstehen die Arbeitnehmer der SBB, der konzessionierten Transportunternehmen des öffentlichen Verkehrs und der Unternehmen mit Netzzugang auf der Schiene. Es enthält

Vorschriften über die Arbeits- und die Ruhezeit, die Gesundheitsvorsorge und die Unfallverhütung sowie über den Sonderschutz für Jugendliche und Frauen in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs. Es handelt sich um ein Spezialgesetz für den öffentlichen Verkehr, das als solches gleichwertig neben dem Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 (ArG) steht. Die Hauptthemen der Teilrevision sind die Klärung des Geltungsbereiches des Gesetzes, eine zeitgemässe Flexibilisierung der Höchstarbeitszeit, sinnvolle Pausenregelungen, die Festlegung der Ruhesonntage, die Ausgestaltung der Dokumentation der Arbeitszeiten sowie Bestimmungen für den Störfall. Namentlich gilt gemäss dem neuen Art. 4b als Pikettdienst ein Dienst, in dem sich Arbeitnehmer ausserhalb der geplanten Arbeitszeit für allfällige Arbeitseinsätze zur Behebung von Störungen oder ähnlichen Sonderereignissen sowie für damit verbundene Kontrollgänge bereithalten. Pikettdienst darf nur verlangt werden, wenn dies zwischen dem Unternehmen und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern oder ihrer Vertretung schriftlich vereinbart worden ist. In der Vereinbarung ist insbesondere die Entschädigung für geleistete Pikettstunden zu regeln. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 3999, 4019

8. *Botschaft über die Einführung der nächsten Generation der Arbeitsplatzsysteme (Programm APS2020) vom 1. Juli 2015. Entwurf Bundesbeschluss über die Einführung der nächsten Generation der Arbeitsplatzsysteme (Programm APS2020)*

Wie in der Botschaft ausgeführt, steht die Software der Informatik-Arbeitsplatzsysteme (IKT-APS) am Ende ihres Lebenszyklus und muss bis spätestens 2019 bundesweit ersetzt werden, weil dann der Herstellersupport ausläuft, die Sicherheitsaktualisierungen nicht mehr möglich sind und die Kompatibilität zu den Umsystemen nicht mehr gewährleistet ist. Nur über die IKT-APS ist der Zugriff auf die zentralen Informatiksysteme und die Fachanwendungen der Bundesverwaltung sichergestellt. Sie sind geschäftskritisch für alle Verwaltungseinheiten. Mit Einführung der neuen Generation von Arbeitsplatzsystemen werden zudem die wichtigsten Ansprüche an die Arbeitsplätze aus dem gemeldeten Bedarf der Departemente erfüllt. Dies sind im Wesentlichen eine Steigerung der Leistungsfähigkeit der Arbeitsplatzsysteme und die Erhöhung der Sicherheit auch im mobilen Einsatz. Der Bundesrat beabsichtigt, die einzelnen dafür benötigten Vorbereitungs- und Migrationsprojekte in einem bundesweit koordinierten Programm zur Einführung der nächsten Generation Arbeitsplatzsysteme (Programm APS2020) zu bündeln und plant hierfür Investitionen von 89 Millionen Franken. Gemäss Art. 163 Abs. 2 BV und Art. 25 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes vom 13. Dezember 2002 ist für den vorliegenden Fall ein Erlass in der Form des einfachen, also nicht dem Referendum unterstehenden Bundesbeschlusses vorgesehen. Gemäss dem Entwurf des Bundes-

beschlusses soll für das Programm APS2020 ein Verpflichtungskredit von 70 Millionen Franken bewilligt werden. Dieser Beschluss untersteht nicht dem Referendum. BBl 2015, 5735, 5751

9. *Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG). Änderung. Entwurf*

Gemäss dem zu ändernden Art. 9 Abs. 2 lit. b kann die zuständige kantonale Behörde bei Verstössen gegen Art. 2 (minimale Arbeits- und Lohnbedingungen) eine Verwaltungssanktion aussprechen, die eine Belastung durch einen Betrag bis Fr. 30 000.– vorsieht, oder den betreffenden Unternehmen verbieten, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz ihre Dienste anzubieten. Gemäss dem zu ändernden lit. e kann die zuständige kantonale Behörde gegen Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz anstellen und die gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn, die in einem Normalarbeitsvertrag nach Art. 360a OR vorgeschrieben sind, verstossen, eine Verwaltungssanktion aussprechen, die eine Belastung durch einen Betrag bis Fr. 30 000.– vorsieht (bisher bis Fr. 5000.–). Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 5861

10. *Botschaft und Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Genehmigung von Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) vom 11. September 2015*

Die Bundesversammlung hat am 8. Oktober 1999 das Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) genehmigt. Gleichzeitig hat sie das Bundesgesetz über die Ermächtigung des Bundesrates zur Annahme von Änderungen dieses Europäischen Übereinkommens erlassen. Es ermächtigt den Bundesrat, Änderungen des AETR oder dessen Anhang zu genehmigen oder diesen zuzustimmen, wenn sie nicht unter das Staatsvertragsreferendum fallen. Das Gesetz wurde auf 15 Jahre befristet und läuft per 31. Januar 2016 aus. Gemäss der beantragten Neuregelung soll dem Bundesrat die Kompetenz übertragen werden, Änderungen des AETR und dessen Anhänge zu genehmigen. Die Kompetenz des Bundesrates soll neu nicht mehr befristet werden und keinen Vorbehalt zugunsten des Staatsvertragsreferendums mehr enthalten. Das AETR regelt spezifische Fragen zu den Arbeitsbedingungen berufsmässiger Chauffeure, für deren Regelung im Landesrecht der Bundesrat zuständig ist (vgl. Art. 56 SVG). Gemäss

Art. 1 des Entwurfs des gegenständlichen Bundesgesetzes wird der Bundesrat ermächtigt, Änderungen des Europäischen Übereinkommens vom 1. Juli 1970 über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (AETR) und dessen Anhang zu genehmigen. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 7001, 7007

11. Botschaft zum Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe vom 18. November 2015. Entwurf Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe (Gesundheitsberufegesetz, GesBG)

Zweck des Gesetzes ist es, im Interesse der öffentlichen Gesundheit die Qualität der Ausbildung an Hochschulen und anderen Institutionen des Hochschulbereichs gemäss dem Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (HFKG) in den Gesundheitsberufen sowie der Ausübung dieser Berufe in eigener fachlicher Verantwortung zu fördern (Art. 1). Als Gesundheitsberufe nach diesem Gesetz gelten: (a.) Pflegefachfrau und Pflegefachmann; (b.) Physiotherapeutin und Physiotherapeut; (c.) Ergotherapeutin und Ergotherapeut; (d.) Hebamme; (e.) Ernährungsberaterin und Ernährungsberater; (f.) Optometristin und Optometrist; (g.) Osteopathin und Osteopath (Art. 2). Mit der Definition von allgemeinen Kompetenzen, die für alle im Gesetzesentwurf geregelten Gesundheitsberufe gelten, soll sichergestellt werden, dass die Inhaber von Hochschulabschlüssen den Wandel des Gesundheitssystems mittragen, indem sie beispielsweise ihre Rolle in der interprofessionellen Zusammenarbeit optimal wahrnehmen können, und damit zu einer Effizienzsteigerung beitragen. Da im Bereich der Gesundheitsberufe das Gefährdungspotenzial hoch ist, sieht die Vorlage für die Berufsausübung in eigener fachlicher Verantwortung eine Bewilligungspflicht vor, mit abschliessend definierten Voraussetzungen. Die von den Kantonen zu erteilenden Bewilligungen stellen sicher, dass diejenigen Fachpersonen, die ihren Beruf in eigener fachlicher Verantwortung ausüben, die notwendigen Anforderungen erfüllen. Eine einheitliche Reglementierung auf Bundesebene ist in diesem Bereich neu und schafft Rechtssicherheit. Der Entwurf legt ausserdem die Berufspflichten abschliessend fest und vereinheitlicht damit die Anforderungen an Fachpersonen, die in eigener fachlicher Verantwortung tätig sind – sowohl in der Privatwirtschaft wie auch im öffentlich-rechtlichen Sektor. Ferner sieht der Gesetzesentwurf nach dem Konzept des Medizinalberuferegisters (Med-Reg) ein sogenanntes aktives Register vor, d.h. es umfasst nicht nur die Ausbildungsabschlüsse, sondern auch Angaben über die Berufsausübungsbewilligung und allfällige Disziplarmassnahmen. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2015, 8715, 8781

12. *Entwurf Verordnung der Bundesversammlung über Entschädigungen bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses*

Gemäss dem Entwurf werden die Richterverordnung vom 13. Dezember 2002 (SR 173.711.2) sowie die Verordnung der Bundesversammlung vom 1. Oktober 2010 über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen (SR 173.712.23) wie folgt geändert: Gemäss dem neuen Art. 15a der Richterverordnung kann die Verwaltungskommission beziehungsweise die Gerichtsleitung einem Richter oder einer Richterin bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Entschädigung im Umfang von höchstens einem Jahreslohn zusprechen, wenn der Einzelfall dies rechtfertigt. Sie berücksichtigt dabei insbesondere das Alter, die berufliche und persönliche Situation, die Dauer der Amtstätigkeit der betreffenden Person und die Umstände der Auflösung des Arbeitsverhältnisses (Abs. 1). Eine Entschädigung ist ausgeschlossen, wenn die betreffende Person: (a.) infolge Erreichens des gesetzlichen Rücktrittsalters aus dem Amt ausscheidet; (b.) wegen schwerer Verletzung von Amtspflichten des Amtes enthoben oder nicht wiedergewählt worden ist; oder (c.) aus freien Stücken das Arbeitsverhältnis gekündigt hat oder zur Wiederwahl nicht mehr antritt (Abs. 3). Die Entschädigung muss ganz oder teilweise zurückerstattet werden, wenn: (a.) die betreffende Person innerhalb eines Jahres nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses ein neues Arbeitsverhältnis eingeht; und (b.) die Verwaltungskommission beziehungsweise die Gerichtsleitung unter Berücksichtigung der Höhe der Entschädigung, der Anzahl Monate ohne Arbeitsverhältnis und der Höhe des neuen Einkommens eine Rückerstattung für angemessen hält (Abs. 5). Die Regelung für die Bundesanwälte ist ähnlich derjenigen für die Richter. Die Änderung tritt am ersten Tag des Monats nach der Schlussabstimmung in der Bundesversammlung in Kraft. Sie gilt erstmals für die Wahlen ab 2015. BBl 2015, 2229

13. *Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 6. November 2014 zur Stellungnahme des Bundesrates vom 13. August 2014*

Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) verabschiedete auf der Basis einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) zum FZA einen eigenen Bericht. Im vorliegenden Bericht wird die inzwischen erfolgte Stellungnahme des Bundesrates ausgewertet. Diese hat gezeigt, dass zwei der insgesamt neun Empfehlungen der GPK-N bereits umgesetzt sind. In Bezug auf die anderen sieben Empfehlungen fordert GPK-N den Bundesrat auf, zu vier ihrer Empfehlungen weitere Abklärungen zu treffen. Die drei übrigen Empfehlungen werden in ein Postulat umgewandelt. Die GPK-N begrüsst es, dass der Bundesrat be-

treffend die Empfehlung «Informationsgrundlagen zum Sozialleistungsbezug» veranlasst hat, die notwendigen gesetzlichen Grundlagen für den Informationsaustausch zwischen den Migrationsbehörden und den Stellen, die mit der Ausrichtung von Ergänzungsleistungen betraut sind, zu schaffen. Betreffend die Empfehlung «Klärung der Rechtslage» begrüsst es die GPK-N, dass der Bundesrat Massnahmen getroffen hat, um den Begriff der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit und die Rechtslage in Bezug auf die Möglichkeiten eines Entzugs des Aufenthaltsrechts für EU/EFTA-Angehörige aufgrund von Arbeitslosigkeit zu klären und entsprechende Weisungen für den Vollzug zu erlassen. Die Empfehlungen, zu denen weitere Informationen oder Abklärungen nötig sind, lauten: «Lohnentwicklung und Sozialleistungsquoten beobachten», «Notwendige Grundlagen für Informationszugang schaffen», «Notwendige Instrumente zur Verfügung stellen» und «Ressourcenausstattung der zuständigen Sektion im BFM». Die GPK-N beurteilt die zu diesen Empfehlungen vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmen und Instrumente als nicht ausreichend, insbesondere um die Entwicklung des durchschnittlichen Lohnniveaus, der Tiefstlöhne und der Sozialleistungsbezugsquoten zu verfolgen und Probleme frühzeitig erkennen und angehen zu können. Sie fordert den Bundesrat daher auf, weitere Massnahmen einzuleiten. Die Untersuchung der PVK hat ferner gezeigt, dass der ursprünglich deklarierte Aufenthaltszweck der unter dem FZA zugewanderten Personen oft nicht mit dem tatsächlichen Aufenthaltszweck übereinstimmt, wobei das Ausmass dieser Differenz je nach Kanton sehr unterschiedlich ist. Eine möglichst geringe Diskrepanz zwischen dem deklarierten und dem tatsächlichen Aufenthaltszweck bzw. Informationen über Änderungen des Aufenthaltszwecks sind insbesondere nötig, um eine Umgehung der noch bis zum Mai 2016 geltenden Kontingente für Angehörige der EU-2-Staaten zu verhindern. Die Feststellung, dass Informationen über den tatsächlichen Aufenthaltszweck wichtig sind, um die Umgehung von Kontingenten zu verhindern, dürfte zudem auch in der aktuellen Diskussion über die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung durch ein auf Kontingenten beruhendes Zulassungssystem von Bedeutung sein. Die GPK-N hat daher beschlossen, die Empfehlungen «Klärung der kantonalen Unterschiede beim Ausmass der Differenz zwischen deklariertem und tatsächlichem Aufenthaltszweck», «Nutzung der Steuermöglichkeiten» und «Klärung der Ursachen für die Unterschiede beim kantonalen Vollzug» in ein Postulat umzuwandeln. Gemäss dem Postulat wird der Bundesrat beauftragt, zusammen mit den Kantonen zu klären, welche Gründe es für die teilweise erheblichen kantonalen Unterschiede beim Vollzug des Abkommens des FZA gibt, ferner wie die Möglichkeiten zur Steuerung der Zuwanderung durch den Entzug oder die Befristung von Aufenthaltsbewilligungen von den Kantonen besser und einheitlicher genutzt werden können. Der Bundesrat soll innerhalb eines Jahres einen Bericht über die Ergebnisse dieser Abklärungen vorlegen. BBl 2015, 793

14. *Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern unter dem Personenfreizügigkeitsabkommen. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 6. November 2014. Stellungnahme des Bundesrates vom 22. April 2015*

Die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) stellte fest, dass von den insgesamt neun Empfehlungen mit den getroffenen Massnahmen zwei Empfehlungen angemessen Rechnung getragen wird. Zudem wurden drei Empfehlungen in ein Postulat umgewandelt. Zu den übrigen vier Empfehlungen nimmt der Bundesrat nunmehr Stellung. Im Vordergrund der Empfehlungen 1, 4, 7 und 9 stehen zwei Themenkomplexe: Erstens verfügen die für die Umsetzung des FZA beziehungsweise des EFTA-Übereinkommens (Anhang K) zuständigen kantonalen Vollzugsbehörden nach Ansicht der GPK-N nicht über die notwendigen Informationen, um im Einzelfall das Aufenthaltsrecht für EU-/EFTA-Bürgerinnen und -Bürger einschränken zu können. Als zweiter Themenkomplex ist die Frage nach der Verfügbarkeit von Daten für statistische Auswertungen und für die Ausübung der Aufsichtsfunktion des Bunds über die Kantone zu nennen. Der Bundesrat gibt seine Stellungnahme unter dem Blickwinkel ab, dass gegenwärtig die Arbeiten zur Umsetzung der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» und damit des neuen Artikels 121a der Bundesverfassung laufen. Empfehlung 1 (Lohnentwicklung und Sozialleistungsbezugsquoten beobachten): Der Bundesrat schätzt die vorhandenen Instrumente (Bericht zu den flankierenden Massnahmen, Bericht des Observatoriums zum FZA, tripartite Kommissionen auf Stufe Kanton und Bund zur Beobachtung von Fokusbranchen) nach wie vor als grundsätzlich geeignet und ausreichend ein. Empfehlung 4 (Notwendige Grundlagen für Informationszugang schaffen): Die GPK-N begrüsst es, dass der Bundesrat im Rahmen der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung prüfen will, ob eine Meldepflicht bei Änderung des Aufenthaltszwecks oder Aufnahme bzw. Aufgabe der Erwerbstätigkeit opportun und zulässig ist. Der Bundesrat wird im Rahmen der weiteren Umsetzungsarbeiten zu Art. 121a BV die Einführung einer Meldepflicht für EU-/EFTA-Staatsangehörige weiter vertieft prüfen. Empfehlung 7 (Notwendige Instrumente zur Verfügung stellen): Die GPK-N weist darauf hin, dass das ZEMIS (Zentrales Migrationinformationssystem) gemäss den geltenden gesetzlichen Bestimmungen den Zweck habe, das Staatssekretariat für Migration (SEM) beim Vollzug zu unterstützen. Der Bundesrat verweist darauf, dass sich bei einem entsprechenden Ausbau des ZEMIS neben technischen Fragen auch rechtliche Fragen des Datenschutzes und der Vereinbarkeit mit dem FZA stellen. Empfehlung 9 (Ressourcenausstattung der zuständigen Sektion im BFM): Der Bundesrat hat die Frage bezüglich einer genügenden Ressourcenausstattung der Sektion Personenfreizügigkeit des Staatssekretariats für Migration geprüft und kommt zum Schluss, dass es derzeit zu früh ist, diese Frage abschliessend zu beantworten. BBl 2015, 3555

15. *Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung. Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 10. April 2014. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 7. Oktober 2014. Stellungnahme des Bundesrates vom 28. Januar 2015*

Mit ihrem Bericht vom 7. Oktober 2014 hat die GPK-S die Resultate und die Feststellungen der Evaluation der PVK beurteilt und sechs Empfehlungen zuhanden des Bundesrates formuliert. Sie stellt fest, dass bei den neun untersuchten Verwaltungseinheiten (EDA: DEZA; EDI: BAG, BFS; EJPD: ISC; VBS: FUB; EFD: BIT; WBF: SECO; UVEK: ASTRA, BAFU) sehr viele externe Mitarbeitende (rund 500) eingesetzt werden und dass eine Strategie für den Beizug externer Mitarbeitender ebenso fehlt wie eine zentrale Steuerung. Sodann seien die Rechtsgrundlagen lückenhaft, die Einhaltung des öffentlichen Beschaffungsrechts fraglich und die Transparenz mangelhaft. Mit dem vorliegenden Bericht nimmt der Bundesrat Stellung zu den sechs Empfehlungen der GPK-S und zeigt auf, welche Empfehlungen er bereit ist zu übernehmen und mit welchen Massnahmen er plant, den Beizug externer Fachkräfte in der Bundesverwaltung weiter zu optimieren. *Empfehlung 1:* Kriterienkatalog zum Einsatz von externen Mitarbeitenden: Der Bundesrat ist bereit, diese Empfehlung zu berücksichtigen und Kriterien und Grundsätze für den Einsatz externer Fachkräfte festzulegen. *Empfehlung 2:* Einführung und Umsetzung eines Kontrollverfahrens: Gemäss der Stellungnahme des Bundesrates soll anstelle eines Kontrollverfahrens ein systematischer Reporting- und Controllingprozess definiert und eingeführt werden, der die nötige Transparenz schafft. *Empfehlung 3:* Klärung der Rechtsgrundlagen für den Beizug von externen Mitarbeitenden: Die gesetzliche Grundlage für den Beizug externer Fachkräfte findet sich in Art. 57 Abs. 1 RVOG. Gemäss dieser Bestimmung können Bundesrat und Departemente Organisationen und Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, zur Beratung beiziehen. Es kann sich dabei sowohl um Ad-hoc-Kommissionen (Expertenkommissionen) als auch um den Beizug einzelner Fachexperten handeln. Der Beizug durch Verwaltungseinheiten ist nur zulässig, wenn eine entsprechende Regelung in den betreffenden Geschäftsordnungen besteht (Art. 29 Abs. 1 Bst. d RVOV). Der Bundesrat sieht keinen Handlungsbedarf, was die rechtliche Regelung für den Beizug externer Fachkräfte betrifft. *Empfehlung 4:* Bessere Kenntnis der Rechtsgrundlagen für öffentliche Beschaffungen: Gemäss Stellungnahme des Bundesrates sind die Anliegen der Empfehlung 4 grösstenteils erfüllt. Optimierungen finden im breiteren Rahmen statt und beschränken sich nicht auf die Beschaffung externer Fachkräfte. *Empfehlung 5:* Verbesserung der internen und externen Transparenz als Grundlage für die Steuerung des Personaletats: Der Bundesrat ist bereit, die Empfehlung mit wenigen Vorbehalten bzw. Präzisierungen anzunehmen. *Empfehlung 6:* Systematische Durchführung von PSP und Kenntnis des Ergebnisses vor Arbeitsantritt: Die Rechtsgrundlagen zur Durchführung der

PSP (Personensicherheitsprüfung) vor der Übertragung der Funktion oder des Auftrags sind bereits vorhanden. Nach Art. 19 Abs. 3 BWIS muss die Sicherheitsprüfung durchgeführt werden, bevor das Amt oder die Funktion übertragen oder der Auftrag erteilt wird. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um Angestellte oder um externe Fachkräfte handelt. Die Forderung ist demnach, was die rechtlichen Grundlagen anbelangt, bereits erfüllt. Der Bundesrat erachtet es jedoch als notwendig, dass die Sensibilisierung der ersuchenden Stellen bezüglich des PSP-Prozesses im Rahmen von Weiterbildungen, die bereits heute angeboten und durchgeführt werden, weiter intensiviert wird. BBl 2015, 3673, 3691, 3741

16. *Externe Mitarbeitende der Bundesverwaltung. Stellungnahme des Bundesrates vom 28. Januar 2015. Stellungnahme der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 24. März 2015*

Am 7. Oktober 2014 verabschiedete die Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) ihren Bericht in dieser Sache, richtete sechs Empfehlungen an den Bundesrat und forderte diesen gleichzeitig auf, zu diesen bis zum 31. Januar 2015 schriftlich Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 28. Januar 2015 nahm der Bundesrat gegenüber der GPK-S Stellung. Mit vorliegendem Bericht bewertet die Kommission die Stellungnahme des Bundesrates. Die GPK-S anerkennt einerseits im vorliegenden Bericht, dass der Bundesrat in einigen Bereichen Probleme beim Beizug externer Mitarbeitender erkennt und teilweise bereits Massnahmen ergriffen bzw. eingeleitet hat. Andererseits stellt die Kommission fest, dass sich der Bundesrat nicht mit allen Anliegen der GPK-S gleich eingehend auseinandergesetzt hat. Erschwerend komme hinzu, dass der Bundesrat den eindeutigen Begriff der externen Mitarbeitenden gemäss Ziffer 1.2 der PVK-Evaluation bei seiner Stellungnahme aus unbekannten Gründen nicht verwendet hat, sondern einen eigenen Begriff («externe Fachkräfte») kreiert hat, ohne diesen zu definieren. Die GPK-S ersucht den Bundesrat, zu den Feststellungen und aufgeworfenen Fragen dieses Berichts schriftlich Stellung zu nehmen und ihr mitzuteilen, mit welchen Massnahmen und bis wann er ihre Empfehlungen umzusetzen gedenkt. BBl 2015, 4141

17. *Weisungen des Bundesrates zum Abschluss von Personalverleihverträgen in der Bundesverwaltung vom 19. August 2015*

Diese Weisungen regeln für die Departemente und die Bundeskanzlei den Abschluss von Personalverleihverträgen. Sie legen Kriterien fest, die von den Verwaltungseinheiten vor dem Abschluss von Personalverleihverträgen zu überprüfen sind (Art. 1). Ein Personalverleih liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Einsatzbetrieb, z.B. Bund) für eine bestimmte Zeit eine Fachkraft (Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer) zwecks Arbeitsleistung gemäss AVG zur Verfügung stellt (Art. 2.1). Der Arbeitgeber tritt dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse ge-

genüber seiner Fachkraft ab (Art. 2.2). Die Fachkraft wird in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden, führt die Arbeiten im Einsatzbetrieb aus und benutzt dessen Infrastruktur (Subordinationsverhältnis) (2.3). Die Ergebnisverantwortung trägt der Einsatzbetrieb (2.4). Ein Personalverleihvertrag kommt zwischen einem Einsatzbetrieb und einem Arbeitgeber, der Fachkräfte verleiht, zustande. Zwischen dem Einsatzbetrieb und der entliehenen Fachkraft besteht kein Vertragsverhältnis (Art. 3.1). Der Abschluss eines Personalverleihvertrags ist ein Beschaffungsgeschäft nach öffentlichem Beschaffungsrecht (Art. 3.3). Ausnahmsweise können zur Aufgabenerfüllung Personalverleihverträge abgeschlossen werden. Aufgrund der Tatsache, dass die entliehenen Fachkräfte ähnlich wie das Bundespersonal in einem Subordinationsverhältnis zum Bund stehen und damit in die Arbeitsorganisation eingebunden sind und der Bund die Ergebnisverantwortung trägt, regelt der Bundesrat mit diesen Weisungen den Abschluss von Personalverleihverträgen (Art. 4.3). Personalverleihverträge müssen befristet werden und dürfen zwei Jahre nicht überschreiten (Art. 5.1.3 lit.a). Die Weisungen treten am 1. Januar 2016 in Kraft. BBl 2015, 6309

III. Initiativen

1. *Volksinitiativen*

Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten». Zustandekommen. Die in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs abgefasste eidgenössische Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» ist zustande gekommen, da sie die nach Art. 139 Abs. 1 der Bundesverfassung verlangten 100 000 gültigen Unterschriften aufweist. Von insgesamt 109 089 eingereichten Unterschriften sind 108 640 gültig (BBl 2015, 8337).

Volksinitiative «AHVplus: für eine starke AHV». Bundesbeschluss vom 18. Dezember 2015. Die Volksinitiative vom 17. Dezember 2013 «AHVplus: für eine starke AHV» ist gültig und wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet. Sie lautet: Die Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung werden wie folgt ergänzt: Art. 197 Ziff. 104: 10. Übergangsbestimmung zu Art. 112 (Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung): (1.) Bezügerinnen und Bezüger einer Altersrente haben Anspruch auf einen Zuschlag von 10% zu ihrer Rente. (2.) Der Zuschlag wird spätestens ab Beginn des zweiten Kalenderjahres ausgerichtet, das der Annahme dieser Bestimmung durch Volk und Stände folgt (Art. 1). Die Bundesversammlung empfiehlt Volk und Ständen, die Initiative abzulehnen (Art. 2) (BBl 2015, 9551).

Volksinitiative «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen». Bundesbeschluss vom 18. Dezember 2015. Die Volksinitiative vom 4. Oktober 2013 «Für ein bedingungsloses Grundeinkommen» ist gültig und wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet. Sie lautet: Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert: Art. 110a Bedingungsloses Grundeinkommen: (1.) Der Bund sorgt für die Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens. (2.) Das Grundeinkommen soll der ganzen Bevölkerung ein menschenwürdiges Dasein und die Teilnahme am öffentlichen Leben ermöglichen. (3.) Das Gesetz regelt insbesondere die Finanzierung und die Höhe des Grundeinkommens (Art. 1). Die Bundesversammlung empfiehlt Volk und Ständen, die Initiative abzulehnen (Art. 2) (BBl 2015, 9553)

2. *Standesinitiativen*

Kanton Genf: NEIN zur systematischen Kriminalisierung von Bankangestellten (und Mitarbeitenden anderer Schweizer Unternehmen)! (15.303)

Kanton Tessin: Systematische Vorlage des Strafregistrauszugs bei der Beantragung von Aufenthaltsbewilligungen durch EU-Bürgerinnen und -Bürger (15.320)

Kanton Tessin: Die Bundesversammlung wird aufgefordert, dafür zu sorgen, dass wieder systematisch und von Amts wegen sowie ohne nähere Begründung beim Herkunftsland oder bei Drittstaaten Informationen über allfällige Vorstrafen eingeholt werden dürfen, wenn EU-Bürgerinnen und -Bürger eine kurz- oder langfristige Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz beantragen (einschliesslich entsandter Arbeitnehmer) (15.321)

3. *Parlamentarische Initiativen*

Minder: Direktorium der Schweizerischen Nationalbank. Vergrösserung des Organs und Wahl durch die Bundesversammlung (15.401)

Markwalder: Berufsgeheimnisschutz für Unternehmensjuristinnen und -juristen (15.409)

Aebischer: Nationalbank ist auch verantwortlich für einen hohen Beschäftigungsgrad (15.414)

Fraktion BD: Anstossfinanzierung für Tagesschulen zur Verbesserung von Vereinbarkeit von Familie und Beruf mit Unterstützungsfokus auf regional angepasste Modelle inklusive Ferienlösungen (15.420)

Bulliard-Marbach: Pfliegende Angehörige sollen in jedem Fall von anerkannter Hilflosigkeit ein Anrecht auf Betreuungsgutschriften haben (15.424)

Kessler: Mutterschaftsurlaub für hinterbliebene Väter (15.434)

Quadranti: Elternzeit. Eine umfassende, ganzheitliche Lösung als Ergänzung zum bestehenden Mutterschaftsurlaub (15.458)

Tornare: Bekämpfung von Rassendiskriminierung, Antisemitismus und Homophobie. Beschwerderecht für Minderheitenschutzorganisationen (15.460)

Masshardt: Vereinbarkeit von Beruf und Familie verbessern. Rechtsanspruch auf Beschäftigungsreduktion nach der Geburt (15.470)

Lombardi: Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Einführung eines vereinfachten Verfahrens für die Verlängerung der Normalarbeitsverträge (NAV) (15.487)

Heim: Das Potenzial älterer Arbeitskräfte klug nutzen und klug stärken (15.489)

Gschwind: Auch kleine Unternehmen müssen Arbeitsbeschaffungsreserven bilden können (15.490)

Grunder: Rettung des Milizsystems durch eine Amtszeitbeschränkung (15.492)

4. Motionen

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses in der Schweiz (15.3000)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR: Währungsrisiken absichern (15.3007)

Golay: Vorrang von Angestellten mit schweizerischer Nationalität in der Bundesverwaltung (15.3025)

Caroni: Normalarbeitsvertrag Hauswirtschaft. Weniger Schranken für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf (15.3072)

Graber: Änderung des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG). Von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einer Weiterbildung begünstigen (15.3083)

Maire: Steuerliche Transparenz für hohe Managerlöhne (15.3100)

Maire: Verlängerung auf vier Wochen der Frist für die Bekanntgabe der Arbeitszeiten (15.3101)

Maire: Überzeit: Gleichbehandlung von Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten (15.3102)

de Courten: Abbau von Regulierungskosten. Abschaffung unterjähriger Lohnmutationsmeldungen (15.3123)

Fraktion BD: Einarbeitungszuschuss bei beruflichem Wiedereinstieg nach Familienphase (15.3136)

Grunder: Bessere Integration von Asylbewerbern in den Arbeitsmarkt (15.3141)

Feller: Lockerung der Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigungen im Dienstleistungssektor (15.3149)

Aebischer: Einspracherecht bei der Einstufung von Berufsabschlüssen in der Berufsbildung gemäss nationalen Qualifikationsrahmen (15.3157)

Kuprecht: Negativzinsen für Sozialversicherungen vermeiden. Keine Ungleichbehandlung bei den Kantonen (15.3160)

Pardini: Endlich sichere Strassen. Sofortige Einhaltung der Ruheverordnung für die Chauffeure (15.3167)

Carobbio Guscetti: Eurolöhne müssen unbedingt verboten werden (15.3197)

Müller: Begrenzung des Personalausgabenwachstums (15.3224)

Humbel: Mehr Effizienz und Transparenz im schweizerischen Sozialversicherungssystem (15.3283)

Riklin: Nutzen des FZA. Datenerfassung der erwerbstätigen Schweizerinnen und Schweizer im EU/EFTA-Raum (15.3322)

Müller: Synergien nutzen und Mittel optimieren bei der Fachkräfteinitiative und den arbeitsmarktlichen Massnahmen (15.3330)

Lustenberger: Für eine stärkere Berücksichtigung der nationalen Rechtsordnungen am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (15.3335)

Rutz: Änderung des Betriebsreglements für das Medienzentrum Bundeshaus (15.3350)

Föhn: Personalkostenstopp (15.3368)

Quadri: Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Wiederaufnahme (15.3394)

Giezendanner und Schibli: Befreiung der Unternehmen vom Statistikaufwand (15.3433, 15.3439)

Noser: Frankenstärke. Entlastung von Arbeitnehmern und Arbeitgebern durch tiefere EO-Beiträge (15.3443)

Lehmann: Anpassung der Verordnung zum Arbeitsgesetz. Regelung betreffend Schnupperlehrlinge (15.3468)

Rösti: Reduktion des Bürokratieaufwands bei der Lehrlingsausbildung (15.3469)

Heim: Sicherung der Altersrente bei Erwerbslosigkeit im fortgeschrittenen Alter (15.3474)

Darbellay: Helikopterpilotinnen und -piloten: Verzicht auf eine Altersgrenze von 60 Jahren (15.3491)

Finanzkommission SR: Personalbestand auf Stand 2015 einfrieren (15.3494)

Leutenegger Oberholzer: FlaM. Mehr Schutz für ältere Lohnabhängige. Fürsorgepflicht verankern (15.3514)

Carobbio: Massnahmen zur Förderung des Zugangs zum Qualifikationsverfahren auch für Teilzeitangestellte (15.3554)

Marra: (Wieder-)Eingliederung von Langzeitarbeitslosen im Rahmen der besseren Nutzung von schweizerischen Arbeitskräften (15.3575)

Marra: Verstösse gegen das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit und Verstösse im Zusammenhang mit den flankierenden Massnahmen – ein Monitoring schaffen (15.3576)

Munz: Ausbildung für Flüchtlinge zur nachhaltigen Arbeitsmarktintegration (15.3653)

Amarelle: Nationaler Rahmen für die Anerkennung von Diplomen und die Validierung von Bildungsleistungen, um die berufliche Integration von Personen aus dem Asylbereich (Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen) zu fördern (15.3700)

Amarelle: Es braucht Szenarien zur Beschäftigungsentwicklung für eine bessere Steuerung der Einwanderung und der Engpässe auf dem Arbeitsmarkt (15.3701)

Caroni: Arbeitszeugnisse für AdAs zur Stärkung der Vereinbarkeit von Beruf und Militärdienst (15.3706)

Hess: Berufsbildungsfonds. Klarheit schaffen (15.3721)

Amherd: Schweiz-EU, gleich lange Spiesse. Keine einseitige Freizügigkeit (15.3728)

Feri: Bilanz des Aktionsplans der Schweiz zur Gleichstellung von Frau und Mann. Umsetzung (15.3731)

Trede: Umfrage zum Vaterschaftsurlaub in der Schweiz (15.3734)

Kiener Nellen: Absicherung der Altersvorsorge auch im Betrugsfall (15.3740)

Föhn: Anpassung des Bundespersonalrechts an das Obligationenrecht (15.3785)

de Courten: Verzicht auf eine Ratifizierung der Europäischen Sozialcharta (15.3804)

Munz: Bessere Arbeitsmarktintegration von Alleinerziehenden mit Weiterbildung und Nachholbildung (15.3839)

Schneider-Schneiter: Zukunft des Arbeitsmarktes Schweiz. Sind wir für die sich abzeichnenden Entwicklungen gerüstet? (15.3847)

Carobbio Guscetti, Romano, Pantani, Merlini: Optimierung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit. Einführung eines vereinfachten Verfahrens für die Verlängerung der Normalarbeitsverträge (15.3910, 15.3911, 15.3912, 15.3913)

Carobbio Guscetti: Optimierung der flankierenden Massnahmen in besonders betroffenen Gebieten (15.3914)

Abate: Grenzüberschreitende Dienstleistungen. Meldepflicht für Fotografinnen und Fotografen ab dem ersten Arbeitstag (15.3919)

Leutenegger Oberholzer: Bundesrat. Cherchez la femme oder endlich verfassungskonform handeln! (15.3930)

Sozialdemokratische Fraktion: Solidaritätsabgabe zugunsten der älteren Arbeitnehmenden (15.3998)

Romano: Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG). Witwen- und Witwerrente. Gleiche Rechte für Witwen und Witwer sowie geschiedene überlebende Ehegattinnen und Ehegatten (15.4010)

Piller Carrard: Förderung des beruflichen Wiedereinstiegs mit Bildungsgutscheinen (15.4076)

Schneider-Schneiter: Für eine zeitgemässe Arbeitszeiterfassung (15.4089)

Grüter: Aufnehmen der Ausgesteuerten in die Arbeitslosenstatistik (15.4104)

Munz: Informatik-Fachkräfte durch Weiterbildung vor Arbeitslosigkeit schützen (15.4110)

Amaudruz: Freizügigkeitsguthaben: Das Verlassen der Schweiz als Wegzug definieren (15.4133)

Quadranti: Berufsbildung. Staatliche Anerkennung von höheren Fachschulen ist Bundessache (15.4136)

Maire und Berberat: Verkürzung der Karenzzeit bei Kurzarbeit (15.4152, 15.4158)

Pardini: Die Akkreditierung von Medienschaffenden auch für Teilzeitbeschäftigte ermöglichen (15.4161)

Feller: Bekämpfung der Schwarzarbeit: Erstellung eines Verzeichnisses getroffener und geplanter Massnahmen der AHV-Ausgleichskassen und eines Best-Practice-Katalogs (15.4174)

Grüter: Übermässige administrative Belastung bei Geschäftsfahrzeuginhabern (15.4185)

Reimann: Verbindlicher Integrationsvertrag für Ausländerinnen und Ausländer (15.4238)

5. Postulate

Finanzkommission NR: Grenzgängereinkommen im Ressourcenpotenzial neu prüfen (15.3009)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Bericht des Bundesrates über das Engagement des Bundes gegen Kinderarbeit (15.3010)

Graber: Quartalsbericht des Bundesrats zu den Auswirkungen der Frankenaufwertung gegenüber dem Euro (15.3082)

Bischof: Negativzinsen. Folgen für Pensionskassen, Kleinsparer und Kantone (15.3091)

Fehr: Bericht über das Potenzial der Schweizer Game-Industrie für Kultur, Wissenschaft und Wirtschaft (15.3114)

Schmid-Federer: Auswirkungen einer Kündigung der Personenfreizügigkeit (15.3140)

Heim: Nationale Strategie zur Verbesserung der Beschäftigungschancen und der Reintegration erwerbsloser älterer Menschen in den Arbeitsmarkt (15.3193)

Heim: Nationaler Sozialstern – oder – die Bekämpfung altersbedingter Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt (15.3194)

Bruderer Wyss: Nationale Konferenz zur Arbeitsmarktintegration von Menschen mit Behinderung (15.3206)

Amarelle: Monitoring der Lohn- und Einkommensgleichheit. Strukturhebung (SE) mit Indikatoren zu Lohn und Einkommen ergänzen, um die Erhebungsdaten zu erweitern (15.3280)

Munz: Kein Lehrabbruch ohne Anschlusslösung (15.3430)

Heim: Berufsbildung im Rahmen von Migrationspartnerschaften (15.3476)

Schmid-Federer: Mehr Schnupperlehrstellen bei den MINT-Berufen (15.3552)

Fetz: Fachkräftemangel. Nationale Datenbank für Unternehmen zur Interpretation und Vergleichbarkeit ausländischer Diplome (15.3632)

Herzog: Bürokratieabbau durch Vereinfachung und Modernisierung des Arbeitsrechts (15.3679)

Quadranti, Schmid-Federer, Bertschy: Kosten-Nutzen-Analyse von Elternzeitmodellen (15.3680, 15.3722, 15.3768)

Gössi und Föhn: Personalbremse analog der Ausgabenbremse (15.3704, 15.3786)

Schenker: Arbeitslosenfürsorge. Handlungsmöglichkeiten des Bundes (15.3748)

Reimann: Keine Diskriminierung und kein Hass gegen Schweizerinnen und Schweizer (15.3757)

Maury Pasquier: Arbeitsunterbrüche vor dem Geburtstermin und dem Mutterschaftsurlaub (15.3793)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR: Förderung des Berufsabschlusses von Erwachsenen (15.3796)

Quadri: Kantonale Mindestlöhne. Handlungsspielraum der besonders betroffenen Kantone moderat erweitern (15.3909)

Marra: Solidarhaftung. Bewertung der Massnahme (15.3924)

Pfister: Verbesserte Arbeitsmarktintegration von anerkannten Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen (15.3955)

Barazzzone: Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung». Ermittlung der Gesamtkosten, die den Unternehmen aus der Anwendung des neuen Artikels 121a der Bundesverfassung entstehen (15.3956)

Regazzi: Wie viel würde die Schweizer Wirtschaft eine Kündigung des Freizügigkeitsabkommens kosten? (15.4009)

Schilliger: Praxistauglichkeit der Fachhochschul-Bildung sicherstellen (15.4026)

Schenker: Bericht betreffend Einführung einer Allgemeinen Erwerbsversicherung (15.4042)

Derder: Recht auf Nutzung der persönlichen Daten. Recht auf Kopie (15.4045)

Schenker: Bedeutung und Umfang der Grosselternarbeit (15.4050)

Bertschy: Wettbewerb statt Protektionismus. Schweizweite Liberalisierung des Notariatswesens (15.4057)

Schelbert: Einfluss der 2. Säule auf die Anstellungspraxis bei Personen über 50 abklären (15.4065)

Munz: Fachkräftemangel. Situationsanalyse (15.4111)

Müller: GAV beim Personalverleih. So nicht (15.4206)

Gmür: Ausbildung zu J+S Hilfsleiter (15.4212)

IV. Normalarbeitsverträge

1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

(Stand: 23. September 2016¹)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010 (Stand am 1. Januar 2014)	SR 221.215.329.4
Genf	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du gros œuvre (CTT-GO) (Entrée en vigueur: 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.20
	Contrat-type de travail des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 18 décembre 2012 (Etat au 1 ^{er} janvier 2013) – Modification du contrat-type de travail des esthéticiennes (CTTEsthé) du 3 décembre 2015 (Etat au 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.16
	Contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom) du 13 décembre 2011 (Entrée en vigueur: 1 ^{er} janvier 2012) – Modification du contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-Edom) du 3 décembre 2015 (Etat au 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.03
	Contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 26 novembre 2013 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014) – Modification du contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 3 décembre 2015 (Etat au 1 ^{er} janvier 2016)	J 1 50.18
	Contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 14 mars 2014 (Etat au 1 ^{er} avril 2014) – Modification du contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 3 mars 2016 (Etat au 1 ^{er} avril 2016)	J 1 50.19

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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Jura	Contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 26 novembre 2013 (Etat au 1 ^{er} janvier 2014)	222.153.231
Tessin	Contratto normale di lavoro (CNL) per gli impiegati di commercio nelle fiduciarie dell'11 novembre 2014/Inkrafttreten: 1. Januar 2015 – modifica (del 21 gennaio 2015)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2014; 3/2015)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio negli studi legali (del 5 febbraio 2015); Inkrafttreten: 1. August 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (8/2015)
	Contratto normale di lavoro per il settore del commercio all'ingrosso (del 10 novembre 2015); Inkrafttreten: 1. Januar 2016	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (50/2015)
	Contratto normale di lavoro per il settore dell'informatica (del 24 giugno 2014); Inkrafttreten: 1. September 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (35/2014)
	Contratto normale di lavoro per il settore del prestito di personale nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, dell'industria meccanica, dell'industria grafica, dell'industria orologiera, dell'industria alimentare e dei generi voluttuari, nonché in aziende dei trasporti pubblici (del 24 giugno 2014); Inkrafttreten: 1. September 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (35/2014)
	Contratto normale di lavoro per il settore del prestito di personale (aziende che per quanto concerne i lavoratori presi in prestito presentano un salario annuo inferiore a fr. 1 200 000.–) (del 2 settembre 2015)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (41/2015)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nel settore della consulenza aziendale (del 13 novembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013)
	Contratto normale di lavoro per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica (BU 2013, 10–12 e BU 2013, 222) (del 17 dicembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (65/2013)
	Contratto normale di lavoro per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti) (del 9 aprile 2014); Inkrafttreten: 1. April 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (19/2014)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	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	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (11/2015)
	Contratto normale di lavoro per i 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 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)
Wallis	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Bauhauptgewerbes im Kanton Wallis vom 7. März 2012 / Beschluss vom 27. Februar 2013 zur Aufhebung des Normalarbeitsvertrags; Inkrafttreten: 1. März 2013	
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009; Änderung vom 31. Juli 2013; Inkrafttreten: 16. August 2013	

2. Sonstige Normalarbeitsverträge

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985; Inkrafttreten: 1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	Normalarbeitsvertrag für milch-wirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984; Inkrafttreten: 1. Februar 1984	SR 221.215.329.2

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Normalarbeitsvertrag für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979; Inkrafttreten: 1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
	Normalarbeitsvertrag für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971; Inkrafttreten: 1. Juli 1971	SR 221.215.328.1
	Normalarbeitsvertrag über Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966; Inkrafttreten: 1. Mai 1966	SR 221.215.328.6
	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
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	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	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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	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-TPM) 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	SGS IX D/7/1
Graubünden	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftli- che Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987; Inkrafttreten: 1. Dezember 1987	BR 535.200
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftli- che Arbeitsverhältnis am 27. Oktober 1998; Inkrafttreten: 1. Dezember 1998	BR 535.230
	Normalarbeitsvertrag für das Alp- und Hirtenschaftspersonal 27. Oktober 1998; Inkrafttreten: 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	SGS 222.153.21
	Contrat-type de travail pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978	SGS 222.153.22

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	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
Schaffhausen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993; Inkrafttreten: 1. April 1993	SHR 221.216

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	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	RRB 821.321
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972	RRB 821.322
Schwyz	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997; Inkrafttreten: 1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001; Inkrafttreten: 1. Juli 2001 (Änderung vom 7. Dezember 2010 am 1. Januar 2011 in Kraft getreten)	SRSZ 217.112 Änderung: Abl 2010 2714
Thurgau	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999; Inkrafttreten: 1. August 1999	RB 221.252
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006	RB 221.253
Tessin	Contratto normale di lavoro per il personale di vendita al dettaglio (di seguito CNLV) al 1° gennaio 2015	FU 101/2014 del 19.12.2014
Uri	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September	RB 20.1311
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973	RB 20.1321
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-vamn) du 27 juillet 1994	RSV 222.53.3
	Arrêté modifiant celui du 3 avril 2000 établissant un contrat-type de travail pour l'agriculture du 18 février 2015	RSV 222.55.1

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés 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 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft im Kanton Wallis vom 24. Januar 1973 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Autotransportunternehmungen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) des Kantons Wallis vom 1. Januar 1993 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993 (Ausgabe 2015)	Kantonales Amtsblatt 2015
	Normalarbeitstag für den Sektor der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009 (zuletzt geändert am 31. Juli 2013)	Kantonales Amtsblatt 2013
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	LS 821.12
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis (vom 19. März 1986); Inkrafttreten: 1. April 1986	LS 821.13

V. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

1.1 Frankenstärke

Nach Aufhebung des Mindestkurses von Fr. 1.20 pro 1 Euro am 15. Januar 2015 durch die Schweizerische Nationalbank war die Frankenstärke beherrschendes Thema der Sozialpartner. Sie waren sich in ihrer Einschätzung einig, dass die Schweizer Wirtschaft nach der Aufhebung des Frankenmindestkurses mit grossen Herausforderungen konfrontiert sein wird. Sie bekräftigten die zentrale Bedeutung der Sozialpartnerschaft, um diese schwierige Situation zu meistern. Zur kurzfristigen Abfederung der Frankenstärke stand neben anderen Massnahmen mit der Kurzarbeitsentschädigung ein bewährtes Instrument zur Sicherung der Arbeitsplätze zur Verfügung. Um dieses Instrument noch effektiver zu gestalten, verlängerte der Bundesrat am 13. Januar 2016 die Höchstbezugsdauer der Kurzarbeitsentschädigung von zwölf auf 18 Monate. Gleichzeitig reduzierte er die Karenzzeit auf einen Tag pro Abrechnungsperiode. Diese Verordnungsänderung trat am 1. Februar 2016 in Kraft und gilt bis 31. Juli 2017. Die vom starken Schweizer Franken betroffenen Unternehmen gewinnen dadurch mehr Zeit, sich an die neue Marktlage anzupassen.²

1.2 Volksinitiative «AHVplus»

Die Volksinitiative «AHVplus» will die AHV-Altersrenten um zehn% erhöhen. Der Bundesrat lehnte die Volksinitiative ab. Seiner Ansicht nach würden damit die Ausgaben der AHV um jährlich rund 4 Milliarden ansteigen. Der Bundesrat sah für diesen Ausbau keinen finanziellen Spielraum. Er will die Altersrenten auf dem heutigen Niveau sichern und hat dazu die Reform «Altersvorsorge 2020» vorgelegt.³ Auf der anderen Seite setzte sich die Gewerkschaft Unia gegen den – aus ihrer Sicht – schleichenden Abbau bei den Altersrenten ein. Ihrer Ansicht nach muss die AHV gestärkt werden, wie es die Volksinitiative verlangt.⁴ Am 25. September 2016 lehnten die Stimmbürger die Volksinitiative «AHVplus» ab.

1.3 Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten / Nationaler GAV für den Detailhandel

Nachdem der Ständerat am 6. Juni 2016 das Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten abgelehnt hatte, plädierte die Gewerkschaft Unia für

² Medienmitteilung des SECO vom 13. Januar 2016.

³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. Juli 2016.

⁴ «Mit Volldampf gegen Rentenabbau und für eine starke AHV»; Medienmitteilung der Unia vom 25. Juni 2016.

einen «gemeinsamen Tisch» aus Arbeitgeberorganisationen des Detailhandels und Gewerkschaft, um einen allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag für den gesamten Detailhandel auszuhandeln. Aus Gewerkschaftsicht soll der Vertrag die Beschäftigten insbesondere vor überlangen Arbeitstagen schützen, wie sie heute vielerorts im Verkauf vorherrschen.⁵

1.4 Lohngleichheit

Über 30 Jahre nach der Verankerung in der Bundesverfassung ist die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern immer noch nicht erreicht. Der unerklärte Teil des Lohnunterschieds in der Privatwirtschaft lag gemäss Bundesamt für Statistik im Jahr 2012 bei 8,7%, was Fr. 678.– pro Monat entspricht. Arbeitgeber mit 50 oder mehr Mitarbeitenden sollen daher gesetzlich dazu verpflichtet werden, in ihrem Unternehmen alle vier Jahre eine Lohnanalyse durchzuführen. Die innerhalb des Betriebs vorgenommene Lohnanalyse sollen sie durch externe Kontrollstellen überprüfen lassen, anschliessend müssen sie die Mitarbeitenden über das Ergebnis dieser Kontrolle informieren. Der Bundesrat hat dazu die Vernehmlassung zur Änderung des GIG eröffnet. Für die Gewerkschaften ist die Vorlage des Bundesrates zur Revision des Gleichstellungsgesetzes ein Schritt in die richtige Richtung. Aus Gewerkschaftsicht sind die Vorschläge aber noch zu zahlos. Es brauche effiziente Kontrollen in den Betrieben sowie Sanktionsmöglichkeiten.⁶

1.5 Lohndumping

Lohndumping war – wie schon in den Jahren zuvor – auch in der Berichtsperiode ein beherrschendes Thema. Im Oktober 2015 stellten die Gewerkschaften syndicom und Unia in Bern ihre Vorschläge für einen GAV in der Transport- und Logistikbranche vor. Sie forderten faire Mindestlöhne, einen besseren Gesundheitsschutz und ausreichende Kompensationen für Nacht- und Sonntagsarbeit. Nach Ansicht der Gewerkschaften besteht die Notwendigkeit eines GAV für die Transport- und Logistikbranche, um das Lohndumping zu bekämpfen. Insbesondere brauche es Instrumente für bessere Kontrollen, da das Transport- und Logistikgewerbe europaweit krassem Lohndumping ausgesetzt sei.⁷

Auf einzelne Fälle eingehend ist anzumerken, dass die Kontrolleure der paritätischen Kommission (PK) u.a. bei einem privaten Spitex-Unternehmen massives Lohndumping feststellten. Die Betreuerinnen er-

⁵ «Ständerat versenkt Ladenöffnungszeitengesetz: Jetzt braucht es einen nationalen GAV für den Detailhandel»; Medienmitteilung der Unia vom 6. Juni 2016.

⁶ «Lohnleichheit verbindlich und wirksam umsetzen»; Medienmitteilung der Unia vom 18. November 2015.

⁷ «Mit einem Gesamtarbeitsvertrag gegen das Lohndumping in der Transport- und Logistikbranche»; Medienmitteilung der Unia vom 8. Oktober 2015.

hielten lediglich einen Stundenlohn von Fr. 13.35 – damit ca. Fr. 5.– weniger, als der NAV Hauswirtschaft des Bundes vorschreibt. Auch im Baugewerbe kam es zu Lohndumping. So wurde u.a. den Arbeitnehmern auf der Baustelle einer SBB-Brücke nur ein Lohn zwischen ca. Fr. 12.– und Fr. 14.– pro Stunde ausbezahlt, wobei diese Löhne weit unter dem Mindestlohn von rund Fr. 25.– lagen. Auf einer Baustelle im Berner Oberland erhielten die Bauarbeiter lediglich einen Monatslohn von Fr. 3900.–, obwohl ihnen gemäss Landesmantelvertrag ein solcher von mindestens Fr. 4437.– zugestanden hätte.

1.6 Flankierende Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz-EU

Zum Schutz der Schweizer Arbeitsbedingungen wurden die Flankierenden Massnahmen (FlaM) eingeführt. Die FlaM sind ein wichtiges Instrument gegen Lohndumping. Sie wurden aber in einer Phase der Hochkonjunktur geschaffen, die heute nicht mehr gegeben ist. Aus Gewerkschaftssicht braucht es daher eine entschlosseneren Anwendung der vorhandenen Instrumente und zusätzliche Instrumente, um gegen unseriöse Firmen vorzugehen, die sich nicht an die Mindestlohnbedingungen halten und damit auch korrekte Firmen gefährden. Besonders in Branchen ohne allgemeinverbindliche Mindestlöhne wurden zahlreiche Missbräuche festgestellt (so betrug im Gartenbau die Verstossquote 25%; in der Sicherheitsbranche hat sie sich gegenüber dem Vorjahr verdoppelt, auch im Detailhandel war sie 2015 überdurchschnittlich hoch).⁸

Die Kontrolltätigkeit wurde im Jahr 2015 weiter intensiviert und die nationalen Kontrollziele deutlich übertroffen. Insgesamt haben die tripartiten (TPK) und paritätischen Kommissionen (PK) die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen in über 45 000 Betrieben und bei 175 000 Personen überprüft. Ein besonderes Augenmerk gilt im Rahmen der flankierenden Massnahmen den Dienstleistungserbringern (Entsandte/Selbstständige) aus den EU/EFTA-Staaten, da aufgrund der Lohnunterschiede zwischen der Schweiz und den Herkunftsländern dieser Arbeitnehmer das Risiko von Lohnunterbietungen grösser ist.⁹

2. Arbeitskämpfe

Das Bundesamt für Statistik (BFS) registrierte im Berichtsjahr 2015 13 Fälle von Streiks und Aussperrungen, wovon 164 Betriebe betroffen waren (im Jahr zuvor waren nur 35 Betriebe betroffen). Zu beachten ist, dass das BFS in seiner Statistik nur Streiks berücksichtigt, die mindestens

⁸ «Lohndumping muss unterbunden werden»; Medienmitteilung der Unia vom 12. Mai 2016.

⁹ Medienmitteilung des SECO vom 12. Mai 2016.

einen Arbeitstag gedauert haben. 2015 waren 13 437 Arbeitnehmer an den Streiks beteiligt (2014: 1915 Arbeitnehmer), wobei 2015 13 274 Arbeitstage verloren gingen (2014: 4185 Arbeitstage).¹⁰ Es zeigt sich somit, dass im Berichtsjahr in der Schweiz deutlich mehr gestreikt wurde als im Jahr zuvor. Namentlich der Protest der Bauarbeiter Ende 2015 liess die Zahl der Arbeitnehmer, die sich an einem Streik beteiligten, hochschnellen. So gingen Mitte November Tausende Bauarbeiter auf die Strasse und forderten Verhandlungen über den auslaufenden Landesmantelvertrag (= GAV für das Bauhauptgewerbe). Der Baumeisterverband und die Gewerkschaften Unia und Syna fanden schliesslich im Dezember 2015 eine Einigung. In Genf gingen auch die Beamten auf die Strasse.¹¹ Die Aufhebung des Euro-mindestkurses wirkte sich ebenfalls auf die Streiksituation aus, u.a. im Tessin, wo sich Arbeitnehmer mit Streiks gegen tiefere Löhne für Grenzgänger einsetzten.¹²

3. *Gesamtarbeitsvertragsrecht*

3.1 Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse 2015

Bei 194 GAV (465 600 Personen) der schweizweit insgesamt 324 GAV wurden Effektivlohnvereinbarungen getroffen. Bei 27 GAV (173 400 Personen) scheiterten die Lohnverhandlungen und bei den übrigen 103 GAV (992 900 Personen) gab es keine Lohnverhandlungen. Mindestlohnverhandlungen wurden von den Sozialpartnern im Rahmen von 221 GAV (1 176 200 Personen) geführt, aber nicht bei allen kam ein Abschluss zustande (Anpassung gleich null). Bei 103 GAV (455 800 Personen) fanden keine Verhandlungen statt. Diese Verhandlungen und Abschlüsse führten bei rund 465 600 Arbeitnehmern zu einer durchschnittlichen Erhöhung der Effektivlöhne¹³ um 0,8%. Die in den GAV festgelegten Mindestlöhne¹⁴

¹⁰ Quelle: Bundesamt für Statistik, Erhebung zu den kollektiven Arbeitsstreitigkeiten, Auskunft: Sektion Löhne und Arbeitsbedingungen.

¹¹ «Mehr Streiks in der Schweiz»; NZZ vom 26. Mai 2016.

¹² «Mehr Streiks in der Schweiz»; NZZ vom 26. Mai 2016.

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

¹⁴ Von den Vertragsparteien ausgehandelte und im GAV oder dessen Zusatzverträgen festgeschriebene minimale Entlohnung. Mindestlöhne sind in Form von einmaligen Beträgen (Jahres-, Monats- oder Stundenlöhne) für verschiedene Arbeitnehmerkategorien angegeben oder werden, im Fall von Lohnskalen, mit den unteren Grenzen der Lohnklassen gleichgesetzt.

wurden durchschnittlich um 0,7% angehoben. Insgesamt 1 172 800 Personen waren einem GAV unterstellt, bei dem die Mindestlöhne angepasst wurden, und 3400 Personen einem GAV, bei dem ein neues Lohnraster festgelegt wurde (nicht berechenbare Anpassung).

Die Effektivlöhne wurden in den Branchen «Herstellung von Textilien und Bekleidung» (+2,3%), «Telekommunikation, Informationstechnologie und Informationsdienstleistungen» (+1,7%), «Post-, Kurier- und Expressdienste» (+1,6%) sowie «Landverkehr, Schifffahrt, Luftfahrt und Lagerei» (+1,5%) am stärksten erhöht. In den Branchen «Heime (ohne Erholungs- und Ferienheime)» (+0,2%) und «Herstellung von elektronischen Erzeugnissen; Uhren» (+0,1%) wurden die Löhne am wenigsten angehoben, während sie in der Branche «Maschinen-, Fahrzeugbau» unverändert geblieben sind.

Bei den Mindestlöhnen finden sich die stärksten Erhöhungen in den Branchen «Finanz- und Versicherungsdienstleistungen» (+4%), «Sonstige Dienstleistungen» (+3,4%), «Herstellung von Nahrungsmitteln und Getränken; Tabakverarbeitung» (+2,3%) sowie «Detailhandel» und «Verlagswesen, audiovisuelle Medien und Rundfunk» (je +1,8%). Zwölf Branchen wiesen keine Veränderung auf.

3.2 Mittelfristige Lohnentwicklung

Die mittelfristige Entwicklung der Löhne in den gesamtarbeitsvertraglich geregelten Bereichen zeigt folgendes Bild: Am stärksten stiegen die Effektivlöhne in den Jahren 2001 (+2,9%), 2002 (+2,5%) und 2009 (+2,6%). Für 2001 und 2002 lassen sich diese Erhöhungen durch das starke Wirtschaftswachstum im Jahr 2000, für das Jahr 2009 durch die von 2004 bis 2008 anhaltende gute konjunkturelle Lage erklären. Im Gegensatz dazu folgten die durchschnittlichen moderaten Anpassungen in den Jahren 2004 (+1,1%) und 2010 (+0,7%) auf eine Zeit geringen Wachstums (2002–2003) bzw. auf das Jahr 2009, in dem die Schweizer Wirtschaftstätigkeit aufgrund der internationalen Banken- und Finanzkrise im Herbst zuvor deutlich abnahm. Nach einem erneuten Anstieg der Löhne im Jahr 2011 um 1,6%, der mit dem konjunkturellen Wiederaufschwung im Jahr 2010 einherging, fielen die Lohnanpassungen 2012 (+1,1%), 2013 (+0,7%), 2014 (+0,8%) und 2015 (+0,8%) bescheiden aus.¹⁵

3.3 Erleichterte AVE GAV für kleine Reinigungsunternehmen

Seit 2004 existiert eine ordentliche Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) des GAV für die Reinigungsbranche der Deutschschweiz. Dieser AVE GAV gilt allerdings nur für Betriebe mit mindestens sechs Arbeit-

¹⁵ www.statistik.admin.ch > Themen > 03-Arbeit und Erwerb > Organisation des Arbeitsmarktes, Gesamtarbeitsverträge.

nehmern. Da vermehrt missbräuchliche Lohnunterbietungen bei kleineren Unternehmen festgestellt wurden, hat der Bundesrat auf Antrag der tripartiten Kommission des Bundes (TPK Bund) im Jahr 2011 den GAV erleichtert allgemeinverbindlich erklärt. Diese erleichterte AVE lief per Ende 2015 aus. Gestützt auf eine Analyse des SECO und die Kontrollergebnisse der paritätischen Kommission, welche für den Vollzug des AVE GAV zuständig ist, kam die TPK Bund zum Schluss, dass die erleichterte AVE des GAV verlängert werden soll. Die Kommission hat dem Bundesrat einen entsprechenden Antrag unterbreitet, wobei dieser dem Antrag der TPK Bund gefolgt ist. Die erleichterte AVE ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten und gilt bis Ende 2017. Es handelt sich dabei um die einzige erleichterte AVE, die auf Bundesebene existiert.¹⁶

3.4 Tieflohnstellen

Der Bericht des Bundesrates über Tieflohnbranchen zeigt, dass der Anteil an Tieflohnstellen in der Schweiz in den vergangenen Jahren praktisch konstant geblieben ist. Ebenfalls zeigt er, dass ein hoher Abdeckungsgrad durch Gesamtarbeitsverträge nicht automatisch einen niedrigen Tieflohnanteil bedeutet. Gemäss international gängiger Definition eines tiefen Lohnes (weniger als zwei Drittel des Bruttomedianlohnes) lagen im Jahr 2012 13,4% aller Stellen in der Schweiz unterhalb der Tieflohnschwelle von Fr. 4343.– brutto pro Monat. Über die letzten Jahre hinweg war der Tieflohnanteil in der Schweiz praktisch konstant. Dies deutet darauf hin, dass sich die tiefen Löhne im Gleichschritt mit den mittleren Löhnen entwickelt haben. Ein tiefer Lohn ist nicht zwingend mit Armut gleichzusetzen. Die wirtschaftliche Situation einer Person hängt letztlich vom verfügbaren Haushaltseinkommen und der Anzahl der davon lebenden Personen ab. Die Anzahl Tieflohnstellen fällt je nach Branche unterschiedlich hoch aus. Im Handel, im Gastgewerbe, im Gesundheits- und Sozialwesen, in der Reinigungs- und Gartenbaubranche sowie in der Haus- und Landwirtschaft gibt es in absoluten Zahlen am meisten Stellen unterhalb der Tieflohnschwelle. Gesamtarbeitsverträge sind wichtig, da sie häufig Mindestlöhne enthalten. Allerdings können diese Mindestlöhne auch unterhalb der Tieflohnschwelle von Fr. 4343.– liegen.¹⁷

3.5 Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds

Im Berichtsjahr 2015 wurden nachstehende Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gefasst, und zwar der Gesamtarbeitsverträge: für die industrielle Reinigung von Textilien in der Romandie (Verlängerung und Änderung); Vorruhe-

¹⁶ Medienmitteilung des SECO vom 17. Dezember 2015.

¹⁷ Medienmitteilung des SECO vom 12. August 2015.

standsmodell im schweizerischen Gebäudehüllengewerbe; für das schweizerische Gewerbe für Decken- und Innenausbausysteme (Änderung); in der schweizerischen Gebäudetechnikbranche (Änderung); für die schweizerische Ziegelindustrie (Verlängerung und Änderung); des schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes (Änderung); für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Änderung); für den schweizerischen Gerüstbau (Verlängerung und Änderung); für das Basler Ausbaugewerbe (Änderung); für das schweizerische Isoliergewerbe (Änderung); für das schweizerische Metallgewerbe; für das schweizerische Marmor- und Granitgewerbe; für die vorzeitige Pensionierung im schweizerischen Marmor- und Granitgewerbe (Verlängerung); für das schweizerische Metzgereigewerbe (Änderung); für die schweizerische Betonwaren-Industrie (Verlängerung und Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug und Zürich (Änderung); für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Verlängerung); für das Holzbaugewerbe (Verlängerung); für das schweizerische Bäcker-, Konditoren- und Confiseur-gewerbe; für das schweizerische Metzgereigewerbe, für das schweizerische Carrosseriegewerbe (Änderung); für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) (Verlängerung und Änderung); für das Metallgewerbe Baselland und Basel-Stadt, für den Personalverleih (Verlängerung); für das schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Verlängerung); für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (Verlängerung und Änderung); für die zahn-technischen Laboratorien der Schweiz (Verlängerung und Änderung); für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz (Verlängerung und Änderung); Vorruehstandsmodell im schweizerischen Gebäudehüllengewerbe (Änderung). BBl 2015, 1015, 1681, 1731, 1733, 1735, 1737, 1739, 1809, 1963, 2551, 2553, 3235, 3237, 3367, 3479, 3565, 3753, 6843, 6845, 7577, 8285, 8303, 8307, 8313, 8673, 8675, 8677, 8803, 9631, 9635. – Vgl. ferner die Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung der Berufsbildungsfonds: für den Verband der Westschweizer Schreiner-, Tischler- und Zimmereibetriebe; der Interessengemeinschaft Kunsthandwerk Holz. BBl 2015, 1741, 3227

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

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

I. Arbeitszeiterfassung, was bleibt gleich, was ändert sich? Revision der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)¹

1. Ausgangslage

1.1 Geltende Regelung im Arbeitsgesetz

Das Arbeitsgesetz verfolgt als wesentliches Ziel den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden. Ein wichtiger Aspekt ist dabei die Arbeitszeit. Dabei spielt die Einhaltung der Ruhezeiten eine wichtige Rolle für die physische und psychische Gesundheit. Die Arbeitgeber sind verpflichtet, eine Dokumentation zu führen, damit die Vollzugsbehörden im Rahmen von Kontrollen über die nötigen Angaben verfügen. Die Dokumentationspflicht umfasst deshalb auch Informationen zu den Arbeitszeiten der Mitarbeitenden. Der Umfang dieser Dokumentation wird auf Verordnungsebene geregelt.

1.2 Warum eine Revision?

Die Arbeitswelt hat sich in den vergangenen Jahrzehnten stark verändert. Viele berufliche Tätigkeiten zeichnen sich heute durch zeitliche und örtliche Flexibilität und eine grosse Selbstständigkeit der Mitarbeitenden aus. Für einen Teil der Arbeitnehmenden erwies sich deshalb die geltende Regelung als nicht mehr zeitgemäss, und das Arbeitsgesetz wurde vielerorts nicht mehr korrekt angewendet. Im Rahmen des Arbeitsgesetzes und unter Wahrung des Gesundheitsschutzes trägt die Ordnungsrevision dieser Entwicklung Rechnung. Sie beruht auf einem Kompromiss zwischen den Sozialpartnern. Mit der Revision erhalten Arbeitnehmende und Arbeitgeber Rechtssicherheit, die Unternehmen werden administrativ entlastet und der Vollzug des Arbeitsgesetzes wird gestärkt.

2. Neu

2.1 Drei Varianten

Die Dokumentationspflicht als solche bleibt bestehen. Mit der revidierten Verordnung werden nun aber drei unterschiedliche Regelungen der

¹ <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer > Arbeitszeiterfassung.

Dokumentation eingeführt, wobei zwei davon neu sind. Die Modalitäten unterscheiden sich je nach Rahmenbedingungen der ausgeübten Tätigkeit:

2.1.1 Die systematische Arbeitszeiterfassung bleibt die Standardregel für alle Arbeitnehmenden, die bei der Festlegung ihrer Arbeitszeiten nicht über eine gewisse Autonomie verfügen. Sie sieht vor, dass Anfang und Ende jeder Arbeitsphase sowie auch die Pausen und die Ausgleichszeiten zu dokumentieren sind. Sind die Voraussetzungen für eine andere Regelung nicht gegeben, so muss der Betrieb die Arbeitszeit systematisch erfassen. Er kann jedoch selbst wählen, welches Instrument für seine Organisation am besten dafür geeignet ist.

2.1.2 Bei der vereinfachten Arbeitszeiterfassung beschränkt sich die Erfassung auf die Gesamtzahl der geleisteten Arbeitsstunden (ein einziger Gesamtwert pro Tag). Diese Möglichkeit besteht für alle Arbeitnehmenden, die ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können. Für diese Regelung ist kein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) notwendig: Es genügt eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Betrieb und einer Vertretung der Arbeitnehmenden. In Betrieben mit weniger als 50 Arbeitnehmenden ist auch eine individuelle Vereinbarung mit den einzelnen Angestellten möglich.

2.1.3 Der Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung ist für Arbeitnehmende mit einem Bruttojahreseinkommen von mehr als Fr. 120 000.– möglich. Diese Arbeitnehmenden müssen zudem ihre Arbeitszeiten mehrheitlich selber festsetzen können und über eine grosse Autonomie bei der Gestaltung ihrer Arbeit verfügen. Die Einführung einer solchen Regelung erfolgt im Rahmen eines GAV und mit individueller Zustimmung der betroffenen Personen.

3. Die drei Regelungen im Überblick

Regelung	Gesetzliche Grundlage	Betroffene Arbeitnehmerinnen/ Arbeitnehmer	Voraussetzungen	Dokumentationspflicht des Arbeitgebers
Systematische Zeiterfassung	Art. 46 ArG, Art. 73 ArGV 1	Alle, die den Arbeitszeitbestimmungen unterstellt sind	Keine (Standardregel)	– Anfang und Ende jeder Arbeitsphase – Lage und Dauer der Pausen von einer halben Stunde und mehr – Ruhe- und Ersatzruhetage

Regelung	Gesetzliche Grundlage	Betroffene Arbeitnehmerinnen/ Arbeitnehmer	Voraussetzungen	Dokumentationspflicht des Arbeitgebers
Ver-einfachte Zeit-erfassung	Art. 46 ArG, Art. 73b ArGV 1	Alle, die ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können (mind. 25% frei bestimmbar)	Für diese Regelung ist kein GAV notwendig. Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden (entweder mit der Arbeitnehmervertretung bzw. mit der Mehrheit der Arbeitnehmenden oder in Betrieben mit weniger als 50 Arbeitnehmenden auch individuell)	– Gesamtdauer der täglich geleisteten Arbeit – Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden, welche die Anforderungen gemäss Art. 73b ArGV 1 erfüllt
Verzicht auf Zeit-erfassung	Art. 46 ArG, Art. 73a ArGV 1	Alle, die bei ihrer Arbeit über eine grosse Autonomie verfügen und ihre Arbeitszeiten mehrheitlich selber festsetzen können (mind. 50% frei bestimmbar) und die über ein Brutto-jahreseinkommen, einschliesslich Boni, von mehr als Fr. 120 000.– verfügen	GAV zwischen Arbeitgeber und einer oder mehreren repräsentativen Arbeitnehmerorganisationen (Gewerkschaften) – auch regionale oder branchenübergreifende Gesamtarbeitsverträge möglich	– Gesamtarbeitsvertrag, der die Anforderungen von Art. 73a ArGV 1 erfüllt – Verzeichnis mit Lohnangaben der Arbeitnehmenden, die auf die Arbeitszeiterfassung verzichtet haben – Individuelle Verzichtserklärung jeder betroffenen Arbeitnehmerin bzw. jedes betroffenen Arbeitnehmers

4. Inkraftsetzung der neuen Regelung

Die revidierte Verordnung ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. Mehr Informationen zu den neuen Modalitäten der Arbeitszeiterfassung finden Sie auf der Website des SECO (www.seco.admin.ch). Diese Informationen werden im Zuge der Umsetzung der neuen Regelung laufend aktualisiert und ergänzt. Für Fragen bezüglich Vollzug und Anwendung in den Betrieben sind die kantonalen Arbeitsinspektorate zuständig (www.arbeitsinspektorat.ch).

II. Mutterschaft; Schutz der Arbeitnehmerinnen²

(Letzte Änderung 14. September 2016)

1. Einführung

Die folgenden Erlasse betreffen schwangere Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillende Mütter:

1.1 *Arbeitsgesetz und dazugehörige Vollzugsverordnungen* (Art. 35 ff. ArG)

Dieses Gesetz schützt die Gesundheit von Schwangeren, Wöchnerinnen und stillenden Müttern. Es beschreibt die Voraussetzungen, unter denen diese Frauen beschäftigt werden dürfen. Allerdings erfasst das Arbeitsgesetz weder alle Betriebe noch alle Arbeitnehmerinnen (Art. 1–4 ArG):

- Einige Betriebe und Arbeitnehmende sind davon vollständig ausgeschlossen: landwirtschaftliche Betriebe, private Haushalte und Heimarbeitnehmerinnen beispielsweise.
- Andere sind nur den Vorschriften über den Gesundheitsschutz unterstellt: alle öffentlichen Verwaltungen sowie Arbeitnehmerinnen, die wissenschaftliche oder eine höhere leitende Tätigkeit ausüben beispielsweise.

Die arbeitsgesetzlichen Vorschriften sind zwingend. Sie werden von Amtes wegen durch die kantonalen Arbeitsinspektorate und das Eidgenössische Arbeitsinspektorat kontrolliert und durchgesetzt. Jede Arbeitnehmerin kann diesen Behörden Anzeige erstatten.

1.2 *Obligationenrecht* (Art. 319 ff. OR)

Dieses Gesetz schützt Schwangere und Wöchnerinnen vorwiegend aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten (Lohnfortzahlung) sowie bei Kündigung. Diese Bestimmungen gelten für alle Arbeitgeber und alle Arbeitnehmerinnen in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, einschliesslich Teilzeitbeschäftigte, Lehrtöchter, Handelsreisende und ununterbrochen im Dienst des Arbeitgebers stehende Heimarbeitnehmerinnen. Arbeitnehmerinnen im öffentlichen Dienst sind in der Regel nicht durch das OR, sondern durch Sondergesetze erfasst (abhängig von kantonalen Regelungen).

² <https://www.seco.admin.ch> > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Broschüren und Flyer > Mutterschaft; Schutz der Arbeitnehmerinnen.

Streitfälle über die Anwendung dieser Vorschriften müssen dem Zivil- oder Arbeitsgericht vorgebracht werden, das für den Wohnsitz der beklagten Partei oder für den Ort zuständig ist, an dem die Arbeitnehmerin gewöhnlich ihre Arbeit verrichtet. Das Verfahren vor diesen Gerichten ist einfach, rasch und kostenlos, wenn der Streitwert Fr. 30 000.– nicht überschreitet (Art. 343 OR).

Diese Kostenlosigkeit bedeutet, dass die unterliegende Partei zwar in der Regel keine Gerichtskosten zu bezahlen hat, jedoch verpflichtet werden kann, eine Parteientschädigung zu entrichten, d.h., die Anwaltskosten und die Auslagen der Gegenpartei zu bezahlen.

1.3 Erwerbsersatzgesetz und dazugehörige Verordnung (Art. 16b ff. EOG und Art. 23 ff. EOV)

Das EOG betraf bis anhin nur den (teilweisen) Ersatz des Verdienstausfalls von Personen, die Militär-, Zivilschutz oder Zivildienst leisten. Seit der Gesetzesrevision (die am 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist) wird auch der Lohnausfall berufstätiger Frauen bei Mutterschaft entschädigt.

1.4 Gleichstellungsgesetz (GlG)

Dieses Gesetz verbietet die Diskriminierung der Frauen, namentlich wenn eine bestehende, zukünftige oder in der Vergangenheit liegende Schwangerschaft der Grund ist.

2. Zeit vor der Niederkunft

Während der Schwangerschaft ist die Frau empfindlicher gegen Schädigungen und Anstrengungen, die im Zusammenhang mit den Bedingungen am Arbeitsplatz stehen. Gewisse physikalische Einflüsse (Röntgenstrahlen), chemische Stoffe (Pflanzenschutzmittel, Lösungsmittel, Kohlenmonoxyd, Blei) oder biologische Faktoren (Röteln-Virus) können schwerwiegende Folgen für die Entwicklung des Fötus haben oder frühzeitige Schwangerschaftsabbrüche verursachen. Gegen Ende der Schwangerschaft können beschwerliche Arbeiten (Bewegen schwerer Lasten, stehende Tätigkeit, unangepasste Arbeitszeiten) dieselben Konsequenzen haben. Daher ist der Arbeitgeber verpflichtet, schwangere Frauen so zu beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass ihre Gesundheit und die Gesundheit des Kindes nicht beeinträchtigt werden (Art. 35 Abs. 1 ArG). So haben zum Beispiel schwangere Frauen, die hauptsächlich stehend arbeiten, ab dem vierten Schwangerschaftsmonat das Recht auf eine tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden. Zudem steht ihnen nach jeder zweiten Stunde – zusätzlich zu den gesetzlichen Pausen – eine Kurzpause von zehn Minuten zu. Ab dem sechsten Schwangerschaftsmonat dürfen ihnen Arbeiten im Stehen während höchstens vier Stunden pro Tag zugemutet werden (Art. 61 ArGV 1).

2.1 *Unzulässige Arbeiten*

2.1.1 *Gefährliche oder beschwerliche Arbeiten*

Schwangere Frauen dürfen nur dann gefährliche und beschwerliche Arbeiten verrichten, wenn aufgrund einer Risikobeurteilung feststeht, dass keine gesundheitliche Belastung für Mutter und Kind vorliegt oder wenn eine solche Belastung durch geeignete Schutzmassnahmen ausgeschaltet werden kann (Art. 62 ArGV 1).

Zu den gefährlichen oder beschwerlichen Arbeiten gehören u.a.:

- das Bewegen schwerer Lasten von Hand (regelmässig mehr als 5 kg, gelegentlich mehr als 10 kg),
- Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen (sich erheblich strecken oder beugen, dauernde Kauerstellung usw.),
- Arbeiten, die mit Einwirkungen wie Stössen, Erschütterungen oder Vibrationen verbunden sind,
- Arbeiten bei Kälte (unter -5°C) oder Hitze (über $+28^{\circ}\text{C}$) oder bei Nässe,
- Arbeiten unter Einwirkungen schädlicher Strahlen oder Lärm (gleich oder mehr als 85 Dezibel(A)),
- Arbeiten unter Einwirkung schädlicher Stoffe oder Mikroorganismen,
- Arbeiten in Arbeitszeitsystemen, die zu einer starken Belastung führen (Schichtarbeit mit Rückwärtsrotation, mehr als drei Nachtschichten hintereinander usw.)
- Eine Verordnung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (Mutterschutzverordnung) führt Näheres zu diesen Arbeiten aus.

2.1.2 *Risikobeurteilung*

Wenn in einem Betrieb Arbeiten ausgeführt werden, die gefährlich oder beschwerlich für die Mutter oder das Kind sein können, muss eine fachlich kompetente Person eine Risikobeurteilung vornehmen. Diese hat erstmals vor Beginn der Beschäftigung von Frauen im Betrieb zu erfolgen (Art. 63 Abs. 2 ArGV 1). Die Risikobeurteilung hat zum Zweck, die Gefahren aufzudecken, die Risiken einzuschätzen und geeignete Schutzmassnahmen vorzusehen, welche die Risiken auszuschliessen oder zu bewältigen vermögen. Die Arbeitnehmerinnen müssen über das Ergebnis der Beurteilung, wie auch über die Schutzmassnahmen, die sich daraus ergeben, informiert werden.

2.1.3 Abend- und Nachtarbeit

Während der ersten sieben Monate der Schwangerschaft kann eine Arbeitnehmerin, die zwischen 20 und 6 Uhr arbeitet, verlangen, stattdessen für eine gleichwertige Tagesarbeit eingesetzt zu werden (Art. 35b Abs. 1 ArG). Ab der achten Woche vor der Niederkunft darf eine Arbeitnehmerin zwischen 20 und 6 Uhr nicht beschäftigt werden (Art. 35a Abs. 4 ArG).

2.1.4 Ersatzarbeit und Lohnzahlung

Der Arbeitgeber muss den schwangeren Arbeitnehmerinnen, die eine beschwerliche oder gefährliche Tätigkeit verrichten, nach Möglichkeit eine gleichwertige Ersatzarbeit ohne Risiken vorschlagen. Ebenfalls hat er schwangeren Frauen, die zwischen 20 und 6 Uhr arbeiten, eine gleichwertige Tagesarbeit (zwischen 6 und 20 Uhr) anzubieten. Gleichwertig ist eine Arbeit dann, wenn sie den geistigen und fachlichen Anforderungen am üblichen Arbeitsplatz gerecht wird, und der Lohn demjenigen für die sonst übliche Arbeit entspricht. Kann der Arbeitgeber eine solche gleichwertige Ersatzarbeit nicht anbieten, haben die Arbeitnehmerinnen das Recht, die Arbeit nicht zu verrichten, und Anspruch auf 80% des Lohnes (Art. 35 und Art. 35b ArG). Allfällige Zuschläge für Nachtarbeit müssen nicht bezahlt werden, wohl aber eine angemessene Vergütung für möglicherweise ausfallenden Naturallohn (Verpflegung beispielsweise). Diese Entschädigung von 80% des Lohnes darf vom Lohn, der bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung geschuldet ist, nicht abgezogen werden.

2.2 Weitere Arbeitsbeschränkungen

2.2.1 Einverständnis zur Beschäftigung

Schwangere Frauen dürfen nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden (Art. 35a Abs. 1 und 3 ArG). Auf ihr Verlangen sind diese Frauen von Arbeiten zu befreien, die für sie beschwerlich sind (Art. 64 Abs. 1 ArGV 1). Schwangere Arbeitnehmerinnen müssen sich unter geeigneten Bedingungen hinlegen und ausruhen können (komfortable Liege in einem separaten Ruheraum beispielsweise, Art. 34 ArGV 3).

2.2.2 Arbeitsabsenzen

Eine schwangere Frau darf auf blosser Anzeige hin von der Arbeit wegbleiben oder diese verlassen (Art. 35a Abs. 2 ArG). Der Lohn ist ihr dann allerdings nicht unbedingt geschuldet, vor allem, wenn sie kein Arztzeugnis vorlegt.

2.2.3 Beschränkung der Arbeitszeit

Die vertraglich vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit darf nicht verlängert werden, und die tägliche Arbeit darf in keinem Fall

neun Stunden überschreiten, selbst wenn vertraglich eine längere tägliche Arbeitszeit vorgesehen wurde (Art. 60 Abs. 1 ArGV 1).

2.3 *Lohnzahlung bei Arbeitsunfähigkeit*

2.3.1 *Grundsatz*

Wie bei Krankheit oder Unfall muss der Arbeitgeber einer schwangeren Arbeitnehmerin den Lohn während einer beschränkten Dauer zahlen, wenn sie wegen ihrer Schwangerschaft nicht arbeiten kann (Art. 324a Abs. 3 OR). Die Schwangerschaft als solche gibt keinen Anspruch auf Lohn ohne Arbeitsleistung: Nur wenn die schwangere Arbeitnehmerin aus gesundheitlichen Gründen, namentlich aus solchen, die mit ihrem Zustand zusammenhängen, an der Arbeit verhindert ist, kann sie Leistungen gestützt auf Art. 324a OR verlangen. Die hier beschriebene Lohnfortzahlung folgt nicht denselben Regeln wie jene bei Verbot der Verrichtung gefährlicher oder beschwerlicher Tätigkeiten oder bei Abend- und/oder Nachtarbeit.

2.3.2 *Naturallohn*

Besteht ein Teil des Lohnes in Naturallohn (Verpflegung beispielsweise) und entfällt dieser, weil die Arbeitnehmerin abwesend ist, so ist dafür eine angemessene Vergütung zu entrichten (Art. 324a Abs. 1 und 3 OR).

2.3.3 *Voraussetzungen*

Wenn die Arbeitnehmerin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht, muss dieses mindestens drei Monate gedauert haben oder eine Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten vereinbart worden sein, damit ein Anspruch auf Lohnfortzahlung besteht. Wenn die Arbeitnehmerin einen befristeten Vertrag abgeschlossen hat, muss eine Vertragsdauer von mindestens drei Monaten vereinbart worden sein, damit eine Lohnfortzahlungspflicht besteht.

2.3.4 *Arztzeugnis*

Um ihren Lohn zu bekommen, hat die Arbeitnehmerin auf Verlangen des Arbeitgebers beispielsweise durch ein Arztzeugnis nachzuweisen, dass gesundheitliche Gründe sie an der Arbeitsleistung hindern. Diese gesundheitlichen Gründe können von der Schwangerschaft herrühren oder auch vollkommen unabhängig davon sein (wie zum Beispiel eine Grippe).

2.3.5 *Dauer der Lohnfortzahlungspflicht*

Wenn keine Versicherung für den Verdienstausschlag bei Krankheit besteht, richtet sich die Dauer der Lohnfortzahlung nach der Anzahl Dienstjahre beim selben Arbeitgeber. Das Dienstjahr stimmt nicht unbedingt mit dem Kalenderjahr überein. Im ersten Dienstjahr ist der Lohn für insgesamt we-

nigstens drei Wochen zu entrichten. In den folgenden Dienstjahren sieht das Gesetz eine «angemessene längere Zeit» dauernde Lohnfortzahlung vor, die jedoch nicht genau bestimmt wird (Art. 324a Abs. 2 OR).

Um die Ermittlung der «angemessenen längeren Zeit» zu vereinfachen, haben einzelne Arbeitsgerichte die folgenden Skalen mit Richtzahlen aufgestellt:

Dienstjahre	Basler Skala	Berner Skala	Zürcher Skala
1. Dienstjahr	3 Wochen	3 Wochen	3 Wochen
2. Dienstjahr	2 Monate	1 Monat	8 Wochen
3. Dienstjahr	2 Monate	2 Monate	9 Wochen
4. Dienstjahr	3 Monate	2 Monate	10 Wochen
5. Dienstjahr	3 Monate	3 Monate	11 Wochen
6. Dienstjahr	3 Monate	3 Monate	12 Wochen
7. Dienstjahr	3 Monate	3 Monate	13 Wochen
8. Dienstjahr	3 Monate	3 Monate	14 Wochen
9. Dienstjahr	3 Monate	3 Monate	15 Wochen
10. Dienstjahr	3 Monate	4 Monate	16 Wochen
11. Dienstjahr	4 Monate	4 Monate	17 Wochen

Beginnt während der Arbeitsverhinderung ein neues Dienstjahr, entsteht wieder ein neuer Anspruch.

2.3.6 Abschluss einer Versicherung für den Verdienstaussfall (Taggeldversicherung)

Über die Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung kann eine abweichende, schriftliche Regelung getroffen werden. Die der Arbeitnehmerin zustehenden Leistungen müssen aber im Verhältnis zu den oben beschriebenen mindestens gleichwertig sein (Art. 324a Abs. 4 OR). Es handelt sich dabei meist um eine vom Arbeitgeber abgeschlossene Taggeldversicherung. Deren Leistungen gelten beispielsweise dann als gleichwertig, wenn sie im Krankheitsfall nach höchstens drei Karenztagen während 720 Tagen (innert 900 aufeinanderfolgenden Tagen) 80% des Lohnes abdecken, und der Arbeitgeber mindestens die Hälfte der Versicherungsprämien bezahlt. Eine private, von der Arbeitnehmerin allein bezahlte Taggeldversicherung entlastet den Arbeitgeber nicht von der Lohnzahlung nach OR.

2.4 *Kürzung des Ferienanspruchs*

Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitgeber die Dauer der Ferien kürzen kann, wenn eine Arbeitnehmerin während einer gewissen Zeit nicht arbeitet (Art. 329b OR).

2.4.1 *Absenzen wegen Schwangerschaft*

Der Arbeitgeber darf die Ferien kürzen, aber nur dann, wenn die Arbeitsabsenz wegen Schwangerschaft länger als zwei Monate gedauert hat (Art. 329b Abs. 3 OR). Dies bedeutet, dass die Kürzung erst ab dem dritten vollen Monat Arbeitsabsenz beginnt. Die Kürzung kann bis zu einem Zwölftel für jeden vollen Monat der Verhinderung betragen, d.h. bei drei vollen Monaten einen Zwölftel, bei vier vollen Monaten zwei Zwölftel usw.

2.4.2 *Absenzen wegen Mutterschaftsurlaub*

Der Arbeitgeber darf die Ferien nicht kürzen, wenn die Arbeitnehmerin während der 14 Wochen Mutterschaftsurlaub von der Arbeit fern geblieben ist (Art. 329b Abs. 3 OR).

3. **Zeit nach der Niederkunft**

3.1 *Beschäftigungsverbot*

Wöchnerinnen dürfen während acht Wochen nach ihrer Niederkunft nicht beschäftigt werden (Art. 35a Abs. 3 ArG).

3.2 *Mutterschaftsurlaub*

3.2.1 *Grundsatz*

Seit dem 1. Juli 2005 haben Arbeitnehmerinnen nach der Niederkunft Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen (oder 98 Tagen) (neuer Art. 329f OR), der an einem Stück zu nehmen ist (keine Unterbrechung möglich). Dieser Anspruch existiert nicht im Falle der Adoption.

3.2.2 *Leistungen*

Während des Mutterschaftsurlaubes hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf 80% des Lohnes in Form von Taggeldern (Art. 16e EOG)³.

³ Seit dem 1. Januar 2009 kann das Taggeld grundsätzlich den Betrag von Fr. 196.– täglich nicht übersteigen (Art. 16f EOG), was 80% eines monatlichen Lohnes von Fr. 7350.– entspricht. Ausnahmen davon sind möglich, wenn die Mutter vor der Niederkunft höhere Leistungen von der Arbeitslosen-, Unfall-, Invaliden-, Kranken- oder Militärversicherung oder eine höhere Entschädigung für Dienstleistende bezogen hat.

3.2.3 *Anspruchsberechtigte*

Namentlich haben Anspruch auf diesen Mutterschaftsurlaub:

- angestellte Frauen;
- Selbstständigerwerbende;
- Frauen, die im Unternehmen ihres Ehemannes oder eines Angehörigen mitarbeiten und die einen Lohn beziehen;
- arbeitslose Frauen;
- kranke Frauen, die Taggelder beziehen.

Diese Gegebenheiten müssen zum Zeitpunkt der Niederkunft vorliegen sein.

3.2.4 *Voraussetzungen*

Damit die Frau diese Zahlungen erhält, muss sie:

- während der neun Monate vor der Niederkunft bei der AHV versichert sein (sechs Monate im Falle der Niederkunft vor dem siebten Monat der Schwangerschaft, sieben Monate bei der Niederkunft vor dem achten Monat der Schwangerschaft und acht Monate im Falle der Niederkunft vor dem neunten Monat der Schwangerschaft) und
- mindestens fünf Monate in der Zeitspanne vor der Niederkunft gearbeitet haben.

Zur Ermittlung der Mindestversicherungsdauer müssen die in einem EU/EFTA-Staat zurückgelegten Versicherungs- und Beschäftigungszeiten angerechnet werden (Art. 26 und 28 EO). Wenn eine Arbeitnehmerin die Voraussetzungen der Mutterschaftsversicherung nicht erfüllt, folgt die Lohnfortzahlung den gleichen Regeln wie bei der unverschuldeten Arbeitsverhinderung.

3.2.5 *Beginn des Urlaubs*

Der Urlaub beginnt, wenn das Kind lebensfähig geboren wird, die Dauer der Schwangerschaft ist dabei nicht von Bedeutung (Art. 16c Abs. 1 EOG). Wenn das Kind tot geboren oder nach der Geburt verstorben ist, hat die Mutter Anspruch auf Leistungen, wenn die Schwangerschaft mindestens 23 Wochen gedauert hat (Art. 23 EO).

3.2.6 *Ende des Mutterschaftsurlaubs*

Der Urlaub endet mit dem Ablauf der 14 Wochen. Auf jeden Fall endet er, wenn die Mutter ihre Arbeit wieder aufnimmt, sei dies Teil- oder Vollzeit (Art. 16d EOG). Achtung: Die Mutter darf die Arbeit auf keinen Fall vor Ablauf der acht Wochen, während der sie nicht beschäftigt werden darf, wieder aufnehmen.

3.2.7 *Aufschub des Mutterschaftsurlaubs*

Wenn das Kind während mindestens drei Wochen nach der Geburt im Spital bleiben muss (Art. 24 EOV), kann die Mutter einen Aufschub der Zahlungen verlangen, bis sie das Kind heimnehmen kann. Die Mutter riskiert jedoch, in dieser Zeit kein Einkommen zu erzielen.

3.3 *Arbeitsbeschränkungen*

3.3.1 *Verringerte Leistungsfähigkeit*

Wenn die Frau in den ersten Monaten nach der Niederkunft nicht voll leistungsfähig ist und dies durch Arztzeugnis bestätigt ist, so darf sie nicht zu Arbeiten herangezogen werden, die ihre Leistungsfähigkeit übersteigen (Art. 64 Abs. 2 ArGV 1). Das ärztliche Zeugnis muss Auskunft geben, welche Arbeiten die Betroffene ausüben kann und welche nicht.

3.3.2 *Abend- und Nachtarbeit*

Wie während der ersten sieben Monate der Schwangerschaft muss der Arbeitgeber auf Verlangen Frauen, die zwischen der achten und der 16. Woche nach der Niederkunft am Abend und in der Nacht (zwischen 20 und 6 Uhr) arbeiten, eine gleichwertige Tagesarbeit anbieten oder 80% des Lohnes zahlen (Art. 35b ArG). Mit dem Inkrafttreten der neuen Mutterschaftsversicherung macht diese Regelung nur zwischen der 14. und 16. Woche nach der Niederkunft Sinn, ausser die Frau entschliesst sich, die Beschäftigung nach Ablauf des achtwöchigen Beschäftigungsverbots wieder aufzunehmen.

3.3.3 *Einverständnis zur Beschäftigung*

Von der neunten bis zur 16. Woche nach der Niederkunft darf die Mutter nur mit ihrem Einverständnis arbeiten (Art. 35a Abs. 3 ArG). Mit der neuen Mutterschaftsversicherung macht diese Regelung nur für die 15. und 16. Woche nach der Niederkunft Sinn, während der die Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf Lohn hat, wenn sie nicht arbeitet.

4. **Stillzeit**

Das Stillen stellt einen grossen Nutzen nicht nur für die Gesundheit des Kindes, sondern auch für die gefühlsmässige Bindung zwischen Mutter und Kind dar. Es ist daher wichtig, Mütter darin über den Mutterschaftsurlaub hinaus zu bestärken. Dies ist eines der beabsichtigten Ziele der Regelungen im Arbeitsgesetz, nebst dem generellen Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

4.1 *Genereller Gesundheitsschutz*

Gleich wie während der Schwangerschaft, ist der Arbeitgeber verpflichtet, stillende Mütter so zu beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass weder ihre Gesundheit noch diejenige des Kindes beeinträchtigt werden. Er hat folglich die Arbeitsbedingungen entsprechend zu gestalten (Art. 35 Abs. 1 ArG). Genauso wie während ihrer Schwangerschaft, kann die stillende Mutter verlangen, dass sie von für sie beschwerlichen Arbeiten befreit wird. Sie muss sich unter geeigneten Bedingungen hinlegen und ausruhen können.

4.2 *Gefährliche und beschwerliche Arbeiten*

Auch stillende Frauen dürfen keine gefährliche oder beschwerliche Tätigkeit ausüben. Es muss ihnen eine gleichwertige, gefährlose Ersatzarbeit angeboten werden. Falls dies nicht möglich ist, haben sie Anspruch auf 80% ihres Lohnes.

4.3 *Einverständnis zur Beschäftigung*

Nach Ablauf des achtwöchigen Beschäftigungsverbots müssen stillende Mütter ihr Einverständnis zur Beschäftigung geben.

4.4 *Stillzeit*

Den Müttern ist die zum Stillen erforderliche Zeit freizugeben (Art. 35a Abs. 2 ArG). Im ersten Lebensjahr des Kindes gelten die Zeiten für das Stillen oder Abpumpen von Milch in folgendem Umfang als bezahlte Arbeitszeit (Art. 60 Abs. 2 lit. a–c ArGV 1):

- bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu vier Stunden: mindestens 30 Minuten
- bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als vier Stunden: mindestens 60 Minuten
- bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden: mindestens 90 Minuten

Die erforderliche Zeit zum Stillen gilt nicht als Ruhezeit. Sie darf weder als Überstundenkompensation noch an die Ferien angerechnet werden.

4.5 *Beschränkung der Arbeitszeit*

Die durch den Arbeitsvertrag vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit darf nicht verlängert werden und sie darf auf keinen Fall neun Stunden Arbeit überschreiten, auch wenn eine längere Dauer im Arbeitsvertrag vorgesehen wurde (Art. 60 Abs. 1 ArGV 1).

5. Kündigung

Dieser Teil befasst sich insbesondere mit dem Kündigungsschutz schwangerer Arbeitnehmerinnen und Wöchnerinnen unter dem Gesichtspunkt der Kündigung zur Unzeit (Art. 336c OR) und nicht unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Kündigung wegen Mutterschaft.

5.1 *Kündigungsverbot für den Arbeitgeber*

5.1.1 *Grundsatz*

Der Arbeitgeber darf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis weder während der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin noch in den 16 Wochen nach der Niederkunft kündigen (Art. 336c Abs. 1 Bst. c OR). Dieses Verbot gilt unabhängig vom Kündigungsgrund (sei dieser mit der Mutterschaft zusammenhängend oder nicht). Die Frage, ob der Schutz während der 16 Wochen nach der Niederkunft auch gültig ist, wenn das Kind tot geboren oder nach der Geburt gestorben ist, ist umstritten. Analog zur neuen Mutterschaftsversicherung könnte so geantwortet werden, dass der Schutz gilt, wenn die Schwangerschaft mindestens 23 Wochen gedauert hat.

5.1.2 *Beginn des Schutzes*

Der Schutz beginnt ab dem ersten Tag der Schwangerschaft, selbst wenn die Arbeitnehmerin nicht wusste, dass sie im Zeitpunkt der Kündigung bereits schwanger war. Der Kündigungsschutz kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Probezeit abgelaufen ist. Diese kann bis zu drei Monaten betragen.

5.1.3 *Folge*

Eine während der Sperrfrist ausgesprochene Kündigung ist nichtig, d.h., sie bleibt wirkungslos. Der Arbeitgeber muss nach Ablauf der Sperrfrist nochmals kündigen, wenn er das Arbeitsverhältnis auflösen will, und zwar unter Beachtung der Kündigungsfristen. Hat der Arbeitgeber die Kündigung vor Beginn der Sperrfrist (also bevor die Arbeitnehmerin schwanger war) auf ein Datum nach Beginn der Schwangerschaft ausgesprochen, steht die Kündigungsfrist während der ganzen Sperrfrist still und läuft erst nach dem Ende der Sperrfrist, d.h. ab der 17. Woche nach der Niederkunft, weiter (Art. 336c Abs. 2 OR). Sollte das Datum der so aufgeschobenen Beendigung des Vertrages nicht auf einen üblichen Kündigungszeitpunkt (in der Regel Monatsende) fallen, wird das Ende des Vertrages automatisch auf diesen Zeitpunkt verschoben (Art. 336c Abs. 3 OR).

5.1.4 *Nichtanwendbarkeit des Schutzes*

Der Kündigungsschutz ist in folgenden Fällen nicht anwendbar:

- wenn der Vertrag aus wichtigen Gründen fristlos aufgelöst wird (Art. 337 ff. OR);
- wenn die Kündigung bei einer bestehenden Schwangerschaft während der Probezeit zugeht, selbst wenn die Kündigung auf ein Datum nach Ablauf dieser Probezeit erfolgt;
- wenn die Parteien das Arbeitsverhältnis durch Vereinbarung zwischen den beteiligten Parteien auflösen;
- wenn das Arbeitsverhältnis befristet ist: Ein solches endet mit dem Ablauf der vereinbarten Vertragszeit, ohne dass es nötig ist, zu kündigen.

5.2 *Kündigung durch die Arbeitnehmerin*

Das Kündigungsverbot ist nur für den Arbeitgeber gültig. Arbeitnehmerinnen, die schwanger sind, Wöchnerinnen und stillende Mütter können das Arbeitsverhältnis jederzeit kündigen. Sie müssen jedoch die massgebenden gesetzlichen, vertraglichen oder gesamtarbeitsvertraglichen Kündigungsfristen und -termine einhalten. Die Auflösung des Vertrags durch Kündigung oder durch gegenseitige Vereinbarung auf ein Datum vor der Niederkunft bedeutet, dass die Arbeitnehmerin ihre Ansprüche auf Erwerbsausfallentschädigung bei Mutterschaft verliert. Sie behält ihre Ansprüche nur, wenn der Vertrag auf ein Datum nach der Niederkunft aufgelöst wird.

5.3 *Vertragsbeendigung durch gegenseitige Vereinbarung*

Es besteht daneben die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung durch eine Vereinbarung zwischen der Arbeitnehmerin und dem Arbeitgeber, sogar wenn die Parteien zu diesem Zeitpunkt nicht wussten, dass die Arbeitnehmerin schwanger war. Eine solche Vereinbarung ist nur gültig, wenn sie einen gegenseitigen Verzicht auf Rechte beinhaltet, die sich aus dem Gesetz oder dem Arbeitsvertrag ergeben. Es ist sehr ratsam, diese Vereinbarung zwischen den Parteien schriftlich abzufassen, um über ein Beweismittel zu verfügen.

6. **Nichtdiskriminierung von Frauen während der Mutterschaft**

Spezielle Regelungen schützen die Frau, wenn sie wegen ihrer Schwangerschaft diskriminiert wird.

6.1 *Diskriminierungsverbot*

Es ist verboten, eine Arbeitnehmerin direkt oder indirekt wegen ihres Geschlechts zu benachteiligen, namentlich nicht unter Berufung auf eine Schwangerschaft (Art. 3 Abs. 1 GlG). Dieses Verbot besteht nicht nur

während des Arbeitsverhältnisses, sondern ist auch bezüglich der Anstellung und der Auflösung des Arbeitsvertrages gültig. So stellt auch das Nichteinstellen einer Frau, weil sie schwanger werden könnte, eine durch das Gesetz verbotene Diskriminierung dar.

6.2 *Beweislasterleichterung*

In Anbetracht dessen, dass es sehr schwierig ist, eine Diskriminierung zu beweisen, erlaubt das Gesetz, dass die Arbeitnehmerin diese Diskriminierung lediglich glaubhaft machen muss. Der Arbeitgeber muss den Gegenbeweis erbringen, d.h. beweisen, dass er keine Benachteiligung begangen hat. Dies gilt für den Lohn sowie die Auflösung des Vertrages, aber nicht für die Anstellung (Art. 6 GIG).

6.3 *Diskriminierung bei der Anstellung*

Wenn eine Arbeitnehmerin Opfer einer Diskriminierung bei der Anstellung ist, kann sie vom Arbeitgeber eine schriftliche Begründung verlangen, warum er sie nicht angestellt hat, sowie eine Entschädigung im Umfang von höchstens drei Monatslöhnen (Art. 5 und 8 GIG). Die Arbeitnehmerin kann ihren Entschädigungsanspruch innert dreier Monate, nachdem ihr die Ablehnung der Anstellung mitgeteilt wurde, bei einem Gericht geltend machen (Art. 8 GIG). Tut sie dies nicht innert dieser Frist, geht der Anspruch unter. Die Arbeitnehmerin kann aber nicht verlangen, eingestellt zu werden.

6.4 *Diskriminierung bei der Kündigung*

6.4.1 *Aufhebung der Kündigung*

Die Arbeitnehmerin kann die Aufhebung der Kündigung und die Wiedereinstellung in die Unternehmung in den folgenden Fällen verlangen: Es gibt keinen begründeten Anlass für die Kündigung und:

- diese erfolgte, nachdem die Arbeitnehmerin eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung erhoben hat, oder
- diese erfolgte nach der Eröffnung eines Schlichtungsverfahrens oder nachdem ein Gericht angerufen wurde.

Die Arbeitnehmerin ist vom Moment an geschützt, an dem sie eine innerbetriebliche Beschwerde erhebt, an dem ein Schlichtungsverfahren eröffnet oder die Klage beim Gericht eingereicht wird. Dieser Schutz endet sechs Monate nach Beendigung des innerbetrieblichen Verfahrens, des Schlichtungsverfahrens oder des Prozesses.

Die Arbeitnehmerin muss ihre Klage bei der kantonalen Schlichtungsstelle oder beim Gericht während der Kündigungsfrist einreichen. Der Richter kann die provisorische Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich ist, dass die Kündigung aufgehoben werden kann. Im Laufe des Verfahrens kann die

Arbeitnehmerin statt der Wiedereinstellung eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung verlangen (bis zu sechs Monatslöhne, s. Art. 10 GIG in Verbindung mit Art. 336a OR).

6.4.2 *Missbräuchliche Kündigung*

Wenn der Arbeitsvertrag aus Gründen aufgelöst wurde, die mit der Mutterschaft zusammenhängen, handelt es sich um eine missbräuchliche Kündigung, und die Arbeitnehmerin kann eine Entschädigung verlangen (Art. 9 GIG in Verbindung mit 336b OR).

6.5 *Schlichtungsstellen*

In jedem Kanton befindet sich eine Schlichtungsstelle, welche die Parteien berät und ihnen hilft, eine Einigung zu finden. Dieses Verfahren ist fakultativ, aber die Kantone können es als obligatorisch erklären, bevor an ein Gericht gelangt werden kann.

7. **Häufig gestellte Fragen**

7.1 *Hat der mich behandelnde Arzt Zugang zum Ergebnis der Risikobeurteilung? (Art. 2 und 3 Mutterschutzverordnung)*

Ja. Für Ihren Arzt sind diese Informationen notwendig, um Ihre Eignung zur Ausübung Ihrer Berufstätigkeit festzustellen. Er ist derjenige, der Ihren Gesundheitszustand zu beurteilen hat.

7.2 *Ich bin schwanger. Gemäss der Risikobeurteilung stellt meine Arbeit Gefahren für meine Gesundheit und die meines Kindes dar, und es können keine Schutzmassnahmen getroffen werden, um das Risiko zu bewältigen. Was kann ich tun? (Art. 35 ArG; Art. 64 ArGV 1)*

Ihr Arbeitgeber muss Sie an eine gleichwertige, aber für Sie gefahrlose Stelle versetzen. Wenn das nicht möglich ist, haben Sie das Recht, daheim zu bleiben, und Anspruch auf 80% Ihres Lohnes bis zur Niederkunft.

7.3 *Ich bin schwanger und arbeitete in der Nacht. Da mir mein Arbeitgeber keine Tagesarbeit anbieten konnte, bin ich einen Monat zu Hause geblieben, wobei ich 80% des Lohnes erhielt. Jetzt arbeite ich am Tag, bin aber krank geworden. Darf mir der Arbeitgeber für die Dauer der Krankheit keinen Lohn bezahlen, weil er schon 80% des Lohnes für einen Monat bezahlt hat? (Art. 35b ArG; Art. 324a OR)*

Nein. Die Lohnzahlung von 80% für die nicht angebotene Tagesarbeit ist unabhängig von der Lohnfortzahlung während Krankheit oder anderer unverschuldeter Arbeitsverhinderungen. Ihr Arbeitgeber muss Ihnen

für die Dauer der Krankheit – sofern keine Taggeldversicherung besteht, nach der anwendbaren Skala – den Lohn bezahlen.

7.4 *Ich bin schwanger. Ich arbeite in der Uhrenindustrie, wo ich Qualitätskontrollen durchführe. Mein Arbeitsplatz liegt neben sehr lärmigen Maschinen. Ich habe mich bei meinem Arbeitgeber beklagt, der mir Ohrstöpsel zur Verfügung gestellt hat. Reicht das aus? (Art. 11 Mutterschutzverordnung; Art. 35 ArG ; Art. 64 ArGV I)*

Nein. Die Ohrstöpsel schützen nur Sie, nicht Ihr Kind. Wenn der Lärmpegel 85 dB(A) erreicht oder überschreitet, ist dies gefährlich für Ihr Kind. Um die Situation einzuschätzen, muss eine Risikobeurteilung durchgeführt werden. Wenn es sich erweisen würde, dass der Grenzwert von 85 dB(A) erreicht wäre, müsste Sie Ihr Arbeitgeber an einen weniger lärmigen Arbeitsplatz verlegen. Wenn das nicht möglich ist, können Sie heimgehen und haben Anspruch auf 80% Ihres Lohnes.

7.5 *Ich bin schwanger. Im Rahmen meiner Arbeit atme ich während des ganzen Tages Autoabgase ein. Ich mache mir Sorgen wegen meines ungeborenen Kindes. Sind diese gerechtfertigt? (Art. 13 Mutterschutzverordnung; Art. 35 ArG; Art. 64 ArGV I)*

Abgase enthalten unter anderem Kohlenmonoxyd (CO). Dieses Gas gilt als besonders gefährlich für Mutter und Kind. Frauen im gebärfähigen Alter sollten vom Arbeitgeber über diese Gefahr aufgeklärt werden; schwangere Frauen und stillende Mütter sollten nicht an solchen Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Ihr Arbeitgeber muss Sie unverzüglich versetzen. Wenn das nicht möglich ist, können Sie nach Hause gehen und haben Anspruch auf 80% Ihres Lohnes.

7.6 *Ich bin schwanger. An manchen Tagen fühle ich mich wirklich müde. Ich hätte es dann nötig, mich auszuruhen. Ist dies möglich? (Art. 35a ArG; Art 34 ArGV 3)*

Ja, Sie können die Arbeit verlassen oder sich davon dispensieren lassen, wenn Sie das Bedürfnis verspüren. Aber Achtung, für diese Abwesenheitszeiten erhalten Sie nicht unbedingt einen Lohn ausbezahlt. Die Abwesenheitszeiten sind bezahlt, wenn Sie ein ärztliches Zeugnis vorlegen und Ihren Lohnanspruch im Falle der Arbeitsverhinderung noch nicht ausgeschöpft haben. Es ist darauf hinzuweisen, dass Sie die Möglichkeit haben müssen, sich an einem geeigneten Ort, eventuell in einem gesonderten Raum, an Ihrem Arbeitsplatz hinzulegen und auszuruhen.

- 7.7 *Ich bin schwanger. Mein Arbeitsvertrag sieht vor, dass ich 40 Stunden pro Woche arbeite. Momentan hat es viel Arbeit und alle müssen Überstunden leisten. Ich auch? (Art. 60 ArGV I)*

Nein. Ihr Arbeitgeber hat darauf zu achten, dass Sie nicht über die Zeit hinaus arbeiten, die im Vertrag vereinbart wurde. In Ihrem Fall nicht mehr als 40 Stunden pro Woche und auf keinen Fall mehr als neun Stunden pro Tag.

- 7.8 *Ich bin schwanger. Ich verrichte in der Regel Schichtarbeit, darunter auch Nachtschichten. In meinem Zustand kann ich meine Müdigkeit nicht mehr managen. Was kann ich tun? (Art. 35a und 35b ArG)*

Acht Wochen vor der Niederkunft dürfen schwangere Frauen nicht zwischen 20 und 6 Uhr arbeiten. Während der ganzen Schwangerschaft und von der achten bis zur 16. Woche nach der Niederkunft muss Ihr Arbeitgeber Ihnen eine gleichwertige Tagesarbeit anbieten. Sie können dann wählen, ob Sie weiter Nachtarbeit verrichten wollen oder die angebotene Tagesarbeit annehmen. Falls eine gleichwertige Tagesarbeit nicht möglich ist, haben Sie Anspruch auf 80% Ihres Lohnes, falls Sie nicht in der Nacht arbeiten wollen oder können.

- 7.9 *Ich bin schwanger und arbeite als Sekretärin. Ich empfinde meine Arbeit als beschwerlich, weil ich den ganzen Tag sitze und viel zu tun habe. Mein Arbeitgeber erlaubt mir nicht, zu Hause zu bleiben, weil er meine Arbeit als nicht beschwerlich betrachtet. Ich habe kein ärztliches Zeugnis. Was ist davon zu halten? (Art. 35a ArG)*

Wenn Sie es verlangen, können Sie von der Arbeit befreit werden. Ohne ärztliches Zeugnis und ohne Feststellung, dass Ihre Arbeit objektiv beschwerlich ist, hat der Arbeitgeber keine Verpflichtung, den Lohn zu zahlen. Ein solcher unbezahlter Urlaub könnte Konsequenzen betreffend den Betrag der Mutterschaftsentschädigung haben, weil sich diese anhand des durchschnittlichen Einkommens berechnet, das vor der Niederkunft erzielt wird.

- 7.10 *Ich bin schwanger. Bin ich verpflichtet, es meinem Arbeitgeber mitzuteilen?*

Es verpflichtet Sie nichts dazu. Je früher Sie jedoch Ihren Zustand ankündigen, desto eher kann Ihr Arbeitgeber die nötigen Vorkehrungen treffen, um Ihren Arbeitsplatz entsprechend einzurichten und Sie somit auch besser zu schützen. Seien Sie sich bewusst, dass beispielsweise gewisse chemische Produkte vor allem ganz zu Beginn der Schwangerschaft besonders schädigend sind.

7.11 Ich habe meinem Arbeitgeber die Schwangerschaft angekündigt und er hat mich vor die Tür gestellt... (Art. 336c OR)

Wenn Sie einen unbefristeten Arbeitsvertrag haben und nicht mehr in der Probezeit sind, ist es dem Arbeitgeber verboten, Sie während der Schwangerschaft und während der 16 Wochen nach der Niederkunft zu entlassen. Die Kündigung ist nichtig. Um jedes Risiko zu vermeiden, Ihren Lohnanspruch zu verlieren, sollten Sie so schnell als möglich, vorzugsweise schriftlich, Ihrem Arbeitgeber mitteilen, dass Sie bereit sind, weiterzuarbeiten oder Ihre Arbeit wieder aufzunehmen.

7.12 Ich habe gerade geboren und will meine Arbeit sofort wieder aufnehmen. Ist das möglich? (Art. 35a ArG)

Nein, es ist Ihrem Arbeitgeber verboten, Sie während acht Wochen nach der Niederkunft zu beschäftigen. Hingegen können Sie nach diesen acht Wochen zur Arbeit zurückkehren, damit verlieren Sie aber Ihren Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub.

7.13 Mein Kind ist geboren, und ich habe nach meinem Mutterschaftsurlaub wieder zu arbeiten begonnen. Das Kind ist aber oft krank, und die Krippe weigert sich dann, es zu betreuen. Was kann ich tun? (Art. 36 ArG; Art. 324a OR)

Auf Vorweisen eines ärztlichen Zeugnisses für das Kind muss der Arbeitgeber Ihnen (oder dem Vater) die erforderliche Zeit für die Betreuung Ihres Kindes (bis zu drei Tagen pro Krankheitsfall) freigeben. Die Krankheit eines Angehörigen gilt wie eine unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung, und der Lohn muss Ihnen daher bezahlt werden, wenn Ihre diesbezüglichen Ansprüche nicht schon ausgeschöpft sind.

7.14 Ich bin schwanger und arbeite bei meinem jetzigen Arbeitgeber seit dem 1. Juli 2004. Am 15. Juni 2005 habe ich ein ärztliches Zeugnis vorgewiesen, das attestiert, dass ich wegen meiner Schwangerschaft bis zur Geburt liegen muss. Ich habe am 15. August 2005 entbunden. Was ist bezüglich der Ansprüche vor der Niederkunft? (Art. 324a OR)

Im ersten Dienstjahr (vom 1. Juli 2004 bis zum 30. Juni 2005) haben Sie Anspruch auf den Lohn für drei Wochen. Am 1. Juli 2005 sind Sie ins zweite Dienstjahr eingetreten und haben ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf einen Monatslohn gemäss der Berner Skala (Annahme: Arbeitsort im Kanton Bern). Ihr Arbeitgeber muss Ihnen also Ihren Lohn vom 15. Juni bis 31. Juli 2005 (zwei Wochen plus einen Monat) ausbezahlen. Vom 1. bis 15. August 2005 bekommen Sie keinen Lohn, weil Ihr Anspruch bezüglich Verhinderung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ausgeschöpft

ist, ausser es wären weiter gehende Lohnansprüche durch Ihren Arbeitsvertrag oder einen GAV geregelt.

- 7.15 *Ich habe geboren und mein Mutterschaftsurlaub von 14 Wochen ist beendet. Ich fühle mich voller Elan, möchte aber trotzdem noch nicht sofort wieder arbeiten, sondern noch ein wenig Zeit mit meinem Kind verbringen. Habe ich das Recht dazu?*
(Art. 35a Abs. 3 ArG, Art. 324a OR)

Während der 15. und 16. Woche nach der Niederkunft haben Sie das Recht, die Arbeit noch nicht wieder aufzunehmen. Danach müssen Sie arbeiten, ausser Sie sind aus medizinischen Gründen dazu nicht imstande. Hingegen muss Ihr Arbeitgeber Ihnen während dieser zwei Wochen keinen Lohn zahlen, da Sie sich nicht mehr im bezahlten Mutterschaftsurlaub befinden und nicht verhindert sind zu arbeiten. Wenn Sie dagegen stillen, kann Sie der Arbeitgeber nicht verpflichten zu arbeiten, auch nicht nach der 16. Woche, wenn Sie nicht einverstanden sind, aber Sie erhalten auch keinen Lohn.

- 7.16 *Ich habe am 1. August 2005 geboren. Meinen Arbeitsvertrag habe ich vor der Niederkunft auf den 30. September 2005 gekündigt. Habe ich einen Anspruch auf den gesamten bezahlten Mutterschaftsurlaub in Anbetracht dessen, dass dieser auf den 6. November 2005 endet?* (Art. 16b EOG)

Ja. Um den gesamten bezahlten Mutterschaftsurlaub zu beziehen, ist es notwendig, dass Sie im Zeitpunkt der Niederkunft unter Vertrag standen. Es ist in diesem Zusammenhang nicht entscheidend, ob Sie die Arbeit nachher wieder aufnehmen oder nicht.

- 7.17 *Ich bin seit dem 1. August 2005 schwanger und werde am 1. Mai 2006 entbinden, mein Arbeitgeber hat meinen Vertrag am 25. Juni 2005 auf den 30. September 2005 gekündigt, unter Einhaltung der Kündigungsfrist von drei Monaten. Ist diese Kündigung gültig? Habe ich Anspruch auf den Mutterschaftsurlaub nach der Niederkunft?* (Art. 336c OR)

Wenn die Kündigung vor der Sperrzeit ausgesprochen wurde auf ein Datum, das in die Sperrzeit fällt, steht die Kündigungsfrist still und beginnt erst wieder nach dieser Zeit zu laufen. In Ihrem Fall bedeutet das, dass das Vertragsende auf den 31. Oktober 2006 hinausgeschoben wird. Sie haben Anspruch auf bezahlten Mutterschaftsurlaub, falls Sie im Zeitpunkt der Niederkunft die vorausgesetzten Bedingungen erfüllen, insbesondere diejenige, dass Sie unter Arbeitsvertrag stehen.

7.18 *Da ich sechs Monate nach der Niederkunft immer noch stille, bin ich zu Hause geblieben, wie es mir zusteht. Aus diesem Grund hat mir der Arbeitgeber gekündigt. Ist dies gerechtfertigt?*
(Art. 9 GlG; Art. 336b OR)

Nein. Falls diese Kündigung ausgesprochen wurde, weil Sie stillen, handelt es sich um eine missbräuchliche Kündigung. Falls Sie diese anfechten wollen, müssen Sie sich schriftlich gegen die Kündigung wehren, und zwar spätestens bis Ablauf der Kündigungsfrist. Wenn Sie sich mit ihrem Arbeitgeber nicht einigen können, um den Arbeitsvertrag aufrechtzuerhalten, haben Sie eine Frist von 180 Tagen, um die Sache vor Gericht zu bringen und eine Entschädigung zu verlangen, die bis zu sechs Monatslöhnen betragen kann.

III. Entsendung und Flankierende Massnahmen

Auszug aus dem FlaM-Bericht vom 12. Mai 2016 – Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union, 1. Januar – 31. Dezember 2015⁴

1. Management Summary

Der vorliegende Bericht untersucht die Resultate der Kontrolltätigkeit der Vollzugsorgane der flankierenden Massnahmen (FlaM) zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) für die Periode vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2015. Als zuständiges Aufsichtsorgan des Bundes über den Vollzug der FlaM publiziert das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) jährlich einen Bericht, welcher die Kontrolltätigkeit der verschiedenen zuständigen Vollzugsorgane zusammenfasst.

1.1 Zweck und Funktionsweise der FlaM

Im Zuge der schrittweisen Einführung des freien Personenverkehrs mit der EU fiel die vorgängige Kontrolle der Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen als Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung per 1. Juni 2004 weg. Da die Schweiz im Vergleich zur EU als Hochlohnland gilt, besteht die Gefahr, dass die Löhne infolge des freien Personenverkehrs unter Druck geraten. Als Ausgleich zur vorgängigen und systematischen arbeitsmarktlichen Kontrolle wurden die FlaM eingeführt. Ziel der FlaM ist der Schutz der in- und ausländischen Arbeitnehmenden vor missbräuchlichen Lohnunterbietungen und Verstös-

⁴ Unter der Adresse <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/43940.pdf> kann der ganze Bericht abgerufen werden.

sen gegen die Arbeitsbedingungen sowie die Gewährleistung von gleichen Wettbewerbsbedingungen für inländische und ausländische Dienstleistungserbringer.

Der Gesetzgeber hat sich bei der Ausgestaltung der FlaM bewusst für ein dezentrales und duales Vollzugssystem entschieden und dabei eine Besonderheit der Schweizer Arbeitsmarktpolitik mitberücksichtigt. In der Schweiz sind die Sozialpartner massgeblich an der Ausgestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen beteiligt. Diesem Umstand wurde auch bei der Konzipierung der FlaM Rechnung getragen. In Branchen, in welchen die Sozialpartner im Rahmen von allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen die Lohn- und Arbeitsbedingungen verbindlich festgelegt haben, wurden die Sozialpartner (sogenannte paritätische Kommissionen bestehend aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern der jeweiligen Branche) mit der Überprüfung der Einhaltung der zwingenden Lohn- und Arbeitsbedingungen durch Dienstleistungserbringer aus dem EU/EFTA-Raum beauftragt. Nebst dem üblichen Vollzug ihres Gesamtarbeitsvertrages, sprich der Überprüfung der Einhaltung des entsprechenden Vertrages durch Schweizer Betriebe, haben die Sozialpartner mit den FlaM somit zusätzliche Aufgaben übernommen.

1.2 Bedeutende Rolle der Sozialpartner

Bei Verstössen gegen die Bestimmungen aus allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen können die zuständigen paritätischen Kommissionen den fehlbaren Betrieben Kontrollkosten und Konventionalstrafen auferlegen. Stellen die paritätischen Kommissionen Verstösse gegen das Entsendegesetz fest, müssen sie diese den für die Sanktionierung zuständigen kantonalen Behörden melden. Die kantonale Behörde kann bei Mindestlohnverstössen, zusätzlich zu den durch die paritätischen Kommissionen auferlegten Kontrollkosten und Konventionalstrafen, Verwaltungssanktionen verhängen oder in gravierenden Fällen den fehlbaren ausländischen Betrieb mit einer Dienstleistungssperre bis zu fünf Jahren in der Schweiz sanktionieren. In Branchen, die keinem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterliegen, wird die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen durch Schweizer Betriebe und Dienstleistungserbringer aus der EU/EFTA von tripartiten Kommissionen überprüft. Diese tripartiten Kommissionen bestehen aus Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände sowie des Staates und haben den gesetzlichen Auftrag, die Entwicklung auf dem Arbeitsmarkt im Allgemeinen zu beobachten sowie die Einhaltung der orts-, berufs-, und branchenüblichen Löhne vor Ort zu kontrollieren. In jedem einzelnen Kanton sowie auf Bundesebene nimmt eine solche tripartite Kommission diesen gesetzlichen Auftrag wahr.

In Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag existieren mit Ausnahme jener Branchen, in denen ein Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen erlassen wurde, keine verbindli-

chen Mindestlöhne. Es obliegt den tripartiten Kommissionen, die orts- und branchenüblichen Löhne zu bestimmen, um mögliche Lohnunterbietungen feststellen zu können. Stellen diese Kommissionen missbräuchliche Unterbietungen der üblichen Löhne fest, so können sie mit den fehlbaren Arbeitgebern Verständigungsverfahren durchführen. Im Rahmen dieser Verfahren sollen die Betriebe dazu gebracht werden, den üblichen Lohn nachzahlen oder den Lohn künftig anzuheben. Bei wiederholt missbräuchlicher Unterbietung der üblichen Löhne in einer Branche können die tripartiten Kommissionen jedoch auch kollektive Massnahmen ergreifen und den zuständigen kantonalen oder Bundesbehörden Massnahmen wie den Erlass eines befristeten Normalarbeitsvertrages mit zwingenden Mindestlöhnen oder die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines bestehenden Gesamtarbeitsvertrages beantragen.

1.3 Kontrollprioritäten und quantitative Kontrollvorgaben

Um die Einhaltung der schweizerischen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen sicherzustellen, müssen gemäss Vorgabe der Entsendeverordnung jährlich 27 000 Kontrollen bei Schweizer Unternehmen, Entsendebetrieben oder Selbstständigerwerbenden durchgeführt werden, die der Meldepflicht unterstehen. Entsandte Arbeitnehmende (rund 50%) sollen dabei häufiger kontrolliert werden als Schweizer Arbeitgebende (rund 2% bzw. 3% in Fokusbranchen). Damit wird insbesondere der Tatsache Rechnung getragen, dass das Risiko von Lohnunterbietungen bei Entsendungen höher ist als bei Schweizer Arbeitgebenden. Im Übrigen können Schweizer Arbeitgebende rückwirkend auf einen Zeitraum von mehreren Jahren kontrolliert werden, was wiederum die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass allfällige Verstösse auch ausfindig gemacht werden können. Hingegen kann die Kontrolle von entsandten Arbeitnehmenden lediglich für die Entsendedauer erfolgen. Die Kontrollintensität ist somit bei Schweizer Betrieben vergleichbar mit derjenigen von Dienstleistungserbringern aus der EU/EFTA. Die Kontrollziele werden auf nationaler Ebene definiert. Den Kontrollorganen steht es frei, ihre eigene Kontrollstrategie gemäss ihren Kontrollkriterien Jahr für Jahr neu festzulegen. Aufgrund dieser unterschiedlichen Kontrollstrategien können die Kontrollresultate der verschiedenen Vollzugsorgane einerseits nicht direkt miteinander verglichen werden und andererseits ist ein Vergleich mit dem Vorjahr erschwert.

1.4 Zunahme des Kontrollvolumens im Jahr 2015

Die Ergebnisse der Kontrolltätigkeit der paritätischen und tripartiten Kommissionen bei Personen, die bei Schweizer Arbeitgebenden angestellt sind, sowie bei meldepflichtigen Dienstleistungserbringern (Entsandte und Selbstständige) zeigen, dass die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen im Jahr 2015 bei rund 45 000 Unternehmungen und bei 175 000 Personen überprüft wurde. Im Vorjahresvergleich hat das Kon-

trollvolumen somit um rund 10% zugenommen. Die durchgeführten Kontrollen liegen über der Mindestvorgabe der Entsendeverordnung von 27 000 Kontrollen pro Jahr. Im Berichtsjahr wurden 7% aller Schweizer Arbeitsstätten, 40% aller Entsandten sowie 35% der selbstständigerwerbenden Dienstleistungserbringer aus der EU/EFTA auf die Einhaltung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen überprüft. Mit Ausnahme einer einzigen tripartiten Kommission, welche das vereinbarte Kontrollziel knapp verfehlte, konnten alle tripartiten Kommissionen die vereinbarten Kontrollziele einhalten und haben diese z.T. auch deutlich übertroffen. 15 der 22 paritätischen Kommissionen, mit welchen das SECO Vereinbarungen über die Kontrolltätigkeit bei ausländischen Dienstleistungserbringern abgeschlossen hat, haben ihre Kontrollziele nicht erreicht, elf davon deutlich. Wie im letztjährigen Bericht erwähnt, kann dies teilweise durch die Umsetzung verschiedener Massnahmen im Rahmen des Projekts «Professionalisierung der Arbeitsweise der paritätischen Kommissionen» miterklärt werden. Dieser Effekt sollte jedoch allmählich an Bedeutung verlieren, womit die paritätischen Kommissionen wiederum in der Lage sein sollten, ihre Kontrollziele zu erreichen.

1.5 Kontrollen auf Verdacht – keine Rückschlüsse auf die allgemeine Arbeitsmarktlage

Die zur Verfügung stehenden Ressourcen werden gezielt eingesetzt und die Kontrollen erfolgen aufgrund gewisser Risikofaktoren. Daraus ergibt sich, dass es in Branchen oder Regionen, in denen das Risiko von wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietungen oder Lohnverstössen höher eingestuft wird, mehr Kontrollen gibt. Die im Bericht aufgeführten Verstösse gegen Lohnbestimmungen aus allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsverträgen und Unterbietungen von üblichen Löhnen widerspiegeln somit nicht die Situation auf dem gesamten Arbeitsmarkt. Es handelt sich dabei vielmehr um Verdachtsmomente, welche sich erhärtet haben, jedoch kaum Rückschlüsse auf die allgemeine Situation in einer Branche oder einer Region zulassen.

Im Jahr 2015 überprüften die FlaM-Vollzugsorgane die Einhaltung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen in allen Branchen, wobei eine Mehrheit der Kontrollen im Baunebengewerbe, in der Industrie/verarbeitendes Gewerbe, im Gastgewerbe sowie im Handel stattgefunden hat. Die Vollzugsorgane führten schweizweit in allen Regionen Kontrollen durch. Die Kontrolldichte ist insbesondere in den Kantonen Genf und Tessin, in welchen die Grenzgängerbeschäftigung von grosser Bedeutung ist, etwas höher ausgefallen als in anderen Regionen.

1.6 Schweizer Betriebe – Kontrolltätigkeit der tripartiten Kommissionen im Jahr 2015

Die tripartiten Kommissionen haben bei 10 561 Schweizer Arbeitgebenden (53 922 Personen) in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge die Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen kontrolliert. Dies entspricht einer deutlichen Zunahme der Kontrolltätigkeit um 18% gegenüber 2014. Der Anteil sämtlicher Schweizer Unternehmen, die keinem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterworfen sind und im Jahr 2015 durch eine tripartite Kommission kontrolliert wurden, beläuft sich auf 5%. Die Kontrollen fanden in allen Branchen statt, wobei der Fokus auf dem Handel, der Branchengruppe «Banken, Versicherungen, Immobilienwesen, Dienstleistungen für Unternehmen, Informatik, Forschung und Entwicklung», dem Baunebengewerbe sowie dem verarbeitenden Gewerbe lag. Die Zunahme der Kontrolltätigkeit bei Schweizer Arbeitgebenden im Vorjahresvergleich ist zu einem grossen Teil auf die erhöhte Kontrollintensität im Handel zurückzuführen. Nebst den von der TPK-Bund festgelegten Fokusbranchen haben viele kantonale TPK eigene Fokusbranchen definiert. Die Kontrolltätigkeit der TPK erfolgt vermehrt risikoorientiert.

Insgesamt meldeten die tripartiten Kommissionen dem SECO im Rahmen der Berichterstattung 979 Schweizer Betriebe (3042 Personen), bei welchen Unterbietungen der üblichen Löhne festgestellt wurden. Dies sind 117 Betriebe (161 Personen) mehr als noch ein Jahr zuvor. Zwei Drittel dieser Betriebe waren dem Handel, der Branchengruppe «Banken, Versicherungen, Immobilienwesen, Dienstleistungen für Unternehmen, Informatik, Forschung und Entwicklung» sowie dem verarbeitenden Gewerbe zuzuordnen. In diesen Branchen fand auch eine Mehrheit der Kontrollen statt. Die Daten des SECO-Reportings zeigen weiter auf, dass die Verständigungsverfahren mit Schweizer Betrieben nicht von allen tripartiten Kommissionen systematisch durchgeführt werden. Von den im Jahr 2015 durchgeführten Verfahren konnte jedoch eine knappe Mehrheit erfolgreich abgeschlossen werden (51%).

Stellen die tripartiten Kommissionen wiederholt missbräuchliche Unterbietungen der üblichen Löhne fest und kann die Situation nicht im Rahmen eines Verständigungsverfahrens korrigiert werden, können sie Kollektivmassnahmen ergreifen (Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen, erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrags), um weitere Missbräuche zu verhindern. Auf den 1. Januar 2012 wurde im Reinigungsgewerbe erstmals ein Gesamtarbeitsvertrag auf Bundesebene erleichtert allgemeinverbindlich erklärt und per Ende 2015 um zwei Jahre verlängert. Im Kanton Genf wurden 2014 und 2015 zwei Gesamtarbeitsverträge im Detailhandel und im Gartenbau erleichtert allgemeinverbindlich erklärt.

Ausserdem existiert auf Bundesebene ein Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindestlöhnen für die Hauswirtschaft. Schliesslich sind zurzeit insgesamt 23 kantonale Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen in den Kantonen Genf, Jura, Tessin und Wallis in Kraft.

1.7 Schweizer Betriebe – Kontrolltätigkeit der paritätischen Kommissionen im Jahr 2015

Die paritätischen Kommissionen haben die Einhaltung der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge auf Bundesebene bei rund 10 614 Schweizer Arbeitgebenden und 66 302 Personen überprüft (ohne Personalverleiher), dies bedeutet eine Zunahme der Betriebskontrollen um 20% gegenüber dem Vorjahr. 60% der Kontrollen wurden durch die zuständigen paritätischen Kommissionen des Hotel- und Gastgewerbes, des Bauhauptgewerbes sowie des Westschweizer Ausbaugewerbes durchgeführt.

Bei 3083 der kontrollierten Schweizer Betriebe (14 274 Personen) vermuteten die paritätischen Kommissionen einen Verstoss gegen Lohnbestimmungen. Es ist von vermuteten Verstössen die Rede, da die Kontrollen vor Ort nicht in jedem Fall eine schlüssige Beurteilung zulassen und die Beschlüsse bzw. die daraus folgenden Sanktionen seitens der PK noch nicht zwingend rechtskräftig geworden sind. Vermutete Verstösse gegen zwingende Lohnbestimmungen wurden dem SECO insbesondere aus dem Gastgewerbe, dem Westschweizer Ausbaugewerbe, dem Bauhauptgewerbe sowie dem Maler-Gipser-Gewerbe und dem Schreinergerbe gemeldet. Bei der Interpretation dieser vermuteten Verstösse muss jedoch berücksichtigt werden, dass sich nicht jede Vermutung auch tatsächlich erhärtet, dass nicht jeder vermutete Verstoss auch mittels Konventionalstrafe sanktioniert wird und auch keine Gewichtung dieser vermuteten Verstösse vorgenommen wurde. Nicht jeder dem SECO gemeldete vermutete Verstoss fällt, falls sich die Vermutung konkretisiert, somit gleich schwer aus. Weiter unterscheiden sich die Kontrollstrategien (Kontrollen auf Verdacht oder nicht) und die Kontrollintensität von einer paritätischen Kommission zur anderen, was sich unausweichlich auf die Anzahl vermuteter Verstösse auswirkt.

1.8 Stabile Anzahl meldepflichtiger Kurzaufenthalter aus dem EU/EFTA-Raum

Im Jahr 2015 gingen 218 000 meldepflichtige Kurzaufenthalter in der Schweiz einer Tätigkeit nach. Seit 2013 stellt man eine deutliche Stabilisierung der Anzahl Kurzaufenthalter fest. Im Jahr 2015 erbrachten diese Meldepflichtigen ein Arbeitsvolumen von rund 21 900 Jahresarbeitskräften. Im Vergleich zum Arbeitsvolumen der ansässigen Beschäftigten entspricht dies einen Beschäftigungsanteil von 0,6%.

1.9 Kontrollen von Entsandten und Selbständigen durch tripartite Kommissionen

Die tripartiten Kommissionen haben die üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen in Branchen ohne allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag in 5377 Entsendebetrieben (–5%) oder von 12 283 Entsandten (–6%) überprüft. Zudem haben sie den Status von 3673 Selbstständigen kontrolliert (+10%). Die tripartiten Kommissionen stellten bei 681 Entsendebetrieben (1697 Entsandten) Unterbietungen der üblichen Löhne fest. Das entspricht einem Anteil von 14% der kontrollierten Entsendebetriebe. Über die letzten vier Jahre ist der Anteil an Unterbietungen relativ stabil geblieben. 73% der im Jahr 2015 durchgeführten Verständigungsverfahren mit Entsendefirmen konnten erfolgreich abgeschlossen werden, was wiederum belegt, dass eine Mehrheit der ausländischen Dienstleistungserbringer sich korrekt verhält. Für Selbstständigerwerbende aus dem EU/EFTA-Raum, welche in der Schweiz im Rahmen einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung einen Auftrag ausführen, gelten die schweizerischen minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen des Entsendegesetzes nicht, da sie keine Arbeitnehmende sind. Bei selbstständigen Dienstleistungserbringern aus dem EU/EFTA-Raum geht es daher in erster Linie darum, den Erwerbsstatus zu überprüfen. Die tripartiten Kommissionen führten im Berichtsjahr 3673 solcher Kontrollen durch und stellten bei 168 Personen eine Scheinselbstständigkeit fest.

1.10 Kontrollen von Entsandten und Selbständigen durch paritätische Kommissionen

Die paritätischen Kommissionen haben die Einhaltung der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge bei 8290 Entsendebetrieben und 21 302 Entsandten überprüft, dies entspricht einer Zunahme der Kontrolltätigkeit von 5% bzw. 8% gegenüber 2014. Zusätzlich haben sie den Status von 3718 meldepflichtigen Selbstständigerwerbenden überprüft (+6%).

Von den rund 8290 Betriebskontrollen im Bereich Entsendewesen vermuteten die paritätischen Kommissionen bei 2258 Betrieben (27%) oder bei 5904 der kontrollierten Entsandten (28%) Verstösse gegen zwingende Lohnbestimmungen. Diese Quoten sind im Vergleich zum Vorjahr nur leicht gesunken. Bei der Interpretation dieser Quoten muss berücksichtigt werden, dass sich nicht jede Vermutung erhärtet, nicht jeder vermutete Verstoß mittels Konventionalstrafe sanktioniert wird und auch keine Gewichtung dieser vermuteten Verstösse hinsichtlich Schwere vorgenommen wurde. Im Jahr 2015 wurden insgesamt 1662 Konventionalstrafen infolge Missachtung von zwingenden Lohnbestimmungen durch Entsendebetrieben, ausgesprochen. Über einen längeren Zeitraum betrachtet, wurden 14% der kontrollierten Betriebe mittels einer Konventionalstrafe wegen Verstössen gegen zwingende Lohnbestimmungen sanktioniert. Die paritätischen Kommissionen überprüf-

ten zudem den Erwerbsstatus von 3718 selbstständigerwerbenden Dienstleistungserbringer aus dem EU/EFTA-Raum und stellten bei 250 eine Scheinselbstständigkeit fest.

Falls die paritätischen Kommissionen Verstösse feststellen, haben sie diese der zuständigen kantonalen Behörde zu melden, welche zusätzlich zu der von der paritätischen Kommission ausgesprochenen Konventionalstrafe eine Administrativsanktion verhängen kann. Zwischen 2011 und 2014 wurden rund 29% aller Fälle, bei welchen die PK Verstösse gegen zwingende Lohn- und Arbeitsbedingungen vermutet haben, den kantonalen Behörden zur Sanktionierung weitergeleitet. Insgesamt wurden im Berichtsjahr von den kantonalen Behörden 3180 Administrativbussen und 1240 Dienstleistungssperren gesprochen.

1.11 Schlussfolgerung

Wie die Ergebnisse des Berichts zeigen, haben sich die FlaM als Instrument gegen unerwünschte Auswirkungen des Personenfreizügigkeitsabkommens auf die schweizerischen Lohn- und Arbeitsbedingungen bewährt. Die in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen wurden von den kontrollierten Betrieben mehrheitlich eingehalten. Wo Missbräuche festgestellt wurden, verfügen die Vollzugsorgane heute über die nötigen Instrumente, um eingreifen zu können. Der vorliegende Bericht zeigt auf, dass der Vollzug der FlaM eine Verbundaufgabe darstellt und nur dank einem gemeinsamen «Effort» der Sozialpartner und der staatlichen Behörden zielgerichtet und effizient umgesetzt werden kann.

Nach über zehn Jahren Erfahrung mit den FlaM konnte die Kontrolltätigkeit nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ angehoben werden. Das SECO, die Kantone und die Sozialpartner werden jedoch weiterhin bestrebt sein, die Effizienz der FlaM durch fortlaufende Verbesserungsmassnahmen gemeinsam zu steigern, damit die in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. So hat der Bundesrat am 4. März 2016 im Zusammenhang mit der Umsetzung von Artikel 121a der Bundesverfassung (BV) einen Aktionsplan zur Bekämpfung von Missbräuchen auf dem Arbeitsmarkt beschlossen. Dieser soll die tripartite Zusammenarbeit im Rahmen des FlaM-Vollzugs weiter fördern und vertiefen.

2. Umsetzung Art. 121a BV und Auswirkungen auf die FlaM

Am 9. Februar 2014 haben Volk und Stände die Volksinitiative der Schweizerischen Volkspartei (SVP) «Gegen Masseneinwanderung» angenommen. Der neue Verfassungsartikel 121a der Bundesverfassung (BV) verlangt die eigenständige Steuerung der Zuwanderung durch die Schweiz. Am 4. Dezember 2015 fällte der Bundesrat den Entscheid, dem Parlament vorzuschlagen, Art. 121a BV mittels einer Schutzklausel umzusetzen. Dabei strebt er eine einvernehmliche Lösung mit der EU an.

Da bislang mit der EU keine Einigung über eine einvernehmliche Schutzklausel erzielt werden konnte, hat der Bundesrat am 4. März 2016 eine Botschaft zuhanden der eidgenössischen Räte mit einer einseitigen Schutzklausel verabschiedet.

Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates wird im Falle der Anrufung einer Schutzklausel die Zuwanderung durch Höchstzahlen beschränkt. Kommt es zur Einführung von Höchstzahlen, so ist bei der Erteilung von Bewilligungen im Einzelfall keine vorgängige Prüfung des Inländervorrangs und der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen wie im System vor der Einführung der Personenfreizügigkeit vorgesehen. Gelten die Höchstzahlen für alle Branchen und Berufe, d.h. wird keine Unterscheidung nach Qualifikation, Nachfrage, Risiken oder wirtschaftlichen Bedürfnissen getroffen, so ist keine arbeitsmarktliche Vorprüfung im Bewilligungsverfahren erforderlich.

Bei dem vorgesehenen Modell zur Umsetzung von Art. 121a BV sind folglich keine unmittelbaren und grundsätzlichen Auswirkungen auf das heutige System der Arbeitsmarktaufsicht zu erwarten, das von einer nachträglichen Kontrolle der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen ausgeht. Die Kontrolle und die Beobachtung des Arbeitsmarktes sollen weiterhin nach den aktuellen Gegebenheiten des Arbeitsmarktes und den von den Kontrollorganen festgelegten Schwerpunkten erfolgen.

Im Zusammenhang mit der Umsetzung von Art. 121a BV hat der Bundesrat am 4. März 2016 zusätzliche Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen auf dem Arbeitsmarkt beschlossen. Erstens soll mittels eines Aktionsplans insbesondere der Vollzug der FlaM weiter verbessert werden. Ein wesentlicher Punkt dabei ist – sowohl für die kantonalen tripartiten Kommissionen (TPK) als auch für die PK – das Verfolgen einer risikobasierten Kontrollstrategie. Der Bundesrat hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) beauftragt, die Umsetzung des Aktionsplans zusammen mit den Sozialpartnern und den Kantonen anzugehen und dem Bundesrat bis Oktober 2016 Bericht zu erstatten.

Zweitens hat der Bundesrat am 4. März 2016 eine Botschaft zur Änderung des OR zuhanden der eidgenössischen Räte verabschiedet. Darin schlägt er vor, die Voraussetzungen zu definieren, unter denen ein NAV mit zwingenden Mindestlöhnen verlängert werden kann. Eine Regelung über die Voraussetzungen zur Verlängerung dient der Rechtssicherheit und entspricht insbesondere dem Anliegen der Grenzkantone wie Tessin und Genf, die bereits in verschiedenen Branchen NAV mit Mindestlöhnen erlassen haben. Die zuständige nationalrätliche Kommission hat mit der Beratung dieser Vorlage begonnen. Drittens hatte der Bundesrat bereits am 1. Juli 2015 die Botschaft zur Änderung des Entsendegesetzes verabschiedet, mit der er dem Parlament die Erhöhung der Obergrenze der Verwaltungsanktionen im Entsendegesetz vorschlägt. Viertens hatte der Bundesrat am 18. Dezember die Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit verabschiedet. Mit der Revision soll namentlich ein

verbesserter Informationsaustausch der verschiedenen an der Schwarzarbeitsbekämpfung beteiligten Behörden sichergestellt und die Missbrauchsbekämpfung über den Bereich der Schwarzarbeit hinaus verstärkt werden. Dadurch sollen insbesondere mehr Verstösse gegen das Entsendegesetz und gegen allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge aufgedeckt werden. Der Bundesrat hat das WBF schliesslich beauftragt, die Einführung einer Zustelladresse in der Schweiz für ausländische Dienstleistungserbringer zu prüfen.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. 23. Tätigkeitsbericht 2015/2016 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 49 ff.⁵

1. Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden (im Privatbereich)

Aufgrund verschiedener Anfragen haben wir die Anforderungen für die Personensicherheitsüberprüfungen im Privatbereich abgeklärt und Erläuterungen zu diesem Thema verfasst (siehe unten Punkt II.)

Wir wurden von Dienstleistungserbringern für Finanzinstitute angefragt, inwiefern es datenschutzrechtlich erlaubt sei, bestimmte Daten ihrer Mitarbeitenden, wie z.B. Auszüge aus dem Betreibungs- oder Strafregister, an die Auftrag gebenden Finanzinstitute weiterzuleiten. Die Finanzinstitute würden diese Informationen benötigen, um sich zu vergewissern, dass die Datensicherheit gewährleistet ist.

Aufgrund dieser Anfragen haben wir uns vertieft mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Dazu haben wir uns einerseits mit Finanzinstituten und andererseits mit der entsprechenden Aufsichtsbehörde getroffen, um die verschiedenen Anforderungen und Bedürfnisse im Bereich der Überprüfung von Mitarbeitenden zu kennen. So wurde uns beschrieben, wie die Überprüfung je nach Risikopotenzial der Mitarbeitenden variiert und welche bereichsspezifischen Vorschriften gelten. Zudem wurde uns erläutert, dass eine unterschiedliche Handhabung von internen und externen Mitarbeitenden nicht zweckmässig sei.

Wir haben danach unter Berücksichtigung der relevanten Bestimmungen des Datenschutzgesetzes und des Obligationenrechts die Sachlage analysiert. Besondere Beachtung wurde dabei der Verhältnismässigkeit geschenkt, die jedoch nur im Einzelfall konkret überprüft werden kann. Für die privaten Arbeitgeber und die betroffenen Mitarbeitenden haben wir Erläuterungen mit datenschutzrechtlichen Vorgaben verfasst, die bei der Risikoprüfung beachtet werden sollten. Diese Erläuterungen wurden auf unserer Website veröffentlicht.

⁵ www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > 23. Tätigkeitsbericht 2015/2016.

2. Whistleblowing-Meldestelle des Bundes

Das Bundesgericht hat in der Angelegenheit Whistleblowing-Meldestelle des Bundes auf Nichteintreten entschieden, weshalb das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nun in Kraft getreten ist.

Wie wir im 22. Tätigkeitsbericht 2014/2015 (Ziffer 1.7.3) berichteten, hat die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK), welche die Meldestelle betreibt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen Whistleblowing-Meldestelle an das Bundesgericht weitergezogen. Mit Urteil vom 12. November 2015 hat dieses auf Nichteintreten entschieden. Als Begründung führte das Gericht aus, dass die EFK als Beschwerdeführerin keine Beschwerdelegitimation besitze. Es trat demnach mangels Legitimation bzw. Erfüllung der Begründungsanforderungen nicht auf die Beschwerde ein. Somit tritt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Dezember 2014 in Kraft und verpflichtet die EFK, ihre Datensammlung bei uns anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen.

II. Erläuterungen zur Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden (im Privatbereich)⁶

Stand: März 2015

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

1. Ausgangslage

Unternehmen dürfen von ihren eigenen oder externen Mitarbeitenden eine Personensicherheitsprüfung verlangen, wenn diese aufgrund ihrer Tätigkeit ein erhöhtes Risiko für das Unternehmen darstellen. Beschäftigte, die gemäss Risikoeinschätzung des Unternehmens eine solche Funktion ausüben, müssen eine Personensicherheitsprüfung akzeptieren, wobei natürlich stets der Einzelfall zu berücksichtigen ist. Mitarbeitende auf jeder Hierarchiestufe (Direktoren, IT-Spezialisten, Sekretariatsmitarbeiter, Lehrlinge, Reinigungspersonal usw.) können in eine Risikokategorie fallen, die eine Personensicherheitsprüfung verlangt. Die Kategorien müssen auf-

⁶ www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Arbeitsbereich > Personensicherheitsprüfung.

grund einer unternehmensinternen Risikoanalyse und unter Berücksichtigung des Berufszweiges, der zu erbringenden Dienstleistung, der Zugriffsmöglichkeiten, der Sensibilität der zu bearbeitenden Daten usw. festgelegt werden. Nachfolgend finden Sie die wichtigsten Punkte, die bei der Personensicherheitsprüfung aus datenschutzrechtlicher Sicht zu beachten sind.

2. Rechtliche Grundlagen

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

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

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

3. Fragestellungen

3.1 *Wie müssen die Mitarbeitenden über die Personenprüfung informiert werden?*

In einem laufenden Arbeitsverhältnis sind die Mitarbeitenden von ihrem Arbeitgeber vor der Personensicherheitsprüfung schriftlich über das Vorhaben zu informieren. Bei einem Bewerbungsgespräch für eine Stelle, die eine solche Prüfung erfordert, reicht vorerst ein mündlicher Hinweis. Gemäss dem Transparenzprinzip müssen die betroffenen Personen ausreichend über den Zweck der Datenbeschaffung und über die Aufbewahrungsdauer der Daten informiert werden. Der Arbeitgeber hat gegenüber

dem einzelnen Mitarbeiter zu begründen, weshalb eine Personensicherheitsprüfung in seinem Fall notwendig ist. Ausserdem ist ihm mitzuteilen, wer die Prüfung durchführen wird. Dies insbesondere dann, wenn die Prüfung von einem externen Unternehmen und allenfalls im Ausland durchgeführt wird.

3.2 Zu welchem Zeitpunkt darf eine Personensicherheitsprüfung durchgeführt werden?

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

3.3 Wie viele und welche Daten darf der Arbeitgeber verlangen?

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

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

3.4 In welcher Form dürfen die Personendaten der Mitarbeitenden bearbeitet werden?

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

Falls der Arbeitgeber die Personenprüfung nicht selber durchführen kann oder will, ist auch eine Übertragung dieser Aufgabe an Dritte möglich. Er hat sich vorgängig zu vergewissern, dass der Dritte die Datensicherheit gewährleistet. Der Arbeitgeber bleibt verantwortlich für die Da-

tenbearbeitungen und dafür, dass der Auftragnehmer die Daten nur so bearbeitet, wie der Arbeitgeber es selber tun dürfte (Art. 10a DSGVO).

3.5 *Was ist bei einer Datenbearbeitung im Ausland zu beachten?*

Wenn immer möglich ist die Personenprüfung in der Schweiz durchzuführen, da die Datenbearbeitungen im Ausland weniger gut kontrolliert werden können. Bei einer Datenübermittlung ins Ausland hat der Datenübermittler auf jeden Fall Art. 6 DSGVO (3) zu beachten. Weitere Informationen dazu finden Sie auf unserer Website (4) (Datenschutz – Arbeitsbereich – Übermittlung ins Ausland).

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

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

3.7 *Kann der Mitarbeitende Auskunft verlangen über seine Personendaten?*

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

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

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

Wenn der Mitarbeitende der Ansicht ist, dass sich die Personensicherheitsprüfung nicht rechtfertigen lässt – weil unverhältnismässig oder aufgrund der Tätigkeit nicht notwendig –, empfehlen wir, dass er mit seinem Arbeitgeber das Gespräch sucht und Informationen darüber verlangt, wieso er in seiner Funktion die gewünschten Angaben liefern muss. Die Verhältnismässigkeit einer Personensicherheitsprüfung muss im Einzelfall geklärt werden. Der EDÖB ist nicht in der Lage, Einzelfälle zu prüfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber für den privatrechtlichen Bereich in erster Linie vorgesehen, dass die betroffene Person selber aktiv wird und den zi-

vilrechtlichen Klageweg beschreitet. Wir empfehlen daher den Mitarbeitenden, im Zweifelsfall einen Rechtsanwalt beizuziehen und beim zuständigen Zivilgericht Klage gegen den Arbeitgeber einzureichen.

III. Bewerbungsverfahren⁷

1. Referenzauskünfte im Bewerbungsprozess

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

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

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

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

Erteilt ein ehemaliger Arbeitgeber Referenz, ohne dass der Bewerber eingewilligt hat, verletzt er damit die Persönlichkeit des Bewerbers wi-

⁷ www.edoeb.admin.ch > Datenschutz > Arbeitsbereich > Bewerbungsverfahren.

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

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

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

2. Gesundheitsfragebogen bei Bewerbungsverfahren

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

Personendaten über Mitarbeitende dürfen nur beschafft, aufbewahrt oder anderweitig bearbeitet werden, sofern sie die Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Für die Abklärung, ob eine Person für eine bestimmte Arbeitsstelle geeignet ist, darf der Arbeitgeber auch Gesundheitsdaten bearbeiten. Jedoch muss die Bearbeitung verhältnismässig sein, d.h., es dürfen

nur so viele Daten erhoben werden, wie für die Zweckerreichung notwendig sind. Die erhobenen Daten müssen zudem unter objektiven Gesichtspunkten zur Eignungsabklärung beitragen, d.h., es muss immer ein Arbeitsplatzbezug bestehen. Demnach muss der Arbeitgeber abklären, ob ein Gesundheitsfragebogen für die zu besetzende Stelle notwendig ist.

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

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

3. Erläuterungen zu Referenzauskünften im Bewerbungsverfahren

3.1 *Problematik*

Lehre und Praxis sehen im Zusammenhang mit der Erteilung von Referenzauskünften unterschiedlich aus. Insbesondere ist es umstritten, ob Referenzauskünfte nur mit der Einwilligung des Bewerbers erteilt werden dürfen. Nach Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes erhoffte man sich eine Lösung. Die Rechtslage und die Praxis blieben aber weiterhin unsicher. Mit diesen Erläuterungen wird eine Klärung der Frage angestrebt.

3.2 *Definition, Zweck und beteiligte Personen*

Unter Referenzauskünfte versteht man Angaben über Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers, welche von einem aktuellen oder früheren Arbeitgeber an potenzielle neue Arbeitgeber bekannt gegeben werden. Der Zweck der Referenzauskunft besteht darin, die aus den Bewerbungsunterlagen und sonstigen Entscheidungsgrundlagen hervorgehenden Informatio-

nen bei Bedarf zu vervollständigen. Bei der Referenzerteilung sind in der Regel mindestens drei Personen beteiligt: der Bewerber, die aktuellen oder früheren Arbeitgeber und der potenzielle Arbeitgeber.

3.3 *Informationserteilung durch den Bewerber*

Zum Schutze der eigenen Rechtsgüter und der Rechtsgüter derjenigen Personen, gegenüber denen er haftet, hat der potenzielle neue Arbeitgeber ein Interesse, Informationen über den Bewerber zu bearbeiten. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages ist der potenzielle neue Arbeitgeber deshalb berechtigt, jene Informationen über den Bewerber zu bearbeiten, die er zur Klärung der Eignung für das Arbeitsverhältnis benötigt. Alle weiteren Informationen, die der potenzielle neue Arbeitgeber nicht benötigt, darf er nicht bearbeiten (Verhältnismässigkeitsprinzip, Art. 328b OR). Liefert der Bewerber falsche oder verschweigt er wesentliche Angaben, haftet er dem getäuschten Arbeitgeber gegenüber für den daraus entstandenen Schaden (*culpa in contrahendo*, Art. 97ff OR). Wenn dem Bewerber allerdings eine unzulässige Frage gestellt wird, darf ihm kein Nachteil entstehen, wenn er keine oder eine falsche Auskunft gibt (Notwehrrecht der Lüge als Ausfluss des informationellen Selbstbestimmungsrechtes).

3.4 *Referenzeinholung durch den potenziellen Arbeitgeber*

Der potenzielle neue Arbeitgeber darf den aktuellen oder früheren Arbeitgeber nur mit Einwilligung des Bewerbers nach Referenzauskunft fragen. Allerdings darf er von einer stillschweigenden Einwilligung ausgehen, wenn der Bewerber in seiner Bewerbung Referenzen nennt. Liegt keine Einwilligung vor, dürfen keine Referenzen eingeholt werden, da sonst der aktuelle oder frühere Arbeitgeber über die Stellenbewerbung informiert wäre. Dem Bewerber stünden in einem solchen Fall gegenüber dem potentiellen Arbeitgeber die Rechtsansprüche wegen Persönlichkeitsverletzung zur Verfügung (Art. 15 DSG).

3.5 *Referenzauskunft durch den aktuellen oder früheren Arbeitgeber*

Wegen der besonderen wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit obliegt dem aktuellen oder früheren Arbeitgeber eine besondere Fürsorgepflicht gegenüber dem Bewerber (Persönlichkeitsschutz, Art. 328 OR). Der aktuelle oder frühere Arbeitgeber ist deshalb ohne Einwilligung des Bewerbers nicht berechtigt, Referenzauskünfte zu erteilen. Dies gilt auch für Auskünfte über wesentliche Elemente des Arbeitsverhältnisses. Das leitet sich aus Art. 330a Abs. 2 OR ab. Danach kann ein Arbeitnehmer statt eines Arbeitszeugnisses nur eine Arbeitsbestätigung verlangen, die sich auf Angaben über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt. Mit dieser Bestimmung will der Gesetzgeber die Informationserteilung durch Arbeitszeugnis dem informationellen Selbstbestimmungsrecht des

Bewerbers überlassen. Das Gleiche muss konsequenterweise auch für die mündliche Informationserteilung gelten. Könnte nämlich der aktuelle oder frühere Arbeitgeber ohne Einwilligung des Bewerbers Referenzauskünfte erteilen, würde diese zwingende Bestimmung (Art. 330a Abs. 2 in Verbindung mit Art. 362 OR) ihres Sinnes entleert. Aus diesem Grund ist der aktuelle oder frühere Arbeitgeber mangels Einwilligung des Bewerbers nicht verpflichtet und nicht legitimiert, Auskunft zu erteilen; wenn er allerdings eine abgibt, haftet er gegenüber dem potenziellen Arbeitgeber für die Folgen einer falschen Auskunft und gegenüber dem Bewerber für die Persönlichkeitsverletzung (Art. 15 DSG). Abgesehen davon kann der betroffene Bewerber aufgrund von Art. 35 DSG strafrechtlich gegen den aktuellen oder ehemaligen Arbeitgeber vorgehen, wenn er vorsätzlich geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile unbefugt bekannt gibt. Gegebenenfalls kann der Bewerber auch gemäss Art. 173 ff. StGB strafrechtlich vorgehen.

C. Rechtsprechung

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

Bundesgericht

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 janvier 2015, Doss.-No 4A_406/2014, 4A_408/2014 (Confirmation des arrêts de la Cour de justice du canton de Genève du 23 mai 2014), in: ATF 141 III 119

Art. 8 Abs. 5, Art. 9 Abs. 1 und 4 DSG, Art. 1 Abs. 3 VDSG, Art. 47 BankG; Verpflichtung einer Bank, ihren (ehemaligen) Angestellten über die sie betreffenden persönlichen Daten, die an die amerikanischen Behörden übermittelt wurden, schriftlich Auskunft zu erteilen.

Die Bank (Inhaberin der Datensammlung) kann sich vorliegend nicht auf eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinne (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG) berufen, um gegenüber den Angestellten die Herausgabe von Kopien der strittigen Daten zu verweigern (E. 5).

Ein überwiegendes Interesse Dritter im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG fehlt (E. 6).

Eine Interessenabwägung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 DSG ergibt, dass im vorliegenden Fall das Interesse der Angestellten, eine Kopie der strittigen Daten zu erhalten, dasjenige der Bank überwiegt, das Auskunftsrecht der Angestellten einzuschränken (E. 7).

Frage offengelassen, ob ausser den in Art. 1 Abs. 3 VDSG vorgesehenen Fällen andere Ausnahmen vom Grundsatz der schriftlichen Auskunftserteilung in Betracht kommen, nachdem die Bank keinen konkreten Umstand geltend macht, der einer Herausgabe einer Kopie der streitbetroffenen Daten entgegenstünde (E. 8).

Art. 8 al. 5, art. 9 al. 1 et 4 LPD, art. 1 al. 3 OLPD, art. 47 LB; obligation d'une banque de communiquer par écrit à ses (ex-)employés les données personnelles les concernant transmises aux autorités américaines.

La banque (maître du fichier) ne peut en l'espèce se prévaloir d'une base légale formelle (cf. art. 9 al. 1 let. a LPD) pour refuser de remettre aux employés une copie des données litigieuses (consid. 5).

Absence d'intérêt prépondérant de tiers au sens de l'art. 9 al. 1 let. b LPD (consid. 6).

Il résulte de la pesée des intérêts entreprise sous l'angle de l'art. 9 al. 4 LPD qu'en l'espèce l'intérêt des employés à obtenir une copie des données litigieuses l'emporte sur celui de la banque à restreindre leur droit d'accès (consid. 7).

Question laissée ouverte de savoir si, en plus du cas de figure envisagé par l'art. 1 al. 3 OLPD, d'autres exceptions au principe de la communication écrite peuvent être envisagées, la banque ne faisant valoir au-

cune circonstance concrète s'opposant à l'envoi d'une copie des données litigieuses (consid. 8).

Extraits des faits:

A.

A.a A. SA (ci-après: A. ou la banque), établissement bancaire sis à Genève, a employé C. (ci-après: l'employé) en qualité de responsable du service «Asset Management Private Banking» de 1996 jusqu'à son licenciement en octobre 2008 (pour le 30 avril 2009). L'employé occupait également le poste de directeur de l'unité de gestion basée à New York et s'était rendu aux Etats-Unis dans ce cadre.

B. (ci-après: l'employée) a également travaillé pour la banque, du 1^{er} mars 2006 au 30 juin 2007. Elle a notamment été chargée de développer la clientèle américaine.

A.b En 2010, les autorités américaines ont ouvert des enquêtes contre onze banques suisses, dont A., qu'elles soupçonnaient d'avoir aidé des clients américains à se soustraire à leurs obligations fiscales ainsi que d'avoir contrevenu à la réglementation applicable lors des contacts intervenus avec ces clients. Elles ont requis l'entraide administrative de la Suisse en vue d'obtenir des renseignements sur les activités des banques visées aux Etats-Unis.

A. et les autres banques ont transmis les documents requis aux autorités américaines après avoir, sur requête de la FINMA, caviardé les informations permettant l'identification des clients et remplacé les données de ses employés, de ses ex-employés et de tiers par des codes.

Le 18 janvier 2012, le Conseil fédéral a décidé que, provisoirement, seules devaient être transmises, dans le cadre de l'entraide, des données codées concernant les employés.

Au début du mois de février 2012, les autorités américaines ont procédé à l'inculpation de la banque E. SA.

Mi-mars 2012, plusieurs banques ont demandé au Conseil fédéral d'autoriser la communication des informations exigées, comprenant le nom des employés (non codé) et des tiers.

Le 4 avril 2012, le Conseil fédéral a autorisé les banques concernées à transmettre directement aux autorités américaines des données non anonymisées, à l'exception de celles concernant les clients. Cette décision valait autorisation, au sens de l'art. 271 CP, à procéder sur le territoire suisse pour le compte d'un Etat étranger à des actes relevant des pouvoirs publics. L'appréciation de la responsabilité civile des banques demeurerait cependant du ressort de ces dernières.

Le 11 avril 2012, la FINMA a recommandé aux banques concernées de coopérer avec les autorités américaines dans le cadre prévu par le Conseil fédéral, en précisant que la procédure d'entraide administrative était, de ce fait, suspendue.

Parallèlement à quatre autres banques, A., sans avertir les employés concernés, a transmis aux autorités américaines, au mois d'avril 2012, des documents comportant notamment les noms, prénoms, adresses mails et numéros de téléphone d'employés et d'ex-employés, seules les données permettant d'identifier les clients étant restées anonymisées.

A.c C. a appris ce qui précède par la presse; il a contacté le service des ressources humaines de A., lequel l'a informé que son identité avait effectivement été communiquée aux autorités américaines.

Le 14 juin 2012, l'employé a consulté dans les locaux de A. les documents litigieux le concernant.

Le 3 juillet 2012, A. a autorisé l'employé à consulter une seconde fois les documents, ce qu'il a fait le 10 juillet 2012. Il n'a toutefois pas pu en faire des copies.

A.d Le 11 juillet 2012, B., ayant eu connaissance de ce qui précède par la presse, a demandé à A. si elle était également concernée; la banque lui a confirmé que tel était le cas.

Le 24 juillet 2012, l'employée s'est rendue dans les locaux de la banque pour prendre connaissance des documents litigieux la concernant.

Le 6 septembre 2012, B. a requis de A. une copie, sous forme informatique, des documents litigieux, ainsi que de la lettre d'accompagnement remise aux autorités américaines et de divers autres éléments.

Le 13 septembre 2012, A. s'y est opposée.

A.e Le 17 août 2012, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a ouvert une procédure d'éclaircissement au sens de l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1), afin de vérifier si les principes de la loi avaient été respectés lors de la transmission des données par les banques suisses aux autorités américaines.

Le 6 septembre 2012, le PFPDT a adressé des recommandations à plusieurs banques, parmi lesquelles A., selon lesquelles la banque devait accorder aux personnes concernées (collaborateurs actuels et anciens, ainsi que tiers externes) le droit d'accès aux données selon l'art. 8 LPD. Le PFPDT a adhéré à l'argumentation de la banque qui faisait valoir que des copies de documents ne pouvaient pas être remises au vu de leur sensibilité liée au secret bancaire et à celui de la clientèle, ainsi que de ses propres règles de sécurité.

La banque ne s'est pas opposée aux recommandations du PFPDT, qui ont été publiées le 13 novembre 2012.

Le 3 juillet 2013, le Conseil fédéral a fixé les principes de coopération des banques suisses avec les autorités américaines en vue de régler leur différend fiscal, et il a donné la possibilité aux banques de demander une autorisation individuelle au sens de l'art. 271 CP. Il a notamment précisé qu'une telle autorisation excluait uniquement une punissabilité en vertu de cette disposition, mais qu'elle ne dispensait pas du respect des autres règles du droit suisse, notamment de la prise en compte du secret d'affaires et du secret

bancaire existants, des dispositions sur la protection des données et des obligations de l'employeur.

B.

B.a Par acte du 14 décembre 2012, agissant au bénéfice d'une autorisation de procéder du 15 novembre 2012, C. a saisi le Tribunal de première instance de Genève d'une requête contre A.

Par acte du 14 décembre 2012, agissant au bénéfice d'une autorisation de procéder du 5 décembre 2012, B. a saisi ce même Tribunal d'une requête contre A.

Dans leurs conclusions (réduites lors des plaidoiries du 10 juillet 2013), les employés requièrent la production d'une copie des documents transmis aux autorités américaines, sous forme informatique et caviardée s'agissant des noms des clients ou des tiers, ainsi que la communication de la date de la transmission et de la manière dont les données avaient été communiquées, avec suite de frais.

B.b Par deux jugements séparés du 24 octobre 2013, le Tribunal de première instance de Genève a ordonné à A. de remettre aux demandeurs, sur un support papier ou sur un support électronique, une copie des documents qui avaient été transmis aux autorités américaines et qui contenaient des données les concernant, soit des informations qui les identifiaient ou qui permettaient de les identifier (nom, prénom, adresse e-mail, numéro de téléphone, fonction, description de l'activité, etc.). Le Tribunal a en outre dit que les données des clients, des autres employés et ex-employés de A. ainsi que des tiers figurant dans ces documents pourraient être caviardées. Il a en sus ordonné à A. d'indiquer aux demandeurs à quelles dates et à quelles autorités américaines les documents avaient été transmis.

Par deux arrêts séparés datés du 23 mai 2014, la Cour de justice a confirmé les jugements entrepris par la défenderesse et débouté les parties de toutes autres conclusions.

C.

Contre ces deux arrêts cantonaux, la banque (ci-après: la recourante ou la banque) exerce deux recours en matière civile séparés mais comportant les mêmes critiques et conclusions (sauf en ce qui concerne l'objet de la requête d'accès aux données et la décision entreprise). Sous suite de frais et dépens, elle conclut à l'annulation des arrêts visés et à ce que les employés soient déboutés de toutes autres conclusions, subsidiairement, à l'annulation des arrêts entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale.

Les employés (ci-après: les intimés ou les employés) concluent, sous suite de frais et dépens, à ce que la banque soit déboutée de toutes ses conclusions.

La requête d'effet suspensif sollicitée dans chaque cause par la recourante a été admise, faute d'opposition, par ordonnances présidentielles du 1^{er} septembre 2014.

Le Tribunal fédéral a rejeté les recours.

Extrait des considérants:

4.

Sur le principe, la recourante reconnaît que les employés peuvent prendre connaissance du contenu des documents litigieux. Elle refuse toutefois de leur remettre ceux-ci sous forme écrite (copie des données).

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 al. 5 LPD. Les circonstances d'espèce seraient telles qu'elles justifieraient une (nouvelle) exception au principe de la communication écrite. Elle invoque également une transgression de l'art. 9 al. 1 let. a et b LPD, ainsi que de l'art. 9 al. 4 LPD, son refus de fournir des copies écrites, dicté par la prise en compte d'intérêts de tiers et des siens propres, étant légitime.

Il convient, dans un premier temps, de définir si c'est de manière légitime que la banque a opposé son refus aux employés, soit de déterminer si elle pouvait se fonder sur une loi au sens formel pour restreindre l'accès aux données litigieuses (cf. art. 9 al. 1 let. a LPD), et d'établir si, comme le prétend la banque (maître du fichier), ses propres intérêts – ou ceux de tiers – (cf. art. 9 al. 1 let. b et al. 4 LPD) l'emportent sur ceux des employés (cf. infra consid. 5, 6 et 7).

Dans un deuxième temps, il conviendra d'examiner si la banque peut justifier son refus sur la base des circonstances exceptionnelles dont elle tente de démontrer l'existence par le biais de divers arguments soulevés sous l'angle de l'art. 8 al. 5 LPD (cf. infra consid. 8).

5.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 9 al. 1 let. a LPD. Selon elle, une base légale au sens formel interdisant à la banque de communiquer les renseignements demandés (subsidiairement prévoyant une restriction à cette communication) est contenue à l'art. 47 de la loi sur les banques du 8 novembre 1934 (LB; RS 952), ainsi qu'à l'art. 162 CP.

5.1 L'art. 47 LB ne règle pas le secret bancaire en tant que tel, mais il prévoit la sanction (pénale) en cas de violation de ce secret (sur l'ensemble de la question: ATF 137 II 431 consid. 2.1.1 p. 437).

La doctrine majoritaire est d'avis que l'art. 47 LB fait en principe partie des bases légales formelles au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LPD (DAVID ROSENTHAL, in Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, n° 7 ad art. 9 LPD; PHILIPPE MEIER, Protection des données, 2011, n. 1139 p. 405 et les auteurs cités).

5.2 La communication aux ex-employés des informations sur les clients de la banque équivaut aujourd'hui à une remise à des tiers (et ce, même si, après la fin des relations contractuelles, ils sont encore soumis au secret bancaire), ce qui constitue en soi, dans la perspective de la banque, un comportement punissable au sens de l'art. 47 LB (ce qui est d'ailleurs également le cas pour la simple consultation, sur place, des données).

Il faut toutefois d'emblée relever dans ce contexte que le Conseil fédéral, dans sa décision du 4 avril 2012, a expressément interdit aux banques de

livrer à l'étranger des informations sur les clients («Kundendaten»). A cet égard, la cour cantonale constate que, lors de leur transmission aux autorités américaines, les documents ne contenaient pas d'informations permettant d'identifier les clients. La banque a elle-même expressément admis avoir caviardé toutes les données permettant d'identifier ses clients dans les documents transmis aux autorités américaines afin de respecter la décision du Conseil fédéral. Dès lors, si les documents livrés par les banques à un Etat étranger ne contiennent pas de telles informations, on ne voit pas en quoi ces mêmes documents, communiqués aux employés, mettraient le secret bancaire en danger (cf. GABRIEL AUBERT, La communication aux autorités américaines, par des banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail, RSDA 2013 p. 42).

5.3 La recourante considère que l'infraction (art. 47 LB) pourrait quand même être réalisée de par le fait que les employés ont pu prendre connaissance des documents intégraux et qu'ils seraient donc en mesure, en cas de remise écrite des données, d'identifier (en reconstituant de mémoire les éléments caviardés) les clients en cause.

Le raisonnement ne convainc pas. En réalité, ce n'est pas la remise écrite aux employés des documents litigieux qui leur permettrait d'identifier les clients en cause, puisqu'ils les connaissent déjà.

Dès lors, la banque ne saurait violer l'art. 47 LB pour la seule raison qu'elle serait amenée à remettre par écrit, dans le contexte ainsi décrit, des données caviardées. En l'espèce, la recourante ne peut se prévaloir de l'art. 47 LB (en lien avec l'art. 9 al. 1 let. a LPD) pour refuser de remettre aux employés une copie des documents litigieux.

5.4 La recourante soutient que «l'argumentation valable pour l'art. 47 LB est transposable à l'art. 162 CP». Selon elle, si les employés sont en possession de copies, ils pourraient alors identifier les noms des clients et d'autres informations couvertes par le secret commercial, au vu de leur activité passée au sein de l'établissement bancaire.

L'argument est sans consistance. L'infraction (art. 162 CP) peut uniquement être réalisée par la personne tenue au secret, soit celle qui a un devoir (légal ou contractuel) de garder le secret (cf. BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, vol. I, 3^e éd. 2010, nos 3 et 9 s. ad art. 162 CP; STRATENWERTH/JENNY, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 6^e éd. 2003, n° 6 ad § 22). Le maître du secret n'est pas visé par l'infraction et, partant, la banque ne saurait en l'espèce s'en prévaloir à titre de base formelle au sens de l'art. 9 al. 1 let. a LPD.

6.

La recourante invoque une transgression de l'art. 9 al. 1 let. b LPD.

6.1 Il résulte des constatations cantonales que la banque n'a pas fait valoir, devant l'autorité précédente, l'intérêt des tiers, pour fonder son opposition à la remise d'une copie des documents litigieux.

La cour cantonale présente toutefois une argumentation subsidiaire dans laquelle elle affirme qu'un tel moyen aurait dû être d'emblée rejeté.

6.2 En vertu de l'art. 9 al. 1 let. b LPD, le maître du fichier peut refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, dans la mesure où les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent.

Ce motif peut (et doit) être invoqué par le maître du fichier lorsque les données sur lesquelles porte l'accès sont intimement liées aux données personnelles de tiers (MEIER, op.cit., n. 1144 s. p. 406 s.; BRACHER/TAVOR, Das Auskunftsrecht nach DSG, RSJ 109/2013 p. 49).

En principe, si l'anonymisation des documents concernés suffit à protéger les tiers, le droit d'accès du titulaire des données (requérant sous l'angle de l'art. 8 LPD) ne devrait pas, sous peine d'une violation du principe de la proportionnalité (cf. art. 4 al. 2 LPD), faire l'objet d'une plus grande restriction (BELSER/EPINEY/WALDMANN, Datenschutzrecht, 2011, n. 53 ad § 11; FRIEDRICH/KAISER, Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht und Arbeitspapiere einer Revisionstelle, L'expert-comptable suisse 2013, p. 527 et les auteurs cités).

6.3 Selon les constatations cantonales, lors de leur transmission aux autorités américaines, les documents ne contenaient pas d'informations permettant d'identifier les clients. Il en ressort également que la banque a été autorisée par le premier juge à anonymiser les éléments permettant d'identifier ses (ex-)collaborateurs et les tiers. Il ne résulte pas des constatations cantonales que le caviardage ne permettrait pas de protéger suffisamment les tiers.

Ainsi, même à considérer l'argumentation subsidiaire de l'autorité précédente, on ne saurait reprocher à celle-ci d'avoir nié un intérêt prépondérant de tiers.

7.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir appliqué de manière incorrecte l'art. 9 al. 4 LPD.

7.1 Elle commence par soutenir qu'on peut renoncer à procéder à une pesée d'intérêts sous cet angle en insistant sur le fait que les employés, à qui elle reconnaît le droit de consulter les informations les concernant sur place (données à l'écran), ne disposent en réalité d'aucun intérêt à obtenir une communication écrite.

7.1.1 Il faut rappeler ici qu'en soi le droit d'accès selon l'art. 8 LPD – donc la remise écrite d'information (cf. infra consid. 8.1) – peut être exercé sans la preuve d'un intérêt. Ce n'est que si le maître du fichier veut refuser ou restreindre l'accès qu'une pesée des intérêts aura lieu (à ce sujet cf. infra consid. 7.2). La prise en compte de l'intérêt du titulaire du droit d'accès joue également un rôle lorsqu'un abus de droit entre en considération (ATF 138 III 425 consid. 5.4 p. 4.3.2; ATF 123 II 543 consid. 2e p. 538; cf. ARTER/DAHORTSANG, PJA 2012 p. 1161).

L'existence d'un abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC) doit être reconnue lorsque l'exercice du droit par le titulaire ne répond à aucun intérêt digne de protection, qu'il est purement chicanier ou, lorsque, dans les circonstances dans lesquelles il est exercé, le droit est mis au service d'intérêts qui ne cor-

respondent pas à ceux que la règle est destinée à protéger (cf. PAUL-HENRI STEINAUER, *Le Titre préliminaire du Code civil*, TDPS vol. II/1, 2009, n. 570 p. 213 et n. 573 s. p. 214 s.; HAUSHEER/JAUN, *Die Einleitungsartikel des ZGB*, 2003, nos 125 s. ad art. 2 CC).

Cela est ainsi le cas, dans la perspective de l'art. 8 LPD, lorsque le droit d'accès est exercé dans un but étranger à la protection des données, par exemple lorsque le droit d'accès n'est utilisé que pour nuire au débiteur de ce droit (cf. arrêt 4A_36/2010 du 20 avril 2010 consid. 3.1). Il faudrait probablement aussi considérer comme contraire à son but et donc abusive l'utilisation du droit d'accès dans le but exclusif d'espionner une (future) partie adverse et de se procurer des preuves normalement inaccessibles (ATF 138 III 425 consid. 5.5 p. 432; KLEINER/SCHWOB/WINZELER, in *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, 22e éd. 2014, no 406 ad art. 47 LB et les auteurs cités). Ce serait ainsi le cas d'une requête qui ne constitue qu'un prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (fishing expedition) (en lien avec l'art. 8 LPD: NICOLAS PASSADELIS, *Datenschutzrechtliches Auskunftsrecht erlaubt keine Beweisausforschung*, *Push-service Entscheide*, CJN, 4 mars 2013 n. 12; FRIEDRICH/ KAISER, *op.cit.*, p. 527).

La requête de l'employé visant à obtenir les données le concernant en vue d'une éventuelle action en dommages-intérêts contre le maître du fichier n'est par contre, en soi, pas abusive (ATF 138 III 425 consid. 5.6 p. 432; BRACHER/TAVOR, *op.cit.*, p. 50 note de pied 60).

7.1.2 En l'espèce, les employés expliquent qu'ils tiennent à obtenir une copie de leurs données pour deux raisons: premièrement, afin de pouvoir juger d'une possible illécitité de traitement effectué par la recourante et formuler d'éventuelles futures prétentions civiles contre la banque. Deuxièmement, afin d'être en mesure d'anticiper de probables ennuis qui leur seront causés par le Department of Justice (DoJ) et de préparer leur défense sur la base des informations et données transmises et d'ores et déjà en mains de l'autorité pénale étrangère.

Il n'a par contre pas été constaté que les intimés souhaiteraient prospector des preuves de manière répréhensible ou qu'ils exigeraient la remise de documents auxquels ils ne pourraient pas prétendre dans la procédure civile.

7.1.3 A la lumière des principes évoqués ci-dessus (cf. *supra* consid. 7.1.1), on ne saurait ainsi dire que la requête des employés, qui n'est pas chicanière, ni contraire au but qu'elle est censée poursuivre, est abusive. On peut au demeurant observer qu'il serait en l'espèce paradoxal de considérer leur requête comme un prétexte à une recherche indéterminée de moyens de preuve (fishing expedition), les employés ayant en effet déjà pris connaissance du contenu des documents visés, aussi bien à travers leur ancienne activité que par le biais des consultations entreprises – les 14 juin et 10 juillet 2012 pour l'employé et le 24 juillet 2012 pour l'employée – dans les locaux de la banque.

7.1.4 Quant à la forme de l'accès aux données, les employés ont un intérêt évident à obtenir une copie des informations en cause. Premièrement, l'obtention d'une copie leur permettra de consulter leurs données où ils veulent et quand ils veulent, et d'avoir, en tout temps, la possibilité de comparer les documents litigieux avec d'autres informations éventuellement en leur possession (cf. ALEXANDER DUBACH, *Das Recht auf Akteneinsicht*, 1990, p. 351). Force est également de constater, deuxièmement, qu'à défaut de pouvoir présenter une copie des informations en cause dans l'hypothèse d'une procédure contre la banque, les employés se heurteraient rapidement à la difficulté de fournir la preuve de leurs allégués (sur le constat: AUBERT, *op.cit.*, p. 42; CEREGATO/MÜLLER, *Das datenschutzrechtliche Auskunftsfrecht: (k)ein Mittel zur Beweisausforschung*, Jusletter 20 août 2012 ch. IV; cf. GILLES MONNIER, *Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média*, 1999, p. 188). Troisièmement, les employés ont un intérêt à bénéficier de tous les instruments leur permettant d'évaluer les risques d'être inquiétés par les autorités américaines, le cas échéant de se défendre; les copies des informations étant en possession de l'autorité pénale étrangère, l'intérêt des employés à disposer également d'une copie des mêmes documents (même s'ils en ont déjà connaissance) est indéniable.

La requête visant la remise écrite des documents litigieux permet de procurer aux employés l'avantage qu'ils en attendent et, partant, elle ne peut être qualifiée d'abusive.

7.2 Quant à la pesée d'intérêts évoquée par la recourante dans le même contexte, elle doit maintenant être examinée sous l'angle de l'art. 9 al. 4 LPD.

En vertu de cette disposition légale, un maître de fichier privé peut refuser ou restreindre la communication des renseignements demandés ou en différer l'octroi, dans la mesure où ses intérêts prépondérants l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à un tiers.

Il faut donc procéder à une pesée des intérêts, le débiteur du droit d'accès devant invoquer les siens en premier. Il faut ensuite examiner leur bien-fondé et les opposer aux intérêts du demandeur d'accès. L'accès ne peut être refusé, restreint ou différé que lorsque les premiers l'emportent sur les deuxièmes (ATF 138 III 425 consid. 6.1 p. 433; BRACHER/TAVOR, *op.cit.*, p. 49).

La preuve de l'existence d'un intérêt prépondérant à restreindre le droit d'accès incombe au maître du fichier (GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in Basler Kommentar, *Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz*, 3^e éd. 2014, n° 8 ad art. 9 LPD; ROSENTHAL, *op.cit.*, n° 4 ad art. 9 LPD; CEREGATO/MÜLLER, *op.cit.*, ch. II/2.2.1).

7.3 La recourante invoque son intérêt fondé, d'une part, sur la nature sensible des documents et, d'autre part, sur les règles de sécurité auxquelles elle soumet son personnel. Elle insiste sur le fait que la remise de documents écrits entraînerait la perte de maîtrise par la banque et la mise en circulation potentielle – notamment par le biais de fax, photocopies et scans – de centai-

nes de documents d'importance stratégique pour elle. Dans ce contexte, la recourante rappelle également sa réglementation interne qui interdit aux employés d'emporter chez eux des documents confidentiels.

7.4

7.4.1 S'agissant de l'intérêt sur la base duquel la banque tente de restreindre le droit d'accès dont les employés sont titulaires, il a été rappelé ci-dessus que les documents ne contenaient pas d'informations permettant d'identifier les clients (cf. *supra* consid. 5.2), de sorte qu'on ne voit pas en quoi la banque pourrait avoir un intérêt à restreindre le droit d'accès aux documents litigieux pour un motif lié au secret bancaire.

Certes, on ne peut écarter le risque qu'un employé communique les copies à un tiers intéressé en révélant de mémoire le nom d'un client pourtant caviardé sur les documents litigieux. A cet égard, la banque n'allègue toutefois ni ne donne le moindre indice qui permettrait de comprendre que les deux employés (intimés) auraient l'intention de divulguer ces documents en dehors d'une procédure judiciaire. Quant à l'existence d'un risque potentiel, celui-ci est relativisé par l'engagement contractuel des (ex-)employés; il n'est en effet pas contesté que ceux-ci sont, de par leur contrat de travail, encore assujettis au secret bancaire et aux peines sanctionnant sa violation (art. 47 al. 4 LB).

7.4.2 Au sujet des documents d'importance stratégique évoqués par la banque, on peut là aussi souligner que les employés en ont déjà pris connaissance, aussi bien au cours de leur ancienne activité professionnelle que par le biais de leur consultation sur place, et que les éventuelles informations confidentielles de la banque qui y sont contenues leur sont déjà connues. Ainsi, le risque potentiel d'une divulgation (évoqué par la banque) n'est, en soi, pas lié à la remise d'une copie des documents litigieux. Ce risque découle déjà d'une prise de connaissance préalable du contenu des documents litigieux par les employés.

Certes, on peut admettre que le risque s'accroît dans une certaine mesure si les employés disposent de documents qui permettent de prouver les informations déjà en leur possession. A cet égard, la banque se limite toutefois à évoquer la nature sensible des documents «sur le plan organisationnel, commercial ou opérationnel», sans fournir un seul élément concret (exemples de documents effectivement transmis aux autorités américaines) permettant de comprendre en quoi ces documents sont d'une importance stratégique pour elle et de démontrer son intérêt à restreindre en l'espèce le droit d'accès des employés (sur le lien avec le cas concret, cf. encore *infra* consid. 8.2).

Au demeurant, le risque potentiel évoqué par la banque est, ici aussi, en grande partie relativisé par l'engagement contractuel des (ex-)employés; ceux-ci sont, de par leur contrat de travail, soumis aux secrets de fabrication et d'affaires (art. 321a al. 4 CO) et ils restent soumis à ces secrets même après la fin des rapports de travail, à tout le moins «tant que l'exige la sauvegarde des intérêts légitimes de l'employeur» (art. 321a al. 4 *in fine* CO).

7.5 Quant à l'intérêt des employés à avoir en leur possession une copie des documents transmis aux autorités américaines, il a déjà été reconnu plus haut (cf. supra consid. 7.1.4). Il en résulte qu'à défaut d'obtenir une copie, les employés risquent de se heurter à des difficultés importantes (et concrètes) sous plusieurs aspects (cf. supra consid. 7.1.4).

Cela étant, l'existence d'un «simple» risque potentiel (par ailleurs limité), tel qu'évoqué par la banque, ne saurait en l'occurrence démontrer que son intérêt à restreindre le droit d'accès des employés l'emporte sur l'intérêt de ceux-ci à obtenir une remise écrite des données litigieuses.

7.6 C'est en vain que la banque insiste sur le contenu de sa réglementation interne pour infléchir la pesée d'intérêts dans un sens qui lui est favorable.

7.6.1 On peut comprendre, sur la base de cette réglementation interne, l'importance (générale) pour la banque de garantir la confidentialité des documents sensibles. A nouveau, celle-ci ne désigne toutefois aucun élément concret qui permettrait de saisir quels types de documents entrant dans cette définition ont été livrés aux autorités américaines, afin de déterminer leur impact sur la pesée des intérêts entreprise plus haut.

7.6.2 L'argumentation de la banque relative à la réglementation interne semble également suggérer que les employés auraient renoncé contractuellement à faire valoir leur droit d'accès (art. 8 LPD), à tout le moins à la possibilité de recevoir une copie des documents litigieux.

Une renonciation par avance au droit d'accès est explicitement contraire à l'art. 8 al. 6 LPD et elle doit être considérée comme nulle (cf. art. 20 al. 1 CO; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, *op.cit.*, n° 60 ad art. 8 LPD; MEIER, *op.cit.*, n. 973 p. 364; BELSER/EPINEY/WALDMANN, *op.cit.*, n. 42 ad § 11). La même conclusion s'impose lorsque la clause contractuelle liant les parties ne vise pas la renonciation (pure et simple), mais une restriction du droit d'accès (GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, *op.cit.*, n° 60 ad art. 8 LPD; cf. ROSENTHAL, *op.cit.*, n° 27 ad art. 8 LPD).

Une renonciation (non anticipée) ne peut être envisagée que si la personne concernée connaît déjà l'essentiel de l'information à laquelle elle pourrait avoir accès (pour les détails: GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, *op.cit.*, n° 61 ad art. 8 LPD; MEIER, *op.cit.*, n. 974 p. 364).

7.6.3 A la lumière des considérations qui précèdent, on ne peut admettre qu'en concluant le contrat de travail, les employés ont par avance consenti à ne pas faire valoir, vis-à-vis de leur employeur, leur droit d'accès au sens de l'art. 8 LPD. Pour la même raison, les employés ne sauraient avoir acquiescé à une restriction de leur droit d'accès, soit avoir accepté qu'aucun document écrit contenant leurs données personnelles ne leur soit remis (dans ce sens: AUBERT, *op.cit.*, p. 43).

Il a en outre été établi que, lorsque les employés ont accepté (par la conclusion du contrat de travail) de se soumettre à la réglementation interne, ils ignoraient que la banque communiquerait aux autorités américaines leurs données personnelles en lien avec les activités transfrontalières qu'ils ont

exercées pour le compte de celle-ci. La banque ne les a jamais informés de cette communication. Ils ne connaissaient donc pas l'essentiel de l'information objet de leur droit d'accès, de sorte qu'on ne saurait reconnaître que, depuis la conclusion du contrat de travail, ils auraient pu renoncer à se prévaloir de leur droit à une communication écrite.

7.7 Enfin, c'est en vain que la recourante tente de se prévaloir de la décision du 25 avril 2013 de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (BB.2112.133 consid. 2.2.1) qui mentionne, selon ses propres explications, qu'aucun élément probant ne permet de prouver que l'ex-employé (alors objet de la procédure fédérale) serait contraint de rester en Suisse de peur de se faire interroger, arrêter et/ou extradier aux Etats-Unis et que rien au dossier n'amène à conclure que les employés de A. font l'objet d'une poursuite aux Etats-Unis.

En l'espèce, l'intérêt des employés à obtenir une copie des données litigieuses ne se limite pas à pouvoir évaluer la situation sur le seul territoire des Etats-Unis, le cas échéant, à se défendre dans ce contexte (cf. supra consid. 7.1.4).

Quoi qu'il en soit, les constatations – faites sous l'angle bien précis des éventuelles conséquences d'une violation de l'art. 271 CP – du Tribunal pénal fédéral, qui n'est pas l'«autorité précédente» dans la présente procédure (cf. art. 105 al. 1 LTF), ne lient pas le Tribunal fédéral. En l'espèce, il résulte des constatations de la Cour de justice que la procédure américaine ouverte contre la banque n'est pas terminée et que l'issue est encore incertaine pour les deux employés. Il n'importe à cet égard qu'il n'existe encore aucune procédure à leur encontre. Le droit d'accès aux données personnelles a précisément pour but de leur permettre d'évaluer eux-mêmes une telle éventualité et, si nécessaire, de se défendre. A cet égard, la remise d'une copie des données litigieuses est nécessaire, ne serait-ce que pour permettre aux employés de prendre connaissance en tout temps du contenu des documents qui sont déjà en possession des autorités américaines (cf. supra consid. 7.1.4).

7.8 Puisque la condition d'un intérêt prépondérant de la banque n'a pas été démontrée par celle-ci, il importe peu de savoir si la deuxième condition posée par l'art. 9 al. 4 LPD, à savoir que le maître du fichier ne communique pas les données personnelles à un tiers, est également remplie (cf. ATF 138 III 425 consid. 6.6 p. 436).

Il n'est donc pas nécessaire d'entrer en matière sur le grief, soulevé par la recourante dans ce contexte, d'un établissement manifestement inexact, par l'autorité précédente, des faits qui, selon la banque, révèlent l'obligation qui était la sienne de communiquer ses données aux autorités américaines.

8.

La recourante reproche également à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 al. 5 LPD. Elle estime qu'en l'espèce les circonstances sont telles qu'elles justifient une exception au principe de la communication écrite (en dehors de l'exception prévue par le Conseil fédéral). Elle fournit divers ar-

guments visant à convaincre de l'existence de telles circonstances (cf. *infra* consid. 8.2–8.6).

8.1 En vertu de l'art. 8 al. 5 LPD, «les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie. Le Conseil fédéral règle les exceptions».

Se fondant sur cette délégation législative (reprise à l'art. 36 al. 1 LPD), le Conseil fédéral a prévu, à l'art. 1 al. 3 de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD; RS 235.11), que, «d'entente avec le maître du fichier ou sur proposition de celui-ci, la personne concernée peut également consulter ses données sur place. Si elle y a consenti et qu'elle a été identifiée, les renseignements peuvent également lui être fournis oralement».

Il ressort clairement des dispositions précitées que, pour le législateur, la communication écrite des données constitue la règle (sur le constat cf. aussi: URS BELSER, *Das Recht auf Auskunft, die Transparenz der Datenbearbeitung und das Auskunftsverfahren*, in *Das neue Datenschutzgesetz des Bundes*, 1993, p. 60). La seule exception explicite figure à l'art. 1 al. 3 de l'ordonnance; selon cette disposition une consultation sur place – voire une communication orale – des pièces du dossier ne peut remplacer une communication écrite que dans le cas où la personne intéressée est d'accord avec ce mode de faire (ATF 125 II 321 consid. 3b p. 323; ATF 123 II 534 consid. 3c p. 540 s.; MEIER, *op.cit.*, n. 1076 s. p. 391 et les références; ROSENTHAL, *op.cit.*, n° 23 ad art. 8 LPD).

Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'expliquer que l'inconvénient résultant de la communication systématique des dossiers aux personnes qui le demandent (soit en particulier le surcroît de travail) est propre à tous les détenteurs de fichiers. Il a d'ailleurs été pris en compte par le législateur, qui n'a pas voulu en faire une cause de refus de la communication écrite, mais qui a préféré prévoir des exceptions à la gratuité de celle-ci (art. 8 al. 5 LPD, art. 2 OLPD; cf. ATF 125 II 321 consid. 3b p. 324).

La jurisprudence a jusqu'ici laissé indécise la question de savoir si, en plus du cas de figure envisagé par le Conseil fédéral (cf. art. 1 al. 3 OLPD), d'autres exceptions au principe de la communication écrite peuvent être envisagées, en dehors des cas prévus par l'ordonnance (cf. ATF 125 II 321 consid. 3b p. 323 s.; cf. BELSER/EPINEY/WALDMANN, *op.cit.*, n. 35 ad § 11). Cette question peut également rester ouverte en l'espèce, la recourante ne faisant valoir aucune circonstance concrète s'opposant à l'envoi d'une copie du dossier (cf. *infra* consid. 8.2–8.6).

8.2 L'argumentation générale fournie, dans un premier temps, par la recourante tombe à faux. En effet, il ne s'agit pas d'étendre la réflexion, de manière globale, à l'ensemble des employés de tous les établissements bancaires qui, potentiellement, pourraient exiger de leur employeur respectif la remise écrite d'informations les concernant; il s'agit ici de déterminer si, dans le cas concret, un refus par la banque d'une remise écrite des documents aux deux employés se justifie ou non.

D'autre part, l'argument tiré des inconvénients qui résulteraient du caviardage de l'ensemble des informations visées ne peut être suivi puisque l'arrêt cantonal constate que les données, qui sont actuellement contenues sur un support électronique, ont déjà été réunies, triées et même caviardées (données visant les clients de la banque) avant leur transmission aux autorités américaines; on voit donc mal comment ces informations pourraient mettre le secret bancaire en danger et leur remise écrite aux employés représenter une difficulté disproportionnée d'ordre pratique.

La difficulté qui peut être générée par le surcroît de travail n'est, à la lumière des principes rappelés ci-dessus, quoi qu'il en soit pas déterminante.

8.3 La recourante insiste ensuite sur le fait qu'il convient d'accorder une crédibilité accrue aux recommandations du PFPDT, lesquelles ont cautionné, en ce qui concerne l'accès aux données déjà transmises aux autorités américaines, la forme de la consultation des documents sur place, ceci compte tenu de leur sensibilité, des règles de sécurité de la banque, ainsi que du secret bancaire et des règles internes interdisant aux employés d'emporter des documents chez eux.

Or, le PFPDT, qui s'adresse au maître du fichier (cf. art. 3 let. i LPD), agit dans un cadre qui excède celui d'une pure contestation entre deux parties (ATF138 II 346 consid. 10.1 p. 363; ATF 136 II 508 consid. 6.3.2 p. 523). Les recommandations qu'il émet, qui n'ont pas été déclarées contraignantes par le Tribunal administratif fédéral, n'ont pas force de chose jugée (MEIER, *op.cit.*, n. 1925 p. 618 s.). Elles sont toutefois prises en compte dans le cadre de la pesée des intérêts (sous l'angle de l'art. 13 LPD: cf. ATF 138 II 346 consid. 10.1 p. 363).

La Cour de céans a tenu compte des intérêts de la banque (maître du fichier) mis en évidence par le PFPDT (notamment la sensibilité des documents bancaires, les règles de sécurité de la banque), mais elle a considéré, dans la pesée globale des intérêts entreprise sous l'angle de l'art. 9 LPD, que la banque n'a en l'espèce pas apporté la preuve d'un intérêt prépondérant à restreindre le droit d'accès dont les employés sont titulaires (cf. *supra* consid. 7).

8.4 A l'appui de sa thèse, la recourante tente également de tirer argument d'une application par analogie du droit allemand. Elle relève que le paragraphe 34 al. 6 BDSG prévoit explicitement de déroger à la forme écrite lorsque les circonstances du cas d'espèce font qu'une autre forme apparaît comme plus appropriée.

Cet argument ne lui est toutefois d'aucune aide. Au contraire, les commentateurs allemands expliquent qu'il s'agit de prendre en compte les circonstances du cas d'espèce dans la seule perspective de la personne concernée par les données. S'il apparaît que celle-ci (et non le maître du fichier) aura un accès plus rapide aux données sous une autre forme, elle peut renoncer, si elle l'estime opportun, à la remise de l'information sous forme écrite (ALEXANDER DIX, in *Bundesdatenschutzgesetz*, Simitis [éd.], 7^e éd. 2011, nos 52 s. ad § 34 BDSG; GOLA/KLUG/KÖRFFER/SCHOMERUS, *BDSG, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, 11^e éd. 2012, nos 13 s. ad § 34 BDSG).

8.5 S'agissant de la clause générale de police évoquée par la recourante, elle consiste en un droit qui appartient à l'Etat (ATF 137 II 431 consid. 3.3 p. 444 s.; ATF 103 Ia 310 consid. 3a p. 311 s.). La banque, en tant que personne morale de droit privé, ne saurait donc en tirer un quelconque argument pour défendre sa thèse.

Il est par ailleurs établi que l'autorisation du Conseil fédéral du 4 avril 2012, tout comme celle octroyée à d'autres banques à partir du 3 juillet 2013, n'a pas exempté les établissements concernés d'une éventuelle responsabilité civile ni, de manière plus générale, de leurs obligations à l'égard de leurs (ex-)employés. Cette autorisation visait uniquement à exempter les banques de tout reproche sous l'angle de l'art. 271 CP (actes exécutés sans droit pour un Etat étranger) et elle était donc moins étendue que celle accordée dans l'affaire D. (cf. ATF 137 II 431 consid. 4 p. 445 ss).

8.6 La recourante estime enfin qu'une remise écrite des données se heurte au contenu de l'art. 339a al. 1 CO qui prévoit qu'au moment où le contrat prend fin, les parties se rendent tout ce qu'elles se sont remis pour la durée du contrat, de même que tout ce que l'une d'elles pourrait avoir reçu de tiers pour le compte de l'autre. Selon elle, cette disposition de droit impératif serait vidée de sa substance s'il suffisait à un ancien employé d'entreprendre une action sur la base de la LPD pour récupérer toutes les données le concernant en possession de son employeur, ce d'autant plus sous l'angle de la réglementation idoine faisant partie intégrante des contrats de travail liant la banque à ses employés.

L'argument est sans consistance.

L'art. 339a al. 1 CO vise certes également les copies de documents en possession de l'employé (cf. arrêt 4A_611/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.3, JdT 2012 II p. 208), mais il poursuit un objectif totalement différent et distinct de celui auquel tend l'art. 8 LPD. Il vise une prétention de l'employeur à l'issue des relations contractuelles (ayant notamment pour objet la restitution des documents en mains de l'employé), alors que l'art. 8 LPD accorde à la personne concernée (en l'occurrence deux ex-employés) un droit d'accès aux données personnelles, institution centrale du droit de la protection des données (sur la fonction particulière du droit d'accès: OLIVER SCHNYDER, *Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht*, 2002, p. 89 s.).

Le moyen tiré de la violation de l'art. 8 al. 5 LPD est infondé.

Bundesgericht, Urteil vom 12. Januar 2015, Doss.-Nr. 2C_195/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 20. Januar 2014), in: BGE 141 II 1

Art. 4 und 7 FZA; Art. 2 Abs. 2, Art. 4, Art. 6 Abs. 1, 2 und 6 Anhang I FZA; Art. 18 und 23 VEP; Aufenthaltsanspruch eines ursprünglich unselbständig erwerbstätigen Vertragsausländers bei Arbeitslosigkeit; Abgrenzung zum Verbleiberecht bei angeblicher Arbeitsunfähigkeit. Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Fortbestehen bzw. Dahinfallen der freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft (E. 2). Wird die Bewilligung im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA wegen Arbeitslosigkeit nur um ein Jahr verlängert, ist zu prüfen, ob der freizügigkeitsberechtigten Person gestützt auf eine erneute, allenfalls auch zeitlich limitierte Integration auf dem (ersten) Arbeitsmarkt weiterhin oder wiederum Arbeitnehmerqualität zukommt (E. 3). Ein Verbleiberecht wegen Arbeitsunfähigkeit besteht nur, wenn eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aus diesem Grund aufgegeben wird (E. 4).

Art. 4 et 7 ALCP; art. 2 al. 2, art. 4, 6 al. 1, 2 et 6 Annexe I ALCP; art. 18 et 23 OLCP; droit au séjour en cas de chômage d'un étranger, ressortissant d'un Etat membre, qui a initialement exercé une activité lucrative dépendante; distinction avec le droit de demeurer en Suisse en cas d'incapacité de travail alléguée.

Résumé de la jurisprudence relative au maintien respectivement à la perte du statut de travailleur au sens de l'ALCP (consid. 2). Si l'autorisation prévue à l'art. 6 al. 1 Annexe I ALCP n'est prolongée que d'une année pour cause de chômage, il y a lieu d'examiner si la personne qui bénéficie du droit à la libre circulation garde la qualité de travailleur ou la retrouve en raison d'une réintégration, même pour une période limitée, sur le marché du travail (primaire) (consid. 3). Un droit de demeurer en Suisse pour incapacité de travail n'existe que lorsque l'activité salariée a cessé pour cette raison (consid. 4).

Sachverhalt:

A. (geb. 1972) stammt aus Deutschland. Er kam am 29. Januar 2006 in die Schweiz und verfügte hier gestützt auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als Handwerksmeister über eine bis zum 31. August 2011 gültige Aufenthaltsbewilligung B (EU/EFTA-B). Sein Dienstverhältnis wurde am 9. Mai 2008 aufgelöst, nachdem es am Arbeitsplatz zu einer tätlichen Auseinandersetzung gekommen war. A. bezog von Juli 2008 bis Juni 2010 Arbeitslosengelder.

Am 20. Juni 2011 ersuchte A. das Migrationsamt des Kantons Solothurn darum, seine Aufenthaltsbewilligung zu verlängern, was dieses am

4. Juli 2011 um ein Jahr, d.h. bis zum 31. August 2012 tat. Das Migrationsamt wies A. darauf hin, dass sein freizügigkeitsrechtlicher Aufenthaltsanspruch erlösche, falls er nach einem Jahr immer noch arbeitslos sein sollte (Art. 6 Abs. 1 Anhang I des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA; SR 0.142.112.681]).

Am 26. September 2012 informierte das Sozialamt das Migrationsamt, dass A. nach wie vor vollumfänglich unterstützt werden müsse. Er habe insgesamt Sozialhilfeleistungen in der Höhe Fr. 41 680.60 bezogen. Das Migrationsamt des Kantons Solothurn lehnte es hierauf am 8. März 2013 androhungsgemäss ab, die Aufenthaltsbewilligung von A. ein weiteres Mal zu verlängern, und forderte ihn auf, das Land zu verlassen.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn wies am 20. Januar 2014 die von A. hiergegen eingereichte Beschwerde ab. Zwar habe dieser während der Verlängerung seines Aufenthalts mehrere Praktika absolviert, doch sei er im entscheidenden Zeitpunkt der Verlängerung immer noch arbeitslos gewesen, weshalb nicht weiter geprüft werden müsse, ob seine Praktika als Erwerbstätigkeit gelten könnten. Sein Verlängerungsanspruch sei so oder anders erloschen, da er im Entscheidzeitpunkt keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Sein ursprüngliches Dienstverhältnis sei nicht wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgelöst worden, weshalb auch kein Verbleibe-rechtsanspruch bestehe.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde von A. ab, soweit es darauf eintritt.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1

2.1.1 Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei ist und mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mindestens einem Jahr eingeht, erhält eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis (EU/EFTA-B-Bewilligung). Diese wird automatisch um mindestens fünf Jahre verlängert. Bei der ersten Verlängerung kann die Gültigkeitsdauer beschränkt werden, wenn der Inhaber seit mehr als zwölf aufeinanderfolgenden Monaten unfreiwillig arbeitslos ist; die Dauer der Bewilligungsverlängerung darf ein Jahr nicht unterschreiten (vgl. Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA). Einem Arbeitnehmer, der mit einem Arbeitgeber des Aufnahmestaates ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von mehr als drei Monaten und weniger als einem Jahr eingegangen ist, wird eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer erteilt, die der Dauer des Arbeitsvertrags entspricht (Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA; EU/EFTA-L-Bewilligung).

2.1.2 Nach Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA darf einer arbeitnehmenden Person eine gültige Aufenthaltsbewilligung nicht allein deshalb entzogen werden, da sie keine Beschäftigung mehr hat, weil sie infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig oder unfreiwillig arbeitslos geworden ist, falls das zuständige Arbeitsamt dies ordnungsgemäss bestätigt. Der Unterbruch der Erwerbstätigkeit infolge von Krankheit oder Unfall, die von der zuständigen Behörde bestätigte Zeit unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und der unfreiwillige Erwerbsunterbruch von unselbständig Erwerbstätigen gelten als Beschäftigungszeiten (vgl. Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung [EWG] Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben [ABl. 1970 L 142 vom 30. Juni 1970 S. 24 ff.]).

2.2

2.2.1 Das Bundesgericht hat in Auslegung dieser Grundlagen entschieden, dass eine arbeitnehmende Person ihren freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person verlieren kann, (1) wenn sie freiwillig arbeitslos geworden ist, (2) aufgrund ihres Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass sie in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird (Dahinfallen des Arbeitnehmerstatus; vgl. das Urteil des EuGH vom 26. Mai 1993 C-171/91 Tsiotras, Slg. 1993 I-2925 Randnr. 14) oder (3) ihr Verhalten gesamthaft als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden muss, da sie ihre Bewilligung (etwa) gestützt auf eine fiktive bzw. zeitlich kurze Erwerbstätigkeit einzig zum Zweck erworben hat, von günstigeren Sozialleistungen als im Heimat- oder einem anderen Vertragsstaat zu profitieren (Urteile des Bundesgerichts 2C_412/2014 vom 27. Mai 2014 E. 3.2 und 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 3.2 u. 4.3; zu diesem Entscheid: VÉRONIQUE BOILLET, *La notion de travailleur au sens de l'ALCP et la révocation des autorisations de séjour avec activité lucrative*, in: *Actualité du droit des étrangers*, Dang/Petry [Hrsg.], Bd. I, 2014, S. 11 ff.; BENEDIKT PIRKER, *Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen*, AJP 9/2014 S. 1217 ff.; RAHEL DIETHELM, *Widerruf der Aufenthaltsbewilligung langzeitarbeitsloser EU/EFTA-Bürger*, Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar [dRSK], 10. Juni 2014 Rz. 13 ff.; BGE 131 II 339 E. 3.4 S. 347 mit Hinweisen). Die zuständige Behörde kann in diesen Situationen Kurzaufenthalts-, Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA und Grenzgängerbewilligungen EU/EFTA widerrufen oder nicht verlängern, wenn die Voraussetzungen für deren Erteilung nicht oder nicht mehr erfüllt sind (Art. 23 der Verordnung vom 22. Mai 2002 über die Einführung des freien Personenverkehrs [VEP; SR 142.203]). Da es dabei nicht darum geht, bestehende Freizügigkeitsrechte zu beschränken, sondern die (deklaratorische) bewilligungsrechtliche an die (rechtsbegründende) anspruchrechtliche (vgl. BGE 136 II 329 E. 2; BGE 134 IV 57 E. 4) anzupassen, kommt Art. 5 Anhang I FZA (Erfordernis des Schutzes der öffentlichen Ordnung) nicht zur Anwendung; besteht kein freizügigkeitsrechtlicher Anspruch, kann dieser

auch nicht unter Beachtung der Vorgaben von Art. 5 Anhang I FZA beschränkt werden.

2.2.2 Der Arbeitnehmerstatus dauert zur Stellensuche über die Beendigung des Arbeitsvertrags hinaus (Urteil 2A.513/2002 vom 27. Februar 2003 E. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH; zur unionsrechtlichen «finanziellen Solidarität» gestützt auf die Unionsbürgerschaft [Art. 18 i.V.m. 21 AEUV]: MONIKA PUSTUL, Freizügigkeit der Unionsbürger und das Recht auf Sozialleistungen in der EU und unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2014, S. 74 f.; SONJA BUCKEL, «Welcome to Europe» – Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts, Bielefeld 2013, S. 81 ff.). Nach Beendigung eines Dienstverhältnisses mit einer Dauer von weniger als einem Jahr haben die Staatsangehörigen der Vertragsparteien das Recht, im Land zu verbleiben, um sich eine andere Beschäftigung zu suchen und sich während eines angemessenen Zeitraums von bis zu sechs Monaten dort aufzuhalten, sofern dies erforderlich ist, um von den ihrer beruflichen Befähigung entsprechenden Stellenangeboten Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls die erforderlichen Massnahmen für eine Einstellung zu treffen (vgl. das Urteil des EuGH vom 26. Februar 1991 C-292/89 Antonissen, Slg. 1991 I-745 Randnr. 21; BOILLET, a.a.O., S. 12). Art. 18 VEP sieht vor, dass Freizügigkeitsberechtigte zur Stellensuche bis zu einem Aufenthalt von drei Monaten keiner Bewilligung bedürfen; für eine länger dauernde Stellensuche wird ihnen pro Kalenderjahr eine Kurzaufenthaltsbewilligung von drei Monaten erteilt; diese kann bis zu einem Jahr verlängert werden, sofern Suchbemühungen nachgewiesen sind und eine begründete Aussicht darauf besteht, dass eine Beschäftigung gefunden werden dürfte. Während der Dauer ihres Aufenthalts können Stellensuchende, welche die Arbeitnehmereigenschaft verloren haben, von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA); allfällige Leistungen der Arbeitslosenversicherung gelten indessen als eigene Mittel des Stellensuchenden und nicht als Sozialhilfebeiträge.

2.2.3 Die Auslegung des freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs und des damit verbundenen Status erfolgt in Übereinstimmung mit der unionsrechtlichen Rechtsprechung, wie sie vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens (21. Juni 1999) bestand. Neuere Entscheide des EuGH berücksichtigt das Bundesgericht im Interesse einer parallelen Rechtslage, soweit keine triftigen Gründe hiergegen sprechen (vgl. BGE 139 II 393 E. 4.1 mit Hinweisen). Der unselbständig erwerbstätige Vertragsausländer muss demgemäss (1) während einer bestimmten Zeit (2) Leistungen für eine andere Person nach deren Weisungen erbringen und (3) als Gegenleistung hierfür eine Vergütung erhalten (BGE 131 II 339 E. 3 u. 4; Urteil 2A.513/2002 vom 27. Februar 2003 E. 4.1; BOILLET, a.a.O., S. 14 ff.; PIRKER, a.a.O., S. 1217 ff.; EPINEY/BLASER, in: Code annoté de droit des migrations, Amarelle/Nguyen [Hrsg.], Bd. III: Accord sur la libre circulation des personnes [ALCP], 2014, N. 22 ff. zu Art. 4 FZA).

2.2.4 Grundsätzlich kommt es dabei weder auf den zeitlichen Umfang der Aktivität noch auf die Höhe des Lohnes oder die Produktivität der betroffenen Person an (vgl. Urteile des EuGH vom 3. Juni 1986 C-139/85 Kempf, Slg. 1986 1741 Randnr. 14; vom 26. Februar 1992 C-3/90 Bernini, Slg. 1992 I-1071 Randnr. 16; vgl. BETTINA KAHIL-WOLFF, *Le système de la sécurité sociale vu sous l'angle européen*, ZSR 133/2014 II S. 115 ff., 139 ff.). Erforderlich ist jedoch quantitativ wie qualitativ eine echte und tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit (Urteil des EuGH vom 31. Mai 1989 C-244/87 Betray, Slg. 1989 1621 Randnr. 13). Die Beurteilung, ob eine solche besteht, muss sich auf objektive Kriterien stützen und – in einer Gesamtbewertung (Urteil des EuGH vom 4. Februar 2010 C-14/09 Genc, Slg. 2010 I-931 Randnr. 26) – allen Umständen Rechnung tragen, welche die Art der Tätigkeit und des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen. Es ist dabei auch zu berücksichtigen, ob die erbrachten Leistungen auf dem allgemeinen Beschäftigungsmarkt als üblich gelten können (vgl. Urteile des EuGH Betray, Randnr. 17; vom 7. September 2004 C-456/02 Trojani, Slg. 2004 I-7573 Randnr. 24 [Person, die in einem Wohnheim gegen Naturalleistungen arbeitet]; MARCEL DIETRICH, *Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts*, 1995, S. 271 ff.).

2.2.5 Im Urteil 2C_390/2013 vom 10. April 2014 hat das Bundesgericht entschieden, dass arbeitslosenversicherungsrechtliche Beschäftigungsmassnahmen nicht geeignet sind, die Arbeitnehmereigenschaft der betroffenen Person zu begründen bzw. fortauern zu lassen (E. 4.2): Diese unterschieden sich von einer klassischen Arbeitstätigkeit auf dem ordentlichen Beschäftigungsmarkt insofern, als kein Arbeitsvertrag bestehe, die Tätigkeit dem Betroffenen vielmehr unter Androhung von Leistungseinstellungen zugewiesen werde (Art. 30 Abs. 1 lit. d, Art. 59 Abs. 1 und 1bis und Art. 64a Abs. 1 AVIG [SR 837.0]) und die betroffene Person keinen arbeitsrechtlichen Lohn erhalte, sondern lediglich das versicherungsrechtliche Taggeld (vgl. Art. 59c und 59cbis AVIG; BGE 133 V 536 E. 4.1 S. 540; kritisch hierzu: BOILLET, a.a.O., S. 16 ff.).

3.

3.1 Dem Beschwerdeführer war gestützt auf seinen überjährigen Arbeitsvertrag eine EU/EFTA-B-Bewilligung erteilt worden, welche bis zum 31. August 2011 gültig war. Da er zu diesem Zeitpunkt ununterbrochen länger als 12 Monate keiner Arbeit mehr nachging, durfte seine weitere Anwesenheitsberechtigung am 4. Juli 2011 auf ein Jahr (bis 31. August 2012) beschränkt und an die Folge geknüpft werden, dass der Aufenthaltsanspruch untergehe, sollte er nach Ablauf der Frist – allfällige Verbleiberechte bzw. einen erwerbslosen Aufenthalt bei Erfüllen der entsprechenden Voraussetzungen vorbehalten – nach wie vor ohne Arbeit sein (Art. 6 Abs. 1 Anhang 1 FZA) bzw. sich inzwischen nicht wieder in den Arbeitsmarkt integriert haben (vgl. DIETRICH, a.a.O., S. 293 f.).

3.2

3.2.1 Das Verwaltungsgericht hat zu Unrecht nicht weiter geprüft, ob der Beschwerdeführer – wie von ihm behauptet – innert dieser Frist wieder einer reellen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist oder nicht; seine Begründung, es sei nicht massgebend, ob der Betroffene das ganze Jahr über arbeitslos gewesen sei, sondern einzig, ob er zum Zeitpunkt des erneuten Verlängerungsentscheids über eine Stelle verfügt habe, überzeugt nicht. Sie übersieht, dass je nach Situation auch eine vorübergehende bzw. zeitlich beschränkte Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit geeignet sein kann, den freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätige Person mit den damit verbundenen Rechten fortbestehen oder allenfalls wieder aufleben zu lassen (vgl. die Urteile 2C_390/2013 vom 10. April 2014 E. 4.4 und 2C_967/2010 vom 17. Juni 2011 E. 4.2 e contrario; PIRKER, a.a.O., S. 1221 ff.). Es ist systemwidrig und unverhältnismässig, eine während der Verlängerung für mehrere Monate gefundene echte und tatsächliche wirtschaftliche Aktivität bei der Beurteilung der Bewilligung des weiteren Aufenthalts (gegebenenfalls im Rahmen einer EU/EFTA-L-Bewilligung; dazu oben E. 2.1.1) nicht zu berücksichtigen, nur weil die betroffene Person (unter Umständen etwa saisonbedingt) am Stichtag keiner Erwerbstätigkeit nachgeht. Die von der Vorinstanz vertretene schematisierende Lösung führt ohne sachlichen Grund zu einer Ungleichbehandlung je nach Antritt bzw. Beendigung eines allenfalls zeitlich beschränkten Arbeitsverhältnisses (Antritt oder Beendigung kurz vor Stichtatum), dies, obwohl dessen Dauer und Umfang bei der Umschreibung der freizügigkeitsrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft gerade keine Rolle spielt. Erforderlich ist sowohl nach der Rechtsprechung des EuGH wie des Bundesgerichts eine Gesamtsicht, welche der Praxis zum Recht auf Stellensuche von bereits in den hiesigen Arbeitsmarkt integrierten freizügigkeitsberechtigten unselbständig erwerbstätigen Personen, aber auch dem Grundsatz einer nicht übermässigen Belastung des Sozialsystems angemessen Rechnung trägt (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA; DIETHELM, a.a.O., Rz. 17; EPINEY/BLASER, a.a.O., N. 25 zu Art. 7 FZA).

3.2.2 Die Vorinstanz begründet ihren Standpunkt mit den Weisungen des Bundesamts für Migration (BFM) vom 1. Mai 2011 zum Freizügigkeitsabkommen: Zwar hält das Bundesamt dort fest, dass die betroffene Person weggewiesen werden kann, wenn sie nach einem Jahr immer noch arbeitslos ist; weist sie jedoch eine dauerhafte Erwerbstätigkeit nach, hat sie Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA oder – wenn keine dauerhafte Erwerbstätigkeit vorliegt – (immerhin) auf eine (weitere) Kurzaufenthaltsbewilligung EU/EFTA für die Dauer der Erwerbstätigkeit (Ziff. 12.2.2). Damit kann die Arbeitnehmereigenschaft selbst nach Ansicht des Bundesamtes wieder «aufleben» und allenfalls gestützt auf die Arbeitnehmereigenschaft ein Anwesenheitsanspruch über die ursprüngliche Bewilligungsverlängerung von einem Jahr hinaus bestehen (Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA). Auch nach den Weisungen des BFM darf somit nicht darauf verzichtet werden, zu prüfen, ob der Beschwerdeführer gestützt auf seine Aktivität

ten weiterhin über einen freizügigkeitsrechtlichen Bewilligungsanspruch verfügt bzw. einen solchen erneut erworben hat. Im Übrigen wäre – selbst wenn die Passage in den Weisungen so verstanden werden müsste, wie die Vorinstanz dies tut – die entsprechende Auffassung für das Bundesgericht nicht verbindlich; entscheidend ist das Freizügigkeitsabkommen und dessen gesetzliche Umsetzung, nicht eine von der Verwaltungsbehörde gewählte, mit übergeordnetem Recht allenfalls in Widerspruch stehende Auslegung (zur Rechtsnatur von Weisungen: BGE 138 V 50 E. 4.1 S. 54; BGE 133 II 305 E. 8.1 S. 315; BGE 129 V 200 E. 3.2 S. 204 f. mit Hinweisen).

3.3

3.3.1 Der Beschwerdeführer stand vom 1. Juni 2006 bis zum 9. Mai 2008 in einem zeitlich unbeschränkten Dienstverhältnis. Dieses wurde wegen seines Verhaltens aufgelöst, worauf er von Juli 2008 bis Juni 2010 Taggelder der Arbeitslosenversicherung bezog. Von Juni 2008 bis August 2009 wurde er zudem unregelmässig ergänzend von der Sozialhilfebehörde unterstützt. Seit Juni 2010 muss diese vollumfänglich für ihn aufkommen (Fr. 41 680.60 bis zum 26. September 2012). Sein Dienstverhältnis wurde ursprünglich (allenfalls) von ihm verschuldet durch den Arbeitgeber einseitig aufgelöst; in der Folge war der Beschwerdeführer indessen unfreiwillig arbeitslos gemeldet, weshalb er in den Genuss entsprechender Versicherungsleistungen kam. Mit seiner Aussteuerung im Juni 2010 mochte zweifelhaft sein, ob er in absehbarer Zeit auf dem hiesigen Beschäftigungsmarkt mit einer weiteren Beschäftigung rechnen konnte. Seine Bewilligung wurde in Anwendung von Art. 6 Anhang I FZA am 4. Juli 2011 dennoch zu Recht verlängert, womit ihm aufgrund der Inländergleichbehandlung (Art. 9 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA) während des entsprechenden Jahres – soweit erforderlich – weitere Sozial(hilfe)leistungen gemäss dem kantonalen Recht geschuldet waren.

3.3.2 Bis zum 31. August 2012 absolvierte der Beschwerdeführer in der Folge zwei Praktika: Vom 1. September 2011 bis zum 31. November 2011 wurde ihm von der Sozialhilfebehörde ermöglicht, sich in Deutschland bei der B. weiterzubilden. Dabei handelte es sich um eine Aktivität im Rahmen der Tätigkeit eines gemeinnützigen Vereins. Die Vergütung für das entsprechende Praktikum bestand einzig darin, dass ihm eine Unterkunft zur Verfügung gestellt wurde. Die bei Eignung für eine allfällige Anstellung erforderliche Weiterbildung während des Volontariats ging zu seinen Lasten, wobei er weiterhin schweizerische Sozialhilfeleistungen bezog. Das entsprechende, zeitlich beschränkte Praktikum hat den Arbeitnehmerstatus des Betroffenen unter diesen Umständen nicht wieder aufleben oder fortbestehen lassen, da es sich dabei nicht um eine Arbeitstätigkeit im Sinn des FZA gehandelt hat. Das von ihm – in Deutschland und nicht in der Schweiz – absolvierte Volontariat erfolgte im Wesentlichen im Sinne einer Weiterbildungs-/Beschäftigungsmassnahme in seinem Interesse. Gleiches gilt für das vom 15. März 2012 bis 31. Juli 2012 absolvierte Praktikum im «Zentrum C.» in V.: Durch dieses wurde ihm – so der Praktikumsbeschreibung – die Möglichkeit

gegeben, «den Alltag und den Aufbau einer Gemeinschaft zu leben» und an Volontärstreifen teilzunehmen. Die bei dieser Zielsetzung von ihm erbrachten Küchen- und Hauswirtschaftsarbeiten sind weder quantitativ noch qualitativ einer echten und tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit gleichzustellen.

3.4 Der Beschwerdeführer kann sich bei gesamthafter Betrachtung somit nicht (mehr) auf den freizügigkeitsrechtlichen Status als unselbständig erwerbstätiger Arbeitnehmer berufen; er hat diesen verloren (vgl. DIETRICH, a.a.O., S. 314 ff.), da er auch im Rahmen der nach Art. 6 Abs. 1 Anhang I FZA gebotenen Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung – selbst zeitlich beschränkt – nicht mehr unselbständig im Sinne der Rechtsprechung des EuGH erwerbstätig war. Ihm wurde hinreichend Gelegenheit gegeben, sich im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA in der Schweiz um weitere Stellen zu bewerben (vgl. Urteil 2C_967/2010 vom 17. Juni 2011 E. 4.3); seine Bemühungen blieben indessen ohne Erfolg. Zwar befindet er sich seit nunmehr sieben Jahren im Land, doch ist er seit rund fünf Jahren nicht mehr im Arbeitsprozess. Auch wenn der Beschwerdeführer einwendet, arbeiten zu wollen, sich entsprechend bemüht zu haben und sich nicht missbräuchlich zu verhalten, ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang doch, dass derzeit keine ernsthaften Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass er in absehbarer Zeit auf dem hiesigen Arbeitsmarkt wieder eine Stelle finden könnte. Er macht denn auch nicht geltend, sich um eine solche weiter zu bemühen, sondern konzentriert sich nunmehr darauf, wegen einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit invalidenversicherungsrechtliche Leistungen zu erwirken. Im Resultat hat die Vorinstanz das Fortbestehen eines freizügigkeitsrechtlichen Anwesenheitsanspruchs als erwerbstätige Person zu Recht verneint. Da der Beschwerdeführer über keine eigenen Mittel verfügt, kann er sich nicht auf einen freizügigkeitsrechtlichen Anspruch ohne Erwerbstätigkeit berufen (vgl. Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA [«ausreichende finanzielle Mittel»]).

4.

Der Beschwerdeführer macht geltend, falls Art. 6 bzw. Art. 2 Anhang I FZA nicht zur Anwendung kommen sollten, liege bei ihm ein Verbleiberechtsanspruch nach Art. 4 Anhang I FZA vor (dauernde Arbeitsunfähigkeit). Die Bestimmung habe insofern eine «Vorwirkung», als er sich gestützt darauf weiter im Land müsse aufhalten können, bis (auch) über die invalidenversicherungsrechtliche Lage entschieden sei.

4.1 EU-/EFTA-Angehörige, die nach zweijährigem ständigem Aufenthalt in der Schweiz dauernd arbeitsunfähig werden bzw. «infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis» aufgeben, verfügen als Wanderarbeitnehmende, welche von der Personenfreizügigkeit Gebrauch gemacht haben, über ein autonomes Verbleiberecht (vgl. DIETRICH, a.a.O., S. 295 ff.). Die Karenzfrist von zwei Jahren entfällt, falls die Arbeitsunfähigkeit auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückgeht und ein Anspruch auf eine Rente eines schweizerischen Versicherungsträgers besteht (Art. 4 Anhang I FZA i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung [EWG] Nr. 1251/70; vgl. GROSSEN/DÄPP, § 4 Sonderregelun-

gen für Staatsangehörige der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten, in: Ausländerrecht, Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], 2. Aufl., 2009, N. 4.44 ff.; THOMAS HUGI YAR, Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft, Jahrbuch für Migrationsrecht 2012/2013 S. 31 ff., dort S. 57 ff.; ZÜND/ARQUINT HILL, § 8 Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Ausländerrecht, a.a.O., N. 8.37; MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht, Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], 3. Aufl., 2012, N. 4 zu Art. 4 Anhang I FZA). Wer sich auf ein Verbleiberecht berufen kann, behält seine als Arbeitnehmer erworbenen Rechte und hat insbesondere auch Anspruch auf Sozialhilfe (vgl. Art. 22 VEP). Nach Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 gelten die vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäss bestätigten Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit und die Abwesenheit infolge Krankheit oder Unfall als anrechenbare Beschäftigungsperioden.

4.2

4.2.1 Im Urteil 2C_587/2013 vom 30. Oktober 2013 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Migrationsbehörde grundsätzlich nicht über den weiteren Aufenthaltsstatus entscheiden darf, solange die IV-Abklärungen in Bezug auf die dauernde Arbeitsunfähigkeit noch im Gang sind. In Zweifelsfällen ist die Verfügung der zuständigen IV-Stelle abzuwarten; regelmässig kann nur gestützt auf deren Entscheid abschliessend beurteilt werden, ob eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 vorliegt. Sie darf den Aufenthaltsstatus nur dann früher regeln, wenn die IV-rechtliche Ausgangslage als Vorfrage zum Bewilligungsentscheid klar und eindeutig erscheint. Das Bundesgericht hat diese Auffassung im Entscheid 2C_1102/2013 vom 8. Juli 2014 bestätigt. In beiden Urteilen kam es zum Schluss, dass es sich zumindest im konkret zu beurteilenden Fall gestützt auf die Gesamtumstände nicht gerechtfertigt habe, den Aufenthalt nicht bis zum IV-Entscheid weiter zu gestatten.

4.2.2 Der Beschwerdeführer darf gemäss eines Arztzeugnisses vom 19. Oktober 2009 bei der Arbeit nicht mehr als 20 Kilogramm heben. Er war in der Folge vom 3. bis 8. September 2012 und vom 21. bis 30. September 2012 krankgeschrieben. Weitere Arbeitsunfähigkeiten sind nicht attestiert. Im IV-Verfahren ist durch die Ärztin bisher eine Anpassungsproblematik bei psychosozialer Belastungssituation mit Trennung, Arbeitslosigkeit und aktuell fehlender Aufenthaltsbewilligung mit reaktiv zunehmend körperlichen Beschwerden (Rückenschmerzen) ohne relevantes organisches Korrelat festgestellt worden. Durch stufenweise Integrationsmassnahmen könne eine 100%-ige Arbeitsfähigkeit in einer Disponenten- oder Verweistätigkeit erreicht werden. Die entsprechenden Integrationsmassnahmen wurden von der IV-Stelle nicht in die Wege geleitet, da beim Versicherten eine besondere Situation bestehe, welche Anlass gebe, vor Beginn von beruflichen Integrationsmassnahmen mittels psychiatrischer Abklärung den medizinischen Leistungsanspruch zu ermitteln (Quantifizierung einer allfälligen krankheitsbedingten Leistungseinschränkung).

4.2.3 Der Beschwerdeführer hat sich selber bis zum negativen Bewilligungsentscheid immer als arbeitsfähig bezeichnet und sich nach Erschöpfung der Taggelder über Volontariate um Arbeit bemüht. Er beruft sich in erster Linie auf seinen Status als Arbeitnehmer, womit die behauptete dauernde Arbeitsunfähigkeit im Widerspruch steht. Er verweist vor Bundesgericht auf seine Rückenprobleme, die noch während der Anstellung im unbefristeten Arbeitsverhältnis begonnen haben sollen, von ihm aber danach nicht als Grund für eine dauernde Arbeitslosigkeit geltend gemacht wurden. Während zweier Jahre bezog er Arbeitslosenentschädigungen, was voraussetzte, dass er vermittelbar war; auch danach machte er bei seinen Volontariaten nicht geltend, arbeitsunfähig zu sein. Der Umstand, dass er, nachdem er seine Arbeitnehmereigenschaft verloren hatte, psychisch belastet war, da sein weiterer Aufenthalt gefährdet erschien, erlaubt nicht die Berufung auf eine auf dem entsprechenden Status beruhende dauernde Arbeitsunfähigkeit. Art. 12 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 verlangt für das Verbleiberecht, dass der Arbeitnehmer eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis deswegen aufgegeben hat; nur in diesem Fall rechtfertigt es sich, seine Rechte als Wanderarbeitnehmer über das Dahinfallen des Arbeitnehmerstatus nach einem minimalen Aufenthalt von zwei Jahren hinaus fortbestehen zu lassen. Dies war hier nicht der Fall: Der Beschwerdeführer hat seine Beschäftigung im Lohn- und Gehaltsverhältnis nicht «infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit» aufgegeben, wie Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 dies voraussetzt (Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft); ihm wurde vielmehr wegen seines Verhaltens gekündigt. In der Folge bezog er Arbeitslosenleistungen, womit er als vermittelbar galt. Er verlor nach seiner Aussteuerung die Arbeitnehmereigenschaft, weshalb seine erst am 4. April 2013 bei der IV-Stelle geltend gemachte dauernde Arbeitsunfähigkeit kein Verbleiberecht begründet; zu dieser Zeit war der erstinstanzliche Wegweisungsentscheid bereits ergangen. Er kann sich somit – auch unter Berücksichtigung von Art. 4 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 – nicht auf ein Verbleiberecht im Sinne von Art. 4 Anhang I FZA berufen. Sämtliche berufliche Eingliederungsmassnahmen sind gescheitert, womit der Beschwerdeführer bei vorher verlorenem Arbeitnehmerstatus nicht im Hinblick auf weitere solche Massnahmen seitens der Invalidenversicherung einen Anspruch auf Bewilligungsverlängerung hat. Soweit zusätzliche versicherungsrechtliche Abklärungen in der Schweiz erforderlich sind, können diese im Rahmen des freien Aufenthalts grenzüberschreitend wahrgenommen werden.

Bundesgericht, Urteil vom 13. Januar 2015, Doss.-Nr. 4A_367/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Mai 2014)

Die Vorinstanz hielt den Nachweis für erbracht, dass der Arbeitnehmer dem Grundsatz nach Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus hat (sog. «unechte Gratifikation») und vertraglich ein 20%-Standard-Bonus vereinbart wurde. Es rechtfertigt sich daher, ihm den 20%-Standard-Bonus gemäss Arbeitsvertrag zuzusprechen (E. 4.2).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 25. August 2006 stellte die A. GmbH (Beklagte 1 und Beschwerdeführerin 1) C. (Kläger und Beschwerdegegner) per 1. September 2006 als CFO Area Central Europe ein. Die A. GmbH ist eine Tochtergesellschaft der B. AG (Beklagte 2 und Beschwerdeführerin 2). Im April 2009 begann die A. GmbH mit der Suche eines Nachfolgers für C. bzw. für die neu zu schaffende Stelle des CFO Gesamteuropas. Mit Schreiben vom 23. September 2009 kündigte die A. GmbH das Arbeitsverhältnis mit C. per 31. März 2010. Wegen Krankheit von C. verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bis zum 30. April 2010.

Mit Klage vom 17. November 2010 stellte C. beim Bezirksgericht Bülach die Begehren, die Beklagte 1 (A. GmbH) sei zu verpflichten, «dem Kläger Fr. 368 395.– zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit 30 März 2010». Im Eventualantrag «sei die Beklagte 1 zu verpflichten, dem Kläger Fr. 230 457.– zu bezahlen, und es sei die Beklagte 2 [B. AG] zu verpflichten, dem Kläger Fr. 137 938.– zu bezahlen, jeweils zuzüglich Zins zu 5% seit 30. März 2010.» Die Forderung über Fr. 368 395.– setzt sich aus folgenden Positionen zusammen: Einer Entschädigung für missbräuchliche Kündigung in der Höhe von Fr. 166 727.–, einem geltend gemachten Bonusanspruch von insgesamt Fr. 137 938.–, nämlich für 2009 von Fr. 103 454.– (für das ganze Jahr) und für 2010 von Fr. 34 484.– (1. Januar bis 30. April) und einer Entschädigung für geleistete Überzeit in der Höhe von Fr. 63 730.25. Mit Entscheid vom 14. Dezember 2012 verurteilte das Bezirksgericht die A. GmbH dazu, C. Fr. 101 181.35 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 30. März 2010 zu bezahlen und wies die Klage im Mehrbetrag ab. Das Bezirksgericht verneinte einen Anspruch auf einen Bonus. Mit Berufung vom 1. Februar 2013 an das Obergericht des Kantons Zürich verlangte die A. GmbH im Wesentlichen die Abweisung der Klage, da die Kündigung nicht missbräuchlich und folglich keine Entschädigung geschuldet sei. Ferner sei auch keine Vergütung für allfällige Überzeit geschuldet. In seiner Berufungsantwort vom 25. April 2013 beantragte C. die Abweisung der Berufung. Weiter erhob er Anschlussberufung und verlangte zusätzlich zum zugesprochenen Betrag von Fr. 101 181.35 die Ausrichtung von Boni in der Höhe von Fr. 137 938.– für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 30. April 2010. In der Anschlussbe-

rufungsantwort vom 17. Juni 2013 beantragte die A. GmbH die Abweisung der Anschlussberufung. Mit Beschluss vom 12. Mai 2014 verurteilte das Obergericht die A. GmbH dazu, C. Fr. 61 333.– zuzüglich 5% Zins seit dem 30. April 2010 zu bezahlen. Es kam dabei namentlich zum Schluss, dass C. dem Grundsatz nach Anspruch auf Ausrichtung eines Bonus habe (sog. «unechte Gratifikation») und es sich rechtfertige, ihm einen 20%-Standard-Bonus gemäss Arbeitsvertrag zuzusprechen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 16. Juni 2014 beantragen die A. GmbH und die B. AG dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Mai 2014 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner beantragt Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Beschwerdeführerinnen werfen der Vorinstanz sodann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vor, indem sich diese auf einen Sachverhalt gestützt habe, «der im vorinstanzlichen Verfahren nicht zur Sprache gekommen ist, auf den sich keine Partei berufen hat und dessen Relevanz die Parteien im konkreten Fall nicht voraussehen konnten». Die Beschwerdeführerinnen befänden sich insoweit in einer vergleichbaren Situation wie in jener, in der ein Gericht seinen Entscheid auf juristische Argumente stütze, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie vernünftigerweise auch nicht hätten rechnen müssen.

2.2 Mit dieser Rüge machen die Beschwerdeführerinnen sinngemäss eine «überraschende Beweiswürdigung» geltend. Dabei verkennen sie, dass die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zur überraschenden Rechtsanwendung keine analoge Anwendung auf die Beweiswürdigung finden (Urteile 4A_305/2013 vom 2. Oktober 2013 E. 4; 4A_214/2013 vom 5. August 2013 E. 4.1, 4.3.1; 4A_538/2012 vom 17. Januar 2013 E. 5.1). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vermögen die Beschwerdeführerinnen mithin nicht aufzuzeigen.

3.

Weiter werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz die «Nichtbeachtung wesentlicher Vorbringen», namentlich des «Freiwilligkeitsvorbehalts», und damit sinngemäss erneut eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Vorinstanz soll bei der Beurteilung des Bonusanspruches für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 30. April 2010 das «Element der Freiwilligkeit jeglicher Zahlungen auf der Grundlage der Bonuspläne und des KERP gänzlich ausser acht» gelassen haben.

3.1 Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass das Gericht die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Be-

troffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass es sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sie dem Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 136 V 351 E. 4.2; 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen).

3.2 Die Vorinstanz kommt aufgrund ihrer umfassenden Würdigung sowohl verschiedener Urkunden, namentlich des Arbeitsvertrags, des «Leadership Bonus Plan 2006 und 2007», des «A. GmbH Long-Term Performance Plan» sowie des KERP, als auch der Zeugenaussagen von D. zum Schluss, dass «aufgrund der vertraglich vereinbarten und regelmässig ausbezahlten Boni allfällige Freiwilligkeitsvorbehalte nur als unverbindliche Floskel zu qualifizieren wären». Diese auf das Wesentliche beschränkte Auseinandersetzung und Begründung entspricht den gehörsrechtlichen Anforderungen. Eine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV liegt nicht vor.

4.

Schliesslich werfen die Beschwerdeführerinnen der Vorinstanz eine Verletzung der Regeln über die Beweislastverteilung (Art. 8 ZGB) sowie eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vor, weil die Beschwerdeführerinnen aufgrund einer angeblich unzulässigen Umkehr der Beweislast keine Möglichkeit erhalten hätten, zu den Leistungen des Beschwerdegegners im für den bonusrelevanten Zeitraum Stellung zu nehmen.

4.1 Art. 8 ZGB regelt für das Bundeszivilrecht einerseits die Beweislastverteilung und gibt andererseits der beweispflichtigen Partei einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden. Art. 8 ZGB ist daher insbesondere verletzt, wenn das kantonale Sachgericht unbewiesene Behauptungen einer Partei unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt. Wo der Richter allerdings in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor (BGE 130 III 591 E. 5.4 mit Hinweisen).

4.2 Die Rüge stösst ins Leere. Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass die Vorinstanz hinsichtlich der Leistungen des Beschwerdegegners nicht aufgrund der Beweislastverteilung zu ihren Ungunsten entschieden hat, sondern den Nachweis für erbracht hielt, dass der Kläger dem Grundsatz nach Anspruch auf die Ausrichtung eines Bonus hat und vertraglich ein 20%-Standard-Bonus vereinbart worden ist. Damit liegt kein offenes Beweisergebnis vor und die Beweislastverteilung ist gegenstandslos.

Hinsichtlich des Vorwurfs der Gehörsverletzung verkennen die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang schliesslich erneut, dass die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zur überraschenden Rechtsanwendung keine analoge Anwendung auf die Beweiswürdigung finden (oben E. 2.2).

5.

Die Beschwerde ist damit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 26. Januar 2015, Doss.-Nr. 4A_493/2014 (Bestätigung des Entscheids des Kantonsgerichts St. Gallen vom 30. Juni 2014)

Retentionsrecht zur Sicherung der Lohnforderung; Streitwert; Willkür, Art. 9 BV; Entlöhnung auf reiner Courtagenbasis. Will der entlassene Arbeitnehmer die von ihm retinierten Gegenstände (Auto und Laptop im Wert von Fr. 10 000.–) einzig zur Sicherung seiner Lohnforderung (Fr. 10 000.– für Lohn und Arbeitszeugnis) einstweilen nicht herausgeben, sind die Werte des Retentionsrechts und der dadurch gesicherten Forderung nicht zusammenzuzählen, und zwar nicht, weil es sich nicht um eine Mehrzahl von Begehren im Sinne von Art. 52 BGG handelt, sondern weil das Retentionsrecht nicht unabhängig, sondern bloss akzessorisch zur (Lohn-)Forderung des Arbeitnehmers besteht (E. 1.1.3).

Das Kantonsgericht konnte willkürfrei annehmen, dass der Arbeitnehmer zumindest nach Abschluss des zweiten Arbeitsvertrages nicht mehr von einem Verzicht des Arbeitgebers auf Rückforderungen bei im Vergleich zu den geleisteten Vorschüssen geringeren Provisionsansprüchen habe ausgehen dürfen, somit die Lohnvereinbarung nicht mehr als Minimallohn mit der Möglichkeit eines Mehrverdienstes zu verstehen war, sondern als Entlöhnung auf reiner Courtagenbasis (E. 3.1, 3.2.1).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) war ab 1. Februar 2008 bei der B. AG (Arbeitgeberin), deren Zweck die Vermittlung von Provisionsgeschäften für eigene und fremde Rechnung, das Erbringen von Finanzdienstleistungen, die Vermittlung und der Verkauf von Produkten aller Art und der Erwerb, das Halten und die Veräusserung von Beteiligungen ist, als Leiter Vertrieb angestellt. Dem Arbeitsverhältnis lag der schriftliche Arbeitsvertrag vom 30. Januar 2008 zugrunde, welcher für die Zeit ab 1. Januar 2010 durch den Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 2009 ersetzt wurde. Die beiden Verträge waren weitgehend identisch abgefasst. Namentlich war A. von Anbeginn auf Provisions- und Courtagenbasis angestellt. Dem monatlich ausgerichteten «Lohnvorschuss» wurde zunächst ein provisorischer AHV-Jahresverdienst von

Fr. 104 000.– und ab 1. Januar 2010 ein solcher von Fr. 96 000.– zugrunde gelegt. Unter dem Titel «Überschuss» war gemäss Arbeitsvertrag vom 30. Januar 2008 Folgendes vereinbart worden: «Der Lohn sowie die Spesen gelten als Vorschuss. Dies bedeutet, dass ein allfälliger Überschuss, Provisionsanspruch erst nach Deckung sämtlicher Vergütungen wie Lohnvorschuss und Spesen, Auto ausbezahlt wird.» Gemäss Anhang I zum Arbeitsvertrag vom 15. Dezember 2009 wurde diese Passage geändert in: «Der Lohn sowie die Autokosten gelten als Vorschuss. Dies bedeutet, dass ein allfälliger Überschuss erst nach Deckung sämtlicher Vergütungen wie Lohnvorschuss und Autokosten ausbezahlt wird. Der Arbeitgeber kann auf die Verrechnung verzichten, sofern die Produktionszahlen die Ziele übersteigen.» Mit Schreiben vom 31. August 2010 kündigte die B. AG das Arbeitsverhältnis per 30. September 2010 und richtete in der Folge für den Monat September 2010 lediglich die Kinderzulage von Fr. 200.– aus. A. retinierte daraufhin das Leasingfahrzeug C. und einen Laptop der Arbeitgeberin.

Am 3. Februar 2011 erhob A. Klage beim Kreisgericht Rheintal gegen die B. AG auf Zahlung des Septemberlohnes 2010 von Fr. 8000.– (brutto) und von Fr. 2125.– (netto) für Telefon- und Benzinkosten von Januar bis September 2010 sowie auf Ausstellung eines wohlwollend formulierten Arbeitszeugnisses. Ferner erklärte er sich bereit, die von ihm retinierten Gegenstände herauszugeben, sofern die B. AG einen angemessenen Geldbetrag von mindestens Fr. 10 000.– als Sicherheit leiste. Mit Entscheid vom 28. Februar 2011 wurde A. auf Gesuch der Arbeitgeberin hin verpflichtet, ihr gegen Hinterlegung von Fr. 10 000.– auf ein spezifiziertes Konto des Kreisgerichts die durch ihn retinierten Gegenstände innert fünf Werktagen ab Eingang der Sicherstellung herauszugeben. Mit Urteil vom 27. Mai 2013 verurteilte das Kreisgericht die B. AG zur Bezahlung von Fr. 8000.– brutto (bzw. Fr. 7026.80 netto) zuzüglich Zins von 5% seit 1. Oktober 2010; im Mehrbetrag wies es die Klage ab (Dispositiv-Ziffer 1). Die B. AG wurde angehalten, das von ihr erstellte Arbeitszeugnis dahingehend zu ändern, als es auf den 1. Oktober 2010 zu datieren, der Satzteil «auf 100% Provisionsbasis» zu entfernen und der Satzteil «Da der Umsatz nicht den besprochenen und vereinbarten Verkaufszielen entsprach» durch «Aus wirtschaftlichen Gründen» zu ersetzen waren (Dispositiv-Ziffer 2). A. wurde verpflichtet, das Auto und das Laptop an die B. AG herauszugeben, soweit sich diese noch in seinem Besitz befanden (Dispositiv-Ziffer 3). In Dispositiv-Ziffer 5 legte das Kreisgericht fest, dass die B. AG A. eine Parteientschädigung von Fr. 2986.80 auszurichten hatte.

Das Gesuch des A. vom 19. September 2013 um Berichtigung der Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils lehnte das Kreisgericht ab, während es jenes um Erläuterung der Dispositiv-Ziffer 3 guthiess (Entscheid vom 30. September 2013) und am 17. Oktober 2013 den Erläuterungsentscheid vom 27. Mai 2013 versandte. Die B. AG legte Berufung gegen den Entscheid des Kreisgerichts vom 27. Mai 2013 ein mit den Anträgen, die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 5 seien aufzuheben und die Klage des A. auf Zusprechung jeglicher

Forderung und auf Änderung des bestehenden Arbeitszeugnisses (ausser der Rückdatierung per 1. Oktober 2010) sei abzuweisen; ausserdem sei A. zu verpflichten, ihr für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6221.90 zu bezahlen (Berufung BO.2013.58). A. liess gegen den Erläuterungsentscheid vom 27. Mai 2013 Berufung einlegen (Berufung BO.2013.59) und das Rechtsbegehren stellen, Ziffer 3 des Entscheids sei aufzuheben und wie folgt zu ersetzen: «Der Kläger hat die durch ihn derzeit retinierten Gegenstände (1 Auto und 1 Laptop) nach vollständiger Zahlung sämtlicher Forderungen und der mit der Retention zusammenhängenden Kosten (Schadenersatz, Vollstreckungskosten etc.) an die Beklagte herauszugeben, soweit sich diese Gegenstände noch im Besitz des Klägers befinden.» Das Kantonsgericht St. Gallen vereinigte die beiden Berufungsverfahren (Verfügung vom 7. März 2014), wies die Berufung BO.2013.59 ab und verpflichtete die B. AG in teilweiser Gutheissung der Berufung BO.2013.58, das von ihr erstellte Arbeitszeugnis dahingehend zu ändern, als es auf den 1. Oktober 2010 zu datieren und der Satzteil «Da der Umsatz nicht den besprochenen und vereinbarten Verkaufszielen entsprach» durch «Aus betriebswirtschaftlichen Gründen» zu ersetzen sei (Entscheid vom 30. Juni 2014). Im Übrigen wies es die Klage ab. A. lässt Beschwerde in Zivilsachen führen und beantragen, der Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 30. Juni 2014 sei aufzuheben, die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Kreisgerichtsentscheids vom 27. Mai 2013 seien zu bestätigen und Dispositiv-Ziffer 3 des Kreisgerichtsentscheids vom 27. Mai 2013 sei aufzuheben und wie folgt zu ersetzen: «Der Kläger hat die durch ihn derzeit retinierten Gegenstände (1 Auto und 1 Laptop) nach vollständiger Zahlung sämtlicher Forderungen und der mit der Retention zusammenhängenden Kosten (Schadenersatz, Vollstreckungskosten etc.) an die Beklagte herauszugeben, soweit sich diese Gegenstände noch im Besitz des Klägers befinden.»; eventualiter sei die vorliegende Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

1.
(...)

1.1.3 Der Beschwerdeführer hatte im vorinstanzlichen Verfahren keine Anschlussberufung erhoben und führte nur gegen Dispositiv-Ziffer 3 (bezüglich der retinierten Gegenstände) des erstinstanzlichen (Erläuterungs-) Entscheides vom 27. Mai 2013 Berufung. Soweit seine Klage in Bezug auf Spesen in der Höhe von Fr. 2125.– abgewiesen worden war, ist der Entscheid des Kreisgerichts somit rechtskräftig geworden. Streitig waren im Berufungsverfahren noch der Septemberlohn 2010 in der Höhe von Fr. 8000.– und die Formulierung des Arbeitszeugnisses, bzw. die Änderung zweier Sätze, was vom Kantonsgericht mit einem Streitwert von Fr. 2000.– berücksichtigt wurde. Da sich diese Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen, werden

sie zusammengerechnet, womit sich ein Streitwert von Fr. 10 000.– ergibt (Art. 52 BGG). In der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Gerichtsentscheids wird jedoch ein Streitwert von Fr. 20 000.– angegeben, welcher vom Beschwerdeführer in seiner zivilrechtlichen Beschwerde vor Bundesgericht ohne weitere Begründung übernommen wird. Wie den Erwägungen des Kantonsgerichts zu den Prozesskosten zu entnehmen ist, rechnete dieses zu den Fr. 10 000.– (Lohn und Arbeitszeugnis) weitere Fr. 10 000.– im Zusammenhang mit der umstrittenen Frage, ob der Beschwerdeführer die retinierten Gegenstände (Auto und Laptop) herauszugeben habe, hinzu, woraus nach seiner Meinung ein Streitwert von insgesamt Fr. 20 000.– resultierte. Die Beschwerdegegnerin erachtet es als fraglich, ob die Streitwertgrenze für das Verfahren vor Bundesgericht erreicht wird. In der Tat muss berücksichtigt werden, dass der Beschwerdeführer zu keiner Zeit das Eigentum an den von ihm zurückbehaltenen Gegenständen geltend machte und diese vielmehr einzig zur Sicherung seiner Lohnforderung einstweilen nicht herausgeben wollte. Es ist offensichtlich, dass der Wert des Retentionsrechts und der dadurch gesicherten Forderung unter diesen Umständen nicht zusammenzuzählen sind, und zwar nicht, weil es sich nicht um eine Mehrzahl von Begehren im Sinne von Art. 52 BGG handelt, sondern weil das Retentionsrecht nicht unabhängig, sondern bloss akzessorisch zur (Lohn-) Forderung des Beschwerdeführers besteht (vgl. BEAT RUDIN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2011, N. 12 zu Art. 52 BGG). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich die Vorinstanz mit zwei Berufungen zu befassen hatte, welche sie in einem einzigen Urteil behandelte, einerseits die Berufung der Arbeitgeberin gegen den Entscheid des Kreisgerichts vom 27. Mai 2013 mit den Anträgen, die Ziffern 1, 2 und 5 des Entscheides vom 27. Mai 2013 seien aufzuheben (Berufung BO.2013.58) und andererseits diejenige des ehemaligen Arbeitnehmers gegen den Erläuterungsentscheid vom 27. Mai 2013 (Berufung BO.2013.59) mit dem Rechtsbegehren, Ziffer 3 des Entscheids (bezüglich der retinierten Gegenstände) sei abzuändern. Ob die Vorinstanz auf die Berufung des Beschwerdeführers mit Blick auf Art. 308 ZGB überhaupt eintreten durfte, kann dahingestellt bleiben, da die Berufung der Beschwerdegegnerin zweifellos zulässig war und er seine abweichende Haltung als Gegenpartei in diesem Verfahren, in derselben Angelegenheit, einbringen konnte und durfte.

1.1.4 Aus dem in der Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz falsch angegebenen Streitwert von Fr. 20 000.– kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zwar dürfen den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (Art. 49 BGG). Eine falsche Rechtsmittelbelehrung kann indessen keine Rechtsmittelmöglichkeit schaffen, die es gemäss Gesetz gar nicht gibt (BGE 125 II 293 E. 1d S. 300; 113 Ib 212 E. 1 S. 213; AMSTUTZ/ARNOLD, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., 2011 N. 11 zu Art. 49 BGG). Ein Nachteil könnte gegeben sein, wenn der Beschwerdeführer im Vertrauen auf die Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen unterlassen hat, die Verletzung verfassungs-

mässiger Rechte zu rügen oder geltend zu machen, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Vertrauensschutz geniesst aber nur, wer die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung nicht kennt und sie auch bei gebührender Aufmerksamkeit nicht hätte erkennen können. Rechtsuchende geniessen keinen Vertrauensschutz, wenn der Mangel für sie bzw. ihren Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgeblichen Verfahrensbestimmung ersichtlich ist. Dagegen wird nicht verlangt, dass neben den Gesetzestexten auch noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachgeschlagen wird (BGE 134 I 199 E. 1.3.1 S. 203 mit Hinweisen). Es kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer bzw. sein Rechtsvertreter vorliegend bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen, dass sich der Streitwert nicht aus der Zusammenrechnung der umstrittenen Lohnforderung mit dem Wert der zu ihrer Sicherung retinierten Gegenstände ergeben kann. Denn die Beschwerde in Zivilsachen steht zwar mangels Erreichens des Streitwerts gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG nicht offen, allerdings findet mit Blick darauf, dass der Beschwerdeführer letztinstanzlich auch eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend macht, eine Konversion des Rechtsmittels in eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) statt (vgl. E. 1.2 hiernach), weshalb ihm aus der falschen Rechtsmittelbelehrung des Kantonsgerichts kein Nachteil erwächst.

1.2

1.2.1 Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend gemacht werden (Art. 116 BGG). In diesem Bereich kommt der Grundsatz der gerichtlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 106 Abs. 1 BGG) nicht zum Tragen (BGE 133 III 589 E. 2 S. 591). Vielmehr gilt das Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254). Die beschwerdeführende Partei muss angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde, und substantiiert darlegen, worin die Verletzung besteht (BGE 134 V 138 E. 2.1 S. 143; 133 III 439 E. 3.2 S. 444 mit Hinweis). Das Bundesgericht kann die Verletzung eines Grundrechtes somit nur insofern prüfen, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG).

1.2.2 Der Beschwerdeführer wirft dem Kantonsgericht nicht nur eine Verletzung von Bundesrecht vor, sondern macht insbesondere auch geltend, das Kantonsgericht habe eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen, und begründet des Weiteren auch, weshalb der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis offensichtlich unhaltbar sei soll. Seine Eingabe ist somit als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegenzunehmen.

(...)

3.

3.1 Das Kantonsgericht stellt in Würdigung der Beweise fest, der Arbeitnehmer habe aufgrund der Art und Weise, wie der Arbeitsvertrag vom 30. Januar 2008 umgesetzt worden sei, offenbar mit der Zeit darauf vertraut, dass es sich bei der Abmachung von monatlichen Zahlungen um eine Mini-

mallohnvereinbarung mit der Möglichkeit eines Mehrverdienstes gehandelt habe. Es könne offen bleiben, ob sich auch die Arbeitgeberin diese Interpretation hätte entgegenhalten lassen müssen. Denn jedenfalls habe sie das Vertrauen des Beschwerdeführers in einen Minimallohn noch vor Unterzeichnung des neuen Vertrags vom 15. Dezember 2009 zerstört bzw. klargestellt, dass sie auf eine Rückforderung für die Jahre 2008 und 2009 zwar verzichteten, inskünftig jedoch über die Vorschüsse abrechnen werde, eine Entlöhnung also nur noch «auf reiner Courtagenbasis» erfolge. Dies werde vom Arbeitnehmer denn auch nicht bestritten. Deshalb habe er die Lohnvereinbarung in guten Treuen nicht (mehr) als Minimallohn von Fr. 8000.– mit der Möglichkeit eines Mehrverdienstes, sondern als Vorschuss verstehen müssen, über den auch von Gesetzes wegen zwingend abzurechnen sei. Die Arbeitgeberin ihrerseits habe mit der Unterschrift des Arbeitnehmers unter den Vertrag (vom 15. Dezember 2009) davon ausgehen dürfen, von ihm auch so verstanden worden zu sein.

3.2 Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, dass das Kantonsgericht völlig falsch vorgegangen sei, indem es sich auf klar widerlegte Parteibehauptungen gestützt, für den Begriff des «Lohnvorschusses» statt auf die im Arbeitsvertrag ausdrücklich enthaltende Definition auf eine Bedeutung nach allgemeinem Sprachgebrauch abgestellt und die Fakten und Indizien nicht vollständig berücksichtigt habe. Selbst wenn eine Vorschusszahlung im eigentlichen Sinn vereinbart worden wäre, wäre nach seiner Ansicht auch diese klagbar, fällig und bedingungslos zur Zahlung geschuldet gewesen. Eine solche hätte nach seiner Meinung zumindest teilweise ausgerichtet werden müssen, auch wenn (in der Vergangenheit) bereits zu hohe Leistungen bezahlt worden wären, weil Art. 349a OR genau solche Vereinbarungen verbiete.

3.2.1 Die Beschwerdegegnerin wendet letztinstanzlich gegen die Argumentation des Arbeitnehmers zu Recht ein, dass dieses Beweiswürdigungsergebnis des Kantonsgerichts nicht nur auf einer Behauptung in der Klagantwort vom 6. April 2011 basiert. Denn berücksichtigt wurde neben anderem auch die Aussage des Arbeitnehmers im Rahmen der Parteibefragung durch das Kreisgericht vom 18. August 2011, wonach für das Jahr 2010 «auf reiner Courtagenbasis» weitergefahren werde. Entgegen der Rüge des Beschwerdeführers trifft auch nicht zu, dass das Kantonsgericht die Aussage des D., ehemaliger Verwaltungsrat der Arbeitgeberin, in der Befragung vor dem Kreisgericht in ihr Gegenteil verkehrte. D. antwortete auf die Frage, ob zwischen erstem und zweitem Arbeitsvertrag ein Systemwechsel in Bezug auf die Entlöhnung eingetreten sei: «Was anders war; es wurde herabgesetzt. (...) Was die Entschädigungen anbelangt, das war genau dasselbe.» Mit der Herabsetzung meinte dieser die Reduktion der jährlichen Basis von Fr. 104 000.– auf Fr. 96 000.–. Der Beschwerdeführer übersieht, dass nach der Interpretation des D. betreffend Entschädigungen nur deshalb alles gleich blieb, weil dieser von Anfang an, also bereits während der Geltung des ersten Arbeitsvertrags vom 30. Januar 2008 von einer Entschädigung auf reiner

Provisionsbasis mit monatlichen Vorschüssen ausgegangen war. Durch die Annahme des Kantonsgerichts, dass der Beschwerdeführer zumindest nach Abschluss des zweiten Vertrags vom 15. Dezember 2009 nicht mehr von einem Verzicht der Arbeitgeberin auf Rückforderungen bei im Vergleich zu den geleisteten Vorschüssen geringeren Provisionsansprüchen habe ausgehen dürfen, wird kein verfassungsmässiges Recht verletzt. Die nach Ansicht des Beschwerdeführers «belegten Indizien», welche die Vorinstanz «völlig ausgeblendet» haben soll, vermögen das angefochtene Urteil im Ergebnis nicht als willkürlich erscheinen zu lassen.

3.2.2 Ob der Beschwerdeführer die von der Arbeitgeberin ins Recht gelegten «Lohnabrechnungen» ab Januar 2010, welche einen ausdrücklichen Hinweis auf seine Rückzahlungsverpflichtung und ab Juni 2010 den jeweils aktuellen «rückzahlbaren Vorschusssaldo» enthielten, tatsächlich erst nachträglich erhalten hatte, ist für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant, weshalb auf die diesbezüglichen Vorbringen in der letztinstanzlich eingereichten Beschwerde nicht einzugehen ist.

3.2.3 Die weiteren Rügen, mit welchen die Verletzung von einfachem Bundesrecht gerügt wird, sind im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde unzulässig.

3.3 Willkür liegt nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 135 V 2 E. 1.3 S. 4 f.; 134 II 124 E. 4.1 S. 133; 132 III 209 E. 2.1 S. 211). Zu beachten ist, dass dem Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (vgl. BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; 120 Ia 31 E. 4b S. 40; 118 Ia 28 E. 1b S. 30). Die Beweiswürdigung der Vorinstanz kann nicht als verfassungswidrig bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer nennt keine stichhaltigen Gründe, welche zur Annahme von Willkür berechtigen würden. Inwieweit eine Verletzung von anderen verfassungsmässigen Rechten vorliegen soll, legt er nicht dar, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

4.

Zum Inhalt des Arbeitszeugnisses und zum Retentionsrecht am Auto und am Laptop kann sich das Bundesgericht nicht äussern, da der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend macht.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 27. Januar 2015, Doss.-Nr. 8C_343/2014 (Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. März 2014)

Öffentliches Personalrecht; kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Liegen ernsthafte Gründe vor, die auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bzw. der gekündigten Person und ihren Vorgesetzten und/oder Arbeitskollegen schliessen lassen, erweist sich eine Weiterbeschäftigung als nicht zumutbar, da sich die Konfliktsituation normalerweise negativ auf den Dienstablauf auswirkt. Die durch die Einreichung einer Strafanzeige gerade auch gegenüber den Vertretern des Stadtrats zum Ausdruck kommenden Vorwürfe belegen das vorhandene starke Zerwürfnis und verunmöglichen praktisch eine weitere, von gegenseitigem Vertrauen geprägte Zusammenarbeit nicht nur im angestammten Bereich, sondern auch in anderen städtischen Funktionsbereichen. Die Schlussfolgerung im angefochtenen Entscheid, es lägen keine triftigen Gründe vor, die eine Weiterbeschäftigung der gekündigten Person in anderen Bereichen der Stadtverwaltung verunmöglichten, erweist sich daher als willkürlich (E. 6.4, 6.4.2).

Sachverhalt:

A. trat am ... 2008 als «MS Office Spezialist und IT Support» in den Dienst B. der Stadt Zürich ein und war in der Informatikabteilung tätig. Am 6. Juli 2011 kündigte der Direktor des Dienstes B. das Arbeitsverhältnis auf Ende Oktober 2011. Als Motiv wurden schwerwiegende wirtschaftliche und betriebliche Gründe genannt. Gleichentags wurde auch die sofortige Freistellung verfügt. Auf Einsprache gegen beide Verfügungen hin vereinigte der Stadtrat Zürich die Verfahren und wies die Rechtsvorkehren ab, soweit er darauf eintrat (Beschluss vom 18. Januar 2012). Mit Beschluss vom 8. November 2012 hiess der Bezirksrat Zürich den dagegen erhobenen Rekurs insoweit gut, als er die Kündigung als ungerechtfertigt qualifizierte und A. eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zusprach; den Antrag betreffend Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses bzw. Weiterbeschäftigung wies er ab.

Das in der Folge angerufene Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hiess die Beschwerde teilweise gut, hob den angefochtenen bezirksrätlichen Beschluss infolge Verletzung der Begründungspflicht auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an den Bezirksrat zurück (Entscheid vom 12. Juni 2013). Am 31. Oktober 2013 beschloss der Bezirksrat abermals insoweit die Gutheissung der Beschwerde, als er die Unrechtmässigkeit der Kündigung anerkannte und A. eine Entschädigung von drei Monatslöhnen zusprach; der Antrag betreffend Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses bzw. Weiterbeschäftigung wurde erneut abgewiesen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hiess die hiegegen eingereichte Beschwerde in

Aufhebung der Beschlüsse des Bezirksrats Zürich vom 31. Oktober 2013 und des Stadtrats Zürich vom 18. Januar 2012 (soweit die Kündigung betreffend) sowie der Kündigungsverfügung des Direktors des Dienstes B. vom 6. Juli 2011 gut und verpflichtete die Stadt Zürich, A. mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterzubeschäftigen (Entscheid vom 5. März 2014). Die Stadt Zürich führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei der Beschluss des Bezirksrats Zürich vom 31. Oktober 2013 zu bestätigen.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Bezirksrat Zürich hatte in seinem Beschluss vom 31. Oktober 2013 festgestellt, dass die am 6. Juli 2011 verfügte Auflösung des Arbeitsverhältnisses Folge einer schwer wiegenden betrieblichen Notwendigkeit im Sinne von Art. 17 Abs. 3 lit. e PR gewesen sei. Nicht glaubhaft dargetan habe die Arbeitgeberin jedoch, dass sie sich ernsthaft um eine andere zumutbare Tätigkeit für den Beschwerdegegner innerhalb der Stadtverwaltung bemüht habe. Da davon auszugehen sei, dass ihm bei entsprechendem Willen und entsprechender Suche eine derartige Tätigkeit hätte angeboten werden können, sei diese Kündigungsvoraussetzung nicht erfüllt und erweise sich die Beendigung der Anstellung als unrechtmässig. In einem nächsten Schritt erkannte der Bezirksrat, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien indessen nachhaltig erschüttert sei, weshalb dem Antrag des Beschwerdegegners auf Aufhebung der Kündigung und Weiterbeschäftigung nicht stattgegeben werden könne. In Anbetracht der gesamten Umstände rechtfertige es sich aber, ihm eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zuzusprechen.

4.2 Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht war die Unrechtmässigkeit der Kündigung nicht mehr strittig. Einzugehen hatte die Vorinstanz auf das Ersuchen des Beschwerdegegners um Weiterbeschäftigung und, im Falle der Ablehnung, auf die Frage, ob Anspruch auf eine höhere als die bezirksrätlich angeordnete Entschädigung von drei Monatslöhnen besteht.

5.

5.1 Zu klären war durch das kantonale Gericht vorab, ob es die Frage der Wiederherstellung des unrechtmässig aufgelösten Arbeitsverhältnisses bzw. der Weiterbeschäftigung des Beschwerdegegners überhaupt beurteilen durfte. Es gelangte dabei zum Ergebnis, dass ihm diese Befugnis zustehe. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Vorinstanz verletze, indem sie ohne Not von ihrer diesbezüglich langjährigen und gefestigten Rechtsprechung abgewichen sei, das in Art. 8 Abs. 1 BV verankerte Rechtsgleichheitsgebot, den Vertrauensschutz gemäss Art. 9 BV und den in Art. 29 Abs. 1 BV garantierten Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren.

5.2 Wie die nachstehenden Erwägungen zeigen, ist die Frage, ob das kantonale Gericht seine Praxis zur Überprüfbarkeit des stadtzürcherisch vorgesehenen Anspruchs auf Weiterbeschäftigung zu Recht geändert hat, an dieser Stelle nicht abschliessend zu beantworten. Offen gelassen werden kann angesichts des Ergebnisses auch, ob es der Vorinstanz, nachdem sie anlässlich ihres unangefochten gebliebenen Rückweisungsentscheids vom 12. Juni 2013 unter Bezugnahme auf die bisherigen in diesem Bereich geltenden Grundsätze samt Hinweis auf diverse, ebenfalls schon auf der Basis der am 1. Juli 2010 in Kraft getretenen § 63 Abs. 3 und § 27a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) ergangene und in gleichem Sinne entschiedene kantonale Entscheide noch ausdrücklich festgehalten hatte, eine Heilung im Hinblick auf eine Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses komme mangels materieller Beurteilbarkeit des Anspruchs von vornherein nicht in Betracht, nicht verwehrt gewesen wäre, im vorliegenden Verfahren auf ihre Rechtsprechung zurückzukommen (dazu insbesondere BGE 133 V 477 E. 5.2.3 S. 484; Urteile 8C_24/2014 vom 12. Juni 2014 E. 2.2, 5A_305/2013 vom 19. August 2013 E. 3.5, 8C_190/2011 vom 13. Februar 2012 E. 4, nicht publ. in: BGE 138 V 161, aber in: SVR 2012 UV Nr. 14 S. 51, 8C_3/2013 vom 24. Juli 2013 E. 3.4 und 3.5, in: SVR 2013 IV Nr. 43 S. 131, sowie 9C_203/2011 vom 22. November 2011 E. 4.2 mit Hinweisen, in: SVR 2012 IV Nr. 29 S. 119).

6.

6.1 Wie hievor dargestellt, wird die betroffene Person im Falle einer – hier zu bejahenden (vgl. E. 4.2 hievor) – unrechtmässigen Kündigung von der Stadt mit der bisherigen oder, wenn dies nicht möglich ist, mit einer anderen zumutbaren Arbeit weiterbeschäftigt (Art. 17 Abs. 4 Satz 1 PR). Ist ausnahmsweise beides aus triftigen Gründen nicht möglich, so bemisst sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des OR über die missbräuchliche Kündigung (Art. 17 Abs. 4 Satz 2 PR).

6.2 Mit Beschluss vom 31. Oktober 2013 hatte der zürcherische Bezirksrat die Unrechtmässigkeit der auf Ende Oktober 2011 ausgesprochenen Kündigung anerkannt und dem Beschwerdegegner eine Entschädigung in der Höhe von drei Monatslöhnen zugesprochen. Das Ersuchen des Betroffenen um Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses bzw. Weiterbeschäftigung wurde abgelehnt. Letzteres begründete der Bezirksrat dahingehend, unter den gegebenen – im Entscheid detailliert wiedergegebenen – Umständen erscheine es offensichtlich, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört sei. Die Aussicht auf eine zukünftig positive Entwicklung des Arbeitsverhältnisses sei minimal und der Antrag des Arbeitnehmers auf Aufhebung der Kündigung und Weiterbeschäftigung daher abzuweisen.

6.3 Das in der Folge vom Beschwerdegegner angerufene Verwaltungsgericht gelangte in seinem Entscheid zum Ergebnis, dass beim Dienst B. ein Arbeitsplatzkonflikt bestanden habe, in welchen der Beschwerdegegner involviert gewesen sei und in den er auch sämtliche Mitarbeitenden des Dienstes B. miteinbezogen habe. Angesichts dieser Sachlage lägen triftige

Gründe vor, den Beschwerdegegner nicht länger beim Dienst B. zu beschäftigen. Allerdings folge daraus nicht, dass auch eine Weiterbeschäftigung andernorts bei der Beschwerdeführerin ausser Frage stehe. Soweit ersichtlich sei nie abgeklärt worden, ob die gegen den Beschwerdegegner erhobenen Anschuldigungen bzw. dessen Mobbingvorwürfe gegenüber seinen Vorgesetzten zuträfen. Ebenso wenig sei auf Grund der Akten klar, wer für den entstandenen internen Konflikt zur Hauptsache einzustehen habe. Jedenfalls hätten die Verantwortlichen des Dienstes B. massgeblich zur Eskalation der Situation beigetragen, indem dem Beschwerdegegner die Administratorenrechte entzogen worden seien. Die Akten legten den Schluss nahe, dass in erster Linie ein auf den Dienst B. beschränkter Arbeitsplatzkonflikt aus persönlichen Gründen vorliege. Dies spreche nicht dagegen, den Beschwerdegegner – der bisher unbestritten gute Leistungen erbracht habe – in anderer Umgebung wieder einzusetzen. Was die am 19. Februar 2013 gegen den Stadtrat und die Stadtschreiberin erhobene Strafanzeige wegen übler Nachrede anbelange, habe der Beschwerdegegner damit den Stadtrat nicht fälschlicherweise eines strafbaren Verhaltens bezichtigt, sondern er habe die Strafanzeige in der irrigen Annahme eingereicht, das korrekt dargestellte Verhalten des Stadtrats sei strafbar. Eine solche Strafanzeige möge zwar unangebracht gewesen sein; sie wiege aber nicht derart schwer, dass dem Beschwerdegegner deshalb die Weiterbeschäftigung zu verweigern wäre. Schliesslich sei auch nicht ersichtlich, inwiefern eine Weiterbeschäftigung allein auf Grund der seit der Freistellung des Beschwerdegegners vergangenen Zeitdauer unzumutbar sein sollte. Da er ohnehin an anderer Stelle als bisher eingesetzt werden müsse, könne zudem auch die lange Abwesenheit vom bisherigen Arbeitsplatz keine Rolle spielen.

6.3.1 Die Beschwerdeführerin wirft dem kantonalen Gericht in diesem Punkt eine willkürliche, insbesondere unvollständige und offensichtlich unrichtige Sachverhaltsdarstellung vor. Weder habe es abgeklärt, ob der Beschwerdegegner nicht zwischenzeitlich wieder über eine adäquate Arbeitsstelle und ein entsprechendes Einkommen verfüge, noch sei eruiert worden, ob sie aktuell überhaupt in der Lage sei, dem Beschwerdegegner eine geeignete – und von diesem auch akzeptierte – Beschäftigung ausserhalb des Dienstes B. anzubieten. Die Vorinstanz gehe offenbar davon aus, dass bei der Stadt Zürich stets eine Palette von massgeschneiderten Stellen offen stünde, welche jederzeit durch ehemalige Mitarbeitende besetzt werden könnten. Überdies habe man den Beschwerdegegner bei der Suche nach einer passenden Anstellung inner- und ausserhalb der Stadtverwaltung im Rahmen des Möglichen unterstützt. Mangels Kooperation seinerseits habe dies jedoch nichts gefruchtet. Im angefochtenen Entscheid werde sodann nicht (genügend) berücksichtigt, dass ein Arbeitsverhältnis auch persönliche Beziehungen schaffe und ein gegenseitiges Vertrauen voraussetze. Gerade diese Vertrauensbasis sei im vorliegenden Fall im Verlaufe der Ereignisse und durch die verschiedenen vom Beschwerdegegner initiierten Rechtsmittelverfahren zerstört worden und könne nicht ohne weiteres wieder herge-

stellt werden. So sei namentlich der während des Arbeitsverhältnisses erfolgte Entzug der Administratorenrechte aus Sicherheitsgründen erfolgt und habe (entgegen der Feststellung des Verwaltungsgerichts) der Deeskalation und nicht der Eskalation gedient. Dem entsprechenden Entscheid habe die Überlegung zugrunde gelegen, dass einem Mitarbeiter, dem nicht länger vertraut werde und der Drohungen äussere, keine umfassenden Zugriffsrechte auf die Informatik und sensible Daten mehr gewährt werden könnten. Aus mit dem Beschwerdegegner geführten Gesprächen habe sich der Eindruck einer tiefsitzenden Frustration verbunden mit cholerischen, als Risiko gewerteten Ausbrüchen ergeben. Die in diversen Rechtsmittelschriften des Beschwerdegegners enthaltenen und damit aktenkundigen verbalen Angriffe auf Mitarbeitende der Beschwerdeführerin entbehrten jeglicher sachlicher Grundlage und zeugten vom unbeherrschten und wenig teamorientierten Verhalten des Beschwerdegegners. Zudem verdeutlichten sie das zerrüttete Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien. Die negative Einstellung des Beschwerdegegners gegenüber verschiedenen städtischen Akteurinnen und Akteuren sei offensichtlich. Diese komme insbesondere auch durch die am 19. Februar 2013 gegen den Stadtrat und die Stadtschreiberin eingereichte Strafanzeige zum Ausdruck. Der darin erhobene Vorwurf der üblen Nachrede habe sich im Nachgang als unbegründet erwiesen und die Ermächtigung zur Durchführung eines Strafverfahrens sei durch das Obergericht des Kantons Zürich verweigert worden. Eine dagegen geführte Beschwerde habe das Bundesgericht in der Folge abgewiesen. Die Verhaltensweise des Beschwerdegegners stelle entgegen der vorinstanzlichen Einschätzung eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht dar und zeige, dass er gewillt sei, seinen «Feldzug» gegen die Beschwerdeführerin nötigenfalls bis zur letzten Instanz auszutragen. Dass eine Weiterbeschäftigung an der bisherigen Stelle ausgeschlossen sei, habe die Vorinstanz zutreffend erkannt. Da sich der Arbeitsplatzkonflikt indessen klar nicht auf den Dienst B. beschränke, sei auch eine stadtinterne Versetzung nicht realisierbar. Vielmehr lasse die zerstörte Vertrauensbasis kein Arbeitsverhältnis innerhalb der gesamten Stadtverwaltung mehr zu. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung sei deshalb zu verneinen.

6.3.2 Der Beschwerdegegner seinerseits beruft sich letztinstanzlich auf die Ausführungen des kantonalen Gerichts und bekräftigt im Wesentlichen, dass es im Rahmen eines Arbeitsumfelds von etwa 27 000 Mitarbeitenden eine genügende Anzahl von auf sein Berufsprofil zugeschnittenen freien Stellen geben und es ihm gelingen sollte, diesbezügliche «Vertrauensverhältnisse schaffen» zu können. Zur Untermauerung seines Standpunkts legt er ein Stelleninserat der Stadt Zürich betreffend IT-Supporter vom 11. Juni 2014 auf.

6.4 Liegen ernsthafte Gründe vor, welche auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien bzw. der gekündigten Person und ihren Vorgesetzten und/oder Arbeitskollegen schliessen lassen, erweist sich eine Weiterbeschäftigung als nicht zumutbar, da sich die Konfliktsituation norma-

erweise negativ auf den Dienstablauf auswirkt (Urteil 8C_722/2010 vom 25. Mai 2011 E. 7.5).

6.4.1 Unstreitig ist eine Weiterführung der bisherigen Anstellung des Beschwerdegegners beim Dienst B. infolge des zerrütteten Vertrauensverhältnisses namentlich zwischen ihm und seinen unmittelbaren Vorgesetzten nicht zumutbar.

6.4.2 Fraglich erscheint indessen, ob insbesondere der Umstand, dass der Beschwerdegegner ein bis an das Bundesgericht weitergezogenes Strafverfahren gegen Vertretungen des Stadtrats einschliesslich der Stadtschreiberin angehoben hat, einer Weiterbeschäftigung nicht auch andernorts in der Stadtverwaltung entgegensteht. Wie die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, stellt die Einreichung von unbegründeten oder leichtfertigen Strafanzeigen gegen den Arbeitgeber bzw. seine Organe in diesem Kontext eine schwerwiegende, in gewissen Konstellationen sogar eine fristlose Kündigung rechtfertigende Verletzung der arbeitnehmerischen Treuepflicht dar (vgl. Urteile 8C_1033/2010 vom 10. Juni 2011 E. 5.4.2 und 4A_32/2008 vom 20. Mai 2008 E. 3.3.2; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., 2012, S. 1110 f. Rz. 5 zu Art. 337 OR). Der Beschwerdegegner hat seine Strafanzeige vom 19. Februar 2013 mit Äusserungen des Stadtrats in dessen Beschwerdeantwort an das Verwaltungsgericht im mit Rückweisungsentscheid vom 12. Juni 2013 abgeschlossenen Verfahren begründet. Die Feststellung der Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe die Strafanzeige in der irrigen Annahme eingereicht, die – korrekt wiedergegebenen – Vorbringen des Stadtrats erfüllten den Straftatbestand der üblen Nachrede und seien daher entsprechend zu sanktionieren, spricht entgegen deren Betrachtungsweise nicht für ein bloss «unangebrachtes», keine triftigen Gründe gegen eine Weiterbeschäftigung innerhalb der Stadtverwaltung setzendes Verhalten. Vielmehr zeugt die Einreichung der Strafanzeige von einer weiteren Verhärtung der ohnehin schon angespannten, konfliktbehafteten Situation zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Dieses Vorgehen stellt zwar unbestrittenmassen ein legales Mittel zur Verteidigung der eigenen Rechte dar. Die darin gerade auch gegenüber den Vertretern des Stadtrats zum Ausdruck kommenden Vorwürfe belegen jedoch das vorhandene starke Zerwürfnis und verunmöglichen praktisch eine weitere, von gegenseitigem Vertrauen geprägte Zusammenarbeit nicht nur im Dienst B., sondern auch in anderen städtischen Funktionsbereichen.

Die Schlussfolgerung im angefochtenen Entscheid, es lägen keine triftigen Gründe vor, welche eine Weiterbeschäftigung des Beschwerdegegners innerhalb der Stadtverwaltung verunmöglichten, erweist sich nach dem Dargelegten als willkürlich. Ist ein entsprechender Anspruch des Beschwerdegegners demnach ohnehin zu verneinen, erübrigen sich, wie hievor erwähnt, nähere Ausführungen zur Frage, ob das kantonale Gericht diesen im vorliegenden Verfahren überhaupt hätte überprüfen dürfen.

7.

Erweist sich eine Kündigung als materiell ungerechtfertigt, hat auch das Verwaltungsgericht die der betroffenen Person auszurichtende Entschädigung von Amtes wegen festzusetzen (vgl. MARCO DONATSCH, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., 2014, N. 37 zu § 63 VRG). Da der Beschwerdegegner vorinstanzlich die Aufhebung der Kündigungsverfügung und die Weiterbeschäftigung gefordert hat, ergeben sich diesbezüglich mit Blick auf § 63 Abs. 2 VRG, wonach das Gericht nicht über die gestellten Rechtsbegehren hinausgehen darf, keine Probleme. Die allfällige Anordnung einer höheren als die bezirksrätlich im Umfang von drei Monatslöhnen zugesprochene Entschädigung stellt insoweit ein Minus gegenüber dem Antrag des Beschwerdegegners dar (ebenfalls DONATSCH, in: Kommentar VRG, a.a.O., N. 37 zu § 63 VRG). Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die Entschädigung bestimme.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. März 2014 wird aufgehoben und die Sache wird an das kantonale Gericht zurückgewiesen, damit es die dem Beschwerdegegner zustehende Entschädigung festsetze. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 février 2015, Doss.-No 8C_621/2014 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour de droit administratif et public, du 15 juillet 2014)

Résiliation des rapports de service et du bail à loyer d'un employé d'une commune vaudoise. Activité de concierge. Il existe des contrats connexes ou couplés lorsque les cocontractants ont convenu de lier entre eux deux contrats en soi distincts, de manière telle que l'extinction de l'un entraîne celle de l'autre, aucun des rapports juridiques ne pouvant persister indépendamment de l'autre. Même en l'absence de clauses exprimant une interdépendance entre les rapports de travail et le contrat de bail, le fait que l'employé a repris le bail de l'appartement de l'ancien concierge au moment où il a remplacé ce dernier dans sa fonction, révèle la volonté des parties de créer une dépendance réciproque entre la mise à disposition du logement de fonction et la fourniture d'un travail rémunéré et, partant, de soumettre à un sort commun la naissance et l'extinction des obligations résultant de documents distincts. Ainsi, la résiliation des rapports de service implique ipso iure la résiliation du contrat de bail au même terme (c. 5.3.1).

Le fait que l'épouse du recourant a également signé (ou contresigné) le contrat de bail, qu'elle soit colocataire ou non, ne change rien au ré-

gime juridique applicable. En effet, en présence de contrats interdépendants ou couplés, les dispositions sur l'extinction du contrat de bail ainsi que celles sur la protection du locataire contre les congés ne s'appliquent pas (c. 5.3.2).

Extraits des faits:

A. a travaillé dès 1992 au service de la commune de V. en qualité d'employé auxiliaire. En 1997, il a été affecté au service de la voirie. Il a été nommé fonctionnaire le 1^{er} janvier 2004. Dès le 1^{er} février 2005, A. a travaillé comme concierge du centre scolaire et sportif de V., reprenant le poste de l'ancien concierge, lequel a été affecté au service de la voirie. A la même date, les époux ont également repris le bail de l'appartement occupé par le précédent concierge au sein du centre scolaire. En raison de diverses plaintes concernant le comportement de A., la commune de V., après s'est entretenue à ce sujet avec l'intéressé, l'a rappelé à l'ordre sur plusieurs points et lui a adressé un avertissement par courrier du 17 février 2010. Le 10 mai suivant, elle a prononcé un blâme à l'encontre de A., à la suite d'une plainte relative à son comportement (état d'ébriété) à l'occasion d'une soirée en mars 2010. Elle a en outre rappelé qu'en cas de récidive, elle se verrait dans l'obligation de rompre les rapports de service. A la suite d'une fusion de communes, A. s'est vu confirmé son engagement comme concierge au sein de la commune de U. avec effet au 1^{er} janvier 2012.

Le 14 novembre 2012, B., directeur de l'établissement scolaire primaire et secondaire de U. – V., s'est plaint à la municipalité de U. du comportement de A., en particulier de ses sautes d'humeur à l'égard des élèves et des enseignants. Par lettre du 28 mars 2013, la commune de U. a décidé de licencier A. pour le 30 juin 2013. Elle lui reprochait un comportement inadéquat envers la population et le corps enseignant en dépit de nombreux avertissements. En outre, elle a indiqué que son travail en général ne donnait pas entière satisfaction, en particulier en ce qui concernait sa qualité et son exécution. A. ayant recouru contre cette décision en invoquant une violation de son droit d'être entendu, la commune l'a annulée le 21 juin 2013. Elle a simultanément convoqué l'intéressé à une séance le 3 juillet 2013 afin de lui permettre de s'exprimer sur les faits reprochés. Le 19 juillet 2013, la commune de U. a licencié A. avec effet au 31 octobre 2013. A l'appui de sa décision, elle a retenu des problèmes d'alcool, un manque de respect à l'égard de la hiérarchie, de l'insubordination et le non-respect des directives. Elle a également relevé avoir reçu des plaintes de représentants du corps enseignant et de responsables de sociétés locales au sujet du comportement souvent agressif, peu collaborant et vindicatif de A. Par cette même décision, la municipalité a également résilié pour le 31 octobre 2013 le bail relatif à l'appartement occupé par la famille de A. A. a recouru contre cette décision auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud, en concluant à son annulation. Par arrêt du 15 juillet 2014, la juridic-

tion cantonale a rejeté le recours et confirmé la décision attaquée. Elle a toutefois reporté au 30 novembre 2014 la date de la fin de l'usage de l'appartement de fonction, compte tenu de l'effet suspensif accordé à la procédure.

A. interjette un recours en matière de droit public dans lequel il conclut à l'annulation du jugement attaqué et de la décision de la municipalité du 19 juillet 2013. Il requiert également l'octroi de l'effet suspensif. Par ordonnance du 18 novembre 2014, le juge instructeur a attribué l'effet suspensif au recours en ce sens que les effets du contrat de bail à loyer entre les parties étaient maintenus pendant la durée de la procédure de recours devant le Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

3.1 En qualité de fonctionnaire de la commune de V., le recourant était soumis au Statut du personnel communal de cette commune. Après la fusion des anciennes communes qui forment désormais la commune de U., celle-ci a adopté un règlement concernant le personnel communal, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Dès lors que son licenciement a été prononcé en 2013, il convient d'appliquer l'ancien Statut du personnel de la commune de V. au recourant, comme l'ont fait les premiers juges. Selon l'art. 14 par. 2 du Statut, repris à l'art. 19 par. 1 du Statut, la Municipalité peut en tout temps licencier un fonctionnaire pour de justes motifs, en l'avisant trois mois à l'avance au moins, si la nature des motifs ou de la fonction n'exige pas un renvoi immédiat. D'après l'art. 19 par. 2, constituent de justes motifs l'incapacité ou l'insuffisance constatée, l'invalidité et, de façon générale, toutes circonstances qui rendent le maintien en fonction préjudiciable à la bonne marche ou à la bonne réputation de l'administration communale ou de l'un de ses secteurs.

(...)

5.

5.1

5.1.1 Par un premier moyen, le recourant invoque une constatation arbitraire des faits par la juridiction cantonale. En particulier, il lui reproche d'avoir omis de prendre en considération certains éléments dans l'établissement des faits, à savoir l'insistance avec laquelle la commune prétendait à l'existence de problèmes d'alcool et de permis de conduire, l'exigence que le recourant cesse son activité à la fin du mois de juin 2013 ainsi que la convocation par la commune de son médecin traitant pour discuter de son état de santé. Selon le recourant, les premiers juges auraient dû constater qu'une telle attitude de la part de la municipalité témoignait d'un harcèlement, lequel était susceptible d'expliquer son comportement à l'égard de ses supérieurs hiérarchiques. En outre, le recourant s'élève contre le fait que les premiers juges n'ont pas relevé l'incohérence entre les motifs de la

résiliation de ses rapports de travail prononcée le 28 mars 2013 et ceux invoqués à l'appui de la résiliation du 19 juillet 2013.

5.1.2 En l'espèce, en se décrivant victime de harcèlement par la municipalité, le recourant s'écarte des constatations de l'autorité cantonale et présente sa propre version des faits, sans indiquer en quoi ceux retenus par le Tribunal cantonal seraient manifestement inexacts ou incomplets. On rappellera que les faits établis par la juridiction cantonale se fondent sur de nombreux témoignages qui ne sont pas remis en cause par le recourant. En ce qui concerne les motifs de résiliation des rapports de travail, il y a lieu de constater que la décision du 28 mars 2013 mentionnait déjà des problèmes de comportement de la part du recourant, notamment à l'égard des enseignants. Au surplus, le recourant ne démontre pas en quoi la prétendue incohérence qu'il invoque aurait une influence sur l'issue du litige. Le grief soulevé ici n'est dès lors pas fondé.

5.2 Par un deuxième moyen, le recourant invoque une application arbitraire du droit cantonal (art. 14 et 19 du Statut du personnel communal) par la juridiction précédente. Selon la jurisprudence, les justes motifs de renvoi des fonctionnaires ou d'employés de l'Etat peuvent procéder de toutes circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, excluent la poursuite des rapports de service, même en l'absence de faute. De toute nature, ils peuvent relever d'événements ou de circonstances que l'intéressé ne pouvait éviter, ou au contraire d'activités, de comportements ou de situations qui lui sont imputables (arrêt 8C_70/2010 du 20 décembre 2010, consid. 2.2 non publié aux ATF 137 I 58, avec les références: arrêts 8C_170/2009 du 25 août 2009, résumé au JdT 2010 I 101, consid. 4.2.1; 1C_142/2007 du 13 septembre 2007 consid. 6.3; 2P.149/2006 du 9 octobre 2006 consid. 6.2). Les faits reprochés (insubordination, non-respect des directives et de la hiérarchie, absence totale d'amendement) constituent des manquements qui ne sont pas dépourvus de gravité. Les premiers juges n'ont pas fait une application arbitraire des dispositions précitées du Statut en retenant l'existence de justes motifs de résiliation.

5.3 Par un troisième moyen, invoquant une application arbitraire de l'art. 92 al. 1 de la loi cantonale sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (LPA-VD; RSV 173.36) et des art. 1 et 2 de la loi cantonale sur la juridiction en matière de bail (LJB; RSV 173.655), le recourant soutient que la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal était incompétente pour statuer sur la validité de la résiliation du contrat de bail car celle-ci relevait de la compétence exclusive du Tribunal des baux. Il fait également grief à la juridiction cantonale d'avoir violé le droit fédéral en retenant que ses rapports de travail et son contrat de bail ne pouvaient être dissociés, de sorte que l'extinction du contrat de bail obéissait aux règles applicables à la fin des rapports de service.

5.3.1 Selon les principes généraux, les cocontractants peuvent convenir de lier entre eux deux contrats en soi distincts, de manière telle que l'extinction de l'un entraîne celle de l'autre, aucun des rapports juridiques ne

pouvant persister indépendamment de l'autre; on parle alors de contrats connexes ou couplés (ATF 136 III 65 consid. 2.4.1 p. 70 et les auteurs cités).

Il ressort des constatations cantonales que l'activité de concierge au centre scolaire et sportif de la municipalité de V. supposait la mise à disposition d'un logement au sein même de cet établissement afin de gérer notamment la mise à disposition des salles. Le recourant objecte cependant que les rapports de travail et le contrat de bail ne font pas expressément référence l'un à l'autre; plus particulièrement, il relève que le contrat de travail ne mentionne pas l'existence d'un logement de fonction.

Même en l'absence de clauses exprimant une interdépendance entre ces deux rapports juridiques, le fait que le recourant a repris le bail de l'appartement de l'ancien concierge au moment où il a remplacé ce dernier dans sa fonction, révèle la volonté des parties de créer une dépendance réciproque entre la mise à disposition du logement de fonction et la fourniture d'un travail rémunéré et, partant, de soumettre à un sort commun la naissance et l'extinction des obligations résultant de documents distincts (cf. LUC THÉVENOZ/JACQUES DE WERRA, in *Commentaire romand, Code des obligations* I, 2e éd., 2012, n° 14 ad Introduction art. 184–529 CO). La mise à disposition d'un logement de fonction à un concierge au service d'un établissement public correspond du reste à une pratique courante. Par ailleurs, le salaire du recourant était plus élevé que le montant du loyer. Par conséquent, le droit du recourant de faire usage de l'appartement de service s'éteignait automatiquement avec la fin du rapport de travail. Par courrier du 19 juillet 2013, l'intimée a valablement résilié les rapports de service pour le 31 octobre 2013. Le contrat de bail portant sur l'appartement de service s'éteignait donc ipso facto au même terme sans que la municipalité ait besoin de le préciser, comme elle l'a fait dans le courrier précité par souci de clarté (cf. arrêt 4A_102/2013 du 17 octobre 2013 consid. 2.2 et les références citées; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, 2013, n° 74 ad art. 319 CO).

5.3.2 Le recourant conteste encore l'existence de contrats connexes ou couplés au motif que sa femme serait colocataire de l'appartement. N'étant par ailleurs pas employée par la municipalité, l'extinction automatique du bail avec la fin des rapports de travail de son mari ne saurait par conséquent lui être opposable. Le fait que l'épouse du recourant a également signé (ou contresigné) le contrat de bail, qu'elle soit colocataire ou non, ne change toutefois rien à la situation du cas d'espèce. En effet, en sa qualité de conjoint du recourant partageant le même logement, elle disposait en vertu de la loi des droits appartenant à un locataire en cas de congé, conformément à l'art. 273a al. 1 CO (cf. PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., 2009, n° 2030). Toutefois, en présence de contrats interdépendants ou couplés, les dispositions sur l'extinction du contrat de bail ainsi que celles sur la protection du locataire contre les congés ne s'appliquent pas (cf. PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *op.cit.*, n° 1988).

5.3.3 Dès l'instant où le droit du recourant de faire usage de l'appartement de service s'éteignait automatiquement avec la fin des rapports de travail, tout litige à ce sujet dépendait de l'application des règles sur cette relation. La Cour cantonale, qui s'est déclarée compétente *ratione materiae* pour connaître du présent litige, n'a dès lors pas appliqué arbitrairement l'art. 92 al. 1 LPA-VD, selon lequel le Tribunal cantonal connaît des recours contre les décisions et décisions sur recours rendues par les autorités administratives, lorsque la loi ne prévoit aucune autre autorité pour en connaître.

5.3.4 Dans sa décision de licenciement du 19 juillet 2013, la commune de U. a indiqué qu'elle se tenait à disposition pour aider le recourant dans la recherche d'un autre logement pour lui et sa famille. On peut dès lors partir du principe qu'elle lui accordera un délai raisonnable pour se reloger. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire, comme l'ont fait les premiers juges, de fixer un nouveau délai au recourant pour quitter son appartement de fonction.

Bundesgericht, Urteil vom 5. Februar 2015, Doss.-Nr. 4A_548/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juli 2014)

Annahmeverzug des Arbeitgebers. Die Auswechslung des Türschlosses zum Büro des Arbeitnehmers stellt eine Verweigerung des Zutritts des Arbeitnehmers zum Arbeitsplatz und damit grundsätzlich einen Fall von Gläubigerverzug des Arbeitgebers dar. Der Arbeitgeber befand sich zusätzlich auch infolge vergeblichen Anbietens der Arbeitskraft durch den Arbeitnehmer in Gläubigerverzug. Unter den gegebenen Umständen – die Kündigung hatte ein nicht ermächtigter Angestellter des Mutterhauses in London telefonisch ausgesprochen – war auf eine konkludente Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber zu schliessen (E. 3.1, 4.1).

Sachverhalt:

B. (Arbeitnehmer und Beschwerdegegner) war bis 9. April 2013 als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelzeichnungsberechtigung der A. AG, Zürich (Arbeitgeberin und Beschwerdeführerin), welche den Verkauf von Telefonkarten an Grossisten und die Beratung im Bereich Telekommunikationsdienstleistungen bezweckt, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gleichzeitig war er als Geschäftsführer für diese Gesellschaft tätig. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen. Der Monatslohn betrug Fr. 6300.– brutto. Im Dezember 2012 hatte B. zusätzlich einen 13. Monatslohn erhalten. Der letzte Arbeitstag fiel auf den 16. März 2013. Für die Zeit ab März 2013 erhielt B. keine Lohnzahlungen mehr.

Am 7. Juni 2013 erhob B. beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die A. AG auf Zahlung von Fr. 24 033.– Lohn (inkl. 13. Monatslohn) nebst Zins zu 5% seit 1. April 2013, sowie von Fr. 27 200.– als Entschädigung wegen fristloser oder missbräuchlicher Kündigung nebst Zins zu 5% seit 1. April 2013; ausserdem sei die A. AG zu verpflichten, ihm ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen und den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. xxx des Betreibungsamtes Zürich 9 zurückzuziehen. Mit Beschluss und Urteil vom 21. März 2014 nahm das Arbeitsgericht davon Vormerk, dass B. seine Klage im Umfang von Fr. 2833.– brutto (13. Monatslohn pro rata temporis) wieder zurückgezogen hatte (Ziffer 1); in teilweiser Gutheissung der Restklage verpflichtete es die A. AG, B. Fr. 19 925.– netto (Fr. 20 400.– brutto zuzüglich Fr. 800.– brutto für netto) nebst Zins zu 5% seit 1. April 2013 sowie Fr. 103.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen, und es hob in diesem Umfang den Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. xxx auf (Dispositiv-Ziffer 1); die A. AG wurde verpflichtet, B. ein Arbeitszeugnis (Vollzeugnis) aus- und zuzustellen (Dispositiv-Ziffer 2); im Übrigen wies es die Klage ab (Dispositiv-Ziffer 3). Die A. AG legte Berufung gegen das Urteil des Arbeitsgerichts vom 21. März 2014 ein mit den Anträgen, Dispositiv-Ziffer 1 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass B. ab 16. März 2013 keinen Lohnanspruch mehr habe; von diesem Lohnanspruch sei $\frac{1}{4}$ des Lohnes wegen ungerechtfertigten Verlassens der Arbeitsstelle abzuziehen und die Betreuung sei zu löschen; eventualiter sei die Sache zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an das Arbeitsgericht zurückzuweisen. B. schloss in seiner Berufungsantwortschrift vom 8. Juni 2014 sinngemäss auf Abweisung der Berufung. Mit Beschluss vom 29. Juli 2014 nahm das Obergericht des Kantons Zürich Vormerk davon, dass Ziffer 1 des arbeitsgerichtlichen Beschlusses sowie die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des arbeitsgerichtlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen seien. Mit Urteil gleichen Datums wies es die Berufung ab. Die A. AG lässt Beschwerde in Zivilsachen führen und beantragen, in Aufhebung des Urteils des Obergerichts vom 29. Juli 2014 sei die vor Arbeitsgericht erhobene Klage des B. vom 7. Juni 2013 abzuweisen; eventualiter sei die Sache zwecks Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Das Arbeitsgericht schloss – neben der gesellschaftsrechtlichen Stellung im Betrieb – auf ein Arbeitsverhältnis zwischen Beschwerdegegner und Beschwerdeführerin, weil dieser über mindestens zwei Jahre zu 100% nur für sie tätig gewesen sei, während dieser Zeit über seine eigene Arbeitskraft nicht habe disponieren können und wirtschaftlich vollständig von der Gesellschaft abhängig gewesen sei. Es stehe fest, dass ihm am 16. März 2013 durch C., einem Angestellten des Mutterhauses in London, telefonisch

gekündigt worden sei und es sei unbestritten geblieben, dass am nächsten Arbeitstag, am 18. März 2013, das Türschloss zu seinem Büro ausgewechselt gewesen sei. C. werde von beiden Parteien übereinstimmend als nicht zur Kündigung ermächtigte Person qualifiziert. Die Auswechslung des Türschlosses stelle jedoch eine Verweigerung des Zutritts zum Arbeitsplatz und damit grundsätzlich einen Fall von Gläubigerverzug der Arbeitgeberin dar. Auf seine eingeschriebene Sendung vom 1. Mai 2013 habe die Beschwerdeführerin ebenfalls nicht reagiert. Somit habe er der Arbeit fernbleiben dürfen und es wäre an ihr bzw. ihren Aktionären gewesen, ihn zur Wiederaufnahme aufzufordern und ihm den Zutritt zu den Büroräumlichkeiten zu ermöglichen, wenn sie gewollt hätte, dass er weiter arbeite. Da selbst nach Darstellung des Beschwerdegegners keine fristlose Kündigung vorliege, sei von einer ordentlichen Kündigung auszugehen. Die Kündigungsfrist habe demnach zwei Monate betragen, weshalb die Beschwerdeführerin verpflichtet sei, die Löhne für die Monate März, April und Mai 2013 zu bezahlen.

3.2 Das Obergericht stellt zunächst fest, es sei nicht mehr bestritten, dass es sich beim Rechtsverhältnis zwischen den Parteien um ein Arbeitsverhältnis handle, und das Arbeitsgericht deshalb für die Beurteilung der Klage sachlich zuständig gewesen sei. Die Rüge der Arbeitgeberin, das erstinstanzliche Gericht habe den Sachverhalt in verschiedenen Punkten unrichtig festgestellt, sei unbegründet. Die Berechnung des Lohnanspruchs sei unangefochten geblieben, womit darauf abzustellen und das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen sei.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer auf dem Klageformular angekreuzt habe, es sei ihm weder ordentlich noch durch den Arbeitgeber gekündigt worden. Allerdings wurde im angefochtenen Entscheid ausdrücklich angegeben, es sei zu beachten, dass der Beschwerdegegner nicht deutscher Muttersprache sei und die Kündigung zunächst als missbräuchlich und fristlos qualifiziert habe; ausserdem sei er davon ausgegangen, dass C. zur Kündigung nicht ermächtigt gewesen sei. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ging die Vorinstanz dabei offensichtlich nicht in erster Linie von einem Sprachproblem aus, sondern war der Meinung, dass der Beschwerdegegner im Klageformular seine damalige – vorläufige – Einschätzung wiedergab, welche eben gerade nicht darin bestand, dass das Arbeitsverhältnis weiter andauere. Diese Sichtweise lässt sich schon deshalb nicht beanstanden, weil der Beschwerdegegner im Klageformular ausdrücklich eine Entschädigung wegen fristloser oder missbräuchlicher Kündigung verlangt hatte. Es ist der Beschwerdeführerin entgangen, dass das Obergericht die Kündigung nicht einzig aus dem Telefonat des Beschwerdegegners vom 16. März 2013 mit C. ableitet, sondern aus dem Zusammenwirken der gesamten Umstände. Es weist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hin, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Instruktionsverhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 3. Dezember 2013 eingeräumt habe, es sei möglich,

dass der Vorfall mit dem Telefonat stimme bzw. es habe eine Unstimmigkeit, aber keine Kündigung gegeben. Die Beschwerdeführerin habe die telefonische Kündigung zwar rechtzeitig bestritten. Dies ändere aber nichts daran, dass zugleich auf eine konkludente Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu schliessen sei, nachdem sich die Arbeitgeberin nach der Verweigerung des Zutritts zum Arbeitsplatz und vergeblichem telefonischen (19. und 21. März 2013) sowie schriftlichen (1. Mai 2013) Anbieten der Arbeitskraft durch den Arbeitnehmer in Gläubigerverzug befunden habe.

Soweit die Vorinstanz in diesem Zusammenhang auf die Einholung weiterer Beweismittel und insbesondere die Durchführung von Zeugeneinvernahmen verzichtet hat, liegt eine antizipierte Beweiswürdigung vor. Es ist dem Gericht nicht verboten, einem beantragten Beweismittel die Erheblichkeit oder Tauglichkeit abzusprechen oder auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen zu verzichten, wenn es aufgrund der abgenommenen Beweise seine Überzeugung bereits gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert werden (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 602; 129 III 18 E. 2.6 S. 24 f.). Da die Vorinstanz entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin gar nicht davon ausgeht, dass allein aufgrund des Telefonats von C. vom 16. März 2013 eine Kündigung ausgesprochen wurde, bestand kein Grund für eine Befragung dieses Mitarbeiters der Muttergesellschaft. Der Einwand, der Arbeitnehmer habe ja gewusst, dass nicht dieser Mitarbeiter der Muttergesellschaft, sondern die Aktionäre hätten kündigen müssen, was vom Obergericht nicht berücksichtigt worden sei, geht ins Leere. Nicht massgebend ist auch, ob der Beschwerdegegner der Gerichtsverhandlung in Deutsch sehr gut folgen können und keine Übersetzung gebraucht habe, wie die Arbeitgeberin letztinstanzlich geltend macht, da von keiner Seite ein relevantes Verständigungsproblem angenommen wird. Es trifft sodann nicht zu, dass der Beschwerdegegner im Einschreiben vom 1. Mai 2013 an die Beschwerdeführerin anerkannt hätte, dass ihm nicht gekündigt worden sei. Vielmehr hält er darin fest, dass er immer noch keine Kündigung erhalten habe, am 16. März 2013 habe man es ihm zwar mündlich mitgeteilt, aber er benötige es «bitte auch schriftlich». Daraus und durch das Zitat eines aus dem Zusammenhang gerissenen Satzteils das Gegenteil abzuleiten und zu behaupten, beide Vorinstanzen hätten die Anerkennung der Nichtkündigung «völlig negiert», ist abwegig. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung willkürlich sein sollte.

4.2 Weiter bemängelt die Beschwerdeführerin, «die ganze Thematik um die geschlossene Bürotüre» sei zu wenig gewürdigt worden. In den gleichen Räumlichkeiten hätten Mitarbeiter der D. GmbH (Gesellschaft, die den Beschwerdegegner vor seiner Anstellung als Geschäftsführer bei der Beschwerdeführerin als Marketing-Mitarbeiter beschäftigt hatte) nicht nur gearbeitet, sondern auch gewohnt, welche ihm die Tür von innen hätten öffnen können, oder er hätte in seiner Funktion als Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat auch über einen Schlüsseldienst in die Büroräumlichkeiten

gelangen können. Mit diesen Einwänden dringt die Beschwerdeführerin ebenfalls nicht durch. Das Obergericht führt aus, auf weitere Nachforschungen bezüglich der verschlossenen Bürotür habe der Arbeitnehmer verzichten können, nachdem ihm anlässlich der Telefongespräche mit C. und E., COO der Muttergesellschaft in London, die Wiederaufnahme der Arbeit unbestrit-
tenermassen verweigert worden sei. Tatsächlich berücksichtigt die Beschwerdeführerin bei ihrer Argumentation nicht genügend, dass der Beschwerdegegner aufgrund der gesamten Umstände von einem im März 2013 klar manifestierten Willen der tatsächlichen Entscheidungsträger der Muttergesellschaft ausgehen musste, das Arbeitsverhältnis mit ihm unter sofortiger Freistellung beenden zu wollen. Deshalb ist es für den Ausgang des arbeitsrechtlichen Streits unerheblich, dass er sich vielleicht bis zur Streichung seines Eintrags als Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer der Gesellschaft im Handelsregister vom 9. April 2013 auf legale Art noch hätte Zugang zu den Büroräumlichkeiten verschaffen können und «sämtliche Vollmachten und Befugnisse» hatte, um für die Gesellschaft tätig zu sein.

5.

Zusammenfassend bleibt darauf hinzuweisen, dass dem Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (vgl. BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211; 129 I 8 E. 2.1 S. 9; 120 Ia 31 E. 4b S. 40; 118 Ia 28 E. 1b S. 30). Willkür in der Beweiswürdigung wurde nicht dargetan, ebenso wenig eine Verletzung des Rechts auf Beweis. Die vorinstanzliche Abweisung der Berufung ist demnach nicht zu beanstanden.

Bundesgericht, Urteil vom 5. Februar 2015, Doss.-Nr. 8C_272/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 5. März 2014)

Öffentliches Personalrecht; Kündigung zur Unzeit. Gemäss § 20 Abs. 1 PG(ZH) richten sich Tatbestand und Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Da vorliegend auch die frühere kantonal besoldete Anstellung bei der Sekundarschulgemeinde bei der Berechnung der Anzahl Dienstjahre mitzuberechnen war, befand sich die zuletzt kommunal besoldete Lehrperson im achten und nicht erst im dritten Dienstjahr, womit die Kündigung zufolge Nichteinhaltung der Sperrfrist nichtig war, da sie während der 180-tägigen und nicht etwa nach der 90-tägigen Sperrfrist erklärt wurde (Art. 336c Abs. 2 OR) (E. 4.3, 4.5).

Sachverhalt:

A. war von August 2002 bis August 2009 als kantonal besoldete, von der Oberstufenschulpflege X. angestellte Lehrperson und ab August 2012 als kommunal besoldete Fachlehrperson für die Sekundarschulgemeinde X. tä-

tig. Wegen Krankheit war A. ab 24. September 2012 arbeitsunfähig. Die Sekundarschulpflege X. kündigte das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 15. März 2013 auf Ende Schuljahr 2012/2013. Mit Rekurs liess A. beantragen, es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 15. März 2013 nichtig sei, eventualiter sei festzustellen, dass das frühere Anstellungsverhältnis der Rekurrentin (2002 bis 2009) anrechenbare Dienstjahre seien, welche die Sperrfrist und die gesamten Kündigungsfolgen beeinflussen, weshalb die Sache zur Neuurteilung an die Sekundarschulpflege X. zurückzuweisen sei. Der Bezirksrat hiess den Rekurs mit Beschluss vom 10. Oktober 2013 gut und stellte fest, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit A. durch die Sekundarschulpflege X. vom 15. März 2013 zufolge Nichteinhaltung der Sperrfrist nichtig sei.

Die von der Sekundarschulgemeinde X. hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 5. März 2014 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt die Sekundarschulgemeinde X. beantragen, der angefochtene Entscheid vom 5. März 2014 sei aufzuheben und die am 15. März 2013 beschlossene Kündigung sei als wirksam zu erklären.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Streitgegenstand bildet letztinstanzlich die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht die per Ende Schuljahr 2012/2013 erfolgte Kündigung des Anstellungsverhältnisses als nichtig beurteilt hat, was namentlich davon abhängt, wie die Anzahl Dienstjahre der Beschwerdegegnerin zu berechnen sind.

3.2 Aktenkundig und unbestritten ist, dass die Beschwerdegegnerin von August 2002 bis August 2009 für die Sekundarschulgemeinde X. tätig war. Sie wurde mit Verfügung vom 8. Juli 2002 von der Oberstufenschulpflege X. angestellt, war jedoch kantonal besoldet. Diese Anstellung hatte die Beschwerdegegnerin aus eigenem Antrieb gekündigt. Unbestritten ist des Weiteren, dass die Beschwerdegegnerin ab 1. August 2012 von der Sekundarschulpflege X. als Fachlehrerin angestellt worden war und der Arbeit krankheitshalber ab 24. September 2012 fernblieb. Streitig ist, ob die Anstellung von August 2002 bis August 2009 bei der Berechnung der Anzahl Dienstjahre zu berücksichtigen ist.

4.

4.1 Grundlage für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache bilden nach der Anstellungsverfügung vom 9. Juli 2012 die Personalverordnung der Sekundarstufe X. sowie subsidiär das kantonale Lehrpersonalrecht und das schweizerische Obligationenrecht.

4.2 Gemäss Ziff. 1.1 Abs. 2 der Personalverordnung (der Sekundarschulgemeinde X.) vom 21. März 2005 (PVO) gelten für kommunale Fachlehrpersonen die Bestimmungen der Personalverordnung und ergänzend die

Bestimmungen des kantonalen Lehrpersonalgesetzes vom 10. Mai 1999 (LPG) einschliesslich der Lehrpersonalverordnung vom 19. Juli 2000 (LPVO). Gemäss § 2 LPG richtet sich das Arbeitsverhältnis der Lehrpersonen nach den für das Staatspersonal anwendbaren Bestimmungen, sofern das Lehrpersonalgesetz keine ausdrückliche Regelung enthält. Wie das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid dargelegt hat, enthält weder die kommunale Personalverordnung noch das Lehrpersonalgesetz Bestimmungen zur Kündigung zur Unzeit, weshalb es das kantonale Personalgesetz vom 27. September 1998 (PG) beigezogen hat.

4.3 Gemäss § 20 Abs. 1 PG richten sich Tatbestand und Rechtsfolgen der Kündigung zur Unzeit nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit unter anderem nicht kündigen, während der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen. Eine Kündigung, die während dieser Sperrfristen erklärt wird, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR).

4.4 Bezüglich Berechnung der Anzahl Dienstjahre regelt die kommunale Personalverordnung einzig, dass für Dienstaltersgeschenke nur die Dienstzeit in der Gemeinde massgebend sei (Ziff. 2.2.3 Satz 1 PVO). Da auch das kantonale Lehrpersonalgesetz zur Berechnung der Anzahl Dienstjahre im Zusammenhang mit der Kündigung zur Unzeit keine Bestimmungen enthält, hat die Vorinstanz wiederum das kantonale Personalgesetz beigezogen.

4.5 § 13 Abs. 3 Satz 1 PG bestimmt bezüglich Dauer des Arbeitsverhältnisses, dass alle diesem Gesetz unterstehenden Arbeitsverhältnisse für die Berechnung der Dienstjahre berücksichtigt werden. Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid dargelegt, dass zufolge subsidiärer Anwendung dieser Bestimmung für die Berechnung der Dienstjahre sämtliche Anstellungen beim gleichen Gemeinwesen, vorliegend somit bei der Gemeinde X., zu berücksichtigen seien. Es hat sodann anhand des LPG und der LPV aufgezeigt, dass die Beschwerdegegnerin in der Zeit von August 2002 bis August 2009 als kantonal besoldete Lehrperson in den Diensten der Sekundarschulgemeinde X. (bereits) bei der Sekundarschulgemeinde X. angestellt gewesen sei, und daraus geschlossen, dass diese Anstellung bei der Berechnung der Anzahl Dienstjahre zu berücksichtigen sei. Da die Beschwerdegegnerin sich nach Gesagtem – so die Vorinstanz – im März 2013 im achten Dienstjahr befunden habe, habe die Sperrfrist bei Krankheit 180 Tage betragen, sodass sich die während laufender Sperrfrist ergangene Kündigung als nichtig erweise.

5.

5.1 Angesichts seiner eingeschränkten Überprüfungsbefugnis (Art. 105 Abs. 2 BGG) hat das Bundesgericht die Berechnung der Dienstjahre nicht

selbst zu beurteilen und kann seine eigene diesbezügliche Erkenntnis nicht anstelle derjenigen der Vorinstanz stellen. Es muss sich vielmehr auf die Prüfung der Frage beschränken, ob der vom kantonalen Gericht gefällte Entscheid vor Bundesrecht standhält.

5.2 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Gemeindeautonomie und des Willkürverbots.

5.3 Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale (oder eidgenössische) Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht (BGE 139 I 280 E. 2.1; 138 I 242 E. 5.2 S. 244 f.).

5.3.1 Das Schulwesen fällt grundsätzlich in die kantonale Gesetzgebungszuständigkeit (vgl. Art. 62 Abs. 1 BV). Im Rahmen, den das kantonale Recht zulässt, können die Gemeinden des Kantons Zürich ihre Angelegenheiten selbst regeln und hierzu eigenes Recht erlassen, wie § 85 KV/ZH dies unter dem Randtitel «Gemeindeautonomie» ausdrücklich festhält (BGE 139 I 280 E. 2.2). Die Schulgemeinde kommt als öffentlich-rechtliche Gebietskorporation mit eigener Rechtspersönlichkeit als Trägerin der verfassungsrechtlich geschützten Autonomie in Betracht (BGE 139 I 280 E. 2.2 mit Hinweis).

5.3.2 Besteht in diesem Sinne Autonomie, kann sich die Gemeinde dagegen zur Wehr setzen, dass eine kantonale Behörde im Rechtsmittelverfahren die den betreffenden Sachbereich ordnenden kommunalen, kantonalen oder bundesrechtlichen Normen falsch anwendet oder ihre Prüfungsbefugnis überschreitet. Soweit nicht die Handhabung von eidgenössischem oder kantonalem Verfassungsrecht infrage steht, prüft das Bundesgericht den Entscheid der kantonalen Behörde bei der Autonomiebeschwerde nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür (BGE 138 I 242 E. 5.2 S. 245).

5.3.3 Ein solcher Fall liegt hier vor, da es bei der Regelung des Anstellungsverhältnisses nicht um die Anwendung von eidgenössischem oder kantonalem Verfassungsrecht geht, vielmehr die Auslegung kommunalen Rechts im Streit steht. Demnach geht die Rüge der Verletzung der Gemeindeautonomie in derjenigen der Willkür auf.

Nach der Rechtsprechung ist eine Entscheidung willkürlich, wenn sie eine Norm oder einen klaren und unumstrittenen Rechtsgrundsatz offensichtlich schwer verletzt, sich mit sachlichen Gründen schlechthin nicht vertreten lässt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft.

Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319; 138 I 49 E. 7.1 S. 51; 138 IV 13 E. 5.1 S. 22, je mit Hinweisen).

5.3.4 Die vorinstanzliche Beurteilung beruht auf einer einlässlichen Würdigung der Sach- und Rechtslage. Die Vorbringen in der Beschwerde vermögen nicht, sie als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen. Soweit die Beschwerdeführerin – wie bereits im kantonalen Verfahren – vorbringt, das Anstellungsverhältnis mit der Beschwerdegegnerin sei nicht dem kantonalen Recht unterstellt, ist auf die einlässlichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids zu verweisen, in welchen das Verwaltungsgericht schlüssig dargelegt hat, dass es nicht um die Unterstellung unter kantonales Recht, sondern um die subsidiäre Anwendbarkeit von kantonalem Recht und von Bundesrecht geht.

5.3.5 Die Beschwerdeführerin legt nicht näher dar, inwiefern der kantonale Entscheid die Gemeindeautonomie verletzt. Ihrer bezüglich Art. 50 BV und § 85 KV/ZH obliegenden qualifizierten Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG) kommt die Beschwerdeführerin nur ungenügend nach, indem sie einzig vorbringt, die Vorinstanz habe ihre eigene Einschätzung an die Stelle derjenigen der Gemeinde gesetzt. Damit vermag sie nicht darzutun, dass die vorinstanzliche Rechtsauffassung unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots nicht stand hält und in willkürlicher Weise in ihren Ermessensspielraum eingreift. Sowohl in der Anstellungsverfügung vom 9. Juli 2012 wie auch in der Personalverordnung der Sekundarschulgemeinde X. wird auf die ergänzende Geltung des kantonalen Lehrpersonalrechts und in der Anstellungsverfügung zusätzlich auf die ergänzende Geltung des Obligationenrechts hingewiesen. Es wird nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Anwendung der entsprechenden Bestimmungen als subsidiäres kommunales Recht – auch unter dem Gesichtswinkel der Gemeindeautonomie – nicht vertretbar sein soll und in verfassungswidriger Weise gegen den Gerechtigkeitsgedanken verstösst. In diesem Sinne ist auch die Berufung der Beschwerdeführerin auf die Weisung der Finanzdirektion des Kantons Zürich vom 1. November 2001 unbehelflich, geht es doch eben nicht um die Frage, ob das Anstellungsverhältnis der Beschwerdegegnerin unter den Geltungsbereich des Personalgesetzes falle, sondern um dessen subsidiäre Anwendbarkeit. Inwieweit der angefochtene Entscheid willkürlich sein soll, wird auch diesbezüglich in der Beschwerde nicht näher dargelegt. Dass auch eine andere Lösung vertretbar gewesen wäre, genügt nicht, um die durch das Verwaltungsgericht vorgenommene Auslegung als willkürlich erscheinen zu lassen.

5.4 Zusammenfassend ist die Vorinstanz mit der Nichtigkeitsklärung der Kündigung des Anstellungsverhältnisses der Beschwerdegegnerin weder in Willkür verfallen noch hat sie gegen die Gemeindeautonomie verstossen, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

*Bundesgericht, Urteil vom 11. Februar 2015, Doss.-Nr. 4A 564/2014
(Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom
18. August 2014)*

Ins Ausland entsandter Arbeitnehmer; «Returnklausel»; Passivlegitimation. Arbeitsverträge im Konzern werden entweder mit dem herrschenden, mit einem abhängigen Unternehmen oder allenfalls mit beiden geschlossen. Namentlich wenn mit der «entleihenden» bzw. «lokalen» Gesellschaft im Ausland ein formeller – befristeter oder unbefristeter – Vertrag abgeschlossen wird, sind hinsichtlich der gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Pflichten auch Mischformen möglich. Gewisse Verpflichtungen der entsendenden Konzerngesellschaft können auch während der Auslands­tätigkeit weiterlaufen, beispielsweise die Entrichtung gewisser Beiträge an die Vorsorgeeinrichtungen im Inland oder die Zahlung eines Teils des Lohns. In solchen Fällen ist individuell zu prüfen, gegen wen der entsandte Arbeitnehmer in welchem Umfang seinen Lohn oder andere Ansprüche geltend zu machen hat (E. 3.2).

Durfte der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben die Garantie, wonach er bei seiner Rückkehr in die Schweiz bei der entsendenden Konzerngesellschaft eine adäquate Stelle erhalte («Returnklausel»), als Verpflichtung dieser Gesellschaft verstehen, bedeutet dies jedoch nicht, er habe deswegen auch davon ausgehen dürfen, dass er den Arbeitsvertrag insgesamt mit der entsendenden Gesellschaft abgeschlossen habe. Es ist denkbar, dass in einem mit einer Tochtergesellschaft abgeschlossenen Vertrag Hinweise auf die Muttergesellschaft enthalten sind. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass solche Hinweise in der Regel nicht als rechtsgeschäftliche Bindung auch der Muttergesellschaft aufgefasst werden können. In unklaren Fällen sei aber der Blickwinkel des betreffenden Arbeitnehmers als Empfängerhorizont massgebend. Der Vorinstanz ist somit insofern zuzustimmen, als die «Returnklausel» die Muttergesellschaft verpflichtet. Da i.c. der Arbeitnehmer aber keinen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung der «Returnklausel» geltend machte, war darauf nicht einzugehen (E. 3.4.4, 4.1).

Sachverhalt:

B. (Kläger, Beschwerdegegner) trat im Juni 2001 eine Stelle bei der Bank A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) in der Wertschriftenadministration an. Mit den Jahren wurde er immer häufiger mit Spezialaufträgen und Projekten betraut. So war er im Jahre 2008 während vier Wochen und im Jahr 2010 während fast einem halben Jahr als «Feuerwehrmann» bei der Bank A1. (Bahamas) Limited (nachfolgend: A1.), um dieser «unter die Arme zu greifen». Die A1. war zum damaligen Zeitpunkt eine (gerundet) 100%ige

Tochtergesellschaft der Beklagten. Von 5 Millionen Anteilen wurde einer von der C. Limited in Nassau gehalten, was – wie die Bezeichnung von mindestens zwei Direktoren vor Ort – Bedingung der lokalen Gesetzgebung für die Ansiedlung einer Gesellschaft war. Dem Verwaltungsrat der A1. gehörten unter anderem Dr. D., E., F. und G. an. Alle diese Personen wohnten und arbeiteten in der Schweiz. Sie waren damals auch für die Beklagte zeichnungsberechtigt: Dr. D. als Generaldirektor und Mitglied der Geschäftsleitung, E. und G. als Direktoren und Mitglieder der Geschäftsleitung und F. als stellvertretende Direktorin. Im Weiteren waren im Verwaltungsrat der A1. H. und I. Die A1. diente der Beklagten dazu, ihren Kunden Anlagemöglichkeiten auf den Bahamas zu eröffnen. Betreut wurden die Kunden vorerst durch in der Schweiz residierende Kundenberater. Als dieses Modell «von den Steuerbehörden verschiedener Nationen immer kritischer beargwöhnt wurde», schuf die Beklagte den Posten eines «Resident Manager», damit die Kunden durch in Nassau ansässige Kundenberater betreut werden konnten. Der Kläger bewarb sich um diesen Posten. An die Übernahme der Funktion auf den Bahamas knüpfte er diverse Bedingungen. So sollten die AHV- und Pensionskassenbeiträge wie bisher in der Schweiz entrichtet und die Kosten für die Krankenversicherung auf den Bahamas durch die «Bank» übernommen werden. Weiter sollten dem Kläger ein Geschäftswagen sowie eine Wohnung auf den Bahamas und zwei jährliche Business-Class-Flüge für zwei Personen für Heimaturlaube finanziert werden. Schliesslich wollte der Kläger eine Garantie, dass er bei seiner Rückkehr in die Schweiz bei der Beklagten eine adäquate Stelle erhalte. Am 5. Januar 2011 unterzeichneten der Kläger und die A1., vertreten durch E. und G., mit denen der Kläger auch die Vertragsverhandlungen geführt hatte, einen Arbeitsvertrag. Umstritten ist, ob an den Vertragsverhandlungen auch J. (Head Human Resources der Beklagten) teilgenommen hat. Der Vertrag berücksichtigte sämtliche vorgenannten Bedingungen. Vertraglich vorgesehener Arbeitsbeginn war der 1. Februar 2011, unter Vorbehalt der Bewilligung durch die Behörden der Bahamas. Tatsächlich trat der Kläger seine Stelle in Nassau am 21. Mai 2011 an. Mit Vertrag vom 27. September 2012 wurde die A1. an die K. (Bahamas) Limited (nachfolgend: K.) verkauft. Die K. offerierte dem Kläger eine weitere Anstellung in Nassau, jedoch zu schlechteren Bedingungen. Der Kläger wandte sich im Dezember 2012 an die Beklagte und ersuchte um Prüfung einer Rückkehr nach Zürich. Die Beklagte teilte dem Kläger in der Folge mit, ihm «keine geeignete Stelle offerieren» zu können. Im Januar 2013 eröffnete der CEO von K. dem Kläger mündlich die Kündigung per 3. April 2013. Auf eine erneute Anfrage des Klägers im Februar 2013 antwortete die Beklagte, sie habe keine Stelle für ihn und wies eine «Haftung» ihrerseits gegenüber dem Kläger zurück. Der Kläger klagte auf den Bahamas gegenüber K. mit Hilfe einer lokalen Anwältin ausstehende Löhne sowie eine Abgangsschädigung ein. Hieraus resultierte am 17. April 2013 eine Vereinbarung, wonach der Kläger von K. Fr. 88 911.07 und USD 24 436.63 erhielt. In der Vereinbarung anerkannte der Kläger die Beendigung des Arbeitsver-

hältnisses mit K. Nach seiner Rückkehr bewarb sich der Kläger im August 2013 erfolglos bei der Beklagten.

Mit Klage vom 6. September 2013 beim Arbeitsgericht Zürich beantragte der Kläger, die Beklagte sei einstweilen zu verpflichten, ihm als Restlohn bzw. Schadenersatz für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. August 2013 den Betrag von Fr. 7088.93 und USD 21 936.91 zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. September 2013; unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Beklagten. Das Arbeitsgericht wies die Klage mit Urteil vom 16. Januar 2014 ab. Es nahm an, Arbeitgeberin sei die A1. geworden bzw. anschliessend K. Die Beklagte sei somit für die geltend gemachten Lohn- und Spesenansprüche nicht passivlegitimiert. Die vom Kläger gegen dieses Urteil erhobene Berufung hiess das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 18. August 2014 gut, und es verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 7088.93 und USD 21 936.91 zuzüglich 5% Zins seit dem 1. September 2013 zu bezahlen. Für beide Instanzen wurden keine Kosten erhoben. Die Beklagte wurde verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren Fr. 5400.– und für das zweitinstanzliche Verfahren Fr. 2592.– als Parteientschädigung zu bezahlen. Das Obergericht ging davon aus, der Kläger habe aufgrund sämtlicher Umstände davon ausgehen dürfen, er sei weiterhin durch die Beklagte angestellt. Diese hafte ihm daher für die arbeitsvertraglichen Ansprüche. Die Lohn- und Pauschalspesen betrügen für den eingeklagten Zeitraum von Januar bis August 2013 Fr. 96 000.– und USD 36 000.–. Auf diese Beträge seien die aus dem Vergleich mit K. erhaltenen Zahlungen (Fr. 88 911.07 und USD 24 436.63) abzüglich der angefallenen Anwaltskosten (Fr. 10 373.54) anrechenbar, was die zugesprochenen Beträge ergebe. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz nahm an, die Streitigkeit beurteile sich nach schweizerischem Recht. Dies wird von keiner Partei gerügt. Darauf ist somit nicht weiter einzugehen.

3.

Streitig ist die Passivlegitimation der Beschwerdeführerin für die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Lohn- und Spesenansprüche gemäss dem Arbeitsvertrag vom 5. Januar 2011. Die Parteien sind sich einig, dass der Beschwerdegegner bis Mai 2011 mit der Beschwerdeführerin in einem Arbeitsverhältnis stand. Der Beschwerdegegner stellt sich sodann auf den Standpunkt, sein bisheriger Arbeitsvertrag mit der Beschwerdeführerin sei nicht aufgelöst worden, sondern mit dem Vertrag vom 5. Januar 2011 im Sinn eines Entsendungsvertrages mit neuer Funktion und neuem Salär-Modus modifiziert worden. Seine tatsächliche Arbeitgeberin sei auch nach

seinem Wechsel zur A1. weiterhin die Beschwerdeführerin gewesen; dies allenfalls in «Kooperation mit ihrer 100%igen Tochtergesellschaft». Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, der bisherige Arbeitsvertrag mit dem Beschwerdegegner sei spätestens mit dessen Stellenantritt auf den Bahamas konkludent aufgelöst worden; der Vertrag vom 5. Januar 2011 verpflichte lediglich die A1. Die Vorinstanz kam wie erwähnt zum Schluss, der Vertrag vom 5. Januar 2011 sei mit der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin geschlossen worden. Sie stützte sich dabei nicht auf eine tatsächliche Willensübereinkunft, sondern auf eine Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip.

3.1 Der Bestand eines Vertrages ist wie dessen Inhalt durch Auslegung der Willensäusserungen der Parteien zu bestimmen. Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehaltlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist. Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 132 III 626 E. 3.1 S. 632 mit Hinweisen). Diese Regeln gelten nicht nur für die Frage, ob ein Vertrag abgeschlossen worden ist (BGE 128 III 70 E. 1a S. 73 mit Hinweis), sondern auch für die Frage des Fortbestands eines Vertrages (Urteil des Bundesgerichts 4C.62/2006 vom 21. April 2006 E. 3.1) ebenso wie für die Frage, mit wem ein Vertrag abgeschlossen worden ist.

3.2 Arbeitgeberin ist jene Person, die Anspruch auf die Leistung des Arbeitnehmers hat und entsprechend auch aus dem Arbeitsverhältnis bzw. dem Arbeitsvertrag verpflichtet ist (Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2002 vom 20. August 2002 E. 2.3 a.E.). Arbeitsverträge im Konzern werden entweder mit der herrschenden, mit einem abhängigen Unternehmen oder allenfalls mit beiden geschlossen. Namentlich wenn mit der «entleihenden» bzw. «lokalen» Gesellschaft im Ausland ein formeller – befristeter oder unbefristeter – Vertrag abgeschlossen wird, sind hinsichtlich der gegenüber dem Arbeitnehmer bestehenden Pflichten auch Mischformen möglich. Gewisse Verpflichtungen der entsendenden Konzerngesellschaft können auch während der Auslands­tätigkeit weiterlaufen, beispielsweise die Entrichtung gewisser Beiträge an die Vorsorgeeinrichtungen im Inland oder die Zahlung eines Teils

des Lohns durch die entsendende Gesellschaft. In solchen Fällen ist individuell zu prüfen, gegen wen der entsandte Arbeitnehmer in welchem Umfang seinen Lohn oder andere Ansprüche geltend zu machen hat (JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, 1999, S. 247 bei Fn. 40; THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, Arbeitsverhältnis im Konzern, ZBJV 139/2003, S. 757 ff., S. 777; vgl. auch THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Aufl., 2012, S. 55 Rz. 143c und [zur Kasuistik] ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KANEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., 2012, N. 2 zu Art. 319 OR, S. 79 ff.).

Das Bundesgericht stellte unter Hinweis auf eine Lehrmeinung (ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss. St. Gallen 2004, S. 38) fest, auch in der Konzernstruktur bestehe im Normalfall lediglich eine einzige arbeitsvertragliche Beziehung (zit. Urteil 4C.62/2006 E. 3.3.2 a.E.). Im zitierten Verfahren hatte der Arbeitnehmer einen schriftlichen Arbeitsvertrag mit der ausländischen Schwestergesellschaft seiner bisherigen Arbeitgeberin abgeschlossen und machte nach dessen Auflösung Ferien- und Überstundenansprüche aus diesem Vertrag gegenüber seiner früheren Arbeitgeberin in der Schweiz geltend. Das Bundesgericht nahm an, Arbeitgeberin sei die Schwestergesellschaft im Ausland gewesen. Der Arbeitnehmer habe nicht davon ausgehen dürfen, das Arbeitsverhältnis mit der damaligen Beklagten bestehe fort und es handle sich nur um eine Entsendung für bestimmte Zeit, da es namentlich an einer Wiederbeschäftigungsgarantie gefehlt habe und an der Festsetzung einer bestimmten Höchstdauer der Tätigkeit im Ausland (zit. Urteil 4C.62/2006 E. 3.3.6 und 3.4.3).

In einem sozialversicherungsrechtlichen Fall, in welchem 40% des Lohns in der Schweiz von der bisherigen Arbeitgeberin ausbezahlt, dieser jedoch von der ausländischen entleihenden Schwestergesellschaft zurückvergütet wurden und von der bisherigen Arbeitgeberin auch die Prämien an die SUVA bezahlt worden waren, verneinte das Bundesgericht mit Blick auf die Voraussetzungen für die Weiterführung der Versicherung eines vorübergehend im Ausland beschäftigten Versicherten nach dem damaligen Art. 61 Abs. 1 KUVG (Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911; BS 8 281) eine Fortdauer des Arbeitsverhältnisses mit der bisherigen Arbeitgeberin. Es stellte namentlich darauf ab, dass der Arbeitnehmer seine Weisungen von der entleihenden Gesellschaft erhielt und erachtete es insoweit nicht als entscheidend, dass die bisherige Arbeitgeberin ihm die Stelle in der Schweiz während des Auslandsaufenthalts offen hielt (BGE 106 V 219 E. 3 S. 222 ff.).

3.3 Die Vorinstanz stellte wie erwähnt fest, ein übereinstimmender tatsächlicher Wille sei nicht erstellt. Namentlich lasse sich ein tatsächlicher Wille des Beschwerdegegners, den Arbeitsvertrag mit A1. abzuschliessen, nicht nachweisen.

3.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich eine willkürliche Beweiswürdigung, indem die Vorinstanz entscheidende Sachverhaltselemen-

te ausser Acht gelassen habe, und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Der Beschwerdegegner habe K. als Arbeitgeberin anerkannt und zwar nicht erst gestützt auf die Vereinbarung mit K. vom 17. April 2013, sondern bereits von Anfang an, was insbesondere die Tatsache zeige, dass er nach dem Verkauf der A1. an K. und nachdem letztere die Rechtsnachfolgerin von ersterer geworden sei, gestützt auf den strittigen Arbeitsvertrag für K. «normal weiter gearbeitet» und den in diesem Arbeitsvertrag vereinbarten Lohn von K. erhalten habe. Habe er aber K. als Arbeitgeberin anerkannt, könne dies nur bedeuten, dass gemäss seinem tatsächlichen Willen auch deren Rechtsvorgängerin seine Arbeitgeberin gewesen sei. Andernfalls wäre der Beschwerdegegner gar nicht auf die Idee gekommen, in K. seine Arbeitgeberin zu sehen, sondern wäre selbstredend von einem weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin ausgegangen.

3.3.2 Was vorerst die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs anbelangt, ist nicht klar, worin die Beschwerdeführerin diese genau sieht. Die Anforderungen an eine Verfassungsfrage sind nicht erfüllt, sodass darauf nicht einzutreten ist. Sollte das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt oder ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen haben, kann dies als Willkür in der Beweiswürdigung gerügt werden (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen), was die Beschwerdeführerin denn auch getan hat. Sollte sie unter dem Titel der Verletzung des rechtlichen Gehörs eine ungenügende Begründung rügen wollen, wäre die Rüge unbegründet. Dem rechtlichen Gehör ist Genüge getan, wenn eine beschwerdeführende Partei in der Lage ist, ein Urteil sachgerecht anzufechten (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188; 133 III 439 E. 3.3 S. 445; je mit Hinweisen), was hier der Fall ist.

3.3.3 Auch die Rüge einer willkürlichen Beweiswürdigung kann nicht geschützt werden. Soweit die Beschwerdeführerin in tatsächlicher Hinsicht ausführt, der Beschwerdegegner sei bereits am 3. Oktober 2012 über sein Ausscheiden aus der Pensionskasse der Beschwerdeführerin per Ende September 2012 orientiert worden und habe auch nach dieser Mitteilung normal weitergearbeitet, ergänzt sie den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ohne darzulegen, dass sie entsprechende Tatsachenbehauptungen bereits im Berufungsverfahren vorgebracht hat. Sie beruft sich einzig auf Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren. Die Voraussetzungen für eine Sachverhaltsergänzung sind nicht erfüllt. Es bleibt somit bei der von der Vorinstanz festgestellten Tatsache, dass sich der Beschwerdegegner im Dezember 2012 an die Beschwerdeführerin wandte zwecks Rückkehr und sich im April 2013 mit K. über sämtliche Ansprüche dieser gegenüber einigte, inklusive solche aus «the Trade Dispute filed by B. at the Departement of Labour on the 23rd day of January A.D., 2013».

Dass die Vorinstanz aus der Einleitung einer Klage gegen K. im Januar 2013 nichts ableitete, weil es nachvollziehbar sei, dass der Beschwerdegegner nichts unversucht lassen wollte, um sich finanziell möglichst schadlos zu halten, ist nicht zu beanstanden. Es trifft aber zu, wie die Beschwerdeführe-

rin rügt, dass sich die Vorinstanz nicht zum Zeitraum zwischen dem Verkauf an K. am 27. September 2012 und der Rückfrage des Beschwerdegegners im Dezember 2012 äusserte. Indessen ist es nicht willkürlich, wenn sie – mangels konkreter Kenntnis der Vorgänge in diesem Zeitraum – auch daraus nichts zum Nachteil des Beschwerdegegners ableitete. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe in dieser Zeit «normal weitergearbeitet», sind jedenfalls eine Behauptung, die sich nicht aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt. Es ist nachvollziehbar, dass sich in einer solchen Übergangsphase eine verantwortliche Person nicht zuerst um die Bereinigung offener personalrechtlicher Fragen kümmern kann.

Die Feststellung, ein übereinstimmender Parteiwille lasse sich nicht erstellen, ist im Rahmen der Willkürkognition nicht zu beanstanden.

3.4 Der Vertrag ist somit gestützt auf das Vertrauensprinzip auszulegen. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (vgl. E. 3.1 hiervor).

3.4.1 Arbeitgeber ist jene Partei, die als solche den Vertrag abgeschlossen hat. Als erstes ist somit zu prüfen, wessen Organe gehandelt haben bzw. für welche Konzerngesellschaft (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 768; HEIZ, a.a.O., S. 38; wohl auch: DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 239). Der Vertrag vom 5. Januar 2011 ist nicht als eigentliches Vertragsdokument aufgesetzt, das die Parteien als Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich bezeichnet. Vielmehr wurde es auf Papier der Bank A1. als Offerte zur Gegenzeichnung an den Beschwerdegegner übermittelt. Die Offerte ist unterzeichnet durch zwei Organpersonen im Namen der Bank A1. Ltd. Auch wenn als Absender des Dokuments auf der ersten Seite der Personalverantwortliche der Beschwerdeführerin J. angegeben ist, war daher unmissverständlich klar, dass sich die Bank A1. als Vertragspartnerin verpflichtet.

Die Vorinstanz hielt unter Hinweis auf die Erstinstanz und deren Ausführungen zum tatsächlichen Parteiwillen fest, der Beschwerdegegner habe im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung realisiert, dass eindeutig die A1. und nicht die Beschwerdeführerin im Vertrag aufgeführt sei. Sie erachtete es auch als erstellt, dass im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht besprochen worden sei, der Arbeitsvertrag werde nur «pro Forma» im Namen der A1. ausgestellt. Aufgrund verschiedener Punkte im Vertragsinhalt nahm sie aber an, der Beschwerdegegner habe nach dem Vertrauensprinzip davon ausgehen dürfen, er habe den Vertrag trotzdem mit der Beschwerdeführerin geschlossen. Daran ändere auch nichts, dass der Vertrag im Namen und auf Papier der A1. abgeschlossen worden sei und darin sowohl der Arbeitsantritt wie die Kündigung geregelt sei, was für eine Anstellung bei der A1. spreche. Denn: «Der Anschein einer selbständigen Anstellung des Klägers durch die Tochter musste auf den Bahamas gewahrt werden». Damit nimmt die Vorinstanz an, der Beschwerdegegner habe von einer Teil-Simulation in Bezug auf die Gegenpartei (sog. Parteisimulation: vgl. ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, 1986, N. 112 zu Art. 18 OR; PETER JÄGGI und andere, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., 2014, N. 176 zu Art. 18 OR) ausgehen dürfen und

müssen. Dies ist nicht nachvollziehbar. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, bestand keine Notwendigkeit, eine Partei zu simulieren und so die Behörden der Bahamas zu täuschen. Eine solche Notwendigkeit hätte bestanden, wenn der Beschwerdegegner im Rahmen der Vertragsverhandlungen darauf bestanden hätte, weiterhin von der Beschwerdeführerin angestellt zu bleiben. Dann wären die Parteien «gezwungen» gewesen, zur Bereinigung der regulatorischen Situation zum Schein die A1. als Arbeitgeberin unterzeichnen zu lassen. Dann hätte eine Simulation im Sinn von Art. 18 OR vorgelegen, nämlich indem der tatsächliche Wille beider Parteien auf eine andere Partei gerichtet gewesen wäre. Nachdem der Beschwerdegegner aber selber angab, im Rahmen der Vertragsverhandlungen sei nicht darüber gesprochen worden, der Vertrag werde nur pro forma auf die A1. ausgestellt, und damit gerade keine Simulation gemäss von Art. 18 OR im Sinn einer tatsächlichen Willensübereinstimmung zur Täuschung der Behörden der Bahamas vorgelegen haben konnte, ist es nicht angängig, wenn die Vorinstanz über das Vertrauensprinzip eine solche Absicht trotzdem unterstellt und damit die im Rahmen von Art. 18 OR dem Beschwerdegegner obliegende Beweislast für die Simulation (JÄGGI und andere, a.a.O., N. 151 zu Art. 18 OR) umgeht.

3.4.2 Auch die weiteren von der Vorinstanz aus dem Vertrag abgeleiteten Argumente stützen ihre Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht. Gemäss Vertrag sollte ein Teil des gesamten Lohnes von USD 192 000.–, nämlich Fr. 84 000.–, in der Schweiz ausbezahlt werden und der Beschwerdegegner für die Versicherungssumme von Fr. 106 060.– (Fr. 130 000.– abzüglich den Koordinationsabzug von Fr. 23 940.–) bei der Pensionskasse der Bank bei der Versicherung L. sowie für Fr. 83 520.– in der ersten Säule versichert sein. Die vollen Prämien hierfür sollten von A1. bezahlt werden. Die Vorinstanz stellte massgeblich auf diese Versicherungsregelungen ab, denn gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. a AHVG habe nur die Beklagte für den Beschwerdegegner die AHV/IV/EO-Versicherung weiterführen können und nur wenn diese weitergeführt worden sei, sei auch die freiwillige Weiterversicherung in der beruflichen Vorsorge möglich gewesen. Die Erfüllung dieser Vertragsbestimmungen wären somit mit einer selbständigen Anstellung bei der A1. gar nicht möglich gewesen. Die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge sei somit ein starkes Indiz dafür, dass die Beschwerdeführerin tatsächliche Arbeitgeberin des Klägers blieb, auch wenn «soweit ersichtlich» die Beschwerdeführerin der A1. die von ihr bezahlten Prämien in Rechnung stellte und deren Konten damit belastete.

Dem ist entgegen zu halten, dass die vertragliche Regelung, wonach A1. die Versicherungsprämien bezahlt, keinen Sinn machen würde, wenn die Beschwerdeführerin weiterhin Arbeitgeberin geblieben wäre. Die Prämien schuldet, soweit sie nicht vom Arbeitnehmer selber zu tragen sind, die Arbeitgeberin. Es gibt keinen Grund, weshalb A1. diese Prämien hätte übernehmen sollen, wenn nicht als Arbeitgeberin. Auch wäre eine Regelung, wonach der Beschwerdegegner weiterhin (für einen Teil seines Lohnes) in

der Schweiz versichert bleiben sollte, nicht nötig gewesen, wenn die Beschwerdeführerin weiterhin Arbeitgeberin geblieben und nur der bisherige Vertrag geändert worden wäre; diesfalls wäre die Versicherung in der Schweiz eine Selbstverständlichkeit gewesen, wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend festhielt. Demgegenüber ergibt sich, wie auch der vorne (vgl. E. 3.2 hiervor) erwähnte BGE 106 V 219 zeigt, nichts Entscheidendes daraus, dass die bisherige Arbeitgeberin weiterhin die Versicherungsprämien an die entsprechenden Einrichtungen entrichtet, auch wenn dies allenfalls sozialversicherungsrechtlich nicht zulässig war.

3.4.3 Nicht stichhaltig ist auch der Hinweis der Vorinstanz auf die beiden früheren Einsätze auf den Bahamas. Im Gegenteil. Zum einen dienten jene Einsätze einem andern Zweck (als «Feuerwehrmann [...] unter die Arme greifen») als die nun beabsichtigte Bestellung eines «Resident Managers» zur Erfüllung regulatorischer Erwartungen. Es ist sodann unbestritten, dass der Beschwerdegegner bis Mai 2011, also während dieser Einsätze, in einem Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin stand, und es wurde gerade nicht dargetan, dass für diese Einsätze, auch nicht für den längeren im Jahr 2010, ein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen worden wäre.

3.4.4 Die Vorinstanz stützte sich sodann massgeblich auf die «Return»-Klausel im Arbeitsvertrag («Upon termination of your assignment, the Bank guarantees you a preferably suitable position in Zurich»). Mit «Bank» in dieser Bestimmung habe nur die Beschwerdeführerin gemeint sein können, zumindest habe der Beschwerdegegner hiervon ausgehen dürfen, da die A1. keine Arbeitsplätze in der Schweiz besessen habe. Daran ändere nichts, dass es auch möglich sei, die Leistung eines Dritten zu versprechen. Die Klausel sei so zu verstehen, dass sie sich einzig auf eine angemessene «Position» nicht etwa auf eine Anstellung als solche beziehe.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, es sei offenkundig, dass eine Gesellschaft auch eine Stelle an einem Ort versprechen könne, an welchem sie selbst über keine Arbeitsplätze verfüge. Gerade in Konzernverhältnissen sei dies im Hinblick auf vom Arbeitnehmer angestrebte Auslandseinsätze alles andere als unüblich. Es sei dann Sache des Arbeitgebers (Konzerntochter), ihr Versprechen vertragsgemäss umzusetzen, namentlich durch Absprache innerhalb des Konzerns mit andern Konzernunternehmen. Dies trifft zwar zu, doch beruft sie sich damit auf eine nicht mit der vorliegenden Situation vergleichbare Konstellation. Wenn bei einer Anstellung ein künftiger Auslandseinsatz versprochen wird, kommt offensichtlich kein anderer Versprechender in Frage als der Arbeitgeber, mit dem die Abrede getroffen wird, besteht doch nur zu diesem ein Kontakt. Nicht so hier, wo es um die Rückkehr geht und es viel naheliegender ist, dass der bisherige Arbeitgeber diese Rückkehr garantiert. Nach Treu und Glauben durfte der Beschwerdegegner diese Verpflichtung als solche der Beschwerdeführerin verstehen, zumal die unterzeichnenden Personen auch Organe der Beschwerdeführerin waren.

Das bedeutet jedoch nicht, dass er deswegen davon ausgehen durfte, er schliesse den Vertrag vom 5. Januar 2011 insgesamt mit der Beschwerdeführerin (vgl. auch E. 3.2 hiavor). Es ist denkbar, dass in einem mit einer Tochtergesellschaft abgeschlossenen Vertrag Hinweise auf die Muttergesellschaft enthalten sind. In der Lehre wird davon ausgegangen, dass solche Hinweise in der Regel nicht als rechtsgeschäftliche Bindung auch der Muttergesellschaft aufgefasst werden können. In unklaren Fällen sei aber der Blickwinkel des betreffenden Arbeitnehmers als Empfängerhorizont massgebend (DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 239 f.; vgl. auch BGE 76 II 360 ff., wo im gleichen Vertrag gleichzeitig eine Verpflichtung des unterzeichnenden Verbands und eine solche ihres Präsidenten enthalten war). Der Vorinstanz ist somit insofern zuzustimmen, als die Returnklausel die Beschwerdeführerin verpflichtet. Demzufolge muss auch auf die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend die Zahlung des Lohnes, namentlich des Lohnes im Dezember 2012, und zum Weisungsrecht nicht weiter eingegangen werden.

3.5 Nachdem die Vorinstanz den Vertrag aufgrund seines Wortlauts und der Umstände bis zum Vertragsschluss nach Vertrauensprinzip ausgelegt hatte, führte sie weiter aus, damit sei die Arbeitgeberin noch nicht bestimmt. Vielmehr habe im Konzern eine Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu erfolgen. In der Folge prüfte sie als solche Umstände namentlich, wer den Lohn und die Sozialabgaben bezahlte und das Weisungsrecht ausübte. Sie prüfte dieses tatsächliche Verhalten somit im Rahmen ihrer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Nachträgliches Parteiverhalten ist indes bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. E. 3.1 hiavor). Die Würdigung des tatsächlich gelebten Arbeitsverhältnisses im Konzern könnte im Rahmen einer Auslegung nach Vertrauensprinzip nur dann eine Rolle spielen, wenn sich die Frage stellen würde, ob der ursprünglich mit einer Konzerngesellschaft abgeschlossene Vertrag durch konkludentes Verhalten nachträglich geändert wurde (vgl. DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 246) und aufgrund dessen ein Arbeitgeberwechsel stattgefunden hat. Um diese Fragestellung geht es aber vorliegend offensichtlich nicht.

4.

Der Beschwerdegegner beantragt für den Fall, dass das Bundesgericht die Passivlegitimation der Beschwerdeführerin gestützt auf den Arbeitsvertrag verneint, die Rückweisung an die Vorinstanz, damit diese prüfe, ob die geltend gemachten Ansprüche mit einer andern rechtlichen Begründung zu schützen sind. Er beruft sich namentlich auf die Return-Klausel. Im Hinblick darauf sowie auf die mit der Entsendung verfolgten Ziele und die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin mit dem Verkauf ihrer Tochter verhindert habe, dass der Vertrag wie vorgesehen drei Jahre gedauert habe, würden die Beschwerdeführerin und die A1. ihm gegenüber als Einfache Gesellschaft haften, allenfalls gestützt auf einen Durchgriff bzw. eine culpa in contrahendo oder eine Patronatserklärung.

4.1 Vorerst ist festzuhalten, dass der Beschwerdegegner mit dieser Begründung keinen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung der Returnklausel – weil er in der Schweiz keine adäquate Stelle mehr erhielt – geltend macht. Ein solcher ist nicht Gegenstand des Verfahrens, da vorliegend lediglich Lohn- und Spesenansprüche eingeklagt wurden. Darauf ist somit nicht weiter einzugehen.

4.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdegegner im Vergleich mit K. vom 17. April 2013 die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anerkannt. Im Übrigen fehlen Feststellungen dazu, auf welcher Grundlage im Einzelnen sich die gemäss diesem Vergleich bezahlten Beträge errechneten. Der Beschwerdegegner legt auch nicht dar, wo er konkret solche Sachverhaltsvorbringen im kantonalen Verfahren prozesskonform eingebracht hat. An sich wäre davon auszugehen, dass mit dem Verkauf an K. der Vertrag mit dem Beschwerdegegner ebenfalls übertragen wurde und K. verpflichtet gewesen wäre, die bisher von A1. geschuldeten Leistungen zu erbringen, sodass allein wegen der Übertragung dem Beschwerdegegner kein Schaden aus nicht erbrachten Leistungen entstanden wäre. Es wäre am Beschwerdegegner gewesen zu erklären, weshalb dies hier nicht so war. Es fehlt somit zum vornherein an einer genügenden Substanziierung des Schadens bzw. des Kausalzusammenhangs, sodass auf die vom Beschwerdegegner vorgebrachten alternativen rechtlichen Begründungen nicht eingegangen werden muss.

5.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die Klage abzuweisen. (...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. August 2014 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 12. Februar 2015, Doss.-Nr. 4A_523/2014 (Aufhebung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 26. März 2014)

Saldoklausel; Diskriminierungsverbot, Art. 3 GIG; Grundlagenirrtum, Art. 24 OR; absichtliche Täuschung, Art. 28 OR.

Eine Saldoklausel beinhaltet einen Vergleich. Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Vorliegend waren Abfindungsansprüche Gegenstand dieser Regelung bzw. musste die Arbeitnehmerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass damit alle bisher umstrittenen Ansprüche – somit auch ihre Abgangsentschädigung – erfasst wurden (E. 4.2, 4.3).

Beim Fassen eines Vergleichs lässt sich eine Partei durch die Einschätzung einerseits der Tatsachenlage und andererseits der Rechtslage leiten, sodass sowohl tatsächliche wie rechtliche Umstände im Hinblick auf eine Irrtumsanfechtung in Betracht kommen. Der von der Vorinstanz bejahte Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Ansprüche der Arbeitnehmerin auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung – hervorgerufen durch die von der Arbeitgeberin kommunizierte Haltung, einen Systemwechsel vorzunehmen und künftig keine Abgangsentschädigungen mehr zu bezahlen – ist zu verneinen, da die Arbeitnehmerin ihren Anspruch damit begründet, die Nichtausrichtung einer Abfindung verletze den Anspruch auf Lohngleichheit (Art. 3 GIG). Die Vorinstanz erachtete gestützt auf den Vergleich mit drei männlichen Arbeitnehmern die Diskriminierung als glaubhaft gemacht. Es ist nicht ersichtlich, wie sich die Arbeitnehmerin unter diesen Umständen über die Durchsetzbarkeit ihres Diskriminierungsanspruchs hätte irren können. Ob die Arbeitgeberin bei späteren Restrukturierungen Abgangsentschädigungen zahlte bzw. zahlen wollte, ändert nichts daran. Mit ihrer Argumentation, sie sei einem Irrtum unterlegen, weil die Arbeitgeberin ihr gegenüber stets die Haltung vertreten habe, nun generell keine Abgangsentschädigungen mehr zu bezahlen, obwohl sie nahezu zeitgleich mit einem Sozialplan eine Abgangsentschädigungsregelung vorgesehen habe, macht die Arbeitnehmerin vielmehr eine absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) geltend. Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setzt einerseits voraus, dass der Vertragspartner absichtlich getäuscht wurde, andererseits ist erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet wurde. Die Vorinstanz hat das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 28 OR nicht geprüft, weil sie zu Unrecht bereits den Grundlagenirrtum bejahte. Zurückweisung an die Vorinstanz zwecks Neubeurteilung der Sache (E. 2.1, 4.4, 5, 5.1, 5.2).

Sachverhalt:

B. (Arbeitnehmerin, Klägerin, Beschwerdegegnerin) war von Januar 1988 bis ins Jahr 2009 als Personalfachfrau zunächst bei der C. in den USA und dann, nach deren Übernahme, durch die A. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) in der Schweiz angestellt. Am 19. September 2008 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit der Arbeitnehmerin im Rahmen einer Umorganisation (HR Realignment 2008) per 31. März 2009. Dagegen erhob die Arbeitnehmerin Einsprache und machte Nichtigkeit der Kündigung wegen Krankheit im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geltend. Zum Zeitpunkt der Kündigung war die Arbeitnehmerin bereits seitens der Arbeitgeberin freigestellt, arbeitete aber ihrer Darstellung nach weiterhin teilzeitlich von zu Hause aus, obwohl sie zu dieser Zeit teilweise arbeitsun-

fähig war. In der Folge kam es zu Diskussionen und Verhandlungen zwischen den Parteien zur Frage der Gültigkeit der Kündigung. Für den Fall einer gerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit wiederholte die Arbeitgeberin die Kündigung vorsorglich per 31. Oktober 2009. Am 19./25. Mai 2009 schlossen die Parteien eine Auflösungsvereinbarung. Darin wurde unter dem Titel «Termination of employment» festgehalten, dass sich die Parteien darüber einigen, das Arbeitsverhältnis zwischen ihnen per 31. Mai 2009 zu beenden. Ferner wurde vereinbart, dass die Arbeitnehmerin unter dem Titel «Salary» einen Lohn von je Fr. 40 000.– einschliesslich 13. Monatslohn pro rata und Bonus 2009 pro rata für die Monate April und Mai 2009 erhalte, und es wurden die Pensions-, SUVA- und weitere Nebenansprüche der Arbeitnehmerin geregelt. Unter Ziffer 6 der Vereinbarung wurde festgehalten: «After execution of this agreement all claims against A. are fully settled» (nachfolgend: Saldoklausel).

Am 30. November 2009 leitete die Arbeitnehmerin ein Schlichtungsverfahren vor der kantonalen Schlichtungsstelle für Diskriminierungsfragen betreffend «Lohndiskriminierung, Anspruch auf Abgangsentschädigung» ein. Es kam keine Einigung zustande. Mit Klage vom 19. Juli 2010 stellte die Arbeitnehmerin «nach Gleichstellungsgesetz» folgende Rechtsbegehren: «(1.) Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin eine Abgangsentschädigung in der Höhe von total Fr. 330 916.– (entsprechend 11 Monatslöhnen, einschliesslich pro rata 13. Monatsgehalt) zuzüglich 5% Verzugszins ab 1. Juni 2009 zu bezahlen. (2.) Es sei festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten erst per 31. Oktober 2009 rechtsgültig aufgelöst worden sei. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die durch die vorzeitige Beendigung entstandenen Nachteile von total Fr. 95 993.– zuzüglich 5% Zins ab 30. November 2009 zu bezahlen. (3.) Schliesslich sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin die Kosten für notwendige Rechtsberatung von Fr. 4875.– nebst Zins zu 5% ab 30. November 2009 und Fr. 19 596.– zuzüglich Zins ab Klageeinreichung zu bezahlen, alles unter o/e Kostenfolge.» Mit Entscheid vom 7. November 2012 hiess das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt die Klage im Umfang von Fr. 294 452.– sowie im Umfang von Fr. 4875.– je zuzüglich Zins gut. Die weitergehenden Klagebegehren wies es ab. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Berufung an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt. Mit Entscheid vom 26. März 2014 hiess dieses die Berufung im Umfang von Fr. 86 176.40 gut. Entsprechend verurteilte es die Beklagte, der Klägerin Fr. 208 276.60 nebst Zins zu 5% seit 1. Juni 2009 sowie Fr. 4875.– nebst Zins zu 5% seit 30. November 2009 zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, der Entscheid des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 26. März 2014 sei aufzuheben, soweit damit die Berufung der Beklagten abgewiesen und sie zur Zahlung von Fr. 208 0276.60 sowie Fr. 4875.– je nebst Zins an die Klägerin verurteilt wurde. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Streitig ist nach wie vor, ob die Beschwerdegegnerin Anspruch auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung hat. Diesen Anspruch stützt sie auf die Verletzung des Diskriminierungsverbots im Sinne des Gleichstellungsgesetzes (GlG; SR 151.1). Sie macht geltend, im Alter von knapp 52 Jahren im Rahmen der Reorganisation HR Realignement 2008 entlassen worden zu sein, ohne Abfindung, wie diese männliche Angestellte in ähnlichen Fällen erhielten. Der Sozialplan HR Realignement, mit Ausschluss jeder Abfindung nach Dienstalter, sei eine Ausnahme von der übrigen Praxis der Beschwerdeführerin gewesen, für die es keine Gründe gebe und die spezifisch die Beschwerdegegnerin mit über 20 Dienstjahren benachteiligt habe.

2.1 Beide Vorinstanzen kamen zum Schluss, dass der Beschwerdegegnerin aus diskriminierungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Abgangsentschädigung zustehe: Sie erwogen, der Begriff des Lohnes bzw. der «Entlohnung» gemäss Art. 3 GlG sei weit auszulegen, womit auch einer Abgangsentschädigung Lohncharakter im Sinne des Gleichstellungsgesetzes zukomme. Entsprechend habe die Beschwerdegegnerin ihre Ansprüche gestützt auf Art. 5 Abs. 1 lit. d GlG geltend machen können. Die Beschwerdegegnerin habe glaubhaft gemacht, dass die Beschwerdeführerin bei früheren Umorganisationen (vor dem HR Realignement 2008) Abfindungen an männliche Mitarbeiter mit vergleichbar hohem Lohn und damit grundsätzlich vergleichbarer Leistung ausgerichtet habe. Entsprechendes ergebe sich aus dem Sozialplan «call to action» vom 7. Juni 2001. Auch die späteren Sozialpläne «operational excellence» vom Dezember 2010 und die per 1. Juni 2009 in Kraft gesetzte Regelung (betreffend Genentech-Restrukturierung) hätten Abgangsentschädigungen nach der Anzahl der Dienstjahre vorgesehen. Dass innerhalb des HR Realignement 2008 die Mitarbeiter gleich behandelt worden seien, sei nicht von Bedeutung. Der Beschwerdeführerin gelinge der Gegenbeweis der Nicht-Diskriminierung nicht. Hierfür müsste sie die Geschäftsnotwendigkeit und die Verhältnismässigkeit einer Ungleichbehandlung des HR Realignement 2008 (welches im Übrigen mehrheitlich Frauen erfasst habe) gegenüber den andern Restrukturierungen beweisen können. Im Ergebnis habe die Beschwerdegegnerin in ihrer konkreten Stellung als einzige vom HR Realignement 2008 betroffene Kaderperson mit sehr langer Dienstzeit keine Gleichbehandlung erfahren und sei vom HR Realignement 2008 singulär und besonders schwer betroffen worden.

2.2 Gestützt darauf kam die erste Instanz zum Ergebnis, dass die Beschwerdegegnerin mit der Saldoklausel in der Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 nicht rechtsgültig auf zwingende Ansprüche im Sinne von Art. 341 OR verzichtet habe. Die Vereinbarung der Parteien vom 19./25. Mai 2009 nehme nirgends Bezug auf die Ansprüche der Beschwerdegegnerin auf eine Abgangsentschädigung. Es werde ihr unter diesem Titel auch nichts zugesprochen. Sie nahm somit an, die Frage der Abgangsentschädigung sei gar nicht

Gegenstand des Vergleichs gewesen. Selbst wenn dem aber so wäre, sei nicht ersichtlich, geschweige denn nachgewiesen, inwiefern die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin eine Gegenleistung für ihren Verzicht erbracht hätte. Sollte die Vereinbarung bzw. die Saldoklausel somit auch einen Verzicht der Beschwerdegegnerin auf ihre gleichstellungsrechtlichen Ansprüche beinhalten, sei sie insofern als nichtig (Teilnichtigkeit) zu erachten.

2.3 Anders als die erste Instanz kam die Vorinstanz zum Ergebnis, dass Art. 341 OR nicht anwendbar sei. Im Moment der Vereinbarung der Parteien, im Mai 2009, sei das Arbeitsverhältnis per 31. März 2009 bereits beendet gewesen und der Pensionskassenaustritt erfolgt. Auf Wunsch der Beschwerdegegnerin sei mit der Vereinbarung das Arbeitsverhältnis wieder «in Kraft gesetzt» worden, was für sie insbesondere bezüglich späterem Pensionskassen-Austritt, Erstreckung der Fristen für die Optionsauslösung oder bezüglich Andauern der Unfallversicherung von Vorteil gewesen sei. Dies ändere jedoch nichts daran, dass sich die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Vereinbarung nicht mehr in der typischen Situation des gekündigten Arbeitnehmers befunden habe, der sich noch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses oder kurz nach dessen Auflösung mit der Abrechnung des Arbeitgebers konfrontiert sehe und dann unter Umständen vorschnell auf ihm zustehende Forderungen verzichte. Entsprechend könne die Saldoerklärung nicht unter Berufung auf Art. 341 OR für ungültig erachtet werden. Eine jede nach Ablauf der Frist von Art. 341 OR abgegebene Saldoerklärung sei jedoch auslegungsbedürftig, könne einem Dissens unterliegen und wegen Willensmängeln angefochten werden. Entsprechend prüfte die Vorinstanz den Inhalt der Saldoklausel und ob diese anfechtbar sei:

2.3.1 Aus dem Wortlaut der Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 gehe nicht hervor, unter welchem Titel («Lohn wegen ungültiger Kündigung» oder «Abfindung») die dort enthaltenen Leistungen bezahlt worden seien, habe die Beschwerdegegnerin doch einerseits (und zuallererst) eine Abfindung in Monatslöhnen gefordert und andererseits zu einem späteren Zeitpunkt die Ungültigkeit der Kündigung wegen Krankheit ins Feld geführt. Beide Rechtstitel für einen Anspruch der Beschwerdegegnerin seien von der Beschwerdeführerin bestritten worden. Diese habe in der Korrespondenz zwar als Begründung für die zwei zusätzlichen Monatslöhne angegeben, dass dies das Maximum einer (von ihr bestrittenen) Leistung wegen Kündigung in der Sperrfrist wäre. Doch dies bedeute nicht, «dass sie damit nicht sämtliche Leistungen habe aus der Welt schaffen wollen und dies für die Beschwerdegegnerin erkennbar war».

2.3.2 Dies schliesse nicht aus – so die Vorinstanz weiter –, dass sich die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche auf eine Abgangsentschädigung in einem wesentlichen Irrtum befunden habe: Die Beschwerdegegnerin sei – «nicht zuletzt aufgrund der klaren, ihr gegenüber konstant demonstrierten Haltung der Beschwerdeführerin, Abfindungen in ihrem und vergleichbaren Fällen generell nicht (mehr) zu bezahlen» – der Meinung gewesen, dass sie diesbezüglich wenig Chancen habe;

dies insbesondere auch aufgrund des Arguments der Beschwerdeführerin, einen Systemwechsel vollziehen zu wollen. Entsprechend sei im Moment des Abschlusses der Vereinbarung mit der Saldoklausel «die Frage, ob der Berufungsbeklagten rechtlich tatsächlich keine Abfindung zustand, nicht mehr offen» gewesen. Die Beschwerdegegnerin habe sich daher über den Umstand geirrt, dass die Beschwerdeführerin gerade keinen Systemwechsel vollzogen habe. Die Beschwerdeführerin, welche diesen Irrtum mit ihrem Verhalten «konsteliert» habe, habe nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gewusst, dass die Frage der Abfindung für die Beschwerdegegnerin einen neuralgischen Punkt betroffen habe und dass dieser für die Beschwerdegegnerin wesentlich war.

2.3.3 Schliesslich kam die Vorinstanz zum Schluss, dass nicht nur die Saldoklausel, sondern die ganze Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 ungültig sei. Die Beschwerdegegnerin habe nicht bewiesen, dass sie im Jahre 2008 tatsächlich arbeitsunfähig gewesen sei, womit nicht gesagt werden könne, dass die Kündigung vom 19. September 2008 während der Sperrfrist ausgesprochen wurde. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin mit der Nachzahlung von zwei Monatslöhnen eine Leistung erbracht, die unter diesem Titel nicht geschuldet gewesen wäre. Die Zahlung der zwei Monatslöhne hätte aber zur Abgeltung sämtlicher Ansprüche dienen sollen; dies stelle jedoch keinen ausgewogenen Vergleich dar, weshalb die ganze Vereinbarung ungültig sei.

3.

Nach Art. 341 Abs. 1 OR ist ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Forderungen, die sich aus zwingenden Gesetzesbestimmungen ergeben, nichtig, wenn er während des Arbeitsverhältnisses oder während eines Monats nach dessen Beendigung erfolgt. Diese Bestimmung will den sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befindlichen, sozial schwächeren Arbeitnehmer davor schützen, dass er während oder kurz nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses aus Furcht vor nachteiligen Folgen Verzichtserklärungen abgibt (vgl. BGE 105 II 39 E. 1a S. 41). Massgebend für Beginn und Ende des Schutzes des Arbeitnehmers ist somit dessen Abhängigkeitsverhältnis, dessen Unterordnung (Subordination) unter die Arbeitgeberin und damit die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Urteil 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 2; bestätigt mit Urteil 4A_25/2014 vom 7. April 2014 E. 6.1).

Vorliegend war das Arbeitsverhältnis (spätestens) am 31. März 2009 tatsächlich beendet, was von der Beschwerdegegnerin auch nicht bestritten wird. Ihre Einwände beziehen sich auf die (behauptete) rechtliche Verlängerung des Vertragsverhältnisses durch die Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 und verkennen damit die Rechtslage offensichtlich. Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass Art. 341 Abs. 1 OR nicht anwendbar ist.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 sowie Art. 24 Abs. 2 OR und macht geltend, die Saldovereinbarung der Parteien vom 19./25. Mai 2009 sei abschliessend und gültig.

4.1 Ein Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Wesentlich ist ein Irrtum namentlich, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (Grundlagenirrtum, Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR).

4.2 Eine Saldoklausel beinhaltet einen Vergleich. Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar, sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen. Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sachverhalte kommen folglich nur solche Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind. Betrifft der Irrtum demgegenüber einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte (sog. *caput controversum*), so ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen; andernfalls würden eben diese Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich geschlossen haben (BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 51 f. mit Hinweisen; Urteil 4A_25/2014 vom 7. April 2014 E. 5). Nachdem wie dargelegt Art. 341 OR nicht anwendbar ist, ist von diesen Grundsätzen bei der Beurteilung der Saldoklausel in der Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 auszugehen.

4.3 Vorerst ist zu prüfen, ob Abgangsentschädigungen von der Vereinbarung erfasst werden; also welches der Gegenstand bzw. Umfang der Saldoklausel ist. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz (vorne E. 2.3.1) sind nicht klar; sie scheint die Frage offen lassen zu wollen. Die Beschwerdeführerin bringt unter Hinweis auf ihre früheren Rechtsschriften zutreffend vor, die Vorinstanz habe nicht gewürdigt, dass die Beschwerdegegnerin im Vorfeld der Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 stets eine Abgangsentschädigung gefordert habe: So teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin bereits mit Schreiben vom 2. September 2008 mit, die «severance terms», wie diese im Schreiben vom 5. März 2008 angegeben wurden, seien für sie nicht akzeptabel. Dabei berief sie sich gleichzeitig auf die behauptete historische Praxis der Beschwerdeführerin auf Ausrichtung einer Abgangsentschädigung und machte geltend, dass auch im Rahmen früherer Sozialpläne (insbesondere im Rahmen des «call to action») Abgangsentschädigungen ausgerichtet wurden, weshalb ihr auch eine Abgangsentschädigung zustehe. Diese historische Praxis bestritt die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. September 2008 und hielt fest, dass das HR Realignment 2008 nicht mit anderen Sozialplänen vergleichbar sei und im Rahmen des HR Realignments 2008 keine Abgangsentschädigungen ausbezahlt werden. Erst nach diesem Schriftenwechsel reichte die Beschwerdegegnerin ein Arztzeugnis ein und machte die Nichtigkeit der Kündigung geltend, da innerhalb der Sperrfrist ausgesprochen. Mit Schreiben vom

26. März 2009, nunmehr in Vertretung ihrer Rechtsbeistandin, kam die Beschwerdegegnerin nochmals auf die von ihr geltend gemachte Abgangsschädigung zurück und machte geltend, einen Anspruch darauf zu haben, mit männlichen Entlassenen in vergleichbarer Funktion, denen eine Abfindung im Verhältnis zur Anzahl ihrer Dienstjahre ausbezahlt wurde, gleichgestellt zu werden.

Obwohl die Vorinstanz auf diese Korrespondenzen verweist, trägt sie diesem Umstand keine Rechnung. In Kenntnis dieser möglichen und umstrittenen Anspruchsgrundlagen schlossen die Parteien die Vereinbarung vom 19./25. Mai 2009 mit der darin enthaltenen Saldoklausel. Abfindungsansprüche waren daher ohne Zweifel Gegenstand dieser Regelung bzw. die Beschwerdegegnerin musste nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass damit alle bisher umstrittenen Ansprüche erfasst wurden.

Im Hinblick auf das soeben Ausgeführte ist auch nicht nachvollziehbar, wie der von der Beschwerdegegnerin behauptete Dissens zu begründen wäre. Die Beschwerdegegnerin führte dies auch nicht näher aus, sodass schon fraglich ist, ob überhaupt eine genügende Rüge vorliegt.

4.4 Wie dargelegt (vgl. E. 2.3.2) unterlag die Beschwerdegegnerin nach Auffassung der Vorinstanz einem Grundlagenirrtum hinsichtlich der Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche. Dieser Irrtum sei hervorgerufen worden durch die von der Beschwerdeführerin kommunizierte Haltung, einen Systemwechsel vorzunehmen und künftig keine Abgangsschädigungen mehr zu bezahlen.

Beim Fassen eines Vergleichs lässt sich eine Partei durch die Einschätzung einerseits der Tatsachenlage und andererseits der Rechtslage leiten. Sowohl tatsächliche wie rechtliche Umstände kommen daher im Hinblick auf eine Irrtumsanfechtung in Betracht (BGE 118 II 58 E. 3 S. 63 mit Hinweisen; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Bd. I, 10. Aufl., 2014, Rz. 939; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1988, S. 414 Fn. 68 unter Hinweis auf die insofern gleiche Rechtslage nach § 779 BGB; PETER MARBURGER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, N. 71 zu § 779 BGB). Auf die von der Rechtsprechung getroffene Unterscheidung, wonach ein Irrtum über die Rechtslage dann unwesentlich ist, wenn er nur die Rechtsfolgen der getroffenen Vereinbarung betrifft (BGE 118 II 58 E. 3 S. 63 mit Hinweis; zustimmend: WOLFGANG WIEGAND, in: ZbJV 130, 1994, S. 275. Kritisch zur deutschen Rechtsprechung, welche § 779 BGB ebenfalls nicht anwendet, wenn der Rechtsirrtum eine sog. reine Rechtsfrage betrifft: PETER MARBURGER, a.a.O., N. 71 zu § 779 BGB), braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden. Der von der Vorinstanz bejahte Irrtum über die Durchsetzbarkeit betrifft die rechtlichen Umstände hinsichtlich des Vertragsabschlusses selber und nicht dessen Rechtsfolgen.

Ein Irrtum über die Durchsetzbarkeit ist indessen zu verneinen. Die Beschwerdegegnerin begründet ihren Anspruch damit, dass die Nichtausrichtung einer Abfindung den Anspruch auf Lohngleichheit verletzt. Bereits im

Schreiben ihrer Rechtsvertreterin vom 26. März 2009 berief sich diese darauf, dass die Beschwerdegegnerin gleichgestellt werde mit männlichen Entlassenen in vergleichbarer Funktion. In ihrem noch selber verfassten Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 2. September 2008 führte die Beschwerdegegnerin aus, sie verzichte auf die Nennung von Namen vergleichbarer männlicher Kollegen, die Abfindungen erhalten hätten, jedoch verfüge sie über eine entsprechende Liste. Die Vorinstanz prüfte denn auch im Hinblick auf die Glaubhaftmachung der Diskriminierung die Entschädigungen bei drei Männern – Dr. D., Prof. Dr. E. und F. –, die alle vor der Beschwerdegegnerin entlassen worden waren und auf die sich diese berufen hatte. Gestützt auf den Vergleich mit diesen drei Männern erachtete die Vorinstanz die Diskriminierung als glaubhaft gemacht. Es ist nicht ersichtlich, wie sich die Beschwerdegegnerin unter diesen Umständen über die Durchsetzbarkeit ihres Diskriminierungsanspruchs hätte irren können. Ob die Beschwerdeführerin bei späteren Restrukturierungen Abgangsentschädigungen zahlte bzw. zahlen wollte, ändert nichts daran.

5.

Mit ihrer Argumentation, sie sei einem Irrtum unterlegen, weil die Beschwerdeführerin ihr gegenüber stets die Haltung vertreten habe, nun generell keine Abgangsentschädigungen mehr zu bezahlen, obwohl sie nahezu zeitgleich mit dem Sozialplan betreffend die Genentech-Restrukturierung eine Abgangsentschädigungsregelung vorgesehen habe (vgl. E. 2.3.2 hiervor), macht die Beschwerdegegnerin vielmehr eine Täuschung (Art. 28 OR) geltend, auf welche sie sich denn auch beruft. Für Täuschung genügt ein Motivirrtum, weil entscheidend die äussere Verursachung ist, die den Vertragsabschlusswillen des Getäuschten bestimmt hat (BRUNO SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, N. 134 zu Art. 28 OR).

5.1 Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setzt einerseits voraus, dass der Vertragspartner – durch positives Verhalten oder durch Schweigen (vgl. BGE 132 II 161 E. 4.1 S. 166; 116 II 431 E. 3a S. 434) – absichtlich getäuscht wurde; für die Täuschungsabsicht genügt Eventualvorsatz, hingegen nicht Fahrlässigkeit (BGE 136 III 528 E. 3.4.2 S. 532; 53 II 143 E. 1a S. 150). Absicht bedeutet, dass der Täuschende weiss, dass er beim Vertragsgegner einen Irrtum hervorruft oder unterhält und dass er diesen so – und sei es auch nur mit Eventualvorsatz – zum Vertragsabschluss verleiten will (BGE 123 III 165 E. 3b S. 169; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., Rz. 864). Andererseits ist erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet wurde. Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum muss somit kausal für den Abschluss des Vertrages gewesen sein (BGE 136 III 528 E. 3.4.2 S. 532; 132 II 161 E. 4.1 S. 166). An diesem Täuschungserfolg gebricht es, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung geschlossen hätte (BGE 129 III 320 E. 6.3 S. 326).

Die Beweislast (Art. 8 ZGB) für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung trägt der Getäuschte. Insbesondere hat er den kausalen Einfluss der Täuschungshandlung auf den Vertragsschluss nachzuweisen (BGE 129

III 320 E. 6.3 S. 327). Mit dem Nachweis der Täuschungshandlung wird indessen das Vorliegen eines solchen Kausalzusammenhangs vermutet. Dem Täuschenden steht dann der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte den Vertrag auch ohne die Täuschung abgeschlossen hätte (BRUNO SCHMIDLIN, a.a.O., N. 162 zu Art. 28 OR).

5.2 Die Vorinstanz hat das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 28 OR nicht geprüft, weil sie (zu Unrecht) bereits den Grundlagenirrtum bejahete. Das Bundesgericht kann das Recht zwar von Amtes wegen anwenden. Voraussetzung ist jedoch, dass das angefochtene Urteil den massgeblichen Sachverhalt dazu enthält, andernfalls dieser von der Vorinstanz zu ergänzen ist (vgl. ULRICH MEYER/JOHANNA DORMANN, Basler Kommentar BGG, 2. Aufl., 2011, N. 14 zu Art. 106 BGG). Die Sache ist daher zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dabei wird sie zu prüfen haben, ob die Beschwerdegegnerin die Voraussetzungen einer Täuschung nachgewiesen hat.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 26. März 2014 aufgehoben, und die Sache wird zur Neuurteilung an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt zurückgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du arrêt du 18 février 2015, Doss.-No 8C_227/2014 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la 1^{re} Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois, du 12 février 2014)

Engagement d'un employé d'une collectivité publique par contrat de travail de droit privé.

Une collectivité publique peut engager un collaborateur par contrat de droit privé pour autant qu'il existe un fondement dans une réglementation cantonale (ou communale) claire et sans équivoque et que le recours au droit privé ne soit pas exclu par le droit applicable (c. 4.2.3).

Une éventuelle requalification du contrat de droit privé en une relation de droit public peut se justifier s'il apparaît que la réglementation applicable ne laisse pas de place au droit privé ou que les conditions posées pour qu'il soit possible d'y recourir ne soient pas réalisées. Elle peut aussi intervenir en application du principe de l'égalité de traitement s'il n'existe aucune raison objective de faire coexister des statuts différents (de droit privé et de droit public); il importe dans de tels cas de ne pas laisser subsister des situations non conformes à la Constitution fédérale (c. 4.2.4).

L'égalité de traitement ne commande pas de soumettre à un même statut un employé communal qui est engagé par une seule et même collec-

tivité et une personne qui a un emploi à plein temps au service de l'Etat, et qui, accessoirement et pour un nombre très limité d'heures de travail, se met au service d'une commune pour y accomplir une tâche spécifique. Dans ce dernier cas, le recours au droit privé peut se justifier par le fait qu'une réglementation de droit public n'est guère adaptée à ce genre très particulier de situation et qu'il peut être nécessaire d'individualiser la relation de travail par une convention de droit privé (c. 4.2.5).

Extraits des faits:

Par «contrat de travail pour le personnel auxiliaire» du 27 avril 2004, la Commune de V. a engagé A., né en 1956, en qualité de responsable de la déchetterie à partir du 1^{er} mai 2004. Le contrat faisait explicitement référence aux art. 319 ss du Code des obligations. Le salaire horaire brut convenu s'élevait à 22 fr. (vacances comprises). L'employé avait droit en outre à une indemnité annuelle pour les frais de voiture et de téléphone de 100 fr. Il était précisé que la commune s'engageait à annoncer suffisamment à l'avance «toutes modifications futures du règlement, du cahier des charges, directives et consignes». Les 14 et 19 mars 2013, A. a été informé de la suppression de certaines de ses tâches, impliquant une réduction de ses heures de travail. Après divers échanges de correspondance, la commune a confirmé à l'intéressé la réduction de son horaire de travail et lui a proposé un nouveau cahier des charges à partir du 1^{er} août 2013 (lettre du 10 mai 2013).

Le 20 mai 2013, A. a recouru devant le Préfet de X. en contestant les motifs avancés par la commune pour justifier la diminution de ses heures de travail. Statuant le 2 septembre 2013, le préfet a déclaré le recours irrecevable au motif que les parties étaient liées par un contrat de droit privé et que, par conséquent, la contestation relevait de la juridiction des prud'hommes. A. a recouru en concluant à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause au Préfet de X. pour qu'il statue au fond. Par arrêt du 12 février 2014, la I^e Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté le recours.

A. interjette un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire dans lesquels il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et demande au Tribunal fédéral de constater que le contrat de travail conclu le 27 avril 2004 entre les parties est soumis au droit public.

Extraits des considérants:

2.

(...)

2.4 S'agissant d'un litige qui ressortirait au droit de la fonction publique, la voie du recours en matière de droit public serait donc ouverte en

l'espèce. La recours constitutionnel subsidiaire est ainsi d'emblée irrecevable (art. 113 LTF).

3.

D'après l'art. 70 de la loi [du canton de Fribourg] du 25 septembre 1980 sur les communes (LCo; RSF 140.1), les communes peuvent, sous réserve des dispositions de la LCo, adopter, par un règlement de portée générale, leurs propres règles relatives au personnel (al. 1). A défaut d'un règlement communal de portée générale et sous réserve de la LCo, les dispositions de la loi sur le personnel de l'Etat, hormis les articles 4 à 23, 132 al. 1 et 2 et 133 al. 1, ainsi que ses dispositions d'exécution s'appliquent par analogie au personnel communal à titre de droit communal supplétif (al. 2). Conformément à l'art. 70 al. 1 LCo, la Commune de V. a adopté en mars 2004 le règlement du personnel communal (RPers), dont l'art. 1^{er} al. 1 prévoit que ledit règlement régit les rapports de travail, de droit public, du personnel communal. L'ancienne version de l'art. 4 RPers – applicable au moment de l'engagement du recourant – prévoyait ceci:

Le Conseil communal peut engager d'autres catégories de personnel, notamment auxiliaire ou temporaire. Elles sont notamment soumises aux dispositions du Code des obligations et de la Loi sur le travail et font l'objet d'un contrat de travail spécifique (al. 1).

Pour la rémunération des autres catégories de personnel, le Conseil communal se réfère aux salaires versés sur le marché du travail, aux conventions collectives et à l'équité à respecter envers les autres collaborateurs et collaboratrices de la commune (al. 2).

4.

4.1 Le recourant se prévaut de l'art. 8 al. 1 Cst. Selon lui, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le droit privé peut s'appliquer à des employés d'une collectivité publique. Il faudrait, pour cela, que les prestations d'une corporation de droit public présentent un caractère lucratif industriel ou commercial et soient en concurrence avec celles qu'offre ou pourrait offrir une entreprise privée. Dans ce cas, la corporation publique se comporte alors comme n'importe quelle autre personne privée. Pour le reste, le recours au droit privé ne pourrait viser que des situations exceptionnelles, soit celles de personnes engagées pour une durée limitée ou dans un but clairement défini qui nécessite de ce fait une réglementation spéciale. Selon le recourant, ce type d'engagement doit rester exceptionnel et n'être utilisé que lorsqu'il correspond au but recherché. Il ne saurait être prévu d'engager par contrat de droit privé des personnes pour occuper des postes nécessaires au fonctionnement de la collectivité publique.

4.2

4.2.1 Bien que la plupart des cantons ou communes aient abandonné le régime de la période administrative ou de la fonction de durée déterminée au profit d'engagements des agents de l'Etat pour une période indéterminée, impliquant la possibilité en tout temps d'une résiliation ordinaire, les statuts de la fonction publique restent pour l'essentiel soumis au droit public. Cela

n'exclut pas que les réglementations applicables contiennent des renvois au droit privé, mais celui-ci ne s'applique généralement qu'à titre de droit public supplétif (MAHON/ROSELLO, Les réformes en cours du droit de la fonction publique: tendances et perspectives, in *Les réformes de la fonction publique*, Tanquerel/Bellanger [éd.], 2012, p. 28 sv; BELLANGER/ROY, Evolution du cadre légal et réglementaire de la fonction publique suisse, in *Manuel d'administration publique suisse*, 2013, p. 461 ss, plus particulièrement p. 474 ss; ATF 139 I 57 consid. 5.1 p. 59).

4.2.2 La Constitution fédérale ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés des collectivités publiques. Les motifs qui plaident en faveur du rapport de droit public résident notamment dans la nature particulière de l'Etat et des tâches exercées par son personnel, les contraintes constitutionnelles qui pèsent sur l'Etat employeur, ainsi que l'absence de besoin d'un recours au droit privé (voir p. ex. THIERRY TANQUEREL, *Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique*, in *Les réformes de la fonction publique*, TANQUEREL/BELLANGER [éd.], 2012, p. 69 ss). Aussi bien la doctrine majoritaire privilégie-t-elle le droit public pour régler les rapports de travail du personnel de l'Etat tout en admettant, avec plus ou moins de restrictions, la possibilité de recourir aux contrats de droit privé pour certains salariés (THIERRY TANQUEREL, *op.cit.*, p. 71 ss; MÜLLER/VON GRAFFENRIED, *Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung*, *recht* 2011, p. 156 ss; MARCO DONATSCH, *Privatrechtliche Arbeitsverträge und der öffentliche Dienst*, in *Jusletter* 3. mai 2010; PETER HÄNNI, *Personalrecht des Bundes*, in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Organisationsrecht*, 2^e éd., 2004, n. 38 ss; FELIX HAFNER, *Rechtsnatur der öffentlichen Dienstverhältnisse*, in *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, 1999, p. 181 ss; MINH SON NGUYEN, *Le recours par l'administration au contrat de travail pour engager du personnel*, in *Le travail et le droit*, 1994, p. 3 ss; RENÉ A. RHINOW, *Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung*, in *Festschrift für Frank Vischer*, 1983, p. 429 ss, plus spécialement p. 442). Il n'existe donc pas d'exclusion générale du recours au droit privé pour réglementer les rapports de travail du personnel étatique. On notera d'ailleurs dans ce contexte que l'art. 6 al. 5 de la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172. 220.1) prévoit que le Conseil fédéral peut soumettre au Code des obligations certaines catégories de personnel, notamment le personnel auxiliaire et les stagiaires, lorsque cette mesure se justifie.

4.2.3 Pour sa part, le Tribunal fédéral, sans se prononcer sur le point de savoir si les cantons peuvent de manière générale soumettre les rapports de travail qui les lient à des collaborateurs au droit privé, a précisé qu'un tel engagement de droit privé suppose en tous les cas qu'il trouve un fondement dans une réglementation cantonale (ou communale) claire et sans équivoque et qu'il ne soit pas exclu par le droit applicable (ATF 118 II 213 consid. 3 p. 217; cf. aussi arrêt 2P.18/2006 du 19 mai 2006 consid. 2.3). Il a jugé admissible le recours au droit privé s'agissant d'une directrice d'une crèche gé-

rée tout d'abord par une fondation, puis par un comité de gestion mandaté par le conseil administratif d'une commune (arrêt 8C_597/2010 du 14 juillet 2011). Dans l'arrêt 2P.181/2002 du 4 février 2003, il y avait un contrat de travail qui avait été signé par les deux parties, à savoir une ergothérapeute et une association subventionnée par le canton; ledit contrat renvoyait certes, pour ce qui était du salaire, à la classification cantonale des traitements et il avait été ratifié par l'exécutif cantonal; cependant, il n'était pas contesté que l'intéressée avait été engagée sur la base d'un contrat de travail, et non pas en qualité de fonctionnaire; par conséquent, le droit des obligations était applicable à son cas, en particulier à la résiliation de ses rapports de travail. Dans une autre affaire, concernant un employé du canton du Valais, le Tribunal fédéral a précisé que pour déterminer si un rapport juridique relevait du droit privé ou du droit public, on ne pouvait pas se fonder sur la qualification juridique utilisée par les parties. Ce qui était décisif, c'était le contenu réel du rapport de droit (arrêt 2P.151/2005 du 9 février 2006 consid. 5). Dans cette affaire, l'Etat apparaissait comme l'employeur direct et l'intéressé avait été traité comme un fonctionnaire soumis au droit public pendant toute la durée de son engagement. Les éléments de droit public de ses rapports de service l'emportaient ainsi sur l'élément «contrat de droit privé» qui, formellement, était prédominant dans la décision d'engagement.

4.2.4 Dans le cas particulier, il est incontesté que le recourant a été engagé sur la base d'un contrat de travail soumis au droit privé et non pas selon les règles applicables au personnel communal en général. Il n'existe aucun élément qui ferait apparaître que cette qualification ne correspondait pas à la volonté des parties ou à la réalité du contenu de la relation. Il se pose dès lors la question d'une éventuelle requalification du contrat de droit privé en une relation de droit public (cf. MAHON/ROSELLO, op.cit., p. 30). Une requalification peut se justifier s'il apparaît que la réglementation applicable ne laisse pas de place au droit privé ou que les conditions posées pour qu'il soit possible d'y recourir ne soient pas réalisées (THIERRY TANQUEREL, L'évolution du statut de la fonction publique dans l'administration centrale, in *Le droit du travail en pratique*, vol. 18, Journées de droit administratif 4 et 5 mars 1999, Gabriel Aubert [éd.], 2000, p. 16). Elle peut aussi intervenir en application du principe de l'égalité de traitement s'il n'existe aucune raison objective de faire coexister des statuts différents (de droit privé et de droit public); il importe dans de tels cas de ne pas laisser subsister des situations non conformes à la Constitution fédérale (cf. THIERRY TANQUEREL, *Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique*, in *Les réformes de la fonction publique*, TANQUEREL/BELLANGER [éd.], 2012, p. 74).

4.2.5 En l'espèce, les conditions d'une requalification ne sont pas remplies. Comme on l'a vu, le règlement communal applicable prévoyait la possibilité d'un engagement selon le droit privé. Il n'est pas prétendu que le droit cantonal y fasse obstacle. Sans doute l'emploi du recourant ne pouvait pas, à proprement parler, être qualifié d'auxiliaire au sens de l'art. 4 RPers. Ce qualificatif s'applique en effet lorsque l'employeur a besoin de temps en

temps des prestations d'un travailleur et présente certaines similitudes avec le contrat de travail sur appel (JEAN-PHILIPPE DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, Dunand/Mahon [éd.], 2013, n. 60 ad art. 319 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd., 2004, n. 1 ss p 407 ss; voir aussi ATF 139 V 457 consid. 7.2.1 p. 462). De même, l'emploi du recourant, de durée indéterminée, n'avait pas un caractère temporaire, permettant aussi, selon le règlement, un engagement de droit privé. L'utilisation à l'art. 4 RPers de l'adverbe «notamment» laisse toutefois à l'autorité une certaine marge d'appréciation quant à la possibilité de soumettre au Code des obligations d'autres formes particulières de travail. Dans le cas particulier, le recourant travaillait à temps très partiel. Dans un certificat de travail daté du 20 mai 2013, l'employeur a mentionné un horaire de travail de 30 heures «environ» par mois. Il s'agissait d'une activité purement accessoire. En effet, comme cela ressort du jugement attaqué, le recourant avait une activité principale à plein temps comme fonctionnaire au service de l'Etat de Vaud. L'égalité de traitement ne commande pas de soumettre à un même statut un employé communal qui est engagé par une seule et même collectivité et une personne qui a un emploi à plein temps au service de l'Etat, et qui, accessoirement et pour un nombre très limité d'heures de travail, se met au service d'une commune pour y accomplir une tâche spécifique. Dans ce dernier cas, le recours au droit privé peut se justifier par le fait qu'une réglementation de droit public n'est guère adaptée à ce genre très particulier de situation et qu'il peut être nécessaire d'individualiser la relation de travail par une convention de droit privé. Le fait qu'un emploi à temps partiel s'exerce en plus d'un horaire normal de travail peut requérir une certaine flexibilité de la part de l'employé, notamment quant au nombre d'heures de travail à fournir et quant à sa disponibilité par rapport à son activité principale à plein temps. Il est révélateur, à ce propos, que le contrat de travail conclu entre les parties ne prévoit pas un temps de travail minimal à accomplir et que l'employeur l'a estimé à 30 heures «environ» par mois. On peut en déduire que l'horaire accompli dépendait du cahier des charges de l'intéressé que la commune, d'ailleurs, se réservait de modifier tout en s'engageant à en informer suffisamment tôt l'intéressé, ainsi que cela ressort du contrat.

4.2.6 D'autre part, les tâches assignées au recourant étaient certes des tâches d'intérêt public. Cependant, contrairement à ce qu'il soutient, elles n'étaient pas liées au bon fonctionnement de la collectivité au point qu'elles ne pouvaient être confiées qu'à une personne soumise à un statut de droit public. En effet, il est notoire que nombre de petites communes confient à des entreprises privées tout ou partie de la collecte et de la gestion des déchets.

5.

En conclusion, il y a lieu d'admettre que la relation entre les parties était soumise au droit privé, conformément au contrat qu'elles avaient con-

clu. On n'est donc pas en présence d'un litige relevant de la fonction publique. Le recours doit dès lors être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 19. Februar 2015, Doss.-Nr. 8C_658/2014 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 28. Juli 2014)

Leitender Arzt; Überstundenentschädigung. Die vorinstanzliche Beurteilung, wonach durch den Umstand, dass es dem leitenden Arzt ermöglicht wurde, während der Dienstzeit ein beachtliches Honorar aus privatärztlicher Tätigkeit zu generieren, ein Anspruch aus § 48 Abs. 2 Arbeitszeitverordnung (BS) konsumiert sei, ist willkürfrei und verstösst nicht gegen kantonales verfassungsmässiges oder übergeordnetes Recht. Vorliegend steht nicht eine Entschädigung aus Überzeit nach ArG, sondern eine Entschädigung für Überstunden im Raum. Deshalb wird nicht die Rechtsprechung gemäss BGE 138 I 356 tangiert, wonach die Entschädigungen, die ein dem ArG unterstellter Oberarzt des Universitätsspitals Zürich aus einem Honorarpool nach dem Honorargesetz und dem Regierungsratsbeschluss 4094/1990 bezogen hatte, nicht an den Lohn für geleistete Überzeit anzurechnen waren, da dies gegen Art. 13 und 71 lit. b ArG verstossen hätte. Im Gegensatz zu Überzeit sind Überstunden, die wohl über der personalrechtlichen Soll-Arbeitszeit von 42 Stunden pro Woche, aber innerhalb der 50-Stundenwoche liegen, nicht zwingend zu entschädigen. Eine Entschädigung von Überstunden durch anderweitige Einnahmen ist auch gemäss BGE 138 I 356 möglich (E. 5.2).

Sachverhalt:

Prof. Dr. med. A. arbeitete seit ... als Oberarzt und ab ... als leitender Arzt der Abteilung für Interventionelle Radiologie am Institut für medizinische Radiologie des Universitätsspitals B. Er kündigte die Arbeitsstelle per ... Auf sein Ersuchen hin stellte das Universitätsspital B. mit Verfügung vom 4. Mai 2012 fest, dass ihm im Jahre 2012 keine kompensierbare Überzeit und daher auch kein Entschädigungsanspruch mit entsprechender Lohnzahlung zustehe. Den dagegen erhobenen Rekurs wies der Verwaltungsrat des Universitätsspitals mit Entscheid vom 31. Mai 2013 ab.

Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht wies den hiegegen eingereichten Rekurs mit Entscheid vom 28. Juli 2014 ab. Prof. Dr. med. A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit den Rechtsbegehren, unter Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei das Universitätsspital B. zu verpflichten, ihm eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 172 800.– zu entrichten.

Aus den Erwägungen:

3.

Streitig ist, ob der Beschwerdeführer aus seiner Tätigkeit als leitender Arzt am Universitätsspital B. rückwirkend für die letzten fünf Jahre einen Anspruch auf Überstundenentschädigung in der Höhe von Fr. 172 800.– hat.

3.1.

3.1.1 Die Vorinstanz erwog, der Beschwerdeführer habe aus betriebsorganisatorischer Notwendigkeit im sogenannten Fixzeitenmodell nach § 7 der Verordnung zur Arbeitszeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt (Arbeitszeitverordnung; in der bis 31. Mai 2012 in Kraft gestandenen Fassung) Dienst geleistet. Die Einsatzpläne seien von einer über der gesetzlichen Regelung liegenden Soll-Arbeitszeit ausgegangen, weshalb die mit den Einsatzplänen zusätzlich angeordnete Arbeitszeit gemäss § 40 Abs. 1 lit. a Arbeitszeitverordnung Überstunden seien, welche in der Regel durch Freizeit zu kompensieren seien. Die finanzielle Abgeltung sei die Ausnahme. Sofern in besonderen Fällen regelmässig oder während längerer Zeit Überstundenarbeit geleistet werden müsse, ohne dass die Möglichkeit der Kompensierung durch Ersatzfreizeit bestehe, könne die Direktion eine angemessene Vergütung zusprechen (§ 48 Abs. 2 Arbeitszeitverordnung). Eine Kompensation der geleisteten Überstunden sei aus betrieblichen Gründen nicht möglich gewesen; es liege ein besonderer Fall im Sinne von § 48 Abs. 2 Arbeitszeitverordnung vor, bei dem es sich grundsätzlich wegen des Umfangs und der Umstände rechtfertige, eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.

3.1.2 Während der Arbeitszeit seien jedoch nicht nur die dienstlichen Pflichten erledigt, sondern darüber hinaus auch die privatärztliche Tätigkeit ausgeübt worden, wofür der Beschwerdeführer eine besondere Vergütung erhalten habe. Im Monat Januar 2012 habe er Fr. 9600.– aus privatärztlicher Tätigkeit neben dem Monatslohn von Fr. 16 744.50 erlangt. Es sei ihm zugestanden, jährlich Einnahmen aus Privathonoraren in der Höhe von über Fr. 200 000.– zu generieren. Diese Honorare aus privater Arztstätigkeit seien als angemessene Entschädigung nach § 48 Abs. 2 der Arbeitszeitverordnung zu verstehen. Ein weitergehender Entschädigungsanspruch für geleistete Überstunden bestehe daher nicht.

3.2 Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, indem die Vorinstanz die Honorare aus privatärztlicher Tätigkeit als angemessene Entschädigung gemäss § 48 Abs. 2 der Arbeitszeitverordnung qualifiziert habe, liege eine willkürliche Sachverhaltsermittlung sowie eine willkürliche Anwendung der Arbeitszeitverordnung vor. Damit habe sie Art. 10 der Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 sowie Art. 9 BV verletzt. Zudem rügt er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da diese rechtliche Argumentation neu sei und er nicht veranlasst gewesen sei, sich in den Rechtsschriften damit auseinanderzusetzen.

4.

4.1 Die Parteien haben Anspruch auf vorgängige Anhörung, wenn eine Behörde ihren Entscheid mit einem Rechtssatz oder einem Rechtstitel zu begründen beabsichtigt, der im bisherigen Verfahren nicht herangezogen worden ist, auf den sich die Parteien nicht berufen haben und mit dessen Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 131 V 9 E. 5.4.1 S. 26; 128 V 272 E. 5b/bb S. 278). Nach der bundesgerichtlichen Praxis reicht der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht so weit, dass eine Partei die Gelegenheit erhalten muss, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, zu äussern. Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können (BGE 132 II 257 E. 4.2 S. 267, 485 E. 3.4 S. 495).

4.2 Entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung handelt es sich bei der Argumentationslinie des kantonalen Gerichts nicht um eine neue rechtliche Begründung, mit der nicht zu rechnen war. Vielmehr äusserte sich der Beschwerdeführer selbst in seiner vorinstanzlichen Rekursbegründung vom 15. August 2013 bereits kritisch zu einer Verknüpfung seiner Einkommen aus privatärztlicher Tätigkeit mit dem geltend gemachten Anspruch auf Überstundenentschädigung. Er musste damit rechnen, dass sich die Vorinstanz ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der im Rahmen der 50-Stunden-Woche erwirtschafteten Mehreinnahmen zum Entschädigungsanspruch äussern wird, weshalb ein gehörsverletzendes Vorgehen des kantonalen Gerichts nicht vorliegt.

5.

5.1 Unbestritten ist, dass auf leitende Ärzte und Ärztinnen die allgemeine Regelung gemäss § 2 Arbeitszeitverordnung Anwendung findet, wonach die zu leistende Soll-Arbeitszeit 42 Wochenstunden beträgt. Ebenso wenig ist strittig, dass der Beschwerdeführer seinen Dienst nach einem Einsatzplan mit festen Arbeitszeiten gemäss dem sog. Fixzeitenmodell (§ 7 Arbeitszeitverordnung) verrichtete, sodass eine flexible Arbeitszeitgestaltung nicht möglich war und die innerhalb der absolvierten 50 Stundenwoche über die Sollarbeitszeit von 42 Stunden pro Woche geleisteten Arbeitsstunden als Überstunden zu qualifizieren sind. Der Beschwerdeführer wendet sich sodann letztinstanzlich nicht gegen die vorinstanzliche Erwägung, wonach mit der zusätzlich gewährten Ferienwoche entsprechend der auf sie entfallenden gesetzlichen Normalarbeitszeit jährlich ein Ausgleich für 42 erbrachte Arbeitsstunden geleistet worden sei. Weiterungen hierzu erübrigen sich daher.

5.2 Es steht fest, dass der Beschwerdeführer innerhalb der durch den Klinikbetrieb notwendigen Präsenzzeit auch privatärztliche Tätigkeiten ausübte. Die geleistete Arbeitszeit diene demnach nicht nur den dienstlichen Pflichten, sondern konnte auch zur Ausübung der privatärztlichen Tätigkeit genutzt werden, wobei er unbestrittenermassen mehr als Fr. 200 000.– jähr-

lich einnahm. Einigkeit besteht auch darin, dass dem Grundsatz nach bei der vorliegenden Einstufung in die Lohnklasse 23 kein Anspruch auf Barauszahlung besteht, indem der Verordnungsgeber für Mitarbeitende der Lohnklasse 16–28 festhielt, eine Barauszahlung der geleisteten Überstunden sei nicht möglich (§ 48 Abs. 1 Arbeitszeitverordnung). Abs. 2 dieser Verordnung sieht nur in besonderen Fällen vor, dass die Direktion gemäss § 15 des Lohngesetzes eine angemessene Vergütung zusprechen kann. Damit lässt diese «Kann-Bestimmung» dem Arbeitgeber einen weiten Ermessensspielraum. Unabhängig von der Frage, ob dem Appellationsgericht die umfassende Ermessenskontrolle zustand (vgl. Urteil 8C_818/2010 vom 2. August 2011, worin dies im konkreten Fall verneint wurde) und es zumindest fraglich ist, ob es in Abweichung des Verwaltungsrats des Universitätsspitals B. gestützt auf § 48 Abs. 2 Arbeitszeitverordnung einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung bejahen konnte, ist der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis zu schützen. Auch mit dem Einwand, die Einnahmen aus privatärztlicher Tätigkeit könnten nicht als Überstundenentschädigung angesehen werden, da sie aus selbstständiger Tätigkeit erwirtschaftet worden seien, dringt der Beschwerdeführer nicht durch. Die Honorare aus privatärztlicher Tätigkeit werden vorliegend namens der berechtigten Arztperson über die Spitalverwaltung in Rechnung gestellt. Im Hinblick auf die AHV-Beitragspflicht gelten die Bezüge der Chefärzte, Co-Chefärzte und Leitenden Ärzte für die stationäre Behandlung der Patienten der Privatabteilung im Rahmen eines öffentlichen Spitals grundsätzlich als Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit (BGE 122 V 281 E. 5 S. 285 ff.). Die Honorare, welche Chefärzte für die Pflege beziehen, die sie ihren ambulanten Patienten in einem vom Spital zur Verfügung gestellten privaten Sprechzimmer zukommen lassen, sind demgegenüber als Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren (BGE 124 V 97 E. 6 S. 98 f.). Damit könnte zumindest für den durch die stationäre Behandlung erwirtschafteten Honoraranteil gewissermassen von einem Leistungslohn des Arbeitgebers gesprochen werden, der in diesem Sinne eine Abgeltung für in Zusammenhang mit dem Anstellungsverhältnis geleistete Überstunden darstellt (vgl. BGE 138 I 356 E. 5.3 und E. 5.4.3 S. 360 ff.). Ob die hier erzielten Honorare beitragsrechtlich als Einkommen aus unselbstständiger oder selbstständiger Tätigkeit anzusehen sind, kann letztlich jedoch offen bleiben. Denn die vorinstanzliche Beurteilung, wonach durch den Umstand, dass es dem Beschwerdeführer gewährt wurde, während der Dienstzeit ein beachtliches Honorar aus privatärztlicher Tätigkeit zu generieren, ein Anspruch aus § 48 Abs. 2 Arbeitszeitverordnung konsumiert sei, ist jedenfalls willkürfrei und verstösst auch nicht gegen kantonales verfassungsmässiges oder übergeordnetes Recht. Vorliegend steht schliesslich nicht eine Entschädigung aus Überzeit nach ArG, sondern die Entschädigung für Überstunden im Raum, weshalb auch nicht die Rechtsprechung gemäss dem bereits erwähnten BGE 138 I 356 tangiert wird, wonach die Entschädigungen, welche ein dem Arbeitsgesetz (ArG) unterstellter Oberarzt des Universitätsspitals Zürich aus einem Honorarpool

nach dem Honorargesetz und dem Regierungsratsbeschluss 4094/1990 bezogen hat, nicht an den Lohn für geleistete Überzeit (d.h. über die Arbeitszeit von 50 Stunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG hinausgehende Tätigkeit) anzurechnen sind, da dies gegen Art. 13 und 71 lit. b ArG verstösst. Im Gegensatz zu Überzeit sind Überstunden, die wohl über der personalrechtlichen Soll-Arbeitszeit von 42 Stunden pro Woche, aber innerhalb der 50-Stunden-Woche liegen, nicht zwingend zu entschädigen. Eine Entschädigung von Überstunden durch anderweitige Einnahmen ist auch gemäss BGE 138 I 356 E. 5.4.5.1 S. 363 f. möglich. In casu lässt die Arbeitszeitverordnung die Auffassung der fehlenden Entschädigungspflicht des Beschwerdegegners durch die eingeräumte Möglichkeit, während der Dienstzeit eine privatärztliche Tätigkeit mit entsprechender Honorierung auszuüben, zu. Damit hat es beim vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden.

Bundesgericht, Urteil vom 20. Februar 2015, Doss.-Nr. 4A_488/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 14. Juli 2014), in: BGE 141 III 137

Berechnung des für die sachliche Zuständigkeit massgeblichen Streitwerts (Art. 4 Abs. 2 ZPO).

Für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit bemisst sich der Streitwert nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Klageeinreichung (E. 2.2); Streitwert einer Feststellungsklage betreffend die Gültigkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses (E. 2.4).

Calcul de la valeur litigieuse dont dépend la compétence matérielle (art. 4 al. 2 CPC).

Pour la détermination de la compétence matérielle, la valeur litigieuse se calcule d'après la situation au moment de l'introduction de la demande (consid. 2.2); valeur litigieuse d'une action en constatation de droit concernant la validité de la résiliation d'un rapport de travail (consid. 2.4).

Aus den Erwägungen:

2.

Nach Art. 4 ZPO regelt das kantonale Recht die sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Gerichte, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Abs. 1). Hängt die sachliche Zuständigkeit vom Streitwert ab, so erfolgt dessen Berechnung nach der Zivilprozessordnung (Abs. 2).

2.1 Nach den Erwägungen im angefochtenen Entscheid ist im Kanton Solothurn der Amtsgerichtspräsident als Einzelrichter zur Beurteilung von Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren – d.h. bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– (Art. 243 Abs. 1 ZPO) – zuständig (§ 10 Abs. 2 lit. a des solothurnischen Gerichtsorganisationsgesetzes vom 13. März 1977

[GO; BGS 125.12]). Die übrigen Zivilsachen, für die kein anderes Gericht zuständig ist, werden durch das Amtsgericht in Dreierbesetzung beurteilt (§ 14 GO).

Der Beschwerdeführer stellt nicht in Frage, dass der Amtsgerichtspräsident als Einzelrichter nach dem massgebenden kantonalen Recht nur zur Beurteilung von Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– zuständig ist. Er beanstandet die Berechnung des massgebenden Streitwertes im vorliegenden Fall.

2.2 Nach Art. 91 ZPO wird der Streitwert durch die Rechtsbegehren bestimmt, wobei weder Zinsen und Kosten noch allfällige Eventualbegehren hinzugerechnet werden (Abs. 1). Lautet das Rechtsbegehren – wie vorliegend das Feststellungsbegehren betreffend Nichtigkeit der Kündigung – nicht auf eine bestimmte Geldsumme, so setzt das Gericht den Streitwert fest, sofern sich die Parteien darüber nicht einigen können oder ihre Angaben offensichtlich unrichtig sind (Abs. 2).

Für die Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit bemisst sich der Streitwert dabei nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Klageeinreichung (SAMUEL RICKLI, *Der Streitwert im schweizerischen Zivilprozess*, 2014, Rz. 418; STEIN-WIGGER, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl., 2013, N. 12 zu Art. 91 ZPO; DIGGELMANN, in: *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], 2011, N. 3 zu Art. 91 ZPO; im Ergebnis auch RÜEGG, in: *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., 2013, N. 7 zu Art. 91 ZPO und ZÜRCHER, in: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl., 2013, N. 11 zu Art. 60 ZPO).

2.3 Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer die Klage am 24. Juli 2013 beim Richteramt Thal-Gäu eingereicht. Neben einer Forderung von Fr. 8443.70 wegen ausstehender Lohnansprüche beantragte er, es sei festzustellen, dass die Kündigung der Beklagten nichtig sei. Die Vorinstanz hat zutreffend als erheblich erachtet, ob diese Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung des Arbeitsvertrags einen Streitwert von mehr als Fr. 21 556.30 aufweist. Massgebend ist wie ausgeführt, ob diese Feststellung im Zeitpunkt der Einreichung der Klage beim erstinstanzlichen Gericht am 24. Juli 2013 mit einem Streitwert von mindestens diesem Betrag zu bewerten war.

2.4 Der Beschwerdeführer bestritt die Gültigkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses auf Ende November 2012 und behauptete, sie sei wegen Verstosses gegen die zwingende Bestimmung von Art. 336c OR nichtig.

2.4.1 Die Vorinstanz führt zutreffend aus, dass nach der Behauptung des Beschwerdeführers das Arbeitsverhältnis damit auf unbestimmte Zeit – bzw. bis zu einer allfälligen gültigen Kündigung – andauert. Sie geht davon aus, dass der Lohnanspruch von monatlich Fr. 5830.– damit auf ungewisse Zeit weiterhin geschuldet ist. Ohne abschliessend zu prüfen, ob unter diesen

Umständen gemäss Art. 92 ZPO der zwanzigfache Kapitalwert der jährlichen Lohnsumme für die Bestimmung des Streitwerts des Feststellungsbegehrens massgebend sei, schliesst die Vorinstanz, dass jedenfalls der Streitwert von Fr. 30 000.– überschritten sei.

2.4.2 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, die Vorinstanz habe damit Bundesrecht verletzt, denn es hätte der Streitwertberechnung entweder eine generelle Pauschalierung für umstrittene Kündigungen von Arbeitsverträgen im Umfang von Fr. 20 000.– zugrunde gelegt werden müssen oder es hätte (analog zur Rechtsprechung bei mietrechtlichen Sperrfristen, vgl. BGE 137 III 389 E. 1.1) die Fortdauer des Arbeitsvertrags mangels gültiger Kündigung nur bis zur nächstmöglichen ordentlichen Beendigung berücksichtigt werden dürfen.

2.4.3 Für eine irgendwie geartete Pauschalierung, die von den Umständen absieht und namentlich weder die Höhe des Lohnes noch die Dauer einer Lohnfortzahlungspflicht oder die Möglichkeit einer nächsten – gültigen – Kündigung in Betracht zieht, besteht keine Grundlage. Es ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht erkennbar und wird auch in der Beschwerde nicht dargetan, wie eine derartige Streitwertpauschalierung aus der «Stossrichtung des sozialen Zivilprozesses» abgeleitet werden könnte, nachdem die ZPO ausdrücklich ein Streitwerterfordernis aufstellt.

2.4.4 Ob und inwieweit die Rechtsprechung zu den mietrechtlichen Sperrfristen analog herangezogen werden könnte, kann im vorliegenden Fall offenbleiben. Denn die Vorinstanz hat den Streitwert des Feststellungsbegehrens nicht bundesrechtswidrig bemessen, wenn sie im Ergebnis berücksichtigte, dass das Arbeitsverhältnis mangels gültiger Kündigung – bei einem Monatslohn von Fr. 5830.– plus Anteil 13. Monatslohn – noch eine gewisse Zeit weitergedauert hätte. Denn im massgebenden Zeitpunkt der Einreichung der Klage beim Richteramt Thal-Gäu war eine neue Kündigung unbestritten von keiner der Parteien erklärt worden. Im Juli 2013 war aber der Zeitpunkt, auf den die umstrittene Kündigung ausgesprochen war (Ende November 2012), um mehr als sieben Monate abgelaufen. Auch wenn der Beschwerdeführer wegen Krankheit arbeitsunfähig und die Arbeitgeberin nach Art. 324a OR nicht bis zum Ende des Arbeitsvertrags zur Lohnfortzahlung verpflichtet war, ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer gemäss Art. 64 des anwendbaren Landesmantelvertrags kollektiv für ein Taggeld von 80% des wegen Krankheit ausfallenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern hatte. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers, welche nach dem Landesmantelvertrag mindestens während 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen zu leisten sind, ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR abgegolten. Der Beschwerdeführer hatte damit im Zeitpunkt der Klageerhebung während sieben Monaten Anspruch auf 80% seines Lohnes gehabt.

2.5 Damit hat die Vorinstanz den Streitwert zutreffend auf mehr als Fr. 30 000.– festgesetzt, womit unbestritten nach dem massgebenden kanto-

nalen Recht erstinstanzlich das Amtsgericht in Dreierbesetzung und nicht der Einzelrichter zuständig ist.

Bundesgericht, Urteil vom 25. Februar 2015, Doss.-Nr. 6B_508/2014 (Aufhebung des Beschlusses des Bundesstrafgerichts vom 16. April 2014), in: BGE 141 IV 155

Verkauf von Bankkundendaten; wirtschaftlicher Nachrichtendienst (Art. 273 Abs. 2 StGB); Einziehung des Verkaufserlöses (Art. 70 Abs. 1 StGB).

Die Veräußerung von Daten von Kunden einer Schweizer Bank mit Wohnsitz oder Sitz in Deutschland durch eine nicht bei der Bank angestellte Person an deutsche Steuerbehörden erfüllt den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB. Schweizerisches Recht ist auch anwendbar, soweit Tathandlungen im Ausland durchgeführt wurden. Die Veräußerung von Bankkundendaten ist nach dem massgebenden schweizerischen Recht mangels Rechtfertigungsgründen rechtswidrig. Der noch vorhandene Verkaufserlös ist nach dem Ableben des Verkäufers während des Strafverfahrens zu Lasten der Erben einzuziehen (E. 2–4). (...)

Vente de données bancaires; service de renseignements économiques (art. 273 al. 2 CP); confiscation du produit de la vente (art. 70 al. 1 CP). La vente de données de clients, ayant leur domicile ou leur siège en Allemagne, d'une banque suisse par une personne non employée par ladite banque aux autorités fiscales allemandes réalise l'infraction de service de renseignements économiques au sens de l'art. 273 al. 2 CP. Le droit suisse est également applicable, en tant que des actes ont été exécutés à l'étranger. D'après le droit suisse déterminant, la vente de données bancaires est illicite en l'absence de motif justificatif. Le produit de la vente encore disponible doit être confisqué après le décès du vendeur pendant la procédure pénale, à la charge des héritiers (consid. 2–4). (...)

Sachverhalt:

A.

Die Schweizerische Bundesanwaltschaft eröffnete am 6. Februar 2010 aufgrund von Hinweisen, wonach deutsche Behörden von einer Schweizer Grossbank stammende Kundendaten deutscher Steuerpflichtiger gegen Entgelt erworben haben sollen, ein gerichtspolizeiliches Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 StGB), unbefugter Datenbeschaffung (Art. 143 StGB), eventuell Diebstahls (Art. 139 StGB), eventuell Veruntreuung (Art. 138 StGB) und Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB), eventuell Verletzung des Bank-

geheimnisses (Art. 47 BankG). Sie dehnte in der Folge das Verfahren auf Y. und C.X. sowie auf den Vorwurf der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) aus. Sie warf Y. vor, er habe während seiner Tätigkeit als Angestellter der A. Bank eine Vielzahl von Daten deutscher Kunden der Bank sowie bankinterne Unterlagen beschafft und C.X. übergeben. Sie legte C.X. zur Last, er habe die Kundendaten gegen ein Entgelt von 2,5 Mio. Euro deutschen Steuerbehörden übergeben. C.X. verstarb am 28./29. September 2010 in der Untersuchungshaft.

B.

Die Bundesanwaltschaft gab mit Verfügung vom 6. September 2011 dem Antrag von Y. auf Durchführung eines abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 358 ff. StPO statt. Mit Eingaben vom 7. respektive 10. Oktober 2011 stimmten die A. Bank als Privatklägerin und Y. als beschuldigte Person der Anklageschrift zu.

Das Bundesstrafgericht (Einzelrichter) sprach Y. mit Urteil SK 2011.21 vom 15. Dezember 2011 des qualifizierten wirtschaftlichen Nachrichtendienstes (Art. 273 Abs. 2 StGB), der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB), der Verletzung des Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 StGB) und der Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 BankG) schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, und mit einer Busse von 3500 Franken. Es erkannte auf der Grundlage eines von Y. unrechtmässig erlangten Vermögensvorteils von rund Fr. 390 000.– gestützt auf Art. 71 Abs. 1 und Abs. 2 StGB auf eine reduzierte staatliche Ersatzforderung von Fr. 180 000.–. Das Urteil ist rechtskräftig.

C.

Die Bundesanwaltschaft stellte mit Verfügung vom 5. September 2013 das Strafverfahren gegen den verstorbenen C.X. gestützt auf Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO ein. Sie ordnete die Einziehung von Bargeld, einer Armbanduhr sowie von Vermögenswerten auf Konten von C.X. bei verschiedenen Banken in Deutschland, Österreich und Tschechien an.

Gegen diese Verfügung erhoben A.X. und B.X., die Eltern und einzigen Erben des verstorbenen C.X., Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts. Sie beantragten, auf die Einziehung sei zu verzichten, eventualiter sei zumindest von der Einziehung der auf Konten österreichischer Banken beschlagnahmten Vermögenswerte abzusehen.

D.

Das Bundesstrafgericht hiess am 16. April 2014 die Beschwerde teilweise gut und ordnete an, dass bestimmte Vermögenswerte mangels Nachweises des erforderlichen Zusammenhangs mit einer Straftat nicht einzuziehen sind, nämlich das Bargeld, die Uhr und die Vermögenswerte auf einem bestimmten Konto bei der B. Bank. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat, nämlich soweit die Vermögenswerte auf diversen Konten von C.X. bei der C. Bank in Prag, bei der D. Bank sowie bei der B. Bank betreffend.

E.

A.X. und B.X. erheben Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragen, auf die Einziehung der beschlagnahmten Vermögenswerte sei zu verzichten. Eventualiter sei von der Einziehung der in Österreich beschlagnahmten Vermögenswerte abzusehen. Sie ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

F.

Die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafergericht wurden zu Vernehmlassungen eingeladen, beschränkt auf die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege im vorinstanzlichen Verfahren. Die Bundesanwaltschaft hat auf eine Stellungnahme verzichtet. Das Bundesstrafergericht beantragt sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit sie die nachstehenden Erwägungen betrifft und auf sie eingetreten werden kann.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Die Vorinstanz stellt fest, Y. habe im Jahr 2008 kontinuierlich Daten von deutschen Bankkunden aus dem internen System der A. Bank abgeschrieben und diese Daten gegen Entgelt an C.X. ausgehändigt. Sie stützt diese Feststellung im Wesentlichen auf die Aussagen des geständigen Y. in den diversen Verfahrensstadien. Die Vorinstanz stellt im Weiteren fest, C.X. habe die Kundendaten der Steuerfahndung L. in Deutschland verkauft. Sie stützt diese Feststellung unter anderem auf Daten in einem Mobiltelefon und in einem USB-Stick, die im Rahmen von Hausdurchsuchungen bei C.X. sichergestellt wurden und aus welchen sich mehrfache Kontakte zwischen C.X. und Vertretern der Steuerfahndung L. ergeben. Die Vorinstanz stellt im Weiteren fest, dass das deutsche Bundesland Nordrhein-Westfalen über den deutschen Notar E. als Entgelt für die Kundendaten rund 1,8 Mio. Euro auf Konten von C.X. bei einer österreichischen und einer tschechischen Bank überwies. Sie stützt diese Feststellung unter anderem auf Unterlagen, aus welchen sich ergibt, dass im Auftrag des Notars E. am 3. März 2010 der Betrag von 893 660.– Euro auf das Wertpapier-Verrechnungskonto von C.X. bei der D. Bank und am 9. März 2010 der Betrag von 921 600.– Euro auf das Euro-Konto von C.X. bei der C. Bank in Prag überwiesen wurden. C.X. räumte in einer Einvernahme ein, er habe im Rahmen von geschäftlichen Beziehungen mit dem deutschen Notar E. von diesem insgesamt 1,8 Mio. Euro erhalten. Zu Art und Inhalt dieser geschäftlichen Beziehungen wollte er sich unter Berufung auf eine Stillhaltevereinbarung mit dem Notar nicht äussern.

2.2 Die Vorinstanz qualifiziert den Verkauf von Daten von deutschen Kunden der A. Bank an deutsche Steuerbehörden als wirtschaftlichen Nachrichtendienst im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB. Auch soweit eine Auslandsdat vorliege, sei gemäss dem Staatsschutzprinzip nach Art. 4 StGB

schweizerisches Strafrecht anwendbar. Ob der Verkauf der Bankkundendaten allenfalls weitere Straftatbestände erfüllt, prüft die Vorinstanz nicht. Ihres Erachtens ist der inkriminierte Verkauf mangels Rechtfertigungsgründen auch rechtswidrig. Die Vorinstanz erwägt, dass alle im Auftrag des deutschen Notars E. auf Konten von C.X. überwiesenen Vermögenswerte als Deliktserlös zu qualifizieren und daher, soweit noch vorhanden, gestützt auf Art. 70 Abs. 1 StGB einzuziehen sind. Nach dem Ableben von C.X. im Verlauf des Verfahrens sei die Einziehung zu Lasten der Erben anzuordnen, die keine Dritten im Sinne von Art. 70 Abs. 2 StGB seien.

3.

3.1 Die Beschwerdeführer machen geltend, es sei nicht rechtsgenügend bewiesen, dass C.X. in den Verkauf von Daten deutscher Kunden der A. Bank an deutsche Steuerbehörden involviert gewesen sei. Das Geständnis von Y. sei in ihrem Verfahren nicht verwertbar. Y. habe das Geständnis in einem abgekürzten Strafverfahren abgelegt. Sie hätten daran nicht teilnehmen können. Y. sei als beschuldigte Person nicht zur Wahrheit verpflichtet gewesen und habe ein grosses Interesse daran gehabt, einseitig C.X. zu belasten, der sich nicht mehr habe wehren können. Das Aussageverhalten von Y. sei widersprüchlich. Er habe zunächst ein Geständnis abgelegt, danach die Aussagen verweigert und sei schliesslich wieder zu Aussagen bereit gewesen, nachdem die Bundesanwaltschaft ihm ein abgekürztes Verfahren und eine milde Strafe angeboten habe.

3.2 Die Beschwerdeführer waren im Strafverfahren gegen Y. weder Beschuldigte noch Privatkläger und somit nicht Parteien im Sinne von Art. 104 StPO. Sie waren im Strafverfahren gegen Y. auch nicht gemäss Art. 105 Abs. 2 StPO unmittelbar betroffen und hatten daher keine Parteirechte. Im Strafverfahren gegen Y. konnten daher keine Parteirechte der Beschwerdeführer verletzt werden. Die Rüge der Beschwerdeführer, das Geständnis von Y. dürfe nicht zu ihren Lasten verwertet werden, da sie am Verfahren gegen Y. nicht hätten teilnehmen können, ist somit unbegründet.

3.3 Die Beschwerdeführer waren hingegen im Verfahren, in welchem über die Einziehung der zu Lasten von C.X. beschlagnahmten Vermögenswerte zu entscheiden war, unmittelbar betroffene andere Verfahrensbeteiligte mit entsprechenden Parteirechten. Nach dem Ableben von C.X. wurden ihnen am 19. Januar 2012 Verfahrensakten einschliesslich die Akten des inzwischen durch Urteil vom 15. Dezember 2011 abgeschlossenen Strafverfahrens gegen Y. zugestellt. Die anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer erhielten die Gelegenheit, Beweisanträge einzureichen. Sie stellten indessen betreffend die Aussagen von Y. keine Beweisanträge und beantragten im Besonderen auch nicht die Befragung von Y. als Zeugen, was möglich gewesen wäre. Es wäre Sache der Beschwerdeführer gewesen, einen solchen Beweisantrag zu stellen, wenn sie die Aussagen von Y. als beschuldigte Person in dem gegen ihn durchgeführten Verfahren abweichend von der Auffassung der Behörden als unverwertbar oder nicht glaubhaft erachteten.

3.4 Was die Beschwerdeführer gegen die Glaubhaftigkeit der Aussagen von Y. betreffend die Übergabe von Bankkundendaten an C.X. vorbringen, erschöpft sich in appellatorischer Kritik. Y. belastete durch sein Geständnis, er habe als Angestellter der A. Bank Bankkundendaten an eine Drittperson übergeben, vor allem sich selber. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, woraus sich ergeben könnte, dass Y. wahrheitswidrig C.X. als Empfänger der Kundendaten bezeichnet habe. Die für die Einziehung zu Lasten der Beschwerdeführer wesentlichen Tatsachen, dass C.X. die ihm übergebenen Daten an deutsche Behörden verkaufte und dass die vom Notar E. auf diverse Konten von C.X. überwiesenen Vermögenswerte ein Entgelt hiefür darstellen, stützen sich im Übrigen nicht im Wesentlichen auf die Aussagen von Y., sondern vor allem auf diverse Unterlagen. Inwiefern die Beweiswürdigung insoweit willkürlich sei, vermögen die Beschwerdeführer mit ihren appellatorischen Ausführungen nicht zu begründen. Mit der Behauptung, für die Kontakte von C.X. mit Vertretern deutscher Steuerbehörden und für die Überweisung von rund 1,8 Mio. Euro durch den Notar E. auf Konten von C.X. könne es auch andere Gründe als den Verkauf von Bankkundendaten geben, ist Willkür in der Beweiswürdigung nicht rechtsgenügend dargetan.

3.5 Die Vorinstanz lässt offen, ob die Aktenvermerke deutscher Steuerfahnder, die an die schweizerische Bundesanwaltschaft gelangten, verwertbar sind. Sie berücksichtigt die fraglichen Dokumente in ihrer Beweiswürdigung nicht. Der Einwand der Beschwerdeführer, die Aktenvermerke seien nicht verwertbar, geht daher an der Sache vorbei.

4.

Die Beschwerdeführer machen in rechtlicher Hinsicht geltend, eine Einziehung sei ausgeschlossen, da es an einer nach schweizerischem Recht strafbaren Handlung fehle. Der Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB sei nicht erfüllt. Das inkriminierte Verhalten falle nicht unter den räumlichen Anwendungsbereich des schweizerischen Strafgesetzbuches. Der Verkauf der Bankkundendaten sei zudem nicht rechtswidrig. Eine Einziehung falle ausserdem in Anwendung von Art. 70 Abs. 2 StGB ausser Betracht, da sie als Erben von C.X. Dritte im Sinne dieser Bestimmung seien.

4.1 Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (Art. 70 Abs. 2 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, gegenüber einem Dritten jedoch nur,

soweit dies nicht nach Art. 70 Abs. 2 ausgeschlossen ist (Art. 71 Abs. 1 StGB).

Die sogenannte Ausgleichseinziehung beruht vor allem auf dem grundlegenden sozialetischen Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf (BGE 137 IV 305 E. 3.1; BGE 129 IV 107 E. 3.2; je mit Hinweisen). Sie setzt ein Verhalten voraus, das den objektiven und den subjektiven Tatbestand einer Strafnorm erfüllt und rechtswidrig ist. Sie ist jedoch unabhängig von der Strafbarkeit einer bestimmten Person zulässig (siehe Art. 69 Abs. 1 StGB). Sie ist somit auch möglich, wenn der Urheber der tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Handlung etwa mangels Schuld oder zufolge Ablebens nicht bestraft werden kann (BGE 129 IV 305 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Nicht einziehbar sind Vermögenswerte, die aus einem objektiv legalen Geschäft stammen (siehe BGE 137 IV 305 E. 3; BGE 125 IV 4 E. 2; Urteil 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011). Die Ausgleichseinziehung setzt voraus, dass die Straftat die wesentliche respektive adäquate Ursache für die Erlangung des Vermögenswerts ist und dass der Vermögenswert typischerweise aus der Straftat herrührt. Es muss ein Kausalzusammenhang in dem Sinne bestehen, dass die Erlangung des Vermögenswerts als direkte und unmittelbare Folge der Straftat erscheint (BGE 137 IV 79 E. 3.2; Urteil 6B_425/2011 vom 10. April 2012 E. 5.3; je mit Hinweisen). Die Einziehung von Vermögenswerten aus Auslandtaten setzt – vorbehaltlich spezieller Regelungen, etwa Art. 24 BetmG (SR 812.121) – voraus, dass ein Anknüpfungspunkt nach Art. 3 ff. StGB (betreffend den räumlichen Geltungsbereich) besteht (BGE 134 IV 185 E. 2.1; BGE 128 IV 145 E. 2; je mit Hinweisen). Wird mit der Ausführung der Auslandtat bereits in der Schweiz begonnen, so ergibt sich die schweizerische Strafständigkeit aus dem Territorialitätsprinzip gemäss Art. 8 StGB (siehe BGE 104 IV 175 E. 3). Wirtschaftlicher Nachrichtendienst im Sinne von Art. 273 StGB fällt indessen, auch soweit die tatbestandsmässigen Handlungen vollumfänglich im Ausland ausgeführt wurden, unter die schweizerische Strafständigkeit. Dies ergibt sich aus dem Staatsschutzprinzip gemäss Art. 4 StGB, nach dessen Abs. 1 dem Schweizerischen Strafgesetzbuch auch unterworfen ist, wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen gegen den Staat oder die Landesverteidigung (Art. 265–278) begeht. Diese Bestimmung findet Anwendung unabhängig davon, ob der Täter Schweizer oder Ausländer ist.

4.2 Gemäss Art. 273 StGB wird wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienstes mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in schweren Fällen mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, bestraft, wer (Abs. 1) ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich zu machen, oder (Abs. 2) wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht.

4.2.1 Die Straftat ist ein Delikt gegen den Staat. Die Bestimmung bezweckt den Schutz der Gebietshoheit und die Abwehr der Spitzeltätigkeit zur Erhaltung der nationalen Wirtschaft (BGE 108 IV 41 E. 3 mit Hinweisen). Sie setzt nicht voraus, dass staatliche oder private Interessen tatsächlich verletzt oder konkret gefährdet worden sind; die Straftat ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt (BGE 101 IV 312 E. 1). Angriffsobjekte sind Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Der letztgenannte Begriff umfasst alle Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens, an deren Geheimhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht (BGE 101 IV 312 E. 1 mit Hinweis). Der Begriff ist in einem weiteren Sinne zu verstehen als derselbe Begriff im Tatbestand der Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 162 StGB (BGE 104 IV 175 E. 1b).

4.2.2 Die Tatbestandsvarianten gemäss Art. 273 Abs. 1 und Art. 273 Abs. 2 StGB sind voneinander unabhängig. Das Zugänglichmachen im Sinne von Abs. 2 setzt nicht voraus, dass das Geheimnis vorher von der beschuldigten oder von einer dritten Person im Sinne von Abs. 1 ausgekundschaftet worden ist (BGE 85 IV 139 E. 2 mit Hinweisen). Das Geheimnis ist dem Adressaten bereits zugänglich gemacht, wenn er die Möglichkeit erhalten hat, davon Kenntnis zu nehmen; es ist nicht erforderlich, dass er es tatsächlich zur Kenntnis genommen hat (MARKUS HUSMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. Aufl., 2013, N. 59 zu Art. 273 StGB).

4.2.3 Art. 273 StGB setzt in Anbetracht seines Schutzzweckes voraus, dass die ausgekundschaftete beziehungsweise zugänglich gemachte Tatsache einen Bezug zur Schweiz hat. Unter welchen Voraussetzungen eine hinreichende Binnenbeziehung vorliegt, ist in der Lehre umstritten. Im Besonderen ist strittig, ob die Nutzung eines Kontos bei einer Bank mit Sitz in der Schweiz durch eine Person mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland die erforderliche Binnenbeziehung begründet (verneinend DONATSCH/WOHLERS, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., 2011, S. 344; THOMAS HOPF, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2007, N. 12 zu Art. 273 StGB; bejahend STRATENWERTH/BOMMER, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., 2013, § 46 N. 25; HUSMANN, a.a.O., N. 49 zu Art. 273 StGB; PETER C. HONEGGER, Amerikanische Offenlegungspflichten in Konflikt mit schweizerischen Geheimhaltungspflichten [...], 1986, S. 142; RUDOLF GERBER, Einige Probleme des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes, ZStrR 93/1977 S. 257 ff., 280, 281).

4.2.4 Die herrschende Lehre plädiert für eine zurückhaltende Anwendung von Art. 273 StGB insbesondere bei Auslandstaten durch Ausländer (siehe die Hinweise bei HOPF, a.a.O., N. 19 zu Art. 273 StGB). Es besteht indessen keine Rechtsgrundlage, Art. 273 StGB bei Auslandstaten im Allgemeinen und Auslandstaten von ausländischen Staatsangehörigen im Besonderen anders auszulegen als bei Inlandstaten (siehe HUSMANN, a.a.O., N. 79 zu Art. 273 StGB).

4.2.5 Durch die Übergabe von Daten zahlreicher ausländischer Kunden einer schweizerischen Bank an ausländische Behörden werden nicht nur

die Geschäftsgeheimnisse der Kunden, sondern auch die Geschäftsgeheimnisse der Bank betroffen. Das Bankkundengeheimnis, welches Art. 47 des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) strafrechtlich schützt, dient nicht nur dem einzelnen Bankkunden. Es hat vielmehr auch institutionelle Bedeutung und schützt die kollektiven Interessen des schweizerischen Finanzplatzes. Diese Interessen werden betroffen, wenn Daten zahlreicher Kunden verraten werden (siehe STRATENWERTH/WOHLERS, Schwarzgeld, Strafbarkeitsrisiken für die Mitarbeiter schweizerischer Banken, ZStrR 129/2010 S. 429 ff., 439; GÜNTER HEINE, Die Verletzung des Bankgeheimnisses: neue Strafbarkeitsrisiken der Bank bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, in: Cross-Border Banking, 2009, S. 159 ff., 176 f.).

4.3

4.3.1 C.X. war im Unterschied zu Y., von welchem er die Bankkundendaten erwarb, nicht Angestellter der A. Bank und somit nicht zur Wahrung eines Bankkunden-, beziehungsweise Geschäfts-, respektive Berufsgeheimnisses verpflichtet. Das inkriminierte Verhalten, die Veräusserung von Bankkundendaten an deutsche Behörden, erfüllt jedenfalls den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes gemäss Art. 273 Abs. 2 StGB. Die wohl herrschende Lehre geht ohne Weiteres davon aus, dass die Übergabe von Daten von Kunden einer Bank mit Sitz in der Schweiz an Behörden des Auslandes (unter anderem) den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes gemäss Art. 273 Abs. 2 StGB erfüllt (STRATENWERTH/WOHLERS, a.a.O., S. 438; HEINE, a.a.O., S. 177; ANDREAS EICKER, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, Jusletter 30. August 2010 Rz. 8, 23; DELNON/NIGGLI, Verkaufen und Kaufen von strafbar erlangten Bankkundendaten durch ausländische Behörden als schweizerisch-deutsches Tatgeschehen, Jusletter 8. November 2010 Rz. 4). Daran ändert nichts, dass solche Verhaltensweisen gemäss den Vorschlägen des Gesetzgebers durch eine neu zu schaffende Strafbestimmung unter anderem im Bankengesetz strafrechtlich erfasst werden sollen. Gemäss Art. 47 Abs. 1 lit. c E-BankG soll mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe neu auch bestraft werden, wer vorsätzlich ein ihr oder ihm unter Verletzung von Buchstabe a offenbartes Geheimnis weiteren Personen offenbart oder für sich oder einen anderen ausnützt. Nach Art. 47 Abs. 1^{bis} E-BankG soll neu mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden, wer sich oder einem anderen durch eine Handlung nach Abs. 1 Bst. a oder c einen Vermögensvorteil verschafft (siehe dazu die Parlamentarische Initiative «Den Verkauf von Bankkundendaten hart bestrafen», Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 19. Mai 2014, BBl 2014 6231 ff.; Stellungnahme des Bundesrates vom 13. August 2014, BBl 2014 6241 ff.; Entwurf des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über die Ausweitung der Strafbarkeit der Verletzung des Berufsgeheimnisses [Änderung des Kollektivanlagen-, des Banken- und des Börsengesetzes], BBl 2014 6239 f.; angenommen vom Nationalrat am 16. September 2014, AB 2014 N

1527 ff., und vom Ständerat am 24. November 2014, AB 2014 S 994). Aus diesem Vorhaben des Gesetzgebers lässt sich nicht ableiten, dass der Verkauf von Bankkundendaten an ausländische Behörden nach dem geltenden schweizerischen Recht keine strafbare Handlung ist und nicht unter Umständen den Tatbestand des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes gemäss Art. 273 Abs. 2 StGB erfüllen kann.

4.3.2 Auch wenn C.X. die tatbestandsmässige Handlung des Zugänglichmachens ausschliesslich in der Bundesrepublik Deutschland ausgeführt haben sollte, was offenbleiben kann, ist auf der Grundlage des Staatsschutzprinzips gemäss Art. 4 StGB schweizerisches Recht anwendbar. Dieses Prinzip findet in einem Fall der vorliegenden Art in Anbetracht des Umfangs der mitgeteilten Daten beziehungsweise der Vielzahl der betroffenen Personen und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Interessen Anwendung, selbst wenn man die Auffassung der wohl herrschenden Lehre teilen wollte, dass Art. 273 StGB im Allgemeinen restriktiv auszulegen und im Falle von Auslandtaten durch Ausländer im Besonderen nur mit Zurückhaltung anzuwenden ist.

4.3.3 Das Verhalten von C.X. war gemäss dem schweizerischen Recht mangels Rechtfertigungsgründen rechtswidrig. Im vorliegenden Zusammenhang unerheblich und daher nicht zu prüfen ist, ob es erstens auch nach dem deutschen Recht widerrechtlich war und ob zweitens das Vorgehen der deutschen Behördenvertreter, welche die Daten erwarben, nach dem deutschen und/oder schweizerischen Recht rechtswidrig ist.

Aus BGE 137 II 431, worin das Bundesgericht die von der FINMA verfügte Herausgabe von Daten US-amerikanischer Kunden der UBS an US-amerikanische Behörden unter den konkreten gegebenen Umständen in Anwendung der polizeilichen Generalklausel als zulässig qualifiziert hat, ergibt sich entgegen der Meinung der Beschwerdeführer offensichtlich nicht, dass das C.X. zur Last gelegte Verhalten rechtmässig sei und Bankkundendaten von ausländischen Bankkunden generell vom Schutzbereich von Art. 273 StGB ausgenommen seien.

Nichts zu ihren Gunsten ableiten können die Beschwerdeführer auch aus der Rechtsprechung, wonach die Arbeitseinkünfte von Ausländern, die nicht über die erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligungen verfügen, nicht eingezogen werden können (BGE 137 IV 305 E. 3; Urteil 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2). Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt unterscheidet sich offensichtlich wesentlich von den genannten Fällen. Auch bei Fehlen der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligungen ist der Lohnanspruch des ausländischen Arbeitnehmers zivil- und öffentlichrechtlich geschützt und die erbrachte Arbeitsleistung objektiv legal. Demgegenüber ist der Verkauf von Bankkundendaten an ausländische Behörden nach dem massgebenden schweizerischen Recht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB und daher bei Fehlen von Rechtfertigungsgründen rechtswidrig.

Die Beschwerdeführer können ferner auch aus den Entscheiden des Steueramtes der Stadt Winterthur, des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sowie der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (Urteil 2C_235/2013 vom 26. Oktober 2013) betreffend Leistung einer Sicherstellung zur Deckung der von C.X. geschuldeten Staats- und Gemeindesteuern nichts zu ihren Gunsten ableiten. In diesen Entscheiden war nicht abschliessend darüber zu befinden, ob die Einkünfte von C.X. aus dem Verkauf von Bankkundendaten an deutsche Behörden rechtmässig sind. Über die strafrechtliche Qualifikation des Verkaufs der Bankkundendaten und über die daraus resultierenden Konsequenzen für die dadurch erzielten Einkünfte haben die Strafbehörden zu entscheiden. Soweit die Einkünfte einzuziehen sind, fehlt es an einem steuerbaren Einkommen. Schon aus diesem Grunde geht auch der Einwand der Beschwerdeführer an der Sache vorbei, dass sie durch die Übernahme der Steuerschuld, soweit diese die Einkünfte von C.X. aus dem inkriminierten Verkauf von Bankkundendaten betreffe, eine Gegenleistung im Sinne von Art. 70 Abs. 2 StGB erbracht hätten und dass die Einkünfte daher nicht zu ihren Lasten eingezogen werden dürfen.

4.3.4 C.X. erlangte die Vermögenswerte somit durch ein im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB tatbestandsmässiges und mangels Rechtfertigungsgründen rechtswidriges Verhalten, mithin durch eine Straftat im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB. Ob sein Verhalten noch andere Tatbestände erfüllte, welche ebenfalls Anlass zur Einziehung geben könnten, kann hier dahingestellt bleiben.

4.4 Die Erkenntnis, dass das Verhalten von C.X. im Sinne von Art. 273 Abs. 2 StGB tatbestandsmässig und rechtswidrig war und daher die dadurch erlangten Vermögenswerte einzuziehen sind, verstösst nicht gegen die Unschuldsvermutung (siehe BGE 117 IV 233 E. 3 mit Hinweisen). Denn damit wird nicht entschieden, dass auch die weiteren Voraussetzungen für eine Verurteilung erfüllt seien und C.X. daher verurteilt worden wäre, wenn er nicht während des Verfahrens verstorben wäre. Weder der angefochtene Entscheid noch die Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft enthalten Formulierungen, die den Eindruck erwecken, dass C.X. bei Fortsetzung des Strafverfahrens verurteilt worden wäre. Solches wird entgegen einem Einwand in der Beschwerdeschrift auch nicht durch die Feststellung in der Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft zum Ausdruck gebracht, C.X. sei jene Person, «die den Kontakt herstellte und die Verhandlungen mit der deutschen Steuerfahndung führte und schliesslich auch den Kaufpreis von 2,5 Mio. Euro entgegengenommen hat».

4.5 Die Bundesanwaltschaft hatte das Strafverfahren gegen C.X. nach dessen Ableben in Anwendung von Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO (Prozesshindernis) einzustellen und gestützt auf Art. 320 Abs. 2 Satz 2 StPO in der Einstellungsverfügung über die Einziehung der beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte zu entscheiden. Diese gingen mit dem Tod von C.X. auf dessen Erben, die beiden Beschwerdeführer, über.

Im Falle des Ablebens der Person, welche einen Vermögenswert durch tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten erlangt hat, ist der Vermögenswert zu Lasten der Erben einzuziehen. Dies ergibt sich aus dem Zweck der sachlichen Massnahme der Ausgleichseinzahlung, wonach sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf. Auch die wohl herrschende Lehre nimmt heute an, dass im genannten Fall die Vermögenseinzahlung zu Lasten der Erben anzuordnen ist (NIKLAUS SCHMID, in: Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., 2007, § 2 N. 27, 81, 87, 104; FLORIAN BAUMANN, «Deliktisches Vermögen», dargestellt anhand der Ausgleichseinzahlung, 1997, S. 18 ff.; MARK PIETH, «Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen», die Überlegungen des Gesetzgebers, ZStrR 113/1995 S. 225 ff., 237; SARA SCHÖDLER, Dritte im Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren, 2012, S. 59; kritisch GUNTHER ARZT, Einziehung und guter Glaube, in: Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier, ZStrR 114/1996 S. 89 ff., 103 ff.). Offenbleiben kann vorliegend, ob und unter welchen Voraussetzungen zu Lasten der Erben auf eine Ersatzforderung im Sinne von Art. 71 Abs. 1 StGB erkannt werden kann, wenn die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind. Die Vorinstanz hat zulasten der Beschwerdeführer lediglich die Einziehung von noch vorhandenen Vermögenswerten angeordnet, jedoch nicht auf eine Ersatzforderung für nicht mehr vorhandene Vermögenswerte erkannt.

5.

5.1 Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz habe sich mit verschiedenen rechtlichen Argumenten, die sie im Beschwerdeverfahren vorgetragen hätten, nicht auseinandergesetzt. Sie habe sich unter anderem nicht mit dem Einwand befasst, dass eine Einziehung jedenfalls der in Österreich beschlagnahmten Vermögenswerte gestützt auf Art. 16 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Schweiz und Österreich über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt unzulässig sei.

Hinreichend substantiiert ist diese Rüge einzig insoweit, als die Beschwerdeführer der Vorinstanz vorwerfen, sie habe sich nicht mit dem Eventualantrag befasst, wonach gestützt auf Art. 16 Abs. 3 des Steuerabkommens zwischen der Schweiz und Österreich jedenfalls auf die Einziehung der in Österreich beschlagnahmten Vermögenswerte zu verzichten sei.

5.2

5.2.1 Die Beschwerdeführer stellten in ihrer Beschwerdeschrift vom 16. September 2013 an die Vorinstanz den Antrag, eventualiter sei die Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft vom 5. September 2013 in Ziffer 3.5 insofern aufzuheben, als die Einziehung der rechtshilfweise in Österreich beschlagnahmten Vermögenswerte angeordnet wurde, und die Bundesanwaltschaft sei anzuweisen, bei den zuständigen Behörden die Aufhebung der Beschlagnahme der rechtshilfweise beschlagnahmten Vermögenswerte

in Österreich zu veranlassen. Die Beschwerdeführer begründeten diesen Eventualantrag in der Beschwerdeschrift unter Berufung auf Art. 16 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Schweiz und Österreich über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt.

5.2.2 Die Vorinstanz setzt sich im angefochtenen Entscheid mit dem Eventualantrag und dessen Begründung nicht auseinander. Sie hat ihn anscheinend übersehen oder übergangen. Darin liegt eine Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör. Diese führt jedoch nicht zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Der Mangel kann im Verfahren vor dem Bundesgericht geheilt werden. Das Bundesgericht hat insoweit die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Die Berufung der Beschwerdeführer auf Art. 16 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Schweiz und Österreich ist aus nachstehenden Erwägungen offensichtlich unbegründet.

5.3

5.3.1 Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt, abgeschlossen am 13. April 2012, in Kraft seit 1. Januar 2013 (SR 0.672.916.33), sieht in Art. 16 Abs. 3 Folgendes vor: «Beteiligte an Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, die im Zusammenhang mit dem Erwerb steuererheblicher Daten von Bankkunden vor Unterzeichnung dieses Abkommens begangen wurden, werden weder nach schweizerischem noch nach österreichischem Recht verfolgt; bereits anhängige Verfahren werden eingestellt. Davon ausgeschlossen sind Verfahren nach schweizerischem Recht gegen Mitarbeitende von Banken in der Schweiz.» Die Bestimmung betrifft den Erwerb steuererheblicher Daten von Bankkunden. Konkret geht es im Abkommen um Daten, die in der Republik Österreich steuererheblich sind. Mit dem Abkommen soll durch bilaterale Zusammenarbeit der Vertragsstaaten die effektive Besteuerung der betroffenen Personen in der Republik Österreich sichergestellt werden (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 des Abkommens). Die Vertragsstaaten sind sich einig, dass die in diesem Abkommen vereinbarte bilaterale Zusammenarbeit in ihrer Wirkung dem automatischen Informationsaustausch im Bereich der Kapitaleinkünfte dauerhaft gleichkommt (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 des Abkommens). Zu diesem Zweck werden unter anderem Vermögenswerte bei einer schweizerischen Bank von in der Republik Österreich ansässigen betroffenen Personen auf der Grundlage dieses Abkommens nachversteuert (Art. 1 Abs. 2 lit. a des Abkommens). Es geht um Vermögenswerte auf Konten und Depots bei schweizerischen Banken (Art. 2 lit. f des Abkommens) von in der Republik Österreich ansässigen natürlichen Personen (Art. 2 lit. h des Abkommens).

Das Abkommen findet somit offensichtlich keine Anwendung, soweit es um Personen geht, die in der Bundesrepublik Deutschland ansässig sind.

C.X. verkaufte Bankkundendaten betreffend Personen, die in der Bundesrepublik Deutschland wohnen. Es wurde ihm nicht zur Last gelegt, er habe auch Daten von Personen verkauft, die in der Republik Österreich ansäs-

sig sind. Art. 16 Abs. 3 des Abkommens ist daher nicht anwendbar. Dass C.X. beziehungsweise die Beschwerdeführer österreichische Staatsbürger sind und ein Teil des Kaufpreises auf Konten bei österreichischen Banken überwiesen wurde, ist unerheblich.

Bei diesem Ergebnis kann hier dahingestellt bleiben, ob Art. 16 Abs. 3 des Abkommens neben der Strafverfolgung auch die Einziehung der durch die nicht verfolgbareren Taten erlangten Vermögenswerte ausschliesst.

5.3.2 Die Schweiz hat mit andern Ländern ähnliche Abkommen über die Zusammenarbeit im Steuerbereich abgeschlossen, so mit der Bundesrepublik Deutschland und mit dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien (siehe die Botschaft des Bundesrates vom 18. April 2012 zur Genehmigung der Abkommen mit Deutschland über die Zusammenarbeit im Steuer- und im Finanzmarktbereich und mit dem Vereinigten Königreich über die Zusammenarbeit im Steuerbereich sowie zum Bundesgesetz über die internationale Quellenbesteuerung, BBl 2012 4943 ff.; Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012 über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Deutschland über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt und des Protokolls zur Änderung dieses Abkommens, BBl 2012 5823 f.; Bundesbeschluss vom 15. Juni 2012 über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich über die Zusammenarbeit im Steuerbereich und des Protokolls zur Änderung des Abkommens, BBl 2012 5825 f.). Das Abkommen mit Deutschland sieht in Art. 17 Abs. 3 genau gleich wie Art. 16 Abs. 3 des Abkommens zwischen der Schweiz und Österreich einen Verzicht auf die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten vor (Botschaft des Bundesrates, BBl 2012 4943 ff., 5051 f.). Gemäss den Ausführungen in der Botschaft ist dieser Verzicht auf Strafverfolgung zusammen mit der Erklärung Deutschlands, inskünftig auf aktiven Erwerb solcher Daten zu verzichten, da infolge der vereinbarten Zusammenarbeit im Steuerbereich dazu kein Anlass mehr bestehe, Teil der mit diesem Abkommen erzielten Lösung für das Problem des Erwerbs entwendeter steuererheblicher Bankkundendaten (Botschaft des Bundesrates, BBl 2012 4943 ff., 4979 zu Art. 17 Abs. 3, 4993 Ziff. 2.6.4). Im Unterschied zum Abkommen vom 6. Oktober 2011 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und [...] Grossbritannien [...], welches am 1. Januar 2013 in Kraft trat (SR 0.672.936.74), ist das Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland nicht in Kraft getreten (siehe Briefwechsel vom 3. Juli/15. August 2013 zwischen der Schweiz und Deutschland zur Verbesserung der grenzüberschreitenden Tätigkeiten im Finanzbereich, in Kraft getreten am 15. August 2013 [SR 0.672.913.631], S. 1 Fn. 1 und S. 3 Fn. 2).

Tribunal fédéral, Arrêt du 26 février 2015, Doss.-No 4A_515/2014 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 6 août 2014 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Travail dominical régulier. Art. 19 al. 2 LTr (a contrario). Aucune compensation financière n'est prévue pour le travail dominical régulier ou périodique; le travailleur qui a été engagé pour un tel travail est présumé avoir donné son consentement à la conclusion du contrat, et le salaire proposé est censé répondre aux inconvénients résultant de ce régime (c. 2.3). Les parties sont toutefois libres d'instituer un régime plus favorable au travailleur. Si l'employé entend formuler des prétentions à cet égard, il doit prouver qu'un supplément pour le travail régulièrement accompli le dimanche a été convenu, respectivement qu'il a effectivement travaillé ces jours-là; l'employeuse doit alors établir qu'elle a payé l'indemnité (c. 2.7).

Art. 357 CO. A priori, la clause d'une CCT qui énonce que «tout employé appelé à travailler le dimanche» a droit à une indemnité de 50% de son salaire horaire, par heure de travail accomplie, s'applique autant au travail dominical régulier qu'au travail dominical temporaire (c. 2.6.2).

Extraits des faits:

A. a été engagé avec effet au 10 janvier 2005 comme chauffeur-livreur poids lourd au service de B. SA (anciennement X. SA). Cette société a pour but la distribution de produits laitiers et alimentaires frais; elle appartient au groupe C. Selon la lettre d'engagement du 9 décembre 2004, l'employé avait droit à un salaire mensuel brut de 4925 fr. versé treize fois l'an, moyennant un horaire de 46 heures réparties sur sept jours de la semaine avec deux jours de congé accordés par rotation. Le règlement interne concernant les chauffeurs était annexé; il ne contenait aucune disposition sur le travail dominical. Par la suite, l'employé a demandé à réduire son temps de travail. A compter du 1^{er} octobre 2008, sa rémunération a été fixée à 25 fr. 40 l'heure, calculée sur un salaire mensuel à plein temps de 5024 fr. Il a été convenu que les heures supplémentaires seraient payées à 100% jusqu'à concurrence d'un horaire plein temps de 46 heures. Le groupe C. était signataire d'un «contrat collectif» applicable à «l'ensemble du personnel d'exploitation de l'entreprise», dont l'art. 17 prévoit le versement d'une indemnité supplémentaire en cas de travail dominical (cf. au surplus infra, consid. 2.2).

L'employé a régulièrement travaillé le dimanche. A l'instar de ses collègues, il ne percevait pas de rémunération supplémentaire pour le travail accompli ces jours-là. En juillet 2011, l'employeuse a informé les chauffeurs de l'entreprise qu'à partir du 1^{er} juillet 2011, tout conducteur aurait droit à un supplément de 50% pour le travail du dimanche. Par lettre du 29 août 2011,

l'employé a demandé des explications sur le régime relatif au travail dominical. L'employeuse a donné la réponse suivante le 9 septembre 2011: (...) 1. Le contrat de travail de nos chauffeurs stipule que l'horaire de 46 heures est réparti sur les 7 jours de la semaine, ce qui signifie que le salaire de base rémunère 46 heures de travail à effectuer du lundi au dimanche. Par conséquent, le supplément prévu dans notre ancienne CCT ne concerne pas les chauffeurs, puisqu'il est compris dans le salaire de base. 2. Depuis le 1^{er} janvier 2011, la loi (OTR1) interdit le paiement des heures supplémentaires. Pour compenser ce manque à gagner, plusieurs chauffeurs nous ont proposé qu'on paie désormais le supplément de 50% pour les heures de dimanche. La Direction a décidé de verser ce supplément dès le 1^{er} juillet 2011 à titre d'essai et à bien plaisir. (...) 3. Les heures supplémentaires payées à 150% correspondent aux jours fériés durant lesquels le chauffeur a dû travailler au lieu de bénéficier d'un jour de congé. Dans votre cas, vous avez obtenu ces versements avec les salaires de (...) [références chiffrées correspondant à des bulletins de salaire, réd.]»

L'employé a saisi l'autorité de conciliation le 27 février 2012, puis déposé une demande le 11 avril 2012 devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. Il concluait à ce que l'employeuse soit condamnée à lui payer les montants de 20 590 fr. 50 et 1000 fr., intérêts en sus. Sous ces deux postes, il réclamait un supplément de 50% pour les heures accomplies le dimanche entre 2005 et 2011, respectivement le paiement de ses temps de pause en février et mars 2012. L'employé a été licencié pour le 30 novembre 2012. Par jugement du 31 janvier 2013, le tribunal prud'homal a rejeté l'action. Saisie d'un appel, la Cour de justice a rappelé que les faits devaient être établis d'office (art. 247 al. 2 let. b ch. 2 CPC) et a invité les premiers juges à effectuer une instruction complémentaire, en particulier à déterminer le contenu du règlement interne concernant les chauffeurs. Le 12 février 2014, l'autorité de première instance a derechef rejeté l'action en paiement. Par arrêt du 6 août 2014, la Cour de justice a partiellement admis l'appel de l'employé et condamné la partie adverse à lui verser 1000 fr. à titre de rémunération pour les temps de pause. En revanche, elle a refusé d'allouer un supplément pour le travail du dimanche (cf. au surplus infra, consid. 2.4). L'employé saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile dans lequel il requiert la réforme de l'arrêt sur appel.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le montant de 1000 fr. alloué pour les temps de pause conformément aux conclusions prises en appel par le recourant est acquis. Est seule discutée la rémunération supplémentaire pour le travail dominical.

L'employé, qui a travaillé régulièrement le dimanche, plaide que son contrat individuel contreviendrait à l'article 17 du contrat collectif, lequel lui donnerait droit à une compensation financière de 50% pour le travail domi-

nical. Il sied au préalable de présenter le contrat collectif et certaines règles légales, ainsi que les motifs pour lesquels l'autorité précédente a refusé d'appliquer cet article 17.

2.2 Le contrat collectif a été conclu entre le «Groupe C., société coopérative à xxx, ainsi que les sociétés filiales des secteurs laitiers, viande et des transports», d'une part, et le Syndicat D. ainsi que le Syndicat E., d'autre part. Les dispositions pertinentes pour la cause sont les suivantes (cf. art. 105 al. 2 LTF): «Article 4 (Champ d'application): Le présent contrat s'applique à l'ensemble du personnel d'exploitation de l'entreprise, y compris le personnel occupé à temps partiel. Article 5 (Contribution professionnelle): Une contribution professionnelle est prélevée mensuellement sur le salaire de tout employé dont le statut est régi par le présent contrat. Cette retenue est effectuée à titre de participation aux frais administratifs de la commission paritaire, (...). La contribution professionnelle versée par les employés membres de l'un des deux syndicats signataires leur est remboursée en fin d'année. (...) Art. 13 (Durée du travail): (1.) La durée du travail hebdomadaire est de 41h net (...) pour les travailleurs de l'entreprise, sauf pour le personnel de vente dont les fonctions règlent le temps de travail. (...) (5.) Le personnel roulant est soumis à l'ordonnance fédérale sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (ordonnance concernant les chauffeurs du 18 janvier 1996). Art. 16 (Travail de nuit): Lorsque les nécessités du service provoquent du travail de nuit, l'employé reçoit un supplément de fr. 6.– par heure (...). Art. 17 (Travail de dimanche et jours fériés): Tout employé appelé à travailler le dimanche ou un jour férié (...) reçoit en plus de son salaire une indemnité égale au 50% de son salaire horaire par heure de travail. Art. 22 (Repos hebdomadaire): (...) Une fois par mois au moins, l'employé doit bénéficier d'un dimanche de congé. (...)»

2.3 La loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11) impose une durée maximale de la semaine de travail, laquelle s'étend du lundi au dimanche (art. 9 LTr et art. 16 al. 1 OLT 1; RS 822.111). L'employé a droit à une majoration de salaire de 50% en cas de travail dominical temporaire (art. 19 al. 3 LTr). Ce supplément, en cas de salaire au temps, se calcule d'après le salaire horaire sans les allocations de résidence et de ménage ni les allocations pour enfants (art. 33 al. 1 OLT 1). En revanche, aucune compensation financière n'est prévue pour le travail dominical régulier ou périodique (art. 19 al. 2 LTr a contrario); le travailleur qui a été engagé pour un tel travail est présumé avoir donné son consentement à la conclusion du contrat, et le salaire proposé est censé répondre aux inconvénients résultant de ce régime (FAVRE/TOBLER/MUNOZ, *Le contrat de travail*, 2^e éd. 2010, n° 1.1 ad art. 17b LTr).

L'art. 71 LTr réserve des réglementations spéciales, en particulier l'ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (dite ordonnance sur les chauffeurs, OTR 1; RS 822.221). Celle-ci fixe un temps de travail hebdomadaire maximal, les temps de pause et de repos et les moyens de contrôle à disposition. Avant le

1^{er} janvier 2011, l'ordonnance limitait à 46 heures la semaine de travail s'étendant du lundi au dimanche, et prévoyait des restrictions quant au nombre d'heures supplémentaires, qui étaient plafonnées à 208 par année. Celles-ci pouvaient être compensées soit par une rémunération financière selon le Code des obligations, soit par un congé. Depuis lors, l'ordonnance fixe le temps hebdomadaire maximal à 48 heures en moyenne sur une période de 26 semaines. Le plafond absolu est de 60 heures sur une semaine de sept jours (art. 2 let. j et art. 6 al. 1 OTR 1); il n'est plus question d'heures supplémentaires. Sous réserve des anciennes règles précitées relatives aux heures supplémentaires, l'OTR 1 ne contenait et ne contient aucune disposition concernant la rémunération des chauffeurs, en particulier pour le dimanche.

2.4 L'autorité précédente a refusé d'appliquer l'art. 17 du contrat collectif pour les motifs suivants: le contrat individuel prévoit un horaire hebdomadaire de 46 heures sur une période de sept jours (comprenant donc le dimanche); il est conforme à l'OTR 1. Le règlement interne concernant les chauffeurs est le seul texte auquel renvoie le contrat individuel; il ne comporte aucune règle sur le travail durant le week-end. Quant au contrat collectif, il ne s'applique qu'au personnel d'exploitation (soit notoirement les employés dans les ateliers de production d'une usine), qui bénéficie d'un horaire de 41 heures par semaine. Certes, l'art. 13 fait référence à deux catégories de travailleurs qui n'entrent pas dans la définition précitée, soit les vendeurs et les chauffeurs, dont il est spécifié que l'horaire hebdomadaire est différent. Cette mention, superflue dans un texte visant expressément le personnel d'exploitation, ne suffit pas à fonder une exception au champ d'application clairement exprimé, et ne signifie pas que l'entier du contrat collectif, à l'exclusion de l'art. 13, s'applique à tous les employés de l'intimée, indépendamment de leur fonction. Plaide également dans ce sens l'engagement de verser à bien plaisir aux chauffeurs un supplément de 50% pour le travail du dimanche, dès le 1^{er} juillet 2011. D'ailleurs, l'employé se prévaut en appel du contrat collectif en tant qu'il aurait été intégré dans son contrat de travail; ce faisant, il admet à raison que le champ d'application du contrat collectif est restreint au personnel d'exploitation et qu'une stipulation spéciale dans sa propre lettre d'engagement aurait été nécessaire pour que ces dispositions collectives régissent ses relations de travail (art. 356b, 357 CO). A défaut d'un tel procédé, l'employé ne peut se prévaloir du contrat collectif.

2.5 Le contrat collectif a été signé par des entreprises employant des travailleurs d'une part, et par deux associations syndicales d'autre part. Comme le retient l'autorité précédente, il s'agit typiquement d'une convention collective de travail (CCT) au sens de l'art. 356 CO.

En l'occurrence, il n'est affirmé nulle part que l'employé est membre d'un des deux syndicats signataires. Toutefois, cet élément ne l'empêche pas d'émettre des prétentions contre son employeuse, pour autant que celle-ci soit directement partie à la CCT et que cet accord contienne une clause

d'égalité de traitement entre employés syndiqués et non syndiqués qui puisse s'interpréter comme une stipulation pour autrui parfaite (ATF 139 III 60 consid. 5.2). En l'occurrence, la convention a été signée par les entreprises elles-mêmes, et non pas par une association d'employeurs. Selon son art. 4, elle est vouée à s'appliquer à l'ensemble du personnel d'exploitation, sans restriction. Tous les employés participent aux frais d'exécution de la CCT, les salariés fédérés pouvant obtenir une rétrocession de leur syndicat (art. 5). Ces éléments attestent d'une volonté d'accorder un droit propre au travailleur non syndiqué (ATF 139 III 60 consid. 5.2 i.f. et 5.3). Il s'ensuit que les clauses normatives de la CCT – notamment celles qui règlent le contenu du contrat, en particulier le salaire et les indemnités supplémentaires – ont un effet direct et impératif même pour les travailleurs non syndiqués. Les accords individuels contraires à de telles clauses sont nuls et remplacés par celles-ci – sauf lorsqu'ils instituent des dérogations favorables au travailleur (cf. art. 357 CO et ATF 139 III 60 consid. 5.4).

2.6

2.6.1 L'interprétation des clauses normatives est en principe régie par les méthodes applicables aux lois (cf. à cet égard ATF 135 II 78 consid. 2.2). Toutefois, dans ce domaine, la distinction entre l'interprétation des lois et l'interprétation des contrats doit être relativisée (ATF 136 III 283 consid. 2.3.1). Les clauses normatives ont certes une fonction semblable à la loi, mais elles émanent d'un contrat. La volonté des parties impliquées dans la conclusion de la convention collective est un élément d'interprétation plus important que ne l'est la volonté du législateur dans l'interprétation des lois. Ceci dit, il faut avoir égard à la protection de la confiance des parties aux contrats de travail individuels, lesquelles n'ont pas participé à l'élaboration des normes conventionnelles. Il faut ainsi se demander si la volonté des parties à la CCT, établie selon les principes régissant l'interprétation des contrats, résiste aussi à une interprétation objective selon la lettre, la systématique et le but de la CCT (ATF 133 III 213 consid. 5.2).

2.6.2 En l'occurrence, l'art. 4 CCT énonce que la convention s'applique à «l'ensemble du personnel d'exploitation de l'entreprise».

L'expression «personnel d'exploitation» est parfois utilisée par opposition au personnel administratif ou de bureau. Elle doit s'interpréter par rapport au type d'entreprise en cause. En l'occurrence, les entreprises signataires sont le Groupe C. et les filiales dans les «secteurs laitiers, viande et transports». Dans de tels domaines, l'on ne saurait restreindre la notion de personnel d'exploitation aux employés affectés aux ateliers de production d'une usine. Dans les entreprises de transport, les chauffeurs participent typiquement à l'exploitation de celles-ci. Dans son rapport annuel 2013, le Groupe C. précise que le transport frigorifique national constitue 70% de l'activité de sa filiale B. SA, soit l'employeuse intimée. Si l'art. 13 CCT comporte une réserve à l'égard du personnel de vente et du personnel «roulant» – i.e. les chauffeurs –, c'est bien parce que ces catégories d'employés entrent dans l'expression «personnel d'exploitation».

L'art. 13 ch. 5 CCT précise que le personnel roulant est soumis à l'OTR 1. Cette ordonnance impérative déroge à la LTr notamment quant à la durée maximale de la semaine de travail, s'étendant sur sept jours comme dans la LTr, et prévoit des règles particulières sur les temps de pause et de repos. L'OTR 1 ne contient rien sur le travail du dimanche; elle n'impose pas aux chauffeurs de travailler régulièrement ce jour-là et sans compensation financière. Sur ce point précis, le renvoi de l'art. 13 CCT à l'OTR 1 n'entraîne pas de régime particulier pour le «personnel roulant» par rapport aux autres employés. L'on ne saurait non plus prétendre que les chauffeurs seraient les seuls employés du groupe laitier amenés à travailler régulièrement le dimanche.

Il reste à déterminer la portée de l'art. 17 CCT. Celui-ci énonce que «tout employé appelé à travailler le dimanche» a droit à une indemnité de 50% de son salaire horaire, par heure de travail accomplie. Dans le régime «ordinaire» de la LTr, une telle indemnité vaut uniquement pour le travail dominical temporaire, par opposition au travail dominical régulier ou périodique (art. 19 al. 2 et 3 LTr); les parties sont toutefois libres d'instituer un régime plus favorable au travailleur. La CCT ne pratique pas de distinction entre travail régulier ou ponctuel; elle affirme que «tout employé appelé à travailler le dimanche» bénéficiera d'une telle indemnité. L'on ne saurait inférer du terme «appelé à» qu'il viserait uniquement le travail occasionnel. Dans le secteur laitier, le travail dominical est une chose courante, en particulier pour la collecte et le transport du lait. Les signataires de la CCT ne pouvaient ignorer un tel fait. L'art. 22 CCT exige que le travailleur bénéficie d'un dimanche de congé par mois au moins, ce qui confirme que les parties avaient à l'esprit la possibilité d'un travail dominical régulier.

Il est vrai qu'une indemnité équivalant à 50% du salaire est importante s'agissant de travail dominical régulier. Dans le secteur hospitalier par exemple, il arrive fréquemment que cette indemnité soit limitée à quelques francs par heure. Alors que l'art. 16 CCT prévoit ce système pour le travail de nuit, l'art. 17 CCT n'introduit rien de tel pour le travail dominical. Il apparaît par ailleurs que l'employeuse a accepté d'introduire pour les chauffeurs une indemnité de 50% du salaire dès juillet 2011, même s'il faut relever que cette modification semble due à la crainte d'une baisse de revenus pour les chauffeurs en raison des nouvelles règles de l'OTR 1. Le fait que les autres chauffeurs n'ont pas non plus touché d'indemnité spéciale pour leur travail dominical ne signifie pas nécessairement que la volonté concordante des parties à la CCT était d'exclure le «personnel roulant» de cette réglementation. Quand bien même ce serait le cas, il faudrait protéger la confiance des travailleurs concernés par la CCT; or, ceux-ci pouvaient de bonne foi comprendre qu'ils avaient droit à une compensation financière pour le travail dominical.

2.7 Subsiste la question de savoir si le supplément de 50% était déjà intégré dans le salaire mensuel de 4925 fr., puis dans le salaire horaire de 25 fr. 40. L'employeuse a donné les explications suivantes, notamment dans sa

réponse datée du 22 mai 2012: le salaire a été fixé en fonction d'un horaire de 46 heures réparties sur 7 jours de la semaine; il n'y a donc pas lieu de le majorer en cas de travail le dimanche ou un jour férié; lorsque l'employé a souhaité réduire son temps de travail en 2008, son salaire mensuel de 5024 fr. a été converti en salaire horaire de 25 fr. 40 pour un temps partiel de 60% environ; le salaire de base étant maintenu, il va de soi que le salaire horaire comprend toute majoration pour le travail accompli un dimanche ou un jour férié. A l'audience du 8 novembre 2012, l'employeuse a déclaré que le supplément de 50% pour le travail dominical était compris dans le salaire, comme spécifié dans la lettre d'engagement du 9 décembre 2004.

L'employé doit prouver qu'un supplément pour le travail régulièrement accompli le dimanche a été convenu, respectivement qu'il a effectivement travaillé ces jours-là; l'employeuse doit établir qu'elle a payé l'indemnité (cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, p. 276), respectivement que celle-ci était incluse dans le salaire convenu. En l'occurrence, il est constant que les parties ont convenu d'un salaire pour une semaine de sept jours, impliquant de travailler régulièrement le dimanche. L'employé a consenti à un tel travail, et les parties ont pris en compte l'inconvénient que représente le fait de travailler le dimanche. L'employeuse précise dans son courrier du 9 septembre 2011 qu'elle a rémunéré à 150% le travail effectué les jours fériés, ce qui – si le fait est avéré – pourrait éventuellement être un indice qu'un supplément pour le travail du dimanche était inclus dans le salaire. Mais l'art. 17 CCT prévoit une rémunération supplémentaire de 50% par heure de travail. Pour pouvoir inclure une telle indemnité dans le salaire convenu, il faudrait en soi prédéfinir le nombre de dimanches où l'employé sera mobilisé et le nombre d'heures à accomplir ce jour-là. Rien de tel ne ressort en tout cas de la lettre d'engagement, laquelle n'indique pas non plus que le salaire inclut un supplément de 50% pour le travail dominical. Il appartiendra à l'autorité précédente de déterminer si, au-delà de l'accord quant à un travail dominical régulier, les parties ont déjà intégré dans le salaire le supplément prévu à l'art. 17 CCT. Le dossier contient un relevé des heures effectuées par l'employé sur la période du 23 décembre 2011 au 5 février 2012 (pièce 21), soit après que l'employeuse eut décidé «à bien plaisir» d'accorder aux chauffeurs un supplément pour le travail du dimanche; il en ressort que les heures pratiquées le dimanche étaient comptabilisées dans une colonne intitulée «150%»; elles variaient d'un dimanche à l'autre.

Si l'autorité précédente devait arriver à la conclusion que l'indemnité de 50% n'était pas intégrée dans le salaire convenu, il faudra encore élucider la question suivante: le salaire incluait-il néanmoins une compensation spéciale pour le fait de travailler le dimanche? La lettre d'engagement ne contient aucun signe en ce sens.

2.8 Le grief d'une interprétation erronée de la CCT se révèle bien fondé. La cause est retournée à l'autorité précédente pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte des remarques qui précèdent.

Bundesgericht, Urteil vom 4. März 2015, Doss.-Nr. 4A_527/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Juli 2014)

Stellenwechsel; Kompensationszahlung; absichtliche Täuschung, Art. 28 OR. Da sich die Parteien bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags im Dezember 2009, als die bonusrelevanten Geschäftszahlen bei der alten Arbeitgeberin des Arbeitnehmers noch nicht bekannt waren, auf eine Kompensationszahlung («compensation for loss of participation») von Fr. 200 000.– geeinigt hatten und vor Ausrichtung dieses Betrages im Februar 2010 keine weiteren Anfragen an den Arbeitnehmer oder anderweitige Abklärungen erfolgten, konnte eine Täuschung über allfällige Beteiligungs- bzw. Bonusansprüche des Arbeitnehmers gegenüber der alten Arbeitgeberin nicht kausal für den Vertragsschluss bzw. die Vereinbarung einer Kompensationszahlung von Fr. 200 000.– sein. Ein Täuschungserfolg ist jedenfalls nicht im April 2010 im Zusammenhang mit der definitiven Festsetzung der Kompensationszahlung auf Fr. 270 000.– eingetreten, da für die Arbeitgeberin nicht die Höhe der behaupteten oder realen Bonusansprüche des Arbeitnehmers gegenüber der alten Arbeitgeberin (bei einem hypothetischen Verbleib bei dieser Arbeitgeberin) ausschlaggebend für die Präzisierung im April 2010 war, sondern die Zufriedenheit ihres Arbeitnehmers, den sie so kurz nach Arbeitsantritt nicht schon wieder verlieren wollte (E. 3.2.3).

Sachverhalt:

B. (Arbeitnehmer und Beschwerdegegner) war ab 1. Oktober 2009 bei der C. AG als Devisenhändler tätig. Obwohl er mit der C. AG einen zweijährigen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, wechselte er zusammen mit seinem Vorgesetzten D. per 1. Februar 2010 für eine Dauer von mindestens zwei Jahren zur A. S.A. (Arbeitgeberin und Beschwerdeführerin). Grundlage bildete ein im Dezember 2009 zwischen B. und der A. S.A. geschlossener, undatierter Arbeitsvertrag («addendum to our offer of employment dated December 7th 2009»). B. wurde mit einer Provision von 50% auf den von ihm erzielten Netto-Brokergebühren, minimal jedoch mit Fr. 35 000.– brutto pro Monat, und mit einem – während des ersten halben Jahres garantierten und während des zweiten halben Jahres von einer befriedigenden Arbeitsleistung abhängig gemachten – Bonus von Fr. 50 000.– netto pro Quartal entlohnt. Die Arbeitgeberin verpflichtete sich zudem in Ziffer 4 des Arbeitsvertrags, eine allfällige durch den vorzeitigen Weggang von der C. AG verursachte finanzielle Einbusse auszugleichen. Die A. S.A. überwies B. zwischen 25. Februar und 20. Mai 2010 insgesamt Fr. 270 000.– brutto (davon als erste Zahlung Fr. 132 800.– netto am 25. Februar 2010) als «compensation for loss of participation» (nachfolgend: Kompensationszahlung). Vom 28. März

bis 19. Juni 2011 war B. krankheitshalber zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 10. Juni 2011 hatte er die Arbeitgeberin aufgefordert, ihm ausstehenden Lohn, fällige Boni sowie Spesen in der Höhe von Fr. 243 141.– zuzüglich Zins bis spätestens 17. Juni 2011 zu bezahlen, und setzte sie darüber in Kenntnis, dass er voraussichtlich ab 20. Juni 2011 wieder arbeitsfähig sei. Am 16. Juni 2011 teilte die A. S.A. ihm mit, sie annulliere den Arbeitsvertrag («cancel the contract as from its origin»), weil der Arbeitnehmer sie durch falsche Angaben über einen angeblichen Beteiligungsverlust von rund Fr. 200 000.– wegen Verlassens der letzten Arbeitgeberin zum Vertragsschluss verleitet habe. Nachdem B. ihr am 20. Juni 2011 mitgeteilt hatte, er fasse ihr Verhalten als fristlose Kündigung auf, hielt sie am 22. Juni 2011 schriftlich fest, dass sie den Arbeitsvertrag nicht gekündigt, sondern annulliert habe.

Am 10. August 2011 liess B. beim Arbeitsgericht Zürich Klage gegen die A. S.A. auf Zahlung von Fr. 667 230.– zuzüglich Zins zu 5% seit 17. Juni 2011 einreichen. Die A. S.A. erhob Widerklage, mit welcher sie die Rückerstattung der von ihr geleisteten Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– nebst Zins zu 5% seit 20. Mai 2010 forderte. Mit Urteil vom 15. Oktober 2013 verpflichtete das Arbeitsgericht die Arbeitgeberin in teilweiser Gutheissung der Hauptklage zur Zahlung von Fr. 177 598.40 netto nebst Zins zu 5% seit 31. Januar 2012 (Dispositiv-Ziffer 1); im Mehrbetrag lehnte es die Hauptklage ab (Dispositiv-Ziffer 2); die Widerklage wies es vollumfänglich ab (Dispositiv-Ziffer 3). Die A. S.A. legte Berufung gegen die Abweisung der Widerklage ein mit den Anträgen, Dispositiv-Ziffer 3 des Entscheids des Arbeitsgerichts vom 15. Oktober 2013 sei aufzuheben, die Widerklage sei vollumfänglich gutzuheissen und B. sei zu verpflichten, ihr Fr. 270 000.– brutto nebst Zins zu 5% seit 20. Mai 2010 zu bezahlen. Mit Beschluss vom 27. Februar 2014 nahm das Obergericht des Kantons Zürich Vormerk davon, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des arbeitsgerichtlichen Entscheids rechtskräftig und vollstreckbar geworden seien. In der Folge bestätigte es mit Urteil vom 29. Juli 2014 die Abweisung der Widerklage. Mit Beschwerde in Zivilsachen lässt die A. S.A. beantragen, in Aufhebung des obergerichtlichen Urteils vom 29. Juli 2014 sei die Widerklage gutzuheissen und B. sei zu verpflichten, ihr Fr. 270 000.– brutto nebst Zins zu 5% seit 20. Mai 2010 zu bezahlen; eventualiter sei das obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Das Obergericht verneint einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Rückerstattung der von ihr geleisteten Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– (brutto) mangels absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 OR. Die Arbeitgeberin habe vor Arbeitsgericht stets behauptet, sie sei «im

Rahmen der Anstellungsgespräche» bzw. «im Rahmen der Vertragsverhandlungen (...) im November und Dezember 2009» getäuscht worden. Eine solche Täuschung habe jedoch bei ihr keinen Irrtum bewirkt; jedenfalls habe ein solcher im Arbeitsvertrag keinen Niederschlag gefunden. Zu berücksichtigen sei, dass Ende Februar/anfangs März 2010 zwischen den Parteien Differenzen darüber entstanden seien, ob die diskutierten Beträge für Boni und Kompensation als Brutto- oder Nettoszahlen verstanden werden mussten. Gestützt auf die E-Mails von E., Präsident des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin, vom 26. Februar sowie 15. März 2010 und des Beschwerdegegners vom 12. und 20. März 2010, die Tatsache, dass am 22. April 2010 eine Sitzung mit dem Beschwerdegegner, D., E. und weiteren Verwaltungsratsmitgliedern der Beschwerdeführerin zu den finanziellen Fragen stattgefunden hatte, und die im E-Mail des Beschwerdegegners vom 30. April 2010 an F., HR-Managerin der Beschwerdeführerin, skizzierte Einigung unter den Sitzungsteilnehmern sei davon auszugehen, dass in einer ersten Phase D. mit der Beschwerdeführerin über die Höhe der Kompensation verhandelt habe. Dabei sei die Entschädigung von anfänglich Fr. 50 000.– sukzessive auf Fr. 200 000.– erhöht worden, was von der Beschwerdeführerin «akzeptiert und Ende Februar 2010 bezahlt» worden sei. In einer zweiten Phase – ab Ende Februar 2010 – habe auch der Beschwerdegegner mit der Arbeitgeberin über die Höhe der Kompensation verhandelt. Resultat davon sei eine im April 2010 getroffene Vereinbarung, in welcher die Entschädigung auf Fr. 270 000.– brutto festgesetzt worden sei. Der Differenzbetrag dürfte am 20. Mai 2010 ausbezahlt worden sein. Bei dieser Sachlage könne die Anfechtung von Ziffer 4 des Arbeitsvertrags nicht zum Ziel führen. Einzig die – unterbliebene – Anfechtung der Vereinbarung vom April 2010 hätte den Rechtsgrund für die Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– entfallen lassen können. Da eine Aufhebung der Vereinbarung vom April 2010 als nicht erfolgt zu betrachten sei, müsse die Widerklage abgewiesen werden. Daran könnten auch die von der Arbeitgeberin beantragten Beweisergänzungen nichts ändern. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin noch in der Verhandlungsphase an den vom Beschwerdegegner gemachten Angaben zu seinem Einkommen bei der C. AG zu zweifeln begonnen, weshalb ihr auch aus diesem Grund die Anfechtung wegen Willensmängeln nicht offen stehe. Bei dieser Sach- und Rechtslage könne namentlich offen bleiben, ob die vom Beschwerdegegner gemachten Angaben zu seinem Einkommen bei der C. AG zutreffen bzw. ob er gegenüber der C. AG per Ende Januar 2010 über einen Beteiligungs- oder Bonusanspruch in der Höhe von Fr. 270 000.– verfügt hätte. Es sei nicht ersichtlich, was die ergänzenden Befragungen von E., H. und I. zu den angeblichen Täuschungshandlungen im November und Dezember 2009 an dieser Einschätzung noch ändern könnten.

3.2 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 1, 2, 23 ff., 28 und 319 f. OR sowie Art. 2 ZGB, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, des Willkürverbots und eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts. Konkret wird geltend gemacht, das angefochtene Obergerichtsurteil

beruhe auf der falschen Prämisse, dass die Parteien im April 2010 eine neue – und daher separat anzufechtende – Vereinbarung über die strittige Kompensationszahlung von Fr. 270 000.– brutto getroffen hätten. Mit Ziffer 4 des Arbeitsvertrages sei jedoch eine Vereinbarung abgeschlossen worden, welche die essentialia negotii bereits enthalte. Einzig die darin umschriebene Kompensationszahlung sei in ihrer Höhe noch unbestimmt geblieben, sei aber anhand objektiver Kriterien bestimmbar gewesen.

3.2.1 Im angefochtenen Obergerichtsurteil wird unter anderem festgehalten, dass die Parteien sich in einer ersten Phase auf eine Kompensationszahlung von Fr. 200 000.– geeinigt hätten, welche dem Arbeitnehmer Ende Februar 2010 ausgerichtet worden sei. Letztinstanzlich werden gegen diese Sachverhaltsdarstellung keine Einwände erhoben und sie entspricht auch der insoweit eindeutigen Aktenlage. So fingen die Diskussionen über die Höhe der Zahlung erst nach Ausrichtung der Fr. 200 000.– (brutto) Ende Februar 2010 an. Dabei ist nicht zu übersehen, dass sich der Disput nur um die Frage drehte, ob Fr. 200 000.– brutto oder netto geschuldet seien, wobei der Arbeitnehmer die behaupteten entgangenen Verdienste bei der C. AG als Argumentarium für seine Sicht der Dinge einsetzte. Er mailte E. am 12. März 2010 namentlich, er sei damals mit Fr. 200 000.– netto einverstanden gewesen («I am very surprised about the confusion about Gross or Nett. I have always thought it was nett amounts» [...] «I agreed to 200.000 nett [...]»), und auch E. bestätigte am 15. März 2010 unter Bezugnahme auf die ursprünglichen Vertragsverhandlungen mit D. (im November und Dezember 2009), dass ein Betrag von Fr. 200 000.– akzeptiert worden sei. Damit steht fest, dass sich die Parteien schon im Dezember 2009 auf eine Kompensationszahlung von Fr. 200 000.– geeinigt hatten (ohne zu bestimmen, ob brutto oder netto), zu einem Zeitpunkt also, in welchem noch offen war, ob der Arbeitnehmer durch den Stellenwechsel überhaupt eine finanzielle Einbusse gewärtigen musste. Unbesehen dieser Unsicherheit legten die Parteien sich auf eine Summe von Fr. 200 000.– fest, welche nach Arbeitsbeginn im Februar 2010 ohne weitere Abklärungen auch ausbezahlt wurde. Die vorinstanzliche Feststellung, wonach aus Ziffer 4 des Arbeitsvertrags abgeleitet werden könne, die Beschwerdeführerin würde nur die bei der C. AG effektiv entgangene Umsatzbeteiligung kompensieren, ist folglich im Gesamtzusammenhang offensichtlich falsch und widerspricht den obergerichtlichen Erwägungen, wonach «in einer ersten Phase» die Entschädigung auf Fr. 200 000.– erhöht und von der Arbeitgeberin akzeptiert worden sei. Weil die neue Arbeitgeberin die verabredete Kompensationszahlung im Februar 2010 ohne nochmalige Nachfrage erbrachte, kann gerade nicht davon ausgegangen werden, dass sie sich nur bei Eintritt eines Verlustes (bei der C. AG) zur Leistung der Zahlung verpflichtet gefühlt hätte. Eine Nachprüfung der Angaben zu den Bonusansprüchen bei der alten Arbeitgeberin unterblieb nicht nur im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auch später im Rahmen der Diskussionen über die Netto- oder Bruttofrage zwischen Ende Februar und April 2010. Die vereinbarte Zahlung von Fr. 200 000.– war vielmehr ganz

offensichtlich ein – unverzichtbares – Element eines Gesamtpakets von Leistungsangeboten, mit welchem die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner zusammen mit seinem Vorgesetzten im Dezember 2009 zu überzeugen suchte, möglichst bald ein Arbeitsverhältnis mit ihr einzugehen.

3.2.2 Der Vertrag ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des anderen zum Vertragsabschluss verleitet worden, so ist der Vertrag für den Getäuschten auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war (Art. 28 Abs. 1 OR). Der Tatbestand der absichtlichen Täuschung setzt einerseits voraus, dass der Vertragspartner – durch positives Verhalten oder durch Schweigen (vgl. BGE 132 II 161 E. 4.1 S. 166; 116 II 431 E. 3a S. 434) – absichtlich getäuscht wurde; für die Täuschungsabsicht genügt Eventualvorsatz (BGE 53 II 143 E. 1a S. 150). Andererseits ist erforderlich, dass der Vertragspartner durch die Täuschung zum Vertragsabschluss verleitet wurde. Der durch die Täuschung hervorgerufene Irrtum muss somit kausal für den Abschluss des Vertrages gewesen sein (BGE 136 III 528 E. 3.4.2; 132 II 161 E. 4.1 S. 166). An diesem Täuschungserfolg gebricht es, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung geschlossen hätte (BGE 129 III 320 E. 6.3). Die Beweislast (Art. 8 ZGB) für die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung trägt der Getäuschte. Insbesondere hat er den kausalen Einfluss der Täuschungshandlung auf den Vertragsschluss nachzuweisen (BGE 129 III 320 E. 6.3 S. 327). Mit dem Nachweis der Täuschungshandlung wird indessen das Vorliegen eines solchen Kausalzusammenhangs vermutet. Dem Täuschenden steht dann der Gegenbeweis offen, dass der Getäuschte den Vertrag auch ohne die Täuschung abgeschlossen hätte (siehe SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 2. Aufl., 2013, N. 162 zu Art. 28 OR).

3.2.3 Da sich die Parteien bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags, im Dezember 2009, als die bonusrelevanten Geschäftszahlen bei der C. AG noch nicht bekannt waren, auf eine Kompensationszahlung von Fr. 200 000.– geeinigt hatten und vor Ausrichtung dieses Betrages im Februar 2010 keine weiteren Anfragen an den Beschwerdegegner oder anderweitige Abklärungen erfolgten, konnte eine Täuschung über allfällige Beteiligungs- bzw. Bonusansprüche gegenüber der C. AG nicht kausal für den Vertragsschluss bzw. die Vereinbarung einer Kompensationszahlung von Fr. 200 000.– sein. Weitere Beweisabnahmen zu den von der Beschwerdeführerin behaupteten Täuschungshandlungen – soweit überhaupt rechtzeitig angeboten – konnten deshalb unterbleiben.

Es ist der Beschwerdeführerin insoweit beizupflichten, dass es in der Tat fraglich erscheint, ob das Obergericht mit seiner Argumentation, die Parteien hätten im April 2010 einen aussergerichtlichen Vergleich über die Höhe der Kompensationszahlung abgeschlossen, welcher mangels rechtsgenügender Anfechtung durch die Beschwerdeführerin Bestand habe, den Sachverhalt willkürlich würdigt und daraus die falschen rechtlichen Schlüsse zieht. Selbst wenn allerdings davon ausgegangen wird, dass im April 2010

lediglich eine nachträgliche Präzisierung des Arbeitsvertrags ohne novatorische Wirkung erfolgt ist, vermag dies nichts am jedenfalls fehlenden Täuschungserfolg zu ändern. Mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin zitierte Mail des Arbeitnehmers vom 20. März 2010 an E., in welcher er angab, er könne «100% honest» sagen, dass er sehr überrascht gewesen wäre, wenn die C. AG ihm nicht einen Bonus von Fr. 300 000.– bis Fr. 400 000.– gegeben hätte, lässt sich zwar eine Täuschungsabsicht in Bezug auf die ab Ende Februar 2010 diskutierte Anpassung der Kompensationszahlung nicht ganz ausschliessen, aber allein damit auch nicht beweisen. Ein Täuschungserfolg ist jedenfalls im Zusammenhang mit der definitiven Festsetzung der Kompensationszahlung auf Fr. 270 000.– brutto nicht eingetreten, denn für die Arbeitgeberin war ganz offensichtlich nicht die Höhe der behaupteten oder realen Bonusansprüche des Beschwerdegegners gegenüber der C. AG (bei einem hypothetischen Verbleib bei dieser Arbeitgeberin) ausschlaggebend für die Präzisierung im April 2010, sondern die Zufriedenheit ihres damaligen Arbeitnehmers, den sie so kurz nach Arbeitsantritt nicht schon wieder verlieren wollte. Auf die Höhe der ursprünglich im Dezember 2009 vereinbarten Geldsumme kam die Beschwerdeführerin schliesslich nicht zurück, sie nahm lediglich zugunsten ihres Arbeitnehmers – und in Absprache mit ihm – an, es handle sich dabei um den Nettobetrag. Die Kausalität allenfalls täuschender Handlungen des Beschwerdegegners ist deshalb auch in Bezug auf die effektive Erhöhung der Kompensationszahlung auf Fr. 270 000.– brutto im April 2010 mit entsprechender Nachzahlung im Mai 2010 zu verneinen.

3.3 Die Berichtigung des vom Obergericht offensichtlich unrichtig festgestellten Sachverhalts führt nicht zu einem anderen Ausgang des Verfahrens und ist daher nicht entscheidend. Weiterungen erübrigen sich deshalb namentlich auch in Bezug auf die Frage, ob die Beschwerdeführerin, welche sich im arbeitsgerichtlichen Verfahren auf die vom Arbeitnehmer eingeklagten Lohnansprüche konzentrierte, rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel im Zusammenhang mit ihrer Widerklage bei den Vorinstanzen rechtzeitig eingebracht hat. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern das Obergericht im Ergebnis Bundesrecht verletzt haben soll, indem es eine Täuschung verneinte. Da es ihr anlässlich der Vertragsverhandlungen im November/Dezember 2009 und auch im April 2010 nicht in erster Linie darum ging, den Arbeitnehmer für den exakten Bonusverlust bei der C. AG zu entschädigen, sondern ihm attraktive Konditionen für ein Anstellungsverhältnis zu bieten und ihn zu halten, geht auch ihre nachträgliche Berufung auf einen Grundlagenirrtum ins Leere.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 17 mars 2015, Doss.-No 4A_599/2013 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre la sentence du 28 octobre 2013 de la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin)

Art. 321e CO. Il n'y a pas de violation du contrat de travail de la part du travailleur lorsque l'employeur ordonne ou tolère, sans s'y opposer, les actes qui ont causé le dommage. Doit aussi être considéré comme ayant toléré les manquements l'employeur qui édicte des directives purement formelles, sans les accompagner d'une quelconque mesure concrète en vue d'en assurer la bonne application (c. 3.2.3).

Extraits des faits:

Nel settembre 2008 B. ha disdetto il rapporto di lavoro con la A. SA, la quale lo aveva assunto nel settembre 1996 quale «capo meccanico responsabile del servizio dopo vendita» con un salario mensile lordo (assegni familiari compresi) di fr. 6000.–.

Con petizione 16 dicembre 2009 B. ha convenuto in giudizio la A. SA innanzi al Pretore del distretto di Lugano chiedendone la condanna al pagamento di fr. 47'098.80 per stipendi arretrati, vacanze impagate e mancata messa a disposizione di un veicolo di servizio. La convenuta ha riconosciuto di dovere all'attore fr. 22'443.45 a titolo di salario e indennità, importo che ha posto in compensazione con una sua pretesa di fr. 235'444.19, prevalentemente fondata sul danno subito dalle inadempienze imputate al lavoratore nell'espletamento delle pratiche inerenti ai lavori di garanzia effettuati (mancato rimborso da parte della casa automobilistica) e dall'omessa trasmissione di importi direttamente incassati da clienti. Essa ha pure chiesto in via riconvenzionale, prevalendosi della predetta pretesa, che l'attore venisse condannato a versarle fr. 206'954.40, ridotti con le conclusioni a fr. 204'730.40.

Il 28 marzo 2012 il Pretore ha accolto l'azione principale limitatamente a fr. 4046.– e quella riconvenzionale in ragione di fr. 73'732.–. Con sentenza 28 ottobre 2013 la II Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino ha parzialmente accolto l'appello di B. e ha riformato il giudizio di primo grado nel senso che ha integralmente respinto l'azione riconvenzionale e condannato la datrice di lavoro a pagare al lavoratore fr. 25'566.80.

La A. SA è insorta al Tribunale federale con un ricorso in materia civile 4 dicembre 2013 con cui postula l'annullamento della sentenza di appello e la conferma del giudizio di primo grado.

Extraits des considérants:

3.

L'art. 321e cpv. 1 CO rende il lavoratore responsabile del danno che cagiona al datore di lavoro intenzionalmente o per negligenza. Il cpv. 2 precisa che la misura della diligenza dovuta dal lavoratore si determina secondo

la natura del singolo rapporto di lavoro, avuto riguardo al rischio professionale, al grado dell'istruzione o alle cognizioni tecniche che il lavoro richiede, nonché alle capacità e attitudini del lavoratore che il datore di lavoro conosceva o avrebbe dovuto conoscere. Le condizioni della responsabilità sono quelle usuali dell'art. 97 cpv. 1 CO: il datore di lavoro deve provare la violazione del contratto, il danno e il nesso di causalità naturale e adeguato, mentre la colpa è invece presunta e tocca quindi al lavoratore dimostrare di esserne esente (sentenza 4C.195/2004 del 7 settembre 2004 consid. 2.1, in RtiD 2005 I pag. 820).

3.1

3.1.1 La Corte cantonale ha constatato che, prima di finire in cassa per la registrazione contabile, le somme ricevute in contanti dall'attore venivano (almeno in parte) messe in un'apposita «cassetta» a cui avevano accesso anche altri dipendenti e che dalle deposizioni dei testi C. e D. emerge pure che il sistema messo in atto dal datore di lavoro per l'incasso di contanti non permette di risalire con certezza ai vari passaggi che tale denaro effettuava. Essa ha quindi ritenuto che la convenuta non ha apportato la prova che il lamentato ammanco andava imputato all'attore, non risultando che gli importi incassati da quest'ultimo siano rimasti in suo possesso.

3.1.2 La ricorrente afferma invece che la domanda riconvenzionale attinente al rimborso degli importi che non le sarebbero stati trasmessi dall'opponente doveva essere accolta, poiché essa avrebbe fornito la prova che il suo dipendente aveva incassato tali somme di denaro, ma non gliele aveva riversate.

3.1.3 L'argomentazione ricorsuale – meramente appellatoria – non soddisfa le esigenze poste dall'art. 106 cpv. 2 LTF ad una censura diretta contro gli accertamenti di fatto dell'autorità cantonale. Infatti, da un lato, essa si fonda su dichiarazioni che sarebbero state rese dall'opponente, senza però indicare in quali atti queste sarebbero riscontrabili e, dall'altro, è incentrata sul fatto che sono stati incassati degli importi a contanti che non sono stati consegnati alla cassiera. Tuttavia tale circostanza è inidonea per confutare l'accertamento della sentenza impugnata secondo cui una parte dei contanti veniva messa, prima di giungere alla cassa, in una cassetta accessibile a diversi lavoratori. Né adempie i severi requisiti di motivazione previsti dalla menzionata disposizione l'apodittica aggiunta secondo cui sarebbe «inoltre pacifico che i soldi mancanti non sono neppure stati riversati nella cassetta presente in officina». Ne segue che il ricorso si rivela inammissibile su questo punto.

3.2

3.2.1 Con riferimento alle pratiche attinenti ai lavori di garanzia, la Corte cantonale ha rilevato che la datrice di lavoro non aveva provato quali compiti e responsabilità avesse affidato all'attore, assunto quale «capo meccanico responsabile del servizio dopo vendita». La convenuta non aveva in particolare spiegato la sua struttura aziendale e i ruoli assegnati ai vari dipendenti, né se rimproverava all'attore una cattiva esecuzione del lavoro per

mancato rispetto delle istruzioni ricevute o un inadeguato esercizio del potere decisionale. Da queste circostanze l'autorità inferiore ha dedotto che la convenuta non era nemmeno riuscita a dimostrare una violazione di doveri contrattuali.

I Giudici d'appello hanno aggiunto che una responsabilità dell'attore va pure esclusa in seguito alla passività dimostrata dalla convenuta. Infatti, già 5 anni prima del termine del rapporto di lavoro, questa ha riscontrato la gestione inadeguata dei rimborsi legati ai casi di garanzia, ma ha lasciato proseguire il dipendente senza interessarsi ai crescenti problemi. La Corte cantonale ha pure negato la possibilità di accordare alla convenuta un risarcimento del preteso danno per il lasso di tempo anteriore a quello in cui è venuta a conoscenza dei problemi nella conduzione delle menzionate pratiche, perché non vi sono elementi che permettono di stabilire quali fatture di quel periodo non sarebbero state pagate.

3.2.2 La ricorrente afferma di aver sempre sostenuto che all'opponente spettassero anche dei compiti di tipo amministrativo e gestionale, quali la trattazione dei casi di garanzia, e riconosce di apparire negligente per aver continuato ad affidargli tale incarico. Sostiene tuttavia che questo fatto giustifichi, come considerato dal Pretore, unicamente una riduzione del 60% della pretesa di risarcimento. La decisione di liberare da ogni responsabilità l'attore violerebbe invece gli art. 44 e 321e cpv. 2 CO.

3.2.3 Giova rilevare che non sussiste una violazione contrattuale, se il datore di lavoro ordina o tollera senza opporvisi gli atti del lavoratore che hanno causato il danno (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR; 7° ed. 2012, pag. 253; ADRIAN STAEHELIN, *Commento zurighese*, n. 28 ad art. 321e CO). Nella fattispecie, riferendosi alla seconda motivazione della sentenza impugnata, la ricorrente contesta di non essersi interessata ai problemi sorti nel disbrigo dei casi di garanzia e afferma di aver sollecitato il proprio dipendente, dal quale aveva ricevuto risposte tranquillizzanti non seguite dai fatti. Tuttavia, delle direttive puramente formali, che non sono accompagnate da alcuna misura che ne assicura l'osservanza, sono insufficienti e vengono parificate dalla giurisprudenza alla tolleranza del comportamento formalmente criticato (cfr. con riferimento al lavoro notturno sentenza 4A_434/2013 del 19 dicembre 2013 consid. 4.2.2). Ora, limitandosi ad invocare una fiducia malriposta nel suo capo meccanico, nemmeno la ricorrente sostiene che le sue direttive non avessero un mero carattere formale, ma che essa aveva preso delle misure affinché venissero effettivamente rispettate. Ne segue che, contrariamente a quanto sostenuto nel gravame, la Corte cantonale non ha violato il diritto federale per aver escluso un risarcimento danni a causa della passività della ricorrente. Così stando le cose non occorre esaminare se la prima motivazione della sentenza impugnata, riferita ai compiti che il contratto affidava al lavoratore sia pure conforme al diritto federale.

Bundesgericht, Urteil vom 19. März 2015, Doss.-Nr. 8C_647/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 4. Juni 2014)

Öffentliches Personalrecht; Entlassung einer Lehrperson. Die Vorinstanz ist nicht in Willkür verfallen, wenn sie davon ausging, die Verhaltensweisen der Lehrperson stellten Verfehlungen dar, die in ihrer Gesamtheit eine Auflösung des Anstellungsverhältnisses rechtfertigten. Nicht erforderlich ist nämlich, dass die zur Kündigung führenden Gründe eine Intensität erreichen, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen. Vielmehr ist eine Kündigung bereits für den Fall als sachlich begründet anzusehen, dass die Weiterbeschäftigung der betreffenden Person dem Interesse an einem gut funktionierenden Schulbetrieb widerspricht, wobei sich dies aus unzureichenden Leistungen, unbefriedigendem Verhalten, erheblichen Störungen der Arbeitsgemeinschaft oder aus betrieblichen Motiven ergeben kann (E. 5.2).

Sachverhalt:

A., geboren 1952, war ab 1975 als heilpädagogische Lehrkraft an der Kreisschule B. (ehemals Schule B.) tätig. Nach Abschluss einer Vereinbarung zwischen dem Schulleiter und A. betreffend Veränderung ihres Verhaltens in Sachen Pünktlichkeit, Terminwahrung und Ordnung im Schulzimmer xxx vom 26. Januar 2012 sowie Erlass einer schriftlichen Mahnung vom 29. Mai 2012 mit Ansetzung einer Bewährungsfrist bis 19. Oktober 2012, kündigte die Kreisschulpflege B. nach vorgängiger Anhörung von A. das Anstellungsverhältnis mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 per 26. Januar 2013. Mit Eingabe an die Schlichtungskommission für Personalfragen vom 23. November 2012 liess A. beantragen, die Kündigung vom 25. Oktober 2012 sei für rechtswidrig zu erklären und es sei ihr eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen zu entrichten. Die Schlichtungskommission empfahl am 18. März 2013 die Bestätigung der Kündigung. Mit Schreiben vom 15. Mai 2013 bestätigte die Kreisschulpflege die Kündigung vom 25. Oktober 2012. Die hiegegen erhobene Beschwerde, mit welcher A. um Ausrichtung einer Entschädigung von Fr. 30'000.– ersuchte, wies das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 4. Juni 2014 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. beantragen, es sei ihr in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids eine Entschädigung von Fr. 30'000.– zuzusprechen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Streitgegenstand bildet letztinstanzlich die Frage, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie die am 25. Oktober 2012 erfolgte Kündigung des Anstellungsverhältnisses vor dem Hintergrund der erwähnten Kündigungsgründe als sachlich gerechtfertigt beurteilt hat.

3.2 Der angefochtene Entscheid stützt sich auf das aargauische Gesetz über die Anstellung von Lehrpersonen vom 17. Dezember 2002 (GAL; SAR 411.200). Wie das kantonale Gericht dargelegt hat, kann die Kündigung durch die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber gemäss § 11 GAL nur ausgesprochen werden, wenn sachlich zureichende Gründe vorliegen, namentlich u.a. Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die sich trotz schriftlicher Mahnung während der angesetzten Bewährungszeit fortsetzen (Abs. 1 lit. c). Die Kündigung durch die Arbeitgeberin bzw. den Arbeitgeber erfolgt mit schriftlicher Begründung (§ 11 Abs. 3 GAL). Erweist sich eine Kündigung nachträglich als widerrechtlich, hat die Lehrperson Anspruch auf Entschädigung. Diese bemisst sich nach den Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung des OR (§ 13 Abs. 1 GAL).

4.

4.1 Aktenkundig und unbestritten ist, dass der Schulleiter mit der Beschwerdeführerin am 26. Januar 2012 eine Vereinbarung getroffen hat, in welcher sich die Beschwerdeführerin im Wesentlichen zu einer Veränderung ihres Verhaltens bezüglich Pünktlichkeit, Terminwahrung und Ordnung im Schulzimmer xxx verpflichtete. Nachdem anlässlich einer Besprechung am 7. Mai 2012 festgestellt worden war, dass aus Sicht der Schulleitung die Vereinbarung nicht erfüllt worden sei, sprach die Kreisschulpflege am 29. Mai 2012 eine schriftliche Mahnung aus und setzte der Beschwerdeführerin unter Androhung der Auflösung des Anstellungsverhältnisses eine Bewährungsfrist bis 19. Oktober 2012. Inhaltlich wurde die Lehrperson aufgefordert, verschiedene Rahmenbedingungen in Bezug auf Pünktlichkeit, Terminwahrung, Nutzung des Zimmers xxx sowie Zusammenarbeit/Verantwortung einzuhalten. Mit Schreiben vom 11. Juli 2012 teilte die Kreisschulpflege der Beschwerdeführerin mit, dass laut Stufenleitung wieder einige Anforderungen nicht erfüllt worden seien. Sie wies darauf hin, dass die in der Mahnung aufgelisteten Punkte zwingend einzuhalten und Anweisungen der Stufenleitung zu befolgen seien, ansonsten anstellungsrechtliche Folgen resultieren könnten. An der Besprechung vom 22. Oktober 2012 wurde im Rahmen der Überprüfung der Mahnung festgestellt, dass die Schulleitung die Pünktlichkeit der Beschwerdeführerin als gut, die Zusammenarbeit/Verantwortung als genügend, die Termineinhaltung und die Schulzimmernutzung jedoch als ungenügend bewertete, wohingegen die Beschwerdeführerin die Einhaltung der Mahnung lediglich in Bezug auf die Schulzimmernutzung sowie Elterntelefonate als Teil des Punktes Zusammenarbeit/Verantwortung als ungenügend, die Befolgung der restlichen Punkte aber als gut bis sehr gut einstufte. Nachdem die Kreisschulpflege die Beschwerdeführerin am

24. Oktober 2012 zur möglichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses angehört hatte, kündigte sie das Anstellungsverhältnis mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 per 26. Januar 2013.

4.2 Die Vorinstanz hat erkannt, dass sich die Beschwerdegegnerin bei der Abwicklung des Kündigungsverfahrens korrekt verhalten habe, was nicht mehr bestritten ist. Bezüglich Begründetheit der Kündigung hat das kantonale Gericht in einlässlicher Würdigung der entscheidungsrelevanten Sachumstände dargelegt, dass die Beschwerdeführerin während der Bewährungszeit zwei Mahnpunkte nicht erfüllt habe, nämlich einerseits die ungenügende Ordnung im Zimmer xxx bzw. die damit verbundene Unmöglichkeit, dass das Schulzimmer kurzfristig von anderen Lehrpersonen benutzt werden konnte, und andererseits die fehlende Termineinhaltung, welche sowohl die Zusammenarbeit mit der Schulleitung wie auch diejenige mit den anderen Lehrpersonen tangiert und negative Auswirkungen auf den geregelten Schulbetrieb gehabt habe. Die Vorinstanz qualifizierte die Kündigung daher als verhältnismässig und gerechtfertigt.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, es könne nicht angehen, dass sich eine langjährige, fachlich einwandfreie Lehrerin mit einer Kündigung abfinden müsse, die weder etwas mit ihrer Leistung noch mit dem Verhalten gegenüber Kollegen, sondern lediglich mit einem allenfalls nicht ganz konformen Sinn für Ordnung und Termine zu tun habe. Insoweit die Vorinstanz die Punkte Ordnung und Termineinhaltung so stark gewichtet habe, sei der Entscheid unverhältnismässig und willkürlich. Ebenso willkürlich sei es, die Kündigung als ultima ratio anzusehen. Obschon ihre Verfehlungen – wie die Beschwerdeführerin selber einräumt – nicht als Bagatellen bezeichnet werden könnten, wäre es der Beschwerdegegnerin zumutbar gewesen, die Probleme anderweitig, z.B. durch eine Mediation oder ein Coaching zu lösen.

5.

Die Beurteilung im angefochtenen Entscheid beruht auf einer einlässlichen Würdigung der Sach- und Rechtslage. Die Vorbringen in der Beschwerde vermögen nicht, sie als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen.

5.1 Das kantonale Gericht hat aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerin mehrfach mündlich und schriftlich auf ihre Mängel im Verhalten aufmerksam gemacht und ihr eine Bewährungsfrist mit Androhung der Kündigung angesetzt worden war. Wie die Vorinstanz dargelegt hat, wurde die Nichteinhaltung der Punkte Ordnung im Schulzimmer xxx sowie Termineinhaltung mehrfach dokumentiert und der Beschwerdeführerin eröffnet. Bei den Vorgaben der Schulleitung – so das Verwaltungsgericht – habe es sich um in der Sache gerechtfertigte arbeitsrechtliche Weisungen gehandelt, die der Aufrechterhaltung eines geordneten Schulbetriebes sowie der Zusammenarbeit dienen und deren Einhaltung für die Schulleitung erklärermassen wichtig gewesen sei. Obschon die Erfüllung der Vorgaben der Beschwerdeführerin zumutbar und möglich gewesen wäre, sei sie diesen trotz mehrfacher Mahnungen und Ansetzung einer Bewährungsfrist nicht nachgekommen,

sondern habe sie wiederholt hinterfragt und sich uneinsichtig gezeigt. Dadurch seien der Schulbetrieb mittelschwer gestört und das Vertrauen der Vorgesetzten empfindlich beeinträchtigt worden, was die Kündigung als gerechtfertigt erscheinen lasse.

5.2 Die Vorbringen der Beschwerdeführerin beschränken sich auf eine andere Würdigung ihrer Verfehlungen. Dies vermag keine Bundesrechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids zu begründen, reicht es doch dazu nicht aus, dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, sondern müssten sowohl Begründung wie auch Ergebnis unhaltbar sein. Nach Gesagtem ist das Verwaltungsgericht nicht in Willkür verfallen, wenn es gestützt auf eine Gesamtwürdigung der Situation davon ausging, die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin stellten Verfehlungen dar, die in ihrer Gesamtheit eine Auflösung des Anstellungsverhältnisses rechtfertigten. Nicht erforderlich ist nämlich, dass die zur Kündigung führenden Gründe eine Intensität erreichen, welche die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen. Vielmehr ist eine Kündigung bereits für den Fall als sachlich begründet anzusehen, dass die Weiterbeschäftigung der betreffenden Person dem Interesse an einem gut funktionierenden Schulbetrieb widerspricht, wobei sich dies aus unzureichenden Leistungen, unbefriedigendem Verhalten, erheblichen Störungen der Arbeitsgemeinschaft oder aus betrieblichen Motiven ergeben kann (vgl. Urteile 8C_405/2011 vom 16. September 2011 E. 7.7, 8C_690/2010 vom 1. November 2010 E. 4.2.2, 8C_826/2009 vom 1. Juli 2010 E. 2, je mit Hinweis).

5.3 Zusammenfassend ist der Standpunkt des Verwaltungsgerichts, wonach sich die Kündigung unter den gegebenen Umständen als sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig erweist, nicht willkürlich. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 20. März 2015, Doss.-Nr. 8C_910/2014 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn vom 4. November 2014)

Öffentliches Personalrecht; Kündigung zur Unzeit; Dahinfallen der Stelle. Anders als bei einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, für das die in Art. 336c OR in Verbindung mit Art. 362 OR vorgesehenen Sperrfristen zwingend anwendbar sind, kann der Gesetzgeber bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen auf den Kündigungsschutz durch Sperrfristen verzichten. Aus der Systematik des kommunalen Personalreglements der Stadt Olten (PR/Olten), das die Kündigung zur Unzeit (Art. 12a PR/Olten) unmittelbar nach der ordentlichen Kündigung (Art. 12 PR/Olten) und vor der Auflösung wegen Aufhebung der Stelle (Art. 13 PR/Olten) regelt, wird deutlich, dass für die öffentlich-rechtlich Angestellten der Stadt Olten die Sperrfristenregelung nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn der Arbeitgeber das Arbeits-

verhältnis ordentlich kündigt, nicht aber, wenn das Arbeitsverhältnis dahinfällt. Diese Auslegung der Vorinstanz, wonach Angestellten beim Dahinfallen ihrer Stelle im Krankheitsfall nicht derselbe Schutz zukommt, wie wenn ihre Stelle zwar aufrechterhalten, ihnen aber aus anderen Gründen gekündigt wird, ist nicht willkürlich (E. 5.1, 5.2).

Sachverhalt:

Am 9. Dezember 2013 teilte das Stadtpräsidium Olten dem seit dem 1. September 1998 bei der Einwohnergemeinde der Stadt Olten öffentlich-rechtlich angestellten A. mit, seine Stelle werde aus Spargründen auf Ende Juni 2014 aufgehoben; es werde zur Zeit noch geprüft, ob ihm dafür eine (andere) adäquate Stelle angeboten werden könne; über die definitive Aufhebung des Arbeitsverhältnisses werde er zu gegebener Zeit informiert. Mit Verfügung vom 24. März 2014 teilte das Stadtpräsidium A. mit, ihm keine gleichwertige Funktion anbieten zu können, weshalb das Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2014 gekündigt werde. Der seit dem 12. August 2013 krankheitsbedingt zwischen 40 und 100% arbeitsunfähige A. führte dagegen beim Volkswirtschaftsdepartement Beschwerde. Mit Entscheid vom 25. August 2014 bestätigte dieses die Beendigung des Arbeitsverhältnisses per Ende Juni 2014.

Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn mit Entscheid vom 4. November 2014 ab. A. lässt beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei die Nichtigkeit der am 24. März 2014 ausgesprochenen Kündigung festzustellen.

Aus den Erwägungen:

4.

Das PR/Olten äussert sich in den Art. 10 ff. zur Beendigung des öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnisses. Gemäss Art. 10 wird das Anstellungsverhältnis in folgenden Fällen aufgelöst: a) Kündigung durch den Mitarbeitenden oder die Mitarbeitende oder den Stadtrat; b) Aufhebung der Stelle; c-i) andere Gründe. Während Art. 11 die ordentliche Kündigung durch Mitarbeitende näher regelt, finden sich in Art. 12 Ausführungen zur ordentlichen Kündigung durch die Anstellungsbehörde. Art. 12a trägt als Überschrift «Kündigung zur Unzeit» und sieht in Abs. 1 lit. a bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall eine Sperrfrist von 24 Monaten vor. Abs. 2 erklärt während dieser Sperrfrist ausgesprochene Kündigungen für nichtig. Art. 13 mit dem Titel «Auflösung wegen Aufhebung der Stelle» weist folgenden Wortlaut auf: (1.) Wird eine Stelle aufgehoben, fällt das Anstellungsverhältnis dahin. (2.) Die Aufhebung ist der betroffenen Person spätestens sechs Monate im Voraus auf Ende eines Monats mitzutei-

len. (3.) Der betroffenen Person ist gleichzeitig nach Möglichkeit eine gleichwertige Funktion anzubieten. Fehlt eine solche Möglichkeit oder wird sie abgelehnt, fällt das Anstellungsverhältnis ohne Anspruch auf Entschädigung dahin. (4.) In Härtefällen kann der Stadtrat eine angemessene Übergangslösung bewilligen.

5.

Vor Vorinstanz stand die Frage im Streit, ob die in Art. 12a PR/Olten vorgesehene Sperrfrist auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen Wegfalls der Stelle nach Art. 13 PR/Olten Geltung habe.

5.1 Das kantonale Gericht führte dazu mit Verweis auf BGE 124 II 53 E. 5 aus, anders als bei einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, für welches die in Art. 336c OR in Verbindung mit Art. 362 OR vorgesehenen Sperrfristen zwingend anwendbar seien, könne der Gesetzgeber bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen auf den Kündigungsschutz durch Sperrfristen verzichten. Aus der Systematik des Gesetzes, das die Kündigung zur Unzeit (Art. 12a PR/Olten) unmittelbar nach der ordentlichen Kündigung (Art. 12 PR/Olten) und vor der Auflösung wegen Aufhebung der Stelle (Art. 13 PR/Olten) regle, werde deutlich, dass für die öffentlich-rechtlich Angestellten der Stadt Olten die Sperrfristenregelung nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ordentlich kündigt; dieser gesetzgeberische Wille werde auch durch die Wortwahl in den Gesetzesbestimmungen verdeutlicht; so werde bei der Aufhebung der Stelle gerade nicht von einer Kündigung gesprochen, sondern vom Dahinfallen des Anstellungsverhältnisses.

5.2 Was an dieser Auslegung willkürlich sein soll, ist nicht einsichtig. Sie ist nachvollziehbar begründet. Dass Angestellten beim Dahinfallen ihrer Stelle im Krankheitsfall nicht derselbe Schutz zukommt, wie wenn ihre Stelle zwar aufrechterhalten, ihnen aber aus anderen Gründen gekündigt wird, mag zwar diskutabel, nicht aber unvertretbar erscheinen. Es lässt sich durchaus rechtfertigen, dem Arbeitgeber insoweit einen gewissen Handlungsspielraum zuzugestehen. Er hat zwar die Aufhebung einer Stelle (ungeachtet der Anstellungsdauer) mindestens ein halbes Jahr im Voraus anzuzeigen und zugleich nach Möglichkeit eine gleichwertige Funktion anzubieten, muss aber den Kündigungsschutz nach Art. 12a PR/Olten nicht weiter beachten. Zumindest kann nicht von einem sachlich schlechthin nicht nachvollziehbaren Lösungsansatz gesprochen werden. Ob eine Stelle notwendig oder verzichtbar ist, soll nicht anhand von in der Person des Stelleninhabers liegenden Gründen, sondern nach dem Bedarf an der Dienstleistung zu Gunsten der öffentlichen Hand beantwortet werden. Falls dadurch ein Härtefall entsteht, sieht Art. 13 Abs. 4 PR/Olten die Möglichkeit einer Übergangslösung vor.

5.3 Steht fest, dass die vorinstanzliche Auffassung, das kommunale Recht schliesse den Kündigungsschutz nach Art. 12a PR/Olten für jene Fälle aus, in denen das Arbeitsverhältnis wegen Aufhebung der Stelle beendet werde, letztinstanzlich nicht zu beanstanden ist, erweisen sich die Vorbringen des Beschwerdeführers als nicht zielführend. Ob es bei der Aufhebung

der Stelle neben der Aufhebungserklärung zusätzlich zwingend einer (ebenfalls [?] anfechtbaren) Kündigungsverfügung bedarf, wie vom Beschwerdeführer gefordert, braucht nicht beantwortet werden, lag doch vorliegend eine solche mit der Verfügung vom 24. März 2014 vor. Daraus einen Kündigungsschutz nach Art. 12a PV/Olten ableiten zu wollen, geht aber fehl. Da gegen die Verfügung der Rechtsweg offen stand, ist auch nicht einsichtig, inwiefern eine Verletzung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV vorliegen soll.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 25. März 2015, Doss.-Nr. 6B_65/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 15. April 2014)

Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen, Art. 162 Abs. 2 StGB, Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 lit. c und Art. 6 UWG. Gemäss Art. 6 UWG handelt insbesondere unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat, verwertet oder andern mitteilt. Nach Art. 4 UWG handelt u.a. unlauter, wer Arbeitnehmer zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers verleitet (lit. c.). Vorliegend hat der ehemalige Aussendienstmitarbeiter, der Selbständigerwerbender wurde, den Arbeitnehmer durch andauerndes und insistierendes Fragen dazu verleitet, ihm Fabrikationsgeheimnisse (Formeln bzw. Rezepturen von insgesamt zehn Produkten der Arbeitgeberin) zu verraten, wobei dieses Verhalten Art. 162 Abs. 2 StGB sowie Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 lit. c UWG erfüllt (E. 2.5, 5.1, 5.2).

Sachverhalt:

Die A. AG ist spezialisiert auf die Herstellung von chemischen Produkten insbesondere für die Fahrzeugpflege, wie Motorreiniger, Scheibenreiniger, Rostentferner etc. B. war von 2004 bis 2008 als Chemiker und Leiter «Labor und Produktion» bei der A. AG angestellt. Er war arbeitsvertraglich verpflichtet, über alle Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse strenge Verschwiegenheit zu bewahren, dies auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, und er durfte in keinem Unternehmen tätig sein, das Produkte für die Fahrzeugreinigung für gewerbliche und private Anwender entwickelt und herstellt. B. wurde das Arbeitsverhältnis am 11./12. Februar 2008 per 12. April 2008 gekündigt, und er wurde sofort freigestellt. X. war von 1990 bis 2000 und dann wiederum 2003/2004 als Aussendienstmitarbeiter bei der A. AG tätig. Nach einer Anstellung bei einem anderen Unternehmen be-

schloss er im Jahre 2006, sich selbstständig zu machen. Im November 2006 gründete er das Einzelunternehmen C. Das Unternehmen bezweckt die Produktion von und den Handel mit Autoreinigungsprodukten. X. und B. waren seit dem Jahr 2000 miteinander bekannt. Gegen Ende 2006 fragte X. B. an, ob dieser ihm beim Schritt in die Selbstständigkeit behilflich sein könne. B. versprach zu helfen, so gut es gehe. Er erwartete und erhielt für seine Ratschläge von X. keine Entschädigung, zumal dessen Unternehmen am Anfang nicht besonders gut lief.

Das Obergericht des Kantons Bern, Strafabteilung, 2. Strafkammer, verurteilte B. am 15. April 2014 in Bestätigung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland, Einzelgericht, vom 29. April 2013 wegen Verletzung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen, begangen in der Zeit ab ca. Oktober 2006 bis ins Jahr 2007 zum Nachteil der Firma A. AG durch Verrat, zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 50.–, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren. Es sprach X. in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids der Verletzung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen, begangen in der Zeit ab ca. Oktober 2006 bis ins Jahr 2007 in Zollikofen, Binningen, Muttenz und eventuell anderswo zum Nachteil der Firma A. AG durch Ausnützen eines Verrats, sowie der Widerhandlung gegen das UWG, begangen in der Zeit ab Oktober 2006 bis ins Jahr 2007 zum Nachteil der Firma A. AG durch Verleitung zu Vertragsverletzung, schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 80.–, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit dem Antrag, der Entscheid des Obergerichts vom 15. April 2014 sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin 2 habe in ihrem Strafantrag seine Bestrafung wegen Verletzung von Art. 162 StGB, nicht auch seine Bestrafung wegen Widerhandlung gegen das UWG im Sinne von Art. 4 lit. c UWG verlangt. Sie habe damit ihren Strafantrag bewusst sachlich beschränkt. Die Anklagebehörde habe in Missachtung dieser Beschränkung auch Anklage wegen unlauteren Wettbewerbs im Sinne von Art. 4 lit. c UWG erhoben. Er habe bereits im kantonalen Verfahren vorgetragen, dass eine derartige Ausdehnung der Anklage im Rahmen eines Privatklageverfahrens unzulässig sei. Die Vorinstanz sei auf diesen Einwand nicht eingegangen. Damit habe sie auch ihre Begründungspflicht verletzt.

2.2 Die Beschwerdegegnerin 2 reichte mit Eingabe vom 11. Juli 2008 Strafanzeige/Strafantrag/Privatklage gegen B. und gegen unbekannte Täterschaft wegen Verletzung des Fabrikationsgeheimnisses (Art. 162 StGB) ein. In der Eingabe wird festgehalten, die Umstände der Tat sowie die Frage, ob sich auch Mitarbeiter der Firma C. oder anderer Konkurrenzunternehmen

schuldig gemacht hätten (Anstiftung, Mittäterschaft, Gehilfenschaft), könne nur im Strafverfahren geklärt werden. Von Widerhandlungen gegen das UWG war in der Eingabe vom 11. Juli 2008 nicht die Rede. Mit Eingabe vom 9. Februar 2009 reichte die Beschwerdegegnerin 2 Strafanzeige/Strafantrag/Privatklage gegen den Beschwerdeführer wegen Verletzung des Fabrikationsgeheimnisses (Art. 162 StGB) und unlauteren Wettbewerbs (Art. 6 i.V.m. Art. 23 UWG) ein. Von einer Widerhandlung im Sinne von Art. 4 lit. c i.V.m. Art. 23 UWG war nicht die Rede.

2.3 Die Vorinstanz hält fest, es sei unerheblich, dass im Strafantrag nebst Art. 162 StGB fälschlicherweise Art. 6 UWG statt, wie übrigens später richtig, Art. 4 lit. c UWG angerufen werde. Damit ist die Rüge, die Vorinstanz habe ihre Begründungspflicht verletzt, unbegründet.

2.4 Der Strafantrag ist die Willenserklärung des Verletzten, dass gegen den – bekannten oder noch unbekannten – Verdächtigen wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafverfolgung stattfinden soll. Der Antragsteller kann den Strafantrag auf einen bestimmten Sachverhalt sachlich beschränken (CHRISTOF RIEDO, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Art. 30 StGB N. 55). Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts, der Gegenstand des Strafantrags bildet, ist indessen Sache der Strafbehörden. Der Strafantragsteller muss im Strafantrag nicht angeben, welchen Straftatbestand der Gegenstand des Antrags bildende Sachverhalt seines Erachtens erfüllt, und allfällige Ausführungen des Strafantragstellers zur rechtlichen Subsumtion sind unerheblich. Nennt der Strafantragsteller den Straftatbestand, der seines Erachtens erfüllt ist, so ist die Strafbehörde an diese Qualifikation nicht gebunden (BGE 131 IV 97 E. 3.1; 115 IV 1 E. 2a). Es ist daher unerheblich, dass die Beschwerdegegnerin 2 in ihrem Strafantrag gegen den Beschwerdeführer nebst Art. 162 StGB noch Art. 6 UWG, nicht aber Art. 4 lit. c UWG erwähnte. Dies hinderte die Vorinstanz nicht daran, den Beschwerdeführer auch wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 lit. c UWG zu verurteilen, falls der im Strafantrag beschriebene Sachverhalt auch den Tatbestand der Verleitung zum Verrat von Fabrikationsgeheimnissen erfüllt.

2.5 Gemäss Art. 6 UWG («Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen») handelt unlauter insbesondere, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse, die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat, verwertet oder andern mitteilt. Nach Art. 4 UWG («Verleitung zu Vertragsverletzung oder -auflösung») handelt unter anderem unlauter, wer (c.) Arbeitnehmer, Beauftragte oder andere Hilfspersonen zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers oder Auftraggebers verleitet. Die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Widerhandlung im Sinne von Art. 4 lit. c i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG wird durch den Sachverhalt, der Gegenstand des Strafantrags bildet, gedeckt. In der Eingabe vom 9. Februar 2009 wirft die Beschwerdegegnerin 2 dem Beschwerdeführer in tatsächlicher Hinsicht vor, er habe B. «offenbar ‘ein Loch in den Bauch gefragt’, bis dieser nicht mehr

Nein sagen konnte und die Formeln verraten hat». Dieses inkriminierte Verhalten, welches die Beschwerdegegnerin 2 in ihrem Strafantrag als Anstiftung zu Verletzung des Fabrikationsgeheimnisses im Sinne von Art. 162 Abs. 1 StGB qualifiziert, erfüllt auch den Tatbestand der Verleitung eines Arbeitnehmers zum Verrat von Fabrikationsgeheimnissen des Arbeitgebers im Sinne von Art. 4 lit. c UWG.

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Strafantrag vom 9. Februar 2009 sei verspätet. Spätestens als die Beschwerdegegnerin 2 am 11. Juli 2008 gegen den Mitangeklagten B. Strafantrag einreichte, hätte sie auch gegen ihn Strafantrag stellen müssen. Aus den Ausführungen in der Eingabe vom 11. Juli 2008 gehe hervor, dass der Beschwerdegegnerin 2 bereits damals hinreichend bekannt war, dass das Unternehmen des Beschwerdeführers von den inkriminierten Fabrikationsgeheimnisverletzungen durch den Mitangeklagten profitiert und dass der Beschwerdeführer durch Geldzahlungen zum Geheimnisverrat angestiftet habe. Da die Sachlage bereits spätestens am 11. Juli 2008 klar gewesen sei, habe die Beschwerdegegnerin 2 nicht das Vorliegen weiterer Beweismittel gegen den Beschwerdeführer abwarten dürfen.

3.2 Das Antragsrecht erlischt nach Ablauf von drei Monaten. Die Frist beginnt mit dem Tag, an welchem der antragsberechtigten Person der Täter bekannt wird (Art. 31 StGB). Die Kenntnis des Täters setzt begrifflich die Kenntnis der Tat voraus (BGE 126 IV 130 E. 2a; CHRISTOF RIEDO, a.a.O., Art. 31 StGB N. 6). Bekannt ist dem Verletzten der Täter nicht schon, wenn er eine bestimmte Person in Verdacht hat, sondern erst, wenn er so gewichtige Anhaltspunkte für deren Täterschaft hat, dass er davon überzeugt sein und in guten Treuen Strafantrag stellen darf, ohne selbst Bestrafung etwa wegen übler Nachrede gewärtigen zu müssen (BGE 74 IV 72, 75; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., 2013, Art. 31 StGB N. 5). Der Strafantrag kann auch gegen unbekannt und somit vor dem Beginn des Fristenlaufs eingereicht werden. In diesem Fall ist eine Erneuerung des Strafantrags nach dem Bekanntwerden des Täters nicht erforderlich (BGE 92 IV 75).

3.3 Die Beschwerdegegnerin 2 reichte mit Eingabe vom 11. Juli 2008 Strafanzeige/Strafantrag/Privatklage gegen B. sowie unbekannte Täterschaft wegen Verletzung des Fabrikationsgeheimnisses (Art. 162 StGB) ein. Darin warf sie B. vor, Fabrikationsgeheimnisse von ihr an direkte Konkurrenten verraten zu haben. Im Jahr 2007 hätten sich die Anhaltspunkte dafür gehäuft, dass die Konkurrenz Produkte der Beschwerdegegnerin 2 mit unlauteren Methoden kopiere. B. habe mutmasslich von einem gewissen D. Lohnzahlungen erhalten; der Geschäftsführer der Firma C. heisse X. Derzeit noch unbekannte Täter, die Informationen von B. erhalten und verwendet hätten, könnten sich auch nach Art. 162 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben. Damit wird nach den zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid einer damals noch unbekannten Täterschaft, welche sich später als der Beschwer-

deführer entpuppte, in tatsächlicher Hinsicht ein Verhalten zur Last gelegt, welches in rechtlicher Hinsicht als Ausnützung eines Geheimnisverrats im Sinne von Art. 162 Abs. 2 StGB qualifiziert werden kann. Ob die Eingabe vom 11. Juli 2008 hinreichend klar auch einen Sachverhalt umschreibt, der als Verleitung zum Geheimnisverrat zu qualifizieren ist, kann mit der Vorinstanz dahingestellt bleiben. Erst nachdem der Vertreter der Beschwerdegegnerin 2 in der Zeit vom 18. Dezember 2008 bis zum 14. Januar 2009 Einsicht in die Strafakten erhalten hatte, konnte mit hinreichender Gewissheit davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer es war, der B. zum inkriminierten Verrat von Fabrikationsgeheimnissen veranlasst hatte. Daher war der Strafantrag vom 9. Februar 2009, worin dem Beschwerdeführer auch Anstiftung zur Verletzung von Fabrikationsgeheimnissen zur Last gelegt wurde, rechtzeitig.

3.4 Richtig ist, dass die Ausnützung des Geheimnisverrats im Sinne von Art. 162 Abs. 2 StGB nicht nur eine Beteiligung am Geheimnisverrat gemäss Art. 162 Abs. 1 StGB, sondern eine selbstständige Tat darstellt und dass die Verleitung zum Geheimnisverrat im Sinne von Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 lit. c UWG eine selbstständige Straftat und nicht nur Anstiftung zum Geheimnisverrat ist. Daher kann sich insoweit die Frage der Unteilbarkeit des Strafantrags (Art. 32 StGB) nicht stellen. Die Vorinstanz hat indessen ihre Auffassung, dass die Strafanträge vom 11. Juli 2008 und vom 9. Februar 2009 in Bezug auf den Beschwerdeführer rechtzeitig erfolgt sind, entgegen einer Andeutung in der Beschwerde nicht auch mit der Unteilbarkeit des Strafantrags begründet.

4.

4.1 Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe die inkriminierten Straftaten ab ca. Herbst 2006 bis ins Jahr 2007 begangen. Somit sei im massgebenden Zeitpunkt der Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils vom 29. April 2013 die Verjährungsfrist von unstreitig sieben Jahren noch nicht abgelaufen gewesen.

4.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, allfällige Straftaten seien verjährt. Zur Begründung stützt er sich einzig auf eine Zeugenaussage eines Angestellten der Beschwerdegegnerin 2, der an der erstinstanzlichen Verhandlung vom 17. September 2012 aussagte, er habe auf dem Flughafen Basel festgestellt, dass dort ein Produkt angeboten worden sei, welches mit einem von der Beschwerdegegnerin 2 vertriebenen Produkt praktisch identisch gewesen sei. Auf die Frage, wann dies geschehen sei, antwortete der Zeuge, das sei «glaublich etwa 6–7 Jahre her». Aus einer derart vagen Aussage lassen sich indessen keine Schlüsse ziehen. Die Festlegung des Beginns der deliktischen Tätigkeit auf ca. Oktober 2006 ergibt sich aus dem Bestätigungsschreiben der E. GmbH & Co. KG vom 18. Juni 2008 an die Beschwerdegegnerin 2. Darin wurde der Beschwerdegegnerin 2 bestätigt, dass die Firma C. am 9. Oktober 2006 gezielt den Rohstoff «Hoesch JH LA2» bei der E. angefragt und einmalig bestellt habe. Die Produktbezeichnung «Hoesch JH LA2» und die Produktzusammensetzung waren laut Bestätigungsschrei-

ben damals nur der E. und der Beschwerdegegnerin 2 bekannt. Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander.

5.

5.1 Die Vorinstanz stellt fest, der Beschwerdeführer habe B. «durch andauerndes und bohrendes bzw. insistierendes Fragen» dazu verleitet bzw. angestiftet, ihm Fabrikationsgeheimnisse (Formeln/Rezepturen von insgesamt zehn Produkten der Beschwerdegegnerin 2) zu verraten. Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege keine Anstiftung beziehungsweise kein Verleiten vor.

5.2 Wer jemanden vorsätzlich zu dem von diesem verübten Verbrechen oder Vergehen bestimmt hat, wird gemäss Art. 24 Abs. 1 StGB nach der Strafandrohung bestraft, die auf den Täter Anwendung findet. Durch die Anstiftung wird in einem andern der Entschluss zu einer bestimmten Tat hervorgerufen. Der Tatentschluss muss auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sein; es bedarf insofern eines Kausalzusammenhangs. Nicht erforderlich ist, dass beim Anzustiftenden Widerstände zu überwinden wären. Auch bei demjenigen, der bereits zur Tat geneigt ist oder sich zur Begehung von Straftaten sogar anbietet, kann ein Tatentschluss noch hervorgerufen werden, und zwar so lange, als er zur konkreten Tat noch nicht entschlossen ist. Anstiftung fällt aber ausser Betracht, wenn der andere zu einer bestimmten Tat bereits entschlossen ist. Wer lediglich eine Situation schafft, in der sich ein anderer voraussichtlich zur Verübung einer Straftat entschliessen wird, ist nicht Anstifter. Erforderlich ist vielmehr eine psychische, geistige Beeinflussung, eine unmittelbare Einflussnahme auf die Willensbildung des anderen. Als Anstiftungsmittel kommt dabei jedes motivierende Tun in Frage, alles, was im anderen den Handlungsentschluss hervorgerufen kann. Auch eine blosser Bitte, Anregung, konkludente Aufforderung sind taugliche Anstiftungsmittel (BGE 128 IV 11 E. 2a; 127 IV 122 E. 2b/aa; je mit Hinweisen).

Das dem Beschwerdeführer angelastete insistierende, bohrende Nachfragen ist als Anstiften im Sinne von Art. 24 StGB beziehungsweise als Verleiten gemäss Art. 4 lit. c UWG zu qualifizieren. Auch die übrigen Voraussetzungen sind offensichtlich erfüllt. Der Beschwerdeführer nahm zumindest in Kauf, dass die Formeln und Rezepturen etc., die er in Erfahrung bringen wollte, Geheimnisse der Beschwerdegegnerin 2 waren und dass B. zu deren Geheimhaltung verpflichtet war.

(...)

7.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Öffentliches Personalrecht; Sperrfrist, Art. 336c Abs. 1 lit. b OR; vertrauensärztliche Untersuchung. Grundsätzlich liegt die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB). Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen. Indem der Dozent der Hochschule Luzern seine behandelnden Ärzte gegenüber dem Vertrauensarzt nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entband, verhinderte er nicht nur die Klärung der erheblichen Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Arbeitsunfähigkeitsattests, sondern damit auch den von ihm zu erbringenden Beweis dafür, anlässlich der ausgesprochenen Kündigung tatsächlich bereits einen Tag zuvor aus rechtserheblichen Gründen arbeitsunfähig gewesen zu sein. Er hat damit die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich der von ihm gemäss § 24 PG/LU in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geltend gemachten Nichtigkeit der Kündigung zu tragen. Nichtigkeit der Kündigung vorliegend verneint (E. 3.2.1, 3.2.4).

Sachverhalt:

A., geboren 1962, trat am 1. September 2008 die unbefristete Arbeitsstelle als Dozent mit einem 80% Pensum an der Hochschule Luzern (nachfolgend: Hochschule oder Beschwerdegegnerin) an. Am 22. Oktober 2012 löste die Hochschule das Arbeitsverhältnis ordentlich per 28. Februar 2013 auf und stellte A. mit sofortiger Wirkung für die Dauer der Kündigungsfrist unter Beibehaltung des bisherigen Lohnes vom Dienst frei. Die hiegegen erhobene Beschwerde des A. hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern (seit 1. Juni 2013: Kantonsgericht Luzern) mit Entscheid vom 10. Mai 2013 gut und erklärte die von der Hochschule am 22. Oktober 2012 ausgesprochene Kündigung für nichtig. Die von der Hochschule dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wies das Bundesgericht mit Urteil 8C_451/2013 vom 20. November 2013 ab. Am 22. Oktober 2013 kündigte die Hochschule das Arbeitsverhältnis mit A. erneut unter Einhaltung der ordentlichen viermonatigen Kündigungsfrist diesmal per 28. Februar 2014 und hielt an der seit dem ersten Kündigungsverfahren bestehenden gänzlichen Freistellung vom Dienst fest. Die hiegegen erhobene Beschwerde des A. wies das Kantonsgericht Luzern mit Entscheid vom 26. Juni 2014 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. unter Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheides beantragen, es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 22. Oktober 2013 nichtig sei.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Laut dem insoweit unbestrittenen kantonalen Entscheid gelangen auf das grundlegende Arbeitsverhältnis und insbesondere in Bezug auf die Streitfrage betreffend Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen A. und der Hochschule das Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern vom 26. Juni 2011 (vgl. § 1 Abs. 1 lit. b Personalgesetz [PG/LU]; SRL Nr. 51) und die Bestimmungen über die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Unzeit im Sinne von Art. 336c f. OR zur Anwendung.

2.2 Die Erfüllung der Voraussetzungen zur Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung hat die Beschwerde führende Person genau darzulegen. Dazu genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten oder die eigene Beweiswürdigung zu erläutern (BGE 137 II 353 E. 5.1 S. 356; Urteil 9C_779/2010 vom 30. September 2011 E. 1.1.2, nicht publ. in: BGE 137 V 446, aber in: SVR 2012 BVG Nr. 11 S. 44). Eine Sachverhaltsfeststellung ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist (BGE 132 I 42 E. 3.1 S. 44). Es liegt noch keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, nur weil eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erschiene (vgl. BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; Urteil 9C_967/2008 vom 5. Januar 2009 E. 5.1). Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf die konkrete Beweiswürdigung (Urteile 9C_999/2010 vom 14. Februar 2011 E. 1 und 9C_735/2010 vom 21. Oktober 2010 E. 3; SVR 2012 BVG Nr. 11 S. 44, 9C_779/2010 E. 1.1.1).

Dem Sachgericht steht im Bereich der Beweiswürdigung ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40). Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin nur ein, wenn das Sachgericht diesen missbraucht, insbesondere offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche willkürlich ausser Acht lässt (BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211; zum Begriff der Willkür BGE 137 I 1 E. 2.4 mit Hinweisen S. 5). Inwiefern das kantonale Gericht sein Ermessen missbraucht haben soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261). Auf ungenügend begründete Rügen oder bloss allgemein gehaltene appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 134 II 244 E. 2.2 mit Hinweis S. 246).

3.

Der Beschwerdeführer war bereits am 22. Oktober 2012, als die Hochschule das Arbeitsverhältnis mit A. erstmals per 28. Februar 2013 aufzulösen versuchte, vorübergehend erkrankt und gemäss Arzteugnis der Psychiaterin Dr. med. B. vom 15. Oktober 2012 bis mindestens zum 4. November 2012 vollständig arbeitsunfähig (Urteil 8C_451/2013 vom 20. November 2013 E. 5.2.1), weshalb das Bundesgericht im ersten Rechtsgang letztinstanzlich die vom kantonalen Gericht bejahte Nichtigkeit der Kündigung im Rahmen

der eingeschränkten Kognition zu bestätigen hatte. Genau ein Jahr später, als die Hochschule das Arbeitsverhältnis nach Vorankündigung vom 4. Oktober 2013 mit Schreiben vom 22. Oktober 2013 zum zweiten Mal unter Einhaltung der ordentlichen Frist von vier Monaten (per 28. Februar 2014) kündigte, war dem Beschwerdeführer laut Arztzeugnis des Dr. med. C. (Deutschland), vom 21. Oktober 2013 – einen Tag vor der Kündigung – wiederum für die kritische Phase vom 21. Oktober bis 1. November 2013 erneut eine Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Es stellt sich also vorweg die Frage, ob auch die Kündigung vom 22. Oktober 2013 (wie bereits diejenige vom 22. Oktober 2012) während einer laufenden Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ausgesprochen wurde und daher in Anwendung von § 24 PG/LU in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für nichtig zu erklären ist.

3.1 Nach umfassender Würdigung der gesamten Umstände hat das kantonale Gericht in tatsächlicher Hinsicht darauf geschlossen, dass der Beschwerdeführer im massgebenden Zeitraum des Monats Oktober 2013 nicht arbeitsunfähig war. Weil er sich geweigert habe, seine behandelnden Ärzte und insbesondere Dr. med. C. gegenüber dem Vertrauensarzt der Beschwerdegegnerin von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden, hätten die Zweifel an der Glaubwürdigkeit der ärztlichen Zeugnisse, insbesondere an demjenigen des Dr. med. C. vom 21. Oktober 2013, nicht durch den unabhängigen Vertrauensarzt ausgeräumt werden können. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände habe der Beschwerdeführer bei dieser Ausgangslage die Folgen der Beweislosigkeit in Bezug auf die von ihm für den Kündigungszeitpunkt geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit zu tragen.

3.2 Der Beschwerdeführer rügt eine «falsche Sachverhaltsfeststellung» und eine Verletzung der Beweisregeln des ZGB.

3.2.1 Grundsätzlich liegt die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer (Art. 8 ZGB). Die direkte Beweisführung über den Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit ist ausgeschlossen (ULRICH MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen 2003, S. 27 ff., insbesondere S. 49; vgl. auch BGE 139 V 547 E. 7.2 S. 562 mit Hinweisen). Das Arztzeugnis stellt kein absolutes Beweismittel (Urteile 4A_227/2009 vom 28. Juli 2009 E. 3.1.3, 1C_64/2008 vom 14. April 2008 E. 3.4 und 4C.331/1998 vom 12. März 1999 E. 2a, je mit Hinweisen; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., 2012, S. 420; SUBILIA/DUC, Droit du travail, Lausanne 2010, S. 264 u. 590), sondern lediglich eine Parteibehauptung dar (ROLAND MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP 2010 S. 167 ff., S. 169; OLIVER KÄLIN, Das Arztzeugnis als Beweismittel bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, ZZZ 2006 S. 335 ff., S. 338). Obwohl der Beweis der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfalls in der Regel durch ärztliches Zeugnis erbracht wird (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher

Kommentar, 4. Aufl., 2006, N. 9 zu Art. 324a OR), bewirkt der Anscheinsbeweis keine Beweislastumkehr (ROLAND MÜLLER, a.a.O., S. 169; OLIVER KÄLIN, a.a.O., S. 338). Es bleibt eine Frage der Beweiswürdigung, ob ein Gericht darauf abstellt (OLIVER KÄLIN, a.a.O., S. 337 bei Fn. 31; vgl. auch FRANK EMMEL, in: Huguenin/Müller-Chen/Girsberger [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl., 2012, N. 3 zu Art. 324a OR). Denn mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist, schreibt Art. 8 ZGB dem Gericht nicht vor; diese Bestimmung schliesst selbst eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (SJ 2012 I S. 71, 4A_69/2011 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f. mit Hinweisen). Hat der Arbeitgeber begründete Zweifel an der Richtigkeit eines Arztzeugnisses oder ist es vertraglich vereinbart, so ist er berechtigt, auf eigene Kosten eine vertrauensärztliche Untersuchung zu verlangen (THOMAS PIETRUSZAK, in: Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar OR, Basel, 2014, N. 17 zu Art. 324a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 424; vgl. zur analogen Regelung im Bereich der Arbeitslosenversicherung Art. 15 Abs. 3 AVIG sowie ARV 2003 S. 56, C 178/00 E. 2b; vgl. auch Art. 28 Abs. 5 AVIG). Weshalb diese Grundsätze – soweit keine davon abweichenden besonderen Regeln zu beachten sind – nicht auch auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis zur Anwendung gelangen sollten, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

3.2.2 Mit Blick auf die Zeitpunkte des Auftretens der jeweils begrenzten Arbeitsunfähigkeitsphasen gemäss den teils aus psychiatrischer und teils aus somatischer Sicht bescheinigten Arztzeugnissen sowie angesichts des Verhaltens des Beschwerdeführers in Bezug auf die von der Hochschule bereits im Sommer 2013 berechtigterweise angestrebte vertrauensärztliche Untersuchung (vgl. HÄNNI, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, 2. Aufl., 2008, S. 589) hat das kantonale Gericht in jedenfalls nicht willkürlicher Würdigung der gegebenen Umstände ausführlich und überzeugend dargelegt, weshalb es mit der Beschwerdegegnerin begründete Zweifel an der von Dr. med. C. während eines Auslandsaufenthaltes mit einfachem Arztzeugnis attestierten Arbeitsunfähigkeit hatte und folglich ausreichende Veranlassung bestand, diese Zweifel durch eine vertrauensärztliche Untersuchung klären zu lassen.

3.2.3 Der Beschwerdeführer vermag nicht darzulegen, inwiefern die massgebende vorinstanzliche Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung Bundesrecht oder gar das Willkürverbot verletzen. Er begnügt sich vielmehr damit, den vorinstanzlichen Schlussfolgerungen in tatsächlicher Hinsicht einzelne Zitate aus verschiedenen Aktenstücken gegenüberzustellen. Entgegen der von ihm vertretenen Auffassung durfte das kantonale Gericht aus dem Schreiben des Beschwerdeführers an den Vertrauensarzt Dr. med. D. vom 12. Dezember 2013 willkürfrei darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer nicht nur seine beiden psychiatrisch behandelnden Ärzte Dres. med. B. und E., sondern auch sämtliche übrigen behandelnden Ärzte –

also auch Dr. med. C. – nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entband. In diesem Sinne verstand auch Dr. med. D. die Äusserungen des Beschwerdeführers ihm gegenüber anlässlich der vertrauensärztlichen Untersuchung vom 19. November 2013 sowie gemäss Schreiben des Beschwerdeführers an ihn vom 12. Dezember 2013. Die auf bundesrechtskonformer Beweiswürdigung basierende Sachverhaltsfeststellung, wonach der Beschwerdeführer sämtliche behandelnden Ärzte gegenüber von Dr. med. D. nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entband, ist weder hinsichtlich der Begründung noch in Bezug auf das Ergebnis unhaltbar (BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319 mit Hinweis) und daher nicht willkürlich. Vielmehr bleibt die vorinstanzliche Beweiswürdigung im Bereich des dem Sachgericht zustehenden Ermessensspielraums (vgl. E. 2.2 hievor).

3.2.4 Indem der Beschwerdeführer seine behandelnden Ärzte gegenüber dem Vertrauensarzt Dr. med. D. nicht von der ärztlichen Schweigepflicht entband (E. 3.2.3 hievor), verhinderte er nicht nur die Klärung der erheblichen Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Arbeitsunfähigkeitsattests von Dr. med. C., sondern damit auch den von ihm zu erbringenden Beweis (vgl. E. 3.2.1 hievor) dafür, anlässlich der am 22. Oktober 2013 ausgesprochenen Kündigung tatsächlich aus rechtserheblichen Gründen arbeitsunfähig gewesen zu sein. Er hat demnach die Folgen der Beweislosigkeit hinsichtlich der von ihm gemäss § 24 PG/LU in Verbindung mit Art. 336c Abs. 1 lit. b OR geltend gemachten Nichtigkeit der Kündigung vom 22. Oktober 2013 zu tragen.

3.3 Zusammenfassend ist die von Beschwerdegegnerin und Vorinstanz verneinte Nichtigkeit der am 22. Oktober 2013 ausgesprochenen Kündigung nicht zu beanstanden.

Bundesgericht, Urteil vom 15. April 2015, Doss.-Nr. 4A_688/2014 (Bestätigung des Urteils des Bundespatentgerichts vom 30. Oktober 2014)

Zum Recht an einer Diensterfindung gemäss Art. 332 Abs. 1 OR gehört auch, diese irgendwo in der Welt zum Patent anzumelden. Nach der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) ist der Arbeitnehmer im Rahmen des Zumutbaren gehalten, den Arbeitgeber beim Schutzrechtserwerb zu unterstützen. Diese Pflicht erstreckt sich auch auf die Ausarbeitung der Anmeldung eines Patents. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, Dokumente zu unterzeichnen, die der Arbeitgeber zum Erwerb des Patentrechts im In- oder Ausland benötigt. Die Pflicht, die Erfindung dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, dauert nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses fort. Andernfalls könnte der Arbeitgeber Diensterfindungen, die ihm gemäss Art. 332 Abs. 1 OR zustehen, gar nicht sinnvoll nutzen (E. 3.3.2, 3.3.4).

Die Vorinstanz hat Art. 257 ZPO (Rechtsschutz in klaren Fällen) nicht verletzt, indem sie dessen Voraussetzungen, nämlich das Vorliegen eines weitgehend unbestrittenen und im Übrigen sofort bewiesenen Sachverhalts i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO, als erfüllt ansah (E. 3.2, 3.3.4).

Sachverhalt:

A. (Beklagter, Beschwerdeführer) war von Juni 2009 bis Juni 2011 Arbeitnehmer der B. AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin). Im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses war A. an einer Erfindung betreffend ein Kaffeekapselsystem beteiligt. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass die Rechte an dieser Erfindung der B. AG zustehen. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bat die B. AG A. und die zwei weiteren Miterfinder im Zusammenhang mit einer US-Patentanmeldung um Unterzeichnung zweier Dokumente: Mit der «Declaration for utility or design application using an application data sheet» sollten die Erfinder bestätigen, dass sie an der Hervorbringung der zum Patent angemeldeten Erfindung beteiligt gewesen seien. Mit dem «Patent Assignment» sollten sie schriftlich bestätigen, dass die Rechte an der Anmeldung auf die B. AG übertragen werden; zudem enthielt das «Patent Assignment» folgende Erklärung: «I agree to sign all papers necessary to secure all said patents and rights, and request issuance of all such patents to said B. AG». Während seine zwei Miterfinder die Dokumente unterzeichneten, erklärte A. mit E-Mail vom 23. Juli 2013, er werde die Dokumente nicht unterzeichnen. Zur Begründung brachte er vor, er werde durch die Unterschrift in den USA möglicherweise passivlegitimiert für allfällige Forderungen. Zudem fragte er die B. AG an, wie sie ihn bezüglich der oben umschriebenen Bedenken schadlos zu halten gedenke. Mit Schreiben vom 23. August 2013 forderte die B. AG A. erneut zur Unterzeichnung der Dokumente auf. Sie liess zudem durch einen Patentanwalt ausführen, bei der Unterzeichnung des «Assignments» handle es sich lediglich um die Bestätigung des bereits erfolgten Rechtsübergangs und die Bestätigung der Eigenschaft als Miterfinder könne nicht zur Passivlegitimation führen.

Im folgenden Schriftenwechsel verweigerte A. die Unterzeichnung der Dokumente weiterhin und verlangte eine «Umtriebsentschädigung» in der Höhe von Fr. 123 000.–. Die B. AG bot ihrerseits an, seine entstandenen Anwaltskosten zu übernehmen. Um den Bedenken von A. hinsichtlich allfälliger gegen ihn erhobener Forderungen Rechnung zu tragen, teilte die Genossenschaft C., die 100% der Aktien der B. AG hält, am 29. November 2013 A. Folgendes mit: «Gerne können wir Ihnen hiermit eine rechtsverbindliche Erklärung abgeben, dass die B. AG Sie für einen – allfällig eintretenden – Schaden, der sich wider Erwarten aufgrund von Ansprüchen Dritter im Zusammenhang mit der Unterzeichnung der beiden für das US Patent and Trademark Office bestimmten Dokumente und der Eintragung des Patents in

den USA ergeben könnte, selbstverständlich vollumfänglich schadlos halten wird».

Am 14. Juli 2014 reichte die B. AG beim Bundespatentgericht ein Gesuch um Rechtsschutz in klaren Fällen ein und beantragte, es sei A. unter Androhung der Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB für den Zuwiderhandlungsfall und unter Androhung einer Ordnungsbusse von Fr. 1000.– für jeden Tag der Nichterfüllung zu verpflichten, das Dokument «Patent Assignment» gemäss Beilage 7 der Klage zu unterzeichnen. Mit Urteil vom 30. Oktober 2014 verpflichtete das Bundespatentgericht A. unter Androhung der Bestrafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall, das Dokument «Patent Assignment» innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils zu unterzeichnen und der B. AG zuzustellen. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 3. Dezember 2014 beantragt A. dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Bundespatentgerichts aufzuheben und auf das Gesuch der B. AG sei nicht einzutreten, eventualiter sei es abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 257 Abs. 1 ZPO. Die Vorinstanz sei zu Unrecht von einem unbestrittenen oder sofort beweisbaren Sachverhalt und einer klaren Rechtslage ausgegangen.

3.1 Das Gericht gewährt gemäss Art. 257 Abs. 1 ZPO «Rechtsschutz in klaren Fällen», wenn zum einen der Sachverhalt unbestritten oder sofort beweisbar (lit. a) und zum anderen die Rechtslage klar ist (lit. b). Mit Blick darauf, dass ein Urteil, mit dem nach Art. 257 ZPO Rechtsschutz gewährt wird, der materiellen Rechtskraft fähig ist, wird von der Klägerin verlangt, dass sie sofort den vollen Beweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen erbringt, so dass klare Verhältnisse herrschen (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 623; Urteil 4A_343/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.2, zur Publikation vorgesehen). Bestreitet die Gegenpartei die Tatsachen schlüssig, kann der schnelle Rechtsschutz in klaren Fällen nicht gewährt werden, da kein liquider Sachverhalt vorliegt. Eine klare Rechtslage ist gegeben, wenn sich die Rechtsfolge bei der Anwendung des Gesetzes unter Berücksichtigung der Lehre und Rechtsprechung ohne weiteres ergibt und damit die Rechtsanwendung zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Dagegen ist die Rechtslage nicht klar, wenn die Anwendung einer Norm einen Ermessens- oder Billigkeitsentscheid des Gerichts mit wertender Berücksichtigung der gesamten Umstände erfordert (BGE 138 III 123 E. 2.1.2 S. 126 mit Hinweisen; Urteil 4A_343/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.2, zur Publikation vorgesehen).

Für die Verneinung eines klaren Falles genügt es, dass der Beklagte substantiiert und schlüssig Einwendungen vorträgt, die in tatsächlicher Hinsicht nicht sofort widerlegt werden können und die geeignet sind, die bereits

gebildete richterliche Überzeugung zu erschüttern. Demgegenüber ist ein klarer Fall zu bejahen, wenn das Gericht aufgrund der Aktenlage zur Überzeugung gelangt, der Anspruch der Klägerin sei ausgewiesen und eine eingehende Abklärung der beklaglichen Einwände könne daran nichts ändern; offensichtlich unbegründete oder haltlose Bestreitungen des Anspruchs genügen für die Verneinung eines klaren Falles nicht (BGE 138 III 620 E. 5.1.1 S. 621 ff. mit Hinweisen).

3.2 Was den Sachverhalt angeht, so ist zwischen den Parteien unbestritten, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdegegnerin an einer Erfindung beteiligt war und dass diese als Dienstleistung der Beschwerdegegnerin zusteht. Unbestritten ist weiter, dass die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit einer US-Patentanmeldung die Unterzeichnung des Dokuments «Patent Assignment» verlangt, welches den folgenden Wortlaut beinhaltet: «I agree to sign all papers necessary to secure all said patents and rights, and request issuance of all such patents to said B. AG.» Nach den vorinstanzlichen Feststellungen konnte die Beschwerdegegnerin sofort beweisen, dass die Englischkenntnisse des Beschwerdeführers ausreichen, um das Dokument zu verstehen. Der Beschwerdeführer bestreitet zwar, dass die Beschwerdegegnerin seine Unterschrift überhaupt benötige, da diese ausgeführt habe, die Patentanmeldung könne auch ohne seine Mitwirkung weitergeführt werden. Er anerkennt aber, dass das Nichtleisten der Unterschrift der Beschwerdegegnerin (nach deren Ansicht unnötige) Umtriebe machen würde. Der Beschwerdeführer bestreitet auch nicht, dass er eine Erklärung erhalten hat, wonach die Beschwerdegegnerin ihn «für einen – allfällig eintretenden – Schaden, der sich wider Erwarten aufgrund von Ansprüchen Dritter im Zusammenhang mit der Unterzeichnung der beiden für das US Patent and Trademark Office bestimmten Dokumente und der Eintragung des Patents in den USA ergeben könnte, selbstverständlich vollumfänglich schadlos halten» werde. Damit liegt ein weitgehend unbestrittener und im Übrigen sofort bewiesener Sachverhalt i.S.v. Art. 257 Abs. 1 lit. a ZPO vor.

3.3.

3.3.1 Der Beschwerdeführer bestreitet indessen eine klare Rechtslage (Art. 257 Abs. 1 lit. b ZPO). Erstens sei die Tragweite des «Patent Assignments» ungewiss. Ihm werde darin in bewusst unbestimmter Weise die Pflicht auferlegt, gegebenenfalls auch in Zukunft weitere Dokumente zu unterzeichnen. Die rechtlichen Folgen würden sich auf US-amerikanisches Recht stützen und könnten nicht mit Bestimmtheit eingeschätzt werden. Zweitens sei unklar, ob ihn überhaupt eine rechtliche Verpflichtung zur Unterzeichnung des «Patent Assignments» treffe. Eine solche Verpflichtung würde sich gegebenenfalls aus der allgemeinen Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR ergeben; diese verlange aber stets eine Interessenabwägung, denn die Interessen des Arbeitgebers könnten durch die Interessen des Arbeitnehmers beschränkt werden. Die Abwägung im Einzelfall gebe dem Richter ein erhebliches Ermessen. Die Vorinstanz habe seine Ausführungen dazu

schlicht übergangen und sei nicht auf die Frage eingegangen, weshalb im konkreten Einzelfall die Treuepflicht eine Unterzeichnung des «Patent Assignments» gebiete. Damit habe die Vorinstanz nicht nur Art. 257 ZPO, sondern auch Art. 9 BV (Willkürverbot) und Art. 29 BV (rechtliches Gehör) verletzt.

3.3.2 Die Vorinstanz hat ausgeführt, zum Recht an einer Erfindung gehöre auch, diese irgendwo in der Welt zum Patent anzumelden. Nach der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a OR) sei der Arbeitnehmer im Rahmen des Zumutbaren gehalten, den Arbeitgeber beim Schutzrechtserwerb zu unterstützen. Diese Pflicht erstreckte sich auch auf die Ausarbeitung der Anmeldung eines Patents. Der Arbeitnehmer sei verpflichtet, Dokumente zu unterzeichnen, die der Arbeitgeber zum Erwerb des Patentrechts im In- oder Ausland benötige. Die Pflicht, die Erfindung dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen, dauere nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses fort. Mit Unterzeichnung des «Patent Assignments» bestätige der Beschwerdeführer nicht mehr als das, was er bereits mündlich und schriftlich bestätigt habe, nämlich, dass alle Rechte betreffend das erwähnte Patent der Beschwerdegegnerin zustünden. Er müsse allenfalls weitere erforderliche Dokumente unterzeichnen, mit denen er dasselbe bestätige. Im Übrigen habe der Beschwerdeführer auf sein Verlangen eine verbindliche Erklärung erhalten, wonach die Beschwerdegegnerin ihn für jegliche Ansprüche Dritter, die sich aus der Unterzeichnung der beiden Dokumente und der Eintragung des Patents in den USA ergeben könnten, schadlos halten werde. Ein Bestehen weiterer, nicht abgedeckter Risiken mache er nicht geltend. Damit sei die Rechtslage klar.

3.3.3 Diese Ausführungen genügen den Anforderungen an die Begründungspflicht. Die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV) fließende Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, verlangt nicht, dass diese sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 140 II 262 E. 6.2 S. 274; 137 II 266 E. 3.2 S. 270; 136 V 351 E. 4.2 S. 355). Die Vorinstanz ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers auf den konkreten Fall und seine Interessen und Bedenken eingegangen. Sie kam zum Schluss, er habe einzig zu bestätigen, was ohnehin unbestrittenermassen gelte, und er würde bei allfällig eintretendem Schaden schadlos gehalten; weitere, nicht abgedeckte Risiken mache er nicht geltend. Damit hat die Vorinstanz begründet, weshalb die Treuepflicht im konkreten Fall die Unterzeichnung des «Patent Assignments» gebiete. Inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfallen sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers sind somit unbegründet.

3.3.4 Nach Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Ob sich aus dieser allgemeinen Treuepflicht eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Mitwirkung bei der Anmeldung seiner Erfindung zum Patent ergibt, hatte das Bundesgericht

zwar bis anhin nicht zu entscheiden. In der Lehre ist dies indessen zu Recht unbestritten (GEORG FRIEDRICH KRAYER, Immaterialgüterrechtliche Erzeugnisse von Personen im Arbeitsverhältnis, 1970, S. 176; PETER MOSIMANN/THOMAS GRAF, Arbeitnehmererfindungen, in: Schweizerisches und europäisches Patentrecht, 2002, N. 21.27; WOLFGANG PORTMANN, Die Arbeitnehmererfindung, 1986, S. 71; ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Band II, 3. Aufl., 1971, S. 642). Andernfalls könnte der Arbeitgeber Dienst-erfindungen, die ihm gemäss Art. 332 Abs. 1 OR zustehen, gar nicht sinnvoll nutzen. Aus diesem Grund besteht die Pflicht zur Mitwirkung auch über das Arbeitsverhältnis hinaus, wenn wie hier bei einer Patentanmeldung eine Erklärung des Erfinders verlangt wird.

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz hätte eine Interessenabwägung vornehmen sollen, was sich per se nicht mit dem Verfahren nach Art. 257 ZPO vertrage. Er verkennt dabei, dass die Vorinstanz durchaus auf seine Vorbringen eingegangen ist (vgl. soeben E. 3.3.3). Sie hat dabei zu Recht berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer eine Schadloshaltungserklärung für allfällig eintretenden Schaden erhalten hat. Weitere Risiken machte der Beschwerdeführer vor der Vorinstanz gemäss deren Feststellungen nicht geltend und er bringt auch im bundesgerichtlichen Verfahren nicht schlüssig vor, dass weitere schutzwürdige Interessen bestünden, die gegen eine Pflicht zur Unterzeichnung des «Patent Assignments» sprechen würden. Damit bedarf es vorliegend nicht einer umfassenden Interessenabwägung; aus Art. 321a Abs. 1 OR ergibt sich vielmehr ohne weiteres, dass der Beschwerdeführer zur Unterzeichnung des «Patent Assignments» verpflichtet ist. Die Vorinstanz hat somit Art. 257 Abs. 1 ZPO nicht verletzt, indem sie dessen Voraussetzungen als erfüllt betrachtete (vgl. auch Urteil 4A_343/2014 vom 17. Dezember 2014 E. 3.3 i.V.m. E. 3.1, zur Publikation vorgesehen).

4.

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

Bundesgericht, Urteil vom 21. April 2015, Doss.-Nr. 4D_8/2015 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. November 2014)

Temporäre Arbeitseinsätze als Lastwagenfahrer; Willkürverbot, Art. 9 BV; Anspruch auf ein gerechtes Verfahren und auf rechtliches Gehör, Art. 29 Abs. 1 und 2 BV; neue Tatsachen und Beweismittel, Art. 229 und 317 ZPO. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Möglichkeit der Parteien, Noven vorzubringen, abschliessend. Demnach ist im Berufungsverfahren eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime im erstinstanzlichen Verfahren Noven bis zur Urteilsberatung vorgetragen werden können, ausgeschlossen (E. 2.2).

Sachverhalt:

B. (Beschwerdegegner) leistete ab September 2010 aufgrund einer mündlichen Vereinbarung mit der A. GmbH (Beschwerdeführerin) temporäre Arbeitseinsätze als Lastwagenfahrer für die A. GmbH bzw. deren Firmenkunden und für Firmenkunden der mit der A. GmbH zusammen arbeitenden C. AG. Der Geschäftsführer der A. GmbH teilte B. jeweils mit, wo und wann er sich einzufinden habe, um die Lastwagenfahrten auszuführen. B. liess der A. GmbH jeweils Ende Monat eine Aufstellung der erbrachten Arbeitsstunden zukommen, die von der A. GmbH entsprechend dem vereinbarten Stundenansatz von Fr. 30.– zu vergüten waren. Die A. GmbH bezahlte B. weniger, als ihr dieser auf der Grundlage seiner Stundenaufstellung in Rechnung gestellt hatte. B. macht diesen nicht bezahlten Betrag von insgesamt Fr. 9293.– (entsprechend Fr. 700.– für Januar 2012, Fr. 255.– für Juni 2012 und Fr. 8338.– für die Monate August bis Oktober 2012) sowie einen Anspruch auf Kinderzulagen von Fr. 4000.– geltend.

Am 30. April 2013 beantragte B. dem Arbeitsgericht Bremgarten, die A. GmbH sei zur Zahlung von Fr. 13 293.– nebst Zins zu 5% seit dem 3. November 2012 zu verpflichten. Am 18. November 2013 hiess das Arbeitsgericht die Klage gut. Die A. GmbH erhob Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau und verlangte die vollumfängliche Abweisung der Klage. Mit Entscheid vom 18. November 2014 hiess das Obergericht die Berufung teilweise gut und reduzierte den B. zugesprochenen Betrag von Fr. 13 293.– um Fr. 700.– sowie um Fr. 4000.– auf Fr. 8593.– nebst Zins zu 5% seit dem 3. November 2012. Bezüglich dieser beiden Beträge wies es die Klage ab, soweit es darauf eintrat (Ziff. 1). Im Übrigen wies es die Berufung ab (Ziff. 2). Der erste Betrag von Fr. 700.– betraf einen Abzug, den die A. GmbH wegen eines von B. verursachten Schadens vorgenommen hatte. Anders als das Arbeitsgericht erachtete das Obergericht diesen Abzug für berechtigt und liess ihn zu. Der zweite Betrag von Fr. 4000.– betraf die Beurteilung des geltend gemachten (öffentlich-rechtlichen) Anspruchs auf Kinderzulagen, wofür dem Arbeitsgericht gemäss Obergericht die Zuständigkeit fehlte. Die A. GmbH beantragt mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde, es seien die Ziffern 1 und 2 des obergerichtlichen Entscheids aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin rügt «eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts (Art. 9 BV i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. b und 56 ZPO)» sowie die Verletzung des Anspruchs auf ein gerechtes Verfahren und auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 1 und 2 BV).

2.1 Sie rügt, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung, ob das Verhältnis der Parteien als Auftrag oder Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sei, die im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen nicht berücksichtigt.

Die Vorinstanz schützte die erstinstanzliche Qualifikation des Parteiverhältnisses als Arbeitsvertrag. Dabei wies sie die erstmals im Berufungsverfahren eingereichten Dokumente betreffend den Limousinenverband und den Bericht des Tagesanzeigers vom 16. März 2009 als unzulässige Noven zurück, da die Beschwerdeführerin nicht dargetan habe, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, diese bereits im erstinstanzlichen Verfahren zu verurkunden. Als neu und damit unbeachtlich betrachtete die Vorinstanz ferner die Behauptungen der Beschwerdeführerin, sie habe den Beschwerdegegner nie selber beschäftigt, sondern ihm einzig Aufträge als «Unterakkordant» für die im Personalverleih tätige C. AG vermittelt, in deren Dienst er gestanden habe, sowie, sie habe dem Beschwerdegegner irrtümlich Sozialversicherungsbeiträge ausbezahlt, weil sie ihn für einen Selbständigerwerbenden gehalten habe.

2.2 Das Bundesgericht hat im Jahr 2012 in einem publizierten Entscheid festgehalten, dass Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit der Parteien, Noven vorzubringen, abschliessend regelt, und demnach im Berufungsverfahren eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime im erstinstanzlichen Verfahren Noven bis zur Urteilsberatung vorgetragen werden können, ausgeschlossen ist (BGE 138 III 625 E. 2.1 und 2.2). Für eine Änderung dieser Rechtsprechung besteht kein Anlass.

Im Lichte dieser Rechtsprechung kann der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein. Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzutun, dass die angerufenen verfassungsmässigen Rechte ihr einen Anspruch auf Berücksichtigung der genannten Noven im Berufungsverfahren einräumen würden. Die Rügen sind durchwegs unbegründet, soweit sie überhaupt als rechtsgenügend motiviert betrachtet werden können. Die Vorinstanz ging in Übereinstimmung mit der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung korrekt vor und verletzte keine verfassungsmässigen Rechte der Beschwerdeführerin, indem sie die neuen Beweismittel und Behauptungen ausschloss. Im Übrigen ging sie auf die beiden neu vorgetragenen Behauptungen und insbesondere auf den in diesem Zusammenhang geltend gemachten Anspruch aus ungegerechtfertigter Bereicherung gleichwohl materiell ein. Die Beschwerdeführerin zeigt in dieser Hinsicht keine Willkür auf. Gleiches gilt betreffend die erstmals im Berufungsverfahren vorgetragene Behauptung, dass die D. als Kunde der C. AG die vom Beschwerdegegner aufgeschriebenen Stunden nicht akzeptiert und nicht bezahlt habe. Auch die hierzu von der Beschwerdeführerin vorgetragenen Rügen gegen die vorinstanzliche Erwägung 5 verfangen nicht, soweit sie überhaupt genügend begründet sind.

2.3 Die Beschwerdeführerin zeigt sodann auch keine willkürliche Anwendung von Art. 317 ZPO auf, indem sie geltend macht, die Noven hätten trotz zumutbarer Sorgfalt im erstinstanzlichen Verfahren mangels anwaltli-

cher Vertretung nicht vorgebracht werden können. Die Novenschanke gemäss Art. 317 ZPO gilt unabhängig vom Umstand, ob sich eine Partei erstinstanzlich von einem Rechtsanwalt vertreten liess oder nicht. Denn auch im letzteren Fall hat die novenwillige Partei das Nichtvorbringen vor erster Instanz sich selber zuzuschreiben (siehe REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], 2. Aufl., 2013, N. 63 zu Art. 317 ZPO).

2.4 Schliesslich verfehlt die Beschwerdeführerin die Begründungsanforderungen, wenn sie ohne nähere Darlegung der Vorinstanz vorwirft, die Klagebeilage 5 nicht berücksichtigt zu haben, aber nicht mit Aktenhinweisen belegt, die entsprechenden Behauptungen schon vor der Vorinstanz vorgebracht zu haben. Auch in diesem Zusammenhang erhebt sie keine hinlängliche Willkürzüge.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bundesgericht, Urteil vom 29. April 2015, Doss.-Nr. 4A_680/2014 (Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2014)

Krankentaggeld; Rückforderung wegen Versicherungsbetrug? Die in der Kündigungsfrist vollständig arbeitsunfähig gewordene Arbeitnehmerin erhielt von der Versicherung während ca. 20 Monaten Krankentaggelder von insgesamt Fr. 124 668.– ausbezahlt. Hinsichtlich der Frage des Versicherungsbetrugs ist entscheidungsrelevant, ob die ehemalige Arbeitnehmerin vor dem Zeitpunkt, zu dem die Versicherung ihre Leistungen nach dem vermuteten Versicherungsbetrug per sofort einstellte, blossere Vorbereitungsaktionen für eine spätere Aufnahme einer Erwerbstätigkeit traf oder bereits Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfing. Es reicht nämlich für die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG (betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches) nicht aus, dass die Anspruchsberechtigte blossere Vorbereitungsaktionen für die spätere Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit trifft und diese Vorbereitungsaktionen nicht mitteilt. Aufhebung des Entscheids und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (E. 4.3, 4.6).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmerin, Beklagte, Beschwerdeführerin) arbeitete seit Dezember 2003 im Vollzeitpensum bei der C. AG (Arbeitgeberin) als Geschäftsleiterin des Gesundheits- und Wellnessbereichs im Einkaufszentrum

C. in U. Sie war durch ihre Arbeitgeberin bei der Versicherung B. AG (Klägerin, Beschwerdegegnerin) für ein Taggeld von monatlich Fr. 7000.– nach VVG kollektiv krankentaggeldversichert. Mit Schreiben vom 25. Januar 2011, überreicht am 26. Januar 2011, kündigte die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag mit der Arbeitnehmerin per 31. März 2011. Am 1. April 2011 meldete die Arbeitgeberin der Versicherung B. AG gestützt auf ein ärztliches Zeugnis vom 25. Februar 2011 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerin ab dem 7. Februar 2011. Die volle Arbeitsunfähigkeit wurde in der Folge bis Dezember 2012 wiederholt bestätigt. Eine volle Arbeitsunfähigkeit wurde auch von anderer medizinischer Seite bestätigt. Die Versicherung B. AG erbrachte vom 7. Februar 2011 bis 30. September 2012 Krankentaggeldzahlungen von insgesamt Fr. 124 668.–. Am 23. August 2011 meldete die Versicherung B. AG die Arbeitnehmerin bei der IV-Stelle Schwyz zum Bezug von IV-Leistungen an. Mit Vorbescheid vom 12. März 2012 verneinte die IV-Stelle Schwyz einen Leistungsanspruch, weil keine Invalidität im Sinne von Art. 8 ATSG bestehe. Die Versicherung B. AG liess aufgrund einer Mitteilung der vormaligen Arbeitgeberin, die Arbeitnehmerin übe trotz voller Arbeitsunfähigkeit eine selbstständige Tätigkeit im Bereich Kosmetik aus, Nachforschungen anstellen. Gemäss diesen Abklärungen ging die Arbeitnehmerin einer Tätigkeit als Kosmetikerin in einer von ihr gemieteten Wohnung in Zürich nach und bildete auch eine Lehrtochter aus. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 stellte die Versicherung B. AG deshalb ihre Leistungen per sofort ein. Mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 informierte die Versicherung B. AG die Arbeitnehmerin über die Abklärungsergebnisse und teilte ihren «Entscheid abschliessend mit»; die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien rückzahlungspflichtig. Mit Verfügung vom 25. Februar 2013 verweigerte die IV-Stelle Schwyz der Arbeitnehmerin sämtliche IV-Leistungen, weil sie weder die IV-Stelle noch die sie behandelnden Ärzte «wahrheitsgetreu informiert und (...) damit in grober Art und Weise ihre Melde- und Mitwirkungspflicht verletzt und zu Unrecht versucht (hatte), IV-Leistungen zu erwirken».

Mit Klage vom 18. Dezember 2013 gegen die Arbeitnehmerin betreffend «Rückforderung von Versicherungsleistungen aus Taggeld nach VVG» beantragte die Versicherung B. AG dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, die Arbeitnehmerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 124 668.– zu bezahlen, zuzüglich Verzugszinsen von 5% seit dem 3. Dezember 2012. Mit Urteil vom 16. Oktober 2014 wurde die Klage gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 124 668.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 3. Dezember 2012 zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2014 sei aufzuheben und auf die Klage sei nicht einzutreten.

Aus den Erwägungen:

4.

Gegenstand des Verfahrens bildet ein Rückforderungsanspruch der Beschwerdegegnerin gestützt auf Art. 40 VVG in der Höhe von Fr. 124 668.–, welcher von der Beschwerdeführerin nach wie vor bestritten wird. Sie rügt eine Verletzung von Art. 152 ZPO i.V.m. Art. 29 BV sowie eine Verletzung von Art. 60 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 146 StGB sowie von Art. 40 VVG, und beantragt, die Streitsache sei zur Einvernahme der beantragten Zeugen Dr. D., E. und F. zurückzuweisen bzw. die Klage sei abzuweisen.

4.1 Die Vorinstanz prüfte zunächst, ob der Rückforderungsanspruch der Beschwerdegegnerin für bereits erbrachte Leistungen verjährt sei. Dabei hielt sie unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass derartige Ansprüche bereicherungsrechtlichen Grundsätzen unterliegen und damit gemäss Art. 67 OR innerhalb eines Jahres verjähren würden. Aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin spätestens am 3. Dezember 2012 Kenntnis des ihr zustehenden Rückforderungsanspruches gehabt habe, sei ihre Klageanhebung am 18. Dezember 2013 nach der einjährigen bereicherungsrechtlichen Verjährungsfrist erfolgt. Sei die Bereicherung jedoch aufgrund einer strafbaren Handlung entstanden, trete in analoger Anwendung von Art. 60 Abs. 2 OR die Verjährung der Kondiktion solange nicht ein, als auch der Strafanspruch nicht verjährt sei.

Entsprechend prüfte die Vorinstanz ob eine strafbare Handlung bzw. ein Betrug i.S.v. Art. 146 StGB vorliege: Dabei hielt sie fest, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin seit November 2011 eine 4,5-Zimmer-Wohnung miete, darin ein Kosmetikstudio betreibe und seit August 2012 eine Lehrtochter beschäftige. Die Beschwerdeführerin habe es jedoch mit Wissen und Willen, zumindest jedoch eventualvorsätzlich unterlassen, dies ihren behandelnden Ärzten – welche ihr allesamt eine volle Arbeitsunfähigkeit attestierten – mitzuteilen. Dieses arglistige Vorgehen habe zur Folge gehabt, dass sich die Beschwerdegegnerin über ihre Leistungspflicht im Irrtum befunden habe, da ihrerseits kein Anlass bestanden habe, an der attestierten Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin zu zweifeln. Entsprechend sei die Beschwerdegegnerin durch die ungerechtfertigte Zahlung der Taggelder in ihrem Vermögen geschädigt worden. Damit seien alle Tatbestandsmerkmale von Art. 146 Abs. 1 StGB erfüllt, womit die längere strafrechtliche Verjährungsfrist von 15 Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB) zur Anwendung komme, der Rückforderungsanspruch der Beschwerdegegnerin somit nicht verjährt sei.

4.2 Als dann prüfte die Vorinstanz, ob der Beschwerdegegnerin einen Rückforderungsanspruch gestützt auf Art. 40 VVG zustehe: Dabei hielt die Vorinstanz im Wesentlichen fest, es sei nicht glaubhaft, dass die Beschwerdeführerin vor dem 2. Dezember 2012 keine Kunden in ihrem Kosmetikstudio empfangen habe. Sie habe Angaben (namentlich die Miete einer Wohnung zum Zwecke des Betriebes eines Kosmetikstudios, ihre Registrierung

beim Mittelschul- und Berufsbildungsamt, die Anstellung und Ausbildung einer Lehrtochter) verschwiegen, welche für die Beurteilung der Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin von hoher Relevanz gewesen seien. Diese beruflichen Vorgehen der Beschwerdeführerin seien nur mit Nachforschungen der Beschwerdegegnerin entdeckt worden. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin dieselben Angaben auch gegenüber den sie beurteilenden Ärzten verschwiegen habe, wie aus dem Fehlen jeglichen Hinweises auf die erwähnten beruflichen Vorgehen der Beschwerdeführerin in den Arztberichten unweigerlich zu schliessen sei, belege, dass die Angaben zum Zwecke der Täuschung unterlassen worden seien. Unter Berücksichtigung, d.h. in Kenntnis dieser Vorgehen der Beschwerdeführerin, hätte keine oder jedenfalls nur eine verminderte Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin bestanden. Die Beschwerdegegnerin sei daher berechtigterweise gestützt auf Art. 40 VVG vom mit der Beschwerdeführerin geschlossenen Krankentaggeldversicherungsvertrag zurückgetreten, da sie daran nicht mehr gebunden gewesen sei.

4.3 Wie die Vorinstanz festgehalten hat, bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, dass sie seit dem 16. November 2011 in Zürich eine 4,5-Zimmer-Wohnung mietet, deren Nutzung als Kosmetikstudio im Mietvertrag explizit erwähnt wurde. Ebenso wenig bestreitet sie, dass sie sich beim Mittelschul- und Berufsbildungsamt, Abteilung Betriebliche Bildung, hat registrieren und sie seit dem 10. August 2012 offiziell eine Lehrtochter in ihrem Betrieb hat eintragen lassen. Mit ihrer Beschwerde macht sie aber hauptsächlich geltend, in der fraglichen Zeit keine Kundinnen empfangen zu haben, weshalb weder der Tatbestand des Betrugs erfüllt, noch ein Fall von Art. 40 VVG gegeben sei.

Dabei bringt sie zu Recht vor, dass Art. 40 VVG nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (JÜRGEN, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N. 16 zu Art. 40 VVG; vgl. auch Urteil 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.1). Für die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG reicht es somit nicht, dass die Beschwerdeführerin bloss Vorbereitungshandlungen für die spätere Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit trifft und diese Vorbereitungshandlungen nicht mitteilt. Vielmehr müsste sie während der Leistungsdauer der Beschwerdegegnerin tatsächlich eine (neue) Erwerbstätigkeit aufgenommen haben und dieser nachgehen, wenn auch nur teilweise. Nur dies würde die Beschwerdegegnerin berechtigen, vom Vertrag zurückzutreten und das Geleistete zurückverlangen. So ist es auch für die Annahme des Betrugstatbe-

stands von entscheidender Bedeutung, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich gearbeitet und entsprechend Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfangen hat oder nicht. Denn nur wenn dies bejaht werden kann, kann ihr vorgeworfen werden, absichtlich oder zumindest eventualvorsätzlich Tatsachen verschwiegen zu haben, welche bei der Beschwerdegegnerin einen Irrtum über ihre Leistungspflicht hervorgerufen haben und sie durch Bezahlung der (ungeschuldeten) Taggeldleistungen in ihrem Vermögen geschädigt wurde.

Entscheidrelevant ist somit – sowohl hinsichtlich der Frage, ob der Rückerstattungsanspruch der Beschwerdegegnerin verjährt ist, als auch, ob dieser überhaupt ein Rückerstattungsanspruch zusteht –, ob die Beschwerdeführerin mit der Miete der Wohnung sowie der Anstellung einer Lehrtochter blossse Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf eine spätere (Wieder-) Aufnahme einer Erwerbstätigkeit getroffen hat, oder ob sie tatsächlich einer Erwerbstätigkeit als Kosmetikerin nachgegangen ist. Als Stichtag hat dabei – anders als dies die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin angenommen haben – nicht der 2. Dezember 2012, sondern der 25. Oktober 2012 zu gelten, Tag an welchem die Beschwerdegegnerin ihre Leistungen per sofort einstellte.

4.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, bei Abnahme ihrer im vorinstanzlichen Verfahren beantragten Zeugen – namentlich der Einvernahme von Dr. D., F. sowie E. – hätte sich einerseits ergeben, dass sie ihre behandelnden Ärzte über ihre Wiedereingliederungsbemühungen informiert habe und andererseits, dass sie vor dem 2. Dezember 2012 keine Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfangen habe. Bei prozesskonformer Abnahme dieser tauglichen Beweise hätte sich ergeben, dass der Tatbestand des Betrugs nach Art. 146 StGB nicht erfüllt sei, womit der Anspruch der Beschwerdegegnerin nach Art. 67 OR verjährt und überdies kein Fall von Art. 40 VVG gegeben sei.

4.4.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, mit erheblichen Beweisen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 135 I 187 E. 2.1 S. 190; 129 II 497 E. 2.2 S. 504 f.; 127 I 54 E. 2b S. 56; 124 I 241 E. 2 S. 242). Das Recht auf Beweis hindert freilich das Gericht nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und willkürfrei davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148; 131 I 153 E. 3 S. 157; 130 II 425 E. 2.1 S. 429; 122 II 464 E. 4a S. 469).

Nach dem Gesagten könnte ein tauglicher Beweis somit nur insoweit angenommen werden, als dieser geeignet wäre zu beweisen, dass die Be-

schwerdeführerin vor dem 25. Oktober 2012 keiner Tätigkeit als Kosmetikerin nachgegangen ist.

4.4.2 Hinsichtlich der Einvernahme von Dr. D. bringt die Beschwerdeführerin vor, dieser hätte aussagen können, dass er über die Miete der fraglichen Wohnung für den allfälligen späteren Betrieb eines Kosmetikstudios und ihre aus Eigeninitiative aufgenommenen Wiedereingliederungsbemühungen ausdrücklich informiert gewesen sei und ihr dennoch eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert habe. Entsprechend hätte die Vorinstanz bei Abnahme dieses Beweismittels, nicht allein gestützt darauf, dass in den medizinischen Akten offenbar kein Hinweis auf ihre Wiedereingliederungshandlungen zu finden gewesen sei, auf ein arglistiges Vorgehen bzw. täuschendes Verhalten der Beschwerdeführerin schliessen können, wonach sie Tatsachen absichtlich verschwiegen hätte.

Dabei handelt es sich jedoch nicht um einen tauglichen Beweis, womit der Vorinstanz keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorgeworfen werden kann. Wie die Beschwerdeführerin nämlich selber vorbringt, hätte Dr. D. bloss bezeugen können, dass er über die «Vorkehren» der Beschwerdeführerin hinsichtlich eines «allfällig späteren Betriebs» informiert gewesen sei und entsprechend über die «Wiedereingliederungsbemühungen» der Beschwerdeführerin hätte Auskunft geben können. Auf diese kommt es jedoch nach dem Gesagten nicht an, womit die Einvernahme von Dr. D. keine entscheidungsrelevanten Erkenntnisse gebracht hätte.

4.4.3 In Bezug auf die Einvernahme der beiden beantragten Zeugen F. sowie E. bringt die Beschwerdeführerin vor, diese hätten bestätigen können, dass die Beschwerdeführerin vor dem 2. Dezember 2012 keine Kundinnen in ihrer als Kosmetikstudio gemieteten Wohnung empfangen habe, da ihr dies aufgrund ihrer immer noch andauernden Arbeitsunfähigkeit nicht möglich gewesen sei. Dabei handelt es sich insoweit um grundsätzlich taugliche Beweise, da diese ausdrücklich zur Tätigkeit der Beschwerdeführerin als solche beantragt wurden.

4.4.3.1 Hinsichtlich der Einvernahme von F. macht die Beschwerdeführerin geltend, diese hätte bezeugen können, dass «weder F. alleine unter Aufsicht der [Beschwerdeführerin], noch die [Beschwerdeführerin] alleine, noch die [Beschwerdeführerin] und F. zusammen» je Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfangen hätten. Aus ihrer Klageantwort, auf welche die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde verweist, geht jedoch hervor, dass F. «mitnichten ein volles Lehrpensum bei der [Beschwerdeführerin] absolvierte, sondern vielmehr einen grossen Teil der Zeit fehlte». Damit bringt die Beschwerdeführerin selber vor, dass F. nicht täglich in ihrer als Kosmetikstudio gemieteten Wohnung anwesend war, womit diese auch nicht bezeugen kann, ob die Beschwerdeführerin während ihrer Abwesenheit Kundinnen betreut hat oder nicht. Dies ist jedoch von entscheidungsrelevanter Bedeutung, da Art. 40 VVG bereits dann zur Anwendung kommt und der Beschwerdegegnerin somit ein Rückforderungsanspruch zusteht, wenn die Beschwerdeführerin auch nur teilweise einer Erwerbstätigkeit nachgegangen

gen wäre. Entsprechend handelt es sich bei der beantragten Einvernahme von F. nicht um einen tauglichen Beweis, womit der Vorinstanz keine Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV vorgeworfen werden kann.

4.4.3.2 Ebenso wenig ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ersichtlich, insoweit die Vorinstanz auch den beantragten Zeugen E. nicht einvernommen hat. Denn weder aus der Beschwerde noch aus dem Verweis der Beschwerdeführerin auf ihre Klageantwort geht hervor, um wen es sich dabei handelt und weshalb dieser hätte bezeugen können, dass die Beschwerdeführerin vor dem 25. Oktober 2012 keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Die Beschwerdeführerin begnügt sich damit vorzubringen, dass dieser ein «guter Bekannter» sei und sie «während ihrer ganzen Krankheit begleitet» habe, weshalb dieser beweisen könne, dass die Beschwerdeführerin «nie Kundinnen in der fraglichen Wohnung in Zürich empfangen habe und dort nicht erwerbstätig gewesen sei». Weitere Ausführungen, weshalb dieser Zeuge als «guter Bekannter» dies hätte bezeugen können, fehlen jedoch vollumfänglich; so begründet die Beschwerdeführerin nicht, wann und wohin er sie während dieser Zeit «begleitet» hat, noch weshalb dieser bezeugen könnte, dass die Beschwerdeführerin während dieser Zeit aufgrund ihrer Arbeitsunfähigkeit keiner Erwerbstätigkeit hat nachgehen können.

4.5 Die Rüge der Verletzung von Art. 152 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 2 BV erweist sich somit als unbegründet. Von einer Rückweisung der Angelegenheit zur Einvernahme der beantragten Zeugen, kann somit abgesehen werden.

4.6 Eine Rückweisung drängt sich jedoch aus einem anderen Grund auf:

Nach dem Gesagten (vgl. E. 4.3 hiavor) ist es sowohl hinsichtlich der Frage der Verjährung als auch der Frage des Versicherungsbetrugs entscheiderelevant, ob die Beschwerdeführerin vor dem 25. Oktober 2012 Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfangen hat oder ob sie blossе Vorbereitungshandlungen auf eine spätere Aufnahme einer Erwerbstätigkeit getroffen hat. Dies geht aus dem angefochtenen Urteil nicht oder jedenfalls nicht eindeutig hervor. Vielmehr scheint die Vorinstanz beides zu vermischen:

So hält die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Prüfung des Betrugsstatbestands fest, es habe für die Beschwerdegegnerin angesichts der (weitestgehend) übereinstimmenden Arztzeugnisse kein Anlass bestanden, an der der Beschwerdeführerin attestierten Arbeitsunfähigkeit zu zweifeln, und bei ihr allfällige spezifische Nachforschungen über die Aufnahme einer Tätigkeit oder auch nur über eine diesbezügliche Absicht anzustellen. Weiter hielt sie fest, indem die Beschwerdeführerin es unterliess, der Beschwerdegegnerin sowie den sie behandelnden Ärzten die Wohnungsmiete sowie ihre Registrierung als Auszubildende und jene der Lehrtochter zu melden, sei dies als arglistiges Vorgehen zu qualifizieren. Auch im Zusammenhang mit der Prüfung von Art. 40 VVG geht die Vorinstanz davon aus, dass das Verschweigen von Angaben (Miete, etc.) bzw. der beruflichen Vorkehrungen der Beschwerdegegnerin für die Beurteilung der Leistungspflicht der Beschwer-

degegnerin von hoher Relevanz gewesen sei, wobei in Kenntnis dieser Vorkehren keine oder jedenfalls nur eine verminderte Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin bestanden hätte. Andersherum führt die Vorinstanz sodann wieder aus, dass mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden könne, dass die Beschwerdeführerin die Wiederaufnahme einer Tätigkeit als Kosmetikerin konkretisiert habe und diese nicht nur beabsichtigt gewesen sei.

Das angefochtene Urteil lässt somit offen, worauf die Vorinstanz bei der Prüfung von Art. 146 StGB bzw. Art. 60 Abs. 2 OR sowie von Art. 40 VVG abstellt. Diesbezüglich erlaubt die vorinstanzliche Begründung dem Bundesgericht nicht zu prüfen, ob die Vorinstanz das Recht korrekt angewendet hat. Nach Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG müssen Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art enthalten. Aus dem Entscheid muss klar hervorgehen, von welchem festgestellten Sachverhalt die Vorinstanz ausgegangen ist und welche rechtlichen Überlegungen sie angestellt hat. Nur so kann das Bundesgericht die korrekte Rechtsanwendung im Einzelfall überprüfen (BGE 135 II 145 E. 8.2 S. 153 mit Hinweisen). Einen Entscheid, der diesen Anforderungen nicht genügt, kann das Bundesgericht an die kantonale Behörde zur Verbesserung zurückweisen oder aufheben (Art. 112 Abs. 3 BGG).

4.7 Die Argumentation der Vorinstanz ist nach dem Gesagten nicht klar und teilweise nicht nachvollziehbar. Der angefochtene Entscheid verfehlt damit die Anforderungen von Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG und ist in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese einen neuen Entscheid trifft, der den Anforderungen an Art. 112 Abs. 1 BGG genügt. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorgehen der Beschwerdeführerin einzugehen.

5.

Damit erweist sich die Beschwerde im Eventualantrag als begründet. Sie ist dementsprechend teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihren Begehren somit nur teilweise durch. Da zum jetzigen Zeitpunkt noch ungewiss ist, in welchem Umfang sie in der Sache obsiegen wird, erscheint es gerechtfertigt, die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 16. Oktober 2014 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 4. Mai 2015, Doss.-Nr. 8C_298/2014 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 10. März 2014)

Öffentliches Personalrecht; Besoldung; allgemeines Rechtsgleichheitsgebot, Art. 8 Abs. 1 BV. Der Anspruch auf gleiche Entlöhnung von Mann und Frau ist aufgrund der Spezialnorm von Art. 8 Abs. 3 BV sowie des Gleichstellungsgesetzes als subjektives Individualrecht ausgestaltet, sodass bei Nachweis einer ungerechtfertigten Diskriminierung ein direkter Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Lohn, der im Rahmen der Verjährungsregeln auch rückwirkend geltend gemacht werden kann, besteht. Dagegen gilt bei ungleichen Besoldungen, die nicht geschlechtsspezifisch bedingt diskriminierend sind, als Schranke lediglich das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, das nicht unmittelbar ein subjektives Recht auf einen rechtsgleichen Lohn verschafft, sondern nur einen Anspruch auf Beseitigung der Ungleichheit und lediglich indirekt zur Folge haben kann, dass der öffentliche Arbeitgeber einem Betroffenen zur Beseitigung einer Rechtsungleichheit höhere Leistungen ausrichten muss. Aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV ergibt sich daher kein direkter bundesrechtlicher Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung (E. 4.3).

Sachverhalt:

A. ist seit 1. August 1994 als Kindergartenlehrperson beim Erziehungsdepartement des Kantons Basel-Stadt angestellt. Im Mai 2012 beantragte sie die Überprüfung ihrer LohnEinstufung, da die von ihr geleistete Familienarbeit bislang nicht berücksichtigt worden sei. Mit Verfügung vom 24. Oktober 2012 entsprach die Schulkreisleitung Volksschulen des Kantons Basel-Stadt dem Begehren insofern, dass sie A. per 1. Juni 2012 unter Berücksichtigung von sieben Lohnstufen für die Familienarbeit neu in die Stufe 25 der Lohnklasse 12 einstuft. Die Schulkreisleitung lehnte es hingegen ab, diese Einstufung antragsgemäss schon ab 1. September 2000 vorzunehmen. Das wurde vom Erziehungsdepartement mit Rekursentscheid vom 8. April 2013 bestätigt.

A. erhob hiegegen beim Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht Rekurs mit dem Antrag, der Entscheid des Erziehungsdepartements sei teilweise aufzuheben und sie sei unter Leistung der entsprechenden Nachzahlungen durch den Kanton Basel-Stadt rückwirkend bereits ab 1. September 2000 in die Lohnstufe 25 der Lohnklasse 12 einzustufen. Das Appellationsgericht wies den Rekurs mit Entscheid vom 10. März 2014 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides beantragen und

ihr Begehren betreffend rückwirkende Einstufung und Lohnnachzahlungen erneuern.

Aus den Erwägungen:

3.

Das kantonale Gericht hat erkannt, dass die Beschwerdeführerin gestützt auf die am 1. September 2000 in Kraft getretene Regelung gemäss § 12 Abs. 2 der Verordnung über die Einreihung von Funktionen sowie die Einstufung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Kantons Basel-Stadt vom 31. Oktober 1995 (Einreihungsverordnung; SG 164.150) einen Anspruch auf Anrechnung der geleisteten Familienarbeit bei der Lohneinstufung hat. Nach dieser Bestimmung wird berufsförderliche Erfahrung, einschliesslich Erfahrung aus Familienarbeit, bei der Einstufung angerechnet.

Streitig und zu prüfen ist, ab wann dies hier gelten soll. Das kantonale Gericht hat entschieden, die mit der Familienarbeit begründete höhere Lohneinstufung sei im Mai 2012 verlangt worden und daher erst ab 1. Juni 2012 wirksam. Die Beschwerdeführerin postuliert, die höhere Einstufung sei bereits ab 1. September 2000, dem Zeitpunkt, in welchem die besagte Verordnungsregelung in Kraft getreten ist, wirksam. Sie beruft sich hiebei auf das Gebot der rechtsgleichen Behandlung laut Art. 8 Abs. 1 BV, auf Treu und Glauben nach Art. 9 BV sowie auf das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 BV.

4.

4.1 Nach Art. 8 Abs. 1 BV sind alle Menschen vor dem Gesetz gleich. Rechtsprechungsgemäss gilt deshalb, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (BGE 136 V 231 E. 6.1 S. 237; vgl. auch BGE 140 I 77 E. 5.1 S. 80; je mit Hinweisen).

Vom allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV zu unterscheiden ist der geschlechtsbezogene Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach Art. 8 Abs. 3 BV (vgl. auch: Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz; GIG; SR 151.1]). Eine Verletzung dieses Grundsatzes wird hier nicht geltend gemacht.

4.2 Das kantonale Gericht hat erwogen, das Anstellungsverhältnis und die anfängliche Lohneinstufung der Beschwerdeführerin beruhten auf einer Verfügung. Mit der Verfügung vom 24. Oktober 2012 sei diese formell rechtskräftige, aber nachträglich aufgrund der Änderung von § 12 Einreihungsverordnung vom 1. September 2000 fehlerhaft gewordene Dauerverfü-

gung angepasst worden. Das bewirke aber nicht automatisch, dass die entsprechende Besserstellung auch rückwirkend auf den Zeitpunkt der früheren Einstufung vorzunehmen sei. Eine zu tiefe Einreihung oder Einstufung und entsprechend ein zu tiefer Lohn hätten Geltung, bis sie als Folge der eigenen Aktivität oder der Aktivität Dritter anzuheben seien. Dabei finde keine Rückwirkung statt, wenn Mitarbeitende, und sei es aus Unkenntnis der gesetzlichen Situation, selbst keinen Antrag auf Neueinreihung gestellt und bei ihren Vorgesetzten auch nicht darauf gedrängt hätten, dass diese einen entsprechenden Antrag einreichten. Das entspreche der kantonalen Gerichtspraxis, welche das Bundesgericht in BGE 131 I 105 als verfassungskonform beurteilt habe.

4.3 In BGE 131 I 105 hat das Bundesgericht entschieden, dass der Anspruch auf gleiche Entlohnung von Mann und Frau aufgrund von Spezialnormen in Art. 4 Abs. 2 Satz 3 aBV bzw. Art. 8 Abs. 3 BV sowie des Gleichstellungsgesetzes als subjektives Individualrecht ausgestaltet ist; bei Nachweis einer ungerechtfertigten Diskriminierung besteht damit ein direkter Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Lohn, der im Rahmen der (bundesrechtlichen) Verjährungsregeln auch rückwirkend geltend gemacht werden kann. Bei ungleichen Besoldungen, die nicht geschlechtsspezifisch bedingt diskriminierend sind, liegen die Dinge anders: Hier gilt als Schranke lediglich das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV, welches nicht unmittelbar ein subjektives Recht auf einen rechtsgleichen Lohn verschafft, sondern nur einen Anspruch auf Beseitigung der Ungleichheit und lediglich indirekt zur Folge haben kann, dass der öffentliche Arbeitgeber einem Betroffenen zur Beseitigung einer Rechtsungleichheit höhere Leistungen ausrichten muss (BGE 131 I 105 E. 3.6 S. 109 f.). Aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV ergibt sich daher kein direkter bundesrechtlicher Anspruch auf rückwirkende Ausrichtung einer rechtsgleichen Besoldung. Von Verfassungs wegen kann lediglich ein Anspruch auf Korrektur der rechtsungleichen Besoldung auf geeignete Weise und innert angemessener Frist geltend gemacht werden. Was die Angemessenheit der Frist anbelangt, so darf in vertretbarer Weise berücksichtigt werden, wann sich ein Betroffener erstmals gegen die beanstandete Rechtsungleichheit gewehrt hat. 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 Anspruches zu gewähren. Das lässt sich ohne weiteres begründen, wo der zu niedrige Lohn in Form einer anfechtbaren und in Rechtskraft erwachsenen Verfügung festgesetzt worden ist, doch kann die Beschränkung der Korrektur auf den künftigen Zeitraum auch dann eine verfassungsrechtlich ausreichende Massnahme darstellen, wenn der rechts-

ungleiche Lohn vom Betroffenen bis zur Geltendmachung des Anspruches widerspruchslös akzeptiert worden ist (BGE 131 I 105 E. 3.7 S. 110 f.).

4.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, im Gegensatz zu diesem Präjudiz habe sie nicht von der falschen Einreihung gewusst und auch keinen Grund gehabt, deren Richtigkeit anzuzweifeln. Ihre Ersteinreihung sei korrekt erfolgt und erst durch die Gesetzesänderung fehlerhaft geworden. Sie habe den rechtsungleichen Lohn gar nicht widerspruchslös akzeptieren können, da dies Kenntnis von der möglichen Fehlerhaftigkeit voraussetzen würde. Die Untätigkeit der Beschwerdeführerin könne mithin nicht zu deren Ungunsten ausgelegt werden. Das gelte insbesondere unter dem Aspekt, dass die Anstellungsverfügung bei deren Erlass und während der Rechtsmittelfrist korrekt und somit auch nicht anfechtbar gewesen sei. Werde wie hier eine Anstellungsverfügung durch einen neuen Akt ungültig, könne vom öffentlichen Arbeitgeber erwartet werden, dass er die Verfügung anpasse oder zumindest den Betroffenen die Möglichkeit gebe, die Verfügung zu überprüfen. Der Empfänger einer staatlichen Dauerverfügung sei nicht gehalten, andauernd die Gesetzeslage zu überprüfen, da er aufgrund des Vertrauensschutzes davon ausgehen könne, dass ihm neue Ansprüche auch gewährt würden. Die von der Vorinstanz zitierte kantonale und bundesgerichtliche Praxis sei daher nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Hier seien keine Gründe ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin rechtsungleich zu den richtig eingestuftem Arbeitnehmern eingestuft werden sollte. Die Ungleichbehandlung gegenüber diesen Arbeitnehmern stelle eine Verletzung von Art. 8 BV dar. Der Arbeitgeber sei zudem auch aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben gehalten, die Arbeitnehmer über eine erfolgte Gesetzesänderung zu informieren. Die Nichtinformation der Mitarbeiter und die anschliessende Verweigerung der rückwirkenden Auszahlung des gesetzlich geschuldeten Lohnes verstiesse somit gegen Art. 9 BV. Verletzt sei auch das Legalitätsprinzip gemäss Art. 5 BV. Denn dieses gebiete, dass die Behörden die Anstellungsbedingungen selbstständig anpassen.

4.5 Das kantonale Gericht hat hiezu namentlich erwogen, die Mitarbeitenden seien u.a. durch die Publikation der Rechtsänderung hinreichend über diese informiert worden. Eine Rechtspflicht zur weitergehenden Information existiere nicht. Es bestehe auch keine allgemeine Pflicht zur selbstständigen Anpassung der Anstellungsbedingungen durch den Arbeitgeber. Eine neue Einstufung sähen die §§ 15 Einreihungsverordnung nur bei einem Funktionswechsel oder einer Beförderung vor. Die Einreihungsverordnung verschaffe dem Personal somit kein subjektives Recht auf Neueinstufung bei veränderten Bedingungen. Vor diesem Hintergrund und auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung komme die Praxis zur ursprünglichen Fehlerhaftigkeit einer Einstufungsverfügung in allen Fällen zur Anwendung, in denen eine betroffene Person einen rechtsungleichen Lohn bis zur Geltendmachung des Anspruches widerspruchslös akzeptiert habe.

Die Vorinstanz differenziert demnach auch bei einer nach der Anstellung erfolgten Änderung der Besoldungsregelung danach, ob die betroffene

Person einen Antrag auf entsprechende Anpassung ihres Lohnes gestellt hat. So hat auch bereits das Erziehungsdepartement im Rekursentscheid vom 6. April 2013 erwogen, es entspreche der kantonalen Gerichtspraxis, in solchen Fällen § 4 Einreihungsverordnung analog anzuwenden, der in jedem Fall eine Antragsstellung voraussetze und eine Lohnkorrektur frühestens ab dem Zeitpunkt der Antragsstellung vorsehe. Ein solches kantonalrechtliches Antragsersfordernis kann als sachlich begründetes Unterscheidungskriterium betrachtet werden. Zu berücksichtigen ist dabei auch der grosse Ermessensspielraum, der den kantonalen Behörden in Besoldungsfragen zukommt (vgl. BGE 139 I 161 E. 5.3.1 S. 166 mit Hinweisen; 125 II 385 E. 5b S. 390). Sodann wird keine kantonale Rechtsgrundlage dargetan, wonach der Kanton Basel-Stadt gehalten gewesen wäre, die Beschwerdeführerin weitergehend über die erfolgte Rechtsänderung zu informieren und/oder die Anstellungsbedingungen ohne Antrag zu ändern. Alleine aus Treu und Glauben sowie dem Legalitätsprinzip ergibt sich keine solche Verpflichtung. Die Beschwerde ist abzuweisen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 11 mai 2015, Doss.-No 4C_1/2014 (Admission partielle du recours en matière de droit public interjeté contre le décret du 24 juin 2014 du Conseil d'Etat du canton du Tessin concernant le contrat-type de travail tessinois pour le secteur de la location de service)

Contrat-type de travail tessinois pour le secteur de la location de service. Swisstesting, association nationale d'employeurs actifs dans le domaine du travail temporaire, n'a pas qualité pour former un recours de droit public contre une décision du Conseil d'Etat tessinois d'édicter un contrat-type pour le secteur de la location de service (c. 4.4–6).

Art. 360b al. 3 CO. Lorsqu'un accord avec les employeurs concernés ne paraît d'emblée pas possible, la commission tripartite peut renoncer à la procédure de conciliation (c. 5.3).

L'art. 360a al. 1 CO contient un principe de subsidiarité: l'édiction d'un contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux n'est possible que s'il n'existe pas de convention collective de travail contenant des dispositions relatives aux salaires minimaux pouvant être étendue. Une telle condition est réalisée aussi bien lorsqu'il n'existe pas de convention collective de travail, ou qu'il existe une convention collective mais qu'elle ne prévoit pas de salaires minimaux, ou encore, comme dans le cas d'espèce, lorsque la convention collective fixe des salaires minimaux qui ne s'appliquent pas aux secteurs d'activités que l'on entend réglementer par un contrat-type de travail (c. 6.3).

Les commissions tripartites, qui sont composées de représentants des partenaires sociaux, en plus de représentants de l'Etat, et qui connais-

sent la réalité du marché, disposent d'un large pouvoir discrétionnaire que les autorités compétentes pour l'adoption des contrats-types ne peuvent revoir qu'avec un pouvoir de cognition limité à l'erreur de droit, ainsi qu'à l'abus ou l'excès du pouvoir d'appréciation (c. 7.3).

La location de service peut être considérée comme une branche économique au sens de l'art. 360a al. 1 CO. Il est parfaitement possible de prévoir dans un contrat-type des salaires minimaux obligatoires qui ne s'appliquent qu'aux travailleurs temporaires (c. 7.4–5). Il est admis que pour déterminer les «salaires usuels» au sens de l'art. 360a al. 1 CO, l'on puisse prendre en compte les salaires prévus dans des conventions collectives de travail. Par voie de conséquence, la Commission tripartite n'a pas outrepassé les limites de son large pouvoir discrétionnaire en se référant aux salaires fixés dans la Convention collective de travail étendue relative à la location de services (c. 7.5).

Art. 360a al. 2 CO. Les salaires minimaux ne doivent pas léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques; ils doivent tenir compte des intérêts des minorités. Il n'est ainsi pas possible de prévoir des salaires minimaux qui s'appliqueraient de manière indifférenciée également dans des branches ou professions dans lesquelles il n'existe pas de sous-enchère abusive et répétée (c. 7.6).

Le contrat-type de travail de l'art. 360a CO est un instrument de durée limitée. La Commission tripartite doit observer le secteur de manière continue afin de déterminer si la prolongation de la durée de validité de l'instrument se justifie ou non (c. 7.7). Une première durée de validité de trois ans n'est pas excessive (c. 8).

Extraits des faits:

Con decreto del 13 dicembre 2011 il Consiglio federale ha conferito l'obbligatorietà generale a una parte delle disposizioni del contratto collettivo di lavoro per il settore del prestito di personale (CCLPP), valida per tutte le aziende che, tra l'altro, pagano ai lavoratori presi in prestito stipendi annui di almeno fr. 1'200'000.–. Fra le disposizioni dichiarate di obbligatorietà generale vi è l'art. 20 CCLPP concernente i salari minimi. Dal campo di applicazione di questa disposizione l'art. 3 cpv. 3 CCLPP esclude però le aziende dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici. Il decreto del Consiglio federale è entrato in vigore il 1° gennaio 2012 e sarebbe scaduto il 31 dicembre 2014; l'11 dicembre 2014 il Consiglio federale ha tuttavia prolungato il periodo di validità fino al 31 dicembre 2015.

Nel Cantone Ticino è in vigore dal 1° ottobre 2013, per la durata di due anni, un contratto normale di lavoro per il settore del prestito di personale valido per tutte le aziende che, per quanto concerne i lavoratori presi in prestito, presentano un salario annuo inferiore a fr. 1'200'000.–. Sul Foglio ufficiale n. 24 del 25 marzo 2014 è stato pubblicato, per iniziativa della Commissione

tripartita in materia di libera circolazione delle persone, il contratto normale di lavoro per il settore del prestito di personale nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici (CNL). L'avviso spiegava che un'inchiesta effettuata dall'Ufficio dell'ispettorato del lavoro, su tutto il personale a prestito occupato nelle aziende non assoggettate alle disposizioni sui salari minimi in virtù dell'art. 3 cpv. 3 CCLPP, aveva accertato degli abusi nei summenzionati rami di attività, per cui la Commissione tripartita proponeva al Consiglio di Stato del Cantone Ticino l'adozione del contratto normale di lavoro con salari minimi vincolanti.

Con decreto del 24 giugno 2014 il Consiglio di Stato ha richiamato la proposta della Commissione tripartita, ha constatato che le osservazioni giunte nel frattempo non ne avevano cambiato gli intendimenti e ha stabilito che il contratto normale di lavoro entrasse in vigore il 1° settembre 2014. Il testo è apparso sul Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi n. 35 del 27 giugno 2014, con l'avvertenza che le disposizioni evidenziate in grassetto hanno carattere obbligatorio.

L'associazione swissstaffing e le società anonime A. SpA e B. SA insorgono davanti al Tribunale federale con ricorso in materia di diritto pubblico del 21 agosto 2014. Chiedono in via principale che il predetto decreto del Consiglio di Stato e il CNL siano annullati, che il Cantone Ticino rinunci all'imposizione di salari minimi per mezzo di contratti normali di lavoro applicabili esclusivamente al prestito di personale e ai lavoratori temporanei nelle aziende in questione e che la causa sia eventualmente ritornata al Consiglio di Stato per completamento degli accertamenti e nuovo giudizio; in via subordinata che, qualora queste domande fossero respinte, la validità del contratto normale di lavoro sia limitata al 31 dicembre 2014, eventualmente al 30 settembre 2015 o tutt'al più al 31 dicembre 2015. Con risposta del 29 settembre 2014 il Consiglio di Stato contesta la legittimazione delle tre ricorrenti e, nel merito, propone di respingere il ricorso.

Extraits des considérants:

4.

Lo Stato, come detto, mette in dubbio la legittimazione delle ricorrenti. La questione è retta dall'art. 89 cpv. 1 LTF. In materia di controllo astratto delle norme può ricorrere chi è effettivamente toccato nei propri interessi dalla norma in questione oppure potrà esserlo in futuro. Un interesse virtuale è sufficiente, a condizione che vi sia un minimo di probabilità che l'interessato possa prima o poi essere toccato direttamente dalla regolamentazione contestata. L'interesse degno di protezione non deve essere necessariamente giuridico; basta un interesse di fatto (DTF 136 I 49 consid. 2.1; 135 II 243 consid. 1.2; 133 I 286 consid. 2.2).

Le associazioni che hanno la personalità giuridica sono legittimate a ricorrere in loro nome se sono lese nei propri interessi degni di protezione op-

pure se gli scopi statutari prevedono la difesa degli interessi degni di protezione dei loro membri, a condizione che tali interessi siano comuni alla maggioranza o perlomeno a un grande numero di associati e che ognuno di loro sarebbe legittimato a prevalersene a titolo personale (DTF 137 II 40 consid. 2.6.4 pag. 46 seg.; 133 V 239 consid. 6.4 pag. 243).

(...)

4.4 *Swissstaffing* non si prevale di interessi propri; ritiene degni di protezione quelli dei suoi membri. Tra i compiti statutari dell'associazione figurano effettivamente l'assistenza e il sostegno dei soci nei confronti delle autorità amministrative e giudiziarie, e la via del ricorso corporativo («Verbandsbeschwerde») è prevista espressamente. La contestazione del contratto normale di lavoro non interessa tuttavia la maggioranza degli associati. S'è detto infatti che *swissstaffing* ammette che soltanto 13 dei 309 suoi membri sono attivi in Ticino. Il peso ch'essi hanno nell'ambito delle deliberazioni assembleari non è di rilievo per l'applicazione della giurisprudenza concernente l'art. 89 cpv. 1 LTF.

Swissstaffing sembra essere consapevole dell'infondatezza dell'argomentazione proposta con il ricorso, dal momento che, in replica, la modifica: asserisce che tutte le aziende affiliate possono in ogni caso prevalersi di un interesse virtuale, poiché ognuna di loro potrebbe in futuro prestare manodopera in Ticino nei rami regolamentati, anche agendo da altri Cantoni, ed è perciò potenzialmente suscettibile di essere colpita dalle disposizioni ticinesi sui salari minimi. L'argomento non è fondato. Per giustificare il diritto di ricorrere dell'associazione tale eventualità non dovrebbe soltanto potersi verificare occasionalmente; dovrebbe coinvolgere la maggioranza, o almeno un grande numero di associati, e ognuno di loro dovrebbe potersene prevalere a titolo individuale. Non sono però individuabili – e la ricorrente non ne adduce – elementi tali da far credere che l'attività della maggioranza o di un grande numero degli affiliati a *swissstaffing*, dei quali attualmente solo 13 agiscono in Ticino, abbia un minimo di probabilità di evolvere in quella direzione. La nuova tesi della ricorrente si riduce pertanto a una semplice ipotesi teorica, incompatibile con la prassi in merito al diritto di ricorrere delle associazioni.

4.5 Quanto alla LCSI, basti osservare ch'essa ha per oggetto la concorrenza, ossia – in breve – irrapporti tra concorrenti o tra fornitori e clienti; non ha nessuna pertinenza con il tema litigioso, che è originato da un intervento statale.

4.6 Concludendo sull'ammissibilità, A. SpA e B. SA hanno il diritto di ricorrere; il loro ricorso è perciò ammissibile. Quello di *swissstaffing* è invece inammissibile. Nei considerandi che seguono s'intenderanno per «ricorrenti» solo le due società anonime.

5.

Dopo un'introduzione sullo svolgimento della procedura, le ricorrenti propongono due censure di carattere formale. Lamentano la violazione dell'art. 360b cpv. 3 CO con la prima, dell'art. 359a cpv. 2 CO in relazione

con l'art. 29 cpv. 2 Cost. con la seconda. È opportuno iniziare con quest'ultima.

5.1 Le ricorrenti si dolgono del fatto che le autorità ticinesi non hanno permesso loro di esaminare gli atti concernenti l'accertamento del dumping salariale che sono stati determinanti per l'adozione del contratto normale di lavoro. Osservano che la facoltà di esprimersi concessa dall'art. 359a cpv. 2 CO, in combinazione con l'art. 29 cpv. 2 Cost., implica necessariamente il diritto di consultare gli atti determinanti e chiedono perciò, con l'atto di ricorso, di poterne prendere visione.

Nella risposta il Consiglio di Stato premette che la Commissione tripartita aveva giustificato la propria discrezione «per questioni legate alla protezione dei dati» e produce il rapporto 6 dicembre 2013 dell'Ufficio dell'Ispettorato del lavoro precisando che si tratta di parte di un rapporto più ampio riguardante anche settori economici estranei a questa procedura, per cui i dati non pertinenti sono «anonimizzati».

Con la replica le ricorrenti prendono atto del rapporto e dichiarano che la produzione del documento davanti al Tribunale federale esaudisce almeno parzialmente le domande formulate con il ricorso. Non spiegano tuttavia per quale motivo la risposta alle loro domande sarebbe soltanto parziale, non chiedono di conoscere altri atti né formulano altre riserve o domande a tale proposito; contestano invece nel merito la rilevanza dei dati del rapporto. In tali circostanze è da ritenere che le ricorrenti considerino soddisfatto il loro diritto di essere sentite e che le censure di violazione degli art. 359a cpv. 2 CO e 29 cpv. 2 Cost. siano divenute prive d'oggetto.

5.2 Ancora dal profilo formale le ricorrenti lamentano la lesione dell'art. 360b cpv. 3 CO. Rimproverano alla Commissione tripartita di non avere ricercato preliminarmente l'intesa diretta con i datori di lavoro, e al Consiglio di Stato di non averla ordinata, nonostante che non occorresse prendere contatto con un numero eccessivo di datori di lavoro e che una conciliazione non apparisse pertanto impossibile. A mente delle ricorrenti la Commissione tripartita avrebbe anche dovuto interpellare i partner sociali sulla possibilità di estendere il campo di applicazione del CCLPP.

Il Consiglio di Stato obietta che di fronte a un dumping nei confronti del 31.3% dei salariati, per 2/3 dei datori di lavoro (15 dei 24 che hanno fornito la documentazione), l'intesa appariva fin dall'inizio «inutile, infruttuosa e peraltro troppo laboriosa», anche tenuto conto del termine legale a disposizione di soli due mesi. Il Consiglio di Stato ritiene che tale prassi sia conforme al «concetto» approvato dalla Commissione tripartita federale e conclude che l'organo cantonale non era tenuto a ricercare il consenso per vie diverse da quelle predisposte dall'art. 360b cpv. 3 CO.

Con la replica le ricorrenti precisano che la locuzione «in der Regel» («di norma» nel testo italiano) significa che si può prescindere dall'intesa diretta solo se essa appare fin dall'inizio priva di possibilità di successo. Tale esigenza sarebbe dettata dal principio di proporzionalità, posto che il contratto normale di lavoro costituisce un'ingerenza grave nella libertà economica e

sindacale. Le ricorrenti ribadiscono che non sarebbe stato difficile prendere contatto con i datori di lavoro scorretti e dare loro modo di esprimersi e di cambiare comportamento, se del caso per scritto o tramite swissstaffing, con la minaccia dell'avvio della procedura di adozione del contratto normale di lavoro.

5.3 L'art. 360b cpv. 3 CO stabilisce che «le Commissioni osservano la situazione sul mercato del lavoro. Se riscontrano abusi ai sensi dell'articolo 360a capoverso 1, ricercano di norma un'intesa diretta con i datori di lavoro interessati. Qualora tale intesa non venga raggiunta entro il termine di due mesi, esse propongono all'autorità competente di stabilire un contratto normale di lavoro che preveda salari minimi per i rami o le professioni interessati».

Nella sentenza 4C_3/2013 / 4C_4/2013 del 20 novembre 2013 il Tribunale federale ha stabilito che questa disposizione permette alla Commissione tripartita di rinunciare alla procedura conciliativa, qualora l'intesa non appaia possibile (consid. 11.2 in fine e citazione). Ricorrenti e Governo ticinese, con formulazioni un poco diverse, concordano su questa interpretazione, per cui non è necessario approfondire la genesi della norma alla quale è fatta allusione nel ricorso (cfr. nondimeno GIACOMO RONCORONI, in *Droit collectif du travail*, a cura di ARTHUR ANDERMATT e altri, n. 112 ad art. 360b CO). La sola questione controversa è se nel caso specifico fossero date le condizioni per rinunciare d'entrata alla via conciliativa.

Secondo il Consiglio di Stato i salari insufficienti sono stati riscontrati per 15 dei 24 datori di lavoro che hanno fornito la documentazione e riguardano il 33.3% dei lavoratori. I dati sono estratti dal citato rapporto 6 dicembre 2013 allestito dall'Ufficio dell'ispettorato del lavoro all'attenzione della Commissione tripartita. Il documento attesta che la percentuale del 33.3% corrisponde numericamente a 312 dipendenti. Davanti a cifre del genere, che non sono di per sé messe in discussione, le autorità ticinesi non hanno ecceduto nel loro potere di apprezzamento nel ritenere che l'intesa con i datori di lavoro non fosse possibile o, perlomeno, che si potesse escludere a priori che l'intesa potesse essere raggiunta in soli due mesi. Tanto più che, secondo il predetto rapporto, sono stati interpellati complessivamente 32 datori di lavoro ma solo 24 hanno fornito i dati richiesti; il comportamento passivo lascia presumere che anche tra le aziende che non hanno dato riscontri vi possano essere dipendenti che percepiscono stipendi insufficienti.

5.4 Contrariamente a quanto sembrano ritenere le ricorrenti, la ricerca di un'intesa diretta con i datori di lavoro non includeva l'obbligo per la Commissione tripartita di promuovere con i partner sociali l'estensione del campo di applicazione del CCLPP. L'art. 1a della legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro del 28 settembre 1956 (RS 221.215.311) attribuisce semmai alle Commissioni tripartite la facoltà di chiedere, d'intesa con i partner sociali, che un contratto collettivo già in vigore per un ramo determinato sia reso obbligatorio.

6.

Con la prima censura sostanziale le ricorrenti adducono la violazione del principio della preminenza del diritto federale (art. 49 cpv. 1 Cost.) e della libertà sindacale (art. 28 Cost.).

6.1 Le ricorrenti spiegano che il legislatore federale ha utilizzato la competenza conferitagli dall'art. 110 cpv. 1 lett. d Cost. promulgando la citata legge federale concernente il conferimento del carattere obbligatorio generale al contratto collettivo di lavoro; con l'adozione dell'art. 3 cpv. 3 CCLPP esso ha inoltre esaurito la propria competenza in materia di fissazione di salari minimi dei lavoratori temporanei nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici. Le ricorrenti ritengono che una normativa valida in tutta la Svizzera, adottata dai partner sociali e avallata dal Consiglio federale, non possa essere vanificata da uno strumento sussidiario come il contratto normale di lavoro. La prevaricazione di quella che definiscono la competenza legislativa («Rechtssetzungsmacht») dei partner sociali lederebbe, oltre al principio della preminenza del diritto federale, la libertà sindacale.

Il Consiglio di Stato obietta che le condizioni poste dall'art. 360a cpv. 1 CO sono state rispettate, poiché i controlli salariali sono stati effettuati solo nei sei settori economici di attività per i quali il CCLPP non fissa salari minimi. Ricorda che con l'esclusione di quei settori di attività i partner sociali si proponevano di ridurre i rischi di un livellamento verso il basso, visto che a livello nazionale i salari medi erano superiori ai minimi stabiliti dal CCLPP; la Commissione tripartita ha tuttavia constatato che la situazione ticinese è «diametralmente opposta». A dimostrazione della pressione salariale esistente in tutta la Svizzera nel settore del prestito di personale il Consiglio di Stato accenna anche al fatto che la SECO lo ha posto sotto «stretta sorveglianza» per gli anni 2012–2013.

Nella replica le ricorrenti insistono sul fatto che l'art. 3 cpv. 3 CCLPP è una disposizione dichiarata di obbligatorietà generale e aggiungono che la situazione particolare del Cantone Ticino è stata considerata all'art. 20 cpv. 3 CCLPP e nell'appendice 1. Ne deducono che, se i partner sociali avessero voluto sottoporre ai salari minimi nel Cantone Ticino anche i rami di attività di per sé esclusi, lo avrebbero deciso in modo specifico. A loro giudizio l'art. 3 cpv. 3 CCLPP comporta pertanto un silenzio qualificato («qualifiziertes Schweigen»).

6.2 La facoltà delle autorità competenti federali o cantonali di porre rimedio al dumping salariale per mezzo di contratti normali di lavoro che prevedano salari minimi è istituita dall'art. 360a cpv. 1 CO. Tra le condizioni che la norma pone vi è quella della sussidiarietà: l'intervento normativo presuppone che «non sussista un contratto collettivo di lavoro con disposizioni sui salari minimi al quale possa essere conferita obbligatorietà generale».

Le censure delle ricorrenti attengono al rispetto di questo requisito di sussidiarietà del contratto normale per rispetto al contratto collettivo di lavoro di obbligatorietà generale. Non è affatto in gioco la preminenza del diritto

federale né, ancor meno, la libertà sindacale. L'unica questione che si pone è se le autorità ticinesi abbiano rispettato o no l'art. 360a cpv. 1 CO sotto questo profilo. La risposta è affermativa.

6.3 La procedura di adozione del contratto normale di lavoro trova spazio «nei settori in cui non vi è un CCL, nei quali il CCL non contiene disposizioni relative ai salari o se al CCL non può essere conferita un'obbligatorietà generale perché non sono adempiute le condizioni legali» (Messaggio del 23 giugno 1999 concernente l'approvazione degli accordi settoriali tra la Svizzera e la CE, FF 1999 5348 n. 276.132).

Il CCLPP definisce salari minimi per il settore del prestito di personale; in forza dell'art. 3 cpv. 3 non vi sottostanno però i lavoratori impiegati nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici. Detto in altre parole, sebbene sia in vigore il CCLPP, di obbligatorietà generale, nei confronti della manodopera prestata alle predette aziende non vi sono salari minimi da rispettare, in tutta la Svizzera. Questa situazione è parificabile a quella che si avrebbe se vigesse un contratto collettivo privo di regole sui salari minimi; in tale evenienza, come detto, le autorità competenti potrebbero intervenire mediante un contratto normale di lavoro.

In definitiva, ai fini dell'applicazione dell'art. 360a cpv. 1 CO importa che in un determinato settore non vi siano salari minimi fissati da un contratto collettivo di lavoro suscettibile di esser dichiarato di obbligatorietà generale. Questa situazione si realizza indistintamente laddove o non c'è un contratto collettivo di lavoro, o ne esiste uno che non prevede salari minimi oppure, come nel caso in esame, la normativa convenzionale vigente fissa dei salari minimi ma non per il settore di attività che si vuole regolamentare mediante contratto normale di lavoro.

6.4 Infondata è la tesi del silenzio qualificato, secondo la quale i partner sociali avrebbero voluto sottrarre definitivamente ai salari minimi i lavoratori delle aziende ticinesi dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici. Alle ricorrenti sfugge la parte finale dell'art. 3 cpv. 3 CCLPP, la quale, non essendo stata dichiarata di obbligatorietà generale, non è riportata in appendice al decreto del Consiglio federale del 13 dicembre 2011. Nella versione integrale della norma, dopo l'elencazione dei settori sottratti ai salari minimi, si legge:

«Questa esclusione è convenuta poiché i salari consueti di questi settori sono superiori ai salari minimi indicati all'art. 20 del presente CCL. Se la Commissione professionale paritetica per il settore del prestito del personale è in possesso di indizi concreti di dumping salariale in uno o più di questi settori, tale Commissione od ogni parte contraente del rispettivo CCL, può incaricare la Commissione tripartita (art. 360b CO) di svolgere un'inchiesta.»

Nell'adottare il CCLPP, quindi, i partner sociali erano consapevoli che situazioni di dumping salariale si potessero verificare anche nei settori

esclusi dall'art. 3 cpv. 3. Per tale eventualità hanno riservato e predisposto espressamente l'intervento della Commissione tripartita. Ne viene che l'atto impugnato non solo non invade l'ambito normativo del CCLPP, ma ne costituisce il complemento adeguato, che rispetta sia la volontà dei partner sociali sia l'art. 360a cpv. 1 CO.

7.

Le ricorrenti lamentano in seguito la violazione degli art. 360a cpv. 2 CO, 5 cpv. 3, 8, 9, 27 e 94 Cost. nonché 2 LCSL.

7.1 Le ricorrenti assumono che l'inchiesta della Commissione tripartita ha verosimilmente riguardato soltanto i salari dei lavoratori a prestito presso le aziende dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici; non sarebbe invece stata considerata la retribuzione dei dipendenti fissi di queste imprese. A loro giudizio la distinzione operata tra le due categorie di dipendenti è arbitraria e lesiva del principio di buona fede. Le ricorrenti spiegano che l'entrata in vigore del contratto normale di lavoro peggiorerebbe le condizioni salariali dei lavoratori temporanei, poiché indurrebbe i datori di lavoro a dare la preferenza ai dipendenti fissi, nei confronti dei quali non sarebbero tenuti a rispettare salari minimi. Sarebbe così vanificato l'intento di uguaglianza preconizzato dall'art. 20 cpv. 1 della legge federale sul collocamento e il personale a prestito del 6 ottobre 1989 (LC – RS 823.11) e l'intero ramo del prestito di personale ne uscirebbe discriminato e leso nei propri interessi legittimi.

Le ricorrenti aggiungono che il CNL, che le esclude in pratica dal mercato nei campi di attività regolamentati, limita indebitamente la loro libertà economica. Dal profilo della proporzionalità osservano che per combattere efficacemente il dumping salariale occorrerebbe estendere i salari minimi a tutti i lavoratori, indipendentemente dalle loro modalità d'impiego; che si sarebbero potuti adottare provvedimenti più leggeri ricercando l'intesa con i partner sociali, se del caso promuovendo l'estensione dell'obbligatorietà generale del CCLPP; e che i lavoratori che hanno scelto la flessibilità, per trovare ancora impiego, sarebbero costretti ad accettare contratti fissi.

Infine le ricorrenti ritengono l'atto impugnato, che nelle suddette circostanze interferisce sulla concorrenza nel mercato della manodopera, sia sleale e illecito nel senso dell'art. 2 LCSL.

Il Consiglio di Stato risponde che l'inchiesta mirava solo al controllo dei salari del personale a prestito nei sei settori in discussione, conformemente a quanto chiesto dalla SECO, e che la Commissione tripartita ha escluso fin dall'inizio la lesione di interessi legittimi in tali settori economici «non rilevando, dal profilo salariale, una stretta correlazione tra tali settori economici e il settore del prestito del personale, che giustificasse un ulteriore controllo salariale nei precitati settori economici interessati contemporaneo al controllo del settore del prestito del personale»; circostanza che esclude che vi possa essere parità di trattamento tra le due «tipologie di settore». Se avesse constatato una correlazione simile, la Commissione tripartita avrebbe dovuto

estendere i controlli a tutta l'economia cantonale, dal momento che «potenzialmente il prestito di personale è possibile in tutti i rami dell'economia». Lo Stato definisce poi «un'impressione soggettiva» l'assunto secondo cui il CNL non migliorerebbe la situazione salariale dei dipendenti di quei settori e osserva che toccherebbe del resto all'economia privata o alla politica prodigarsi in tale senso, non alla Commissione tripartita.

In replica le ricorrenti prendono atto della limitazione dell'inchiesta da parte della Commissione tripartita, ribadiscono che l'indagine salariale del personale a prestito non può essere scissa dalla situazione salariale generale nei sei settori di attività e concludono che né le indicazioni della SECO, né l'esigenza di ridurre il carico di lavoro delle autorità possono giustificare la discriminazione del ramo del lavoro temporaneo nel Cantone Ticino. Esse censurano inoltre il fatto che la Commissione tripartita ha raffrontato i salari offerti con quelli fissati dal CCLPP invece che con quelli usuali per luogo, professione o ramo e che in ogni caso, anche seguendo il metodo errato, presso tre delle sei industrie considerate non sono stati riscontrati salari abusivi nel senso dell'art. 360a cpv. 1 CO.

7.2 L'esame di queste censure richiede una premessa.

I presupposti materiali che devono essere adempiuti affinché possa essere promulgato un contratto normale di lavoro con salari minimi obbligatori sono definiti dall'art. 360a CO. La controversia verte pertanto sull'applicazione di questa norma. Principi generali quali il rispetto della buona fede e il divieto dell'arbitrio non assumono portata propria accanto alla censura di violazione dell'art. 360a CO. Trattandosi di diritto federale, che il Tribunale federale deve applicare senza poterlo sindacare (art. 190 Cost.), il contratto normale di lavoro che ne rispetta le condizioni è legittimo a prescindere dalla sua compatibilità con i principi della libertà economica. Il contratto normale di lavoro con salari minimi obbligatori è di per sé uno strumento che influisce sulla libertà contrattuale ed economica.

Per quanto riguarda l'art. 2 LCSl si rinvia al considerando 4.5.

7.3 L'art. 360b CO attribuisce alle Commissioni tripartite federale e cantonali un ruolo centrale nella procedura di adozione dei contratti normali di lavoro con salari minimi; sono questi organismi che osservano e analizzano il mercato e, qualora ne siano adempiute le condizioni, propongono alle autorità competenti di stabilire i salari minimi per determinati rami o professioni.

Nel predisporre questa misura di accompagnamento alla libera circolazione delle persone il legislatore era consapevole che «La verifica delle condizioni poste dall'articolo 360a CO e la decisione di adottare un CNL costituiscono provvedimenti in larga misura discrezionali, che possono pertanto essere applicati meglio da un'autorità che conosca la realtà del mercato» (Messaggio citato, FF 1999 5359 art. 360b CO). Per questo motivo, e anche perché sono composte da rappresentanti di entrambe le parti sociali, oltre che dello Stato, le Commissioni tripartite fruiscono di un potere discrezionale ampio, che le autorità competenti per l'adozione dei contratti normali di la-

voro – nel Cantone Ticino il Consiglio di Stato – possono rivedere soltanto con cognizione limitata all'errore di diritto, rispettivamente all'abuso o all'eccesso del potere di apprezzamento (GIACOMO RONCORONI, op.cit., n. 100–102 ad art. 360a CO; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5aed. 2011, n. 2 ad art. 360a CO).

7.4 L'art. 20 cpv. 1 LC, citato dalle ricorrenti, stabilisce che il prestatore di manodopera deve rispettare le disposizioni sul salario del contratto collettivo di lavoro di obbligatorietà generale al quale è sottoposta l'impresa acquisitrice. Se l'impresa è assoggettata a un contratto normale di lavoro secondo l'art. 360a CO, il medesimo concetto è espresso dall'art. 360d cpv. 1 CO. Questa norma ha lo scopo di evitare che i provvedimenti messi in opera per combattere il dumping salariale siano aggirati con l'impiego di personale a prestito (WOLFGANG PORTMANN, op.cit., n. 4 ad art. 360d CO); contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, essa non impedisce però che mediante contratto normale di lavoro siano fissati dei salari minimi vincolanti anche per la manodopera prestata a imprese che di per sé non vi sottostanno.

L'art. 360d cpv. 1 CO attesta piuttosto che il prestatore di personale ha ricevuto un'attenzione particolare anche nell'ambito delle misure di accompagnamento alla libera circolazione delle persone. Negli ultimi anni, in effetti, la preoccupazione verso questo settore è stata espressa nelle informazioni della SECO destinate alle autorità cantonali. Le obiezioni delle ricorrenti concernenti la portata di questi documenti sono infondate, poiché essi riassumono i risultati delle analisi del mercato del lavoro e le raccomandazioni ricorrenti della Commissione tripartita della Confederazione, la quale, come detto (consid. 7.3), è l'autorità competente istituita a tale fine in applicazione dell'art. 360b CO.

Nel 2012 il settore del personale a prestito è stato tenuto sotto «osservazione mirata, finalizzata a stabilire la necessità di misure d'intervento» da parte della Commissione tripartita della Confederazione, la quale ha invitato a sua volta le Commissioni tripartite cantonali a controllare le aziende che non rientrano nel campo di applicazione del CCLPP, dichiarato di obbligatorietà generale a partire dal 1° gennaio 2012 (Informazioni sui settori oggetto di osservazione mirata da parte della Commissione tripartita federale nel 2012, SECO 9 dicembre 2011, pagg. 1 e 3). Si ricordi che il timore che presso queste aziende si potessero verificare situazioni di dumping salariale era emerso anche nell'ambito dell'adozione del CCLPP (cfr. consid. 6.4). L'osservazione mirata si è protratta anche nel 2013 per il motivo, tra l'altro, che il settore del personale a prestito «si avvale massicciamente della possibilità di reclutare personale dei Paesi UE/AELS» (Informazioni sui settori oggetto di osservazione mirata da parte della Commissione tripartita federale nel 2013, SECO 14 dicembre 2012, pag. 3).

Tenuto conto di questa situazione, la Commissione tripartita ticinese ha usato correttamente il potere di apprezzamento del quale dispone per diritto federale e non ha commesso disparità di trattamento nel limitare le proprie

indagini al personale prestato alle aziende che sfuggono al campo di applicazione del CCLPP.

7.5 L'osservazione dei salari di un settore determinato comporta per sua natura un trattamento diverso rispetto ad altre attività. Nel caso specifico la differenziazione appare in modo forse più marcato, poiché il personale a prestito non appartiene a un ramo o a una professione a sé, ma è una sorta di servizio suscettibile di sovrapporsi a tutti i settori di attività veri e propri. Contrariamente a quanto ritengono le ricorrenti, ciò non impedisce tuttavia di considerarlo e di trattarlo alla stregua di un ramo economico nel senso dell'art. 360a cpv. 1 CO, al pari di quanto è accaduto con l'adozione del CCLPP.

Questa particolarità del settore del personale a prestito rende infondato il rimprovero mosso alle autorità ticinesi di avere accertato il dumping riferendosi ai salari fissati nel CCLPP. La dottrina ammette che i contratti collettivi di lavoro siano presi in considerazione, accanto ai metodi statistici, nella determinazione dei salari usuali nel senso dell'art. 360a cpv. 1 CO (GIACOMO RONCORONI, op.cit., n. 84 ad art. 360a CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3° ed. 2004, n. 4 ad art. 360a CO; WOLFGANG PORTMANN, op.cit., n. 3 ad art. 360a CO). Dal momento che, come detto, per certi versi l'attività del prestatore di personale costituisce un ramo a sé stante, la Commissione tripartita, prendendo come termine di raffronto i salari stabiliti dal contratto collettivo di tale ramo – il CCLPP – non ha oltrepassato i limiti del potere discrezionale ampio del quale fruisce (WOLFGANG PORTMANN, op.cit., n. 4 ad art. 360a CO, esprime il parere contrario, secondo cui il raffronto andrebbe effettuato con i contratti collettivi di lavoro vigenti per i rami di attività delle singole imprese acquisitrici).

7.6 La distinzione tra il settore del personale a prestito e i diversi rami delle attività economiche nei quali esso è impiegato assume invece importanza da un altro punto di vista.

Dal rapporto della Commissione tripartita risulta che gli abusi sono stati riscontrati nella misura del 90% nell'industria grafica, del 63.1% nell'industria chimica farmaceutica, del 61.7% nell'industria alimentare e generi voluttuari, dell'8.8% nell'industria meccanica, del 4.1% nell'industria orologiera e dello 0% nelle aziende di trasporti pubblici. Il Consiglio di Stato osserva che, secondo il modello di analisi utilizzato, gli abusi sono considerati gravi e costituiscono dumping se hanno una frequenza di almeno il 5% e dà atto che questa soglia non è stata raggiunta nell'industria orologiera e nelle aziende di trasporti pubblici; ritiene nondimeno «coerente e in linea con le condizioni fissate inizialmente dalla CT» applicare il CNL anche a questi rami economici. Questa giustificazione non convince. S'è detto che la Commissione tripartita federale, preoccupata per le condizioni salariali del personale a prestito, ha invitato le Commissioni tripartite cantonali a controllare le aziende che non rientrano nel campo di applicazione del CCLPP; le verifiche avrebbero permesso di valutare «la necessità di misure d'intervento» (con-

sid. 7.4). Questa valutazione non ammette soluzioni globali; deve rispettare le esigenze di differenziazione e di rispetto degli interessi dei singoli rami in conformità con l'art. 360a cpv. 2 CO. Nelle imprese dei rami di attività nei quali l'inchiesta ha rivelato che il personale a prestito non è vittima di dumping salariale non v'è motivo d'imporre salari minimi per mezzo di un contratto normale di lavoro.

Ne viene che su questo punto il ricorso è fondato. Il CNL viola il diritto federale nella misura in cui impone salari minimi vincolanti per il personale a prestito impiegato nell'industria orologiera e nelle aziende di trasporti pubblici. Le ricorrenti ritengono a torto che la medesima conclusione s'imponga anche per l'industria meccanica, poiché la frequenza di salari abusivi riscontrata in quel ramo - dell'8.8% - superail margine di tolleranza del 5% stabilito dalla Commissione tripartita. Questo valore di soglia non è messo in discussione nel ricorso.

7.7 Le ricorrenti asseriscono che il CNL danneggerebbe i lavoratori temporanei, poiché le imprese assoggettate al contratto normale di lavoro, per non essere vincolate a salari fissi, darebbero la preferenza ai lavoratori stabili. Non è del tutto inverosimile che qualche situazione del genere si possa verificare ma, come obietta con ragione lo Stato, per eliminare tale rischio occorrerebbe regolamentare tutti i rami economici che impiegano personale a prestito. Non sono ad ogni modo addotti elementi concreti attestanti che il fenomeno assumerebbe una portata tale da inficiare gli apprezzamenti mirati svolti dalla Commissione tripartita. Il contratto normale di lavoro dell'art. 360a CO è del resto uno strumento di durata limitata e flessibile. In forza dell'art. 360b cpv. 4 CO la Commissione tripartita dovrà continuare a tenere sotto osservazione il settore; dovrà verificare l'efficacia del provvedimento adottato e, se la situazione mutasse, dovrà farsi promotrice dei cambiamenti necessari, se del caso anche dell'abrogazione del contratto normale di lavoro (GIACOMO RONCORONI, op.cit., n. 115 ad art. 360a CO; WOLFGANG PORTMANN, op.cit., n. 7 ad art. 360b CO).

Contrariamente a quanto asseriscono le ricorrenti, la situazione salariale dei lavoratori a prestito nelle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, grafica, orologiera, alimentare e generi voluttuari, nonché di trasporti pubblici non poteva essere migliorata con l'estensione dell'obbligatorietà generale del CCLPP. In forza dell'art. 3 cpv. 3, in queste aziende le disposizioni sui salari minimi del personale a prestito non si applicano; occorrerebbe pertanto estendere il campo di applicazione di tali disposizioni, prima di poterle dichiarare obbligatorie (cfr. consid. 5.4).

8.

In via subordinata le ricorrenti chiedono che il periodo di validità del contratto normale di lavoro, fissato dal Consiglio di Stato in tre anni a partire da 1° settembre 2014, sia accorciato. A loro avviso la durata triennale è sproporzionata tenuto conto della rapidità con la quale potrebbe evolvere il mercato del lavoro nel settore in questione. Le ricorrenti ritengono che occorrerebbe limitarla al 31 dicembre 2014 se il campo di applicazione del

CCLPP fosse esteso alle aziende interessate dal CNL; eventualmente al 30 settembre 2015 come il contratto collettivo di lavoro che vige in Ticino per le aziende che per quanto concerne i lavoratori presi in prestito presentano un salario annuo inferiore a fr. 1'200'000.-; ma al massimo fino al 31 dicembre 2015 qualora il Consiglio federale prolungasse fino a quella data l'obbligatorietà generale del CCLPP (ciò che nel frattempo è avvenuto).

Il Consiglio di Stato obietta che la durata del contratto normale di lavoro è indipendente da quella di altre normative cantonali o federali e che tre anni rispettano il concetto di «durata limitata» dell'art. 360a cpv. 1 CO.

Lo scopo della limitazione della durata è di permettere l'analisi e l'adattamento periodico dei salari, poiché il contratto normale di lavoro dell'art. 360a CO è uno strumento di correzione a carattere provvisorio (GIACOMO RONCORONI, op.cit., n. 98 seg. ad art. 360a CO; WOLFGANG PORTMANN, op.cit., n. 16 ad art. 360a CO). Il diritto federale non dà indicazioni concernenti la «durata limitata»; non esige però neppure l'allineamento temporale con altre normative che vigono a livello federale e cantonale in merito ai salari minimi del personale a prestito, sebbene un coordinamento in tale senso possa apparire auspicabile. In considerazione dello scopo anzidetto la durata di tre anni decretata dal Consiglio di Stato ticinese non è eccessiva e non eccede il margine di apprezzamento delle autorità cantonali. Anche perché la Commissione tripartita non può rimanere inattiva fino alla scadenza del CNL; come detto, essa ha il compito di sorvegliare costantemente il mercato del lavoro e il dovere di intervenire qualora si verificassero dei cambiamenti di rilievo (cfr. consid. 7.7).

9.

Riassumendo, i ricorsi di A. SpA e B. SA sono parzialmente fondati. Il decreto impugnato è lesivo del diritto federale e va annullato nella misura in cui il contratto normale di lavoro impone salari minimi vincolanti per il settore del prestito di personale nell'industria orologiera e nelle aziende di trasporti pubblici; esso rimane invece legittimo per quanto riguarda il personale prestato alle aziende dell'industria chimico-farmaceutica, meccanica, grafica nonché alimentare e generi voluttuari. Il ricorso della swissstaffing è invece inammissibile. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 20. Mai 2015, Doss.-Nr. 4A_19/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 20. November 2014)

Rachekündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. d OR. Bei mehreren Kündigungsgründen soll nicht jeder verpönte Grund, der zu einem noch so geringen Anteil zum Kündigungsentscheid beigetragen hat, zur Missbräuchlichkeit führen. Der verpönte Grund muss ausschlaggebendes Motiv für die Kündigung sein. Vorliegend konnte nicht mit überwiegender Wahr-

scheinlichkeit geschlossen werden, die Arbeitgeberin habe dem Arbeitnehmer wegen dessen Beharrens auf einer Vertragsänderung (Anspruch von 5% am ausschüttbaren «Carry») gekündigt (E. 4.6).

Sachverhalt:

C. (Beklagter 2, Beschwerdegegner 2) und D. (Beklagter 3, Beschwerdegegner 3) sind Gründungsmitglieder und heute Verwaltungsräte der B. AG (Beklagte 1, Beschwerdegegnerin 1). A. (Kläger, Beschwerdeführer) schloss mit den Beklagten 2 und 3 am 3. Mai 2007 eine schriftliche Vereinbarung im Hinblick auf den späteren Abschluss eines Arbeitsvertrages. Mit der Beklagten 1 schloss er später einen Arbeitsvertrag. Der Kläger war ab 1. August 2007 für die Beklagten tätig. In einer ersten Phase ging es um die Gründung und Vorbereitung eines Private Equity Unternehmens. Für diese Periode bestand lediglich die Vereinbarung vom 3. Mai 2007, nach deren Ziffer 1 sämtliche in der Vereinbarung enthaltenen Bestimmungen (mit Ausnahme der Klausel betreffend Geheimhaltung, Ziff. 6) nur unter der Bedingung in Kraft treten, dass die zu gründende Private Equity Unternehmung bis spätestens Ende Dezember 2007 Verträge über die Aufnahme von Investitionskapital («Private Equity») in Höhe von mindestens Fr. 100 Millionen abgeschlossen hat («first closing»). Mit Änderung vom 21. Dezember 2007 wurde die Frist von Ende Dezember 2007 auf Ende März 2008 verlängert. Am 29. Mai 2008 wurde der Investitions-Fonds, obwohl das angestrebte Kapital von Fr. 100 Mio. nicht erreicht worden war, mit einem solchen von lediglich Fr. 51 Mio. gegründet. Darauf schloss die Beklagte 1 mit dem Kläger am 17. Juli 2008 einen Arbeitsvertrag mit Beginn 1. Juli 2008. Mit diesem wurde ein Jahresbruttogehalt von Fr. 90 000.– vereinbart, was nur der Hälfte des in der Vereinbarung vom 3. Mai 2007 für den allfälligen Abschluss eines Arbeitsvertrages vorgesehenen Lohnes bei Vorliegen von Investitionskapital in der Höhe von Fr. 100 Mio. entsprach. Ebenfalls am 17. Juli 2008 kam es zu einer weiteren Vereinbarung zwischen dem Kläger und den Beklagten 2 und 3, welche die frühere Vereinbarung vom 3. Mai 2007 ersetzte (Ziffer 8). Darin wurde dem Kläger unter dem Vorbehalt, dass weitere Investitionszusagen («closings») zustande kämen, bessere (Lohn-)Konditionen zugesichert (v.a. Ziffer 2 und 3). Ausserdem enthielt die Vereinbarung vom 17. Juli 2008 in Ziffer 7 folgende Erklärung: «Die Parteien tragen mit ihrem Einsatz und ihrer Arbeitsleistung ab Unterzeichnung dieser Vereinbarung alles Notwendige dazu bei, um weitere Closings voranzutreiben. Bei Private Equity Commitments in Höhe von insgesamt Fr. 100 Mio. werden die Parteien für ihre Arbeitsleistung abhängig von ihrer einkommensfreien Periode mit monatlichen Lohnzahlungen «fixes Gehalt» (bei A.: 7 Monate à Fr. 15 000.–) entschädigt, sobald dies die Liquidität der Private Equity Unternehmung erlaubt.» Der Kläger erhielt sodann von den Beklagten 2 und 3 Zahlungen von Fr. 15 000.– im April 2008, Fr. 24 000.– am 12. Juni 2008, Fr. 5000.– am 24. Juni 2008 sowie Fr. 22 800.– am 18. Juli 2008. Der insgesamt Betrag

von Fr. 66 800.– wurde in der Salärabrechnung für den Juli 2008 als «Spezialbonus für Aufbau» ausgewiesen. Ab November 2008 erhielt der Kläger einen Lohn von Fr. 11 600.– monatlich. Mit Schreiben vom 30. April 2009 kündigte der Kläger den Arbeitsvertrag vom 17. Juli 2008 per 31. Mai 2009. Nach Verhandlungen zwischen den Parteien wurde das Arbeitsverhältnis allerdings fortgesetzt. Auf neue schriftliche Vertragsbedingungen konnten sich die Parteien in der Folge nicht einigen. Mit Schreiben vom 18. September 2009 kündigte die Beklagte 1 dem Kläger per Ende Oktober 2009.

Der Kläger reichte am 28. April 2010 Klage beim Arbeitsgericht Zürich ein. Er forderte von den Beklagten 1, 2 und 3 unter solidarischer Verpflichtung Fr. 105 000.– als (zusätzliche) Vergütung für die Gründungs- und Vorbereitungsphase von August 2007 bis Februar 2008 (Rechtsbegehren Ziff. 1). Weiter verlangte er von der Beklagten 1 Lohn in der Höhe von Fr. 32 000.– (Rechtsbegehren Ziff. 2) sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung von Fr. 50 000.– (Rechtsbegehren Ziff. 3). Schliesslich machte er Ansprüche auf Abrechnung sowie Auszahlung von sog. Carried Interest (Form der Gewinnbeteiligung der Fondsgesellschaft und deren Mitarbeiter) geltend (Rechtsbegehren Ziff. 4) und eine Zeugnisänderung (Rechtsbegehren Ziff. 5). Das Arbeitsgericht schützte mit Urteil vom 20. Februar 2014 die Klage teilweise und verpflichtete die Beklagte 1, dem Kläger Fr. 90 579.20 (Ziffern 1 und 2 des Rechtsbegehrens) sowie Fr. 23 200.– (Ziffer 3 des Rechtsbegehrens) zu bezahlen. Im Übrigen wies es die Klage ab, soweit sich die Parteien nicht (das Zeugnis betreffend) verglichen hatten. Die Gerichtskosten von Fr. 23 700.– wurden im Betrag von Fr. 7775.– der Beklagten 1 und im Betrag von Fr. 15 925.– dem Kläger auferlegt, der den Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung zu entrichten hatte. Gegen dieses Urteil erhob die Beklagte 1 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 20. November 2014 wies das Obergericht die Klage – soweit sie noch zu beurteilen war – ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin 1 zu verpflichten, ihm Fr. 105 000.– brutto abzüglich Sozialversicherungsbeiträge sowie Fr. 23 200.– (netto = brutto) zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

4.

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz gestützt auf die von ihr getroffenen tatsächlichen Feststellungen bundesrechtskonform davon ausgehen durfte, die von der Beschwerdegegnerin 1 ausgesprochene Kündigung sei nicht missbräuchlich. Der Beschwerdeführer macht geltend, das angefochtene Urteil verletze Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, Art. 8 ZGB und Art. 97 Abs. 1 BGG.

4.1 Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. d OR ist eine Kündigung missbräuchlich, die erfolgt ist, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche

aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat. Diese Bestimmung bezweckt die Verhinderung sog. Rachekündigungen, das heisst von Kündigungen, die ausgesprochen werden, um den Arbeitnehmer dafür zu bestrafen, dass er in guten Treuen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat (Urteil des Bundesgerichts 4C.84/2005 vom 16. Juni 2005 E. 3.1 mit Hinweisen). Dabei ist nicht nur die Geltendmachung tatsächlich bestehender Ansprüche gemeint, sondern auch vermeintlicher Ansprüche. Diesfalls muss der Arbeitnehmer wenigstens in guten Treuen daran geglaubt haben, dass seine Ansprüche bestehen (BGE 123 III 246 E. 4d S. 253 f.; zit. Urteil 4C.84/2005 E. 3.1 mit Hinweisen).

Die Aufzählung der missbräuchlichen Gründe in Art. 336 OR ist nicht abschliessend. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot und gestaltet dieses mit für den Arbeitsvertrag geeigneten Rechtsfolgen aus. Es sind deshalb neben den in Art. 336 OR aufgeführten weitere Tatbestände denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538; 125 III 70 E. 2a S. 72 mit Hinweisen). 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 136 III 513 E. 2.3 S. 514 f. mit Hinweisen). So kann eine Kündigung missbräuchlich sein, weil die kündigende Partei ein doppeltes Spiel treibt, das Treu und Glauben klar widerspricht (BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 515; 132 III 115 E. 2.2 S. 117).

Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung setzt voraus, dass zwischen dem missbräuchlichen Grund und der Kündigung ein (natürlicher) Kausalzusammenhang besteht. Ob ein solcher besteht bzw. die Feststellung des wahren Kündigungsgrundes ist Tatfrage (BGE 136 III 513 E. 2.6 S. 517 f. mit Hinweisen). Das Bundesgericht ist daher grundsätzlich an die entsprechenden Feststellungen der Vorinstanz gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG, vgl. E. 1.3 hiervor). Da das tatsächliche Motiv eine innere Tatsache ist, genügt für den Nachweis der Kausalität hohe Wahrscheinlichkeit (BGE 125 III 277 E. 3c S. 285) bzw. – was gleichzusetzen ist (HANSPETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 138 zu Art. 8 ZGB) – überwiegende Wahrscheinlichkeit (BGE 133 III 81 E. 4.2.2 S. 88).

4.2 Die Vorinstanz beschränkte ihre Prüfung auf die Frage, ob dem Beschwerdeführer wegen seines Bestehens auf dem Abschluss des sog. Carry-Vertrages oder vielmehr wegen der von der Beschwerdegegnerin 1 geltend gemachten Gründe (schlechte Arbeitsleistung, Personalreduktion aus wirtschaftlichen Gründen) gekündigt wurde. Dass dem Beschwerdeführer auch wegen seiner Forderungen betreffend dem sog. «Rückroller» bzw. dem Abschluss einer Lohnvereinbarung über Fr. 15 000.– ab Juni 2009 gekündigt worden sei, war nicht mehr Gegenstand des Verfahrens. Das wird vom Beschwerdeführer nicht beanstandet, und davon ist somit auch nachfolgend auszugehen.

4.3 Das Arbeitsgericht nahm an – worauf die Vorinstanz verweist –, der Anspruch auf Abschluss des Carry-Vertrages sei ein Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis im Sinn von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR gewesen. In Ziffer 6 der Vereinbarung vom 17. Juli 2008 sei vereinbart worden, dass dem Kläger bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses 5% am ausschüttbaren Carry zustehen, und darauf verwiesen worden, dass die weiteren Details in einem noch auszuarbeitenden branchenüblichen «Carry-Vertrag» geregelt würden. Diese Vereinbarung habe Geltung und räume dem Beschwerdeführer einen Anspruch auf Beteiligung am Carry ein. Zumindest habe der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen. Die Vorinstanz äusserte sich selber nicht (mehr) dazu, obwohl die Beschwerdegegnerin 1 nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil geltend gemacht hatte, der Beschwerdeführer habe nicht Rechte aus einem bestehenden Arbeitsvertrag geltend gemacht, sondern neue Rechte eingefordert, die ihm bisher nicht zugestanden seien. Die Parteien hätten über bessere, bisher nicht im Arbeitsvertrag enthaltene Konditionen verhandelt, jedoch keine Einigung gefunden.

Es ist unklar, ob der abzuschliessende Carry-Vertrag einen Anteil von 5% vorsah, wie in der Vereinbarung vom 17. Juli 2008 erwähnt oder ob es um das Aushandeln höherer Entschädigungen ging. Damit ist fraglich, ob mit dem Beharren auf dem Carry-Vertrag tatsächlich Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geltend gemacht wurden. Soweit die Vorinstanz prüfte, wer das Verzögern und Scheitern der Vertragsverhandlungen zu vertreten hatte (dazu nachfolgend E. 4.4), scheint sie jedenfalls selbst eher anzunehmen, es gehe darum, ob der Beschwerdegegnerin 1 missbräuchliches Verhalten im Sinne eines treuwidrigen doppelten Spiels vorzuwerfen sei. Die Frage kann indessen offen bleiben, da der Vorinstanz keine willkürliche Beweiswürdigung vorgeworfen werden kann.

4.4 Die Vorinstanz stellte fest, es sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass das Beharren auf dem Abschluss des Carry-Vertrages der massgebliche Grund der Kündigung gewesen sei. Sie würdigte einerseits die von den Parteien zwischen Mai 2009 und September 2009 geführten Vertragsverhandlungen und prüfte insbesondere den Einwand, es sei nicht nachvollziehbar, dass die Beschwerdegegnerin 1 den Beschwerdeführer nach dessen Kündigung per Ende April 2009 zum Bleiben überredete und ihm bessere Konditionen anbot, wenn denn dessen Arbeitsleistungen so schlecht gewesen wären. Sie erachtete die Erklärung der Beschwerdegegner, dass im Frühling 2009 der Angestellte E. gekündigt habe und es daher damals wichtig gewesen sei, die Restmannschaft zusammenzuhalten, als plausibel. Schliesslich sei auch nicht klar, auch nicht aufgrund der vom Arbeitsgericht diesbezüglich als einschlägig erachteten E-Mails und Besprechungen, welche der Parteien aus welchem Grund den Abschluss neuer Verträge (verbesserter Arbeitsvertrag, Zusatzvereinbarung und/oder Beteiligungsvertrag am Carry) verzögert habe. Jedenfalls ergebe sich daraus «nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit [...], dass die Verzögerungen zur Finalisierung des Carry-Vertrages allein durch die Beklagten 2 und 3 verur-

sacht» worden seien und daher anzunehmen sei, dass die Beschwerdegegner grundsätzlich keinen Carry-Vertrag mit dem Beschwerdeführer schliessen wollten. Es könne daher auch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerin 1 dem Beschwerdeführer im September 2009 wegen dessen Beharren auf dem Carry-Vertrag gekündigt habe.

Der Beschwerdeführer hält dem entgegen, damit habe die Vorinstanz das Beweismass zu seinen Lasten unzulässig erhöht, indem sie von ihm den Beweis fordere, dass «allein « die Beschwerdegegner 2 und 3 die Finalisierung des Carry-Vertrages verzögert hätten. Diese Rüge ist nicht nachvollziehbar. Denn wenn die Verzögerung auch dem Beschwerdeführer selber anzulasten ist, ist nicht ersichtlich, weshalb daraus auf ein missbräuchliches Verhalten der Beschwerdegegner geschlossen werden könnte. Im Übrigen ging die Vorinstanz davon aus, wer die Verzögerungen zu vertreten habe, gehe nicht mit der «erforderlichen Deutlichkeit» aus den Unterlagen hervor. Von einer unzulässigen Erhöhung des Beweismasses kann keine Rede sein.

4.5 Zu den Gründen der Kündigung würdigte die Vorinstanz die Zeugenaussagen der ehemaligen Angestellten E., F. und G. sowie die Aussagen der Beschwerdegegner 2 und 3 anlässlich deren Parteibefragung. Dabei erachtete sie insbesondere die Zeugen F. und E. als nicht neutral und deren Aussage daher als wenig glaubhaft. Die Aussagen des Zeugen G. qualifizierte sie zwar als glaubhaft, jedoch nicht schlüssig, da dieser eine wahrnehmbare Unzufriedenheit des Beschwerdeführers und damit zusammenhängend ein gewisses Frustrationspotential bestätigt habe. Daher sei die Wahrscheinlichkeit, dass dem Kläger wegen ungenügender Arbeitsleistung gekündigt worden sei, mindestens ebenso hoch, wie dass dies wegen der von ihm geltend gemachten Ansprüche der Fall war. Insoweit liegt Beweiswürdigung vor, an welche das Bundesgericht grundsätzlich gebunden ist. Ob die Einwände des Beschwerdeführers betreffend die Zeugenaussagen den Anforderungen an eine Willkürüge genügen, kann offen bleiben. Jedenfalls kann der Vorinstanz diesbezüglich keine willkürliche Beweiswürdigung vorgeworfen werden. Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, weder seien die Beschwerdegegner 2 und 3 glaubwürdig noch deren Aussagen anlässlich der Parteibefragung glaubhaft, da der Vorwurf der schlechten Arbeitsleistung nicht substantiiert worden sei. Auch damit ist keine Willkür dargetan.

4.6 Schliesslich rügt der Beschwerdeführer eine falsche Beweislastverteilung. Zum Teil bemängelt er dabei aber lediglich unter dem Titel der Beweislastverteilung die Beweiswürdigung; darauf ist nicht mehr einzugehen. Sodann beruft er sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach bei Kündigungen aus verschiedenen Gründen, wovon einige missbräuchlich sind, andere hingegen nicht, das Gericht seinen Entscheid über die Missbräuchlichkeit der Kündigung auf jenen Kündigungsgrund abstützt, der für die kündigende Partei wahrscheinlich der überwiegende und ausschlaggebende Grund war. Wobei bei Vorliegen eines missbräuchlichen und eines weiteren Kündigungsgrundes der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt,

dass die Kündigung auch ausgesprochen worden wäre, wenn der als missbräuchlich zu bewertende Grund nicht existiert hätte (Urteile des Bundesgerichts 4A_430/2010 vom 15. November 2010 E. 2.1.3; 4P.205/2000 vom 6. März 2001 E. 3a, publ. in: JAR 2002 S. 238 ff.; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., 2014, N. 38 zu Art. 336 OR und STREIFF/VON KAENEL und andere, a.a.O., N. 20 zu Art. 336 OR). Er macht geltend, diesen Beweis habe die Beschwerdegegnerin 1 nicht erbracht.

Wie namentlich die in der zitierten Rechtsprechung erwähnte Lehre zeigt, geht es bei dieser Rechtsprechung darum, dass bei mehreren Kündigungsgründen nicht jeder verpönte Grund, der zu einem noch so geringen Anteil zum Kündigungsentscheid beigetragen hat, zur Missbräuchlichkeit führen soll. Daher wird verlangt, dass der verpönte Grund mindestens derart wesentlich war, dass ohne sein Vorliegen eine Kündigung nicht ausgesprochen worden wäre. Entsprechend verlangt die Rechtsprechung, dass der verpönte Grund ausschlaggebendes Motiv für die Kündigung war (STREIFF/VON KAENEL und andere, a.a.O., N. 20 zu Art. 336 OR mit Hinweisen). Vorliegend gelangte die Vorinstanz aufgrund ihrer Beweismwürdigung zusammenfassend zum Ergebnis, dass nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit geschlossen werden könne, die Beschwerdegegnerin 1 habe dem Beschwerdeführer wegen seines Beharrens auf dem Carry-Vertrag gekündigt. Somit liegt kein Anwendungsfall der vom Beschwerdeführer zitierten Rechtsprechung vor.

Bundesgericht, Urteil vom 3. Juni 2015, Doss.-Nr. 4A_56/2015 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 3. Dezember 2014)

Übergang des Arbeitsverhältnisses, Art. 333 OR; Kündigung aus organisatorischen Gründen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine betriebsübergangsbedingte Kündigung bzw. eine Kündigung, die auf einen vor der Übernahme des Betriebes liegenden Termin oder auf denselben erfolgt, grundsätzlich zulässig und stellt nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR dar. Eine unzulässige Gesetzesumgehung liegt nur dann vor, wenn die Kündigung einzig den Zweck hat, den Übergang des Arbeitsverhältnisses oder seine Folgen zu verhindern. Der Veräusserer kann somit nicht die Verträge aller oder eines Teils seiner Angestellten kündigen, damit diese dann mit dem Erwerber neue Verträge schliessen und so die sich aus der Dauer der ursprünglichen Verträge ergebenden Vorteile verlieren. Ebenso wenig ist es zulässig, dass der Veräusserer eine oder bestimmte Personen entlässt, einzig weil der Übernehmer sie nicht haben will. Hingegen verstösst eine Kündigung nicht gegen Art. 333 Abs. 1 OR, wenn diese durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt ist. Die Annahme der Vorinstanz, zum Zeitpunkt der Entlassung des Arbeitneh-

mers habe die theoretische Möglichkeit bestanden, dass der Betrieb nicht oder zumindest nicht unmittelbar weitergeführt werde, wodurch die Kündigung aus organisatorischen Gründen und damit gültig erfolgt sei, ist nicht zu beanstanden (E. 3.3, 3.4).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdeführer) arbeitete seit dem 1. Mai 2005 im Bergrestaurant C. als Koch. Da die damaligen Pächter einen anderen Betrieb übernahmen, wurde ihm am 19. Januar 2011 per 15. April 2011 gekündigt. Die B. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) als neue Betreiberin des Bergrestaurants C. schloss mit dem Arbeitnehmer am 4. März 2011 einen neuen Arbeitsvertrag mit Arbeitsbeginn am 19. April 2011. Am 17. September 2011 erlitt der Arbeitnehmer einen Arbeitsunfall, woraufhin er vom 30. September 2011 bis zum 5. Oktober 2011 und ab dem 24. Oktober 2011 zumindest teilweise vom Hausarzt arbeitsunfähig geschrieben wurde. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2011 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per 30. November 2011. Am 10. November 2011 liess der Arbeitnehmer mitteilen, dass die Kündigung aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit nichtig sei. Daraufhin kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis am 28. November 2011 nochmals per 31. Dezember 2011, das Arbeitsverhältnis wurde danach noch bis zum 31. Januar 2012 verlängert.

Mit Klage vom 25. Mai 2012 gelangte der Arbeitnehmer an das Kantonsgericht Obwalden und beantragte, die Arbeitgeberin sei zu verpflichten, ihm Fr. 24 102.– nebst Zins und Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Der Kantonsgerichtspräsident II wies die Klage mit Entscheid vom 10. April 2013 ab. Zur Begründung gab er an, es sei zwar von einem Betriebsübergang nach Art. 333 OR auszugehen, jedoch sei der Arbeitsvertrag des Klägers nicht übernommen worden. Daher sei von einem einjährigen Arbeitsverhältnis auszugehen, welches eine lediglich einmonatige Sperrfrist für Kündigungen im Krankheitsfall nach sich ziehe. Das Arbeitsverhältnis sei daher gültig auf den 31. Dezember 2011 bzw. 31. Januar 2012 gekündigt worden. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Obwalden, welches die Berufung mit Entscheid vom 3. Dezember 2014 abwies und den Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten II vom 10. April 2013 bestätigte. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Kläger dem Bundesgericht, der Entscheid des Kantonsgerichtspräsidenten II vom 10. April 2013 und der Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 3. Dezember 2014 seien aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

3.

Umstritten ist, ob die durch die Beschwerdegegnerin am 25. Oktober 2011 ausgesprochene Kündigung während der Sperrfrist gemäss Art. 336c

Abs. 1 lit. c OR erfolgt ist. Danach ist eine Kündigung nichtig, wenn der Arbeitgeber sie ausspricht, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit dem fünften Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen. In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer nach wie vor geltend, sein Arbeitsverhältnis mit den vormaligen Pächtern des Bergrestaurants C. sei im Rahmen von Art. 333 OR auf die Beschwerdegegnerin übergegangen, womit für die Berechnung der Sperrfrist der Arbeitsvertrag vom 12. Februar 2005 massgebend sei. Entsprechend habe die Sperrfrist 180 Tage betragen, womit eine Kündigung erst per 30. Juni 2012 gültig habe erfolgen können.

3.1 Art. 333 Abs. 1 OR bestimmt, dass, wenn der Arbeitgeber den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

3.2 Eine Betriebsübertragung im Sinne von Art. 333 OR von den ehemaligen Pächtern auf die Beschwerdegegnerin wurde von beiden Vorinstanzen bejaht. Sie nahmen an, der Betrieb des Bergrestaurants C. sei, wenn auch mit einer kurzen Betriebspause, in vergleichbarem Umfang in derselben Lokalität fortgeführt worden. Der Umstand, dass zwischen den beiden Restaurantbetreibern keine rechtliche Verbindung bestanden habe, hindere die Annahme einer Betriebsübernahme nicht.

Ob vorliegend tatsächlich von einem Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR auszugehen ist, was von der Beschwerdegegnerin in Frage gestellt wird, kann letztlich offen gelassen werden. Denn wie sich zeigen wird, ist die Rüge des Beschwerdeführers ohnehin unbegründet. Bei der Kündigung vom 19. Januar 2011 handelt es sich um eine gültige Kündigung, die nicht in Umgehung von Art. 333 OR ausgesprochen wurde.

3.3 Gemäss ständiger Rechtsprechung gehen nur im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehende Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über. Der Erwerber muss folglich beim Übergang nicht mehr bestehende Arbeitsverträge nicht übernehmen und es können sich nur diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch andauert, auf Art. 333 OR berufen; eine Berufung auf Art. 333 OR ist demnach nach wie vor möglich, wenn ein Arbeitsverhältnis auf einen Zeitpunkt nach dem Übergang gekündigt wird, nicht dagegen, wenn die Kündigung auf einen Zeitpunkt vor dem Betriebsübergang ausgesprochen wird (BGE 136 III 552 E. 3.1 S. 556 mit Hinweis; vgl. auch Urteil 4A_399/2013 vom 17. Februar 2014 E. 3.1).

Erfolgt eine Kündigung jedoch im Rahmen einer Betriebsübertragung, stellt sich die Frage, ob damit Art. 333 OR umgangen wurde. Mit dieser in der Lehre umstrittenen Frage, hat sich das Bundesgericht im zitierten BGE 136 III 552 befasst. Dabei hat es unter Bezugnahme auf das europäische Recht festgehalten, dass eine betriebsübergangsbedingte Kündigung bzw. ei-

ne Kündigung, die auf einen vor der Übernahme des Betriebes liegenden Termin oder auf denselben erfolgt, grundsätzlich zulässig ist und nicht in jedem Fall eine Umgehung von Art. 333 Abs. 1 OR darstellt. Eine unzulässige Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn die Kündigung einzig den Zweck hat, den Übergang des Arbeitsverhältnisses oder seine Folgen zu verhindern. Der Veräusserer kann somit nicht die Verträge aller oder eines Teils seiner Angestellten kündigen, damit diese dann mit dem Erwerber neue Verträge schliessen und so die sich aus der Dauer der ursprünglichen Verträge ergebenden Vorteile verlieren. Ebenso wenig ist es zulässig, dass der Veräusserer eine oder bestimmte Personen entlässt, einzig weil der Übernehmer sie nicht haben will. Hingegen verstösst eine Kündigung nicht gegen Art. 333 Abs. 1 OR, wenn diese durch wirtschaftliche, technische oder organisatorische Gründe gerechtfertigt ist (BGE 136 III 552 E. 3.3 S. 558 f.; bestätigt in BGE 137 III 487 E. 4.5.2 S. 495).

3.4 Die Vorinstanz kam zum Schluss, die am 19. Januar 2011 erfolgte Kündigung verstosse nicht gegen Art. 333 OR. Sie hielt fest, indem der Arbeitsvertrag mit der Beschwerdegegnerin erst rund sechs Wochen nach der Kündigung durch die vormalige Arbeitgeberin geschlossen wurde, sei davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der Kündigung (19. Januar 2011) der weitere Betrieb des Restaurants nicht geregelt gewesen sei. Unter diesen Umständen könne von vornherein nicht von einer Kündigung zur Umgehung der Vorschriften in Art. 333 OR ausgegangen werden, zumal auch sonst keine Anhaltspunkte für eine derartige verpönte Absicht vorliegen würden. Damit habe die theoretische Möglichkeit bestanden, dass das Bergrestaurant C. nicht oder zumindest nicht unmittelbar weitergeführt werde. Damit sei die am 19. Januar 2011 ausgesprochene Kündigung aus organisatorischen Gründen und damit gültig erfolgt.

Damit sei der am 4. März 2011 mit der Beschwerdegegnerin geschlossene Arbeitsvertrag als neuer Arbeitsvertrag anzusehen, welcher seine Wirkungen unabhängig vom vorhergehenden Arbeitsverhältnis entfalte. Somit sei auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht ab dem 1. Mai 2005 (Arbeitsbeginn gemäss Arbeitsvertrag vom 12. Februar 2005) zu zählen, sondern ab dem 19. April 2011 (Arbeitsbeginn gemäss Arbeitsvertrag vom 4. März 2011). Daher habe sich der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der (ersten) Kündigung durch die Beschwerdegegnerin am 25. Oktober 2011 im ersten Dienstjahr befunden, womit eine Sperrfrist von 30 Tagen gelte.

3.5 Damit setzt sich der Beschwerdeführer nur ungenügend auseinander, wobei sich seine Vorbringen weitgehend in unzulässiger appellatorischer Kritik am angefochtenen Entscheid erschöpfen. Er macht lediglich geltend, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei für die Beschwerdegegnerin bereits am 19. Januar 2011 klar gewesen, dass sie oder ein allfälliger neuer Pächter das Bergrestaurant C. weiterführen werde, weshalb die Vorinstanz den Sachverhalt falsch festgestellt habe. Dabei bezieht er sich auf einen Abschnitt der erstinstanzlichen Duplik der Beschwerdegegnerin, wobei er geltend macht, dieser hätte von der Vorinstanz von Amtes wegen berück-

sichtigt werden sollen, ohne dass er in seiner Berufung speziell darauf hinweisen hätte müssen. Ganz abgesehen davon, dass der Beschwerdeführer damit die Feststellung der Vorinstanz nicht als willkürlich auszuweisen vermag, erkennt er, dass die soziale Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von der aktiven Mitwirkung im Prozess entbindet. Die Parteien sind verpflichtet, die wesentlichen anspruchsbegründenden Behauptungen dem Gericht zu unterbreiten und die relevanten Fakten vorzubringen. Dies hat der Beschwerdeführer nach eigenen Angaben nicht getan. Damit steht fest, dass im Zeitpunkt der Kündigung noch nicht bekannt war – oder jedenfalls nur die theoretische Möglichkeit bestanden hat – ob das Bergrestaurant C. von der Beschwerdegegnerin oder von jemand anderem weitergeführt wird. Entsprechend ist die Kündigung nicht deshalb ausgesprochen worden, weil damit der Übergang des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers auf die Beschwerdegegnerin hätte umgangen werden sollen (vgl. E. 3.3. hiervor). Die Vorinstanz hat damit ohne Verletzung von Bundesrecht erkannt, dass die Kündigung nicht in Umgehung von Art. 333 OR erfolgt ist, sondern aus organisatorischen Gründen gerechtfertigt war.

3.6 Folglich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Parteien am 4. März 2011 einen neuen Arbeitsvertrag geschlossen haben, womit sich der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch die Beschwerdegegnerin, am 25. Oktober 2011, im ersten Dienstjahr befunden hat. Das Arbeitsverhältnis wurde somit durch die von der Beschwerdegegnerin angebotene Verlängerung per 31. Januar 2012 rechtsgültig aufgelöst.

4.

Ein Lohnanspruch seitens des Beschwerdeführers hat somit bis Ende Januar 2012 bestanden. Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde die Auffassung vertritt, es sei ihm bis Ende Juni 2012 der Lohn nachzuzahlen, ist seine Rüge demzufolge von vornherein unbegründet, womit sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen. Mit den Erwägungen der Vorinstanz, wonach nicht zu beanstanden sei, dass die Beschwerdegegnerin ihm für die Monate Dezember 2011 und Januar 2012 den Lohn lediglich im Umfang von 80% ausbezahlt habe, setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, weshalb mangels Rüge auch darauf nicht weiter einzugehen ist.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 6. Juli 2015, Doss.-Nr. 4A_145/2015 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 16. Dezember 2014)

Kündigung zur Unzeit, Art. 336c OR; Schwangerschaft; Rechtsmissbrauch durch widersprüchliches Verhalten, Art. 2 Abs. 2 ZGB. Der Arbeitgeber kann sich nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf einen Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) des Arbeitnehmers berufen, der geltend macht, eine getroffene Vereinbarung verstosse gegen zwingendes Recht; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Vorliegend ging die Vorinstanz zwar davon aus, die Arbeitnehmerin habe nicht rechtsgültig auf ihre Ansprüche aus Art. 336c OR verzichtet; ihre Berufung auf die Ungültigkeit sei aber rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es sei ihr widersprüchliches Verhalten vorzuwerfen, da sie zum Zeitpunkt des Abschlusses der Aufhebungsvereinbarung bereits von ihrer Schwangerschaft gewusst, diese dem Arbeitgeber aber erst ca. zwei Monate später mitgeteilt habe, weshalb es letzterem «nahezu verunmöglicht» gewesen sei, der Arbeitnehmerin, die ihre Arbeitskraft wieder anbot, die längst aufgehobene Arbeitsstelle neuerlich zuzuteilen. Wegen fehlender Begründung Zurückweisung der Sache an die Vorinstanz (E. 4.1, 4.2, 5.1, 5.3).

Sachverhalt:

A. (Klägerin, Beschwerdeführerin) stand seit dem 1. Oktober 2007 in einem Arbeitsverhältnis zur B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin). Mit Schreiben vom 26. August 2010 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per Ende November 2010 unter sofortiger Freistellung. Am 17. Dezember 2010 schlossen die Parteien eine Vereinbarung, wonach sich die Beklagte zur Zahlung von Fr. 7000.– netto an die Klägerin verpflichtete. Die Parteien erklärten sich zudem mit Erfüllung dieser Vereinbarung als per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis auseinandergesetzt. Mit Schreiben vom 21. Februar 2011 bot die Klägerin der Beklagten ihre Arbeitskraft per sofort wieder an. Sie begründete dies damit, dass sie schwanger sei, weshalb das Arbeitsverhältnis weiterlaufe bis zur Niederkunft und 16 Wochen danach. Am 14. Juli 2011 kam das Kind der Klägerin zur Welt.

Mit Eingabe vom 11. August 2011 reichte die Klägerin beim Kantonsgericht Zug Klage ein und verlangte im Wesentlichen, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 255 112.– nebst Zins zu bezahlen. Das Kantonsgericht beschränkte das Verfahren auf die Frage, ob das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien am 30. November 2010 beendet worden sei bzw. ab diesem Datum keine Lohnfortzahlungspflicht der Beklagten mehr bestanden habe. Mit Entscheid vom 27. November 2013 stellte es fest, dass

das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht per 30. November 2010 beendet worden sei. Mit Urteil vom 16. Dezember 2014 schützte das Obergericht des Kantons Zug die von der Beklagten erhobene Berufung und wies die Klage ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Klägerin dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin aufgrund der entsprechenden Ultraschallbilder spätestens seit dem 10. Dezember 2010 Kenntnis von ihrer Schwangerschaft. Beim Abschluss der Saldovereinbarung vom 17. Dezember 2010 habe sie also um ihre Schwangerschaft gewusst, die Beschwerdegegnerin ihrerseits habe aber erstmals am 21. Februar 2011 davon erfahren. Demzufolge sei die Schwangerschaft der Klägerin nicht Thema der Besprechung vom 17. Dezember 2010 gewesen und die Entschädigung von Fr. 7000.– sei nur eine solche für nicht bezogene Ferientage gewesen. Ob die Beschwerdeführerin bei Unterzeichnung der Saldovereinbarung vom 17. Dezember Kenntnis vom Kündigungsschutz gemäss Art. 336c OR gehabt habe, sei hinsichtlich der Gültigkeit dieser Vereinbarung nicht von Belang. Jedenfalls habe es sich dabei nämlich mangels gegenseitiger Zugeständnisse nicht um einen echten Vergleich gehandelt (vgl. hierzu BGE 118 II 58 E. 2b S. 61; Urteil des Bundesgerichts 4A_25/2014 vom 7. April 2014; je mit Hinweisen), weshalb Art. 341 Abs. 1 OR, wonach der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten kann, «nicht von vorne herein ausgeschlossen werden» könne. In der Folge qualifizierte die Vorinstanz die Aufhebungsvereinbarung vom 17. Dezember 2010 als nichtig. Dies wird von den Parteien nicht in Frage gestellt; darauf ist somit nicht weiter einzugehen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116).

4.2 In der Folge ging die Vorinstanz zwar davon aus, die Beschwerdeführerin habe am 17. Dezember 2010 nicht rechtsgültig auf ihre Ansprüche aus Art. 336c OR verzichtet; ihre Berufung auf die Ungültigkeit sei aber rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Es seien die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zu beachten. Dazu gehörten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 135 III 349 E. 3 S. 355; 129 III 493 E. 5.1 S. 497; je mit Hinweisen) ein fehlendes Interesse an der Rechtsausübung, zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts, krasses Missverhältnis der auf dem Spiel stehenden Interessen, schonungslose Rechtsausübung oder widersprüchliches Verhalten. Hier liege einzig Rechtsmissbrauch im Sinn des widersprüchlichen Verhaltens (vgl. hierzu BGE 125 III 257 E. 2a S. 259 mit Hinweisen) vor. Diesbezüglich hielt die

Vorinstanz fest, die Beschwerdeführerin habe am 17. Dezember 2010 um ihre Ansprüche aus Art. 336c OR gewusst und könnte auch aus einer allfälligen Rechtsunkenntnis, die sie nicht glaubhaft dargelegt habe, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Diese Ansprüche habe sie der Beschwerdegegnerin aber erst am 21. Februar 2011 mitgeteilt, weshalb es letzterer «nahezu verunmöglich» gewesen sei, die längst aufgehobene Arbeitsstelle in der ursprünglichen Form wieder anzubieten. In der Zwischenzeit habe die Beschwerdeführerin – «im Wissen um den arbeitsrechtlichen Schutz während einer Schwangerschaft» – zuerst ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt ausloten wollen und sich bei der Beschwerdegegnerin erst gemeldet, als sie die von ihr angestrebte Stelle bei einer anderen Firma (C.) nicht bekommen habe. Sie habe die Beschwerdegegnerin in dieser Zeit einerseits mit der Beantragung von Arbeitslosengeldern und andererseits mit ihrer Bewerbung für andere Arbeitsstellen im Glauben gelassen, mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden zu sein. Dass Rechtsmissbrauch im Sinn eines widersprüchlichen Verhaltens vorliege, wird von der Beschwerdeführerin bestritten und ist nachfolgend zu prüfen.

5.

5.1 Der Arbeitgeber kann sich nur bei Vorliegen besonderer Umstände auf einen Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) des Arbeitnehmers berufen, der geltend macht, eine getroffene Vereinbarung verstosse gegen zwingendes Recht; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 E. 5 S. 497 ff., 618 E. 5.2 S. 622; 110 II 168 E. 3c S. 171; je mit Hinweisen). Blosses Zuwarten mit der Rechtsausübung innerhalb der gesetzlichen Verjährungsfristen allgemein begründet noch nicht Rechtsmissbrauch (BGE 116 II 428 E. 2 S. 431; vgl. auch BGE 129 III 171 E. 2.4 S. 176; 127 III 506 E. 4a S. 513; je mit Hinweisen). Zum blossen Zeitablauf müssen vielmehr besondere Umstände hinzutreten, welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (vgl. BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 498 mit Hinweisen). Solche können darin bestehen, dass dem Verpflichteten aus der verzögerten Geltendmachung in erkennbarer Weise Nachteile erwachsen sind und dem Berechtigten die Rechtsausübung zumutbar gewesen wäre, oder darin, dass der Berechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs zuwartet, um sich einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen (BGE 131 III 439 E. 5.1 S. 443; Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2013 vom 18. September 2013 E. 4.4; je mit Hinweisen).

Die Beschwerdegegnerin, die sich auf Rechtsmissbrauch beruft, ist für das Vorliegen der besonderen Umstände, welche diesen begründen, beweispflichtig (BGE 134 III 52 E. 2.1 S. 58 f.).

5.2 Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausging, aufgrund des Verhaltens der Beschwerdeführerin – namentlich dem Abschluss der (nichtigen) Aufhebungsvereinbarung, der Beantragung von Arbeitslosengeldern und vor allem der Bewerbung für andere Arbeitsstellen –

habe die Beschwerdegegnerin in guten Treuen von der definitiven Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgehen dürfen. Die diesbezüglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin gehen an der Sache vorbei. Sie beruhen auf der unzutreffenden Annahme, die Vorinstanz habe in diesen Verhaltensweisen als solchen ein rechtsmissbräuchliches Verhalten erkannt. Es geht aber nur darum, ob die Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben von einer Beendigung ausgehen und ihr Verhalten danach richten durfte.

5.3 Es stellt sich aber die Frage, welche nachteiligen Dispositionen die Beschwerdegegnerin gestützt auf diese Vertrauensgrundlage getroffen hat. Die Nicht-Mitteilung der Schwangerschaft muss kausal gewesen sein für die der Beschwerdegegnerin entstandenen nachteiligen Folgen. Als solchen Nachteil erkannte die Vorinstanz, dass es der Beschwerdegegnerin wegen des Zuwartens der Beschwerdeführerin über mehr als zwei Monate «nahezu verunmöglicht» gewesen sei, die längst aufgehobene Arbeitsstelle der Beschwerdeführerin in der ursprünglichen Form wieder anzubieten. Sie begründet dies indessen mit keinem Wort, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt. Es fehlen auch sonst Ausführungen dazu, welche nachteiligen Vorgehen die Beschwerdegegnerin im Vertrauen auf die endgültige Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen hat. Diese (fehlende) Begründung erlaubt dem Bundesgericht keine Überprüfung; die Sache ist daher zur ergänzenden Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.4 Die Vorinstanz nahm zu Recht an, dass die (Rechts-)Kenntnis der Beschwerdeführerin über den Schwangerschaftsschutz Voraussetzung ist, um ihr ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorwerfen zu können (BGE 88 II 18 E. 5 S. 25; implizit auch BGE 135 III 349 E. 3 S. 356 und das zit. Urteil 4A_194/2013 E. 4, wo die Frage der Kenntnis aber offen gelassen werden konnte, weil nicht nachgewiesen war, dass dem Arbeitgeber Nachteile aus dem Zuwarten erwachsen wären. Vgl. auch THOMAS KOLLER, Kündigungsschutz bei Schwangerschaft; Frage nach Kündigungsschutz bei unterlassener Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber [Besprechung von BGE 135 III 349], in: ZBJV 2011 S. 407 ff., S. 410).

5.4.1 Die Vorinstanz geht denn auch im Rahmen ihrer abschliessenden Würdigung (E. 5.3.4 S. 15 mit Hinweis auf die Begründung in E. 4.4) davon aus, dass die Beschwerdeführerin am 17. Dezember 2010 Kenntnis über den arbeitsrechtlichen Schutz bei Schwangerschaft gehabt habe («im Wissen um den arbeitsrechtlichen Schutz während einer Schwangerschaft»). Die Begründung dieser Erkenntnis ist indessen erneut völlig ungenügend und erlaubt dem Bundesgericht keine Überprüfung.

Die Vorinstanz verweist einerseits auf die Ausbildung der Beschwerdeführerin (MBA-Abschluss), weshalb bei ihr von einem Grundwissen in arbeitsrechtlichen Angelegenheiten auszugehen sei. Zudem gehöre der Kündigungsschutz bei einer Schwangerschaft zum Allgemeinwissen, wenn auch nicht bis ins letzte Detail. Es wäre aber von ihr zu erwarten gewesen (sinngemäss: wenn denn die letzten Detailkenntnisse gefehlt hätten), sich entsprechend zu informieren oder die auch für einen juristischen Laien verständli-

che Bestimmung von Art. 336c OR zu konsultieren. Nicht glaubhaft und nicht belegt sei, dass sie seitens der Regionalen Arbeitsvermittlung dahingehend eine falsche Auskunft erhalten habe. Es falle auch auf, dass sie kurz nach der Absage durch C. von ihren Rechten Kenntnis erhalten haben will. Und «Selbst wenn die Klägerin bis zum geltend gemachten Zeitpunkt einem Rechtsirrtum unterlegen haben sollte» – was sie nicht habe glaubhaft darlegen können –, könnte sie aus ihrer eigenen Rechtsunkenntnis keine Vorteile ableiten.

Entgegen der Beschwerdeführerin ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz feststellte, es sei nicht glaubhaft und nicht belegt, dass die Regionale Arbeitsvermittlung ihr eine falsche Auskunft erteilt habe. Im Übrigen bleibt mit dieser Begründung aber unklar, ob die Vorinstanz nun in tatsächlicher Hinsicht vom Wissen um den Schwangerschaftsschutz ausgeht, worauf das Argument hindeutet, dass sich die Beschwerdeführerin unmittelbar nach der Absage durch C. mit ihren Ansprüchen meldete (Rückschluss aus dem nachträglichen Verhalten) oder ob die Vorinstanz Wissenmüssen genügen lässt, was aus dem zitierten abschliessenden Satz abgeleitet werden könnte. Letzteres stünde aber mit ihren eigenen oben einleitend (E. 5.4 hiavor) zitierten Ausführungen im Widerspruch und würde auch nicht ausreichen, um der Beschwerdeführerin missbräuchliches Verhalten vorzuwerfen. Die Sache ist daher auch unter diesem Aspekt an die Vorinstanz zur genügenden Begründung zurückzuweisen.

5.4.2 Dabei wird die Vorinstanz folgendes zu berücksichtigen haben: Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe vor beiden Instanzen die Einvernahme des Zeugen D. beantragt, welcher bezeugen könne, dass sie erst Mitte Februar 2011 vom Kündigungsschutz für Schwangere erfahren habe. Ohne jegliche Begründung habe die Vorinstanz diesen Beweisantrag übergangen. Es trifft zu, dass das Urteil sich nicht zur Nichtabnahme dieses Beweises äussert. Sollte sich der Nachweis der Rechtskenntnis als entscheidend erweisen, kann jedenfalls nicht einzig mit der Begründung auf die Einvernahme dieses Zeugen verzichtet werden, dass die Beschwerdeführerin ausdrücklich nur im erstinstanzlichen Verfahren einen entsprechenden Beweisantrag gestellt habe, wie die Beschwerdegegnerin im Verfahren vor Bundesgericht geltend macht. Denn: Wird eine Berufung geschützt und entscheidet die Rechtsmittelinstanz selber (statt die Sache an die erste Instanz zurückzuweisen) muss sie, wenn Fragen aufgeworfen werden, die sich bei der als falsch erkannten Lösung der ersten Instanz nicht stellen, grundsätzlich alle vor erster Instanz prozesskonform beantragten Beweismittel berücksichtigen, sofern aufgrund der Ausführungen im Rechtsmittelverfahren oder vor erster Instanz nicht von einem Verzicht der Parteien auf die Abnahme der Beweismittel auszugehen ist (vgl. zu letzterem BGE 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376; zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4A_588/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.2). An der von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde angegebenen Stelle in der Berufungsantwort (ad II. Materielles/Ziff. 7 lit. a) wird der Beweisantrag zwar nicht wiederholt, jedoch auf die Stelle des erstin-

stanzlichen Entscheids verwiesen, wo die diesbezüglichen Vorbringen (ohne Beweisanträge) aus den Rechtsschriften zusammengefasst werden. Ein Verzicht liegt offensichtlich nicht vor.

Die Vorinstanz wird sich – sollte die Rechtskenntnis wie erwähnt entscheidendes Kriterium sein – auch mit dem Argument der Beschwerdeführerin auseinandersetzen haben, sie habe sich nicht nur am 3. November 2010 (vor Kenntnis der Schwangerschaft) bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet, sondern auch nach Kenntnis der Schwangerschaft an Kursen der RAV teilgenommen, was sie wohl kaum getan hätte, wenn sie um ihre Ansprüche gegenüber der Beschwerdegegnerin gewusst hätte.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zug wird aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 6. Juli 2015, Doss.-Nr. 4A_189/2015 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Aargau vom 27. Januar 2015)

Arbeitsunfall; Haftung des Arbeitgebers. Nach Art. 28 Abs. 1 VUV (Verordnung über die Unfallverhütung) sind Arbeitsmittel, die beim Verwenden eine Gefährdung der Arbeitnehmer durch bewegte Teile darstellen, mit entsprechenden Schutzeinrichtungen auszurüsten, die verhindern, dass in den Gefahrenbereich bewegter Teile getreten oder gegriffen werden kann. Indem es der Arbeitgeber unterliess, die geforderte Schutzeinrichtung anzubringen, wurde er gestützt auf Art. 328 OR schadenersatzpflichtig (E. 3.1, 3.4).

Sachverhalt:

B. (Kläger, Beschwerdegegner) war ab dem 14. August 2006 bei der A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin) angestellt, wo er an einer Bandhärteanlage eingesetzt wurde. Mit dieser Anlage werden im Nonstop-Vierschicht-Betrieb Rohlinge für Sägeblätter hergestellt. Etwa alle sechs Stunden müssen die auslaufenden Stahlbandrollen mit neuen verschweisst werden. Am 5. Februar 2009 erlitt B. bei einem Unfall an der Bandhärteanlage Verletzungen an Daumen und Zeigefinger der linken Hand. Als Folge davon bezieht er, nachdem ihm das Arbeitsverhältnis per Ende August 2010 gekündigt wurde, seit November 2012 eine Rente der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA), wobei von einer Invalidität zu 13% ausgegangen wird.

Am 14. August 2013 reichte B. beim Arbeitsgericht Kulm Klage ein und beantragte, die A. AG sei zur Zahlung von Fr. 25 526.60 (Teilklage) nebst Zins zu verurteilen. An der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht Kulm

am 23. Januar 2014 reduzierte B. den eingeklagten Betrag auf Fr. 25 372.70. Mit Entscheid vom 23. Januar 2014 wies das Arbeitsgericht Kulm die Klage ab. Gegen diesen Entscheid erhob B. Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau und beantragte, das Urteil des Arbeitsgerichts Kulm sei aufzuheben und die A. AG sei zur Zahlung von Fr. 25 372.70 (Teilklage) nebst Zins zu verpflichten. Eventualiter sei die Sache an das Arbeitsgericht Kulm zurückzuweisen. Mit Entscheid vom 27. Januar 2015 hiess das Obergericht des Kantons Aargau die Berufung teilweise gut und verurteilte die A. AG zur Zahlung von Fr. 14 506.65 nebst Zins. Im Übrigen wies es die Berufung ab. Das Obergericht kam zum Schluss, die A. AG habe es unterlassen, die von Art. 28 Abs. 1 der Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV; SR 832.30) geforderte Schutzeinrichtung anzubringen und sei daher gestützt auf Art. 328 OR schadenersatzpflichtig. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 30. März 2015 beantragt die A. AG dem Bundesgericht sinngemäss, es sei der Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau aufzuheben und es sei die Klage abzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.5 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe hinsichtlich der Arbeitsabläufe willkürlich falsche Sachverhaltsfeststellungen getroffen.

2.5.1 Die vom Beschwerdegegner zu verrichtende Arbeit beschrieb die Vorinstanz wie folgt: Der Beschwerdegegner arbeitet an einer ca. 80 Meter langen Bandhärteanlage. Ca. alle sechs Stunden müssen die Enden mehrerer auslaufender Stahlbandrollen von noch nicht gehärtetem bzw. veredeltem Stahl mit den Anfängen neuer Rollen verschweisst werden. Das Verschweissen ist nur möglich, wenn die Stahlbänder ruhen; gleichzeitig soll die Härteanlage aber ohne Unterbruch betrieben werden. Deshalb befindet sich zwischen dem Abspulhaspel am Beginn der Anlage und der Bandbremse – welche die Stahlbänder für die nachfolgenden Veredelungsvorgänge straft – ein Bandvorschub mit Treiberrollen. Damit wird das Abspultempo der sich ihrem Ende zuneigenden Stahlbandrollen zwischen den Treiberrollen und der Bandbremse erhöht, um einen Vorrat abgespulten Bandmaterials zu schaffen. Dieses Bandmaterial wird in einer Schlingengrube («Puffer») gesammelt, die sich zwischen dem Bandvorschub und der Bandbremse befindet, und steht für das Weiterlaufen der Härteanlage während des Schweissvorgangs zur Verfügung. Nach Beendigung des Schweissvorgangs werden die Treiberrollen derart in Rotation versetzt, dass auf die Schweissstelle kein zu starker Zug wirkt. Danach wird der Bandvorschub bis zum nächsten Schweissvorgang ausser Betrieb genommen, indem die obere Treiberrolle angehoben, d.h. von den Bändern gelöst wird. Der Beschwerdegegner geriet bei seinem Unfall am 5. Februar 2009 nach einem Schweissvorgang mit zwei Fingern seiner linken Hand in die Treiberrollen.

2.5.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe willkürlich festgestellt, der Arbeiter stehe auf Armlänge neben den Treiberrollen und es bestehe damit die Gefahr des Einklemmens. Links vom Bedienpult müsse nur gearbeitet werden, wenn die Treiberrollen offen seien. Bei der vom Beschwerdegegner beim Unfall verrichteten Arbeit müsse lediglich rechts vom Bedienpult gearbeitet werden, weil sich dort die Schlingengrube befinde, die kontrolliert werden müsse. Damit stehe der betreffende Arbeiter, wenn die Treiberrollen in Betrieb gesetzt würden und in Betrieb seien, immer mindestens zwei oder mehr Meter von den Treiberrollen entfernt rechts vom Bedienpult. Das Bedienpult stehe dabei zwischen dem Arbeiter und den Treiberrollen, womit der Arbeiter auch bei einem Ohnmachtsanfall oder durch Ausrutschen nicht in diese Treiberrollen geraten könne. So habe ein Arbeiter den Arbeitsvorgang am Augenschein auch vorgeführt; er habe rechts vom Bedienpult gestanden und nicht links wie der Beschwerdegegner auf den Fotos auf Seite 9 des Protokolls. Die Vorinstanz habe die betreffenden Fotos und die Feststellungen über den Arbeitsvorgang offenbar bewusst weglassen.

Die Vorinstanz hat ausgeführt, der Augenschein habe klar ergeben, dass sich die Treiberrollen wie auch die Separierrolle in solcher Nähe zum Bedienpult befänden, dass der dieses (rechtshändig) bedienende Arbeiter – v.a. wenn er sich nach rechts Richtung Schlingengrube drehe, um die Schweißnaht verfolgen zu können – aus Unachtsamkeit ohne besondere aussergewöhnliche Bewegung mit der (linken) Hand an die Bänder geraten könne. Insbesondere erscheine es möglich, dass ein Arbeiter, wenn er beim oder nach dem Anschalten der Treiberrollen aus dem Gleichgewicht gerate, nach Halt suchend, sich mit der linken Hand unwillkürlich auf der lediglich rund 50 cm vor den Treiberrollen befindlichen Separierrolle oder gar auf der Bandrolle selbst abzustützen versuche und die Hand in die rotierenden Treiberrollen gezogen werde. Zur Protokollierung des Augenscheins bringt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vor, entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin sei der beobachtete Arbeitsvorgang im Protokoll festgehalten worden. Die Beschwerdeführerin habe denn auch nicht verlangt, das Protokoll sei zu berichtigen oder zu ergänzen. Fotos der Vorführung dieses (Teils des) Arbeitsvorganges seien am Augenschein keine erstellt worden. Dies habe die Beschwerdeführerin auch nicht beantragt.

Unter diesen Umständen liegt keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz vor. Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner beim Unfall links vom Bedienpult gestanden hat. Die Beschwerdeführerin bringt zwar nachvollziehbare Gründe dafür vor, dass die Arbeit korrekterweise rechts vom Bedienpult zu verrichten wäre und ein Arbeiter sich daher an sich nicht links vom Bedienpult aufhalten müsste. Willkür liegt aber nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre. Offensichtlich unhaltbar ist die Sachverhaltsfeststellung, wonach der Arbeiter auf Armlänge neben den Treiberrollen stehe, nicht, weshalb die Rüge unbegründet ist.

2.5.3 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Vorinstanz habe völlig unberücksichtigt gelassen, dass der Beschwerdegegner ein gelernter Giesser sei. Von ihm seien mehr Wissen, Können und Gefahrenverständnis zu erwarten als von einem einfachen Hilfsarbeiter ohne Berufserfahrung. Diese Tatsache habe die Vorinstanz mit keiner Silbe erwähnt, was auch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle.

Die Vorinstanz ist nicht davon ausgegangen, der Beschwerdegegner habe keine Berufserfahrung. So hat sie etwa ausgeführt, Sicherheitsvorschriften würden auch von langjährigen Mitarbeitern nicht immer rigoros eingehalten, und der Beschwerdegegner sei auf dieser Maschine ausgebildet worden. Der Vorinstanz kann daher nicht vorgeworfen werden, sie habe die Ausbildung des Beschwerdegegners willkürlich und unter Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin völlig unberücksichtigt gelassen. Die Rüge ist unbegründet.

2.5.4 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz gehe willkürlich von einem ganz gewöhnlichen Arbeitsablauf aus, obwohl die Inbetriebsetzung der Treiberrollen und das Anschweissen der Nachfolgebänder gerade ein sehr heikler Arbeitsschritt seien, der nur alle paar Stunden notwendig werde und volle Konzentration erfordere. Es handle sich mithin nicht um Routinearbeit. Diesen Besonderheiten habe die Vorinstanz nicht Rechnung getragen. Der Beschwerdegegner habe aufgrund der Fakten ganz bewusst etwas an den Bändern machen wollen und habe nicht aus Unachtsamkeit oder Routine die Hand dort liegen gelassen.

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz durchaus erfasst, dass sich der Schweissvorgang ca. alle sechs Stunden wiederholt. Es kann ihr auch hier keine Willkür vorgeworfen werden, wenn sie trotzdem davon ausgegangen ist, der Beschwerdegegner habe seine Hand aus Unachtsamkeit auf die sich auf die Treiberrolle zubewegenden Stahlbänder gelegt.

2.5.5 Schliesslich hat die Vorinstanz den Sachverhalt nach Ansicht der Beschwerdeführerin willkürlich festgestellt, weil sie die Akten der SUVA und deren weiteres Verhalten überhaupt nicht berücksichtigt habe. Gemäss den Unfallakten habe der Beschwerdegegner selbst ausgesagt, er sei einfach zu wenig aufmerksam gewesen. In den Akten der SUVA sei nirgends die Rede von ungenügenden Sicherungen oder mangelnder Ausbildung. Die SUVA habe gegen die Beschwerdeführerin auch keine Sanktionen ergriffen. Die fehlende Berücksichtigung dieser Tatsachen stelle auch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar.

Die Vorinstanz ist von einem Selbstverschulden des Beschwerdegegners ausgegangen und hat auch festgestellt, dieser sei nach eigenen Aussagen «zu wenig vorsichtig» gewesen und habe gewusst, «dass die Hand dort nichts zu suchen» habe. Inwiefern die zitierte Aussage des Beschwerdegegners in den Unfallakten eine zusätzliche Erkenntnis bringen würde, ist nicht ersichtlich. Ob die SUVA der Beschwerdeführerin Sanktionen auferlegt hat, ist für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens insofern nicht entschei-

dend, als dies den Zivilrichter nicht bindet. Die Vorinstanz hat somit weder den Sachverhalt willkürlich unvollständig festgestellt noch hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, indem sie nicht ausführlicher auf das Verhalten der SUVA im Nachgang zum Unfall eingegangen ist.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine Verletzung von Art. 328 Abs. 2 OR, indem die Vorinstanz das Mass der von der Arbeitgeberin zu garantierenden Sicherheit völlig falsch bemessen habe. Die Anlage sei von der SUVA und dem Amt für Wirtschaft bewilligt und abgenommen worden, weshalb der Beschwerdeführerin bei einem Unfall kein Vorwurf gemacht werden könne, sie habe Art. 328 OR verletzt.

3.1 Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis nach Art. 328 Abs. 1 OR u.a. auf die Gesundheit des Arbeitnehmers gebührend Rücksicht zu nehmen. Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann (Art. 328 Abs. 2 OR). So hat der Arbeitgeber etwa die erforderlichen und geeigneten Massnahmen zum Schutz vor Berufsunfällen zu treffen (vgl. BGE 132 III 257 E. 5.2 S. 259 und E. 5.4 S. 260 mit Verweis auf Art. 82 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung [UVG; SR 832.20]).

Nach Art. 28 Abs. 1 VUV sind Arbeitsmittel, die beim Verwenden eine Gefährdung der Arbeitnehmer durch bewegte Teile darstellen, mit entsprechenden Schutzeinrichtungen auszurüsten, die verhindern, dass in den Gefahrenbereich bewegter Teile getreten oder gegriffen werden kann. Der Arbeitgeber ist nach Art. 60 Abs. 2 VUV berechtigt, hinsichtlich der von ihm zu treffenden Sicherheitsmassnahmen den Rat des zuständigen Durchführungsorgans einzuholen.

3.2 Die Vorinstanz hat ausgeführt, die Beschwerdeführerin habe erst nach dem Unfall vor den Treiberrollen eine Schutzvorrichtung angebracht, die absolut geeignet erscheine, eine schwere Verletzung in der Art, wie sie der Beschwerdegegner erlitten habe, zu verhindern. Das Nichtanbringen eines Sicherheitsbügels vor den Treiberrollen stelle einen Verstoss gegen Art. 28 Abs. 1 VUV dar. Ein Grund, diese Stelle nicht durch einen Sicherheitsbügel zu sichern, sei nicht ersichtlich und auch nicht geltend gemacht worden. Unter den Gesichtspunkten der Angemessenheit und Zumutbarkeit sei auch keine Disproportion zwischen den Kosten für die Sicherheitsmassnahme und dem Nutzen ersichtlich oder behauptet. Damit sei eine Schutzpflichtverletzung zu bejahen.

An der Haftung der Beschwerdeführerin nach Art. 328 OR ändere auch nichts, dass diese im Herbst 2005 von ihrem Recht nach Art. 60 Abs. 2 VUV Gebrauch gemacht habe, woraufhin durch die SUVA, Abteilung Arbeitssicherheit, Bereich Gewerbe und Industrie, eine «Arbeitsplatzkontrolle»

durchgeführt worden sei. Es sei zum einen nicht davon auszugehen, dass Art. 60 Abs. 2 VUV einem Arbeitgeber einen Anspruch verschaffe, von der SUVA eine umfassende Überprüfung von Produktionsanlagen auf Sicherheitslücken hin zu verlangen. Zum andern sei mit Bezug auf den vorliegenden Fall festzuhalten, dass auch keine solche umfassende Überprüfung stattgefunden habe. Zur Bandhärteanlage sei zwar ein «Maschinenrapport» erstellt worden; doch seien darin – dem «Ziel» der Kontrolle entsprechend, «[o]ffensichtliche Mängel auf[zu]zeigen» – lediglich gewisse Massnahmen empfohlen worden. Gemäss S. 1 und 3 des Maschinenrapports sei die sicherheitstechnische Kontrolle mit einfachen Mitteln und ohne Anwendung eines vertieften Prüfverfahrens erfolgt. Im Übrigen sei die Beschwerdeführerin angewiesen worden, eine Gefahrenermittlung an der Bandvergütungsanlage erst noch durchzuführen. Es sei auch darauf hingewiesen worden, dass die Anlage grundsätzlich den Anforderungen von Art. 24–46 VUV entsprechen müsse. Im Lichte des Maschinenrapports habe die Beschwerdeführerin keinen Grund zur Annahme gehabt, die Anlage entspreche in jedem Detail den Sicherheitsvorschriften, insbesondere aber an der späteren Unfallstelle der Vorschrift von Art. 28 Abs. 1 VUV. Behauptungen der Beschwerdeführerin, inwieweit sie nach der Betriebsbesichtigung durch die SUVA die von dieser verlangte Gefahrenermittlung durchgeführt habe, würden fehlen. Im Übrigen könnte selbst eine umfassende Überprüfung einer Anlage durch die SUVA, das AWA oder auch eine andere Behörde, aber auch des ganzen Betriebs durch die ISO-Zertifizierungsstelle, kaum zu einer Exkulpation des Arbeitgebers führen, wenn die Verletzung einer Schutzpflicht nachgewiesen sei. Denn von einem Arbeitgeber dürfe erwartet werden, dass er in der Lage sei, die vom Gesetzgeber in Art. 328 OR für das Arbeitsverhältnis geforderten Sicherheitsvorkehrungen zu treffen. Fehle es einem Arbeitgeber an einschlägigem sicherheitstechnischem Know-how, müsse er sich diese durch Lektüre, Erkundigung bei Dritten oder Beizug eines Fachmanns aneignen.

3.3 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, es gehöre zu den Hauptpflichten und Kernaufgaben der SUVA und des Amtes für Wirtschaft, die Betriebssicherheit zu prüfen, durchzusetzen und damit zu garantieren. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz garantiere die SUVA sehr wohl die Arbeitsplatzsicherheit. Geprüfte Anlagen seien daher per definitionem sicher. Es könne nicht sein, dass ein Arbeitgeber mehr können oder wissen solle als diese ausgewiesenen Fachleute, welche nichts anderes tun würden, als sich mit Sicherheitsfragen und der Unfallverhütung zu befassen. Mehr oder besseres Fachwissen sei nicht erhältlich. Daran ändere nichts, dass nach dem Unfall eine weitere Sicherungsmassnahme verlangt worden sei. Denn der Unfall sei absolut nicht vorhersehbar gewesen, weil an dieser Stelle gar nicht habe gearbeitet werden müssen. Bei der nachträglich verlangten Sicherung handle es sich also lediglich um eine Alibiübung.

3.4 Hat eine Arbeitgeberin eine Anlage oder einen Teil einer Anlage von der SUVA umfassend prüfen lassen und hat sie danach allfällige aufgedeckte Mängel behoben, so ist ihr entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht

zuzumuten, zusätzlich einen (weiteren) Experten beizuziehen. Die Beschwerdeführerin bringt hier zu Recht vor, dass die Abklärung der Arbeitsplatzsicherheit zu den Kernkompetenzen der SUVA gehört, beaufsichtigt diese doch die Anwendung der Vorschriften über die Verhütung von Berufsunfällen (vgl. Art. 49 VUV). Immerhin entbindet aber auch eine umfassende Prüfung die Arbeitgeberin nicht von einer sorgfältigen Instruktion und Überwachung der Arbeitnehmer, damit auch eine korrekte Nutzung der überprüften Anlage erfolgt. Hier wäre allenfalls fraglich, ob die Beschwerdeführerin den Beschwerdegegner hätte darauf hinweisen müssen, er solle jeweils rechts vom Bedienpult stehen und nicht links. Dies kann jedoch offenbleiben, denn vorliegend ist nicht von einer umfassenden Prüfung der Bandhärteanlage durch die SUVA auszugehen. Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hat die SUVA die Beschwerdeführerin insbesondere angewiesen, eine Gefahrenermittlung an der Anlage erst noch durchzuführen. Die Beschwerdeführerin durfte mithin nicht davon ausgehen, die Anlage entspreche in allen Punkten den gesetzlichen Anforderungen, insbesondere Art. 28 Abs. 1 VUV. Dass das Anbringen eines Sicherheitsbügels ihr billigerweise nicht zugemutet werden könnte, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor und Gründe dafür sind – wie die Vorinstanz richtig ausführt – auch nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat somit Art. 328 Abs. 2 OR nicht verletzt, indem sie eine Haftung der Beschwerdeführerin bejaht hat.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 juillet 2015, Doss.-No 4C_1/2015 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre la décision du Conseil d'Etat du canton du Tessin du 5 février 2015 relative au contrat-type de travail pour les employés de commerce des études d'avocat)

Art. 359a al. 2 CO. L'obligation de consulter les associations professionnelles et les sociétés d'utilité publique intéressées avant l'édition d'un contrat-type ne constitue qu'une simple prescription d'ordre dont le non-respect n'invalide pas la procédure (c. 3.2).

Art. 360a CO. La détermination de l'existence d'un dumping salarial a une composante politique qui confère un large pouvoir d'appréciation à la Commission tripartite instituée par le canton (c. 6.3). Même si la question est débattue, il faut considérer que pour fixer les salaires minimaux, il est possible de se référer aux salaires minimaux contenus dans une convention collective de travail de la profession, ce qui correspond à la pratique de plusieurs cantons. D'ailleurs, pour déterminer le salaire usuel au sens de l'art. 322 CO, la jurisprudence a eu l'occasion d'indiquer que les conventions collectives de travail de la profession constituaient un élément de référence important (c. 6.3).

Extraits des faits:

Sul foglio ufficiale del Cantone Ticino n. 101 del 19 dicembre 2014 è stato pubblicato, per iniziativa della Commissione tripartita in materia di libera circolazione delle persone, il contratto normale di lavoro (CNL) per gli impiegati di commercio negli studi legali. Una premessa spiegava che i controlli effettuati dall'Ufficio dell'ispettorato del lavoro avevano accertato abusi ai sensi dell'art. 360a CO, ragione che aveva indotto la Commissione tripartita a proporre al Consiglio di Stato del Cantone Ticino un contratto normale di lavoro con salario minimo vincolante. Il testo pubblicato, con l'avvertenza che «le disposizioni evidenziate in grassetto avranno carattere obbligatorio» è questo:

«Art. 1 (Campo di applicazione): Il contratto è applicabile a tutti gli impiegati di commercio negli studi legali (NOGA 691001). Art. 2 (Importo del salario minimo): Salario orario minimo di base: fr. 19.65. Al salario orario di base vanno aggiunte le seguenti indennità: – 8.33% per 4 settimane di vacanza e 10.64% per 5 settimane di vacanza – 3.60% per 9 giorni festivi. Art. 3 (Adeguamento ai salari minimi): I salari minimi saranno adeguati in base agli adeguamenti stabiliti dalle parti per i salari del Contratto collettivo di lavoro degli impiegati di commercio nell'economia ticinese o al rincaro. Art. 4 (Altre disposizioni): Per tutte le altre disposizioni si rimanda ai disposti del CO come pure della LL. Art. 5 (Entrata in vigore e durata): Il Consiglio di Stato stabilisce l'entrata in vigore del contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio negli studi legali. Il contratto ha una validità di 3 anni. Osservazioni: Chiunque renda attendibile un interesse può presentare per scritto le sue osservazioni, entro 30 giorni dalla pubblicazione nel Foglio ufficiale, alla Commissione Tripartita in materia di libera circolazione delle persone, presso l'Ufficio per la sorveglianza del mercato del lavoro, via Lugano 4, 6500 Bellinzona (art. 359a CO).»

Con decreto del 5 febbraio 2015 il Consiglio di Stato, richiamata la proposta della Commissione tripartita, ha fissato al 1° luglio 2015 l'entrata in vigore del citato contratto normale di lavoro (Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi n. 8 del 27 febbraio 2015).

L'Ordine degli Avvocati del Cantone Ticino e l'avv. A. insorgono davanti al Tribunale federale con ricorso in materia di diritto pubblico del 13 aprile 2015 con cui postulano, previo conferimento dell'effetto sospensivo al gravame, in via principale l'annullamento del predetto decreto e del contratto normale di lavoro. In via subordinata chiedono che, annullati il decreto e il CNL, gli atti siano ritornati al Consiglio di Stato, affinché effettui una procedura di consultazione nel senso dell'art. 3 cpv. 2 della legge ticinese sull'avvocatura (LAvv/TI; RL 3.2.1.1); in via ancora più subordinata domandano l'annullamento degli art. 1 e 5 del CNL e il rinvio degli atti al governo cantonale per esperire un tentativo di conciliazione nel senso dell'art. 360b cpv. 3 CO. Affermano che non sussiste una competenza cantonale per emanare il CNL e lamentano la mancata consultazione dell'Ordine

degli Avvocati, l'assenza di un tentativo di intesa, un accertamento manifestamente errato dei fatti, un abuso del potere di apprezzamento, nonché la violazione delle garanzie procedurali generali e del principio della proporzionalità.

Extraits des considérants:

2.

Come osservato, impugnato è un atto normativo. Tale circostanza non influisce solo sulle condizioni di ammissibilità del ricorso, ma ha pure un'incidenza sulle censure che possono essere validamente proposte in questa sede. Per tale motivo giova premettere che le – numerose – argomentazioni ricorsuali attinenti alla violazione di diritti concessi dalla Costituzione federale, dall'art. 6 n. 1 CEDU e dalla legge di procedura amministrativa cantonale a una parte in una procedura giudiziaria o amministrativa (che sfocia in un provvedimento dell'autorità in un singolo caso) si rivelano di primo acchito inconferenti. Giova del resto rilevare che, pur lamentando di non aver potuto accedere agli atti, con la replica i ricorrenti non menzionano alcun documento che sarebbe mancante dopo la risposta del Consiglio di Stato.

3.

3.1 Nella parte iniziale del gravame i ricorrenti narrano che nel giugno 2014 l'Ordine è stato favorevolmente contattato dall'Ufficio dell'ispettorato del lavoro (UIL) con una richiesta di aiuto per la rilevazione di dati, criticano le modalità che hanno preceduto la pubblicazione del comunicato stampa con cui la Commissione tripartita annunciava l'intenzione di proporre un contratto normale di lavoro e lamentano che un incontro con i funzionari dell'UIL e una delegazione dell'Ordine ha unicamente potuto avvenire l'11 febbraio 2015, senza che però sia stato possibile accedere agli atti. I ricorrenti sostengono che l'Ordine non è stato consultato prima dell'emanazione del CNL, circostanza che violerebbe sia l'art. 3 cpv. 2 LAVv/TI, sia l'art. 359a cpv. 2 CO.

3.2 Giusta l'art. 3 cpv. 2 LAVv/TI l'Ordine promuove la dignità e l'esercizio corretto della professione e viene coinvolto dallo Stato in particolare per discutere i problemi generali dell'avvocatura e dell'amministrazione della giustizia. L'art. 359a cpv. 2 CO prevede invece che prima dell'adozione del contratto normale di lavoro, oltre alla pubblicazione con l'indicazione di un termine per presentare osservazioni, sarà chiesto il parere delle associazioni professionali o di utilità pubblica interessate.

Ora, con riferimento all'appena citata norma di diritto federale giova rilevare che l'obbligo di richiedere il parere delle associazioni professionali o di utilità pubblica costituisce una semplice prescrizione d'ordine (GIACOMO RONCORONI, in *Droit collectif du travail*, a cura di ARTHUR ANDERMATT e altri, n. 45 ad art. 359a CO) e che il fatto che un'associazione professionale o di utilità pubblica non sia sentita non inficia la validità della procedura (VISCHER/ALBRECHT, *Commento zurighese*, n. 13 ad art. 359a CO). Con ri-

ferimento all'altra norma invocata dai ricorrenti, occorre osservare che con un ricorso in materia di diritto pubblico è unicamente possibile prevalersi della mera violazione del diritto cantonale se si tratta di diritti costituzionali (art. 95 lett. c LTF) o di disposizioni in materia di diritto di voto dei cittadini e di elezioni e votazioni popolari (art. 95 lett. d LTF). Al di fuori di tali casi la violazione del diritto cantonale non costituisce un motivo di ricorso: il ricorrente può soltanto far valere che la violazione del diritto cantonale configura nel contempo pure una violazione del diritto federale nel senso dell'art. 95 lett. a LTF (DTF 136 I 241 consid. 2.4, con rinvii). Ne segue che su tale punto la censura, così come è formulata, si rivela finanche inammissibile. Anche volendo prescindere da quanto appena esposto, non è nemmeno ravvisabile perché l'emanazione del contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio sarebbe «un problema generale dell'avvocatura» né perché, alla luce della fattispecie illustrata nel ricorso, i ricorrenti ritengano che l'Ordine non sia stato coinvolto nell'emanazione dell'impugnato decreto.

4.

4.1 Sempre da un punto di vista formale i ricorrenti lamentano l'assenza dell'esperimento di un tentativo d'intesa ai sensi dell'art. 360b cpv. 3 CO.

4.2 Nella sua risposta il Consiglio di Stato spiega che la Commissione tripartita non ha proceduto a un esperimento di conciliazione perché gli studi legali coinvolti erano 33, «ossia un numero tale da fare apparire sin dall'inizio del tutto inutile, infruttuosa e peraltro troppo laboriosa l'intesa diretta con i relativi datori di lavoro».

4.3 Il Tribunale federale ha già stabilito che l'art. 360b cpv. 3 CO permette alla Commissione tripartita di rinunciare alla procedura conciliativa, qualora non appaia possibile che l'intesa sia raggiunta nel termine di due mesi (sentenze 4C_3/2013 / 4C_4/2013 del 20 novembre 2013 consid. 11.2 e 4C_1/2014 dell'11 maggio 2015 consid. 5.3). In ragione dell'elevato numero di datori di lavoro che avrebbero dovuto essere coinvolti, non è possibile rimproverare all'autorità cantonale di avere ecceduto nel suo potere di apprezzamento per non aver d'entrata ricercato un'intesa.

5.

I ricorrenti sostengono pure che il governo ticinese non aveva la competenza di emanare il contestato decreto, perché – giusta l'art. 359a cpv. 1 CO – il Consiglio federale è competente per stabilire il contratto normale di lavoro se il suo campo di applicazione si estende sul territorio di più Cantoni. A sostegno della loro tesi citano anche la legge federale sulla libera circolazione degli avvocati (LLCA) e affermano che fra le competenze rimaste ai Cantoni «non figura la possibilità di regolamentare in qualche modo l'organizzazione interna degli studi legali e i rapporti contrattuali legati alla stessa».

Come specificato all'art. 1 della LLCA, questa legge ha per scopo di garantire la libera circolazione degli avvocati e di stabilire i principi applicabili all'esercizio dell'avvocatura, temi che non vengono toccati dal contestato

CNL, atteso che questo si applica agli impiegati di commercio. Non è poi dato a capire in ragione del tenore dell'atto impugnato per quale motivo i ricorrenti pensino che questo avrebbe un campo di applicazione che si estende su più Cantoni. Esso è stato emanato dal governo ticinese e concerne quindi unicamente gli impiegati di commercio degli studi legali che si trovano sul territorio del Cantone Ticino. Ne segue che la censura si rivela infondata.

6.

6.1 Sotto il profilo sostanziale i ricorrenti contestano la definizione del salario determinante per individuare una situazione di abuso, asseverando segnatamente che questo non poteva essere stabilito semplicemente riprendendo il salario minimo previsto da un CCL, che reputano essere applicabile a un settore diverso da quello esaminato. Essi sostengono poi che la considerazione dei contratti conclusi o modificati negli ultimi due anni è stata una scelta meramente strumentale affinché la quota dei salari abusivi superi il 10%. Ritengono pure che non possa essere stabilita una soglia percentuale uguale per tutti i settori. Affermano infine che non sarebbe nemmeno possibile equiparare «la situazione di neoassunti senza alcuna esperienza nel settore e dipendenti formati e con esperienza», ciò in ragione dell'accresciuto onere formativo che incombe sugli avvocati nei confronti delle persone appena ingaggiate e senza specifica esperienza. Sempre a mente dei ricorrenti, le «autorità coinvolte nella procedura di adozione del contratto normale di lavoro» avrebbero abusato del loro potere di apprezzamento e violato il principio della proporzionalità.

6.2 Nella risposta il Consiglio di Stato ha spiegato che in base al modello di valutazione elaborato dall'Istituto di Ricerche Economiche (IRE) e approvato dalla Commissione tripartita, nel caso in cui vengono esaminati un ramo o una professione con un CCL/CNL con un salario minimo di riferimento è quest'ultimo che viene utilizzato come soglia minima di raffronto per determinare l'abuso, senza alcun margine di tolleranza. Inoltre, qualora i contratti stipulati negli ultimi due anni nel settore analizzato sono meno del 15%, per la valutazione del dumping salariale vengono considerati tutti i lavoratori, altrimenti si tiene conto unicamente dei lavoratori soggetti a tali contratti recenti. Tale limitazione ha per scopo la determinazione della presenza di un dumping salariale prima che esso si radichi nell'intero settore. In entrambi i casi, se la percentuale dei salari inferiori a quello di raffronto supera il 5%, si è in presenza di abusi ripetuti.

Riferendosi specificatamente alla procedura che ha portato all'adozione del contestato contratto normale di lavoro, il governo ticinese ha indicato che il contratto collettivo di riferimento utilizzato è quello della Società Impiegati Commercio del Cantone Ticino (pure posto a fondamento dei CNL per gli impiegati di commercio nelle fiduciarie e nel settore della consulenza aziendale), che fissava per il 2014 un salario mensile (42 ore settimanali e 13 mensilità) minimo di fr. 3250.– per il primo anno d'impiego di un impiegato di commercio con un attestato federale di capacità. Dall'inchiesta svolta dall'UIL è emerso che 149 studi legali non occupano impiegati di commer-

cio, mentre nei 277 studi legali oggetto dell'inchiesta lavorano 594 impiegati di commercio, dei quali 75 sono frontalieri (12.63%). Le assunzioni e le modifiche contrattuali degli ultimi due anni concernono il 51,51% dei dipendenti (306 su 594). In totale 49 impiegati di commercio (pari all'8.25% e di cui 25 sono di nazionalità svizzera, mentre 7 hanno un permesso di dimora B o di domicilio C e 17 hanno un permesso per frontalieri) percepiscono un salario inferiore al salario di riferimento e sono alle dipendenze di 43 studi legali. 36 impiegati di commercio su 306 (11.76%) assunti o con modifiche contrattuali negli ultimi due anni hanno un salario inferiore a quello di riferimento e sono stipendiati da 33 studi legali.

6.3 L'art. 360a CO elenca le condizioni che permettono all'autorità competente di stabilire, in un contratto normale di lavoro di durata limitata, salari minimi differenziati secondo le regioni, e all'occorrenza il luogo, allo scopo di combattere o impedire abusi. Dal profilo materiale un contratto normale di lavoro nel senso della norma in discussione presuppone che nell'ambito di un ramo o di una professione vengano ripetutamente e abusivamente offerti salari inferiori a quelli usuali per il luogo, la professione o il ramo (dumping salariale). L'esistenza di questa condizione dev'essere constatata dalla Commissione tripartita, che i Cantoni devono istituire per il loro territorio e che è composta di un numero uguale di rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori nonché di rappresentanti dello Stato (art. 360b cpv. 1 CO). La determinazione dell'esistenza di un dumping salariale ha una componente politica e legislativa (VISCHER/ALBRECHT, op.cit., n. 3 ad art. 360a CO; GIACOMO RONCORONI, op.cit., n. 87 ad art. 360a CO), che conferisce alla Commissione tripartita un ampio margine di apprezzamento.

Con riferimento alla definizione del salario di raffronto i ricorrenti indicano a ragione che la dottrina e la prassi sono variegate (v. per una panoramica PORTMANN/VON KAENEL/HALBEISEN, *Ausgewählte Fragen zum Erlass eines Normalarbeitsvertrages im Sinne von Art. 360a OR*, in *Aktuelle Juristische Praxis* 2013, pag. 1468 segg.). L'utilizzazione del salario minimo previsto da un contratto collettivo di lavoro quale salario di riferimento costituisce tuttavia un metodo, seppure non unanimemente condiviso, suggerito dalla dottrina (ALEXIA HEINE, *Die flankierenden Massnahmen im Spannungsverhältnis zwischen Vollzug des Entsendegesetzes und der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht*, in *Aktuelle Juristische Praxis* 2006, pag. 473; VISCHER/ALBRECHT, loc.cit.) e applicato anche in altri Cantoni (PORTMANN/VON KAENEL/HALBEISEN, op.cit., pag. 1473). Inoltre, trattandosi di stabilire il salario usuale, il Tribunale federale ha già avuto modo di indicare, con riferimento all'applicazione dell'art. 322 cpv. 1 CO, che i contratti collettivi di lavoro della professione costituiscono un elemento di riferimento per determinarlo (sentenza 4C.369/2006 del 16 gennaio 2007 consid. 3.2). I ricorrenti non possono poi nemmeno essere seguiti quando ritengono che l'attività esercitata da un impiegato di commercio in seno a uno studio legale si distingua in modo tale da quella espletata presso altri datori di lavoro da non poter essere considerata la medesima professione e che tali differenze

imporrebbero agli avvocati un onere formativo – della durata di almeno un anno – così grande da giustificare un salario iniziale inferiore a quello concesso in altri settori. Infatti, come indicato nella risposta, in tutti i settori dell'economia vi è un onere formativo dei datori di lavoro, poiché la formazione generica d'impiegato di commercio è raramente sufficiente per poter esplicare fin dall'inizio in modo autonomo la professione. In particolare anche negli studi medici, dentistici, fiduciari, di architettura, di ingegneria e di consulenza, come nelle banche e assicurazioni devono essere trasmesse agli impiegati di commercio specifiche conoscenze, affinché questi possano pienamente esercitare le loro funzioni. Si può inoltre rilevare che gli esempi citati dai ricorrenti a sostegno della loro tesi (la retribuzione concessa dallo Stato agli alunni giudiziari durante il periodo di pratica che precede gli esami per il conseguimento del brevetto d'avvocato e il piano di formazione di apprendisti tratto dal sito «www.lehrstellenadvokatur.ch») sono inconferenti. Infatti, il salario minimo previsto dal contestato CNL non si riferisce né ai futuri avvocati né agli apprendisti, ma agli impiegati di commercio che hanno già terminato la loro formazione professionale. Anche per il resto i ricorrenti non mostrano alcuna violazione del diritto federale, ritenuto segnatamente che, con riferimento alla fissazione della soglia del 5%, l'art. 360a cpv. 1 CO si limita a esigere che i salari abusivi siano stati offerti ripetutamente. Ciò si verifica nella fattispecie, poiché il numero di datori di lavoro (43 studi legali se vengono considerati tutti gli impiegati di commercio, rispettivamente 36 se si tiene conto solo di quelli che hanno sottoscritto un contratto di lavoro recente) che pagano tali retribuzioni non permette di ritenere che si tratti di casi singoli.

Giova infine ricordare che l'art. 360a CO definisce i presupposti materiali che devono essere adempiuti, affinché un contratto normale di lavoro con salari minimi possa essere promulgato e che i principi generali quali il divieto dell'arbitrio e il principio della proporzionalità non assumono una portata propria. Trattandosi di diritto federale, che il Tribunale federale deve applicare senza poterlo sindacare (art. 190 Cost.), il CNL che ne rispetta le condizioni è legittimo a prescindere dalla sua compatibilità con i principi della libertà economica e contrattuale (sentenza 4C_1/2014 dell'11 maggio 2015 consid. 7.2).

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 juillet 2015, Doss.-No 4A_138/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 14 novembre 2014)

Art. 336 al. 1 let. a CO. On n'est pas en présence d'un congé abusif au sens de la norme précitée lorsque la raison justifiant le congé a un lien avec le rapport de travail, singulièrement avec le devoir de fidélité du travailleur. En raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a

al. 1 CO). Les rapports de confiance sont à la base du contrat de travail, à telle enseigne que si ceux-ci sont ébranlés ou détruits, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur, cela peut légitimer la cessation immédiate des rapports de travail (c. 3.1).

Dans le cas d'espèce, il apparaît avec netteté que le travailleur, qui a cru pouvoir se dispenser de requérir l'autorisation préalable exigée par le statut du personnel pour accepter une activité accessoire lucrative, n'a pas respecté son devoir de fidélité envers son employeur. A cela s'ajoute que le travailleur a reconnu n'avoir pas déclaré au fisc les revenus que lui procurait l'activité accessoire qu'il exerçait, cela alors qu'il était employé par une fondation d'utilité publique bénéficiant de subventions étatiques, ce qui aggrave la soustraction fiscale intentionnelle commise (c. 3.2.3).

L'exigence d'un avertissement n'entre en ligne de compte qu'en matière de congé pour justes motifs, lorsque le manquement aux obligations contractuelles du travailleur ne justifie pas, par sa nature et sa gravité, un licenciement immédiat (c. 3.2.2).

Extraits des faits:

A compter du 11 mars 2002, A. (le travailleur), né le 1^{er} mars 1977, a été engagé en qualité de magasinier par la Fondation B. (ci-après: la fondation), à Lausanne, qui est une fondation d'utilité publique ayant pour but de lutter contre la cécité et d'en prévenir ou d'en atténuer les conséquences; son salaire mensuel brut se montait à 4271 fr., versé treize fois l'an. Selon l'art. 18, premier paragraphe, du statut du personnel de la fondation du 6 septembre 2004, intitulé «Occupation accessoire», «l'employé qui désire avoir une occupation accessoire rémunérée doit en aviser l'employeur et recueillir son accord préalable»; d'après l'art. 18, second paragraphe, du même statut, l'occupation accessoire doit être conciliable avec la situation ou les devoirs de la charge de l'employé et ne pas nuire à l'exercice de sa fonction, à sa santé ou constituer une concurrence déloyale envers l'employeur. L'art. 48 du statut, sous le titre «Sanctions», dispose ce qui suit: «L'employé qui enfreint ses devoirs généraux ou particuliers, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est passible de sanctions, sans préjudice de celles, pénales ou civiles, qui pourraient être prononcées contre lui. Elles seront: l'avertissement oral, l'avertissement écrit, la résiliation du contrat de travail». Ayant obtenu en cours d'emploi un brevet fédéral de «spécialiste d'achat/approvisionnement» en mai 2005 ainsi qu'un diplôme fédéral d'«acheteur diplômé» en juin 2011, le travailleur a été promu dès le 23 juin 2011 responsable des achats et de l'approvisionnement pour un salaire mensuel brut de 6488 fr., payé treize fois l'an.

Le 22 février 2012, la fondation a organisé une soirée destinée à ses collaborateurs occupant un poste à responsabilités; outre le travailleur, y ont participé C. directeur opérationnel adjoint, D. et E., toutes deux responsables

des secrétariats, F., responsable techniques et infrastructures, G., directrice opérationnelle, H., responsable intendance, I., responsable du service social, et J., responsable restauration. Le but de cette rencontre était de resserrer les liens entre les collaborateurs en dehors d'un cadre purement professionnel. Au cours de cette soirée marquée par les récits de A., il a été retenu, sur la base de témoignages des participants, que le pré cité a parlé à ses collègues d'une activité exercée parallèlement à son travail pour la fondation, laquelle lui aurait rapporté des gains qu'il n'aurait pas déclarés au fisc; il a également fait état d'acquisitions de nombreux biens dans des conditions particulières, pouvant laisser penser à des éventuels actes de recel, et fait part des fraudes à l'assurance qu'il aurait commises en relation avec plusieurs de ses biens. Quelques jours après la soirée, le travailleur a demandé à C. si son comportement ce soir-là avait posé problème. Ce dernier lui a répondu qu'il avait tenu des propos inadéquats, lesquels avaient choqué certains collègues. Afin qu'il puisse s'expliquer, A. a été convoqué à une séance tenue le 8 mars 2012 en présence de C., G. et K., conseillère en ressources humaines. A cette occasion, le travailleur a reconnu avoir tenu les propos rapportés. Il a ajouté avoir la conscience tranquille et n'avoir commis aucune fraude au détriment de la fondation. Par pli recommandé du 9 mars 2012, la fondation, se référant à l'entretien de la veille, a licencié le travailleur pour le 30 juin 2012, tout en le libérant de l'obligation de travailler avec effet immédiat. Requête par le travailleur de motiver le congé, la fondation lui a expliqué, par courrier du 27 mars 2012, que la résiliation du contrat a été causée par la rupture du lien de confiance, circonstance aggravée par la position de cadre qu'il occupait dans une fonction de responsable des achats et approvisionnement.

Le travailleur a déposé le 4 septembre 2012 une demande contre la fondation auprès du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, concluant à ce que la défenderesse lui doive paiement de la somme de 30'000 fr. au titre d'indemnité pour congé abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO. Par jugement du 27 janvier 2014, le Tribunal de prud'hommes a entièrement débouté le demandeur. Saisie d'un appel du demandeur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, par arrêt du 14 novembre 2014, l'a rejeté, le jugement attaqué étant confirmé. A. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Dans l'arrêt déféré, la cour cantonale a retenu que le demandeur occupait une position de cadre auprès de la défenderesse, de sorte que son attitude doit être appréciée avec une rigueur accrue en raison du crédit et de la responsabilité que lui conférait son poste. Elle a considéré que les comportements dont s'est vanté le travailleur – qui pouvaient ressortir au recel, à l'évasion fiscale et à la fraude à l'assurance – sont de nature à rompre les liens de confiance avec l'employeur. Bien que ces actes n'aient pas été

commis dans le cadre de l'activité professionnelle, ils sont propres à mettre en doute la probité du demandeur, lequel travaillait dans le domaine de l'acquisition de biens et était ainsi en contact avec plusieurs tiers. La cour cantonale en a inféré que le comportement incriminé avait bel et bien un lien avec l'activité professionnelle du travailleur et que le congé donné n'était pas abusif. Elle a ajouté que dès l'instant où le demandeur a reconnu avoir tenu les propos qui lui sont reprochés, un simple avertissement n'aurait pas été suffisant pour rétablir le lien de confiance et que le travailleur se réfère en vain à l'art. 48 du statut du personnel de la fondation.

2.2 Le recourant soutient tout d'abord que c'est à tort que la cour cantonale a considéré qu'il avait une position de cadre au sein de la fondation. Il affirme sous cet angle qu'il n'avait pas de pouvoir de décision important et aucune compétence en matière de questions essentielles pour l'employeur, qu'il n'avait pas de droit de signature, qu'aucun employé ne lui était subordonné et que son salaire n'était pas élevé.

Se référant à l'art. 48 du statut du personnel de la fondation, il fait ensuite valoir que l'intimée aurait dû lui adresser un avertissement au lieu de résilier son contrat de travail après dix ans de bons et loyaux services.

Le recourant prétend enfin que son comportement lors de la soirée du 22 février 2012 ne saurait constituer une violation de ses obligations professionnelles. Il allègue qu'il n'a jamais été condamné pénalement en relation avec les événements qu'il a relatés le soir en question et qu'il a pu apporter tous les éléments nécessaires afin de prouver n'avoir commis aucun acte susceptible d'être qualifié d'infraction pénale. Comme ces événements n'avaient pas de lien avec l'activité déployée pour la fondation, le congé motivé par les propos tenus le 22 février 2012 est abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO. Il s'agissait d'affaires privées évoquées à une seule reprise lors d'une soirée privée, hors du cadre de travail. Le recourant déclare qu'aucun reproche concret n'a pu lui être adressé quant à la qualité de son travail et quant à son comportement avec des partenaires économiques de l'intimée. Si ses dires ont pu déclencher une tension avec ses collègues, il appartenait à la fondation de prendre des mesures pour les désamorcer.

3.

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 la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO) (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514; 131 III 535 consid. 4.1 p. 537 s.).

L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive; cette liste n'est toutefois pas exhaustive et une résiliation abusive peut aussi être admise dans d'autres circonstances, pour autant que ces autres situations apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément

envisagés par l'art. 336 CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 514 s.; 132 III 115 consid. 2.1 p. 116 s.).

L'art. 336 al. 1 let. a CO, qui vise le congé discriminatoire, déclare qu'est abusif le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise.

D'après la jurisprudence, on n'est pas en présence d'un congé abusif au sens de la norme précitée lorsque la raison justifiant le congé a un lien avec le rapport de travail, singulièrement avec le devoir de fidélité du travailleur (ATF 127 III 86 consid. 2c p. 88–89 et les références). En raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO). Les rapports de confiance sont à la base du contrat de travail, à telle enseigne que si ceux-ci sont ébranlés ou détruits, notamment en raison de la violation du devoir de fidélité du travailleur, cela peut légitimer la cessation immédiate des rapports de travail (ATF 127 III 86 consid. 2c p. 89).

3.2

3.2.1 Dans le cas présent, on peut laisser ouverte la question de savoir si le recourant avait chez l'intimée le statut de cadre, dont le comportement doit, de manière générale, être apprécié avec une rigueur accrue (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 127 III 86 consid. 2c p. 89). En effet, même si le recourant ne faisait pas partie de l'encadrement de la fondation, le congé qui lui a été signifié, comme on le verra ci-dessous, n'est pas abusif.

3.2.2 Le recourant ne peut rien tirer de l'art. 48 du statut du personnel. Cette disposition ne prévoit nullement qu'un avertissement, oral ou écrit, doive nécessairement précéder la résiliation ordinaire du contrat de travail qui peut être prononcée si l'employé enfreint ses devoirs généraux ou particuliers, que ce soit intentionnellement ou par négligence. Le texte de cette norme, en mentionnant l'avertissement oral, l'avertissement écrit et le licenciement ordinaire, ne fait qu'énumérer les sanctions qui sont à disposition de l'employeur en cas de violation de ses devoirs par le travailleur.

D'ailleurs, l'exigence d'un avertissement n'entre en ligne de compte qu'en matière de congé pour justes motifs, lorsque le manquement aux obligations contractuelles du travailleur ne justifie pas, par sa nature et sa gravité, un licenciement immédiat (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.1; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 130).

3.2.3 Il a été retenu en fait (art. 105 al. 1 LTF) que pendant la soirée du 22 février 2012, le recourant a en particulier déclaré à ses collègues qu'il avait exercé, en plus de son travail pour la fondation, une activité accessoire rémunérée et qu'il n'avait pas déclaré les gains procurés par cette activité aux autorités fiscales. Il a confirmé avoir tenu de tels propos lors de la séance d'explications organisée par son employeur le 8 mars 2012, à la suite du rapport adressé au responsable des ressources humaines par deux participants à la soirée.

L'art. 18, premier paragraphe, du statut du personnel de la fondation oblige expressément le travailleur à aviser l'employeur s'il entend avoir une occupation accessoire rémunérée et à recueillir son accord préalable. L'art. 18, second paragraphe dudit statut, indique les raisons pour lesquelles une autorisation préalable doit être requise: il faut que l'occupation accessoire soit compatible avec la charge de travail de l'employé, qu'elle ne porte pas préjudice à la fonction exercée par le travailleur ou à la santé de celui-ci et qu'elle ne constitue pas un acte de concurrence déloyale envers l'employeur.

Le recourant n'a jamais prétendu que l'intimée l'avait autorisé à effectuer un travail accessoire après qu'il en a fait la demande. Rien de tel ne ressort au demeurant des constatations de fait posées souverainement par la cour cantonale.

Dans de telles conditions, il apparaît avec netteté que le recourant, qui a cru pouvoir se dispenser de requérir l'autorisation préalable exigée par le statut du personnel pour accepter une activité accessoire lucrative, n'a pas respecté son devoir de fidélité envers l'intimée, ancré à l'art. 321a al. 1 CO.

A cela s'ajoute que le recourant a reconnu n'avoir pas déclaré au fisc les revenus que lui procurait l'activité accessoire qu'il exerçait, cela alors qu'il était employé par une fondation d'utilité publique bénéficiant de subventions étatiques, ce qui aggrave la soustraction fiscale intentionnelle commise.

La justification du congé, expliquée par la rupture du lien de confiance qu'ont provoqué les récits tenus par le travailleur le 22 février 2012, présente ainsi un lien avec les relations de travail, singulièrement avec l'observation par le travailleur de ses obligations contractuelles. Partant, le congé donné par courrier du 9 mars 2012 n'est pas abusif dans le sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO.

Tribunal fédéral, Arrêt du 11 août 2015, Doss.-No 4A_653/2014 (Annulation du l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 28 juillet 2014), in: ATF 141 III 407

Art. 322 und 322d OR; sehr hohes Einkommen; Qualifikation eines Bonus als Gratifikation oder Lohnbestandteil?

Erreicht oder übersteigt das gesamte Einkommen des Arbeitnehmers das Fünffache des Schweizer Medianlohns (Privatwirtschaft), ist es als sehr hoch zu qualifizieren, womit der Bonus eine Gratifikation darstellt, die vom Willen des Arbeitgebers abhängt (E. 4–7).

Art. 322 et 322d CO; très haut revenu; qualification d'un bonus comme gratification ou élément du salaire?

Lorsque la rémunération totale de l'employé équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), son revenu doit être quali-

fié de très haut, de sorte que son bonus est une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur (consid. 4–7).

Extrait des considérants:

4.

4.1 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus. Déterminer s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO) revêt une grande importance, dès lors que le régime de la gratification est beaucoup plus flexible pour l'employeur que celui applicable aux éléments du salaire (cf. arrêt 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1 et les arrêts cités).

Pour qualifier un bonus dans un cas d'espèce, il faut interpréter les manifestations de volonté des parties (cf. art. 1 CO).

4.2 Il s'agit tout d'abord d'établir si le bonus est déterminé (respectivement déterminable) ou indéterminé (respectivement indéterminable).

4.2.1 Si le bonus est déterminé ou objectivement déterminable (ce qui est le cas lorsque la rémunération ne dépend plus de l'appréciation de l'employeur), l'employé dispose d'une prétention à ce bonus (cf. REH-BINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n° 1 ad art. 322d CO; en lien avec l'art. 1 CO: KRAMER/PROBST, *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2003, p. 28 et les références citées). Dans cette hypothèse, l'employeur doit tenir son engagement consistant à verser à l'employé la rémunération convenue (élément essentiel du contrat de travail) et le bonus doit être considéré comme un élément (variable) du salaire (ATF 139 III 155 consid. 3.1 et 3.3).

4.2.2 Si le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, l'employé ne dispose en règle générale d'aucune prétention: la rémunération dépend du bon vouloir de l'employeur et le bonus est qualifié de gratification.

Tel est le cas lorsque la quotité du bonus n'est pas fixée à l'avance, mais dépend pour l'essentiel de la marge de manoeuvre de l'employeur (cf. ATF 139 III 155 consid. 3.1 et 3.3 p. 156 s.).

4.3 Dans cette dernière hypothèse, soit lorsque le bonus n'est pas déterminé ou objectivement déterminable, la jurisprudence a opéré des distinctions en fonction de l'importance du revenu de l'employé (par quoi il faut entendre la rémunération totale perçue de l'employeur durant l'année; cf. consid. 5.3.1 ci-après).

4.3.1 En cas de revenus moyens et supérieurs, le Tribunal fédéral a estimé qu'un bonus très élevé en comparaison du salaire annuel, équivalent ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être, par exception, considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. La gratification (art. 322d CO) doit en effet rester accessoire par rapport au salaire (art. 322 s. CO); elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur.

En cas de revenus modestes, un bonus proportionnellement moins élevé peut déjà avoir le caractère d'un salaire variable (sur l'ensemble de la question: ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 621; ATF 129 III 276 consid. 2.1 p. 279 s.).

4.3.2 En revanche, lorsque l'employé perçoit un très haut revenu, il n'y a pas lieu d'admettre une exception: le bonus reste toujours une gratification.

A cet égard, le Tribunal fédéral a récemment indiqué que, dès l'instant où le revenu atteint un chiffre dépassant substantiellement le montant nécessaire à la couverture des frais d'entretien de l'employé, l'accessorité ne constitue pas un critère déterminant pour décider du caractère salarial d'une rétribution spéciale. En effet, lorsque le revenu convenu dépasse largement celui nécessaire à un train de vie approprié et qu'il représente en outre un multiple du salaire moyen, une restriction de la liberté contractuelle des parties ne saurait se justifier par un besoin de protection du travailleur (ATF 139 III 155 consid. 5.3 p. 159; arrêts 4A_721/2012 du 16 mai 2013 consid. 2.2; 4A_447/2012 du 17 mai 2013 consid. 2.2, résumé in JdT 2014 II p. 305; 4A_216/2013 du 29 juillet 2013 consid. 5.3, in JdT 2014 II p. 307).

La jurisprudence a ainsi renoncé à l'application du critère de l'accessorité en matière de très hauts revenus, comme le souhaitaient de nombreux auteurs (parmi d'autres: RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 168 s. cité dans l'arrêt 4A_511/2008 du 3 février 2009 consid. 4.3.2.2; WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5^e éd. 2011, no 19 ad art. 322d CO et les auteurs cités). Cette jurisprudence a été, sur le principe, largement saluée par la doctrine (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 163 s.; ROGER P. MOREF, *Akzessorietät von Gratifikationen: Die jüngsten Entscheide des Bundesgerichts* [ci-après: *Akzessorietät*], Jusletter 9 septembre 2013 ch. I.4; ANDREAS LIENHARD, *Akzessorietät einer Gratifikation*, Kommentar, ius.focus 5/2013 p. 9; SVENSSON/MEYER, *Spitzenboni*, L'Expert-comptable suisse 2014 p. 217; cf. RICHA/RAEDLER, *Le caractère accessoire du bonus*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht [GesKR] 2013 p. 415; critiques: GABUS/ROHMER, *Bonus et hauts salaires: liberté contractuelle ou protection du travailleur?*, SJ 2014 II p. 245 s.).

5.

Il s'impose d'examiner désormais ce que l'on entend par très haut revenu.

5.1 Pour la cour cantonale, ce montant doit être fixé à 500'000 fr. La banque recourante estime que le seuil correspond à un montant de 300'000 fr., éventuellement (et au plus) de 367'080 fr. (soit cinq fois le salaire médian suisse [secteur privé] pour l'année 2012). L'employé intimé considère, quant à lui, que l'exclusion du principe de l'accessorité ne peut être envisagée qu'à partir d'un montant de l'ordre de 2'000'000 fr.

5.2 En jurisprudence et en doctrine, différents montants ou modes de calcul ont été proposés.

5.2.1 Dans son arrêt du 26 février 2013 (ATF 139 III 155), le Tribunal fédéral, contrairement à ce que pense l'intimé, n'a pas tranché la question. Il s'est limité à constater que, dans les circonstances de l'espèce, la rémunération (salaire de base et partie du bonus versée en espèces) de l'employé s'élevait à 2'015'294 fr. et il a d'emblée jugé qu'en présence d'un tel chiffre (correspondant, selon les parties, à la contrepartie d'une prestation de travail à temps complet), la protection sociale accordée au travailleur ne pouvait plus jouer aucun rôle (ATF 139 III 155 consid. 5.4 p. 159 s.).

Dans un arrêt rendu le 16 mai 2013 (4A_721/2012), le Tribunal fédéral s'est rallié à l'approche du Tribunal cantonal zurichois (décision du 1^{er} novembre 2012, LA120002) qui, après avoir requalifié partiellement le bonus promis à l'employé, a arrêté son salaire au sens strict à 425'000 fr., le solde du bonus demeurant une gratification à bien plaider accordée à l'employé (arrêt précité consid. 3.2). Si le Tribunal fédéral, en confirmant cette décision cantonale, a implicitement reconnu qu'un montant de 425'000 fr. atteint (ou dépasse) le seuil à partir duquel l'accessorité n'a plus à être respectée, il n'a en revanche pas tranché explicitement la question.

Dans son arrêt du 17 mai 2013 (4A_447/2012), le Tribunal fédéral n'a pas eu besoin de revenir sur cette question. Il a observé que les parties étaient convenues d'un revenu annuel brut de 334'000 fr. (salaire de base), mais, au terme de l'interprétation du contrat de travail, il a observé que, contrairement aux allégations du travailleur, elles ne s'étaient pas mises d'accord sur un montant en sus (bonus) (arrêt précité consid. 2.3).

Quant à l'arrêt rendu le 29 juillet 2013 (4A_216/2013), s'il rappelle les critères fixés à l'ATF 139 III 155, il ne contient aucun développement à ce sujet, le salaire de l'employé n'atteignant pas en l'espèce un ordre de grandeur nécessitant de débattre de cette question (arrêt précité consid. 5.3).

5.2.2 Les tribunaux cantonaux ont également eu l'occasion de se prononcer sur cette question.

Dans une décision du 11 février 2008 (antérieure à l'ATF 139 III 155), publiée in *Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrechts (JAR)* 2009 p. 569, le Tribunal cantonal de St-Gall, bien qu'affirmant ne pas remettre en question l'application générale du critère de l'accessorité, a implicitement retenu que celui-ci n'était pas applicable à partir d'un seuil de 330'600 fr. (sur le constat: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, n° 4 ad art. 322d CO p. 339).

Dans le canton de Zurich, l'Obergericht, dans une décision du 17 septembre 2013, a considéré qu'un salaire annuel de 335'000 fr. excédait de plusieurs fois le salaire moyen et dépassait largement le revenu nécessaire pour assurer un train de vie convenable, ce salaire dépassant substantiellement le montant nécessaire à la couverture des frais d'entretien du travailleur; aucun bonus n'a été alloué à l'employé (cause NP120018).

Le 6 février 2014, la même autorité judiciaire a jugé qu'un salaire fixe de 710'040 fr. dépassait substantiellement le montant nécessaire à la couverture des frais d'entretien de l'employé concerné (cause LA130003).

Le Tribunal cantonal de Zoug, dans un arrêt du 11 août 2014, a jugé qu'un montant (salaire fixe et bonus) de 254'700 fr. (pour l'année 2006), respectivement de 306'200 fr. (pour 2007), était un multiple du salaire moyen et permettait largement de couvrir les coûts générés par un train de vie approprié, de sorte que l'accessoriété ne constituait plus un critère déterminant (cause A2 2012 3).

5.2.3 Quant à la doctrine, elle propose divers montants dans une large fourchette comprise entre 280'000 fr. et 2'000'000 fr.

S'agissant du montant de 2'000'000 fr., un auteur estime, à la lecture de l' ATF 139 III 155, qu'il doit être considéré comme une ligne directrice; il n'exclut toutefois pas qu'un chiffre plus modeste puisse être fixé comme limite (MORF, Akzessorietät, op.cit., ch. I.4), ce qu'il avait d'ailleurs affirmé quelques années auparavant, en considérant qu'un montant de 400'000 fr. constituait le seuil adéquat (ROGER P. MORF, Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2011, p. 326).

Un autre auteur semble fixer, dans un premier temps, cette limite à 300'000 fr., puis, il désigne une valeur seuil plus élevée, soit le montant de 410'000 fr. correspondant (à l'époque) au revenu d'un Conseiller fédéral (CONRADIN CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, 2007, p. 110 et 112). D'autres mentionnent également ce dernier critère, sans toutefois prendre position (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n° 4 ad art. 322d CO p. 339; cf. aussi arrêt attaqué).

Plusieurs auteurs professent qu'il convient de se fonder sur le salaire médian suisse. Partant de cette prémisse, certains, pour être «en ligne avec la jurisprudence du Tribunal fédéral» (cf. arrêt 4A_721/2012 déjà cité) et tenir «compte du niveau de vie en Suisse», considèrent que le seuil de référence correspond à l'heure actuelle à un salaire de 500'000 fr. (RICHA/RAEDLER, op.cit., p. 414). D'autres estiment qu'il convient de se baser sur un multiple du salaire médian suisse, soit, pour certains, cinq fois ce salaire (WYLER/HEINZER, op.cit., p. 165) et, pour un autre auteur, dix fois, soit un montant qu'il fixe à 720'000 fr. (AURÉLIEN WITZIG, La modification du rapport de travail, 2014, p. 62 s.). D'aucuns, enfin, donnent la préférence au salaire médian de la catégorie des «top managers», soit 280'000 fr. en 2012 (VON DER CRONE/BRUGGER, Salärgovernance, RSDA 3/2014 p. 244).

La doctrine est donc partagée s'agissant du montant à fixer en tant que limite au principe de l'accessoriété. On y distingue toutefois deux tendances (non exclusives). La première consiste à situer le seuil entre 280'000 fr. et 500'000 fr., les montants supérieurs auxquels font référence deux auteurs consistant en des positions plus isolées. La deuxième tendance vise le mode de calcul pour fixer ce montant; plusieurs auteurs adoptent une position commune consistant à se fonder sur le salaire médian suisse.

5.3

5.3.1 Pour fixer le seuil du très haut revenu, il y a lieu de préciser tout d'abord qu'il faut tenir compte de la totalité de la rémunération perçue par l'employé au cours d'une année donnée, à savoir le salaire de base et le bonus versé et calculé sur la base des données de l'exercice précédent. En effet et en l'espèce, c'est la rémunération effectivement reçue au cours de l'année 2009, soit le salaire de base de l'année 2009 et le bonus versé en 2009 sur la base des données de l'année 2008, qui est déterminante pour décider s'il y a lieu de requalifier ce bonus de salaire sur la base du critère de l'accessorité; c'est à tort que la cour cantonale en a décidé différemment, en prenant en compte le salaire de base de l'année 2008 et le bonus versé sur la base des données de l'année 2008.

Si cette rémunération totale dépasse le seuil du très haut revenu, il n'y a pas lieu de qualifier le bonus de salaire, le critère de l'accessorité n'étant pas applicable (cf. arrêt 4A_447/2012 déjà cité consid. 2.2; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 164).

En revanche, si la rémunération totale de l'employé n'atteint pas ce seuil, le critère de l'accessorité s'applique et, sur cette base, une requalification (partielle ou totale) du bonus doit intervenir (nullité partielle; cf. RICHARD/RAEDLER, op.cit., p. 415; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2^e éd. 2012, n° 16 ad art. 322d CO; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 164; PORTMANN, op.cit., n° 19 ad art. 322d CO; ROGER RUDOLPH, Focus: Développements récents en matière de bonus en droit du travail, TREX 2/2011 ch. 2.2.3).

5.3.2 Dans l'ATF 139 III 155, ainsi que dans les trois arrêts ultérieurs qui s'y réfèrent, la Cour de céans a déjà eu l'occasion d'indiquer que le seuil à partir duquel le principe de l'accessorité n'est plus applicable doit représenter un multiple du «salaire moyen» (cf. supra consid. 4.3.2). Cela étant, il n'y a donc pas lieu de fixer un montant déterminé (fixe). Dans la ligne déjà esquissée par la jurisprudence, il faut déterminer le facteur (ou multiple) par lequel le «salaire moyen» doit être multiplié.

Ce procédé, qui correspond à une tendance observée en doctrine (cf. supra consid. 5.2.3), présente l'avantage de demeurer valable indépendamment des modifications salariales d'année en année, l'évolution de la valeur seuil étant fonction de celle du «salaire moyen».

Toutefois, comme le relève la doctrine, la notion de «salaire moyen» n'est pas la plus adaptée car elle est susceptible d'être influencée par des valeurs extrêmes. Il convient donc de lui préférer celle de «salaire médian», soit la valeur qui divise l'ensemble considéré en deux groupes de taille égale, une moitié des postes de travail recevant un salaire y étant inférieur et l'autre moitié un salaire supérieur (RICHARD/RAEDLER, op.cit., p. 414 et la référence; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 165; le même, Chronique Droit du travail, Commentaire, JdT 2014 II p. 307; WITZIG, op.cit., p. 62).

5.3.3 Il faut encore déterminer le facteur par lequel le salaire médian doit être multiplié.

Un facteur de «cinq» est adéquat (cf. WYLER/HEINZER, op.cit., p. 165). Le montant qui en résulte (environ 350'000 fr., cf. infra consid. 6.1) est dans l'ordre de grandeur des montants déjà arrêtés dans les pratiques cantonales, et il entre dans la fourchette qui comprend les propositions déjà faites par une large part de la doctrine. Il s'intègre en outre de manière adéquate dans la ligne déjà tracée par la jurisprudence, en particulier dans l'arrêt 4A_721/2012 précité (où il a été implicitement admis qu'un montant de 425'000 fr. de salaire excluait toute application du principe de l'accessorité).

Un facteur plus important (comme celui de «dix» proposé par WITZIG, op.cit., p. 62) serait en ce sens disproportionné. Il aurait au demeurant pour effet de soumettre un montant conséquent aux règles afférentes au salaire, ce qui réduirait la marge de manoeuvre de l'employeur et l'empêcherait de différer, pour le montant en question, le versement de la rémunération. Cela irait à contre-sens de la tendance actuelle qui, en lien avec l'instrument de la gratification, vise à prévoir des «rémunérations différenciées [liant] la rémunération à l'évolution future du succès et des risques» (cf. la circulaire de la FINMA sur la rémunération [Circ.-FINMA 10/1], Principe no 7; sur l'ensemble de la question: BENOÎT CHAPPUIS, Bonus des dirigeants: la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'épreuve des règles de la FINMA, in *La pratique contractuelle 2*, Pichonnaz/Werro [éd.], 2011, p. 100 ss; cf. également: EHRENSTRÖM/OLOFSSON, La liberté du salaire et ses [nouvelles] limites, Jusletter 12 mars 2012 ch. 34).

5.3.4 Le critère de «cinq fois le salaire médian» est ainsi un critère essentiellement objectif. Il est en adéquation avec les motifs de l'ATF 139 III 155. Selon ce précédent, il s'agit de tempérer, en cas de rémunération très élevée, la nécessité sociale de protection du travailleur et le besoin de limiter dans ce cadre la liberté contractuelle des parties (cf. ATF 139 III 155 consid. 5.3 p. 159; cf. THOMAS GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, in *St. Galler Tagung zum Arbeitsrecht 2013* [non publié], ch. 1.8 et les auteurs cités à la note 10). Dans ce cadre, le critère permettant de fixer le seuil de la «rémunération très élevée» est nécessairement une notion générale qui ne tient pas forcément compte des particularités de la situation concrète de l'employé. On ne peut en effet raisonnablement concevoir une pratique qui tempérerait la nécessité sociale de la protection du travailleur en fonction des circonstances particulières de l'espèce. Cela reviendrait à protéger le travailleur dispendieux qui mène un train de vie élevé et non celui qui, à salaire égal, se contente de moins (sur le constat: RICHA/RAEDLER, op.cit., p. 413).

Seul un critère essentiellement objectif permet de mettre en œuvre les règles générales consacrées à l'ATF 139 III 155, tout en permettant de répondre aux besoins de prévisibilité et de sécurité juridique que la pratique appelle régulièrement de ses vœux (RICHA/RAEDLER, op.cit., p. 415;

WYLER/HEINZER, op.cit., p. 165; sur l'insécurité juridique en lien avec les très hautes rémunérations cf. GROSS/ZUBER/MAYHALL, op.cit., p. 183 s.).

C'est dans cette optique que le salaire médian s'entend tous domaines économiques confondus (dans le secteur privé), et non selon la branche d'activité concernée (cf. RICH/RAEDLER, op.cit., p. 414; citant ces deux auteurs: WYLER/HEINZER, op.cit., p. 165, qui fait référence au «salaire médian suisse»; en ce sens: WITZIG, op.cit., p. 62; d'un autre avis: VON DER CRONE/BRUGGER, op.cit., p. 244, qui donnent la préférence au salaire médian des top managers).

5.4 En conclusion, lorsque la rémunération totale de l'employé équivaut ou dépasse cinq fois le salaire médian suisse (secteur privé), son salaire doit être qualifié de très haut, de sorte que son bonus est une gratification, laquelle demeure au bon vouloir de l'employeur.

5.5 Les critiques de l'employé intimé, par lesquelles il propose la confirmation du dispositif cantonal par substitution de motifs, ne sont pas propres à remettre en question les considérations qui précèdent (cf. infra).

5.5.1 L'employé admet que le principe de l'accessorité peut être exclu de manière générale, «et abstraction faite du cas d'espèce», lorsque, comme cela était le cas à l' ATF 139 III 155, le salaire d'un travailleur dépasse deux millions de francs. Il soutient par contre que la fixation d'un seuil inférieur (comme celui correspondant au salaire médian multiplié par cinq, ou même le seuil de 500'000 fr. fixé par la cour cantonale), qui ferait fi de la situation concrète du travailleur (notamment de ses coûts concrets d'entretien), serait arbitraire et susceptible de conduire à des inégalités de traitement. Il insiste en particulier sur le fait qu'il «est inconcevable que les notions de 'train de vie approprié' et de 'coûts d'entretien' puissent avoir indifféremment la même portée pour tous les travailleurs», soit aussi bien pour un jeune travailleur célibataire (sous-entendu: dont les coûts d'entretien sont moindres) que pour lui, père de famille et fidèle à la même entreprise durant plus de vingt ans, qui a adapté son train de vie en fonction d'une rémunération annuelle oscillant entre 1'400'000 fr. et 2'000'000 fr. Selon lui, ni son salaire fixe ni «le montant arbitrairement arrêté à 500'000 fr. par la Cour d'appel civile ne lui permettraient de maintenir son train de vie et d'assurer ses coûts d'entretien».

L'existence de coûts d'entretien différents entre les employés (notamment entre un jeune travailleur et un employé expérimenté ayant adapté son train de vie) tombe sous le sens; toutefois, on ne voit pas en quoi le fait de fixer une valeur limite – qui repose sur des critères essentiellement objectifs – au-delà de laquelle le critère de l'accessorité n'est plus applicable serait, comme le soutient l'intimé, «arbitraire»; dans ce contexte, il n'appartient en outre pas au droit du travail de corriger les prétendues «inégalités de traitement» évoquées par le travailleur.

Il faut rappeler ici que, pour les «revenus très élevés», l'employé ne saurait se prévaloir d'un besoin de protection pour justifier une restriction à la liberté contractuelle (cf. supra consid. 4.3.2) et il lui appartient donc, avant

de changer d'activité professionnelle (comme c'est le cas en l'occurrence), d'effectuer une pesée d'intérêts à cet égard et, ensuite, de faire son choix en toute connaissance de cause, soit de changer de travail (avec le risque de ne pas recevoir sa gratification), soit de rester à son poste (pour bénéficier de sa prime) (cf. en droit allemand: ULRICH PREIS, in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15^e éd. 2015, n° 534c ad § 611 BGB 230). Il faut d'ailleurs encore noter dans ce contexte que l'employé a pu négocier, en partie du moins, l'éventualité d'une perte subie «pour le bonus sur l'exercice 2008» avec son futur employeur.

(...)

6.

Il convient maintenant de déterminer, sur la base des principes développés plus haut (cf. supra consid. 4 et 5), si le demandeur peut réclamer un bonus supplémentaire à celui qu'il a déjà effectivement reçu en 2009 (bonus calculé sur la base des données de l'exercice 2008).

6.1 Le 4 mars 2009, l'employé a annoncé sa démission, avec effet au 30 juin 2009. S'il a été libéré de son obligation de travailler depuis le 10 mars 2009, la relation contractuelle entre les parties n'en a pas moins duré six mois en 2009.

Durant cette période, l'employé a reçu, au titre de salaire, le montant de 150'000 fr. (complètement d'office selon l'art. 105 al. 2 LTF). Après avoir reçu le montant de 848'282 fr. de CRA («Cash Retention Award»), «récupéré» par la banque à hauteur de 636'210 fr. 95, il a en définitive touché le montant de 212'071 fr. 05, qui a été calculé sur la base des données 2008 et en fonction des modalités de remboursement prévues par les parties dans la convention de restitution et qui correspond (à 55 centimes près) au 6/24 du montant total du bonus (848'282 fr.).

En 2009, l'employé a donc perçu la somme totale de 362'071 fr. 05 (150'000 fr. + 212'071 fr. 05) pour une relation contractuelle d'une durée de six mois.

Pour l'année 2009 (année impaire), il n'existe pas de données statistiques sur le salaire médian suisse (secteur privé). Celui-ci peut toutefois être déterminé en partant des statistiques établies pour l'année 2008 (année paire). Il résulte des données mises à disposition sur le site internet de l'Office fédéral de la statistique que le salaire médian suisse (secteur privé) en 2008 était un salaire mensuel brut de 5781 fr. (Tableau TA1_b «Salaire mensuel brut [valeur centrale] selon les divisions économiques, la position professionnelle et le sexe, Secteur privé, Suisse 2008», disponible sur le site www.bfs.admin.ch). Pour l'année 2009, le salaire médian peut alors être évalué sur la base de l'indice suisse des salaires nominaux 2006–2010 (Tableau T1.05 disponible sur le site www.bfs.admin.ch), à 5900 fr. (chiffre arrondi) (5781 fr. x 2.1/100, soit la variation en pourcent par rapport à l'année 2008). Le seuil au-delà duquel on est en présence d'un très haut revenu est donc de 354'000 fr. (5900 fr. x 12 x 5), pour l'année entière, et de 177'000 fr. pour six mois.

6.2 Dès lors que la rémunération effectivement perçue par l'employé en 2009 (362'071 fr. 05) est supérieure à la valeur seuil (177'000 fr.), le bonus reste une gratification.

Le moyen soulevé par la banque est fondé et c'est donc à tort que la cour cantonale a condamné la banque à verser à l'employé le montant de 149'999 fr. 95.

7.

En ce qui concerne le bonus réclamé par l'employé pour 2010 (bonus qui aurait été versé en 2010, mais calculé sur la base des données de 2009), il faut d'emblée relever que les parties n'étaient plus liées par un contrat de travail (la relation contractuelle s'étant achevée à la fin du mois de juin 2009) et que l'employé n'avait droit à aucun salaire. Partant, contrairement à ce que la cour cantonale a estimé en retenant le chiffre de 100'000 fr., il n'y a évidemment pas à «reconstituer» un salaire pour l'année 2010; la question d'une requalification du bonus en salaire ne se pose donc pas.

Le grief invoqué par la banque est fondé et la demande doit également être rejetée sur ce point.

Bundesgericht, Urteil vom 14. August 2015, Doss.-Nr. 4A_131/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Januar 2015)

Bonus. Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten und wird ein Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt, so gilt dieses Stillschweigen nach Art. 6 OR als Annahme des Antrags. Die besondere Natur des Geschäfts wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist. Dies trifft nicht zu bei einer Änderung der bisherigen Bonusregelung, die sich zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann. Demnach darf insoweit nur von einer stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer nach den Umständen nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären. Solche Umstände liegen namentlich vor, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde. Die Vorinstanz hat somit Art. 1 und Art. 6 OR nicht verletzt, indem sie eine stillschweigende Annahme des Bonusreglements durch den Arbeitnehmer bejaht hat (E. 2.1, 2.4).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer) war ab dem 1. Februar 2009 als Head of Investment Management Advisory in der Abteilung Financial Risk Management der B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) tätig. Nach dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 17. Oktober 2008 setzte sich sein Einkommen wie folgt zusammen: Grundgehalt: 80%, Fr. 12 000.–/Monat, Fr. 144 000.–/Jahr; rechnerischer individueller Bonus (INBO): 15%, Fr. 2250.–/Monat, Fr. 27 000.–/Jahr; rechnerischer finanzieller Bonus (FIBO): 5%, Fr. 750.–/Monat, Fr. 9000.–/Jahr; total: 100%, Fr. 15 000.–/Monat: Fr. 180 000.–/Jahr. Im Arbeitsvertrag wurde das ab 1. Oktober 2007 gültige Bonusreglement der B. AG zu Vertragsbestandteil erklärt. Darin wird das Grundgehalt, der rechnerische INBO und rechnerische FIBO als rechnerisches Gesamteinkommen bzw. als garantiertes Gehalt bezeichnet, das in zwölf gleichen Monatsraten ausgezahlt wird. Der individuelle Bonus (INBO) soll im Dezember des Geschäftsjahres ausgezahlt werden, das dem Bemessungsjahr (1. Oktober bis 30. September) folgt. Ziffer 6 des Bonusreglements lautete wie folgt: «Bei Austritten während des Bemessungsjahres wird der rechnerische INBO sowie der rechnerische FIBO pro rata temporis zum Zeitpunkt des Austritts ausbezahlt.» Per 1. Oktober 2009 führte die B. AG einen neuen «Bonusplan für Kadermitarbeitende» ein. Darin wird das bisherige rechnerische Gesamteinkommen neu als garantiertes Fixgehalt («fixed salary») bezeichnet, zu dem ein variabler Bonus hinzutritt. Nach Ziffer 5 dieses Bonusplans haben Kadermitarbeitende bei Austritt während des Bemessungsjahres keinen Bonusanspruch. Die B. AG hat A. nach eigenen Angaben mit Schreiben vom 17. August 2009 und mit E-Mail vom 4. September 2009 über die Einführung des neuen Bonusplans informiert. Nachdem A. das Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, schlossen die Parteien am 17. Juni 2011 eine Austrittsvereinbarung ab, worin sie den Arbeitsvertrag im gegenseitigen Einverständnis auf den 31. August 2011 aufhoben. Nach Ziffer 2 der Vereinbarung sollte die ordentliche Lohnzahlung bis am 31. August 2011 erfolgen. Beide Parteien erklärten sich mit Unterzeichnung der Vereinbarung per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche als auseinandergesetzt.

Am 9. Juli 2012 reichte A. beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein und beantragte, die B. AG sei zur Zahlung von Fr. 34 650.– brutto nebst Zins, eventualiter von Fr. 33 000.– brutto nebst Zins zu verpflichten. Zur Begründung brachte er vor, die B. AG schulde ihm gestützt auf das Bonusreglement 2007 einen individuellen Bonus (INBO) pro rata temporis für das Geschäftsjahr 2010/2011 (1. Oktober 2010 bis 30. September 2011). Der Bonusplan 2009 sei nie Vertragsbestandteil geworden. Mit Urteil vom 3. Juni 2014 wies das Arbeitsgericht Zürich die Klage ab. Gegen dieses Urteil erhob A. Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 27. Januar 2015 wies das Obergericht des Kantons Zürich die Berufung und die Klage ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 3. März 2015 beantragt A. dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei aufzuheben.

und die B. AG sei zur Zahlung von Fr. 34 650.– brutto nebst Zins, eventualiter von Fr. 33 000.– brutto nebst Zins zu verpflichten.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 1 und Art. 6 OR. Die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Schluss gekommen, er habe das Bonusreglement 2009 stillschweigend angenommen.

2.1 Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten und wird ein Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt, so gilt dieses Stillschweigen nach Art. 6 OR als Annahme des Antrags. Die besondere Natur des Geschäftes wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist (Urteile 4A_216/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.3; 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3). Dies trifft nicht zu bei einer Änderung der bisherigen Bonusregelung, die sich zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann (Urteil 4A_216/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.3). Demnach darf insoweit nur von einer stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer nach den Umständen nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären (BGE 109 II 327 E. 2b S. 330; Urteile 4A_216/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.3; 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4). Das Vorliegen solcher Umstände hat der Arbeitgeber zu beweisen (Urteile 4A_216/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.3; 4C.242/2005 vom 9. November 2005 E. 4.3). Sie liegen namentlich vor, wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde (Urteile 4A_434/2014 vom 27. März 2015 E. 3.2; 4A_443/2010 vom 26. November 2010 E. 10.1.4; 4A_223/2010 vom 12. Juli 2010 E. 2.1.2).

2.2 Die Vorinstanz beurteilte die Rüge des Beschwerdeführers, wonach er entgegen den erstinstanzlichen Feststellungen das Informationsschreiben vom 17. August 2009 und den Bonusplan 2009 nicht erhalten habe, als unbegründet. Der Beschwerdeführer habe aber selbst dann Kenntnis von der Einführung des neuen Bonusplans 2009 gehabt, wenn über das Schreiben vom 17. August 2009 hinweggesehen werde. Er habe nämlich die E-Mail vom 4. September 2009 erhalten, mit welcher die Beschwerdegegnerin (nochmals) auf die Einführung des neuen Bonussystems, die Publikation der entsprechenden Daten im Intranet und auf Informationsveranstaltungen hingewiesen habe. Diese Angaben würden für eine hinreichend bestimmte Änderungsofferte genügen, käme darin doch der Wille der Beschwerdegegnerin zur (inhaltlich bestimmbaren) Vertragsänderung genügend zum Ausdruck. Wenn der Beschwerdeführer den Bonusplan 2009 nicht zur Kenntnis genommen habe, helfe ihm dies nicht.

Nach Erhalt der Bonusmitteilung vom 6. Dezember 2010 habe dem Beschwerdeführer klar sein müssen, dass die Beschwerdegegnerin den Bonusplan 2009 per 1. Oktober 2009 eingeführt habe, ohne ihm einen Änderungsantrag zur ausdrücklichen schriftlichen Zustimmung zu unterbreiten, und der Bonusplan nun unmittelbar auf ihn Anwendung finde. Die Beschwerdegegnerin habe davon ausgehen dürfen, dass der Beschwerdeführer diese Bonusmitteilung (Schreiben und «Total Compensation Statement» für das Geschäftsjahr 2009/2010) lese und zur Kenntnis nehme. Die Unterschiede zum «Total Compensation Statement» für das Geschäftsjahr 2008/2009 würden ins Auge springen. Es bedürfe keiner aufwändigen Abklärung, um die Veränderungen bei den Entschädigungskomponenten festzustellen. Das «Total Compensation Agreement» für das Geschäftsjahr 2008/2009 habe entsprechend Ziffer 2 des Bonusreglements 2007 noch ein Grundgehalt («base salary»), einen «Individual Bonus (INBO)» und einen «Financial Bonus (FIBO)» ausgewiesen. Die entsprechenden Beträge seien einmal als Kalkulationsbasis aufgeführt und einmal als Bruttovergütung. Zusätzlich ausgewiesen sei ein «INBO Balance December 2009» in der Höhe von Fr. 5040.–. Demgegenüber seien im «Total Compensation Agreement» für das Geschäftsjahr 2009/2010 nur noch ein Festgehalt («fixed salary») in der Höhe des bisherigen rechnerischen Gesamteinkommens und ein Bonus aufgeführt. Entsprechend erwähne das Schreiben vom 6. Dezember 2010 lediglich noch das Festgehalt («fixed salary») und den «potential bonus» als Einkommensbestandteile sowie einen Bonus für das Geschäftsjahr 2009/2010 von Fr. 24 300.–. Dieser Bonus sei wesentlich höher als der «INBO» für das Geschäftsjahr 2008/2009 von Fr. 5040.– (für acht Monate). Der Umstand, dass das garantierte Gehalt weiterhin Fr. 180 000.– betragen habe, trete vor diesen Änderungen zurück. Die Änderungen hätten den Beschwerdeführer auch nicht unvorbereitet getroffen, nachdem im Herbst 2009 die Einführung eines neuen Bonussystems angekündigt worden sei. Für den Beschwerdeführer sei aufgrund der Bonusmitteilung 2009/2010 erkennbar gewesen, dass die Beschwerdegegnerin von seiner stillschweigenden Zustimmung ausgegangen sei, und er habe damit rechnen müssen, dass die Beschwerdegegnerin im Falle seiner Ablehnung bestimmte Massnahmen ergreifen würde.

2.3 Dagegen bringt der Beschwerdeführer vor, die Mitteilung vom 6. Dezember 2010 könne nicht als Offerte zur Vertragsänderung qualifiziert werden, wenn die Beschwerdegegnerin den Bonusplan bereits mit Wirkung per 1. Oktober 2009 eingeführt habe. Die Mitteilung stelle lediglich eine Information über die bereits vollzogene Änderung dar. Das Schweigen auf eine Mitteilung stelle keine Annahme eines Antrags dar und könne keine Vertragsänderung begründen. Zudem setze die stillschweigende Annahme eines Bonusplans gemäss der von PORTMANN (in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 5. Aufl., 2011, N. 12 zu Art. 322d OR) vertretenen Ansicht voraus, dass der Arbeitnehmer durch den Bonusplan in keiner Weise belastet werde, was vorliegend nicht der Fall sei. Besondere Umstände, unter denen der Beschwerdeführer nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, eine Ableh-

nung ausdrücklich zu erklären, seien nicht ersichtlich. Insbesondere könnten solche Umstände nicht mit der Mitteilung vom 6. Dezember 2010 begründet werden. Diese Mitteilung trage keinen Titel und verweise auch nicht auf den Bonusplan 2009. Wenn die Vorinstanz festhalte, die Unterschiede zur Mitteilung für das vorangegangene Geschäftsjahr würden in die Augen springen, so erwarte sie damit im Ergebnis vom Arbeitnehmer, dass er eine Bonusmitteilung genau analysiere und mit früheren Mitteilungen vergleiche. Zudem seien die Unterschiede keinesfalls so offensichtlich, wie die Vorinstanz ausführe. Dem Beschwerdeführer seien gemäss Arbeitsvertrag und Bonusreglement 2007 der rechnerische individuelle Bonus und der rechnerische finanzielle Bonus zusammen mit dem Grundgehalt ausgezahlt worden, so dass er im Ergebnis ein fixes Salär von Fr. 180 000.– bezogen habe. Das sei genau der Betrag, der in der Mitteilung vom 6. Dezember 2010 unter «fixed salary» erscheine. Da der Beschwerdeführer mit dem ausgezahlten Bonus zufrieden gewesen sei, habe für ihn kein Anlass bestanden, diesen zu hinterfragen.

2.4 Entgegen der vom Beschwerdeführer zitierten Lehrmeinung ist eine stillschweigende Annahme eines Bonusplans, der sich zu Ungunsten des Arbeitnehmers auswirken kann, nicht per se ausgeschlossen; erforderlich ist indessen, dass der Arbeitnehmer nach den Umständen nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären (vgl. oben E. 2.1). Die Offerte zur Vertragsänderung besteht vorliegend nicht in der Mitteilung vom 6. Dezember 2010, sondern im Schreiben vom 17. August 2009 und im E-Mail vom 4. September 2009. Darin hat die Beschwerdegegnerin über die Einführung eines neuen Bonusplans informiert, auf die entsprechenden Dokumente verwiesen und zu Informationsveranstaltungen eingeladen. Die Vorinstanz ist vor diesem Hintergrund zu Recht davon ausgegangen, zumindest das E-Mail vom 4. September 2009 stelle eine hinreichend bestimmte Änderungs-offerte dar. Spätestens bei Erhalt der Bonusmitteilung vom 6. Dezember 2010 war für den Beschwerdeführer erkennbar, dass die Beschwerdegegnerin von seinem (stillschweigenden) Einverständnis zum neuen Bonusplan ausging, und er musste damit rechnen, dass diese andernfalls bestimmte Massnahmen ergreifen oder eine Kündigung aussprechen würde. Nach den Feststellungen der Vorinstanz springen die Unterschiede zum «Total Compensation Statement» für das Geschäftsjahr 2008/2009 ins Auge. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz gerade nicht von ihm verlangt, dass er die Bonusmitteilung genau analysiert und mit früheren Mitteilungen vergleicht. Vielmehr hat die Vorinstanz festgestellt, es bedürfe keiner aufwändigen Abklärung, um die Veränderungen bei den Entschädigungskomponenten festzustellen. Dass diese Feststellungen willkürlich wären, weist der Beschwerdeführer nicht nach. Der Beschwerdeführer wäre daher nach der Auszahlung des (nota bene wesentlich höheren) Bonus für das Geschäftsjahr 2009/2010 nach Treu und Glauben gehalten gewesen, seine Ablehnung des neuen Bonusreglements der Beschwerdegegnerin ausdrücklich zu erklären. Die Vorinstanz hat somit

Art. 1 und Art. 6 OR nicht verletzt, indem sie eine stillschweigende Annahme des Bonusreglements 2009 durch den Beschwerdeführer bejaht hat. Der Beschwerdeführer anerkennt, dass er gestützt auf den Bonusplan 2009 keinen Anspruch auf einen Bonus hat.

3.

Die Vorinstanz hat in einer Eventualbegründung ausgeführt, der Beschwerdeführer hätte selbst bei Anwendung des Bonusreglements 2007 keinen Anspruch auf den eingeklagten Bonus. Nachdem die Hauptbegründung der Überprüfung standhält, sind die gegen diese Eventualbegründung erhobenen Rügen des Beschwerdeführers nicht zu prüfen.

4.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 19. August 2015, Doss.-Nr. 8C_334/2015 (Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. März 2015)

Öffentliches Personalrecht; kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Ist die Kündigung infolge Fürsorgepflichtverletzungen als missbräuchlich zu qualifizieren, besteht in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 BPG ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung. Vorliegend wurde die Arbeitnehmerin mit Lohnfortzahlung freigestellt und bei der weiteren Stellensuche unterstützt, womit keine Fürsorgepflichtverletzung erkennbar war. Mangels Missbräuchlichkeit der Kündigung besteht demzufolge kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung (Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG) (E. 3., 5.1.1, 5.3).

Sachverhalt:

A. war seit 1. Oktober 1986 an der Hochschule B. (nachfolgend: Arbeitgeberin oder Beschwerdegegnerin) tätig und übte ab 1. August 1994 die Funktion als Assistentin des Direktors aus. Nachdem am 1. Oktober 2011 die Direktion neu besetzt wurde und sich der neue Direktor im Rahmen der Neuausschreibung der Assistenzstelle per 1. Dezember 2011 für eine andere Kandidatin entschieden hatte, verzichtete die Hochschule B. am 16. November 2011 mangels einer kurzfristig verfügbaren Ersatzarbeitsstelle vorübergehend auf die Arbeitsleistung der A. und stellte sie frei. Nach erfolgloser Vermittlung einer geeigneten internen Stelle und nachdem A. eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses ablehnte, erliess die Hochschule B. am 13. September 2013 eine Kündigungsverfügung, wonach A. ordentlich auf den 31. Dezember 2013 gekündigt wurde (Kündigungsverfügung Ziff. 1). Neben der Wahrung der Lohnansprüche bei Bestätigung der Freistellung bis zum Arbeitsvertragsende (Kündigungsverfügung Ziff. 2) wurde ein Betrag von maximal Fr. 15 000.– für die Unterstützung des beruf-

lichen Fortkommens (Kündigungsverfügung Ziff. 3) und eine Entschädigung von einem Jahressalär in Höhe von Fr. 106 318.– (Kündigungsverfügung Ziff. 4) zugesprochen. Die hiegegen erhobene Beschwerde hiess die Beschwerdekommision mit Entscheid vom 1. Juli 2014 (nachfolgend: Kommissionsentscheid) gut und hob die Kündigung auf, während die Hochschule B. angewiesen wurde, A. eine Weiterbeschäftigung anzubieten (Kommissionsentscheid Ziff. 2). Die Beschwerdekommision verlängerte zudem die gemäss Kündigungsverfügung Ziff. 2 angeordnete Freistellung bis zum 30. September 2014 (Kommissionsentscheid Ziff. 3).

Die Hochschule B. liess dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde einreichen, welche das Gericht mit Entscheid vom 20. März 2015 im Sinne der Erwägungen teilweise guthiess. Es hob den Entscheid der Beschwerdekommision vom 1. Juli 2014 auf und bestätigte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per 31. Dezember 2013 sowie die teilweise bereits erteilten Entschädigungen gemäss Ziff. 3 und 4 der Kündigungsverfügung (Dispositiv-Ziff. 1). Darüber hinaus verpflichtete es die Hochschule B., A. in Ergänzung zur Kündigungsverfügung eine Entschädigung in der Höhe von sechs Monatslöhnen (Basis Bruttolohn plus regelmässig ausgerichtete Zulagen) zu bezahlen (Dispositiv-Ziff. 2). Im Übrigen wies es die Beschwerde der Hochschule B. ab (Dispositiv-Ziff. 3). Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten lässt A. unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts beantragen, in Bestätigung des Entscheides der Beschwerdekommision vom 1. Juli 2014 sei die Kündigungsverfügung der Hochschule B. aufzuheben und Letztere anzuweisen, A. rückwirkend ab dem 1. Januar 2014 weiter zu beschäftigen.

Aus den Erwägungen:

3.

Vor Bundesgericht steht gemäss vorinstanzlichem Entscheid unbestritten fest, dass die Hochschule B. am 13. September 2013 die Kündigung ohne sachlich hinreichende Gründe im Sinne von Art. 10 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 BPG und ohne Verschulden der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2013 ausgesprochen hat. Strittig ist einzig, ob die mit angefochtenem Entscheid bestätigte Verneinung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs infolge fehlender Missbräuchlichkeit der Kündigung vom 13. September 2013 bundesrechtskonform ist, oder aber ob im Gegenteil diese Kündigung – wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht – infolge widersprüchlichen Verhaltens und Fürsorgepflichtverletzungen seitens der Arbeitgeberin im Sinne von Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG als missbräuchlich zu qualifizieren und folglich ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 BPG zu bejahen ist. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Hochschule B. mit Erlass der strittigen Kündigung auch Art. 4 Abs. 2 lit. g BPG und Art. 328 OR verletzt.

4.

4.1 Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses gestützt auf das Bundespersonalrecht (Art. 10 Abs. 3 BPG in der seit 1. Juli 2013 in Kraft stehenden Fassung; bis 30. Juni 2013 Art. 12 Abs. 6 BPG; vgl. auch die Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zu einer Änderung des Bundespersonalgesetzes, BBl 2011 6703, 6714, wonach Art. 10 Abs. 3 BPG mit dem bisherigen Art. 12 Abs. 6 BPG identisch ist, so dass die dazu ergangene Rechtsprechung auch unter der Herrschaft von Art. 10 Abs. 3 BPG Geltung hat; Urteil 8C_346/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4 mit Hinweis) sowie über den Anspruch auf Weiterbeschäftigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG; vgl. auch Art. 336 OR; BGE 136 III 513 E. 2.3 S. 514; 132 III 115 E. 2 S. 116) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

4.2 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass eine Kündigung nur dann missbräuchlich ist, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, welche in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Grundsätzlich knüpft der sachliche Kündigungsschutz am Motiv der Kündigung an. Die Missbräuchlichkeit kann sich aber auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Auch wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung beachten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (BGE 131 III 535 E. 4.2 S. 538 f.; 125 III 70 E. 2b S. 73; 118 II 157 E. 4b/cc S. 166 f.; Urteil 4A_169/2013 vom 18. Juni 2013 E. 4.2.2). Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmenden eine Fürsorgepflicht (Art. 328 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG sowie Art. 4 Abs. 2 lit. b und g BPG; Urteil 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 4.2).

5.

Zu prüfen ist, ob das Bundesverwaltungsgericht zu Recht die Missbräuchlichkeit der am 13. September 2013 verfügten Kündigung verneint hat.

5.1 Beschwerdeweise wird hiegegen vorgebracht, die Beschwerdegegnerin habe ihre Fürsorgepflicht verletzt, indem sie die Beschwerdeführerin gesetzeswidrig als Direktionsassistentin abgesetzt habe.

5.1.1 Unbestritten ist, dass im Zusammenhang mit dem Stellenantritt des neuen Direktors der Hochschule B. die Arbeitsstelle der Beschwerdeführerin als Direktionsassistentin neu ausgeschrieben wurde und im Rahmen dieser Neuausschreibung die Beschwerdeführerin im Bewerbungsverfahren gegenüber einer Mitbewerberin unterlag, weshalb die Beschwerdeführerin von der Weiterausübung dieser Funktion per 1. Dezember 2011 freigestellt wurde. Wie die Beschwerdekommision in ihrem Entscheid vom 1. Juli 2014 korrekt ausführte, ist eine administrative Assistenzstelle eine Vertrauensposition, was von der Beschwerdeführerin zu Recht auch nicht bestritten wird. Es leuchtet daher ein, dass die Hochschule B. praxisgemäss bei Neubere-

setzung einer Leitungsfunktion auch die dazugehörige Assistenzstelle neu ausschreibt. Nachdem die Beschwerdeführerin im Rahmen dieser Neuausschreibung ohne ein ihr vorzuwerfendes Fehlverhalten im Vergleich zu einer Mitbewerberin offenbar weniger Vertrauen des neuen Direktors zu gewinnen vermochte, sah sich die Hochschule B. gezwungen, in Anwendung von Art. 26 Abs. 2 aBPG (in der bis 30. Juni 2013 gültig gewesenen Fassung) per 1. Dezember 2011 (Stellenantritt der neuen Mitbewerberin) vorübergehend auf die Arbeitsleistung der Beschwerdeführerin in der von ihr bis dahin ausgeübten angestammten Funktion als Direktionsassistentin bis zur Neuplatzierung bei voller Lohnfortzahlung zu verzichten. Der in der Person der Arbeitnehmerin liegende Grund der Freistellung erfordert sodann nicht notwendigerweise ein Fehlverhalten der freigestellten Person, sondern kann sich wie hier unter den gegebenen Umständen der Neubesetzung einer Vertrauensposition als Direktionsassistentin lediglich auf das fehlende Vertrauen des neuen Vorgesetzten stützen. Inwiefern der Beschwerdeführerin dadurch ein Nachteil entstanden ist, wird nicht vorgebracht. Aus der Freistellung vom 16. November 2011 mit Lohnfortzahlung und Unterstützung bei der weiteren Stellensuche kann sie daher keine Beschwer ableiten und ist nach dem Gesagten keine Fürsorgepflichtverletzung erkennbar, weshalb daraus mit der Vorinstanz nicht auf die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu schliessen ist.

5.1.2 Des Weiteren ist keine Bundesrechtsverletzung in der Beweiswürdigung gemäss angefochtenem Entscheid zu erkennen, soweit die Vorinstanz ausführte, die Hochschule B. habe im Einklang mit Art. 19 Abs. 1 BPG während zwei Jahren versucht, der Beschwerdeführerin eine Weiterbeschäftigung zu ermöglichen. Das beschwerdeweise Vorbringen, diese Unterstützung sei ungenügend gewesen, weil sämtliche Stellen der Hochschule B. öffentlich ausgeschrieben werden, ist nicht stichhaltig. Aus Art. 19 Abs. 1 BPG kann nicht abgeleitet werden, eine interne Vermittlung sei einer öffentlichen Ausschreibung vorzuziehen, um jemanden weiter zu beschäftigen. Sodann ermöglichte die Hochschule B. der Beschwerdeführerin zwei temporäre Arbeitseinsätze mit dem Ziel, wieder eine neue unbefristete Beschäftigung zu finden. Nach vorinstanzlicher, für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlicher Sachverhaltsfeststellung lehnte sie jedoch ein Stellenangebot ab und auf einige angebotene Stellen bewarb sie sich nicht. Insgesamt dauerte die Unterstützung der Hochschule B. knapp zwei Jahre an. Gestützt darauf hat das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festgestellt, dass die Hochschule B. ihre Fürsorgepflicht auch nach der Freistellung nicht verletzte. Denn auch wenn angesichts des langjährigen Anstellungsverhältnisses von einer erhöhten Fürsorgepflicht auszugehen ist, lassen die Bemühungen der Hochschule B. während der fast zweijährigen Dauer der Freistellung unter den gegebenen Umständen nicht auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht schliessen.

5.2 Die Vorinstanz hat zudem – ohne Bundesrecht zu verletzen – ein widersprüchliches Verhalten anlässlich der Kündigung des Arbeitsverhältnisses seitens der Hochschule B. verneint. Das Bundesverwaltungsgericht hat nach einlässlicher Beweiswürdigung zutreffend erkannt, dass die Be-

schwerdeführerin unter den gegebenen Umständen aus der Tatsache, dass die Kündigung nach erfolgreichem Abschluss eines befristeten Arbeitseinsatzes im Institut C. ausgesprochen wurde, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag. Denn zum einen stellte die Vorinstanz die Qualität der bei diesem von Anfang an als Temporäreinsatz geplanten Stellvertretungstätigkeit zu keinem Zeitpunkt in Frage. Zum anderen hat die Hochschule B. nach der Freistellung bis zum Zeitpunkt der am 13. September 2013 verfügten Kündigung während fast zwei Jahren bei voller Lohnfortzahlung kontinuierlich die – erfolglos gebliebenen – Stellenbewerbungsbemühungen vermittelnd unterstützt. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Fortsetzung der Unterstützung bei der Stellensuche für ein paar weitere Monate nach Abschluss des Temporäreinsatzes am Ende der bereits fast zweijährigen erfolglosen Dauer etwas an der Aussichtslosigkeit der weiteren Stellenvermittlungsbemühungen hätte ändern sollen. Die sinngemäss erhobene Behauptung, wonach die Hochschule B. nur deshalb so lange mit dem Erlass der Kündigung zugewartet habe, um nach der per 1. Juli 2013 in Kraft getretenen Revision des BPG von den abgeschwächten Kündigungs-schutzbestimmungen profitieren zu können, entbehrt mit Blick auf die Akten gemäss angefochtenem Entscheid jeder Grundlage. Nach dem Gesagten finden sich keine Anhaltspunkte, welche auf ein widersprüchliches Verhalten der Beschwerdegegnerin schliessen lassen. Vielmehr ist der Vorinstanz zu folgen, dass die Hochschule B. unter den gegebenen Umständen nach der lang andauernden, jedoch erfolglos gebliebenen Stellenvermittlung berechtigterweise am 13. September 2013 das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2013 kündigte. Weitere Monate zuzuwarten hätte die Situation der Beschwerdeführerin nicht verändert. So erhielt sie weiterhin ihren Lohn und bewarb sich noch im selben Jahr auf eine Stelle am Institut D. Beschwerdeweise wird demnach nichts vorgebracht, was die vorinstanzliche Beweiswürdigung, wonach die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu verneinen ist, als Bundesrechtsverletzung erscheinen liesse.

5.3 Mangels Missbräuchlichkeit der am 13. September 2013 per 31. Dezember 2013 verfügten Kündigung besteht demzufolge kein Anspruch auf Weiterbeschäftigung (Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG).

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Bundesgericht, Urteil vom 19. August 2015, Doss.-Nr. 6B_1110/2014 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 2014), in: BGE 141 IV 329

Art. 110 Abs. 3 StGB; Begriff des Beamten. Entscheidend für die Beamtenstellung ist, ob die übertragene Funktion amtlicher Natur ist, das heisst, ob sie zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichrechtlichen Aufgabe übertragen wurde (E. 1.3).

Die Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK) war eine unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts im Kanton Zürich. Sie nahm als Versicherungskasse für die Angestellten des Kantons im Bereich der beruflichen Vorsorge eine öffentliche Aufgabe wahr. Der Chef der Vermögensverwaltung des Kantons Zürich respektive der Chef der Abteilung Vermögensverwaltung der BVK übte Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit aus und ist deshalb Beamter im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB (E. 1.4).

Art. 110 al. 3 CP; notion de fonctionnaire. Le critère déterminant pour revêtir la qualité de fonctionnaire réside dans la nature officielle de la fonction confiée, à savoir l'accomplissement de tâches de droit public incombant au service public (consid. 1.3).

Dans le canton de Zurich, la «Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK)» était un établissement dépendant de droit public cantonal. En tant que caisse d'assurance pour les employés du canton en matière de prévoyance professionnelle, elle accomplissait une tâche publique. Le chef de l'administration financière du canton de Zurich, respectivement le chef du département de gestion du patrimoine de la BVK, exerçait des fonctions dans le service public; en conséquence, il revêt la qualité de fonctionnaire au sens de l'art. 110 al. 3 CP (consid. 1.4).

Sachverhalt:

A.

X. war ab 1989 Sekretär bei der damaligen Finanzverwaltung des Kantons Zürich, Abteilung Vermögensverwaltung, welche unter anderem für die aktive Bewirtschaftung der Kapitalanlagen der BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (Versicherungskasse für das Staatspersonal, BVK) verantwortlich war. Von 1995 bis 2003 war er Chef Vermögensverwaltung (direkt dem Vorsteher der Finanzdirektion unterstellt), ab 2004 Chef der Abteilung Asset Management (direkt dem Chef BVK unterstellt). Zudem war er Mitglied der Geschäftsleitung der BVK, die ab 2007 zugleich das Investment Committee bildete. X. werden als für die aktive Bewirtschaftung der Kapitalanlagen der BVK-Verantwortlicher in den Jahren 2001–2010 korrupte Machenschaften vorgeworfen.

B.

Das Bezirksgericht Zürich sprach X. am 26. November 2012 des mehrfachen Sich bestechen lassens, der mehrfachen ungetreuen Amtsführung, der mehrfachen Geldwäscherei und der Verletzung des Amtsgeheimnisses schuldig. Vom Vorwurf des Sich bestechen lassens in den Anklageziffern II., V./63. und VII. (Golf-Ferien Mallorca) sprach es ihn frei. Das Bezirksgericht verurteilte X. zu einer Freiheitsstrafe von $6\frac{1}{4}$ Jahren und einer Busse von Fr. 6000.–. Auf die Zivilklage des Kantons Zürich als Privatkläger trat es nicht ein. X. wurde zu einer Ersatzforderung von Fr. 500 000.– verurteilt.

Gegen dieses Urteil reichten sowohl X. als auch der Kanton Zürich als Privatkläger Berufung ein. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 22. August 2014 den erstinstanzlichen Schuldpunkt sowie den Freispruch vom Vorwurf des Sich bestechen lassens (Anklageziffer V./63.; die übrigen Freisprüche [Anklageziffern II. und VII.] blieben unangefochten). Es verurteilte X. zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– bei einer Probezeit von zwei Jahren. Auf die Zivilklage des Kantons Zürich als Privatkläger trat es nicht ein. Die Ersatzforderung setzte es auf Fr. 200 000.– fest.

C.

X. führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben, und die Sache sei zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil betreffend die Verurteilung wegen mehrfacher ungetreuer Amtsführung, subeventualiter im Strafpunkt aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Aus den Erwägungen:

1.

1.3 Gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB fallen unter den Begriff des «Beamten» die Beamten und Angestellten einer öffentlichen Verwaltung und der Rechtspflege sowie die Personen, die provisorisch ein Amt bekleiden oder provisorisch bei einer öffentlichen Verwaltung oder der Rechtspflege angestellt sind oder vorübergehend amtliche Funktionen ausüben. Dieser Gesetzeswortlaut legt die Vermutung nahe, dass die formelle Beamteneigenschaft unabhängig von der Natur der ausgeübten Aktivität gegeben ist, da die Notwendigkeit einer amtlichen Funktion allein im Zusammenhang mit dem funktionalen Beamten erwähnt wird (DANIEL JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht: Art. 322^{ter} bis Art. 322^{octies} StGB, 2004, S. 313). Die bundesrätliche Botschaft geht ebenfalls von diesem weiten formellen Beamtenbegriff aus. Sie erwähnt als Anwendungsbeispiel die Angestellte einer staatlichen Liegenschaftsverwaltung. Diese unterscheidet sich in ihrer Tätigkeit nicht vom Angestellten einer privaten Liegenschaftsverwaltung. Dennoch sei sie aufgrund ihrer institutionellen Einbindung in die staatliche Or-

ganisation als Beamtin zu qualifizieren (Botschaft vom 19. April 1999 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Revision des Korruptionsstrafrechts] sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BBl 1999 5525 Ziff. 212.13). Demgegenüber ist nach der überwiegenden Lehre das Merkmal der Funktion im Dienst der Öffentlichkeit entscheidend (TRECHSEL/VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., 2013, N. 12 zu Art. 110 StGB; NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 3. Aufl., 2013, N. 7 zu Art. 110 Abs. 3 StGB; DONATSCH/WOHLERS, Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., 2011, S. 381; JEAN-MARC VERNIORY, in: Commentaire romand, Code pénal, Bd. I, 2009, N. 4 zu Art. 110 Abs. 3 StGB; MARKUS HUG, in: StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch [...], 19. Aufl., 2013, N. 4 zu Art. 110 StGB; a.M. MARCO BALMELLI, Die Bestechungstatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1996, S. 109 f.). DANIEL JOSITSCH stellt ebenfalls auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ab, relativiert dieses Kriterium aber gleichzeitig. Ein Beamter im formellen Sinne, der keine öffentlichen Aufgaben wahrnehme, sei in der Lage, das geschützte Rechtsgut der Korruptionsdelikte zu gefährden. Dies spreche für eine weite Auslegung des Beamtenbegriffs. Die mit dem Gemeinwesen verbundenen Personen würden unabhängig von der Rechtsnatur und vom Inhalt ihres konkreten Aufgabenbereichs vom Beamtenbegriff der Korruptionstatbestände erfasst (JOSITSCH, a.a.O., S. 313 f.).

Entscheidend für die Beamtenstellung ist, ob die übertragene Funktion amtlicher Natur ist, das heisst ob sie zur Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlichrechtlichen Aufgabe übertragen wurde (BGE 121 IV 216 E. 3a S. 220 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 123 IV 75 E. 1b S. 76). Das Bundesgericht hielt in BGE 135 IV 198 fest, dass der strafrechtliche Beamtenbegriff von Art. 110 Abs. 3 StGB sowohl institutionelle als auch funktionelle Beamte erfasst. Erstere sind die Beamten im öffentlichrechtlichen Sinne sowie Angestellte im öffentlichen Dienst. Bei Letzteren ist es nicht von Bedeutung, in welcher Rechtsform diese für das Gemeinwesen tätig sind. Das Verhältnis kann öffentlichrechtlich oder privatrechtlich sein. Entscheidend ist vielmehr die Funktion der Verrichtungen. Bestehen diese in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so sind die Tätigkeiten amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte im Sinne des Strafrechts (BGE 135 IV 198 E. 3.3 S. 201 mit Hinweisen). Der strafrechtliche Begriff des Beamten wird nicht obsolet, wenn der dienstrechtliche Beamtenstatus in den öffentlichen Verwaltungen abgeschafft wird (Botschaft, a.a.O., 5525 Ziff. 212.12). Der Begriff der Behörde ist weit zu fassen. Es fallen darunter alle Organisationen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, unabhängig davon, ob sie öffentlichrechtlich oder privatrechtlich organisiert sind (OBERHOLZER, a.a.O., N. 10 zu Art. 110 StGB).

1.4

1.4.1 Die Vorinstanz bejaht die Beamteneigenschaft im Ergebnis zu Recht. Der Regierungsrat des Kantons Zürich ernannte den Beschwerdeführer am 26. April 1995 per 1. Mai 1995 zum Chef der Vermögensverwaltung des Kantons Zürich. Die Versicherungskasse für das Staatspersonal war eine im Register für berufliche Vorsorge eingetragene unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts (§ 2 des Gesetzes vom 6. Juni 1993 über die Versicherungskasse für das Staatspersonal [LS 177.201, aufgehoben per 6. August 2014]). Damit stand der Beschwerdeführer zur kantonalen Beamtenversicherungskasse respektive zum Kanton Zürich in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis. Dem Vorsteher der kantonalen Finanzdirektion war er direkt unterstellt. Es bestand mithin eine institutionelle Einbindung. Nichts anderes gilt für die Zeit ab 1. Januar 2004, als die Vermögensverwaltung in die BVK integriert wurde und der Beschwerdeführer vom Zürcher Regierungsrat zum Chef der Abteilung Asset Management der BVK ernannt sowie dem Chef BVK (und nicht mehr direkt dem Finanzdirektor) unterstellt wurde.

Der Beschwerdeführer bringt mehrmals vor, die BVK habe ab dem Jahre 2004 nicht weiter zur kantonalen Verwaltung gehört. Zudem habe es der Regierungsrat verpasst, die BVK zeitgerecht in eine privatrechtliche Stiftung zu überführen. Dem Beschwerdeführer kann nicht gefolgt werden. In der deliktsrelevanten Zeit (2001–2010) war die BVK als unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts eine *Verwaltungseinheit des Kantons*. Sie wurde von politischen Instanzen geführt und beaufsichtigt. Oberstes Organ war der Regierungsrat, der im Bereich Asset Management eine fünfjährige Strategie festlegte, und organisatorisch war sie der Finanzdirektion unterstellt (vgl. Anhang 2 der Verordnung vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung [VOG RR; LS 172.11]). Richtig ist, dass die BVK ab 1. Januar 2004 ihre Vermögensanlage selbst verwaltete (die Integration der Immobilienverwaltung in die BVK erfolgte am 1. Januar 2007). Das ändert aber nichts daran, dass die BVK in der besagten Zeitspanne noch nicht verselbständigt war. Es kann deshalb entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers von Zufall keine Rede sein, dass er ab 1. Januar 2004 weiterhin vom Kanton angestellt war. Die Verselbständigung geschah erst nach dem Ausscheiden des Beschwerdeführers mit dem Übergang in die privatrechtliche Stiftung BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich. Das Gesetz vom 10. Februar 2003 über die Verselbstständigung der Versicherungskasse für das Staatspersonal (LS 177.201.1) trat am 1. Mai 2007 in Kraft. Seit 11. September 2013 ist die Stiftung im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen und seit 1. Januar 2014 ist die BVK als privatrechtliche Stiftung organisiert. Im Zeitpunkt des Wechsels zur privatrechtlichen Stiftung war die BVK nach wie vor eine unselbständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts (vgl. Art. 3 Abs. 2 der Stiftungsurkunde der Stiftung «BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich» vom 30. Mai 2007; LS 177.201.2). Ob die Versicherungskasse für das Staatspersonal, wie

der Beschwerdeführer wiederholt geltend macht, bereits früher hätte verselbstständigt werden müssen, ist hier nicht relevant (vgl. etwa § 7 Abs. 1 des Gesetzes über die Verselbstständigung der Versicherungskasse für das Staatspersonal, den Geschäftsbericht BVK 2013 zum Deckungsgrad in den Jahren 2004–2013 [S. 4], Art. 48 Abs. 2 BVG und Art. 44 der Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Anlagestiftungen [ASV; SR 831.403.2]).

1.4.2 Die BVK nahm im Bereich der beruflichen Vorsorge entgegen der Meinung des Beschwerdeführers eine öffentliche Aufgabe wahr. Das Bundesgericht bejahte in BGE 135 IV 198 die amtliche Tätigkeit eines Immobilien-Portfoliomanagers bei der SUVA. Gleiches gilt in Bezug auf den Beschwerdeführer. Dieser nahm durch die Verwaltung des Vermögens der BVK sowohl als Amtschef wie auch später als Hauptabteilungschef Funktionen im Dienst der Öffentlichkeit wahr. Im Bereich der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge besteht eine obligatorische Versicherung (BVG). Die Teilnahme von Vorsorgeeinrichtungen an der Durchführung der obligatorischen Versicherung wird in Art. 48 ff. BVG geregelt. Die Zürcher Beamtenversicherungskasse wurde vom Kanton geführt und war die Versicherungskasse für (unter anderem) die Angestellten des Kantons Zürich. Sämtliche kantonalen Angestellten waren grundsätzlich verpflichtet, der BVK beizutreten. Der Beschwerdeführer war deshalb nicht im freien Wettbewerb tätig. Die BVK hatte zum Ziel, die Versicherten und ihre Hinterbliebenen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod zu versichern (vgl. §§ 1 und 3 des Gesetzes über die Versicherungskasse für das Staatspersonal). Laut ihren Geschäftsberichten stieg in der deliktsrelevanten Zeit die Anzahl der aktiven Versicherten und der Rentenbezüger stetig und betrug im Jahre 2010 rund 104 000 bei einer Bilanzsumme von rund 21 Mrd. Fr. Die Einnahmen der Versicherungskasse bestanden unter anderem aus den Beiträgen der (vom Kanton entlöhnten) Staatsangestellten und den Beiträgen des Kantons als Arbeitgeber (vgl. §§ 62 ff. der früheren Statuten der Versicherungskasse für das Staatspersonal vom 22. Mai 1996; LS 177.21). Bezweckte die Beamtenversicherungskasse als zweitgrösste öffentlichrechtliche Pensionskasse der Schweiz die obligatorische berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG für das gesamte Personal des Kantons Zürich, übte sie öffentliche Aufgaben aus. Ihr oblag eine möglichst ertragsreiche Investition der Versicherungsgelder nach den regierungsrätlichen Strategien. Deshalb rechtfertigt sich der strafrechtliche Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Objektivität der Tätigkeit des Beschwerdeführers. In Bezug auf den Schutzbereich des Korruptionsstrafrechts gilt es auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer als Amts- respektive Hauptabteilungschef durch die enge institutionelle Einbindung in eine von politischen Organen geführte und beaufsichtigte kantonale Verwaltungseinheit eine von der Öffentlichkeit wahrgenommene und in diesem Sinne exponierte Position innehatte. Diese Tatsache bleibt vom Umstand unberührt, ob der Beschwerdeführer Vermögen der BVK oder Finanzvermögen des Kantons verwaltete. So oder anders wurden die Objektivität und die Sachlichkeit amtlicher Tätigkeit aufs Spiel

gesetzt. Die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlungen – dass er sich etwa von verschiedenen Geschäftspartnern der BVK erhebliche geldwerte Vorteile zukommen liess – stehen im unmittelbaren Kontext mit der aktiven Bewirtschaftung der Kapitalanlagen der BVK und damit mit seiner beruflichen respektive amtlichen Tätigkeit. Indem die Vorinstanz den Beamtenbegriff im Sinne von Art. 110 Abs. 3 StGB bejaht, verletzt sie kein Bundesrecht.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 septembre 2015, Doss.-No 4A_200/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 27 février 2015 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel).

Art. 319 CO. Qualification du contrat. Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique. Le critère de la subordination doit être examiné à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas particulier pour déterminer si un travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (c. 4.2.2).

Le critère de la subordination doit être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (c. 4.2.3).

En l'espèce, les éléments suivants permettent de retenir l'existence d'un contrat de travail: le demandeur était dans un rapport clair de subordination vis-à-vis de la défenderesse, qui lui dictait, dans les limites de la marge de manœuvre inhérente à la fonction qu'il occupait, des instructions sur ses activités; il ne supportait d'aucune manière les risques économiques de l'activité qu'il exerçait pour le compte de la défenderesse; il a reçu une rémunération fixe de 72'000 fr. par an pendant plusieurs années, indépendamment des résultats de son activité (c. 4.3.4).

Extraits des faits:

La société C. SA a été fondée le 10 avril 2006 par le groupe horloger D. SA; elle a pour but la distribution commerciale de (...) et produits d'horlogerie de luxe (...) de la marque M. Le groupe précité avait en outre acquis le 31 mars 2005 la société B. SA, à Paris; cette société anonyme de droit français, propriétaire de la marque de montres M., est active dans la fabrication et le négoce d'horlogerie (...) ainsi que dans l'exploitation de toutes licences de marques (...).

Par convention de consultant du 19 décembre 2007, B., désigné comme designer/créateur, a accepté d'assister C. SA en tant que consultant pour la représentation et la promotion hors de France de la marque M., d'autres travaux compatibles avec son expérience et son image pouvant lui être confiés avec son accord. Cette convention contient en outre les dispositions suivantes: «(2.) Exécution du mandat: (2.1) M. B. exécutera les missions qui lui seront confiées selon les instructions de la direction des sociétés de C. SA. Ces missions incluront notamment des participations aux salons horlogers internationaux (Suisse, Moyen-Orient, USA) ainsi qu'à des événements liés à la marque M. Les missions de représentation et d'image se feront selon les directives de la direction de C. SA, qui décidera de recourir aux services de M. B. dans la mesure nécessaire. (2.2) M. B. s'engage à exécuter ses services de manière professionnelle et dans les règles de l'art conformément aux dispositions du présent accord. (2.3) Compte tenu de leur nature, M. B. fournira ses services au lieu où les manifestations se tiendront, avec accord préalable mutuel pour tout déplacement. (3.) Délégation du mandat: (3.1) Les services prévus par le présent accord ayant un caractère strictement personnel, M. B. ne pourra céder ses obligations, en tout ou partie, à quiconque. (4.) Rémunération: (4.1) En contrepartie de ses services, C. SA paiera à M. B.: (4.1.a) Des honoraires forfaitaires de Fr. 72'000.- par an. Ces honoraires seront payés en quatre trimestrialités de Fr. 18'000.- chacune, payables au début de chaque trimestre. (4.1.b) Les frais de déplacement de M. B. et autres, tels que frais de téléphone, correspondance, etc. lui seront remboursés sur présentation d'un décompte (étant entendu que C. SA se réserve le droit de réclamer la production de factures ou quittances adéquates et de ne pas rembourser les frais excessifs). (5.) Statut: (5.1) M. B. exécutera ses services en tant qu'indépendant. En conséquence, il assumera tous risques de maladie, accident, etc. et supportera seul toute perte, frais ou dommages en résultant. (5.2) Il est entendu en particulier que M. B. ne sera pas couvert par le fonds de pension de C. SA ni d'aucune autre société du Groupe D. pour les prestations ci-dessus. M. B. est en conséquence invité à se renseigner sur les considérations fiscales et d'assurances sociales. (6.) Confidentialité: M. B. s'engage à garder secrets et confidentiels tous renseignements, informations ou connaissances qu'il pourrait obtenir au sujet des activités de C. SA. (7.) Durée: (7.1) Le présent accord déploie ses effets à dater du 1^{er} janvier 2008 et restera en vigueur pour une durée d'un an, renouvelable tacitement. Le délai de résilia-

tion du présent contrat est de douze mois, étant toutefois entendu que: (7.1.1) si l'une des parties viole ou n'exécute pas une disposition dudit accord et ne met pas fin à cette violation dans un délai de trente (30) jours à dater de la mise en demeure de l'autre partie, cette dernière pourra aussitôt mettre fin au contrat; (7.2) en cas de disparition ou de décès, le contrat sera automatiquement résilié. (8.) Autres: Cet accord est soumis au droit suisse. (...) »

Par demande du 31 août 2011 adressée au Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers (NE), B. a actionné C. SA en paiement de la somme brute de 72'000 fr. avec intérêt. Le demandeur a ensuite amplifié ses conclusions en concluant à la condamnation de la défenderesse à lui verser la somme brute de 168'000 fr., avec intérêts. Par jugement du 11 août 2014, le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers a condamné la défenderesse à payer au demandeur un montant brut de 168'000 fr. à titre de salaire pour la période du 1^{er} octobre 2010 au 31 janvier 2013, avec intérêts. Le Tribunal a considéré en bref que la convention de consultant du 19 décembre 2007 était un contrat de travail, que la défenderesse n'y avait mis fin que par lettre du 26 janvier 2012 et que le demandeur pouvait réclamer son salaire jusqu'au 31 janvier 2013, vu le délai de congé de douze mois prévu par la convention. La défenderesse a appelé de ce jugement devant la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel. Par arrêt du 27 février 2015, la Cour d'appel civile a rejeté l'appel. La défenderesse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 27 février 2015.

Extraits des considérants:

4.2

4.2.1 A teneur de l'art. 319 al. 1 CO, par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni. Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêt 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2 et les références citées). Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination (ATF 125 III 78 consid. 4; ATF 112 II 41 consid. 1 a/aa p. 46 et consid. 1 a/bb in fine p. 47; cf. aussi ATF 134 III 102 consid. 3.1.2; 130 III 213 consid. 2.1 p. 216), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique (cf. ATF 121 I 259 consid. 3a p. 262; 107 II 430 consid. 1; 95 I 21 consid. 5b p. 25). Le travailleur est assujéti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêt 4A_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2; arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.6.1). Le mandataire, en revanche, doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule

responsabilité, alors que le travailleur se trouve au service de l'employeur; d'autres indices complémentaires peuvent également aider à la distinction, tel l'élément de durée propre au contrat de travail, alors que le mandat peut aussi n'être qu'occasionnel (arrêt 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2 et les références citées).

4.2.2 Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (arrêt 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.2). Le critère de la subordination doit être examiné à l'aune de l'ensemble des circonstances du cas particulier pour déterminer si un travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (cf. ATF 112 II 41 consid. 1 a/aa p. 46).

4.2.3 Le critère de la subordination doit toutefois être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. L'indépendance de l'employé est alors beaucoup plus grande et la subordination est alors essentiellement organisationnelle (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 21). Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4^e éd. 2006, n. 33 ad art. 319 CO; cf. aussi REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n. 44 ad art. 319 CO); le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt 4A_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2; REHBINDER/STÖCKLI, op.cit., n. 64 ad art. 319 CO).

4.2.4 Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si le travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (ATF 129 III 664 consid. 3.2 p. 668; 112 II 41 consid. 1 a/aa p. 46 et les références; arrêt 4C.419/1999 du 19 avril 2000 consid. 1 a).

4.3

4.3.1 En l'espèce, il ressort des constatations de fait de la cour cantonale, qui lie le Tribunal fédéral, que lors des pourparlers précontractuels, l'administrateur de la défenderesse a eu l'idée de scinder formellement en deux l'activité du demandeur en concluant d'une part un contrat de travail pour son rôle de designer, responsable de l'organisation de la production et superviseur des bureaux parisiens, et d'autre part un contrat de consultant pour ses fonctions internationales; cette configuration particulière devait semble-t-il permettre à la défenderesse d'éviter le paiement de charges sociales; le demandeur ne s'y est pas opposé, alors même qu'il se trouvait en

mesure d'émettre des revendications, notamment concernant le montant de la rémunération globale qu'il souhaitait obtenir. Cela étant, le fait que le demandeur ait ainsi accepté une réglementation contractuelle visant à soustraire sa rémunération au paiement des charges sociales paritaires qui doivent obligatoirement être prélevées en Suisse sur les revenus provenant d'une activité lucrative dépendante ne permet pas de qualifier la convention du 19 décembre 2007 de contrat de mandat; quant aux termes de la convention selon lesquels le demandeur «accepte d'assister C. SA en tant que consultant» et «exécutera ses services en tant qu'indépendant», ils doivent précisément être appréciés dans le contexte que l'on vient de décrire et ne sont donc pas non plus déterminants pour la qualification du contrat (cf. consid. 4.1.3 et 4.2.2 supra).

4.3.2 En effet, est avant tout déterminante pour la qualification du contrat l'existence d'un lien de subordination caractéristique du contrat de travail (cf. consid. 4.2.1 supra). Or, l'art. 2.1 de la convention de consultant stipulait à cet égard que le demandeur exécuterait les missions qui lui seraient confiées «selon les instructions de la direction des sociétés» de la défenderesse, ces missions incluant notamment des participations aux salons horlogers internationaux (Suisse, Moyen-Orient, USA) ainsi qu'à des événements liés à la marque M.; les missions de représentation et d'image devaient se faire «selon les directives de la direction» de la défenderesse, qui déciderait de recourir aux services du demandeur «dans la mesure nécessaire». L'obligation du demandeur de se conformer aux instructions et directives de la défenderesse est caractéristique d'un rapport de subordination. Certes, l'arrêt attaqué retient que tant et aussi longtemps que les relations contractuelles n'ont pas posé problème, le demandeur disposait d'une certaine indépendance dans l'organisation des salons horlogers internationaux auxquels la défenderesse participait, puisqu'il recevait des instructions de E. mais ne rencontrait celui-ci qu'une fois par mois. Il ressort toutefois également des constatations de fait de l'arrêt attaqué qu'en septembre 2010, F., PDG de la société B. SA, a signifié au demandeur, quelques jours avant la tenue d'un salon horloger à Monaco, qu'il n'y participerait pas et qu'il en irait de même du salon auquel la défenderesse se rendrait ultérieurement à Bahreïn; F., qui a agi à la demande de E., lui-même administrateur délégué du groupe D. SA et administrateur de la défenderesse, a fait savoir au demandeur que la vente et la distribution étaient désormais réservées à une équipe nouvellement créée, lui-même devant se consacrer au design et à la création principalement. Force est ainsi de constater que le demandeur était soumis à de véritables injonctions de la défenderesse, allant jusqu'à le contraindre de renoncer à tout un volet de son activité.

4.3.3 En outre, le demandeur était rémunéré à raison d'une somme forfaitaire annuelle de 72'000 fr., quel que soit le bénéfice rapporté par les salons auxquels il participait. Si une rémunération forfaitaire n'est certes pas exclue par les dispositions régissant le mandat, comme le relève la défenderesse, le risque économique était en l'occurrence exclusivement assumé par

la défenderesse (cf. consid. 4.2.3 supra). En outre, le versement d'une rémunération annuelle fixe dans le cadre d'un contrat conclu pour une durée d'un an renouvelable tacitement avec un délai de résiliation de 12 mois – contrat qui n'a été résilié que le 26 janvier 2012 – est davantage caractéristique du contrat de travail que du contrat de mandat (cf. consid. 4.2.1 in fine supra).

4.3.4 En définitive, au vu de l'ensemble des circonstances du cas particulier (cf. consid. 4.2.4 supra), notamment du fait que le demandeur était dans un rapport clair de subordination vis-à-vis de la défenderesse, qui lui dictait, dans les limites de la marge de manœuvre inhérente à la fonction qu'il occupait, des instructions sur ses activités (cf. consid. 4.3.2 supra), qu'il ne supportait d'aucune manière les risques économiques de l'activité qu'il exerçait pour le compte de la défenderesse et qu'il a reçu une rémunération fixe de 72'000 fr. par an pendant plusieurs années, indépendamment des résultats de son activité (cf. consid. 4.3.3 supra), c'est à bon droit que les juges cantonaux ont conclu que le travail était effectué de manière dépendante et que la convention de consultant du 19 décembre 2007, malgré son intitulé et la terminologie utilisée, devait en réalité être qualifiée juridiquement de contrat de travail.

5.

5.1 A la suite du premier juge, la cour cantonale a constaté que la défenderesse avait résilié le contrat par lettre recommandée du 26 janvier 2012 et que cette résiliation ne pouvait déployer d'effet qu'au 31 janvier 2013, vu le délai de congé de douze mois prévu par l'art. 7.1 de la convention du 19 décembre 2007.

Cette appréciation ne prête pas le flanc à la critique, dès lors que la défenderesse ne peut invoquer aucune résiliation du contrat antérieure au 26 janvier 2012. Contrairement à ce que soutient la défenderesse, le courriel de F. du 29 septembre 2010 ordonnant au demandeur de ne plus participer aux salons ne peut à l'évidence être interprété comme une résiliation de contrat, puisqu'il ne fait aucune mention d'une rupture des rapports contractuels.

5.2 C'est ainsi à bon droit que la cour cantonale a confirmé la condamnation de la défenderesse à verser au demandeur son salaire depuis le 1^{er} octobre 2010 jusqu'à l'échéance du contrat, soit jusqu'au 31 janvier 2013, ce qui représente 28 mois rémunérés à 6000 fr., soit un montant brut de 168'000 fr., soumis aux déductions sociales et légales usuelles. Sur ce dernier point, c'est en vain que la défenderesse cherche à se prévaloir du fait que le demandeur avait accepté une réglementation contractuelle ayant pour effet de soustraire sa rémunération au paiement des charges sociales paritaires. En effet, le prélèvement desdites charges sur tous les revenus provenant d'une activité lucrative dépendante échappe à la libre disposition des parties et découle impérativement de la qualification du contrat comme contrat de travail.

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 septembre 2015, Doss.-No 4A_285/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 23 décembre 2014)

Art. 329d al. 1 CO. Pour permettre au travailleur de prendre du repos sans en être dissuadé par la perte de salaire, le travailleur a droit à son salaire pendant les vacances qui lui sont dues. Le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait. Autrement dit, le travailleur doit continuer à recevoir son salaire usuel (c. 3.1).

Si le travailleur est payé exclusivement à la commission ou aux pièces, il s'agit en principe de calculer la partie de son salaire afférent aux vacances selon la méthode de calcul forfaitaire, soit en fonction de la moyenne des revenus réalisés durant les derniers mois de travail ou au cours d'une autre période appropriée. Il existe toutefois des situations, considérées comme des exceptions par la doctrine, dans lesquelles l'application de la méthode de calcul forfaitaire conduirait à un résultat – ne correspondant pas à la réalité – qui équivaldrait à un accroissement du revenu de l'employé. Il serait donc inapproprié, dans ces situations, de verser un salaire afférent aux vacances à l'employé. Tel peut être le cas s'il s'avère que la perte de salaire due à l'absence du travailleur pendant les vacances est compensée par le fait qu'il peut grouper ses commandes ou les contrats qu'il conclut avant ou après les vacances, ou si le contrat prévoit une commission calculée sur toutes les affaires de l'année et que l'employeur verse chaque mois des acomptes, sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice (c. 3.2.2).

Extraits des faits:

Le 17 mai 1984, A. (ci-après: l'employé ou le courtier) a conclu un contrat de travail avec X. & Cie SA – aujourd'hui B. SA – (ci-après: l'employeur), société ayant pour but les opérations immobilières. Engagé en qualité d'aide-gérant, l'employé a ensuite exercé une activité comme stagiaire courtier, puis, dès le 14 décembre 1990, en qualité de courtier au service des ventes. La rémunération du courtier se composait alors d'un salaire fixe brut mensuel (4000 fr. dès le 1^{er} janvier 2000) et de commissions liées aux opérations réalisées par son entremise. Diverses conventions ont été signées entre les parties, qui régissaient notamment les conditions d'octroi des commissions du courtier (système de commissionnement basé sur des montants-seuils). Il résulte des constatations cantonales qu'en sus du salaire de base (4000 fr. versés chaque mois), les commissions de l'employé sur ses affaires personnelles, soit 15%, lui étaient versées tout au long de l'année, au fur et à mesure de l'encaissement des factures par l'employeur. L'employé a perçu de manière régulière des commissions conséquentes; pour l'année 2007, il a par exemple reçu des salaires mensuels bruts (salaire de base et commissions)

entre 12'579 fr. et 74'007 fr. Les revenus annuels de l'employé s'élevaient, à partir des années 2000, entre 254'121 fr. et 501'708 fr.

D'importantes divergences de vues sont peu à peu apparues entre l'employé et l'administrateur directeur délégué de B. SA, qui ont finalement conduit au licenciement de l'employé le 14 mai 2007 (avec effet au 31 août 2007). Celui-ci a été libéré avec effet immédiat de son obligation de travailler durant le délai de congé. L'employé a fait valoir diverses prétentions auprès de son employeur. De nombreux points, alors litigieux entre les parties (manière dont la rémunération de l'employé a été calculée [détermination des seuils découlant du système de commissionnement], heures supplémentaires, remboursement de divers montants prélevés par l'employeur au détriment de l'employé, licenciement considéré comme abusif par l'employé et indemnités y relatives), ne sont plus discutés devant le Tribunal fédéral. Les parties sont toutefois encore en désaccord sur deux points: premièrement, l'employé prétend avoir une créance vis-à-vis de l'employeur de 181'319 fr. (l'employé, qui prétendait initialement être titulaire d'une créance de 224'914 fr.25, a réduit ses prétentions devant le Tribunal fédéral), qui correspondrait au paiement de la part variable du salaire afférent aux vacances pour les années 2002 à 2006, l'employé soutenant qu'il n'a reçu, durant ces périodes de vacances, que son salaire fixe (premier poste); deuxièmement, les parties discutent encore d'un montant de 107'060 fr.20 (l'employé, qui prétendait initialement être titulaire d'une créance de 74'708 fr.98, a augmenté ses prétentions devant le Tribunal fédéral) qui serait due, toujours selon l'employé, à titre de salaire variable durant le délai de congé, soit du 15 mai 2007 au 31 août 2007 (deuxième poste).

Par demande du 19 février 2008, l'employé a conclu à ce que la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois constate la nullité de diverses clauses de concurrence auxquelles il était lié, à ce que l'employeur soit condamné à lui verser la somme de 743'038 fr. (total des divers postes énumérés ci-dessus let. A.c), avec intérêts. Par jugement du 30 octobre 2013, la Cour civile a condamné l'employeur à verser à l'employé les sommes de 5828 fr.80 net (prélèvements indus à rembourser à l'employé), intérêts en sus, et de 1697 fr.70 brut (à titre de salaire variable dû pendant le délai de congé [deuxième poste]), sous déduction des cotisations sociales, intérêts en sus, les frais et dépens étant répartis entre les parties. La Cour civile a par contre rejeté la demande en tant qu'elle portait sur la part du salaire afférent aux vacances (premier poste). Par arrêt du 23 décembre 2014, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a admis partiellement l'appel de l'employé et réformé le jugement attaqué s'agissant du poste du dommage visant le salaire variable dû pendant le délai de congé (deuxième poste), l'employeur étant condamné à verser à l'employé le montant de 25'401 fr.10 brut, sous déduction des cotisations sociales, intérêts en sus.

L'employé exerce un recours en matière civile contre l'arrêt cantonal du 23 décembre 2014.

Extraits des considérants:

2.

La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois, se prononçant sur le salaire afférent aux vacances (art. 329d al. 1 CO), a expliqué qu'il y avait en principe lieu, lorsque la rémunération est versée sous la forme de commissions, de calculer ce salaire en prenant en compte la moyenne réalisée durant les derniers mois de travail; il convenait toutefois – à la suite de la doctrine – de faire une exception (sous peine d'augmenter le salaire du travailleur de manière indue) lorsqu'une commission est calculée sur toutes les affaires conclues dans l'année de référence et que le versement d'une avance (correspondant à une part importante de la moyenne calculée périodiquement) est opéré lors de chaque terme de paiement, le règlement du solde se faisant à la fin de la période de référence. La cour cantonale relève que, dans cette hypothèse, l'employé reçoit effectivement une avance au moment où il doit financer son repos (vacances) et qu'il n'a donc aucun droit à un salaire supplémentaire.

Cela étant, la cour cantonale a retenu que les commissions de l'employé sur ses affaires personnelles, soit 15%, lui étaient versées tout au long de l'année, de sorte que l'employé n'était pas réduit à vivre pendant ses vacances sur son seul salaire de base (4000 fr. par mois). Elle a aussi observé que l'employé a perçu de manière régulière des commissions conséquentes et non seulement sa part fixe et indiqué que, compte tenu des revenus particulièrement élevés de l'employé à partir des années 2000 (entre 254'121 fr. et 501'708 fr. annuellement), celui-ci était à l'évidence en mesure de financer ses vacances. Enfin, on ne saurait retenir, s'agissant de l'activité de courtier rémunérée en fonction du résultat, que ses revenus seraient proportionnels à son temps de travail (ce que soutenait l'employé).

S'agissant du solde de salaire pendant le délai de congé (15 mai au 31 août 2007), la cour cantonale, a établi que l'employé avait droit à un salaire de 294'915 fr.¹⁰ et, se basant sur l'expertise et les allégations de l'employeur, qu'il avait déjà effectivement reçu un montant de 269'514 fr. Une somme de 25'401 fr.¹⁰ devait donc encore lui être versée.

3.

En ce qui concerne le (premier) poste visant le salaire afférent aux vacances, l'employé considère que, par le simple fait qu'il ne travaillait pas pendant six semaines par année, il abattait un travail moins important et gagnait moins de commissions que s'il avait œuvré 52 semaines par année (acte de recours p. 8). Il estime dès lors que, pour compenser un revenu « affecté par un repos annuel de six semaines », la cour cantonale aurait dû considérer qu'il avait droit, pendant ses vacances, à un revenu calculé sur la moyenne de ses salaires annuels.

Le fait que l'employé continuait de recevoir son salaire fixe (4000 fr.) pendant les périodes de vacances n'est pas litigieux.

3.1 Pour permettre au travailleur de prendre du repos sans en être dissuadé par la perte de salaire, l'art. 329d al. 1 CO prévoit que le travailleur a droit à son salaire pendant les vacances qui lui sont dues. Il s'agit d'une règle relativement impérative à laquelle il ne peut pas être dérogé au détriment du travailleur (art. 362 al. 1 CO).

La jurisprudence en a déduit que le travailleur ne doit pas être traité différemment, du point de vue salarial, lorsqu'il est en vacances que s'il travaillait (ATF 136 III 283 consid. 2.3.5 p. 287 et les arrêts cités). Par cette formule, la Cour de céans entendait éviter que, pendant les vacances, le travailleur s'expose à voir ses revenus baisser ou disparaître, ce qui pourrait le conduire à continuer à travailler et aurait pour conséquence de compromettre le but des vacances, qui est de pouvoir bénéficier d'un repos effectif (cf. ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 673 et les références; GABRIEL AUBERT, *Le droit des vacances: quelques problèmes pratiques*, in *Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale*, p. 120 ss). Autrement dit, le travailleur doit continuer à recevoir son salaire usuel (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3e éd. 2014, p. 398).

La formule utilisée par le Tribunal fédéral ne doit donc pas être comprise dans le sens que celui-ci aurait droit à un salaire supplémentaire (cf. AUBERT, *op.cit.*, p. 122). Cela équivaldrait à un accroissement de revenu, ce qui n'est précisément pas souhaité sous l'angle de l'art. 329d al. 1 CO (ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 673).

3.2

3.2.1 Il découle des considérations générales qui précèdent que, lorsque le salarié est payé en fonction du temps de travail (forme la plus courante de rémunération des salariés), le salaire afférent aux vacances est calculé au prorata de ce temps (ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 673).

3.2.2 Si le travailleur est payé exclusivement à la commission ou aux pièces, il s'agit en principe de calculer la partie de son salaire afférent aux vacances selon la méthode de calcul forfaitaire, soit en fonction de la moyenne des revenus réalisés durant les derniers mois de travail ou au cours d'une autre période appropriée (ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 674).

Il existe toutefois des situations, considérées comme des exceptions par la doctrine, dans lesquelles l'application de la méthode de calcul forfaitaire conduirait à un résultat – ne correspondant pas à la réalité – qui équivaldrait à un accroissement du revenu de l'employé (ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 674; cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd. 2012, no 3 ad art. 329d CO p. 683). Il serait donc inapproprié, dans ces situations, de verser un salaire afférent aux vacances à l'employé. Tel peut être le cas s'il s'avère que la perte de salaire due à l'absence du travailleur pendant les vacances est compensée par le fait qu'il peut grouper ses commandes ou les contrats qu'il conclut avant ou après les vacances (ATF 129 III 664 consid. 7.3 p. 674), ou si le contrat prévoit une commission calculée sur toutes les affaires de l'année et que l'employeur verse chaque mois des acomptes, sous réserve d'un décompte final à la fin de l'exercice (cf. arrêt 4A_66/2009

du 8 avril 2009 consid. 4.2; AUBERT, op.cit., p. 121 s.; ERIC CEROTTINI, Le droit aux vacances, 2001, p. 200).

3.3

3.3.1 En l'occurrence, l'employé laisse entendre qu'il sollicite une rémunération représentant la contrepartie du travail qu'il aurait pu réaliser pendant ses vacances. Autrement dit, l'employeur aurait dû lui verser, pendant celles-ci, un montant supplémentaire (calculé en fonction de la moyenne de ses salaires annuels), au motif que, pendant son absence, il n'a pas pu commencer de nouvelles affaires qui, en fin d'exercice, auraient augmenté son revenu annuel s'il n'avait pas pris de vacances.

Il résulte des considérations qui précèdent (cf. supra consid. 3.1 et 3.2) que l'art. 329d al. 1 CO n'entend précisément pas accorder dans cette hypothèse un montant supplémentaire à l'employé. Celui-ci n'a pas droit à une part proportionnelle des commissions qu'il aurait gagnées pendant les vacances et qui viendrait augmenter son salaire annuel. L'argument central qu'il avance tombe dès lors à faux.

3.3.2 Quant à l'argument selon lequel l'employé ne recevait pas d'avances de salaire, mais des commissions calculées a posteriori sur la base des factures encaissées par l'employeur, il ne résiste pas à l'examen.

Selon les constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral, les commissions de l'employé sur ses affaires personnelles lui étaient versées tout au long de l'année, de sorte qu'il n'était pas réduit à vivre pendant ses vacances sur son seul salaire de base. Il a été également établi que sa rémunération lui était versée indépendamment des périodes durant lesquelles il prenait ses vacances. Cela étant, l'employé n'était pas placé, durant les périodes de vacances, dans une situation moins avantageuse que s'il avait travaillé (cf. encore à cet égard: arrêt 4A_66/2009 déjà cité consid. 4.2). Que la rémunération varie de mois en mois n'y change rien. Cette variation n'est pas causée par la prise de vacances de l'employé, mais s'explique simplement par le fait que le salaire du courtier ne dépend pas de l'étendue de l'activité déployée, mais de ses succès (cf. ATF 138 III 669 consid. 3.1 p. 670).

Le moyen soulevé par l'employé se révèle dès lors infondé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 24 septembre 2015, Doss.-No 8C_772/2014 (Irrecevabilité d'un recours contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 16 septembre 2014), in: ATF 141 I 253

Art. 89 Abs. 1 BGG; Beschwerdeberechtigung bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten im Bereich des öffentlichen Personalrechts. Nur das Gemeinwesen als solches ist in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber gestützt auf die Generalklausel von Art. 89 Abs. 1 BGG zur Be-

schwerde ans Bundesgericht legitimiert, nicht aber ein kantonales Département, selbst wenn es als erste Instanz verfügt hat. Da es eine kantonale Verwaltungseinheit ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist, bedarf es einer ausdrücklichen Ermächtigung, die es ihm gestattet, im Namen des Gemeinwesens aufzutreten, dem es angehört (im Kanton Genf des Regierungsrats; E. 3).

Art. 89 al. 1 LTF; qualité pour agir en cas de contestations pécuniaires en matière du droit de la fonction publique.

Si la collectivité publique comme telle dispose, en tant qu'employeur, d'un droit de recours au Tribunal fédéral fondé sur la clause générale de l'art. 89 al. 1 LTF, il n'en va pas de même pour un département cantonal, même s'il a rendu la décision à l'origine de la procédure. Etant une entité cantonale dépourvue de la personnalité juridique, celui-ci doit être au bénéfice d'une procuration expresse lui permettant d'agir au nom de la collectivité publique dont il relève (pour Genève, le Conseil d'Etat; consid. 3).

Extraits des faits:

A.

A. est entré à la police judiciaire du canton de Genève le 1^{er} janvier 1983 en qualité d'inspecteur de sûreté. Le 1^{er} février 2000, il a été nommé au grade d'inspecteur principal adjoint (classe 19, annuité 8). A la demande de sa hiérarchie, il a assumé dès le mois de juin 2001 le poste de directeur des ressources humaines de la police. Son traitement a été fixé en classe 25, annuité 5. Par la suite, en raison de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions, son poste a été rétrogradé en classe 21. Son traitement est toutefois resté équivalent à celui prévu par la classe 25, annuité 8, par l'effet des droits acquis. Sa progression salariale a toutefois été bloquée.

A la suite d'une réorganisation, l'intéressé a été réaffecté à la police judiciaire en qualité de chef de section adjoint dès le 1^{er} septembre 2011. Il est resté colloqué dans la classe 25, annuité 8, mais sa progression salariale a été rétablie pour le futur. Sa nouvelle fonction était la même que celle occupée par des camarades de sa promotion qui avaient, quant à eux, fait toute leur carrière au sein de la police judiciaire. En revanche, ceux-ci bénéficiaient d'un traitement en classe 25, annuité 15, depuis le 1^{er} janvier 2012.

Le 13 février 2013, A. a écrit au Conseiller d'Etat en charge du Département de la sécurité pour lui demander de lui accorder le même traitement que les fonctionnaires de police issus de la même promotion que lui, soit de le rémunérer en fonction de la classe 25, annuité 14 du 1^{er} septembre 2011 au 31 janvier 2012, puis selon la classe 25 annuité 15 à compter du 1^{er} février 2012. Par décision du 26 mars 2013, le chef du Département de la sécurité a rejeté cette demande.

B.

Saisie d'un recours de A., la Chambre administrative de la Cour de Justice de la République et canton de Genève a annulé la décision attaquée et renvoyé la cause au Département de la sécurité et de l'économie (DSE; anciennement Département de la sécurité) pour qu'il procède conformément aux considérants. Le département était invité à calculer le salaire de l'intéressé conformément aux conclusions du recours auxquelles elle a entièrement fait droit.

C.

Le DSE exerce un recours en matière de droit public contre l'arrêt cantonal. A. a conclu, principalement, à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet.

Le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable.

Extrait des considérants:

3.

3.1 Le droit de recours des collectivités publiques est visé en premier lieu par l'art. 89 al. 2 LTF. Toutefois, lorsque les conditions fixées par cette disposition ne sont pas remplies, comme c'est indéniablement le cas en l'espèce, il faut examiner si l'autorité peut se prévaloir de l'art. 89 al. 1 LTF. D'après cette disposition, a qualité pour former un recours en matière de droit public quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a); est particulièrement atteint par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b); et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). La qualité pour recourir de la règle générale de l'art. 89 al. 1 LTF est en premier lieu conçue pour les particuliers. Il est toutefois admis que les collectivités publiques peuvent s'en prévaloir à certaines conditions qui doivent toutefois être appréciées restrictivement (ATF 141 II 161 consid. 2.1 p. 164; ATF 135 I 43 consid. 1.3 p. 47; arrêt 2C_620/2012 du 14 février 2013 consid. 1.2.4).

3.2 La jurisprudence concernant la recevabilité du recours en matière de droit public retient que la collectivité publique, en tant qu'employeur, n'agit certes pas au même titre qu'un particulier dans une contestation découlant de rapports de travail régis par le droit public, mais qu'elle a néanmoins un intérêt spécifique digne de protection à l'annulation ou à la modification d'une décision d'un tribunal favorable à son agent (ATF 134 I 204 consid. 2.3 p. 206). Dans ce domaine, un canton a donc qualité pour recourir. Selon la jurisprudence toutefois, conformément à la légitimation fondée sur l'art. 89 al. 1 LTF, seule une collectivité publique comme telle (voire une autre personne morale de droit public) peut se prévaloir de cette disposition, mais pas une autorité ou une branche de l'administration dépourvue de la personnalité juridique, à moins d'avoir une procuration expresse lui permettant d'agir au nom de la collectivité publique en cause. Peu importe à cet égard que l'autorité ait ou non rendu la décision administrative à l'origine de

la procédure (ATF 140 II 539 consid. 2.2 p. 541; ATF 138 II 506 consid. 2.1 p. 508 ss; ATF 136 V 351 consid. 2.4 p. 354; ATF 134 II 45 consid. 2.2.3 p. 48; arrêt 2C_1016/2011 du 3 mai 2012 consid. 1.3, non publié in ATF 138 I 196; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire de la LTF, 2^e éd. 2014, n° 39 p. 1026 ad art. 89 LTF; BERNHARD WALDMANN, in Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2^e éd. 2011, n° 49 ad art. 89 LTF; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^e éd. 2011, p. 754; cf. aussi arrêt 8C_810/2014 du 1^{er} avril 2015 consid. 1.2: qualité pour agir d'un office fédéral laissée indécise).

3.3 En l'espèce, le recours a été formé par le DSE en son propre nom. Il est signé par le chef dudit département, lequel est indéniablement une entité cantonale dépourvue de la personnalité juridique. L'office recourant ne prétend pas qu'il aurait agi en tant que représentant du canton de Genève. Du reste, les corporations de droit public sont en principe représentées seulement par leurs autorités supérieures, en l'occurrence le Conseil d'Etat s'agissant de Genève (arrêt 2C_971/2012 du 28 juin 2013 consid. 2.3; voir aussi arrêt déjà cité 2C_1016/2011). On doit donc admettre que le recours émane d'une autorité cantonale qui ne peut se prévaloir d'un droit de recours en application de l'art. 89 al. 1 LTF. Le fait que le chef du DSE est un membre du Conseil d'Etat du canton de Genève n'y change rien car celui-ci n'a pas signé le recours en tant que représentant du Conseil d'Etat mais en tant que chef du département. La qualité pour recourir du département faisant défaut, le recours est irrecevable.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 septembre 2015, Doss.-No 4A_24/2015 (Annulation du l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 24 septembre 2014), in: ATF 141 III 418

Gesamtarbeitsvertrag; Solidaritätsbeitrag; Anschluss-/Vertragszwang (Art. 356b Abs. 2 und 3 OR). Formen der Unterstellung eines Arbeitnehmers unter einen Gesamtarbeitsvertrag (E. 2). Grundsätze der Erhebung von Solidaritätsbeiträgen (E. 3). Anschluss-/Vertragszwang als Folge einer Gleichbehandlungsklausel (E. 4.1). Ein Arbeitnehmer, der nicht Mitglied eines vertragschliessenden Verbandes ist, kann nicht zur Leistung eines Solidaritätsbeitrages gezwungen werden, wenn die Parteien des Gesamtarbeitsvertrages den Beitritt der Gewerkschaft verweigern, welcher der Arbeitnehmer angehört, und wenn diese die Voraussetzungen zur Anerkennung als Sozialpartnerin erfüllt (E. 4.2 und 4.3).

Convention collective de travail; contribution de solidarité; contrainte de soumission (art. 356b al. 2 et 3 CO). Formes d'assujettissement d'un travailleur à une convention collective de travail (consid. 2). Principes en matière de contribution de solidarité (consid. 3). Contrainte de soumission résultant d'une clause d'égalité de traitement (consid. 4.1). Un tra-

vailleur dissident ne peut pas être contraint de payer une contribution de solidarité lorsque les parties à la convention collective refusent l'adhésion du syndicat auquel il appartient et que celui-ci remplit les conditions pour être reconnu comme partenaire social (consid. 4.2 et 4.3).

Extraits des faits:

A.

La Poste Suisse, d'une part, et le Syndicat de la Communication et Transfair, d'autre part, ont conclu une convention collective de travail pour les unités externalisées de La Poste Suisse (ci-après: CCT SGr). Poste Immobilier Management et Services SA est une société affiliée à La Poste Suisse. Alors qu'elle s'appelait encore InfraPost SA, elle a conclu avec les deux syndicats susmentionnés une convention portant affiliation à la CCT SGr (ci-après: Af IPAG). Selon son chiffre 16, la CCT SGr s'applique aux collaborateurs liés par un contrat de travail à une société du groupe qui a adhéré à la convention; les exceptions sont mentionnées au chiffre 17 CCT SGr (cadres, auxiliaires). Conformément au chiffre 20 al. 1 CCT SGr, la société du groupe conclut un contrat individuel de travail fondé sur la CCT SGr avec chaque collaborateur entrant dans le champ d'application de ladite convention.

InfraPost SA a engagé A. en qualité de concierge. Selon l'art. 8 du contrat de travail, la CCT SGr et l'Af IPAG font partie intégrante du contrat. L'art. 5 du contrat prévoit qu'une éventuelle contribution de solidarité est régie par le chiffre 77 CCT SGr. Selon cette dernière disposition, l'employeur prélève une contribution mensuelle de 10 fr. sur le salaire des employés ayant un taux d'occupation d'au moins 50%; pour les membres d'un syndicat signataire, un tel prélèvement n'a pas lieu si la cotisation syndicale est déjà déduite du salaire.

D'abord affilié au syndicat Transfair, A. est devenu membre du Syndicat autonome des postiers (ci-après: SAP) dès le 1^{er} janvier 2011. Depuis lors, l'employeur a déduit du salaire mensuel du collaborateur un montant de 10 fr. à titre de contribution de solidarité.

Majoritairement actif en Suisse romande, le SAP regroupe près de 500 membres, soit environ 1% du personnel concerné par la CCT SGr. Ce syndicat s'est vu refuser son adhésion à la convention collective et a engagé diverses procédures judiciaires contre La Poste Suisse.

Se fondant sur l'art. 356b al. 3 CO, A. s'est opposé en vain au prélèvement de la contribution de solidarité.

B.

A. a ouvert action contre son employeur. Ses conclusions tendaient à la restitution de la somme de 220 fr. – représentant les contributions de solidarité perçues de janvier 2011 à octobre 2012 –, à la restitution de toutes les contributions de solidarité prélevées de novembre 2012 jusqu'à l'entrée en

force du jugement et à ce qu'interdiction soit faite à l'employeur de déduire à l'avenir une contribution de solidarité du salaire du travailleur.

Le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte a rejeté la demande. Statuant sur recours de A., la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal vaudois a confirmé le jugement de première instance.

C.

A. a interjeté un recours en matière civile, subsidiairement un recours constitutionnel.

Extrait des considérants:

1.

[Résumé:Le Tribunal fédéral relève tout d'abord que le litige porte sur le point de savoir si un travailleur, membre d'un syndicat non signataire auquel l'adhésion à la convention collective de travail est refusée, peut s'opposer au prélèvement d'une contribution de solidarité sur son salaire en se fondant sur l'art. 356b al. 3 CO. Comme il s'agit d'une question juridique de principe au sens de l'art. 74 al. 2 let. a LTF, le recours en matière civile est ouvert et le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable.]

2.

2.1 Pour trancher le présent litige, il convient tout d'abord de rappeler différents moyens qui permettent l'assujettissement d'un travailleur à une convention collective de travail (ci-après: CCT).

Envers les travailleurs membres d'une association contractante, les clauses normatives de la CCT auront en principe un effet direct et impératif dès lors que l'employeur est personnellement partie à la convention ou membre d'une association contractante (art. 356 al. 1, art. 357 al. 1 CO).

Pour les travailleurs qui ne sont pas membres d'une organisation signataire («dissidents»), l'assujettissement peut revêtir plusieurs formes.

Le champ d'application de la CCT peut être étendu par décision d'une autorité cantonale ou fédérale (art. 1 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail [LECCT; RS 221.215.311]).

Le travailleur au service d'un employeur lié par la CCT peut aussi se soumettre individuellement à la convention avec le consentement des parties (soumission dite formelle), de sorte qu'il sera considéré comme lié par la convention (art. 356b al. 1 CO). La soumission (jadis appelée aussi «participation») est un contrat passé entre le travailleur dissident et les parties à la convention collective (Message du 29 janvier 1954 à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application, FF 1954 158 ad Article 2. Participation); la déclaration de soumission et le consentement des parties à la CCT doivent revêtir la forme écrite (art. 356c al. 1 CO; ATF 138 III 107 consid. 4.3 p. 110).

La CCT peut encore contenir une clause faisant obligation aux employeurs liés par elle d'appliquer ses dispositions normatives à tous leurs

employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non (clause d'égalité de traitement ou clause d'extension; ATF 139 III 60 consid. 5.1 p. 63 et les arrêts cités).

Un employeur, lié ou non, peut également convenir avec le travailleur d'incorporer dans le contrat de travail les dispositions d'une convention collective de travail; celle-ci ne produit alors pas directement un effet normatif, mais les parties peuvent exiger le respect de la CCT en réclamant l'exécution des clauses du contrat qui reprennent les dispositions conventionnelles (effets dits indirects de la CCT; cf. ATF 139 III 60 consid. 5.1 p. 62; ATF 123 III 129 consid. 3c p. 135).

2.2 En l'espèce, la CCT SGr n'a pas fait l'objet d'une décision d'extension. Le recourant ne s'est pas non plus soumis formellement à la convention. Celle-ci a été intégrée dans le contrat de travail (art. 8), conformément à la clause d'égalité de traitement contenue au chiffre 16 CCT SGr et à l'engagement correspondant de l'intimée prévu au chiffre 20 al. 1 CCT SGr.

3.

3.1 La contribution de solidarité est mentionnée dans la loi comme une condition de la soumission (formelle).

Aux termes de l'art. 356b al. 2 CO, la convention peut régler les modalités de la soumission et prévoir en particulier la perception d'une contribution aux frais de la CCT; les parties à la convention sont toutefois restreintes dans leur pouvoir de fixer le montant de la contribution de solidarité, car le juge peut annuler ou ramener à de justes limites les conditions inéquitables, en particulier les contributions excessives; en outre, une clause conventionnelle qui fixe des contributions au profit d'une seule partie est nulle.

Avant que les principes en matière de contribution de solidarité ne soient inscrits dans la loi, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le sujet, comme rappelé plus haut au consid. 1.2 (non publié). Il a vu dans la contribution de solidarité une compensation des avantages obtenus grâce aux frais engagés par les associations contractantes pour la négociation, la conclusion et l'exécution de la CCT; cette qualification justifie la perception d'une contribution de solidarité auprès des travailleurs qui se soumettent individuellement à la convention, même s'ils sont affiliés à un syndicat qui n'est pas partie à la convention et n'a pas participé à l'œuvre conventionnelle (ATF 74 II 158 consid. 6b p. 169; 75 II 305 consid. 7c/aa p. 317). Le Tribunal fédéral a posé ensuite des critères pour fixer le montant admissible de la contribution de solidarité, qui doit représenter une compensation équitable des avantages. A côté des frais liés à la négociation, à l'exécution et au contrôle de la CCT, sont également déterminants les moyens engagés par l'association signataire pour asseoir le poids politico-économique lui permettant d'obtenir une amélioration des conditions de travail. Par ailleurs, le montant de la contribution ne doit pas être fixé à un niveau tel qu'il constitue une contrainte indirecte de s'affilier au syndicat signataire, prohibée par la loi; pour les membres d'une organisation non

signataire, cela signifie que l'addition de la contribution de solidarité et de la cotisation syndicale ne doit pas dépasser le montant de la cotisation à une association signataire de la convention (ATF 75 II 305 consid. 7c/cc et 7c/dd p. 318 ss).

3.2 Selon le chiffre 770 al. 1 CCT SGr, l'intimée doit percevoir une contribution de solidarité auprès de tous les travailleurs entrant dans le champ d'application de la convention. La contribution n'est donc pas la contrepartie d'une soumission formelle au sens de l'art. 356b al. 2 CO.

Il est admis toutefois qu'une disposition conventionnelle prévoyant le prélèvement d'une contribution de solidarité est valable également en cas de soumission indirecte à une CCT, car il s'agit, comme en cas de soumission formelle, d'une compensation des avantages (VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, 4^e éd. 2006, n° 63 ad art. 356b CO; cf. CHRISTIAN BRUCHEZ, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [éd.], 2013, n° 19 ad art. 356b CO p. 1170). L'art. 356b al. 2 CO sur les modalités admissibles de la contribution s'applique alors par analogie, en particulier lorsque la CCT contient une clause d'extension (JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 1999, n° 34 ad art. 356b CO; ESTHER ANNAHEIM-BÜTTIKER, Die Stellung des Aussenseiter-Arbeitnehmers im System des Gesamtarbeitsvertragsrechts, 1990, p. 76 et 77).

En l'espèce, la cour cantonale a jugé, sans être critiquée sur ce point par le recourant, que le montant de 10 fr. perçu mensuellement à titre de contribution de solidarité n'était pas excessif au sens de l'art. 356b al. 2 CO.

4.

La question se pose en revanche de savoir si, dans le cas du recourant, le prélèvement même d'une contribution de solidarité constitue une contrainte de soumission prohibée par l'art. 356b al. 3 CO.

4.1 Selon cette disposition, les clauses de la convention et les accords entre les parties qui tendent à contraindre les membres d'associations d'employeurs ou de travailleurs à se soumettre à la convention sont nuls lorsque ces associations ne peuvent devenir parties à la convention ou conclure une convention analogue.

Par contrainte de soumission («Anschlusszwang», «Vertragszwang»), il faut comprendre une disposition qui tend à obliger directement ou indirectement les employeurs et les travailleurs à se soumettre à une CCT. Le but de la contrainte de soumission est d'assujettir à la CCT le plus de personnes concernées (VISCHER/ALBRECHT, op.cit., n° 80 ad art. 356b CO). Il y a ainsi contrainte de soumission lorsqu'une convention collective prescrit que les employeurs liés ne peuvent occuper que des travailleurs qui se soumettent à la convention (BRUCHEZ, op.cit., n° 22 ad art. 356b CO p. 1171; GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2e éd. 2012, n° 1 ad art. 356b CO; WOLFGANG PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 5^e éd. 2011, n° 3 ad art. 356b CO) ou encore qui acceptent de verser une contribution de solidarité (PETER KREIS, Der Anschluss eines Aussenseiters an den Gesamtarbeitsvertrag, 1973, p. 172 et 173).

Dans le cas présent, les parties à la procédure n'ont pas librement convenu l'intégration de la CCT SGr dans le contrat de travail et, notamment, le versement d'une contribution de solidarité à la charge du recourant. Par la clause d'égalité de traitement contenue dans la CCT SGr, l'intimée s'est obligée à appliquer la convention à ses employés, dont le recourant, et à conclure avec les intéressés un contrat de travail intégrant les clauses de la CCT SGr, dont celle relative à la contribution de solidarité. En ce sens, il y a contrainte de soumission puisque, en vertu de la convention, l'intimée ne peut occuper que des travailleurs qui acceptent de conclure un contrat de travail intégrant la CCT et, en particulier, de voir une contribution de solidarité prélevée sur leur salaire.

4.2 Contrairement à la contrainte d'affiliation, prohibée par l'art. 356a al. 1 CO, la contrainte de soumission est en principe licite (VISCHER/MÜLLER, *Der Arbeitsvertrag*, 4^e éd. 2014, SPR vol. VII/4, n. 16 p. 479; BRUCHEZ, *op.cit.*, n° 22 ad art. 356b CO p. 1171; DORIS BIANCHI, in *Droit collectif du travail*, Andermatt et al. [éd.], 2010, n° 18 ad art. 356b CO p. 215; PORTMANN, *op.cit.*, n° 3 ad art. 356b CO; STÖCKLI, *op.cit.*, n° 36 ad art. 356b CO). Ce n'est que dans le cas décrit à l'art. 356b al. 3 CO qu'une clause conventionnelle impliquant une contrainte de soumission sera nulle. L'idée est d'abord de protéger les organisations minoritaires (Antognini, rapporteur, et Speiser, Bull. Stén. 1955 CE 199; cf. également STÖCKLI, *op.cit.*, n° 39 ad art. 356b CO). En effet, lorsqu'une organisation ne peut adhérer à une CCT, une contrainte de soumission entraîne une perte de prestige aux yeux de ses membres; si le travailleur dissident doit en plus payer une contribution de solidarité qui s'additionne à la cotisation au syndicat écarté, il sera tenté de quitter son organisation et de rester sans affiliation ou de rejoindre un syndicat signataire; de cette façon, les petits syndicats pourraient être amenés à disparaître au profit des organisations plus puissantes (cf. KREIS, *op.cit.*, p. 171 ss).

Plus généralement, il apparaît choquant qu'une organisation se voie refuser l'adhésion à une CCT, mais que les membres de cette association soient contraints indirectement de se soumettre individuellement à la CCT (rapporteur Häberlin, Bull. Stén. 1956 CN 229). Au-delà des intérêts des organisations exclues, l'art. 356b al. 3 CO comporte également un aspect de protection envers les membres de telles associations. En particulier, il n'apparaît pas équitable qu'un travailleur dissident soit astreint à participer financièrement à la mise en oeuvre d'une CCT, alors que le syndicat auquel il verse des cotisations ne peut y adhérer ou participer à sa négociation. Il en va de la liberté syndicale individuelle, garantie par l'art. 28 al. 1 Cst. (cf. ATF 140 I 257 consid. 5.1 p. 261). Celle-ci implique pour le travailleur le droit de choisir et de financer l'association qu'il juge la plus apte à défendre ses intérêts et, inversement, le droit de ne pas participer au coût d'une convention collective à l'élaboration de laquelle son organisation ne peut pas prendre part.

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par «associations [qui] ne peuvent devenir parties à la convention ou conclure une convention analogue» («Verbänden [, denen] die Beteiligung am Gesamtarbeitsvertrag oder der Abschluss eines sinngemäss gleichen Vertrages nicht offensteht»). Le cas se présente lorsqu'une organisation professionnelle cherche à adhérer à la CCT ou à conclure une convention analogue et que les parties s'y opposent (BRUCHEZ, op.cit., n° 23 ad art. 356b CO p. 1171; AUBERT, op.cit., n° 5 ad art. 356b CO). Il ne saurait alors être fait abstraction des motifs de ce refus. En effet, le droit éventuel du travailleur dissident de ne pas contribuer aux frais de la CCT ne se justifie que si le syndicat dont il est membre dispose du droit de participer à la convention. A cet égard, le Tribunal fédéral a rappelé encore récemment que le droit de participer à des négociations collectives, de conclure des CCT ou d'adhérer à de telles conventions n'était pas ouvert sans restrictions à n'importe quel syndicat, sous peine d'aboutir à une trop grande multiplication des acteurs sociaux propre à nuire à la qualité et à l'efficacité du dialogue social. Seul un syndicat reconnu comme partenaire social peut se prévaloir d'un tel droit, ce qui sera le cas lorsqu'il a la compétence de conclure des conventions collectives («Tariffähigkeit»), qu'il est compétent à raison du lieu et de la matière, qu'il est suffisamment représentatif et qu'il fait preuve d'un comportement loyal (ATF 140 I 257 consid. 5.2 et 5.2.1 p. 262 s. et les arrêts cités).

En conclusion, l'art. 356b al. 3 CO permet au travailleur dissident, en cas de contrainte de soumission, de s'opposer au prélèvement de la contribution de solidarité lorsque le syndicat auquel il appartient réunit les conditions pour être reconnu comme partenaire social et que les parties à la CCT refusent pourtant l'adhésion de cette association à la convention.

4.3 Contrairement au premier juge, la cour cantonale n'a pas examiné ce point, dès lors qu'elle a considéré que l'art. 356b al. 3 CO était inapplicable en l'espèce. Les éléments à disposition de la cour de céans ne lui permettent pas de se prononcer sur la question. Selon l'état de fait de l'arrêt attaqué, le SAP a engagé diverses procédures judiciaires pour se faire reconnaître comme partenaire social. Dans la mesure où une décision définitive n'est pas intervenue devant les juridictions civiles (cf. arrêt 2C_118/2014 du 22 mars 2015 consid. 5.4), l'autorité précédente à laquelle l'affaire est renvoyée devra trancher la question préalablement.

S'il s'avère que le SAP devait être reconnu comme partenaire social à l'époque des prélèvements litigieux, l'employeur aurait alors déduit la contribution de solidarité de manière indue sur le salaire du recourant. En effet, les conditions d'une telle déduction selon le chiffre 77 CCT SGr, auquel l'art. 5 du contrat de travail se réfère («éventuelle contribution de solidarité selon le chiffre 77 CCT SGr»), ne seraient pas réalisées.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu d'admettre partiellement le recours en matière civile, d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision.

*Bundesgericht, Urteil vom 29. September 2015, Doss.-Nr. 1C_635/2014
(Bestätigung des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts vom
23. April 2014)*

Entlassung eines Arbeitnehmers eines Kernkraftwerks aufgrund einer negativen Risikoverfügung; Whistleblowing. Nachdem die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen im Bereich Informations- und Objektsicherheit des VBS beim Arbeitnehmer eine Zuverlässigkeitskontrolle nach Art. 24 Kernenergiegesetz (KEG) durchgeführt und eine negative Risikoverfügung erlassen hatte, wurde ihm vom Kernkraftwerk Mühleberg (KKM) gekündigt. Unter bestimmten Voraussetzungen kann es zulässig sein, als Mitglied einer Organisation auf Fehler und Missstände öffentlich aufmerksam zu machen (Whistleblowing); dies erfordert jedoch zwingend, dass der Betroffene vor dem Gang an die Öffentlichkeit zunächst alternative Anlaufstellen angeht. Der Arbeitnehmer gab anlässlich der Befragung durch die Fachstelle an, er würde an die Öffentlichkeit gelangen, wenn er zur Überzeugung käme, dass die Sicherheit des KKM gefährdet sei – dies selbst dann, wenn seine eigene Beurteilung der Sicherheitslage von jener seiner Vorgesetzten abweiche. Dieser Zweifel an seiner Bereitschaft, vor einem Gang an die Öffentlichkeit seine Sicherheitsbedenken bei einer geeigneten Stelle zu deponieren, lässt den Arbeitnehmer in der Funktion als Betriebswache als Sicherheitsrisiko erscheinen. Diese Einschätzung der Vorinstanz, die damit dem Begehren des entlassenen Arbeitnehmers auf Aufhebung der negativen Risikoverfügung nicht entsprach, verletzt kein Bundesrecht (E. 3.3, 3.4).

Sachverhalt:

A. arbeitete seit 1993 als Betriebswache im Kernkraftwerk Mühleberg (KKM) der BKW Energie AG (nachfolgend: BKW). Am 6. Februar 2012 ersuchte die BKW die Fachstelle für Personensicherheitsprüfungen im Bereich Informations- und Objektsicherheit des Eidgenössischen Departementes für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) mit der Zustimmung von A. um Durchführung einer Zuverlässigkeitskontrolle nach Art. 24 des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG). Am 1. Oktober 2013 erliess die Fachstelle eine negative Risikoverfügung. Sie hielt fest, A. werde als Sicherheitsrisiko erachtet (Dispositiv-Ziffer 1). Zudem empfahl sie, ihm keinen Zugang zu als vertraulich klassifizierten Informationen über Kernanlagen und -materialien zu gewähren (Dispositiv-Ziffer 2). Zur Begründung führte sie insbesondere aus, sie erachte seine Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit als eingeschränkt. Eine von A. dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. April 2014 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Ange-

legenheiten beantragt A., das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

1.

(...)

1.2 Der Beschwerdeführer teilte dem Bundesverwaltungsgericht im vorinstanzlichen Verfahren mit, dass seine Arbeitgeberin ihm aufgrund der negativen Risikoverfügung bereits gekündigt hatte. Das Bundesverwaltungsgericht warf die Frage auf, ob unter dieser Voraussetzung noch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse bestehe, liess die Frage jedoch offen. Ein aktuelles und praktisches Interesse ist auch für die Beschwerde ans Bundesgericht vorausgesetzt (Art. 89 Abs. 1 BGG). Unter den vorliegenden Umständen ist es zu bejahen. Der Beschwerdeführer hat dargelegt, sich seit der Kündigung mehrfach für andere Stellen am KKM beworben zu haben. Es sei ihm mitgeteilt worden, dass eine Anstellung aufgrund der negativen Risikoverfügung nicht in Betracht falle. Daraus wird ersichtlich, dass der angefochtene Entscheid das wirtschaftliche Fortkommen des Beschwerdeführers auch zum jetzigen Zeitpunkt beeinträchtigt und dieser somit ein aktuelles Interesse an der Behandlung seiner Beschwerde besitzt. Dass die entscheidende Instanz gemäss Art. 23 Abs. 1 der Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV; SR 120.4) rechtlich nicht an die Verfügung der Prüfbehörde gebunden ist, ändert an deren faktischen Bedeutung nichts. Aus einem E-Mail, das der Beschwerdeführer zum Nachweis seiner Beschwerdelegitimation dem Bundesgericht vorgelegt hat, geht in dieser Hinsicht hervor, dass die Arbeitsverträge aller KKM-Mitarbeitenden mit einer Klausel versehen sind, wonach der Arbeitsvertrag nur gültig ist, wenn die Personensicherheitsprüfung positiv ausfällt.

1.3 Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Gemäss Art. 24 KEG müssen sich Personen, die in Funktionen eingesetzt werden, die für die nukleare Sicherheit und die Sicherung der Kernanlage wesentlich sind, einer periodischen Zuverlässigkeitskontrolle unterziehen (Abs. 1). Zweck dieser Kontrolle ist es, allfällige Sicherheitsrisiken zu vermeiden (Botschaft vom 28. Februar 2001 zu den Volksinitiativen «Moratorium Plus» und «Strom ohne Atom» sowie zu einem Kernenergiegesetz, BBI 2001 2772 Ziff. 8.4.3.6). Im Rahmen der Kontrolle können besonders schützenswerte Personendaten über die Gesundheit und die psychische Eignung sowie sicherheitsrelevante Daten über die Lebensführung der betroffenen Person bearbeitet werden; zudem kann eine entsprechende Datensammlung angelegt werden (Abs. 2). Die Daten dürfen dem Eigentümer der Kernanlage und der Aufsichtsbehörde bekannt gegeben werden (Abs. 3). Der Bundesrat legt fest, wer der Kontrolle untersteht und regelt das Prüfver-

fahren. Er bezeichnet die Stelle, die das Prüfverfahren durchführt und die Daten bearbeitet sowie die Datensammlung anlegt (Abs. 4).

2.2 Nach der gestützt auf Art. 24 Abs. 4 KEG erlassenen Verordnung vom 9. Juni 2006 über die Personensicherheitsprüfungen im Bereich Kernanlagen (PSPVK; SR 732.143.3) unterstehen einer Zuverlässigkeitskontrolle bzw. einer Personensicherheitsprüfung (so die Terminologie gemäss PSPVK) unter anderem Personen, die im Sicherungsbereich von Kernanlagen tätig sind, insbesondere das Wachpersonal (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e PSPVK). Die Durchführung und der Abschluss dieser Kontrolle bzw. Prüfung sowie die Behandlung, Verwendung und Aufbewahrung der dabei erhobenen Daten richten sich nach den Art. 8–23 und 26–29 der Verordnung vom 4. März 2011 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV, SR 120.4; vgl. Art. 2 Abs. 1 PSPVK). Gemäss Art. 3 Abs. 1 PSPVK ist für Personen, die im Sicherungsbereich von Kernanlagen tätig sind, eine Grundsicherheitsprüfung nach Art. 10 PSPV durchzuführen, was der ersten der drei in Art. 9 PSPV vorgesehenen Prüfstufen entspricht.

2.3 Bei der Beurteilung, ob eine Person ein nach Art. 24 KEG relevantes Sicherheitsrisiko darstellt, ist die Sicherheitsempfindlichkeit der ausgeübten Funktion zu berücksichtigen. Je heikler diese ist, desto eher ist ein Sicherheitsrisiko zu bejahen (vgl. Urteil 8C_788/2011 vom 2. Mai 2012 E. 3 und 5.2.1). Die Bejahung eines relevanten Sicherheitsrisikos kann dabei auch auf Grund der Summe mehrerer Risikoquellen gerechtfertigt sein, selbst wenn einzelne davon für sich genommen kein relevantes Sicherheitsrisiko darstellen würden (a.a.O.). Nicht massgeblich ist hingegen, ob die überprüfte Person am Vorliegen eines allfälligen Sicherheitsrisikos ein Verschulden trifft oder nicht (Urteil 8C_283/2013 vom 8. November 2013 E. 5.3.2 mit Hinweis). Ebenso wenig relevant ist die Qualität ihrer Arbeitsleistung. In die Beurteilung des Sicherheitsrisikos dürfen ferner auch keine sozialen Überlegungen einfließen (a.a.O., E. 6.2.3 mit Hinweis).

2.4 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer als Betriebswache im KKM folgende Aufgaben: Er sichert die Kernanlage vor unbefugten Einwirkungen und verhindert, dass Unbefugte auf das Sicherungsareal eindringen; er bedient technische Sicherungseinrichtungen und überprüft deren Funktionsfähigkeit; er überprüft, bewertet und bearbeitet Meldungen und Alarmer; er alarmiert die Polizei und die Rettungskräfte und weist sie in die Kernanlagen ein. Zur Erfüllung seiner Aufgaben ist er grundsätzlich befugt, die Identität von Personen festzustellen, Personen und Fahrzeuge zu durchsuchen, Gegenstände sicherzustellen, Personen bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten, körperlichen Zwang anzuwenden sowie die persönliche Waffe, Ordnungsdienstmittel und Überwachungskameras einzusetzen. Zur Ausübung seiner Funktion braucht er uneingeschränkten Zugang zur gesamten Kernanlage und damit zu sicherheitsempfindlichen Installationen und Gebäudeteilen; ausserdem benötigt er Zugang zu als vertraulich qualifizierten Informationen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 der Verordnung

vom 4. Juli 2007 über den Schutz von Informationen des Bundes (Informationsschutzverordnung, ISchV; SR 510.411).

3.

3.1 Die Fachstelle erachtet die Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit des Beschwerdeführers im Wesentlichen aus zwei Gründen als eingeschränkt.

Zum einen habe er im April 2008, zusammen mit seiner Frau, einen Hund aus eigener Zucht gegen den Willen des Käufers zurückgeholt. Dafür sei er vom zuständigen Strafgericht mit Urteil vom 20. Februar 2009 der unrechtmässigen Aneignung schuldig erklärt und zu einer bedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen à Fr. 130.– sowie einer Busse von Fr. 260.– verurteilt worden. Im März 2012 habe er, erneut zusammen mit seiner Frau, einen weiteren Käufer dazu genötigt, eine Verzichtserklärung über zwei Hunde aus eigener Zucht zu unterzeichnen. Dafür sei er von der zuständigen Staatsanwältin mit Strafbefehl vom 28. Februar 2013 der Nötigung schuldig erklärt und zu 120 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt worden, wobei ihm der bedingte Strafvollzug verweigert worden sei. Dieser neuerliche Vorfall zeige, dass er nicht davor zurückschrecke und auch in Zukunft nicht davor zurückschrecken werde, illegales Terrain zu beschreiten und seine eigenen Regeln durchzusetzen, wenn er der Meinung sei, das Wohl der verkauften Hunde aus seiner Zucht stehe auf dem Spiel.

Zum anderen habe der Beschwerdeführer in der persönlichen Befragung eine gewisse Unzufriedenheit mit seiner Arbeitssituation ausgedrückt und Probleme mit dem Ressortleiter erwähnt. Ausserdem habe er erklärt, er mache sich Sorgen um die Sicherheit des KKM, und angegeben, er sei zu weiteren Schritten, etwa dem Gang an die Öffentlichkeit, bereit, sollten diese Sorgen akut werden. Mit den aktenkundigen Vorfällen betreffend die Hunde habe er bewiesen, dass er unüberlegte Massnahmen ergreife, wenn er sich Sorgen mache. Es sei deshalb nicht mit hinreichender Sicherheit auszuschliessen, dass er, sollten seine Sicherheitsbedenken dringend werden, auch an seinem Arbeitsplatz unüberlegte, impulsive oder gar illegale Verhaltensweisen zeigen werde, die die Sicherheit des KKM und somit der gesamten Eidgenossenschaft gefährden würden.

3.2 Das Bundesverwaltungsgericht liess die Frage, inwiefern die beiden Vorfälle mit den Hunden für die Qualifizierung des Beschwerdeführers als Sicherheitsrisiko relevant sind, im Ergebnis offen. Es erwog, der Beschwerdeführer sei emotional sehr stark mit den von ihm gezüchteten Hunden verbunden. Dies bestreite er zu Recht nicht. Ebenso wenig stelle er in Abrede, dass er in der Befragung durch die Fachstelle ein illegales Vorgehen zur Beseitigung einer aus seiner Sicht mit dem Hundewohl nicht zu vereinbarenden Haltung nicht ausgeschlossen habe, falls ihm die Situation «weh tun würde». Dass die Fachstelle daraus ableite, weitere strafrechtlich relevante Vorfälle seien nicht auszuschliessen, sei nicht zu beanstanden. Zu berücksichtigen sei indessen auch, dass das zweite Strafverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen sei. Immerhin würden die dort zu beurteilenden Um-

stände nahe legen, dass der Beschwerdeführer nur begrenzt in der Lage sei, eine aus seiner Sicht mit dem Hundewohl nicht zu vereinbarende Haltung hinzunehmen, und zu deren Beseitigung in Kauf nehmen, sich dem Vorwurf strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens bzw. einer Strafuntersuchung auszusetzen.

Als entscheidend erachtete das Bundesverwaltungsgericht die Äusserungen des Beschwerdeführers über seine Arbeitssituation und die Möglichkeit, mit seinen Sorgen über die Sicherheit des KKM an die Öffentlichkeit zu gehen. Er habe in der persönlichen Befragung eine gewisse Unzufriedenheit mit seiner Arbeitssituation ausgedrückt und Probleme mit dem Ressortleiter erwähnt. Diese würden sich nach seiner Auffassung auf seine Loyalität gegenüber dem Ressortleiter auswirken, hätten aber auf seine tägliche Arbeit keinen negativen Einfluss. Ausserdem habe er erklärt, er mache sich Sorgen um die Sicherheit des KKM, und habe angegeben, er sei zu weiteren Schritten, etwa dem Gang an die Öffentlichkeit bereit, falls diese Sorgen akut werden sollten. Unter diesen Umständen erschienen seine Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit unabhängig davon, welche Bedeutung der bezüglich der Hundezucht bzw. Hundehaltung bestehenden Problematik in dieser Hinsicht zugesprochen werde, als eingeschränkt. Dies ergebe sich insbesondere aus seiner grundsätzlichen Bereitschaft, sich gegebenenfalls an die Öffentlichkeit zu wenden. Ein solcher Schritt wäre nicht nur ein massiver Vertrauensbruch gegenüber seiner Arbeitgeberin, sondern könnte auch verschiedene Gefahren für das KKM und allenfalls weitere Kernkraftwerke bzw. die nukleare Sicherheit zur Folge haben. Daran ändere nichts, dass ein solcher Schritt gerade aus Sorge um die Sicherheit des KKM erfolgen würde, seien doch die möglichen nachteiligen Folgen dieses Schritts vom Motiv dafür unabhängig. Keinen Unterschied mache weiter, dass der Beschwerdeführer in der Befragung angegeben habe, er werde vor einem solchen Schritt zunächst die weiteren Möglichkeiten ausschöpfen. Die grundsätzliche Bereitschaft zum Gang an die Öffentlichkeit auch bei einer von seiner Einschätzung allenfalls abweichenden internen Beurteilung der Sicherheitssituation und trotz der möglichen nachteiligen Folgen zeige klar, dass keine Gewähr (mehr) dafür bestehe, er werde das in ihn gesetzte Vertrauen nicht enttäuschen und seine Funktion loyal erfüllen. Dies gelte umso mehr, als aufgrund des Konflikts mit dem Ressortleiter seine Loyalität (zumindest) diesem gegenüber eingeschränkt sei und aus der Befragung sein Unbehagen mit der bestehenden Arbeitssituation sowie sein Wunsch, zumindest intern die Funktion zu wechseln, hervorgingen.

3.3 Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass fraglich ist, ob die beiden Vorfälle mit den Hunden für sich allein besehen ausreichen würden, um den Beschwerdeführer als Sicherheitsrisiko zu qualifizieren. Es handelt sich nicht um schwerwiegende Taten bzw. Tatvorwürfe, und beide liegen schon einige Zeit zurück. Freilich sind es auch keine Bagatellen. Die Vorfälle bringen zum einen eine ausgeprägte Selbstherrlichkeit des Beschwerdeführers bei der Einschätzung gewisser ihn persönlich betreffender Situationen zum

Ausdruck. Auch offenbaren sie eine Bereitschaft zum Einsatz unerlaubter Mittel: Gemäss dem angefochtenen Entscheid hat der Beschwerdeführer selbst ein illegales Vorgehen nicht ausgeschlossen, wenn er die Haltung eines Tiers als nicht mehr tolerierbar einschätze. Für die hier vorzunehmende Sicherheitsbeurteilung erscheinen sie insofern als durchaus relevant.

Im Zusammenhang mit den Aussagen des Beschwerdeführers zu seiner Arbeitssituation entstehen vor diesem Hintergrund ernsthafte Zweifel an seiner Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit. Anlässlich der Befragung durch die Fachstelle gab er an, er würde an die Öffentlichkeit gelangen, wenn er zur Überzeugung käme, dass die Sicherheit gefährdet sei. Zwar kann es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, als Mitglied einer Organisation auf Fehler und Missstände öffentlich aufmerksam zu machen (sogenanntes «Whistleblowing»; siehe YVO HANGARTNER, Whistleblowing in der öffentlichen Verwaltung, in: Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, 2012, S. 119 ff.). Dies erfordert jedoch zwingend, dass der Betroffene, soweit geeignet und zumutbar, zunächst alternative Anlaufstellen angeht. Dabei kann es sich um solche innerhalb der Organisation wie auch um externe (hier insbesondere das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI) handeln. Der Gang an die Öffentlichkeit kommt sowohl unter personal- als auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nur als ultima ratio in Betracht, das heisst, wenn die genannten Alternativen ausgeschöpft worden sind (Urteil 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 4.2 mit Hinweisen; HANGARTNER, a.a.O., S. 129).

Die Relativierungen, die der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht auf Nachfrage der Vertreter der Fachstelle zu seiner Aussage abgab, sind ambivalent. So erklärte er, die Sicherheit sei nicht «akut» gefährdet und er sei «im Moment» nicht bereit, so weit zu gehen. Der nächste Schritt wäre «eher» das persönliche Gespräch mit Personen in der Leitung der BKW. Eine klarere Stellungnahme ist auch der Beschwerdeschrift im vorliegenden Verfahren nicht zu entnehmen. Der Beschwerdeführer beteuert darin seine Loyalität und Zuverlässigkeit und ist der Auffassung, dass er während über 20 Jahren nie Grund zu Beanstandungen gegeben habe. Zudem sei er in der Zwischenzeit beim ENSI vorstellig geworden und habe diesem jene Fakten vorgelegt, welche seiner Ansicht nach die Sicherheit des KKM und der Bevölkerung beeinträchtigten. Dass er bereit wäre, an die Öffentlichkeit zu gehen, etwa wenn seine eigene Beurteilung der Sicherheitslage von jener seiner Vorgesetzten abweicht, bestreitet er nicht. Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass ein derartiger Schritt für die Sicherheit des KKM und allenfalls auch für weitere Kernkraftwerke nachteilig sein könnte. Hierzu äussert sich der Beschwerdeführer nicht.

3.4 Das problematische Verhalten des Beschwerdeführers im Rahmen der Vorfälle mit seinen Hunden und die Zweifel an seiner Bereitschaft, vor einem Gang an die Öffentlichkeit seine Sicherheitsbedenken bei einer geeigneten Stelle zu deponieren, lassen zusammen genommen den Beschwerdeführer in der Funktion als Betriebswache als Sicherheitsrisiko erscheinen.

Die vorinstanzliche Einschätzung verletzt deshalb kein Bundesrecht. Was der Beschwerdeführer dagegen weiter vorbringt, ist nicht stichhaltig. So spielt nach dem Ausgeführten insbesondere keine Rolle, ob seine Arbeit in der Vergangenheit zu Beanstandungen Anlass gab oder nicht. Dasselbe gilt für seine Beteuerungen, wohl mit seinem Ressortleiter unzufrieden zu sein, nicht aber mit seinem Arbeitsplatz.

4.

Nach dem Ausgeführten ist die Beschwerde abzuweisen.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 29 septembre 2015, Doss.-No 4A_228/2015
(Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le
5 mars 2015 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du
canton de Genève)*

Art. 337 CO. Les infractions que le travailleur perpètre à l'occasion de son travail, telles qu'un vol commis au préjudice de l'employeur, d'autres collaborateurs ou de clients, constituent des motifs classiques de résiliation immédiate. Néanmoins, et comme pour d'autres motifs de licenciement abrupt, cette mesure extrême suppose que la continuation des rapports de travail soit inexigible de l'employeur. La valeur de la chose volée par le travailleur n'est pas un élément d'appréciation pertinent au regard de l'art. 337 CO, cela parce que même le vol d'une chose peu importante (en l'espèce, une bouteille de vin de peu de valeur) est de nature à détruire le rapport de confiance nécessaire aux relations de travail. La durée de l'emploi du travailleur avant un pareil événement, même longue, n'y change rien (c. 5).

Extraits des faits:

Le 18 juin 2001, Z. est entré au service de la fondation X. en qualité d'employé polyvalent dans un restaurant d'entreprise que l'employeuse exploite à Genève. Au cours des années, l'employé a reçu plusieurs avertissements de l'employeuse: le 19 mai 2003, par suite d'arrivées tardives et d'absences injustifiées; le 1^{er} décembre 2011, pour avoir consommé de l'alcool sur le lieu de travail, et le 8 juin 2012, en raison d'arrivées tardives et d'une tenue incorrecte. Le 5 novembre 2011, l'employeuse lui a adressé un «témoignage de reconnaissance» pour le remercier de sa fidélité et de son engagement durant dix ans. Le 24 octobre 2012, alors qu'il s'apprêtait à quitter son lieu de travail, son chef l'a surpris en possession d'une bouteille de vin provenant du stock du restaurant, grossièrement dissimulée dans son sac. Le 26 du même mois, en conséquence de cet événement, l'employeuse l'a licencié avec effet immédiat. L'employé percevait un salaire mensuel brut de 3700 fr., dû treize fois par an. L'employeuse a remis un certificat de travail

révélant que l'employé avait adopté «un comportement propre à rompre la confiance qu'implique les rapports de travail».

Le 12 mars 2013, Z. a ouvert action contre X. devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève. La défenderesse devait être condamnée à payer 7400 fr. à titre de salaire brut durant le délai de congé et 22'200 fr. à titre d'indemnité nette, soit 29'600 fr. au total. De plus, la défenderesse devait être condamnée à remettre un certificat de travail sans indication du motif du licenciement. Le tribunal s'est prononcé le 2 juin 2014. Accueillant partiellement l'action en paiement, il a condamné la défenderesse à payer 7400 fr. à titre de salaire soumis aux déductions sociales et 7400 fr. à titre d'indemnité nette. Le tribunal a en outre accueilli les conclusions tendant à la remise d'un certificat modifié. Selon son jugement, la défenderesse n'a pas apporté la preuve du vol allégué par elle. La Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a statué le 5 mars 2015. Elle a réduit l'indemnité nette à 3700 fr.; pour le surplus, elle a confirmé le jugement. La Cour retient que la défenderesse a apporté la preuve d'une tentative de vol portant sur une bouteille de vin; elle invalide, sur ce point, l'appréciation des premiers juges. Au stade de l'application du droit, la Cour retient que le vol d'une bouteille de vin « de faible valeur », après onze années de collaboration sans incident du même genre, n'est pas suffisamment grave pour justifier un licenciement abrupt. En considération de la faute commise par le demandeur, l'indemnité est réduite à un mois de salaire. Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de rejeter intégralement l'action.

Extraits des considérants:

5.

Les infractions que le travailleur perpètre à l'occasion de son travail, telles qu'un vol commis au préjudice de l'employeur, d'autres collaborateurs ou de clients, constituent des motifs classiques de résiliation immédiate (RÉMY WYLER et BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd., 2014, p. 579; FRANCK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, 4^e éd., 2014, p. 346 n° 158; ULLIN STREIFF ET AL., *Arbeitsvertrag*, 7^e éd., 2012, p. 1101, n° 5 ad art. 337 CO; cf. ATF 130 III 28 consid. 4.2 et 4.3 p. 32). Néanmoins, et comme pour d'autres motifs de licenciement abrupt, cette mesure extrême suppose que la continuation des rapports de travail soit inexigible de l'employeur (VISCHER, *ibid.*; STREIFF et al., *ibid.*).

En l'espèce, la Cour de justice ne reconnaît pas un juste motif de licenciement abrupt du demandeur. Elle fonde son appréciation sur la «faible valeur» de la bouteille de vin volée par celui-ci et sur la longue collaboration des parties, exempte d'incidents du même genre.

La «faible valeur» de la bouteille est implicitement admise, faute de contestation, et la défenderesse n'est pas parvenue à apporter la preuve d'un précédent vol.

Avec raison, néanmoins, cette partie fait valoir que la valeur de la chose volée par le travailleur n'est pas un élément d'appréciation pertinent au regard de l'art. 337 CO, cela parce que même le vol d'une chose peu importante (STREIFF ET AL., op.cit., p. 1102 i.f.) est de nature à détruire le rapport de confiance nécessaire aux relations de travail. La durée de l'emploi du travailleur avant un pareil événement, même longue, n'y change rien. Il s'ensuit que la défenderesse est fondée à se plaindre d'une décision incompatible avec cette disposition. Le demandeur invoque vainement, dans sa réponse au recours, un précédent où le vol d'une marchandise valant près de 60 fr. a été jugé insuffisamment grave par un tribunal du premier degré (JAR 2005 p. 496 et ss). Le demandeur invoque aussi inutilement le pouvoir d'appréciation reconnu à la juridiction cantonale, parce que, précisément, la Cour de justice en a méconnu les limites.

6.

La véridicité et la pertinence du motif de résiliation immédiate sont ainsi établies, de sorte que le demandeur n'a pas droit aux prestations en argent prévues par l'art. 337c al. 1 et 3 CO. Ce plaideur ne met pas en doute que dans cette situation, le certificat de travail établi par son employeuse puisse valablement, au regard de la jurisprudence relative à l'art. 330a al. 1 CO (ATF 136 III 510 consid. 4.1 p. 511), mentionner «un comportement propre à rompre la confiance qu'implique les rapports de travail». Ce point n'étant pas litigieux, le recours en matière civile doit être intégralement admis, selon les conclusions de la défenderesse.

Tribunal fédéral, Arrêt du 13 octobre 2015, Doss.-No 4A_331/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 26 mai 2015)

Art. 127 CO. La prescription atteint le droit d'action lié aux créances et non le rapport d'obligations dans son ensemble. Dès lors, les diverses prétentions découlant d'un rapport de droit se prescrivent en principe séparément (c. 3.1).

Il en va ainsi en l'espèce des créances de salaire et d'indemnité de fin des rapports contractuels. En effet, si elles peuvent trouver leur fondement dans le même contrat, ces créances, totalement indépendantes l'une de l'autre, reposent chacune sur des critères qui leur sont propres (c. 3.2.1).

Extraits des faits:

Dès 1992, A. (ci-après: l'employé) a travaillé, à Genève, pour le compte de X. Communications Ltd, société-mère ... active dans l'élaboration et la distribution de produits informatiques et détenant notamment une filiale en Suisse, A.X. Communications SA (devenue en 2001 B.X. SA, reprise en

2009, par contrat de fusion, par B. SA). En juin 1998, l'employé a été engagé comme consultant par la filiale suisse. Son salaire était de 20'666 fr. 67 par mois, plus un montant mensuel égal s'il atteignait le résultat commercial attendu. Une indemnité de résiliation était également prévue. Le 11 novembre 1998, l'employé s'est déclaré ravi de rejoindre la filiale suisse avec effet dès le 1^{er} janvier 1999. Un nouveau contrat a été établi et signé par les parties. Selon ce contrat, l'employé s'engageait à travailler, en qualité de responsable des services de vente et marketing pour les pays d'Europe, 40 heures par semaine. Son salaire était de 300'000 fr. brut par an, plus une commission de 250'000 fr. brut, en fonction des objectifs atteints, ainsi qu'un bonus annuel de 100'000 fr. brut lié aux résultats de l'entreprise et de l'employé, de même qu'une allocation de frais d'automobile de 2500 fr. par mois. Ce contrat prévoyait le droit à une indemnité de licenciement de six mois, avec une «indemnisation pleine cible» (full target compensation), si l'entreprise n'avait plus besoin de ses services.

La filiale a versé à l'employé le montant total de 431'311 fr. 35 pour la période de janvier à septembre 1999, soit une moyenne de 47'923 fr.50 par mois, pour «services rendus». Par courrier du 13 août 1999, la société-mère a confirmé avoir engagé l'employé, à partir du 1^{er} octobre 1999, en tant que «senior Vice President business development and international sales». Sa rétribution était de 250'000 dollars ... par an brut, plus une commission annuelle de 250'000 dollars ... pour des objectifs atteints à 100%.

Par lettre du 9 janvier 2001, le directeur général de la société-mère a confirmé par lettre à l'employé que son emploi auprès de la société-mère avait pris fin. Les conditions du licenciement (dont on ignore les raisons) comprenaient notamment le versement de 400'000 dollars ... et les parties renonçaient à toute prétention, indemnité ou action du fait de la relation de travail. La filiale suisse soutient que cette «convention de rupture», contresignée par l'employé, équivaut à un règlement pour solde de tous comptes englobant toutes les sociétés du groupe et que son ex-employé n'a plus aucune prétention à son égard. Il a été établi que le contrat entre l'employé et la filiale suisse a perduré au-delà du 1^{er} octobre 1999. L'employé soutient que «la résiliation de son contrat suisse», lui a été signifiée oralement en janvier 2001, sans que les parties ne s'entendent sur les indemnités dues.

Par courrier du 8 juillet 2001, l'employé a écrit à la filiale suisse qu'il réclamait, du fait de la résiliation de son contrat, une indemnité de six mois de rétribution, en application du contrat du 1^{er} juin 1998, soit l'équivalent de 394'383 fr. Il a confirmé ses prétentions le 24 août 2001, en se réservant d'exiger le paiement de deux millions de francs (en tenant compte de la rémunération sous forme de titres), sauf versement du premier montant dans les dix jours.

Plusieurs poursuites ont ensuite été notifiées. Le 1^{er} octobre 2002, l'employé a en particulier fait notifier à la filiale un commandement de payer portant sur les indemnités de départ «selon le consulting agreement du 1^{er} juin 1998» correspondant d'une part à 394 383 fr. en espèces, et, d'autre

part, à 1'667'822 fr.40, selon le plan de participation par action. La filiale a formé opposition.

Le 9 juillet 2008, l'employé a fait notifier à la filiale un commandement de payer d'un montant de 501'637 fr., fondé sur le «contrat du 1^{er} juin 1998», lequel a été frappé d'opposition totale. Il a requis la mainlevée de l'opposition. Par décision du 16 juillet 2009, la présidente du Tribunal civil du district de La Chaux-de-Fonds a accordé la mainlevée provisoire, à hauteur de 200'225 fr.80, dont 129'000 fr. à titre d'indemnité de résiliation. Le recours en cassation formé par B. SA (qui avait succédé à la filiale dans l'intervalle) a été déclaré irrecevable.

Le 10 août 2009, B. SA a ouvert une action en libération de dette. Elle rappelle son interprétation de la convention de rupture du 9 janvier 2001 et nie toute obligation résiduelle envers l'employé. L'employé défendeur a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au paiement de 172'890 fr.20. Par jugement du 21 janvier 2014, le Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz a rejeté la demande principale et, admettant partiellement la demande reconventionnelle, condamné B. SA à verser à l'employé les montants de 114'774 fr.20 brut et 15'000 fr. net, intérêts en sus. Par arrêt du 26 mai 2015, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal civil a admis l'appel formé par B. SA, déclaré que les prétentions salariales de l'employé étaient prescrites et que ses prétentions en paiement d'une indemnité de résiliation étaient éteintes. Elle a dit en conséquence que B. SA ne doit pas à l'employé la somme de 200'225 fr.80 objet de la poursuite menée contre la société et elle a rejeté la demande reconventionnelle de l'employé. La cour cantonale a considéré que les créances de salaire et d'indemnité de fin des rapports contractuels («indemnisation pleine cible») se prescrivaient séparément, que la poursuite notifiée le 1^{er} octobre 2002 ne visait pas la première créance (salaire) et que celle-ci était donc prescrite au 1^{er} avril 2006. Elle a également jugé que la convention de rupture du 9 janvier 2001, qui comporte le paiement d'une somme forfaitaire de 400'000 dollars ..., couvrait l'activité exercée par l'employé pour la filiale suisse et qu'il ne saurait prétendre aujourd'hui encore à une indemnité de ce chef.

L'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 26 mai 2015. La société intimée (ci-après également, par simplification: la filiale) conclut à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet, du recours.

Extraits des considérants:

3.

Dans un deuxième moyen, le recourant conteste le raisonnement de la cour cantonale s'agissant de la prescription. Selon lui, le commandement de payer notifié le 1^{er} octobre 2002 à l'employeur a interrompu la prescription pour toutes les créances découlant de la fin des rapports de travail, soit aussi

bien celle relative au salaire de l'employé que celle ayant trait à l'indemnité de départ.

3.1 La prescription atteint les créances (plus précisément: le droit d'action lié aux créances) et non le rapport d'obligations dans son ensemble (cf. art. 127 ss CO). Il est dès lors de jurisprudence que les diverses prétentions découlant d'un rapport de droit se prescrivent en principe séparément (ATF 133 III 675 consid. 2.2 p. 679).

Une exception existe toutefois lorsque les divers chefs de réclamation, bien que distincts, ont un rapport étroit entre eux (ATF 133 III 675 *ibidem*). On est en présence d'un tel rapport lorsqu'il existe une certaine interdépendance entre les prétentions en cause, en particulier lorsque les diverses prétentions ne peuvent être exigées qu'alternativement, et non cumulativement (cf. ATF 96 II 181 consid. 3b p. 184; PASCAL PICHONNAZ, Commentaire romand, Code des obligations I, no 28 ad art. 135 CO).

3.2 Il ressort en l'espèce du libellé de la poursuite notifiée le 1^{er} octobre 2002 que l'employé visait explicitement les indemnités de départ (selon le consulting agreement du 1^{er} juin 1998).

3.2.1 En l'occurrence, les créances de salaire et d'indemnité de fin des rapports contractuels peuvent être exigées cumulativement. Si elles peuvent trouver leur fondement dans le même contrat, ces créances, totalement indépendantes l'une de l'autre, reposent chacune sur des critères qui leur sont propres: le salaire rémunère nécessairement la prestation fournie par l'employé (cf. art. 319 CO) et la créance y relative dépend de la durée pendant laquelle l'employé a exécuté (personnellement) sa prestation de services; quant au droit à l'indemnité de départ, qui n'est pas un des éléments essentiels du contrat de travail, il dépend de la résiliation du contrat par l'employeur. Force est dès lors de constater qu'il n'existe aucun rapport étroit entre les deux chefs de réclamation.

C'est à bon droit que la cour cantonale a fait prévaloir le principe d'indépendance en l'espèce et qu'elle a retenu qu'au vu de son libellé, le commandement de payer notifié le 1^{er} octobre 2002 ne portait pas sur les prétentions salariales.

3.2.2 C'est en vain que le recourant se réfère à l'ATF 121 III 18 selon lequel, pour autant que la cause de la créance soit reconnaissable pour le poursuivi en raison de l'ensemble des circonstances, l'énonciation même succincte de la cause de l'obligation est suffisante.

Il résulte des constatations cantonales, qui lient le Tribunal fédéral, que la poursuite notifiée le 1^{er} octobre 2002 portait sur les indemnités de départ «selon le consulting agreement du 1^{er} juin 1998». Le libellé ne mentionne pas, même de façon succincte, une cause susceptible d'englober les prétentions salariales de l'employé, mais il évoque une autre cause, soit des «indemnités de départ», qui ne couvrent pas les prétentions ici litigieuses.

3.2.3 Enfin, lorsque l'employé revient à la charge en soutenant que, pour avoir échangé une correspondance soutenue à ce sujet, l'employeur connaissait parfaitement ses prétentions, il procède à une affirmation pure-

ment appellatoire, sans reprendre, dans son mémoire de recours, le contenu de cette correspondance, et sans expliquer, en démontrant l'incidence sur le sort de la cause, en quoi la cour cantonale aurait commis l'arbitraire en omettant de constater que l'employeur connaissait toutes les prétentions de l'employé. La critique n'est dès lors pas recevable.

Le grief, pour autant que recevable, doit être déclaré mal fondé.

Bundesgericht, Urteil vom 2. November 2015, Doss.-Nr. 4A_395/2015 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zug vom 16. Juni 2015)

Fristlose Entlassung, Art. 337 OR; Stempeluhrmanipulation. Eine Stempeluhrmanipulation ist ein schwerwiegender Verstoß gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Die Vorinstanz sah es als erwiesen an, dass die Arbeitnehmerin an drei Tagen zwischen 16.00 und 17.00 Uhr den Arbeitsplatz ohne Ausstempeln verliess. Sie manipulierte die Zeiterfassung, sei es, dass sie ihren Badge einer anderen Person zum Ausstempeln überliess oder dass sie nach dem frühen Nachhausegehen (ohne Ausstempeln) nochmals zum Ausstempeln zurückkam. Aufgrund des Treuebruchs war die fristlose Entlassung gerechtfertigt (E. 3.6, 3.7).

Sachverhalt:

Die B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) bezweckt die Entwicklung, die Fabrikation und den Handel von und mit elektronischen Baugruppen und Software, die Übernahme und die Übergabe von Vertretungen, Patenten und Lizenzen. A. (Klägerin, Beschwerdeführerin) war seit dem 1. August 2012 bei der Beklagten als Mitarbeiterin in der Produktion angestellt. Am 21. Mai 2013 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin «fristlos und mit sofortiger Wirkung». In der Folge entstand zwischen den Parteien ein Streit über die Ansprüche der Klägerin aus dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten.

Mit Klage vom 5. Dezember 2013 beim Kantonsgericht Zug beantragte die Klägerin, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 30 000.– zu bezahlen. Das Kantonsgericht (Einzelrichter) führte mehrere Zeugeneinvernahmen durch und befragte die Klägerin und den VR-Präsidenten bzw. CEO der Beklagten als Parteien. Mit Entscheid vom 3. Oktober 2014 wies es die Klage ab und verpflichtete die Klägerin, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 11 124.– zu bezahlen. Das Obergericht des Kantons Zug schützte die dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 16. Juni 2015 teilweise. Es reduzierte die Parteientschädigung auf Fr. 7414.20. Im Übrigen wies es die Berufung ab. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, das Urteil des

Obergerichts des Kantons Zug vom 16. Juni 2015 sei kostenfällig aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr einen Betrag von Fr. 30 000.– zu bezahlen.

Aus den Erwägungen:

3.

Strittig ist insbesondere, ob die fristlose Entlassung vom 21. Mai 2013 gerechtfertigt war. Das Obergericht ging mit dem Kantonsgericht davon aus, die Beschwerdeführerin habe am 12. und 23. April 2013 sowie am 6. Mai 2013 das Zeiterfassungssystem der Beklagten manipuliert. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin an den genannten Daten gemäss dem Originalprotokoll des Zeiterfassungssystems der Beschwerdegegnerin um 20.41 bzw. 20.34 bzw. 20.15 Uhr «ausgestempelt». Dabei habe es sich um Originalbuchungen gehandelt, das heisst mit dem (einzigen) Badge der Beschwerdeführerin zu diesen Zeiten am Terminal erfasste Zeiten. Aufgrund der Zeugen- und Parteiaussagen sei davon auszugehen, dass die Angestellten der Beschwerdegegnerin nach jedem vergessenen Ausstempeln ein Meldeblatt auszufüllen und abzugeben hatten. Ohne Stempelung am Arbeitstag sei am folgenden Tag eine Fehlermeldung erschienen, wenn sich eine Person beim Zeiterfassungssystem anmelden wollte. Die Vorinstanz schloss daher mit dem Kantonsgericht ein bloss vergessenes Ausstempeln aus. Das Kantonsgericht habe sodann auch davon ausgehen dürfen, dass das Zeiterfassungssystem der Beschwerdegegnerin nicht fehlerhaft war, da es seit Jahren offenbar fehlerfrei funktioniert habe und auch im fraglichen Zeitraum keine anderen «falschen» Zeiterfassungen bekannt geworden seien. Im Zusammenhang mit der Abrechnung des Zeitguthabens stellte die Vorinstanz sodann fest, die Beschwerdeführerin selber habe zugegeben, dass sie an diesen drei Tagen «das Ausstempeln wahrscheinlich vergessen» habe und davon ausgegangen werden könne, dass sie an diesen drei Tagen zwischen 16.00 und 17.00 Uhr nach Hause gegangen sei. Sie schützte daher die Auffassung des Kantonsgerichts, wonach aufgrund all dieser Umstände erwiesen sei, dass die Beschwerdeführerin die Zeiterfassung manipuliert habe; sei es, dass sie ihren Badge einer andern Person zum Ausstempeln überlassen habe oder dass sie nach dem frühen Nachhausegehen (ohne Ausstempeln) nochmals zum Ausstempeln zurückgekommen sei. Diese Manipulationen seien eine besonders schwere Verfehlung und folglich ein wichtiger Grund, der die fristlose Entlassung rechtfertige. Was die Beschwerdeführerin gegen diese Beurteilung vorbringt, ist nicht geeignet, diese als rechtsfehlerhaft erscheinen zu lassen.

3.1 Sie rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV), weil die von ihr offerierte Zeugin C. zufolge deren Ferienabwesenheit nicht einvernommen worden sei. Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin lege nicht dar, inwieweit die Befragung dieser Zeugin zu neuen Erkenntnissen hätte führen können. Vielmehr belege die Beschwerdegegne-

rin, dass aufgrund der Zeiterfassungsprotokolle ausgeschlossen werden könne, dass C. die Anwesenheit der Klägerin zu den fraglichen Zeiten, d.h. am 12. und 23. April 2013 sowie am 6. Mai 2013, bestätigen könnte. Auf diese Begründung geht die Beschwerdeführerin nicht ein. Es liegt daher eine ungenügend begründete Rüge vor, auf die nicht eingetreten werden kann.

Im Übrigen ist die Argumentation der Beschwerdeführerin widersprüchlich. Sie hat nach den für das Bundesgericht massgeblichen Feststellungen der Vorinstanz zwar für die Tage vom 21. und 27. März sowie vom 2. und 3. April 2013 geltend gemacht, dass sie tatsächlich länger gearbeitet hat und daher die vom Zeiterfassungssystem ausgewiesenen späteren Ausstempelzeiten von 19.54 bzw. 19.36 bzw. 20.07 bzw. 19.23 Uhr zutreffen. Diese Ausführungen erfolgten im Zusammenhang mit dem Restanspruch aus dem Gleitzeitsaldo. Zu den für die fristlose Kündigung massgeblichen Tagen vom 12. und 23. April 2013 sowie vom 6. Mai 2013 hat sie dagegen nach den Feststellungen der Vorinstanz selber angegeben, es könne davon ausgegangen werden, dass sie an diesen Tagen zwischen 16.00 und 17.00 Uhr nach Hause gegangen sei und das Ausstempeln vergessen habe. Diese Feststellung ist zentral und dazu äussert sich die Beschwerdeführerin nicht. Hat sie aber nach eigenen Angaben nicht länger gearbeitet, ist unerfindlich, was die beantragte Zeugenaussage soll.

3.2 Die Beschwerdeführerin rügt vor allem eine willkürliche Beweiswürdigung und damit eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung. Sie behauptet überdies eine Verletzung von Art. 8 ZGB und Art. 152 Abs. 1 ZPO. Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht (vgl. Art. 152 ZPO; Urteile 4A_558/2014 vom 20. Mai 2015 E. 1.3 und 4A_56/2013 vom 4. April 2013 E. 4.4). Die allgemeine Beweisvorschrift ist daher insbesondere verletzt, wenn der kantonale Richter Behauptungen einer Partei, unbekümmert darum, dass sie von der Gegenpartei bestritten worden sind, als richtig hinnimmt, oder über rechtserhebliche Tatsachen überhaupt nicht Beweis führen lässt (BGE 133 III 295 E. 7.1 S. 299). Art. 8 ZGB wird auch verletzt, wenn der Richter taugliche und formgültig beantragte Beweise zu rechtserheblichen Tatsachen nicht abnimmt, obwohl er die Sachvorbringen dazu weder als erstellt noch als widerlegt erachtet. Wo der Richter dagegen in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung gelangt, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos und liegt Beweiswürdigung vor. Art. 8 ZGB schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis zu würdigen ist. Bundesrechtlich ist auch eine antizipierte Beweiswürdigung nicht ausgeschlossen (BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f.). Mithin gibt Art. 8 ZGB keinen Anspruch auf Weiterungen eines erfolgreichen Beweisverfahrens, weil die Bestimmung stets an den Begriff und die Folgen der Beweislosigkeit anknüpft.

Was die Beschwerdeführerin unter dem Titel einer Verletzung von Art. 8 ZGB und Art. 152 Abs. 1 ZPO vorbringt, erschöpft sich denn auch in der Rüge einer willkürlichen Beweiswürdigung.

3.3 Ein erster Rügekomplex betrifft die vom Zeiterfassungssystem für den 12. und 23. April 2013 sowie den 6. Mai 2013 ausgewiesenen Ausstempelzeiten um 20.41 bzw. 20.34 bzw. 20.15 Uhr.

3.3.1 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz ergeben sich die genannten Zeiten aus einer von der Beschwerdegegnerin eingereichten Tabelle, einem Printscreen der von der Beschwerdegegnerin geführten elektronischen Zeiterfassung. Die Beschwerdeführerin habe bereits vor Kantonsgericht und erneut im Berufungsverfahren die Originalkonformität dieses Dokumentes bestritten mit dem Hinweis, eine solche Excel-Tabelle könne jedermann erstellen. Die Vorinstanz erachtete diese Bestreitung als derart allgemein, dass sie den Anforderungen von Art. 178 ZPO nicht genüge. Die Beschwerdeführerin vermöge nicht darzulegen, aus welchen Gründen das Dokument nicht echt sein soll. Vielmehr seien die ebenfalls eingereichten und unbestrittenen Mitarbeiterprotokolle der Beschwerdeführerin, welche die gleichen Zeiten enthielten, ein starkes Indiz für die Echtheit des Printscreens. Das ist nicht zu beanstanden und die Beschwerdeführerin erhebt diesbezüglich auch keine genügende Rüge. Sie wiederholt lediglich ihren Einwand, dass es um technische Vorgänge gehe. Daraus will sie offenbar ableiten, dass eine unsubanzierte Bestreitung genüge. Mit keinem Wort geht sie auf die Feststellung der Vorinstanz ein, dass die sogenannten Mitarbeiterprotokolle unbestritten seien und diese die gleichen Zeiten enthielten wie der Printscreen. Auf die Rüge ist daher nicht einzutreten.

3.3.2 Aus der Tatsache, dass der Printscreen die elektronisch erfassten Daten korrekt wiedergibt, folgt aber nicht ohne weiteres, was die Vorinstanz am Schluss ihrer soeben wiedergegebenen Ausführungen zusammenfasst, nämlich: «Mit dem Printscreen wird belegt, dass die auf dem Mitarbeiterprotokoll ausgewiesene Zeit der tatsächlichen Ausstempelzeit mit dem Badge der Klägerin entspricht». Diese Aussage trifft nur zu, wenn nicht davon auszugehen ist, dass das Zeiterfassungssystem fehlerhaft war oder auf Seiten der Beschwerdeführerin im elektronischen Erfassungssystem selber eine Manipulation vorgenommen wurde. Beides wird von der Beschwerdeführerin geltend gemacht.

3.3.2.1 Die Vorinstanz schloss mit dem Kantonsgericht ein blosses Vergessen des Ausstempels aus, weil der Printscreen Ausstempelzeiten ausweise und solche nur durch das Hinhalten des Badges ausgelöst werden konnten, jedoch nicht durch eine Manipulation im System selber seitens der Arbeitgeberin. Sie stützte sich dabei namentlich auf die Zeugenaussagen von D. sowie die Parteiaussage von E. zur technischen Funktionsweise des Zeiterfassungssystems. Die Beschwerdeführerin rügt, es sei eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung, diesbezüglich lediglich auf die Aussagen von der Beschwerdegegnerin nahestehenden Personen abzustellen. Sie habe zu allen technischen Fragen ein Gutachten verlangt. Das In-

teresse einer zeugnispflichtigen Person am Streitausgang schliesst ihre Teilnahme als Zeuge nicht aus. Allfälligen besonderen persönlichen Verhältnissen ist vielmehr im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen (Urteil 4A_181/2012 vom 10. September 2012 E. 3), wobei auch von Bedeutung sein kann, zu welchen Tatsachen die Aussage erfolgt. Vorliegend ging es nicht um subjektive Wahrnehmungen, die nicht weiter hätten überprüft werden können. Vielmehr mussten sich die Einvernommenen bewusst sein, dass ihre Angaben zum objektiven Funktionieren des elektronischen Systems auch noch mittels eines entsprechenden Gutachtens hätten überprüft werden können. Deshalb und angesichts der Tatsache, dass die Aussagen ordnungsgemäss unter Strafandrohung erfolgten, durfte die Vorinstanz auf diese Aussagen abstellen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein elektronisches Zeiterfassungssystem, das aufgrund seiner Funktionsweise Manipulationen seitens des Arbeitgebers zulasten des Arbeitnehmers zuliesse, seinen grundsätzlichen Zweck verfehlen würde. Es ist nicht davon auszugehen, dass ein solches System auf dem Markt verkauft werden könnte. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Kantonsgericht – sinngemäss in antizipierter Beweiswürdigung – nicht noch zusätzlich ein Gutachten einholte. Unter diesen Umständen muss auf die Argumentation der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe erstinstanzlich kein Gutachten beantragt und das Gericht sei im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 ZPO nicht gehalten das Beweisverfahren beliebig auszudehnen, nicht weiter eingegangen werden.

3.3.2.2 Einen Funktionsfehler des Zeiterfassungssystems schloss die Vorinstanz sodann aus, weil das Zeiterfassungssystem offenbar seit Jahren fehlerfrei laufe und auch im fraglichen Zeitpunkt keine anderen «falschen» Zeiterfassungen bekannt gewesen seien. Sie stützte sich dabei auf die Aussagen der Zeugen D., F. und G., den Produktionsleiter der Beschwerdegegnerin. Der Zeuge D. führte dazu konkret aus, seine Arbeitgeberin, welche die Personalleitung auch für die Beschwerdegegnerin ausführe, verwende das System seit 2010 oder 2011 für 300 Mitarbeitende in drei Firmen. In dieser Zeit habe es nie eine Fehlermeldung gegeben. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Zeugin F. keine Aussage zur Fehlerlosigkeit des ganzen Systems gemacht bzw. aufgrund ihrer Stellung im Betrieb machen konnte, sondern nur bestätigt habe, bei ihr sei bisher kein Fehler aufgetaucht. Diesbezüglich hätten somit entgegen der Vorinstanz keine übereinstimmenden Zeugenaussagen vorgelegen und die Vorinstanz habe in willkürlicher Weise verkannt, dass ein Gutachten auch hinsichtlich dieser Frage notwendig gewesen wäre.

Auch diese Rüge ist unbehelflich. Die Vorinstanz hat entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Fehlerlosigkeit des Systems keine übereinstimmenden Zeugenaussagen angenommen. Angesichts der Hinweise namentlich des Zeugen D. und nachdem auch die Zeugin F. angab, bei der «Klägerin» sei nie ein Fehler aufgetaucht, konnte die Vorinstanz in Würdigung dieser Aussagen die Fehlerfreiheit willkürfrei bejahen.

3.3.3 Somit durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass die auf dem Printscreen enthaltenen Arbeitsendzeiten mit dem Badge der Beschwerdeführerin erfasst wurden.

3.4 Demzufolge ist von Bedeutung, ob nur ein Badge existierte, wie die Vorinstanz annahm, oder allenfalls ein zweiter, wie die Beschwerdeführerin geltend macht. In diesem Zusammenhang rügt sie als willkürlich die Würdigung der Zeugenaussage von F. bzw. die entsprechende Sachverhaltsfeststellung. Diese Zeugin habe lediglich «vermutet», dass nur eine Stempelkarte pro Mitarbeiter existiere. Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil stützte das Kantonsgericht seinen Schluss, dass nur ein Badge pro Mitarbeiter existiere, «auf die übereinstimmenden Aussagen» der Zeugen D., G. und F. Auch wenn die Zeugen D. und G. der Beschwerdegegnerin nahe stehen, ist es nicht willkürlich, aus allen drei Aussagen zu schliessen, es bestehe nur ein Badge pro Mitarbeiter. Dies umso mehr, als die Zeugin F. an der von der Beschwerdeführerin erwähnten Stelle ihrer Aussage einerseits bestätigte, dass sie selber nur einen Badge habe, und andererseits darauf hinwies, dass sie – als ihr Schlüssel einmal nicht funktioniert habe – ihre Zeiten habe von Hand aufschreiben müssen und sie daher davon ausgehe, dass nur ein Schlüssel pro Mitarbeiter existiere.

3.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz rechtsfehlerfrei eine Manipulation des Zeiterfassungssystems durch die Beschwerdeführerin an den drei erwähnten Tagen als erwiesen erachten durfte. Offensichtlich unbehelflich sind daher auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur sogenannten Verdachtskündigung. Von einer solchen kann man nur sprechen, wenn eine Kündigung aufgrund eines ursprünglichen, berechtigten Verdachts auf ein vertragswidriges oder sogar strafbares Verhalten erfolgt, dieser Verdacht sich im Nachhinein aber als nicht begründet erweist.

3.6 Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR).

Über das Vorhandensein eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR). Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht bei Beschwerden in Zivilsachen grundsätzlich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen. Ausserdem greift das Bundesgericht in Ermessensentscheide ein, falls sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 32; 129 III 380 E. 2 S. 382; je mit weiteren Hinweisen).

Eine Stempeluhrmanipulation ist ein schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Urteil 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.5). Die Vorinstanz ging sodann zu Recht davon aus, dass es vorliegend keine Umstände gibt, die – anders als im zitierten Urteil – die Schwere der Treuwidrigkeit entscheidend zu relativieren vermögen. Sie berücksichtigte zutreffend als massgebliche Gesichtspunkte, dass das Arbeitsverhältnis nur gerade knapp zehn Monate gedauert hatte, dass die Manipulation wiederholt vorkam und der Beschwerdeführerin auch bekannt sein musste, dass keine Manipulationen toleriert würden. Wenn die Beschwerdeführerin entgegenhält, es habe sich nur um einen Bagatellbetrag gehandelt, verkennt sie, dass entscheidend nicht die Höhe des Schadens, sondern der damit verbundene Treuebruch ist. Das Bundesgericht hat daher in einem kürzlich ergangenen Entscheid auch den Diebstahl einer Flasche Wein durch einen Restaurantangestellten als wichtigen Grund qualifiziert (Urteil 4A_228/2015 vom 29. September 2015 E. 5). Der Vorinstanz ist somit keine Ermessensüberschreitung vorzuwerfen.

3.7 Die fristlose Entlassung vom 21. Mai 2013 war somit gerechtfertigt. Damit sind die Anträge der Beschwerdeführerin auf Lohn und Entschädigung nach der fristlosen Entlassung abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 11. November 2015, Doss.-Nr. 4F_15/2014 (Aufhebung des Urteils des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_249/2010 vom 16. November 2010), in: BGE 142 I 42

Art. 122 lit. b BGG; Revision wegen Verletzung der EMRK. Auslegung von Art. 122 lit. b BGG: Eine Revision ist (auch) zulässig, wenn zwar materielle Interessen zur Diskussion stehen, der EGMR aber nach Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten die beantragte Entschädigung nach Art. 41 EMRK nicht inhaltlich prüft, sondern sie ohne nähere Begründung «unter Verneinung der Kausalität» ablehnt (E. 2.2).

Art. 122 let. b LTF; révision pour violation de la CEDH. Interprétation de l'art. 122 let. b LTF: une révision est (aussi) admissible lorsque des intérêts matériels sont en cause et que la CourEDH, après avoir constaté la violation de droits procéduraux, n'examine pas la demande d'indemnité à l'aune de l'art. 41 CEDH, mais la rejette sans autre motivation que «l'absence de causalité» (consid. 2.2).

Sachverhalt:

A.

D.A. arbeitete seit Beginn der Lehre 1962 bei der E., später bei deren Rechtsnachfolgerinnen (heute: C. AG; Beklagte, Gesuchsgegnerin). Anfang

2004 wurde bei ihm ein malignes Pleuramesotheliom (Brustfellkrebs) diagnostiziert, das am 10. November 2005 zu seinem Tod führte.

B.

Am 25. Oktober 2005 hatte D.A. beim Arbeitsgericht Baden Teilklage eingereicht mit dem Antrag, die C. AG sei zur Zahlung von Fr. 212 906.– nebst Zins als Schadenersatz und Genugtuung zu verurteilen, da die Erkrankung durch Asbestexposition am Arbeitsplatz verursacht worden sei. Nach seinem Tod traten seine beiden Töchter A.A. und B.A. (Klägerinnen, Gesuchstellerinnen) in den Prozess ein. Das Arbeitsgericht Baden wies die Klage mit Urteil vom 27. Februar 2009 ab. Es hielt u.a. fest, allfällige vor dem 25. Oktober 1995 entstandene Ansprüche seien verjährt. Die dagegen von den Klägerinnen erhobene Appellation wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 2. März 2010 ab. Auch das Obergericht erachtete sämtliche Ansprüche gestützt auf Handlungen, welche die Beklagte vor dem 25. Oktober 1995 (d.h. mehr als 10 Jahre vor der Klageeinreichung als erste Verjährungsunterbrechung) begangen haben soll, als verjährt. Das Bundesgericht kam mit Urteil 4A_249/2010 vom 16. November 2010 (BGE 137 III 16) zum selben Schluss.

Daraufhin gelangten die Klägerinnen an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR). Dort war bereits ein durch die Witwe F.A. initiiertes Verfahren hängig; das Bundesgericht hatte in einem separaten Verfahren auch eine durch sie erhobene Beschwerde wegen Verwirkung der Ansprüche bzw. nicht nachgewiesener Asbestexposition im Zeitraum ab dem 14. November 1995 (zehn Jahre vor Einreichung ihres Begehrens) mit Urteil 8C_470/2009 vom 29. Januar 2010 (BGE 136 II 187) abgewiesen. Der EGMR vereinigte die beiden Verfahren und stellte mit Urteil Nr. 52067/10 und 41072/11 vom 11. März 2014 eine Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950 (EMRK) fest. Den von den Gesuchstellerinnen geltend gemachten Schadenersatzanspruch von Fr. 200 579.– nebst Zins wies der EGMR wegen fehlender Kausalität der EMRK-Verletzung zum Schaden ab. Eine Verweisung der Rechtssache an die Grosse Kammer wurde nicht beantragt.

C.

Mit Revisionsgesuch vom 30. Juni 2014 beantragen die Klägerinnen dem Bundesgericht, es sei das Urteil 4A_249/2010 vom 16. November 2010 aufzuheben und es sei die C. AG zur Zahlung von Fr. 212 906.– nebst Zins zu verurteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Arbeitsgericht Baden, subeventualiter an das Obergericht des Kantons Aargau zurückzuweisen.

Die Abteilungen des Bundesgerichts führten einen Meinungsaustausch (Art. 23 BGG) zur Auslegung von Art. 122 lit. b BGG durch. Das Bundesgericht heisst das Revisionsgesuch gut und hebt sein Urteil 4A_249/2010 vom 16. November 2010 auf. Das Dispositiv im Verfahren 4A_249/2010 fasst es neu: Es heisst die Beschwerde gut, hebt das Urteil des Obergerichts des Kan-

tons Aargau vom 2. März 2010 auf und weist die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an das Arbeitsgericht Baden zurück.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Nach Art. 122 lit. a BGG ist für eine Revision zunächst erforderlich, dass der EGMR in einem endgültigen Urteil eine Verletzung der EMRK oder der Protokolle dazu festgestellt hat.

Der EGMR hat vorliegend im Entscheid vom 11. März 2014 – nach Verbindung des Verfahrens mit der Beschwerde gegen das Urteil 8C_470/2009 der ersten sozialrechtlichen Abteilung vom 29. Januar 2010 (BGE 136 II 187) – mit sechs zu einer Stimme festgestellt, dass Art. 6 Ziff. 1 EMRK verletzt worden ist (Dispositiv-Ziff. 3). Ausserdem hat er mit dem gleichen Stimmenverhältnis entschieden (Dispositiv-Ziff. 5), dass der beklagte Staat innert dreier Monate nach Rechtskraft des Entscheides gemäss Art. 44 Ziff. 2 der Konvention folgende Beträge (netto nach Steuern) zu bezahlen hat: Allen drei Beschwerdeführerinnen gemeinsam EUR 12 180.– als Genugtuung (lit. i) und weiter als Entschädigung für Partei- und Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin im verbundenen Verfahren EUR 5000.– (lit. ii), den beiden anderen Beschwerdeführerinnen (Gesuchstellerinnen des vorliegenden Verfahrens) EUR 4000.– (lit. iii). Im Übrigen hat der EGMR das Begehren um eine angemessene Entschädigung abgewiesen (Dispositiv-Ziff. 6).

Das Urteil ist am 11. März 2014 endgültig geworden, womit die Voraussetzung von Art. 122 lit. a BGG erfüllt ist.

2.2 Eine Revision wegen Verletzung der EMRK setzt nach Art. 122 lit. b BGG weiter voraus, dass eine Entschädigung nicht geeignet ist, die Folgen der Verletzung auszugleichen.

2.2.1 Diese Voraussetzung wurde mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege neu normiert. Grund dafür war ein «Hin und Her zwischen Bern und Strassburg» (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4352 Ziff. 4.1.6.1), das durch Art. 139a OG (AS 1992 298), die Vorgängernorm von Art. 122 BGG, und durch Art. 41 EMRK verursacht wurde: Nach Art. 139a Abs. 1 OG war die Revision nur zulässig, wenn «eine Wiedergutmachung nur durch eine Revision möglich» war; gleichzeitig hängt eine gerechte Entschädigung nach Art. 41 EMRK davon ab, dass das innerstaatliche Recht «nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen [der] Verletzung» der EMRK oder der Protokolle dazu gestattet. Diese gegenseitigen Subsidiaritäten wollte der Bundesrat auflösen und damit das Verhältnis zwischen dem innerstaatlichen Revisionsverfahren einerseits und der Gewährung einer «gerechten Entschädigung» (Art. 41 EMRK) durch den EGMR andererseits klären. Zu diesem Zweck schlug der Bundesrat vor, Begehren um eine finanzielle Entschädigung we-

gen Verletzung der EMRK müssten neu zwingend im Rahmen des Verfahrens vor dem EGMR geltend gemacht werden (Botschaft BGG, BBl 2001 4353 Ziff. 4.1.6.1). Die innerstaatliche Revision solle mithin nur noch zulässig sein, wenn eine Entschädigung nicht geeignet sei, die Folgen der Verletzung der EMRK oder der Protokolle dazu auszugleichen (Art. 108 lit. b des Entwurfs, BBl 2001 4509).

Zur Begründung der neuen Regelung führte der Bundesrat aus, das Verfahren zur Revision eines Bundesgerichtsentscheids solle nicht den Weg dazu öffnen, eine vom EGMR beurteilte Sache neu zu beurteilen oder Fehler zu korrigieren, die von einer Partei im Verfahren vor dieser Instanz begangen worden seien (Botschaft BGG, BBl 2001 4353 Ziff. 4.1.6.1). Ein Revisionsverfahren sei daher nicht nur ausgeschlossen, wenn der EGMR eine gerechte Entschädigung nach Art. 41 EMRK zugesprochen habe, sondern auch bei Abweisung eines entsprechenden Begehrens (weil jeglicher Schaden verneint oder die Feststellung der Menschenrechtsverletzung als hinreichend betrachtet worden sei). Die vorgeschlagene Bestimmung wurde wörtlich in Art. 122 lit. b BGG übernommen.

2.2.2 Das Bundesgericht hat zur Auslegung von Art. 122 lit. b BGG namentlich im Revisionsverfahren Schlumpf (BGE 137 I 86 E. 3.2.2 S. 90) erwogen, dass für die Revision des bundesgerichtlichen Urteils kein Anlass mehr bestehe, wenn der EGMR eine die Folgen der Konventionsverletzung ausgleichende Entschädigung gesprochen habe. Denn möglich bleibe die Revision nur insoweit, als sie geeignet und erforderlich sei, um über die finanzielle Abgeltung hinaus fortbestehende, konkrete nachteilige Auswirkungen der Konventionsverletzung im Rahmen des ursprünglichen Verfahrens zu beseitigen. Stünden materielle Interessen zur Diskussion, bezüglich welcher die Konventionsverletzung zwar mit einer Entschädigung grundsätzlich vollständig gutgemacht werden könnte, habe der EGMR aber eine Entschädigung abgelehnt, weil ein Schaden fehle, oder habe er sich mangels eines entsprechenden Begehrens über das Vorliegen eines Schadens nicht ausgesprochen, so komme die Revision durch das Bundesgericht nicht mehr in Frage.

Vorliegend hat der EGMR weitergehende Begehren der Gesuchstellerinnen abgewiesen (Dispositiv-Ziff. 6). Namentlich hat er das Begehren auf Zusprechung einer Entschädigung von Fr. 200 579.– (ungefähr EUR 162 826.–) nebst Zins abgewiesen, welche die Gesuchstellerinnen als Ersatz für den Schaden beantragt hatten, der ihnen aus der Anwendung der schweizerischen Verjährungsregeln und der damit verbundenen Abweisung ihrer Klage erwachsen war (Ziff. 83 ff. Entscheid EGMR). Der EGMR sah keinen Kausalzusammenhang zwischen der von ihm festgestellten Konventionsverletzung und dem Schaden und wies aus diesem Grund die Forderung ab (Ziff. 87 Entscheid). Diese Konstellation wird in der Botschaft und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erwähnt. Fraglich ist, ob auch in diesem Fall die Revision nach Art. 122 lit. b BGG ausgeschlossen ist.

2.2.3 Die «gerechte Entschädigung» kann nach Art. 41 EMRK auch einen allfälligen Prozessgewinn umfassen, welcher der betroffenen Person durch Verletzung einer Verfahrensgarantie entgangen ist («loss of a real opportunity»; vgl. GERHARD DANNEMANN, Haftung für die Verletzung von Verfahrensgarantien nach Art. 41 EMRK, Zur Herausbildung europäischer Haftungsmassstäbe, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 63/1999 S. 465 ff. mit Hinweisen). Auf dieser Grundlage hätte somit der EGMR im vorliegenden Fall eine Entschädigung für den Prozessverlust zusprechen können, wenn er zur Auffassung gelangt wäre, die Gesuchstellerinnen hätten den Prozess – wäre er ohne Konventionsverletzung geführt worden – ganz oder teilweise gewonnen.

Teilweise lehnt es der EGMR aber ab, über den Ausgang des Verfahrens zu spekulieren, und spricht in diesen Fällen wegen fehlender Kausalität keinen Schadenersatz zu. Der Rechtsprechung lässt sich dabei oft nicht entnehmen, in welchen Fällen das Konzept des «loss of a real opportunity» einschlägig ist und in welchen Fällen umgekehrt der Antrag auf Entschädigung wegen nicht nachgewiesener Kausalität abgewiesen wird (DANNEMANN, a.a.O., S. 466 ff.; JENS MEYER-LADEWIG, EMRK, Handkommentar, 3. Aufl., 2011, N. 11, 26 f. zu Art. 41 EMRK; NICOLA WENZEL, in: EMRK, Karpenstein/Mayer [Hrsg.], 2012, N. 17 zu Art. 41 EMRK).

2.2.4 Im Entscheid des EGMR findet sich keine nähere Begründung für die Verneinung der Kausalität. Es bestehen freilich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der EGMR mit den Gewinnchancen der Gesuchstellerinnen nach Schweizer Recht – ohne Berücksichtigung der Verjährungseinrede – befasst hätte. Würde in einem solchen Fall das dem Bundesgericht eingereichte Revisionsgesuch abgewiesen, hätte schliesslich weder der EGMR noch das Bundesgericht die materiellen Interessen der Gesuchstellerinnen inhaltlich geprüft. Dies wollte der Gesetzgeber gerade vermeiden und stellte zu diesem Zweck die Entschädigung finanzieller Nachteile wegen Verletzung der EMRK in die alleinige Kompetenz des EGMR (vgl. oben E. 2.2.1). Nimmt der EGMR diese Kompetenz aber nicht wahr, so darf dies unter dem Gesichtspunkt, dass das Zusammenspiel des nationalen und internationalen Rechts insgesamt zu einer sinnvollen und zweckmässigen Wiederherstellung eines konventionskonformen Zustands führen und damit den effektiven Schutz der in der Konvention verankerten Garantien gewährleisten soll, nicht zum Nachteil der Gesuchstellerinnen gereichen (vgl. BGE 137 I 86 E. 7.1 S. 96). Einer Zulassung der Revision durch das Bundesgericht steht in solchen Fällen auch die dargelegte Intention des Gesetzgebers nicht entgegen. Durch die Zulassung der Revision sollte zwar nicht der Weg dazu geöffnet werden, eine vom EGMR beurteilte Sache neu zu beurteilen oder der Partei zu ermöglichen, einen vor dem EGMR versäumten Antrag doch noch einzureichen (vgl. E. 2.2.1). Wenn aber der EGMR trotz gehörigen Antrags der Partei eine Abschätzung der Prozesschancen (sinngemäss) ablehnt, ist insofern nicht von einer beurteilten Sache auszugehen. Im Meinungsaustauschverfahren nach Art. 23 BGG haben daher alle Abteilungen des

Bundesgerichts bejaht, dass Art. 122 lit. b BGG wie folgt auszulegen ist: Eine Revision ist (auch) zulässig, wenn zwar materielle Interessen zur Diskussion stehen, der EGMR aber nach Feststellung der Verletzung von Verfahrensrechten die beantragte Entschädigung nach Art. 41 EMRK nicht inhaltlich prüft, sondern sie ohne nähere Begründung «unter Verneinung der Kausalität» ablehnt.

2.2.5 Damit steht Art. 122 lit. b BGG vorliegend einer Revision nicht entgegen.

2.3 Schliesslich setzt eine Revision wegen Verletzung der EMRK nach Art. 122 lit. c BGG voraus, dass die Revision notwendig ist, um die Verletzung zu beseitigen. Dies ist der Fall, wenn das Verfahren vor Bundesgericht ohne Konventionsverletzung einen anderen Verlauf genommen hätte oder hätte nehmen können und somit nachteilige Auswirkungen der Konventionsverletzung fortbestehen (BGE 137 I 86 E. 3.2.3 S. 91 und E. 7.3.1 S. 97).

Der EGMR sah im vorliegenden Fall in der Anwendung der Verjährungsbestimmungen des Schweizer Rechts eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Zugang zu einem Gericht). Ohne Berücksichtigung der Verjährungseinrede hätte das Verfahren vor Bundesgericht einen anderen Verlauf nehmen können. Damit ist auch die Voraussetzung nach Art. 122 lit. c BGG erfüllt. Das Revisionsgesuch ist folglich gutzuheissen und das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts 4A_249/2010 vom 16. November 2010 ist aufzuheben (Art. 128 Abs. 1 BGG). Das ursprüngliche Verfahren ist wieder aufzunehmen und die Beschwerde in Zivilsachen der Klägerinnen ist unter Berücksichtigung der Vorgaben des EGMR neu zu beurteilen.

Bundesgericht, Urteil vom 12. November 2015, Doss.-Nr. 1C_66/2015 (Nichteintreten auf die Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Dezember 2014)

Whistleblowing-Meldestelle für Bundesangestellte; Datensammlung. Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) führt eine Whistleblowing-Meldestelle für Bundesangestellte. Sie lehnte es trotz Empfehlung des EDÖB ab, die Meldungen, die sie als Whistleblowing-Meldestelle erhält, diesem als Datensammlung anzumelden. Mit Urteil vom 16. Dezember 2014 wies das Bundesverwaltungsgericht die EFK an, dem EDÖB ihre Datenbestände anzumelden. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde der EFK mangels Beschwerdelegitimation der EFK (Art. 89 BGG) bzw. mangels Erfüllung der Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nicht ein (E. 2).

Sachverhalt:

Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) führt eine Whistleblowing-Meldestelle für Bundesangestellte. Am 19. November 2013 empfahl der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) der EFK, (1.) ihm ihre Datensammlung «Whistleblowing» innerhalb von zwei Monaten anzumelden; (2.) für diese Datensammlung ein Bearbeitungsreglement zu erstellen; (3.) darin die Dauer der Aufbewahrung, die Löschung und Archivierung der Daten zu regeln. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 lehnte es die EFK ab, die Meldungen, welche sie als Whistleblowing-Meldestelle erhält, als Datenammlung dem EDÖB anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen. Die EFK erklärte sich jedoch bereit, die Empfehlungen des EDÖB zur Aufbewahrung, Löschung und Archivierung der Daten in den internen Bearbeitungsprozess aufzunehmen und umzusetzen.

Die vom EDÖB dagegen erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I) am 16. Dezember 2014 gut. Es wies die EFK an, in Ergänzung ihres Schreibens vom 19. Dezember 2013 ihre beiden Datenbestände im Zusammenhang mit den Meldungen, die bei ihr als Whistleblowing-Meldestelle eingehen, dem EDÖB innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Urteils anzumelden und ein Bearbeitungsreglement für die Datenbearbeitung in diesen beiden Beständen zu erstellen. Die EFK führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Gegen den angefochtenen Entscheid ist gemäss Art. 82 lit. a BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegeben. Ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG besteht nicht. Da als Vorinstanz das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, ist die Beschwerde gemäss Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG zulässig.

1.2

1.2.1 Nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten berechtigt, wer: (a.) vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; (b.) durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist; und (c.) ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Nach Art. 89 Abs. 2 BGG sind zur Beschwerde ferner berechtigt: (a.) die Bundeskanzlei, die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann; (...) (d.) Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt.

1.2.2 Gemäss Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG muss der Beschwerdeführer die Beschwerde hinreichend begründen. Er muss – soweit das nicht offensichtlich ist – insbesondere darlegen, dass die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen erfüllt sind. Andernfalls genügt er seiner Begründungspflicht nicht und kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BGE 134 II 120 E. 1 S. 121; 133 II 400 E. 2 S. 404; Urteil 1C_412/2012 vom 22. Juli 2013 E. 1; je mit Hinweisen).

1.2.3 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Diese Bestimmung ist in erster Linie auf Privatpersonen zugeschnitten. Auch das Gemeinwesen kann sich jedoch darauf stützen, falls es durch den angefochtenen Entscheid gleich oder ähnlich wie ein Privater oder in spezifischer, schutzwürdiger Weise in der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe betroffen ist. Die Beschwerdebefugnis zur Durchsetzung hoheitlicher Anliegen setzt eine erhebliche Betroffenheit in wichtigen öffentlichen Interessen voraus. Gemeinwesen sind nach Art. 89 Abs. 1 BGG restriktiv zur Beschwerdeführung zuzulassen (BGE 141 II 161 E. 2.1 S. 164 mit Hinweisen).

Zur Beschwerde nach Art. 89 Abs. 1 BGG ist nur das Gemeinwesen als solches befugt, nicht jedoch eine einzelne Behörde oder ein Verwaltungszweig ohne Rechtspersönlichkeit. Das gilt auch dann, wenn die Behörde die dem Verfahren zugrunde liegende Verfügung erlassen hat (zur amtlichen Publikation bestimmtes Urteil 8C_772/2014 vom 24. September 2015 E. 3.2 f.; BGE 140 II 539 E. 2.2 S. 541; 136 V 106 E. 3.1 S. 108 f.; 134 II 45 E. 2.2.3 S. 48; je mit Hinweisen).

Gemäss Buchstabe B Ziffer V./2.1 des Anhangs 1 zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um eine organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung ohne Rechtspersönlichkeit. Die Beschwerdeführerin ist daher von vornherein nicht gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert.

Ob – was im Lichte der restriktiven Rechtsprechung zweifelhaft ist – die dargelegten Voraussetzungen der Beschwerdelegitimation des Gemeinwesens nach Art. 89 Abs. 1 BGG erfüllt gewesen wären, kann offen bleiben.

1.2.4 Dass die Beschwerdeführerin gemäss Art. 89 Abs. 2 BGG zur Beschwerde berechtigt sei, macht sie nicht geltend. Auf die Beschwerde könnte nach der dargelegten Rechtsprechung somit nur eingetreten werden, wenn dies offensichtlich wäre. Das trifft nicht zu.

Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (FKG; SR 614.0) ist die Beschwerdeführerin das oberste Finanzaufsichtsorgan des Bundes (Abs. 1). Sie ist im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften selbständig und unabhängig (Abs. 2). Administrativ ist sie dem eidgenössischen Finanzdepartement beigeordnet (Abs. 3). Es handelt sich bei ihr, wie gesagt, um eine organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung. Gemäss Art. 7a Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 RVOV ist die Beschwerdeführerin in der Erfül-

lung ihrer Aufgaben weisungsungebunden, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Sie ist im Gegensatz zu Einheiten der zentralen Bundesverwaltung keinem Departement unterstellt und gegenüber diesem nicht weisungsgebunden (vgl. Art. 7 Abs. 3 RVOV). Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich demnach um keine dem Finanzdepartement unterstellte Dienststelle nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG, weshalb die Beschwerdelegitimation auch nach dieser Bestimmung nicht gegeben ist.

Entsprechend entschied das Bundesgericht zur Wettbewerbskommission (Urteil 2A.325/2006 vom 13. Februar 2007 E. 2.3, nicht publiziert in BGE 133 II 104); dies in Anwendung von Art. 103 lit. b des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG; BS 3 531), den Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG übernahm (Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4330).

Auch nach dem Schrifttum ist eine organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung nicht gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG zur Beschwerde befugt (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: *Commentaire de la LTF*, 2. Aufl., 2014, N. 44 zu Art. 89 BGG; BERNHARD WALDMANN, in: *Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar*, 2. Aufl., 2011, N. 50 zu Art. 89 BGG).

Die Beschwerdebefugnis käme somit nur nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG in Betracht (AUBRY GIRARDIN, a.a.O.; WALDMANN, a.a.O.). Beim anderen Bundesgesetz im Sinne dieser Bestimmung muss es sich um ein Gesetz im formellen Sinne handeln (BGE 134 V 53 E. 2.2.2 S. 56; Urteil 2C_750/2013 vom 9. Oktober 2014 E. 1.3.5; je mit Hinweisen). Dass ein solches der Beschwerdeführerin ein Beschwerderecht einräumt, legt sie nicht dar und ist nicht offensichtlich.

2.

Auf die Beschwerde kann deshalb mangels Legitimation bzw. Erfüllung der Begründungsanforderungen insoweit (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nicht eingetreten werden.

Bundesgericht, Urteil vom 13. November 2015, Doss.-Nr. 8C_539/2015 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 24. Juni 2015)

Öffentliches Personalrecht; Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers bei der Bearbeitung von Personendaten, Art. 328b OR; Genugtuung, Art. 49 OR. Auch wenn feststeht, dass die Speicherung privater Daten des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber widerrechtlich erfolgte und das Gericht eine Verletzung von Art. 328 und/oder 328b OR feststellt, genügt dies für die Zusprache einer Genugtuung gestützt auf Art. 49 Abs. 1 OR noch nicht. Vorliegend sind zwar private Daten auf dem Arbeitscomputer des Arbeitnehmers sichergestellt und gesichtet,

Inhalte davon indessen weder publik gemacht noch in arbeitsrechtlicher oder anderer Hinsicht zu dessen Nachteil verwendet worden. Die Vorinstanz fiel daher nicht in Willkür, wenn sie erkannte, die widerrechtliche Verletzung des Arbeitnehmers in seiner Persönlichkeit wiege nicht derart schwer, dass es einer Geldsumme als Genugtuung bedürfte (E. 3.3, 4.1, 4.3).

Sachverhalt:

A. wurde vom Regierungsrat des Kantons Schwyz als Untersuchungsrichter mit Stellenantritt am ... gewählt. Im Jahre 2010 beauftragte der Präsident der Rechts- und Justizkommission des Schwyzer Kantonsrates das Kantonsgericht mit der Untersuchung von Indiskretionen. Das Kantonsgericht setzte zu diesem Zweck einen a.o. Staatsanwalt ein. In der Folge wurden Kontrollen der elektronischen Korrespondenz und von Dokumenten auf der elektronischen Ablage des kantonalen Verhöramtes durchgeführt und Daten zum Telefonverkehr erhoben.

Am 22. Januar 2014 reichte A. Klage gegen den Kanton Schwyz ein wegen widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzungen. Mit dieser machte er Schadenersatz in Höhe von Fr. 3451.– und Genugtuung im Betrag von Fr. 35 000.– geltend. Zudem verlangte er eine im Amtsblatt zu publizierende schriftliche Entschuldigung durch den Kanton für von diesem als Arbeitgeber widerrechtlich begangene Persönlichkeitsverletzungen sowie die Publikation von Rubrum und Urteilsdispositiv. Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz wies die Klage mit Entscheid vom 24. Juni 2015 ab. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten macht A. geltend, es sei der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner war öffentlich-rechtlich im Sinne von § 6 Abs. 1 PG. Soweit dem Gesetz oder seinen Vollzugserlassen keine Vorschrift entnommen werden kann, gilt ergänzend das Obligationenrecht (§ 6 Abs. 2 PG). Weder das PG noch die Personal- und Besoldungsverordnung vom 4. Dezember 2007 (Personalverordnung, PV; SRSZ 145.111) enthalten Bestimmungen zum Umgang mit Personendaten und zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Art. 328 OR enthält eine Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes von Art. 28 Abs. 1 ZGB für das Arbeitsrecht, indem er den Arbeitgeber verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Mit Art. 328b OR wurde zudem eine besondere Bestimmung des Datenschutzes im Arbeitsrecht geschaffen. Danach darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, so-

weit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Die Bestimmung verweist ergänzend auf das Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1). Verletzt der Arbeitgeber die Vorschriften über den Datenschutz, liegt stets auch ein Verstoss gegen die Fürsorgepflicht vor (PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, N. 30 zu Art. 328b OR).

2.2 Bei Verletzung der Persönlichkeit besteht Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und dies nicht anders wiedergutmacht worden ist (Art. 49 Abs. 1 OR). Die Zusprechung von Genugtuung setzt nach der Rechtsprechung insbesondere voraus, dass die Persönlichkeitsverletzung nicht nur als objektiv schwer zu gewichten ist, sondern vom Verletzten auch subjektiv als seelischer Schmerz schwer empfunden wird. Ob eine Persönlichkeitsverletzung hinreichend schwer wiegt, um die Zusprechung einer Geldsumme als Genugtuung zu rechtfertigen, hängt weitgehend von den Umständen des Einzelfalles ab. Bei der Beurteilung der Frage, ob besondere Umstände eine Genugtuung rechtfertigen, steht dem Gericht ein weites Ermessen zu, bei dessen Überprüfung das Bundesgericht Zurückhaltung übt (129 III 715 E. 4.4 S. 725). Zur Beurteilung des seelischen Schmerzes ist auf einen Durchschnittsmaßstab abzustellen, da nicht jeder Mensch gleich empfindet (BGE 120 II 97 E. 2b S. 98 f.; Urteil 5A_376/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 8.1). Damit die Schwere der Verletzung bejaht werden kann, bedarf es in objektiver Hinsicht einer aussergewöhnlichen Kränkung. Es genügt dafür z.B. nicht jede leichte Beeinträchtigung des beruflichen, wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Ansehens einer Person (BGE 125 III 70 E. 3a S. 75; MARTIN A. KESSLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2015, N. 11 zu Art. 49 OR). An Genugtuung ist etwa zu denken bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, Persönlichkeitsprofilen oder anderen besonders sensiblen Daten, wenn krasse Verletzungen wie die Bekanntgabe an Dritte, ein Sicherheitsleck oder Ähnliches vorliegen. Leichte Persönlichkeitsverletzungen bei der Datenbearbeitung begründen hingegen keinen Anspruch auf eine Genugtuung (CORRADO RAMPINI, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., 2006, N. 22 zu Art. 15 DSG).

3.

3.1 Das kantonale Gericht ging davon aus, dass der Beschwerdeführer von der Herausgabe elektronisch gespeicherter Daten betroffen war. Offen liess es, ob dies auch bezüglich der Telefonüberwachung bzw. Bekanntgabe von Telefondaten der Fall war, weil die Telefonapparate jeweils von einer Vielzahl von Personen benutzt wurden und die aufgrund der erfassten Randdaten gewonnenen Informationen somit ohnehin nicht einer bestimmten Person hätten zugeordnet werden können. Da die Datenerhebung auf dem Arbeits-PC auf Anordnung des Kantonsgerichtspräsidenten bzw. des a.o. Staatsanwalts im Rahmen des Verdachts auf eine Amtsgeheimnisverletzung

im Umfeld der Strafverfolgungsbehörden bzw. des Verhöramtes erfolgte, nahm die Vorinstanz weiter an, dass die Überwachungsmassnahmen nicht die Eignung des Beschwerdeführers für das Arbeitsverhältnis betrafen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich waren und daher nicht eine gemäss Art. 328b Satz 1 OR grundsätzlich erlaubte Bearbeitung betrafen. Sie stuft die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Datenbearbeitung daher als persönlichkeitsverletzend ein. Weiter hat das kantonale Gericht erwogen, die betroffenen PC-Benutzer seien nicht über die Datenerhebung informiert worden und hätten auch nicht ihre Zustimmung gegeben. Es prüfte sodann, ob die Datenerfassung durch ein überwiegendes privates oder öffentliches (Bearbeitungs-)Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt war und verneinte dies. Als dann kam es zum Schluss, dass der Beschwerdeführer durch die Bearbeitung von Daten auf dem Arbeits-PC in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt worden ist.

3.2 Obwohl das kantonale Gericht mit Bezug auf den Beschwerdeführer die widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung als erstellt erachtet hat, bemängelt dieser die Beurteilung. Er rügt unter Hinweis auf Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre), Art. 328 (Schutz der Persönlichkeit) und Art. 328b OR (Bearbeitung von Personendaten) eine willkürliche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz, weil diese nicht ausdrücklich eine Persönlichkeits- und Fürsorgepflichtverletzung des Beschwerdegegners festgestellt habe. Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer vor, als Arbeitgeber habe dieser insbesondere die notwendige Sorgfalt zu seinem Schutz vermissen lassen, indem er, ohne die Anordnung des Kantonsgerichts und des a.o. Staatsanwalts zu hinterfragen, Kommunikations- und andere Daten heimlich durchsucht und herausgegeben habe, ohne diese zu versiegeln und die Betroffenen zu orientieren.

3.3 Nachdem es einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Genugtuung verneint hat, hat das kantonale Gericht erwogen, bei diesem Ergebnis müsse grundsätzlich nicht geprüft werden, ob bzw. inwieweit die festgestellte widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dem Regierungsrat als Arbeitgeber anzurechnen sei und ob dieser seine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschwerdeführer im Sinne von Art. 328 OR verletzt habe. Es hat jedoch ergänzend darauf hingewiesen, dass der vom Beschwerdeführer gerügte unkritische Vollzug der angeordneten PC-Überwachung dem Beschwerdegegner ohnehin nicht als Verletzung der Fürsorgepflicht angelastet werden könne. Wie es sich damit verhält, kann dahingestellt bleiben. Der Beschwerdeführer begründet nicht und es ist auch nicht ersichtlich, was er über die von der Vorinstanz festgestellte widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung hinaus aus der geltend gemachten Fürsorgepflichtverletzung des Arbeitgebers zu seinen Gunsten abzuleiten vermöchte. Auch wenn feststeht, dass die Abspeicherung privater Daten widerrechtlich erfolgte und das Gericht eine Verletzung von Art. 328 und/oder 328b OR feststellt, genügt dies für die Zusprache einer Genugtuung gestützt auf Art. 49 Abs. 1 OR noch nicht (vgl. BGE 129 III

715 E. 4.4 S. 725; Urteile 4A_465/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 3.2; 4A_128/2007 vom 9. Juli 2007 E. 2.3; vgl. auch nachstehend E. 4).

4.

4.1 Mit Blick auf die Konsequenzen der Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung hat die Vorinstanz erwogen, es könne mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, dass private Daten auf dem Arbeitscomputer des Beschwerdeführers sichergestellt und gesichtet worden seien. Inhalte davon seien indessen weder publik gemacht noch in arbeitsrechtlicher oder anderer Hinsicht zu dessen Nachteil verwendet worden. Solches werde vom Beschwerdeführer weder behauptet und schon gar nicht nachgewiesen. Zur Art der gespeicherten privaten Daten, welche allenfalls Gegenstand der Sicherstellung und Sichtung gebildet hätten, habe sich dieser nicht geäußert. Er lege insbesondere nicht dar, dass es sich um besonders geschützte Personendaten gehandelt habe. Diese vorinstanzlichen Feststellungen werden vom Beschwerdeführer vor Bundesgericht nicht in Frage gestellt. Laut Vorinstanz kann die Persönlichkeitsverletzung gemessen am Massstab einer Durchschnittsperson auch subjektiv nicht als seelischer Schmerz betrachtet werden, der einen Anspruch auf Genugtuung zu begründen vermöchte. Stichhaltige Beweise für von ihm erlittene gesundheitliche Probleme habe der Beschwerdeführer nicht erbracht.

4.2 Der Beschwerdeführer hat zu beweisen und die Umstände nachzuweisen, die auf eine objektiv schwere und subjektiv als seelischer Schmerz empfundene Verletzung schliessen lassen (BGE 120 II 97 E. 2b S. 99; Urteile 5A_376/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 8.2; 4A_465/2012 vom 10. Dezember 2012 E. 3.2; RAMPINI, a.a.O., N. 22 zu Art. 15 DSG). Er vermag diesen Nachweis jedoch nicht zu erbringen. Vielmehr begnügt er sich damit, der rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Gegebenheiten durch die Vorinstanz seine eigene Sicht der Dinge gegenüberzustellen. Mit dem Hinweis, dass die Daten heimlich an Dritte weitergegeben worden seien, ohne die notwendigen Schutzvorkehrungen (Siegelung) getroffen zu haben und ohne dass dafür eine rechtsgenüßliche «Anordnung» vorgelegen hätte, macht er eine schwere Verletzung geltend, ohne indessen ein seelisches Leid als unmittelbare Folge der Persönlichkeitsverletzung konkret und substantiiert mit Beweismitteln versehen darzulegen. Dies genügt nicht, wenn sich die Behauptung – wie hier – nicht auf die allgemeine Lebenserfahrung stützen lässt (vgl. dazu Urteil 5A_376/2014 vom 29. Oktober 2013 E. 8.2). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Vorinstanz sei bei der Beurteilung der Schwere der Verletzung der Persönlichkeitsrechte von falschen Grundsätzen ausgegangen, ist darauf hinzuweisen, dass als Massstab für die Beurteilung der Schwere zu gelten hat, wie der zu beurteilende Eingriff auf eine weder besonders sensible noch besonders widerstandsfähige Durchschnittsperson gewirkt hätte. Der Eingriff muss aussergewöhnlich schwer sein und in seinen Auswirkungen ein physisches oder psychisches Leiden verursachen, das das Mass einer Aufregung oder einer alltäglichen Sorge klar übersteigt (Urteil 5A_329/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 5.5; KESSLER, a.a.O.,

N. 11 zu Art. 49 OR). Die Vorinstanz berücksichtigte die massgeblichen Kriterien, ohne sachfremde Überlegungen einzubeziehen. Sie hat die ihr bekannten Elemente zur Beurteilung des geltend gemachten Genugtuungsanspruchs gewürdigt. Mangels anderer Angaben ging sie davon aus, dass keine besonders geschützten oder sensiblen Personendaten betroffen waren und dass keine Daten an die Öffentlichkeit gedrungen sind. Der Beschwerdeführer macht dazu keine weiteren Angaben.

4.3. Nach dem Gesagten ist die Vorinstanz nicht in Willkür verfallen, wenn sie erkannt hat, die widerrechtliche Verletzung des Beschwerdeführers in seiner Persönlichkeit wiege nicht derart schwer, als dass es einer Geldsumme als Genugtuung bedürfte.

Bundesgericht, Urteil vom 1. Dezember 2015, Doss.-Nr. 8C_366/2014 (Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 27. November 2013), in: BGE 141 II 411

Art. 8 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 3 GlG; (Lohn-)Gleichstellung von Mann und Frau; geschlechtsmässige Identifikation des Primarlehrberufs im Kanton Aargau.

Ausführungen zum allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV (E. 6.1.1), zum Anspruch von Frau und Mann auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit im Sinne von Art. 8 Abs. 3 BV in Verbindung mit Art. 3 GlG (E. 6.1.2) sowie zu der im Hinblick auf die Überprüfung einer möglichen (indirekten) lohnmässigen Geschlechtsdiskriminierung erforderlichen Tatbestandsvoraussetzung der geschlechtsspezifischen Identifizierung der fraglichen beruflichen Funktion (E. 6.1.3, 6.2–6.5). Bis anhin war der Primarlehrberuf stets als geschlechtsneutrale Referenztätigkeit zu typisch weiblichen Berufen angerufen und zugelassen worden (E. 7). Der Frauenanteil unter den aargauischen Lehrpersonen Primarstufe liegt aktuell deutlich über 70% (E. 8.1). Weist eine Berufssparte im massgeblichen Beurteilungszeitpunkt auf Grund eines langjährigen Prozesses in quantitativer Hinsicht eine klare Ausprägung auf, tritt ein allfälliges historisches Element bei der Beurteilung der geschlechtsmässigen Identifizierung in den Hintergrund (E. 8.2.1). In Anbetracht des kontinuierlichen, konstanten Charakters dieser Entwicklung namentlich in den letzten zwanzig Jahren, welcher die Annahme eines bloss kurzzeitigen Phänomens ausschliesst, ist der Beruf der Primarlehrkraft im Kanton Aargau als frauenspezifisch zu qualifizieren (E. 9). Damit wird die Möglichkeit und Verpflichtung geschaffen, dessen Entlohnung unter dem Aspekt der besoldungsmässigen Geschlechtsdiskriminierung insbesondere auf allfällige sachlich nicht erklärbare bzw. diskriminierende Faktoren hin zu überprüfen, zu welchem Zweck die Angelegenheit an das vorinstanzliche Gericht zurückgewiesen wird (E. 9.2 und 10).

Art. 8 al. 3 Cst. en relation avec l'art. 3 LEg (loi sur l'égalité); égalité (salariale) entre hommes et femmes; identification à un genre de la profession d'enseignant du primaire dans le canton d'Argovie.

Considérations sur le principe général de l'égalité de traitement selon l'art. 8 al. 1 Cst. (consid. 6.1.1), sur le droit de l'homme et de la femme à un salaire égal pour un travail de valeur égale au sens de l'art. 8 al. 3 Cst. en relation avec l'art. 3 LEg (consid. 6.1.2), ainsi que sur les conditions de fait requises pour une identification de la profession concernée à un genre en vue de l'examen d'une éventuelle discrimination salariale (indirecte) fondée sur le sexe (consid. 6.1.3, 6.2–6.5). Jusqu'à maintenant, il était considéré et admis que la profession d'enseignant du primaire était neutre sous l'angle du genre par rapport à des professions typiquement féminines (consid. 7). Actuellement, dans le canton d'Argovie, la part de femmes parmi le personnel de l'enseignement primaire s'élève nettement au-dessus de 70% (consid. 8.1). Lorsqu'on observe, au moment déterminant de l'examen, qu'une catégorie professionnelle donnée présente un indice quantitatif clair sur la base d'un processus de longue durée, un éventuel aspect historique pour l'identification de genre passe au second plan (consid. 8.2.1). En considération du caractère continu et constant de l'évolution observée au cours des vingt dernières années, lequel permet d'exclure l'éventualité d'un phénomène purement temporaire, la profession d'enseignant du primaire doit être qualifiée de spécifiquement féminine dans le canton d'Argovie (consid. 9). A partir de là, la rémunération de cette fonction peut et doit faire l'objet d'un examen sous l'angle de l'interdiction de la discrimination salariale fondée sur le sexe, en particulier sur l'existence éventuelle de motifs non objectifs, respectivement de leur caractère discriminatoire. L'affaire est renvoyée à la juridiction précédente pour qu'elle procède à cet examen (consid. 9.2 et 10).

Sachverhalt:

A.

A.a Die 1960 geborene A. ist als Primarlehrerin an der Schule B. tätig. Mit Verfügung vom 1. Mai 2012 reihte die Schulpflege B. sie in die Lohnstufe 5 ein, wobei der Verdienst ab 1. Januar 2012 auf brutto Fr. 115'727.– (bei einem Pensum von 100%) bzw. Fr. 61'996.60 (bei einem effektiven Beschäftigungsgrad von 53,57%) festgelegt wurde.

A.b In der Folge gelangte sie – samt zahlreichen anderen Lehrpersonen Kindergarten bzw. Primarstufe/Einschulungsklasse sowie dem Aargauischen Lehrerinnen- und Lehrerverband – an die Schlichtungskommission für Personalfragen. Sie liess im Wesentlichen beantragen, die Schlichtungsstelle habe festzustellen, dass die Lohneinstufung geschlechtsdiskriminierend erfolgt sei, und den Anstellungsbehörden sei auf dieser Basis zu empfehlen, die Differenz zwischen dem Verdienst bei einer diskriminierungsfreien Neueinstufung

und dem effektiv ausgerichteten Lohn (nach Abzug der gesetzlichen Sozialbeiträge zuzüglich Verzugszins von 5% ab jeweiliger Fälligkeit, rückwirkend ab 1. August 2011) nachzuzahlen. Die Empfehlung der Schlichtungskommission vom 29. Oktober 2012, welche sämtliche der parallel eingereichten Gesuche gemeinsam behandelte, lautete wie folgt: «Da eine diskriminierungsfreie und somit verfassungskonforme Einstufung der Funktionen Kindergarten und Primarstufe/Einschulungsklasse, sogenannt typische Frauenberufe, in die dafür vorgesehenen Lohnstufen 2 und 5 nicht mit Sicherheit bestätigt werden kann, sei das Vektorenmodell zu überprüfen und gegebenenfalls zu überarbeiten. Auf die Perpetuierung einer möglichen Diskriminierung durch Rückgriff auf altrechtliche Studiengänge im Vektor «Ist-Lohn» sei zu verzichten und es sei sicherzustellen, dass beim Vektor ‚Marktlohn‘ die Vergleichslöhne der beigezogenen Referenzkantone ihrerseits diskriminierungsfrei sind. Die Vergleichbarkeit zwischen den beiden geltenden Lohnsystemen sei wiederherzustellen. Nötigenfalls sei im Rahmen des rechtlichen Gehörs der Gesuchstellenden ein Arbeitsgutachten einzuholen. Allfällige sich daraus ergebende Lohnunterschiede und Neueinstufungen sind für die Gesuchstellenden rückwirkend ab 01.08.2011 auszugleichen und zu vollziehen.»

A.c Das Departement Bildung, Kultur und Sport des Kantons Aargau (BKS) bestätigte daraufhin die von den Gesuchstellenden angefochtenen Lohnverfügungen (Verfügung vom 18. März 2013).

B.

B.a Mit dagegen eingereichter Beschwerde stellte A. zusammen mit 87 weiteren Lehrpersonen Kindergarten bzw. Primarstufe/Einschulungsklasse sowie dem Aargauischen Lehrerinnen- und Lehrerverband beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau den Antrag, in Aufhebung der angefochtenen Verfügung sei festzustellen, dass die beschwerdeführenden Lehrpersonen bezüglich der Funktionen Kindergarten und Primarstufe/Einschulungsklasse lohnmässig in geschlechtsdiskriminierender Weise im Sinne von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GLG; SR 151.1) eingereiht worden seien. Die betroffenen Anstellungsbehörden seien deshalb zu verpflichten, den beschwerdeführenden Lehrpersonen die vom Personaldienst Lehrpersonen des BKS zu berechnende summenmässige Differenz zwischen den Bruttolöhnen, die sie auf Grund einer diskriminierungsfreien Neueinstufung in eine höhere Lohnstufe zu beanspruchen vermöchten, und jenen Bruttolöhnen, welche ihnen auf der Basis der angefochtenen bisherigen Lohnstufen zustünden (zuzüglich allfälliger Lohnerhöhungen etc.), nach Abzug der gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich eines Verzugszinses von 5% ab jeweiliger Fälligkeit, rückwirkend ab 1. August 2011, zu bezahlen. Ferner sei in formeller Hinsicht ein Arbeitsgutachten gerichtlich einzuholen, welches sich zu den Lohnunterschieden zwischen einerseits der Funktion Kindergarten und Primarstufe/Einschulungsklasse und anderseits vergleichbaren Funktionen von Angestellten der kantonalen Verwaltung äussere. Auch habe es zur Frage Stellung zu

nehmen, ob und inwieweit die Ergebnisse der Arbeitsbewertung nach Katz und Baitsch (System der analytischen Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch [ABAKABA]) durch die im Vergleich zum Lohnsystem der Angestellten der kantonalen Verwaltung ungleiche Umsetzung bei den Lehrpersonen (durch das sog. Vektorenmodell) zum Nachteil der Funktionen Kindergarten und Primarstufe/Einschulungsklasse verändert worden seien. Verfahrensrechtlich wurde um Durchführung einer öffentlichen Verhandlung ersucht, zu der auch Dr. C. als Experte einzuladen sei.

B.b Das angerufene Gericht sistierte mit Verfügungen vom 2. Juli 2013 sämtliche Verfahren ausser denjenigen betreffend A. (Primarlehrerin) und D. (Kindergärtnerin). Am 27. November 2013 führte es eine Verhandlung durch, bei welcher die Beteiligten sowie Dr. C. als sachverständiger Zeuge angehört wurden. Mit gleichentags ergangenem Entscheid wies es die Beschwerde von A. ab, soweit es darauf eintrat. Die D. betreffende Beschwerde wurde mit Entscheid WBE.2013.151 vom 29. Januar 2014 teilweise gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Schulpflege zurückgewiesen. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte.

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung von Ziff. 1 (Beschwerdeabweisung) und 4 (Parteikostenverlegung) des vorinstanzlichen Entscheids vom 27. November 2013 sei die Sache zur Neubeurteilung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) schliesst in seiner Stellungnahme auf Gutheissung der Rechtsvorkehr, wohingegen das BKS um deren Abweisung ersucht.

D.

Das Bundesgericht hat am 1. Dezember 2015 eine öffentliche Beratung durchgeführt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der aargauische Gesetzgeber hat im Rahmen der Neufestsetzung der Besoldung des gesamten kantonalen Personals einschliesslich aller Lehrkräfte die Bewertung der verschiedenen Arbeitsplätze anhand des sog. ABAKABA-Systems vorgenommen. Dabei handelt es sich um ein anerkanntes System der analytischen Arbeitsplatzbewertung, das gezielt als Instrument ohne geschlechtsspezifische Auswirkungen konzipiert wurde (vgl. Urteil 2A.253/2001 vom 8. Oktober 2002 E. 2.3; ferner MARIANNE SCHÄRMOSER/JÜRG BAILLOD, Instrumente zur Analyse von Lohndiskriminierung: Orientierungshilfe für die juristische Praxis, 2006, S. 35; CHRISTIAN

KATZ/CHRISTOPH BAITSCH, Lohngleichheit für die Praxis: Zwei Instrumente zur geschlechtsunabhängigen Arbeitsbewertung, 2. Aufl., 1997). Die konkrete lohnmassige Umsetzung erfolgte in einem nächsten Schritt mittels des sog. 3-Vektoren-Modells (basierend auf drei Vektoren in Form des «Ist-Lohns», des «ABAKABA-Lohns» und des «Marktlohns»; dazu im Detail der in Rechtskraft erwachsene Entscheid WBE.2013.151 [in Sachen D.] des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 29. Januar 2014 E. II./2.3.1 und 2.3.2). In den A. und D. betreffenden Lohngleichheitsverfahren wurde bzw. wird das Vektorenmodell als geschlechtsdiskriminierend beanstandet.

4.2.

4.2.1 Im erwähnten Entscheid WBE.2013.151 vom 29. Januar 2014 hatte die Vorinstanz betreffend D. erkannt, dass diese in ihrer Funktion als Kindergärtnerin nach ständiger Rechtsprechung (so u.a. BGE 125 II 530 und Urteil 2A.79/2007 vom 15. Juni 2007) einen typischen Frauenberuf ausübe (E. II./1). Ausgehend davon war in der Folge geprüft worden, ob die anhand des Vektorenmodells vorgenommene konkrete Lohneinstufung der Beschwerdeführerin diskriminierungsfrei erfolgt sei. Das kantonale Gericht verneinte diese Frage mit der Begründung, dass wegen der hohen Gewichtung des Marktlohns und der geringen Gewichtung des ABAKABA-Lohns im Rahmen des Vektorenmodells die überdurchschnittlich hohe Differenz zwischen dem Markt- und dem ABAKABA-Lohn für die Lehrpersonen Kindergarten besonders gravierende Auswirkungen zeitige; der Vektor Marktlohn habe hier eine bedeutend höhere Reduktion des ABAKABA-Lohns zur Folge als bei allen anderen Lehrkräften (E. II./7.3). Zudem würden den Lehrpersonen Kindergarten durch die hohe Gewichtung des bisherigen Positionslohns – ähnlich wie beim Marktlohn – deutlich grössere Nachteile erwachsen als dem gesamten übrigen Lehrkörper. Auch aus diesem Grund bedürfe die Frage einer allfälligen früheren Diskriminierung einer eingehenden Überprüfung (E. II./8.2). Zusammenfassend gelangte die Vorinstanz zum Schluss, in teilweiser Gutheissung der Beschwerde sei die angefochtene Lohnverfügung vom 1. Januar 2012 aufzuheben und die Sache an die Schulpflege zurückzuweisen. Der Kanton Aargau habe sodann die Lohneinstufung der Lehrpersonen Kindergarten gestützt auf einen Marktvergleich zu überprüfen, der sämtlichen diesbezüglich massgebenden Kriterien zu genügen vermöge. Hernach sei der Lohn der Beschwerdeführerin durch die Schulpflege neu festzusetzen. Der bisherige Positionslohn dürfe dabei nur insoweit berücksichtigt werden, als dadurch keine frühere Lohndiskriminierung fortgeführt werde. Es sei Sache des Kantons Aargau, zu entscheiden, ob auf Grund des vorliegenden Entscheids eine isolierte Überprüfung der Lohneinstufung der Lehrpersonen Kindergarten genüge oder ob die Lohneinstufungen sämtlicher Lehrpersonen einzubeziehen seien. Immerhin sei darauf hinzuweisen, dass eine isolierte Betrachtungsweise aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht unproblematisch erscheine (E. II./9.1).

4.2.2 Im A. und damit eine Primarlehrerin betreffenden Fall war das kantonale Gericht gemäss seinem hier angefochtenen Entscheid demgegen-

über zum Ergebnis gekommen, dass diese Berufsgattung nicht als frauentypisch, sondern als geschlechtsneutral zu qualifizieren sei. Obgleich der Frauenanteil unter den Lehrpersonen Primarstufe gesamtschweizerisch wie auch im Kanton Aargau deutlich über 70% liege, sei der Beruf auf Grund seiner historischen Prägung weiterhin als nicht geschlechtsspezifisch einzustufen. Werde ein bestimmter Beruf infolge seiner historischen Prägung als geschlechtsneutral oder als geschlechtsspezifisch angesehen, so müsse diese Qualifikation längerfristig Bestand haben und dürfe nicht allein wegen kurzfristiger Änderungen der Genderverhältnisse wieder in Frage gestellt werden. Der mittlerweile erfolgte Anstieg des Frauenanteils genüge daher nicht, um die bisherige Qualifikation des Primarlehrberufs in Zweifel zu ziehen. Die von der Beschwerdeführerin behauptete (indirekte) Diskriminierung, aus der sie einen höheren Lohnanspruch ableite, falle demnach a priori ausser Betracht. Die Beschwerde sei daher abzuweisen, soweit überhaupt darauf eingetreten werden könne.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin rügt, ihre mit Verfügung der Schulpflege B. vom 1. Mai 2012 erfolgte Lohneinstufung sei geschlechtsdiskriminierend. Als Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse übe sie einen typischen, im Vergleich zu anderen gleichwertigen Tätigkeiten in der kantonalen Verwaltung schlechter entlöhnten Frauenberuf aus. Die frauenspezifische Prägung ergebe sich aus dem Umstand, dass aktuell 86,8% der Primarlehrpersonen im Kanton Aargau (bzw. 82,1% gesamtschweizerisch) weiblich seien. Nicht angefochten wird demgegenüber die Durchführung des Bewertungsverfahrens anhand der als diskriminierungsfrei beurteilten ABAKABA-Methode. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist somit – im Rahmen der kritisierten Umsetzung des Bewertungssystems mittels des sog. 3-Vektoren-Modells – einzig die Frage der geschlechtsmässigen Identifikation des Berufs der Primarlehrkraft.

5.2 Während das BKS den Lehrberuf Primarstufe als geschlechtsneutral einstuft, betont das EBG dessen (nunmehr) weiblichen Charakter.

6.

6.1

6.1.1 Liegen bei Staatsangestellten ungleiche Besoldungen vor, findet als Schranke grundsätzlich einzig das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV Anwendung. Dieses verschafft nicht unmittelbar ein subjektives Recht auf einen rechtsgleichen Lohn, sondern nur einen Anspruch auf Beseitigung der Ungleichheit und kann lediglich indirekt zur Folge haben, dass der öffentliche Arbeitgeber einer betroffenen Person zur Beseitigung einer Rechtsungleichheit höhere Leistungen ausrichten muss (BGE 131 I 105 E. 3.6 S. 109 f.; Urteil 8C_298/2014 vom 25. März 2015 E. 4.3). Art. 8 Abs. 1 BV verlangt nur – aber immerhin –, dass im öffentlichen Dienstrecht gleichwertige Arbeit gleich entlohnt wird. Den politischen Behörden wird diesbezüglich ein grosser Spielraum in der Ausgestaltung von Besoldungsordnungen zugestanden. Ob verschiedene Tätigkeiten als gleichwertig zu be-

trachten sind, hängt von Beurteilungen ab, die unterschiedlich ausfallen können. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind die Behörden befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Besoldung von Beamten massgebend sein sollen (BGE 125 I 71 E. 2c/aa S. 79; 124 II 409 E. 9b S. 426 f.; 123 I 1 E. 6b S. 8; 121 I 102 E. 4a/c S. 104 f.; Urteil 8C_664/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2). Das Bundesgericht übt dabei eine gewisse Zurückhaltung und greift von Verfassungs wegen bloss ein, wenn der Kanton mit den Unterscheidungen, die er trifft, eine Grenze zieht, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit in den meisten Fällen auch geradezu willkürlich ist (BGE 129 I 161 E. 3.2 S. 165; 123 I 1 E. 6a S. 7 f., mit Hinweisen; Urteil 8C_664/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2; vgl. auch Urteil 8C_298/2014 vom 4. Mai 2015 E. 4.3).

6.1.2 Demgegenüber haben gemäss Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV Frau und Mann Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Nach Art. 3 Abs. 1 GIG dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Grund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. 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 nach Lehre und Rechtsprechung 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 sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist (BGE 136 II 393 E. 11.3 S. 397 mit Hinweisen). Zu den objektiven Kriterien gehören Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken; darüber hinaus kann es sich um Gründe handeln, welche sich aus sozialen Rücksichten ergeben, wie familiäre Belastung und Alter, und schliesslich kommen auch äussere Faktoren wie die konjunkturelle Lage in Betracht, soweit ihre Berücksichtigung einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht (BGE 136 II 393 E. 11.3 S. 397 f.; 130 III 145 E. 5.2 S. 164 f.; je mit weiteren Hinweisen). Um eine unterschiedliche Entlöhnung zu rechtfertigen genügt es nicht, dass die Arbeitgebenden irgendeinen Grund anführen. Sie müssen vielmehr beweisen, dass ein objektives Ziel verfolgt wird, welches einem echten unternehmerischen Bedürfnis entspricht, und dass die Ungleichbehandlung geeignet ist, das angestrebte Ziel unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zu erreichen (BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 165 mit Hinweisen). Objektive Gründe vermögen im Allgemeinen eine unterschiedliche Entlöhnung nur dann zu rechtfertigen, wenn sie für die konkrete Arbeitsleis-

tung und die Lohngestaltung durch die Arbeitgebenden wesentlich sind (BGE 130 III 145 E. 5.2 S. 165 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).

6.1.3 Die geschlechtsspezifische Identifizierung der benachteiligten Funktion ist somit Tatbestandsvoraussetzung, damit eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung in Frage kommt. Sie grenzt den Anwendungsbe-
reich von Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV bzw. Art. 3 GIG von demjenigen des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots von Art. 8 Abs. 1 BV ab (BGE 125 II 530 E. 2a S. 532; 124 II 529 E. 3a S. 530 f. und E. 5d S. 533 f. mit Hinweisen; Urteil 2A.205/2004 vom 8. April 2005 E. 4.1). Ohne Feststellung einer geschlechtsspezifischen Qualifikation kann das Bundesgericht eine formal geschlechtsneutrale Lohnfestsetzung nicht auf die in E. 6.1.2 genannten Kriterien hin überprüfen.

6.2 Wie hievor aufgezeigt, wird eine indirekte Geschlechtsdiskriminierung bejaht, 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. Ob eine Tätigkeit, deren (indirekte) Benachteiligung gerügt wird, geschlechtsspezifisch identifiziert ist, kann nicht immer einfach beantwortet werden und hängt teilweise auch von Wertungen ab. In erster Linie ist jedoch entsprechend der Umschreibung der indirekten Diskriminierung auf das quantitative, statistische Element abzustellen. Der Anteil des einen Geschlechts in der Gruppe der Benachteiligten muss erheblich höher sein als der Anteil des anderen Geschlechts (BGE 124 II 529 E. 5e S. 534 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine Funktion in der Regel als typisch weiblich, wenn der Frauenanteil eindeutig höher als 70% liegt (vgl. BGE 125 II 385 E. 3b S. 387, 530 E. 2b S. 532; Urteile 2A.205/2004 vom 8. April 2005 E. 4.2 und 1A.34/1999 vom 5. Oktober 1999). Es kann aber auch, namentlich wenn die betreffende Funktion in Lohngleichheitsverfahren vergleichsweise als Referenzberuf herangezogen wird, die geschichtliche Dimension bzw. die historische Prägung berücksichtigt werden (BGE 125 II 530 E. 2b S. 532; Urteile 8C_78/2009 vom 31. August 2010 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 136 II 393, und 2A.205/2004 vom 8. April 2005 E. 4.2). Eine berufliche Tätigkeit kann sich hinsichtlich ihrer geschlechtsspezifischen Identifikation im Laufe der Zeit indessen verändern. So hat das Bundesgericht im Urteil 2A.205/2004 vom 8. April 2005 (E. 4.6) bezogen auf die Berufsgruppe der medizinisch-technischen Radiologieassistentinnen (MTRA) erkannt, dass, da sowohl im konkret betroffenen Kanton als auch in der gesamten Deutschschweiz der Frauenanteil an den berufstätigen MTRA deutlich höher als 70% liege, diese Funktion als ge-

schlechtsspezifisch betrachtet werden müsse. Diese Annahme beruhe auf den aktuell gegebenen Anstellungsverhältnissen. Angesichts der Entwicklung bei den Anstellungsverhältnissen und der Zahlen bei den Lehrverhältnissen sei es nicht ausgeschlossen, dass sich der Beruf der MTRA im Laufe der Zeit zu einem geschlechtsneutral definierten entwickeln werde. Im hier zu beurteilenden Zeitraum sei dies jedoch nicht der Fall.

6.3 Auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft liegt eine mittelbare Diskriminierung nur vor, wenn «erheblich» oder «wesentlich» oder «prozentual sehr viel mehr» Frauen als Männer nachteilig betroffen sind. Soweit in den bisher entschiedenen Fällen das entsprechende Verhältnis quantitativ bekannt war, war der Anteil der von einer Regelung benachteiligten Frauen durchwegs in der Grössenordnung von ca. 10:1 oder mehr (BGE 124 II 529 E. 5g S. 535 f.; ferner OLIVIER STEINER, Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung, in: AJP 2001 S. 1281 ff., S. 1287 f.).

6.4 Das Lohnleichheitsgebot gilt sodann nur für den jeweiligen Arbeitgeber bzw. ein von diesem abhängiges System; der Arbeitgeber darf innerhalb seines Einflussbereichs nicht geschlechtsmässig diskriminieren (BGE 125 I 71 E. 4d/bb S. 86). Deshalb ist auch für die Beurteilung, ob eine (indirekte) Diskriminierung vorliegt, in erster Linie auf die Zahlenverhältnisse beim konkreten Arbeitgeber abzustellen. Wenn dort die Verhältnisse wenig aussagekräftig sind, werden gesamtschweizerische Verhältnisse herangezogen. Da es um die Lohnzahlungen für die Beschäftigten geht, sind zudem primär diejenigen Personen massgebend, die den Beruf tatsächlich ausüben (vgl. BGE 124 II 436 E. 6b S. 440; Urteil 2A.205/2004 vom 8. April 2005 E. 4.5.1 mit Hinweisen).

6.5 Schliesslich ist für die Beantwortung der Frage, ob und wie eine Arbeit, deren Bewertung Gegenstand eines Rechtsstreits ist, als geschlechtsspezifisch identifiziert zu gelten hat, nicht die Sachlage im Urteilszeitpunkt massgeblich. Vielmehr sind die diesbezüglich wesentlichen Verhältnisse im Moment der Bewertungsvorgänge beim Arbeitgeber, die der angefochtenen Lohnverfügung zugrunde liegen, relevant (ELISABETH FREIVOGEL, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., 2009, Rz. 103 zu Art. 3 GIG).

7.

Im vorliegenden Verfahren ist erstmals letztinstanzlich über den Anspruch einer Primarlehrerin auf nichtdiskriminierende Entlohnung zu entscheiden. Bis anhin war der Primarlehrerberuf stets als (geschlechtsneutrale) Referenz Tätigkeit zu typisch weiblichen Berufen angerufen und zugelassen worden.

7.1 In BGE 124 II 409 (E. 8b S. 425 f.) hatte das Bundesgericht erwogen, die Vorinstanz habe die Tätigkeit der Handarbeitslehrerinnen mit derjenigen der Primarlehrkräfte verglichen. Der beschwerdeführende Kanton Zürich anerkenne, dass der Beruf der Handarbeitslehrerin ein typischer Frauenberuf sei, bringe jedoch vor, dass rund 60% der Primarlehrkräfte weiblich seien, sodass dieser Beruf nicht als typisch männlich betrachtet werden kön-

ne. Das Verwaltungsgericht habe dazu ausgeführt, die anderen Lehrberufe zählten ungeachtet des heute höheren Frauenanteils von der Geschichte her zu den männlichen Berufsbildern und seien daher besoldungsmässig stets anders als die typischen Frauenberufe eingeordnet gewesen. Es könne dahingestellt bleiben, ob das eine vom Bundesgericht nicht überprüfbare Tatsachenfeststellung oder einen überprüfbaren allgemeinen Erfahrungssatz darstelle. Eine Diskriminierung liege nämlich nicht nur dann vor, wenn ein typisch weiblicher gegenüber einem typisch männlichen Beruf ungerechtfertigt benachteiligt werde, sondern auch, wenn dies zwischen einem typisch weiblich und einem geschlechtsmässig neutral identifizierten Beruf erfolge. Der Primarlehrberuf sei, wenn auch nicht typisch männlich, so doch jedenfalls geschlechtsmässig neutral identifiziert.

Sodann war in BGE 124 II 529 (E. 5f S. 535), welchem ein von einer Sozialarbeiterin initiiertes Lohnungleichheitsprozess zugrunde lag, zwar ausdrücklich festgehalten worden, gesamtschweizerisch seien 1996 vier Fünftel der Primarlehrerpatente an Frauen erteilt worden. Dennoch gelte, wie sich aus BGE 124 II 409 ergebe, der Primarlehrberuf nicht als spezifisch weiblich; er werde im Gegenteil als geschlechtsneutral identifizierter Vergleichsberuf herangezogen für die Beurteilung, ob typische Frauenberufe wie Kindergärtnerinnen oder Handarbeits- und Hauswirtschaftslehrerinnen diskriminiert würden.

Gemäss höchstrichterlicher Feststellung in BGE 124 II 436 (E. 6b S. 440) hatten im Kanton Solothurn in den vorangegangenen Jahren deutlich mehr Frauen als Männer ein Primarlehrerpatent erhalten. Der Männeranteil habe im Zeitraum von 1988 bis 1997 aber dennoch bei knapp einem Viertel gelegen und von den insgesamt im Einsatz stehenden Primarlehrkräften seien über 40% Männer gewesen. Der Primarlehrberuf lasse sich daher zwar nicht als typisch männlich, aber auch nicht als typischer Frauenberuf betrachten, sodass eine (lohnmassige) Ungleichbehandlung von – im konkreten Verfahren beschwerdeführenden – Kindergärtnerinnen und Primarlehrern grundsätzlich eine Geschlechtsdiskriminierung darstellen könne.

In BGE 125 II 530 (E. 2b S. 532) war das Bundesgericht gemäss unbestrittener vorinstanzlicher Sachverhaltsdarstellung von einem Frauenanteil der Primarlehrkräfte in der Stadt Zürich von 72% bzw. gesamtschweizerisch in den Jahren 1996/97 von rund 70% ausgegangen. Indessen zeigten BGE 124 II 409 und 436 – so die weiteren Erwägungen –, dass der Primarlehrberuf bisher gemeinhin als geschlechtsmässig neutral betrachtet und gerade auch in Lohnungleichheitsverfahren als neutraler Vergleichsberuf gegenüber Frauenberufen, wie etwa demjenigen der in casu betroffenen Kindergärtnerin, herangezogen worden sei, was sich durch die historische Prägung dieses Berufs erklären lasse. Der vom Verwaltungsgericht angestellte Vergleich sei daher grundsätzlich nicht zu beanstanden.

Zuletzt war mit – ebenfalls von Kindergärtnerinnen angestregten – Urteilen 2A.79/2007, 2A.80/2007 und 2A.81/2007 vom 15. Juni 2007 bezogen auf die im Jahr 2005 geltenden Verhältnisse erwogen worden, dass die

Vorinstanzen zutreffend angenommen hätten, der Beruf des Primarlehrers sei, obwohl mittlerweile überwiegend von Frauen ausgeübt, auf Grund seiner historischen Prägung weiterhin als geschlechtsmässig neutral zu werten und könne deshalb in Lohnvergleichsfragen wie bis anhin als neutraler Vergleichsberuf gegenüber Frauenberufen dienen (jeweils E. 2).

7.2 In der Literatur ist die entsprechende Identifikation des Primarlehrberufs bis vor kurzem weitgehend wertungsfrei wiedergegeben worden (vgl. SUSY STAUBER-MOSER, Gleichstellungsgesetz und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: *Wirtschaftsrecht in Bewegung – Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser*, 2008, S. 485 ff., insb. S. 493 oben und FN 38; dieselb., Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: *AJP* 2006 S. 1352 ff., insb. S. 1356 und FN 41; HANSJÖRG SEILER, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 2003, S. 113 ff.; MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage – wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Frau und Mann, 2003, *Rz.* 532 S. 275; STEINER, a.a.O., S. 1288). In jüngerer Zeit finden sich in der Lehre allerdings vermehrt Hinweise auf eine diesbezüglich allenfalls zu überdenkende und den aktuellen Gegebenheiten anzupassende Praxis: So führen etwa ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH (*Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., 2012, *Rz.* 20 zu Art. 322 OR S. 300) aus, als geschlechtsneutral gelte – «mindestens damals noch» (mit Blick auf BGE 125 II 530) – der Primarlehrberuf. ELISABETH FREIVOGEL (a.a.O., *Rz.* 104 und FN 182 zu Art. 3 GIG) hält sodann ebenfalls fest, die geschichtliche Entwicklung mache deutlich, dass Anfang der 70er-Jahre der Beruf der Primarlehrperson noch eindeutig männlich geprägt gewesen sei. Mittlerweile sei eine Mehrheit von Primarlehrkräften demgegenüber weiblichen Geschlechts, weshalb der Beruf bezogen auf die aktuellen Gegebenheiten unter Umständen sogar als weiblich identifiziert zu gelten habe. Ferner betont auch FLORENCE AUBRY GIRARDIN (*Discrimination salaire: Art. 3 LEg*, in: *Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité*, 2011, S. 82 oben und FN 93): «La qualification d'une activité peut en outre varier au fil du temps, de sorte qu'une profession typiquement masculine ou féminine peut devenir neutre à raison du sexe ou inversement. Par exemple la profession d'enseignant primaire qui, de typiquement masculine est devenue neutre à raison du sexe et est en passe devenir typiquement féminine.»

8.

8.1 Das kantonale Gericht hat in seinem Entscheid festgestellt, dass sich der Frauenanteil unter den Lehrpersonen Primarstufe in den letzten Jahren weiter erhöht habe und nunmehr basierend auf den aktuellsten Statistiken bei über 80% liege. Im Kanton Aargau betrage er 87,2% und gesamtschweizerisch 81,5%. Der aargauischen Lehrkräftestatistik 2012/13 ist ferner zu entnehmen, dass sich der Anteil an weiblichen Fachkräften im Bereich Einschulungsklasse gar auf 95,7% beläuft, wohingegen sich die entsprechenden Zahlen in den Schultypen Realschule (58%), Sekundarschule (55,8%), Be-

zirksschule (56,3%), Kleinklasse Sekundarstufe I (52,2%), Berufswahljahr/IBK (38,5%) und Werkjahr (46,2%) merklich unter 70% bewegen. Auf Grund dieser Angaben, auf welche auch die Beschwerdeführerin abstellt, steht mithin fest, dass sowohl gesamtschweizerisch als auch im Kanton Aargau der Frauenanteil bei den Lehrkräften Primarschule/Einschulungsklasse – im Gegensatz zu den übrigen Schultypen – beträchtlich höher als 70% ist. Diese Annahme wird überdies untermauert durch die inzwischen langjährige gesamtschweizerische Statistik des Bundesamtes für Statistik (BFS). Danach ergeben sich gestützt auf die Grafik «Frauenanteil bei den Lehrkräften» sowie die Tabelle «Frauenanteil bei den Lehrkräften nach Bildungsstufe» (öffentliche Schulen) folgende Erkenntnisse (abrufbar unter: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/gleichstellung_und/lehrkraefte.html): Für die Primarschule wurde der Frauenanteil erstmals 1993/94 erhoben und lag damals bei 68,9%. 1994/95 wurde diesbezüglich ein Wert von 70,1% erreicht. 2008/09 lag der Anteil sodann mit 80,6% bereits bei über 80%. Bei anderen Lehrberufen beträgt der Frauenanteil demgegenüber mit Ausnahme der Sparten Vorschule/Eingangsstufe (wo er um 95% oszilliert) und Sekundarstufe I (wo er sich derzeit bei 52,2% bewegt) deutlich weniger als 50%.

8.2 Dennoch wurde im angefochtenen Entscheid erwogen, trotz dieser Entwicklung bestehe kein genügender Anlass, in Bezug auf die Qualifikation des Berufs Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse eine Praxisänderung vorzunehmen und ihn neu nicht mehr als geschlechtsneutral zu werten.

8.2.1 Als Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen an, werde ein bestimmter Beruf wegen seiner historischen Prägung als geschlechtsneutral bzw. als geschlechtsspezifisch angesehen, so müsse diese Qualifikation längerfristig Bestand haben und dürfe nicht allein infolge kurzfristiger Änderungen der Genderverhältnisse wieder in Frage gestellt werden. Tatsächlich sei der Beruf der Primarlehrperson seinerzeit primär aus historischen Gründen als geschlechtsneutral beurteilt worden. Der mittlerweile erfolgte Anstieg des Frauenanteils genüge daher nicht, um die damalige Qualifikation in Zweifel zu ziehen. So hat das Bundesgericht, wie hievordargelegt, den Primarlehrberuf auf Grund des historisch männlich geprägten Berufsbilds und trotz eines Frauenanteils von 70% und höher bislang als neutrale Vergleichsgruppe zugelassen. Rechtsprechungsgemäss kann sich eine berufliche Tätigkeit hinsichtlich ihrer geschlechtsspezifischen Wertung indessen verändern. Im Urteil 2A.205/2004 vom 8. April 2005 war bezogen auf die Berufsgruppe der MTRA denn auch ausdrücklich festgehalten worden, angesichts der Entwicklung bei den Anstellungsverhältnissen und der Zahlen bei den Lehrverhältnissen erscheine es nicht ausgeschlossen, dass sich der Beruf im Laufe der Zeit von einem typisch weiblichen zu einem geschlechtsneutral definierten wandeln werde. Gemäss den in E. 7 genannten Urteilen hatte sich der Primarlehrberuf bereits von einer ehemals männerdominierten zu einer geschlechtsneutralen Tätigkeit gewandelt. Weist eine Berufssparte im massgeblichen Beurteilungszeitpunkt auf Grund eines lang-

jährigen Prozesses in quantitativer Hinsicht eine klare Ausprägung auf, tritt ein allfälliges historisches Element in den Hintergrund.

8.2.2 Hinzu komme – so die vorinstanzliche Argumentation im Weiteren –, dass im Kanton Aargau auf Beginn des Schuljahrs 2014/15 die Umstellung vom aktuellen Modell «fünf Jahre Primarstufe/vier Jahre Oberstufe» auf das Modell «sechs Jahre Primarstufe/drei Jahre Oberstufe» erfolgen werde. Es sei absehbar, dass in diesem Zusammenhang vermehrt männliche Lehrkräfte von der Oberstufe an die Primarstufe überträten und sich dadurch das Genderverhältnis an der Primarstufe ändern werde. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass für die Beurteilung, ob ein Beruf hinsichtlich seiner Identifikation als weiblich, männlich oder geschlechtsneutral zu gelten hat, der Zeitpunkt der Bewertungsvorgänge beim Arbeitgeber und nicht eine hypothetische zukünftige Situation massgebend ist. Im Übrigen zeigt die mittlerweile erschienene Lehrkräftestatistik des Kantons Aargau für das Schuljahr 2014/15, dass der Wechsel des Modells «fünf Jahre Primarstufe/vier Jahre Oberstufe» auf das Modell «sechs Jahre Primarstufe/drei Jahre Oberstufe» nur zu einer geringfügigen Verminderung des Frauenanteils auf der Primarstufe von 87,1% (2013/14) auf 85,3% bzw. bei den Einschulungsklassen sogar nochmals zu einer Erhöhung von 95,3% (2013/14) auf 95,9% geführt hat.

8.2.3 Den Beruf der Primarlehrperson weiterhin als geschlechtsneutral anzusehen, rechtfertigt sich nach der Betrachtungsweise des kantonalen Gerichts schliesslich umso mehr, als das entsprechende Bild in der gesellschaftlichen Wahrnehmung nach wie vor stark verankert sei. Es sei gerichtsnotorisch, dass die geringe Vertretung von Männern im Lehrberuf, namentlich auf Primarstufe, allgemein als Mangel betrachtet werde und Korrekturmassnahmen verlangt würden. Seit geraumer Zeit würden denn auch konkrete Vorkehren diskutiert und umgesetzt, um den Männeranteil bei den Primarlehrpersonen wieder anzuheben. Offenbar gäbe es, wie der aktuellen Presse zu entnehmen sei, bereits gewisse Indizien für eine mögliche Trendwende in Bezug auf den Frauenanteil an der Primarstufe. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Ruf nach «Korrekturmassnahmen» nicht als Hinweis für ein immer noch als geschlechtsneutral wahrgenommenes Berufsbild gedeutet werden kann. Derartige Forderungen lassen vielmehr den Schluss zu, dass die Tätigkeit der Primarlehrkraft heute als frauenspezifisch angesehen wird, man diesen Umstand aus gesellschaftlicher Sicht indessen bedauert und angestrebt wird, die Attraktivität der Primarstufe auch für Männer wieder zu steigern. Mit dem EBG ist diesbezüglich ebenfalls auf die Diskussion im Bereich der sog. MINT-Fächer (zusammenfassende Bezeichnung von Unterrichts- und Studienfächern bzw. Berufen aus den Bereichen Mathematik, Informatik, Naturwissenschaft und Technik) zu verweisen. Die Tatsache, dass die in den betreffenden Bereichen herrschende Untervertretung von Frauen als ein zu korrigierender Mangel betrachtet und eine vermehrte weibliche Beteiligung verlangt wird (vgl. beispielsweise die im Bundesbeschluss über die Legislaturplanung 2011–2015 vom 15. Juni 2012 erwähnten Massnahmen, BBl

2012 7155 ff., insb. 7165 Ziff. 115), macht diese nicht gleichsam automatisch zu frauentypischen oder geschlechtsneutralen Berufsgattungen.

9.

9.1 Beträgt der Frauenanteil bei einem Arbeitgeber mehr als 70%, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass dies nicht zufällig, sondern auf Grund einer geschlechtstypischen Prägung der betreffenden Funktion so ist. Auf gesamtschweizerische Verhältnisse kann in solchen Fällen allenfalls im Sinne eines Hilfskriteriums abgestellt werden, so etwa wenn beim betreffenden Arbeitgeber die 70%-Limite nur relativ knapp überschritten oder wenn die absolute Zahl der Beschäftigten klein ist, sodass auch ein hoher prozentualer Frauenanteil zufällig sein kann (vgl. E. 6.4 hievor).

9.2 Der Frauenanteil bei den Primarlehrkräften liegt im Kanton Aargau – im für die hier vorzunehmende Beurteilung massgeblichen Zeitpunkt der Bewertungsvorgänge beim Arbeitgeber (vgl. E. 6.5 hievor) – unbestrittenermassen deutlich höher als 70%. Auch ist die absolute Zahl der Beschäftigten nicht so klein, dass von einer zufälligen Geschlechterverteilung gesprochen werden könnte. Zudem geht aus den im vorinstanzlichen Entscheid wiedergegebenen wie auch anderweitigen statistischen Unterlagen klar hervor, dass es sich dabei um eine gesamtschweizerische Erscheinung handelt. Die entsprechenden Angaben belegen überdies den kontinuierlichen, konstanten Charakter dieser Entwicklung namentlich in den letzten zwanzig Jahren, welcher die Annahme eines bloss kurzzeitigen Phänomens ausschliesst. Lag der diesbezügliche Frauenanteil in den Jahren 1993/94 noch bei knapp 69%, beträgt er mittlerweile bereits 81,5% (vgl. im Detail E. 8.1 hievor). Hat sich die öffentliche Wahrnehmung des Berufs zwischenzeitlich derart stark gewandelt, dass mittels Gegenmassnahmen wieder eine geschlechtsneutrale Wertung angestrebt wird, ist der historischen Prägung keine entscheidungswesentliche Bedeutung mehr beizumessen. Vielmehr ist die Frage, ob die weiblichen Lehrkräfte in der Primarstufe von einer indirekten Diskriminierung betroffen sind, auf Grund der aktuellen Prozentzahlen zu beurteilen. Ist somit sowohl im Kanton Aargau als auch landesweit der Frauenanteil am Primarlehrpersonal merklich höher als 70%, so muss diese Funktion heute – anders als noch vor einigen Jahren – als nicht mehr geschlechtsneutral, sondern frauenspezifisch betrachtet werden. Eine indirekte Diskriminierung ist zu bejahen, 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 werden könnte (E. 6.1.2 hievor). Der Umstand eines in casu sehr hohen Frauenanteils lässt somit den Schluss zu, dass, sollte eine lohnmassige Benachteiligung festgestellt werden, diese als Diskriminierung infolge des Geschlechts zu qualifizieren wäre.

Diese Feststellung beinhaltet ausdrücklich keine Aussage zur (qualitativen) Eignung für die entsprechende Tätigkeit. Unbestrittenermassen sind sowohl Frauen wie Männer gleichermaßen befähigt und in der Lage, diese auszuüben. Auch ist ein ausgeglichener Anteil an Frauen und Männern wün-

schenswert. Im vorliegenden Kontext ist einzig zu beurteilen, wie es sich bezüglich des quantitativen Elements im Rahmen der Entlohnungsfrage verhält bzw. wie dieses zu werten ist. Erst durch die Bejahung der frauenspezifischen Ausprägung des Primarlehrberufs wird die Möglichkeit und Verpflichtung geschaffen, dessen Entlohnung unter dem Aspekt der besoldungsmässigen Geschlechtsdiskriminierung insbesondere auf allfällige sachlich nicht erklärbare bzw. diskriminierende Elemente hin zu überprüfen (vgl. E. 6.1.2 hievor).

10.

Die Beschwerdeführerin hat im vorinstanzlichen Verfahren mit der Begründung einen höheren Lohn gefordert, dass sie auf Grund der Tatsache, einen frauentypischen Beruf auszuüben, (indirekt) diskriminiert werde. Das kantonale Gericht hat die Primarlehrstätigkeit der Beschwerdeführerin in der Folge als nicht frauentypisch, sondern geschlechtsneutral beurteilt und die Frage der Diskriminierung nicht weiter behandelt. Das vorliegende Ergebnis führt nicht zur Feststellung, Primarlehrkräfte im Kanton Aargau seien lohn-mässig diskriminiert, sondern lediglich dazu, dass nunmehr die Voraussetzung gegeben ist, um zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin behauptete indirekte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GIG vorliegt oder nicht. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die entsprechende Beurteilung vornimmt.

Tribunal fédéral, Arrêt du 1^{er} décembre 2015, Doss.-No 4A_362/2015 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement rendu le 8 juin 2015 par la I^{re} Cour civile du Tribunal cantonal du canton du Valais)

Art. 341 CO. Accord de résiliation. L'art. 336c CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, pour autant que ce dernier comporte des concessions réciproques – d'importance comparable – et qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction. La résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune exigence de forme (cf. art. 115 CO) et peut donc être donnée par écrit, oralement ou même tacitement (c. 3.2). En l'espèce, on ne voit pas en quoi il y aurait eu des concessions réciproques d'importance comparable permettant de conclure qu'il s'agit nettement d'un cas de transaction. L'employeuse entendait de toute façon renoncer à la prestation de travail puisqu'elle avait déjà engagé une autre personne; une telle renonciation ne peut constituer une concession suffisante puisque l'art. 324 al. 1 CO ne libère pas l'employeur de l'obligation de rémunérer le travailleur. En revanche, l'employée aurait fait une concession importante en se privant de la protection conférée par les règles sur le report de l'échéance contractuelle en cas de grossesse ou d'incapacité de travail non imputable à sa faute (art. 336c al. 1 let. b et c, al. 2 et 3

CO), hypothèses qui n'avaient rien d'aléatoire au moment où la lettre de congé a été contresignée (c. 3.3).

Lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et que les parties passent simultanément ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin du contrat, il n'y a toutefois pas d'accord de résiliation et l'art. 336c CO reste applicable. L'acceptation de la résiliation par l'employé ne suffit pas à elle seule pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et par là même d'une volonté implicite de celui-ci de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (c. 3.2). Le fait qu'en l'espèce l'employée ait contresigné la lettre de résiliation, qu'elle ait accepté la résiliation, et même qu'elle ait espéré recevoir son congé, compte tenu des tensions provoquées par ses divers arrêts de travail, ne constitue pas un comportement sans équivoque permettant de déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et d'une volonté implicite de la demanderesse de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (c. 3.3).

Art. 324 CO. Lorsque l'employeur est en demeure d'accepter la prestation du travailleur ou qu'il lui a signifié un congé immédiat injustifié, il doit payer son salaire, le cas échéant jusqu'à ce qui aurait été l'échéance ordinaire du contrat. Toutefois, en vertu des art. 324 al. 2 CO et 337c al. 2 CO, l'employeur peut imputer sur sa dette salariale le revenu que le travailleur a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé. Cette obligation d'imputation vaut aussi lorsque l'employé a été libéré du devoir de travailler. S'agissant du gain hypothétique, les circonstances d'espèce sont déterminantes; l'on doit pouvoir raisonnablement exiger du travailleur qu'il reprenne une place de travail. L'employeur doit prouver l'existence et le montant des gains imputables sur le salaire dû, le travailleur étant tenu de collaborer en vertu du principe de la bonne foi. Cette preuve est difficile à rapporter s'agissant du gain hypothétique. En principe, l'employeur peut se contenter de démontrer que dans la profession concernée, il existait au moment concerné une demande de forces de travail (c. 5.2).

Extraits des faits:

A. exploite l'établissement public D., à... (VS). Par contrat de travail de durée indéterminée prenant effet le 1^{er} août 2007, elle a engagé B. en qualité de pizzaïola, pour un salaire mensuel brut de 3260 fr. versé treize fois l'an. Dès le 1^{er} juillet 2010, cette employée a été affectée en cuisine et son salaire mensuel brut est passé à 3750 fr., 13^e salaire en sus. Alors qu'elle était enceinte d'un mois, B. a fait une fausse couche. Son incapacité de travail, d'abord prévue pour un temps indéterminé, a finalement duré deux jours, du 18 au 20 janvier 2011. Le samedi 12 mars 2011, B. a effectué son service du matin jusqu'à 14 heures, mais ne s'est pas présentée pour celui du soir. Le

mardi 15 mars 2011, A. a adressé à B. une lettre de « mise en demeure » se référant à son absence du samedi soir « sans aucune excuse ou motif valable », et lui donnant un « dernier avertissement ». Ce même 15 mars, B. a travaillé jusqu'à 14 heures, puis, se sentant très mal, s'est rendue chez son médecin qui a diagnostiqué un début de dépression. Elle n'a pas repris son service du soir et a été mise en incapacité totale de travailler du 16 mars au 10 avril 2011.

Le 12 avril 2011, B. s'est présentée sur son lieu de travail et a constaté que son poste était occupé. A. lui a alors présenté une lettre de congé dont la teneur est la suivante: « Par la présente, je t'informe que je te donne ton congé pour le 31 mai prochain. Ton incompatibilité d'humeur avec ta collègue, avec moi, rend tout rapport de travail impossible. Afin de ne pas mettre en péril la bonne marche de mon entreprise, j'ai donc pris cette décision. Tu percevras les salaires d'avril et mai normalement. Un décompte final te sera envoyé ainsi qu'un certificat de travail. Je te libère de l'obligation de travailler dès le 12 avril 2011. » B. a contresigné cette lettre de congé, puis a quitté les lieux. Lors de son interrogatoire par le Tribunal du travail, elle a précisé qu'elle avait apposé sa signature sur cette lettre pour acceptation. Selon ses explications, elle savait que A. avait engagé quelqu'un pour la remplacer en cuisine et elle espérait être licenciée, car les rapports de travail étaient devenus difficiles à la suite des doutes émis sur la crédibilité de ses diverses incapacités de travail; elle avait donc accepté sans autre le congé qui lui avait été donné, puisqu'elle l'attendait.

A une date indéterminée, mais qui se situe aux alentours du 20 avril 2011, B. est tombée enceinte, information qu'elle a portée à la connaissance de A. par courrier du 26 mai 2011. Invoquant la suspension du congé pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement, l'intéressée a offert ses services à A. et l'a mise en demeure de lui fournir du travail, ce que cette dernière a refusé. S'estimant ainsi libérée de son obligation de travailler, B. a invité A. à lui verser son salaire jusqu'à seize semaines après son accouchement, sans succès. Toutes ces démarches ont été effectuées avec l'aide du Syndicat E., auquel B. est affiliée. Par lettre du 18 novembre 2011, la Caisse de chômage C. (ci-après: la caisse de chômage) a informé A. qu'elle avait décidé de verser l'indemnité de chômage à B. tant que durerait le litige relatif à l'obligation de payer le salaire durant le délai de congé; elle a précisé que le versement entraînait une subrogation légale en sa faveur. B. a accouché d'une fille le 16 janvier 2012. Par décision du 20 avril 2012, la caisse de compensation lui a accordé une allocation de maternité de 10'662 fr. 40. Quant aux indemnités de chômage perçues par l'intéressée, elles se sont élevées au montant brut de 27'075 fr. 05 pour la période de juin 2011 à juin 2012.

Après une tentative de conciliation infructueuse, B. a assigné A. le 2 avril 2012 devant le Tribunal du travail du canton du Valais en paiement de la somme brute de 18'525 fr. 75 avec intérêts. Par écriture séparée du même jour, la caisse de chômage a fait de même; se prévalant de la subroga-

tion, elle a chiffré ses prétentions au montant brut de 19'051 fr. 25, avec intérêts. Par la suite, tenant compte des indemnités de chômage perçues pour la période de juin 2011 à juin 2012, B. a réduit ses prétentions au montant brut de 10'501 fr. 95, tandis que la caisse de chômage a porté les siennes au montant brut de 27'075 fr. 05. Par jugement du 25 juin 2013, le Tribunal du travail a condamné A. à verser le montant net de 8003 fr. 55 à B., à payer auprès des caisses afférentes les charges sociales et impôts à la source calculés sur un montant brut de 10'501 fr. 95, le tout avec intérêts, et enfin, à verser à la caisse de chômage le montant net de 27'075 fr. 05 avec intérêts à 5%. Par jugement du 8 juin 2015, la II^e Cour civile du Tribunal cantonal du Valais a rejeté l'appel déposé par A.

La défenderesse a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre le jugement du 8 juin 2015.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Dans un grief intitulé « Fin contractuelle du contrat de travail », la défenderesse, s'écartant largement et de manière irrecevable des constatations de fait du jugement entrepris, reproche aux juges cantonaux d'avoir sorti de son contexte la lettre de licenciement du 12 avril 2011. Admettant qu'elle « envisageait dans un premier temps un licenciement unilatéral tout en souhaitant obtenir l'adhésion de sa collaboratrice », elle relève que la demanderesse, lors de son interrogatoire par le Tribunal du travail, a déclaré qu'elle espérait être licenciée et qu'elle avait donc accepté sans autre le congé qui lui avait été donné, puisqu'elle l'attendait; il y aurait donc lieu de constater qu'en se quittant le 12 avril 2011, les parties « étaient convaincues et l'une et l'autre que la relation de travail avait définitivement pris fin et qu'elles ne se verraient pas de sitôt vu leurs relations exacerbées ».

3.2 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. Selon la jurisprudence, cette norme prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, mais elle n'interdit pas aux parties de rompre en tout temps le contrat d'un commun accord, pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi (ATF 119 II 449 consid. 2a; 118 II 58 consid. 2b p. 61). L'accord entre les parties doit être interprété restrictivement et ne peut constituer un contrat de résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est prouvée sans équivoque la volonté des intéressés de se départir du contrat (arrêt 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4.1, reproduit in JAR 2006 p. 351; arrêt 4C.37/2005 du 17 juin 2005 consid. 2.2; arrêt 4C.27/2002 du 19 avril 2002, publié in SJ 2003 I p. 220, consid. 2; arrêt 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, publié in SJ 1999 I p. 277, consid. 2c p. 279).

L'art. 336c CO prévoit la nullité du congé ou le report de l'échéance contractuelle lorsque l'employeur résilie en temps inopportun, notamment en cas de grossesse de l'employée. Nonobstant son caractère semi-impératif, cette disposition ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail d'un commun accord, pour autant que ce dernier comporte des concessions réciproques – d'importance comparable (arrêt 4A_563/2011 du 19 janvier 2012, consid. 4.1) – et qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction (Aufhebungsvertrag; ATF 118 II 58 consid. 2b p. 61; 110 II 168 consid. 3b p. 171; arrêt 4C.27/2002 précité, consid. 2). En revanche, lorsque l'employeur résilie unilatéralement le contrat et que les parties passent simultanément ou postérieurement un accord régissant uniquement les modalités de la fin du contrat, l'art. 336c CO reste applicable. L'acceptation de la résiliation par l'employé ne suffit pas à elle seule pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et par là même d'une volonté implicite de celui-ci de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (arrêt 4A_563/2011 précité, consid. 4.1; arrêt 4C.37/2005 précité, consid. 2.2; arrêt 4C.27/2002 précité, consid. 2).

La résiliation conventionnelle n'est soumise à aucune exigence de forme (cf. art. 115 CO) et peut donc être donnée par écrit, oralement ou même tacitement (cf. MÜLLER, *Die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses*, 1991, pp. 26 et 42). Pour savoir si un tel accord a été passé, il y a lieu de rechercher, tout d'abord, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1 CO; interprétation subjective); si le juge ne parvient pas à établir en fait une telle volonté, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (interprétation objective; arrêt 4A_474/2008 du 13 février 2009 consid. 3.1; ATF 133 III 675 consid. 3.3).

3.3 En l'espèce, il est constant que la défenderesse a pris l'initiative de la résiliation des rapports de travail en rédigeant une lettre de congé et en la présentant le 12 avril 2011 à la demanderesse qui reprenait son travail après un arrêt maladie. Comme l'ont relevé à raison les juges cantonaux, les termes utilisés dans cet écrit ne permettent pas de douter du caractère unilatéral de son contenu.

La défenderesse soutient toutefois que le comportement adopté par la demanderesse avant ou pendant la réception et la signature de cette lettre devrait faire inférer qu'elle a donné son accord à la résiliation des rapports de travail et que l'on serait ainsi en présence d'une résiliation conventionnelle.

Or, le fait que la demanderesse ait contresigné la lettre de résiliation, qu'elle ait accepté la résiliation, et même qu'elle ait espéré recevoir son congé, compte tenu des tensions provoquées par ses divers arrêts de travail, ne constitue pas un comportement sans équivoque permettant de déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et d'une volonté implicite de la demanderesse de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO.

Au surplus, on ne voit pas, dans l'hypothèse d'une résiliation conventionnelle, en quoi il y aurait eu des concessions réciproques d'importance comparable permettant de conclure qu'il s'agit nettement d'un cas de transaction. La défenderesse entendait de toute façon renoncer à la prestation de travail puisqu'elle avait déjà engagé une autre personne; une telle renonciation ne peut constituer une concession suffisante puisque l'art. 324 al. 1 CO ne libère pas l'employeur de l'obligation de rémunérer le travailleur (arrêt 4C.250/2001 du 21 novembre 2001 consid. 1b, cité par CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, n. 3 ad art. 335c CO p. 494). En revanche, la demanderesse aurait fait une concession importante en se privant de la protection conférée par les règles sur le report de l'échéance contractuelle en cas de grossesse ou d'incapacité de travail non imputable à sa faute (art. 336c al. 1 let. b et c, al. 2 et 3 CO), hypothèses qui n'avaient rien d'aléatoire au moment où la lettre de congé a été contresignée (cf. arrêt 4C.27/2002 précité, consid. 3c). Par ailleurs, la défenderesse ne saurait sérieusement prétendre qu'elle aurait renoncé à titre transactionnel à un licenciement pour justes motifs le 12 avril 2011, alors qu'elle indique elle-même qu'elle avait choisi d'adresser un licenciement ordinaire à la demanderesse, sur les conseils de sa fédération.

En réalité, comme l'ont relevé à raison les juges cantonaux, force est de constater que l'on n'est pas en présence d'un accord de résiliation, mais bien d'un accord sur les modalités de la résiliation, qui avait pour seul objet de régler les conditions de la fin des rapports de travail ensuite de la résiliation unilatérale signifiée par la défenderesse, avec pour conséquence que la protection accordée par l'art. 336c CO restait applicable.

4.

4.1 Dans un grief intitulé « Impossibilité réciproque de prester », la défenderesse, s'écartant ici aussi largement et de manière irrecevable des constatations de fait du jugement entrepris (cf. consid. 1.4 supra), reproche aux juges cantonaux d'avoir considéré qu'il n'y avait aucune raison de douter du sérieux de l'offre de service émise par la demanderesse le 26 mai 2011, lorsqu'elle avait constaté que le délai de congé était suspendu en raison de sa grossesse. Selon la défenderesse, la prétendue volonté de prester de la demanderesse ne serait « qu'une mise en scène orchestrée par le Syndicat » auquel elle est affiliée; dans la mesure où il apparaîtrait clairement de la position de la demanderesse que celle-ci ne voulait en réalité plus reprendre le travail auprès de la défenderesse et que toute collaboration était ainsi devenue absolument impossible, il y aurait lieu de retenir une impossibilité objective subséquente au sens de l'art. 119 CO, qui libérerait les parties de leurs obligations respectives.

4.2 Les juges cantonaux ont exposé de manière circonstanciée les raisons pour lesquels ils ont retenu en fait – d'une manière qui lie le Tribunal fédéral – que la demanderesse avait la volonté réelle d'offrir ses services après avoir constaté que le délai de congé était suspendu en raison de sa grossesse. Dès lors, le grief de la défenderesse, purement appellatoire, doit

être écarté. Au demeurant, l'art. 119 CO vise la situation où l'exécution d'une obligation devient objectivement impossible, par suite de circonstances non imputables au débiteur. Or, l'absence de volonté réelle de la demanderesse de fournir sa prestation, si elle avait été établie, n'aurait à l'évidence pas constitué un cas d'impossibilité d'exécution, mais un cas de demeure du débiteur.

5.

5.1 La défenderesse soutient enfin que la demanderesse et la caisse de chômage « avaient une obligation – si responsabilité il y avait – de diminuer le dommage » et que « [d]’un point de vue processuel, il incombait aux demanderesse d’alléguer et de prouver avoir entrepris des démarches pour obtenir un emploi (art. 17 LACI [...]) ». Elle produit deux attestations datées des 3 et 9 juillet 2015, destinées à démontrer qu’en Valais, le secteur de la restauration et de l’hôtellerie était demandeur d’emplois en 2011 et 2012; il s’agirait du reste d’un fait notoire dont les juges valaisans devaient avoir connaissance.

5.2 Lorsque l’employeur est en demeure d’accepter la prestation du travailleur ou qu’il lui a signifié un congé immédiat injustifié, il doit payer son salaire, le cas échéant jusqu’à ce qui aurait été l’échéance ordinaire du contrat. Toutefois, en vertu des art. 324 al. 2 CO et 337c al. 2 CO, l’employeur peut imputer sur sa dette salariale le revenu que le travailleur a gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé. Sur le principe, l’autorité de céans et bon nombres d’auteurs sont d’avis que cette obligation d’imputation vaut aussi lorsque l’employé a été libéré du devoir de travailler (cf. ATF 128 III 212 consid. 3b/cc p. 220; 128 III 271 consid. 4a/bb; 118 II 139 consid. 1b p. 142; cf. aussi arrêt 4A_509/2014 du 4 février 2015 consid. 4.1; GEISER/MÜLLER, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 3 e éd. 2015, n. 659 s.; BRÜHWILER, *Einzelarbeitsvertrag*, 3 e éd. 2014, n. 10b ad art. 324 CO; VISCHER/MÜLLER, *Der Arbeitsvertrag*, 4 e éd. 2014, p. 313 n. 53; REHBINDER/STÖCKLI, *Berner Kommentar*, 2010, n. 24 ad art. 324 CO; pour une présentation circonstanciée, cf. BLESİ, *Die Freistellung des Arbeitnehmers*, 2 e éd. 2010, n. 344 ss). S’agissant du gain hypothétique, les circonstances d’espèce sont déterminantes; l’on doit pouvoir raisonnablement exiger du travailleur qu’il reprenne une place de travail; la doctrine insiste sur la nécessité de respecter l’exigence légale d’un comportement intentionnel (arrêt 4C.246/2005 du 12 octobre 2005 consid. 6.1; BLESİ, *op.cit.*, n. 374 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7 e éd. 2012, p. 1155). D’aucuns soutiennent qu’il n’y a pas d’obligation d’imputation lorsque la libération du devoir de travailler résulte d’un accord (PORTMANN/RUDOLPH, in *Basler Kommentar*, 6 e éd. 2015, n. 7 ad art. 324 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op.cit.*, p. 396), ou nient même sans distinction l’obligation de chercher un nouvel emploi avant l’échéance du contrat (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3 e éd. 2014, p. 364).

L'employeur doit prouver l'existence et le montant des gains imputables sur le salaire dû, le travailleur étant tenu de collaborer en vertu du principe de la bonne foi (arrêt 4C.246/2005 précité, consid. 6.1; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 4^e éd. 2006, n. 31 ad art. 324 CO). Cette preuve est difficile à rapporter s'agissant du gain hypothétique. En principe, l'employeur peut se contenter de démontrer que dans la profession concernée, il existait au moment concerné une demande de forces de travail (ATF 96 II 52 consid. 3 p. 57; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *op.cit.*, p. 394).

5.3 Ni le jugement de première instance, ni l'arrêt attaqué ne traitent de cette problématique. La défenderesse ne prétend pas avoir soulevé ce grief devant l'autorité précédente, à qui elle ne reproche aucune violation du droit d'être entendu. L'on peut donc inférer que ce moyen est soulevé pour la première fois devant l'autorité de céans. La présentation d'un argument juridique nouveau est admissible dans les limites de l'art. 99 LTF, qui prohibe la présentation de faits et de moyens de preuve nouveaux (al. 1), respectivement la prise de conclusions nouvelles (al. 2). En l'occurrence, l'état de fait de l'arrêt attaqué ne renseigne pas sur la situation du marché de l'emploi, ni sur l'attitude de l'employée après qu'elle eut offert vainement ses services le 26 mai 2011. La défenderesse lui reproche de ne pas avoir allégué ni prouvé qu'elle avait fait des recherches d'emploi; ce grief est infondé. En effet, dans la mesure où il s'agissait de réduire sa dette de salaire, la défenderesse devait alléguer et prouver les circonstances permettant d'inférer que la demanderesse aurait pu raisonnablement reprendre un emploi, auquel cas celle-ci aurait pu contre-attaquer en alléguant et offrant de prouver des éléments à sa décharge tels que la recherche infructueuse d'un nouvel emploi. La défenderesse ne prétend pas avoir fait des allégations et offres de preuve topiques dans ses écritures. Elle produit deux pièces nouvelles sur la situation de l'emploi, qui sont irrecevables, et de toute façon inutiles du moment que la procédure n'a pas porté sur cette question. L'on précisera encore que la défenderesse, qui était assistée d'un avocat dès le début de la procédure, ne se plaint pas de ce que le tribunal aurait enfreint la maxime inquisitoire sociale (cf. art. 93 al. 2, 243 al. 1 et 247 al. 2 CPC), ce qui suffit déjà à clore toute discussion.

Le grief se révèle infondé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 décembre 2015, Doss.-No 4A_437/2015 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 8 juillet 2015 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 336 al. 1 let. a CO. Le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. La maladie est une raison inhérente à la personnalité au sens de la disposition précitée. Toutefois, si elle porte atteinte à la capacité de travail, la maladie n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation. Ainsi, la résiliation des rapports de travail en raison d'une incapacité prolongée perdurant au-delà du délai de protection de l'art. 336c CO n'est pas abusive, à moins notamment que l'incapacité trouve sa cause dans une violation de ses obligations par l'employeur (c. 2.2.2).

Pour qu'un congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre le motif répréhensible et le licenciement. En d'autres termes, il faut que le motif illicite ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur de résilier le contrat. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié: si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (c. 2.2.3). En cas de pluralité de motifs, dont l'un au moins s'avère abusif, il incombe à l'employeur de démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif (c. 2.2.5). En l'espèce, le congé notifié à l'employé reposait certes sur une pluralité de motifs (difficultés économiques et incapacité de travail de l'employé); l'indisponibilité de l'employé due à son incapacité de travail a toutefois joué un rôle déterminant. Or, comme la cour cantonale l'a retenu à juste titre, l'incapacité de travail de l'employé provoquée par un comportement imputable à l'employeuse ne constitue pas un motif de congé digne de protection (c. 2.3.1).

Art. 107 al. 2 LTF. Si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. La jurisprudence préconise un renvoi plutôt qu'une réforme notamment lorsqu'il faut compléter l'état de fait ou exercer un pouvoir d'appréciation; en effet, lorsque la loi accorde un tel pouvoir, celui-ci doit en principe être exercé par le juge du fait, et non par le Tribunal fédéral. Or, le montant de l'indemnité due en vertu de l'art. 336a al. 1 CO au travailleur licencié abusivement est fixé librement par le juge (cf. art. 336a al. 2 CO), qui bénéficie à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Il y a donc lieu d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle détermine le montant de l'indemnité équitable due au demandeur (c. 3).

Extraits des faits:

B. SA est une société anonyme sise à C., qui a notamment pour but le commerce de véhicules automobiles et l'exploitation de garages. Par sa succursale de D. exploitée sous la raison sociale B. SA, Succursale E. (ci-après: la succursale ou le garage), elle a engagé A. en qualité d'aide-mécanicien à partir du 1^{er} juillet 2001 pour une durée indéterminée. Son taux d'occupation était de 100% pour un salaire mensuel brut de 5000 fr., versé 13 fois l'an, porté dès le 1^{er} janvier 2012 à 6015 francs. Selon l'art. 3 du contrat de travail, la résiliation des rapports de travail pouvait être faite par chaque partie pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé de trois mois à partir de la troisième année de service. A. (ci-après: l'employé ou le demandeur) avait la fonction de préparateur de véhicules, selon un cahier des charges établi en juillet 2011. D'après les rapports d'évaluation annuels, l'employé était investi dans son travail, serviable et fournissait un travail de qualité.

En février 2011, la direction de la succursale a été confiée à un nouveau directeur en la personne de F. A partir de ce moment, des difficultés relationnelles sont survenues entre les parties. En date du 12 juin 2012, l'employé a été convoqué par le directeur et son adjoint. A la sortie de l'entretien, il a été victime d'un malaise et a dû être conduit chez son médecin, puis hospitalisé le même jour pour un état d'anxiété généralisé, accompagné de douleurs thoraciques. A la suite de cet incident, les employés du garage se sont adressés à la direction de B. SA à C. pour signaler une situation intolérable et se plaindre des méthodes utilisées par la direction, comprenant notamment intimidations, menaces, humiliations, insultes, exigences excessives, moyens de pression et comportement agressif. Ils indiquaient encore que la communication avec le nouveau directeur était impossible et demandaient par conséquent à B. SA d'intervenir directement. L'employé a souffert d'une dépression sévère. Il a été en incapacité de travail totale du 12 juin au 31 octobre 2012. Il a ensuite repris son activité à 50% dès le 1^{er} novembre 2012, puis à 60% dès le 1^{er} décembre 2012.

Par courrier du 13 décembre 2012, soit à l'échéance du délai de protection contre les congés (art. 336c al. 1 let. b CO), la succursale a résilié le contrat de travail de l'employé avec effet au 31 mars 2013, en invoquant des raisons économiques. Par lettre du 21 janvier 2013 rédigée par son conseil, l'employé a contesté les motifs de son congé et formé opposition au sens de l'art. 336b CO. Le 11 février 2013, l'employeuse a confirmé que le licenciement de l'employé s'appuyait sur des motifs économiques, expliquant que le garage avait perdu deux marques en janvier 2011, soit.... et..., ce qui avait entraîné une diminution drastique du volume de travail et de son chiffre d'affaires. Le garage avait ainsi dû prendre des mesures pour réduire les coûts, en particulier la suppression de trois postes dont celui de l'employé. Ce dernier a contesté les explications fournies par son employeuse, relevant que son poste avait été repourvu et qu'il ne pouvait dès lors s'agir d'un licenciement pour des motifs économiques. Les résultats

d'exploitation de la succursale laissent apparaître une péjoration importante de sa situation financière depuis 2009. Le chiffre d'affaires, arrondi, est passé de 18'700'000 fr. en décembre 2009 à 16'600'000 fr. en décembre 2012, puis à 11'900'000 fr. en septembre 2013. Le nombre d'employés est quant à lui passé de 27 en décembre 2009 à 23 en décembre 2012 et à 18 en septembre 2013. Enfin, le résultat d'exploitation présentait une perte de 256'542 fr. en décembre 2009, 835'365 fr. en décembre 2011, 1'182'268 fr. en décembre 2012 et 650'365 fr. en septembre 2013. L'employeuse a expliqué cette péjoration notamment par la chute des ventes de véhicules de marque... et par la perte des concessions... et... Malgré l'acquisition, courant 2011, de deux nouvelles marques, la situation n'a pas pu être redressée.

Après avoir déposé une requête de conciliation le 23 septembre 2013, A. a introduit le 14 novembre 2013 une demande devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, assignant B. SA en paiement de 20'000 fr. à titre de tort moral pour cause d'atteinte à sa personnalité, 42'354 fr. 30 à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 3705 fr. 05 à titre de salaire, le tout avec suite d'intérêts. Les parties ont été entendues lors de l'audience de débats principaux du 14 mars 2014. Plusieurs témoins ont en outre été entendus. Par jugement du 1^{er} décembre 2014, le Tribunal des prud'hommes a condamné B. SA à verser à l'employé la somme nette de 7000 fr. avec intérêts. Le Tribunal a en bref retenu que l'employé avait été gravement atteint dans sa personnalité par le comportement du directeur ou de ses subordonnés, consistant en des remarques désobligeantes, une surveillance quasi permanente, des pressions injustifiées et une attitude particulièrement agressive et dégradante. L'atteinte subie excédait ce que l'on pouvait raisonnablement tolérer dans le cadre des relations de travail. Compte tenu de la longue durée des rapports de travail, du traitement illicite dirigé contre l'employé personnellement, qui ignorait à qui s'adresser pour y remédier, et des conséquences sur son état de santé, l'indemnité pour tort moral devait être arrêtée à 7000 fr. nets. Quant à la résiliation, le Tribunal a considéré qu'elle était motivée par des raisons majoritairement économiques, de sorte qu'elle ne pouvait être qualifiée d'abusive. Il a par conséquent débouté l'employé de ses conclusions sur ce point.

Par arrêt du 8 juillet 2015, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice a rejeté les appels formés par l'une et l'autre partie. Sur la question du licenciement abusif, la Chambre a constaté que le congé était motivé par des raisons économiques, mais que l'absence de l'employé pour cause de maladie avait aussi joué un rôle. Dans la mesure où la maladie avait été provoquée par le comportement du directeur, qui était imputable à l'employeuse, elle ne pouvait constituer un motif de congé digne de protection. Il convenait donc d'examiner si l'employé aurait été licencié même sans son incapacité de travail. En raison de la situation financière du garage, des mesures comprenant des suppressions de postes avaient dû être prises. Deux autres collègues de l'employé, ayant respectivement douze et vingt-huit ans d'ancienneté, avaient aussi été licenciés sans que leurs postes ne soient re-

pourvus; les mesures de redressement prises en 2012 avaient porté leurs fruits. Dans ce contexte, l'incapacité de travail de l'employé ne constituait pas un motif de congé prépondérant par rapport aux impératifs financiers. Il était certes avéré que l'employé était appliqué et fournissait un travail de qualité, mais l'on ne pouvait inférer de ce seul fait que l'employeuse aurait choisi de le garder s'il n'avait pas été malade, et qu'elle aurait par conséquent licencié son collègue H. Celui-ci travaillait pour la succursale depuis plus de onze ans et avait donné entière satisfaction, assumant seul le service de préparation des véhicules pendant la maladie de A. Ces indices corroboraient les allégations de l'employeuse selon lesquelles son choix quant à la personne à licencier se serait porté sur A. indépendamment de son absence.

L'employé saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile, concluant principalement à ce que l'employeuse B. SA soit condamnée à lui payer une indemnité de 42'354 fr. 30 pour licenciement abusif, en sus des 7000 fr. alloués pour le tort moral subi.

Extraits des considérants:

2.

2.1 L'employé reproche à la Cour de justice d'avoir établi les faits relatifs aux motifs de son licenciement de façon arbitraire (art. 9 Cst.) et contraire aux règles sur le fardeau de la preuve (art. 8 CC). Ces vices affectant l'état de fait auraient conduit la cour cantonale à nier indûment le caractère abusif de sa résiliation et à enfreindre l'art. 336 CO.

En substance, le recourant fait observer que si les deux postes de préparateurs avaient été supprimés, la question du licenciement abusif ne se poserait pas, puisque le critère économique serait alors décisif. Du moment toutefois que l'un des deux postes était maintenu, les juges cantonaux devaient déterminer, en tenant compte du fait que le fardeau de la preuve incombe à l'employeur, quel critère décisif avait été utilisé pour sélectionner un employé plutôt que l'autre, puis examiner la licéité de ce critère à l'aune de l'art. 336 CO. La cour cantonale aurait arbitrairement retenu que l'indisponibilité de l'employé n'était pas le critère sélectif prépondérant, en contradiction avec les déclarations des cadres de l'entreprise. Il incombait à l'employeuse de démontrer que même sans l'incapacité de travail, elle aurait de toute façon licencié l'employé pour d'autres motifs; or, une telle preuve ferait défaut, les témoins entendus n'invoquant aucun autre critère que celui de l'incapacité de travail. Un éventuel doute devrait profiter à l'employé.

2.2.

2.2.1 Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Celles-ci sont donc en principe libres de résilier le contrat sans motif particulier. Toutefois, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat est limité par les dispositions sur le congé abusif au sens des arts. 336 ss CO (ATF 136 III 513 consid. 2.3).

2.2.2 Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. La maladie est une raison inhérente à la personnalité au sens de la disposition précitée. Toutefois, si elle porte atteinte à la capacité de travail, la maladie n'est pas considérée comme une cause abusive de résiliation. Ainsi, la résiliation des rapports de travail en raison d'une incapacité prolongée perdurant au-delà du délai de protection de l'art. 336c CO n'est pas abusive, à moins notamment que l'incapacité trouve sa cause dans une violation de ses obligations par l'employeur (ATF 123 III 246 consid. 5; arrêts 4A_329/2011 du 11 octobre 2011 consid. 5 et 4C.320/2005 du 20 mars 2006 consid. 3.2; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^e éd. 2014, p. 630).

2.2.3 Pour qu'un congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre le motif répréhensible et le licenciement. En d'autres termes, il faut que le motif illicite ait joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeur de résilier le contrat. Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait tout de même été résilié: si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (arrêt 4C.87/1993 du 11 novembre 1993 consid. 2c, publié in SJ 1995 p. 798; arrêt 4C.91/2000 du 23 novembre 2001 consid. 2b; arrêt 4A_316/2012 du 1^{er} novembre 2012 consid. 2.1, in SJ 2013 I 193).

2.2.4 Déterminer quels sont les motifs réels d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 p. 515). De même, l'incidence respective des divers motifs de résiliation en concours est une question qui relève de la causalité naturelle, et par conséquent du fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les arrêts cités; arrêt précité 4C.87/1993 consid. 2c). Ainsi, les constatations y relatives de l'autorité précédente lient le Tribunal fédéral, qui ne peut s'en écarter que si elles ont été établies de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (arrêt 4A_341/2007 du 7 février 2008 consid. 2.1; arrêt précité 4A_316/2012 consid. 2.1).

2.2.5 En vertu de l'art. 8 CC, la partie congédiée doit prouver le caractère abusif du congé (ATF 123 III 246 consid. 4b). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 703).

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence a précisé qu'en cas de pluralité de motifs, dont l'un au moins s'avère abusif, il incombe à

l'employeur de démontrer qu'il aurait licencié le travailleur même en l'absence du motif abusif (arrêt 4P.205/2000 du 6 mars 2001 consid. 3a, in JAR 2002 p. 238, cité dans les arrêts 4A_430/2010 du 15 novembre 2010 consid. 2.1.3 et 4A_19/2015 précité consid. 4.6).

2.3.

2.3.1 En l'espèce, il ressort des constatations de fait opérées par la cour cantonale que le congé donné au demandeur reposait sur une pluralité de motifs, en ce sens que des difficultés économiques avérées ont conduit l'entreprise à réduire le personnel dans différents départements, dont celui auquel le demandeur était rattaché, où il a été décidé de supprimer l'un des deux postes de préparateurs de véhicules; le choix de licencier le demandeur plutôt que son collègue a été dicté par le fait que le premier était en incapacité de travail. Il s'avère ainsi que l'indisponibilité du demandeur due à son incapacité de travail a joué un rôle déterminant dans la décision de l'employeuse de résilier son contrat de travail; il s'agit en effet du seul motif établi – par les déclarations de G., chef des ressources humaines de B. SA (cf. lettre B.b supra), de I., collaboratrice de B. SA, et de F., directeur de la succursale (cf. lettre B.c supra) – qui a conduit la défenderesse à licencier le demandeur plutôt que son collègue. Or, comme la cour cantonale l'a retenu à juste titre, l'incapacité de travail de l'employé provoquée par un comportement imputable à l'employeuse ne constitue pas un motif de congé digne de protection.

Alors que le demandeur a apporté des éléments suffisants pour que le juge en déduise qu'un motif abusif était à l'origine de son congé, l'employeuse n'a pas démontré qu'elle aurait licencié le demandeur même en l'absence du motif abusif. En effet, elle n'a nullement établi à satisfaction de droit son allégation selon laquelle son choix quant à la personne à congédier se serait également porté sur le demandeur, indépendamment de son absence. La seule circonstance relevée par la cour cantonale est que H. travaillait depuis plus de onze ans au service de la défenderesse, à son entière satisfaction, et qu'il avait assuré seul le service de préparation des véhicules lorsque le demandeur était tombé malade. Or, ce fait ne permet nullement de tenir pour établi que la défenderesse aurait licencié le demandeur même en l'absence du motif abusif. En effet, le demandeur travaillait lui aussi depuis plus de onze ans au service de la défenderesse, à l'entière satisfaction de cette dernière puisqu'il était appliqué et serviable et qu'il fournissait un travail de qualité; par ailleurs, l'on ne peut rien déduire du fait que H. a assuré seul le service de préparation des véhicules lorsque le demandeur est tombé malade, puisque cette incapacité de travail était précisément imputable à la défenderesse. En bref, le demandeur a établi à satisfaction de droit qu'un motif abusif est à l'origine de son congé.

2.3.2 Il résulte de ce qui précède que le licenciement du demandeur doit être tenu pour abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO. C'est donc à tort que les juges cantonaux ont refusé de lui allouer une indemnité pour

congé abusif en application de l'art. 336a al. 1 CO. Le recours se révèle ainsi fondé et doit être admis.

3.

Selon l'art. 107 al. 2 LTF, si le Tribunal fédéral admet le recours, il statue lui-même sur le fond ou renvoie l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. La jurisprudence préconise un renvoi plutôt qu'une réforme notamment lorsqu'il faut compléter l'état de fait ou exercer un pouvoir d'appréciation; en effet, lorsque la loi accorde un tel pouvoir, celui-ci doit en principe être exercé par le juge du fait, et non par le Tribunal fédéral (CORBOZ, in Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral, 2^e éd. 2014, n. 16 et 20 ad art. 107 LTF). Or, le montant de l'indemnité due en vertu de l'art. 336a al. 1 CO au travailleur licencié abusivement est fixé librement par le juge (cf. art. 336a al. 2 CO), qui bénéficie à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (arrêts 4A_279/2008 du 12 septembre 2008 consid. 4.1 et 4C.370/2006 du 27 février 2007 consid. 3.1.2). Il y a donc lieu d'annuler l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle détermine le montant de l'indemnité équitable due au demandeur.

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 décembre 2015, Doss.-No 8C_91/2015 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du Valais du 11 décembre 2014)

Art. 89 al. 1 LTF. Qualité pour agir d'un syndicat. Une association peut être admise à agir par la voie du recours en matière de droit public pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (c. 6.1). Dans le cas d'espèce, la mesure contestée concernait moins de 500 employés alors que l'association recourante comptait plus de 9000 adhérents. La qualité pour agir de celle-ci devait donc être niée au regard de la disproportion manifeste entre le nombre total des membres et ceux d'entre eux touchés par la mesure (c. 6.2).

La possibilité d'un recours corporatif répond avant tout à un objectif d'économie et de simplification de la procédure, dès lors qu'il est plus rationnel d'accueillir un recours lorsque celui-ci remplace un recours formé individuellement par de multiples parties. Il est vrai que cette solution tend également, dans une certaine mesure, à rétablir un certain équilibre dans l'accès à la justice, en faveur de parties qui, prises individuellement, craindraient une telle démarche. Ces objectifs ne sauraient toutefois être invoqués pour suppléer au défaut des conditions requises de recevabilité (c. 6.4.2).

Extraits des faits:

A son art. 18, la loi cantonale valaisanne du 14 septembre 2011 sur le traitement du personnel de la scolarité obligatoire et de l'enseignement secondaire du deuxième degré général et professionnel (RS/VS 405.3) donne au Conseil d'Etat le pouvoir de fixer dans l'ordonnance les conditions permettant aux enseignants de bénéficier d'une réduction d'activité sans préjudice pour leur traitement. Dans une ordonnance du même nom, du 20 juin 2012 (RS/VS 405.30), le Conseil d'Etat a fait usage de cette délégation de compétence aux art. 50, 52, 55 et 56. Ces dispositions réglementaires fixent les conditions des décharges de périodes d'enseignement, sans réduction de traitement, pour les enseignants de différents degrés à partir de 58 ans. Ces allègements dits «de fin de carrière» consistent en une diminution de trois périodes par semaine équivalant à une activité à 100%, pour autant que certaines conditions soient remplies. Dans sa séance du 18 juin 2014, le Conseil d'Etat a décidé par arrêté: a) de suspendre pour l'année scolaire 2014/2015 les réductions d'activités sans réduction de traitement prévues aux articles 50, 52, 55 et 56 de l'ordonnance précitée du 20 juin 2012 pour l'ensemble du personnel enseignant soumis à cette ordonnance; b) de faire réévaluer les modalités de ces réductions d'activités sans réduction de traitement réglées dans les dispositions légales précitées pour l'année scolaire 2015/2016. Cette décision s'inscrivait dans un train de mesures d'économies imposées par le Conseil d'Etat à tous les services de l'administration cantonale afin de contribuer à la présentation d'un budget 2014 équilibré.

La Fédération des magistrats, des enseignants et du personnel de l'Etat du Valais (en abrégé ci-après: FMEP) est une association, au sens des art. 60 ss CC, de sociétés groupant le personnel soumis à une loi ou à un règlement cantonal ou dont l'établissement est institué par la loi (art. 1^{er} de ses statuts). Elle a son siège à Sion. Elle a pour but la défense des intérêts moraux, sociaux, professionnels et matériels de ses membres (art. 4). La qualité de membre de la FMEP est acquise par l'adhésion à l'une de ses associations (art. 5). Contre l'arrêté précité du Conseil d'Etat, la FMEP a formé un recours devant le Tribunal cantonal du Valais. Par arrêt du 11 décembre 2014, le tribunal cantonal a déclaré le recours irrecevable, au motif que la FMEP n'avait pas la qualité pour recourir.

La FMEP exerce un recours en matière de droit public dans lequel elle conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et demande au Tribunal fédéral d'inviter l'autorité précédente à examiner son recours au fond.

Extraits des considérants:

4.

La recourante a qualité pour former le présent recours devant le Tribunal fédéral au sens de l'art. 89 al. 1 LTF. En particulier, elle a un intérêt digne de protection à demander l'annulation de l'arrêt attaqué afin d'obtenir

qu'il soit statué sur le fond de sa cause; cela indépendamment et sans préjudice du motif d'irrecevabilité retenu en procédure cantonale, qui constitue précisément l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral, à l'exclusion du fond de l'affaire (ATF 133 V 239 consid. 4 p. 241 s.; arrêt 1C_56/2015 du 18 septembre 2015 consid. 1, à propos, également, du recours d'une association).

5.

Selon l'art. 111 al. 1 LTF, la qualité de partie à la procédure devant toute autorité cantonale précédente doit être reconnue à quiconque a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. L'al. 3 précise que l'autorité qui précède immédiatement le Tribunal fédéral doit pouvoir examiner au moins les griefs visés aux art. 95 à 98 LTF. Il en résulte que la qualité pour recourir devant les autorités cantonales ne peut pas s'apprécier de manière plus restrictive que la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Les cantons demeurent cependant libres de concevoir cette qualité de manière plus large (cf. ATF 135 II 145 consid. 5 p. 149). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Le tribunal cantonal s'est fondé sur l'art. 44 al. 1 de la loi [du canton du Valais] du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RS/VS 172.6). Selon cette disposition, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Cette règle correspond à l'art. 89 al. 1 LTF; elle doit être interprétée de la même manière, comme le relève du reste le tribunal cantonal dans l'arrêt attaqué (cf. ATF 139 III 504 consid. 3.3 p. 508; 139 II 328 consid. 3.2 p. 332 s.).

6.

6.1 Une association a qualité pour recourir à titre personnel lorsqu'elle remplit les conditions posées à l'art. 89 al. 1 LTF. En outre, sans être elle-même touchée par la décision entreprise, une association peut être admise à agir par la voie du recours en matière de droit public – nommé alors recours corporatif ou égoïste – pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et, enfin, que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel. En revanche, elle ne peut prendre fait et cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (ATF 137 II 40 consid. 2.6.4 p. 46 s. et les arrêts cités). Lorsque l'acte attaqué est un acte normatif, l'intérêt personnel requis peut être simplement virtuel; il suffit qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse se voir un jour appliquer les dispositions contestées (ATF 136 I 49 consid. 2.1 p. 53; 130 I 26 consid. 1.2.1 p. 30 et la jurisprudence citée).

6.2 Il est constant, en l'espèce, que la recourante ne vise pas un but qui lui serait propre. La question est donc de savoir si les conditions susmentionnées pour lui reconnaître la qualité pour former un recours corporatif sont réunies. Les premiers juges ont considéré à ce propos que la FMEP comptait largement plus de 5000 adhérents (9'399 au 10 décembre 2014). Selon une liste fournie par l'association, seuls 420 d'entre eux pâtissaient des mesures

d'économies adoptées par le Conseil d'Etat (cette liste vise les enseignants ayant eu 58 ans au 1^{er} septembre 2013). Dès lors, même en admettant que ces 420 enseignants fussent tous membres de la FMEP, la qualité pour agir de celle-ci devait être niée au regard de la disproportion manifeste entre le nombre total des membres et ceux d'entre eux touchés par la mesure.

6.3 La recourante objecte que chaque année d'autres enseignants seront concernés par les mesures d'économies. La suspension des allègements en fin de carrière serait en effet très certainement prorogée pour une durée indéterminée. Il s'agit d'une mesure d'économie qui a été adoptée parmi les premières proposées au Conseil d'Etat par l'Administration cantonale des finances. Cela démontrerait que ce facteur d'économie a été privilégié et qu'il deviendrait ainsi pérenne. Il est donc à prévoir que des décisions identiques à celle du 18 juin 2014 soient prises chaque année de manière systématique. Il faut donc, toujours selon la recourante, reconnaître un intérêt virtuel aux enseignants qui ne sont pas directement et immédiatement visés par cet arrêté. D'autre part, la recourante met en exergue le risque que représente une procédure contre son employeur en période d'économies et de réduction du nombre d'enseignants. Exiger des collaborateurs qu'ils agissent à visage découvert en lieu et place d'une représentation par une association de défense serait faire fi des risques qu'une telle procédure génère pour le temps de travail, respectivement l'emploi du collaborateur concerné. C'est la raison pour laquelle les enseignants, parfaitement conscients de ce risque, auraient sciemment sollicité la FMEP pour qu'elle agisse en leur nom de manière à préserver leurs droits de la personnalité.

6.4.

6.4.1 Selon les indications fournies par la recourante, la FMEP comptait 4500 enseignants sur le total de 9399 membres. Même sous l'angle d'un intérêt purement virtuel, le Tribunal fédéral ne saurait retenir que tous ces enseignants, ou du moins une partie importante d'entre eux, soient susceptibles, avec plus ou moins de vraisemblance, de se voir appliquer les mesures contestées. Selon l'arrêté du Conseil d'Etat, la suppression des mesures d'allègement de l'horaire est clairement limitée à l'année scolaire 2014/2015. Rien ne permet, en l'état, d'affirmer qu'elle sera reconduite d'année en année. Même si cela devait être le cas, il est peu probable qu'elle puisse encore s'appliquer, dans les mêmes conditions, pour le lointain avenir et que des enseignants qui se trouvent encore à un âge éloigné à partir duquel ils pourraient bénéficier d'un allègement soient potentiellement atteints.

6.4.2 Un recours d'un ou de plusieurs membres de l'association directement visés par l'arrêté du Conseil d'Etat eût été possible dans ce cas. S'agissant du risque évoqué par la recourante, on relèvera que le droit de recours des associations n'a pas pour vocation première de permettre à leurs membres de conserver l'anonymat (cf. arrêt 1A.364/1999 du 12 avril 2002 consid. 2). La possibilité d'un recours corporatif répond avant tout à un objectif d'économie et de simplification de la procédure, dès lors qu'il est plus rationnel d'accueillir un recours lorsque celui-ci remplace un recours formé

individuellement par de multiples parties. Il est vrai que cette solution tend également, dans une certaine mesure, à rétablir un certain équilibre dans l'accès à la justice, en faveur de parties qui, prises individuellement, craindraient une telle démarche (MOOR/POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3^e éd., 2011, p. 751). Ces objectifs ne sauraient toutefois être invoqués pour suppléer au défaut des conditions requises de recevabilité.

6.4.3 La recourante se prévaut en vain de l'ATF 136 II 539. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé que le Touring Club Suisse (section Berne, sous-section Berne-Mittelland) avait qualité pour contester l'instauration d'une zone 30 km/h sur une route de grand transit. Cette qualité a été reconnue en lien avec la contestation d'une limitation fonctionnelle du trafic touchant un axe routier fréquenté quotidiennement ou du moins régulièrement par de nombreux usagers – essentiellement des pendulaires – membres de l'association et pour lesquels le tronçon en question était un passage obligé. Les circonstances sont donc différentes en l'espèce. Dans cet ordre d'idées et par comparaison on ajoutera qu'à l'inverse de la solution retenue dans l'ATF 136 II 539, le Tribunal fédéral a jugé qu'une section locale du Touring Club Suisse n'avait pas la qualité pour recourir contre l'introduction d'une taxe de stationnement et l'installation d'horodateurs sur trois parkings municipaux, faute pour la majorité de ses membres, ou à tout le moins un grand nombre d'entre eux, d'être atteints par ces mesures: même en admettant une forte occupation quotidienne des trois parkings, seule une petite partie des membres de l'association était susceptible d'être atteinte, un jour ou l'autre, par les mesures envisagées et l'utilisation de ces emplacements par lesdits membres ne pouvait être de facto qu'occasionnelle (arrêt 1C_170/2015 du 18 août 2015).

6.5 Dans ces conditions, la juridiction cantonale, était fondée à admettre que seul un nombre limité des membres de l'association recourante était potentiellement atteint par l'arrêté contesté et à lui dénier de ce fait la qualité pour recourir.

Bundesgericht, Urteil vom 21. Dezember 2015, Doss.-Nr. 2C_1135/2015 (Nichteintreten auf die Beschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 10. November 2015)

Erweiterte Ladenöffnungszeiten für Familienbetriebe; Beschäftigung von Personen, die nicht Familienmitglieder im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG sind. Gemäss § 7 des baselstädtischen Gesetzes über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (RLG; SR BS 811.100) kann das zuständige Departement Verkaufslokalen, welche die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 ArG (d.h. die Voraussetzungen als Familienbetrieb) erfüllen, erweiterte Öffnungszeiten bewilligen. Vorliegend stellte das AWA bei Kontrollen fest, dass die Arbeitgeberin eine Person an Sonntagen beschäftigte, die nicht Familienmitglied im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG war. Die Bewilligung nach § 7 RLG wurde daraufhin entzogen (E. 1, 2.1, 2.2.1).

Aus den Erwägungen:

1.

Die X. GmbH betreibt an der Y.-strasse xx in U. ein «Z.»-Verkaufsgeschäft. Am 11. März 2009 erteilte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt (AWA) dieser – als Familienbetrieb – die Bewilligung für erweiterte Ladenöffnungszeiten. Am 15. Juli 2012 stellte das AWA bei einer Kontrolle fest, dass die X. GmbH jemanden beschäftigt hat, der nicht zur Sonntagsarbeit berechtigt ist; in der Folge wurde diese verwarnt und auf die Folgen eines erneuten Verstosses gegen die gesetzlichen Bestimmungen hingewiesen. Am 5. Mai 2013 kontrollierte das AWA die X. GmbH erneut und stellte wiederum fest, dass diese eine Person beschäftigt hat, die nicht zur Sonntagsarbeit berechtigt ist. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs entzog das AWA der X. GmbH die Bewilligung für erweiterte Ladenöffnungszeiten. Der dagegen gerichtete Rekurs und die Beschwerde an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht waren erfolglos.

2.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten enthält offensichtlich keine hinreichende Begründung, weshalb sie im vereinfachten Verfahren unter Verweisung auf den angefochtenen Entscheid nach Art. 108 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 BGG abgewiesen wird.

2.1 In Bezug auf eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts ist in der Beschwerdeschrift darzulegen, inwiefern die vorinstanzlichen ausführlichen Feststellungen willkürlich bzw. rechtsverletzend zustande gekommen sind (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.), was die Beschwerdeführerin unterlassen hat. Insofern ist davon auszugehen, dass die bei den Kontrollen angetroffenen Personen nicht Familienmitglieder im Sinne von Art. 4 Abs. 1 ArG

(SR 822.11) sind (dazu BGE 139 II 529 E. 3.3 S. 532 f.). Die von der Beschwerdeführerin nachgereichten Kassenbelege sind unzulässige neue Noven; sie sind vor Bundesgericht nicht zu berücksichtigen (Art. 99 Abs. 1 BGG).

2.2.

2.2.1 Nach § 7 des baselstädtischen Gesetzes über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung vom 29. Juni 2005 (RLG; SR BS 811.100) kann das zuständige Departement Verkaufslökalen, welche die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 ArG (d.h. die Voraussetzungen als Familienbetrieb) erfüllen, erweiterte Öffnungszeiten bewilligen. Nach § 11 RLG kann die Bewilligungsbehörden u.a. die Bewilligung nach § 7 RLG entziehen, wenn die gesetzlichen Vorschriften verletzt werden. Streitgegenstand bildet hier die Frage des Entzugs der Bewilligung nach § 11 RLG.

Strittig ist insofern die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts. Diese kann vor Bundesgericht lediglich im Lichte der verfassungsmässigen Rechte und Grundsätze, namentlich des Willkürverbots (Art. 9 BV), sowie der kantonalen Verfassungsrechte (Art. 95 lit. c BGG) geprüft werden (BGE 137 V 143 E. 1.2 S. 145). Willkür liegt in der Rechtsanwendung 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 140 III 167 E. 2.1 S. 168; 140 I 70 E. 2.2 S. 72; 138 I 305 E. 4.3 S. 319). Diesbezüglich gelten erhöhte Begründungsanforderungen (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen).

2.2.2 Die Beschwerdeführerin vertritt die Auffassung, dass der vorinstanzliche Entscheid das Verhältnismässigkeitsprinzip verletze. Die Vorinstanz hat die Verhältnismässigkeit der Massnahme (Bewilligungsentzug für die erweiterten Ladenöffnungszeiten) einlässlich dargestellt und hat sich vertieft mit den Argumenten der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Diese wiederholt vor Bundesgericht indessen lediglich ihre Auffassung. Entgegen ihrer Auffassung geht es vor Bundesgericht auch nicht darum, dass das kantonale Gesetz falsch ausgelegt oder angewendet worden ist, sondern darum, begründet darzulegen, dass nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis des vorinstanzlichen Entscheids unhaltbar ist. Dies hat sie unterlassen.

3.

Bei diesem Verfahrensausgang ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos und hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen. Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 66 Abs. 1, 68 BGG).

Demnach erkennt der Präsident:

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Kanton Basel-Land

Kantonsgericht Basel-Landschaft, Urteil vom 12. Mai 2015 (teilweise Aufhebung der Verfügung der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 4. Dezember 2014)

Einstweiliges Konkurrenz- und Abwerbeverbot, Art. 340c Abs. 2, Art. 340b Abs. 3 OR. Anordnung vorsorglicher Massnahmen, Art. 261 Abs. 1 ZPO.

Kündigt der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis und will er geltend machen, die Arbeitgeberin habe die Kündigung zu verantworten, so hat er hierfür den Nachweis zu bringen, ansonsten besteht für die Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR kein Raum (E. 4.4).

Für ein vorsorgliches Verbot einer konkurrenzierenden Arbeitstätigkeit bzw. zur Prüfung der Frage, ob bezüglich Konkurrenzverbot ein zustehender Anspruch verletzt ist, sind die arbeitsvertraglichen Bestimmungen, vorliegend Art. 340b Abs. 2 OR, zu beachten. Da das Verbot einer konkurrenzierenden Tätigkeit durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 261 ZPO existentielle und damit schwerwiegende und nicht wiedergutzumachende Nachteile für den Arbeitnehmer haben kann, sind die Interessen der Parteien umfassend gegeneinander abzuwägen. Je einschneidender eine vorsorgliche Massnahme für den Betroffenen ist, desto höhere Anforderungen sind an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen. Diese erhöhten Anforderungen sind nicht nur an das Glaubhaftmachen im Sinne des verlangten Beweismasses zu stellen, sondern an sämtliche Voraussetzungen, insbesondere auch an die Prognose über den Ausgang der Streitigkeit in der Hauptsache und an die Würdigung der Nachteile, die den Parteien durch die vorsorglichen Massnahmen entstehen können (E. 5.3).

Sachverhalt:

Die B. AG (nachfolgend Arbeitgeberin, Gesuchstellerin oder Berufungsbeklagte genannt) erbringt Dienstleistungen im Personalsektor und ist insbesondere in der Personalrekrutierung und -vermittlung tätig. A. (nachfolgend Arbeitnehmer, Gesuchsbeklagter oder Berufungskläger genannt) war bei der B. AG als Branchmanager angestellt und leitete die Niederlassung in X. Er kündigte dieses Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 18. Juni 2014 per 30. September 2014, woraufhin er von der Arbeitgeberin ab 27. Juni 2014 freigestellt wurde. Die Parteien hatten im Arbeitsvertrag ein Konkurrenz- und Abwerbeverbot vereinbart und sind übereingekommen, dass die Arbeit-

geberin im Widerhandlungsfalle neben einer Konventionalstrafe auch die unmittelbare Beseitigung des vertragswidrigen Zustands verlangen könne.

Die Arbeitgeberin gelangte mit Gesuch vom 23. Oktober 2014 an das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost und ersuchte um Erlass vorsorglicher Massnahmen sowie um deren superprovisorische Anordnung betreffend eines Konkurrenz- und Abwerbeverbots. Sie begründete, der Gesuchsbeklagte verstosse durch seine neue Tätigkeit bei der C. S.A. gegen das nachvertragliche Konkurrenzverbot und habe überdies aktiv temporäre Mitarbeiter der Gesuchsklägerin angeworben. Dadurch sei ihr bereits ein enormer Schaden entstanden und es drohe weiterer, irreparabler Schaden, wenn dem Gesuchsbeklagten nicht unverzüglich die konkurrierende Tätigkeit und das Abwerben von bestehenden Mitarbeitern und Kunden der Gesuchstellerin untersagt würden. Die Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost hiess den Antrag auf superprovisorischen Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen teilweise gut und verbot dem Gesuchsbeklagten mit superprovisorischer Verfügung vom 24. Oktober 2014 das Abwerben von Kunden sowie von internen und temporären Mitarbeitern der Gesuchsklägerin. Der Arbeitnehmer begehrte mit Stellungnahme vom 10. November 2014 die Abweisung der beantragten vorsorglichen Massnahmen und die Aufhebung der superprovisorischen Anordnung. Am 4. Dezember 2014 fand eine Verhandlung am Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost statt. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2014 hiess die Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost das vorsorglich beantragte Konkurrenzverbot gut und bestätigte das superprovisorische Verbot gemäss Verfügung vom 24. Oktober 2014. Das vorsorglich bewilligte Verbot lautet demnach folgendermassen: «(1.) Dem Gesuchsbeklagten wird unter Strafandrohung von Art. 292 StGB im Missachtungsfall befristet bis 30. September 2015 verboten, für die C. S.A. mit Sitz in Y. und Zweigniederlassung in Z. oder für andere in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft tätige Personalverleih-, Personalrekrutierungs- und Personalvermittlungsunternehmungen tätig zu sein. (2.) Dem Gesuchsbeklagten wird unter gleichzeitiger Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB im Nichtbefolgungsfalle (Busse bis zu Fr. 10 000.–) verboten, Kunden sowie interne und temporäre Mitarbeiter der Gesuchsklägerin direkt oder indirekt durch Dritte abzuwerben oder abwerben zu versuchen.» Die Vorinstanz führte in der Entscheidbegründung aus, die Parteien hätten einerseits ein Abwerbeverbot und andererseits ein Konkurrenzverbot vereinbart, welche ein Jahr über die Anstellungsdauer hinaus wirksam bleiben sollen. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, es sei glaubhaft gemacht worden, dass der Arbeitnehmer durch seine Anstellung bei der C. S.A. gegen das Konkurrenzverbot verstosse. Da er von sich aus den Arbeitsvertrag gekündigt habe und keine konkreten Hinweise für die systematische Demontierung des Berufungsbeklagten vorliegen würden, bestehe kein Raum für eine Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR. Aufgrund der Indizien erachtete die Vorinstanz auch ein Verstoß gegen das Abwerbeverbot durch den Arbeitnehmer als wahrscheinlich. Die Vorinstanz prüfte sodann die Voraussetzun-

gen für die beantragten vorsorglichen Massnahmen sowie die Verhältnismässigkeit und bejahte deren Vorliegen. Mit Eingabe vom 25. Februar 2015 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erklärte der Arbeitnehmer die Berufung und beantragte, die Ziffern 1 und 2 der Verfügung des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 4. Dezember 2014 seien aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Er moniert, die Vorinstanz habe in tatsächlicher Hinsicht fälschlicherweise erwogen, die Arbeitgeberin habe glaubhaft gemacht, dass sich der Arbeitnehmer als ehemaliger Mitarbeiter einem (nach-)vertraglichen Konkurrenz- und Abwerbeverbot unterzogen und gegen dieses verstossen habe. Zudem habe die Vorinstanz für den Fall, dass ein gültiges Konkurrenz- und Abwerbeverbot bestanden hätte, die verfügten Massnahmen fälschlicherweise einzig gestützt auf Art. 261 ff. ZPO erlassen und dabei die einschränkende Bestimmung von Art. 340b Abs. 3 OR ignoriert. Er habe zudem entgegen der falschen Beweiswürdigung der Vorinstanz glaubhaft gemacht, dass die Arbeitgeberin an seiner Arbeitskraft nicht mehr interessiert gewesen sei und ihm durch ihr Verhalten letztlich Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR gegeben habe. Schliesslich rügt der Berufungskläger noch eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes. Auf die Berufungsbegründung wird in den Erwägungen eingegangen. Die Berufungsbeklagte beantragte mit Berufungsantwort vom 16. März 2015 die Abweisung der Berufung und die Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Mit Verfügung vom 19. März 2015 schloss die Präsidentin des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, den Schriftenwechsel und ordnete den Entscheid aufgrund der Akten an. Weiter forderte sie den Berufungskläger auf, über den Stand des Hauptverfahrens, welches in Frankreich anhängig gemacht wurde, zu informieren. Mit Eingabe vom 13. April 2015 teilte der Berufungskläger mit, dass die Vergleichsverhandlung gescheitert und nunmehr im Hauptverfahren eine Instruktionsverhandlung für 28. Mai 2015 vorgesehen sei.

Aus den Erwägungen:

2.

In tatsächlicher Hinsicht ist vorab festzuhalten, dass die Parteien im Arbeitsvertrag vom 11. Juni 2013 unter Ziffer 5 ein Konkurrenzverbot und ein Abwerbeverbot vereinbarten, welche für die ganze Schweiz und für Lichtenstein gelten und ein Jahr über die Anstellungsdauer hinaus wirksam bleiben sollen. Bezüglich Konkurrenzverbot wurde festgehalten, dass bereits eine Anstellung bei einem konkurrenzierenden Unternehmen, unabhängig von der Funktion der Anstellung, untersagt sei. Es wurde zudem vereinbart, dass die Arbeitgeberin im Widerhandlungsfalle neben einer Konventionalstrafe auch die unmittelbare Beseitigung des vertragswidrigen Zustands verlangen kann (Ziffer 5.3 des Arbeitsvertrages). Der Berufungskläger war für die Berufungsbeklagte in der Filiale in X. tätig und betreute insbesondere die Kundin D. AG (im weiteren «D.» genannt), wobei diese vorübergehend

einmal für kurze Zeit vom Standort Z. aus betreut wurde. Der Berufungskläger kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 18. Juni 2014 per 30. September 2014, woraufhin er von der Berufungsbeklagten ab 27. Juni 2014 freigestellt wurde.

3.

Der Berufungskläger hat seinen Wohnsitz in Frankreich. Die Vorinstanz hat korrekt hergeleitet, dass im vorliegenden Verfahren schweizerisches Recht anwendbar ist, was von keiner Partei moniert wurde. Auf das anwendbare Recht ist mit Verweis auf Ziffer 4 der vorinstanzlichen Entscheidungswägungen nicht mehr näher einzugehen.

4.

Der Berufungskläger bringt zunächst unter Ziffer 3 der Berufung vor, die Berufungsbeklagte habe Anlass zur Kündigung gegeben. Dieser Einwand ist von Bedeutung und vorab zu prüfen, da gemäss Art. 340c Abs. 2 OR ein Konkurrenzverbot dahinfällt, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst.

4.1 Die Vorinstanz führte aus, es sei umstritten, ob der Arbeitnehmer einer Kündigung der Arbeitgeberin zuvorgekommen sei bzw. ob die Arbeitgeberin den Aktionsradius des Arbeitnehmers eingeschränkt und ihm damit die Erfüllung seiner Aufgabe verunmöglicht habe. Die Arbeitgeberin habe ausgeführt, dass das Engagement ihres ehemaligen Arbeitnehmers nicht ihren Erwartungen entsprochen habe. Für eine systematische Demontierung des Arbeitnehmers mangle es jedoch an konkreten Hinweisen. So fehle beispielsweise eine entsprechende Anmerkung in dessen Kündigung. Zudem wäre naheliegender gewesen, dass der Arbeitnehmer im Wissen um die Problematik des Konkurrenzverbotes die Kündigung durch die Arbeitgeberin abgewartet hätte. Da die Behauptungen des Arbeitnehmers zum Grund der Kündigung mit substantiierten Gegenbehauptungen bestritten worden seien, sei für das Massnahmeverfahren davon auszugehen, dass die Auflösung des Arbeitsvertrages vom Arbeitnehmer gesucht worden sei, weshalb für eine Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR kein Raum bleibe.

4.2 Der Berufungskläger bringt unter Ziffer 3 seiner Berufung vor, die Berufungsbeklagte habe an der vorinstanzlichen Verhandlung ausgeführt, mit den arbeitsvertraglichen Leistungen des Berufungsklägers nicht zufrieden gewesen zu sein. Dieser habe nur noch wenige Kunden betreut und den Erwartungen nicht gesprochen. Es sei von der Gegenseite auch nicht substantiiert bestritten worden, dass die Kompetenzen des Berufungsklägers im Bereich Industrie an den Filialleiter nach Z. delegiert worden seien und der Standort X. nicht mehr relevant gewesen sei. Dass der Berufungskläger, wie die Vorinstanz ausführe, einfach die Kündigung des Arbeitsvertrages durch die Berufungsbeklagte hätte abwarten sollen, könne nicht sein. Als 54-jähriger Grenzgänger habe er angesichts der sich abzeichnenden Kündigung selber aktiv werden müssen, um einer Arbeitslosigkeit zu entgehen. Entgegen der falschen Beweiswürdigung der Vorinstanz habe er glaubhaft gemacht, dass die Arbeitgeberin an seiner Arbeitskraft nicht mehr interessiert

gewesen sei, was ihn letztlich zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR veranlasst habe.

4.3 Die Berufungsbeklagte bestreitet diese Ausführungen des Berufungsklägers und bringt vor, wenn eine Einschränkung im Tätigkeitsgebiet erfolgt wäre, hätte es Gespräche zwischen den Parteien zu diesem Thema gegeben, allenfalls sogar schriftliche Aufzeichnungen. Vor allem aber hätte der Arbeitnehmer das in seiner Kündigung erwähnt. Es gebe dazu keine Hinweise und vom Berufungskläger würden solche nicht einmal behauptet. Der Arbeitnehmer sei neben seiner Anstellung als Filialleiter für die Bereiche «Industrie und Technik» verantwortlich gewesen und hätte diese weiter ausbauen sollen. Sein Engagement habe sich in Grenzen gehalten und er habe keine neuen Kunden akquiriert. Dass sich jedoch eine Kündigung durch die Arbeitgeberin abgezeichnet hätte und diese nicht mehr an der Arbeitskraft des Arbeitnehmers interessiert gewesen sein soll, stelle eine reine Behauptung des Berufungsklägers dar. Die Arbeitgeberin habe bereits bei der Vorinstanz nachgewiesen, dass der Arbeitnehmer mit allen Kompetenzen zur Führung der Filiale in X. ausgestattet gewesen sei. Ebenso habe sie dessen Behauptung widerlegt, er habe seine Kompetenzen im Bereich «Industrie» an den Filialleiter nach Z. delegieren müssen. Die Behauptungen des Berufungsklägers seien reine Schutzbehauptungen.

4.4 Der Berufungskläger hat das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 18. Juni 2014 gekündigt. Er führte darin keinen Grund für seine Kündigung an, so dass aus diesem Schreiben nichts weiter abgeleitet werden kann. Der Berufungskläger hat auch nie behauptet, dass Gespräche wegen seiner Arbeitsleistung geführt worden seien oder dass er seinerseits das Gespräch mit der Arbeitgeberin wegen der angeblichen Einschränkung seiner Kompetenzen gesucht habe. Die Arbeitgeberin hat an der vorinstanzlichen Verhandlung ausgeführt, dass die D. zwar vorübergehend aus Z. betreut worden sei, dass man dies aber umgehend wieder rückgängig gemacht habe, was der Berufungskläger nicht bestritten hat. Es bestehen keine hinreichenden Hinweise dafür, dass die Berufungsbeklagte an der Arbeitskraft des Berufungsklägers nicht mehr interessiert gewesen sein soll, diesen in seinem Tätigkeitsbereich eingeschränkt oder anderweitig Anlass zur Kündigung gegeben haben soll. Der Berufungskläger konnte somit nicht glaubhaft machen, dass ein begründeter, von der Arbeitgeberin zu verantwortender Anlass für seine Kündigung vorliegt. Im Rahmen des vorliegenden Massnahmeverfahrens besteht somit für die Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, kein Raum.

5.

Der Berufungskläger moniert, die Vorinstanz habe die einschränkende Bestimmung von Art. 340b Abs. 3 OR nicht angewendet.

5.1 In diesem Zusammenhang führt der Berufungskläger aus, die vorläufige Realerfüllung setze eine besonders gewichtige Verletzung bzw. Bedrohung der Interessen des Arbeitgebers voraus. Zudem müsse das Verhalten des Arbeitnehmers in besonders krasser Weise gegen Treu und Glauben

verstossen. Diese beiden Voraussetzungen seien von der Arbeitgeberin nicht glaubhaft gemacht worden. Die Berufungsbeklagte habe im Hauptprozess einzig eine Konventionalstrafe in der Höhe Fr. 55 987.– geltend gemacht und keine Schadenersatzansprüche gestellt. Eine Realerfüllung komme allerdings nur dann in Frage, wenn ein Sachverhalt vorliege, der es als offensichtlich unbillig erscheinen liesse, den Arbeitgeber auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen. Der Schaden aus der Übertretung müsse den Arbeitgeber so empfindlich treffen, dass nur eine Wiederherstellung des status quo ante seinen Interessen gerecht werden könne. An der vorsorglichen Realvollstreckung sei kein genügend grosses Interesse vorhanden, wenn die Konventionalstrafe den grösstmöglichen Schaden schon einigermaßen decke. Eine gewichtige Verletzung bzw. Bedrohung der Interessen der Berufungsbeklagten sei angesichts der beschränkten Begehren im Hauptprozess nicht glaubhaft gemacht. Die Arbeitgeberin habe gemäss eigener Darstellung bloss eine Handvoll Kündigungen von temporären Mitarbeitern hinnehmen müssen. Sie habe keine konkreten Umsatzeinbussen geltend gemacht und keine Umsatzzahlen genannt, nicht einmal für die D. Die Vorinstanz erkenne die genannten Voraussetzungen nach Art. 340b Abs. 3 OR, wenn sie mit Hinweis auf die ZPO bloss einen Nachteil mit gewisser Schwere verlange. Eine Bedrohung der drohenden Nachteile habe sich entgegen der Auffassung der Vorinstanz auch nach der Grösse der involvierten Arbeitgeberin zu richten. Eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Berufungsbeklagten sei von dieser nie behauptet worden und ausgeschlossen. Die Arbeitgeberin müsse ein ausserordentlich grosses Interesse an der Einhaltung des Konkurrenzverbotes haben, um eine Realerfüllung fordern zu können. Es sei diesbezüglich erneut darauf hinzuweisen, dass die Filiale X. für die Berufungsbeklagte wirtschaftlich unbedeutend sei. Das Konkurrenzverbot habe überdies im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides nur noch rund 10 Monate betragen. Damit sei der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Berufungsklägers unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe nicht erwogen, dass das Verhalten des Arbeitnehmers besonders treuwidrig sei. Weder der vereinzelte Versuch der Abwerbung noch die blossе Tätigkeit bei einem Konkurrenzunternehmen qualifiziere das Verhalten des Berufungsklägers als in besonders krasser Weise gegen Treu und Glauben verstossend.

5.2 Die Berufungsbeklagte entgegnet, sie habe glaubhaft gemacht, dass der Berufungskläger zusammen mit seiner Assistentin Abwerbhandlungen vorgenommen habe. Seit Erlass der superprovisorischen Verfügung vom 24. Oktober 2014 hätten denn auch keine weiteren Kündigungen von temporärem Personal mehr verzeichnet werden müssen. Die Voraussetzungen für die Realvollstreckung nach Art. 340b Abs. 3 OR habe die Berufungsbeklagte glaubhaft gemacht. Dass der drohende Verlust der Kundin D. als Ganzes ein enormes Schadenspotential aufweise, habe sie ebenfalls glaubhaft gemacht. Weil die D. für den Standort X. die mit Abstand wichtigste Kundin darstelle, habe mit der Durchsetzung des Verbots nicht bis zur Beurteilung der Angelegenheit in der Hauptsache zugewartet werden kön-

nen. Der Berufungskläger habe mit seinen gezielten Abwerbebehandlungen bezüglich temporärer Mitarbeiter der Berufungsbeklagten, welche bei der D. im Einsatz gewesen seien, den Standort X. in seiner Existenz bedroht. Die Abwerbebehandlungen seien vertragswidrig und als besonderer Vertrauensbruch zu qualifizieren. Hinsichtlich Fehlen einer Schadenersatzforderung im Hauptprozess führt die Berufungsbeklagte aus, daraus könne nicht abgeleitet werden, dass eine besonders gewichtige Verletzung oder Bedrohung ihrer Interessen nicht glaubhaft gemacht worden sei. Es sei ihr überlassen, ob sie Schadenersatz geltend mache oder nicht. Einen solchen habe sie vorerst aufgrund der schwierigen Bezifferung des Schadens und der unerwünschten Bekanntgabe ihrer Renditemarge nicht geltend gemacht. Zudem stelle sich aus praktischer Sicht die Frage, ob der Berufungsbeklagte überhaupt in der Lage wäre, den über die Konventionalstrafe hinausgehenden Schaden zu begleichen. Aus der Begrenzung der Hauptbegehren könne deshalb nicht geschlossen werden, dass die Realexekution nicht hätte angeordnet werden dürfen. Dank der vorsorglichen Massnahme habe ein Anwachsen des Schadens für den Moment verhindert werden können. Es sei jedoch davon auszugehen, dass der Schaden grösser sei als die eingeforderte Konventionalstrafe. Die Grösse der Berufungsbeklagten könne für die Frage, ob eine Realerfüllung des Konkurrenzverbots zulässig sei, keine Rolle spielen.

5.3 Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass a) ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist; und b) ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Eine vorsorgliche Massnahme kann unter anderem insbesondere ein Verbot oder eine Anordnung zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands sein (Art. 262 ZPO). Basis jeder vorsorglichen Massnahme ist ein zivilrechtlicher Anspruch des Gesuchstellers. Buchstabe a) der genannten Bestimmung verweist in diesem Sinne auf eine Grundlage im materiellen Zivilrecht (LUCIUS HUBER, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 261 N 17). Für ein vorsorgliches Verbot einer konkurrenzierenden Arbeitstätigkeit bzw. zur Prüfung der Frage, ob bezüglich Konkurrenzverbot ein zustehender Anspruch verletzt ist, sind daher die arbeitsvertraglichen Bestimmungen zu beachten. Nach Art. 340b Abs. 3 OR kann der Arbeitgeber, wenn es besonders schriftlich verabredet wurde, neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz weiteren Schadens die Beseitigung des vertragswidrigen Zustands verlangen, sofern die verletzten oder bedrohten Interessen des Arbeitgebers und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen. Damit ein Konkurrenzverbot mittels provisorischer Massnahme ausgesprochen werden kann, muss einerseits die schriftliche Form eingehalten worden sein, was vorliegend in Ziffer 5.3 des Arbeitsvertrages vom 11. Juni 2013 erfolgt ist. Andererseits müssen die verletzten und bedrohten Interessen der Arbeitgeberin sowie das Verhalten des Arbeitnehmers das Verbot oder die Einstellung der konkurrenzierenden Tätigkeit rechtfertigen.

Da das Verbot einer konkurrenzierenden Tätigkeit durch vorsorgliche Massnahmen existentielle und damit schwerwiegende und nicht wiedergutzumachende Nachteile für den Arbeitnehmer haben können, sind die Interessen der Parteien umfassend gegeneinander abzuwägen. Je einschneidender eine vorsorgliche Massnahme für den Gesuchsbeklagten ist, desto höhere Anforderungen sind an die Begründetheit des Begehrens in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu stellen. Diese erhöhten Anforderungen sind nicht nur an das Glaubhaftmachen im Sinne des verlangten Beweismasses zu stellen, sondern an sämtliche Voraussetzungen, insbesondere auch an die Prognose über den Ausgang der Streitigkeit in der Hauptsache und an die Würdigung der Nachteile, die den Parteien durch die vorsorglichen Massnahmen entstehen können. Dabei ist einerseits darauf abzustellen, ob der Schaden, welcher der Arbeitgeberin entstanden ist oder zu entstehen droht, unverhältnismässig gross ist, und andererseits, ob auf Seiten des Arbeitnehmers ein besonderer Vertragsbruch bzw. ein krasser Verstoss gegen Treu und Glauben vorliegt. Durch die Schädigung braucht nicht bereits die Existenz des Betriebes gefährdet zu sein. Im Allgemeinen genügt eine einfache Verletzung des Konkurrenzverbotes nicht. Auch ein vereinzelter Abwerbeversuch stellt für sich ebenfalls noch keine besondere Treuwidrigkeit dar, welche die Realerfüllung eines Konkurrenzverbotes zu rechtfertigen vermag. Jedoch kann sich die Kumulation einzelner an sich nicht besonders treuwidriger Handlungen als besonders treuwidriges Verhalten erweisen, was unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden ist. Die herrschende Lehre verlangt einen Sachverhalt, der es als offensichtlich unbillig erscheinen liesse, den Arbeitgeber auf den Weg des Schadenersatzes zu verweisen (BGE 131 III 473 = Pra 3/2006, Nr. 32; Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 1995 = JAR 1997, S. 223; Urteil des Appellationshof des Kantons Bern vom 17. September 2001 = JAR 2002, S. 321, 323; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 340b N 8, S. 1265; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, § 21 N 35, S. 270; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Der Arbeitsvertrag, Bern 2014, Art. 340b N 11). Auch die Abwerbung einzelner Kunden oder Mitarbeiter stellt eine Konkurrenzierung dar, so dass im vorliegenden Fall auch das vereinbarte Abwerbeverbot unter die Bestimmungen von Art. 340 ff. OR fällt (BGE 130 III 353, E. 2.1.1; Bger 4C.360/2004 vom 19.01.2005, E. 3.2).

5.4 Die Vorinstanz ist unter einlässlicher Begründung zum Schluss gelangt, dass aufgrund einer verdichteten Indizienkette Abwerbebemühungen des Gesuchsbeklagten wahrscheinlich erscheinen würden und diese glaubhaft gemacht seien. (...)

Das Kantonsgericht gelangt nach Prüfung der Bestimmungen von Art. 340b Abs. 3 OR sowie von Art. 261 Abs. 1 ZPO zum Schluss, dass die Vorinstanz das vorsorglich verfügte Abwerbeverbot zu Lasten des Berufungsklägers zu Recht ausgesprochen hat und dieses folglich nicht aufzuhe-

ben ist. Dementsprechend ist die Berufung gegen Ziffer 2 der Verfügung vom 4. Dezember 2014 abzuweisen.

6.

Nebst dem Abwerbeverbot hat die Vorinstanz mit Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung auch ein vorsorgliches Konkurrenzverbot zu Lasten des Arbeitnehmers verfügt und ihm unter Androhung der Strafe nach Art. 292 StGB befristet bis 30. September 2015 verboten, für die C. S.A. mit Sitz in Y. und Zweigniederlassung in Z. oder für andere in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft tätige Personalverleih-, Personalrekrutierungs- und Personalvermittlungsunternehmen tätig zu sein.

6.1 Der Berufungskläger bringt vor, die vorsorglich verfügten Massnahmen würden einen unverhältnismässigen Eingriff in seine Wirtschaftsfreiheit darstellen. Durch die Formulierung des Konkurrenzverbotes gemäss Ziffer 1 des Verfügungsdispositivs sei ihm verboten, für in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft tätige Personalverleih-, Personalrekrutierungs- und Personalvermittlungsunternehmen tätig zu sein. Jedes grössere Personaldienstleistungsunternehmen der Schweiz sei in diesen beiden Kantonen tätig. Die Verfügungsformel führe mithin zu einem faktischen Tätigkeitsverbot auf dem Gebiet der ganzen Schweiz und eine Anstellung bei schweizweit tätigen Unternehmen sei ihm verwehrt. Die Berufungsbeklagte entgegnet, es sei dem Berufungskläger möglich, in einem anderen Kanton in der Nordwestschweiz tätig zu sein. Das Arbeitsverbot sei zudem nur auf die Personalverleih-, Personalrekrutierungs- und Personalvermittlungsunternehmen beschränkt. Eine Tätigkeit in einem anderen Bereich, z.B. Human Resources, sei ohne weiteres zulässig und werde von ehemaligen Personalberatern immer wieder gefunden. Dem Berufungskläger sei auch eine Tätigkeit als Personalvermittler in seinem Wohnsitzstaat erlaubt.

6.2 Vorsorgliche Massnahmen müssen verhältnismässig sein. Hierfür sind die Interessen der Parteien gegeneinander abzuwägen. Die vorsorglichen Massnahmen dürfen nicht weiter gehen, als es zum vorläufigen Schutz des glaubhaft gemachten Anspruchs notwendig ist (LUCIUS HUBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 261 N 23). Der Berufungskläger führt zu Recht aus, dass ihn das vorsorglich verfügte Konkurrenzverbot in seiner Wirtschaftsfreiheit erheblich einengt, wird ihm durch dieses doch verboten, für die C. S.A. oder für andere in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft tätige Personalverleih-, Personalrekrutierungs- und Personalvermittlungsunternehmen tätig zu sein. Nachdem die Vorinstanz das Abwerbeverbot mit Verfügung vom 24. Oktober 2014, Ziffer 1, superprovisorisch gutgeheissen hatte, führte die Arbeitgeberin an der vorinstanzlichen Verhandlung vom 4. Dezember 2014 aus, dass seit Erlass dieser Verfügung keine weiteren Kündigungen mehr erfolgt seien (vorinstanzliches Verhandlungsprotokoll vom 4. Dezember 2014, S. 1). Auch in der Berufungsantwort vom 16. März 2015, Ziffern 26 und 29, bestätigte sie, dass seit der superprovisorischen Verfügung keine weiteren Kündigungen von

temporärem Personal mehr eingegangen seien. Das Abwerbeverbot vermag daher die Arbeitgeberin offensichtlich ausreichend zu schützen und das zusätzliche Konkurrenzverbot scheint für deren vorläufigen Schutz nicht notwendig. Dies gilt umso mehr, als im Allgemeinen eine einfache Verletzung des Konkurrenzverbotes für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen nicht genügt (BGE 131 III 473, E. 3.2 = Pra 3/2006, Nr. 32). Das vorsorgliche Konkurrenzverbot ist daher nicht höher zu werten als die wirtschaftliche Freiheit des Berufungsklägers, zumal das Konkurrenzverbot im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides nur für rund 10 Monate galt. Das zusätzlich verfügte vorsorgliche Konkurrenzverbot ist neben dem vorsorglichen Abwerbeverbot somit nicht verhältnismässig. Folglich ist die Berufung diesbezüglich gutzuheissen, Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und das Rechtsbegehren Ziffer 1 des Gesuchs an die Vorinstanz vom 23. Oktober 2014 abzuweisen.

(...)

Demnach wird erkannt:

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Ziffer 1 der Verfügung der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 4. Dezember 2014 aufgehoben und das Rechtsbegehren Ziffer 1 der Eingabe der Gesuchsklägerin vom 23. Oktober 2014 abgewiesen.

Im Übrigen wird die Verfügung der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 4. Dezember 2014 bestätigt.

Die geltende vorsorgliche Massnahme beschränkt sich somit noch auf das Abwerbeverbot gemäss Ziffer 1 der Verfügung der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 24. Oktober 2014, bestätigt in Ziffer 2 der Verfügung der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 4. Dezember 2014, und lautet: «Dem Gesuchsbeklagten wird unter gleichzeitiger Androhung der Straffolgen gemäss Art. 292 StGB im Nichtbefolgungsfalle (Busse bis zu Fr. 10 000.–) verboten, Kunden sowie interne und temporäre Mitarbeiter der Gesuchsklägerin direkt oder indirekt durch Dritte abzuwerben oder abwerben zu versuchen. Art. 292 StGB lautet: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.»

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 12. Juni 2015 (Aufhebung der Verfügung der Schlichtungsbehörde)

Art. 208 Abs. 2 und 336 ZPO. Ein vor der Schlichtungsbehörde abgeschlossener Vergleich, wonach sich die Arbeitgeberin verpflichtet, dem Arbeitnehmer ein Arbeitszeugnis «mit den besprochenen Änderungen anlässlich der Schlichtungsverhandlung» auszustellen, ist nicht vollstreckbar. Die Schlichtungsbehörde hätte die Parteien von Amtes wegen über die Unvollstreckbarkeit des Vergleichs aufklären und sie zur Verbesserung auffordern müssen, d.h. zur vollständigen Ausformulierung des durch die Arbeitgeberin auszustellenden Arbeitszeugnisses. Die Verletzung der Pflicht, die Parteien auf die mangelnde Vollstreckbarkeit eines vor Gericht bzw. Schlichtungsbehörde abgeschlossenen Vergleichs hinzuweisen und auf dessen Konkretisierung hinzuarbeiten, stellt wegen der schweren Folgen für die aus dem Vergleich berechnigte Partei einen krassen Verfahrensmangel und Nichtigkeitsgrund dar (E. IV.3.6, 3.10, 3.11).

Sachverhalt:

Anlässlich der vom Arbeitnehmer (Beschwerdeführer) eingeleiteten Schlichtungsverhandlung schlossen die Parteien einen Vergleich, wonach sich die Arbeitgeberin (Beschwerdegegnerin) zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses «mit den besprochenen Änderungen» verpflichtete. Da das daraufhin von der Beschwerdegegnerin ausgestellte Arbeitszeugnis nach Ansicht des Beschwerdeführers nicht den besprochenen Änderungen entsprach, verlangte er bei der Schlichtungsbehörde die Revision der gerichtlichen Genehmigung des Vergleichs. Die Schlichtungsbehörde wies das Revisionsgesuch ab, soweit darauf einzutreten sei. Im Rahmen der gegen diesen Entscheid ergangenen Beschwerde stellte die angerufene Kammer von Amtes wegen die Nichtigkeit des Vergleichs wegen mangelnder Vollstreckbarkeit fest.

Aus den Erwägungen:

IV.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, der vor der Schlichtungsbehörde geschlossene Vergleich gebe nicht klar wieder, was der klagenden Partei zugesprochen worden sei und damit Gegenstand der Vollstreckung bilde. Auch dem vorinstanzlichen Urteil liessen sich keine Ausführungen da-

zu entnehmen, was denn nun Inhalt des abgeschlossenen Vergleichs sein sollte. Mit anderen Worten macht er geltend, dem Vergleich mangle es wegen Unklarheit an der Vollstreckbarkeit. Eine Revision sei bereits deshalb gerechtfertigt.

3.2 Im vorliegenden Revisionsverfahren mangelte es von Anfang an einem tauglichen Anfechtungsobjekt. Der Beschwerdeführer kann deshalb mit Argumenten, die eine weitere Prüfung der Sache bedingen, nicht durchdringen. Die Revisionsgründe sind darüber hinaus in Art. 328 ZPO abschliessend geregelt. Der Revisionsgrund der Unwirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs nach Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO bezieht sich auf zivilrechtliche Unwirksamkeit und kann sich zum Beispiel ergeben aus Willensmängeln (Art. 21 ff. OR), aus Rechts- und Sittenwidrigkeit (Art. 20 OR und Art. 27 ZGB), aus Handlungsunfähigkeit oder aus Dissens (vgl. GASSER/RICKLI, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl., Art. 328 N 4; HERZOG, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 328 N 64; FREIBURGH/AUFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 328 N 25; STERCHI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 328 N 26). Mangelnde Klarheit des Vergleichs und daraus resultierende Unvollstreckbarkeit betreffen demgegenüber prozessuale Fragen und sind von den Revisionsgründen von Art. 328 ZPO nicht erfasst. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann gestützt darauf somit keine Revision erfolgen. Sollte es dem Vergleich aber an der Vollstreckbarkeit fehlen, würde er an einem groben Mangel leiden. Einen solchen hat die angerufene Beschwerdeinstanz gestützt auf die ihr zustehende freie Kognition in Rechtsfragen (Art. 320 lit. a ZPO) sowie in Anwendung des Grundsatzes der richterlichen Rechtsanwendung (Art. 57 ZPO) von Amtes wegen zu berücksichtigen.

3.3 Zu prüfen ist folglich, ob der dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Vergleich die Voraussetzungen für die Vollstreckung erfüllt. Gerichtliche Vergleiche werden wie Entscheide nach den Bestimmungen des 10. Titels der ZPO (Art. 335–346 ZPO) vollstreckt (vgl. KELLERHALS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 335 N 17; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_269/2012, E. 3.1). Der fragliche Vergleich verpflichtet zu einer Leistung und ist gleich einem Leistungsurteil deshalb grundsätzlich der Vollstreckung zugänglich.

3.4 Als formelle Vollstreckbarkeitsvoraussetzungen des Entscheids sieht Art. 336 ZPO die (formelle) Rechtskraft ohne Aufschub der Vollstreckbarkeit oder die noch nicht eingetretene Rechtskraft mit Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckung vor. Der Vergleich tritt kraft gesetzlicher Bestimmung sofort in formelle Rechtskraft (Art. 208 Abs. 2 ZPO), womit die formelle Voraussetzung der Vollstreckbarkeit vorliegend gegeben ist.

Zur formellen Vollstreckbarkeit tritt als weitere Voraussetzung die tatsächliche Möglichkeit hinzu, die im Entscheid oder Entscheidsurrogat festgestellte Leistungspflicht durchzusetzen. Die durchzusetzende Pflicht muss in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht so klar bestimmt sein, dass das Vollstreckungsgericht diesbezüglich keine eigene Erkenntnistätigkeit entfalten muss (Urteil des Bundesgerichts 4A_269/2012 vom 7. Dezember 2012, E. 3.2 mit Hinweis auf DROESE, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 336 N 16). Die Kompetenz des Vollstreckungsgerichts, den Entscheid auszulegen und auf diesem Wege Unklarheiten zu beseitigen, ist eng begrenzt (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, § 28 N 42; KELLERHALS, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Art. 341 N 37 mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 5A_479 2008 vom 11. August 2009, E. 5.3; vgl. auch LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Kommentar zur Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Aufl., Art. 402 ZPO BE N 4).

3.5 Vorweg ist hierzu anzumerken, dass die Parteien – und damit auch der Beschwerdeführer – anlässlich der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde mit ihrer Unterschrift bekräftigt haben, mit dem Wortlaut und dem Inhalt des abgeschlossenen Vergleiches einverstanden zu sein. Dass der Beschwerdeführer genau diesen Wortlaut nachträglich in Frage stellt, birgt einen gewissen Widerspruch in sich. Indessen handelt es sich bei der fraglichen Vereinbarung um einen gerichtlichen Vergleich, welcher unter Mitwirkung der Schlichtungsbehörde abgeschlossen und von dieser zu Protokoll genommen wurde. Einen solchen hat das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörde daraufhin zu prüfen, dass er klar und vollständig ist. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, liegt eine mangelhafte Prozesshandlung vor, und die Parteien sind von Amtes wegen zur Klarstellung oder Verbesserung aufzufordern (vgl. BGE 124 II 8 E. 3b S. 12; STECK, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 241 N 14; LIEBSTER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 328 N 19). Betreffend die Angemessenheit des Inhalts nimmt das Gericht bzw. die Schlichtungsbehörde hingegen keine umfassende, sondern höchstens eine ganz rudimentäre Prüfung vor.

3.6 Es stellt sich folglich die Frage, ob der dem vorliegenden Verfahren zu Grunde liegende Vergleich in sachlicher Hinsicht genügend klar ist, um vollstreckt werden zu können. Die Parteien vereinbarten die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses «mit den besprochenen Änderungen anlässlich der Schlichtungsverhandlung» durch die Beschwerdegegnerin. Der Wortlaut des neuen Arbeitszeugnisses wurde in der Vereinbarung nicht ausformuliert. Auch ist darin nicht festgehalten, von welcher Version ausgehend die Änderungen im neu auszustellenden Arbeitszeugnis vorzunehmen seien.

Zu prüfen bleibt, ob sich der Inhalt der vergleichsweise vereinbarten Pflicht der Beschwerdegegnerin anderweitig mit genügender Klarheit ergibt. Für die Auslegung des Vergleichsvertrags ist nach Art. 18 Abs. 1 OR zunächst massgebend, was die Parteien tatsächlich gewollt haben. Kann das Gericht einen wirklichen Willen nicht feststellen, so sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (Urteil des Bundesgerichts 4A_298/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 3.4; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist hierbei der Grundsatz der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens (Art. 205 ZPO), welcher die Protokollierung der Parteiaussagen anlässlich einer Schlichtungsverhandlung sowie deren Verwendung im späteren Entscheidverfahren untersagt. Dem Protokoll zur Schlichtungsverhandlung sind folglich keine Anhaltspunkte zu den Ausführungen der Parteien sowie zum letztlich vereinbarten Wortlaut zu entnehmen. Das Vollstreckungsgericht müsste den Inhalt des zu vollstreckenden Vergleichs somit vorerst ermitteln. Dies würde sowohl für die Ermittlung des tatsächlichen Willens der Parteien als auch für die Auslegung des Vergleichs nach dem Vertrauensprinzip die Rekonstruktion der geführten Vergleichsgespräche erfordern, wozu die Aussagen beider Parteien aufzunehmen und somit ein Beweisverfahren durchzuführen wäre. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens (Art. 205 ZPO) ist fraglich, ob eine solche Beweiserhebung überhaupt zulässig und verwertbar wäre. Jedenfalls kann die eigentliche Ermittlung des Vergleichsinhalts aber nicht Aufgabe des Vollstreckungsrichters sein und geht weiter als dessen beschränkte Kompetenz zur Konkretisierung der vereinbarten Leistungspflicht.

3.7 Daraus folgt, dass der zwischen den Parteien anlässlich der Schlichtungsverhandlung abgeschlossene Vergleich der für die Vollstreckung erforderlichen Klarheit entbehrt. Der Vergleich ist nicht vollstreckbar.

3.8 Bei unklarer Formulierung eines Dispositivs stehen den Parteien in erster Linie die Rechtsbehelfe der Berichtigung oder Erläuterung zur Verfügung (Art 334 ZPO). Lässt sich der Mangel auch auf diesem Weg nicht beheben, so bleibt der obsiegenden Partei nur, eine erneute Klage einzureichen. Der neuen Klage steht die materielle Rechtskraft des früheren Entscheids trotz Identität des Streitgegenstands nicht entgegen, da nur vollstreckbare Entscheide materielle Rechtskraft entfalten können (DROESE, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 336 N 18 mit Hinweis auf verschiedene Autoren). Die materielle Rechtskraft eines Entscheides setzt voraus, dass dieser verbindlich festlegt, was rechtens ist (vgl. STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., 2013, § 24 Rz. 8). Ist ein Entscheid oder Entscheidsurrogat jedoch nicht genügend klar, um vollstreckbar

zu sein, kann damit auch nicht verbindlich eine Rechtsstreitigkeit beigelegt werden.

Da der gerichtliche Vergleich auf Parteidisposition beruht, ist er anders als das vom Gericht formulierte Entscheiddispositiv einer Erläuterung oder Berichtigung (Art. 334 ZPO) nicht zugänglich. Der vorliegend interessierende gerichtliche Vergleich lässt sich deshalb nicht über einen Rechtsbehelf konkretisieren. Mangels Vollstreckbarkeit kann er nach dem Gesagten nicht in materielle Rechtskraft erwachsen. Einem erneuten Verfahren in derselben Sache steht deshalb bereits aus diesem Grund nichts im Wege.

3.9 Darüber hinaus ist vorliegend auch ein Nichtigkeitsgrund gegeben: Nach Bundesgericht ist ein Entscheid nichtig, wenn der ihm anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen gemäss Rechtsprechung vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 133 II 366 E. 3.2 S. 367 mit Hinweisen). Dasselbe muss aufgrund der gesetzlichen Gleichstellung mit Entscheiden (Art. 208 Abs. 2 und Art. 241 Abs. 2 ZPO) auch für gerichtliche Vergleiche gelten. Zu beachten ist die Nichtigkeit eines Entscheides von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden von Amtes wegen und jederzeit. Sie kann auch im Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden (BGE 133 II 366 E. 3.1 S. 367 mit Hinweisen).

3.10 Wie bereits dargelegt wurde (vgl. E. IV/3.5 hiavor), trifft die Schlichtungsbehörde eine gewisse Prüfungspflicht beim Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs durch die Parteien. So hat sie zu überprüfen, ob die geschlossene Vereinbarung klar und vollständig ist, andernfalls die Parteien zur Verbesserung aufzufordern sind. Die Schlichtungsbehörde hätte die Parteien vorliegend folglich von Amtes wegen über die Unvollstreckbarkeit des Vergleichs aufklären und sie zur Verbesserung auffordern müssen, das heisst zur vollständigen Ausformulierung des durch die Beschwerdegegnerin auszustellenden Arbeitszeugnisses. Nur dann würde der Vergleich die für eine Vollstreckung notwendige Klarheit aufweisen. Da die Schlichtungsbehörde einen solchen Hinweis unterlassen und damit ihre Prüfpflichten beim Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs verletzt hat, konnte die mangelhafte Prozesshandlung des Vergleichsabschlusses nicht behoben werden. In einem solchen Fall wiegen die Folgen für die durch den Vergleich begünstigte Partei schwer: Bei Ausbleiben einer freiwilligen Erfüllung ist ihr die Zwangsvollstreckung verwehrt.

3.11 Die Verletzung der Pflicht, die Parteien auf die mangelnde Vollstreckbarkeit eines vor Gericht bzw. Schlichtungsbehörde abgeschlossenen Vergleichs hinzuweisen und auf dessen Konkretisierung hinzuarbeiten, stellt wegen der schweren Folgen für die aus dem Vergleich berechnigte Partei einen krassen Verfahrensmangel und nach Ansicht der angerufenen Beschwerdeinstanz einen Nichtigkeitsgrund dar. Es ist nach dem Gesagten folglich von Amtes wegen festzustellen, dass die Vereinbarung nichtig ist.

Die Verfügung der Schlichtungsbehörde, wonach die Vereinbarung gerichtlich genehmigt wird, ist von Amtes wegen aufzuheben.

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 14. September 2015 (Bestätigung des Urteils des Regionalgerichts Oberland vom 10. März 2015)

Ein Arbeitnehmer darf eine betriebliche Übung hinsichtlich der Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip auch für sich in Anspruch nehmen, sofern der Einzelarbeitsvertrag die Ausrichtung einer Gratifikation nicht ausdrücklich ausschliesst. Im Betrieb der Arbeitgeberin wurden seit mehr als zehn Jahren Bonifikationen ausgerichtet. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz schloss, die Parteien seien stillschweigend übereingekommen, diese bereits weit länger als drei Jahre andauernde betriebliche Übung gelte auch für den klägerischen Arbeitnehmer – dies umso mehr, als dieser bereits zwei Jahre in Folge entsprechende Auszahlungen erhielt (E. V.4.3 und 4.4).

Sachverhalt:

Am 29. November 2010 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag per 1. Januar 2011. Die Funktion des Arbeitnehmers B. (Kläger/Berufungsbeklagter) wurde als «FC 7000 Projektleiter 80%» beschrieben. In der Folge nahmen die Parteien drei schriftliche Abänderungen des Arbeitsvertrages vor, welche das Arbeitspensum (Auf- bzw. Abstockung von 80% auf 90% und umgekehrt) sowie die Erhöhung des Lohnes zum Inhalt hatten. Die Ausrichtung einer Bonifikation wurde weder im Einzelarbeitsvertrag noch in einer zum Inhalt des Vertrages erklärten Beilage geregelt. Der für die F. AG (Beklagte/Berufungsklägerin) angestellte K. kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Berufungsbeklagten am 23. Oktober 2013 mündlich per 28. Februar 2014, was die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 12. November 2013 bestätigte. Die Kündigung erfolgte aus wirtschaftlichen Gründen.

Die Berufungsklägerin richtete ihren Mitarbeitern auf Stufe Projektleiter in den Jahren 2005 bis 2013 jeweils im April des Folgejahres eine Bonifikation aus, welche bei einem Beschäftigungsgrad von 100% vorerst Fr. 8000.– (2005 und 2006), danach Fr. 9000.– (2007 und 2008) und zuletzt Fr. 15 000.– (2009–2013) betrug. Auch der Berufungsbeklagte erhielt jeweils im April 2012 und 2013 eine zum vereinbarten Lohn hinzutretende und mit «Bonifikation» bezeichnete Auszahlung in der Höhe von Fr. 12 500.– resp. von Fr. 13 125.– (80% resp. 90% von Fr. 15 000.–).

Da B. im April 2013 keine weitere Zahlung erhielt, erhob er am 3. November 2014 Klage gegen die F. AG mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, die Prämie von Fr. 12 875.– für das Jahr 2013 aus dem damals bestandenen Arbeitsverhältnis zu bezahlen. Mit Entscheid vom

10. März 2015 verpflichtete das Regionalgericht Oberland (nachfolgend: Vorinstanz) die F. AG zur Bezahlung von Fr. 12 875.–. Am 3. Juni 2015 erhob die F. AG Berufung mit dem Antrag auf Aufhebung des vorinstanzliche Entscheids.

Aus den Erwägungen:

IV.

1.

Vorliegend strittig und zu beurteilen ist die Frage, ob dem Berufungsbeklagten für das Jahr 2013 (Auszahlung per April 2014) ein Anspruch auf Auszahlung einer Gratifikation zusteht.

2.

Die Vorinstanz sprach dem Berufungsbeklagten den angebehrten Betrag von Fr. 12 875.– netto zu. Sie erwog, ihm stehe gestützt auf Art. 322d OR sowie die hierzu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung und die einschlägigen Lehrmeinungen ein Gratifikationsanspruch aus betrieblicher Übung zu, nachdem seit 2005 inkl. Geschäftsjahr 2013 auf Stufe Projektleiter jedes Jahr Bonifikationen ausgerichtet worden seien. Auf diese Übung könne sich der Berufungsbeklagte berufen. Vor diesem Hintergrund sei nicht massgebend, wie oft der Berufungsbeklagte persönlich bereits eine Gratifikation erhalten habe. Die Berufungsklägerin habe den Berufungsbeklagten nicht eindeutig und unmissverständlich über die Freiwilligkeit der Bonifikation informiert. Anlass der Bonifikation bilde das Jahresende, zu welchem Zeitpunkt sich der Berufungsbeklagte noch im Anstellungsverhältnis befunden habe. Der Berufungsklägerin gelinge der Beweis nicht, dass eine innerbetriebliche und dem Berufungsbeklagten bekannte Regel bestehe, wonach die Ende April ausgeschiedenen oder in gekündigtem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer keine Gratifikation für das Vorjahr ausbezahlt erhalten. Die vom Berufungsbeklagten geltend gemachte Höhe der Bonifikation sei nachvollziehbar und werde von der Berufungsklägerin nicht in Abrede gestellt, weshalb ihm der volle angebehrte Betrag zuzusprechen sei.

3.

3.1 Die Berufungsklägerin macht geltend, die Vorinstanz habe Art. 322d OR unrichtig angewandt. Ein Gratifikationsanspruch entstehe nach dieser Bestimmung nur, wenn dies verabredet sei. Damit könnten nur Abreden zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages gemeint sein. Vorliegend hätten die Parteien vertraglich weder im Grundsatz noch der Höhe nach Gratifikationen vorgesehen. Soweit dem Berufungsbeklagten im April 2012 und 2013 Bonifikationen ausgerichtet worden seien, handle es sich um echte, freiwillige Gratifikationen.

Das Bundesgericht lasse zwar zu, dass nach dem Vertrauensprinzip ein Anspruch auf Gratifikation entstehen könne. Dafür setze es jedoch voraus, dass im konkreten Arbeitsverhältnis und während mindestens drei aufeinanderfolgenden Jahren ohne Freiwilligkeitsvorbehalt Gratifikationen ausgerich-

tet worden seien. Vorliegend seien lediglich zwei Bonifikationen in unterschiedlicher Höhe an den Berufungsbeklagten ausgerichtet worden, was zur Begründung eines Anspruches auf eine unechte (d.h. dem Grundsatz nach geschuldete) Bonifikation nicht genüge. Der von der Vorinstanz attestierte mangelnde Freiwilligkeitsvorbehalt sei deshalb unerheblich; eine entsprechende Pflicht könne bei einer echten Gratifikation ohnehin nicht aus Art. 322d OR abgeleitet werden. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die betriebliche Übung dem Berufungsbeklagten vorliegend einen Gratifikationsanspruch einräume, finde auch in den einschlägigen Kommentaren keine Stütze (mit Hinweis auf REHBINDER/STÖCKLI im Berner Kommentar sowie auf STAEHELIN im Zürcher Kommentar; Rz. 27–30 S. 10 der Berufung).

Da dem Berufungsbeklagten kein Anspruch auf Ausrichtung einer Bonifikation zustehe, könne auch offen bleiben, ob (der lediglich über Kollektivprokura verfügende) K. gegenüber dem Berufungsbeklagten tatsächlich geäußert habe, dass dieser durch die Kündigung keine weiteren Nachteile erleide. Dies werde ausserdem bestritten.

Dass dem Berufungskläger nach dessen Ausscheiden aus der Unternehmung keine echte, also freiwillige Gratifikation mehr ausgerichtet worden sei, könne nicht beanstandet werden. Die Ausrichtung derselben dürfe nach Bundesgericht ohne weiteres an die Bedingung geknüpft werden, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt von dessen Ausrichtung (vorliegend im April 2014) im ungekündigten Arbeitsverhältnis stehe.

3.2 Der Berufungsbeklagte bringt vorab zutreffend vor, die Auszahlung habe im fraglichen Zeitraum gleichbleibend Fr. 15 000.– betragen. Die von der Berufungsklägerin geltend gemachte unterschiedliche Höhe der an ihn ausgerichteten Bonifikationen ergebe sich aus dem jeweilig reduzierten Arbeitspensum.

Weiter führt der Berufungsbeklagte aus, das Gespräch mit K. sei für ihn keinesfalls unerheblich gewesen, da dieser die mündliche Kündigung alleine ausgesprochen habe. Die Berufungsbeklagte versuche vorliegend, einzig mit dem Hinweis auf den vertraglichen Formvorbehalt die vorinstanzlichen Feststellungen sowie ihre eigenen Unterlassungen (fehlende Transparenz) zunichte zu machen und mit der nachträglichen Qualifikation der entrichteten Bonifikationen als «echte Gratifikation» eine Abweisung seines Klagebegehrens zu erreichen. Die geltend gemachte «echte Gratifikation» werde in keiner Weise der tatsächlichen und weitestgehend unbestrittenen betrieblichen Übung gerecht.

V.

1.

Wie die Vorinstanz richtig ausführt, ist die Gratifikation in Art. 322d OR geregelt. Es handelt sich dabei um eine ausserordentliche Zulage, welche zum Lohn hinzutritt und bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird (BGE 129 III 276 E. 2). Typisch für die Gratifikation ist, dass sie eine dem Grundsatz und in der Höhe nach freiwillige Sondervergütung des Arbeitgebers ist, auf die kein Rechtsanspruch besteht (sog. echte Gratifikation; vgl. VISCHER,

in: Wiegand [Hrsg.], Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1 III, Der Arbeitsvertrag, Basel 1994, § 10 Titel IV Ziff. 1; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 322d N 1; PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., 2011, Art. 322d N 3, EMMEL, in: Huguenin/Müller-Chen/Girsberger [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 2. Aufl., 2012, OR 322d N 1). Nach Art. 322d OR hat der Arbeitnehmer hingegen dann Anspruch auf Gratifikation, wenn es verabredet ist.

2.

Die Vereinbarung eines Gratifikationsanspruches kann im Kollektiv- oder im Einzelarbeitsvertrag erfolgen (vgl. REHBINDER/STÖCKLI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Band VI/2/2/1, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Art. 322d N 5). Im Einzelarbeitsvertrag sind Gratifikationsabreden auch mündlich gültig, weshalb eine stillschweigende bzw. konkludente Abrede genügt (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 322d N 5 f.; vgl. auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., 2012, Art. 322d N 4; EMMEL, a.a.O., OR 322d N 2).

3.

Eine stillschweigende Abrede kann sich gestützt auf die von der Vorinstanz korrekt wiedergegebene bundesgerichtliche Rechtsprechung sowie die herrschende Lehre auch während des laufenden Arbeitsverhältnisses aus einer betrieblichen Übung durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrages ergeben (BGE 136 III 313 E. 2; BGE 129 III 276 E. 2; ferner VISCHER, a.a.O., § 10 Titel IV Ziff. 2 und Fn 56; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 4; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009, § 2 Rz. 401). Gemäss der einschlägigen Lehre und Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass eine Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip als vereinbart gilt, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist (BGE 129 III 276 E. 2; ferner STAEHELIN, in: Gauch/Schmid [Hrsg.], Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., 2006, Art. 322d N 9; REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 322d N 7; PORTMANN, a.a.O., Art. 322d N 10). Durch vorbehaltlose Zahlung auf Dauer bringt der Arbeitgeber im Rechtsverkehr seinen Willen zum Ausdruck, der Arbeitnehmer könne auch in Zukunft mit solchen Zahlungen rechnen. Der Arbeitnehmer wiederum erklärt durch Entgegennahme der Zahlungen seine Zustimmung zu dieser rechtsgeschäftlichen Erklärung, womit ein Rechtsanspruch durch (konkludent geschlossenen) Vertrag entsteht (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 322d N 6; vgl. auch STAEHELIN, a.a.O., Art. 322d N 9).

4.

4.1 Die Berufungsklägerin macht im Wesentlichen geltend, dass die Gratifikation dem klagenden Arbeitnehmer während drei Jahren hätte ausgerichtet werden müssen, um einen Anspruch zu begründen. Diese betriebliche Übung wäre dann eine stillschweigende Vereinbarung der Vertragsparteien

des Einzelarbeitsvertrages. Der Berufungsbeklagte habe indessen lediglich zweimal eine jährliche Bonifikation erhalten. Aus einer betrieblichen Übung ohne Bezug auf das konkrete Arbeitsverhältnis könne kein Anspruch auf Gratifikation abgeleitet werden.

4.2 Mit den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu dieser bereits vorinstanzlich vorgebrachten Auffassung setzt sich die Berufungsklägerin nicht weiter auseinander. Auf diese Ausführungen kann vorab verwiesen werden.

4.3 Insbesondere kann die Berufungsklägerin mit ihrem Verweis auf die Lehrmeinung von STAEHELIN nichts zu ihren Gunsten ableiten. Wie bereits die Vorinstanz unter Bezugnahme auf diesen Autor richtig ausführt, darf ein Arbeitnehmer eine betriebliche Übung hinsichtlich der Gratifikation nach dem Vertrauensprinzip auch für sich in Anspruch nehmen, sofern der Einzelarbeitsvertrag die Ausrichtung einer Gratifikation nicht ausdrücklich ausschliesst (STAEHELIN, a.a.O., Art. 322d N 11; E. 2.4 der Vorinstanz). Dabei bildet nicht die betriebliche Übung als solche Anspruchsgrundlage für die Gratifikation, sondern – wie die Berufungsklägerin richtig geltend macht – die stillschweigende Vereinbarung der Parteien im Einzelarbeitsvertrag. Bei der Ausrichtung der Gratifikation an alle Arbeitnehmer oder an bestimmte Arbeitnehmergruppen darf und muss jede Partei mangels ausdrücklicher abweichender Abrede annehmen, dass sich die bestehende Übung auch zu Gunsten des betreffenden Arbeitnehmers auswirke. Dies gilt selbst für den Arbeitnehmer, welcher bislang noch keine Gratifikation erhalten hat, weil er beispielsweise das erforderliche Dienstalter noch nicht erreicht hat (STAEHELIN, a.a.O., Art. 322d N 11).

Im Betrieb der Berufungsklägerin wurden seit 2005 inkl. Geschäftsjahr 2013 auf Stufe Projektleiter – in welcher Position auch der Berufungsbeklagte angestellt war – jedes Jahr Bonifikationen ausgerichtet. Gestützt auf obige Ausführungen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aus diesem Umstand sowie aus den glaubhaften Aussagen des Beschwerdeführers darauf schloss, dass die Parteien stillschweigend übereingekommen seien, diese betriebliche Übung gelte auch für den Berufungsbeklagten. Dies umso mehr, als der Berufungsbeklagte bereits zweimal eine entsprechende Auszahlung erhielt. Daraus erhellt, dass die Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagte nicht nur von einem Ausschluss einer der Übung entsprechenden Gratifikationsausrichtung absahen, sondern durch übereinstimmendes konkludentes Handeln die Anwendung der bereits weit länger als drei Jahre andauernden betrieblichen Übung auf das fragliche Arbeitsverhältnis vereinbarten.

4.4 Die Berufungsklägerin führt weiter unter Verweis auf REHBINDER/STÖCKLI an, aus der Zahlung von Sondervergütungen alleine könne kein Verpflichtungswille des Arbeitgebers abgeleitet werden. Stillschweigen dürfe nicht leichtfertig angenommen werden (REHBINDER/STÖCKLI, a.a.O., Art. 322d N 6). Eine betriebliche Übung als eigenständige Rechtsquelle würden diese Autoren explizit ablehnen. Worin vorliegend die leichtfertige Annahme einer stillschweigenden Willensäußerung zu sehen sein sollte, wie

die Berufungsklägerin mit Hinweis auf die Lehrmeinung von REHBINDER/STÖCKLI geltend zu machen scheint, ist für die Kammer nicht ersichtlich. Wie bereits ausgeführt wurde (E. 4.3 hiervor), ist vorliegend nicht die betriebliche Übung für sich alleine Grundlage der Gratifikationsabrede, sondern das Verhalten der Parteien, welches auf eine Anwendung derselben auf das konkrete Arbeitsverhältnis schliessen lässt. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist aufgrund der bereits langjährigen Praxis im Betrieb der Berufungsklägerin unerheblich, wie oft dem klägerischen Arbeitnehmer konkret bereits eine «Bonifikation» ausgerichtet wurde.

4.5 Unter Berücksichtigung des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) erscheint es überdies stossend, dass die Berufungsklägerin den Umstand der erst zweimaligen Auszahlung der Bonifikation zum Hauptargument für eine mangelnde Gratifikationsabrede erhebt, gleichzeitig aber impliziert, das Ausbleiben einer dritten – nach Ansicht der Berufungsklägerin für eine Anspruchsbegründung ausschlaggebenden – Auszahlung sei allein dem Umstand geschuldet, dass das (von ihr selbst gekündigte) Arbeitsverhältnis zum Auszahlungszeitpunkt bereits beendet gewesen sei. Die implizite Aussage, dem Berufungsbeklagten wäre eine Bonifikation ausgerichtet worden, hätte man ihm davor nicht gekündigt, durfte und darf dieser dahingehend verstehen, dass ihm zumindest dann ein Anspruch auf Ausrichtung einer Gratifikation zusteht, wenn den übrigen Mitarbeitern auf Stufe Projektleiter auch eine solche ausgerichtet wird. Die konkludente Vereinbarung der entsprechenden Abrede ist in Auslegung der Parteiäusserungen nach dem Vertrauensprinzip zu bejahen.

4.6 In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist folglich davon auszugehen, dass die Voraussetzung der regelmässigen bzw. auf Dauer ausgelegten Zahlung zur Begründung einer stillschweigend vereinbarten Gratifikationsabrede i.S.v. Art. 322d OR erfüllt ist. Zu überprüfen gilt es in einem zweiten Schritt, ob auch die Vorbehaltlosigkeit der Auszahlungen gegeben ist. Der Arbeitgeber kann die Entstehung eines klagbaren Anspruchs verhindern, wenn er bei ihrer Ausrichtung unmissverständlich auf ihre Freiwilligkeit hinweist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 4; STAEHELIN, a.a.O., Art. 322d N 10).

4.7 Die Vorinstanz stellte fest, der Berufungsklägerin sei der Beweis nicht gelungen, dass sie den Berufungsbeklagten über die Freiwilligkeit der Gratifikation informiert habe. Diese Würdigung der Beweise wird von der Berufungsbeklagten zwar als unerheblich bezeichnet, aber nicht als unrichtig angefochten. Vielmehr führt sie in ihrer Berufungsschrift selbst aus, der Berufungsbeklagte habe «während des [...] Arbeitsverhältnisses [...] zweimal vorbehaltlos eine [...] Gratifikation in unterschiedlicher Höhe» erhalten. Die Vorbehaltlosigkeit der Gratifikationsausrichtungen ist ebenfalls zu bejahen.

4.8 Aus dem hiervor Dargelegten ergibt sich, dass die Parteien stillschweigend eine Gratifikationsabrede getroffen haben, womit dem Berufungsbeklagten in Anwendung von Art. 322d OR ein klagbarer Rechtsanspruch auf Leistung einer solchen zusteht. Die Vorinstanz wandte die Be-

stimmung in Anwendung der herrschenden Lehre sowie der einschlägigen Rechtsprechung richtig auf den vorliegend zu beurteilenden Fall an.

5.

Zu prüfen bleibt, ob der Berufungsbeklagte zum Zeitpunkt, welcher Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation bildet, noch in einem Anstellungsverhältnis zur Berufungsklägerin stand (vgl. STAEHELIN, a.a.O., Art. 322d N 17). Die Gratifikation ist nur geschuldet, wenn das Arbeitsverhältnis beim Anlass für deren Zahlung noch besteht (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 322d N 4).

5.1 Anlass zur Ausrichtung der Gratifikation bildet gemäss unangefochten gebliebener und sich auf die Akten stützender Feststellung der Vorinstanz das Ende des Geschäftsjahres, welches mit dem Ende des Kalenderjahres zusammenfällt. Zu diesem Zeitpunkt war das Arbeitsverhältnis zum Berufungsbeklagten gekündigt, aber noch nicht beendet. Die Berufungsklägerin äusserte, die Bonifikation werde nicht an persönliche Leistungen geknüpft, sondern nehme Bezug zum Resultat der Gruppe bzw. sei abhängig vom Deckungsbetrag III. Der Berufungsbeklagte hat seinen Beitrag zur Erreichung dieses Resultats geleistet. Sein Anspruch auf Ausrichtung der darauf basierenden Gratifikation entstand bei Jahresende 2013.

5.2 Die Berufungsklägerin weist darauf hin, der Berufungsbeklagte sei per Ende Februar 2014 und somit vor dem Zeitpunkt der Auszahlung der Bonifikation für das Geschäftsjahr 2013 (im April 2014) aus ihrem Betrieb ausgetreten. Eine Regelung, wonach zum Zeitpunkt der Gratifikationsausrichtung ausgetretene Mitarbeiter von den Empfängern ausgeschlossen wären, konnte sie indessen vor der Vorinstanz nicht beweisen; sie berief sich einzig auf nicht aktenkundige, streng geheime interne Richtlinien. Auch vor oberer Instanz reicht sie keine entsprechenden Nachweise ein. Gestützt auf die glaubhaften Aussagen des Berufungsbeklagten vor der Vorinstanz, wonach K. ihm gleichzeitig mit der mündlichen Kündigung versichert habe, durch Auflösung des Arbeitsverhältnisses würden ihm keine weiteren Nachteile erwachsen, durfte er vielmehr davon ausgehen, auch für das Geschäftsjahr 2013 wie alle anderen zu diesem Zeitpunkt angestellten Projektleiter eine Gratifikation zu erhalten. Dass der Berufungsbeklagte von einer abweichenden Übung Kenntnis gehabt hätte und sich diese deshalb entgegen halten lassen müsste (vgl. STAEHELIN, a.a.O., Art. 322d N 17), ist nicht erstellt.

5.3 Insgesamt erhellt, dass das Arbeitsverhältnis zum Berufungsbeklagten im Zeitpunkt des massgeblichen Anlasses der Gratifikation am 31. Dezember 2013 noch bestand. Die Vorinstanz schützte das Vertrauen des Berufungsbeklagten auf Anspruch einer Gratifikation für das Jahr 2013 zu Recht. Dem Berufungsbeklagten steht für das Geschäftsjahr 2013 ein Anspruch auf Ausrichtung einer Gratifikation zu.

6.

Die Höhe der auszurichtenden Gratifikation wird von der Berufungsklägerin nicht bestritten. Wie die Vorinstanz richtig ausführt, ist die vom Berufungskläger gestützt auf seinen zuletzt aktuellen Beschäftigungsgrad vor-

genommene Berechnung nachvollziehbar. Die vorinstanzliche Bestimmung der Gratifikation für das Jahr 2013 in Höhe von Fr. 12 875.– netto ist zu schützen und die Berufung ist vollumfänglich abzuweisen.

Eingereicht von A. Günther, lic. iur. RA, Leitender Gerichtsschreiber

Handelsgericht des Kantons Bern, Urteil vom 17. Juni 2015

Art. 6, 9 und 16 Abs. 1 URG, Begriff des Urhebers; Schöpferprinzip; Aktivlegitimation. Arbeitgeber oder juristische Personen, die nicht schöpferisch tätig sind, können Urheberrechte nicht originär, sondern nur derivativ erwerben, wofür ein entsprechender Nachweis zu erbringen ist. Dazu genügt es nicht, dass die einzelnen Schöpfer in einem Arbeits- oder Auftragsverhältnis zum Arbeitgeber bzw. zur juristischen Person standen und vollumfänglich für ihre Arbeit entschädigt wurden. Um Urheberrechte auf den Arbeitgeber bzw. Auftraggeber zu übertragen, braucht es eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung. Beim Arbeitsverhältnis liegt eine Ausnahme vom Grundsatz nach Art. 321b Abs. 2 OR vor, wonach Arbeitsergebnisse automatisch auf den Arbeitsgeber übergehen (E. 17.1, 17.4).

Aus den Erwägungen:

17.

Die Aktivlegitimation im Bereich des Urheberrechts kommt üblicherweise dem Schutzrechtsinhaber zu (Art. 9 URG). Unter Umständen kann auch der Lizenznehmer aktivlegitimiert sein (vgl. dazu BARBARA K. MÜLLER, a.a.O., N 39 zu Vorbemerkungen zu Art. 61–66 URG), was vorliegend jedoch nicht weiter relevant ist, da die Gesuchstellerin [im Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen] klar als Urheberin und nicht als Lizenznehmerin auftritt. Dementsprechend ist in der Folge zu prüfen, ob die Gesuchstellerin glaubhaft machen konnte, dass sie Urheberin der umstrittenen Fragen zur Theorieprüfung für (...) wäre, wenn diese als Werk zu qualifizieren wären.

17.1 Urheber ist grundsätzlich die natürliche Person, die das Werk geschaffen hat (sog. Schöpferprinzip; Art. 6 URG). Arbeitgeber oder juristische Personen, die als solche nicht schöpferisch tätig sind, können Urheberrechte nicht originär sondern nur derivativ erwerben (Art. 16 Abs. 1 URG). Der Arbeitgeber kann somit die mit dem Urheberrecht verbundenen Ausschliesslichkeitsrechte nur geltend machen, wenn er die Rechte an Arbeitnehmerschöpfungen durch Abtretung nach Art. 16 Abs. 1 URG erworben hat (BGE 136 III 225 E. 4.3 = Pra 99 (2010) Nr. 130, S. 859; DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, Das neue Urheberrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 3. A. 2008, N 2 zu Art. 6

URG; MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. A. 2000, N 108 f.).

(...)

17.4 Sollten die Fragen zur Theorieprüfung für (...) ein Werk darstellen, so hätten die Mitglieder der Arbeitsgruppe mit der Schöpfung originär die Urheberrechte daran erworben (Art. 6 URG). Die Gesuchstellerin ist somit nur aktivlegitimiert, wenn sie die potentiellen Urheberrechte derivativ erworben hat (Art. 16 Abs. 1 URG). Dazu genügt es nicht, dass die einzelnen Schöpfer in einem Arbeits- oder Auftragsverhältnis zur Gesuchstellerin standen und vollumfänglich für ihre Arbeit entschädigt wurden. Die Schaffung eines Werks im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses hindert den Arbeitnehmer nicht an der Erlangung des Urheberstatus (BGE 136 III 225 E. 4.3 = Pra 99 (2010) Nr. 130 S. 859). Es liegt somit eine Ausnahme vom Grundsatz gemäss Art. 321b Abs. 2 OR, wonach Arbeitsergebnisse automatisch auf den Arbeitsgeber übergehen, vor. Um Urheberrechte auf den Arbeits- respektive Auftraggeber zu übertragen, braucht es eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung. Eine ausdrückliche Übertragung allfälliger Urheberrechte wird vorliegend von der Gesuchstellerin nicht geltend gemacht und ergibt sich auch nicht aus den eingereichten Unterlagen. Es bleibt zu prüfen, ob die Gesuchstellerin eine konkludente Übertragung der möglichen Urheberrechte rechtsgenügend dargelegt hat. Dabei genügt es nicht, dass sie die Übertragung behauptet, denn auch in Verfahren wie dem vorliegenden – in welchen das reduzierte Beweismass des Glaubhaftmachens genügt (vgl. Art. 261 ZPO) – hat die gesuchstellende Partei die rechtsbegründenden Tatsachen substantiiert darzulegen (vgl. zum Beweismass des Glaubhaftmachens BGE 139 III 86 E. 4.2 S. 91). In casu hat die Gesuchstellerin insbesondere nicht dargelegt, wer im Einzelnen Miturheber der umstrittenen Theoriefragen zur ...-prüfung ist. Aus den Gesuchbeilagen ergibt sich zwar mehr oder weniger, wer in besagter Arbeitsgruppe mitgearbeitet hat, nicht aber, wer in die Erarbeitung der Fragen auf welche Weise involviert war. Ausserdem hat die Gesuchstellerin nicht glaubhaft gemacht, dass alle Beteiligten in einem Arbeits- oder Auftragsverhältnis zu ihr stehen. Insbesondere bei den Vertretern der verschiedenen ...-ämter bestehen bedeutende Zweifel, dass diese in einem vertraglichen Verhältnis zur Gesuchstellerin stehen. Entsprechende Verträge hat diese denn auch keine eingereicht. Aus den Protokollen der Sitzungen der Arbeitsgruppe sowie den weiteren eingereichten Belegen (insbesondere der Vereinsstatuten) ergeben sich ebenfalls keine Hinweise darauf, dass allfällige Urheberrechte auf die Gesuchstellerin übertragen wurden bzw. dass diese Frage überhaupt thematisiert wurde.

17.5 Aufgrund dessen bestehen heute wesentliche Zweifel an einer Übertragung der potenziellen Urheberrechte auf die Gesuchstellerin. Die Übertragung wurde damit nicht glaubhaft gemacht. Das Gericht geht vielmehr davon aus, dass die potenziellen Urheberrechte weiterhin bei den natürlichen Personen sind, welche das mögliche Werk geschaffen haben. Das Ge-

such um Erlass vorsorglicher Massnahmen ist somit bereits aufgrund der mangelnden Aktivlegitimation der Gesuchstellerin abzuweisen.

18.

Im Übrigen ist das Gesuch auch abzuweisen, weil die Gesuchstellerin das Vorliegen eines schutzfähigen Werkes nicht glaubhaft machen konnte.

Kanton Freiburg

Tribunal cantonal du canton de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 28 janvier 2015 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Gruyère du 29 janvier 2014)

Art. 8 CC et 336 CO. Selon la jurisprudence, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat de renverser le fardeau; elle ne constitue qu'une preuve par indices. Les juges doivent toutefois rester prudents. 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. Toutefois, s'agissant de l'établissement du lien de causalité, au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, entre le motif invoqué et le congé donné, la jurisprudence a admis un allègement du fardeau de la preuve, la simple vraisemblance étant suffisante lorsqu'il existe entre le licenciement et l'état de fait allégué une coïncidence particulièrement troublante, à l'exemple du travailleur qui se fait congédier de but en blanc au lendemain d'une manifestation (c. 3).

Un motif économique constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif. Des motifs économiques peuvent se définir comme des motifs non inhérents à la personne 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. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits. Sous l'angle de l'art. 336 CO, le juge doit examiner si un licenciement, présenté comme licenciement économique, repose sur un tel motif ou s'il ne s'agit que d'un motif prétexte. Ainsi, pour échapper au grief d'arbitraire, le but poursuivi par la mesure du licenciement doit s'insérer dans un discours économique raisonnable et cohérent (c. 4b).

Extraits des faits:

Le 21 novembre 2007, E. SA (ci-après Les Bains) et T. ont conclu un contrat de travail d'une durée indéterminée ayant pour objet l'engagement de T. en qualité d'agent de surveillance et sécurité-secourisme, à plein temps,

dès le 1^{er} janvier 2008. A leur ouverture, les Bains comportaient un espace ludique réservé aux enfants dès cinq ans, puis quatre ans depuis 2009, appelé «Espace 5 sens» dans lequel les parents n'étaient pas autorisés à accompagner leurs enfants et qui nécessitait la présence d'un surveillant spécialement affecté à cette zone lorsque des enfants s'y trouvaient. En raison d'un manque de rentabilité, cet espace a été décroïsonné à partir du 1^{er} juillet 2010, afin que les enfants qui le fréquentent puissent demeurer sous la responsabilité de leurs parents.

En date du 8 février 2010, l'appelant ainsi que ses collègues A. et B. ont reçu un avertissement écrit de la part du directeur d'alors de l'intimée, X., au motif que le 19 janvier 2010, *«à tout le moins entre 12h25 et 13h20, aucun des trois collaborateurs concernés et en fonction à ce moment-là, n'a assuré le moindre contrôle, ni la moindre visite dans les quatre salles publiques de l'espace «Nordic», ni accessoirement le renouvellement de l'humidité requise»*. Par courrier du 13 février 2010, l'appelant a contesté auprès de la direction de l'intimée les manquements qui lui étaient reprochés. X. répondu à ce courrier, le 18 février 2010. Le 28 février 2010, T. a maintenu sa version des faits et a souligné qu'il considérait l'avertissement du 8 février 2010 injustifié et infondé.

Par lettre du 9 février 2010, l'appelant ainsi que neuf de ses collègues gardiens ont fait part à la direction de leurs inquiétudes concernant la sécurité de la clientèle dans les bains. A la suite de ce courrier, l'appelant ainsi que ses collègues ont été convoqués par la direction. Le 15 février 2010, T. a adressé un courrier à S., secrétaire syndical au sein du syndicat UNIA à Fribourg, dans lequel il lui a fait savoir que la direction de l'intimée avait tenté de faire pression sur lui-même et ses collègues pour que l'instigateur du courrier du 9 février 2010 se dénonce. Il a en outre relevé qu'il craignait un congé-représailles. Le 18 février 2010, X. s'est exprimé sur le courrier du 9 février 2010 et en a contesté le bien-fondé. Afin de sensibiliser ses collègues aux problèmes de sécurité au sein des bains et suite à la réaction de la direction, T. a organisé deux séances d'information en compagnie du syndicaliste S., l'une à l'hôtel-restaurant U. à Z., et l'autre au sein même des bains. L'intimée n'en a pas été officiellement informée.

Le 29 avril 2010, Y., devenue directrice des Bains depuis le 9 avril 2010, a signifié à T. son congé pour le 30 juin 2010, en présence de son assistante D. et du comptable de l'intimée F. T. a par ailleurs été immédiatement dispensé de l'obligation de travailler. Le licenciement de l'appelant a été confirmé par courrier recommandé du même jour. Par lettre du 1^{er} juin 2010, Y. a fait connaître au mandataire de l'appelant, suite à sa demande, les motifs qui avaient conduit au licenciement de son client, à savoir des mesures de rationalisation au sein de l'équipe ainsi qu'un manque de confiance. Le 25 juin 2010, T. a fait opposition au congé, soutenant que son licenciement était exclusivement dû à son activité syndicale ainsi qu'à ses revendications concernant le non-respect des consignes de sécurité. Il a requis l'octroi d'une indemnité correspondant à quatre mois de salaire et a également exigé

le paiement des heures supplémentaires et des vacances ainsi que la transmission d'un certificat de travail en bonne et due forme. Par courrier du 1^{er} juillet 2010, la direction de l'intimée a informé l'appelant qu'elle maintenait sa position.

Par mémoire du 16 novembre 2010, T. a introduit devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Gruyère (ci-après: le Tribunal) une demande en paiement à l'encontre de E. SA, concluant en particulier à la constatation du caractère abusif de la résiliation du 29 avril 2010, ainsi qu'au versement d'une indemnité de 17'600 francs plus intérêts. Par jugement du 29 janvier 2014, le Tribunal a rejeté la demande. Par mémoire du 2 juin 2014, T. a interjeté un appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

La question litigieuse est celle de savoir si le licenciement de T. est abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d ou de l'art. 336 al. 2 let. a CO.

Aux termes de l'art. 335 CO, le contrat de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties et la partie qui donne le congé doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande. En droit suisse du travail prévaut la liberté de la résiliation, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier.

Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 131 III 535 consid. 4 et les références citées). Un congé est abusif s'il est donné pour un motif qui n'est pas digne de protection (TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} édition, 2009, p. 549 N 3691). Ce n'est pas le but du congé, celui de mettre fin à la relation contractuelle, qui est illicite, mais le motif intérieur qui a poussé de manière décisive l'une des parties à mettre fin au contrat (DUNAND, *in* *Commentaire du contrat de travail*, 2013, ad art. 336 N 7 et les références). L'art. 336 CO ne contient pas de définition générale, mais énumère huit cas de congés abusifs. En l'espèce, entreraient en considération les motifs prévus à l'alinéa 1 let. d (congé-représailles, soit *«parce que l'autre partie a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail»*) et à l'alinéa 2 let. a (*«appartenance à une organisation syndicale»*) de l'art. 336 CO.

Le travailleur qui prétend que le congé qui lui a été notifié est abusif doit en apporter la preuve conformément à l'art. 8 CC, sauf dans l'hypothèse visée à l'art. 336 al. 2 let. b CO, qui n'entre pas en considération en l'espèce. Il doit établir non seulement le motif abusif, mais aussi l'existence d'un lien de causalité entre l'état de fait fondant le caractère abusif du congé et la résiliation du contrat de travail. L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce afin de déterminer quel est le motif réel du congé. Etant donné que le motif réel de celui qui a résilié le contrat est difficile à établir car il est de nature psy-

chique, la jurisprudence admet que le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat de renverser le fardeau; elle ne constitue qu'une preuve par indices. De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il doit apporter des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^{ème} édition, 2014, p. 643–644 et les réf. citées; DUNAND, *op.cit.*, ad art. 336 N 16–17; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail code annoté*, 2^{ème} éd., Lausanne 2010, art. 336 N 1.16–1.17 et les références citées). Cette jurisprudence a pour but de tenir compte des difficultés probatoires auxquelles le travailleur faisant valoir le caractère abusif du licenciement est généralement confronté; elle ne doit toutefois pas ouvrir une brèche béante qui permettrait à chaque travailleur d'invoquer la preuve par indices au motif qu'il existerait des tensions avec son employeur. Il est en effet très fréquent qu'un état de tension ou de mécontentement de part ou d'autre existe peu avant le licenciement, de sorte que les juges doivent rester prudents dans l'admission de la preuve par indices (WYLER/HEINZER, *op.cit.*, p. 644). 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. S'agissant de l'établissement du lien de causalité, au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, entre le motif invoqué et le congé donné, la jurisprudence a admis un allègement du fardeau de la preuve, la simple vraisemblance étant suffisante lorsque existe entre le licenciement et l'état de fait allégué une coïncidence particulièrement troublante, à l'exemple du travailleur qui se fait congédier de but en blanc au lendemain d'une manifestation (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *op.cit.*, art. 336 N 1.18 et les réf. citées).

4.

a) Pour l'intimée, il n'y a pas trace de résiliation abusive du contrat. Elle a toujours soutenu que le licenciement de T. était lié à des motifs économiques, soit une diminution du personnel à la suite de la fermeture de l'«Espace 5 sens». Dès lors qu'un des quatre agents fixes devait être licencié, le choix s'est porté sur l'appelant, en qui l'intimée ne faisait plus entièrement confiance compte tenu de ses fréquents retards et, accessoirement, de ses difficultés relationnelles avec certains collègues. C'est cette version qui a été retenue par les premiers Juges, et que T. conteste en appel. Même s'il n'existe aucune présomption légale selon laquelle le congé serait abusif lorsque l'employeur le motive faussement ou incomplètement (ATF 121 III 60 consid. 3b), il est clair que si le motif économique invoqué par l'intimée n'apparaissait être qu'un prétexte, la position de l'appelant s'en trouverait considérablement confortée.

b) Un motif économique constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif. Des motifs économiques peuvent se définir comme des motifs non inhérents à la personne

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. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits (DUNAND, op.cit., ad art. 336 N 90 et les références). L'employeur a le droit d'anticiper des difficultés prévisibles dans la marche des affaires; il n'a pas besoin d'attendre d'être dans des difficultés économiques pour prendre les mesures de restructuration qui s'imposent. Il peut en effet adapter le niveau de ses charges salariales à son activité et prendre les mesures de restructuration nécessaires pour éviter les difficultés économiques (ATF 133 III 512, confirmé par ATF 138 III 359). Il est clair que les motifs économiques invoqués par l'employeur ne doivent pas constituer un simple prétexte pour se débarrasser d'un employé; tel serait par exemple le cas lorsque son poste, prétendument l'objet d'une mesure d'économie, serait repourvu par une personne nouvellement engagée (ATF 133 III 512 consid. 6.3). Comme le souligne cependant avec raison DUNAND (op.cit. ad art. 336 N 91), se référant à une jurisprudence genevoise (arrêt du 9 février 2010 de la Cour d'appel des prud'hommes *in* JAR 2011 p. 475), il n'incombe en principe pas au juge prud'homal de substituer sa propre appréciation d'une situation économique de l'entreprise, ou de ses besoins, à celle de l'employeur. Ce n'est pas le juge qui pilote l'entreprise, et il n'a pas à s'ériger en arbitre d'un choix d'entrepreneur. Sous l'angle de l'art. 336 CO, il lui incombe toutefois d'examiner si un licenciement, présenté comme licenciement économique, repose sur un tel motif ou s'il ne s'agit que d'un motif prétexte. Ainsi, pour échapper au grief d'arbitraire, le but poursuivi par la mesure du licenciement doit s'insérer dans un discours économique raisonnable et cohérent.

c)

(...)

c/ee) Sur le vu de ce qui précède, il peut être retenu, à l'instar des premiers juges, que Les Bains ont bien pris la décision de se séparer d'un poste de surveillant fixe à la suite de la fermeture de l'«Espace 5 sens»; le discours de l'intimée sur ce point n'a jamais varié; la mesure n'était ni incohérente ni déraisonnable et s'inscrit au contraire dans une réflexion défendable; le fait qu'il n'en ait pas résulté d'économies très significatives, ne rend pas la mesure critiquée moralement répréhensible et, partant, abusive; elle n'a pas servi de simple prétexte pour pouvoir mettre un terme à bon compte au contrat de travail de l'appelant; l'intimée n'avait par ailleurs pas l'obligation de se séparer prioritairement des auxiliaires qu'elle employait ni de proposer à T. une simple diminution de son taux d'activité, étant précisé que l'appelant n'a jamais formulé envers l'intimée une telle proposition ni affirmé qu'il l'aurait acceptée.

5.

a) Comme déjà relevé, un motif économique constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif. En effet, la raison prépondérante de la décision de licencier est alors le motif économique et non l'une des causes mentionnées à l'art. 336 CO. Ainsi, en l'espèce, la conséquence logique de la décision de l'intimée était le départ de l'un des quatre surveillants fixes. Il fallait faire un choix. Or et dans ce cadre, si l'art. 336 CO tend à protéger le travailleur d'un licenciement parce que, par exemple, il a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (al. 1 let. d), il n'a pas pour conséquence, en présence d'un licenciement économique non arbitraire, de privilégier ce travailleur par rapport à ses collègues; tel n'est pas le but de la loi. Cette protection accrue pourrait aussi empêcher l'employeur de prendre les mesures les plus efficaces et les plus socialement admissibles (ATF 138 III 359).

Aussi, en l'espèce, les raisons pour lesquelles Les Bains ont porté leur choix sur T. (manque de confiance de la part de la direction, tension dans l'équipe et le fait qu'il n'aurait pas toujours accompli les horaires qu'il indiquait sur sa feuille de présence) ne sont pas décisives. A supposer que la directrice Y., lorsqu'elle a pesé *«le pour et le contre chez les quatre fixes»* pour arrêter son choix, ait procédé à une analyse en définitive critiquable, cela ne rendrait pas pour autant le congé abusif, la cause prépondérante du licenciement étant la restructuration de l'équipe de surveillance à la suite de la fermeture de l'«Espace 5 sens». L'employeur aurait même pu porter son choix sur un employé envers lequel il n'avait strictement rien à reprocher, dès lors que la décision de licencier en elle-même était défendable du point de vue de son organisation.

Par conséquent, la question des éventuels retards de l'appelant, qui a fait l'objet de multiples investigations et questions par les premiers juges, n'est en réalité pas déterminante. Ainsi, même s'il ressort du dossier que le système «seavison» contrôlant les entrées dans le bâtiment n'est pas véritablement adéquat pour vérifier précisément le respect par les collaborateurs de leurs horaires, et que, si T. est indéniablement arrivé parfois un peu en retard à son travail, rien ne démontre qu'il fut le seul dans ce cas, cela n'a pas pour conséquence l'illicéité du congé qui l'a frappé. Dans la même mesure, il importe peu que l'ambiance au sein de l'équipe des gardiens fut excellente, comme le soutient l'appelant et l'ont noté certains témoins, ou mauvaise, comme l'a affirmé la directrice et certains autres collaborateurs.

b) Certes, une résiliation abusive n'est pas complètement exclue en cas de congé pour un motif économique. Mais, en l'espèce, la procédure n'a pas révélé que l'une des causes de licenciement abusif invoqué par T. constituait le motif prépondérant de son renvoi.

c) Ainsi, comme les premiers juges l'ont retenu, l'appelant n'a pas démontré que ce sont ses revendications sécuritaires qui ont déterminé son licenciement.

A ce propos, il n'est certes pas décisif de savoir si les problèmes de sécurité allégués étaient réels ou non. Qu'une réclamation d'un employé ne soit pas réellement fondée ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 336 CO dans la mesure où elle a été formulée de bonne foi (ATF 136 III 513 consid. 2.4). En l'espèce, il n'incombait dès lors pas au Tribunal de déterminer si la sécurité aux Bains n'était parfois pas assurée, mais si l'appelant, de bonne foi, a estimé que tel n'était pas le cas. Or, sur ce point, outre le fait qu'il est pour le moins interpellant que la surveillance d'enfants ait été confiée à du personnel sans diplôme ni expérience aucune dans le domaine, il appert que l'inquiétude sécuritaire de T. a été partagée par de nombreux autres surveillants, de sorte que sa bonne foi peut être sans autre admise. (...)

En revanche, force est d'admettre que l'appelant a échoué à prouver que ses doléances ont constitué le motif déterminant de son renvoi. D'une part et même s'il avait sans doute une position de meneur, l'ensemble des surveillants avait signé la lettre du 9 février 2010. On ne perçoit ainsi pas comment le renvoi de T. aurait permis *«d'étouffer l'affaire»*, tout comme on ne perçoit pas pourquoi l'intimée aurait pris la décision de le licencier en raison de ses revendications sécuritaires au moment même où elle fermait l'«Espace 5 sens» et résolvait précisément grandement les difficultés dénoncées, comme on l'a vu. Ensuite, ce n'est pas T., mais B., également signataire de cette lettre, qui a été désigné comme délégué des surveillants. Or, aucun lien n'a été démontré entre le départ de celui-ci des Bains et sa participation à la protestation de février 2010, des divergences quant à son taux d'activité semblant plutôt en être la cause; il en va de même du licenciement ultérieur de A.

d) Quant aux tensions avec la direction qui ont probablement et inévitablement résulté de la lettre du 9 février 2010 dont elle estimait le contenu injustifié, elles ne démontrent pas encore que l'appelant ait fait l'objet d'un licenciement abusif, en d'autres termes que le motif prépondérant de ce renvoi était un motif de vengeance et non pas un motif économique. Tout au plus pourraient-elles expliquer que le choix de Y. s'est porté sur T., et non pas sur un autre de ses collègues, ce qui ne contrevient pas à l'art. 336 CO.

e) Le grief de l'appelant selon lequel son appartenance au syndicat UNIA a déterminé son renvoi n'est pas plus convaincant. L'intimée a toujours nié être au courant que l'appelant était syndiqué. Celui-ci soutient que tel n'était pas le cas, et invoque le témoignage de la responsable des ressources humaines D., laquelle n'a pourtant que précisé qu'elle-même était au courant et qu'elle pensait que tel était aussi le cas de la direction. On ne peut dès lors en tirer aucune certitude. Il invoque également le témoignage du syndicaliste S. qui, lorsqu'il s'est rendu aux Bains en se faisant passer discrètement pour un simple client afin d'y rencontrer les employés, a eu l'impression qu'il était attendu. Mais on ne voit là encore pas comment on pourrait sérieusement déduire de cette impression que l'intimée a menti sur cette question. B., également syndiqué, était d'ailleurs d'avis que la direction ne le savait pas. (...)

f) Il en découle que l'appel du 2 juin 2014 doit être rejeté et le jugement du 29 janvier 2014 confirmé.

Arrêt communiqué par L. Granito, greffière au Tribunal cantonal du canton de Fribourg

Tribunal cantonal du canton de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 23 septembre 2015 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Broye du 27 mars 2015)

Art. 329c al. 1 CO. Lorsque le travailleur accumule un solde de vacances sur plusieurs années et qu'il prend des vacances, celles-ci doivent en premier lieu, sauf déclaration contraire des parties, être imputées sur le solde le plus ancien, selon l'application par analogie des articles 86 et 87 CO (c. 2a). Vu la nature relativement impérative de l'art. 329c al. 1 CO (cf. art. 362 CO), une disposition d'une Convention collective de travail ne saurait valablement déroger à ces principes en défaveur du travailleur (c. 2b).

Le délai de prescription du droit aux vacances est de cinq ans, conformément à l'art. 128 ch. 3 CO, applicable par renvoi de l'art. 341 al. 2 CO. Ce délai commence à courir au moment où la créance devient exigible (art. 130 al. 1 CO), ce qui intervient à la date des vacances prévues dans le contrat de travail ou fixées par l'employeur ou, à défaut, le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours. En outre, le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service (c. 2a).

Lorsque les vacances ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient, celles-ci peuvent être remplacées par des prestations en argent. Cette conversion n'affecte en rien la prescription du droit aux vacances (c. 3a). En l'espèce, l'intimé ayant été en incapacité totale de travailler jusqu'à la fin du contrat, les vacances n'ont pas pu être prises avant la fin des rapports de travail. Dès lors, les vacances non prises peuvent être remplacées par une prestation en argent (c. 3b).

Extraits des faits:

Le 19 mars 1984, T. a été engagé par la société E. SA en qualité de gestionnaire, chef de rayon et vendeur. Dès le 9 décembre 2013, T. a été en incapacité totale de travailler. Par courrier du 25 février 2014, il a résilié le contrat de travail pour le 31 mai 2014. Son incapacité totale de travailler a duré jusqu'à la fin des rapports contractuels.

Le 11 décembre 2014, T. a introduit devant le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de la Broye (ci-après: le Tribunal) une

demande en paiement à l'encontre de la société E. SA. Par décision du 27 mars 2015, le Tribunal a admis la demande de T. Il a considéré que la société E. SA lui était débitrice d'une somme de CHF 22'537.75 brut, avec intérêts, à titre de salaire afférent aux vacances non prises (63 jours). Le 5 mai 2015, la société E. SA a interjeté appel contre cette décision. Elle conclut à sa modification en ce sens que le montant de CHF 22'537.75 soit réduit à CHF 4293.– (CHF 7763.– / 21.7 jours x 12 jours), avec intérêts.

Extraits des considérants:

2.

a) Aux termes de l'art. 329c al. 1 CO, les vacances sont, en règle générale, accordées pendant l'année de service correspondante. Un report de l'entier ou d'une partie de ce droit aux vacances doit constituer l'exception (CEROTTINI, *in* Commentaire du contrat de travail, 2013, art. 329c n. 12). Lorsque le travailleur accumule un solde de vacances sur plusieurs années et qu'il prend des vacances, celles-ci doivent en premier lieu, sauf déclaration contraire des parties, être imputées sur le solde le plus ancien, selon l'application par analogie des art. 86 et 87 CO (CEROTTINI, art. 329c n. 39; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd. 2014, p. 408 s.).

Il appartient à l'employeur de fixer la date des vacances. C'est donc à lui de s'inquiéter de la prise effective de la totalité du droit aux vacances pendant l'exercice-vacances concerné. Si un solde de vacances subsiste à l'issue de cette période, l'employeur est responsable (ATF 130 III 19 consid. 3.2; Message du 27 septembre 1982 concernant l'initiative populaire «pour une extension de la durée des vacances payées» et la révision de la réglementation des vacances dans le code des obligations, FF 1982 III 177, 213). Selon la doctrine, l'employeur peut, à certaines conditions, se libérer de cette responsabilité. Ainsi l'employeur serait libéré s'il remplit les conditions suivantes: il doit avoir, à plusieurs reprises, expressément demandé au travailleur de prendre ses vacances dans l'exercice-vacances; une fois le terme de cette période dépassé, il doit procéder à une sommation spécifique, enjoignant clairement le travailleur à prendre son solde de vacances dans un délai qui ne saurait être inférieur à trois mois; et finalement l'avertir qu'en cas de refus ou d'absence de décision ou proposition de sa part, les dernières semaines du délai accordé seront considérées comme choisies et les vacances prises à ce moment, l'accès à l'entreprise lui étant refusé durant cette période (CEROTTINI, art. 329c n. 14; CEROTTINI, *Le droit aux vacances*, étude des articles 329a à d CO, 2001, p. 341 et les références citées).

Selon la jurisprudence fédérale, le délai de prescription du droit aux vacances est de cinq ans, conformément à l'art. 128 ch. 3 CO, applicable par renvoi de l'art. 341 al. 2 CO (ATF 136 III 94 consid. 4.1). Ce délai commence à courir au moment où la créance devient exigible (art. 130 al. 1 CO), ce qui intervient à la date des vacances prévues dans le contrat de travail ou fixées par l'employeur ou, à défaut, le dernier jour permettant encore de

prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours (ATF 136 III 94 consid. 4.1; WYLER/HEINZER, p. 408). En outre, le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service.

b) En l'espèce, l'appelante estime que l'art. 18.10 de la Convention collective de travail pour les employés de commerce, les employés technico-commerciaux et le personnel de vente dans le commerce de détail conclue entre l'Association zurichoise des maisons de commerce et la Société des employés de commerce de Zurich (ci-après: la Convention) oblige le travailleur à prendre ses vacances pendant l'année civile et ne permet pas d'exception. Ainsi, selon l'appelante, *«des éventuelles vieilles vacances sont prises en considération qu'après les vacances nées dans l'année correspondante qui ont la priorité»* (appel du 5 mai 2015 p. 2). Dès lors, elle soutient que seul un solde de douze jours de vacances non prises n'est pas prescrit, ce qui représente un montant de CHF 4293.– (CHF 7763.– / 21.7 jours x 12 jours).

La Convention s'applique aux rapports de travail entre l'appelante et l'intimé (art. 2 de la Convention). L'art. 18.10 de la Convention ne saurait toutefois être interprété de manière plus restrictive que l'art. 329c al. 1 CO puisque selon l'art. 362 CO, il ne peut pas y être dérogé, par accord, contrat-type de travail ou convention collective, au détriment du travailleur. L'interprétation de l'art. 18.10 de la Convention faite par l'appelante ne peut ainsi pas être suivie. Dès lors, l'art. 18.10 de la Convention ne pouvant pas être considéré comme une déclaration contraire de l'employeur au sens de l'art. 86 CO, l'art. 87 al. 1 CO est applicable par analogie, si bien que l'imputation se fait sur le solde le plus ancien. Partant, les vacances prises par l'intimé ont à chaque fois été imputées sur le solde de vacances non prises et non pas sur les 26 jours du dernier exercice-vacances. Le solde de 61 jours de vacances non prises n'est ainsi pas prescrit.

En outre, c'est à l'employeur qu'incombe la responsabilité de s'assurer de la prise effective des vacances et l'art. 18.10 de la Convention n'a pas pour effet de le libérer de cette responsabilité. En effet, pour que cette responsabilité passe au travailleur, il est nécessaire que les conditions exposées ci-dessus (consid. 2a) soient remplies. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisqu'il ne ressort pas de la correspondance entre les parties que l'intimé ait été clairement averti qu'en cas de refus de prendre ses vacances avant la fin de l'année 2013, celles-ci seraient considérées comme prises. De plus, l'appelante a elle-même indiqué que l'accès à l'entreprise n'a jamais été refusé à l'intimé. Partant, force est de constater que l'appelante ne s'est pas libérée de sa responsabilité.

S'agissant des vacances non prises en 2014, les parties concluant à un solde de deux jours de vacances, ce solde est retenu par la Cour conformément à l'art. 58 al. 1 CPC. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a retenu un solde de vacances non prises, et non prescrit, de 63 jours. Il s'ensuit le rejet de l'appel sur ce point.

3.

a) Tant que durent les rapports de travail, les vacances ne peuvent pas être remplacées par des prestations en argent ou d'autres avantages (art. 329d al. 2 CO). De manière générale, l'interdiction de remplacer les vacances par des prestations en argent s'applique également après la résiliation des rapports de travail. Il peut néanmoins être dérogé à ce principe selon les circonstances. Ainsi, lorsque les vacances ne peuvent être prises avant la fin des rapports de travail ou lorsqu'on ne peut exiger qu'elles le soient, celles-ci peuvent être remplacées par des prestations en argent (arrêt TF 4A_434/2014 du 27 mars 2015 consid. 4.2 et les références citées). Cette conversion n'affecte en rien la prescription du droit aux vacances (WYLER/HEINZER, p. 409).

b) L'art. 18.10 de la Convention, selon lequel «*de manière générale, [les vacances] ne peuvent pas être remplacées par une prestation en argent*», ne déroge pas à l'art. 329d al. 2 CO, conformément à l'art. 361 al. 1 CO, et n'y apporte pas de précision. La jurisprudence et la doctrine relatives à l'art. 329d al. 2 CO sont donc applicables au cas d'espèce. En l'espèce, l'intimé ayant été en incapacité totale de travailler jusqu'à la fin du contrat, les vacances n'ont pas pu être prises avant la fin des rapports de travail. Dès lors, les vacances non prises peuvent être remplacées par une prestation en argent, ce que d'ailleurs l'appelante ne conteste pas. Le solde retenu de 63 jours doit ainsi être converti en une indemnité d'un montant de CHF 22'537.75, avec intérêts à 5% dès le 20 août 2014 (salaire mensuel brut de CHF 7'763.- / 21.7 jours de travail par mois en moyenne x 63 jours de vacances non prises).

Arrêt communiqué par L. Granito, greffière au Tribunal cantonal du canton de Fribourg

Kantonsgericht Freiburg, Urteil vom 30. November 2015 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Seebezirks vom 22. Juli 2015)

Arbeitsvertrag und Auftrag lassen sich nicht vom Inhalt ihrer Tätigkeit abgrenzen. Das entscheidende Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Auftrag ist das Mass an Unterordnung bzw. das rechtliche Subordinationsverhältnis, also die rechtliche Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht. Massgeblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Arbeitleistende Weisungen erhält, die den Gang der Arbeit im Detail bestimmen, und er eingehenden Kontrollen unterworfen ist. Nur das über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts nach Art. 397 und 400 OR hinausgehend Weisungs- und Kontrollrecht führt zur Bejahung des Vorliegens eines Arbeitsvertrags (E. 2/e/aa).

Sachverhalt:

A. war von 2003 bis Januar 2012 bei der B. GmbH als Servicetechniker angestellt. Ab dem 13. November 2012 war A. erneut für die B. GmbH tätig.

Mit Schlichtungsgesuch vom 16. September 2014 beantragte A., die B. GmbH sei zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 3902.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 21. Dezember 2012, den Betrag von Fr. 11 522.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 10. Januar 2013 und den Betrag von Fr. 3891.25 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. April 2013 zu bezahlen. Die B. AG GmbH sei zu verpflichten, ihm den Ferienanteil von 8.33% auf den Gesamtbetrag von Fr. 22 315.75, ausmachend Fr. 1858.90, zu bezahlen. Die B. AG GmbH sei zu verpflichten, ihn bei der zuständigen AHV-Kasse zu melden und die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Dem Gesuchsteller sei in der Betreuung Nr. ccc des Betriebsamts des Seebezirks für den Betrag von Fr. 3902.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 21. Dezember 2012, den Betrag von Fr. 11 522.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 10. Januar 2013 und den Betrag von Fr. 3891.25 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. April 2013 sowie für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten die definitive Rechtsöffnung zu gewähren. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 11. November 2014 kam es zu keiner Einigung zwischen den Parteien und der Präsident des Arbeitsgerichts erteilte dem Kläger die Klagebewilligung. Mit Klage vom 10. Dezember 2014 stellte A. dieselben Rechtsbegehren wie anlässlich des Schlichtungsverfahrens. Die B. GmbH beantragte mit Klageantwort und Widerklage vom 13. Februar 2015, die Klage sei abzuweisen, soweit sie den Betrag von Fr. 6416.50 übersteige. Der Betrag von Fr. 6416.50 sei Zug um Zug gegen Übergabe sämtlicher Gegenstände, deren Herausgabe die Beklagte widerklageweise fordere, zu bezahlen. Widerklageweise sei A. zu verpflichten, ihr die in der Liste vom 2. Oktober 2013 aufgeführten Gegenstände sowie die von ihm retinierten weiteren Gegenstände, als solche (i) ein Blackberry Curve 8900 mit Swisscom SIM-Karte, Ladegerät und Microspeicherkarte 1 GB sowie (ii) ein Handy Samsung mit Swisscom SIM-Karte und Ladegerät, herauszugeben. Widerklageweise sei A., unter Vorbehalt des Nachklagerechts, zu verurteilen, B. GmbH den Betrag von EUR 38'455.06 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2015 zu bezahlen. Die Prozesskosten seien A. aufzuerlegen. Mit Schreiben vom 24. Februar 2015 informierte der Präsident des Arbeitsgerichts die Parteien, dass er beabsichtige, das Zivilverfahren wegen des gegen den Klägerhängigen Strafverfahrens entweder zu sistieren, bis der Polizeirichter sein Urteil gefällt habe, oder dem Gericht zu beantragen, das Verfahren vorerst auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken. Gleichzeitig setzte er den Parteien Frist, um zum weiteren Vorgehen Stellung zu nehmen. In seiner Stellungnahme vom 3. März 2015 widersetzte sich der Kläger einer Sistierung und erklärte sich mit dem Vorschlag, das Verfahren vorerst auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken, nur bedingt einverstanden. Mit Eingabe vom 10. März 2015 sprach sich die Be-

klagte ebenfalls gegen eine Sistierung des Verfahrens aus, stimmte jedoch der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit zu. Ausserdem änderte sie ihre Rechtsbegehren wie folgt: Sie beantragte, die Klage sei abzuweisen, soweit sie den Betrag von Fr. 6416.50 übersteige; hauptsächlich sei der Betrag von Fr. 6416.50 unter der Voraussetzung zu bezahlen, dass A. B. GmbH die in der Liste vom 2. Oktober 2013 aufgeführten Gegenstände sowie die von ihm retinierten weiteren Gegenstände, als solche (i) ein Blackberry Curve 8900 mit Swisscom SIM-Karte, Ladegerät und Microspeicherkarte 1 GB sowie (ii) ein Handy Samsung mit Swisscom SIM-Karte und Ladegerät übergebe. Subsidiär beantragte die Beklagte, der Betrag von CHF 6416.50 sei unter der Voraussetzung zu bezahlen, dass A. der B. GmbH die von ihm retinierten Gegenstände übergebe. Widerklageweise sei A., unter Vorbehalt des Nachklagerechts, zu verurteilen, B. GmbH den Betrag von Fr. 30 000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 1. Januar 2015 zu bezahlen. Die Prozesskosten seien A. aufzuerlegen. Mit Verfügung vom 19. März 2015 beschränkte der Präsident des Arbeitsgerichts des Seebezirks das Verfahren auf die Frage des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses und lud die Parteien zur Verhandlung vor. Mit Entscheid vom 22. Juli 2015 trat das Arbeitsgericht des Seebezirks auf die Klage nicht ein. Es erhob keine Gerichtskosten und verpflichtete den Kläger, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5000.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen. Gegen diesen Entscheid vom 22. Juli 2015 reichte A. (nachfolgend: der Berufungskläger) am 14. September 2015 Berufung ein. Er beantragt, das erstinstanzliche Urteil sei aufzuheben. Die B. GmbH sei zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 3902.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 21. Dezember 2012, den Betrag von CHF 11 522.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 10. Januar 2013 und den Betrag von CHF 3891.25 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. April 2013 zu bezahlen. Die B. GmbH sei zu verpflichten, ihm den Ferienanteil von 8.33% auf den Gesamtbetrag von Fr. 22 315.75, ausmachend Fr. 1858.90, zu bezahlen. Die B. GmbH sei zu verpflichten, ihn bei der zuständigen AHV-Kasse zu melden und die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Ihm sei in der Betreuung Nr. ccc des Betreibungsamts des Seebezirks für den Betrag von Fr. 3902.50 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 21. Dezember 2012, den Betrag von Fr. 11 522.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 10. Januar 2013 und den Betrag von Fr. 3891.25 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 22. April 2013 sowie für die Betreibungs- und Rechtsöffnungskosten die definitive Rechtsöffnung zu gewähren. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien der B. GmbH aufzuerlegen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit Berufungsantwort vom 26. Oktober 2015 beantragt die B. GmbH (nachfolgend: die Berufungsbeklagte), auf die Berufung sei nicht einzutreten. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungskläger aufzuerlegen, und er sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung zu leisten.

Aus den Erwägungen:

2.

Das Arbeitsgericht prüfte die vier wesentlichen Elemente des Arbeitsvertrags (Arbeitsleistung, Dauer, Lohn und Subordinationsverhältnis). Es verneinte das Vorliegen eines Arbeitsvertrags und damit seine Zuständigkeit zur Beurteilung der Forderungsklage. (...)

(...)

e) Streitig ist die Qualifikation des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines Arbeitsvertrags mangels Bestehens eines Subordinationsverhältnisses. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Vorinstanz das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses zu Recht verneint hat.

aa) Arbeitsvertrag und Auftrag lassen sich nicht vom Inhalt ihrer Tätigkeit abgrenzen. Das entscheidende Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Auftrag ist das Mass an Unterordnung oder in der neueren Terminologie des Bundesgerichts das rechtliche Subordinationsverhältnis, also die rechtliche Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht. Massgeblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Arbeitsleistende Weisungen erhält, die den Gang der Arbeit im Detail bestimmen und er eingehenden Kontrollen unterworfen ist. Nur das über das beschränkte Weisungsrecht und die Rechenschaftspflicht des Auftragsrechts nach Art. 397 und 400 OR hinausgehende Weisungs- und Kontrollrecht führt zur Bejahung des Vorliegens eines Arbeitsvertrags (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, 2012, Art. 319 N 6). Die Rechtsprechung hat das Vorliegen des Kriteriums der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation nicht aufgrund eines einzigen Merkmals, sondern gestützt auf die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, also einer Würdigung des Gesamtbildes angenommen und die Verkehrsauffassung darüber entscheiden lassen, ob ein zur Arbeitsleistung Verpflichteter mehr dem Typ des Arbeitnehmers oder mehr dem Typ des Selbständigerwerbenden entspricht. Damit wird sogleich festgestellt, dass es sich beim Arbeitnehmerbegriff um einen offenen Begriff handelt, da eines seiner Begriffsmerkmale nur typologisch erfasst werden kann. Gemäss REHBINDER haben Lehre und Praxis materielle und formelle Kriterien entwickelt, welche die einzelnen Gesichtspunkte dieser typologischen Gesamtwürdigung bilden. Die materiellen Merkmale für die arbeitnehmertypische Tätigkeit sind u.a. hohes Mass an Weisungsgebundenheit, Unterordnung unter andere im Dienste des Arbeitgebers stehende Personen, Handeln in fremdem Namen und auf fremde Rechnung, d.h. Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung, Bindung an feste Arbeitszeiten, Arbeitszeitkontrolle, Pflicht zu regelmässigem Erscheinen, Pflicht, die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, Tätigwerden im Betrieb des Auftraggebers sowie die Zuweisung eines Arbeitsplatzes, die Bereitstellung von Arbeitsgerät oder -material durch den Auftraggeber, die Vereinbarung einer Probezeit, die Gewährung von Fe-

rien durch den Auftraggeber, die Führung einer Personalakte über den Auftragnehmer durch den Auftraggeber, periodische Entgeltleistungen bzw. ein fixes Gehalt, die Tragung des Unternehmerrisikos durch den Auftraggeber, die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots, der ausdrückliche erklärte Parteiwille, ein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen, die Vereinbarung einer langen Kündigungsfrist, eine Vertragsdauer von einem Jahr, regelmässige Rapportpflicht. Gegenüber diesen materiellen Merkmalen haben die formalen Merkmale nur eine zweitrangige Bedeutung. Formale Merkmale für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind die Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen durch den Auftraggeber, die steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Erwerbseinkommens als Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit, die Einordnung der Tätigkeit durch das übrige öffentliche Recht. Die jeweiligen Gesichtspunkte als Indizien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind ungleich aussagekräftig. Entscheidend ist vielmehr das Gesamtbild nach dem Massstab der Verkehrsanschauung (HAUSHEER/WALTER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362, 2010, Art. 319 N 43 ff.).

bb) Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kann der unüblichen Höhe des Lohns keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, weil sie der Privatautonomie unterliegt (Urteile BGer 4C.220/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 2.3 und 4C.460/1995 vom 24. Februar 1997 E. 2b). Die ungewöhnliche Höhe des Lohnes kann aber ein Indiz gegen die Qualifizierung des Verhältnisses als Arbeitsvertrag sein. Während seiner Anstellung als Servicetechniker von 2003 bis Januar 2012 erzielte der Berufungskläger einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5340.–, zuzüglich 13. Monatslohn, was einen Bruttolohn von Fr. 5785.– ergibt. Zusätzlich erhielt er eine Spesenentschädigung von Fr. 27.–/täglich, d.h. Fr. 575.10 monatlich; inkl. Spesenzulage belief sich sein monatlicher Bruttolohn somit auf Fr. 6360.10, was einem Stundenlohn von Fr. 37.85 entspricht. Laut Aussagen des Berufungsklägers hat er einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 7500.– gefordert, während die Berufungsbeklagte einen Bruttolohn von Fr. 6500.– exkl. Spesen angeboten habe. Dieser Lohn sei für ihn zu tief gewesen, weshalb er vorgeschlagen habe, für einen Stundenlohn von Fr. 55.– zu arbeiten. Ausgehend von 168 Arbeitsstunden und abzüglich 8.33% Ferienentschädigung ergibt das einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 8470.30. Es ist davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte nicht gewillt gewesen ist, mit dem Berufungskläger einen Arbeitsvertrag mit einem auf Stundenbasis vereinbarten Lohn von mehr als Fr. 7500.– abzuschliessen, obwohl sie seine Forderung eines monatlichen Bruttolohns Fr. 7500.– vorgängig abgelehnt hat. Dem Berufungskläger kann nicht gefolgt werden, wenn er rügt, die Vorinstanz sei von einer Lohnerhöhung von 73% ausgegangen, obwohl diese nur etwa 10% betragen habe. Die Lohndifferenz zwischen seinem früheren und dem neu vereinbarten Stundenlohn betrug Fr. 17.15 resp. Fr. 12.55 (unter Berücksichtigung der Ferienentschädigung von 8.33%), was einer Lohnerhöhung von 45.35% resp. 33.15% entspricht. Bei der Berechnung der Lohndifferenz hat

die Vorinstanz weder die Spesenentschädigung noch den 13. Monatslohn berücksichtigt, weshalb sie von einer Lohnerhöhung von 73% ausging, während diese tatsächlich 33.15% betrug. Entgegen den Behauptungen des Berufungsklägers belief sich die Lohnerhöhung somit nicht auf lediglich 10%. Eine Lohnerhöhung von 33.15% kann als Indiz gegen die Qualifizierung des Verhältnisses als Arbeitsvertrag gelten, insbesondere wenn man dem Umstand, dass die Berufungsbeklagte auf die Lohnforderung des Berufungsklägers von monatlich Fr. 7500.– brutto nicht einging, Rechnung trägt.

Bezüglich der Einbettung des Berufungsklägers in die Arbeitsabläufe der Berufungsbeklagten ist festzuhalten, dass eine lückenlose Kommunikation zwischen den Parteien mittels Smartphone und Laptop zwecks effizienter Auftragsabwicklung im Interesse der Kunden erforderlich war. Vor diesem Hintergrund kann der permanente Informationsaustausch nicht als Hinweis auf einen Arbeitsvertrag verstanden werden.

Der Berufungskläger war frei in seiner Arbeitseinteilung und war nicht an feste Arbeitszeiten gebunden. Während er im Rahmen seines früheren Arbeitsverhältnisses feste Arbeitszeiten von 7.45 bis 17.15 Uhr mit einer 1,5-stündigen Mittagspause hatte, arbeitete er während seiner vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit teilweise sehr früh morgens und regelmässig spät-abends. Im Gegensatz zu den Arbeitnehmern der Berufungsbeklagten wurde der Berufungskläger nicht angewiesen, die Anfahrten zu den Kunden zwecks Vermeidung von Zeitverlust infolge Staus in den frühen Morgenstunden durchzuführen. Dem Berufungskläger kann nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, ein Aussendienstarbeiter sei aufgrund seiner Arbeit nicht an feste Arbeitszeiten gebunden. Gerade aus der Tatsache, dass er während seiner früheren Anstellung bei der Berufungsbeklagten an feste Arbeitszeiten gebunden war, kann das Gegenteil geschlossen werden. Gemäss Rechtsprechung spricht die freie Arbeitszeiteinteilung gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (BGE 99 II 313; Urteil BGer 4P.83/2003 vom 9. März 2004 E. 3.2).

Neben der persönlichen und betrieblichen Subordination ist auch die wirtschaftliche Abhängigkeit zu berücksichtigen (STAEHELIN, Art. 319 N 33). Ein wesentliches Indiz für eine Abhängigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn eine Person ausschliesslich für ein einziges Unternehmen tätig ist. Verstärkt wird dieses Indiz durch eine vertragliche Verpflichtung, jede wirtschaftliche Tätigkeit ähnlicher Art zu unterlassen (Urteil BGer 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.6.1). Der Berufungskläger hat nach eigenen Angaben auch Aufträge für andere Firmen angenommen und er hatte unbestrittenmassen das Recht, Aufträge abzulehnen, was er gemäss Aussagen der Berufungsbeklagten auch getan hat. Die Freiheit, Aufträge abzulehnen sowie die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Berufungsklägers sind ausschlaggebende Merkmale für das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses (BGE 99 II 313).

Massgebend für die Unterscheidung zwischen einem Auftrag und einem Arbeitsvertrag ist auch der ausdrücklich erklärte Parteiwille. Die Par-

teien haben mündlich vereinbart, dass der Berufungskläger als selbständig Erwerbender im Auftrag der Berufungsbeklagten bei deren Kunden Reparaturarbeiten ausführen werde. Der Vertreter der Beklagten sagte an der erstinstanzlichen Verhandlung aus, der Berufungskläger hätte eine Tätigkeit auf selbständiger Basis vorgeschlagen. Er hätte ihn gerne eingestellt, doch der Berufungskläger habe ihm gesagt, er könne nur als Selbständigerwerbender tätig werden und habe nur an zwei oder drei Tagen pro Woche freie Kapazitäten. Der Berufungskläger selbst gab zu Protokoll, er habe keine Fixanstellung mehr gewollt. Er habe flexibel sein wollen, um andere Tätigkeiten ausüben zu können. Dem Willen des Berufungsklägers zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist Rechnung zu tragen. Anstelle einer Festanstellung bei der Berufungsbeklagten zog er eine selbständige Erwerbstätigkeit vor und hat die Freiheiten eines Selbständigerwerbenden genossen. Er war denn auch gemäss eigenen Angaben in der Zeit vor dem 12. November 2012 und nach Januar 2013 «auf selbständiger Basis» tätig. Wenn er nun im Widerspruch zu seinem ursprünglichen Willen behauptet, die Parteien hätten einen Arbeitsvertrag abgeschlossen, verletzt er dadurch das Prinzip von Treu und Glauben (*venire contra factum proprium*).

Weitere in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehende auftragsrechtliche Merkmale sind die fehlende Gewährung von Ferien, die Anmeldung des Berufungsklägers bei der AHV als Selbständigerwerbender und die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses, welche alle gegen das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sprechen.

Es gilt darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger auf viele von der Vorinstanz erörterte Punkte gar nicht eingeht. Er unterlässt es, aufzuzeigen, inwiefern die Annahmen der Vorinstanz zu seinen Freiheiten in Bezug auf die Einteilung der Arbeitszeit und die Annahme von Aufträgen für andere Auftraggeber, die fehlenden Abzüge für Sozialversicherungsleistungen und die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses als «Selbständigkeit» unzutreffend sind.

In Würdigung aller Umstände kommt der Zivilappellationshof zum Schluss, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines Arbeitsvertrags zu Recht verneint hat. Folglich ist die Berufung abzuweisen.

Eingereicht von L. Granito, Gerichtsschreiberin

Kanton Genf

Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, Jugement du 30 avril 2015

Compétence *ratione materiae*. Il y a conflit individuel de travail lorsque les prétentions visent à régler le sort des relations de travail entre deux parties déterminées, liées entre elles par un contrat individuel de travail. Pour toute action civile, qu'elle soit fondée sur la loi sur la protection des données (LPD), le Code civil (CC), ou le Code des obligations (CO), le travailleur doit pouvoir agir devant la juridiction du travail puisque le litige s'inscrit dans le cadre des rapports de travail (c. 1).

L'article 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les articles 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321d CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (c. 2a).

Art. 3 let a LPD et art. 328b CO. Sont considérées comme données personnelles toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. Il s'agit dans les relations de travail, de tous renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, et qui portent tant sur sa vie privée que sur sa vie professionnelle, que le support soit manuel ou informatique et que les données aient été recueillies par l'employeur lui-même ou par un tiers auquel il a confié cette tâche (c. 2a).

En matière de protection de données, le législateur fédéral a très clairement fixé le cadre, dans le contexte du contrat de travail, des données que l'employeur est en droit de traiter au sujet de ses collaborateurs. Il faut estimer, avec une partie de la doctrine, que l'article 328b CO, de caractère impératif, consacre un régime plus strict que le régime général prévu par la LPD. Dès lors, aux termes de cette disposition, l'employeur n'est autorisé à traiter des données relatives à ses collaborateurs que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En l'occurrence, le contrat de travail du demandeur a pris fin à l'égard de la défenderesse le 31 août 2013. On ne voit dès lors pas en quoi la communication aux autorités américaines des données relatives au demandeur permettrait à la défenderesse d'établir les aptitudes de celui-ci à remplir son emploi ou serait nécessaire en vue de l'exécution du contrat de travail. Il faut ainsi con-

clure que la défenderesse n'est pas en droit de transmettre aux autorités américaines, les données relatives au demandeur (c. 2b). Les mêmes conclusions auraient d'ailleurs pu être tirées de l'application des dispositions topiques de la LPD (c. 2c).

Extraits des faits:

E. est une société ayant son siège social à Genève et dont le but consiste en l'exploitation d'une banque. T. a été employé par E. du 16 août 2004 au 31 août 2013, date à laquelle les rapports de travail ont pris fin à son initiative. Il occupait en dernier lieu la fonction de «Relationship Manager» avec le grade de Membre de la Direction. Jusqu'au 1^{er} mai 2011, T. était affecté au marché «Moyen- Orient» au sein de E. A compter de cette date, il a été transféré auprès du marché «Afrique» de son employeur. Ses prestations de travail ont donné entière satisfaction.

Dans le courant de l'année 2010, dans le cadre d'un différend fiscal notoire opposant les Etats-Unis d'Amérique à la Suisse, le *US Department of Justice* (ci-après le «DoJ») et la *US Securities and Exchange Commission* ont ouvert des enquêtes contre quatorze établissements bancaires siégeant en Suisse. Le 3 juillet 2013, le Département fédéral des finances a publié une décision modèle du Conseil fédéral ainsi qu'une note explicative à l'attention notamment des banques ne faisant alors pas objet d'une enquête pénale – dont E. – qui souhaitaient souscrire au programme volontaire du *DoJ* et entendaient effectuer une demande d'autorisation au sens de l'article 271 du Code pénal (CP), disposition traitant des actes exécutés sur le territoire suisse, sans y être autorisé, pour le compte d'un Etat étranger. Ce document mentionnait en outre que l'autorisation excluait uniquement une punissabilité en vertu de l'article 271 ch. 1 CP, les banques requérant une telle autorisation restant tenues d'observer les autres dispositions de la législation suisse applicables et qu'elle ne dispensait pas du respect des autres dispositions du droit suisse, notamment de la prise en compte du secret d'affaires et du secret bancaire existants, des dispositions sur la protection des données et des obligations de l'employeur. La décision modèle prévoyait encore que lors de la pesée des intérêts en présence, il y avait lieu de tenir compte des droits de la personnalité des actuels membres du personnel potentiellement concernés en prévoyant une obligation d'informer et un droit d'obtenir des renseignements. Des devoirs d'assistance étendus et une protection appropriée contre la discrimination devaient en outre être prévus pour les membres du personnel actuel et anciens. Le 29 août 2013, le *DoJ* a publié un programme à l'attention de toutes les banques suisses qui n'étaient jusqu'alors pas impliquées dans une procédure pénale en matière fiscale avec les Etats-Unis visant à régler le différend fiscal opposant les banques suisses aux Etats-Unis, dénommé *Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks* (ci-après «Program»). Le *Program* comportait des prescriptions et des conditions devant permettre aux banques concernées de régler direc-

tement leur cas avec les autorités américaines compétentes. Chaque établissement bancaire suisse avait la possibilité de requérir un accord de non-poursuite judiciaire (ci-après «*Non-Prosecution Agreement*») en échange d'une complète collaboration avec les autorités américaines qui impliquait notamment la communication des noms et des fonctions des personnes qui avaient structuré, opéré ou supervisé des opérations financières transfrontalières avec les Etats-Unis. Parallèlement au *Program*, les Etats-Unis et la Suisse ont publié un document explicatif conjoint, intitulé *Joint Statement between the US Department of Justice and the Swiss Federal Department of Finance* (ci-après, le «*Joint Statement*») aux termes duquel la Suisse encourageait les efforts du *DoJ*, de même que les banques suisses, à participer au *Program*. Dans une communication du 30 août 2013, l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (ci-après, «*FINMA*») a rappelé aux banques intéressées à participer audit *Program* leur obligation de respecter le droit suisse, notamment les réglementations relatives à la protection des secrets d'affaires et bancaire en vigueur ainsi que la législation sur la protection des données.

Par courrier du 4 juin 2014, E. a indiqué à T. qu'elle avait décidé de participer au *Program*. En conséquence et dès lors que son nom apparaissait sur les listes à remettre au *DoJ*, au regard des comptes sur lesquels il était intervenu, même cas échéant pour les clôturer, il était informé qu'il pouvait s'opposer à la transmission de ses données au *DoJ* dans les vingt jours suivant la notification dudit courrier. Pour le surplus, il était assuré que E. ne disposait d'aucun élément qui pouvait la laisser penser que la communication de son nom aux autorités américaines pouvaient avoir une quelconque conséquence pour lui. Par courrier recommandé du 18 juin 2014, T. s'est opposé à la transmission de toute donnée le concernant aux autorités américaines. Il a exposé que son code gestionnaire avait été attribué, par sa hiérarchie, à quelques comptes considérés «US», à la suite du départ du gestionnaire précédant. Il n'avait cependant ni démarché, ni ouvert, ni géré ni eu de contacts avec des clients US durant son activité au sein de E. sous réserve de très rares entretiens téléphoniques avec l'un ou l'autre des clients titulaires des comptes en question, essentiellement pour mieux documenter le dossier ou pour mettre fin à la relation d'affaires. Il mettait en exergue le fait que la communication de son nom aux autorités américaines aurait de graves conséquences pour lui dès lors que cela reviendrait *de facto* à lui interdire tout déplacement sur le sol américain où vivait une partie de sa famille. Il sollicitait une décision formelle s'agissant des intentions de E. afin, le cas échéant, d'être en mesure de faire valoir ses droits. Par courrier du 31 juillet 2014, E. a décidé de maintenir le nom de T. sur le tableau qui serait communiqué au *DoJ*, en regard d'un seul compte uniquement. Celui-ci avait la possibilité de saisir un tribunal dans les dix jours suivant la notification dudit courrier aux fins qu'elle se fasse interdire de transmettre son nom aux autorités américaines.

T. a saisi le Tribunal des prud'hommes le 6 août 2014, d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles afin que, en substance, il soit fait interdiction à E., sous la menace de la peine prévue à l'article 292 CP, de transmettre, communiquer ou de porter à la connaissance de tiers ou d'Etats tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, des données, informations ou documents comportant son nom et/ou des données ou informations le concernant et/ou permettant de l'identifier. Par décision du 7 août 2014, la Vice-présidente du Tribunal des prud'hommes, statuant sur mesures superprovisionnelles, a admis la requête de T. Ensuite, par décision du 17 septembre 2014, le Tribunal des prud'hommes, statuant sur mesures provisionnelles, a également admis la requête de T. Un délai de trente jours lui était imparti pour faire valoir son droit en justice.

Par action en interdiction formée le 20 octobre 2014 au greffe du Tribunal des prud'hommes, en validation des mesures provisionnelles, T. a conclu à ce que le Tribunal de céans fasse interdiction à E., sous la menace de la peine prévue à l'article 292 CP, de transmettre, communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d'Etat tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, les documents mentionnant le nom de T. ou permettant de l'identifier et ce dans le cadre du *Program for non-prosecution agreements or non-target letters for Swiss Banks* du Département de la Justice des Etats-Unis d'Amérique. Par mémoire de réponse déposé au greffe du Tribunal des prud'hommes le 26 novembre 2014, la défenderesse a conclu au déboutement du demandeur du chef de ses conclusions, ainsi qu'à la mise à néant des décisions sur mesures superprovisionnelles du 7 août 2014 et sur mesures provisionnelles du 17 septembre 2014.

Extraits des considérants:

1.

Aux termes des articles 59 al. 2 let. b et 60 du Code de procédure civile suisse (ci-après CPC), le tribunal examine d'office s'il est compétent à raison de la matière et du lieu.

Les litiges relevant du droit du travail doivent être portés, à choix, devant le for du domicile ou du siège du défendeur, ou devant le for du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle (art. 34 al. 1 CPC).

L'article 1 al. 1 let. a de la loi sur le Tribunal des prud'hommes prévoit que sont jugés par ledit Tribunal les litiges découlant d'un contrat de travail, au sens du titre dixième du Code des obligations (ci-après CO).

Selon la doctrine, il y a conflit individuel de travail lorsque les prétentions visent à régler le sort des relations de travail entre deux parties déterminées, liées entre elles par un contrat individuel de travail (DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile, Bâle, 2011, p. 9, § 10).

Par ailleurs, pour toute action civile, qu'elle soit fondée sur la loi sur la protection des données, le Code civil, ou le Code des obligations, le travail-

leur doit pouvoir agir devant la juridiction du travail puisque le litige s'inscrit dans le cadre des rapports de travail et que la protection du travailleur est prévue dans les dispositions sur le contrat de travail (art. 328 et 328b CO) (DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 5 ad art. 328b CO).

En l'espèce, le demandeur a été lié à la défenderesse par un contrat de travail. Par ailleurs, il requiert de son ancien employeur la protection de ses données personnelles en lien notamment avec l'article 328b CO. Une telle prétention s'inscrit dans le cadre des rapports de travail. Le Tribunal de céans est par conséquent compétent à raison de la matière pour connaître de la présente cause.

Il est également compétent à raison du lieu dès lors que le siège de la défenderesse, de même que le lieu où l'employé accomplissait habituellement son travail, se trouvent à Genève.

2.

Le Tribunal de céans doit déterminer si la défenderesse est en droit de transmettre aux autorités américaines des données relatives au demandeur dans le cadre du *Program* et en vue de la conclusion avec celles-ci d'un *Non-Prosecution Agreement*.

a) Aux termes de l'article 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité.

L'article 328 CO instaure une protection plus étendue que celle qu'assurent les articles 27 et 28 du Code civil. D'une part, cette disposition interdit à l'employeur de porter atteinte, par ses directives (art. 321d CO), aux droits de la personnalité du travailleur. D'autre part, elle impose à l'employeur la prise de mesures concrètes en vue de garantir la protection de la personnalité du travailleur (WYLER, *Droit du travail*, 2014, p. 310 ss; Aubert, *in* Code des obligations I, Commentaire romand, 2003, § 2 ad art. 328 CO, p. 1728), laquelle englobe notamment la vie et la santé du travailleur, son intégrité corporelle et intellectuelle, son honneur personnel et professionnel, sa position et la considération dont il jouit dans l'entreprise (ATF du 18 décembre 2001 en la cause 4C.253/2001; REHBINDER, *Berner Kommentar*, n. 4 ad art. 328 CO; REHBINDER, *Basler Kommentar*, n. 3 ad art. 328 CO; REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, p. 83; SAILLEN, *La protection de la personnalité du travailleur*, thèse Lausanne 1981, pp. 72 ss).

Aux termes de l'article 328b CO, disposition de droit impératif au sens de l'article 362 CO, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données sont applicables. Sont considérées comme données personnelles toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. Il s'agit dans les relations de travail, de tous renseignements, indications ou notes concernant la personne du travailleur, et qui portent tant sur sa vie privée que sur sa vie professionnelle, que le support soit

manuel ou informatique et que les données aient été recueillies par l'employeur lui-même ou par un tiers auquel il a confié cette tâche (DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 14 ad art. 328b CO, p. 322 et les références citées).

L'introduction de l'article 328b CO dans l'ordre juridique suisse a été rendue nécessaire pour protéger la personnalité du travailleur au moyen d'une disposition de protection des données spécifique. Dans la même perspective, la portée de l'article 362 CO a été étendue. Le Conseil fédéral a jugé ces apports à la législation sur le contrat de travail comme indispensables. En effet, plus qu'aucun rapport juridique, le rapport de travail donne lieu à la collecte et au traitement de données personnelles de toute nature et pendant une longue durée. Il se justifie également d'accorder une protection particulière au travailleur, car il dépend en fait et en droit de son employeur. L'article 328b CO complète la loi sur la protection des données en ce sens qu'il détermine la nature des informations que l'employeur est en droit de traiter sur ses employés (Message concernant la Loi fédérale sur la protection des données du 23 mars 1988, FF 1988 II 494).

La jurisprudence du Tribunal fédéral semble considérer, en pratique, que cette disposition constitue un régime plus strict que le régime général prévu par la loi fédérale sur la protection des données (ATF 138 I 331, consid. 8.4.2, qui prévoit en particulier que l'article 328b CO a été créé comme une disposition spéciale de la protection des données en droit du travail; ATF 122 V 267, consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 2C_103/2008 du 30 juin 2008, consid. 6.2 et 6.3).

A ce sujet, la doctrine est divisée sur la portée et l'étendue de l'article 328b CO. Un courant doctrinal considère que cette disposition fixe les limites dans lesquelles l'employeur est autorisé à communiquer à des tiers des données relatives au salarié, de sorte que, vu son caractère impératif, elle constitue un régime plus strict que le régime général prévu par la loi fédérale sur la protection des données (AUBERT, La communication aux autorités américaines, par les banques, de données personnelles sur leurs employés: aspects de droit du travail, *in* Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, 2013, p. 40ss, 46; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7^{ème} éd. 2012, n° 1 ad art. 328b CO, p. 575; WYLER, *op.cit.*, p. 339 ss; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail 2009, p. 319; STAEHELIN, Der Arbeitsvertrag, Commentaire zurichois, 4^{ème} éd. 2006, n° 1 ad art. 328b CO, p. 398; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd. 2004, n° 1 ad art. 328b CO, p. 154).

Ainsi, lorsque le contrat de travail est échu, son exécution ne saurait, en principe, requérir la communication de données à des tiers, de sorte que celle-ci violerait l'article 328b CO. Quant aux contrats en cours, il convient d'examiner si leur exécution nécessite la communication de données à des tiers. En revanche, si l'employé continue l'exécution d'un travail requérant la communication de données personnelles, cette communication est conforme à l'article 328b CO (AUBERT, *op. cit.*).

Un autre courant doctrinal, plus marginal, tend à n'accorder qu'une portée atténuée à l'article 328b CO (MEIER, Protection des données, p. 650–652; ROSENTHAL/JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, p. 723 ss; WINTERBERGER-YANG, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, n° 1 et n° 2 *ad* art. 328b CO). En substance, tout traitement de données relatif à un employé constitue une atteinte illicite à sa personnalité, au sens des articles 328 et 328b CO, à moins qu'il ne repose sur un motif justificatif. Un tel motif peut résulter de la loi, en particulier de l'article 328b CO, d'un intérêt prépondérant privé ou public, ou du consentement de la victime, en application par renvoi de l'article 13 al. 1 LPD. Une pesée des intérêts en présence doit être effectuée pour apprécier chaque cas concret, laquelle prendra en compte l'ensemble des circonstances (DUNAND, *in* Commentaire du contrat de travail, n° 25 *ad* art. 328b CO, p. 325).

La protection conférée par l'article 328b CO perdure au-delà de la fin des rapports de travail (ATF 131 V 298, consid. 6.1).

Aux termes de l'article 4 LPD, tout traitement de données doit être licite (al. 1) et effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (al. 2). La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée (al. 4). Selon l'article 6 LPD, aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence de législation assurant un niveau de protection adéquat (al. 1), à moins entres autres (al. 2) que des garanties suffisantes, notamment contractuelles, permettent d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger (let. a), que la personne concernée a donné son consentement (let. b), que le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et que les données traitées concernent le cocontractant (let. c) ou que la communication est indispensable soit à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, soit à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice (let. d).

L'article 12 al. 1 LPD prévoit que quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte à la personnalité des personnes concernées. Aux termes de l'article 13 al. 1 LPD, une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi.

Le Préposé suisse à la protection des données a expliqué qu'en vertu du devoir spécial de diligence prévu à l'article 6 al. 1 LPD, la communication de données à l'étranger est conforme à la législation sur la protection des données si le pays destinataire dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat. Le caractère adéquat du niveau de protection doit être examiné à l'aune des prescriptions juridiques de nature générale et sectorielle qui sont applicables dans l'Etat considéré. [...]. Dans le cadre de l'affaire UBS SA, le Tribunal fédéral a eu à se déterminer *a fortiori* sur la validité d'une transmission de données relatives à des clients américains de cette banque par la FINMA. Il a admis la validité de cette transmission en se fon-

dant sur la clause générale de police. Selon le Tribunal fédéral, la menace des autorités américaines de porter plainte contre l'UBS a mis le Conseil fédéral et la FINMA face à un danger qui, en raison de l'importance systémique de la banque, était susceptible de perturber le marché financier national et international. La détérioration du système économique suisse, voire mondial, qui en aurait résulté, aurait eu des conséquences imprévisibles, qui auraient touché des intérêts essentiels et existentiels du pays. Dans le cadre des mesures contestées, il s'agissait de sauvegarder un bien juridique fondamental, à savoir le bon fonctionnement du système économique. Le Tribunal fédéral est parti du principe, avec une partie de la doctrine, que le cas relevait du droit de nécessité et qu'il devait rester une exception dans un Etat de droit, ce qui se justifiait par la situation extraordinaire que constituait la menace pesant sur l'existence même d'une banque d'importance systémique à l'échelon suisse (ATF 137 II 431 = JdT 2012 I p. 207).

b) Dans le cadre de son appréciation, le Tribunal de céans relève que l'autorisation du Conseil fédéral donnée aux banques participant au *Program* vise à exempter celles-ci de tout reproche sous l'angle de l'article 271 CP, réservant expressément leur responsabilité sur le plan du droit civil, en particulier en ce qui a trait; à la protection des données dans le cadre des rapports de travail.

En matière de protection de données, le législateur fédéral a très clairement fixé le cadre, dans le contexte du contrat de travail, des données que l'employeur est en droit de traiter au sujet de ses collaborateurs. A cet égard, le Tribunal de céans estime, avec une partie de la doctrine, que l'article 328b CO, de caractère impératif, consacre un régime plus strict que le régime général prévu par la LPD. Dès lors, aux termes de cette disposition, l'employeur n'est autorisé à traiter des données relatives à ses collaborateurs que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

En l'occurrence, le contrat de travail du demandeur a pris fin à l'égard de la défenderesse le 31 août 2013. Le Tribunal de céans ne voit dès lors pas en quoi la communication aux autorités américaines des données relatives au demandeur permettrait à la défenderesse d'établir les aptitudes de celui-ci à remplir son emploi ou la rendre nécessaire en vue de l'exécution par celui-ci du contrat de travail.

Il sied encore de relever qu'au long de son activité, le travailleur s'est contenté de respecter son devoir de fidélité, en exécutant les instructions données par la banque. Il serait aujourd'hui totalement contraire au devoir de protection du travailleur, que l'employeuse retranche sa propre responsabilité et fasse endosser à l'employé les conséquences d'une exécution fidèle et diligente des ordres donnés par ses supérieurs.

Ainsi à tout bien considérer, le tribunal de céans estime que la défenderesse n'est pas en droit de transmettre aux autorités américaines, dans le cadre du *Program*, les données relatives au demandeur.

c) Par surabondance d'arguments, le Tribunal expose que ses conclusions auraient été identiques s'il avait dû se prononcer sur l'issue de ce litige après une pesée des intérêts en présence sur la base des dispositions topiques de la LPD.

A cet égard, la situation de fait dans laquelle se présente ce litige diffère sensiblement de celle dans le cadre de laquelle la FINMA, avec l'approbation du Conseil fédéral, avait livré aux autorités américaines des données relatives à certains clients d'UBS SA. En effet, dans le cadre de cette problématique-ci, le Tribunal fédéral a estimé que les menaces de dépôt d'une plainte pénale contre cette banque formulées par les autorités américaines étaient réelles, concrètes et imminentes, de sorte que, en vertu de la seule clause de police, il se justifiait d'accéder aux desideratas desdites autorités américaines en leur transmettant un nombre limité de données relatives aux clients ayant fraudé le fisc américain. En effet, aux yeux du Tribunal fédéral, la non communication de ces données constituait un danger qui, en raison de l'importance systémique de la banque, était susceptible de perturber le marché financier national et international. Il s'agissait clairement d'une situation extraordinaire qui nécessitait un traitement qui ne l'était pas moins.

Dans le cas d'espèce, la défenderesse n'établit pas, à satisfaction de droit, alors même que le fardeau de la preuve lui incombait à cet égard, qu'elle se trouverait dans une situation de fait similaire à celle dans laquelle s'est trouvée UBS SA – laquelle concernait des clients et non des employés –, ni même qu'elle serait pour la Suisse une banque d'importance systémique dont la disparition, ensuite du dépôt d'une plainte pénale aux Etats-Unis, entraînerait un dérèglement du bon fonctionnement du système économique suisse. D'ailleurs, le Conseil fédéral lui-même n'a pas considéré que tel serait le cas dans la mesure où celui-ci n'a expressément et délibérément pas fondé sa décision du 4 avril 2012 sur la clause générale de police pour justifier l'atteinte à la personnalité des employés.

Le Tribunal de céans relève encore que la défenderesse n'a pas non plus établi à satisfaction de droit que l'absence de communication des données du demandeur en particulier mettrait en péril l'issue du *Program* devant déboucher sur un *Non-Prosecution Agreement*. Bien au contraire, dans le cadre de son audition, elle a clairement expliqué qu'elle ignorait concrètement si la non communication des données concernant le demandeur compromettrait ses chances de trouver un accord avec les autorités américaines. A cet égard, il paraît extrêmement douteux que l'absence de transmission de données relatives au demandeur soit à elle seule susceptible de compromettre cet accord. Ce même doute serait aussi de mise dans l'hypothèse où l'ensemble des collaborateurs en exercice ou ayant quitté la banque, qui se sont opposés à la transmission de leurs données, soit moins de 10% de l'effectif en question, obtenait gain de cause dans le cadre des procédures judiciaires tendant à la non communication de leurs données aux autorités américaines. A contrario, le demandeur a rendu vraisemblable que la com-

munication de son nom aux autorités américaines était de nature à entraver non seulement sa liberté individuelle – en ce sens qu’une partie de sa famille réside aux Etats-Unis – mais également son avenir économique – dès lors que dans le cadre de ses activités, il pourrait être amené à travailler avec le marché américain -. En définitive, par le biais de cette analyse subsidiaire, le Tribunal de céans estime que la défenderesse ne dispose d’aucun intérêt prépondérant, privé ou public, au sens de l’article 13 al. 1 LPD, susceptible de justifier la communication des données personnelles du demandeur aux autorités américaines. L’atteinte à sa personnalité ne reposerait pas non plus sur le consentement de celui-ci, et encore moins sur une disposition légale.

Partant, aucun motif justificatif ne saurait rendre licite l’atteinte à la personnalité du demandeur, que la communication de données par la défenderesse aux autorités américaines ne manquerait pas de causer.

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal se dispensera de trancher la question de savoir si la transmission de données par la défenderesse aux autorités américaines confierait un niveau de protection adéquat au sens de l’article 6 al. 1 LPD.

d) En conséquence, le Tribunal de céans fera interdiction à la défenderesse de transmettre, communiquer ou porter à la connaissance de tiers ou d’Etats tiers, de quelque manière que ce soit et sur quelque support que ce soit, documents mentionnant le nom du demandeur ou permettant de l’identifier et ce dans le cadre du *Program for Non-prosecution agreements or Non-target letters for Swiss Banks* du Département de Justice des Etats-Unis d’Amérique. Cette mesure est prononcée sous la menace de la peine prévue par l’article 292 CP qui dispose: «*Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni de l’amende*».

Jugement communiqué par M^e W. Gloor, avocat à Genève

Tribunal des prud’hommes du canton de Genève, Jugement du 4 mai 2015

Art. 334 al. 2 CO. Reconduction du contrat de durée déterminée. La présomption légale ne s’applique pas lorsque les parties, une fois le contrat de travail de durée déterminée venu à échéance, maintiennent leur collaboration le temps de négocier (et éventuellement conclure) un nouveau contrat. Dans ce cas, le nouveau contrat de travail est conclu sous condition résolutoire, c’est-à-dire qu’il prend automatiquement fin en cas d’échec définitif des pourparlers (c. 4a).

Extraits des faits:

Garage E. SA (ci-après Garage E.) est une société anonyme de droit suisse dont le but est l’exploitation d’un commerce de véhicules neufs et

d'occasion, d'un atelier de réparation de véhicules et d'une station de service. T. est le fondateur de la société. Il en a été son directeur ainsi que son administrateur unique avec signature individuelle. Par contrat signé le 13 mars 2007, T. a vendu la totalité du capital- actions de Garage E. SA à A. Il est demeuré président du conseil d'administration de la société avec signature individuelle. Le nouveau propriétaire du garage et T. ont convenu que ce dernier y continuerait son activité professionnelle aux fins de former à la direction B., fille de A., et C., époux de cette dernière. C'est ainsi que par contrat de travail signé le même jour, T. a été engagé par Garage E. SA, en qualité de directeur de la société, à compter du 1^{er} mars 2007 pour «une période fixe de six ans». Le contrat mentionnait une pénalité conventionnelle de fr. 400'000.–, si T. restait au service de l'employeur moins de la période de six ans convenue.

Par courrier recommandé du 9 avril 2013, intitulé «fin des rapports de travail», Me X. a annoncé à T. avoir été mandaté pour lui signifier que la société avait finalement décidé de ne pas poursuivre sa relation contractuelle avec lui. Il était ainsi prié de restituer les clefs du garage et de récupérer ses affaires personnelles d'ici au 11 avril 2013 à 8h00. Selon les certificats médicaux établis par les docteurs Y. puis Z., T. a été en incapacité de travail du 15 avril 2013 au 3 novembre 2013. Par courrier du 22 avril 2013, T., par la plume de son conseil, a indiqué avoir été particulièrement affecté par le ton par lequel il avait reçu l'injonction de quitter en moins de 48h00 le garage qu'il avait fondé et pour lequel il avait dédié l'essentiel de sa carrière professionnelle. Il a relevé qu'il avait poursuivi son activité au-delà du 28 février 2013, à la demande de la société. Son contrat de travail avait ainsi tacitement été reconduit pour une durée indéterminée. Il avait, en conséquence, été licencié de façon immédiate et réclamait les motifs de la résiliation. Par courrier du 29 avril 2013, E., par l'intermédiaire de son conseil, a répondu que le contrat de T. était arrivé à son terme le 28 février 2013. Les pourparlers en vue d'une nouvelle relation contractuelle n'avaient pas abouti. Il n'y avait pas eu de prolongation tacite des rapports contractuels; elle contestait ainsi qu'il y ait eu un licenciement et que T. ait été tenu de quitter les lieux sans délais.

Par demande déposée au greffe du Tribunal des prud'hommes le 8 octobre 2013, T. a assigné E. SA en paiement de divers montants.

Extraits des considérants:

4.

Le demandeur réclame le paiement de fr. 154'960.– à titre de salaire.

a) Selon l'article 322 al. 1 CO, l'employeur paye au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Le contrat de durée déterminée est celui dont la fin a été conventionnellement fixée par les parties et qui s'éteint sans que l'une d'entre elle ne doive

(ou ne puisse) le résilier (art. 334 al. 1^{er} CO). Les parties peuvent fixer un terme, soit une durée, soit un laps de temps objectivement déterminable, pourvu qu'elles soient en mesure de connaître de façon suffisamment précise la fin des rapports de travail (Arrêt du Tribunal fédéral B 54/04 du 30 septembre 2005 consid. 3.1 in RSAS 2006 P. 354; ATF du 28 novembre 2000 en la cause 4P.222/2000; CAPH/79/2014 du 23 mai 2014, TERCIER, Les contrats spéciaux, 2^{ème} éd. n. 2797; ENGEL, Contrats de droit suisse, pp. 355 ss).

En cas de reconduction tacite, après expiration de la période convenue, l'article 334 al. 2 pose la présomption selon laquelle le contrat est renouvelé pour une durée indéterminée. Le travailleur continue à bénéficier des acquis calculés rétroactivement dès l'entrée en vigueur du contrat initial, s'agissant en particulier du salaire en cas d'empêchement de travailler, des délais de résiliation, de l'indemnité à raison des longs rapports de travail ou des avantages octroyés par l'institution de prévoyance (WYLER, Droit du travail, 2014, p. 498; CARRON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 25 ad art. 334 CO).

La présomption de l'article 334 al. 2 ne s'applique cependant pas lorsqu'il ressort des circonstances que la reconduction ne vaut que pour une durée déterminée. La simple prolongation de l'activité du travailleur à des fins précises limitées dans le temps, telles que la clôture d'un établissement, des travaux de nettoyage, ou d'autres circonstances de ce genre n'est pas soumise à l'article 334 al. 2 CO, puisqu'une période de service supplémentaire ainsi convenue entre les parties, est de par sa nature même, à son tour limitée dans le temps et donc de durée déterminée (CARRON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 27 ad art. 334 CPC).

La situation est identique lorsque les parties, une fois le contrat de durée déterminée venu à échéance, maintiennent leur collaboration le temps de négocier (et éventuellement conclure) un nouveau contrat. Dans ce cas, il n'y a pas non plus présomption de reconduction tacite des rapports de travail pour une durée indéterminée; il est conclu sous condition résolutoire – c'est-à-dire qu'il prend fin automatiquement en cas d'échec définitif des pourparlers (BRENDER, Rechtsprobleme des befristeten Arbeitsvertrages, Thèse, Zurich, 1976, p. 55, REHBINDER, Berner Kommentar, 2014, n. 11 ad art 334 CO, p. 137).

A défaut de telles circonstances, si l'employé continue de travailler après l'échéance de son contrat de travail de durée déterminée et que l'employeur accepte ce travail sans qu'un accord soit passé sur la durée du contrat, l'employé est présumé bénéficier désormais d'un contrat de durée indéterminée (CARRON, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 27 ad art. 334 CPC).

Aux termes de l'article 320 al. 2 CO, le contrat individuel de travail 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.

Si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur en vertu d'un contrat qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait, d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. Au regard de ces dispositions, si un administrateur fournit des prestations de travail exorbitantes de ses fonctions d'administrateur sans que le conseil s'y oppose, l'administrateur pourra se prévaloir de l'existence d'un contrat de travail de fait, alors même que le conseil d'administration n'aurait pas formellement et valablement approuvé la conclusion d'un tel contrat (HEINZER, in Panorama en droit du travail, recueil d'études réalisées par des praticiens, Stämpfli 2009, p. 355).

b) En l'espèce, il ressort du dossier et n'est pas contesté par les parties qu'après la vente du capital-actions de Garage E. SA, le demandeur y a été engagé en mars 2007, pour une durée déterminée de six ans, soit jusqu'au 28 février 2013. Il n'est également pas contesté qu'il cumulait les fonctions de directeur et de président du conseil d'administration de la société.

Les enquêtes ont établi que le demandeur avait poursuivi son activité ordinaire de directeur au-delà du 28 février 2013, étant présent tous les matins dès 6h30 sur son lieu de travail durant le mois de mars 2013, animant les réunions matinales quotidiennes avec ses collaborateurs, tenant son livre des commandes de véhicules, et représentant le garage lors de l'événement genevois du salon de l'auto.

Contrairement à ce qu'a soutenu la défenderesse, il convient de retenir que, durant cette période, le demandeur n'était pas présent au garage uniquement en sa qualité d'administrateur de la société, mais bien en sa qualité d'employé directeur et qu'il y a accompli sa prestation habituelle de travail.

La défenderesse a admis que, durant cette période, deux membres du conseil d'administration de la défenderesse, soit B. et C. étaient souvent présents au garage où ils recevaient les instructions du demandeur. B. a expressément, admis en audience s'être fréquemment enquis auprès du demandeur des tâches qu'elle pouvait y accomplir.

Il ne ressort pas dossier et n'a pas été allégué par la défenderesse que ces deux membres du conseil d'administration soient intervenus auprès du demandeur pour lui demander de cesser son activité de directeur.

Il convient ainsi de constater que le demandeur a poursuivi son activité de salarié au vu et su de membres du conseil d'administration de la société et sans aucune interdiction de leur part. L'argument de la défenderesse selon lequel B. et C. ne pouvaient interdire au demandeur ses activités, faute de signatures suffisantes, tombe à faux; les membres du conseil ont su organiser une assemblée générale extraordinaire le 9 avril 2013 pour destituer de façon immédiate le demandeur de ses fonctions d'administrateur et désigner B. comme nouvelle présidente du conseil; ils avaient tout loisir d'effectuer cette même démarche dès la fin du contrat de travail initial du demandeur, ou même de manière anticipée, si telle avait été la volonté des membres du con-

seil. Or, tel n'a pas été le cas, puisque bien que présent sur le lieu de travail du demandeur, ils l'ont laissé continuer son activité et notamment s'occuper du salon de l'auto, un des événements les plus important pour le monde de l'automobile genevois.

Les pièces du dossier ont permis d'établir que, dès août 2012, le demandeur était conscient de l'échéance de son contrat de durée déterminée et de la nécessité de négocier une éventuelle continuation de son activité et qu'il a interpellé A. à cet égard. La défenderesse a allégué dans ses écritures que A. avait, dès le début de l'année 2013, eu des discussions avec le demandeur concernant la suite de leur collaboration. Celui-ci a nié la réalité de ces discussions lors de son témoignage qui comporte toutefois plusieurs contradictions de nature à lui conférer peu de force probante. Il a toutefois admis qu'en mars 2013, il avait toujours la volonté de poursuivre sa collaboration avec le demandeur.

Il ressort également de l'instruction de la cause qu'aux alentours de la mi-mars 2013, la défenderesse a soumis au demandeur un projet de contrat de travail d'une durée déterminée allant du 1^{er} mars 2013 au 28 février 2015, prévoyant une activité de directeur adjoint à mi-temps, pour un salaire net de fr. 11'000.– par mois.

Contrairement à ce qu'a soutenu le demandeur, le Tribunal a acquis la conviction qu'il s'agissait bien d'une nouvelle offre de contrat et non d'une modification à la baisse du contrat précédent. D'une par le salaire de fr. 11'000.– net pour une activité à 50% était supérieur à celui précédent de fr. 16'700.– net pour un 100%. D'autre part, la fonction de directeur adjoint correspondait à ce qu'avaient convenu les parties, dans la mesure où le demandeur devait former B. et C. à la direction du garage.

Selon les pièces produites et les déclarations concordantes des parties, le demandeur a retourné, deux jours plus tard, ce projet de contrat muni d'annotations manuscrites modifiant certaines clauses contractuelles dont le montant du salaire porté à fr. 15'000.– net.

Force est donc d'admettre, comme l'a allégué à juste titre la défenderesse, que l'employeur avait soumis une offre de contrat au demandeur à laquelle il a répondu par une contre-offre.

Dans sa lettre du 28 mars 2013 intitulée «contrat de travail avec la société Garage E. SA», la défenderesse annonce expressément retirer son offre de contrat et la soumission prochaine d'un nouveau projet de contrat à l'employé.

Le Tribunal retient ainsi que d'une part, la défenderesse a, en toute connaissance de cause, laissé le demandeur continuer son activité de salarié au-delà du 28 février 2013, et que d'autre part, durant cette période, les parties étaient en négociation d'un nouveau contrat de travail qui devait être de durée déterminée également.

Au vu de l'ensemble de ces circonstances, le Tribunal a acquis la conviction que les parties ont tacitement accepté la continuation des rapports de

travail, mais uniquement pendant la durée de négociations d'un nouveau contrat de travail.

L'argument de la défenderesse selon lequel un contrat de travail ne pouvait être conclu valablement que par écrit et non tacitement tombe également à faux, dans la mesure où le demandeur peut se prévaloir d'un contrat de fait qui justifie le paiement d'un salaire, même sans approbation formelle valable du contrat par le conseil d'administration (art. 320 al. 2 CO).

C'est par lettre du 9 avril 2013 intitulée «fin des rapports de travail» que la défenderesse a indiqué qu'elle avait finalement décidé de ne pas poursuivre sa relation contractuelle et le priait de restituer les clefs du garage d'ici au 11 avril 2013 à 8h00. C'est ainsi par cette manifestation de volonté que la défenderesse a mis fin aux négociations et par là mis fin aux rapports de travail pour le 11 avril.

Contrairement à ce qu'a soutenu le demandeur, les circonstances de faits permettent ainsi d'invalider la présomption découlant de l'article 334 al. 2 CO selon laquelle les parties auraient, en poursuivant tacitement les rapports de travail au-delà du 28 février, voulu conclure un contrat à durée indéterminée.

En l'absence de contrat à durée indéterminée, le demandeur a ainsi échoué dans l'apport de la preuve d'un licenciement avec effet immédiat injustifié, l'annonce de la fin des négociations ayant entraîné la fin des rapports de travail.

En conclusion, le demandeur a droit au paiement de son salaire jusqu'au 11 avril 2013.

Il ressort du dossier qu'il a perçu son salaire du mois de mars. Il a ainsi droit à titre de solde de salaire au montant de fr. 6735.70 brut (fr. 18'370.-/30 jours = fr. 6735.70/11 jours), montant au paiement duquel sera condamné Garage E. SA.

Jugement communiqué par M^e W. Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 7 décembre 2015 (Rejet du recours interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 6 mars 2015)

Art. 334 CO. Le contrat de durée maximale est résiliable pendant la durée prévue en respectant les termes et délais de congé et prend fin de lui-même à l'expiration de la durée maximale si les parties ne l'ont pas résilié entre-temps. Un tel accord est considéré comme un contrat de durée déterminée. Une lettre de l'employeur mentionnant la fin des relations de travail pour la date maximale ne constitue pas une résiliation ordinaire mais un simple rappel des termes du contrat (c. 3.1.1). L'atteinte de l'âge légal (LAVS) ou réglementaire (Règlement de la caisse de pension LPP) de la retraite ne met pas une fin automatique au contrat de travail à moins que celui-ci ou le règlement du personnel

ne le précise. La durée maximale des rapports de travail peut figurer dans un règlement du personnel pour autant que le règlement constitue une base contractuelle. Dans ce cas, lorsque la limite fixée par le règlement est atteinte le contrat de travail prend automatiquement fin sans que le contrat n'ait à être résilié. Un règlement – valablement intégré au contrat de travail – peut ainsi prévoir la mise à la retraite automatique des travailleurs atteignant un certain âge (c. 3.1.1).

En principe, un employé qui ne déclare pas sa volonté à l'égard d'une offre de l'employeur de modifier les relations de travail est présumé la refuser. Il existe toutefois deux exceptions. Tout d'abord, lorsque l'offre qui lui est soumise lui est entièrement favorable (p. ex. une augmentation de salaire), le silence du travailleur doit être interprété comme une acceptation de l'offre et le contrat est réputé conclu lorsque l'offre n'est pas refusée dans un délai convenable (cf. art. 6 CO). Par ailleurs, une acceptation tacite peut être admise dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (c. 3.1.2).

Extraits des faits:

Par contrat du 6 mars 2000, E. (employeuse), société anonyme de droit suisse sise à Zurich dont le but est l'exploitation d'une banque, a engagé T (ci-après également: l'employée), née le juin 1949, en tant que *senior investigation check processing* (puis *senior process specialist* dès novembre 2005). Son dernier salaire mensuel brut était de 7'333 fr. 33 ou 6'247 fr. 65 net. L'art. 4 du contrat de travail signé entre les parties prévoyait notamment que le délai de résiliation du contrat était de trois mois à partir de la dixième année de service, toujours pour la fin d'un mois. Le règlement du personnel faisait partie intégrante du contrat de travail (art. 7 du contrat) et l'affiliation aux institutions de prévoyance de B était obligatoire, le règlement de la Caisse de pension de B étant déterminant pour la couverture d'assurance (art. 6 du contrat). En signant le contrat, le collaborateur en acceptait les termes, confirmait avoir reçu les compléments au contrat de travail et déclarait en avoir pris connaissance (art. 10 du contrat).

En 2011, A s'est entretenue avec G, conseiller en prévoyance auprès de la caisse de prévoyance de E., des conséquences financières de sa mise à la retraite à soixante-trois ans. En décembre 2011, elle a demandé à sa supérieure hiérarchique, X., de pouvoir continuer à travailler jusqu'à soixante-quatre ans à mi-temps. X. en a alors référé à son supérieur, Y., chef de secteur, qui a pris à son tour contact avec le service des ressources humaines, ce dernier étant seul compétent pour se prononcer sur une telle demande. Ce service ayant considéré qu'il n'était pas possible d'accéder à la demande de T., pour des raisons de restructuration de la société, X. et Y. ont informé T. de cette décision le 21 ou le 22 mars 2012.

Par courrier daté du 26 mars 2012, dont l'objet était «*retraite normale*», les ressources humaines de E. ont confirmé à T. «*la convention*» selon laquelle elle prendrait sa retraite dans le cadre de la retraite normale avec effet au 1^{er} juillet 2012. T. a été priée de confirmer son accord avec le contenu du courrier en renvoyant le double dûment signé. T. a contresigné le courrier précité le 10 avril 2012. Elle allègue avoir manifesté oralement qu'elle prenait acte du courrier mais n'était pas d'accord avec la teneur de celui-ci. Par lettre du 16 avril 2012, T. a informé les ressources humaines de E. de ce qu'à teneur du courrier du 26 mars 2012 on pouvait croire que la retraite avait été décidée d'un commun accord alors que la décision avait été prise unilatéralement par E. Elle n'était pas d'accord avec cette mise à la retraite qui signifiait pour elle une perte de la moitié de la rente AVS jusqu'à l'âge légal de la retraite. Elle notait que le refus de la laisser travailler jusqu'à l'âge légal de la retraite ne lui avait jamais été communiqué par écrit. Elle a demandé à E. de lui signaler par écrit que sa mise à la retraite avait été décidée par la banque et que pour elle, cela équivalait à un licenciement. Par courrier du 10 mai 2012, T. a confirmé à E. qu'elle souhaitait poursuivre son contrat de travail jusqu'à soixante-quatre ans, relevant que la convention qui lui avait été soumise n'avait aucune valeur juridique, de sorte que le contrat de travail perdurait au-delà du 1^{er} juillet 2012. S'en est suivi un échange de courriers où chacune des parties a maintenu sa position. L'activité de T. au sein de la banque a pris fin le 30 juin 2012.

Par requête du 9 janvier 2014, déclarée non conciliée le 11 février 2014 et introduite devant le Tribunal des prud'hommes (ci-après: le Tribunal) le 18 du même mois, T. a conclu à ce que E. soit condamnée à lui verser la somme totale de 53'306 fr. 85. Par jugement du 6 mars 2015, le Tribunal a rejeté la demande de T. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 21 avril 2015, T. a formé appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

3.

Il n'est pas contesté que les parties ont été liées par un contrat de travail au sens des art. 319ss CO. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir qualifié l'accord des parties de contrat de durée maximale, en retenant que le règlement du personnel incorporé audit contrat prévoyait une échéance à un âge donné, et non de contrat à durée indéterminée.

3.1.1 Le contrat de durée indéterminée prend fin lorsqu'une des deux parties résilie le contrat (art. 335 al. 1 CO).

En revanche, le contrat de travail de durée déterminée prend fin, sans qu'il ne soit nécessaire de donner congé, à l'expiration de la période convenue (art. 334 al. 1 CO).

Le contrat de durée maximale est résiliable pendant la durée prévue en respectant les termes et délais de congé et prend fin de lui-même à l'expiration de la durée maximale si les parties ne l'ont pas résilié entre-

temps. Un tel accord est considéré comme un contrat de durée déterminée (ATF 114 II 349 consid. 2a).

Une lettre de l'employeur mentionnant la fin des relations de travail pour la date maximale ne constitue pas une résiliation ordinaire mais un simple rappel des termes du contrat (ATF 114 II 349 consid. 2b).

L'atteinte de l'âge légal (LAVS) ou réglementaire (Règlement de la caisse de pension LPP) de la retraite ne met pas une fin automatique au contrat de travail à moins que celui-ci ou le règlement du personnel ne le précise (GLOOR, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 19 ad. art. 337 CO). La durée maximale des rapports de travail peut figurer dans un règlement du personnel pour autant que le règlement constitue une base contractuelle. Dans ce cas, lorsque la limite fixée par le règlement est atteinte le contrat de travail prend automatiquement fin sans que le contrat n'ait à être résilié. Un règlement – valablement intégré au contrat de travail – peut ainsi prévoir la mise à la retraite automatique des travailleurs atteignant un certain âge (ATF 114 II 349 consid. 2a).

3.1.2 Les parties à un contrat de travail peuvent décider, d'un commun accord – le cas échéant sans observer de forme particulière (arrêts du Tribunal fédéral 4A_608/2009 du 25 février 2010 consid. 3.1; 4A_511/2008 du 3 février 2009 consid. 5.1) – de modifier, en cours de relation contractuelle, les éléments essentiels de la convention qui les lie, parmi lesquels figure la rémunération ou le système de rétribution fixés (BONARD, Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 17 ad art. 335 CO; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3^{ème} éd. 2014, p. 58).

Lorsque la volonté du salarié est claire, le nouveau système est accepté ou refusé. Lorsque la volonté n'est pas expressément exprimée, il faut recourir au mécanisme de la présomption d'acceptation (WITZIG, La modification du rapport de travail, 2014, p. 134).

En principe, un employé qui ne déclare pas sa volonté à l'égard d'une offre de l'employeur de modifier les relations de travail est présumé la refuser. Il existe toutefois deux exceptions à ce principe (WITZIG, op.cit., p. 135).

Tout d'abord, l'art. 6 du Code des obligations instaure une présomption d'acceptation si un refus n'est pas transmis dans un délai raisonnable lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, soit en raison de la nature spéciale de l'affaire, soit en raison des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse. Selon la jurisprudence, lorsque l'offre qui est soumise à l'employé lui est entièrement favorable (p. ex. une augmentation de salaire), le silence du travailleur doit être interprété comme une acceptation de l'offre et le contrat est réputé conclu lorsque l'offre n'est pas refusée dans un délai convenable (arrêt du Tribunal fédéral 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; DESSEMONTET, Commentaire romand, n. 6 ad art. 6 CO; WITZIG, op.cit., p. 135; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 58).

Par ailleurs, une acceptation tacite peut être admise dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, on doit attendre une réaction du travailleur en cas de désaccord de sa part (ATF 109 II 327

consid. 2b; arrêts du Tribunal fédéral 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3; 4C.474/1996 du 18 février 1997 consid. 3). En principe le juge est tenu de faire montre de retenue avant de déduire du silence du travailleur, à la suite de propositions de modification du contrat dans un sens qui lui est défavorable (p. ex. une réduction de sa rémunération), l'acceptation de ces conditions. Celle-ci ne peut être admise si l'employeur établit des circonstances particulières qui permettent d'admettre le consentement tacite du salarié à une réduction de sa rémunération (art. 8 CC; arrêts du Tribunal fédéral 4A_216/2013, 4A_511/2008 et 4C.242/2005 précités). Tel est généralement le cas lorsqu'un travailleur a perçu, sans protester, pendant une période de plusieurs mois consécutifs, un revenu réduit (arrêts du Tribunal fédéral 4A_443/2010 du 26 novembre 2010 consid. 10.1; 4A_223/2010 du 12 juillet 2010 consid. 2; 4A_478/2009 du 16 décembre 2009 consid. 3; 4C.242/2005 précité, consid. 4.4; WITZIG, op.cit., p. 139 ss; WYLER/HEINZER, op.cit., p. 59).

3.1.3 Si, après l'expiration de la période convenue, le contrat de durée déterminée est reconduit tacitement – parce que l'activité de l'employé s'est poursuivie au-delà de l'échéance – le contrat est réputé être un contrat de durée indéterminée (art. 334 al. 2 CO).

Cet article n'étant pas de nature impérative, les parties peuvent y déroger, même sans forme, en convenant d'un nouveau contrat de durée déterminée, sous la seule réserve de l'interdiction des contrats en chaîne (WYLER/HEINZER, op.cit., p. 498).

3.1.4 En cas de litige sur l'interprétation d'un accord de volonté, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO).

La recherche de la commune et réelle intention des parties s'effectue notamment sur la base d'indices (arrêt du Tribunal fédéral du 22 septembre 1999 consid. 1c = SJ 2000 I 305). Constituent de tels indices, les circonstances survenues postérieurement à la conclusion du contrat, notamment le comportement des parties (ATF 132 III 626 consid. 3.1; ATF 118 II 365 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.484/1994 consid. 3a = SJ 1996 p. 549).

Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leur volonté intime diverge, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 136 III 186 consid. 3.2.1). Le principe de la confiance permet d'imputer à un cocontractant le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, quand bien même il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2 = JdT 2004 I 268; arrêt du Tribunal fédéral 5A_340/2013 précité).

3.1.5 Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi (art. 52 CPC).

Sont contraires aux règles de la bonne foi, notamment, une attitude contradictoire et des procédés purement dilatoires (BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 8 ad art. 52 CPC; ATF 129 III 493 c. 5.1=, JdT 2004 I 49).

Il faut cependant se garder de retenir trop facilement l'existence d'un comportement abusif, au risque de vider la loi de sa substance (BOHNET, op.cit., n. 25 ad art. 52 CPC).

3.2.1 En l'espèce, le contrat de travail de l'appelante ne stipule pas de fin automatique aux relations de travail.

En revanche, le règlement du personnel dans sa version 2012 prévoit clairement que *«les rapports de travail prennent fin au moment de la mise à la retraite pour raison d'âge»* et le règlement de la caisse de pension fixe cette mise à la retraite à soixante-trois ans pour les employés ordinaires.

Devant le Tribunal, l'appelante s'est limitée à effectuer une interprétation du contenu du règlement du personnel dans sa version 2012 – notamment son article 6 – sans jamais remettre en question le fait qu'elle y était soumise. Certes, l'appelante a sollicité la production de la version 2000 du règlement du personnel. Elle n'en a toutefois pas tiré argument. C'est donc à juste titre que le Tribunal a tenu pour admis le fait que le règlement du personnel dans sa version 2012 était applicable à l'appelante.

Après que le Tribunal a appliqué le règlement litigieux dans un sens différent de celui qu'elle a retenu, l'appelante en conteste maintenant l'application globale, faisant valoir pour la première fois en appel qu'elle n'aurait jamais expressément accepté le règlement dans sa version 2012. L'appelante n'explique pas pourquoi elle n'a pas formulé cet argument devant le premier juge. Elle ne saurait donc de bonne foi reprocher au Tribunal d'avoir tenu pour établi que l'art. 6 du règlement du personnel lui était applicable dès lors qu'elle s'est elle-même prévalu de cette disposition.

Au demeurant, la doctrine et la jurisprudence sur lesquelles s'appuie l'appelante pour soutenir que son acceptation expresse du nouveau règlement dans sa version 2012 était nécessaire pour qu'il lui soit applicable reposent sur des situations dans lesquelles les modifications étaient clairement défavorables à l'employé, comme une réduction du salaire avec un maintien des heures d'activité ou une augmentation du temps de travail sans augmentation de salaire. Or, en l'espèce, si la mise à la retraite des employés à soixante-trois ans peut avoir pour conséquence une baisse temporaire de leurs revenus pendant une année, les employés se trouvent en contrepartie libérés de leur obligation de travailler. La presque totalité des employés apparaît d'ailleurs satisfaite de ce système, allant même jusqu'à profiter de leur droit de prendre une retraite encore plus tôt, tel que cela résulte des témoignages recueillis. Dès lors, on ne saurait retenir que le nouveau règlement était clairement défavorable à l'appelante, de sorte qu'elle aurait dû, en tout

état, manifester son opposition à celui-ci si elle n'entendait pas qu'il lui soit applicable, ce qu'elle reconnaît ne pas avoir fait.

On relèvera au passage que lors de la conclusion du contrat de travail de l'appelante en 2000 l'âge légal de la retraite des femmes n'était encore que de soixante-deux ans de sorte que le règlement du personnel alors en vigueur ne faisait vraisemblablement pas mention d'une retraite à soixante-trois ans. Ce n'est qu'en 2001 que l'âge légal de la retraite des femmes a été porté à soixante-trois ans, puis à soixante-quatre ans en 2005. Il est donc probable que lors de la conclusion de son contrat de travail, la mise à la retraite de l'appelante était prévue au 5 juin 2011.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu de s'écarter de la décision du premier juge qui a retenu que le règlement litigieux était applicable à l'appelante.

Dès lors, les règlements, qui ont été valablement intégrés au contrat de l'appelante, prévoient une durée maximale au contrat, soit l'atteinte de l'âge de la mise à la retraite fixée à soixante-trois ans. Au demeurant, l'appelante n'en fait pas une lecture différente (même si selon elle le terme était celui de l'âge légal de la retraite, soit 64 ans) puisque, en tant que tel et en l'absence de tout règlement, ni l'atteinte de l'âge légal ni celle de l'âge réglementaire ne mettent une fin automatique au contrat.

3.2.2 Le règlement précité prévoit que «la mise à la retraite pour raison d'âge a lieu en principe au début du mois suivant le 63^e anniversaire, conformément à l'assurance-épargne et à l'assurance de rente (mise à la retraite ordinaire)».

Il est établi que l'intimée a largement diffusé la manière dont elle entendait le contenu de son règlement par des séances informant tous ses collaborateurs de ce qu'ils seraient à la retraite à soixante-trois ans, mais qu'ils pouvaient prévoir une retraite anticipée. L'intimée a d'ailleurs automatisé son système de sorte que l'appelante a été traitée comme tous les autres employés. La volonté de l'intimée de mettre systématiquement fin au contrat de tous ses collaborateurs à l'âge de soixante-trois ans est donc établie.

De son côté, l'appelante avait également compris que le règlement lui était applicable et qu'il prévoyait sa mise à la retraite à soixante-trois ans, même si elle n'en était pas satisfaite. Elle ne fait au demeurant pas valoir qu'elle aurait tenté de s'opposer à son application. Elle a reconnu avoir été informée, déjà en 2011, du fait qu'elle serait mise à la retraite en 2012 et avoir effectué des démarches en vue d'obtenir une prolongation de son contrat. Elle était donc consciente que son contrat prendrait fin au 30 juin 2012 si elle n'effectuait aucune démarche auprès de son employeur.

On ne saurait suivre l'appelante qui prétend, *a posteriori*, dès lors que règlement ne fixe pas de condition particulière pour la prolongation du contrat entre soixante-trois et soixante-quatre ans, qu'il lui suffisait de manifester sa volonté de poursuivre son activité jusqu'à soixante-quatre ans pour que le contrat de travail soit maintenu une année supplémentaire.

Le terme «*en principe*» trouve tout d’abord sa raison d’être dans le fait que certains employés atteignaient l’âge réglementaire de la retraite plus tôt – à soixante ou soixante-deux ans – en raison de leur fonction. En outre, il est admis par les parties qu’il pouvait être dérogé à ce principe afin de prolonger le contrat de travail des employés au-delà de soixante-trois ans. Enfin, l’appelante attendait une réponse de son employeur à sa demande de prolongation du contrat, ce qui prouve qu’elle savait qu’un accord mutuel était nécessaire pour la poursuite du contrat. Cela est d’autant plus vrai en l’espèce que l’appelante avait sollicité une réduction de son temps de travail.

Au vu de ce qui précède, les deux parties avaient conscience de ce que le règlement prévoyait la fin automatique du contrat de l’appelante au 30 juin 2012 à moins que le contrat ne soit valablement prolongé par un accord mutuel.

3.2.3 Il est constant que les parties n’ont pas conclu d’accord écrit de prolongation. On ne saurait retenir que le contrat aurait été reconduit tacitement dès lors que l’intimée n’a pas permis à l’appelante de poursuivre son activité et que des discussions ont eu lieu entre les parties, de sorte qu’il n’y a pas place pour l’application de l’art. 334 al. 2 CO. De plus, l’appelante a souscrit au courrier du 26 mars 2012, dans des conditions dont elle n’a pas démontré qu’elles auraient été de nature à entraver sa capacité de compréhension et sa faculté de se déterminer librement. Par cet engagement, elle n’a pas renoncé à des créances échues. Elle a, au contraire, bénéficié du délai de congé qui lui aurait, en tout état, été applicable en cas de résiliation unilatérale du contrat.

Enfin, l’intimée s’est clairement opposée à la demande de prolongation du contrat de travail formulée par l’appelante lors de la réunion du mois de mars 2012. Ce fait est admis par les parties et la loi ne prescrit pas que le refus de conclure un contrat doit prendre la forme écrite. Dès lors, les parties ne se sont pas entendues pour poursuivre leurs relations de travail au-delà du 30 juin 2012.

Par conséquent, c’est à juste titre que le Tribunal a retenu que les rapports de travail ont valablement pris fin le 30 juin 2012 et qu’il a débouté l’appelante de ses conclusions. Le jugement sera dès lors confirmé.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre pénale de recours, Arrêt du 7 avril 2014 (Admission du recours interjeté contre l’ordonnance du Ministère public du 19 novembre 2013)

Art. 173 CP. Est l’auteur d’une diffamation, le directeur d’une société qui abuse de sa position pour propager à l’encontre d’une subordonnée des accusations graves auprès d’autres collaborateurs et d’un client et jeter sur elle le soupçon d’avoir rédigé une lettre d’insultes anonyme. Le mis en cause était directeur de l’entreprise; à ce titre il

lui incombait de prendre des mesures particulières protégeant ses employés (cf. art. 328 CO). Le cadre professionnel dans lequel les propos contraires à l'honneur auraient été proférés, constitue en réalité plutôt un facteur aggravant leur caractère dommageable pour la personnalité de la victime. En effet, dans la mesure où l'information provient du supérieur de l'employée, les collègues et les clients seront enclins à adopter des comportements, des attitudes ou des réactions pouvant compromettre l'avenir professionnel de cette dernière (c. 4.2–3).

Extraits des faits:

T., ancienne employée de E. a déposé une plainte pénale pour infraction «à l'article 173 CP, voire 175 CP [sic]» contre C, directeur de l'entreprise. En date du 19 novembre 2013, le Ministère public a rendu une ordonnance de non-entrée en matière. À teneur de la décision querellée, l'infraction de diffamation (art. 173 CP) était réalisée. Toutefois, compte tenu des circonstances, soit le contexte professionnel conflictuel entre les protagonistes, matérialisé par une procédure prud'homale en cours, le fait que la plaignante ne travaille plus auprès de E. et l'absence d'antécédent du prévenu, il serait, *«pour cette fois»*, renoncé à entrer en matière en application de l'art. 52 CP. Un avertissement était toutefois adressé à C: *«S'il devait récidiver, la clémence de circonstances ne serait plus de mise et une condamnation avec inscription au casier judiciaire pourrait être prononcée à son encontre»*.

Par acte expédié au greffe de la Chambre de céans le 2 décembre 2013, T. recourt contre l'ordonnance rendue par le Ministère public. Elle conclut à l'annulation de l'ordonnance querellée et au renvoi de la cause au Ministère public pour ouverture d'une instruction.

Extraits des considérants:

2.

La recourante conteste l'application de l'art. 52 CP: ni la culpabilité, ni les conséquences de l'infraction ne pouvaient être considérées de peu de gravité en l'espèce.

(...)

2.2 L'art. 8 CPP prévoit que le ministère public peut renoncer à toute poursuite pénale, notamment lorsque les conditions visées à l'art. 52 CP sont remplies.

Aux termes de cette disposition, l'autorité compétente renonce à poursuivre l'auteur, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine, si tant sa culpabilité que les conséquences de son acte sont de peu d'importance. Il s'agit donc de deux conditions cumulatives (M. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (éds), *Basler Kommentar, Strafrecht I*, 2^e éd., 2007, n. 14 ad. art. 52). (...)

3.

L'art. 173 CP est un délit de mise en danger abstraite (ATF 103 IV 22 consid. 7), qui protège le droit de chacun de ne pas être considéré comme une personne méprisable (ATF 124 IV 262 consid. 2; ATF 114 IV 1 consid. 2a). Cette protection ne concerne que l'honneur personnel, la réputation et le sentiment d'être un homme honorable, c'est-à-dire de se comporter comme un homme digne a coutume de le faire selon les idées généralement reçues (ATF 132 IV 115 consid. 2.1; 128 IV 58 consid. 1a; 117 IV 28 s. consid. 2c; 116 IV 206 consid. 2). Le contexte dans lequel les propos incriminés ont été prononcés est important (ATF 116 IV 146 consid. 3c). La calomnie est une forme qualifiée de diffamation, dont elle se distingue en ceci que les allégations attentatoires à l'honneur sont fausses et que l'auteur doit avoir eu connaissance de la fausseté desdites allégations (art. 174 CP).

4.

En l'espèce, le Ministère public a considéré que l'infraction de diffamation était réalisée, eu égard aux déclarations des témoins recueillies. Nonobstant cela, se fondant sur l'ensemble des circonstances, soit notamment le contexte professionnel conflictuel entre les protagonistes matérialisé par une procédure prud'homale, le fait que la recourante ne travaille plus au sein de E. et l'absence d'antécédents du prévenu, il avait pour, «*cette fois*», renoncé à entrer en matière, considérant ainsi que la culpabilité de l'auteur et les conséquences de son acte étaient peu importantes. Un avertissement était toutefois adressé au mis en cause, qui ne bénéficierait pas d'une telle clémence en cas de récidive. Dans ses observations, le Ministère public a persisté, en invoquant que le comportement du prévenu n'avait pas été prépondérant dans la démission de la recourante, qu'elle avait quitté son poste par choix, que les propos diffamatoires tenus n'avaient pas dépassé le cadre professionnel et qu'elle n'établissait pas avoir subi un autre préjudice. Le prévenu ne risquait pas de réitérer, dès lors que les parties ne travaillaient plus ensemble.

Quant aux observations du mis en cause, elles se concentrent sur la commission de l'infraction elle-même, mais ne discutent pas les conditions d'applications de l'art. 52 CP, par renvoi des art. 310 et 8 CPP, seuls litigieux suite au recours.

4.1 S'agissant de l'infraction de diffamation, les éléments du dossier démontrent à ce stade à tout le moins une prévention suffisante. En accusant la recourante d'être un «corbeau» auprès de ses collègues et de clients, il l'a présentée à ceux-ci comme une personne méprisable. Certes, l'intéressé conteste, mais il est contredit par deux témoignages.

4.2 Par contre, l'application par le Ministère public de l'art. 52 CP ne saurait être suivie.

En effet, comme le soutient justement la recourante, le mis en cause était directeur de E., donc son supérieur hiérarchique; à ce titre il lui incomrait de prendre des mesures particulières protégeant ses employés (art. 328 CO). Selon la version de la recourante, il aurait abusé de sa position pour propager des accusations graves auprès d'autres collaborateurs et d'un client

et jeté sur elle le soupçon d'avoir rédigé une lettre d'insultes anonyme. Au vu du contexte, que ne pouvait ignorer l'intimé, cela revenait, en somme, à accuser la recourante d'avoir rédigé cette lettre alors qu'elle se disait victime de harcèlement anonyme, soit d'avoir ourdi une machination particulièrement malsaine. Comme l'a évoqué un témoin, le mis en cause aurait même procédé à une analyse graphologique et en aurait partagé les conclusions, selon lesquelles la recourante était «*dérangée et bipolaire*», avec ce témoin, collègue de cette dernière.

Le comportement reproché à l'intimé revêt ainsi manifestement une certaine gravité.

Les éléments atténuants avancés par le Ministère public, à savoir que la recourante ne travaille plus pour son précédent employeur et l'absence d'un risque de réitération, ne convainquent pas. On ne saurait favoriser un mis en cause pour la simple raison que sa victime a fui son emprise – perdant par là même son travail – et qu'elle est de ce fait hors de portée. Il en va de même de l'absence d'antécédents de l'intimé qui n'est pas un facteur d'atténuation de la culpabilité, sauf circonstances exceptionnelles qui n'ont pas été invoquées, ni démontrées en l'espèce.

Il est bien exact que le mis en cause semble avoir soutenu sa collaboratrice à l'époque des premiers faits de harcèlement en contresignant la plainte pénale déposée suite à ces événements. Toutefois, on ne voit pas en quoi ce soutien pourrait servir à excuser des faits distincts, survenus une année et demie plus tard et qui seraient constitutifs d'une atteinte à l'honneur. Le Ministère public ne l'a d'ailleurs pas invoqué.

Dès lors, on ne saurait admettre, comme l'a fait le Ministère public, que la faute du mis en cause était suffisamment légère pour justifier l'application de l'art. 52 CP.

4.3 Il n'en va pas différemment de l'appréciation des conséquences dommageables de l'infraction. Le dossier révèle, certes, que des difficultés ont été rencontrées par la plaignante déjà, lorsqu'elle avait reçu des appels téléphoniques anonymes. Toutefois, rien ne permet de dire que ces difficultés professionnelles préexistantes aient été prépondérantes dans la décision prise par la plaignante de démissionner. Il est, au contraire, tout à fait soutenable au regard de la chronologie des faits, que la démission de la recourante a eu lieu peu après, voire concomitamment, aux événements qu'elle dénonce et pourrait, donc, en être principalement l'effet, contrairement à l'opinion du Ministère public.

De toute manière, on peine à suivre ce dernier lorsqu'il estime que des relations de travail conflictuelles, matérialisées par une procédure prud'homale, dont on ignore tout, seraient de nature à rompre, d'une certaine manière, le lien de causalité entre le comportement reproché et un dommage. D'une part, l'infraction reprochée est une infraction de mise en danger qui ne requiert pas de résultat concret. D'autre part, il ne peut être considéré qu'une diffamation doit causer des dommages plus graves encore qu'une démission forcée, sauf à ériger comme condition objective de la poursuite un fait que le

Code pénal ne prévoit pas. La loi ne prévoit pas non plus d'exception à l'application des infractions contre l'honneur, lorsqu'elles sont commises dans un cadre professionnel. Au contraire, une diffamation au lieu de travail peut avoir des conséquences graves sur l'avenir de l'employé qui en est victime, tout comme sur sa santé, en raison des rapports particuliers qui existent avec ses collègues, sa hiérarchie et les clients.

Ainsi, le cadre professionnel dans lequel, selon la recourante, les propos contraires à l'honneur auraient été proférés, est, selon l'appréciation de la Chambre de céans, plutôt un facteur aggravant leur caractère dommageable pour la personnalité de la recourante. En effet, les collègues et les clients qui apprennent qu'une certaine personne est l'auteur d'un courrier anonyme d'insulte, surtout si l'information provient du supérieur de cette dernière, seront enclins à adopter des comportements, des attitudes ou des réactions pouvant compromettre son avenir professionnel.

Par conséquent, les éléments retenus par le Ministère public ne permettent pas de considérer que les dommages subis selon la recourante étaient insignifiants, au regard du comportement réprimé par l'art. 173 CP.

4.4 Il s'ensuit qu'une non-entrée en matière fondée sur l'art. 52 CP ne pouvait être prononcée.

5.

Dans la mesure où le dossier fait manifestement apparaître une prévention suffisante de diffamation, ce que le Ministère public a admis – allant même jusqu'à constater que l'infraction était réalisée –, il incombe à cette autorité de continuer la poursuite et cas échéant de renvoyer l'intimé devant l'autorité de jugement, étant précisé qu'il appartient en principe au juge du fond d'admettre ou non les preuves libératoires (art. 173 ch. 2 et suivants CP; ACPR/333/2012 du 16 août 2012).

6.

Fondé, le recours doit être admis; partant, l'ordonnance querellée sera annulée et la cause retournée à l'autorité précédente afin qu'elle procède dans le sens des considérants.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat à Genève

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 20. März 2015 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 9. September 2014)

Ein Arbeitnehmer hat während einer durch Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist nur dann Anspruch auf Lohn, wenn er entweder gearbeitet hat, die Voraussetzungen der Art. 324a/b oder 329d OR erfüllt oder die Arbeit wegen Arbeitgeberverzugs nicht leisten konnte. Die Arbeitnehmerin, die in einer durch eine Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR verlängerten Kündigungsfrist wieder gesund wird, muss also entweder zur Arbeit erscheinen oder diese mindestens anbieten, widrigenfalls ihr Lohnanspruch entfällt (E. 3b).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 16. Januar 2012 stellte Y. (Beklagter und Berufungsbeklagter) X. (Klägerin und Berufungsklägerin) als Servicemitarbeiterin für das Restaurant A. in O.1 ein. Vereinbart wurden u.a. ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 3400.– und eine Kündigungsfrist von einem Monat auf das Ende eines Monats nach Ablauf der Probezeit von drei Monaten. Mit Kündigung vom 22. November 2012 wurde das Arbeitsverhältnis mit X. per 31. Dezember 2012 aufgelöst. Mit Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 26. November 2012 bescheinigte Dr. med. B., Facharzt FMH für Allgemeinmedizin, X. wegen Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit von 100% ab dem 23. November 2012 bis auf weiteres. Mit Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 5. Dezember 2012 bescheinigte Dr. med. B. der X. wegen Krankheit eine hundertprozentige Arbeitsunfähigkeit ab dem 23. November 2012 bis auf weiteres, voraussichtlich bis mind. Ende Dezember 2012. Nachdem sich X. bei der C. Arbeitslosenkasse zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung angemeldet hatte, erläuterte letztere im Schreiben vom 3. Dezember 2012 an X., durch die gesetzliche Sperrfrist von Art. 336c OR sei die laufende Kündigungsfrist unterbrochen worden und das Arbeitsverhältnis daure bis zum 31. Januar 2013. Weiter wurde X. aufgefordert, mit ihrem Arbeitgeber Kontakt aufzunehmen und ihre Arbeitskraft anzubieten, falls sie bis zum 31. Januar 2013 wieder arbeitsfähig sein sollte. Mit Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 bescheinigte Dr. med. D., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, X. eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% vom 1. Januar 2013 bis auf weiteres, wobei eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz aus ärztlicher Sicht krankheitsverstärkend sei. Mit Schreiben vom 20. Februar 2014 bestätigte die E., am 1. Januar 2013 sei die Krankmeldung für X. eingegangen. Telefonisch sei diese nicht zu erreichen gewesen. Am 24. Januar

2013 hätte man sie schriftlich aufgefordert, sich mit ihnen in Verbindung zu setzen. X. habe sich nie gemeldet. Aufgrund von fehlenden Informationen und Arztzeugnissen sei das Dossier ohne Leistung abgeschlossen worden.

Am 29. November 2013 reichte X. ein Schlichtungsgesuch gegen Y. ein, welches am 2. Dezember 2013 beim Vermittleramt Bezirk Hinterrhein einging. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 9. Januar 2014 konnten sich die Parteien nicht einigen, weshalb das Vermittleramt am gleichen Tag die Klagebewilligung mit folgenden Rechtsbegehren ausstellte: «Der Beklagte sei zu verpflichten, an die Klägerin F. 12'292.40 zu bezahlen.» Das Bezirksgericht Hinterrhein wies mit Urteil vom 9. September 2014, das klägerische Begehren ab. Die Klägerin legte das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

2.

(...)

b) Die Vorinstanz hat die Zuspreehung des Januarlohnes 2013 im Wesentlichen mit folgender Begründung verweigert: Die Berufungsklägerin sei im Januar 2013 weder zur Arbeit erschienen noch habe sie ihre Arbeit angeboten. Der Beweis für die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit obliege der Arbeitnehmerin. Vorliegend sei eine Arbeitsunfähigkeit der Berufungsklägerin nur bis Ende Dezember 2012 nachgewiesen. Die Arbeitnehmerin und Berufungsklägerin wäre gemäss Art. 26 L-GAV verpflichtet gewesen, bei weiterer Arbeitsverhinderung ab Ende Dezember 2012 dem Arbeitgeber ein neues ärztliches Zeugnis vorzulegen. Dies habe sie unbestrittenemassen nicht getan. Das Arztzeugnis von Dr. med. D. vom 20. Februar 2012 sei nicht beweisbildend, da es beträchtlich zurückdatiert worden sei und an dessen Richtigkeit auch deshalb gezweifelt werden müsse, weil es keinerlei objektiven Befunde betreffend konkreter Leiden der Berufungsklägerin enthalte und offensichtlich auf Schilderungen der Berufungsklägerin selbst beruhe. Somit sei von einer Beweislosigkeit auszugehen, weshalb kein Lohnanspruch für den Monat Januar 2013 bestehe. Die Berufungsklägerin habe überdies auch gegenüber der Taggeldversicherung ihre Meldepflichten verletzt, so dass diese das Dossier ohne Leistungen abgeschlossen habe, weshalb auch der Arbeitgeber keine Leistungen erbringen müsse.

c) Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob die Berufung den Begründungsanforderungen entspricht und demzufolge überhaupt auf das Rechtsmittel einzutreten ist. Die Berufungsklägerin befasst sich nur rudimentär mit der Begründung des angefochtenen Entscheids. Zu Beginn führt sie aus, es sei unbestritten, dass ihr am 22. November 2012 auf den 31. Dezember 2012 gekündigt worden sei und dass sie mittels Arztzeugnis von Dr. med. B. vom 26. November 2012 bis zum 31. Dezember 2012 krankgeschrieben worden sei. Sie bestreitet nicht, dass sie im Januar 2013 weder zur Arbeit erschienen noch ihre Arbeit angeboten habe. Dies müsse jedoch verständlich sein, spreche ihr doch das Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 die Befähigung ab, am

angestammten Arbeitsplatz zu arbeiten. Dieses Arztzeugnis bescheinige ihr für den Monat Januar 2013 eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit. Mit der Argumentation der Vorinstanz, wonach diesem Zeugnis keine Beweiskraft zukomme, befasst sich die Berufungsklägerin nur am Rande und unvollständig. Sie führt aus, dass zur Beurteilung der Qualität des Arztzeugnisses von Dr. med. D. nur der Zeitablauf zur Verfügung gestanden habe. Die Vorinstanz glaube nicht an eine rückwirkende Diagnose und führe aus, ein Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 könne den Gesundheitszustand im Monat Januar nicht wiedergeben. In den Akten fänden sich jedoch keine Beurteilung eines zweiten Psychiaters zu dieser Frage oder handfeste Beweise, welche die Authentizität des Arztzeugnisses zerstören würden. Es müsse offen bleiben, weshalb sie mit dem Arztbesuch bis zum 20. Februar 2013 gewartet habe. Namentlich auf die Argumentation der Vorinstanz hinsichtlich der fehlenden objektiven Befunde geht die Berufungsklägerin mit keinem Wort ein. Zur vorinstanzlichen Argumentation bezüglich der Meldepflichtverletzung der Berufungsklägerin gegenüber der Taggeldversicherung wird in der Berufungsschrift ausgeführt, das Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 spreche ihr die Befähigung ab, am angestammten Arbeitsplatz zu arbeiten. Diese Unfähigkeit habe für alle Tätigkeiten gegolten, die mit ihrem Arbeitsplatz und dem Berufungsbeklagten zusammen hingen. So sei die eine Weile dauernde Kontaktlosigkeit zur Versicherung E. zu erklären. Dass sich die Berufungsklägerin nicht auf die Aufforderung der E. hin gemeldet habe, müsse daran liegen, dass sie zu jenem Zeitpunkt (24. Januar 2013) noch kein Arztzeugnis vorliegen gehabt habe, welches ihr die Arbeitsunfähigkeit attestiert hätte. Ein solches sei bekanntlich erst am 20. Februar 2013 gefolgt. Wenn sich erst im Nachhinein herausstelle, dass die Berufungsklägerin seit dem 1. Januar 2013 bis auf weiteres (psychisch) krank gewesen sei, habe sie im Vorfeld die Mitwirkungspflicht nicht verletzen können und sei so auch nicht ihrer Rechte verlustig gegangen. So halte sich die E. denn auch mit der Beurteilung der Situation zurück, in dem sie nur mitteile, von der Berufungsklägerin nichts mehr gehört zu haben. Was der Berufungsbeklagte mit der Nachricht, die Berufungsklägerin sei im Monat Januar arbeitsunfähig gewesen und dem dazugehörigen Arztzeugnis gemacht habe, gehe aus den Akten nicht hervor. Fest stehe lediglich, dass die E. nach telefonischer Absprache bestätige, keine Taggelder für die Berufungsklägerin entrichtet zu haben. Nachdem aber auch feststehe, dass sie im Januar 2013 krankheitshalber arbeitsunfähig und gültig versichert gewesen sei, habe der frühere Arbeitgeber und heutige Berufungsbeklagte den Januarlohn 2013 vertragsgemäss, das heisst zu 88% zu bezahlen. Insgesamt erweist sich die Begründung der Berufung als mangelhaft und es stellt sich die Frage, ob dies nicht bereits zu einem Nichteintreten führen muss. Die Frage braucht vorliegend allerdings nicht abschliessend beurteilt zu werden, zumal die Berufung ohnehin auch aus materiellen Gründen abzuweisen ist, da sich die Argumentation der Vorinstanz als rechtens erweist (vgl. sogleich Erwägung 3).

3.

a) Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid zutreffend ausführt, ist zwischen den Parteien nicht strittig, dass der Berufungsklägerin am 22. November 2012 auf den 31. Dezember 2012 gekündigt wurde, dass die Berufungsklägerin gemäss Arztzeugnissen von Dr. med. B. vom 26. November 2012 und 5. Dezember 2012 bis zum 31. Dezember 2012 arbeitsunfähig war und dass sich demnach die Kündigungsfrist bis zum 31. Januar 2013 verlängerte.

b) Die Vorinstanz erläutert im angefochtenen Entscheid in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung, ein Arbeitnehmer habe während einer durch die Sperrfrist verlängerten Kündigungsfrist nur dann Anspruch auf Lohn, wenn er entweder arbeite, die Voraussetzungen der Art. 324a/b oder 329d OR erfülle oder die Arbeit wegen Verzug des Arbeitgebers nicht leisten könne. Die Arbeitnehmerin, die in einer durch eine Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR verlängerten Kündigungsfrist wieder gesund wird, muss also entweder zur Arbeit erscheinen oder diese mindestens anbieten, widrigenfalls ihr Lohnanspruch entfällt. Eine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers über den Sperrfristschutz besteht grundsätzlich nicht (vgl. BGE 115 V 437, E. 5 und 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 10 f. zu Art. 336c OR). Wie richtig festgestellt wurde, kann sich die Berufungsklägerin nicht auf einen Rechtsirrtum berufen, da die C. Arbeitslosenkasse in ihrem Schreiben an die Berufungsklägerin vom 3. Dezember 2012 letztere aufforderte, falls sie bis zum 31. Januar 2013 wieder arbeitsfähig sein sollte, mit ihrem Arbeitgeber Kontakt aufzunehmen und ihre Arbeitskraft anzubieten. Im Übrigen führt die Berufungsklägerin selber aus, sie sei nicht mehr an ihren Arbeitsplatz zurückgekehrt und habe auch ihre Arbeitskraft nicht mehr angeboten. Die Berufungsklägerin begründet dies damit, dass sie gemäss dem Arztzeugnis von Dr. med. D. vom 20. Februar 2013 ab dem 1. Januar 2013 bis auf weiteres arbeitsunfähig gewesen sei und eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz gemäss ärztlichem Attest krankheitsverstärkend gewesen wäre (vgl. dazu sogleich die Ausführungen zur Pflicht zur Vorlage eines Arztzeugnisses und zum Beweiswert des Arztzeugnisses von Dr. med. D. vom 20. Februar 2013 in den Erwägungen 3.c/bb und 3c/cc).

c) Es ist somit zu prüfen, ob die Berufungsklägerin auch nach dem 31. Dezember 2012 weiterhin aufgrund Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert gewesen ist.

aa) Bei den Akten liegen folgende Arztzeugnisse: Das Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 26. November 2012 von Dr. med. B., wonach die Berufungsklägerin wegen Krankheit ab dem 23. November 2012 bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig sei. Das Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis vom 5. Dezember 2012 von Dr. med. B., wonach die Berufungsklägerin wegen Krankheit ab dem 23. November 2012 bis auf weiteres, voraussichtlich bis mind. Ende Dezember 2012 zu 100% arbeitsunfähig sei. Und schliesslich das Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 von Dr. med. D., wonach die Beru-

fungsklägerin vom 1. Januar 2013 bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig und eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz aus ärztlicher Sicht krankheitsverstärkend sei.

bb) Auch in diesem Zusammenhang kann auf die absolut zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden: Der Beweis für die Arbeitsverhinderung durch Krankheit obliegt dem Arbeitnehmer, welcher in der Regel durch ein Arztzeugnis erbracht wird, wobei auch eine Berufung auf andere Beweismittel möglich ist (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR; WOLFGANG PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011, N 24 zu Art. 324a OR). Gemäss Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis von Dr. med. B. vom 5. Dezember 2012 ist die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsklägerin bis voraussichtlich mindestens Ende Dezember 2012 nachgewiesen. Ab Ende Dezember 2012 bzw. in den ersten vier Tagen des Januars 2013 wäre die Berufungsklägerin bei einer weiterhin bestehenden Arbeitsunfähigkeit also gemäss dem hier anwendbaren Art. 26 des Gesamtarbeitsvertrages im Schweizer Gastgewerbe (L-GAV) verpflichtet gewesen, ihrem Arbeitgeber ein weiteres ärztliches Zeugnis vorzulegen, welches die entsprechende Arbeitsverhinderung durch Krankheit ab Ende Dezember 2012 bzw. Anfang Januar 2013 bescheinigt hätte. Ausser dem Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 liegen keine weiteren Arztzeugnisse bei den Akten. Die Berufungsklägerin hat ihrem Arbeitgeber folglich nicht fristgemäss (also bis zum 4. Januar 2013) ein Arztzeugnis vorgelegt, welches ihre Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Januar 2013 bescheinigt hätte. Die Berufungsklägerin liess in ihrer Eingabe an das Kantonsgericht von Graubünden ausführen, es müsse offen bleiben, weshalb sie mit dem Arztbesuch bis zum 20. Februar 2013 zugewartet habe. Damit kann sie sich aber keinesfalls von ihrer Pflicht zur Vorlage eines Arztzeugnisses gemäss Lehre und Rechtsprechung und Art. 26 L-GAV befreien, womit sie sich dieses Versäumnis entgegenhalten lassen muss. Es steht ihr folglich kein Anspruch auf Lohn für den Monat Januar 2013 zu, weil der Berufungsbeklagte mangels Vorlage eines Arztzeugnisses berechtigt war, die Lohnfortzahlung für solange einzustellen, wie ihm kein Arztzeugnis vorgelegt wurde (vgl. Kommentar zum L-GAV, Stand 1. Januar 2012, S. 61).

cc) Daran ändert, wie die Vorinstanz völlig zu Recht feststellte, auch das Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 von Dr. med. D., wonach die Berufungsklägerin vom 1. Januar 2013 bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig und eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz aus ärztlicher Sicht krankheitsverstärkend sei, nichts. Einem Arztzeugnis kommt kein absoluter Beweiswert zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_64/2008 vom 14. April 2008 E. 3.4). Auf ein Arztzeugnis ist abzustellen, solange keine begründeten Zweifel an dessen Richtigkeit bestehen. Zweifelt der Arbeitgeber ein Arztzeugnis aus berechtigten Gründen an, kann er vom Arbeitnehmer verlangen, sich bei einem Vertrauensarzt untersuchen zu lassen (vgl. Urteil des Kantonsgericht St. Gallen vom 15. Dezember 2009, E. 3.1, in: Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheide [SAE] 2010, S. 58 ff.; Urteil des Gewerblichen

Schiedsgericht Basel-Stadt vom 13. November 2008, in: Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrecht [JAR] 2009 S. 482). Im vorliegenden Fall kann dem Arbeitgeber allerdings nicht vorgeworfen werden, er habe keine vertrauensärztliche Untersuchung verlangt, da ihm die angebliche Arbeitsunfähigkeit der Berufungsklägerin für den Monat Januar 2013 erst nachträglich (Ende Februar 2013) mitgeteilt wurde. Nicht beweisbildend sind Arztzeugnisse, die sich allein auf Patientenschilderungen berufen und ohne eigene objektive Feststellungen abgegeben oder erst Monate später ausgestellt werden (vgl. Entscheid des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 23. März 2004, E. 4a, in: Amtsbericht über die Rechtspflege des Kantons Obwalden 2004/2005, Nr. 6, S. 62 ff.). Dies gilt insbesondere auch für Arztzeugnisse, welche eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit attestieren sollen. Soweit dem Attest nicht überprüfbare Angaben des Patienten zugrunde liegen, was bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit häufig der Fall sein wird, sollte der Arzt diesen Umstand im Zeugnis wertungsfrei z.B. mit einem Vermerk «nach Angaben des Patienten» Rechnung tragen (vgl. ROGER RUDOLPH/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, in: Schweizerische Juristen-Zeitung [SJZ] Nr. 106 [2010], S. 361 ff., S. 365). Zweifel am Beweiswert eines Arztzeugnisses ergeben sich ferner vor allem auch dann, wenn der Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit mehrere Tage und ohne nachvollziehbare Gründe vor der Erstkonsultation liegt. Retroaktive Zeugnisse sind zwar nicht per se unzulässig. Ihnen kommt aber v.a. dann, wenn sie sich nicht auf objektive Befunde stützen können, sondern nur auf Patientenschilderungen beruhen, ein sehr geringer Beweiswert zu. Ist die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der ärztlichen Untersuchung weiterhin krank, aber nicht unbedingt arbeitsunfähig, so erhält das Arztzeugnis einen erhöhten Stellenwert und kann auch Aussagen über die Zeit vor dem Arztbesuch enthalten. Rückwirkende Aussagen von zwei bis drei Tagen bis zu einer Woche sind selbst bei geringeren gesundheitlichen Problemen möglich (vgl. Urteil des Gewerblichen Schiedsgericht Basel-Stadt vom 16. August 2007, E.b/bb, in: Basler Juristische Mitteilungen [BJM] 2009, S. 114 ff.; Urteil der Cour d'appel des Prud'hommes de Genève vom 21. Februar 2007, E. 3.4, in: JAR 2008, S. 376 ff.; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 9 zu Art. 324a OR; CHRISTOPH SCHÖNENBERGER, Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit, Bern 2001, S. 116 f.). Anders liegt der Fall, wenn der Rückdatierung ein objektiver Befund zugrunde liegt (vgl. zum Ganzen: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 12 zu Art. 324a/b OR; PORTMANN, a.a.O., N 25 zu Art. 324a OR). Im vorliegenden Fall reicht die Berufungsklägerin zum Beweis ihrer Arbeitsunfähigkeit im Monat Januar 2013 das Arztzeugnis vom 20. Februar 2013 von Dr. med. D. ein, wonach sie vom 1. Januar 2013 bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig und eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz aus ärztlicher Sicht krankheitsverstärkend sei. Der Beginn der attestierten Arbeitsunfähigkeit liegt somit fast zwei Monate vor der Ausstel-

lung des Arztzeugnisses und ärztlichen Konsultation, womit eine beträchtliche «Rückdatierung» im Sinne der vorstehend zitierten Lehre und Rechtsprechung vorliegt. Ferner enthält das Arztzeugnis keine Feststellungen bzw. Angaben zur angeblichen Krankheit der Berufungsklägerin. Sodann ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass sich die Aussage von Dr. med. D., wonach eine Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz aus ärztlicher Sicht krankheitsverstärkend sei, wesensgemäss nur auf die Schilderung der Berufungsklägerin abgestützt haben kann. Der attestierende Arzt wird den Arbeitsplatz der Berufungsklägerin wohl kaum selber kennen und hat sich gemäss glaubhafter und nicht bestrittener Aussage des Berufungsbeklagten auch nicht bei letzterem nach den Umständen des Arbeitsplatzes der Berufungsklägerin erkundigt. Unter diesen Umständen hat die Vorinstanz das Arztzeugnis von Dr. med. D. vom 20. Februar 2013 zu Recht als nicht beweisbildend beurteilt. Sodann liegen keine anderen Beweise vor, welche die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsklägerin für den Monat Januar 2013 belegen würden. Somit ist mit der Vorinstanz von einer entsprechenden Beweislosigkeit der Berufungsklägerin hinsichtlich ihrer Arbeitsunfähigkeit für den Januar 2013 auszugehen, womit feststeht, dass der Berufungsklägerin gegenüber dem Berufungsbeklagten für den Monat Januar 2013 kein Lohnanspruch zusteht.

(...)

Demnach wird erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 30. April 2015 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Prättigau/Davos vom 6. März 2014)

Lohnungleichheit, Art. 3 i.V.m. Art. 6 GlG. Beruht eine neu vorgenommene Lohneinstufung auf objektiven und nicht geschlechtsspezifischen Kriterien und sind davon weibliche sowie männliche Mitarbeiter gleichermassen betroffen, so ist ein Verstoß gegen das Gleichstellungsgesetz zu verneinen (E. 5).

Auch ein wirtschaftlich prosperierendes Unternehmen, das neue Stellen ausschreibt, kann sich bei der Kündigung auf Umstrukturierungsmassnahmen berufen, da gerade der Unternehmenserfolg Folge einer Anpassung der Unternehmensorganisation und neugeschaffener Angebote sein kann. Daher vorliegend keine Rachekündigung gegeben (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) (E. 6).

Sachverhalt:

Am 2. Juli 2010 schloss X. als Arbeitnehmer (Kläger und Berufungskläger) mit den Y. (Stiftung) als Arbeitgeberin (Beklagte und Berufungsbeklagte) einen Einzelarbeitsvertrag, wonach er für Letztere ab dem 19. Juli 2010 im Beschäftigungsgrad von 50% als «Rehakoordinator» tätig sein sollte.

Es wurde die Einreihung in die Lohnklasse 18/4 vereinbart, was einem monatlich zu leistenden Entgelt für die Teilzeittätigkeit von brutto Fr. 3604.95 entsprach. Unter Ziffer 10 des Vertrags wurde festgehalten, dass zum 1. September 2010 ein Beschäftigungsradwechsel von 50% auf 90% erfolge, was mit einem monatlichen Gehalt von Fr. 6488.20 abgegolten werde. Bei bestandener Probezeit von drei Monaten erfolge per 1. November 2010 zudem ein Stufenanstieg in die Lohnklasse 18/5, was schliesslich bei einem Arbeitspensum von 90% einem Monatslohn von Fr. 6646.50 entspreche. Obwohl im ursprünglichen Vertragsdokument vereinbart wurde, per 1. Oktober 2011 wiederum eine Pensumsreduktion auf 70% vorzunehmen, sollten die Parteien im weiteren Verlauf der Ereignisse auf diesen Punkt zurückkommen und es für die gesamte Anstellungsdauer des Arbeitnehmers bei der Arbeitgeberin bei einem Beschäftigungsgrad von 90% belassen. Der Posten des Rehakoordinators stellte im Betrieb der Arbeitgeberin einen Bestandteil des mittleren Klinikmanagements dar. Diese Tätigkeitsbezeichnung war von der Arbeitgeberin eigens für diesen Zweck geschaffen worden. Der Rehakoordinator fungierte als organisatorischer Vorgesetzter der Basisarbeiter, welche jeweils zusätzlich einem fachlichen Vorgesetzten unterstellt waren. Insgesamt beschäftigte die Arbeitgeberin an ihrem Klinikstandort Davos während der Anstellungsdauer von X. neben diesem noch fünf weitere Rehakoordinatoren, insgesamt drei Frauen und drei Männer. Im Oktober des Jahres 2010 entschloss sich die Arbeitgeberin, ein neues, vom Verband der Zürcher Krankenhäuser erarbeitetes Lohneinstufungsmodell auch für die Gehaltseinreihung in ihrem Betrieb zu verwenden, wie sie dies üblicherweise zu tun pflegte. Die Folge davon war, dass die Löhne der Basisbeschäftigten in den Pflege- und Therapieberufen angehoben wurden. Die Löhne des mittleren Kaders ihres Betriebs am Standort Davos liess die Arbeitgeberin indes unverändert, was zur Folge hatte, dass teilweise Basisbeschäftigte nach dem Zeitpunkt der Gehaltserhöhung ein höheres Gehalt erhielten als ihre Vorgesetzten. Dies sollte in der Folge immer wieder zu Diskussionen im Klinikbetrieb führen. Am 10. Juli 2012 wurde X. von der Arbeitgeberin schriftlich mitgeteilt, er werde in eine höhere Gehaltsklasse versetzt. Per 1. Juli 2012 werde er von der Lohnklasse 18/7 – in welche er offenbar bereits zu einem früheren Zeitpunkt eingeteilt worden war – in die Besoldungsklasse 18/9 eingereiht, was neu einem Bruttomonatslohn von Fr. 6920.– bei einem Beschäftigungsgrad von 90% entspreche. Am 1. November 2012 fand zwischen der Arbeitgeberin und den für sie als Rehakoordinatoren tätigen Beschäftigten ein Orientierungsgespräch statt, worin eine von der Geschäftsleitung beschlossene strukturelle Neuausrichtung der Klinik thematisiert wurde. Inhalt des Gesprächs war dabei unter anderem, dass die Zahl der Rehakoordinatorstellen auf zwei reduziert werden sollte, von welcher Massnahme auch die Stelle von X. betroffen sei. Im Nachgang an dieses Gespräch wandte sich X. an seine Rechtsschutzversicherung, welcher er darlegte, dass seines Erachtens im Betrieb seiner Arbeitgeberin eine Ungleichbehandlung und eine Lohndiskriminierung bestehe. So verdienten Basismitarbeiter teilweise mehr

als deren vorgesetzte Kadermitarbeiter und auch innerhalb des Kaderteams herrschten trotz vergleichbarer Ausbildung der Beschäftigten grosse Lohn Differenzen. Am 19. November 2012 zeigte hierauf die Rechtsschutzversicherung von X. seiner Arbeitgeberin an, sie vertrete die Interessen des Genannten und mache in dessen Auftrag das Bestehen einer unter den Beschäftigten der Y. herrschenden Lohnungleichheit im Sinne von Art. 3 des Gleichstellungsgesetzes geltend. Am 3. Dezember löste die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit X. unter Bezugnahme auf das am 1. November 2012 geführte Gespräch und die dort angekündigten Umstrukturierungsmassnahmen mittels schriftlicher Kündigung auf den 30. April 2013 auf. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2012 wandte sich die Rechtsschutzversicherung von X. erneut an die Y. und brachte vor, die ausgesprochene Kündigung sei – im Hinblick auf ihre bereits am 19. November 2012 erfolgte Intervention – missbräuchlich, weshalb dagegen Einsprache erhoben werde.

Am 18. Februar 2013 ersuchte X. beim Vermittleramt Prättigau/Davos um Ansetzung einer Schlichtungsverhandlung in einer Streitsache gegen die Y. betreffend missbräuchliche Kündigung infolge Lohnungleichheit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GIG in Verbindung mit Art. 336a OR. Da sich die Parteien anlässlich der auf den 18. April 2013 einberufenen Schlichtungsverhandlung nicht zu einigen vermochten, wurde X. am 31. Mai 2013 die Klagebewilligung ausgestellt. Mit Eingabe vom 9. August 2013 klagte X. die Beklagte auf Zahlung von Fr. 28 560.20 von vier Brutto-Monatslöhne wegen Entlohnungsdiskriminierung gemäss Art. 3 Abs. 2 GIG i.V.m. Art. 336a OR. Mit Urteil vom 6. März 2014 wies das Bezirksgericht Prättigau/Davos die Klage ab. X. brachte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

4.

Nach Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV und Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG; SR 151.1) haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden. Dieses Verbot gilt gleichermaßen für öffentlich-rechtliche wie für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Eine (direkte) geschlechtsbezogene Lohn diskriminierung kann sich dabei sowohl aus einer generellen Einstufung bestimmter Funktionen im Rahmen eines Lohn- oder Tarifsystems wie auch aus der konkreten Entlohnung einer bestimmten Person im Vergleich zu jener von Personen des anderen Geschlechts ergeben. Sie kann in beiden Fällen insbesondere darauf zurückzuführen sein, dass Arbeitsleistungen nach direkt oder indirekt diskriminierenden Kriterien bewertet werden oder dass neutrale, sachlich als solche zulässige Bewertungskriterien tatsächlich inkonsequent zu Lasten eines Geschlechts angewandt werden, sei es dass ein zur Begründung einer ungleichen Bewertung herangezogenes Kriterium tatsächlich gar nicht vor-

handen ist oder für die Ausübung einer Tätigkeit keine Rolle spielt oder die Bewertung von Arbeitsleistungen nur in einzelnen Fällen beeinflusst hat (BGE 125 III 368 E. 3 S. 371 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch ELISABETH FREIVOGEL, in: Kaufmann/Steiger-Sackmann [Hrsg.], Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl., Basel 2009, N 73 ff. und N 133 f. zu Art. 3 GIG). Nach Art. 6 GIG wird eine Lohndiskriminierung vermutet, wenn sie von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird. Für eine Glaubhaftmachung braucht nicht die volle Überzeugung des Gerichts herbeigeführt zu werden, sondern es genügt, wenn eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung in der Entlohnung spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie tatsächlich nicht vorhanden sein könnte (BGE 125 III 368 E. 4 S. 372). Haben zwei Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts vergleichbare Positionen bzw. gleiche Arbeit, wird im Falle einer Lohndifferenz vermutet, dass eine geschlechtsbezogene Diskriminierung vorliegt. Dabei genügt eine Vergleichsperson des anderen Geschlechts, ohne dass im Einzelfall noch die Lohnstruktur des Unternehmens insgesamt und die Einordnung der fraglichen Positionen in derselben geprüft werden müsste (SUSY STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: AJP 2006, S. 1355; BGE 130 III 145 E. 4.2 S. 162 = Pra 2004 Nr. 132). Wurde eine Lohndiskriminierung im Sinne von Art. 6 GIG glaubhaft gemacht, ist der Arbeitgeber zum Nachweis verpflichtet, dass die geringere Entlohnung in Wirklichkeit nicht geschlechtsdiskriminierend, sondern durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist; misslingt ihm dies, gilt die geschlechtsspezifische Benachteiligung als erstellt. Eine Lohndiskriminierung entfällt mithin, 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 sog. objektive Kriterien stützt oder nicht geschlechtsspezifisch motiviert ist. Zu den objektiven Kriterien gehören Gründe, die den Wert der Arbeit beeinflussen, wie Ausbildung, Dienstalter, Qualifikation, Erfahrung, konkreter Aufgabenbereich, Leistung, soweit sie sich im Arbeitsergebnis niederschlägt, oder Risiken (BGE 126 II 393 E. 11.3 S. 397 mit weiteren Hinweisen).

5.

a. Die Vorinstanz erachtete vor dem Hintergrund der unbestrittenen Tatsache, dass D. und E. – beides weibliche Rehakoordinatorinnen im Betrieb der Berufungsbeklagten – vor der im Juli 2012 vorgenommenen Lohnanpassung monatlich Fr. 8655.55 bzw. Fr. 8836.– verdient haben, der Berufungskläger jedoch nur Fr. 7447.55 (jeweils aufgerechnet auf ein Bruttoeinkommen bei einem Beschäftigungsgrad von 100%), eine diskriminierende Lohnungleichbehandlung als glaubhaft gemacht.

b. Im Zusammenhang mit der Lohnenteilung der Rehakoordinatoren gilt zunächst festzuhalten, dass sich diesbezüglich offenbar nach wie vor keine vorgegebene Lohnreihe im entsprechenden Lohnkonzept des Kantons Zürich finden lässt. Die Anstellung von Rehakoordinatoren wurde

sukzessive aufgestockt und mit Personen aus unterschiedlichen Bereichen – einerseits von der Pflege und andererseits von der (Sport-)Therapie stammend – sowie mit unterschiedlicher Führungserfahrung besetzt. Gemäss Aussage von A., Bereichsmanagerin der psychosomatischen Abteilung in der Y. (ZHD), wurde die Funktion des Rehakoordinators erst im Jahr 2003 geschaffen. Für diese neue Funktion hätten sie ein spezielles Modell gehabt, in welchem Alter, Dienstjahre, Ausbildung, medizinische Kenntnisse und Führungserfahrung berücksichtigt worden seien. Einerseits sei der Berufungskläger nach diesen Kriterien eingestuft worden, andererseits sei auch darauf geachtet worden, dass der Lohn im Quervergleich mit den bestehenden Rehakoordinatoren gestimmt habe. Dieses Modell habe man zwar zur Hilfe genommen, jedoch nicht als einzige Grundlage, da es in der Y. verschiedene Einstufungs- oder Lohnanpassungsvorgehensweisen gebe. Habe beispielsweise eine Person intern eine Stelle gewechselt, habe man diese – gerade für eine Überführung vom Basis- zum Kadermitarbeiter – zwei Klassen hoch und gleichzeitig zwei Stufen heruntergesetzt. Sowohl die Neuschaffung der Posten der Rehakoordinatoren im Jahr 2003 als auch das Vorgehen bei deren LohnEinstufung bzw. -anpassung wurde von C., Bereichsmanager der internen Medizin in der ZHD, bestätigt. Auch G., Personalleiterin der Y., sprach von einem Lohnberechnungsmodell für die Rehakoordinatoren, in dessen Rahmen Alter, Erfahrung, Ausbildung und Kindererziehung gewichtet worden seien; das Geschlecht habe auf diese Berechnung keinen Einfluss gehabt. Mit Anstellungsvertrag vom 2. Juli 2010 wurde der Berufungskläger in die Lohnklasse 18/4 eingeteilt, was bei einem Beschäftigungsgrad von anfänglich 50% einem monatlichen Bruttoeinkommen von Fr. 3604.95 (100% Fr. 7209.10) entsprach. Zum 1. September 2010 erfolgte ein Beschäftigungsgradwechsel von 50% auf 90% und zum 1. November 2010 ein Stufenanstieg in die Lohnklasse 18/5, woraus sich bei einem Beschäftigungsgrad von 90% ein Monatslohn von Fr. 6646.50 ergab. Gemäss sich bei den Akten befindlichen Lohnabrechnungen belief sich das monatliche Bruttoeinkommen des Berufungsklägers bei unverändertem Beschäftigungsgrad von 90% im Jahr 2012 auf Fr. 6702.80 (100% Fr. 7447.54) und im Jahr 2013 auf Fr. 6920.05 (100% Fr. 7688.92).

c. In der Folge prüfte die Vorinstanz, wie sich die zuvor erwähnten Lohnunterschiede zwischen dem Berufungskläger einerseits und den Rehakoordinatorinnen D. und E. andererseits nach der im Jahr 2012 durchgeführten Lohnklassenevaluation gestaltet hätten, wobei sich folgendes Bild ergab:

Kriterium: X. ♂ – D. ♀ – E. ♀

Alter: 8.75 – 12 – 11.75

Schulbildung: 6 – 4 – 0

Berufsbildung: 50 – 50 – 50

Weiterbildung: 7 – 17 – 20

Berufserfahrung: 43.5 – 100 – 76

Betreuungsjahre: 0 – 5 – 10

Total Punkte: 115.25 – 188 – 167.75

Mögliche neue Einstufung: Fr. 8172.30 – Fr. 8939.55 – Fr. 8836.00

Die Vorinstanz zog sodann zutreffend in Erwägung, dass von den berücksichtigten Kriterien keines als direkt geschlechterdiskriminierend anzusehen sei, da diese allesamt grundsätzlich sowohl bei Frauen als auch bei Männern in gleicher Höhe vorkommen könnten. Dies gelte auch für das Kriterium «Betreuungsjahre», welches kaum als indirekt diskriminierend betrachtet werden könne, zumal es seinerseits einen Ausgleich zum Kriterium «Berufsjahre» schaffe, indem es Frauen oder Männern, die zugunsten der Betreuung eigener Kinder während eines gewissen Zeitraums auf berufliche Betätigung verzichteten, eine gewisse Kompensation ermögliche. So stellten denn nach Art. 3 Abs. 3 GIG angemessene Massnahmen zur Verwirklichung einer Gleichstellung keine Diskriminierung dar, selbst wenn sie sich tatsächlich geschlechtsungleich auswirkten. Die Anknüpfung an das Geschlecht als Kriterium ist mit anderen Worten dann nicht verboten, wenn eine Massnahme gerade dem Zweck der Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung diene (vgl. FREIVOGEL, a.a.O., N 154 ff. zu Art. 3 GIG). Die unterschiedliche Einstufung der drei Rehakordinatoren D., E. und dem Berufungskläger beruht denn auch – wie von der Vorinstanz ebenfalls zutreffend festgestellt – fast ausschliesslich auf den Kriterien «Weiterbildung» und «Berufserfahrung», wohingegen bei den übrigen Einstufungskriterien – auch bei demjenigen der Betreuungsjahre – keine namhaften Differenzen auszumachen sind. Der Berufungskläger macht in erster Linie denn auch nicht die gewählten Kriterien für die seiner Ansicht nach bestehende Lohndiskriminierung verantwortlich, sondern vielmehr die Nichtberücksichtigung des Kriteriums «höhere medizinische Ausbildung» im Rahmen der Berufsbildung und die ungenügende Gewichtung seiner Berufserfahrung auf dem Gebiet der medizinischen Berufe. Er kritisiert in diesem Zusammenhang, dass sich die lohnrelevanten Kriterien nicht nur auf das Alter und die Berufserfahrung beschränken dürften, sondern es weiterer Abgrenzungen und Zusatzkriterien bedürfe. So beziehe sich die Vorinstanz in ihrer Urteilsbegründung nur auf Alter und Dienstalter als Rechtfertigungsgrund für die massiv diskrepanten Löhne zwischen Mann und Frau und lasse die anderen lohnrelevanten Kriterien, die Bestandteil aller Lohnabrechnungsmodelle VZK seien, völlig aussen vor. Entsprechend entgingen ihm gemäss Selbstdeklaration 60 Punkte, welche die Berufungsbeklagte allein deshalb nicht habe berücksichtigen wollen, weil sich diese für seinen Lohn positiv und für die Löhne von D. und E. negativ ausgewirkt hätten. Der Berufungskläger spricht damit den bereits vor Vorinstanz gerügten Umstand an, dass er gemäss eigener Selbstdeklaration 185.25 Punkte erreiche. Diese höhere Punktezahl kommt im Wesentlichen dadurch zustande, dass der Berufungskläger das Kriterium «Berufsbildung», welches von der Berufungsbeklagten in «nichtmedizinische Ausbildung» und «medizinische Ausbildung» unterteilt wurde, um eine weitere Unterkategorie «höhere medizinische Ausbildung» ergänzt und sich hierfür zusätzliche 60 Punkte erteilt hat. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass die Bewertung und Einstufung einer bestimmten Tätigkeit oder Funktion weder

eine reine Sach- noch Rechts- oder Ermessenssache ist, sondern Elemente von allen dreien enthält. Die Anwendung des Gleichstellungsgesetzes kann daher nicht dazu führen, dass eine bestimmte Wertung als die rechtlich einzig richtige bezeichnet wird; sie kann nur bestimmte Wertungen als unzulässig qualifizieren, weil sie diskriminierend sind (BGE 125 II 385 E. 5.b S. 391). Das Diskriminierungsverbot schreibt nicht eine «richtige» Lösung vor, sondern lässt unterschiedliche Bewertungsverfahren und -kriterien zu. Es verbietet jedoch eine geschlechtsdiskriminierende Bewertung, das heisst eine Bewertung, welche Unterschiede in der Besoldung an geschlechtsspezifische Merkmale anknüpft, ohne dass das durch die Art der auszuübenden Tätigkeit sachlich begründet wäre. Eine Arbeitsplatzbewertung verstösst daher nicht schon dann gegen das Verbot der Lohndiskriminierung, wenn eine andere Bewertung ebenfalls mit guten Gründen vertretbar wäre oder gar aus der Sicht bestimmter arbeitswissenschaftlicher Theorien besser begründet erschiene, sondern nur dann, wenn bei der Bewertung geschlechtsspezifische Diskriminierungen bei der Auswahl oder Gewichtung der Kriterien oder der Einreihung der einzelnen Funktionen erfolgten (BGE 125 II 530 E. 5.b S. 538). Dies ist vorliegend nicht der Fall und wird nicht einmal vom Berufungskläger geltend gemacht. Allein deshalb, weil die Berufungsbeklagte darauf verzichtet hat, das Kriterium Berufsbildung nebst einer Unterteilung in «nicht medizinische Ausbildung» und «medizinische Ausbildung» um eine weitere Unterkategorie «höhere medizinische Ausbildung» zu ergänzen und auch dieses in die Bewertung einfließen zu lassen, kann im entsprechenden LohnEinstufungskonzept entgegen der Auffassung des Berufungsklägers jedenfalls keine geschlechtsdiskriminierende Bewertung erblickt werden. Zwar mögen die Nichtberücksichtigung der «höheren medizinischen Ausbildung» und die nach Meinung des Berufungsklägers ungenügende Gewichtung seiner Berufserfahrung auf dem Gebiet der medizinischen Berufe allenfalls nicht ganz sachgerecht erscheinen. Gleiches mag für die tatsächlich besuchten Weiterbildungen gelten, welche ebenfalls nicht zusätzlich in die Bewertung eingeflossen sind. Indes ist zu berücksichtigen, dass derartige Nichtberücksichtigungen, welche durchaus eine Lohndifferenz zur Folge haben können, diskriminierungsfrei sind, wenn sie auch unter Personen des gleichen Geschlechts zu den entsprechenden Lohnunterschieden führen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N 20 zu Art. 322 OR S. 302). Für den vorliegenden Fall gilt, dass die vom Berufungskläger gerügten Nichtberücksichtigungen geschlechtsneutral sind und sich auch dann auswirken würden, wenn ausschliesslich Männer den Posten des Rehakoordinators bekleiden würden. Entsprechend ist die Nichtberücksichtigung der «höheren medizinischen Ausbildung» als diskriminierungsfrei zu betrachten. Gleiches gilt hinsichtlich der Berücksichtigung der Berufserfahrung, welche sich ebenfalls auf alle Rehakoordinatoren gleich auswirkt. Allein deshalb, weil es sich bei den beiden Rehakoordinatoren mit der längsten Berufserfahrung um Frauen handelt (E.: Eintritt per 1. Oktober 1991, Rehakoordinatorin seit

1. Juli 2001; D.: Eintritt per 9. November 1998, Rehakoordinatorin seit 1. Januar 2003; im Vergleich dazu der Berufungskläger: Eintritt per 19. Juli 2010, Rehakoordinator seit 19. Juli 2010), liegt der entsprechenden Bewertung selbstredend noch keine geschlechtsspezifische Diskriminierung zugrunde. Dass vorliegend von einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung bei der Auswahl oder Gewichtung der Kriterien keine Rede sein kann, erhellt im Übrigen auch ein Blick auf die Lohnklassenevaluation von B., der dritten Frau in der Gruppe der Rehakoordinatoren, welche mit einer Punktezah von 105 Punkten sowohl unter dem Berufungskläger als auch unter den beiden anderen männlichen Rehakoordinatoren C. (120 Punkte) und F. (138 Punkte) eingestuft wurde. Auch dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt. Wenn die Vorinstanz in diesem Punkt somit zum Schluss kommt, dass sich aus der Ansicht der Berufungsbeklagten, wonach für die von ihr geschaffene Arbeitsstelle des Rehakoordinators allein zwischen «medizinischer» und «nicht medizinischer» Ausbildung zu differenzieren sei und allfällige divergierende Ausbildungen keine sachliche Relevanz aufweisen würden, jedenfalls keine geschlechtliche Diskriminierung ergebe, weil die Einteilung im Rahmen der Lohnevaluation bei allen Rehakoordinatoren auf gleiche Art vorgenommen worden sei, ist dies mit Blick auf die vorangegangenen Ausführungen nicht zu beanstanden. Insofern erweist sich die Berufung als unbegründet.

d. Der Berufungskläger hält sodann dafür, dass mit Bezug auf die Löhne der Rehakoordinatoren die Löhne vor der Neuberechnung im März 2012 bzw. vor der Neuerstellung eines für die Rehakoordinatoren allgemeingültigen Berechnungsmodells herangezogen werden müssten. Dies aufgrund der Tatsache, dass die Löhne der Rehakoordinatoren zuvor völlig unterschiedlich berechnet oder festgelegt worden seien und es damals nachweislich kein allgemeingültiges und einheitliches Lohnmodell für die Position des Rehakoordinators gegeben habe. Im Zuge der Lohnberechnung mit dem einheitlichen und für die Rehakoordinatoren allgemeingültigen Lohnberechnungsmodell vom März 2012 würden die Lohndiskrepanzen zwischen Mann und Frau gegenüber den Löhnen vor der Neuberechnung transparent und zeigten deutlich reduzierte Diskrepanzen zwischen Mann und Frau auf. Bereits im erstinstanzlichen Verfahren machte der Berufungskläger geltend, durch eine bei allen Rehakoordinatoren gleichartig durchgeführte Gehaltseinstufung sei der Lohnunterschied zurückgegangen, womit erstellt sei, dass es sich beim ursprünglich höheren Lohnunterschied um eine unzulässige Diskriminierung gehandelt habe. Dieser Argumentation ist die Vorinstanz mit überzeugender Begründung nicht gefolgt. So habe sich der Lohnunterschied zum einen deshalb reduziert, weil bei D. das Bewertungskriterium «Alter» bereits vorgängig mit der Maximalpunktezah bewertet worden sei, weshalb sich der Lohnunterschied zu ihren jüngeren Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen mit dem Zeitablauf verringert habe. Zum anderen gelte dies bei D. sowie bei E. auch für das ausschlaggebende Kriterium der Berufserfahrung, wofür nach dem Lohnberechnungsmodell der Berufungsbeklagten zwar keine Maximalpunktezah bestehe, sich das Verhältnis zwischen zwei

Punktteständen aber dennoch verringere, wenn sich beide durch Zeitablauf in absolut gesehen gleichen Punktezuwächsen vergrösserten. Die vorinstanzlichen Ausführungen sind ohne weiteres nachvollziehbar. Der Berufungskläger beschränkt sich im Wesentlichen denn auch darauf, wiederholt geltend zu machen, dass es vor der im Jahr 2012 durchgeführten Lohneinstufung kein allgemeingültiges und einheitliches Lohnmodell gegeben habe. Inwiefern die zum damaligen Zeitpunkt festgelegten Löhne der einzelnen Rehakoordinatoren und Rehakoordinatorinnen letztlich aber eine geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung hätten darstellen sollen, vermag er indessen nicht aufzuzeigen und wird auch aufgrund der Akten nicht ersichtlich. Der blosser Hinweis auf die Lohntabelle 2010 des Verbands Zürcher Krankenhäuser (VZK) und insbesondere auf die Lohntabelle Klasse 18 reicht hierfür nicht aus. Zum einen befindet sich die betreffende Lohntabelle nicht bei den Akten und zum anderen legt der Berufungskläger nicht dar, welcher Schluss sich aus dem entsprechenden Hinweis zu seinen Gunsten ziehen liesse bzw. inwieweit daraus eine geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung abzuleiten sein soll. Darauf braucht deshalb nicht näher eingegangen zu werden. Dass entgegen seiner Ansicht keine geschlechtsbezogene Lohndiskriminierung vorlag, wird im Übrigen durch eine Gegenüberstellung der Löhne der Rehakoordinatorinnen und Rehakoordinatoren nach der früheren Lohnermittlung einerseits und der im Jahr 2012 durchgeführten Lohneinstufung andererseits verdeutlicht:

Aktuelle Lohneinstufung > neue Lohneinstufung:

D. Fr. 8939.55 > Fr. 8655.55

E. Fr. 8836.00 > Fr. 8836.00

F. Fr. 7688.90 > Fr. 8413.85

C. Fr. 7447.55 > Fr. 8293.10

X. Fr. 7447.55 > Fr. 8172.30

B. Fr. 7025.15 > Fr. 7809.75

Aus dieser Tabelle wird ersichtlich, dass D. und E. – gefolgt von den drei männlichen Rehakoordinatoren – sowohl vor der im März 2012 durchgeführten Lohneinstufung als auch danach über das höchste Einkommen verfügen. Diesbezüglich hat die neu vorgenommene, auf objektiven und nicht geschlechtsspezifischen Kriterien beruhende Lohneinstufung mithin keine Änderungen bewirkt. Ebenfalls unverändert befindet sich mit B. eine weibliche Rehakoordinatorin am Ende der Lohntabelle. Von einer geschlechtsspezifischen Lohndiskriminierung kann somit keine Rede sein. Dass letztlich im Anschluss an die durchgeführte Lohnevaluation vom administrativen Direktor der Berufungsbeklagten lediglich Lohnanpassungen in eingeschränktem Mass bewilligt wurden und diese den drei Rehakoordinatoren mit den niedrigsten Löhnen – darunter auch der Berufungskläger – gewährt wurden, ist unter dem Aspekt des Gleichstellungsgesetzes ebenso wenig geeignet, eine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit zu belegen. Der Vorinstanz folgend ist damit weder bei der Auswahl der für die Lohnerhöhung in Frage kommenden Arbeitnehmer noch bei der effektiv durchgeführten Lohnerhöhung

ein sich unmittelbar oder mittelbar diskriminierend auswirkendes Vorgehen erkennbar.

e. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im konkreten Fall keine geschlechtsspezifische Lohnungleichheit vorliegt, da sich die entscheidungswesentlichen Kriterien sowohl bei den männlichen als auch bei den weiblichen Rehakordinatoren gleichermassen auf die Bewertung auswirken. Ob die von der Berufungsbeklagten berücksichtigten Kriterien bzw. die Nichtberücksichtigung anderer Kriterien letztlich sachgerecht ist oder andere Auswahlkriterien bessere Ergebnisse liefern würden, ist mit Blick auf das Gleichstellungsgesetz nicht zu beantworten. Jedenfalls sind in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen keine geschlechtsbezogenen Lohndiskriminierungen auszumachen. Die Berufung ist in diesem Punkt folglich abzuweisen.

6.

Im Weiteren wirft der Berufungskläger der Vorinstanz vor, auch in Bezug auf die missbräuchliche Kündigung von einer unrichtigen Sachverhaltsfeststellung ausgegangen zu sein. So könne von einer finanziell motivierten Umstrukturierung keine Rede sein. Dies mache allein schon aufgrund des Geschäftsergebnisses 2012 von plus 1.5 Mio. Franken keinen Sinn und sei eine rein vorgeschobene Begründung. Diese Tatsache würden vor allem die Zeitungsberichte in der H. untermauern, in denen der Vorsitzende der Geschäftsleitung von einer Bettenauslastung von über 90%, einer Kooperation mit der Stiftung F. und einem geplanten Ausbau sowie vor allem davon spreche, dass keine Stellen reduziert würden. Es habe denn auch kein Stellenabbau stattgefunden, vielmehr seien neue Stellen generiert worden. Bei der ausgesprochenen Kündigung habe es sich um eine Rache Kündigung gehandelt, weil man einen «aufmüpfigen» Mitarbeiter nicht mehr habe dulden wollen.

a. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist unter anderem missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht, weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR: sog. Rache Kündigung). Der Schutz vor Rache Kündigung besteht nur, wenn die Ansprüche nach Treu und Glauben geltend gemacht werden, d.h. wenn der Arbeitnehmer in guten Treuen annehmen darf, dass ihm die geltend gemachten Ansprüche zustehen. Auf die Begründetheit der Ansprüche kommt es nicht an. An den guten Glauben werden keine hohen Anforderungen gestellt; der Anspruch darf aber nicht völlig ungerechtfertigt sein oder schikanös behoben werden (JÜRGEN BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, N 5 zu Art. 336 OR; WOLFGANG PORTMANN, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, N 13 zu Art. 336 OR; BGE 136 III 513 E. 2.4 S. 515 = Pra 2011 Nr. 40). Nach der gesetzlichen Konzeption muss das verpönte Motiv für die Kündigung kausal sein, was der Arbeitnehmer zu beweisen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 336 OR). Da dieser Nachweis in der Praxis

kaum möglich sein wird, sollte bereits ein Indiz, welches ein missbräuchliches Kündigungsmotiv als überwiegend wahrscheinlich macht, genügen (ADRIAN STAHELIN, in: Jörg Schmid [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Zürich 2014, N 25 zu Art. 336 OR).

(...)

c. Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers liegt im vorliegenden Fall auch keine Rachekündigung seitens der Berufungsbeklagten vor. Wie bereits erwähnt, wurde der Berufungskläger seitens der Berufungsbeklagten anlässlich des Gesprächs vom 1. November 2012 über die strategische Neuausrichtung der Y. informiert und gleichzeitig davon in Kenntnis gesetzt, dass es in seinem Fall leider zu einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses kommen werde. Dass eine Neuausrichtung resp. Straffung und Vereinheitlichung innerhalb der Y. angestrebt wird, ist angesichts des Vorgehens der Berufungsbeklagten und der vorliegenden Akten nicht zu übersehen. Ebenso wenig schliesst der Umstand, dass der vom Berufungskläger betreute Bereich wirtschaftlich prosperiert haben soll bzw. in diesem wirtschaftlich gut gearbeitet worden sein soll, was auch von der Gegenseite nicht in Abrede gestellt wird, eine Reorganisation, welcher mitunter auch verdiente Mitarbeiter zum Opfer fallen, aus. Mit dem blossen Hinweis auf die wirtschaftliche Situation der Berufungsbeklagten kann der Berufungskläger somit nichts zu seinen Gunsten ableiten. In diesem Zusammenhang verfängt auch das Argument, dass bei dieser Ausgangslage keine neuen Stellen geschaffen werden dürften – unter anderem diejenige, für welche sich der Berufungskläger hätte bewerben sollen – nicht, zumal gerade auch derartige Entwicklungen Folge einer Anpassung der Unternehmensorganisation und neugeschaffener Angebote sein können. Mit der beabsichtigten und letztlich auch durchgeführten Umstrukturierung lag – wie von der Vorinstanz korrekt festgestellt – ein betrieblicher Grund für die Entlassung des Berufungsklägers vor. Das in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument des Berufungsklägers, dass angesichts des Spardrucks auf Seiten der Berufungsbeklagten keine Kündigung mit einer viermonatigen Kündigungsfrist hätte ausgesprochen werden dürfen, vermag ebenso wenig zu überzeugen. G. begründete die Einhaltung einer vier- anstelle einer dreimonatigen Kündigungsfrist im Fall des Berufungsklägers damit, dass einige Rehakoordinatoren eine Kündigungsfrist von vier Monaten gehabt hätten und sie gewollt habe, dass alle gleich behandelt würden. Ausserdem habe sie das als sozialverträglich angesehen. Aus einer zu seinen Gunsten über die vertraglich vereinbarte Kündigungsdauer hinausgehenden Kündigung vermag der Berufungskläger selbstredend nichts für sich herzuleiten. Von einer missbräuchlichen Kündigung – so der Berufungskläger weiter – sei aber auch deshalb auszugehen, weil der Kausalzusammenhang zwischen der seinerseits vorgetragenen Rüge ungesetzmässiger Vorgänge in der Klinik und der Kündigung zeitlich sehr nah gewesen sei. Dem ist nicht so. Dass sich der Berufungskläger seit Längerem für eine Lohnanpassung eingesetzt bzw. diese thematisiert hat, steht ausser Diskus-

sion. Daraus nun ableiten zu wollen, dass er aufbegehrt hat und als Folge davon entlassen worden ist, weil die Berufungsbeklagte einen «aufmüpfigen» Mitarbeiter nicht länger dulden wollte, findet in den Aussagen der einvernommenen Personen und in den übrigen Akten keine Stütze. Dies erhellt schon daraus, dass sich neben dem Berufungskläger auch andere Rehakoordinatoren für die ihrer Ansicht nach bestehende Lohnungleichheit zur Wehr gesetzt haben, deren Arbeitsverhältnis indessen nicht aufgelöst wurde. Namentlich trifft es auch nicht zu, dass die Kündigung des Berufungsklägers beschlossen wurde, nachdem dessen Rechtsschutzversicherung sich mit Schreiben vom 19. November 2012 an die Berufungsbeklagte gewandt und darin eine Lohnungleichheit im Sinne von Art. 3 GlG beanstandet hat. Diese Behauptung ist aktenwidrig. Wie an vorangegangener Stelle bereits erwähnt, geht aus den Akten hervor, dass der Berufungskläger bereits am 1. November 2012 von der zu erfolgenden Kündigung in Kenntnis gesetzt wurde. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz war dem Kläger damit an diesem Tag bewusst, dass sein Arbeitsverhältnis mit der Berufungsbeklagten aufgelöst wird und ihm einzig die Möglichkeit blieb, sich um die neu zu besetzende Stelle als Fachverantwortlicher Sporttherapie zu bewerben. Folglich waren die Bedingungen für die Entlassung des Berufungsklägers bereits am 1. November 2012 gegeben und stellten sich nicht erst nach der Intervention der Rechtsschutzversicherung des Berufungsklägers vom 19. November 2012 ein. Aufgrund des Gesagten hat als erstellt zu gelten, dass die Kündigung keine unmittelbare Folge davon war, dass sich der Berufungskläger für eine gleiche Entlöhnung unter den Rehakoordinatoren eingesetzt hat. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, dass die Kündigung dem Berufungskläger vorerst bloss mündlich in Aussicht gestellt wurde, da in der Folge am 3. Dezember 2012 unbestrittenermassen eine ordnungsgemässe Kündigung in schriftlicher Form erfolgte, welche für den Beginn der viermonatigen Kündigungsfrist massgeblich war.

d. Nach den vorangegangenen Ausführungen steht fest, dass die Kündigung des Berufungsklägers keine Rache Kündigung darstellt und demzufolge nicht als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR zu qualifizieren ist. Die Berufung erweist sich somit in sämtlichen Punkten als unbegründet und ist abzuweisen.

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 19. März 2015

Art. 340c OR. Dahinfallen des arbeitsvertraglich vereinbarten, nachvertraglichen Konkurrenzverbotes in einem Fall, in dem die Arbeitgeberin erst ordentlich und sodann fristlos den Arbeitsvertrag kündigt. Die ordentliche Kündigung lässt für die Dauer der Kündigungsfrist (auch im Falle einer Freistellung) die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht erlöschen. Setzt er mit seinem Verhalten in der Kündigungsfrist einen Grund für eine ausserordentliche Kündigung, so ist diese die für die Frage des Dahinfallens des Konkurrenzverbotes ausschlaggebende Kündigung (E. 3).

Art. 18 Abs. 1 und Art. 340a OR. Auslegung einer Vertragsbestimmung, welche die örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbotes mit einer Kilometerzahl umschreibt. Entscheidend ist nicht die (Fahr-)Distanz zwischen Unternehmensstandorten, sondern das Gebiet, auf welchem sich die Arbeitgeberin wirtschaftlich betätigt und in dem die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gelangten Daten wirksam werden können (E. 4).

Aus den Erwägungen:

3.

Zu prüfen ist weiter, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen sei.

a) Das Konkurrenzverbot fällt u.a. dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass der Arbeitnehmer ihm dazu begründeten Anlass gegeben hat (Art. 340c Abs. 2, 1. Variante OR). Als begründeter Anlass in diesem Sinne fallen nur Gründe in Betracht, die vom Arbeitnehmer gesetzt bzw. zu verantworten sind. Dabei fällt jedes diesem zuzurechnende Ereignis in Betracht, 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, auch muss nicht ein wichtiger Grund vorliegen, der eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; 92 II 31 E. 3).

Umstritten ist, ob aus Art. 340c Abs. 2 OR eine Pflicht fliesse, die Kündigung zu begründen. Unter anderem VISCHER/MÜLLER postulieren dies im Falle des gutgläubigen Arbeitnehmers unter Berufung auf ein älteres Bundesgerichtsurteil (BGE 70 II 162 E. 4) bereits für die Redaktion des Entlassungsschreibens (VISCHER/MÜLLER, a.a.O., § 21 N 41 a.E.; so auch BOHNY, a.a.O., N 7.30; GEISER/MÜLLER (a.a.O., N 725) fordern den Wegfall des Konkurrenzverbotes erst mit der Weigerung des Arbeitgebers, die

Kündigung auf Verlangen zu begründen (Art. 335 Abs. 2 und Art. 337 Abs. 1 OR), ähnlich auch REHBINDER/STÖCKLI (Berner Kommentar, N 3 zu Art. 340c OR; differenzierend bei nachgereichter Begründung); andere Autoren lassen es damit sein Bewenden haben, dass der eine Kündigung nicht begründende Arbeitgeber entsprechende Beweisschwierigkeiten im Prozess zu tragen hat (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 9 zu Art. 340c OR mit Hinweisen und Überblick über den Diskussionsstand).

Die Klägerin begründete die Kündigung vom 30. März 2012 nicht eingehend, sondern verwies auf «negative Vorkommnisse», für welche man sich vorbehalte, auch eine fristlose Kündigung auszusprechen. Die Gelegenheit hierfür sah man mit der vom Beklagten ausgefüllten Arbeitgeberbescheinigung gekommen, so dass gestützt hierauf am 16. Juni 2012 «wie bereits in der Kündigung [...] angedeutet» eine fristlose Kündigung ausgesprochen wurde. Auf die negativen Vorkommnisse wollte die Klägerin dabei nicht eingehen; man habe den Beklagten telefonisch darauf angesprochen, dieser habe sich rausreden wollen. Allerdings musste der Beklagte bereits anlässlich der Kündigung vom 30. März 2012 davon ausgehen, dass die Klägerin den Anlass für die Kündigung in seiner Person sah, zumal in negativen Vorkommnissen, in welchen man auch Anlass zu einer fristlosen Kündigung zu suchen sich vorbehalte, keine objektiven, ausserhalb seiner Person gelegenen Gründe gemeint sein konnten. Nach der zitierten Rechtsprechung kann der Arbeitnehmer dann auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes vertrauen, wenn die Kündigung keine Vorhaltungen an seine Person enthält («si ... aucun reproche n'est articulé»; BGE 70 II 164 oben) und sofern er guten Glaubens ist (vgl. BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 2 al. 1 zu Art. 340c OR). Da vorliegend das Kündigungsschreiben zumindest den – wenn auch diffusen – Hinweis, der Arbeitnehmer habe den Kündigungsgrund gesetzt, enthält, konnte der Beklagte jedenfalls nicht guten Glaubens annehmen – solches behauptet er denn auch nicht –, die Klägerin begebe sich ohne weiteres des Konkurrenzverbots, zumal auch nicht davon ausgegangen werden kann, diese habe eine nähere Begründung der Kündigung verweigert (der Beklagte behauptet und belegt auch nicht, eine solche verlangt zu haben). Das Konkurrenzverbot fiel somit nicht deshalb (durch Verzicht) dahin, weil die Klägerin die Kündigung vom 30. März 2012 nicht bzw. nur ungenügend begründete.

b) Eine Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass die fristlose Entlassung von der Arbeitgeberin ausgesprochen worden ist, nachdem sie das Arbeitsverhältnis bereits ordentlich gekündigt hatte. Da, wie ausgeführt (lit. a hiervor), nicht von einem Verzicht auszugehen ist, stellt sich daher die Frage, welche Kündigung für die Frage massgeblich ist, ob das Konkurrenzverbot dahingefallen ist oder nicht.

aa) Grundsätzlich kommt es darauf an, aus welchem Grund das Arbeitsverhältnis effektiv (BGer 4A_233/2009 E. 3) beendet worden ist. Das Aufrechterhalten des nachvertraglichen Konkurrenzverbots rechtfertigt sich nur, wenn die Arbeitgeberin bei einem korrekten Verhalten des Arbeitneh-

mers bereit gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, bzw. wenn nicht die Arbeitgeberin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne begründeten Anlass verursacht hat. Es ist deshalb auf den tatsächlichen Beendigungsgrund abzustellen (BGE 130 III 353 E. 2.2.2). Das Bundesgericht hielt (im soeben zitierten und von der Vorinstanz zugrunde gelegten Entscheid) fest, bei einer vorgängigen Kündigung durch den Arbeitnehmer ohne begründeten Anlass könne das Konkurrenzverbot dennoch nachträglich dahinfallen, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist aus einem anderen Grund beendet wurde, sei es, dass die Arbeitgeberin ohne jeglichen Grund eine fristlose Entlassung ausspreche oder dass der Arbeitnehmer wegen des Verhaltens der Arbeitgeberin während der Kündigungsfrist gerechtfertigt das Arbeitsverhältnis vorzeitig beendet. Das Bundesgericht äusserte sich damit zwar nicht zur vorliegenden Konstellation (da die Arbeitgeberin sowohl die ordentliche wie auch die fristlose Kündigung aussprach), hielt aber – verallgemeinernd und damit auch für Fälle wie den vorliegenden – zum Ersten fest, dass bei einer Abfolge von ordentlicher und ausserordentlicher Kündigung die ausserordentliche Kündigung diejenige sei, welche das Arbeitsverhältnis effektiv beende, und zum Zweiten, dass die ordentliche Kündigung nicht bewirke, dass das Verhalten der Parteien während der Kündigungsfrist für die Frage des Bestands des Konkurrenzverbotes ohne jede Bedeutung werde. GEISER/MÜLLER halten ergänzend auch für den Fall der Arbeitgeberkündigung für denkbar, dass das Verhalten des Arbeitnehmers während der Kündigungsfrist resp. Freistellung Anlass zu einer fristlosen Kündigung und damit zu einem Wiederaufleben des Konkurrenzverbotes zu setzen vermag (a.a.O., N 725a, für den Fall der Konkurrenzierung in der Freistellungsphase).

(...)

cc) Mit dem Bundesgericht (BGE 130 III 353 E. 3.2.2) ist dafür zu halten, dass das Verhalten des Beklagten in der Kündigungsfrist und Freistellungsphase nicht ohne Belang ist. Setzt der Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist mit einem gegen die Pflichten von Art. 321a OR verstossenden Verhalten einen Grund, der zu einer ausserordentlichen Kündigung führt, so ist davon auszugehen, dass es diese Kündigung war, welche das Arbeitsverhältnis beendete, selbst wenn kein wichtiger Grund i.S.v. Art. 337 OR vorgelegen haben mag (wie auch in BGE 130 III 353 E. 3.2.3). Zur vorliegenden ausserordentlichen Kündigung fällt Folgendes in Betracht:

(...) Die Kündigung liess seine Treuepflicht während der Freistellungsphase nicht erlöschen. An diese Pflicht war er bis zum 30. Juni 2012 gebunden und es lag an ihm, sich in dieser Zeit nichts zuschulden kommen zu lassen, das einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR darstellen konnte. Damit war – unabhängig davon, ob dies mit Verschulden geschah – ein i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR begründeter Anlass gegeben, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Nachdem der Beklagte in der Freistellungsphase einen begründeten Anlass gesetzt und die Klägerin darauf bei Kenntnisnahme umgehend mit der sofortigen Auflösung reagiert hat, kann er sich (unab-

hängig davon, ob die fristlose Kündigung als solche berechtigt war oder nicht) nicht auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes durch die Kündigung vom 30. März 2012 berufen.

dd) Mit dem Beklagten ist zwar festzustellen, dass die Klägerin bereits mit der Kündigung vom 30. März 2012 klar machte, den Beklagten nicht weiter beschäftigen zu wollen. Dabei vermied sie auch den Eindruck nicht, einen Anlass zum Aussprechen einer fristlosen Kündigung eigentlich abzuwarten. Dass dieselben Gründe, die zur ordentlichen Kündigung angerufen wurden, nicht später noch eine fristlose Kündigung zu begründen vermöchten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 15 und 17 zu Art. 337 OR), musste der Klägerin aufgrund ihres Hintergrundwissens im Personalwesen klar sein. Die Klägerin konnte davon ausgehen, dass der Beklagte die Nichtweiterführung des Arbeitsverhältnisses hinnahm (die Frist zur Einsprache i.S.v. Art. 336 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 OR war zwar noch nicht ausgelaufen, doch hatte er – worüber die Klägerin vorher informiert wurde – mit Beginn ab 1. Juli 2012 Arbeitslosenentschädigung beantragt). Nimmt man strikte die Frage nach der Bekundung des fehlenden Weiterbeschäftigungswillens auf Seiten der Arbeitgeberin zum Massstab, so erscheint die ausserordentliche Kündigung vom 16. Juni 2012 als obsolet, ein ökonomischer Beweggrund für diese konnte die mögliche Einsparung von weiteren Lohnzahlungen sein, wofür das haltlose (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 24 zu Art. 337 OR) Ansinnen spricht, die fristlose Kündigung rückwirkend auf den 8. Mai 2012 auszusprechen.

Indessen greift der Beklagte zu kurz, wenn er daraus folgert, es sei einzig auf die ordentliche Kündigung vom 30. März 2012 abzustellen und er könne sich mit dem Verweis auf den dieser fehlenden berechtigten Anlass vom Konkurrenzverbot dispensieren. Zum Ersten mag der der ordentlichen Kündigung zugrunde liegende Anlass gemäss dem Kündigungsschreiben zwar wenig konkret gehalten sein. Es war dem Kündigungsschreiben aber klar zu entnehmen, dass die Klägerin die Ursache im Verhalten des Beklagten ortete. Der Beklagte wusste dies. Er behauptet und belegt nicht, den Kündigungsgrund hinterfragt oder bestritten zu haben. Ungeachtet dessen, ob die geltend gemachten Gründe gerichtlicher Klärung standzuhalten vermöchten, konnte er sich nicht gutgläubig darauf verlassen, das Konkurrenzverbot sei aufgrund der ordentlichen Kündigung dahingefallen (BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 2 al. 1 zu Art. 340c OR; HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Diss. 1974, S. 92; NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Diss. 2001, S. 68). Zum Zweiten kann sich der Beklagte nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist auf das Dahinfallen des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes berufen; bis zu jenem Zeitpunkt ist er durch das während der Vertragsdauer geltende (dispositive, durch Ziff. 9 des Arbeitsvertrages bekräftigte) Konkurrenzverbot gemäss Art. 321a Abs. 3 OR gebunden, aber auch durch die übrigen Treuepflichten. Wie dargetan, konnte er sich nicht als von diesen

entbunden betrachten und davon ausgehen, Verstösse dagegen blieben ohne Folgen.

Auch wenn der Wille der Klägerin, den Beklagten nicht weiter zu beschäftigen, mit der ordentlichen Kündigung bereits definitiv feststand, konnte dieser sich also nicht darauf verlassen, jene habe durch eine Kündigung ohne berechtigten Anlass auf das Konkurrenzverbot verzichtet. Er blieb insbesondere an die Treuepflichten des Arbeitsvertrages gebunden, die für ihn als leitenden Angestellten erhöhte Erwartungen an ein integrires Verhalten stellten. Der Verstoß gegen diese Pflichten während der Kündigungsfrist setzte einen begründeten Anlass i.S.v. Art. 340c Abs. 2 OR, womit das Konkurrenzverbot bestehen blieb.

ee) Offen bleiben kann bei diesem Befund, ob die Berufung des gegen die Treuepflichten verstossenden Beklagten auf ein vorgängiges Dahinfallen des Konkurrenzverbotes nicht geradezu rechtsmissbräuchlich sei. Ebenfalls keiner Erörterung bedarf die These GEISER/MÜLLERS (a.a.O., N 725a), wonach ein Konkurrenzverbot dahinfallen könne, aber wieder aufzuleben vermöge.

4.

a) Für den Fall der Gültigkeit des Konkurrenzverbotes stellt die Berufung in Frage, ob eine konkurrenzierende Tätigkeit vorliege resp. ob sie in räumlicher Hinsicht das vereinbarte Konkurrenzverbot verletze (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., lit. g und e [teilweise]). (...)

c) Gemäss Ziffer 9 des Arbeitsvertrages ist es dem Beklagten untersagt, die Klägerin «im Umkreis von mindestens 30 km [...] zu konkurrenzieren». Es ist umstritten, was diese bedeute resp. ob der Beklagte seine Tätigkeit in diesem Umkreis ausführte.

(...)

bb) Gemäss Art. 18 Abs. 1 OR bestimmt sich der Inhalt des Vertrags nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Die empirische oder subjektive hat gegenüber der normativen oder objektivierten Vertragsauslegung den Vorrang. Wenn der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei 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, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend. Massgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (vgl. BGE 132 III 626 E. 3.1; 138 III 659 E. 4.2.1; BGer 4A_318/2014 E. 2.2.1, je m.w.H.; HUEGUENIN ET AL., Obligationenrecht Allgemeiner und

Besonderer Teil, N 278 ff.; BSK OR I-WIEGAND, N 8 und 41 ff. zu Art. 18 OR).

(...)

Zur Frage, wie die Angabe «30 km» zu verstehen sei, bestehen einzig die – sich widersprechenden – Darlegungen der Parteien. Beweismittel, die dafür sprechen, den Parteien habe übereinstimmend vorgeschwebt, es sei entweder auf den tatsächlichen Wirkungskreis oder aber auf die schnellste Wegstrecke per Auto zwischen den Büros abzustellen, liegen nicht vor. Es ist nach dem hypothetischen Parteiwillen zu fragen, also danach, welchen Regelungszweck die Parteien bei der Vereinbarung des Konkurrenzverbotes im Zeitpunkt des Vertragsschlusses verfolgten resp. auf welchen Erklärungsinhalt die jeweilige Gegenpartei in guten Treuen vertrauen durfte. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus allgemeinen Überlegungen: Ziel der räumlichen Limitierung des Konkurrenzverbotes ist die Einschränkung auf das Gebiet, in dem sich der Arbeitgeber wirtschaftlich betätigt, denn für einen darüber hinaus gehenden Bereich fehlt ihm ein berechtigtes Interesse, die berufliche Tätigkeit des Arbeitnehmers auszuschalten. Innerhalb dieses Bereichs ist weiter einzugrenzen auf den Bereich, in dem die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis offen gestandenen Daten – hier der Kundenkreis – wirksam werden, denn nur die Verwertung der dem Arbeitnehmer gebotenen Kenntnisse soll untersagt werden dürfen. Bei der Umschreibung der Grenzziehung ist entscheidend, ob ein Konkurrenzbetrieb aufgrund der örtlichen Gegebenheiten noch in einem Wettbewerbsverhältnis zum Arbeitgeberbetrieb stehen kann; so verstanden, ist auf das (tatsächliche oder hypothetische) Kundenverhalten und auf die Geschäftstätigkeit des Konkurrenten, nicht aber auf den Firmensitz abzustellen – und es muss auch die Bearbeitung des umschriebenen Gebietes von aussen untersagt werden können (vgl. BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 2 zu Art. 340a OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 zu Art. 340a OR; BOHNY, a.a.O., N 7.53). Diese Interpretation des räumlichen Geltungsbereiches wird dem Regelungszweck des Konkurrenzverbotes gerecht, den Arbeitnehmer aus der Region fernzuhalten, in welcher er vom beim Arbeitgeber erworbenen Wissen profitieren und diesem schaden kann. Die Klägerin konnte in guten Treuen darauf vertrauen, dass die Angabe «Umkreis von mindestens 30 km» in diesem Sinne verstanden werde. Demgegenüber ist die reale Länge der Autofahrstrecke zwischen den beiden Unternehmenssitzen aus der Optik des Regelungszweckes ohne jeden erkennbaren Belang und der Beklagte konnte auf diese Lesart – welche die Wirkung des konkurrierenden Wirtschaftens völlig ausblendet – nicht vertrauen.

Art. 320 Abs. 2 OR. Entstehung eines Arbeitsvertrags ohne ausdrücklichen Vertragsschluss (faktisches Vertragsverhältnis). Zentrale Voraussetzung ist, ob aufgrund der objektiven Umstände eine Lohnzahlung einziger resp. wichtigster Grund für die widerspruchslose Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation war (E. 1).

Art. 55 Abs. 1 ZPO. Verhandlungsgrundsatz; allgemeine Ausführungen zu Behauptungs-, Substantiierungs-, Bestreitungs- und Beweisführungslast (E. 2.a). Anwendung im konkreten Fall (E. 2.b und 4.e).

Art. 56 ZPO. Richterliche Fragepflicht; allgemeine Ausführungen und Anwendung im konkreten Fall (E. 2.c).

Sachverhalt:

X lebte während mehrerer Jahre mit Y im Konkubinat. Sie macht geltend, vor und während des Zusammenlebens für eine Y und seinem Bruder gehörende Kollektivgesellschaft Z namentlich Büroarbeiten erledigt zu haben und trotz erheblichen Umfangs der Arbeitsleistung dafür nicht entlohnt worden zu sein. Nachdem eine nachträgliche Einigung gescheitert war, trat X die eine Forderung aus dem «faktischen Arbeitsverhältnis bei Y» an die Klägerin ab. Die Klägerin macht gegenüber der Z (Beklagte) eine Lohnzahlung von netto Fr. 94 000.– geltend (entsprechend 47 Monaten zu Fr. 2000.00).

Aus den Erwägungen:

1.

a) Wie eingangs angedeutet, ist umstritten, ob vom 1. Dezember 2007 bis zum 31. Oktober 2011 zwischen X und der Beklagten ein seiner Natur nach entgeltliches Arbeitsvertragsverhältnis bestand sowie, gegebenenfalls, in welchem Umfang dies der Fall gewesen und wie dies abzugelten ist. Die Vorinstanz hielt – zusammengefasst – dafür, dass X zwar «gelegentliche Tätigkeiten in geringfügigem Ausmass» für die Beklagte verrichtet habe, dass unter Berücksichtigung der Umstände jedoch von einer Gefälligkeit, resp. der stillschweigenden Vereinbarung einer entschädigungslosen Leistung auszugehen sei.

b) Der (Einzel-)Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Schuldvertrag, der ein Dauerschuldverhältnis zwecks Leistung von Arbeit gegen ein Entgelt unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation begründet (Art. 319 Abs. 1, BSK OR I-PORTMANN, N 1 zu Art. 319 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, N 2 zu Art. 319 OR, S. 71; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 99 f.). Ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist im Einzelfall anhand aller Elemente des Verhältnisses zu beurteilen, wobei die Bezeichnung durch die Parteien oder

die Behandlung durch die Sozialversicherungen irrelevant ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 2 zu Art. 319 OR, S. 72).

Der Abschluss des Arbeitsvertrages ist in aller Regel nicht an eine Form gebunden (Art. 320 Abs. 1 OR); er kommt auch zustande, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR); ist dies der Fall – und die Unentgeltlichkeit nicht explizit vereinbart –, so liegt eine unwiderlegbare Vermutung für den Abschluss eines Arbeitsvertrages vor. Die Norm grenzt die unentgeltliche von der entgeltlichen Arbeit ab, gleichzeitig handelt es sich um eine Schutzvorschrift zu Gunsten des Arbeitnehmers: Bei Stillschweigen über den Lohn soll nicht vorschnell ein Verzicht auf den Lohnanspruch angenommen werden (insb. wenn die Arbeit mit der – später enttäuschten – Hoffnung auf eine besondere Vergütung erfolgte) und die Arbeitsaufnahme bei noch nicht vollständiger Einigung über die wesentlichen Punkte des Vertrages soll dem Arbeitnehmer nicht schaden (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 139 f.; GEISER/MÜLLER, a.a.O., N 260–262). Massgeblich sind die objektiven Umstände und (ausser im Fall der ausdrücklich vereinbarten Unentgeltlichkeit) nicht der tatsächliche oder aufgrund des Vertrauensprinzips ermittelte Parteiwille (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 139 f.; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 17 zu Art. 320 OR).

Bei dieser Abgrenzung von entgeltlicher und unentgeltlicher Arbeit ist danach zu fragen, ob bei Würdigung der objektiven Umstände der Lohn als einziger oder doch wichtigster Grund der Arbeitsleistung bei widerspruchslöser Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis) erscheint (BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 17 zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 140). Das ist für Tätigkeiten gegeben, die man üblicherweise verrichtet, um seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Umstände, die üblicherweise für die Unentgeltlichkeit sprechen, sind i.d.R. Nachbarschaftshilfe, Freundschaftsdienste, nebenamtliche karitative Tätigkeit oder Arbeit aufgrund familienrechtlicher Pflichten. Im Konkubinat bestehen solche Pflichten vorab, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurden; diese können in gewissem Umfang die Mithilfe im Betrieb des Partners oder die Besorgung des gemeinsamen Haushalts umfassen. Die Mitarbeit des Konkubinatspartners vermag die Abschlussvermutung jedenfalls dann zu begründen, wenn sie über den Rahmen familienrechtlicher Beistandspflichten klar hinausgeht (BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar, N 11.b, 3. Spiegelstrich zu Art. 320 OR; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 17, 22 zu Art. 320 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 320 OR, S. 142 f.).

Die Klägerin beruft sich im Prozessverlauf einzig auf ein solches faktisches Arbeitsverhältnis, sie behauptet insbesondere nicht, es sei ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, in dessen Rahmen die Entgeltlichkeit explizit vereinbart resp. eine Lohnvereinbarung getroffen worden wäre. Zu prüfen ist

somit, ob die objektiven Verhältnisse dafür sprechen, dass X – in einem Subordinationsverhältnis resp. in die Arbeitsorganisation der Beklagten integriert – Arbeiten verrichtete, die nur gegen Lohn zu erwarten waren, dabei insbesondere, ob die Ausrichtung eines Lohnes als zumindest wichtigstes Motiv erscheint. Die Bemessungsfaktoren für die Lohnberechnung sind zu prüfen, wenn dies bejaht wird. Die Beweislast hierfür trägt die Klägerin (Art. 8 ZGB), der Beklagten steht der Gegenbeweis offen.

2.

Die Klägerin macht im Rahmen einleitender Bemerkungen geltend, die Vorinstanz habe mit dem angefochtenen Entscheid die Regeln zur Substantiierungs- und Behauptungslast falsch angewendet und die richterliche Fragepflicht verletzt. Sinngemäss hält die Klägerin dafür, die Vorinstanz hätte bei mangelhafter Substantiierung um Ergänzungen nachfragen sollen. Ausgehend von einer ausreichenden Substantiierung der Klage seien sodann die Bestreitungen seitens der Beklagten nicht substantiiert ausgefallen, insbesondere, was den Arbeitsumfang und die Lohnhöhe anbelange. Bezüglich des Umfanges fehle ihr, der Klägerin, auch die Nähe zum Sachverhalt (da sie nicht selbst gearbeitet habe und mit der Zeugin X keinen Kontakt hätte halten dürfen), was die Behauptungslast wiederum zur Beklagten verschiebe.

Die Beklagte hält dem zusammengefasst entgegen, es sei an der Klägerin, die Klage zu substantiieren, diese habe auch Behauptungen aufgestellt zum Arbeitsumfang, die indessen bestritten seien. Es hätte nun an der Klägerin gelegen, den Arbeitsumfang mit Beweisansprüchen und -mitteln zu belegen. Das Gericht habe den vorliegenden Prozessstoff durchaus richtig gewürdigt (wenn auch die als erstellt betrachtete geringfügige Tätigkeit bestritten bleibe). Die fehlende Nähe zum Sachverhalt habe die Klägerin mit der «von ihr gewählten Übungsanlage» zu vertreten.

a) Im – hier geltenden – Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes (Art. 55 Abs. 1 ZPO) obliegt der Klägerin, in der Klageschrift die rechtsbegründenden Tatsachen darzulegen und Beweismittel zu benennen.

Die Behauptungslast besagt, dass die Parteien Behauptungen über die Existenz von nach Ort und Zeit bestimmten Gegebenheiten der Aussenwelt oder des geistigen Innenlebens, von Tatsachen also, aufzustellen haben. Die Behauptungslast trägt die beweisbelastete Partei. Fehlende Sachvorbringen sind den unbewiesenen gleichgestellt – fehlt das Sachvorbringen, so bleibt der Beweis aus und die beweisbelastete Partei trägt im Ergebnis den Nachteil der Beweislosigkeit (HURNI, Berner Kommentar, N 12–15 zu Art. 55 ZPO; BGer 4C.166/2006 E. 3). Welche Tatbestandselemente zu behaupten sind, ergibt sich durch Auslegung aus der Sachnorm, auf welche die klagende Partei ihre Rechtsbegehren stützt. Die Behauptungslast erfordert das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen und widerspruchsfreien Tatsachenvortrags, der – sofern er als bewiesen angenommen würde – den Schluss auf die angekehrte Rechtsfolge zuliesse (BGer 4A_144/2009 E. 3.2, 4A_210/2009 E. 3.2; BK-HURNI, N 17–20 zu Art. 55 ZPO). Darüber hinaus trifft die beweisbelastete Partei, abhängig von der Reaktion der Gegenpartei, die Substantiierungs-

last. Diese verlangt, den durch gegnerische Bestreitungen ungenau gewordenen Tatsachenvortrag so weit zu konkretisieren, bis er wiederum als subsumtionsfähig und schlüssig gelten kann. Die Vorbringen sind nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BK-HURNI, N 23–25 zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO Komm., N 25 f. zu Art. 55 ZPO; zum Ganzen auch KILLIAS, Berner Kommentar, N 21 f., 29 zu Art. 221 ZPO). Die Schlüssigkeit des Tatsachenvortrags ist sodann Voraussetzung des Beweisanspruchs: Ist der klägerische Tatsachenvortrag nicht schlüssig, so ist die Klage ohne Beweisverfahren abzuweisen. Insbesondere dient das Beweisverfahren nicht dazu, eine lückenhafte Sachdarstellung zu vervollständigen, um die notwendigen schlüssigen Tatsachenbehauptungen zu gewinnen (BK-HURNI, N 28 f. zu Art. 55 ZPO).

Gegenstück der Behauptungslast ist die Bestreitungslast. Bestreitet eine Partei die Tatsachenbehauptung ihres Gegners nicht, so gilt die Tatsache als unbestritten. Ist der Tatsachenvortrag der klagenden Partei schlüssig, so liegt es an der beklagten Partei, diesen zu bestreiten. Dem ist Genüge getan, wenn die Bestreitung bei Unterstellung ihrer Wahrheit das gegnerische Begehren als unbegründet erscheinen liesse und zur Abweisung der Klage führen würde. Die Bestreitung ist insofern zu detaillieren, als klar werden muss, welche Tatsachenbehauptungen im Einzelnen anerkannt oder bestritten sind, doch muss sie nicht gleichermassen substantiiert wie die Behauptung erfolgen; es genügt, wenn sie so weit konkretisiert wird, als notwendig ist, um den Behauptungsbelasteten zu der ihm obliegenden Beweisführung zu veranlassen. Die Bestreitungslast führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast (BK-HURNI, N 39 f. zu Art. 55 ZPO).

Schliesslich trifft jede beweisbelastete Partei die Beweisführungslast: Die Partei hat die Beweismittel für die von ihr behaupteten Tatsachenbehauptungen zu benennen, zu beantragen und anzubieten, wobei anzugeben ist, welches Beweismittel für welche Tatsachenbehauptung Beweis liefern soll (Art. 55 Abs. 1 a.E. ZPO; Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; BK-HURNI, N 45 zu Art. 55 ZPO). Die Beweismittel sind genau zu bezeichnen, es ist unzureichend, einen ganzen Sachverhaltskomplex zu behaupten und lediglich auf einen Stoss Akten oder eine Anzahl Zeugen zu verweisen. Auch bei mehrseitigen Dokumenten ist die relevante Stelle zu bezeichnen (BK-KILLIAS, N 29 zu Art. 221 ZPO).

b) Der Klägerin ist insofern beizupflichten, als sich die Substantiierungserfordernisse aus der angerufenen Rechtsnorm und dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei ergeben. Indessen verkennt sie den Umfang der ihr obliegenden Beweis- und damit Behauptungslast, wenn sie aufgrund der angerufenen Norm bloss Lohnhöhe und Arbeitszeit, also einzig die Bemessungsfaktoren des Lohnes (nicht aber die Einordnung in die Arbeitsorganisation und die Grundlagen zur Annahme, die Leistung erfolge entgeltlich, als Voraussetzungen der Vermutung eines Arbeitsvertragsverhältnisses) als we-

sentlich erachtet. Der Klägerin war nach Eingang und Studium der Klageantwort bekannt, welche Punkte der Klage bestritten waren. Damit kannte sie das massgebliche prozessuale Verhalten der Gegenpartei und es war grundsätzlich ihre Obliegenheit, daraus zu analysieren, welche Punkte der weiteren Substantiierung in der Replik bedurften.

In der Klageantwort bestritt die Beklagte jegliche Arbeitsleistung X' in ihrem Betrieb, wobei sie über mehrere Seiten hinweg zu den Beweisanträgen der Klägerin Stellung bezog und eigene Anträge begründete. Es ist nicht nachvollziehbar, wie die Klägerin zum Schluss kommt, die Beklagte sei ihrer Bestreitungslast bezüglich des Arbeitsumfanges nicht nachgekommen, insbesondere ist die Beklagte, welche die Arbeitstätigkeit insgesamt substantiiert bestreitet, nicht verpflichtet, «zumindest Jahr für Jahr anzugeben, welchen Arbeitsumfang sie anerkennt und welche der administrativen Tätigkeiten für die Beklagte diese Anerkennung umfasst». Gleiches gilt es zur Frage der Lohnhöhe zu sagen, zu welcher die Klageschrift «verschiedene Denkansätze» bereitstellte, die indessen nicht mit Beweisanträgen verknüpft waren: Die Beklagte hat sich dazu geäußert und – zusammengefasst – die Substantiierung der behaupteten Lohnansätze in Frage gestellt. Eine Pflicht einer Beklagten, bei völliger Bestreitung eines Lohnanspruches und Infragestellen der genügenden Substantiierung der Berechnungsansätze «sich dazu zu äussern, in welcher Höhe sie einen Stundenlohn anerkennen würde», gibt es nicht. Die Klägerin versucht in diesen beiden Punkten letztlich, über ihre Interpretation des Instituts der Bestreitungslast eine Umkehr der Beweis- und Behauptungslast zu erreichen, insbesondere für die Frage der Lohnhöhe, bei welcher kritisch ist, ob die Klage den Anforderungen der Beweisführungslast gerecht wird. Gleiches beabsichtigt sie mit der Annahme, die Behauptungslast verschiebe sich zur Beklagten, denn ihr, der Klägerin, fehle die Nähe zum Sachverhalt – es ist nicht vorstellbar, dass die Beklagte, die eine Arbeitsleistung schlichtweg bestreitet, ernsthaft verpflichtet werden kann, anstelle der Klägerin den Inhalt der Arbeitsleistung zu behaupten. Davon abgesehen ist das Vorbringen der Klägerin in diesem Punkt widersprüchlich, behauptet sie doch in der Berufung ebenfalls, dass sie diese Behauptungen durchaus vorzubringen in der Lage gewesen wäre, hätte man sie nur danach gefragt.

Insgesamt ist aus den Ausführungen der Klägerin nicht erkennbar, inwiefern die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Regeln der Behauptungs- resp. Bestreitungslast falsch angewandt haben sollte.

c) Es sind mehrere Milderungen der Behauptungslast resp. des Verhandlungsgrundsatzes gängig (BK-HURNI, N 30 ff. zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO Komm., N 36 ff. zu Art. 55 ZPO); die Klägerin beruft sich einzig darauf, die Vorinstanz sei ihrer Fragepflicht nicht nachgekommen. Der Einwand der Klägerin auf den Vorhalt, sie wolle einen unerlaubten Ausforschungsbeweis führen, es sei ja Allgemeinwissen, welche Geschäftsunterlagen zur Edition gemeint seien, verweist nicht auf Notorietät (BK-HURNI, N 31 zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO Komm.,

N 38 ff. zu Art. 55 ZPO), sondern ist im Rahmen des Rechts auf Beweis, in dem er auch vorgebracht wurde, zu behandeln.

Die Möglichkeiten des Gerichts, der Klägerin im Rahmen der Fragepflicht (Art. 56 ZPO) Anleitung zur Nachbesserung zu geben, sind begrenzt. Auch die Fragepflicht setzt voraus, dass ein bestimmter Sachverhalt zumindest andeutungsweise behauptet wird, aber noch gewisser Vervollständigung bedarf. Fehlt eine Tatsachenbehauptung auch andeutungsweise, besteht kein Anlass nachzufragen (BK-HURNI, N 10 zu Art. 56 ZPO; BK-KILLIAS, N 26 zu Art. 221 ZPO; SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO Komm., N 19 zu Art. 56 ZPO). Voraussetzung ist sodann, dass die Vorbringen der Partei unklar, widersprüchlich, unbestimmt oder offensichtlich unvollständig sind und dies nicht auf prozessualer Unsorgfalt beruht – unsorgfältige Prozessführung darf durchaus den Rechtsverlust nach sich ziehen (BK-HURNI, N 26 zu Art. 56 ZPO). Die Rüge der Verletzung der Fragepflicht dringt von vornherein nur durch, wenn die Partei glaubhaft machen kann, dass die korrekte Ausübung der Fragepflicht zu einem für sie günstigen Ausgang des Verfahrens geführt hätte, wobei sie aufzeigen muss, welche Reaktion sie auf die unterbliebenen Fragen abgegeben hätte (BK-HURNI, N 46 zu Art. 56 ZPO).

Die Klägerin beruft sich bei der Rüge der verletzten Fragepflicht auf ihre prozessuale Unbedarftheit als Laiin als Ursache ungenügender Substantiierung. Indessen hatte die Klägerin die Substantiierungsmängel erklärtermassen selber erkannt, im gleichen Zug auf die Rechtsfigur der unbezifferten Forderungsklage Rückgriff genommen und will auch konkret auf die Reaktion der Beklagten Bezug nehmen. Sie machte damals alles andere als den Eindruck, auf Hilfeleistungen seitens des Gerichts resp. Hinweise auf Substantiierungsmängel angewiesen zu sein – und macht es auch heute nicht, wenn sie Ausführungen zur Behauptungs- und Bestreitungslast mit rechtshistorischen Exkursen unterlegt (vgl. SUTTER-SOMM/VON ARX, ZPO Komm., N 28 ff. zu Art. 56 ZPO; BK-HURNI, N 18 und 26 ff. zu Art. 56 ZPO).

Davon abgesehen gelingt der Klägerin nicht, glaubhaft zu machen, dass eine Aufforderung zur Nachbesserung zu einem für sie günstigeren Ausgang des Verfahrens geführt hätte. Im Wesentlichen bemängelte die Vorinstanz, die Klägerin habe den Inhalt und den Umfang der Arbeitstätigkeit ungenügend substantiiert. Die Präzisierung ihrer Behauptung, welche die Klägerin laut der Berufung auf (unterbliebene) richterliche Frage hin vorgenommen hätte, ist insofern unvollständig, als sie die Frage des zeitlichen Umfanges vernachlässigt. Der Verweis darauf, dass diese «der Beklagten aus der vorsorglichen Beweisabnahme bestens bekannt» sei, geht fehl, denn das Gericht (und nicht die Gegenpartei) prüft die Substantiierung; und dabei erwies sich der abgenommene Beweis – die Aussage der Zeugin – eben gerade in diesem Punkt als unpräzis. Am Inhalt der Zeugenaussage änderte diese Aufstellung nichts und hätte die Würdigung, dass die Zeugin eben nur vage und ungenau über die Tätigkeit Auskunft gegeben hätte, nicht beeinflusst. Auffällig ist nicht nur, dass die Liste gegenüber den Behauptungen der Klage zu einzelnen Arbeiten (welche die Vorinstanz in Kleinarbeit weitgehend aus den

Beweisanträgen extrahierte) sehr umfassend, geradezu universal, ausfällt; auch ist nicht dargelegt, mit welchen weiteren Beweisen diese Liste hätte verknüpft sein sollen.

Unbehelflich ist auch die Präzisierung der Klägerin zum Antrag auf Edition von Geschäftsunterlagen. Die Vorinstanz hatte die beantragte Edition der «für die Administration verwendeten Dokumente [...] in elektronischer Form und Papierform» und «sämtliche[r] Dokumente aus der Buchhaltung und Personaladministration» abgelehnt, weil sie nicht mit einer Tatsachenbehauptung verknüpft und zu wenig spezifiziert seien. In der Berufung geht die Klägerin auf den Vorhalt, es fehle an einer Verknüpfung mit einer Tatsachenbehauptung, nicht ein und führt – mit der Bemerkung, es sei ja Allgemeinwissen, was für Unterlagen gemeint seien – in einer Liste auf, was in ihren Augen gemeint sei. Diese Liste ist so unbestimmt und gleichzeitig umfassend, dass sie identisch mit dem Antrag auf Edition «sämtlicher» Unterlagen ist. Die Präzisierung, welche die Klägerin auf richterliche Nachfrage geliefert hätte, entspräche mit anderen Worten dem ursprünglich geforderten. Die Wiederholung des unzureichenden Antrags in anderer Formulierung ändert an dessen Beurteilung klarerweise nichts.

(...)

4. (...)

e) In E. III.5 des angefochtenen Entscheides widmet sich die Vorinstanz der Frage, ob eine Arbeitsleistung genügend nachgewiesen sei. Sie umreisst in lit. a diesen Gegenstand, um sodann in lit. b die vorliegenden Beweise zu würdigen und in lit. c zu den weiteren Beweisanträgen Stellung zu nehmen.

aa) Zur einleitenden lit. a führt die Klägerin aus, es gehe nun um die Kernfrage, ob bei einer integralen Bestreitung der Arbeit angenommen werden dürfe, der behauptete Umfang sei implizit auch genügend bestritten. Die Beklagte habe die «Frage Arbeitsverhältnis ja oder nein zum Prozessstoff gemacht» und Umfang und Wert der Arbeit nicht substantiiert bestritten, womit sie das Recht verwirkt habe, dass über den Umfang der Arbeit Beweis geführt werde. Es sei auf ihre substantiierten klägerischen Ausführungen abzustellen, da keine substantiierte Bestreitung vorliege.

Die Klägerin erkennt die ihr aufgrund der Sachnorm obliegende Beweislast insofern, als sie anzunehmen scheint, es genüge, irgendeine Tätigkeit zugunsten der Beklagten nachzuweisen. Unter Verweis auf E. III.2 ist daran zu erinnern, dass es vorab ihr, der Klägerin, obliegt, zu behaupten, zu substantiieren und zu beweisen, dass X in der betrieblichen Organisation der Beklagten eine Arbeitstätigkeit wahrnahm, welche gemäss den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten war. Soweit notwendig, schliesst dies einen entsprechenden Umfang mit ein. Bestreitet die Beklagte eine Arbeitstätigkeit i.S.v. Art. 320 Abs. 2 OR überhaupt, so bringt sie damit zum Ausdruck, auch keinen konkreten Umfang anzuerkennen; erfolgt die Bestreitung substantiiert, so verbleibt die Beweislast bei der Klägerin. Nicht wesentlich ist dabei entgegen der klägerischen Annahme, ob es «im Interesse des Gerichtes» sei,

dass sie, die Klägerin, damit «zu ausufernden Darstellungen und Beweisanträgen» gezwungen wäre. Das Gericht hat bei der Verteilung der Beweis(führungs-)last keine eigenen Interessen zu berücksichtigen.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e chambre civile, Arrêt du 27 janvier 2015 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 14 mai 2014)

Art. 22 LEtr et art. 342 CO. Un étranger ne peut être admis en vue de l'exercice d'une activité lucrative qu'aux conditions de rémunération et de travail usuelles du lieu, de la profession et de la branche. La décision rendue par l'autorité administrative compétente constitue une obligation de droit public qui oblige l'employeur à respecter les conditions fixées, en particulier salariales. Conformément à l'art. 342 al. 2 CO, le travailleur peut agir devant les juridictions civiles compétentes pour obtenir l'exécution de cette obligation (c. 5).

Art. 361 CO. Le salaire fixé par l'autorité administrative lie l'employeur pendant toute la durée du rapport contractuel. Les parties ne peuvent y déroger en défaveur du travailleur de sorte que leur liberté contractuelle est limitée en conséquence (c. 6).

Les créances salariales que le travailleur peut déduire d'une décision administrative repose sur une obligation de droit public. Dans un tel cas, le délai de prescription de cinq ans ne commence pas à courir à la fin de chaque mois mais uniquement dès la fin du rapport contractuel. Selon l'art. 339 al. 1 CO, à la fin du contrat de travail, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles (c. 7).

Ritenuto in fatto (estratti):

AO 1, cittadino italiano domiciliato in Italia a Luino, è stato assunto il 19 gennaio 2006 dall'agenzia di collocamento privato AP 1 come operaio per un incarico presso la ditta X. Il contratto base, per il quale è stato concessa l'autorizzazione dell'allora Ufficio regionale degli stranieri (permesso G CE/AELS) prevedeva un grado di occupazione al 100% a durata indeterminata e 45 ore di lavoro settimanali retribuite a fr. 17.15 all'ora. Il rapporto di lavoro è terminato il 31 gennaio 2008. Fra le stesse parti contrattuali sono in seguito stati stipulati ulteriori contratti di incarico, sempre per impiego presso la medesima ditta X., il 19 gennaio 2006, l'11 maggio 2006, il 7 giugno 2006 e l'8 settembre 2006, con uno stipendio di fr. 13.50 all'ora e un termine di 3 mesi oltre il quale il contratto veniva «considerato come prolungato per una durata indeterminata». Per tutta la durata del contratto, dal 19 gennaio 2006 fino al 31 gennaio 2008, il lavoratore è stato retribuito sulla base di fr. 13.50 all'ora.

AO 1 ha convenuto il 22 aprile 2013 AP 1 davanti alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, chiedendone la condanna al versamento di fr. 11'838.85 oltre interessi a titolo di differenza tra lo stipendio autorizzato dall'Ufficio regionale degli stranieri e quello effettivamente percepito, prevalendosi dell'art. 342 cpv. 2 CO. La convenuta si è opposta alla petizione nelle osservazioni del 29 maggio 2013, rilevando che le pretese sino al 24 gennaio 2008 erano prescritte e che comunque fino al 31 dicembre 2011 vigeva la libertà contrattuale nel settore del prestito di personale, senza obbligo di minimi salariali. La convenuta ha inoltre precisato di aver già versato nell'agosto 2011 la differenza di salario per il primo incarico attribuito all'attore. All'udienza per il dibattimento, tenutasi il 9 settembre 2013, l'attore ha ridotto la propria pretesa a fr. 10'629.85, per tener conto del versamento da parte della convenuta, e in replica ha ribadito la propria residua pretesa.

Con sentenza 14 maggio 2014 il Pretore di Lugano ha accolto parzialmente la petizione e ha condannato la convenuta a versare all'attore fr. 10'629.85 oltre interessi. La convenuta è insorta contro il giudizio pretorile con appello 5 giugno 2014.

Considerato in diritto (estratti):

3.

Nella propria decisione il Pretore ha accertato che il contratto di lavoro tra l'agenzia di collocamento privata e il lavoratore non era retto dal contratto collettivo di lavoro CCL per il settore del prestito di personale, entrato in vigore il 1° gennaio 2012, e che il contratto di lavoro notificato a suo tempo all'Ufficio regionale degli stranieri prevedeva uno stipendio orario di fr. 17.15 orari dal 20 gennaio 2006. Ne ha dedotto, il primo giudice, che il datore di lavoro aveva l'obbligo di rispettare il salario approvato dall'autorità amministrativa per il lavoratore straniero, sulla base di un obbligo di diritto pubblico. Ha in seguito negato che l'attore avesse abusato del proprio diritto per aver atteso la fine del rapporto contrattuale prima di chiedere la differenza di salario, riferendosi all'art. 341 CO. Infine, ha negato che la pretesa fosse prescritta, in quanto l'esigibilità poteva essere stabilita al 31 gennaio 2008, data di cessazione del rapporto di lavoro, poiché l'oggetto della causa non erano gli stipendi ricorrenti ma la prestazione di diritto pubblico che li riassume.

4.

L'appellante rimprovera al Pretore di aver ritenuto applicabile alla fattispecie l'art. 342 cpv. 2 CO e di aver arbitrariamente fissato alla data di cessazione del rapporto di lavoro l'esigibilità delle pretese salariali. La prescrizione delle pretese, prosegue l'appellante, è esclusivamente regolata dagli art. 339 cpv. 1 e 341 cpv. 2 CO, con la conseguenza che le pretese dell'attore sono ammissibili, se del caso, solo per il periodo dal 26 gennaio al 7 febbraio 2008, ogni altra pretesa essendo prescritta.

5.

Ai sensi dell'art. 339 cpv. 1 CO tutti i crediti derivanti dal rapporto di lavoro diventano esigibili con la fine del rapporto di lavoro. Le azioni derivanti dal rapporto di lavoro si prescrivono col decorso del termine di cinque anni, secondo l'art. 128 n. 3 CO, al quale rinvia l'art. 341 cpv. 2 CO. Giusta l'art. 342 cpv. 2 CO, il dipendente ha un'azione di diritto civile per ottenere l'adempimento da parte del datore di lavoro di un obbligo di diritto pubblico imposto da prescrizioni federali o cantonali concernenti il lavoro e la formazione professionale. L'art. 22 della Legge federale sugli stranieri (LStr, 142.20) prevede che lo straniero può essere ammesso in Svizzera per esercitare un'attività lucrativa unicamente se sono osservate le condizioni di lavoro e di salario usuali nella località, nella professione e nel settore. L'art. 22 LStr – di carattere imperativo – vincola in primo luogo l'autorità amministrativa, che concede il permesso di lavoro soltanto se il contratto che le viene sottoposto corrisponde alle premesse della medesima disposizione. Una volta emessa tale autorizzazione, il datore di lavoro è tenuto, in virtù di un obbligo di diritto pubblico, a rispettare le condizioni, in particolare il salario approvato dall'autorità amministrativa (DTF 135 III 162 consid. 3.2.1 pag. 166). Conformemente all'art. 342 cpv. 1 CO il lavoratore dispone allora di una pretesa che può essere fatta valere in sede civile (DTF 122 III 110, consid. 4d pag. 114). Il principio del «Paritätslohn», già in vigore con l'OLS (oggi LStr) e l'LDDS (oggi OASA) è tuttora valido (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*: Code annoté, Losanna, 2010, 2^a edizione, ad art. 342 par. 2.2).

6.

Nella fattispecie l'attore è un cittadino italiano domiciliato in Italia che è stato alle dipendenze della convenuta, agenzia di collocamento privata svizzera, dal 20 gennaio 2006 al 31 gennaio 2008. L'autorità amministrativa competente (all'epoca l'Ufficio regionale degli stranieri) ha rilasciato il permesso per confinanti G sulla base del contratto di lavoro, secondo il quale il dipendente riceveva uno stipendio orario di fr. 17.15 per l'attività presso una ditta farmaceutica (cf. incarto richiamato dall'Ufficio della migrazione). Tale stipendio è da considerare vincolante per tutta la durata del rapporto contrattuale tra le parti, che non possono derogarvi a svantaggio del lavoratore con accordi successivi stipulanti un salario inferiore (art. 361 cpv. 1 CO). La libertà contrattuale tra privati sul salario è di conseguenza limitata in tale misura (DTF 129 III 618 consid. 5.1; WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., pag. 96; STAEHLIN, *Zürcher Kommentar*, Zürich, 2014, 4^a edizione, ad art. 342 CO n. 16). Secondo il contratto di lavoro sottoposto alle competenti autorità amministrative, il rapporto di lavoro fra le parti ha avuto inizio il 19 gennaio 2006 ed è terminato, senza mai essere interrotto, il 31 gennaio 2008. Il salario orario previsto nei contratti di incarico successivi, sempre presso la medesima ditta farmaceutica ma per un importo inferiore, non è dunque valido e l'attore ha dunque diritto al salario orario di fr. 17.15, in applicazione dell'art. 342 cpv. 2 CO.

7.

Il quesito che si pone nella fattispecie è quello di sapere se la pretesa dell'attore di ottenere la differenza tra il salario ricevuto e quello dovuto in base a un obbligo di diritto pubblico, è prescritta, come sostiene l'appellante. Non è contestato che lo stipendio pattuito di fr. 13.50 orari è stato versato. Come esposto con pertinenza dal Pretore, alle cui argomentazioni si può rinviare, la pretesa dell'attore di ottenere la differenza di salario (fr. 3.65 orari) poggia su un obbligo di diritto pubblico e non riguarda quindi i singoli salari versati mensilmente ma l'insieme delle pretese derivanti dal rapporto contrattuale. Ne deriva che il credito fondato su un obbligo di diritto pubblico è diventato esigibile alla fine del contratto di lavoro, il 31 gennaio 2008, come esposto dal primo giudice, conformemente all'art. 339 cpv. 1 CO. Promossa il 25 gennaio 2013, la procedura di conciliazione ha interrotto il decorso del termine di 5 anni (art. 138 cpv. 1 CO) e la pretesa dell'attore non è dunque prescritta.

8.

Il Tribunale federale e la dottrina ritengono che il datore di lavoro possa prevalersi dell'abuso di diritto, trattandosi di lavoratori stranieri, solo in circostanze eccezionali, per non svuotare di significato la protezione garantita al lavoratore dall'art. 341 cpv. 1 CO (DTF 129 III 618 consid. 5.2 pag. 622 e rif. citati). Non costituisce quindi un abuso di diritto il fatto che l'attore ha sottoscritto contratti di incarico temporanei con condizioni salariali inferiori a quelle indicate nei formulari inoltrati alla Sezione cantonale degli stranieri e che ha atteso la fine del rapporto di lavoro per far valere le sue pretese (DTF 129 III 618 pag. 623). Né costituisce abuso di diritto l'avvio della procedura giudiziaria all'estremo limite del termine di prescrizione quinquennale.

9.

In conclusione, quindi, la decisione del Pretore regge alle critiche e l'appello deve essere respinto. (...)

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^e chambre civile, Arrêt du 7 juillet 2015 (Rejet de l'appel principal et de l'appel incident interjetés contre la décision du Préteur du district de Lugano du 18 août 2014)

Art. 335 CO. Le fait que le travailleur atteigne l'âge de la retraite n'implique pas automatiquement la fin du contrat de travail, à moins que cela soit prévu dans une disposition contractuelle ou réglementaire. Une telle disposition peut notamment résulter d'une clause contractuelle qui renvoie à un règlement de prévoyance dans lequel il est expressément prévu que la fin du contrat de travail découle de l'atteinte d'un âge déterminé. Hormis ces cas, la fin du contrat de tra-

vail nécessite la notification d'une résiliation dans le respect des délais contractuels ou légaux (c. 3).

La résiliation du contrat de travail doit être claire et précise quant à la volonté de son auteur de mettre fin au rapport de travail. S'il subsiste un doute, conformément aux critères habituels d'interprétation, il convient d'interpréter selon le principe de la confiance la déclaration de volonté de la partie qui a notifié la résiliation. Il résulte des principes généraux que le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié librement par les parties pour autant qu'elles respectent les délais de congé contractuels ou légaux. Ainsi, la résiliation peut être donnée pour un motif quelconque, et même sans motif (c. 6).

Ritenuto in fatto (estratti):

Dal 12 febbraio 2004 al 31 dicembre 2009 il dr. med. AO 1 ha lavorato alle dipendenze del Gruppo Ospedaliero X. quale medico assistente presso la Clinica Y. Con scritto 22 dicembre 2004 la datrice di lavoro ha informato il collaboratore dell'entrata in vigore, dal 1° gennaio 2005, di un nuovo contratto collettivo di lavoro, il quale prevedeva dei cambiamenti nella determinazione del salario e nel calcolo della previdenza professionale, tali da richiedere un modifica contrattuale e quindi l'accordo del dipendente. Dal 1° gennaio 2010 il dr. med. AO 1 ha continuato la sua attività di medico assistente presso la Clinica Z. Le parti hanno pattuito un salario lordo mensile di fr. 9828.– per 13 mensilità (in realtà venivano poi corrisposti fr. 9857.–), a cui si aggiungevano un'indennità forfettaria per lavoro straordinario di fr. 1000.– per 12 mensilità, fr. 400.– a titolo di assegni per i figli e fr. 150.– di indennità per economia domestica. Il rapporto di lavoro, di durata indeterminata, poteva essere disdetto per iscritto con un termine di preavviso di tre mesi per la fine del mese.

Con scritto 9 novembre 2011 la datrice di lavoro ha comunicato al dipendente che «il rapporto di lavoro con il nostro Gruppo Ospedaliero prenderà termine il prossimo 30 novembre 2011 al raggiungimento della sua età di pensionamento». Con lettera 1° dicembre 2011 il dr. med. AO 1, per il tramite del suo legale, ha contestato la fine del rapporto di lavoro, sostenendo che il contratto non prevedeva una cessazione automatica al raggiungimento dell'età pensionabile e che quindi esso era ancora in vigore, dando nel contempo la sua disponibilità a continuare la propria attività lavorativa. Il successivo scambio di corrispondenza tra i rispettivi legali delle parti non ha permesso di raggiungere un accordo, riaffermando ognuno il ben fondato delle antitetiche posizioni. A seguito della manifestazione di volontà del dr. med. AO 1 di riprendere la propria attività lavorativa, la datrice di lavoro con scritto 31 maggio 2012 ha ribadito la sua intenzione di interrompere il rapporto di lavoro, già concluso con il raggiungimento dell'età di pensionamento.

Fallito il preventivo tentativo di conciliazione, con petizione 30 novembre 2012 il dr. med AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2, per ottenerne la condanna al versamento di fr. 123'575.90 oltre interessi a titolo di pretese salariali non corrisposte. Esperita l'istruttoria, le parti hanno rinunciato a comparire al dibattimento finale, l'attore riducendo le proprie pretese a fr. 108'725.90 oltre interessi. Con sentenza 18 agosto 2014 il Pretore ha parzialmente accolto la petizione, condannando la convenuta a pagare all'attore l'importo di fr. 34'673.75 a titolo di salario ed indennità per il periodo dal 1°dicembre 2011 al 29 febbraio 2012, oltre interessi.

Con appello 3 ottobre 2014 la convenuta chiede, in via principale, di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere la petizione. Con risposta e appello incidentale 24 novembre 2014 l'attore chiede di respingere l'appello e di modificare la pronuncia pretorile nel senso di accogliere la petizione per fr. 101'950.55 oltre interessi legali di mora a far tempo da ogni scadenza salariale mensile.

Considerato in diritto (estratti):

2.

Nella propria sentenza il Pretore ha dapprima esaminato la controversa questione a sapere se il rapporto di lavoro tra le parti era cessato con il sopraggiungere dell'età di pensionamento dell'attore. Egli ha dapprima appurato che l'art. 13 del regolamento LPP prevede il diritto ad un rendita di vecchiaia vitalizia al raggiungimento dell'età di pensionamento ordinaria (fissata dall'art. 4 cpv. 2 del medesimo regolamento al compimento dei 64 anni per le donne e dei 65 anni per gli uomini) nonché la possibilità, con l'appendice al regolamento, di posticipare il pensionamento al più tardi dopo il compimento dei 70 anni. Il primo giudice ha poi accertato che nel contratto-tipo di lavoro per medico assistente la fine del contratto non viene espressamente indicata e che neppure l'atto di assunzione permette di stabilire il termine di fine contratto. Secondo il giudice di prime cure inoltre dall'istruttoria è emerso chiaramente come l'attore avesse espresso la volontà, e fosse convinto, di continuare la propria attività presso la convenuta nonostante il raggiungimento dell'età pensionabile. Sulla base di questi elementi, il primo giudice ha ritenuto, da un lato, non provato che il contratto di lavoro concluso tra le parti in causa venisse a terminare automaticamente con il sopraggiungere dell'età di pensionamento dell'attore e, dall'altro lato, non necessario stabilire se il regolamento LPP era o meno da considerare come parte integrante del contratto di lavoro, siccome non avrebbe condotto a diversa conclusione. Il Pretore ha in seguito stabilito che con scritto 9 novembre 2011 la convenuta ha palesamente espresso la volontà di rescindere il contratto che lo legava all'attore, ma visto che la motivazione a sostegno della disdetta (raggiungimento dell'età di pensionamento) non permetteva la sua rescissione automatica, la convenuta era tenuta a rispettare il termine contrattuale di disdetta di

tre mesi e che di conseguenza la fine del rapporto tra le parti in causa andava fissato alla fine del mese di febbraio 2012, ciò che comportava per la convenuta l'obbligo di pagare all'attore il salario e le altre retribuzioni ed indennità previste dal contratto fino a tale data. Il giudice di prime cure ha quindi riconosciuto all'attore fr. 30'483.45 (3 mesi di salario mensile e d'indennità per lavoro straordinario), fr. 2540.30 (quota parte di tredicesima), fr. 1200.– (assegni figli) e fr. 450.– (indennità di famiglia).

I.

Sull'appello principale

3.

La convenuta rimprovera al Pretore un errato accertamento dei fatti per non aver ritenuto provato che il contratto di lavoro si è concluso automaticamente con il compimento dell'età di pensionamento dell'attore, fissata in modo chiaro dal regolamento LPP a 64 anni per le donne e 65 per gli uomini. L'appellante censura in particolare l'interpretazione dell'art. 13 del regolamento LPP eseguita dal Pretore, che a suo dire ha considerato la possibilità di prolungare l'età pensionabile prevista dal cpv. 4 del citato articolo per negare l'estinzione automatica del contratto con il compimento dell'età di pensionamento, senza tener conto che tale possibilità deve essere formalizzata in un'appendice al regolamento, ciò che non è mai avvenuto nel caso concreto. Sennonché il primo giudice, seppur in modo molto sintetico, ha invero ritenuto inutile pronunciarsi sulla questione a sapere se il regolamento LPP era o meno da considerare come parte integrante del contratto di lavoro, siccome la risposta a tale quesito non avrebbe condotto a diversa conclusione, ossia che il contratto di lavoro concluso tra le parti non veniva a terminare automaticamente con il sopraggiungere dell'età di pensionamento dell'attore. Formulando la propria censura l'appellante sembra, quindi, non comprendere appieno la corretta motivazione pretorile e non vi si confronta risultando già per tale motivo irricevibile (art. 311 cpv. 1 CPC). Ad ogni modo la critica risulta comunque infondata anche nel merito. Come ha ricordato il Pretore nella sentenza impugnata, infatti, il raggiungimento dell'età pensionabile non comporta automaticamente la fine del contratto di lavoro (sentenza del Tribunale federale 4A_311/2009 del 8 ottobre 2009, consid. 3.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^a ed., Zurigo 2012, N4 ad art. 335 CO, pag. 896; WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^a ed., Berna 2014, pag. 619). Affinché il rapporto di lavoro termini con il sopraggiungere dell'età pensionabile del lavoratore occorre una disposizione contrattuale o regolamentare esplicita in tal senso (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2^a ed., Losanna 2010, n. 1.6 ad art. 335; STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 4^a ed, Zurigo 2013, n.12 ad art. 334 pag. 80); a tal proposito il rinvio nel contratto di lavoro al regolamento di un istituto di previdenza che prevede la cessazione dell'attività lavorativa al raggiungimento di una specifica età pensionabile potrebbe essere sufficiente (DTF 114 II 349 consid. 2). In caso contrario, il pensionamento presuppone un licenziamento osservando i termini di disdetta contrattuali o legali (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH,

op.cit., N4 ad art. 335 CO, pag. 897). Nella fattispecie, come emerge dagli atti ed appurato dal Pretore, il contratto di lavoro per medico assistente e l'atto di assunzione non indicano una durata massima fissata per l'appunto con l'età pensionabile. Neppure il regolamento LPP disciplina la questione in modo esplicito: l'art. 13 cpv. 1 prevede infatti unicamente che *«la persona assicurata ha diritto a una rendita di vecchiaia vitalizia al raggiungimento dell'età di pensionamento ordinaria»*, formulazione questa che non presenta la necessaria chiarezza che dottrina e giurisprudenza richiedono affinché il rapporto di lavoro termini automaticamente con il raggiungimento dell'età di pensionamento del lavoratore. Quindi se anche si volesse ritenere, come sostenuto dall'appellante, che il regolamento LPP fosse parte integrante del contratto, la circostanza non sarebbe comunque atta a sovvertire la conclusione pretorile che il contratto di lavoro concluso tra le parti in causa non è terminato automaticamente con il sopraggiungere dell'età di pensionamento dell'attore. Su questo punto la sentenza del Pretore regge pertanto alle critiche mosse e l'appello, nella misura in cui è ricevibile, risulta quindi infondato e deve essere respinto.

(...)

II.

Sull'appello incidentale

(...)

6.

Con l'appello incidentale l'attore postula la condanna della convenuta al versamento di complessivi fr. 101'950.55 ovvero il riconoscimento, oltre a quanto già stabilito dal primo giudice, di ulteriori fr. 67'276.80 pari ai crediti salariali fino al 30 settembre 2012. Al Pretore viene rimproverata un'errata applicazione degli art. 335 e 335c CO per aver ritenuto lo scritto 9 novembre 2011 quale valida disdetta del contratto di lavoro. L'attore sostiene invero che tale comunicazione non contiene la chiara ed esplicita volontà di rescindere dal contratto, bensì un'errata indicazione sull'interpretazione contrattuale che la datrice di lavoro ha fatto in punto alle conseguenze del pensionamento. L'appellante incidentale ripropone poi la tesi secondo cui solo la lettera del 31 maggio 2012 configura formalmente e materialmente una disdetta del contratto di lavoro, con la conseguenza che, ricevuta all'inizio del mese di giugno 2012 e considerato il termine contrattuale di disdetta di 3 mesi, egli avrebbe diritto allo stipendio e alle indennità pattuite fino alla fine di settembre 2012. La censura dev'essere disattesa. Secondo la dottrina la disdetta del contratto di lavoro deve essere chiara e precisa quanto alla volontà dell'autore di mettere fine al rapporto di lavoro (WYLER/HEINZER, op.cit., pag. 501; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., N2 ad art. 335 CO, pag. 892). Se sussiste un dubbio, conformemente ai criteri abituali d'interpretazione, occorre interpretare la dichiarazione di volontà in base al principio dell'affidamento, ossia ricercando il senso che, secondo le regole della buona fede, poteva o doveva essere ragionevolmente dato dal suo destinatario (WYLER/HEINZER, op.cit., ibidem). Nel caso in esame non vi è

dubbio che qualsiasi controparte in buona fede avrebbe inteso la dichiarazione contenuta nella comunicazione del 9 novembre 2011 come volontà di mettere fine al contratto di lavoro. Le parole utilizzate sono infatti chiare e inequivocabili: «*il rapporto di lavoro prenderà termine*» e ciò indipendentemente dalla motivazione adotta nella disdetta (raggiungimento dell'età di pensionamento), la quale come già evidenziato (consid. 3) impediva unicamente la rescissione automatica del contratto. Di principio, infatti, un contratto di lavoro a tempo indeterminato può essere disdetto dalle parti liberamente, ossequiando unicamente i termini di disdetta contrattuali o legali (art. 335 cpv. 1 CO); la disdetta può perciò essere data per qualsiasi causa, rispettivamente senza causa (DTF 125 III 72; sentenze II CCA 27 febbraio 2012 inc. n. 12.2011.84, 27 novembre 2000, inc. n. 12.2000.107; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 13 ad art. 335 CO). Tutto ciò considerato si deve ritenere che la conclusione alla quale è giunto il Pretore è corretta e l'appello incidentale va pertanto respinto.

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^e chambre civile, Arrêt du 24 juillet 2015 (Admission partielle l'appel interjeté contre la décision du Préteur du 10 octobre 2014)

Art. 5 al. 2 LAVS. Constitue le salaire déterminant au sens des assurances sociales, toute rémunération d'un travail fourni, pour un temps déterminé ou indéterminé, lorsque le versement est lié économiquement au rapport de travail. Ce salaire comprend les prestations régulières en nature (c. 3.2).

Art. 321c al. 3 CO. Le salaire normal déterminant pour calculer la rétribution majorée des heures supplémentaires (supplément de 25%) comprend les indemnités pour les jours fériés, les vacances et le 13^{ème} salaire (c. 4).

Art. 15 al. 2 LTr. Selon la législation sur le travail, les pauses comptent comme travail lorsque le travailleur n'est pas autorisé à quitter sa place. Cette règle ne s'applique pas seulement lorsque l'employeur interdit au travailleur de s'éloigner du lieu de travail, mais également lorsque, même en l'absence de directives expresses de la part de l'employeur, il est *de facto* impossible au travailleur de s'éloigner de son poste de travail pour des raisons inhérentes à l'exécution du travail. Ainsi en va-t-il pour un employé travaillant dans un tunnel lorsque le temps nécessaire pour rejoindre la sortie du tunnel – en l'espèce entre 40 et 70 minutes pour un aller-retour – est incompatible avec une organisation rationnelle du temps de travail (c. 5.2).

Ritenuto in fatto (estratti):

Con contratto 23 maggio 2011 AO 1 è stato assunto in qualità di montatore elettricista dalla società AP 1. Il contratto, di durata indeterminata, prevedeva un salario orario lordo di fr. 34.15 (fr. 27.60 salario base, fr. 0.99 indennità festivi, fr. 2.94 indennità vacanze e fr. 2.63 per tredicesima) e un salario in natura valutato in fr. 33.– al giorno, per un massimo di fr. 990.– al mese, importo deducibile al 100% dal salario. Le parti hanno in seguito sottoscritto un nuovo contratto, in base al quale a partire dal 1° luglio 2011 il salario orario lordo è stato aumentato a fr. 35.– (fr. 28.28 salario base, fr. 1.02 indennità festivi, fr. 3.01 indennità vacanze e fr. 2.69 per tredicesima), la deduzione del salario in natura diminuita al 50% e la funzione modificata in capo squadra. La convenzione collettiva di lavoro (CCL) per il ramo svizzero dell'installazione elettrica e dell'installazione delle telecomunicazioni è stata dichiarata parte integrante degli accordi. Con scritto 19 dicembre 2011 AP 1 ha disdetto il rapporto di lavoro con AO 1 per il 19 gennaio 2012.

Dopo avere ottenuto la necessaria autorizzazione a procedere, con petizione 23 febbraio 2012 AO 1, patrocinato dal sindacato, ha chiesto la condanna di AP 1 al pagamento di fr. 19'200.–, oltre interessi, a titolo di salario, ore straordinarie, vacanze e giorni festivi, lamentando degli errori in merito ai conteggi salariali ricevuti per il periodo maggio 2011 – gennaio 2012. Con sentenza 10 ottobre 2014 la Pretora ha parzialmente accolto la petizione, riconoscendo a AO 1 l'importo di fr. 6743.30 oltre interessi quale differenza tra gli importi versati e quelli dovuti a titolo di salario in natura, ore supplementari e indennità per pause pranzo. Con appello 13 novembre 2014 AP 1 chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di respingere integralmente la petizione.

Considerato in diritto (estratti):

2.

Nella propria sentenza la Pretora ha esposto dottrina e giurisprudenza federale in merito alla definizione di salario ai sensi dell'art. 322 CO, spiegando che esso comprende pure il salario in natura. Sulla base dei due contratti agli atti ha ritenuto che nel caso concreto le parti avessero pattuito un salario in natura per il vitto e l'alloggio valutato in fr. 33.– al giorno, per un massimo di fr. 990.– mensili, deducibile nella misura del 100% nel primo contratto e nella misura del 50% in quello successivo, quindi a partire dal 1° luglio 2011. La prima giudice, sulla base dei conteggi di salario prodotti agli atti per il periodo maggio 2011 – gennaio 2012, ha accertato che la datrice di lavoro aveva tenuto conto del salario in natura solo per stabilire il salario determinante in base al quale calcolare l'entità dei contributi sociali ma non ne aveva tenuto conto per stabilire il salario lordo dal quale procedere con le trattenute degli oneri sociali e delle altre deduzioni, di modo che il salario netto risultava inferiore rispetto a quanto dovuto. La Pretora, tenuto conto del

calcolo errato nella determinazione del salario lordo (che non teneva conto del salario in natura) ha accolto la pretesa vantata dall'attore di fr. 2145.50 a titolo di salario. La giudice di prima sede ha invece confermato le modalità di calcolo in relazione alle deduzioni operate dalla datrice di lavoro in merito alla quota parte di vitto e alloggio a carico del lavoratore e respinto la richiesta dell'attore di computare la restante quota a carico del datore di lavoro quale ulteriore salario lordo. Sulla base dei conteggi di salario agli atti la Pretora ha poi accertato che la datrice di lavoro aveva riconosciuto al dipendente le ore supplementari svolte, che le stesse dovevano essere remunerate e tenendo conto di un supplemento del 25% ma che la remunerazione era avvenuta *«unicamente sulla base del salario di base (Grundlohn) tralasciando le indennità per i festivi, di vacanza e la quota della 13. Mensilità»*. La prima giudice ha quindi riconosciuto all'attore fr. 297.30 a titolo di lavoro straordinario. In applicazione dell'art. 15 cpv. 2 della Legge sul lavoro ha infine accolto la pretesa di fr. 4300.– a titolo di salario per la pausa pranzo.

3.

Con la prima censura di appello la datrice di lavoro contesta le modalità di calcolo applicate dalla Pretora in merito al riconoscimento dell'importo di fr. 2145.50 a titolo di salario.

3.1 L'appellante non contesta la conclusione della Pretora secondo cui i due contratti di lavoro prevedevano, oltre ad un salario in denaro, un salario in natura per il vitto e l'alloggio, valutato in fr. 33.– al giorno per un massimo di fr. 990.– mensili, e che tale prestazione era parte integrante del salario (art. 322 cpv. 1 CO). La datrice di lavoro rimprovera alla prima giudice un'errata modalità di calcolo per avere incluso nella determinazione del salario lordo il corrispettivo in denaro del salario in natura. A suo dire tale importo sarebbe rilevante unicamente per determinare l'entità dei contributi delle assicurazioni sociali e dell'imposta alla fonte ma non dovrebbe essere sommato all'importo del salario in denaro, poiché «la controprestazione del datore di lavoro è già stata fornita con la messa a disposizione dell'alloggio e del vitto».

3.2 Giusta l'art. 322 cpv. 1 CO il datore di lavoro deve pagare il salario convenuto o d'uso o stabilito mediante contratto normale o contratto collettivo. Il salario costituisce la controprestazione del datore di lavoro per il servizio prestato dal dipendente ed il suo ammontare è fissato liberamente dalle parti. La libertà contrattuale è tuttavia limitata dalle restrizioni imposte dalle convenzioni collettive, dai contratti normali di lavoro o da disposizioni di diritto pubblico (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., Berna 2008, p. 175). Il disciplinamento giuridico svizzero sulle assicurazioni sociali impone al datore di lavoro il prelevamento dei contributi sociali dei propri dipendenti su ogni salario ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 LAVS (art. 51 cpv. 1 LAVS). E' considerato salario determinante qualsiasi retribuzione di un lavoro a tempo determinato o indeterminato se il versamento è economicamente legato al rapporto di lavoro (WYLER, *op.cit.*, pag. 177). Esso comprende pure le prestazioni in natura regolari (art. 5 cpv. 2 LAVS e 7 lett. f OAVS). Ne discende che, contra-

riamente a quanto pretende l'appellante, il salario lordo determinante in base al quale calcolare i contributi e dal quale dedurli è comprensivo pure della valutazione monetaria del salario in natura. Nel caso concreto, come rettammente accertato dalla Pretora, la datrice di lavoro ha calcolato l'entità dei contributi sociali sulla base di un salario lordo comprensivo del salario in natura. Essa, malgrado l'indicazione dell'importo del salario in natura su tutti i conteggi, ha sistematicamente omesso di sommarlo, così che l'importo del salario lordo dal quale ha poi effettivamente dedotto i contributi sociali e l'imposta alla fonte è risultato minore rispetto al dovuto. Dai conteggi di salario agli atti risulta che da tale importo (non comprensivo del salario in natura) la datrice di lavoro ha ulteriormente dedotto la quota parte di vitto e alloggio a carico del lavoratore. Tale modo di procedere costituisce una riduzione ingiustificata del salario pattuito. Su questo punto l'appello deve quindi essere respinto, essendo la censura manifestamente infondata.

4.

In merito alle ore supplementari l'appellante non contesta il principio esposto dalla Pretora, secondo cui nella determinazione dell'importo da pagare per le ore supplementari effettuate il salario normale comprende, oltre al salario di base, anche le indennità per i giorni festivi, per le ferie e la tredicesima mensilità. La datrice di lavoro ritiene tuttavia errato il metodo di calcolo applicato dalla prima giudice, la quale ha moltiplicato le ore straordinarie eseguite per l'importo orario totale (salario più indennità per giorni festivi, per ferie e tredicesima) maggiorato del 25%. A tale proposito rinvia ai singoli conteggi mensili, dai quali risulterebbe come la remunerazione delle indennità per giorni festivi, per ferie e della tredicesima mensilità sarebbero state calcolate tenendo conto delle ore totali effettivamente svolte dal dipendente, quindi anche delle ore supplementari. Effettivamente dai conteggi di salario agli atti risulta quanto affermato dalla convenuta, vale a dire che le varie indennità per ferie, per giorni festivi e la tredicesima sono state calcolate tenendo conto anche il numero delle ore supplementari. Il metodo di calcolo applicato dalla datrice di lavoro non tiene però conto del supplemento del 25% che deve essere applicato anche su tali indennità e sulla quota parte di tredicesima, essendo le stesse (come del resto ammesso dalla stessa appellante) componenti del salario normale secondo l'art. 321c cpv. 3 CO (decisione del Tribunale federale 4A_352/2010 del 5 ottobre 2010 consid. 3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, *Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7^a ed., n. 12 ad art. 321c CO). Le modalità di calcolo applicate dalla datrice di lavoro, che ha tenuto conto del supplemento del 25% unicamente sul salario di base (*Grundlohn*) ma non sulle altre componenti del salario, non sono pertanto corrette e a giusta ragione la Pretora ha riconosciuto all'attore il supplemento del 25% su tutte le componenti del salario. Dall'importo riconosciuto dalla prima giudice bisogna tuttavia dedurre quello già calcolato dalla datrice di lavoro (senza tenere conto del supplemento) a titolo di indennità per ferie, giorni festivi e di tredicesima mensilità, ritenuto che dai diversi conteggi di salario risulta che tali indennità e la tredicesima

sono state calcolate sulla base delle ore totali svolte (e quindi anche delle ore supplementari). Dagli importi riconosciuti nel giudizio impugnato, sulla base dei contratti e dei conteggi di salario agli atti, e considerato che il numero di ore supplementari effettuate dall'attore non è contestato, devono essere dedotte varie somme. [...]. Ne discende che la datrice di lavoro deve versare a AO 1 l'importo complessivo di fr. 66,45 (fr. 297.30 ./ fr. 230,85) a titolo di lavoro straordinario. La sentenza impugnata deve di conseguenza essere riformata.

5.

Con l'ultima censura l'appellante rimprovera alla Pretora un'errata interpretazione dell'art. 15 cpv. 2 della Legge federale sul lavoro (in seguito LL) per avere considerato le pause di mezzogiorno come tempo di lavoro retribuito, poiché il lavoratore era *de facto* impossibilitato a lasciare il posto di lavoro. A suo dire, la norma sarebbe applicabile unicamente nel caso in cui è il datore di lavoro a non permettere al dipendente di allontanarsi dal posto di lavoro perché possa ad esempio essere disponibile per dei controlli, per degli interventi urgenti o altre necessità, ma non quando il motivo dell'impossibilità a lasciare il posto di lavoro è dovuto a delle circostanze che non possono essere imputate al datore di lavoro, come nel caso in esame. Il fatto che l'attore fosse *de facto* impossibilitato a lasciare il posto di lavoro per la pausa pranzo è dovuto all'assoluta particolarità dell'intervento in galleria ma non può essere imputato al datore di lavoro poiché quest'ultimo «non può in alcun modo intervenire in questi tempi a libera disposizione del lavoratore» (appello, pag. 7).

5.1 In assenza di una regolamentazione privata circa la remunerazione delle pause, queste valgono come tempo di lavoro pagato unicamente nel caso in cui al lavoratore non è permesso lasciare il posto di lavoro (art. 15 cpv. 2 LL). È considerato posto di lavoro qualsiasi luogo nell'azienda o fuori della stessa ove il lavoratore deve rimanere per eseguire il lavoro assegnatogli (art. 18 cpv. 5 OLL1). Le pause servono al riposo, all'alimentazione e al recupero delle forze (MÜLLER, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (ed.), *Loi sur le travail*, Berna 2005, n. 7 ad art. 15 LL). È considerata pausa ai sensi della legge sul lavoro ogni interruzione del lavoro che può essere sfruttata dai lavoratori per riposarsi e nutrirsi. Non sono invece considerate pause le interruzioni di lavoro per motivi tecnici in procedimenti di lavoro che non consentono di riposarsi, ad esempio perché vi è troppo poco tempo o perché non è possibile stabilire in anticipo quando si riprenderà il lavoro (SECO, *Indicazioni relative all'ordinanza 1 concernente la legge sul lavoro*, art. 18 OLL1 pag. 118-1). In questi casi se i lavoratori possono riposarsi e rifocillarsi in condizioni igieniche idonee, la pausa è ritenuta accordata ma deve essere considerata come tempo di lavoro ai sensi dell'art. 15 cpv. 2 LL (SECO, *Indicazioni relative alla Legge sul lavoro*, art. 15 LL pag. 015-2). Il Tribunale federale ha ritenuto che le pause trascorse dai lavoratori in locali adibiti allo scopo, distinti dal luogo di lavoro, non possono essere considerate tempo di

lavoro pagato, anche se i salariati non sono autorizzati a lasciare lo stabile dell'impresa (decisione del TF 4A_343/2010 del 6 ottobre 2010).

5.2 Nel caso concreto, come ammesso dall'appellante stessa e accertato dalla Pretora, i tempi di percorrenza per raggiungere l'esterno della galleria (tra i 40 e i 70 minuti per l'andata e il ritorno) non permettevano all'attore di lasciare il posto di lavoro durante la pausa pranzo che avveniva «nei cunicoli laterali che collegano ogni 300 metri circa le due canne principali e che sono adibiti ad ospitare gli impianti elettrici». Contrariamente a quanto pretende l'appellante, l'art. 15 cpv. 2 LL non è limitato a quei casi in cui il datore di lavoro non autorizza il lavoratore ad allontanarsi dal posto di lavoro. Corrisponde al senso della norma comprendere anche quei casi in cui il lavoratore, pur senza esplicite direttive da parte del datore di lavoro, è *de facto* impossibilitato ad allontanarsi dal posto di lavoro per ragioni dettate dalla particolarità dell'esecuzione del lavoro. Se i tempi di percorrenza per raggiungere l'esterno della galleria sono incompatibili con un'organizzazione razionale dei tempi di lavoro e per questo motivo il lavoratore è costretto a trascorrere la pausa pranzo all'interno della galleria nelle condizioni sopra descritte (e non contestate), idonee per gli impianti elettrici ma non per le persone (consid 5.1) questo tempo deve essere considerato tempo di lavoro. L'allegazione secondo cui di fatto si è già tenuto conto della retribuzione con la definizione di salari superiori rispetto a quelli riconosciuti in altri contesti, oltre che irricevibile poiché presentata solo in sede di appello (art. 317 CPC), non è supportata da alcun riscontro agli atti. Non essendoci altra contestazione in merito alla remunerazione e alla sua entità, la pretesa riconosciuta dalla Pretora per un importo di fr. 4300.50 a titolo di retribuzione delle pause pranzo deve essere confermata.

6.

Ne consegue che l'appello 13 novembre 2014 deve essere parzialmente accolto e la decisione impugnata parzialmente riformata. (...)

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours civile, Arrêt du 16 février 2015 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 1^{er} septembre 2014 par le Tribunal de prud'hommes de La Côte)

Art. 321a al. 3 et 329d al. 3 CO. Lorsque l'employeur libère son employé de son obligation de travailler et que ce dernier n'est pas tenu par une clause de prohibition de concurrence, il peut prendre un nouvel emploi avant l'échéance du délai de résiliation, sans qu'on y voie une lésion des intérêts de l'employeur. De même, la possibilité pour l'employeur de refuser de payer le salaire afférent aux vacances lorsque son employé a exercé une activité rémunérée durant ce temps de repos doit être refusée dès lors que, comme dans le cas d'espèce, il n'y a pas eu de lésion des intérêts légitimes de l'employeur. En effet, premièrement, il n'y a pas eu de préjudice subi sous l'angle de la concurrence; et deuxièmement, l'employeur ne saurait se prévaloir du défaut d'effet réparateur des vacances, du fait de la libération totale de travailler de l'employé (c. 3.1.1–2).

Extraits des faits:

E. SA est une société anonyme fondée en 2005, dont le siège est à X. Elle est active dans le domaine du ravitaillement des crèches et des écoles. Le président de son conseil d'administration, avec signature individuelle, est A. L'autre membre du conseil d'administration est B, depuis 2009. Par contrat daté du 29 avril 2011, E. SA a engagé T. en qualité de cuisinier, pour un salaire mensuel brut de 5250 fr., avec effet au 26 avril 2011. Le contrat d'engagement précise que le treizième salaire est inclus dans cette rémunération et que le droit aux vacances du travailleur est de cinq semaines par année.

Par courrier du 31 août 2012, E. SA a signifié à T. la résiliation de son contrat de travail avec effet au «31 octobre 2012». Ce licenciement a été motivé par une restructuration de la société. Le courrier précise ce qui suit: «en accord avec la direction, vous prendrez le solde vos vacances (*sic*) et heures supplémentaires jusqu'à cette date». T. n'a pas contesté ce congé, dont l'échéance n'a pas été prolongée. Il ressort des déclarations concordantes de A. et de T. que ce dernier a arrêté de travailler le 11 septembre 2012, les jours de travail restant à courir jusqu'à l'échéance valant compensation des jours de vacances et des heures supplémentaires.

Entendu comme témoin, O., ancien responsable de production, a notamment déclaré qu'il savait parfaitement que T. travaillait aussi pour U.,

boucher-traiteur à Y. Selon ce témoin, ceci avait été clairement stipulé lors de l'embauche de T. Il a précisé que ce dernier n'avait jamais manqué un jour de travail pour E. SA et qu'il n'œuvrait pour U. que les week-ends. En sa qualité de chef de production, il avait besoin de T. du lundi au vendredi, soit de 6h00 du matin à 15h00. Il considérait celui-ci comme ponctuel, ne prenant pas de pause à midi.

Egalement entendu en qualité de témoin, U. a confirmé avoir engagé T. une dizaine d'années plus tôt en qualité de collaborateur pour son service traiteur, payé à l'heure. Par la suite, T. est parti travailler ailleurs, tout en précisant qu'il restait disponible pour les banquets ou autres extras, soit en dehors de ses heures de service habituelles. De l'avis d'U., E. SA était parfaitement au courant de cette activité décrite comme accessoire puisque l'administrateur B. les avait vus deux ou trois fois en passant et qu'ils avaient partagé un apéritif tous les trois à deux reprises au moins. Dans le cadre de cette activité parallèle à celle déployée pour le compte de E. SA, T. percevait une rémunération mensuelle d'environ 1500 fr. par mois. Après son licenciement par E. SA, T. a demandé à pouvoir faire plus d'heures de travail pour U., mais la marche des affaires n'a pas permis à ce dernier de donner une suite favorable à cette demande. E. SA n'a pas versé à T. le salaire afférent aux mois de septembre et octobre 2012.

Par demande adressée le 30 avril 2013 au Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte, T. a ouvert action contre E. SA en concluant à ce que celle-ci soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement de la somme de 8'848 fr. 70, avec intérêts, correspondant au salaire des mois de septembre et octobre 2012. Par jugement du 1^{er} septembre 2014, dont les motifs ont été envoyés aux parties pour notification le 25 novembre 2014, le Tribunal a prononcé que E. SA est la débitrice de T. et lui doit immédiat paiement de la somme de 8'730 fr. 70 net avec intérêt. Par acte du 12 janvier 2015, E. SA a recouru contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

La recourante reproche aux premiers juges une violation des art. 321a al. 3, 329d al. 3 et 337c al. 2 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), ainsi qu'une appréciation arbitraire des faits. Elle soutient que l'intimé s'est arrangé avec O. et P. pour se faire notifier son congé et pouvoir ainsi se mettre au service de M. Sàrl, laquelle exerce une activité concurrence à la sienne. Il aurait ainsi travaillé pour M. Sàrl dès le mois de septembre 2012, alors qu'il se trouvait encore en relation contractuelle avec elle, et aurait de ce fait violé son obligation de diligence et de fidélité (art. 321a al. 3 CO). La recourante se prévaut également de l'art. 329d al. 3 CO pour nier à l'intimé son droit au salaire pour les mois de septembre et octobre 2012. Elle fait valoir à cet égard que l'art. 329d al. 3 CO, qui permet à l'employeur de refuser de verser le salaire afférent aux vacances si l'employé exécute un travail ré-

munéré pour un tiers au mépris des intérêts de l'employeur durant cette période, s'applique même si les vacances sont prises à la fin des rapports contractuels. [...].

3.1

3.1.1 Le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié librement par chacune des parties moyennant le respect des délais de congé contractuels ou légaux (art. 335 al. 1 CO). La liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (ATF 131 III 535 c. 4.1; ATF 127 III 86 c. 2a). Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 134 III 67 c. 4; ATF 132 III 115 c. 2.1, JT 2006 I 152).

En raison de son obligation de fidélité, le travailleur est tenu de sauvegarder les intérêts légitimes de son employeur (art. 321a al. 1 CO) et, par conséquent, de s'abstenir de tout ce qui peut lui nuire, et ce pendant toute la durée du contrat de travail, y compris pendant le délai de congé et même s'il a été libéré de son obligation de travailler (DUNAND, in *Commentaire du contrat de travail*, 2013, n. 19 ad art. 321a CO). Selon l'art. 321a al. 3 CO, l'employé ne doit notamment pas accomplir du travail rémunéré pour un tiers pendant la durée du contrat, dans la mesure où il lèse son devoir de fidélité et, notamment, fait concurrence à l'employeur. L'employé viole notamment son obligation s'il exerce une activité rémunérée en faveur d'un tiers durant ses vacances, à tout le moins si cette activité l'empêche de profiter du but des vacances, avec pour conséquence qu'il revient au travail en n'étant pas reposé (WYLER/HEINZER, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014, pp. 78–79). L'art. 329d al. 3 CO prescrit en effet que si, pendant les vacances, le travailleur exécute un travail rémunéré pour un tiers au mépris des intérêts légitimes de l'employeur, celui-ci peut lui refuser le salaire afférent aux vacances ou en exiger le remboursement s'il l'a déjà versé. L'employeur ne peut refuser le salaire que si deux conditions cumulatives sont réalisées: le travailleur exerce une activité rémunérée pour un tiers et cette activité lèse les intérêts légitimes de l'employeur, ce qui est le cas lorsqu'elle lui fait concurrence ou qu'elle réduit l'effet réparateur des vacances (WYLER/HEINZER, *op.cit.*, p. 407).

A noter encore que, lorsque l'employeur libère l'employé de son obligation de travailler durant le délai de congé, il ne peut utiliser cette libération comme un moyen de l'entraver dans son avenir professionnel, notamment en l'empêchant de prendre un nouvel emploi avant l'échéance du délai de résiliation, alors que les conditions permettant d'exiger le respect d'une clause de prohibition de concurrence font défaut. Le seul intérêt de l'employeur à empêcher le travailleur de prendre un nouvel emploi de manière anticipée serait de l'entraver dans son avenir professionnel, intérêt qui n'est pas digne d'être protégé au regard de celui du travailleur à reprendre ou poursuivre une activité professionnelle, ou d'imposer de facto une prohibition de concurrence, auquel cas la question doit être examinée à la lumière des exigences

posées aux art. 340ss CO (WYLER/HEINZER, *op.cit.*, pp. 363–364). Les arguments qui précèdent valent également lorsque le travailleur est libéré de travailler en compensation du droit aux vacances et des heures supplémentaires.

3.1.2 En l'espèce, il n'est pas contesté par les parties que le licenciement qui est intervenu le 31 août 2012 pour le 31 octobre suivant était un licenciement ordinaire. Il importe dès lors peu de savoir quelles sont les raisons qui ont motivé ce licenciement. Il n'est en particulier pas établi que la recourante, par son administrateur, aurait été forcée de licencier l'intimé. Elle invoque que O. et P. étaient responsables de la gestion opérationnelle et administrative et que, leur faisant toute confiance, elle leur avait donné carte blanche lorsqu'ils avaient proposé le licenciement de l'intimé. Il lui incombe toutefois de demeurer vigilante et de se renseigner sur les raisons qui motivaient ce licenciement. La recourante doit donc répondre de ses agissements et se laisser imputer le licenciement notifié à l'intimé. Les premiers juges ont du reste retenu, à juste titre, qu'il n'a pas été établi à satisfaction que la recourante aurait été victime d'un complot ourdi par des tiers et la recourante ne parvient pas à démontrer l'arbitraire dans l'établissement des faits sur cette question.

On ne saurait en outre retenir une lésion du devoir de fidélité dès lors qu'il ressort des faits, non valablement remis en cause sous l'angle de l'arbitraire, que la recourante savait que son employé exerçait parallèlement à son emploi une activité accessoire dans un domaine proche du sien, soit pour U. La recourante n'invoque d'ailleurs pas que l'intimé lui aurait fait concurrence, ni qu'il aurait moins bien effectué son travail du fait de cette activité. La situation ne saurait être différente pour l'activité exercée par l'intimé auprès de M. Sàrl. Il a été retenu par les premiers juges que son activité auprès de cette société n'était pas antérieure à la libération de son obligation de travailler, ce qui est du reste admis par la recourante. Pour le surplus, rien ne permet de dire que l'intimé aurait participé à la création de M. Sàrl, sa désignation en qualité de cuisinier sur un organigramme ne prouvant pas sa participation à la création de la société et l'arbitraire n'étant pas démontré sur ce point. Le débauchage de la clientèle de la recourante n'est pas établi, pas plus que le préjudice subi sous l'angle de la concurrence déloyale. La recourante n'a en effet pas établi avoir perdu des affaires en raison du travail de l'intimé, pour U. ou pour M. Sàrl. On ne saurait dès lors retenir que l'intimé a violé son devoir de fidélité au sens de l'art. 321a al. 3 CO en travaillant accessoirement pour U. puis, une fois libéré de son devoir de travailler, pour M. Sàrl.

Quant au droit pour l'employeur de refuser de payer le salaire afférent aux vacances lorsque son employé a exercé une activité rémunérée durant ce temps de repos (art. 329d al. 3 CO), il doit également être refusé à la recourante dès lors que, comme l'ont constaté les premiers juges, il n'y a pas eu de lésion des intérêts légitimes de l'employeur en l'absence de préjudice subi sous l'angle de la concurrence et de défaut d'effet réparateur du fait de la li-

bération totale de travailler de l'employé. Faute de lésion des intérêts légitimes de la recourante au sens de l'art. 329d al. 3 CO, celle-ci ne peut refuser à l'intimé le paiement des salaires de septembre et octobre 2012. Par ailleurs, comme indiqué ci-dessus (cf. c. 3.1.1), lorsque l'employeur libère son employé de son obligation de travailler et que ce dernier n'est pas tenu par une clause de prohibition de concurrence, il peut prendre un nouvel emploi avant l'échéance du délai de résiliation, sans qu'on y voie une lésion des intérêts de l'employeur.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 5 janvier 2015 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 5 mars 2014 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois)

Art. 336 al. 1 let. d CO. Peuvent notamment être considérés comme prétentions découlant du contrat de travail: le salaire, une augmentation de salaire, le droit aux vacances, les prétentions émises en justice par exemple par l'ouverture d'une action devant un tribunal de prud'hommes, ainsi que le droit du travailleur d'exécuter la prestation de travail pour laquelle il a été engagé. S'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir néanmoins du motif déterminant. En d'autres termes, ce motif doit avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier; il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé signifié au salarié. Plus les deux événements seront rapprochés dans le temps et plus facilement l'on pourra y inférer un indice du caractère abusif du congé (c. 5.1).

Art. 336a CO. Le juge fixe l'indemnité en équité en fonction de toutes les circonstances; il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (art. 4 CC). Le juge prend également en compte la position et le salaire du travailleur licencié, en ce sens que les postes élevés ou bien rémunérés sont plus exposés (c. 6.1).

Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO, il ne suffit pas que le tribunal constate une violation de l'art. 328 CO; encore faut-il que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement,

comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge afin d'obtenir réparation. L'indemnité de l'art. 336a CO couvre en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié, avec pour conséquence qu'un licenciement abusif n'est pas susceptible de donner lieu à une indemnité additionnelle fondée sur l'art. 49 CO. Un cumul de l'indemnité spécifique de licenciement abusif avec une prétention pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO ne peut entrer en considération que si le travailleur a subi une atteinte à sa personnalité qui se distingue nettement de celle qui résulte déjà d'un congé abusif (c. 7.1).

Extraits des faits:

E. est une société coopérative dont le siège est à X. et dont le but est, en substance, l'exploitation d'un établissement bancaire. E. fait partie du groupe E. Suisse, lui-même organisé sous la forme d'une coopérative regroupant toutes les Banques E. de Suisse. Par contrat de durée indéterminée du 24 mai 2004, T. a été engagée par E. en qualité de directrice. Elle est entrée en fonction au mois de juillet 2004.

Le 5 juillet 2008, le Conseil d'administration a adressé le courrier suivant à T.: «(...). Nous nous référons à l'entretien que nous avons eu le 2 juillet écoulé, en présence de l'ensemble du Conseil d'administration ainsi qu'aux séances des 29 septembre 2007 et 21 novembre 2007. Par la présente, nous vous confirmons qu'après explications et discussions des points selon la liste annexée, nous attendons de votre part, en votre qualité de Directrice, la mise en œuvre des mesures adéquates, tant opérationnelles que comportementales afin que les problèmes évoqués ne se reproduisent plus. Dès lors, nous vous signifions un dernier avertissement, pouvant déboucher sur un licenciement en cas de nouveaux manquements professionnels ou de comportement inadapté à votre fonction de Directrice. En effet, l'image que vous pouvez donner à l'extérieur est directement liée à la réputation de notre établissement. Comme convenu, vous nous présenterez dans le délai fixé au 29 octobre 2008 un point de situation sur l'évolution de la formation des collaborateurs et l'état des activités de la banque (...)».

Le 28 août 2008, le Conseil d'administration a tenu une séance extraordinaire à laquelle T. n'a pas été conviée. A l'issue de celle-ci, le Conseil d'administration a convoqué la directrice et lui a annoncé sa décision de la licencier. Il lui a remis séance tenante une lettre de licenciement rédigée en ces termes: «Nous accusons réception de votre correspondance du 24 juillet écoulé qui a été adressée à chacun des membres du Conseil d'administration. Après en avoir débattu lors d'une séance extraordinaire du CA, nous avons décidé de ne pas prolonger cette discussion. Par ailleurs, pour la bonne règle, nous vous confirmons que le Conseil d'administration a pris avec regret la décision de mettre fin à votre contrat de travail au 30 novembre 2008, votre profil ne correspondant pas au poste de directrice que nous vous avons con-

fié. Vous êtes libérée de votre obligation dès à présent (...)». T. a été priée de rendre immédiatement ses accès aux locaux et au système informatique, ainsi que de vider son bureau. A., B et C. l'ont alors escortée jusqu'à son bureau. Elle a également restitué son BlackBerry mais a refusé de donner sur le champ le code d'accès de celui-ci et de son ordinateur en raison de certains documents à caractère privé qu'ils contenaient. Les membres du Conseil d'administration présents ont pour leur part refusé que la directrice accède au système informatique pour récupérer ces fichiers privés. Par courrier adressé le 3 septembre 2008 à E., T. a déclaré faire opposition au congé reçu, a requis que les motifs du licenciement lui soient communiqués par écrit et a transmis un certificat médical attestant d'une incapacité de travail dès le 1^{er} septembre 2008, pour une durée indéterminée. Suite à son licenciement, T. a souffert d'un état dépressif sévère. T. a retrouvé un emploi dès le 1^{er} avril 2009.

Par demande formée le 26 août 2009 auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, T. a conclu à ce que E. soit reconnue sa débitrice de divers montants (notamment pour licenciement abusif et tort moral).

Par jugement du 5 mars 2014, le Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a condamné la banque E. à verser à T. divers montants, dont une indemnité pour licenciement abusif de 34'161 fr. avec intérêts, ainsi qu'une indemnité pour tort moral de 8000 fr. avec intérêts. En droit, s'agissant des questions encore litigieuses en appel, les premiers juges ont considéré que E. n'avait pas licencié T. sur la seule base des griefs contenus dans l'avertissement qui lui avait été signifié le 5 juillet 2008, car celui-ci comportait un délai à fin octobre 2008 pour rectifier la situation. En réalité, c'était parce que T. avait contesté cet avertissement et qu'elle avait sollicité la médiation de tiers qu'elle avait été licenciée, étant précisé que le Conseil d'administration de E. était manifestement très hostile à toute forme d'intervention extérieure, si bien que le fait que l'employée se soit ouverte à des tiers des difficultés rencontrées devait avoir joué un rôle central dans la décision de la licencier. En définitive, l'un des deux motifs ayant conduit au licenciement (solicitation d'intervention de tiers) était abusif, tandis que le second (contestation de l'avertissement) l'était au moins partiellement, de sorte que le licenciement devait être qualifié d'abusif. Compte tenu des circonstances particulières (durée d'engagement moyenne, rapports de confiance déjà dégradés), les premiers juges ont fixé l'indemnité pour licenciement abusif à trois mois de salaire. Les premiers juges ont également retenu que le comportement de la banque après le licenciement, qui s'inscrivait dans le prolongement d'un licenciement abusif dont les modalités étaient relativement rudes, était constitutif d'un acharnement qui avait nécessairement renforcé la souffrance de T., de sorte qu'une indemnité pour tort moral d'un montant de 8000 fr. se justifiait. Par acte du 4 avril 2014, E. a fait appel du jugement précité.

5.

L'appelante reproche ensuite aux premiers juges d'avoir admis à tort le caractère abusif du congé. Elle fait valoir que le but de l'avertissement était de consigner quelques éléments factuels illustrant les lacunes au niveau de la gestion et du management et de faire comprendre à l'intimée qu'elle pouvait corriger ses erreurs, même si la situation était considérée comme grave. Dans ce contexte, l'appelante soutient que, si l'intimée n'avait pas contesté l'avertissement en minimisant l'ensemble des griefs (à l'exception de celui relatif à la séparation des pouvoirs), elle n'aurait pas été licenciée. En d'autres termes, l'appelante soutient que la véritable raison du licenciement réside dans la réaction de l'intimée à l'avertissement, perçue comme une absence de volonté de chercher des solutions aux problèmes soulevés.

5.1 En vertu de l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit suisse du travail admettant le principe de la liberté de la résiliation, il n'y a en principe pas besoin de motifs particuliers pour justifier un licenciement (ATF 132 III 115, JT 2006 I 152; ATF 131 III 535, JT 2006 I 194). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). Un licenciement est abusif s'il est prononcé pour des motifs injustifiés qui sont énumérés à l'art. 336 CO, cette énumération n'étant toutefois pas exhaustive (ATF 132 III 115, JT 2006 I 152; ATF 131 III 535, JT 2006 I 194; ATF 125 III 70 c. 2a; WYLER, *Droit du travail*, 3^e éd., 2014, p. 623). Elle concrétise avant tout la règle générale de la prohibition de l'abus de droit et l'assortit de conséquences adéquates dans le cadre du contrat de travail (ATF 132 III 115, JT 2006 I 152; ZOISS, *La résiliation abusive du contrat de travail. Etude des articles 336 à 336b CO*, thèse Lausanne 1997, p. 52). D'autres situations constitutives de congé abusif sont donc également admises par la pratique. Elles doivent toutefois comporter une gravité comparable aux cas expressément mentionnés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115, JT 2006 I 152; ATF 131 III 535, JT 2006 I 194 et la réf. citée; SATTIVA SPRING, *Le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'art. 336 CO*, in *Panorama en droit du travail*, IDAT, 2009, p. 283). Dans la pratique toutefois, les restrictions particulières au droit de donner congé dans le domaine du droit du travail laissent peu de place à l'application de la clause générale de la prohibition de l'abus de droit (ATF 121 III 60 c. 3d; ATF 111 II 242 c. 2a).

Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné, parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi, ou encore lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur (ATF 132 III 115 c. 2.2). Un comportement simplement inconvenant ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas (FAVRE/

MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, code annoté, 2^e éd., 2010, n. 1.5 ad art. 336 CO).

En outre, d'après l'art. 336 al. 1 let. d CO, un congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie parce que l'autre partie fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail. Cette disposition vise le congé de représailles, ou congé-vengeance, soit les cas dans lesquels un travailleur est licencié parce qu'il fait valoir de bonne foi – même s'il est dans l'erreur – des prétentions découlant du contrat de travail. Cette exigence doit être comprise largement, en ce sens qu'elle comprend la loi, les CCT, les règlements d'entreprise, voire la pratique (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., 2011, n. 7 ad art. 336 CO; STAEHELIN/VISCHER, in *Zürcher Kommentar*, 2014, n. 24 ad art. 336 CO; WYLER, *op.cit.*, p. 636; ZOISS, *op.cit.*, pp. 200 et 202). Peuvent notamment être considérés comme prétentions découlant du contrat de travail: le salaire, une augmentation de salaire, le droit aux vacances, les prétentions émises en justice par exemple par l'ouverture d'une action devant un tribunal de prud'hommes, ainsi que le droit du travailleur d'exécuter la prestation de travail pour laquelle il a été engagé (ZOISS, *op.cit.*, pp. 203 s et les références citées). Cette disposition a pour but, d'une part, d'éviter qu'une partie renonce à ses droits par crainte d'un congé exercé à titre de vengeance et, d'autre part, d'empêcher que le licenciement soit utilisé pour punir le travailleur d'avoir fait valoir des prétentions auprès de son employeur en supposant de bonne foi que les droits dont il soutenait être le titulaire lui étaient acquis (TF 4C.171/1993 du 13 octobre 1993 c. 2, in SJ 1995 p. 797; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.1). S'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, il doit s'agir néanmoins du motif déterminant. En d'autres termes, ce motif doit avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier; il faut ainsi un rapport de causalité entre les prétentions émises et le congé signifié au salarié (TF 4C.27/1992 du 30 juin 1992 c. 3a, in SJ 1993 p. 360 c. 3a). Plus les deux événements seront rapprochés dans le temps et plus facilement l'on pourra y inférer un indice du caractère abusif du congé (DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, 2013, p. 671 s).

En application de l'art. 8 CC (Code civil suisse, RS 210), c'est à la partie qui prétend que la résiliation est abusive de l'établir (TF 4A_158/2010 du 22 juin 2010 c. 3.2; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.2; ATF 130 III 699; BARBEY, *Les congés abusifs selon l'art. 336 al. 1 CO*, *Journée 1993 du droit du travail et de la sécurité sociale*, p. 95). En ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Elle admet par conséquent qu'un faisceau d'indices ou une très grande vraisemblance résultant de l'ensemble des circonstances suffisent à faire admettre l'existence d'un congé abusif (ATF 130 III 699, JT 2006 I 193; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.2). Ainsi, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à pré-

senter 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 corollaire d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices» (ATF 130 III 699, JT 2006 I 193; JAR 1996, p. 201; SJ 1993, p. 360 c. 3a; WYLER, *op.cit.*, p. 643). 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 c. 4.1, JT 2006 I 193; TF 4C.262/2003 du 4 novembre 2003 c. 3.2; WYLER, *op.cit.*, p. 644). Des motifs prétextes ou non pertinents constituent souvent un indice d'abus, en particulier lorsque le congé intervient à la suite de différends entre employeur et employé (JAR 1994, p. 200). Lorsqu'une résiliation repose sur plusieurs motifs, dont certains sont abusifs et d'autres non, le juge doit fonder sa décision sur le motif qui, chez l'auteur de la résiliation, est vraisemblablement prépondérant et déterminant. En présence d'un motif abusif et d'un autre motif non abusif, l'employeur supporte le fardeau de la preuve que la résiliation aurait aussi été notifiée en l'absence du motif qui doit être considéré comme abusif (TF 4A_430/2010 du 15 novembre 2010, c. 2.1.3, ARV 2011 S. 31; WYLER, *Droit du travail: chronique*, in JdT 2011 II p. 203, 216). Si plusieurs causes ont présidé au licenciement, il y aura lieu d'examiner si, en dépit de l'existence de motifs illicites, la relation de travail aurait quand même été résiliée (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *op.cit.*, n. 1.21 ad art. 336 CO et les références citées).

5.2 En l'espèce, les premiers juges ont considéré que le Conseil d'administration semblait «réellement mécontent» du travail de l'intimée et que les griefs formés à l'encontre de celle-ci ne semblaient donc pas fallacieux, bien que l'instruction n'ait pas permis d'établir si douze des manquements listés le 2 juillet 2008 étaient fondés ou non. S'agissant du dossier U., les premiers juges ont retenu que l'intimée avait une part de responsabilité, dont il n'était toutefois pas possible d'apprécier la gravité compte tenu de la nature technique des éléments à disposition. L'appelante ne conteste pas cette appréciation, mais fait valoir qu'en présence de quatorze points litigieux, et dès lors que la bonne foi du Conseil d'administration n'a pas été remise en cause, il serait faux de retenir que si l'intimée ne s'était pas défendue contre l'avertissement et n'avait pas proposé de médiation, elle n'aurait pas été licenciée.

Néanmoins, l'appelante reconnaît elle-même que l'avertissement du 5 juillet 2008, auquel la liste des griefs précités était jointe, était assorti d'un délai d'épreuve arrivant à échéance à la fin du mois d'octobre 2008 pour «combler les lacunes». L'avertissement précisait d'ailleurs qu'il «pouvait déboucher sur un licenciement en cas de nouveaux manquements professionnels ou de comportement inadapté à [la] fonction de directrice» et que le Conseil d'administration attendait que les problèmes «ne se reproduisent plus». Au début du mois de juillet 2008, il n'était donc pas encore question de licencier l'intimée sur la base de ces griefs, mais seulement de lui impartir un délai pour présenter un rapport sur l'évolution de la situation de

l'établissement, fixé au 29 octobre 2008. Implicitement, l'appelante reconnaît ainsi que cet avertissement ne fondait pas un licenciement dans l'immédiat.

Il apparaît ainsi que les motifs déterminants du licenciement sont à chercher dans les événements survenus entre la notification de cet avertissement le 5 juillet 2008 et l'annonce du licenciement le 28 août 2008. Conformément aux faits rappelés ci-dessus, durant ce laps de temps, le Conseil d'administration a reçu la contestation de l'avertissement de la part de l'intimée et a appris que cette dernière avait concrétisé sa demande de médiation auprès de tiers au sein de E. à tout le moins. L'appelante n'a d'ailleurs pas allégué qu'il y aurait eu, durant ce laps de temps, d'autres raisons que la contestation de l'avertissement ou encore que l'un des comportements figurant dans l'avertissement se serait reproduit.

Dans ces circonstances, il y a lieu d'admettre avec les premiers juges qu'au degré de la très grande vraisemblance, l'intimée n'aurait pas été licenciée si elle n'avait pas contesté l'avertissement – ce que l'appelante admet au demeurant expressément – et qu'elle n'avait pas fait appel à des tiers au sein de E. pour mettre en place une médiation.

Or, il y a lieu de retenir que le refus de l'avertissement par l'appelante était – à tout le moins en partie – légitime, dès lors que celui-ci contenait le reproche d'une dénonciation «infondée» de «prétendus» problèmes en lien avec la communication et l'ingérence de la Commission de direction du Conseil d'administration (CDCA), pourtant avérés. C'est le lieu d'ajouter que, faute pour l'appelante d'avoir démontré que les treize autres griefs étaient pleinement fondés et non pas seulement a priori «non fallacieux», on peut comprendre que l'intimée ait souhaité s'en défendre, comme elle l'a fait dans son courrier du 24 juillet 2008. A la lecture de ce courrier, on constate d'ailleurs que l'intimée a principalement fait valoir (sous diverses formulations) le droit de disposer des compétences conformes à son statut, soit de gérer elle-même, avec le soutien du CA, les tâches relevant de l'opérationnel et indiqué qu'elle jugeait opportun l'intervention d'un médiateur de E. Suisse.

Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, il n'y a pas lieu de qualifier la démarche de l'intimée de comportement déloyal visant à discréditer son employeur, cette démarche tendant simplement à l'intervention d'un médiateur, de sorte que si le Conseil d'administration en avait eu connaissance, sa décision de licencier l'intimée pour ce motif aurait été légitime. A cet égard, les premiers juges ont considéré que l'on ne pouvait reprocher à l'intimée, après s'être heurtée à un refus catégorique du Conseil d'administration de mettre en place une médiation, de s'être tournée vers des tiers, qu'elle avait choisis avec un certain discernement à en juger par les renseignements obtenus sur la structure du groupe E. et l'instruction n° 123, qui l'incitait à s'adresser à E. Suisse, quand bien même il était apparu ensuite que l'efficacité de cette directive était sujette à caution, ni de s'être adressée, en dernier recours, au président de la X., dont le statut paraissait effectivement

lui donner la légitimité nécessaire en vue de la mise en place d'une médiation. L'appelante n'apporte aucun élément susceptible de remettre en cause cette appréciation. A cela s'ajoute que le témoin D. avait lui-même conseillé à l'intimée de prendre contact avec le service des ressources humaines de E. Suisse après que celle-ci lui eût exposé les tensions avec le Conseil d'administration. Le désir réel de l'intimée de trouver une solution au conflit afin de remplir son rôle de directrice ressort par ailleurs tant de sa lettre du 24 juillet 2008, dans laquelle elle réaffirme que la situation économique et organisationnelle commence à devenir optimale et qu'elle n'a ainsi besoin que du soutien et de la confiance du Conseil d'administration pour gérer les tâches opérationnelles, que des témoignages d'O. et P., qui ont souligné sa volonté de renouer le dialogue avec le Conseil d'administration.

Dans ce contexte, la demande d'une médiation externe – à laquelle l'intimée pensait de bonne foi avoir droit – apparaît comme la recherche d'une solution constructive et non comme le déni total que lui reproche l'appelante. Les revendications de l'intimée résultant d'une part des règlements de E. Suisse quant aux compétences respectives des différents organes et, d'autre part, de sa volonté de résorber le conflit afin de pouvoir exercer l'activité pour laquelle elle avait été engagée, les motifs du congé (contestation de l'avertissement et demande d'une médiation au sein de E.) apparaissent comme abusifs au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

Pour le surplus, l'appelante n'a pas établi qu'elle aurait de toute façon licencié l'intimée le 28 août 2008 en l'absence de ces motifs illicites, à savoir si l'intimée s'était abstenue de contester l'avertissement et de faire appel à des tiers de E. Suisse et/ou de la X. pour obtenir une médiation.

6.

L'appelante critique ensuite la quotité de l'indemnité allouée à l'intimée sur la base de l'art. 336a CO, qu'elle considère comme excessive.

6.1 La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (art. 336a al. 1 CO).

Le juge fixe l'indemnité en équité en fonction de toutes les circonstances; il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (art. 4 CC; ATF 4A_279/2008 du 12 septembre 2008 c. 4.1 et les références citées). Le juge prend également en compte l'intensité des rapports de travail et la position et le salaire du travailleur licencié, en ce sens que les postes élevés ou bien rémunérés sont plus exposés (WYLER, op.cit., p. 660).

Dans le cas d'une employée licenciée en raison de ses revendications quant à son rôle de directrice de l'établissement, une indemnité équivalente à quatre mois de salaire, fondée notamment sur la durée des rapports de travail

(4 ans), la faute de l'employeur ayant adopté une attitude ambivalente par rapport au statut de directrice de l'employée, ainsi que l'âge de celle-ci (34 ans), a été considérée comme justifiée (TF 4A_407/2008 du 18 décembre 2008, c. 5.2; DUNAND, *Commentaire du droit du travail*, 2013, n. 23 ad art. 336a CO p. 695). Dans le cas d'une employée licenciée après avoir fait valoir, de bonne foi, des prétentions résultant du contrat de travail et qui avait retrouvé du travail après deux mois de chômage, le Tribunal fédéral a estimé qu'une indemnité équivalente à trois mois de salaire était adéquate (DUNAND, *op.cit.*, n. 21 ad art. 336a CO p. 694 et la référence citée).

6.2 En l'espèce, pour fixer l'indemnité, les premiers juges ont pris en compte la durée des rapports de travail (qualifiée de moyenne), la gravité de l'atteinte (qualifiée de relativement grave), ainsi que la dégradation antérieure du rapport de confiance. Ce faisant, les premiers juges se sont appuyés sur des éléments pertinents au sens de la jurisprudence précitée. Par ailleurs, l'indemnité n'excède pas les montants généralement alloués dans des circonstances comparables.

Enfin, bien que cet élément n'ait pas été pris en compte dans la fixation de l'indemnité par les premiers juges, la manière brutale dont s'est déroulé le licenciement – s'agissant en particulier du fait que l'intimée a été escortée jusqu'à son bureau, puis jusqu'à la porte d'entrée et jusqu'à sa voiture – sans qu'il ait été établi qu'une telle escorte fût nécessaire pour sauvegarder les intérêts de l'appelante liés à la sécurité en l'absence de tout soupçon liés à une malversation, constitue une raison supplémentaire de confirmer le montant alloué à ce titre.

7.

L'appelante reproche également aux premiers juges d'avoir considéré que son comportement postérieur au licenciement était sévèrement critiquable et justifiait l'allocation d'une indemnité pour tort moral d'un montant de 8'000 francs. Elle fait valoir qu'en refusant d'effectuer des paiements à découvert en faveur d'une organisation de carte de crédit, en déposant une plainte pénale 26 mois après les faits et en veillant à ce que les intérêts hypothécaires et les amortissements soient payés, elle n'a pas pu porter atteinte à la personnalité de l'intimée. En particulier, l'appelante ne conteste pas avoir versé le salaire afférent au mois de décembre 2008 sur le compte loyer, mais estime qu'au vu des opérations effectuées sur les comptes, en particulier le fait que le compte salaire ne présentait qu'un solde de 294 fr. en décembre parce que l'intimée avait effectué des retraits pour 12'000 fr. durant les 30 jours précédents, l'opération ne constituait pas une compensation difficilement compréhensible de nature à porter atteinte au minimum vital de l'employée.

7.1 L'art. 328 CO impose de manière générale à l'employeur d'exercer ses prérogatives avec égards envers le travailleur, y compris lors d'un licenciement (WYLER, *op.cit.* p. 355). La violation de l'art. 328 CO est une inexécution contractuelle qui permet à la victime de réclamer la réparation du dommage, lequel peut consister en une réparation pour tort moral aux condi-

tions posées par l'art. 49 CO. Cette disposition prévoit que celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité a droit à une somme d'argent à titre de réparation morale, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie et que l'auteur ne lui ait pas donné satisfaction autrement. L'ampleur de la réparation morale dépend avant tout de la gravité des souffrances physiques ou psychiques consécutives à l'atteinte subie par la victime et de la possibilité d'adoucir sensiblement, par le versement d'une somme d'argent, la douleur morale qui en résulte (ATF 129 IV 22 c. 7.2 p. 36; ATF 125 III 269 c. 2a p. 273). Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 49 al. 1 CO, il ne suffit pas que le tribunal constate une violation de l'art. 328 CO; encore faut-il que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne, dans ces circonstances, s'adresse au juge afin d'obtenir réparation (TF 4A_419/2011 du 23 novembre 2011 c. 7.4.2; TF 4A_495/2007 du 12 janvier 2009 c. 6.2.1; TF 4A_123/2007 du 31 août 2007 c. 7.1).

L'indemnité de l'art. 336a CO couvre en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié, avec pour conséquence qu'un licenciement abusif n'est pas susceptible de donner lieu à une indemnité additionnelle fondée sur l'art. 49 CO (WYLER, *op.cit.*, p. 661). Ainsi, lorsque l'atteinte à la personnalité du salarié congédié abusivement découle du licenciement, l'indemnité de l'art. 336a CO comprend en principe la réparation du tort moral subi par le travailleur licencié (TF 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I 277 c. 4a; ATF 123 III 391 c. 3). En réservant, à l'art. 336a al. 2 in fine CO, les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre, le législateur a réservé le droit du travailleur de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que celle liée au caractère abusif du congé (cf. ATF 123 III 391 c. 3c p. 394; TF 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I 277 c. 4a), par exemple le tort moral résultant d'un harcèlement antérieur au congé abusif (TF 4C.177/2003 du 21 octobre 2003 c. 4.1; AUBERT, *Commentaire romand*, n. 3 ad art. 336a). La jurisprudence a ainsi admis le versement d'une indemnité pour tort moral en application de l'art. 49 CO indépendamment de l'indemnité prévue à l'art. 336a CO, afin de réparer le tort moral subi par une caissière de magasin victime de harcèlement sexuel et licenciée parce qu'elle s'en était plainte (TF 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, in SJ 1999 I 277 c. 4a) et dans le cas du dénigrement de l'employé par l'employeur vis-à-vis de tiers et notamment de futurs employeurs potentiels (WYLER, *op.cit.*, p. 662 et la référence citée à la note infrapaginale 3120). Un cumul de l'indemnité spécifique de licenciement abusif avec une prétention pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO ne peut entrer en considération que si le travailleur a subi une atteinte à sa personnalité qui se distingue nettement de celle qui résulte déjà d'un congé abusif (WYLER, *op.cit.*, p. 661 et la référence citée).

7.2 En l'espèce, les premiers juges ont retenu que le comportement de la banque après le licenciement (opération de compensation sur le salaire de décembre, désactivation de ses cartes de crédit, retrait de sa qualité de socié-

taire et dépôt d'une plainte pénale), qui s'inscrivait dans le prolongement d'un licenciement abusif, était constitutif d'un acharnement qui avait nécessairement renforcé la souffrance de l'intimée consécutive au licenciement et justifiait l'octroi d'une indemnité supplémentaire de 8'000 francs. Cette appréciation ne saurait être confirmée. Il n'est en effet pas établi que les mesures prises par la banque après le licenciement, quand bien même seraient-elles contraires à l'art. 328 CO, ce qui n'est pas démontré – ce n'est en effet pas à l'employeur d'établir que les mesures prises n'étaient pas «véritablement justifiées», mais bien à l'employé de démontrer qu'elles étaient illicites et violaient son droit à la personnalité –, seraient d'une gravité telle qu'elles justifieraient l'octroi d'une indemnité. Ce d'autant moins qu'il s'agissait en l'espèce d'éléments purement patrimoniaux et que l'intéressée n'a pas démontré ni même allégué avoir été mise dans une situation financière difficile en raison de ces opérations. Ces mesures ne réalisent ainsi ni la condition d'atteinte objectivement grave, ni celle de souffrance morale subjective, celle-ci étant en l'espèce liée au licenciement et non aux opérations postérieures prétendument indues. Au demeurant, les modalités du licenciement en tant que telles (libération immédiate, escorte de la directrice, exigence de la remise immédiate des accès informatiques), survenues dans un contexte de tensions exacerbées, où il existait des impératifs de sécurité, constituent des circonstances en connexité avec la résiliation, qui ne justifient pas une indemnité cumulative (cf. WYLER, op.cit., p. 661 et c. 6.2 ci-dessus). Enfin, il y a lieu de relever que la communication faite par le Conseil d'administration au lendemain du licenciement excluait clairement tout soupçon de malversation et qu'il n'est pas établi que des propos désobligeants auraient été tenus à l'endroit de l'intimée.

Partant, il y a lieu d'admettre partiellement l'appel sur ce point.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 15 janvier 2015 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 16 octobre 2013 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 337d CO. Lorsque l'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration expresse du salarié, il faut examiner s'il découle du comportement adopté par l'intéressé, c'est-à-dire d'actes concluants. Dans cette hypothèse, on se demandera si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur pouvait, objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter son emploi (c. 3b).

En l'espèce, l'employeur ne pouvait déduire objectivement des circonstances que l'employé avait abandonné son emploi. En particulier, la déclaration de celui-ci selon laquelle il partait définitivement devait

être relativisée vu son état d'intense énervement. De plus, l'employé n'était pas passé à son bureau pour récupérer ses affaires personnelles avant de quitter les locaux et n'avait pas restitué immédiatement les clés en sa possession. Dans ces circonstances, il appartenait à l'employeur de le sommer de reprendre son emploi, ce qu'il n'a pas fait (c. 3c).

Art. 337 et 337c CO. Dans la mesure où le travailleur fonde ses prétentions sur un congé avec effet immédiat, il convient d'appliquer la règle générale de l'art. 8 CC et de lui faire supporter le fardeau de la preuve dudit congé, respectivement la charge de l'échec de la preuve sur ce point. L'employeur qui, à tort, croit avoir affaire à un abandon d'emploi, se contente d'une prise d'acte et renonce de ce fait à une résiliation – avec ou sans préavis – des rapports de travail ne saurait être condamné à une pénalité au sens de l'art. 337c al. 3 CO (c. 4b).

Extraits des faits:

Le 1^{er} juillet 2009, le demandeur T. et la défenderesse E. SA, société spécialisée dans le commerce de vins, se sont liés par un contrat de travail de durée indéterminée aux termes duquel le demandeur était engagé par la défenderesse en qualité de représentant commercial en vins. Le contrat de travail prévoyait un salaire versé sous forme de commissions de vente ainsi qu'un treizième salaire versé le 31 décembre de chaque année et correspondant au revenu mensuel moyen calculé sur une période de douze mois. Entre les mois de décembre 2010 et novembre 2011, le demandeur a réalisé un salaire mensuel brut moyen de 5239 fr. 70, correspondant à un salaire mensuel net moyen de 4855 fr. 70. Parallèlement à son activité auprès de la défenderesse, et au su de celle-ci, le demandeur travaillait en tant que vendeur pour Z. Sàrl, à [...], une société spécialisée dans le commerce d'appareils ménagers, notamment d'aspirateurs.

Le 23 novembre 2011 au matin, le demandeur et X., la manager de la défenderesse, ont eu une vive discussion dans les locaux de la défenderesse au sujet d'un différend relatif à l'annulation d'une commande. A la suite de la discussion, le demandeur a salué les collègues présents à proximité, puis quitté les lieux. Le 24 novembre 2011, la défenderesse a adressé un courrier recommandé au demandeur, reçu par celui-ci le 28 novembre 2011. La défenderesse mentionnait en particulier ce qui suit: «[...] Ce mercredi 23 novembre 2011, peu après votre arrivée au bureau, vous déclarez que vous partez... Que c'est fini! Vous avez dit au revoir et vous êtes parti! Nous considérons que vous avez quitté votre emploi avec effet immédiat. Par conséquent, Monsieur Y. [gérant de la défenderesse] et moi-même, nous vous confirmons que selon votre décision, vous ne faites plus partie du personnel. Nous vous demandons de restituer la clé en votre possession, ceci avant le 30 novembre 2011. Nous vous souhaitons malgré tout, de la réussite dans l'emploi que vous avez préféré à celui exercé dans notre société. [...]». Par

courrier recommandé du 5 décembre 2011, le demandeur a contesté avoir voulu résilier son contrat de travail, soutenant qu'au contraire, il avait acquiescé à l'offre formulée par la défenderesse le 23 novembre 2011 de mettre un terme à son contrat de travail pour le 30 novembre 2011. Par courrier du 16 décembre 2011, le demandeur, par l'intermédiaire de son assurance de protection juridique, a réclamé à la défenderesse le paiement d'un montant de 33'876 fr. à titre d'indemnité pour résiliation injustifiée au sens de l'art. 337c al. 1 et 3 CO. Par courrier du 20 janvier 2012, la défenderesse, par l'intermédiaire de son conseil, a répondu au demandeur en lui indiquant ne pas avoir eu l'intention de le licencier avec effet immédiat, son courrier du 24 novembre 2011 n'ayant visé qu'à constater par écrit son comportement et la volonté exprimée par le demandeur à cette occasion. Elle s'est en outre réservé le droit de faire valoir une indemnité pour abandon de poste au sens de l'art. 337d al. 1 CO.

Par demande du 5 décembre 2012 déposée au Tribunal de prud'hommes, de l'arrondissement de Lausanne (ci-après: le Tribunal de prud'hommes) T. a conclu à ce que E. SA lui soit reconnue débitrice de plusieurs montants. Par jugement du 16 octobre 2013, le Tribunal de prud'hommes a dit que E. SA doit payer diverses sommes à T. Les premiers juges ont notamment considéré que le demandeur avait droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient été maintenus jusqu'au 31 décembre 2011, à savoir 5'239 fr. 70, sous déductions des charges sociales usuelles et contractuelles, ainsi que sous déduction du montant de 2'862 fr. 55 reçu au titre de «Provision» en décembre 2011. Ils ont également estimé que le demandeur avait droit à une indemnité pour licenciement immédiat injustifié d'un mois de salaire net, à savoir 4'855 fr. 70. Par acte du 19 juin 2014, E. SA a interjeté appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

a) L'appelante, se fondant sur les témoignages de X. et de O., soutient que l'intimé a déclaré quitter définitivement son emploi le 23 novembre 2011 et a donc abandonné son emploi abruptement sans justes motifs au sens de l'art. 337d al. 1 CO.

Elle se prévaut en outre de ce que l'intimé avait un autre emploi en parallèle et qu'il envisageait de toute manière de quitter l'appelante pour aller y travailler à plein temps. Se fondant sur un arrêt du Tribunal fédéral (TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006), l'appelante soutient que cet élément serait un élément déterminant permettant de retenir l'existence d'un abandon de poste.

b) L'art. 337d al. 1 CO prévoit que, lorsque le travailleur n'entre pas en service ou abandonne son emploi abruptement sans justes motifs, l'employeur a droit à une indemnité. Cette disposition présuppose un refus conscient, intentionnel et définitif du travailleur d'entrer au service ou de

poursuivre l'exécution du travail confié (ATF 121 V 277 c. 3a; ATF 112 II 41 c. 2).

Comme il appartient à l'employeur de prouver que le travailleur a entendu quitter sans délai son emploi, le premier doit, dans les situations peu claires, adresser au second une mise en demeure de reprendre le travail (TF 4C.169/2001 du 22 août 2001 c. 3b/aa et les références citées). La décision du travailleur d'abandonner son emploi peut être expresse, ce qui est le cas, par exemple, lorsque le travailleur indique clairement qu'il n'entend pas réintégrer son poste et informe son employeur qu'il a restitué les différentes clés de l'établissement en sa possession (CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Zurich 2009, n. 1 ad art. 337d CO, p. 575). Lorsque l'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration expresse du salarié, il faut examiner s'il découle du comportement adopté par l'intéressé, c'est-à-dire d'actes concluants. Dans cette hypothèse, on se demandera si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur pouvait, objectivement et de bonne foi, comprendre que le salarié entendait quitter son emploi (TF 4A_337/2013 du 12 novembre 2013 c. 3; TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006 c. 2.1; STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7^e éd., Zurich 2012, n. 2 ad art. 337d CO; Carruzzo, *op.cit.*, p. 576).

Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'il n'y avait pas abandon d'emploi dans un cas où un travailleur, sous l'emprise de l'emportement ou de la colère ensuite d'une altercation avec l'employeur, avait quitté les lieux, en emportant du matériel et ses affaires personnelles, ainsi que certains documents devant lui permettre de calculer sa participation au chiffre d'affaires et en déclarant qu'il ne reviendrait plus, mais qui, après avoir consulté un médecin, était revenu chez l'employeur quelques heures plus tard, s'était à nouveau présenté chez l'employeur pour exprimer sa volonté de reprendre le travail (*Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR] 2000 p. 227*).

Dans un arrêt vaudois du 13 décembre 2000, la Chambre des recours avait retenu qu'après une absence de deux à quatre jours, l'employeur était en droit d'admettre une rupture définitive des rapports contractuels, étant précisé que, si le travailleur portait à la connaissance de l'employeur, quelques jours plus tard, qu'il n'entendait pas rompre le contrat, il n'y avait pas lieu d'admettre une résiliation immédiate de sa part (JAR 2002 p. 297 c. 4). Dans un arrêt plus récent, la Cour de céans a considéré qu'une absence de douze jours ne suffisait pas à admettre un abandon d'emploi de la part du travailleur (CACI 15 septembre 2011/254 c. 3b/bc).

c) En l'espèce, il ressort de l'instruction de la cause que l'intimé a quitté les locaux de l'appelante le 23 novembre 2011, dans un état d'énervement qui faisait suite à une discussion animée qu'il avait entretenue avec sa responsable X. L'intimé était alors très énervé et semblait être hors de lui. Les premiers juges, relatant les déclarations des témoins X. et O., n'ont pas méconnu que l'intimé aurait déclaré qu'il partait définitivement. Ils ont retenu toutefois que cette déclaration aurait dû être relativisée par sa responsable qui avait reconnu l'état d'intense énervement dans lequel l'intimé se trouvait. A

cela s'ajoute le fait que l'intimé n'est pas passé à son bureau pour récupérer ses affaires personnelles avant de quitter les locaux et n'a pas restitué immédiatement les clés en sa possession. Enfin, certains des collègues, à qui l'intimé avait dit «au revoir» n'ont pas compris qu'il se serait agi d'un départ définitif, cet «au revoir» ayant été exprimé, selon les témoins U. et P., de la même façon que lorsqu'il partait sur le terrain le matin.

Dans ces circonstances, il appartenait à l'employeur, conformément à la jurisprudence précitée, de sommer son employé de reprendre son emploi, ce qu'il n'a pas fait, se contentant au contraire de prendre acte d'un prétendu abandon d'emploi par courrier du 24 novembre 2011, reçu le 28 novembre 2011. Cet abandon d'emploi a été contesté par courriers des 5 et 16 décembre 2011.

Il importe peu à cet égard que l'intimé ait eu un emploi parallèle pour la société Z. Sàrl et que cette société lui aurait mis la pression pour qu'il ne travaille que pour elle à des conditions attractives. L'appelante prévoyait dès le mois d'août 2011 déjà de mettre un terme au contrat de l'intimé à fin 2011, afin que celui-ci puisse travailler à plein temps pour son autre employeur, et il ressort du témoignage de X. que l'intimé avait clairement manifesté son souhait de recevoir sa lettre de licenciement pour la fin de l'année 2011. Il n'est en revanche pas établi que l'intimé ait travaillé à plein temps dès le 24 novembre 2011, de sorte que la jurisprudence dont se prévaut l'appelante, selon laquelle la prise immédiate d'un nouvel emploi constituerait un élément déterminant dans l'appréciation de l'abandon de poste (TF 4C.339/2006 du 21 décembre 2006 c. 2.4) ne trouve pas application en l'espèce.

4.

a) L'appelante soutient à titre subsidiaire qu'elle n'a pas donné, par son courrier du 24 novembre 2011, un congé immédiat, de sorte que les rapports de travail ont perduré jusqu'au 31 décembre 2011, date à laquelle les parties avaient convenu de mettre fin à leurs relations de travail. Il n'y aurait dès lors pas matière à l'allocation d'une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO.

b) La résiliation du contrat de travail est une déclaration unilatérale de volonté sujette à réception, par laquelle une partie communique à l'autre sa volonté de mettre fin au contrat; il s'agit d'un droit formateur (TF 4C.391/2002 du 12 mars 2003 c. 2.1; ATF 113 II 259 c. 2a). La résiliation n'est soumise à aucune forme particulière, sauf disposition contractuelle contraire. Elle doit cependant être claire et précise quant à la volonté de mettre fin au contrat; son interprétation se fait selon le principe de la confiance. S'il subsiste un doute sur la volonté de mettre fin aux rapports de travail, la déclaration est interprétée en défaveur de son auteur (art. 18 al. 1 CO; ATF 126 III 59 c. 5b; ATF 126 III 375 c. 2e/aa; TF 4C.391/2002 du 12 mars 2003 c. 2.1). Dans la mesure où le travailleur fonde ses prétentions sur un congé avec effet immédiat, il convient d'appliquer la règle générale de l'art. 8 CC et de lui faire supporter le fardeau de la preuve dudit congé, respectivement la

charge de l'échec de la preuve sur ce point (CREC I 22 septembre 2009/488 c. 3).

L'employeur qui, à tort, croit avoir affaire à un abandon d'emploi, se contente d'une prise d'acte et renonce de ce fait à une résiliation – avec ou sans préavis – des rapports de travail ne saurait être condamné à une pénalité au sens de l'art. 337c al. 3 CO (GLOOR, in: Dunand/Mahon [éd.], Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 8 ad art. 337d CO).

c) En l'espèce, dans son courrier du 24 novembre 2011, l'employeur a considéré que le travailleur avait quitté son emploi avec effet immédiat et «par conséquent» a confirmé à l'intimé que «selon votre décision, vous ne faites plus partie du personnel». On ne saurait déduire de cette déclaration, interprétée selon le principe de la bonne foi, que l'employeur a entendu exercer de son côté son droit formateur de résiliation – que ce soit avec effet immédiat ou non. Il s'est au contraire contenté de tirer les conséquences du congé qu'il a cru, certes à tort, avoir été donné par le travailleur. Celui-ci échoue dans la preuve qu'un congé immédiat aurait été donné le 24 novembre 2011.

Faute de congé immédiat donné par l'employeur, il y a lieu de considérer que le contrat de travail a perduré jusqu'à l'échéance du 31 décembre 2011, date à laquelle les parties avaient de toute manière convenu de mettre fin à leurs relations de travail, et qu'il n'y a dès lors pas lieu à paiement d'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. L'appel doit être admis sur ce point.

Cela étant, il n'est point besoin d'examiner s'il y avait de justes motifs de résiliation, comme l'appelante ne le plaide qu'à titre subsidiaire.

Dès lors que l'employeur avait demandé la restitution des clés avant le 30 novembre 2011, on doit retenir que l'employé n'avait pas à offrir ses services et que, l'employeur étant en demeure, le salaire est dû jusqu'au 31 décembre 2011, comme l'ont retenu les premiers juges. L'appelante ne motive d'ailleurs nullement ses conclusions libératoires sur ce point.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 8 mai 2015 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 21 novembre 2014 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 28 CC et 328 CO. Il n'y a pas d'atteinte illicite à la personnalité du travailleur lorsque l'employeur, ou les personnes qui en dépendent, se limite à prendre connaissance d'un dossier que l'employée a rendu accessible à tous les employés en l'enregistrant sur le serveur commun de l'entreprise. L'employée a agi en connaissance de cause et accepté le risque que le contenu du document soit lu par des tiers. Cela suffit à

justifier au sens de l'art. 28 al. 2 CC l'atteinte consistant dans la lecture des conversations enregistrées dans ce document. Au demeurant, en invoquant l'illicéité de la lecture du document litigieux par l'employeur, l'employée cherche en fait à effacer les conséquences de son comportement négligent quant à ce document, négligence qui est la cause de la découverte et de la preuve de la violation de ses obligations contractuelles. Un tel procédé doit être considéré comme abusif au sens de l'art. 2 al. 2 CC (c. 3).

Art. 337 CO. Le dénigrement de l'employeur auprès du personnel, de la clientèle ou sur la place publique, c'est-à-dire dans les médias, y compris sur Internet, constitue une violation caractérisée du devoir de fidélité (art. 321a al. 1 CO) et justifie en règle générale le renvoi avec effet immédiat. Constitue, en l'espèce, un facteur aggravant le fait que l'employée était alors âgée de trente et un ans et chargée de responsabilités certaines, et non une jeune travailleuse sans responsabilité à laquelle l'on pourrait passer une telle attitude déplacée (c. 4).

Extraits des faits:

L'intimée Fondation E. a engagé l'appelante T., née le 20 janvier 1982, en qualité de secrétaire à 50% dès le 1^{er} janvier 2011, puis en qualité d'assistante administrative à 100% dès le 14 février 2011 pour un salaire mensuel de 5'000 fr. versé douze fois l'an, montant porté à 5'180 fr. dès le 1^{er} janvier 2012. Par avenant du 28 juin 2012, un treizième salaire a été prévu, avec effet au 1^{er} juillet 2012.

Dès le mois d'août 2012, l'intimée a constaté que l'appelante avait pris du retard dans l'exécution de certaines tâches. Elle en a discuté à plusieurs reprises avec elle afin d'en rechercher les causes et de trouver des moyens pour remédier à ces retards. Le 14 janvier 2013, l'intimée a constaté des dysfonctionnements plus graves: un événement avait dû être annulé en raison d'une erreur de l'appelante et avait dû néanmoins être payé à l'équipe de production; l'appelante n'avait pas introduit les écritures comptables du mois de décembre dans le système informatique. A partir de cette date, l'intimée a soupçonné l'appelante d'accomplir des activités privées durant ses heures de travail.

Le 15 janvier 2013, l'intimée a fait des remarques à l'appelante au sujet de ces dysfonctionnements en lui demandant d'accomplir son travail et de stopper toutes activités personnelles durant ses heures de travail. L'appelante a toutefois nié exercer de telles activités. Le 16 janvier 2013, A., directrice de l'intimée, a vu une fenêtre de messagerie «MSN» de «chat» ouverte sur l'ordinateur [...] utilisé par l'appelante alors qu'elle se chargeait de prendre une réservation. Constatant que les remarques du 15 janvier 2013 n'avaient pas été suivies d'effet, elle a décidé de lui formuler un avertissement à son retour. L'appelante a été en incapacité de travail les 17 et 18 janvier 2013. Le lundi 21 janvier 2013, quelques minutes avant l'entretien prévu avec

l'appelante, B., supérieure hiérarchique de celle-ci, a informé A. qu'elle avait découvert sur le serveur commun de l'intimée dans le sous-dossier relatif à l'appelante et le sous-dossier «Divers» des documents sans lien avec l'activité professionnelle de l'appelante, notamment une photo de soutien-gorge et un portrait dessiné. En examinant ce sous-dossier «Divers», A. a découvert un document intitulé «[...]@hotmail.com.html». Elle n'a toutefois pas pu en prendre connaissance avant l'entretien, car l'appelante se présentait à celui-ci, mais l'a enregistré sur le fichier bureau de son ordinateur. Au terme de l'entretien, A. a donné à l'appelante un avertissement oral concernant la qualité de son travail et son comportement inadéquat, notamment l'excès manifeste d'activités privées durant ses heures de travail. Le sous-dossier «Divers», dans lequel se trouvait le document «[...]@hotmail.com.html», figurait notamment avec le sous-dossier «Décompte d'heures» dans le sous-dossier au nom de l'appelante, lui-même inclus dans le dossier «Personnel fixe» du serveur de l'intimée. Ce sous-dossier au nom de l'appelante était l'équivalent numérique du dossier personnel papier de la travailleuse. Les dossiers et sous-dossiers du serveur étaient accessibles à tous les employés de l'intimée. B. était responsable du contrôle des heures de travail et utilisait pour ce faire les sous-dossiers «Décompte d'heures» des sous-dossiers individuels des employés.

L'appelante a admis avoir enregistré sciemment le document «[...]@hotmail.com.html» sur le serveur de l'intimée dans le sous-dossier «Divers» de son sous-dossier personnel et avoir eu conscience à ce moment que ses collègues pouvaient y avoir accès. Elle a indiqué avoir paramétré la messagerie «MSN» pour que toute pièce jointe s'enregistre automatiquement dans son dossier personnel et que le document susmentionné était resté durant quatre jours, soit deux jours ouvrables, sur le serveur commun.

A la suite de l'entretien du 21 janvier 2013, dans l'après-midi, l'appelante a effacé ce document du serveur commun. La directrice de l'intimée a lu le 21 janvier 2013 au soir la copie qu'elle en avait faite. Il ressort des conversations figurant dans ce document que l'appelante qualifiait les [...] engagés par l'intimée «d'enculés», une responsable de l'intimée de «pute», qu'elle souhaitait dire à sa supérieure hiérarchique «nique ta race, sale pute», qu'elle avait envie «de la taper» à la suite de l'entretien du 15 janvier 2013 et que la directrice de l'intimée était une «connasse». A. a expliqué avoir été profondément choquée à la lecture de ce document et avoir considéré que la relation de confiance était rompue.

Le 22 janvier 2013 au matin, A. a parlé du document litigieux à B., qui a aussi été choquée par son contenu. Elle a également téléphoné à la présidente du conseil de fondation de l'intimée et, à la suite de ce téléphone, a pris la décision de licencier l'appelante avec effet immédiat. Le même jour, A. a remis en mains propres à l'appelante le courrier signé par elle par lequel elle la licenciait avec effet immédiat. Le motif invoqué était le contenu du document «[...]@hotmail.com.html». Par courrier du 31 janvier 2013, l'appelante s'est opposée au congé, a offert ses services et a contesté les mo-

tifs de celui-ci. Le conseil de fondation de l'intimée a ratifié le licenciement en cause dans sa séance du 11 mars 2013. L'appelante n'a pas touché de salaire pour le mois de janvier 2013. Elle a retrouvé un emploi à 60% dès le 1^{er} avril 2013, puis à plein temps dès le mois d'août 2014.

Le 30 septembre 2013, T. a saisi le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne d'une demande en paiement contre la Fondation E. Par jugement du 21 novembre 2014, dont la motivation a été envoyée le 23 février 2015 pour notification, le Tribunal a admis très partiellement les conclusions de T., dit que la Fondation E. devait lui payer la somme de 3982 fr. 45 brute avec intérêt et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions. T. a interjeté appel le 25 mars 2015 contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

L'appelante soutient que le document «[...]@hotmail.com. html» entre dans la définition des «données personnelles» auxquelles l'employeur, même s'il peut techniquement le faire, n'est pas autorisé à accéder, fussent-elles dans le dossier personnel de l'employé, vu leur caractère privé, et que l'intimée devait renoncer à le consulter dès qu'elle avait eu conscience de son caractère privé. Elle fait grief à l'intimée de n'avoir pas sécurisé son dossier personnel informatique.

La protection de la sphère privée est comprise dans la protection de la personnalité du travailleur offerte par l'art. 328 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) (DUNAND, Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, n. 13 ad art. 28 CO; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n. 4 ad art. 328 CO), cette disposition intégrant et concrétisant dans le contrat de travail les principes généraux de protection de la personnalité qui sont énoncés aux art. 27 ss CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) (DUNAND, op.cit., n. 1 ad art. 328 et références). La jurisprudence a précisé que les informations de nature personnelle transmises au moyen de la messagerie électronique appartenaient à la sphère privée et que l'irruption d'un tiers dans cette sphère, notamment pour rassembler des informations, constituait une atteinte à la personnalité, qui devait être qualifiée d'illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi (art. 28 al. 2 CC; ATF 130 III 28 c. 4.2). Le consentement de la victime, expression du principe «volenti non fit injuria», peut être donné expressément ou tacitement, par actes concluants (JEANDIN, Commentaire romand, 2010, n. 79 ad art. 28 CC); il peut viser une atteinte uniquement déterminable (notion d'acceptation du risque) et doit être éclairé, c'est-à-dire donné en connaissance de cause (JEANDIN, op.cit., n. 74 ad art. 28 CC).

En l'espèce, c'est l'appelante qui a enregistré dans un dossier qu'elle savait accessible à tous les employés le document «[...]@hotmail.com.html». Elle a donc accepté le risque que le contenu de ce document soit

lu par des tiers. Il n'y a donc pas eu intrusion de la part de l'intimée, ni contrôle de l'utilisation d'Internet ou de l'ordinateur affecté à l'appelante, ni encore usage d'un fichier journal tel que décrit par le Guide du Préposé fédéral relatif à la surveillance d'Internet et du courrier électronique au lieu de travail, comme l'ont constaté les premiers juges. L'appelante a agi en connaissance de cause, de sorte que son consentement par actes concludants doit être qualifié d'éclairé. Cela suffit à justifier au sens de l'art. 28 al. 2 CC l'atteinte consistant dans la lecture des conversations enregistrées dans ce document. Le fait que l'intimée aurait dû sécuriser le dossier personnel de l'appelante est à cet égard sans pertinence.

Au demeurant, en invoquant l'illicéité de la lecture du document litigieux par l'intimée, l'appelante cherche en fait à effacer les conséquences de son comportement négligent quant à ce document, négligence qui est la cause de la découverte et de la preuve de la violation de ses obligations contractuelles. Un tel procédé doit être considéré comme abusif au sens de l'art. 2 al. 2 CC.

4.

L'appelante soutient que les discussions avec son ami qui ont fondé le congé avec effet immédiat ne constitueraient pas des injures, faute pour celles-ci d'avoir été utilisées avec conscience et volonté de porter atteinte à l'honneur d'autrui. Elle fait valoir que ces grossièretés ont été utilisées sous tous azimuts dans l'ensemble des discussions, de manière générale et sans cohérence aucune et même entre les interlocuteurs eux-mêmes, de sorte qu'elles ne sauraient être prises au premier degré. L'appelante soutient en outre que, vu le caractère privé de ces conversations, on ne saurait retenir un dénigrement, faute de publication destinée à être communiquée à un cercle indéterminé ou indéterminable de personnes.

Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une telle résiliation; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 213 c. 3.1, JT 2004 I 223). La jurisprudence a souligné que, lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues, il viole gravement une des obligations découlant du contrat de travail (art. 321a CO), de sorte qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO peut s'imposer (ATF 127 III 351 c. 4b/dd et les références citées).

Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 c. 4.1). Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé et à procurer à l'employeur une satisfaction (ATF 129 III 380 c.

3.1; TF 5A_60/2014 du 22 juillet 2014 c. 3.1; TF 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 c. 3.2).

La gravité de l'infraction ne saurait ainsi entraîner à elle seule l'application de l'art. 337 al. 1 CO. Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 213 précité c. 3.1; ATF 127 III 153 c. 1c; TF 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 précité).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO) et il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC); à cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués (ATF 137 III 303 c. 2.1.1).

Un pouvoir d'appréciation large étant laissé au juge, il serait erroné d'établir une casuistique en se focalisant sur un seul élément du comportement de l'employé congédié sorti de son contexte. La comparaison entre le cas objet de l'examen et d'autres décisions judiciaires doit être effectuée avec circonspection (TF 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 précité).

Des injures, menaces, voies de faits, emportements dirigés contre la personne de son employeur et de ses organes ou cadres peuvent fonder un renvoi avec effet immédiat si elles atteignent une certaine intensité; le juge tiendra compte, dans la pesée d'une éventuelle provocation, de l'état d'énervement compréhensible de l'auteur, de sa santé psychique et, dans le cas d'un comportement violent, de l'existence ou non d'une lésion corporelle (GLOOR, Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, n. 38 ad art. 337 CO et les références citées).

Le dénigrement de l'employeur auprès du personnel, de la clientèle ou sur la place publique, c'est-à-dire dans les médias, y compris sur Internet, constitue une violation caractérisée du devoir de fidélité (art. 321a al. 1 CO) et justifie en règle générale le renvoi avec effet immédiat (GLOOR, op.cit., n. 43 ad art. 337 CO et les références citées).

En l'espèce, même si les injures en cause et le dénigrement de l'intimée ont eu lieu dans le cadre de discussions privées, il n'en demeure pas moins que le contenu de ces discussions était accessible à des tiers, notamment l'employeur, qu'il est objectivement choquant et témoigne d'un état d'esprit désastreux de l'appelante. Le fait que la grossièreté ait été une caractéristique des échanges entre l'appelante et son ami ne change rien à cette appréciation, ce d'autant moins que l'appelante était alors âgée de trente et un ans et chargée de responsabilités certaines, et non une jeune travailleuse sans responsabilité à laquelle l'on pourrait passer une telle attitude déplacée. La découverte par l'intimée du contenu de ces conversations et de l'état d'esprit dont elles témoignaient était de nature à rompre les rapports de confiance nécessaires à la poursuite des rapports contractuels jusqu'à l'échéance ordinaire du contrat. Partant, le congé avec effet immédiat était justifié.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 19 octobre 2015 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 30 mars 2015 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois)

Art. 344 CO et art. 17 al. 3 LFPr. Comme 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. 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 (c. 3.2).

Le contrat de stage, non défini par la loi, est quant à lui 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. 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).

Art. 322 CO. En l'espèce, les parties ont conclu un contrat de stage professionnel. Même en admettant l'existence d'un contrat mixte, force est de constater que l'élément prédominant serait la formation professionnelle dispensée au stagiaire, sous la forme d'un stage pratique pendant une année environ destiné à lui permettre d'acquérir des compétences et une expérience professionnelles en tant que carrossier-peintre et à augmenter ses chances sur le marché suisse du travail. Ainsi, même en admettant l'existence d'un contrat mixte ou innommé, en l'absence de dispositions impératives (convention collective, contrat-type ou règles de droit public), il y a dès lors lieu de s'en tenir au salaire convenu expressément entre les parties, qui apparaît au surplus adéquat s'agissant de la rémunération d'un stage professionnel (c. 3.4).

Extraits des faits:

E. Sàrl est une société à responsabilité limitée dont le siège est à X. et dont le but est «tous travaux de carrosserie, ainsi que réparations et commerce de véhicules automobiles». T., né en 1995, est titulaire d'un certificat d'aptitude professionnelle (ci-après: CAP) en «réparation des carrosseries», obtenu en France en juin 2012. Par contrat oral du 25 février 2013, E. Sàrl a engagé T. pour une durée indéterminée. Les parties ont convenu que T. effectuerait dans un premier temps un stage, rémunéré à raison de 200 fr. nets par semaine, afin que l'employeur puisse évaluer ses compétences. A l'issue de cette période d'essai, le 30 avril 2013, E. Sàrl a accepté d'engager T. à plein temps en tant que «carrossier-peintre en formation» à partir du 1^{er} mai 2013. Cette formation professionnelle accélérée, estimée à une année, devait lui permettre de s'intégrer plus facilement dans le marché du travail suisse. Les parties ont alors convenu d'un salaire mensuel brut de 1'650 francs.

Le 14 juin 2013, E. Sàrl a établi une attestation à la demande du père de T., afin qu'il puisse percevoir des allocations familiales pour son fils, dont la teneur était la suivante: «Par la présente, nous attestons que M. T., né en 1995, est employé à 100% en tant que carrossier peintre auprès de notre entreprise, depuis le 1^{er} mai 2013. Il a également effectué chez nous un stage du 25.02 au 30.04.2013.» Au mois de novembre 2013, T. a fait part de certaines difficultés financières à B., associé gérant de E. Sàrl, et sollicité une augmentation de salaire. Dès le 1^{er} novembre 2013, son salaire a été augmenté à 1950 fr. bruts par mois. En décembre 2013, T. a demandé à E. Sàrl de lui verser un salaire correspondant à celui d'un carrossier-peintre, ce que cette dernière a refusé.

Par courrier remis en mains propres à T. le 27 mars 2014, E. Sàrl a résilié son contrat de travail avec effet au 31 mars 2014. Le même jour, E. Sàrl a remis à T. un certificat de travail, dont le contenu était le suivant: «Par la présente, nous attestons, que M. T., né en 1995, a été employé, au sein de notre entreprise, en tant que manoeuvre peintre en carrosserie durant la période du 1^{er} mai 2013 au 31 mars 2014. Il a également effectué un stage du 25 février au 30 avril 2013. Il a donné entière satisfaction par son travail, sa ponctualité, et sa politesse aussi bien vis-à-vis de la clientèle, de ses employeurs que de ses collègues. Pour des raisons économiques, nous avons dû mettre un terme à son contrat de travail. Nous lui souhaitons plein succès dans ses futures démarches et son avenir professionnel.»

Par demande déposée le 14 novembre 2014 auprès du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, T. a conclu à ce que E. Sàrl soit condamnée à lui verser un montant brut de 24'490 fr. 07, avec intérêts. Par jugement du 30 mars 2015, dont les motifs écrits ont été adressés aux parties le 2 juin 2015, le Tribunal a partiellement admis la demande formée par T. Par acte du 30 juin 2015, E. Sàrl a fait appel du jugement précité.

Extraits des considérants:

3.

L'appelante remet en cause la qualification juridique des rapports contractuels retenue par les premiers juges – à savoir un contrat mixte avec prédominance des éléments du contrat de travail ordinaire – et considère qu'il s'agit d'un contrat *sui generis*, correspondant à un contrat de stage de formation professionnelle. Elle reproche à l'autorité de première instance d'avoir établi les faits de manière inexacte en retenant que l'intimé aurait été employé en qualité de manœuvre en carrosserie. Elle fait valoir que cette appréciation serait contraire aux résultats de l'instruction et irait à l'encontre des explications fournies par les parties elles-mêmes, chacune ayant confirmé que l'intimé avait été engagé en tant que «peintre en carrosserie en formation».

3.1 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 donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (TF 2A.658/2005 du 28 juin 2006 consid. 2.1; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd., n. 1 ad art. 319 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^e éd., 2014, pp. 139 ss).

3.2 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 c. 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^e 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. Con-

trairement 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, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5^e éd. 2011, n. 17 ad art. 344 CO; STAEHLIN, 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, op.cit., n. 17 ad art. 344 CO). Pour le reste, PORTMANN considère que les dispositions applicables au contrat d'apprentissage doivent s'appliquer *mutatis mutandis* au contrat de stage (ibidem).

3.3 La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 131 III 217 consid. 3; ATF 129 III 664 consid. 3.1; TF 4C.66/2006 du 28 juin 2006 consid. 2.1.1). 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).

3.4 En l'espèce, comme l'ont retenu les premiers juges, le bas salaire convenu entre les parties (1'650 fr. par mois), tenait compte du fait que l'intimé devait bénéficier d'une formation professionnelle prodiguée par l'appelante, ce que cette dernière avait expressément souligné lors de la conclusion du contrat.

Titulaire d'un CAP français en réparation de carrosseries, l'intimé ne bénéficiait en effet d'aucune formation en tant que «carrossier-peintre». Engagé à ce titre par l'appelante, afin de faciliter son intégration dans le marché du travail – sa formation française étant jugée insuffisante – il devait donc se former dans ce domaine, comme l'ont confirmé les témoins A. et C. (ce dernier ayant expressément indiqué que le demandeur avait été engagé en tant que «peintre en carrosserie en formation» pour une durée d'une année, afin d'augmenter ses chances d'obtenir ensuite un emploi en qualité de peintre). Au demeurant, rien n'indique que l'intimé se serait opposé à la formation

professionnelle de carrossier-peintre mise en avant par l'appelante au moment de son engagement. Son unique expérience en matière de carrosserie (cf. infra), ne permet d'ailleurs pas de déduire qu'il aurait été engagé à ce titre.

Dès lors, on peut admettre, sur la base des témoignages précités, que la volonté réelle et commune des parties était de fournir à l'intimé une formation de carrossier-peintre permettant d'augmenter ses chances sur le marché suisse de l'emploi, comme le retient également le jugement entrepris.

En revanche, contrairement à l'appréciation des premiers juges, on ne saurait retenir que l'intimé fournissait en réalité un travail de manœuvre en carrosserie à plein temps. Au contraire, il résulte de l'instruction que B. formait l'intéressé aux travaux de peinture, comme cela était convenu, travaux pour lesquels l'intimé n'avait pas d'expérience. Une fois ces tâches terminées, il arrivait à l'intimé d'assister D. dans ses travaux de carrosserie. Toutefois, comme l'a confirmé ce témoin, sous réserve d'un véhicule remonté par l'intimé en son absence, ce dernier n'effectuait pas de travail de tôlier de manière indépendante. A l'exception de ce cas isolé, l'affirmation de l'appelant, selon laquelle il aurait régulièrement effectué des travaux de carrosserie, n'est ainsi corroborée par aucun élément du dossier.

Par ailleurs, l'attestation établie par l'appelante le 14 juin 2013 à la demande du père de l'intimé, afin de lui permettre de percevoir des allocations familiales pour son fils, ne constitue pas un élément déterminant s'agissant de la qualification juridique des rapports contractuels entre les parties (cf. c. 3.3 supra). D'autre part, on ne saurait exiger des parties qu'elles apprécient la portée juridique des expressions et dénominations dont elles se sont servies pour décrire le contrat. De plus et surtout, il est manifeste que cette attestation, mentionnant que l'intimé était «carrossier-peintre», ne correspondait pas à la réalité, puisque l'intimé était en formation de carrossier-peintre, ce que les parties n'ont d'ailleurs jamais contesté. Pour le même motif, les termes de «manœuvre peintre en carrosserie», employés dans le certificat de travail remis à l'intimé, ne sont pas déterminants, dès lors qu'ils ne font aucune mention de la formation prodiguée à l'intéressé.

Pour le surplus, on ne discerne pas en quoi l'augmentation de salaire consentie par l'appelante à l'intimé en novembre 2013 – alors que ce dernier venait de faire part à B. de ses difficultés financières, ce qui n'est pas contesté – serait pertinente pour qualifier le contrat.

Enfin, l'octroi d'un délai de congé à l'intimé ne permet pas d'exclure que les parties étaient liées par un contrat de stage professionnel, dont la résiliation, contrairement au contrat d'apprentissage, intervient de manière ordinaire (cf. PORTMANN, op.cit., n. 17 ad art. 344 CO).

Au vu de ce qui précède, l'appréciation des premiers juges, selon laquelle le contrat conclu dès le 1^{er} mai 2013, comportant à la fois des éléments de travail et des éléments de formation, présentait une prédominance des éléments relevant du contrat de travail, justifiant ainsi qu'un salaire usuel soit alloué à l'intimé, ne saurait être confirmée.

Même en admettant l'existence d'un contrat mixte, force est de constater que l'élément prédominant serait la formation professionnelle dispensée à l'intimé, sous la forme d'un stage pratique destiné à lui permettre d'acquérir des compétences et une expérience professionnelles en tant que carrossier-peintre. Contrairement à un contrat d'apprentissage, l'engagement de l'intimé ne visait pas à ce qu'il acquière une formation systématique et complète (ce qui aurait nécessité quatre ans), mais bien à ce qu'il apprenne le métier de carrossier-peintre pendant environ une année afin d'augmenter ses chances sur le marché suisse du travail, son CAP français ne lui permettant pas d'obtenir un emploi de ce type. Partant, il n'était pas prévu que l'appelante dispenserait à l'intimé une formation complète équivalente à un apprentissage, de sorte que le fait qu'elle ne lui ait pas délivré d'attestation de formation n'apparaît pas probant.

Rien n'indique, au surplus, que l'on se trouverait dans l'hypothèse d'un travailleur en formation qui ne recevrait pas la formation professionnelle promise par l'employeur, auquel cas le salaire usuel lié à un travail ordinaire pourrait lui être dû (cf. TF 4C.429/1999 du 6 mars 2000 consid. 2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op.cit., n. 9 ad art. 344a CO).

Cela étant, en vertu du principe de la liberté contractuelle, les parties étaient libres de déterminer le salaire adéquat, sous réserve d'une convention collective, d'un contrat-type ou de dispositions impératives de droit public contraires, étant rappelé que ce n'est que dans l'hypothèse où aucun salaire n'est prévu que le salaire usuel doit être versé (cf. c. 3.1 supra). Même en admettant l'existence d'un contrat mixte ou innommé, en l'absence de dispositions impératives de ce type, il y a dès lors lieu de s'en tenir au salaire convenu expressément entre les parties, qui apparaît au surplus adéquat s'agissant de la rémunération d'un stage professionnel.

Arrêt communiqué par M.-A. Borel, premier greffier adjoint auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Kanton Zürich

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 23. Februar 2015 (Nichteintreten auf die Beschwerde gegen die Verfügung des Friedensrichteramtes Opfikon-Glattbrugg vom 12. Januar 2015)

Vergleich, Art. 241 Abs. 2 ZPO; Revision, Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO. Ein anlässlich einer Schlichtungsverhandlung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschlossener Vergleich hat gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides und das Gericht schreibt das Verfahren gestützt auf diesen gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO ab. Auf die Beschwerde des Arbeitnehmers ist nicht einzutreten, da gegen den auf einer Parteierklärung (und damit auch auf einem Vergleich) beruhenden Abschreibungsentscheid kein Rechtsmittel ergriffen und die betreffende Parteierklärung als solche nur mit einer Revision angefochten sowie einzig gegen den Kostenentscheid gestützt auf Art. 110 ZPO mit einer Beschwerde vorgegangen werden kann. Entsprechend hätte der Kläger seine Einwendungen gegen den Vergleich mittels Revision (Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO) geltend machen müssen (E. 2.2.1, 2.2.2).

Sachverhalt:

Am 24. November 2014 ging bei der Vorinstanz das Schlichtungsgesuch des Klägers und Beschwerdeführers (fortan Kläger) ein. Anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 12. Januar 2015 schlossen die Parteien folgenden Vergleich: «(1.) Die klagende Partei reduziert die eingeklagte Forderung auf den Betrag von Fr. 6000.– netto und zieht die Klage bezüglich sämtlicher übrigen Forderungen vorbehaltlos zurück. (2.) Die beklagte Partei verpflichtet sich, den reduzierten Forderungsbetrag von Fr. 6000.– netto ohne Anerkennung einer Rechtsschuld bis 31.01.2015 an den Kläger zu bezahlen. (3.) Die beklagte Partei verpflichtet sich, das anlässlich der Schlichtungsverhandlung überarbeitete Zeugnis gemäss separater Beilage bis zum 31.01.2015 dem Kläger aus- und zuzustellen. (4.) Mit der Bezahlung des vereinbarten Betrages und der Aus- und Zustellung des gemäss Ziffer 3 abgeänderten Zeugnisses sind die Parteien per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt. (5.) Der Kläger erklärt, dass er keine Strafanzeige gegen Mitarbeitende der Beklagten einreichen wird. (6.) Die Parteikosten werden wettgeschlagen.»

Mit Verfügung vom 12. Januar 2015 schrieb die Vorinstanz das Verfahren wie folgt ab: «(1.) Das Verfahren wird als durch Vergleich erledigt abgeschlossen. (2.) Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz (kostenloses Verfahren nach Art. 113 ZPO). (...)»

Mit Schreiben vom 21. Januar 2015 (gleichentags zur Post gegeben, eingegangen am 22. Januar 2015) erhob der Kläger innert Frist Beschwerde mit folgenden Begehren: «(1.) Die Vereinbarung sei aufzuheben. (2.) Die Klage gegen B. GmbH sei an das Bezirksgericht Bülach zur Beurteilung zu überweisen. (3.) Es sei dem Beklagten seine Personalakte auszuhändigen. (...)»

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Kläger führt in seiner Beschwerdeschrift im Wesentlichen aus, dass die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) den im Vergleich vereinbarten Betrag nicht vereinbarungsgemäss bezahlen wolle und die Absicht verfolge, ihn zu schikanieren. Er sei daher nicht mehr am Vergleich interessiert. Mit diesen Einwendungen stellt sich der Kläger nicht gegen die Abschreibung des Verfahrens, sondern gegen den Vergleich an sich.

2.2.1 Welches Rechtsmittel zu ergreifen ist, wenn ein Entscheid, der auf einer Parteierklärung wie Klageanerkennung, Klagerückzug oder Vergleich gemäss Art. 241 ZPO basiert, angefochten werden soll, ist in Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO geregelt. Die Erklärung der Partei als solche ist mit Revision gemäss dieser Gesetzesbestimmung anzufechten. Das Bundesgericht erwog in einem jüngeren und publizierten Entscheid Folgendes: Ein Vergleich, eine Klageanerkennung oder ein Klagerückzug habe gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides und das Gericht schreibe das Verfahren gestützt auf diesen gemäss Art. 241 Abs. 3 ZPO ab. Dieser Abschreibungsentscheid sei ein rein deklaratorischer Akt, weil bereits die Parteierklärung den Prozess unmittelbar beende. Der Abschreibungsentscheid beurkunde den Prozesserledigungsvorgang im Hinblick auf die Vollstreckung, erfolge aber abgesehen davon der guten Ordnung halber und zum Zweck der Geschäftskontrolle. Gegen den Abschreibungsentscheid als solchen stehe kein Rechtsmittel zur Verfügung. Der Abschreibungsbeschluss bilde kein Anfechtungsobjekt, das mit Berufung oder Beschwerde nach der ZPO angefochten werden könne. Lediglich der darin enthaltene Kostenentscheid sei gemäss Art. 110 ZPO mit einer Beschwerde anfechtbar. Der gerichtliche Vergleich selbst habe zwar gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides, könne aber einzig gemäss Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO mit der Revision angefochten werden. In Bezug auf materielle oder prozessuale Mängel des Vergleichs sei die Revision das einzige Rechtsmittel. Gegen einen Vergleich stünden weder die Berufung noch die Beschwerde nach ZPO offen (BGE 139 III 133 Erw. 1.1 bis 1.3 m.w.H.).

2.2.2 Daraus ergibt sich, dass gegen den auf einer Parteierklärung (und damit auch auf einem Vergleich) beruhenden Abschreibungsentscheid kein Rechtsmittel ergriffen und die betreffende Parteierklärung als solche nur mit einer Revision angefochten sowie einzig gegen den Kostenentscheid gestützt auf Art. 110 ZPO mit einer Beschwerde vorgegangen werden kann. Entspre-

chend hätte der Kläger seine Einwendungen gegen den Vergleich mittels Revision geltend zu machen.

2.3 Dementsprechend aber ist die angerufene Kammer vorliegend nicht zuständig, nachdem der Kläger den Vergleich aufgehoben haben will und die einer allfälligen Beschwerde unterliegende Kosten- und Entschädigungsregelung (Art. 110 ZPO) nicht angefochten hat. Somit ist auf die vorliegende Beschwerde nicht einzutreten.

Der Kläger reichte innert der Beschwerdefrist ergänzende Beschwerdeschriften ein und stellte darin teils neue Rechtsbegehren. Dabei handelt es sich um Vollstreckungs- und Genugtuungsbegehren, für welche die Rechtsmittelinstanz ebenso wenig zuständig ist. Gleiches gilt auch für den vom Kläger im zweitinstanzlichen Verfahren erstmals erhobenen Antrag, es sei ihm seine Personalakte auszuhändigen. Insgesamt kann auf alle vom Kläger gestellten Rechtsbegehren und damit auf die von ihm erhobene Beschwerde nicht eingetreten werden.

2.4 Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

(...)

Es wird beschlossen:

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. März 2015

Lieferung der Daten von Bank-Mitarbeitern an die amerikanischen Steuerbehörden. Weitergabe persönlicher Daten, Art. 6 und 15 DSG; Anwendung auf die Lieferung der Daten von Bank-Mitarbeitern an die amerikanischen Steuerbehörden. Verbotene Handlungen für einen fremden Staat, Art. 271 StGB; die Bestimmung ist nur nach einer Ermächtigung des Bundesrates anwendbar.

Sachverhalt:

Im Rahmen des aktuellen «Steuerstreites» mit den USA erwägt eine Bank, den amerikanischen Behörden Daten über ihre Mitarbeitenden zu liefern. Eine Mitarbeiterin verlangte vom Einzelgericht den Erlass einer vorsorglichen Massnahme, welche diese Lieferung untersagen sollte. Das Einzelgericht trat darauf nicht ein, und dagegen richtet sich die Berufung.

Aus den Erwägungen:

3.4 Notwendigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme:

3.4.1 Richtig ist, dass der Friedensrichter selber keine vorsorglichen Massnahmen erlassen kann. Im vorliegenden Kontext besteht indes die Be-

sonderheit, dass der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens an sich bereits gewisse Wirkungen zukommen. Das folgt aus der Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 und der individuell an die Gesuchsgegnerin gerichteten Verfügung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 24. Januar 2014. Die Gesuchsgegnerin hält dazu zutreffend fest, es gehe nicht um die Frage, ob auch der Friedensrichter eine vorsorgliche Massnahme erlassen könnte, sondern einzig um die Auswirkungen der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens.

3.4.2 Die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 deckt sich – so richtig die Vorinstanz – mit der Musterverfügung, richtet sich individuell an die Gesuchsgegnerin und ist für diese verbindlich. Indessen ist zu präzisieren, dass die Verfügung der Gesuchsgegnerin nichts verbietet, sondern ihr vielmehr die Herausgabe der Daten ihrer Mitarbeiter an die US-Behörden unter dem Titel «Tätig werden für einen fremden Staat» nach Art. 271 Ziff. 1 StGB unter bestimmten Voraussetzungen bewilligt. Immerhin trifft es zu, dass diese Erlaubnis unter dem Vorbehalt steht, dass die entsprechenden Mitarbeiter keine Klage auf ein zivilrechtliches Verbot der Datenherausgabe erheben. Dabei handelt es sich aber nicht um ein konkretes Verbot, bestimmte Daten herauszugeben, sondern lediglich um einen Vorbehalt von der Bewilligung in dem Sinne, dass die Datenherausgabe trotz Klageeinleitung nicht von der Bewilligung umfasst wird und somit unter den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB fallen kann.

Würde die Gesuchsgegnerin trotz Einleitung eines Schlichtungsverfahrens Daten der Gesuchstellerin übermitteln, so verhielte es sich rechtlich daher genau gleich, wie wenn die Verfügung des EFD nicht existierte. Die Verfügung vom 24. Januar 2014 hat für diesen Fall somit keine Auswirkungen. Entscheidend ist daher die Auswirkung der zugrunde liegenden Strafnorm (Art. 271 Ziff. 1 StGB).

3.4.3 Der Umstand, dass ein bestimmtes Verhalten durch eine Strafnorm bereits generell verboten ist, macht ein individuelles Verbot nach der Praxis der Kammer nicht überflüssig. Denn erst mit einer individuell-konkreten Anordnung wird ein bestimmtes Verhalten mit Wirkung für bestimmte Personen ohne weitere Voraussetzungen und insbesondere ohne die Notwendigkeit der Auslegung und Subsumtion für verboten oder geboten erklärt. Demgegenüber greift der strafrechtliche Schutz (von den übrigen Voraussetzungen der Strafbarkeit abgesehen) nur, wenn das konkrete Verhalten unter den entsprechenden Straftatbestand subsumiert werden kann, was im Zeitpunkt des Erlasses der Massnahme kaum je mit Sicherheit vorausgesagt werden kann. Ein Rechtsuchender, der die entsprechenden Voraussetzungen glaubhaft gemacht hat, hat deshalb unabhängig von einem anderweitigen strafrechtlichen Schutz Anspruch auf den Erlass einer Massnahme.

Im Übrigen hängt der strafrechtliche Schutz gestützt auf Art. 271 StGB nicht nur vom Subsumptionsrisiko, sondern auch von weiteren Faktoren ab. Art. 271 StGB beschreibt eine politische Straftat (BSK StGB II-HUSMANN,

3. Aufl., 2013, vor Art. 271 StGB N 4). Die Strafverfolgung setzt eine Ermächtigung des Bundesrates voraus (Art. 66 des Strafbehördenorganisationsgesetzes, StBOG). Der Entscheid über die Ermächtigung muss nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten gefällt werden. Vielmehr gilt das politische Opportunitätsprinzip (vgl. Art. 66 Abs. 2 StBOG). Der Bundesrat lehnte in der Vergangenheit deshalb die Ermächtigung in politisch heiklen Fällen ab, so insbesondere in einem Fall nachrichtendienstlicher Aktivitäten der CIA in der Schweiz (vgl. BSK StGB II-HUSMANN, 3. Aufl., 2013, Art. 271 StGB N 89). Auch die hier zur Diskussion stehende Datenherausgabe an US-Behörden ist politisch brisant. Ob der Bundesrat bei einer Missachtung der Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 die Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilen würde, ist ungewiss. Die Bestrafung nach Art. 271 StGB und die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen einer Verurteilung drohen der Gesuchsgegnerin daher im Falle einer Datenherausgabe nicht ohne weiteres, sondern sie hängen von politischen Unwägbarkeiten ab. Die Verfügung des EFD vom 24. Januar 2014 bzw. Art. 271 StGB stellen aus diesem Grund keinen genügenden, die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz dar (vgl. zum Ganzen OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.5).

Dass die Strafandrohung nach Art. 292 StGB im Zusammenhang mit einem vorsorglichen Verbot tiefer ist als jene nach Art. 271 StGB, ändert somit nichts an der selbständigen Bedeutung der Strafandrohung nach Art. 292 StGB. Wie es sich mit der Notwendigkeit einer Massnahme als blosser zivilrechtlicher Anordnung ohne die Verbindung mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB verhielte, ist daher ohne Belang. Ebenso wenig ist zu prüfen, wie es sich mit einer allfälligen Abänderung der Verfügung vom 24. Januar 2014 und diesbezüglichen Vertrauensschutzargumenten verhält. Da die Verfügung so, wie sie erlassen wurde, der Gesuchstellerin keinen die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme ausschliessenden Schutz gewährt, ist nicht relevant, ob mit einer Abänderung der Verfügung zu rechnen ist oder nicht.

3.4.4 Die Vorinstanz hielt weiter fest, die Gesuchsgegnerin habe zugesichert, sie werde nach Einleitung eines Schlichtungsverfahrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des dadurch ausgelösten ordentlichen Verfahrens keine Daten der Gesuchstellerin an die US-Behörden herausgeben.

Allgemein kann das Drohen einer Verletzung und damit die Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme verneint werden, wenn davon auszugehen ist, die Gegenpartei werde keine solche Verletzung begehen, weil sie in den Standpunkt der gesuchstellenden Partei eingelenkt hat (BSK ZPO-SPRECHER, 2. Aufl., 2013, Art. 261 ZPO N 13; OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2). Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhält, ist nachfolgend aufgrund der Kommunikation der Parteien im Vorfeld bzw. während des vor Vorinstanz angehobenen Verfahrens zu prüfen.

3.4.5 Die Gesuchsgegnerin teilte der Gesuchstellerin mit Schreiben vom 4. Juli 2014 mit, dass sie beabsichtige, die Daten der Gesuchstellerin im

Rahmen der Teilnahme am US-Programm in die USA zu übermitteln. Gleichzeitig erklärte die Gesuchsgegnerin, die Gesuchstellerin habe die Möglichkeit, innert 20 Tagen Einsprache gegen den Datentransfer zu erheben. Die Gesuchstellerin erhob mit Schreiben vom 21. Juli 2014 Einsprache gegen die Übermittlung ihrer Daten. Nach zwischenzeitlicher weiterer Korrespondenz erklärte die Gesuchsgegnerin mit Schreiben vom 27. August 2014, sie werde die Daten der Gesuchstellerin ungeachtet ihrer Einsprache an die USA übermitteln, wenn die Gesuchstellerin nicht innert 10 Tagen ein gerichtliches Verfahren einleite. Das führte zur Einreichung des streitgegenständlichen Massnahmebegehrens vom 4. September 2014.

Die Vorinstanz erklärte den Parteien (nachdem die Gesuchsgegnerin zum Begehren Stellung genommen hatte) in einem Schreiben vom 14. Oktober 2014, nach der erwähnten Musterverfügung des Bundesrats vom 3. Juli 2013 stehe bereits die Einreichung einer Klage auf Erlass eines Verbots der Datenherausgabe einem solchen Datentransfer entgegen. Die verlangte vorsorgliche Massnahme könne sich daher als unnötig erweisen, wenn die Gesuchsgegnerin klar und unmissverständlich erkläre, dass aus ihrer Sicht die Einreichung einer Klage beim Friedensrichter genüge und dass sie, die Gesuchsgegnerin, dann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens auf die Weitergabe der Daten der Gesuchstellerin verzichte.

Mit Eingabe vom 27. Oktober 2014 erklärte die Gesuchsgegnerin, ihrer Ansicht nach würde es genügen, wenn die Gesuchstellerin eine Klage beim Friedensrichter einreiche. Sie, die Gesuchsgegnerin, wäre in diesem Fall bis zum rechtskräftigen Abschluss des dadurch ausgelösten ordentlichen Verfahrens daran gehindert, den US-Behörden Daten und Unterlagen über die Gesuchstellerin herauszugeben. Aus diesem Grund sei eine vorsorgliche Massnahme nicht notwendig.

3.4.6 Nach dem bereits erwähnten Entscheid der Kammer vom 3. März 2015 ist das Einlenken der Gesuchsgegnerin in den Standpunkt der Gesuchstellerin (als rechtshindernde Tatsache) von ersterer glaubhaft zu machen. Dabei genügt eine persönliche Versicherung durch die Gesuchsgegnerin, wenn diese glaubwürdig ist und ihre Darstellung plausibel erscheint. Es sind hohe Anforderungen zu stellen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass die Gesuchsgegnerin durch blosser Erklärung, die von der Gesuchstellerin befürchtete Handlung zu unterlassen, die angestrebte Massnahme verhindern kann. Zu genügen vermag deshalb nur eine in einem frühen Stadium des Konfliktes abgegebene vorbehaltlose Erklärung, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das Versprechen nicht bloss aus taktischen Gründen abgegeben wurde. Bei der Beurteilung einer solchen Erklärung steht dem Gericht ein erhebliches Ermessen zu. Eine abstrakte Regel lässt sich nicht formulieren, sondern es kommt auf die Umstände im konkreten Fall an (vgl. OGer ZH LF150002 vom 3. März 2015, E. 5.2).

Die Erklärung der Gesuchsgegnerin vom 27. Oktober 2014 erfolgte erst auf Anfrage der Vorinstanz, in einer relativ späten Phase des Massnahmeverfahrens und damit nicht in einem frühen Stadium des Konflikts. Auch wenn

der Gesuchsgegnerin nicht vorzuwerfen ist, sie habe diese Erklärung bloss aus taktischen Gründen abgegeben, so fehlen besondere Umstände, aufgrund derer sich rechtfertigen würde, die Zusicherung als glaubhaft gemacht zu betrachten. Da die Glaubhaftmachungslast für das Einlenken bei der Gesuchsgegnerin liegt, genügt es entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, die Gesuchsgegnerin würde sich nicht an das Versprechen halten. Im Gegenteil müsste die Gesuchsgegnerin glaubhaft gemacht haben, dass sie sich an das Versprechen halte. Dies ist nach dem Gesagten nicht der Fall.

Ob überhaupt von einem Versprechen oder einer Zusicherung auszugehen ist, oder lediglich von der Äusserung einer momentanen Rechtsauffassung (vgl. die gegenteiligen Auffassungen der Parteien), ist danach nicht von Belang.

3.4.7 Somit kann nicht gesagt werden, die beantragte vorsorgliche Massnahme sei nicht notwendig, weil die Gesuchstellerin mit der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens denselben Schutz erlangen könnte, den sie mit einer vorsorglichen Massnahme anstrebt. Dass die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens einfacher ist als die Stellung eines (umfassend zu begründenden) Massnahmebegehrens, ist danach nicht relevant.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 7. April 2015 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. März 2014)

Missbräuchliche Kündigung, Art. 336 Abs. 1 lit. a OR; persönliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin. Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht wegen einer Eigenschaft, 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. Vorliegend war die eheliche Liebesbeziehung und das damit einhergehende Vertrauensverhältnis zwischen der Arbeitnehmerin und dem Firmenpatron das ausschlaggebende Motiv für die sehr intensive und von hohem Vertrauen geprägte Zusammenarbeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, das primär aus diesem Grund eingegangen wurde. Mit der Zerrüttung der Ehe fiel die persönliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin, Vertrauensperson des Arbeitgebers zu sein, dahin. Da diese Eigenschaft im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stand, hatte die Kündigung einen sachlichen Anhaltspunkt im Arbeitsverhältnis und war unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt (E. 4.1, 4.2).

Sachverhalt:

Die Beklagte (B. SA) ist eine Aktiengesellschaft, welche Beteiligungen an Unternehmungen in den Branchen Weinbau, Weinhandel, Bauhandwerk und Gastronomie mit insgesamt 1'200 Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen hält. Die Klägerin ist die Ehefrau von C., welcher Präsident des Verwaltungsrates und Vorsitzender der Geschäftsleitung der Beklagten ist. Seit Juni 2012 leben die Klägerin und C. getrennt. Die Klägerin war vom 1. Juli 2010 bis 30. September 2012 bei der Beklagten als Stellvertreterin der Unternehmensleitung angestellt. Vereinbart war ein Arbeitspensum von 50% zu einem monatlichen Bruttolohn von Fr. 20 000.–. Gleichzeitig war die Klägerin ab 1. Juli 2010 Mitglied der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates. Daneben wies die Beklagte dem Beratungsunternehmen der Klägerin «D.» einzelne Aufträge im Rahmen eines Mandatsverhältnisses im Sinne von Art. 394 ff. OR zu. Hauptsächlicher Arbeitsort der Klägerin waren die Büroräumlichkeiten ihres Beratungsunternehmens «D.» in Mit Schreiben vom 21. Juni 2012 löste die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist per 30. September 2012 auf. Das Kündigungsschreiben wurde von C. und einem Mitglied der Geschäftsleitung unterzeichnet. Mit E-Mail vom 2. Juli 2012 ersuchte die Klägerin um eine schriftliche Begründung der Kündigung vom 21. Juni 2012. In der Folge erhob die Klägerin mit Schreiben vom 5. September 2012 fristgerecht Einsprache gegen die Kündigung. In seiner E-Mail vom 6. September 2012 teilte C. der Klägerin im Namen der Beklagten mit, dass ihre Einsprache haltlos und die Kündigung nicht missbräuchlich sei. Mit Urteil vom 11. März 2014 wies das Arbeitsgericht Zürich das klägerische Begehren auf Zahlung einer Entschädigung im Umfang von sechs Monatslöhnen, d.h. von Fr. 120'000.–, gestützt auf Art. 336a OR ab. Die Klägerin brachte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

4.1 Die Vorinstanz führte aus, dass die Klägerin und C. von 2007 bis 2012 ein Paar gewesen seien. Die Anstellung der Klägerin bei der Beklagten sei unbestritten zustande gekommen, weil C. die Klägerin gefragt habe, ob sie bei der Beklagten offiziell als Mitglied der Geschäftsleitung und als Stellvertretende CEO tätig sein wolle. Unbestritten habe die Motivation für diese Zusammenarbeit bei C. darin bestanden, dass er die wunderschöne Vision angestrebt habe, zusammen zu arbeiten und sich zu lieben. Dies zeige auf, dass die Funktionen der Klägerin bei der Beklagten auf der starken Vertrauensbeziehung der Klägerin und C. basiert habe. Diese Vertrauensbeziehung habe nur bestanden, weil die Klägerin zugleich die Ehefrau von C. gewesen sei. Dabei sei ihre Ausbildung und Berufserfahrung sicherlich zu einem gewissen Teil massgebend gewesen. Jedoch sei sie im Tätigkeitsgebiet der Beklagten eine Quereinsteigerin gewesen. Auch ihr hoher Verdienst von

monatlich Fr. 20 000.– und ihre hohe Selbständigkeit bei den Ausführungen ihrer Arbeit seien eher unüblich gewesen und erklärten sich nur mit dem grossen Vertrauen, welches ihr C. entgegengebracht habe. Da das Arbeitsverhältnis hauptsächlich aufgrund des starken Vertrauensverhältnisses zwischen der Klägerin und C. zustande gekommen sei, bilde dieses eine wesentliche Voraussetzung für das Arbeitsverhältnis. Mit der Zerrüttung der Ehe sei auch das Vertrauen des Ehepaares dahingefallen. In dieser Hinsicht sei auch eine persönliche Eigenschaft der Klägerin, Vertrauensperson von C. zu sein, nicht mehr gegeben gewesen. Diese Eigenschaft sei aber im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gestanden, weshalb die Kündigung unter diesen Gesichtspunkten gerechtfertigt gewesen sei.

Die Klägerin kritisierte diese Ausführungen der Vorinstanz im Berufungsverfahren und monierte eine falsche Sachverhaltsdarstellung. Sie machte geltend, dass ihre Eigenschaft als Ehefrau von C. weder im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gestanden noch die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt habe. Die Klägerin rügte in diesem Zusammenhang die unrichtige Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz habe in unzulässiger Weise einseitig auf die verschiedenen Parteibehauptungen der Beklagten abgestellt, wonach der Status der Klägerin als Ehefrau von C. als eigentliche «conditio sine qua non» für die Zusammenarbeit zwischen ihnen dargestellt worden sei. Durch das persönliche Zerwürfnis bzw. den damit einhergehenden Verlust des Vertrauensverhältnisses sei diese Voraussetzung weggefallen, weshalb die Kündigung zulässig gewesen sei. Sie habe diese Behauptungen vor Vorinstanz nicht nur vollumfänglich bestritten, sondern sie habe zusätzlich auch diverse Beweismittel offeriert, welche diese Behauptungen aktenkundig widerlegen würden.

Diese Kritik der Klägerin ist weitgehend unberechtigt, da die Klägerin – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die meisten in diesem Zusammenhang vorgebrachten Behauptungen der Beklagten nicht bzw. nicht substantiiert bestritt, weshalb die Vorinstanz den Sachverhalt, wie sie ihn ihrer Rechtsanwendung zugrunde legte, so annehmen durfte: Vorab bestritt die Klägerin die Behauptung der Beklagten, dass es sich bei der Beklagten um ein klassisches Familienunternehmen handle. Aus dem Handelsregistrauszug ergebe sich, dass die Führungsverantwortung seit vielen Jahren nicht allein bei C. liege und er 2011 einen Teil der Aktien an seine Söhne aus erster Ehe abgetreten habe. Er sei zudem lediglich zeichnungsberechtigt zu zweien und teile sich die Verantwortung im Verwaltungsrat jeweils mit zwei weiteren Mitgliedern. Die Beklagte führte dazu aus, dass die Abtretung eines Teils der Aktien an die Söhne zwar zutreffend sei, allerdings mit dem lebenslänglichen, vollumfänglichen und uneingeschränkten Nutzniessungsrecht des Patrons. Damit habe C. weiterhin eine umfassende Machtposition bei der Beklagten inne. Dies wurde von der Klägerin nicht widerlegt. Auch die Behauptung der Beklagten, wonach C. in Personalunion von Unternehmer, Vorsitzendem der Geschäftsleitung und Präsident des Verwaltungsrates die Firma repräsentiere und praktisch das Unternehmen selbst sei, wurde von der

Klägerin nicht explizit bestritten. Ebenso wurde nicht dementiert, dass C. strategisch wie operativ den Geschäftsgang, die Unternehmenspolitik, das soziale Gewissen sowie den kulturellen Auftritt der Beklagten in umfassend prägender und gesamtheitlicher Art bestimme. Bezüglich der Stellung der Klägerin in der Unternehmung machte die Beklagte geltend, dass die Klägerin einzig ihrem Ehemann als Unternehmensleiter des Familienunternehmens Rechenschaft schuldig gewesen sei. Sie habe als rechte Hand des Patrons freie Hand gehabt. Eine Regelung ihrer Tätigkeit und Verantwortlichkeit in einem Stellenbeschrieb sei nie erfolgt. Im Sinne eines freien kreativen Wirkens auf strategischer Ebene habe die Klägerin vorwiegend am Standort ihrer eigenen Firma gearbeitet. Der Kontakt mit dem Ehemann sei indessen alles andere als gering gewesen. Aufgrund der von ihrem Ehemann als Vision angestrebten Verschmelzung von persönlicher und unternehmerischer Welt habe zwischen ihm und der Klägerin ein permanenter geschäftlicher Diskurs stattgefunden, ob bei der Beklagten, mittels sämtlicher technischer Kommunikationsmittel oder im ehelichen Zuhause. Diese Ausführungen wurden von der Klägerin im Wesentlichen ebenfalls nicht bestritten. Die Klägerin betonte einzig, dass sie nicht völlig freie Hand gehabt habe, sondern den Weisungen von C. in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratspräsident der Beklagten unterstanden sei und ihm regelmässig Rechenschaft über ihre Tätigkeit abgelegt habe. Dies hatte jedoch die Beklagte auch nicht anders vorgebracht. Die Klägerin bestätigte, dass kein schriftlicher Stellenbeschrieb bestanden habe. Die einzelnen Aufgaben und Verantwortlichkeitsbereiche seien zwischen der Beklagten und ihr mündlich festgelegt worden. Insbesondere liess die Klägerin auch unbestritten, dass sie einen ständigen, intensiven Austausch mit ihrem Ehemann über geschäftliche Angelegenheiten geführt und der Ehemann dies aufgrund seiner Vision der Verschmelzung von persönlicher und unternehmerischer Welt auch angestrebt habe. Sie dementierte nirgends, dass C. diese enge Verbindung der geschäftlichen und persönlichen Beziehung sehr wichtig gewesen sei. Die Klägerin negierte nicht, dass die enge Konnexität von persönlicher Beziehung und professioneller Zusammenarbeit offensichtlich gewesen sei. Sie bestritt in der vorinstanzlichen Replik auch nicht, explizit gewusst zu haben, dass für ihren Ehemann C. die Vision einer symbiotischen von Arbeit und Leben *conditio sine qua non* sowohl für Ehe wie auch die unternehmerische Zusammenarbeit mit ihr gewesen sei, wie dies die Beklagte in ihrer Klageantwortschrift ausgeführt hatte. In ihrer Stellungnahme vom 9. März 2015 zur Berufungsantwort der Beklagten behauptete die Klägerin dann im Sinne eines *Novums*, dass C. in einem mit der «E.» [Magazin] geführten Interview die von der Vorinstanz übernommene strittige Behauptung, dass er das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin im Sinne einer «*conditio sine qua non*» an ihre Eigenschaft als Ehefrau und die eheliche Beziehung geknüpft habe, widerlegt habe. Er habe schon relativ bald nach seinem Auszug bei der ersten Ehefrau realisiert, dass dies ein Fehler gewesen sei. Indem er nun dartue, dass er zum Zeitpunkt der Anstellung der Klägerin gedanklich und mit dem Herzen schon längst wieder bei seiner ersten Ehefrau gewesen

sei, bestätige er, dass nicht die intime Liebe zur Klägerin, sondern deren berufliche Qualitäten für die Anstellung kausal gewesen seien. Abgesehen davon, dass sich diese klägerische Interpretation der Antworten von C. aufgrund der konkreten Aussagen im besagten Interview nicht nachvollziehen lässt und somit nicht geeignet ist, die – wie oben ausgeführt nicht bestrittenen – diesbezüglichen Aussagen der Beklagten zu relativieren, ist dieses Novum als verspätet eingebracht zu qualifizieren. Gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO müssen neue Tatsachen und Beweismittel unverzüglich vorgebracht werden, d.h. möglichst sofort nach ihrem Bekanntwerden. Ohne Verzug heisst binnen einer oder zwei Wochen nach Bekanntgabe (BSK ZPO-SPÜHLER, Art. 317 N 7). Das Interview wurde offenbar am tt. Dezember 2014 in der besagten Zeitschrift veröffentlicht. Die Klägerin machte nicht geltend, erst später davon Kenntnis erlangt zu haben. Da zu jenem Zeitpunkt für die Klägerin weder eine gesetzlich noch richterlich angesetzte Frist anberaumt war und die Klägerin nicht mit einem formellen weiteren Schriftenwechsel im Berufungsverfahren rechnen konnte, wäre sie gehalten gewesen, dieses Novum viel früher einzubringen. Es ist daher auch unter diesem Aspekt unbeachtlich.

Auch weitere, unbestrittene Umstände belegen die Tatsache, dass die Klägerin primär aufgrund ihrer Stellung als Ehefrau von C. diese Vertrauensposition bei der Beklagten innehatte: Die Behauptung der Beklagten, dass das Zusammenwirken gemäss Vertrag vom 6. August 2010 insbesondere den bewährten Einsatz von Ehefrauen im ehemännlichen Betrieb zwecks Partizipation am geschäftlichen Erfolg impliziere, wurde von ihr nicht kommentiert und somit nicht bestritten. Das Engagement der Klägerin in der Geschäftsleitung ist nach Ansicht der Beklagten im Kern darauf hinausgelaufen, dass die Klägerin dort ihre Mandate für ihre Firma D. habe akquirieren können, über welche sie dann diese Aufträge an ihrem eigenen Geschäftssitz operativ umsetzen bzw. erfüllen konnte. Dafür sei die Klägerin noch speziell honoriert worden – und zwar grosszügig und ohne jede Prüfung durch den Patron und Ehemann. Gerade dadurch manifestiere sich auch die essentielle Bedeutung des durch Liebe geprägten bedingungslosen Vertrauens des Patrons in der professionellen Zusammenarbeit mit der Klägerin. Dies wurde von der Klägerin nicht dementiert. Diese enge und eherechtliche Verbundenheit zwischen der Klägerin und dem Patron und Vertreter der Beklagten hatte nach Darstellung der Beklagten gleichzeitig auch die nachvollziehbare, ja eigentlich natürliche Auswirkung gehabt, dass sowohl die Klägerin als auch ihr Ehemann als Inhaber und Vertreter der Beklagten in ihrer professionellen Kommunikation die beiden Identitäten Beklagte und Vertreter/Besitzer der Beklagten nie richtig auseinanderhielten, sondern miteinander verschmolzen. Dies blieb klägerischerseits ebenfalls unwidersprochen.

Aufgrund der angeführten, unbestritten gebliebenen Vorbringen der Beklagten ist somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als erstellt zu erachten, dass die eheliche Liebesbeziehung und das damit einhergehende Vertrauensverhältnis zwischen der Klägerin und C. das ausschlaggebende Motiv

für die sehr intensive und von hohem Vertrauen geprägte Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Beklagten und für deren Anstellung war und das Arbeitsverhältnis primär aus diesem Grund eingegangen wurde. Auch wenn die beruflichen Qualifikationen der Klägerin grundsätzlich unbestritten sind, hatte doch selbst die Klägerin nie explizit behauptet, dass sie ohne diese Beziehung zu C. so ohne Weiteres in diese privilegierte Stellung gelangt wäre und ihr die Beklagte diese Stelle mit den erwähnten Konditionen angeboten hätte. Dies hatte sie primär nur dem ausgeprägten Vertrauensverhältnis aufgrund der persönlichen Beziehung zu C. zu verdanken. Es ist in diesem Zusammenhang zu wiederholen, dass die Stelle nie ausgeschrieben wurde, die Klägerin sogleich Mitglied der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates wurde, von Anfang an einen sehr grossen, unabhängigen Aktionsradius erhielt und nur gegenüber C. rechenschaftspflichtig war. Zudem wurde sie grosszügig entlohnt, indem sie ein monatliches Salär von Fr. 20 000.– erhielt und überdies nach eigenen Angaben Agenturhonorare von rund Fr. 500 000.– pro Jahr der Beklagten in Rechnung stellen konnte. Es spielt daher eine Rolle, dass C. als Organ der Beklagten dort massgeblichen Einfluss hatte und diese Stelle ganz auf die Person der Klägerin zugeschnitten wurde. Da die juristische Person nur durch ihre Organe handeln kann, ist faktisch kein wesentlicher Unterschied zwischen dem Handeln des Patrons C. und der Beklagten auszumachen. Auch die Klägerin selbst hatte eine solche Differenzierung nie vorgenommen. Sie hatte in dieser Sache ausschliesslich mit C. korrespondiert und auch Forderungen aus der Auflösung des Arbeitsverhältnisses stets direkt an ihn gestellt, was klar darauf hinweist, dass auch für die Klägerin C. die Verkörperung der Beklagten darstellte. Aus den von der Klägerin eingereichten E-Mails, welche aus dem Zeitraum 2011 bis Sommer 2012 stammen, geht hervor, welche Verbundenheit zwischen den Ehegatten in beruflicher Hinsicht damals herrschte. C. lobte die Arbeit der Klägerin meist überschwänglich und zollte ihr grosse Anerkennung für die geleistete Arbeit. Diese E-Mails sprechen für sich selbst und belegen klar, dass C. die Vision der Verschmelzung von beruflicher und privater Beziehung tatsächlich lebte. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wie die Klägerin diese enge Verknüpfung ihrer Stellung als Ehefrau und dadurch besondere Geschäftspartnerin von C. herunterzuspielen versucht und glauben machen will, dass sie wie eine andere Mitarbeiterin im Betrieb der Beklagten zu betrachten sei, bei welcher private Beziehungen keine Rolle gespielt hätten. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist aufgrund der obigen Ausführungen die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Status der Klägerin als Ehefrau von C. «*conditio sine qua non*» für das Arbeitsverhältnis bei der Beklagten gewesen sei, somit keineswegs falsch, sondern zutreffend. Dass C. der Klägerin auch wegen ihrer guten fachlichen Fähigkeiten diese Position bei der Beklagten verschaffte, erscheint eher selbstverständlich. Es wäre kaum plausibel, wenn ein erfahrener Unternehmer eine ihm noch so nahestehende Person mit so viel Kompetenzen und einem hohen Salär ausstatten würde, wenn sie nicht die erforderlichen Qualifikationen besässe und entsprechende

Leistungen erbringen würde. Angesichts dieser genannten Umstände hat die Vorinstanz zu Recht auf die Durchführung eines Beweisverfahrens verzichtet, setzt ein solches doch rechtsgenügend bestrittene Tatsachen voraus (BK-WALTER, N 58 zu Art. 8). Die Klägerin unterliess es zudem auch, näher auszuführen, welche Beweismittel von der Vorinstanz nicht berücksichtigt worden seien und zu welchen konkreten Tatsachenbehauptungen diese hätten abgenommen werden müssen.

4.2 Die Klägerin kritisierte eine unrichtige Rechtsanwendung von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR durch die Vorinstanz. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass der Umstand, dass ihre Eigenschaft als vormalige Ehefrau von C. weggefallen sei, für sich allein kein Grund sei, der die Kündigung zu rechtfertigen vermöge.

Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Selbst eine grundlose Kündigung ist rechtmässig. Die Kündigungsfreiheit wird einzig beschränkt durch das Verbot des Handelns wider Treu und Glauben. Solche treuwidrigen und damit missbräuchlichen Kündigungsgründe sind in Art. 336 OR aufgeführt. Es handelt sich dabei um Tatbestände einer zweckwidrigen Ausübung des Kündigungsrechtes, also der Vornahme einer Kündigung aus einem Grund, der mit dem Arbeitsverhältnis in keinem Zusammenhang steht, oder die aus Rache für die Geltendmachung berechtigter Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag erfolgt. Hat die Kündigung einen sachlichen Anhaltspunkt im Arbeitsverhältnis, schliesst dies eine missbräuchliche Kündigung in der Regel aus. Der Arbeitgeber hat als Ausfluss des Prinzips der Kündigungsfreiheit die in der Kündigungsbegründung angeführten Gründe nicht zu beweisen. Die angeführten Gründe brauchen nicht vollständig zu sein. Kündigungsgründe können auch noch später, allenfalls erst im Anfechtungsprozess, nachgeschoben werden. Die nachträgliche Nennung oder Ergänzung belegt für sich noch keine Missbräuchlichkeit (Praxiskommentar, a.a.O. Art. 336 N 16). Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer einen Missbrauchstatbestand im Sinne des Gesetzes oder der Rechtsprechung zu behaupten und zu beweisen, und nicht der Arbeitgeber den legitimen Kündigungsgrund. Eine Ausnahme ist allenfalls dort zu machen, wo starke Indizien eine hohe Wahrscheinlichkeit begründen, dass der vom Arbeitgeber angeführte Kündigungsgrund unrichtig ist und daher ein missbräuchlicher Grund im Sinne einer Tatsachenvermutung angenommen werden darf. Diesfalls trifft den Arbeitgeber eine Gegenbeweispflicht zur Bestätigung seines Kündigungsgrundes (BGE 130 III 699 Erw. 4.1.; BGer. 4A_507/2013 Erw. 3; BSK OR I – W. PORTMANN, Art. 336 N 31).

Gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht wegen einer Eigenschaft, 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. Die Vorinstanz erachtete es als gegeben, dass die Funktion der Klägerin bei der Beklagten auf der starken Vertrauensbeziehung der Klägerin und C's basier-

te und diese eine wesentliche Voraussetzung für das Arbeitsverhältnis gebildet habe. Mit der Zerrüttung der Ehe sei dieses Vertrauen zwischen dem Ehepaar dahingefallen. In dieser Hinsicht sei auch eine persönliche Eigenschaft der Klägerin, Vertrauensperson von C. zu sein, nicht mehr vorhanden gewesen. Diese Eigenschaft sei jedoch im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis gestanden, weshalb die Kündigung unter diesen Gesichtspunkten gerechtfertigt gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Klägerin hat die Vorinstanz somit geprüft, ob ein Rechtfertigungsgrund für die Kündigung vorlag, und diesen zu Recht bejaht. Wie oben dargelegt, ist der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin nicht zu folgen, weshalb auch ihre Überlegungen zur unrichtigen Rechtsanwendung durch die Vorinstanz nicht überzeugen können. Wie schon ausgeführt, ist entgegen der Darstellung der Klägerin davon auszugehen, dass die eheliche Liebesbeziehung und das damit einhergehende Vertrauensverhältnis zwischen der Klägerin und C. das ausschlaggebende Motiv für die sehr intensive und von hohem Vertrauen geprägte Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und der Beklagten und für deren Anstellung in der beschriebenen hohen Position bei der Beklagten war. Das Arbeitsverhältnis wurde vor allem aus diesem Grunde auf Wunsch von C. eingegangen. Da C. unbestrittenermassen die Verkörperung der Beklagten darstellt, war die Anstellung der Klägerin bei der Beklagten unmittelbar an die Vertrauensbeziehung zu C. gekoppelt und in diesem Sinne *conditio sine qua non* für das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. Auch wenn die Ehe der Parteien formell noch nicht geschieden ist, ist die Ehe unbestrittenermassen unrettbar zerbrochen und damit die Grundlage für das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten weggebrochen, weil die persönliche Eigenschaft der Klägerin, Ehefrau und Vertrauensperson von C. zu sein, der massgeblichen Person bei der Beklagten, faktisch nicht mehr vorhanden ist. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist die Kündigung daher gerechtfertigt.

Da gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nur ein Rechtfertigungsgrund gegeben sein muss, um die Kündigung nicht missbräuchlich erscheinen zu lassen, ist es unerheblich, ob die Spannungen zwischen der Klägerin und C. Einfluss auf die Zusammenarbeit im Betrieb hatten. Die Kritik der Klägerin, dass die Beklagte nicht habe dartun können, dass eine solche Beeinträchtigung vorgelegen habe, ist daher nicht relevant. Die Klägerin hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass sich die privaten Spannungen zwischen ihr und C. während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses nie negativ auf das Vertrauensverhältnis zwischen ihr und C. ausgewirkt hätten. Spannungen zwischen ihr und C. hätten hin und wieder schon zwei Jahre vor der Kündigung bestanden. Während der Schwangerschaft der Klägerin im Jahre 2011 sei C. in das Haus seiner ersten Ehefrau gezogen. Nach der Geburt des gemeinsamen Kindes sei er vorübergehend wieder zur Klägerin zurückgekehrt. Seit Anfang Juni 2012 lebten sie (definitiv) getrennt. Die Beklagte dementierte, dass diese Spannungen keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis gehabt hätten. Das Zusammenwirken auf der obersten Führungsebene habe sich zum Teil schwierig gestaltet. Im Verlaufe des Jahres 2012 sei das Zer-

würfnis dann total geworden. Inzwischen tobe ein unerbittlich geführtes Eheschutzverfahren mit krass auseinanderliegenden Positionen.

Selbst wenn sich die Spannungen zwischen der Klägerin und C. nicht oder nur wenig auf das Arbeitsverhältnis ausgewirkt haben sollten, steht doch fest, dass sich die Klägerin und C. erst im Juni 2012 trennten und erst zu diesem Zeitpunkt klar wurde, dass die Ehe nicht mehr zu retten war. Bis dahin bestand offenbar noch Hoffnung, und es fand nach der Geburt des Kindes im Jahre 2011 auch eine Wiedervereinigung statt. Jedenfalls geht aus den E-Mails von C. an die Klägerin hervor, dass er sich ihr gegenüber auch im ersten Halbjahr 2012 noch positiv bezüglich der von ihr geleisteten Arbeit äusserte. Es scheint einleuchtend, dass die Klägerin und C. bis zur definitiven Trennung die Zusammenarbeit nicht gefährden und die Professionalität so gut als möglich wahren wollten, weshalb es nicht zum totalen beruflichen Zerwürfnis kam. Ob sich die berufliche Beziehung bis Juni 2012 allerdings tatsächlich so problemlos gestaltete, wie die Klägerin dies glauben machen will, erscheint angesichts der namhaften ehelichen Turbulenzen und der inzwischen erfolgten Geburt des gemeinsamen Kindes fraglich. Dass sich solche Spannungen in der Paarbeziehung vollständig von der beruflichen Ebene trennen lassen, ist eher lebensfremd. Wie bereits erwähnt, braucht der diesbezügliche Sachverhalt jedoch nicht weiter abgeklärt zu werden, da er für die Beurteilung der sich stellenden Rechtsfragen nicht von Relevanz ist.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 7. Oktober 2015 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 8. April 2015)

Das Gesetz enthält keine besonderen Regeln in Bezug auf den Bonus. Die Rechtsprechung entwickelte im Wesentlichen drei Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als geschuldetes Entgelt für die Arbeit (und damit als Lohn im Sinn von Art. 322 OR) oder als freiwillige Zulage (und damit als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR) zu qualifizieren ist. Erstes Kriterium ist die Regelmässigkeit. Wenn ein Bonus regelmässig ausbezahlt wird, spricht dies dafür, dass die Vergütung ein Entgelt für die Arbeitsleistung (Lohn) und nicht bloss eine freiwillige Zulage (Gratifikation) ist, ausser es liege ein rechtswirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt vor, mit welchem der Arbeitgeber verhindern kann, dass der Bonus aufgrund des Vertrauensprinzips geschuldet ist. Zweites Kriterium ist die Akzessorietät. Ein Bonus kann (trotz Freiwilligkeitsvorbehalt) nur dann als freiwillige Entschädigung (Gratifikation) qualifiziert werden, wenn er zum Lohn hinzutritt bzw. akzessorisch ist, d.h. im Verhältnis zur gesamten Vergütung zweitrangige Bedeutung hat. Wo die Grenze zwischen freiwilliger Gratifikation und geschuldetem (variablem) Lohn liegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. Immerhin hat die Rechtsprechung vorge-

geben, dass der akzessorische Charakter einer Vergütung (grundsätzlich) nicht gegeben wäre, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn. Drittes Kriterium ist das Ermessen. Eine freiwillige Gratifikation unterscheidet sich insoweit vom geschuldeten Lohn, als sie zumindest teilweise vom Ermessen des Arbeitgebers abhängen kann (E. 1/b).

Erreicht der eigentliche Lohn allerdings ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, verliert der hinter der Bonusqualifikation als unbedingt geschuldeter Arbeitsvergütung stehende sozialpolitische Schutzgedanke seine Berechtigung. Der den Fixlohn allenfalls um ein Mehrfaches übersteigende Bonus bleibt eine freiwillige und ermessensabhängige Leistung (E. 4/a). Gemäss jüngster, präzisierender Rechtsprechung des Bundesgerichts (4A_653/2014) wird der Bonus zur freiwilligen Gratifikation, wenn die Summe der Lohnvergütungen den fünffachen Medianlohn des privaten Sektors gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik erreicht oder überschreitet. Das Kriterium der Akzessorietät ist nicht anwendbar (E. 4/c).

Sachverhalt:

Der Kläger trat im August 2000 als Marketer/Structurer für Interest Rate Derivatives im Range eines Mitglieds des Kaders im Bereich Fixed Income in die Dienste der Beklagten. Per tt.mm.2001 wurde er zum Mitglied der Direktion ernannt und ab dem tt.mm.2004 war er für das Team Fixed Income Derivatives verantwortlich. Bei Stellenantritt erhielt der Kläger einen Signup Bonus von € 50 000,- (zahlbar mit dem ersten Monatssalär) sowie einen einmaligen Bonus von € 130 000,- in Aktien (verfügbar ab 1. Februar 2002) als Entschädigung für infolge der Kündigung beim früheren Arbeitgeber verlorene Leistungen. Als Bruttojahressalär wurden Fr. 180 700,- zuzüglich einer monatlichen Essensgeldentschädigung von Fr. 200,- vereinbart, und dem Kläger wurde ein einmaliger Bonus von € 100 000,- (zahlbar Ende Februar 2001) garantiert. In dem im Arbeitsvertrag zum integrierenden Bestandteil erklärten Personalreglement, wofür anfänglich offenbar der Begriff «Allgemeine Anstellungsbedingungen» verwendet worden war, findet sich sodann unter Ziff. 2705 und der Überschrift «Variabler Lohnanteil» die folgende Klausel: «Der variable Lohnanteil ist vom Einsatz und der Leistung des einzelnen Mitarbeiters sowie von den Ergebnissen der Einheit, des Bereichs und der Funktion, denen er angehört, abhängig. Er ist weder garantiert noch vertraglich zugesichert. Der variable Lohnanteil wird nach Ermessen der Gruppe in der Schweiz festgelegt und einmal pro Jahr gemäss den innerhalb der Gruppe A. geltenden Bestimmungen ausbezahlt. Ein Mitarbeiter, dessen Arbeitgeber vor dem Auszahlungsdatum des variablen Lohnanteils von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis hat, hat keinen An-

spruch mehr auf die Auszahlung.» Bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses wurde der jährliche Fixlohn des Klägers schrittweise – wenn auch nicht linear – auf rund Fr. 300 000.– erhöht. Daneben erhielt der Kläger alljährlich Bonuszahlungen in der Höhe von mehreren Hunderttausend Franken, die den Fixlohn teilweise um mehr als das Doppelte überstiegen. In der zweiten Jahreshälfte 2009 war der Kläger rund zwei Monate zu 100% und dreieinhalb Monate zu 50% krankgeschrieben. Nachdem er ab Anfang 2010 wieder 100% gearbeitet hatte, war er ab dem 20. März 2010 bis Ende Juli 2010 erneut zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis auf Ende November 2010, worauf er ab August 2010 für die restliche Dauer der Kündigungsfrist von der Beklagten freigestellt wurde.

Der Kläger fordert im Klagewege die Jahre 2008–2010 Bonusnachzahlungen über Fr. 1 613 342.–. Mit Urteil vom 8. April 2015 verpflichtete das Arbeitsgericht Zürich die Beklagte, dem Kläger Fr. 329 151.50 nebst Zins zu 5% seit 12. Oktober 2011 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Hiegegen erhob die Beklagte Berufung.

Aus den Erwägungen:

1.

a) Der Kläger fordert von der Beklagten Bonuszahlungen für das Jahr 2008 in der Höhe von mindestens Fr. 648 923.–, für das Jahr von 2009 von Fr. 369 573.– und für das Jahr 2010 von Fr. 594 846.–, insgesamt Fr. 1 613 342.–. Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass aufgrund der Freiwilligkeit der Bonuszahlungen, welche gegenüber dem Kläger stets betont worden sei, keine weiteren, als die bereits geleisteten Zahlungen geschuldet seien.

b) Das Gesetz enthält keine besonderen Regeln in Bezug auf den Bonus. Die Rechtsprechung entwickelte im Wesentlichen drei Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein Bonus als geschuldetes Entgelt für die Arbeit (und damit als Lohn im Sinn von Art. 322 OR) oder als freiwillige Zulage (und damit als Gratifikation im Sinn von Art. 322d OR) zu qualifizieren ist. Erstes Kriterium ist die Regelmässigkeit. Wenn ein Bonus regelmässig ausbezahlt wird, spricht dies dafür, dass die Vergütung ein Entgelt für die Arbeitsleistung (Lohn) und nicht bloss eine freiwillige Zulage (Gratifikation) ist (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 279 f.; 131 III 615 E. 5.2 S. 620 f.), ausser es liege ein rechtswirksamer Freiwilligkeitsvorbehalt vor, mit welchem der Arbeitgeber verhindern kann, dass der Bonus aufgrund des Vertrauensprinzips geschuldet ist. Zweites Kriterium ist die Akzessorietät. Ein Bonus kann (trotz Freiwilligkeitsvorbehalt) nur dann als freiwillige Entschädigung (Gratifikation) qualifiziert werden, wenn er zum Lohn hinzutritt bzw. akzessorisch ist, d.h. im Verhältnis zur gesamten Vergütung zweitrangige Bedeutung hat (BGE 139 III 155, E. 3.2; 129 III 276, E. 2.1 S. 279 f.; 131 III 615, E. 5.2 S. 621; 136 III 313, E. 2 S. 317). Wo die Grenze zwischen freiwilliger Grati-

fikation und geschuldetem (variablem) Lohn liegt, ist im Einzelfall zu bestimmen. Immerhin hat die Rechtsprechung vorgegeben, dass der akzessorische Charakter einer Vergütung (grundsätzlich) nicht gegeben wäre, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn (BGE 129 III 276 E. 2.1 S. 280). Drittes Kriterium ist schliesslich das Ermessen. Eine freiwillige Gratifikation unterscheidet sich insoweit vom geschuldeten Lohn, als sie zumindest teilweise vom Ermessen des Arbeitgebers abhängen kann (BGE 131 III 616 E. 5.2 S. 620, 136 III 313 E. 2 S. 317).

c) Die Vorinstanz prüfte vorab die Rechtsnatur der dem Kläger ausgerichteten Bonuszahlungen. Zusammenfassend und nach Durchführung eines entsprechenden Beweisverfahrens kam sie zum Schluss, dass dem Kläger bereits im Rahmen des Arbeitsvertrages und anschliessend in verschiedener Form mit hinreichender Regelmässigkeit, namentlich auch im Zusammenhang mit den alljährlichen Bonusgesprächen, ein Freiwilligkeitsvorbehalt kommuniziert worden sei. Mangels vorbehaltloser Ausrichtung des Bonus während mehrerer Jahre sei dieser nicht konkludent zu einem Lohnanspruch konvertiert. Der Bonus des Klägers sei somit als echte Gratifikation zu qualifizieren. Diese Auffassung wurde von der Beklagten geteilt.

(...)

d) (...) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte den erforderlichen Beweis erbracht hat, dass der Kläger von seiner Arbeitgeberin bzw. seinem Vorgesetzten – immer wieder und innert hinreichender Periodizität – darüber informiert worden war, dass es sich beim Bonus um eine freiwillige Leistung handle und er selbst – in Kenntnis dieses Umstandes und der entsprechenden Merkblätter – dies auch gegenüber seinen Teammitarbeitern bei den Bonusgesprächen so weitergab. Es bestehen somit keinerlei Zweifel, dass der Kläger über die Freiwilligkeit dieser Zahlungen stets informiert worden war.

e) Demzufolge steht dem Kläger der Gegenbeweis offen. Der Kläger hatte als Gegenbeweismittel seine persönliche Befragung offeriert. Anlässlich seiner Parteibefragung im Sinne von Art. 191 Abs. 2 ZPO machte der Kläger geltend, dass er den Mitarbeitern während seiner Tätigkeit als Teamleiter bei der Beklagten jeweils die Höhe des Bonus mitgeteilt habe. Seines Wissens habe er den Mitarbeitern keine weiteren Informationen gegeben. Er selbst habe die Höhe seines Bonus jeweils von D. erfahren. Abgesehen von der Zahl der Bonushöhe habe es von D. absolut keine weiteren Informationen oder Kommentare zum Bonus gegeben. D. habe ihn, den Kläger, nie darauf hingewiesen, dass es sich beim Bonus um eine freiwillige Leistung handle, weder im ersten Jahr seiner Tätigkeit bei der Beklagten noch in den Folgejahren. Auf Vorhalt der Bonusmerkblätter und der Bemerkung, dass der Kläger diese hätte erhalten haben sollen, antwortete der Kläger, dass er diese während seiner Anstellung nie gesehen habe; die Blätter seien nur für den Gebrauch durch das Management gewesen. Er sei nur mittleres Kader und nicht im Management gewesen. D. sei im Management tätig gewesen. Er habe diese Blätter nie erhalten; sie seien ihm weder vorgelegt noch abge-

geben worden. Er selbst habe als Teamleiter bei Bonusgesprächen mit seinen Mitarbeitern nur über die Höhe des Bonus gesprochen und keine weiteren Informationen gegeben. Diese Aussagen überzeugen nicht. Der Kläger versucht offensichtlich den Anschein zu erwecken, als ob er nie auf die Freiwilligkeit der Bonuszahlungen hingewiesen worden sei bzw. von dieser gewusst habe. Dem steht entgegen, dass der Freiwilligkeitsvorbehalt zum Inhalt des vom Kläger abgeschlossenen individuellen Arbeitsvertrages gehörte, weshalb dies dem Kläger bekannt sein musste. Zudem widersprechen dieser Behauptung auch die klaren Aussagen der Zeugen D. und F. Wie erwähnt, hatte D. erklärt, dass er den Kläger in der Regel auf die Freiwilligkeit dieser Zahlungen hingewiesen habe. F. hatte bestätigt, dass er vom Kläger selbst in den Bonusgesprächen auf diesen Umstand hingewiesen worden sei. Angesichts dieser klaren Aussagen erscheinen die gegenteiligen Behauptungen des Klägers unglaublich. Der Kläger vermochte den Gegenbeweis damit nicht zu erbringen.

f) Diese Ausführungen führen zum Schluss, dass die Vorinstanz zutreffend davon ausging, dass dem Kläger der Freiwilligkeitsvorbehalt bereits im Rahmen des Abschlusses des Arbeitsvertrages und anschliessend in verschiedenen Formen mit hinreichender Regelmässigkeit, namentlich auch im Zusammenhang mit den alljährlichen Bonusgesprächen, kommuniziert worden sei. Mangels vorbehaltloser Ausrichtung des Bonus während mehreren Jahren ist dieser nicht konkludent zu einem Anspruch konvertiert und somit als echte Gratifikation zu qualifizieren.

2.

a) In der Folge prüfte die Vorinstanz die Akzessorietät der Bonuszahlung. Die Akzessorietät ist auch dann zu prüfen, wenn bei (regelmässiger) Auszahlung des Bonus ein Freiwilligkeitsvorbehalt angebracht wurde. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Fixlohn des Klägers im Jahre 2001 rund das dreifache bzw. 2,5-fache, im Jahre 2010 rund das vierfache bzw. rund das 3,5-fache des Median- bzw. Durchschnittslohnes betragen habe. Nominal habe der Fixlohn des Klägers 2001 Fr. 188 446.– und 2009 Fr. 302 100.– betragen. In den vorliegend relevanten Jahren habe der Kläger folgende jährlichen Fixlöhne erhalten: Im Jahre 2008 ca. Fr. 270 000.– und in den Jahren 2009 und 2010 ca. Fr. 300 000.–. Der Fixlohn könne daher nicht – im Sinne von BGE 131 III 615 – als derart hoch erachtet werden, dass die (teilweise) Qualifikation des Bonus als variabler Lohnbestandteil ausgeschlossen würde. Daran vermöge nichts zu ändern, dass dem Kläger unter anderen Titeln weitere Boni ausbezahlt worden seien, insbesondere unter dem Titel «Bonus Cash differé», vielmehr würde sich das Bild zunächst nur verschieben, indem die Bonuszahlungen der Beklagten den Fixlohn des Klägers noch deutlicher übersteigen würden.

b) Gemäss den vorinstanzlichen Ausführungen sind sich die Parteien einig, dass dem Kläger im Jahre 2007 Fr. 783 542.–, im Jahre 2008 Fr. 459 895.–, im Jahre 2009 Fr. 0.– und im Jahre 2010 Fr. 276 350.– an Cash Boni ausbezahlt wurden, jeweils für die Vorjahre. Die Vorinstanz ging

davon aus, dass die Beklagte dem Kläger in den Jahren 2002–2008 durchschnittlich einen Bonus von Fr. 631 236.– ausgerichtet habe. Der Kläger hatte geltend gemacht, im Jahre 2009 für das Geschäftsjahr 2008 – wie alle anderen Mitarbeiter der Beklagten und aus politischer Opportunität – keinen Bonus erhalten zu haben. Ausgehend vom Durchschnitt der in den Jahren 2001–2008 erhaltenen Boni forderte er daher einen solchen von mindestens Fr. 648 923.–. Die Vorinstanz erachtete es als zutreffend, dass dem Kläger 2009 rückwirkend für 2008 kein Bonus ausgerichtet worden sei. Sie errechnete daher für das Jahr 2008 einen variablen Lohnanteil von Fr. 178 297.50 (Fixlohn Fr. 274 641.– + Bonus Fr. 631 236.– = 905 877.–; Fr. 905 877.–: 2 = Fr. 452 938.50; Fr. 452 938.50 – Fr. 274 641.– = Fr. 178 297.50).

c) Für das Jahr 2009 ging die Vorinstanz davon aus, dass die Beklagte dem Kläger 2010 rückwirkend für 2009 einen Cash Bonus von Fr. 276 350.– bezahlt habe. Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger gemäss der angeführten obergerichtlichen Rechtsprechung für das Jahr 2009 Anspruch auf einen Bonus im Sinne eines variablen Lohnanteils in der Höhe von Fr. 226 066.50 (recte: Fr. 164 568.–) habe (Fixlohn Fr. 302 100.– + Bonus Fr. 631 236.– = Fr. 933 336.–: 2 = Fr. 466 668.– ./ Fr. 302 100.– = Fr. 164 568.–). Nachdem die Beklagte dem Kläger im Frühjahr 2010 bereits einen Cash Bonus für das Jahr 2009 von Fr. 276 350.– ausgerichtet habe, verbleibe dem Kläger kein Anspruch auf Bonusnachzahlung für das Jahr 2009.

d) Es ist unbestritten, dass der Kläger von der Beklagten für das Jahr 2010 keinen Bonus erhalten hatte. Der Kläger war ab 20. März bis Ende Juli 2010 100% arbeitsunfähig gewesen. Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten auf Ende November 2010, worauf er von der Beklagten ab August 2010 für die restliche Dauer der Kündigungsfrist freigestellt wurde. Die Vorinstanz erwog, dass ein Anspruch auf Gratifikationszahlung pro rata temporis nur bestehe, wenn er verabredet sei (Art. 322d Abs. 2 OR). Die Gratifikation könne – anders als Lohn – im Rahmen von Art. 27 Abs. 2 ZGB auch von der Bedingung abhängig gemacht werden, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Fälligkeit oder Auszahlung noch im Betrieb arbeite oder in ungekündigter Stellung sei. Im Personalreglement sei zwischen den Parteien vereinbart worden, dass der Arbeitnehmer «keinen Anspruch mehr auf die Auszahlung» habe, wenn die Arbeitgeberin «vor dem Auszahlungstermin des variablen Lohnanteils von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Kenntnis» habe. Diese Vereinbarung sei somit hinsichtlich einer (echten oder unechten) Gratifikation zwar gültig, soweit der Cash-Bonus dagegen als variabler Lohnbestandteil zu qualifizieren sei, sei die fragliche Klausel des Personalreglements jedoch nicht verbindlich. Vielmehr habe der Arbeitnehmer insoweit einen Anspruch pro rata temporis (Urteil des BGer 4C.6/2003 vom 24. April 2003 E. 2.2). Lohn könne nicht gekürzt werden, wenn das Arbeitsverhältnis unter dem Jahr ende. Dass der Kläger 2010 zufolge Krankheit und Freistellung nur knapp drei Monate effektiv für die Beklagte gearbeitet habe, könne ihm hinsichtlich des Cash Bonus, soweit er als Lohnbestandteil zu qualifizieren sei, ebenfalls

nicht zum Nachteil gereichen. Die Art. 324 ff. OR fänden beim Lohn zwingend Anwendung, auch wenn es sich um variablen Lohn handle. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte im Vorbringen der Parteien sei auch zur Ermittlung des variablen Lohnanteiles für das Jahr 2010 auf den Durchschnittsbonus der Vorjahre von Fr. 631 236.– abzustellen. Das jährliche Fixsalär des Klägers habe sich 2010 wie im Vorjahr auf Fr. 302 100.– belaufen. Damit ergebe sich für das Jahr 2010 ein variabler Lohnanteil von Fr. 150 854.– ($\text{Fr. } 302\,100.- + \text{Fr. } 631\,236.- = \text{Fr. } 933\,336.- : 2 = \text{Fr. } 466\,668.- \cdot \text{Fr. } 302\,100.- = \text{Fr. } 164\,568.- \times 11/12 = \text{Fr. } 150\,854.-$), der dem Kläger von der Beklagten für das Jahr 2010 nachzuzahlen sei.

3.

a) Die Beklagte kritisierte diese Rechtsanwendung durch die Vorinstanz. Sie machte geltend, dass das Bundesgericht in jüngster Vergangenheit seine Rechtsprechung, wonach Gratifikationszahlungen nebensächlich zum Grundlohn sein müssten, weiterentwickelt bzw. präzisiert habe. In BGE 139 III 155 habe es ausgeführt, wenn der eigentliche Lohn ein Mass erreiche, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleiste bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteige, die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sei, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Bei derartigen Einkommensverhältnissen, die nicht nur bei Weitem die Kosten für einen angemessenen Lebensunterhalt des Arbeitnehmers, sondern auch den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen würden, lasse sich ein Eingriff in die Parteiautonomie der Parteien durch ein entsprechendes Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers nicht legitimieren. Wie das Bundesgericht unmissverständlich ausgeführt habe, verstehe es unter dem «eigentlichen Lohn», den es für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit heranziehe, nicht nur den Fixlohn, sondern auch die zusätzlich zum Fixlohn tatsächlich ausgerichteten Gratifikationen (i.e. Cash-Anteil des Bonus), mithin das (tatsächliche) Einkommen des Arbeitnehmers. Dabei sei unter dem Lohn des Arbeitnehmers im konkreten Fall das Fixgehalt plus der Cash-Anteil des Bonus zu verstehen. Im angeführten BGE 139 III 155 seien dies Fr. 2 015 294.– gewesen. In BGE 4A_721/2012 vom 16. Mai 2013 habe das Bundesgericht nochmals wiederholt, dass die Qualifikation der gesamten Sondervergütung als Lohnbestandteil insbesondere dann nicht geboten sei, wenn der so berechnete Lohn die Lebenshaltungskosten des Arbeitnehmers erheblich und den Durchschnittslohn um eine Vielfaches übersteigen würde. Aus diesen Erwägungen gehe klar hervor, dass der «eigentliche Lohn» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur der Fixlohn sei, sondern dass die dem Arbeitnehmer zusätzlich ausgerichteten Vergütungen («die gesamten Sondervergütungen») hinzuzurechnen seien und entsprechend auf das «Einkommen» abzustellen sei. Es sei daher vorab zu prüfen, ob der Arbeitnehmer schutzwürdig sei, indem der «eigentliche Lohn» bzw. sein Einkommen dem Durchschnittslohn (objektives Vergleichskriterium) und seinen Lebenshaltungskosten (subjektives Vergleichskriterium) gegenübergestellt werde. Übersteige der «ei-

gentliche» Lohn eine gewisse Schwelle, profitiere der Arbeitnehmer nicht mehr vom sozialen Schutzgedanken, die Gratifikationszahlungen würden ihren freiwilligen Charakter behalten. Der Kläger sei unter keinen Umständen schutzwürdig, weshalb die Akzessorietät vom Gericht nicht geprüft werden dürfe. Der Kläger habe zuletzt bei der Beklagten einen Fixlohn von Fr. 302 100.– erzielt. Bereits mit diesem Fixlohn habe sich das Einkommen des Klägers in Einkommensverhältnissen, die den «Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen», bewegt. Die Vorinstanz habe zudem die dem Kläger in den strittigen Jahren unter dem Titel «Bonus Cash Differé» ausbezählten Beträge nicht zum Einkommen hinzugerechnet. Ob es sich beim Bonus Cash Differé um einen Lohnbestandteil oder eine Gratifikation gehandelt habe oder ob aufgeschobene Anteile des Bonus verfallen könnten, könne vorliegend offen bleiben, da der Bonus bereits ausgerichtet worden sei und dem Kläger für die Bestreitung seiner Lebenshaltungskosten tatsächlich zur Verfügung gestanden seien. Der Bonus Cash Differé stelle einen Teil des «eigentlichen Lohns» bzw. «Einkommens» im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar.

b) Der Kläger stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Auffassung der Beklagten, dass unter Lohn nicht nur der Fixlohn, sondern auch die zusätzlich ausgerichteten Sondervergütungen zu verstehen seien, unzutreffend sei. Die Beklagte beziehe sich für ihre Argumentation auf BGE 139 III 155, in dem tatsächlich für den anzustellenden Vergleich auch auf den Cash-Anteil abgestellt worden sei. Dieser sei jedoch im Unterschied zum vorliegenden Fall vor Bundesgericht und allen Vorinstanzen nicht strittig gewesen. Zur Beurteilung der Frage, ob der «eigentliche Lohn» ein Mass erreiche, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleiste bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteige, könnten deshalb nur Vergütungskomponenten herangezogen werden, die dem Arbeitnehmer rechtlich gesichert zustünden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung habe auch noch nicht festgehalten, auf welchen Durchschnittslohn abzustellen sei. Die angemessene Lebenshaltung hänge von den tatsächlichen Gegebenheiten ab. Der Kläger habe sich dazu nicht äussern können. Es sei gemäss BGE 139 III 155 die Aufgabe des Gerichts, im Einzelfall die Schwelle festzusetzen, ab welcher keine soziale Schutzwürdigkeit mehr bestehe. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen korrekt ausgeübt.

4.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann eine wiederholt und unter Freiwilligkeitsvorbehalt ausbezahlte Gratifikation ganz oder teilweise zu einem zwingend geschuldeten (variablen) Lohn werden, dessen Ausrichtung im Grundsatz ermessensfeindlich ist und im Kündigungsfall auch pro rata auszubezahlen ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Gratifikation zufolge ihrer Höhe im Verhältnis zum jährlichen Fixlohn ihren grundsätzlich akzessorischen Charakter verloren hat und als eigentliche Vergütung für die geleistete Arbeit erscheint, was in der Regel insbesondere der Fall ist, wenn die Gratifikation während mehrerer Jahre die Höhe des Jahresfixlohnes

übersteigt. Massstab ist dabei stets die absolute Lohnhöhe. Erreicht allerdings bereits der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, verliert nach der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung der hinter der Bonusqualifikation als unbedingt geschuldeter Arbeitsvergütung stehende sozialpolitische Schutzgedanke seine Berechtigung und der den Fixlohn allenfalls um ein Mehrfaches übersteigende Bonus bleibt eine freiwillige und ermessensabhängige, mithin akzessorische Leistung (BGE 139 III 155). In diesem Entscheid wurde die Akzessorietät eines Bonus bejaht. Der Beschwerdeführer hatte im betreffenden Jahr ein Einkommen von insgesamt Fr. 2 015 294.– bezogen, welches sich aus dem Grundlohn, offenbar rund Fr. 208 000.– (BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, Basel 2014, N 9 zu Art. 322d), und einem Cash-Bonus von rund Fr. 1,8 Mio. zusammensetzte. Es ging nur um die Frage, ob der Beschwerdeführer darüber hinaus noch einen PIP-Anteil und LPA-Anteile (Longevity Premium Award) im Umfang von Fr. 1 615 320.– zugute habe. Die Vorinstanz hatte erwogen, dass der aufgeschobene Aktienbonus in Form von PIP-Anteilen in der Höhe von Fr. 1 292 256.– zur noch höheren Barvergütung (Fixgehalt und Cash-Anteil des Bonus) in der Höhe von Fr. 2 015 294.– akzessorisch sei. Selbst unter Berücksichtigung der LPA-Anteile zusammen mit den PIP-Anteilen sei die sofort verfügbare Vergütung deutlich höher, weshalb der aufgeschobene Aktienbonus als Gratifikation zu qualifizieren sei. Das Bundesgericht teilte diese Auffassung. Es hielt fest, dass der Lohn des Beschwerdeführers, bestehend aus dem Fixgehalt und dem Cash-Anteil des Bonus von Fr. 2 015 294.–, als weit überdurchschnittlich hohes Einkommen zu qualifizieren sei, welches das Existenzminimum des Beschwerdeführers um ein Mehrfaches übersteige. Bei solchen Einkommen als Entgelt für vollzeitige Arbeit habe der soziale Schutzgedanke für die Qualifikation zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers keine Bedeutung mehr (BGE 139 III E. 5.3. und 5.4.).

b) Ab welcher Einkommenshöhe dies der Fall ist, wurde in der Praxis bis anhin unterschiedlich beantwortet bzw. gehandhabt. Im zitierten Entscheid befand das Bundesgericht – wie erwähnt –, bei einem ausgezahlten Jahressalär von über 2 Mio. Franken habe der darüber hinausgehende Bonus jedenfalls keinen Lohncharakter mehr. Weiter hat das Bundesgericht einen Entscheid der erkennenden Instanz geschützt, der – allerdings noch in Nachachtung von BGE 129 III 276 zwecks Wahrung des daraus ableitbaren 1:1-Verhältnisses von Lohn und Bonus – bei einem Fixlohn von Fr. 280 000.– einen Lohnanspruch in der Höhe des arithmetischen Mittels von Fixlohn und Durchschnitt der Vorjahresboni (Fr. 425 000.–) bzw. in der Höhe des doppelten Fixlohns (Fr. 560 000.–) bejahte. Das Bundesgericht definierte dabei den Lohnanspruchsschutz zusätzlich auch noch dahin, dass bei Grundlöhnen, welche den Durchschnittslohn um ein Vielfaches übersteigen, ein richterlicher Schutz für Bonuszahlungen sozial nicht mehr gerechtfertigt sei. Allerdings hatte sich das Bundesgericht im konkreten Fall nur darüber auszuspre-

chen, ob nicht ein noch höherer Lohnanspruch zu schützen sei; eine Reduktion des obergerichtlichen Lohnplafonds war nicht mehr Prozessthema (BGer 4A_721/2012, 16.05.2013). In BGer 4A_447/2012 vom 17. Mai 2013 bestätigte das Bundesgericht die vorzitierten Grenzkriterien im Grundsatz, ohne sie betragsmässig zu konkretisieren. Umgekehrt stellte das Bundesgericht fest, dass bei einem Jahresgrundlohn von Fr. 100 000.– ein Bonus von 40% keine bloss untergeordnete Sondervergütung bilde, somit Lohncharakter habe (BGer 4A_216/2013 vom 29.07.2013). Die erkennende Kammer stellte in einer späteren Entscheidung vom 17. September 2013 fest, dass bei einem Fixlohn von jährlich Fr. 335 000.– der in den Vorjahren jeweils ausbezahlte Bonus in mehrfacher Millionenhöhe keinen Lohncharakter mehr habe und daher ermessensweise auf Null reduziert werden durfte (NP120018-O).

c) Im zur Publikation in der Amtlichen Sammlung bestimmten Entscheid 4A_653/2014 vom 11. August 2015 hat das Bundesgericht diese Frage nun in dem Sinne präzisiert, dass der Bonus dann zur freiwilligen Gratifikation wird, wenn die Summe der Lohnvergütungen den fünffachen Medianlohn des privaten Sektors gemäss der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik erreicht oder überschreitet (E. 5.4.). Im Jahre 2008 betrug der massgebliche monatliche Durchschnittslohn gemäss dieser Statistik Fr. 5781.– brutto, im Jahre 2010 Fr. 5929.– brutto (www.bfs.admin.ch). Für das Jahr 2009 liegen keine statistischen Angaben bezüglich des Brutto-Medianlohnes vor. Er dürfte etwa Fr. 5855.– betragen haben. Der fünffache Medianlohn betrug demgemäss 2008 Fr. 346 860.–, 2009 ca. Fr. 351 300.– und 2010 Fr. 355 740.–. Das Bundesgericht erwog, dass für die Bestimmung der Lohnsumme, welche in Relation zum massgeblichen Medianlohn zu setzen ist, die Gesamtsumme der Vergütungen des Arbeitnehmers, welcher dieser im Verlaufe des betreffenden Jahres erhalten hat, entscheidend ist. Dies im Bewusstsein, dass der Bonus auf der Basis vorangehender Jahre errechnet wurde. Es ist somit die effektiv im betreffenden Jahr bezogene Gesamtvergütung des Arbeitgebers ausschlaggebend. Wenn diese Totalsumme der Vergütungen in einem Jahr die Schwelle des fünffachen Medianlohnes erreicht oder überschreitet, besteht kein Raum mehr, den Bonus als Salär zu qualifizieren; das Kriterium der Akzessorietät ist nicht anwendbar (E. 5.3.1.).

5.

a) Wie bereits erwähnt, ist unbestritten, dass der Kläger im Jahre 2008 neben seinem Lohn von Fr. 274 641.– einen Cash Bonus von Fr. 459 895.– erhalten hatte, also total Fr. 734 536.–. Da schon diese Bezüge die im Jahre 2008 massgebliche Schwelle von Fr. 346 860.– deutlich, um mehr als das Doppelte, übersteigen, besteht kein Raum mehr für weitere Bonuszahlungen, da sie nicht Lohnbestandteil bilden. Entgegen der Auffassung des Klägers sind zudem auch die Zahlungen unter dem Titel «Bonus Cash différé» bei der Ermittlung der gesamten Leistungen der Arbeitgeberin zu berücksichtigen, da – wie oben erwähnt – die Gesamtsumme der effektiv ausgerichteten

Vergütungen im betreffenden Jahr massgeblich ist und es sich bei dieser Leistung nicht um einen Lohnbestandteil, sondern um eine freiwillige Zahlung der Beklagten handelt. Der im Jahre 2008 unter diesem Titel ausbezahlte Betrag beläuft sich auf Fr. 146 579.–, so dass die Summe der ausgerichteten Zahlungen 2008 total Fr. 881 115.– betrug.

b) Im Jahre 2009 betrug der Lohn des Klägers Fr. 302 100.–. Für das Jahr 2009 wurde dem Kläger zwar kein sog. Cash-Bonus ausgerichtet, dagegen erhielt er unter dem Titel «Bonus Cash differé» unbestrittenermassen eine Vergütung von Fr. 225 371.–, also insgesamt Fr. 527 471.–. Wie oben ausgeführt, ist die im betreffenden Jahr ausbezahlte Gesamtvergütung massgebend, weshalb auch für das Jahr 2009 kein Anspruch auf weitere Lohnzahlungen besteht.

c) Für das Jahr 2010 erhielt der Kläger ebenfalls ein Salär von Fr. 302 100.–. Zudem wurde ihm ein Cash-Bonus von Fr. 276 350.– sowie ein «Bonus Cash differé» von Fr. 220 204.– ausgerichtet. Die Gesamtbezüge für dieses Jahr beliefen sich demgemäss auf Fr. 798 654.–, was ziffernmässig unbestritten blieb. Auch für das Jahr 2010 erreichten die insgesamt an den Kläger ausbezahlten Vergütungen die vom Bundesgericht genannte Schwelle bei weitem, so dass kein Raum für weitere Zahlungen besteht.

d) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Summe von Grundlohn plus der diversen ausgerichteten Boni in all den massgeblichen Jahren die vom Bundesgericht festgesetzte Einkommenslimite stets überschritten hat. Der eingeklagte, diese übersteigende Bonusanteil kann daher nicht mehr als unbedingt geschuldetes Arbeitsentgelt betrachtet werden. Es fehlt an der sozialen Schutzwürdigkeit des Klägers in objektiver Hinsicht. Es besteht bei Löhnen in dieser Grössenordnung kein Anlass mehr, mit Mitteln des Arbeitsrechts korrigierend zugunsten des Arbeitnehmers in das Verhältnis zwischen geschuldetem Salär und der im Ermessen des Arbeitgebers stehenden zusätzlichen (freiwilligen) Entschädigung einzuschreiten. Ein richterlicher Eingriff in die Vertragsautonomie der Parteien schafft für den Arbeitgeber ein nicht kalkulierbares Risiko und rechtfertigt sich grundsätzlich nur zur Sicherung einer angemessenen finanziellen Existenz des Arbeitnehmers, nicht aber zur Absicherung von Löhnen im höheren sechs- oder siebenstelligen Bereich. Die Klage ist daher vollumfänglich abzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 27. Oktober 2015 (Bestätigung des Beschlusses des Arbeitsgerichtes Zürich vom 4. Februar 2015)

Whistleblower sind Personen, die auf Missstände in ihrer Organisation aufmerksam machen. Werden die Missstände gegenüber Institutionen ausserhalb der eigenen Organisation (Aufsichtsbehörden, Medien, usw.) gemeldet, spricht man von «externem» Whistleblowing. Erfolgt eine Meldung an eine Stelle innerhalb der Organisation, in

welcher Missstände auftreten, spricht man von «internem» Whistleblowing (E. 3.1).

Gefährdet die Beweisabnahme schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter, so trifft das Gericht die erforderlichen Massnahmen (Art. 156 ZPO). Als schutzwürdiges Interesse nennt Art. 156 ZPO die Geschäftsgeheimnisse. Im Weiteren kommen als Schutzobjekte private und öffentliche Interessen in Betracht, soweit sie als schutzbedürftig erscheinen. Als schutzbedürftig kann sich auch die Identität einer Auskunftsperson (Whistleblower) oder der Schutz der Persönlichkeit erweisen (E. 3.3).

Art. 156 ZPO verlangt eine konkrete Gefährdung der Interessen einer Partei oder eines Dritten, eine abstrakte Gefährdung genügt nicht. Die konkrete Gefährdung ist grundsätzlich von der betroffenen Partei darzutun. Das Gericht erforscht sie in der Regel nicht von Amtes wegen (E. 5.3).

Vorliegend war der Antrag auf Schutzmassnahmen angesichts der höher gewichteten Interessen des klagenden Arbeitnehmers abzuweisen. Auch wenn die Arbeitgeberin ihren Mitarbeiterinnen eine über ihre Whistleblower-Policy hinausgehende Vertraulichkeit verspricht, so kann dies im gerichtlichen Verfahren nicht zulasten der «Verteidigungsrechte» des klagenden Arbeitnehmers gehen. Es rechtfertigt sich nicht, aus diesem Grund das rechtliche Gehör des Klägers zu beschneiden (E. 8.3).

Sachverhalt:

Die Parteien stehen seit dem 13. September 2013 vor Erstinstanz in einem arbeitsrechtlichen Forderungsprozess. Die Beklagte und Beschwerdeführerin (fortan Beklagte) ist eine schweizerische GmbH mit Sitz in Zürich. Sie gehört zur A.-Gruppe. Die A.-Gruppe ist in der Verpackungsindustrie tätig. Der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) war seit dem 1. Dezember 2000 in verschiedenen Funktionen für die A.-Gruppe tätig. Mit Arbeitsvertrag vom 26. August 2010 wurde der Kläger von der Beklagten angestellt; Arbeitsbeginn war am 1. September 2010. Am 8. April 2013 wurde der Kläger fristlos entlassen. Die Entlassung erfolgte, nachdem im Whistleblower-System der Beklagten Beschwerden eingegangen waren und eine interne Untersuchung angeblich ergeben hat, dass der Kläger mehrere weibliche Angestellte mit elektronischen Nachrichten anzüglich und sexuellen Inhalts belästigt haben soll. Der Kläger bestreitet die Vorwürfe.

Im aufgehobenen Prozess geht es unter anderem um die Rechtmässigkeit der fristlosen Entlassung. Die Beklagte reichte mit separater Eingabe zur Klageantwort vom 16. Dezember 2013 in einem verschlossenen Couvert eine Aktennotiz (in deutscher sowie englischer Version) ein, welche auf «fünf Seiten eine Zusammenfassung der Ereignisse [ihrer] Abklärungen» enthält. Die Aktennotiz halte fest, welche Angaben die Arbeitnehmerinnen im Rah-

men der Befragungen durch die Beklagte gemacht hätten. Der Aktennotiz beigelegt sind fünf Beilagen (jeweils ein bis zwei Seiten) mit Auszügen von Chats oder E-Mail-Verkehr zwischen dem Kläger und den betroffenen Mitarbeiterinnen. Die Namen der belästigten Mitarbeiterinnen und eines weiteren Arbeitnehmers der Beklagten wurden in der Aktennotiz und den Beilagen geschwärzt. Die Aktennotiz samt Beilagen wurde als Beweis offeriert. Die Beklagte stellte mit der Eingabe vom 16. Dezember 2013 einen Antrag auf Anordnung von Schutzmassnahmen gemäss Art. 156 ZPO. Sie führte aus, die von ihr bereits vorgenommene Schwärzung genüge nicht als Schutzmassnahme. Würden die Aktennotiz und die Beilagen dazu dem Kläger integral offengelegt, könnte dieser aus dem Inhalt der Urkunden Rückschlüsse auf die betroffenen Mitarbeiterinnen ziehen. Die Beklagte stellte folgende (prozessualen) Anträge: «(1.) Es sei die Beilage zu dieser separaten Eingabe weder dem Kläger noch seinem Rechtsvertreter zugänglich zu machen, und es sei dem Kläger und seinem Rechtsvertreter stattdessen mittels einer gerichtlichen Zusammenfassung Kenntnis vom Inhalt zu geben, wobei die Zusammenfassung keine Rückschlüsse auf die beteiligten Personen erlauben und die Details der Mitteilungen des Klägers und der belästigten Mitarbeiterinnen nicht enthalten darf; Eventualiter: Es sei die Beilage zu dieser separaten Eingabe lediglich dem klägerischen Rechtsvertreter zugänglich zu machen, mit der Auflage, dass weder Kopien noch sonstige Aufzeichnungen (Notizen, Fotografien etc.) angefertigt werden dürfen, und mit der Auflage, dass der klägerische Rechtsvertreter dem Kläger lediglich eine Zusammenfassung des Inhalts geben darf, wobei die Zusammenfassung keine Rückschlüsse auf die beteiligten Personen ermöglichen und keine Details der Mitteilungen des Klägers und der belästigten Mitarbeiterinnen enthalten darf, unter Androhung von disziplinarischen Massnahmen im Widerhandlungsfalle; Sub-Eventualiter: Es seien die nach Ermessen des Gerichts erforderlichen Massnahmen zur Wahrung schutzwürdiger Interessen zu treffen; (2.) Es sei der Beklagten in jedem Fall Gelegenheit zu geben, die in Aussicht genommenen Schutzmassnahmen zu prüfen, bevor dem Kläger oder seinem Rechtsvertreter in irgendeiner Form Kenntnis von der Urkunde gegeben wird; (...)» Mit Präsidialverfügung vom 18. Dezember 2013 forderte die Vorinstanz die Beklagte auf, dem Gericht einen «Vorschlag» für eine aus ihrer Sicht valable Zusammenfassung der Aktennotiz und deren Anhänge einzureichen. Die Beklagte kam dieser Aufforderung nach. Entgegen der Ansicht des Klägers hat die Beklagte im Beschwerdeverfahren keine von dieser Zusammenfassung abweichende (zweite) Version eingereicht. Mit Beschluss vom 4. Februar 2015 wies die Vorinstanz den Antrag der Beklagten auf Anordnung von Schutzmassnahmen ab. Die Beklagte erhob fristgerecht Beschwerde gegen den vorgenannten Beschluss mit den folgenden Anträgen: «(1.) Es sei der Beschluss des Arbeitsgerichts Zürich vom 4. Februar 2015, Prozessnummer AN130044-L/Z8, vollumfänglich aufzuheben und es sei das Verfahren zur Anordnung von geeigneten Schutzmassnahmen an die Vorinstanz zurückzuweisen. (2.1) Eventualiter: Der Beschluss des Arbeitsge-

richts Zürich vom 4. Februar 2015, Prozessnummer AN130044-L/Z8, sei vollumfänglich aufzuheben, und es sei anzuordnen, dass act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses weder dem Kläger noch seinem Rechtsvertreter zugänglich gemacht wird, und es sei dem Kläger und seinem Rechtsvertreter stattdessen mittels der von der Beklagten verfassten Zusammenfassung Kenntnis vom Inhalt von act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses zu geben; eventualiter: es sei anzuordnen, dass act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses weder dem Kläger noch seinem Rechtsvertreter zugänglich gemacht wird, und es sei dem Kläger und seinem Rechtsvertreter stattdessen mittels einer gerichtlichen Zusammenfassung Kenntnis vom Inhalt von act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses zu geben, wobei die Zusammenfassung keine Rückschlüsse auf die beteiligten Personen erlauben und die Details der Mitteilungen des Klägers und der belästigten Mitarbeiterinnen nicht enthalten darf; sub-eventualiter: es sei anzuordnen, dass act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses lediglich dem klägerischen Rechtsvertreter zugänglich zu machen ist, mit der Auflage, dass weder Kopien noch sonstige Aufzeichnungen (Notizen, Fotografien etc.) angefertigt werden dürfen, und mit der Auflage, dass der klägerische Rechtsvertreter dem Kläger lediglich eine Zusammenfassung des Inhalts von act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses geben darf, wobei die Zusammenfassung keine Rückschlüsse auf die beteiligten Personen ermöglichen und keine Details der Mitteilungen des Klägers und der belästigten Mitarbeiterinnen enthalten darf, unter Androhung von disziplinarischen Massnahmen im Widerhandlungsfalle; sub-sub-eventualiter: es seien die nach Ermessen des Gerichts erforderlichen Massnahmen zur Wahrung schutzwürdiger Interessen der Beschwerdeführerin und der vom Kläger belästigten Mitarbeiterinnen der Beschwerdeführerin zu treffen; (2.2) Es sei der Beschwerdeführerin in jedem Fall Gelegenheit zu geben, die in Aussicht genommenen Schutzmassnahmen zu prüfen, bevor dem Kläger oder seinem Rechtsvertreter in irgendeiner Form Kenntnis von act. 19 des vorinstanzlichen Prozesses gegeben wird. (...)» Mit Verfügung vom 20. Februar 2015 wurde der prozessuale Antrag der Beklagten, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, abgewiesen. Mit Beschluss vom 6. März 2015 wurde beschlossen, dass Urk. 6/19 (die vorerwähnte interne Aktennotiz samt Anhängen) im Beschwerdeverfahren weder dem Kläger noch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. zugänglich gemacht wird. Mit der Beschwerdeantwort vom 16. März 2015 stellte der Kläger die folgenden Anträge: «(1.) Es sei auf die Beschwerde vom 16. Februar 2015 nicht einzutreten; (2.) eventualiter seien die Rechtsbegehren gemäss Beschwerde vom 16. Februar 2015 vollumfänglich abzuweisen; (3.) es sei die Beschwerdeführerin aufzufordern, sich innert Frist schriftlich zu ihrem Eventualantrag Nr. 2.1, alinea 3 zu äussern, (a.) inwieweit eine Zusammenfassung von act. 19 über jene Zusammenfassungen hinausgehen kann, die mit act. 30 und Beilage 4 zur Beschwerde vom 16. Februar 2015 bereits im Recht liegen; (b.) wieso ein Antrag für zulässig erachtet wird, mit dem der unterzeichnende Rechtsanwalt zu einem höchstpersönlichen Handeln gezwungen werden soll, das gegen die

Interessen seines Mandaten verstösst; (c.) wieso gegen den Unterzeichnenden persönlich disziplinarische Massnahmen verlangt werden; (...) Mit Verfügung vom 7. April 2015 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um sich zum Antrag auf Nichteintreten sowie zum Antrag zur Aufforderung zur schriftlichen Äusserung zu Eventualantrag Nr. 2.1., alinea 3, Stellung zu nehmen. Am 4. Mai 2015 reichte die Beklagte eine umfassende Replik ein. Sie wurde der Gegenpartei am 17. Juni 2015 zur Kenntnis gebracht.

Aus den Erwägungen:

1.1 Der Kläger beantragt, auf die Beschwerde sei mangels «schutzwürdiges Beschwerdeinteressens» nicht einzutreten.

1.2 Das Gericht tritt auf eine Klage oder ein Gesuch nur ein, wenn die klagende oder gesuchstellende Partei ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 59 Abs. 1 und 2 lit. a ZPO). Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer. Der Rechtsmittelkläger muss durch den angefochtenen Entscheid beschwert sein und damit ein Interesse an dessen Abänderung haben. Ansonsten wird auf das Rechtsmittel nicht eingetreten. Formelle Beschwer einer Partei liegt vor, wenn das Dispositiv des Entscheids von ihren Anträgen abweicht (ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 14). Die Vorinstanz hat den Antrag der Beklagten auf Anordnung von Schutzmassnahmen abgewiesen. Damit ist die Beklagte formell beschwert. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse zur Erhebung der Beschwerde.

(...)

3.1 Whistleblower sind Personen, die auf Missstände in ihrer Organisation aufmerksam machen. Werden die Missstände gegenüber Institutionen ausserhalb der eigenen Organisation (Aufsichtsbehörden, Medien, usw.) gemeldet, spricht man von «externem» Whistleblowing. Erfolgt eine Meldung an eine Stelle innerhalb der Organisation, in welcher Missstände auftreten, spricht man von «internem» Whistleblowing (DIANA IMBACH HAUMÜLLER, Whistleblowing – Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, in: GesKR 2013 S. 72). Viele Unternehmungen, auch in der Schweiz, richten Meldesysteme für Whistleblower ein. Der A.-Konzern hat eine Whistleblower Policy erlassen (in englischer und deutscher Version; «Signalgeberpolitik»). Die Weisung gilt weltweit für alle Angestellten von A. Mit der Entgegennahme und Untersuchung von Meldungen von Whistleblowern wurde das Wirtschafts- und Prüfungsunternehmen C. beauftragt. C. ist der Whistleblower Service Provider [WSP] der Beklagten.

3.2 Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, ist vorliegend nicht die Frage zu beantworten, ob die Namen der betroffenen Mitarbeiterinnen, die einstweilen nicht als Zeuginnen genannt wurden, dem Kläger bekannt zu geben sind. Vielmehr ist lediglich zu klären, ob der von der Beklagten zu den Akten gereichte Bericht («interne Aktennotiz samt Anhängen»), in welchem die Namen der Betroffenen geschwärzt sind, dem Kläger in der Originalform, in

einer Zusammenfassung entsprechend dem Vorschlag der Beklagten oder in einer durch das Gericht verfassten Zusammenfassung zur Kenntnis gebracht wird. Es seien an dieser Stelle im Weiteren die richtigen Ausführungen der Vorinstanz wiederholt, dass dieser Entscheid allein auf der Grundlage des Schweizer Rechtes zu ergehen. «Zwar befindet sich die Schweiz (seit einigen Jahren bereits) auf dem Wege zu einer Whistleblowing-Gesetzgebung. Der (aktuelle) Gesetzesentwurf sieht allerdings einzig eine Revision des Arbeitsvertragsrechtes vor, indem die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a^{bis} E-OR) eingeschränkt und ein neuer Kündigungs-Missbrauchstatbestand (Art. 336a Abs. 2 lit. d E-OR) aufgenommen werden soll (Botschaft zur Teilrevision des Obligationenrechts [Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz] vom 20. November 2013, BBl 2013, 9513 ff.). Spezifische prozessuale (Zeugen-)Schutzmassnahmen sieht der Entwurf nicht vor (vgl. ferner auch act. 17/12 sub. «Vertraulichkeit», wo die EFK [Eidgenössische Finanzkommission] ausdrücklich darauf hinweist, dass den Whistleblowern kein Zeugnisverweigerungsrecht zukomme).» Ergänzend sei angeführt, dass der Entwurf sich auch mit dem Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers auseinandersetzt. So enthält Art. 328 Abs. 2 E-OR nun ausdrücklich die Pflicht der Arbeitgeberin fest, dafür zu sorgen, dass dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen, wenn er rechtmässig Meldung erstattet oder eine Beratung bezüglich einer möglichen Meldung in Anspruch genommen hat. Am 5. Mai 2015 wurde die Vorlage vom Nationalrat behandelt und inhaltlich befürwortet. Dieser beantragte Eintreten mit Rückweisung an den Bundesrat mit dem Auftrag, den Wortlaut einfacher und verständlicher zu formulieren. Inhaltliche Änderungen wurden nicht beantragt (vgl. SARA LICCI, Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, in: AJP 2015, S. 1184).

(...)

4.2 Die Vorinstanz kam zum Schluss, die Beklagte habe keine Gefährdung von schutzwürdigen Interessen glaubhaft gemacht. Der prozessuale Antrag der Beklagten (um Erlass von Schutzmassnahmen) sei bereits unter diesem Aspekt abzuweisen. Weiter erwog sie, es bestünden «fundamentale Interessen» des Klägers, in Urkunde 6/19 (samt Anhänge) Einblick zu nehmen. Der Antrag der Beklagten sei auch unter dem Aspekt der höher gewichteten Interessen des Klägers abzuweisen. Aus den genannten Gründen seien die Eventual- und Subeventualanträge ebenfalls abzuweisen.

5.1 Die Vorinstanz erwog unter E. 5.1.1, wie die Beklagte zutreffend ausführe, sähen sich Personen, die Missstände meldeten, oft mit schwerwiegenden persönlichen Konsequenzen konfrontiert, wie beispielsweise Degradierung, Meidung von Kollegen, Mobbing, Nichtbeförderung oder gar Kündigung (...). Es sei allgemein bekannt, dass sich daher viele Betroffene aus Angst vor Kündigung oder Ausgrenzung nicht zur Wehr setzen würden. Dadurch werde aber zunächst die Beklagte selbst gefordert, die mit der Implementierung eines Whistleblower-Systems gleichzeitig im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht Schutzvorkehrungen zu treffen habe, die sich nicht auf die

Anonymisierung jedwelcher Beschwerden und darüber hinaus auf die Eliminierung sämtlicher Hinweise beschränken könne, die es dem «Täter» erlauben könnten, die «Tat» örtlich, zeitlich und kontextmässig zuzuordnen. Vorliegend liege der Fall zudem etwas anders: Der «Täter» sei als Folge der internen Meldungen der betroffenen Mitarbeiterinnen bereits (vor nunmehr bald zwei Jahren) fristlos entlassen worden. Die Gefahr von Repressalien durch den Kläger als Vorgesetzten und hierarchisch übergeordnete Person drohe somit nicht mehr. Dass sich gewisse Angestellte der Beklagten mit dem Kläger solidarisierten, könne nicht ausgeschlossen werden. Für negative Konsequenzen irgendwelcher Art bestünden aber aufgrund der Akten keine Anhaltspunkte und von der Beklagten würden auch keine drohenden Nachteile hinreichend substantiiert.

(...)

5.3 Art. 156 ZPO verlangt eine konkrete Gefährdung der Interessen einer Partei oder eines Dritten, eine abstrakte Gefährdung genügt nicht. Die konkrete Gefährdung ist grundsätzlich von der betroffenen Partei darzutun. Das Gericht erforscht sie in der Regel nicht von Amtes wegen (DIKE-Komm-ZPO-LEU, Art. 156 N 8 f.). Die Schutz beantragende Partei hat somit Anhaltspunkte (Indizien) zu behaupten, aus welchen eine konkrete Gefährdung von bezeichneten schutzwürdigen Interessen abgeleitet werden kann.

5.4.1 Die Beklagte hatte vor Vorinstanz unter dem Titel «Gefahr durch Vergeltungsmassnahmen im Betrieb» geltend gemacht, Personen, die Missstände melden würden und deren Identität bekannt werde, hätten in aller Regel gravierende Konsequenzen zu befürchten: die möglichen Folgen reichten vom simplen «von Kollegen geschnitten werden» über verbale Angriffe und Einschüchterungen, schlechte Leistungsbewertungen, Streichung von Belohnungen oder Weiterbildungen, Nichtbeförderungen bis zur Versetzung oder Kündigung. Es sei anzunehmen, dass unter den Angestellten der Beklagten einige Personen mit dem Kläger befreundet und daher mit seiner Entlassung nicht einverstanden gewesen seien. Ausserdem sei zu vermuten, dass einige Angestellte das Vorgehen der Whistleblowerinnen aus Prinzip negativ bewerteten. Es sei daher davon auszugehen, dass den Whistleblowerinnen (auch nach der Entlassung des Klägers) immer noch die oben genannten Konsequenzen im Betrieb der Beklagten drohten, wenn bekannt würde, wer das Fehlverhalten des Klägers gemeldet habe. Zum Beweis dieser Behauptungen hat die Beklagte die Urkunde 6/19 sowie die Zeugen D., E., F. und G. offeriert.

5.4.2.1 Die Vorinstanz anerkannte in ihren Erwägungen einleitend die (allgemeinen) Ausführungen der Beklagten, dass sich Personen, die Missstände meldeten, oft mit schwerwiegenden persönlichen Konsequenzen konfrontiert sähen, wie beispielsweise Degradierung, Meidung von Kollegen, Mobbing, Nichtbeförderung oder gar Kündigung. Ferner hielt sie zutreffend fest, dass zufolge der Entlassung des Klägers die Gefahr von Repressalien durch diesen «als Vorgesetzten und hierarchisch übergeordnete Person» nicht mehr drohe. Insoweit die Beklagte geltend macht, dass es zwar richtig sei,

dass die betroffenen Mitarbeiterinnen seit der Entlassung des Klägers keine Konsequenzen mehr von seiner Seite als Vorgesetzten zu befürchten hätten, jedoch weiterhin die Gefahr von erneuter Belästigung oder Vergeltungsmassnahmen durch den Kläger (z.B. per E-Mail, SMS) bestehe, selbst wenn dieser nicht mehr Vorgesetzter sei, ist Folgendes zu beachten: Die Beklagte hat in ihrem Gesuch um Anordnung von Schutzmassnahmen geltend gemacht, es seien schutzwürdige Interessen der Whistleblowerinnen durch die Gefahr durch Vergeltungsmassnahmen im Betrieb sowie durch Vergeltungsmassnahmen des Klägers betroffen. Sodann berief sie sich auf die Gefährdung eigener schutzwürdiger Interessen. Die Vorinstanz hat sich in der Erwägung 5.1.1 ihres Entscheids mit den Vergeltungsmassnahmen im Betrieb, in der Erwägung 5.1.2 mit den Vergeltungsmassnahmen des Klägers sowie in der Erwägung 5.1.3 mit den eigenen schutzwürdigen Interessen der Beklagten auseinandergesetzt. Die Erwägung, «die Gefahr von Repressalien durch den Kläger als Vorgesetzten und hierarchisch übergeordnete Person drohe somit nicht mehr», bezog sich damit auf die Gefahr von Vergeltungsmassnahmen im Betrieb. Diese Gefahr ist, wie auch die Beklagte anerkennt, zufolge der Entlassung des Klägers gebannt. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz ist in diesem Punkt somit weder offensichtlich unzutreffend noch aktenwidrig.

(...)

8.2 Als schutzwürdige Interessen beruft sich die Beklagte einerseits auf ihre Glaubwürdigkeit gegenüber den Mitarbeiterinnen sowie auf den Schutz ihres Whistleblower-Systems an sich. Wie bereits angeführt, nennt Art. 156 ZPO als schutzwürdiges Interesse explizit die Geschäftsgeheimnisse. Im Weiteren kommen als Schutzobjekte private und öffentliche Interessen in Betracht, soweit sie als schutzbedürftig erscheinen (vgl. hierzu GUYAN, a.a.O., Art. 156 N 2).

8.3 Die Glaubwürdigkeit der Beklagten gegenüber ihren Mitarbeiterinnen sowie damit einhergehend des Whistleblower-Systems der Beklagten an sich erweisen sich vorliegend nicht als schutzbedürftig. Denn wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, geht die von der Beklagten im Rahmen ihrer Whistleblower-Policy an ihre Mitarbeiterinnen gemachte Schutzzusage weniger weit, als die nunmehr beantragten Schutzmassnahmen. So sieht die Whistleblower-Policy in Ziffer 11 vor, A. habe sich, wenn immer möglich, zum Schutz der Identität von Personen, die sich an WSP wendeten, verpflichtet. Dennoch gebe es Fälle, wo dies nicht möglich sei, «z.B.: wo die Untersuchung zur Anklage vor Gericht führt; wo das Wesen der Beschwerde derart ist, dass die Identität der Person aus den an WSP übergebenen Informationen hergeleitet werden kann. (...)».

Entgegen der Ansicht der Beklagten sind diese Bestimmungen vorliegend einschlägig. Zwar ist mit der Beklagten davon auszugehen, dass mit der Wendung «zur Anklage vor Gericht gebracht» (englische Version: «charges being made in court») auf strafrechtliche Verfahren abgezielt wird. Die Aufzählung in Ziffer 11 ist hingegen nicht abschliessend, was sich bereits aus

dem Kürzel «z.B.» ergibt. Es ist nicht einzusehen, weshalb in Fällen, in welchem aus einer erfolgten Meldung ein zivilrechtliches Verfahren mit der Beklagten als beteiligte Partei resultiert, die Ausnahmeklausel keine Geltung beanspruchen sollte. Dass eine Auslegung in diesem Sinne erfolgen muss, ergibt sich sodann aus der Tatsache, dass der Beschuldigte bereits in der internen Untersuchung die Möglichkeit haben muss, sich angemessen gegen die erhobenen Vorwürfe zur Wehr zu setzen (vgl. hierzu die entsprechenden Vorgaben in Ziffer 8 der Whistleblower-Policy). Weiter hält die Whistleblower-Policy von A. ausdrücklich fest, dass die Pflicht von WSP, eine unparteiische Untersuchung durchzuführen, Vorrang vor der Verpflichtung habe, die Identität der die Aufdeckungen machenden Person zu schützen. Auch die Literatur geht davon aus, dass zwar unstreitig ist, dass die Identität der meldenden Person vertraulich zu behandeln ist. Dadurch lasse sich aber nicht vermeiden, dass der beschuldigte Arbeitnehmer durch die (der Meldung folgende) Sachverhaltsabklärung möglicherweise Rückschlüsse auf die Identität des Whistleblowers ziehen könne (vgl. OTHMAR STRASSER, Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigte Arbeitnehmers, in: Adrian von Kaenel [Herausgeber]: Whistleblowing-Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012, S. 64 f.; vgl. ferner IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O., S. 82 f.). Genau für diesen Fall hat die Beklagte in ihrer Whistleblower-Policy vorgesehen, dass die Vertraulichkeit der meldenden Person nicht gewahrt werden kann, wo das Wesen der Beschwerde derart ist, dass die Identität der Person aus den an WSP übergebenen Informationen gefolgert werden kann. Wird eine Meldung über sexuelle Übergriffe gemacht, kann ein Verdacht nur erhärtet werden, wenn klar ermittelt wird, gegenüber wem, wann, was genau gemacht respektive gesagt worden ist. Genau diesen Fragen ist die Beklagte in ihrer internen Untersuchung nachgegangen und hat die Ergebnisse dokumentiert (interne Aktennotiz samt Anhänge). Der Kläger führt denn zu Recht an, für die Abgrenzung zwischen «zulässiger und unzulässiger sozialer Interaktion» spiele unter anderem eine Rolle, in welchem Verhältnis die betroffenen Personen zueinander standen, in welchem Zusammenhang (zeitlicher evtl. örtlicher Konnex) die Äusserungen getätigt wurden, wie die betroffene Person wann auf welche Äusserungen reagiert habe usw. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen in der Beschwerdeschrift gehen an der Sache vorbei. Aufgrund der von der Beklagten in der internen Untersuchung angefertigten Dokumente (Aktennotiz und Anhänge) sind gerade Rückschlüsse auf die betroffenen Frauen möglich. Mit diesem Argument begründet die Beklagte denn auch die Notwendigkeit von Schutzmassnahmen. Verspricht nun die Beklagte ihren Mitarbeiterinnen eine über die Whistleblower-Policy hinausgehende Vertraulichkeit, so kann dies nicht zulasten der «Verteidigungsrechte» des Klägers gehen. Etwaige mit solchen Versprechen einhergehende Verluste ihrer Glaubwürdigkeit und damit verbunden eine Erschütterung ihres Whistleblower-Systems als solches hat sie selbst verschuldet. Diese bilden keine schutzbedürftigen Interessen im Sinne von Art. 156 ZPO. Es rechtfertigt sich nicht, aus diesem Grund

das rechtliche Gehör des Klägers zu beschneiden. Es sei an dieser Stelle noch darauf hingewiesen, dass die zahlreichen von der Beklagten angerufenen Literaturstellen, welche die hohe Bedeutung der Gewährleistung der Vertraulichkeit für die Anerkennung von Whistleblower-Systemen hervorheben, sich auf die der Meldung folgende interne Untersuchung beziehen. Über die Wahrung der Vertraulichkeit vor staatlichen Gerichten ist damit nichts gesagt.

9.

Damit ist keine Gefährdung von schutzwürdigen Interessen erstellt. Es sind keine Schutzmassnahmen im Sinne von Art. 156 ZPO zu erlassen. Die Vorinstanz hat den Antrag der Beklagten zu Recht bereits aus diesem Grund abgewiesen. Die Beschwerde ist damit abzuweisen. Auf die Ausführungen der Parteien zu den Fragen, ob auf Seiten des Klägers ein schutzwürdiges Interesse an der vollen Akteneinsicht in Urk. 6/19 bestehe oder nicht, der Gewichtung allfälliger auf Seiten der Beklagten und des Klägers bestehender Interessen sowie welche Schutzmassnahmen konkret anzuordnen wären, muss nicht weiter eingegangen werden.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 27. Oktober 2015 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Winterthur vom 12. Dezember 2014)

Vereinbaren die Parteien nachträglich im gegenseitigen Einverständnis ein Mandatsverhältnis und wird dieses von den Sozialversicherungen jedoch nach wie vor als Arbeitsverhältnis qualifiziert, hat der Arbeitnehmer für die rückgeforderten Arbeitnehmerbeiträge einzustehen (E. C/1).

Unterscheidung Freistellung/Entlassung: Vom Vorliegen einer konkludent ausgesprochenen Entlassung ist mit grosser Zurückhaltung auszugehen, da die Entlassung klar und unmissverständlich den Willen zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringen muss. Es ist im Einzelfall abzuklären, ob der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte und musste, der Arbeitgeber strebe eine definitive Lösung an. Dies trifft regelmässig dann zu, wenn die Freistellung zusammen mit einer gültigen Entlassung ausgesprochen wird. Ob dies auch gelten soll, wenn eine solche fehlt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (E. D/3).

Art. 337 Abs. 1 OR; ungerechtfertigte Entlassung. Die beharrliche Arbeitsverweigerung kann eine ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer fristlos entlassen, welcher der Arbeit zu Unrecht fernbleibt und trotz einer klaren Verwarnung mit der Androhung einer fristlosen Kündigung seine Arbeit nicht wieder aufnimmt. Eine blosser Rückfrage, ob

der Arbeitnehmer an der Arbeitsniederlegung festhalte, genügt den Anforderungen an eine klare Verwarnung nicht (E. D/5.2).

Sachverhalt:

Der Beklagte, Widerkläger und Berufungskläger (fortan Beklagter) war seit dem Jahr 2003 beim Kläger, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) als Dozent tätig. Ab dem Jahr 2008 wurde das bisherige Arbeitsverhältnis auf Wunsch des Beklagten in ein Mandatsverhältnis umgewandelt und der Beklagte fortan auf Honorarbasis entschädigt. Da der Beklagte von den zuständigen Ausgleichskassen aber in der Folge nicht als Selbständigerwerbender anerkannt wurde, musste der Kläger die dem Beklagten ausbezahlten Honorare nachträglich als Löhne verbuchen und die Sozialversicherungsabgaben der Jahre 2007, 2008 und 2009 nachzahlen. Im vorliegenden Verfahren verlangt der Kläger die Rückerstattung der darin enthaltenen Arbeitnehmerbeiträge im Betrag von Fr. 7268.70. Das Pensum des Beklagten wurde jedes Semester nach den Bedürfnissen des Klägers neu festgelegt. Mit E-Mail vom 6. Mai 2009 wurde dem Beklagten mitgeteilt, dass er auf Grund von verschiedenen Vorkommnissen in der Vergangenheit und seines nicht loyalen Verhaltens in den kommenden Semestern keine Lehraufträge erhalten werde. Was die laufenden Module betreffe, werde erwartet, dass diese in korrekter Erfüllung der Verpflichtung als Dozent ausgeführt würden. Der Beklagte reagierte darauf mit einem E-Mail vom gleichen Tag und teilte mit, die Zusammenarbeit mit dem Kläger «vorerst auf Eis zu legen», bis sämtliche offenen Punkte geklärt seien. Er sei gerne bereit, seine Arbeit wieder aufzunehmen, wenn sämtliche Punkte restlos geklärt und der Kläger seinen Pflichten nachgekommen sei. Der Beklagte wurde daraufhin mit Schreiben vom 12. Mai 2009 von seiner Tätigkeit mit sofortiger Wirkung freigestellt. Der Beklagte erachtet dieses Vorgehen des Klägers als ungerechtfertigte fristlose Entlassung.

Am 15. Oktober 2012 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung vom 12. Juli 2012 beim Arbeitsgericht Winterthur Klage auf Zahlung von Fr. 7268.70 durch den Beklagten ein, mit welchem Betrag er die von ihm nachbezahlten Arbeitnehmerbeiträge geltend macht. Der Beklagte erhob mit der Klageantwort vom 23. Januar 2013 Widerklage und verlangte seinerseits eine Entschädigungszahlung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Mit Urteil des Arbeitsgerichts Winterthur vom 12. Dezember 2014 wurde der Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 7268.70.– zu bezahlen. Die Widerklage wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Hiergegen reichte der Beklagte Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

C. Rückforderung der Arbeitnehmerbeiträge

1.

Der Kläger hat im Jahr 2011 auf Aufforderung der Ausgleichskasse des Kantons Wallis Fr. 17 759.40 an Sozialversicherungsbeiträgen für den Beklagten für die Jahre 2007 bis 2009 nachbezahlt. Die Vorinstanz ging ungeachtet des abgeschlossenen Mandatsvertrages von einem Arbeitsvertrag aus und verpflichtete den Beklagten in Gutheissung der Klage zur Rückerstattung der von der Klägerin nachbezahlten Arbeitnehmerbeiträge von Fr. 7268.70. Hiergegen wehrt sich der Beklagte im Berufungsverfahren und macht geltend, die korrekte Anmeldung eines Arbeitnehmers bei den Sozialversicherungen sei Sache des Arbeitgebers. Wenn der Arbeitgeber dies versäume und aufgrund dessen eine Nachzahlung leisten müsse, könne dies nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Dieser dürfe sich nämlich darauf verlassen, dass der ihm ausbezahlte Lohn seinem Nettolohn entspreche und nicht Jahre später Abzüge gemacht würden.

2.

Der Ansicht des Beklagten kann nicht gefolgt werden. Aufgrund der Umstände ergibt sich, dass die Parteien übereinstimmend von einer selbständigen Tätigkeit des Beklagten ausgegangen sind. Der ursprüngliche Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom 21. April 2006 wurde in eine Mandatsvereinbarung zwischen dem Kläger und der vom Beklagten gegründeten C. umgewandelt. Der Beklagte selber hatte dem Kläger mit E-Mail vom 3. Oktober 2007 mitgeteilt, dass er zwischenzeitlich seine eigene Firma gegründet habe, weshalb er nun selbständigerwerbend sei. Als der Kläger dem Beklagten im Februar 2008 ein Lohnblatt für die Monate November und Dezember 2007 sowie Januar und Februar 2008 zustellte, protestierte Letzterer dagegen und führte aus, er sei im Mandatsverhältnis für den Kläger tätig, weshalb sich ein Lohnblatt erübrige. In Ziffer 4.2 der Mandatsvereinbarung wird ausdrücklich festgehalten, dass sämtliche Aspekte betreffend Sozialversicherungen Sache des Auftragnehmers, also des Beklagten, seien. Die Parteien gingen demnach davon aus, dass sich der Kläger mit der Bezahlung der Honorare an den Beklagten von sämtlichen finanziellen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Beschäftigung des Beklagten befreie und der Beklagte seiner Stellung entsprechend sämtliche Sozialbeiträge selber entrichte. Dies hat der Beklagte offensichtlich nicht getan, weshalb der Kläger – nachdem die Ausgleichskassen die Selbständigkeit des Beklagten nicht anerkannt hatten – eine Nachzahlung leisten musste. Zwar ist es zutreffend, dass die Anmeldung bei den Sozialversicherungen grundsätzlich Sache des Arbeitgebers und ein entsprechendes Versäumnis nicht den gutgläubigen Arbeitnehmer treffen darf. Vorliegend war die unterlassene Anmeldung bei den Sozialversicherungen aber nicht auf ein Versäumnis des Klägers zurückzuführen, sondern auf die irrtümliche Annahme, dass dem Beklagten der Status als Selbständigerwerbender zukomme und dieser die Sozialversicherungsbeiträ-

ge entsprechend selber einbezahle. Dass dies nicht eingetroffen ist, ist beides nicht dem Kläger anzulasten. Dass sich der Beklagte nicht darauf verlassen konnte, dass die ausbezahlten Honorare dem Nettolohn entsprechen, ergibt sich in der konkreten Konstellation schon daraus, dass der Beklagte (wie auch der Kläger) aufgrund des Mandatsverhältnisses von gar keiner Lohnzahlung ausgegangen ist und die Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge einzig deshalb angefallen ist, weil der Beklagte entgegen seiner vermeintlichen Stellung als Selbständigerwerbender keine Beiträge an die Ausgleichskassen abgeführt hat. Im Lichte dieser Ausführungen ist nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger neben den Arbeitgeberbeiträgen – welche er seiner Verpflichtung entsprechend nach der Umwandlung der Honorare in Lohnzahlungen übernommen hat – auch für die Arbeitnehmerbeiträge, welche er im Wissen um die Unselbständigkeit des Beklagten von seinem Lohn abgezogen hätte, selber aufkommen sollte.

3.

Der betragsmässige Umfang der Arbeitnehmerbeiträge wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht bestritten. Die vom Beklagten erst im Berufungsverfahren erhobene Rüge, der eingeklagte Betrag umfasse auch die von der Arbeitgeberin zu tragenden FAK-Beiträge sowie dem Beklagten bereits im Jahr 2007 vom Lohn abgezogene Arbeitnehmerbeiträge erfolgt mit Verweis auf das Novenrecht verspätet und ist daher unbeachtlich. Der Zinsenlauf sowie die Übernahme der Zahlungsbefehlskosten blieb im Berufungsverfahren unbestritten.

4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger den Betrag von Fr. 7268.70 nebst Zins zu 5% seit 3. November 2011 sowie Fr. 73.– Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen.

D. Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung

1.

Der Beklagte macht widerklageweise eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter fristloser Entlassung geltend. Er hielt vor Vorinstanz dafür, dass der Kläger ihn mit Schreiben vom 12. Mai 2009 zwar mit sofortiger Wirkung freigestellt habe, dies aber eine verkappte fristlose Entlassung sei. Er habe keine Lehraufträge mehr erhalten und sei so «auf kaltem Weg» fristlos entlassen worden. Dass die Weiterbeschäftigung des Beklagten nicht unzumutbar gewesen sei, zeige sich daran, dass er nach dem 12. Mai 2009 noch an mehreren Tagen als Dozent im Einsatz gewesen sei.

2.

Die Vorinstanz hat sich nicht zur Qualifikation der Freistellung geäußert. Sie hielt einzig fest, dass die Freistellung aufgrund des beklaglichen Verhaltens gerechtfertigt gewesen sei, weshalb keine Entschädigungspflicht bestehe. Der Beklagte hält im Berufungsverfahren daran fest, dass der Kläger das Arbeitsverhältnis mit ihm mit Schreiben vom 12. Mai 2009 mit sofortiger Freistellung beendet habe. Obwohl das Schreiben als «sofortige Freistellung» betitelt gewesen sei, handle es sich faktisch um eine fristlose

Entlassung, da ihm nach der Freistellung kein Lohn ausbezahlt worden sei. Für eine solche fristlose Kündigung habe kein wichtiger Grund bestanden. Der Kläger beanstandet in der Berufungsantwort die rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses durch die Vorinstanz und die Anwendbarkeit der arbeitsvertraglichen Bestimmungen des OR nicht, weist aber den Vorwurf der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung zurück

3. Freistellung als Kündigung

3.1 Zunächst gilt es zu klären, ob – und wenn ja, auf wann – das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien aufgelöst worden ist. Weder der Beklagte noch der Kläger behaupten nämlich, dass effektiv eine Kündigung ausgesprochen worden sei. Vielmehr argumentiert der Beklagte, dass die sofortige Freistellung einer fristlosen Kündigung gleichkomme, weil er keine Lehraufträge und damit keine Entschädigungen mehr erhalten habe. Der Kläger selber äusserte sich im gesamten Verfahren nicht zur Qualifikation der Freistellungserklärung.

3.2 In der Praxis bereitet die Unterscheidung zwischen Freistellung und Kündigung zuweilen Schwierigkeiten. Weil auch für eine Kündigung grundsätzlich keine Formerfordernisse bestehen, werden Freistellungserklärungen immer wieder als konkludente Kündigungen interpretiert. Vom Vorliegen einer konkludent ausgesprochenen Kündigung ist aber nur mit grosser Zurückhaltung auszugehen, da die Kündigung grundsätzlich klar und unmissverständlich den Willen zur Vertragsbeendigung zum Ausdruck bringen muss (BLESİ, Die Freistellung des Arbeitnehmers, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, S. 49 f.). Bei einer Kündigung dürfen keine Zweifel mit Bezug auf die Umgestaltung der Rechtslage bestehen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335 N 2; ZK-STAEHELIN, Art. 335 N 4; BSK OR I-PORTMANN, Art. 335 N 8; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Rz 663). Die in Frage stehende Erklärung des Arbeitgebers ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Es gilt dabei im Einzelfall herauszufinden, ob der Empfänger nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte und musste, der Arbeitgeber strebe eine definitive Lösung an. Dies trifft in der Regel dann zu, wenn die Freistellung zusammen mit einer gültigen Kündigung ausgesprochen wird. Ob dies auch gelten soll, wenn eine solche fehlt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (BGer 4C.405/1992 vom 21. Mai 1993 E. 2c).

3.3 Im vorliegenden Fall ist das vom Beklagten als Kündigung interpretierte Schreiben vom 12. Mai 2009 mit «Sofortige Freistellung von der Dozierendentätigkeit an der B.» betitelt. Der Wortlaut legt entsprechend die Annahme einer Freistellung nahe. Bei unklaren Verhältnissen ist aber der Gesamtzusammenhang zu berücksichtigen, in welchem eine Erklärung abgegeben wurde, da sich der Inhalt einer Erklärung nicht alleine nach ihrem Wortlaut beurteilt (BLESİ, a.a.O., S. 50 mit Verweis auf BGE 123 III 165 E. 3a). Der auszulegenden Freistellungserklärung ist am 6. Mai 2009 die Mitteilung des Klägers vorausgegangen, dass der Beklagte auf Grund ver-

schiedener Vorkommnisse in der Vergangenheit sowie seines illoyalen Verhaltens in den nächsten Semestern keine Lehraufträge erhalten werde. Der Kläger brachte damit zum Ausdruck, auf unbestimmte Zeit nicht auf die Arbeitsleistung des Beklagten zurückzugreifen. Als der Beklagte daraufhin androhte, die Zusammenarbeit mit dem Kläger vorerst auf Eis zu legen, bis sämtliche offenen Punkte geklärt seien und gleichzeitig ausführte, ein persönliches Gespräch sei schon seit langem zwingend und nun unabdingbar geworden, verweigerte der Kläger ein Gespräch mit dem Beklagten, da es nichts zu regeln gäbe. Der Kläger zeigte damit keinerlei Interesse, die bestehenden Konflikte – welche ihn dazu veranlasst hatten, auf unbestimmte Zeit keine weiteren Pensen zuzuteilen – aus der Welt zu räumen. In der Freistellungserklärung erwähnte er zudem Vorkommnisse, welche die Zusammenarbeit belasteten. Auf das Beharren des Beklagten auf der Einhaltung der vereinbarten Kündigungsmodalitäten und insbesondere an den ihm schriftlich zugesprochenen Nominationen für das Herbstsemester 2009 erfolgte keine Reaktion des Klägers. Zumindest ist aus den Akten keine solche ersichtlich. Die vom Kläger an den Tag gelegte Verhaltensweise lässt einzig den Schluss zu, dass er keinerlei Interesse an einer Weiterbeschäftigung des Beklagten hatte und das Vertragsverhältnis beenden wollte. Die fehlende Bereitschaft zu einer Konfliktbewältigung zeigt klar auf, dass eine weitere Zusammenarbeit für den Kläger nicht denkbar war und eine solche auch nicht angestrebt wurde. Nach Treu und Glauben musste der Beklagte davon ausgehen, dass der Kläger eine definitive Lösung in Form einer Beendigung des Vertragsverhältnisses bezweckte. Es ist damit von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger auszugehen.

4. Ordentliche oder ausserordentliche Kündigung

4.1 Im Weiteren ist zu klären, auf wann der Kläger die Kündigung ausgesprochen hat, oder mit anderen Worten, ob eine ordentliche oder ausserordentliche Kündigung vorliegt. Auch dies ist im Rahmen einer Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln. Hat sich die kündigende Partei bloss über die Länge der Kündigungsfrist geirrt oder diese unrichtig berechnet oder ging die Kündigung dem Empfänger wider Erwarten verspätet zu, ist von einer ordentlichen Kündigung auszugehen, welche allerdings die beabsichtigte Wirkung erst auf den nächstzulässigen Termin entfalten kann (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335 N 22; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 7). Demgegenüber liegt ein erhebliches Indiz für eine ausserordentliche Kündigung vor, wenn nur eine relativ kurze Frist eingehalten wird, obwohl die massgebende vertragliche oder gesetzliche Frist erheblich länger ist. Auch das bewusste Festhalten an einer vertragswidrigen Kündigung kann auf eine ausserordentliche Kündigung hindeuten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 N 7).

4.2 Gemäss Mandatsvereinbarung war das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nur auf das Ende eines Studiensemesters kündbar. Eine Kündigung auf Ende des Herbstsemesters hatte bis spätestens am 20. Dezember zu erfolgen. Eine Kündigung auf das Ende des Frühlingse-

mesters hatte bis spätestens am 30. April zu erfolgen. Gestützt darauf hätte eine anfangs Mai 2009 erfolgte Kündigung erst auf Ende des Herbstsemesters Wirkungen entfalten können. Wann das Herbstsemester endet, geht aus den Akten nicht zweifelsfrei hervor. Es liegen diesbezüglich keine Belege im Recht. Der Beklagte hat im Rahmen der Klageantwort und Widerklagebegründung ausführen lassen, dass die Kündigung erst per 28. Februar 2010 gültig gewesen wäre. Mangels Widerspruch des Klägers ist von diesem Datum als Ende des Herbstsemesters auszugehen. Der Kläger hat dem Beklagten im Mai 2009 kundgetan, dass er bis auf weiteres nicht mehr als Dozent eingesetzt und von seiner Tätigkeit freigestellt werde. Er hat damit mehr als ein halbes Jahr der Kündigungsfrist gekürzt. Auch nachdem der Beklagte ihn mit Schreiben vom 14. Mai 2009 darauf hingewiesen hat, dass die vertraglich vereinbarten Kündigungsmodalitäten einzuhalten seien und dies bedeute, dass sämtlich Leistungen bis zu Beginn des Frühjahrssemester 2010 zu übernehmen seien, kam der Kläger nicht auf seine Kündigung zurück. Er hielt entsprechend bewusst an seiner vertragswidrigen Kündigung fest. Lohn hat der Beklagte ab Juni 2009 mit Ausnahme von zweimal Fr. 42.– nicht mehr erhalten. Aus diesen Umständen kann geschlossen werden, dass der Kläger eine ausserordentliche Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten anstrebte. Die Tatsache, dass der Beklagte (nach seiner eigenen Darstellung) in der Folge noch einzelne Arbeitseinsätze für den Kläger geleistet hat, ändert am Charakter der Kündigung als ausserordentliche Auflösung nichts, da eine ausserordentliche Kündigung nicht notwendigerweise fristlos erfolgen muss (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 7).

5. Gerechtfertigte oder ungerechtfertigte ausserordentliche Kündigung

5.1 Ein Arbeitsverhältnis kann aus wichtigem Grund jederzeit aufgelöst werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Art. 337 Abs. 2 OR). Zu beachten ist immer, dass die ausserordentliche Auflösung ein Notventil (gemäss Bundesgericht der «einzige Ausweg», BGE 116 II 142 E. 5c) und als solches stets zurückhaltend zu handhaben ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 3). Der Kläger hat in seinem Schreiben vom 12. Mai 2009 verschiedene Gründe für die Kündigung angegeben, welche in der Folge auf ihre Eignung als Rechtfertigungsgrund für eine ausserordentliche Auflösung des Vertragsverhältnisses zu überprüfen sind.

5.2 In erster Linie beruft sich der Kläger auf die angedrohte Arbeitsverweigerung des Beklagten. Dieser habe mit E-Mail vom 6. Mai 2009 mitgeteilt, dass er sich veranlasst sehe, die Zusammenarbeit mit dem Kläger auf Eis zu legen und er seine Arbeit erst wieder aufnehmen werde, sobald der Kläger ordnungsgemäss funktioniere. Diese angedrohte Arbeitsniederlegung habe er daraufhin gegenüber Verantwortlichen des Klägers mehrmals mündlich bestätigt und umgesetzt. Der Kläger habe für die geplanten und vom Ausfall bedrohten Vorlesungen im Frühjahrssemester einen Ersatzdozenten

einstellen müssen. Die beharrliche Arbeitsverweigerung kann eine ausserordentliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer fristlos entlassen, welcher der Arbeit zu Unrecht fernbleibt und trotz einer klaren Verwarnung mit der Androhung einer fristlosen Kündigung seine Arbeit nicht wieder aufnimmt (BSK OR I-PORTMANN, Art. 337 N 18 mit Verweis auf BGE 111 II 250). Die Arbeitsverweigerung oder unbegründete Abwesenheit des Beklagten kann im vorliegenden Fall maximal vier Arbeitstage umfasst haben. Inwiefern der Beklagte die angedrohte Arbeitsverweigerung in dieser Zeit effektiv umgesetzt hat, wurde nicht ausgeführt. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob in dieser Zeit eine Präsenzveranstaltung oder eine Fachbereichssitzung stattgefunden hat. Unabhängig davon ist bereits fraglich, ob aufgrund der Mitteilung des Beklagten, er werde die Zusammenarbeit auf Eis legen, bis alle offenen Punkte geklärt seien, wirklich von einer Arbeitsverweigerung ausgegangen werden kann. Immerhin hat der Beklagte in derselben E-Mail auf ein persönliches Gespräch gedrängt, um die offenen Punkte zu klären. Letztendlich kann aber offen bleiben, ob der Beklagte die Arbeit in den genannten vier Tagen verweigert hat oder nicht. Der Kläger hat nämlich nicht dargelegt, dass sie den Beklagten aufgefordert hätte, die Arbeit aufzunehmen und ihm im Weigerungsfall eine fristlose Kündigung in Aussicht gestellt hat. Er hat lediglich ausgeführt, der Beklagte habe auf Rückfrage an seiner Arbeitsniederlegung festgehalten. Von einer Verwarnung und einer Androhung der Kündigung im Weigerungsfall berichtet er nichts. Eine blosser Rückfrage, ob der Arbeitnehmer an der Arbeitsniederlegung festhalte, genügt den Anforderungen an eine klare Verwarnung nicht. Eine fristlose Entlassung erscheint gestützt auf die behauptete Arbeitsverweigerung daher nicht gerechtfertigt.

(...)

5.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Kläger keinen wichtigen Grund darlegen konnte, der ihn zur ausserordentlichen Auflösung des Vertragsverhältnisses mit dem Beklagten berechtigt hätte. Dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht unzumutbar gewesen ist, zeigt sich im Übrigen auch daran, dass der Beklagte nach der sofortigen Freistellung vom 12. Mai 2009 noch einzelne Arbeitseinsätze für den Kläger absolviert hat. Dies geht aus der E-Mail-Korrespondenz zwischen D. (Studiengangsleiter Wirtschaftsingenieurswesen des Klägers) und dem Beklagten vom 22. Juni 2009 eindeutig hervor. Der Kläger stellte zwar die Einreichung von Belegen in Aussicht, wonach am 10. Juni 2009 kein Präsenzunterricht durchgeführt worden sei. Dies hat er aber nicht getan.

6. Folgen der ungerechtfertigten ausserordentlichen Entlassung

6.1 Entlässt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fristlos ohne wichtigen Grund, hat Letzterer Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist oder durch Ablauf der bestimmten Vertragslaufdauer beendet worden wäre (Art. 337 Abs. 1 OR). Überdies kann der Richter den Arbeitgeber verpflichten, dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zu bezahlen, die er nach freiem Ermessen

unter Würdigung aller Umstände festlegt (Art. 337c Abs. 3 OR). Der Beklagte macht im vorliegenden Prozess nur die Entschädigung nach Abs. 3 geltend.

6.2 Die Entschädigung nach Art. 337 Abs. 3 OR hat sowohl Strafcharakter als auch Genugtuungsfunktion und soll die durch die ungerechtfertigte fristlose Kündigung erlittene Persönlichkeitsverletzung des Arbeitnehmers abgelden. Die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR wird vom Sachgericht nach pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalles festgesetzt (vgl. BGer 4A_511/2010 vom 22. Dezember 2010, E. 6.1 m.w.H.). Der Richter hat bei der Bemessung der Entschädigung sämtliche im konkreten Einzelfall rechtlich erheblichen Umstände zu berücksichtigen. Unter anderem können folgende Kriterien in die Bemessung einfließen: Schwere der Persönlichkeitsverletzung, Lebenssituation des Arbeitnehmers, Dauer der Anstellung, Schwere des Mitverschuldens des Arbeitnehmers, besondere Umstände der Kündigung. Keines dieser Kriterien ist aber alleine entscheidend (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c N 8). Die Entschädigung ist nach Monatslöhnen zu berechnen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337c N 6).

6.3 Der Beklagte fordert eine Entschädigung von Fr. 14 000.– und führt hierzu aus, die Pönale sei aufgrund des durchschnittlichen Monatslohnes in den vorangegangenen Monaten zu berechnen. Er habe in den Jahren 2008 und 2009 durchschnittlich Fr. 5000.– pro Monat verdient, weshalb eine Entschädigung von Fr. 14 000.– angemessen sei. Der Beklagte macht damit nicht ganz drei Monatslöhne geltend.

6.4 Dem Beklagten wurde nach rund sechsjähriger Anstellung gekündigt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass eine dreijährige Vertragsbeziehung weder als besonders lange und eng, noch besonders kurz zu werten sei. Es rechtfertige sich gestützt darauf weder eine Erhöhung noch eine Minderung der Entschädigung (BGer 4C.271/2000 vom 15. Februar 2001, in: Pra 2001 Nr. 137). Im Lichte dieser Rechtsprechung ist eine sechsjährige Anstellung bei der Bemessung der Entschädigung leicht erhöhend zu berücksichtigen. Die Chancen des Beklagten auf dem Arbeitsmarkt waren nach der Entlassung weder aufgrund seines Alters – er war zum Zeitpunkt der Kündigung 45 Jahre alt –, noch infolge körperlicher oder geistiger Beeinträchtigungen vermindert. Obwohl eine plötzliche Entlassung immer einschneidend ist, ist eine solche unter den genannten Umständen besser zu verkraften, wie wenn aufgrund des erhöhten Alters oder eines Gebrechens oder einer Schwangerschaft Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der beruflichen Wiedereingliederung bestehen. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass der Beklagte mit seiner angedrohten Arbeitsverweigerung – auch wenn diese den Kläger nicht zur fristlosen Entlassung berechtigte – eine gewisse Mitschuld an der Eskalation der Situation trug. Angesichts dieser Umstände und im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts erscheint die vom Beklagten geforderte Entschädigung von nicht ganz drei Monatslöhnen als zu hoch. Bei einer schwangeren Frau, die wegen rechtlich nicht zu bean-

standender Abwesenheit fristlos entlassen wurde und als alleinstehende Schwangere schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt hatte, wurde beispielsweise eine Entschädigung von 3 Monatslöhnen zugesprochen (BGer vom 15. Februar 2001, 4C.271/2000, in: Pra 2001 Nr. 137). So auch bei einem krebserkrankten Mitarbeiter eines Ingenieurbüros, welcher nach 27 Dienstjahren wegen ungenügender Arbeitsleistung fristlos entlassen wurde, nachdem der Betrieb übernommen worden war (BGer 4C.329/1998 vom 23. Dezember 1998, in: Pra 1999 Nr. 73). Der vorliegende Fall erreicht nicht dieselbe Schwere. In Würdigung der Gesamtumstände rechtfertigt sich die Zusprechung einer Entschädigung von einem Bruttomonatslohn. Da der Kläger der Darstellung des Beklagten, er habe in den Jahren 2008 und 2009 durchschnittlich Fr. 5000.– pro Monat verdient, nicht widersprochen hat, ist von dieser Zahl als Bruttolohn auszugehen. Verzugszins fordert der Beklagte nicht, weshalb kein solcher zuzusprechen ist.

6.5 Zusammenfassend ist dem Beklagten eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter ausserordentlicher Entlassung von Fr. 5000.– zuzusprechen. Auf Zahlungen i.S.v. Art. 337c Abs. 3 OR sind keine Sozialabgaben zu leisten (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337c OR N 15 mit weiteren Hinweisen).

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 13. November 2015 (Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 13. März 2015)

Schadenersatz- und Genugtuungsforderungen wegen psychischer Erkrankung eines ehemaligen Sicherheitsmitarbeiters eines Zentrums für besonders renitente Asylbewerber, Fürsorgepflichtverletzung, Art. 328 OR.

Bringen gewisse Tätigkeiten naturgemäss eine erhöhte gesundheitliche oder psychische Belastung mit sich, kann der Arbeitgeber die Erfüllung der Arbeitspflicht trotz tätigkeitsimmanenter Belastungen verlangen, ohne dass er damit eine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers verletzt. Der Arbeitnehmer hat diese Belastungen auszuhalten. Auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zur Vermeidung von Stressschäden ist auf Fälle klarer, objektivierbarer, nicht tätigkeitsimmanenter Überforderung begrenzt; eine tätigkeitsimmanente erhöhte Stressbelastung muss der Arbeitnehmer hinnehmen. Der Kausalzusammenhang zwischen einem oft unspezifischen Beschwerdebild und der geltend gemachten Stressbelastung ist sorgfältig zu prüfen (E. 5/C/1).

Vorliegend erlitt der Arbeitnehmer einzig bei einem Vorfall eine leichte körperliche Beeinträchtigung (Prellung, Kopfschmerzen), als ein Heimbewohner ihm mit der Faust gegen die Wange schlug, weshalb hier von einem Unfallgeschehen auszugehen ist. Dieser Vorgang ent-

spricht von seinem Ablauf her objektiv jedoch einem blossen Bagatellunfall, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung ganz grundsätzlich nicht geeignet ist, eine anhaltende psychische Traumatisierung zu verursachen. Daher fehlt ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schadensereignis und den geltend gemachten Spätfolgen einer Traumatisierung (E. 5/C/4/2).

Sachverhalt:

Die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) betreibt im Auftrag der öffentlichen Hand verschiedene Unterkünfte- und Betreuungseinrichtungen für Asylbewerber. Dazu zählte bis 2010 auch der Betrieb des ...zentrums D. (nachfolgend D.) im Auftrag des Kantons Zürich für besonders schwierige bzw. renitente Asylbewerber, die in normalen Betreuungseinrichtungen nicht tragbar waren. Am 30. Oktober 2000 schlossen die Parteien einen ersten Arbeitsvertrag miteinander ab. Danach verpflichtete sich der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Kläger), vornehmlich im D. auf Abruf und im Stundenlohn Einsätze als Sicherheitsmitarbeiter zu leisten, wobei diese Einsätze vor allem in der Nacht und an Wochenenden erfolgten. Der Kläger war bereits zuvor während mehreren Jahren bei einer anderen Arbeitgeberin für die Betreuung von Asylbewerbern angestellt gewesen. Am 19./25. Februar 2003 schlossen die Parteien einen neuen Arbeitsvertrag ab, wonach der Kläger nunmehr fest und im Monatslohn als Sicherheitsmitarbeiter für den Einsatz in Notunterkünften und Durchgangszentren angestellt wurde. An der Art der Arbeit und am Einsatzort vornehmlich im D. änderte sich nichts. Am 7./14. November 2005 erfolgte eine weitere Änderung des Arbeitsvertrages: Die Festanstellung wurde auf ein 80%-Pensum reduziert, dafür wurde ein zusätzlicher Arbeitsvertrag für weitere Einsätze auf Abruf abgeschlossen. Die Arbeit blieb dieselbe. Zusage Rückgangs der Belegung des D. kündigte die Beklagte zunächst den Vertrag auf Abruf fristgerecht auf den 31. Dezember 2009. Das D. musste im Jahre 2010 sodann ganz geschlossen werden und die Beklagte kündigte daher auch den Festanstellungsvertrag mit dem Kläger fristgerecht auf den 31. Oktober 2010. Am 9./12. September 2010 schlossen die Parteien einen neuen Anstellungsvertrag per 1. November 2010 für Nacht- und Wochenendbetreuung mit einem Pensum von 30% ab, wobei der Kläger in der Asylunterkunft ... eingesetzt werden sollte. Während der Kündigungsfrist für den Festanstellungsvertrag vom 7./14. November 2005 erkrankte der Kläger und der Arbeitsvertrag endete zufolge Erstreckung der Kündigungsfrist erst Ende April 2011. Der Vertrag vom 9./12. September 2010 kam wegen der Erkrankung des Klägers praktisch nicht zum Tragen und wurde von der Beklagten fristgerecht auf Ende August 2011 gekündigt. Der Kläger suchte im Oktober 2009 erstmals den Psychiater Dr. E. auf; ein Arztzeugnis darüber besteht nicht. Nach der Kündigung des Arbeitsvertrages begab er sich im September 2010 erneut zu Dr. E., wurde von diesem krankgeschrieben, im Dezember

2010 im Sanatorium Kilchberg zwei Wochen stationär und anschliessend bis April 2011 teilstationär behandelt. Seither ist der Kläger aus psychischen Gründen arbeitsunfähig. Die behandelnden Ärzte sowie das im Auftrag der IV erstellte Gutachten attestieren ihm eine mittelgradige depressive Episode und – teilweise – eine posttraumatische Belastungsstörung, einhergehend mit einer Agoraphobie mit Panikattacken. Das IV-Gutachten führte zur Zuspreechung einer vollen IV-Rente.

Der Kläger fordert klageweise Schadenersatz für ungedeckte medizinische Behandlungskosten sowie den Lohnausfall zufolge seiner Erkrankung als Differenz zwischen einem hypothetischen Lohn und dem Krankentaggeld im Gesamtbetrag von Fr. 26 310.40 sowie Genugtuung im Betrag von Fr. 20 000.–. Er führt seine psychische Erkrankung auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten als Arbeitgeberin zurück, welche zu unhaltbaren Arbeitsbedingungen bzw. -belastungen im D. geführt habe und welche Ursache seiner psychischen Erkrankung sei. So habe er sich ständig in einer potentiell bedrohlichen Situation befunden, da er von den Heimbewohnern immer wieder beschimpft, bedroht und tätlich angegangen worden sei, insbesondere nachts, wenn diese alkoholisiert ins Heim zurückgekehrt seien und er ihnen weisungsgemäss den mitgebrachten Alkohol habe wegnehmen müssen. Das Arbeitsgericht Zürich verpflichtete mit Urteil vom 13. März 2015 die Beklagte zur Zahlung von Fr. 4302.05 sowie einer Genugtuungsleistung von Fr. 7000.–. Im Mehrbetrag wies es die Klage ab. Die Beklagte erhob gegen das Urteil Berufung.

Aus den Erwägungen:

B. Tatsächliche Grundlagen

(...)

4.

Die Vorinstanz hat eine Verletzung der Fürsorgepflicht der Beklagten und einen Kausalzusammenhang mit der psychischen Erkrankung des Klägers bejaht, seine Schadenersatzforderung aber nur teilweise gutgeheissen.

Die Vorinstanz erkannte, die Fürsorgepflicht hätte unter den gegebenen Umständen und Belastungen die Einstellung eines zweiten Mitarbeiters während der Nacht erfordert, was die Beklagte indessen unterlassen habe. Ebenso habe die Beklagte die gesetzliche Pflicht zur regelmässigen medizinischen Untersuchung bei Nachtdienstleistenden unter belastenden Umständen verletzt. Durch diese Massnahmen hätte eine übermässige Belastung des Klägers, welche eine tätigkeitssimmanente Belastung überschritten habe, verhindert werden können, was der Beklagten bewusst gewesen sei und ihr als schuldhaftes Verhalten anzulasten sei. Hingegen liess es die Vorinstanz offen, ob der Vorwurf der unterlassenen Aus- und Weiterbildung zutrifft; solche Massnahmen hätten die Unterstützung durch einen zweiten Mitarbeiter und die medizinische Betreuung nämlich nicht ersetzen können. Schliesslich bejahte die Vorinstanz auch den Kausalzusammenhang zwischen der

schuldhaften Verletzung der Fürsorgepflicht und dem Gesundheitsschaden. Der Zusammenhang ergebe sich aus den eingereichten Arztzeugnissen, insbesondere dem IV-Gutachten, welche die Ursache der Erkrankung in den Arbeitsumständen sähen. Auch wenn diese Zeugnisse einseitig auf den subjektiven Angaben des Klägers beruhten, so seien Fachpersonen doch in der Lage, diese im Gesamtzusammenhang korrekt zu werten und einzuordnen.

5.

Im Berufungsverfahren halten die Parteien im wesentlichen an ihren Standpunkten fest.

C. Haftungsgrundlagen

1. Rechtliche Grundlagen

Die in Art. 328 OR geregelte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers auferlegt diesem, dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zu gewähren, seine Persönlichkeit und Gesundheit zu schützen oder ihn auch vor Übergriffen Dritter zu schützen. Art und Umfang der Fürsorge- und Schutzpflicht ergeben sich teilweise aus öffentlich-rechtlichen Bestimmungen wie dem Arbeitsgesetz, die über Art. 328 OR ins Privatrecht einfließen. Auch Abs. 2 der genannten Bestimmung präzisiert, beschränkt aber auch die allgemeine Schutzbestimmung: Der Arbeitgeber hat (nur) diejenigen Schutzmassnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit ihm diese mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden können. Die Rücksichtnahme auf die Verhältnisse des Betriebes bezieht sich sowohl auf die technischen wie auch auf die wirtschaftlichen Möglichkeiten. Dabei ist stets eine Interessenabwägung notwendig zwischen dem Schutzbedarf bzw. dem Gefährdungspotential einerseits und den berechtigten Gegeninteressen des Arbeitgebers bzw. dem Sicherheitsaufwand andererseits. Bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers tritt die wirtschaftliche Zumutbarkeit von Präventionsmassnahmen in den Hintergrund. Bringen umgekehrt gewisse Tätigkeiten naturgemäss eine erhöhte gesundheitliche oder psychische Belastung mit sich, kann der Arbeitgeber die Erfüllung der Arbeitspflicht trotz tätigkeitsimmanenter Belastungen verlangen, ohne dass er damit eine Pflicht zum Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers verletzt. Der Arbeitnehmer hat diese Belastungen auszuhalten. Die Frage einer Persönlichkeitsverletzung durch den Arbeitgeber stellt sich hier erst dann, wenn der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte weiter geht, als durch den Zweck des Arbeitsvertrages unbedingt geboten ist. Auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zur Vermeidung von Stressschäden ist auf Fälle klarer, objektivierbarer, nicht tätigkeitsimmanenter Überforderung begrenzt; eine tätigkeitsimmanente erhöhte Stressbelastung muss der Arbeitnehmer hinnehmen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., Art. 328 N 2ff, N 7, 15f; REHBINDER/STÖCKLI, BK OR Art. 328 N 5; J. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3.A. S. 219 Rz 1, S. 230 Rz 7; BSK OR I-W. PORTMANN/ R. RUDOLPH, Art. 328 N 21e). Für tätig-

keitsimmanente Belastungen bzw. Stressschäden als solche haftet der Arbeitgeber nicht, es treffen ihn nur Schutzpflichten bei deswegen eingetretenen Gesundheitsstörungen. Bei einer Haftung des Arbeitgebers für Belastungs- und Stressschäden ist in jedem Fall aber dem Verschulden besondere Beachtung zu schenken. Die erhöhte Belastung muss für ihn erkennbar sein (z.B. Absenzen, deutlich wahrnehmbare Stresssymptome); es trifft umgekehrt aber auch den Arbeitnehmer eine entsprechende Informationsobliegenheit. Fehlt es daran, fehlt es an einem haftungsbegründenden Verschulden (W. PORTMANN, Stresshaftung im Arbeitsverhältnis, ARV 2008 S. 7ff). Ebenso ist der Kausalzusammenhang zwischen einem oft unspezifischen Beschwerdebild und der geltend gemachten Stressbelastung sorgfältig zu prüfen (BSK OR I-W. PORTMANN/R. RUDOLPH, Art. 328 N 21e). Verletzt der Arbeitgeber schuldhaft seine Fürsorgepflicht und erleidet der Arbeitnehmer dadurch einen Gesundheitsschaden, so hat der Arbeitgeber für diesen Schaden nach den allgemeinen Haftungsgrundsätzen einzustehen; der Schadenersatz ist nicht auf die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Lohnansprüche bzw. Versicherungsleistungen beschränkt.

2. Vorliegen eines Schadens

Vorliegend ist unbestritten geblieben, dass der Kläger unmittelbar nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses psychisch ernsthaft erkrankte und nach Einschätzung der IV bis auf weiteres erwerbsunfähig ist. Er bezieht IV-Renten von insgesamt Fr. 3719.– pro Monat; der letzte Arbeitslohn betrug demgegenüber Fr. 5302.– netto. Es muss daher mindestens von einem Erwerbsausfallsschaden und von ungedeckten Aufwendungen für die medizinische Behandlung (Selbstbehalte) ausgegangen werden. Wie bereits vorstehend erwähnt, hat die Beklagte – entgegen ihrem Prozessstandpunkt – als Arbeitgeberin grundsätzlich auch für einen Schaden aufzukommen, der über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus andauert, wenn die weiteren Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind.

3. Vorliegen einer Fürsorgepflichtverletzung

3.1. Vorbemerkungen

Der Kläger verweist zur Begründung seiner Klage einerseits auf die psychisch allgemein belastende Arbeitssituation, resultierend aus einem häufigen unangemessenen Verhalten der Heimbewohner. Andererseits verweist er auf vier konkrete, gravierendere Vorfälle, bei denen er in schwerwiegender Weise bedroht worden war. Soweit er geltend macht, es hätten sich noch weitere ähnlich schwerwiegende Vorfälle ereignet, die anhand von Polizeirapporten sowie interner Rapporte der Beklagten zu eruieren seien, so sind seine Vorbringen nicht ausreichend substantiiert. Es ist nicht Aufgabe des Gerichtes, nach weiteren zweckdienlichen Sachverhalten zu forschen, mit denen ein – anwaltlich vertretener – Kläger seine Klage möglicherweise auch noch begründen könnte. Kommt dazu, dass der Kläger sich darauf beruft, dass die gravierenden Vorfälle bei ihm eine anhaltende schwere psychische Belastung verursacht haben. Unter diesen Umständen kann aber mit Fug davon ausgegangen werden, dass er sich diesfalls auch an solche weite-

ren gravierenden Vorfälle zumindest in ihren groben Abläufen erinnern könnte. Es ist auch nicht klar, wie weit der Kläger durch sein Ausforschungsbegehren auch Vorfälle feststellen lassen möchte, in die nicht er, sondern – in seiner Abwesenheit – Arbeitskollegen involviert waren. Jedenfalls kann er aus einem von F. brieflich festgehaltenen, diesem widerfahrenen weiteren Vorfall vom 14. Januar 2003 nichts für sich und eine eigene posttraumatische Belastung ableiten, ebensowenig aus der Beschreibung der Symptomatik einzelner Heimbewohner im Juli 2002 durch die Zentrumsleiterin G., zumal er damals noch gar nicht als ständiger Nachtmitarbeiter angestellt, sondern nur auf Abruf für Einzeleinsätze für die Beklagte tätig war. Sodann hat der Kläger auch anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung vor Vorinstanz keine zusätzlichen Vorkommnisse für schwerere tätliche Angriffe und Bedrohungen seiner Person anführen können. Die angeführte Beobachtung einer Anrennpelung und sexuellen Belästigung der Zentrumsleiterin oder seine Selbstvorwürfe betreffend eine konstant falsche Medikamentendosierung für einen Heimbewohner mit tödlichem Ausgang – an der während des fraglichen Monats mehrere Betreuer beteiligt waren – können mitnichten als schwere eigene Bedrohung oder als eigenes Schreckereignis gelten. Wäre es im D. sodann tatsächlich zu mehrfachen Tötungsdelikten und häufig zu schweren Messerstechereien gekommen, wie dies der Kläger gegenüber dem IV-Gutachter ausführte, so hätte der Kläger es kaum unterlassen, dies auch im vorliegenden Verfahren anzuführen bzw. wären solche Vorfälle justiznotorisch. In diesem Sinne sind weitere Einzelfälle von schweren Bedrohungen und tätlichen Angriffen auf den Kläger nicht ausreichend substantiiert und nachfolgend nicht mehr weiter in Erwägung zu ziehen. Auf die ungenügende Substantiierung hat die Beklagte bereits in ihrer Klageantwort hingewiesen. Eine nochmalige gerichtliche Substantiierungsaufforderung kann damit unterbleiben, erst recht angesichts der durchgeführten Befragung des Klägers vor Vorinstanz zu möglichen weiteren Vorfällen (BGer. 4A_57/2014 [08.05.2014] mit weiteren Hinweisen).

(...)

3.3.2.

(...)

b) Eine posttraumatische Belastungsstörung ist eine Folgereaktion eines oder mehrerer traumatischer Ereignisse wie z.B. das Erleben von körperlicher und sexualisierter Gewalt, gewalttätiger Angriffe auf die eigene Person oder das Erleben solcher Ereignisse an fremden Personen. Die Diagnose nach dem internationalen Klassifikationssystem ICD-10 setzt dabei voraus, dass der Betroffene während kurzer oder längerer Zeit einer aussergewöhnlichen Bedrohung oder einer Bedrohung mit katastrophalem Ausmass ausgesetzt war. Die Belastungsstörung tritt in der Regel innerhalb von einem halben Jahr nach dem traumatischen Ereignis auf und geht mit unterschiedlichen psychischen und psychosomatischen Symptomen einher (vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Posttraumatische_Belastungsstörung; besucht am 9.11.2015). Sind posttraumatische Belastungsstörungen aber stets Folge

von besonderen Ereignissen, ist nachfolgend vorab der Eintritt solcher Ereignisse zu prüfen.

Die psychischen Beschwerden, die zur Arbeitsunfähigkeit des Klägers führten, traten erst nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses im September 2010 auf. Von den zeitlichen Verhältnissen her kommen als Auslöser einer posttraumatischen Belastungsstörung in diesem Zeitpunkt daher höchstens die Ereignisse vom 30. Juni 2009 und vom 5. Oktober 2009 in Frage, als der Kläger von einem Heimbewohner ins Gesicht geschlagen und verbal mit dem Tod bedroht worden war bzw. als ein Heimbewohner vor der geschlossenen Loge randaliert und Mobiliar dagegen geworfen hatte. Dass die Vorfälle vom 28. August 2001, als der Kläger von einem Heimbewohner mit einem Messer verfolgt und verbal mit dem Tod bedroht worden war, und vom 15. November 2008, als das Auto des Klägers in dessen Abwesenheit verbault und zerkratzt und Scheiben eingeschlagen worden waren, erst im Jahre 2010 zu einer massiven psychischen Belastungsreaktion beim Kläger geführt haben, kann ausgeschlossen werden bzw. ein natürlicher Kausalzusammenhang ist nicht ersichtlich. (...)

4. Adäquater Kausalzusammenhang

4.1 Der Beklagte rügt mit seiner Berufung, dass die Vorinstanz zu Unrecht einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der geltend gemachten Belastung und den späten Krankheitsfolgen bejaht hat. Für eine Schadenshaftung muss ein (natürlicher) Kausalzusammenhang zwischen einer Sorgfaltspflichtverletzung als Schadensursache und dem nachmaligen Schaden zusätzlich auch noch unter dem Aspekt der Adäquanz beurteilt werden. D.h. dass jede in Frage kommende Schadensursache dahin zu bewerten ist, ob sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich überhaupt geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen Schadens zu bewirken, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint. Es ist daher zu prüfen, ob die heute bestehende psychische Erkrankung des Klägers nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung überhaupt als Folge der erlebten Gewaltereignisse oder der generellen Belastungssituation gelten kann, selbst wenn man eine schuldhafte Fürsorgepflichtverletzung der Beklagten als Ursache der schädigenden Ereignisse bzw. Umstände bejahen würde. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Haftpflichtprozess wesentlich von der Beurteilung der gesundheitlichen Situation des Klägers durch die Invalidenversicherung. Letztere hat sich vornehmlich mit der objektiven Feststellung der gesundheitlichen und arbeitsmässigen Einschränkung und der Prognose der zukünftigen Entwicklung zu befassen, nicht aber mit der genauen Ursache. Die Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs ist eine Rechtsfrage und abhängig von den tatsächlichen Behauptungen zur Schadensverursachung zu prüfen.

4.2 Das Bundesgericht hat sich in seiner Rechtsprechung einlässlich mit der Adäquanz psychischer Fehlentwicklungen und psychisch bedingter Arbeitsunfähigkeit nach Unfällen befasst. Dies aufgrund der Erkenntnis, dass

neben den Unfallursachen auch weitere, in der Persönlichkeit des Verletzten liegende Ursachen mit dem Unfall als Auslöser psychischer Langzeitfolgen konkurrieren können. Solche unfallfremden Ursachen müssen dabei nicht im Einzelnen identifiziert oder nachgewiesen sein. Das Bundesgericht unterscheidet anhand des augenfälligen Geschehensablaufs drei unterschiedliche Schweregrade von Unfällen. Ein adäquater Zusammenhang zwischen Unfall und psychischer Fehlentwicklung kommt nur bei einem objektiv schweren Unfallereignis in Frage oder bei einem mittelschweren Unfallereignis, das sich durch zusätzliche, objektiv erfassbare Kriterien charakterisiert, wie z.B. besonders dramatische Begleitumstände oder besondere Eindrücklichkeit des Unfalls, schwere körperliche Verletzungen oder Verletzungen besonderer Art, körperliche Dauerschmerzen, eine lange Dauer der Behandlung der Verletzungen oder des Heilungsverlaufs etc. Bei banalen bzw. leichten Unfällen, wie z.B. einem geringfügigen Anschlagen des Kopfes, Übertreten des Fusses, einem gewöhnlichen Sturz oder Ausrutschen, ist der adäquate Kausalzusammenhang zwischen Unfall und nachfolgenden psychischen Langzeitstörungen hingegen ohne weiteres und ohne nähere Abklärungen zu verneinen. Hier mangle es, so das Bundesgericht, dem Unfallereignis offenkundig an der erforderlichen Schwere, welche allgemein geeignet wäre, zu einer psychischen Fehlentwicklung z.B. in Form einer depressiven Reaktion zu führen (BGE 115 V 133 Erw. 6a und b, m.w.H.). Der Kläger erlitt einzig beim Vorfall vom 30. Juni 2009 eine leichte körperliche Beeinträchtigung (Prellung, Kopfschmerzen), als ein Heimbewohner ihm mit der Faust gegen die Wange schlug, weshalb hier von einem Unfallgeschehen auszugehen ist. Dieser Vorgang entspricht von seinem Ablauf her objektiv jedoch einem blossen Bagatellunfall im Sinne der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, welcher nach der allgemeinen Lebenserfahrung ganz grundsätzlich nicht geeignet ist, eine anhaltende psychische Traumatisierung zu verursachen. Es kann damit dahin gestellt bleiben, ob dieser Vorfall als behauptete Schadensursache durch eine Doppelbesetzung der Nachtschicht hätte verhindert oder eine Traumatisierung hätte gemildert werden können.

(...)

4.5 Die vorgenannten vier Vorfälle verteilen sich auf acht Jahre. Es gab keine Konzentration von namhaften Gewaltvorfällen innerhalb einer kürzeren Zeitspanne, welche sich auf das Ausmass der Traumatisierung hätte auswirken können. Weitere Vorkommnisse zur Substantiierung einer die tätigkeitsimmanente Belastung klar übersteigenden psychischen Belastung bringt der Kläger nicht vor. Hätten sich weitere, namhaftere Gewaltvorfälle ereignet, müsste sich der Kläger daran erinnern. Die tätigkeitsimmanenten Belastungen (freches Benehmen, Drohgebärden, Beleidigungen durch die Heimbewohner etc.) fallen in jedem Fall in die Kategorie der bundesgerichtlichen Bagatellvorfälle, die normalerweise ohne gravierende Spätfolgen verarbeitet werden, und zwar unabhängig davon, ob sie von einer Person allein erlebt werden. Insofern ist auch hier die nicht existierende Doppelbesetzung

der Nachtschicht ohne Bedeutung und ein adäquater Kausalzusammenhang zur heutigen psychischen Symptomatik beim Kläger fehlt in jedem Fall.

5. Schlussfolgerungen

Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren Ersatz ungedeckter Krankheitskosten, des Lohnausfalles, der verkehrsmedizinischen Begutachtung sowie eine Genugtuung, alles jeweils für die Zeit ab dem Jahr 2010. Damit fordert er ausschliesslich Ersatz für geltend gemachte Spätfolgen einer Traumatisierung, zwischen denen nach den vorstehenden Erwägungen ein natürlicher oder ein adäquater Kausalzusammenhang fehlt. Fehlen die Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten, ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 15. Dezember 2015 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 15. Dezember 2014)

Bonus. Ab einem Entschädigungstotal, bestehend aus Fixlohn und variablen Entschädigungen, im fünffachen Betrag des statistisch ausgewiesenen Medianbruttolohnes für den Privatsektor entfällt die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers hinsichtlich der Volatilität freiwilliger Entschädigungen. Der Medianbruttolohn multipliziert mit dem Faktor 5 ergibt somit eine Entschädigungslimite, wobei der diese Limite übersteigende Bonusbetrag (wieder) als freiwillige Gratifikation gilt und damit einschränkenden Vereinbarungen wie z.B. dem Ausschluss einer pro-rata-Zahlung zugänglich ist (E. 1.1).

Haben die Vertragsparteien den «wichtigen Grund» für die Annulation der Awards eigenständig vertraglich definiert, kann dieser «wichtige Grund» nicht im Sinne der gesetzlichen Normierung des Rechtfertigungsgrunds für eine fristlose Entlassung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR interpretiert und die dazu entwickelte Lehre und Rechtsprechung übernommen werden. I.c. erfüllte das Fehlverhalten des Arbeitnehmers unzweifelhaft die Voraussetzungen einer Kündigung «for Cause» nach den einschlägigen Award-Reglementen. Die Arbeitgeberin hatte daher das Recht, alle «gevesteten» und noch nicht «gevesteten» Awards zu annullieren (E. 2.3, 2.5).

Für Schadenersatzforderungen gegen den Arbeitnehmer gilt die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist. Sie kann aber bereits vorher untergehen, wenn der Arbeitnehmer aus dem Verhalten der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben auf einen vertraglichen Verzicht nach Art. 115 OR schliessen kann. Von einem Forderungsverzicht der Arbeitgeberin ist dann auszugehen, wenn es jene unterlässt, Ansprüche, die ihr dem Grundsatz nach bekannt sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, insbesondere bei vorbehaltloser

Auszahlung des letzten Lohnes. Indem vorliegend die Arbeitgeberin sowohl auf eine Verrechnung als auch auf einen ausdrücklichen Vorbehalt bei der letzten Lohnzahlung verzichtete, war von einem konkludenten Verzicht auf die Geltendmachung dieser Schadenersatzforderung auszugehen (E. 3.1, 3.2).

Sachverhalt:

A., der [verstorbene] Rechtsvorgänger der Hauptberufungsklägerin [Erbin des A.] (nachfolgend vormaliger Kläger), war seit 1. Juli 1999 bei der Beklagten, Widerklägerin und Anschlussberufungsklägerin (nachfolgend Beklagte) tätig, seit 1. Januar 2007 als Subdepartment Head «EAM International». EAM (External Asset Managers) sind natürliche oder juristische Personen im In- und Ausland, die für Dritte als Vermögensverwalter oder Anlageberater tätig sind, indem sie fremde Vermögenswerte anlegen oder übertragen oder hierzu Unterstützung leisten. Die Beklagte stellt den EAM gewisse Dienstleistungen zur Verfügung und verbucht die Kundenvermögen. Der Kunde hat ein auf ihn lautendes Konto/Depot bei der Beklagten und der EAM hat dafür eine beschränkte Vollmacht. Departement Head der für die EAM bei der Beklagten zuständigen Abteilung war in den hier interessierenden Jahren 2007/2008 D. und als solcher direkter Vorgesetzter des vormaligen Klägers. Dem vormaligen Kläger wiederum unterstellt waren u.a. E., Teamleiter im Sektor EAM Lateinamerika, und der Mitarbeiter F. Im zweiten Halbjahr 2007 ergab sich die Akquisitionsmöglichkeit für einen neuen EAM in Santiago de Chile. Es stand eine Übernahme der dortigen Repräsentanz der G. (nachfolgend G.) durch die H. (nachfolgend H.) an. Die massgeblichen Vermögensverwalter der Repräsentanz, I. und J. (nachfolgend I&J), nutzten diese Gelegenheit, um sich – unter möglichst weitgehender «Mitnahme» ihrer Kunden – selbständig zu machen, und gründeten noch während ihrer Anstellung bei der G. am 10. Oktober 2007 die Firma «K.», unter der sie ihre selbständige Tätigkeit künftig betreiben wollten. I&J und die Beklagte einigten sich im Oktober 2007 darüber, dass K. als EAM für die Beklagte tätig werden solle. Die Zusammenarbeit wurde am 24. Oktober 2007 anlässlich eines Besuchs des vormaligen Klägers und von E. bei I&J in den Räumen der G. in Santiago mündlich besiegelt und ebenda den Mitarbeitern der G. kommuniziert, die den Wechsel zu K. offenbar mehrheitlich auch nachvollziehen wollten. Der EAM-Vertrag wurde seitens der Beklagten am 17. Dezember 2007, rückdatiert auf den 12. Dezember 2007, unterzeichnet; K. unterzeichnete den Vertrag ohne Datierung ca. am 6. März 2008. I&J schieden Anfang April 2008 mit sofortiger Wirkung bei der G. bzw. H. aus und K. wurde ab dann operativ tätig. Bereits anlässlich des Besuchs des vormaligen Klägers und von E. vom 24. Oktober 2007 in den Räumen der G. drängten I&J auf eine Schulung der absprungwilligen G.-Mitarbeiter durch die Beklagte, insbesondere auch bezüglich der Kontoeröffnungsformalitäten. Zu diesem Zweck wurde F. nach Chile entsandt, wo er zwischen dem 4. und

12. Dezember 2007 in den Räumen der G. Mitarbeiter schulte. Er nahm in dieser Zeit ebenda auch persönlich die Identifikation von Kunden im Hinblick auf deren Wechsel zum künftigen EAM Partner der Beklagten u.a. auf folgende Weise vor: Die Kunden waren von I&J jeweils zu einem Beratungsgespräch eingeladen worden; dem im Nebenzimmer anwesenden F. wurden während deren Pässe bzw. Passkopien vorgelegt und er identifizierte dann die erschienenen Kunden durch eine Glasscheibe hindurch aufgrund dieser Pässe, ohne direkten persönlichen Kontakt. Im Januar 2008 trafen bei der Beklagten mehr als 100 Kontoeröffnungsformulare bzw. -anträge aus Chile ein. Zwischen dem 25. Februar und 7. März 2008 weilte F. im Auftrag der Beklagten erneut in Chile, wo er weitere Kundenidentifikationen vornahm, allerdings nicht mehr in den Räumen der G., sondern im direkten persönlichen Kontakt mit den Kunden der G. und möglichen künftigen Kunden des EAM-Desk der Beklagten. Am 15. Februar 2008 trafen die ersten Kundengelder aus Chile bei der Beklagten ein. Bis Mitte April 2008 wurden bei der Beklagten von Neukunden aus Chile 120 Konti eröffnet mit einem Vermögensbestand von Fr. 40 Mio., Ende Mai 2008 waren es 174 Konti mit einem Bestand von USD 140 Mio. Am 11. März 2008 erging eine informelle Anfrage der H., welche am 1. März 2008 die G. in Chile übernommen hatte, an die Beklagte bezüglich der Abwerbung ihres ganzen Chile-Teams und des Betretens ihrer Räume zwecks Erlangung und Mitnahme von Geschäftsgeheimnissen und Kundendaten durch die Beklagte. Die Beklagte veranlasste darauf zunächst erfolglos verschiedene interne Nachfragen. Auch der vormalige Kläger und E. verneinten auf eine erste Nachfrage mehrfach einen Kontakt in Chile bzw. antworteten nur sehr verklausuliert und ausweichend. Als die H. aber nachhakte und mit einer Klage drohte, erfolgten ab dem 12. April 2008 weitere interne Nachforschungen bei der Beklagten. Dabei nahm sich der Rechtsdienst der Beklagten der Sache an. In seinem Memorandum vom 16. April 2008 zuhanden des Rechtsdienstes bestritt der vormalige Kläger, bei der Beantwortung der ersten Anfrage der H. gelogen zu haben, bzw. verwies auf Opportunitätsüberlegungen. Er gestand aber die von der H. angeprangerten Aktivitäten des EAM Desk in Chile im Grundsatz zu, ausgenommen den Vorwurf der Kenntnisnahme von Kundendatenlisten bzw. der Behändigung solcher Listen in den Büros der G. in Chile. Sodann bestritt er die Illegalität dieser Aktivitäten.

Am 13. Mai 2008 reichte die G. in Miami Klage gegen die Beklagte wegen der Aktivitäten in Chile ein. Sie erwirkte am 14. Mai 2008 eine superprovisorische Massnahme, mit welcher der Beklagten verboten wurde, Geschäfts- und Kundengeheimnisse der G. auszunutzen, weitere Vermögenstransfers von G.-Kunden aus Chile zu akzeptieren und I&J für solche zu entschädigen. Weiter wurden der Beklagten unwahre und irreführende Äusserungen über die Geschäftstätigkeit der G. in Lateinamerika und Chile sowie die Zerstörung von prozessrelevanten Dokumenten verboten. Die Beklagte bzw. die von ihr eingeschalteten amerikanischen Rechtsanwälte konnten in der Folge mit der G. den Prozess vergleichsweise beenden. Die von

der Beklagten zu bezahlende Vergleichssumme belief sich auf USD 5 Mio., zuzüglich der Kosten ihrer eigenen Anwälte von Fr. 280 850.45. Am 27. Mai 2008 kündigte die Beklagte dem vormaligen Kläger (und E.) fristgerecht auf Ende August 2008 und stellte ihn sofort frei. Dem vormaligen Kläger stand ein fixer Grundlohn von zuletzt Fr. 210 000.– pro Jahr, ein jährlicher Barbonus sowie die Teilnahme am Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Beklagten zu. Das Fixgehalt wurde ihm bis Ende August 2008 ausbezahlt. Hingegen verweigerte ihm die Beklagte einen pro-rata-Barbonus. Weiter annullierte sie alle Awards aus dem Mitarbeiterbeteiligungsprogramm der Vorjahre, soweit diese noch nicht «gevestet» worden waren. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Kündigung aus einem wichtigen Grund gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Mitarbeiterbeteiligungsprogramms erfolgt sei und wonach sie alle noch nicht gevesteten bzw. eingetauschten Awards habe annullieren dürfen.

Am 31. Oktober 2012 machte die Klägerschaft beim Arbeitsgericht Zürich geltend, die Beklagte habe die ausstehenden Awards zu Unrecht annulliert, da die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt gewesen seien. Den ihr zustehenden Wert für 10 087 annullierte Awards bezifferte sie vor Vorinstanz auf Fr. 510 402.–, reduzierte ihn im Berufungsverfahren aber um den Wert von 336 ...-Awards bzw. auf noch Fr. 484 292.60. Weiter fordert die Klägerschaft für 2008 einen pro-rata-Barbonus. Vor Vorinstanz bezifferte sie ihren pro-rata-Anspruch auf Fr. 510 000.–; im Berufungsverfahren fordert sie dafür noch Fr. 300 000.–. Sodann bestreitet die Klägerschaft jeden Schadenersatzanspruch der Beklagten. Die Beklagte ihrerseits macht anschlussberufungsweise gegen die Klägerschaft die ihr in Miami entstandenen Anwaltskosten von Fr. 280 850.45 geltend, welche der vormalige Kläger schuldhaft verursacht habe und welche ihr die Vorinstanz mit Urteil vom 15. Dezember 2014 nur zur Hälfte zuerkannt hat.

Aus den Erwägungen:

1. Barbonus

Der vormalige Kläger erhielt in den Jahren 2005, 2006 und 2007 jeweils einen Barbonus von Fr. 503 232.–, Fr. 764 062.– und Fr. 765 281.–, zusätzlich zum Fixgehalt von Fr. 180 000.– bis Fr. 197 000.– und zusätzlich zu den nachstehend (Erw. 2) erwähnten Awards bzw. Aktienanwartschaften. Er forderte im Berufungsverfahren für das Kündigungsjahr 2008 zusätzlich zu seinem Fixgehalt von Fr. 210 000.– einen Barbonus von Fr. 450 000.– bzw. pro rata per Ende August von Fr. 300 000.–. Die Vorinstanz gestand ihm einen Lohnanspruch von insgesamt Fr. 300 000.– zu, bestehend aus dem Grundlohn von Fr. 210 000.– und einem Barbonus von Fr. 90 000.–, pro rata per Ende August somit noch einen Barbonusanteil von Fr. 60 000.–.

1.1 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes kann eine wiederholt und unter Freiwilligkeitsvorbehalt ausbezahlte Gratifikation ganz oder teilweise zu einem zwingend geschuldeten (variablen) Lohn werden, dessen

Ausrichtung im Grundsatz ermessensfeindlich ist und im Kündigungsfall auch pro rata auszubezahlen ist. Voraussetzung dafür ist, dass die Gratifikation zufolge ihrer Höhe im Verhältnis zum jährlichen Fixlohn ihren grundsätzlich akzessorischen Charakter verloren hat und als eigentliche Vergütung für die geleistete Arbeit erscheint, was in der Regel insbesondere der Fall ist, wenn die Gratifikation während mehrerer Jahre die Höhe des Jahresfixlohnes übersteigt (BGE 129 III 276). Massstab ist dabei stets die absolute Lohnhöhe. Erreicht allerdings bereits der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, verliert nach der später präzisierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung der hinter der Bonusqualifikation als unbedingt geschuldeter Arbeitsvergütung stehende sozialpolitische Schutzgedanke seine Berechtigung und der den Fixlohn allenfalls um ein Mehrfaches übersteigende Bonus bleibt eine freiwillige und ermessensabhängige, mithin akzessorische Leistung (BGE 139 III 155). Ab welcher Einkommenshöhe dies der Fall sein soll, wurde in der Folge von Lehre und Praxis kontrovers diskutiert und es wurden unterschiedliche Vorschläge betreffend die Bemessungsmethode bzw. die absolute Einkommenshöhe gemacht. Mit Urteil vom 11. August 2015 (BGer. 4A_653/2014) setzte sich das Bundesgericht mit diesen Vorschlägen auseinander und bestimmte im Sinne einer weiteren Präzisierung seiner Rechtsprechung, dass ab einem Entschädigungstotal, bestehend aus Fixlohn und variablen Entschädigungen, im fünffachen Betrag des statistisch ausgewiesenen Medianbruttolohnes für den Privatsektor die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers hinsichtlich der Volatilität freiwilliger Entschädigungen entfalle. Für das Jahr 2008, welches auch vorliegend massgeblich ist, verwies das Bundesgericht auf die Lohnstatistik des Bundesamtes für Statistik (www.bfs.admin.ch) und den dortigen Medianlohn von Fr. 5781.–. Multipliziert mit dem Faktor 5 ergibt sich daraus eine Entschädigungslimite von Fr. 346 860.– pro Jahr, was bedeutet, dass der diese Limite übersteigende Bonusbetrag (wieder) als freiwillige Gratifikation gilt und damit einschränkenden Vereinbarungen wie z.B. dem Ausschluss einer pro-rata-Zahlung zugänglich ist (4A_653/2014 Erw. 5.3.1.). Es besteht kein Anlass, vorliegend von dieser neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, zumal das Bundesgericht diese selber als blossе Präzisierung und nicht als Änderung seiner Rechtsprechung versteht (4A_653/2014 Erw. 5.5.3.).

1.2 Die Vorinstanz hat, ausgehend von einer Einkommenslimite von Fr. 300 000.–, dem vormaligen Kläger zusätzlich zum Fixeinkommen von Fr. 210 000.– noch einen Teilbonus von Fr. 90 000.– als 100% bzw. von Fr. 60 000.– pro rata als geschuldeten Lohnbestandteil zugestanden. Dieser Betrag ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen auf Fr. 91 240.– pro rata zu erhöhen (2/3 von Fr. 136 860.– als der Differenz zwischen dem Fixlohn von Fr. 210 000.– und der Einkommenslimite von Fr. 346 860.–). Soweit die Klägerschaft einen höheren Betrag fordert, ist ihr Anspruch daher nicht begründet. Die massgebliche Einkommenslimite ist, wie gesehen, anhand des

allgemeinen Durchschnittseinkommens zu bestimmen und nicht des Durchschnittseinkommens allein von Topmanagern; es spielt daher keine Rolle, welche Funktion der vormalige Kläger innehatte und welche Verantwortung er konkret wahrzunehmen hatte bzw. hätte wahrnehmen sollen. Diese Faktoren wirken sich auf seine soziale Schutzbedürftigkeit nicht aus und sind grundsätzlich bereits beim Fixlohn berücksichtigt. Umgekehrt ist auch der Antrag der Beklagten nicht begründet, jede den Fixlohn von Fr. 210 000.– übersteigende Bonuszahlung für 2008 zu streichen. Der vormalige Kläger erhielt drei Jahre in ununterbrochener Folge einen Barbonus von Fr. 503 000.–, Fr. 764 062.– und Fr. 756 281, mithin von einer jeweils ähnlichen Grössenordnung im Vergleich zum jeweiligen Fixlohn. Damit ist – entgegen der Beklagten – die vom Bundesgericht in BGE 129 III 276 als Grundlage für seine Rechtsprechung zum Bonus als Lohnanspruch geforderte Regelmässigkeit von Bonuszahlungen, die den Jahreslohn übersteigen, unzweifelhaft erfüllt (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7.A., 2012, Art. 322f N 4 S. 338 m.w.H.). Der vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt des Bonus kommt als Folge davon unterhalb der vorstehenden Maximallimite nicht zum Tragen und ein Bonus ist im Grundsatz zwingend geschuldet. Als diesfalls variabler Lohnbestandteil darf die Arbeitgeberin den Bonus allerdings nach den vertraglich vereinbarten Kriterien bemessen. Soweit die Beklagte im Berufungsverfahren geltend macht, sie wäre aufgrund der allgemeinen Ertragsentwicklung und des Verhaltens des vormaligen Klägers im Jahre 2008 berechtigt gewesen, den als variablen Lohnbestandteil geschuldeten Bonus ermessensweise auf Null festzusetzen, ist ihre Berufung vorab nicht ausreichend begründet. Denn mit dem blossen Verweis auf Aktenstellen zu den eigenen Ausführungen im vorinstanzlichen Verfahren kommt die Beklagte ihrer Rügepflicht nicht nach (REETZ/THEILER, a.a.O., Art. 311 N 36). Abgesehen davon hat die Beklagte auch vor Vorinstanz nicht ausreichend dargelegt, aus welchen massgeblichen Faktoren in welchem Umfang sie einen Nullbonus ableitet. Als massgebliche Faktoren für die Bemessung des Bonus haben die Parteien einerseits die persönliche Leistung des Arbeitnehmers und seinen Beitrag zum gegenwärtigen und künftigen Erfolg der Bank, andererseits aber auch die Ertragsentwicklung der ganzen Bank sowie das Bank- und Bereichsergebnis vereinbart. Die Beklagte hat zugestandenermassen bzw. gerichtsnotorisch auch für das Jahr 2008 trotz der Finanzkrise und eines erheblichen Geschäftsverlusts Barboni im Umfang von 60% der früheren Boni ausbezahlt; die vorstehend erwähnten Fr. 136 860.– machen demgegenüber nur rund 20% der durchschnittlichen früheren Boni des vormaligen Klägers aus. Mit dem Marktumfeld und dem gesamten Geschäftsergebnis kann die Beklagte daher keinen totalen Bonusverlust substantiieren. Auch eine Sorgfaltspflichtverletzung des Arbeitnehmers führt sodann nicht zwingend zum totalen Bonusverlust; sie kann in Anbetracht der weiteren Leistungen auch bloss zu einer Bonusreduktion führen. Wie weit das Verhalten des vormaligen Klägers bei der Chile-Akquisition alle anderen Leistungen von ihm und seiner Abteilung über-

schattet und zu einem negativen Abteilungsergebnis für 2008 geführt hat, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Ein grosser Schaden aus der Chile-Akquisition hätte sich zwingend auf die bonusrelevante Zielerreichung der ganzen Abteilung des vormaligen Klägers ausgewirkt. Die Behauptung des vormaligen Klägers, dass in seiner Abteilung zufolge eines insgesamt guten Abteilungsergebnisses auch für 2008 Boni bezahlt wurden, hat die Beklagte im Grundsatz aber nicht bestritten. Die Beklagte hat vor Vorinstanz sogar selber einen gewissen, wenn auch geringen Beitrag des vormaligen Klägers zum Geschäftserfolg der Beklagten eingeräumt. Es bleibt offen, ob die Chile-Akquisition für die Beklagte per Saldo überhaupt einen Verlust brachte; den gebannten Gerichts- und Vergleichskosten der Beklagten in den USA im Jahre 2008 sind die langfristigen Erträge aus der Verwaltung der abgeworbenen chilenischen Kundenvermögen und des akquirierten Beraternetzwerkes gegenüber zu stellen, welche bereits 2008 absehbar waren. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass einerseits das Marktumfeld bzw. die Ertragslage der Beklagten und andererseits die Zielerreichung der Abteilung des vormaligen Klägers im Jahre 2008 zur Ausrichtung von Boni führten, wenn auch allenfalls in reduziertem Umfang im Vergleich zu den Vorjahren. Davon hätte auch der vormalige Kläger trotz einer allenfalls negativen persönlichen Performance profitiert. Dass per Saldo für den vormaligen Kläger ein Bonus von weniger als 20% des Vorjahresbonus resultiert hätte, kann aufgrund der Behauptungen der Beklagten nicht nachvollzogen werden. Der Einwand der Beklagten, der Bonus für den vormaligen Kläger wäre für 2008 gestützt auf die vereinbarten Bemessungskriterien auf Null festgesetzt worden, ist daher unbegründet.

1.3 Das vorinstanzliche Urteil, welches dem vormaligen Kläger für 2008 noch einen reduzierten Bonusanteil von Fr. 60 000.– als Lohnbestandteil pro rata zuerkannt hat, ist daher dahin zu ändern, als ihm noch ein Barbonus pro rata von Fr. 91 240.– zugesprochen wird.

2. Awardansprüche

Bei der Kündigung des Arbeitsvertrages mit dem vormaligen Kläger standen ihm unbestrittenermassen noch 1344 L.-Awards und 8407 M.-Awards zu. Diese Awards verleihen dem Berechtigten bei Erfüllung aller Bedingungen und zeitlichen Vorgaben das Recht auf Zuteilung von C.-Aktien. Die Beklagte hat diese Awards gestützt auf die einschlägigen Reglemente wegen der Kündigung annulliert, was der vormalige Kläger für unzulässig hielt.

2.1. Awards als Gratifikation

Unbestritten geblieben ist die Feststellung der Vorinstanz, dass die Awards als echte Gratifikation zu qualifizieren sind, deren Ausrichtung im Ermessen der Beklagten liegt, weshalb sie auch entsprechende Bedingungen für deren Ausrichtung vorsehen darf (so bereits BGE 139 III 155). Im Jahre 2005 wurde dem vormaligen Kläger zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 180 000.– bereits ein Barbonus von Fr. 503 232.– ausbezahlt, im 2006 zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 180 000.– bereits ein Barbonus von

Fr. 764 062.– und im 2007 zusätzlich zum Fixlohn von Fr. 197 000.– bereits ein Barbonus von Fr. 765 281.–. Wie vorstehend (Erw. 1.2.) ausgeführt, haben alle ein Arbeitsentgelt von maximal Fr. 346 860.– übersteigenden Entschädigungsversprechen keinen Lohncharakter mehr und dürfen seitens der Beklagten von Voraussetzungen abhängig gemacht werden.

(...)

2.3. Kündigung «for Cause»

Die Vorinstanz übersieht bei ihrer Interpretation der Award-Reglemente, dass der tatsächliche bzw. hypothetische Kündigungstatbestand «for Cause» in Ziff. 2 des Master Share Plan ausdrücklich definiert wurde, und zwar auch als grobe Fahrlässigkeit bei der Ausübung der Aufgaben als Arbeitnehmer («gross negligence in the performance of his or her duties») und nicht nur als (eventual-)vorsätzliches Fehlverhalten oder (eventual-)vorsätzliche Schädigung der Arbeitgeberin. Ebenso soll nach dieser Bestimmung auch bereits ein «Cause» vorliegen, wenn das Fehlverhalten des Arbeitnehmers nach dem freien Ermessen der Beklagten das Potential hat, ihr Schaden zuzufügen («in the sole discretion of the Participant's Employer has the potential to cause harm to C. ...»). Haben die Vertragsparteien aber den «wichtigen Grund» für die Annulation der Awards eigenständig vertraglich definiert, kann dieser «wichtige Grund» nicht im Sinne der gesetzlichen Normierung des Rechtfertigungsgrunds für eine fristlose Entlassung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR interpretiert und die dazu entwickelte Lehre und Rechtsprechung übernommen werden. Ebenso wenig kann auf Lehre und Rechtsprechung zur erforderlichen sofortigen Reaktion auf die Kenntnis vom wichtigen Grund zurückgegriffen werden (Art. 337 Abs. 2 OR); die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist ist für die Annulation von Awards nicht nötig. In diese Richtung deutet auch die Unterscheidung von «Termination for Cause» und der «Subsequent Cause Termination» in den Award-Reglementen. Für die Anwendung der letztgenannten Bestimmung bliebe kein Raum, würde man den «Cause» im Sinne von Art. 337 Abs. 1 OR interpretieren, sondern es müsste bei nachträglicher Kenntnis von einem wichtigen Grund stets entweder eine sofortige fristlose Entlassung erfolgen oder die Awards müssten honoriert werden. Damit ist nicht weiter auf die Berufungsvorbringen der Parteien einzugehen, dazu, ob der vormalige Kläger einen wichtigen Grund im Sinne von Gesetz, Lehre und Rechtsprechung zur fristlosen Entlassung gemäss Art. 337 Abs. 1 OR gesetzt hat bzw. ob sich die Beklagte in diesem Sinne widersprüchlich – keine fristlose Entlassung, aber Geltendmachung eines «wichtigen Grundes» – bezüglich der Awards verhalten hat.

(...)

2.5. Würdigung

Die Aktivitäten bei der Etablierung des EAM in Chile erfüllten den Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs, wie er in Art. 2 UWG, Art. 4 lit. c UWG (Verleitung von Arbeitnehmern [nämlich I&J] zum Verrat von Ge-

schäftsgeheimnissen [Kundenbeziehungen und -daten]) und Art. 6 UWG (Verwertung von unrechtmässig erlangten Geschäftsgeheimnissen [Kundenbeziehungen und -daten]) für die Schweiz gesetzlich verboten ist. Wie der Prozess in Miami zeigt, sind solche Aktivitäten offenkundig auch in Chile illegal. Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass dem vormaligen Kläger aufgrund des – ohne Durchführung eines weitergehenden Beweisverfahrens – bereits feststehenden Sachverhaltes vorgeworfen werden muss, dass er persönlich diese unlauteren Geschäfts- und Kundenabwerbeaktivitäten in Chile massgeblich eingeleitet hat und auch von deren Erfolg – Kundenidentifikationen und Kontoeröffnungen durch abgesprungene Kunden sowie Vermögenseingänge von diesen Kunden – gewusst hat. Als verantwortlicher Abteilungsleiter des Subdepartements EAM International musste ihm bewusst sein, dass er und seine Mitarbeiter sich lauterkeitsrechtlich grundsätzlich auf heiklem Terrain bewegten, und es oblag ihm daher klarerweise eine besondere Pflicht, die korrekte Abwicklung der Akquisition sicherzustellen und zu überwachen. Dazu gehörte vorab die Kontrolle, ob der designierte EAM-Partner K. seine unabhängige Geschäftstätigkeit auch tatsächlich aufgenommen hatte, bevor er O. im Dezember 2007 mindestens zu Schulungszwecken nach Chile beorderte, nachdem er selber zuvor die künftigen Geschäftspartner noch in den Räumen ihrer angestammten Arbeitgeberin G. besucht und in diesen Räumen sogar offiziell die künftige Zusammenarbeit kommuniziert hatte. Dass I&J selber ihn (und später F.) in diese Räume eingeladen hatten, ist nicht von Bedeutung. Der von I&J geschaffene Interessenkonflikt zwischen G. und C. war augenfällig und der vormalige Kläger durfte diesbezüglich nicht einfach den Kopf in den Sand stecken und sich auf unverbindliche Bemerkungen von I&J verlassen, dass es schon seine Richtigkeit habe. Dieses Verhalten muss vielmehr als grobe Fahrlässigkeit eingestuft werden. Im Anschluss daran oblag dem vormaligen Kläger als verantwortlichem Abteilungsleiter die Kontrolle, dass I&J ihre Arbeitsverträge mit der G. aufgelöst, sich von dieser Bank rechtlich und tatsächlich getrennt hatten und ausschliesslich für «K.» tätig waren, und zwar spätestens, als bei der Beklagten die ersten Kontoeröffnungsaktivitäten für Chilekunden stattfanden. Der vormalige Kläger ist weder dieser Kontrollpflicht nachgekommen noch hat er sich um die Unterzeichnung des schriftlichen EAM-Vertrages durch «K.» gekümmert bzw. sich darüber vergewissert. Er hat vielmehr positiv gewusst, dass erfolgreiche Kundenabwerbungen noch während des Anstellungsverhältnisses von I&J bei der G./... bzw. vor deren Ausscheiden Anfang April 2008 erfolgten. Insofern liegt zumindest ein eventualvorsätzliches Verhalten vor. Der vormalige Kläger kann sich seiner Verantwortung nicht dadurch entziehen, dass diese Umstände allenfalls auch weiteren Personen bekannt waren, wie z.B. seinem Vorgesetzten D. oder der ihm unterstellten Compliance-Mitarbeiterin, und diese Personen – bzw. sogar nur diese, nicht aber er selber – auch hätten einschreiten können. Organisatorisch und fachlich trug der vormalige Kläger die Verantwortung und er hatte auch die nötigen Informationen bzw. den Zugang zu diesen, um seine

Verantwortung tatsächlich auch wahrzunehmen. Für diese Verantwortung war er in den Vorjahren ja stets mit einem sehr stattlichen Bonus von bis zu Fr. 750 000.– zuzüglich Awards als Zusatz zu seinem Grundlohn von gegen Fr. 200 000.– entschädigt worden.

Schliesslich hat der vormalige Kläger auch seine interne Informationspflicht zu den Aktivitäten seiner Abteilung verletzt, und zwar vorsätzlich, indem er konkrete interne Anfragen teils falsch und teils bewusst missverständlich und lückenhaft beantwortete und damit einen korrekten Wissensstand der verantwortlichen Organe der Beklagten absichtlich verhinderte. Der Beklagten vorzuwerfen, sie hätte trotz der vorsätzlich falschen Information durch den vormaligen Kläger noch im April 2008 den Prozess in Miami verhindern können, bzw. die Beklagte habe stets alles gewusst, weil sie im April 2008 durch ihre intensiven internen Recherchen im Nachhinein schliesslich alles erfahren habe, kommt einer Pervertierung des Sachverhaltes gleich. Ähnliches gilt für den Standpunkt, eine rückhaltlose Information der Beklagten sei aus Gründen der internen Konkurrenz zum Private Banking nicht angezeigt gewesen, die Beklagte hätte wegen des Geldzuflusses aber umfassend Bescheid gewusst. Allein aus der Feststellung eines Mittelzuflusses zur Bank nach formell korrekten Kontoeröffnungen erhellt nicht automatisch der unlautere Ursprung der Kunden- und Vermögensakquisition. Das Verhalten des vormaligen Klägers führte insgesamt dazu, dass die G. die Beklagte in ein Gerichtsverfahren zog und der Beklagten daraus Kosten für Rechtsanwälte und die Bezahlung einer Vergleichssumme entstanden. Damit hat sich der vormalige Kläger ein teils grobfahrlässiges und teils vorsätzliches bzw. sogar absichtliches Fehlverhalten bei der Erfüllung seiner Aufgaben zuschulden kommen lassen, das die Beklagte, wie der Prozess in Miami belegt, materiell geschädigt hat und ein Potential zur zusätzlichen Beschädigung ihres geschäftlichen Rufes geschaffen hat. Dieses Fehlverhalten erfüllt unzweifelhaft die Voraussetzungen einer Kündigung «for Cause» nach den einschlägigen Award-Reglementen. Darüber hinaus hat der vormalige Kläger durch die Verletzung der Informationspflicht seine allgemeine Treuepflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin verletzt und das Vertrauensverhältnis massiv beeinträchtigt. Die Beklagte hat daher zu Recht alle gevesteten und noch nicht gevesteten Awards annulliert. Die diesbezügliche Klageforderung der Klägerschaft ist abzuweisen.

3. Schadenersatz

Die Beklagte verlangt von der Klägerschaft Schadenersatz für Anwaltskosten von Fr. 280 850.45, die ihr für den Prozess in Miami entstanden sind. Dieser Prozess sei durch den vormaligen Kläger im Zusammenhang mit der Chile-Akquisition verschuldet worden, und zwar durch seine falschen Informationen zu Beginn der internen Untersuchung. Die Vorinstanz hat eine Schadenersatzpflicht des vormaligen Klägers wegen seines gesamten Verhaltens im Grundsatz bejaht, indessen ein Mitverschulden der Beklagten angenommen und die Schadenersatzforderung nur im Umfang der Hälfte bzw. von Fr. 140 425.20 gutgeheissen. Im Berufungsverfahren bean-

trägt die Klägerschaft die vollumfängliche Abweisung des Schadenersatzbegehrens, die Beklagte die vollumfängliche Gutheissung.

3.1 Die Klägerschaft erhebt im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz vorab die Einrede der Verjährung/Verwirkung [recte: des Verzichts auf Geltendmachung] der Schadenersatzforderung, weil die Beklagte in der letzten Lohnabrechnung keinen entsprechenden Vorbehalt angebracht habe.

Für Schadenersatzforderungen gegen den Arbeitnehmer gilt grundsätzlich die allgemeine zehnjährige Verjährungsfrist. Nach der bundesgerichtlichen Praxis kann die Schadenersatzforderung aber bereits vorher untergehen, wenn der Arbeitnehmer aus dem Verhalten der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben auf einen vertraglichen Verzicht nach Art. 115 OR schliessen kann. Von einem Forderungsverzicht der Arbeitgeberin darf der Arbeitnehmer nach dieser Praxis dann ausgehen, wenn es jene unterlässt, Ansprüche, die ihr dem Umfang oder dem Grundsatz nach bekannt sind, vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend zu machen, insbesondere bei vorbehaltloser Auszahlung des letzten Lohnes. Dabei genügt grundsätzlich eine blosser Erklärung, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Ereignis vorbehalten bleiben, um zu verhindern, dass beim Arbeitnehmer die berechnete Erwartung entsteht, die Arbeitgeberin verzichte auf Schadenersatz. Ihr bekannte Ersatzforderungen – auch wenn sie sich diese vorbehalten hat oder wegen Unpfändbarkeit des Anspruchs nicht hat verrechnen können – muss die Arbeitgeberin jedoch spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellen, andernfalls Verzicht anzunehmen ist (BGer. 4A_351/2001 (05.09.2011) Erw. 2.2 m.w.H.). Diese Rechtsprechung ist bei der Lehre auf überwiegende Zustimmung gestossen, zumindest was die Geltendmachung eines bekannten Schadens spätestens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. bei der letzten Lohnauszahlung anbelangt (REHBINDER/STÖCKLI, BK Art. 321e N 16; BSK OR I-W. PORTMANN Art. 321e N 23; A. STAEHELIN ZK Art. 321e N 34; W. PORTMANN/J.F. STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3.A. 2013, S. 58 Rz 214). Nach J. BRÜHWILER (a.a.O. Art. 321e N 2) genügt auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein blosser Vorbehalt, um nach Treu und Glauben einen Verzicht auszuschliessen. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (a.a.O., Art 321e N 14 S. 270) wollen demgegenüber in jedem Fall eine blosser Erklärung genügen lassen, dass Schadenersatzansprüche aus einem bestimmten Vorfall vorbehalten bleiben, um die Entstehung einer berechtigten Erwartung des Arbeitnehmers zu verhindern, der Arbeitgeber verzichte auf Schadenersatz.

3.2 In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass die Beklagte am Ende der auf Verlangen des vormaligen Klägers ausgestellten schriftlichen Kündigungsbegründung vom 25. Juni 2008 festhielt, es sei ihr ein beträchtlicher finanzieller Schaden entstanden; sie behalte sich diesbezüglich «sämtliche Rechte» vor. Am 22. Juli 2008 stellten ihre Anwälte eine erste Rechnung für die Bemühungen im amerikanischen Prozessverfahren über USD 229 865.85 für den Zeitraum 16. Mai bis 18. Juli 2008. Die letzte Lohnab-

rechnung bzw. -zahlung an den vormaligen Kläger erfolgte am 25. August 2008. Am 30. September 2008 erfolgte eine weitere Anwaltsrechnung für Barauslagen im Betrag von USD 10 277.87 für den Zeitraum 11. Juni bis 19. September 2008. Wie eingangs erwähnt, machte der vormalige Kläger bereits am 2. März 2009 eine Klage wegen missbräuchlicher Kündigung rechtshängig. Die Beklagte verzichtete in jenem Prozess auf eine Widerklageforderung aus Schadenersatz. Der Beklagten war somit bei der letzten Lohnzahlung im August 2008 (eventuell auch bereits bei der Lohnzahlung im Juli 2008) die erste Anwaltsrechnung vom 22. Juli 2008 über USD 229 895.85 betragsmässig bekannt. Verzichtete sie aber sowohl auf eine Verrechnung als auch auf einen ausdrücklichen Vorbehalt bei der letzten Lohnzahlung (ev. den beiden letzten Lohnzahlungen vor Ende der Kündigungsfrist), ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre von einem konkludenten Verzicht auf die Geltendmachung dieser Schadenersatzforderung auszugehen. Kommt dazu, dass der vorgängig in der schriftlichen Kündigungsbegründung angebrachte Vorbehalt, die Beklagte behalte sich «alle Rechte» vor, als unklar und vage hinsichtlich einer Schadenersatzforderung konkret für Anwaltskosten betrachtet werden muss. So lassen sich unter den allgemein formulierten Vorbehalt z.B. auch die Aberkennung aller Bonus- und Awardansprüche oder eine grösstmögliche Verrechnung mit allen noch ausstehenden Löhnen etc., allenfalls aber auch eine vorbehaltene nachfolgende fristlose Kündigung (für den Fall neuer Erkenntnisse) subsumieren. Zufolge des bereits damals hängigen Prozessverfahrens in Miami hätte ein Vorbehalt bezüglich des im Grundsatz bekannten Prozesskostenanfalls klarer ausfallen müssen. Selbst wenn man der vorzitierten Ansicht von J. BRÜHWILER und STREIFF & al. folgen würde, vermöchte der Vorbehalt vom 25. Juni 2008 nicht zu genügen zur Widerlegung eines Vertrauensschutzes in den mit den anschliessenden vorbehaltlosen Lohnzahlungen, insbesondere für den August 2008, stillschweigend zum Ausdruck gebrachten Verrechnungsverzicht. Angesichts der Lohnhöhe des vormaligen Klägers wäre eine Verrechnung vor dem Hintergrund von Art. 323b Abs. 2 OR immerhin im Betrag von mehreren Tausend Franken möglich gewesen. Ist bereits per Ende August 2008 von einem konkludenten Schadenersatzverzicht auszugehen, vermag daran das spätere Schreiben der Beklagten vom 22. Dezember 2008 mit einem erneuten Vorbehalt nichts zu ändern.

Die zweite, unbedeutendere Anwaltsrechnung vom 30. September 2008 war der Beklagten bei der letzten Lohnzahlung am 25. August 2008 zwar noch nicht im Detail bekannt. Sie wusste aber damals im Grundsatz um ihren Prozessschaden und dessen Ursachen. Sie hätte auch diesbezüglich durch einen klaren Vorbehalt dessen Geltendmachung vorbehalten können. Nicht nur hat sie dies bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht getan. Sie hat darüber hinaus selbst noch im ersten arbeitsgerichtlichen Prozessverfahren betreffend Kündigungsanfechtung keine Schadenersatzforderung erhoben, weder widerklageweise noch verrechnungsweise, obschon bereits in jenem Prozess das sorgfaltswidrige Verhalten des vormaligen Klägers zent-

rales Thema war. Damit hat die Beklagte erneut stillschweigend zum Ausdruck gebracht, keine solche Forderung erheben zu wollen. Auch daraus durfte der vormalige Kläger nach Treu und Glauben ableiten, auf eine solche werde verzichtet. Auf diesem Verzicht ist die Beklagte daher im vorliegenden Verfahren zu behaften.

Die Schadenersatzforderung der Beklagten ist damit zufolge Verzichts untergegangen und die Widerklage bzw. Anschlussberufung vollumfänglich abzuweisen.

(...)

4.

Zusammenfassend ist im Berufungsverfahren die Klage im Betrag von Fr. 91 240.– (Barbonus pro rata) gutzuheissen und im Übrigen abzuweisen. Die Widerklage auf Schadenersatz ist vollumfänglich abzuweisen. Die Verzugszinsen blieben unbestritten.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 19. Februar 2015, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2015 Nr. 23

Art. 117 ZPO; unentgeltliche Rechtspflege, Aussichtlosigkeit. Aussichtlos ist ein Rechtsbegehren, wenn die Gewinnaussichten bei Einreichung des Gesuchs beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren. Im Dreiecksverhältnis zwischen Personalverleiher, Arbeitnehmer und Entleiher (Einsatzbetrieb) ist die Fürsorgepflicht aufgeteilt. Während der Personalverleiher (i.c. der Beklagte) für die sorgfältige Auswahl des Arbeitnehmers zu sorgen hat, d.h. ihn auch gemäss seinen Fähigkeiten zu verleihen hat, ist der Einsatzbetrieb für die Arbeitssicherheit vor Ort verantwortlich. Die Haftung des beklagten Personalverleihers für den Unfall wird daher schwer zu bejahen sein; vielmehr scheint der Einsatzbetrieb haftbar zu sein, da er für die Arbeitssicherheit verantwortlich war und sich der Unfall bei Arbeiten für ihn ereignete.

Sachverhalt:

Ein Temporärangestellter erlitt bei der Arbeit für den Einsatzbetrieb einen Unfall und verlangte vor Gericht eine Genugtuung bzw. Schadenersatz von seinem ehemaligen Arbeitgeber. Gleichzeitig stellte er das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege. Das Gericht kam zum Schluss, die Mittellosigkeit sei gegeben und prüfte hierauf, ob die Forderung nicht aussichtslos sei.

Aus den Erwägungen:

Neben der Mittellosigkeit des Gesuchstellers wird für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege weiter vorausgesetzt, dass das Rechtsbe-

gehren nicht aussichtslos ist. Aussichtslos ist ein Rechtsbegehren, wenn die Gewinnaussichten bei Einreichung des Gesuchs beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher nicht mehr als ernsthaft bezeichnet werden können (BSK ZPO-RÜEGG, Art. 117 N 8). Die Erfolgsaussichten werden summarisch geprüft und müssen nur glaubhaft gemacht werden können (BSK ZPO-RÜEGG, Art. 117 N 20).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Personalverleihfirma. Der Kläger wurde von der Beklagten im Jahre 2007 an die Firma Z. AG (Einsatzfirma) verliehen.

Der Kläger macht geltend, er sei an den Einsatzbetrieb für Schaufelarbeiten verliehen worden. Am ersten Tag, dem 19. Juni 2007, seien es auch nur Schaufelarbeiten gewesen. Am Nachmittag habe ihn Herr B. angerufen und mitgeteilt, dass sein Einsatz am 20. Juni ende und er ab dem 22. Juni einen neuen Vertrag erhalte. Am 20. Juni habe sich dann ein Arbeitsunfall ereignet. Der Baggerist der Einsatzfirma habe ihm den Auftrag erteilt, zu planen. Diese Arbeit habe er zum ersten Mal gemacht und der Baggerist habe ihn in diese Arbeit instruiert. Er habe dem Kranführer alleine Zeichen geben müssen. Am Nachmittag sei er in der verbotenen Zone gestanden, wobei er dorthin befohlen worden sei, und habe dem Kranführer das Zeichen gegeben, den Kübel zu stoppen. Der Kübel habe gestoppt, doch als er sich hinausgelehnt habe um den Kübel zu öffnen, habe ihn dieser am Kopf getroffen und sein Kopf sei dann zwischen dem Kübel und einer Betonwand eingequetscht gewesen. Der Kläger macht weiter geltend, dass er den Kübel nicht berührt habe und dieser stillgestanden sei, als er sich von der Gefahrenzone hinausgelehnt habe. Seit dem Unfall könne er nicht mehr arbeiten. Im Weiteren macht der Kläger geltend, dass der Bauleiter der Einsatzfirma und sein Arbeitgeber (gemeint ist die Beklagte) ihm eine Arbeit gegeben hätten, obwohl er keine Fachkenntnisse gehabt habe. Ausserdem habe er alleine in der Gefahrenzone stehen müssen, wobei der Bauleiter die Schranken von der Gefahrenzone habe wegnehmen lassen, damit er dort habe stehen können.

Im Rahmen der Instruktionsverhandlung ergänzte der Kläger, dass er Herrn B. von der Beklagten mitgeteilt habe, dass er gefährliche Arbeiten und nicht nur Schaufelarbeiten machen müsste. Dieser habe ihn angewiesen, die Planierungsarbeiten noch rasch zu Ende zu führen und zu pressieren.

Der Kläger stellt sich nun auf den Standpunkt, die Beklagte als seine Arbeitgeberin habe ihre Fürsorgepflicht verletzt und sei für den Unfall verantwortlich. Aus diesem Grund fordert er von der Beklagten Fr. 30 000.– als Genugtuungs- bzw. Schadenersatz aus dem Unfallereignis aus dem Jahre 2007.

Unbestrittenermassen ereignete sich der Unfall im Einsatzbetrieb. Im Dreiecksverhältnis zwischen Personalverleiher, Arbeitnehmer und Entleiher (Einsatzbetrieb) ist die Fürsorgepflicht aufgeteilt. Während der Personalverleiher, im vorliegenden Fall die Beklagte, für die sorgfältige Auswahl des Arbeitnehmers zu sorgen hat, d.h. ihn auch gemäss seinen Fähigkeiten zu verleihen hat, ist der Entleiher bzw. Einsatzbetrieb für die Arbeitssicherheit

vor Ort verantwortlich (PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel 2013, N 938 ff., insbes. 953 ff.).

Aus diesem Grund scheinen die Erfolgschancen des Klägers im vorliegenden Fall äusserst gering. Die Haftung der Beklagten wird sehr schwierig zu bejahen sein, Vielmehr scheint der Einsatzbetrieb haftbar zu sein, da er für die Arbeitssicherheit verantwortlich war und der Unfall sich bei Arbeiten für den Einsatzbetrieb ereignete. Der Kläger führte denn auch aus, er wolle gegen den Einsatzbetrieb und auch gegen den Kranführer vorgehen. Selbst wenn der Kläger der Beklagten mitgeteilt hätte, er werde für Planierungsarbeiten eingesetzt, so hat der Kläger selbst ausgeführt, dass er vom Baggeristen des Einsatzbetriebes in die Arbeit instruiert worden sei. Unter welchem Gesichtspunkt in einem solchen Fall die Beklagte als Verleiherin für den Schaden haften soll, ist nicht ersichtlich. Somit erscheinen die Erfolgschancen des Klägers im vorliegenden Verfahren geringer als die Verlustrisiken. Denn selbst wenn dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege gewährt würde, so müsste er im Falle eines Unterliegens der Beklagten eine Parteientschädigung bezahlen. Beim vorliegenden Streitwert von Fr. 30 000.– beträgt normalerweise eine Parteientschädigung Fr. 5000.–. Da das Verfahren gegen die Beklagte somit als aussichtslos erscheint, ist das Gesuch um Gewährung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 30. März 2015, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2015 Nr. 18

Das Arbeitsrecht sieht für Aufhebungsvereinbarungen keine zwingende Schriftlichkeit vor. Damit ein Aufhebungsvertrag unter dem Aspekt des Verzichtverbots nach Art. 341 OR zulässig ist, wird zu dessen Gültigkeit vorausgesetzt, dass er einen echten Vergleich darstellt, bei dem beide Parteien Konzessionen machen. Das Bundesgericht wendet in diesen Fällen Art. 361 und 362 OR nicht an. Nebst den beidseitigen Konzessionen stellt es auch stark darauf ab, ob der Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Aufhebungsvertrag hat.

Sachverhalt:

Da die Zusammenarbeit mit H. (Geschäftsführer) schon bald nicht mehr gut funktionierte, kündigte der Kläger nach Ablauf der Probezeit per Ende April 2014. Beim Gespräch arbeitete H. einen Aufhebungsvertrag auf einen früheren Zeitpunkt aus. Der Kläger wollte diesen noch mit seinem Anwalt besprechen bevor er ihn unterschreibt. Anschliessend verabschiedete er sich und liess die Schlüssel zurück. Am Nachmittag stimmte er dem Aufhebungsvertrag per E-Mail zu, machte aber die Unterzeichnung davon abhängig, dass ihm der Februarlohn überwiesen werde. Als er diesen am 27. Februar 2014 erhalten hatte, teilte er per E-Mail mit, auf Anraten seines

Anwalts unterschreibe er nun doch nicht und bot für die Kündigungsfrist die Arbeit an, da ihm für diese auch der Lohn zustehe. Vor Gericht machte er den Lohn für die Kündigungsfrist geltend.

Aus den Erwägungen:

Zwingende Schriftlichkeit sieht das Arbeitsrecht für Aufhebungsvereinbarungen nicht vor. Ob die Aufhebungsvereinbarung Art. 341 OR widerspricht, wird gesondert zu prüfen sein. Wie bereits erwähnt, hat der Kläger die sich aus der Vereinbarung ergebende Möglichkeit am 24. Februar 2014 umgehend genutzt, die Schlüssel abgegeben und den Arbeitsplatz verlassen. Die ihm von der Beklagten eingeräumte Bedenkzeit nutzte er in dem Sinne, als er kurz nach Verlassen des Arbeitsplatzes vorgab, er habe sich mit seinem Anwalt besprochen und sei mit der Aufhebungsvereinbarung einverstanden. Unmittelbar nach Eintreffen seines Lohnes werde er die Vereinbarung unterzeichnen. Er wartete bloss das Eintreffen des noch offenen Lohnes ab, um der Beklagten dann umgehend am 27. Februar 2014 mitzuteilen, er werde nun die Vereinbarung wiederum auf Empfehlung seines Anwaltes doch nicht unterzeichnen. Trotz Arbeitsangebotes war er für die Beklagte bis zum 6. März 2014 nicht mehr erreichbar.

Die Beklagte durfte damit darauf vertrauen, dass der Kläger die Aufhebungsvereinbarung rechtskundig hat prüfen lassen, ihr zustimmt und die Unterschrift des Klägers nur noch von der Leistung des ihm zustehenden Lohnes abhängt. Sie durfte darauf umso mehr vertrauen, als der Kläger seinerseits seinen Arbeitsplatz verlassen hat und nicht wieder erschienen ist. In diesem Vertrauen ist die Beklagte zu schützen und alleine deshalb ist die Berufung des Klägers auf Formungültigkeit der Vereinbarung missbräuchlich. Erschwerend kommt hinzu, dass der Kläger der Beklagten seine Zustimmung zur Vereinbarung nach eigener Aussage nur vorgegaukelt hat, um ihre Lohnzahlung auszulösen und er überhaupt nie die Absicht gehabt hat, diese auch zu unterzeichnen. Dass die Beklagte ihm zu diesem Vorgehen Anlass geboten hätte, weil H. (Geschäftsführer) die Nichtbezahlung des ihm zustehenden Lohnes in Aussicht gestellt hätte, ist nicht erstellt.

Die Berufung auf den Formmangel der Aufhebungsvereinbarung verstösst in Anbetracht des Verhaltens des Klägers gegen Treu und Glauben und stellt einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dar.

Zu prüfen bleibt, ob der Aufhebungsvertrag unter dem Aspekt des Verichtsverbotes gemäss Art. 341 OR zulässig ist. Für die Gültigkeit wird vorausgesetzt, dass der Aufhebungsvertrag einen echter Vergleich darstellt, bei welchem beide Parteien Konzessionen machen. Das Bundesgericht wendet in diesen Fällen Art. 361 OR und Art. 362 OR nicht an. Nebst den beidseitigen Konzessionen stellt das Bundesgericht stark darauf ab, ob der Arbeitnehmer ein eigenes Interesse am Aufhebungsvertrag hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_103/2010 vom 16. März 2010, E.2.2.; BGE 118 II 58 E.2.b; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 10 zu Art. 335 OR). Bei der Be-

urteilung der Gültigkeit kommt es namentlich auch auf die Interessenslage der vertragsschliessenden Parteien an (FARNER, Der Aufhebungsvertrag, in ArbR 2010 S. 33 ff., S. 38 ff.). Das Bundesgericht hat Vertragsaufhebungen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist, bei denen der Arbeitnehmer auf den Lohn während der Kündigungsfrist und der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung verzichtet, in verschiedenen Entscheiden als zulässig erachtet (BGE 118 II 58; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 10 zu Art. 335 OR, m.w.H.).

Die Initiative ging vorliegend zwar von der Beklagten aus, der Aufhebungsvertrag war allerdings eine Reaktion auf die Kündigung des Klägers und das Kündigungsgespräch. Der Kläger hatte zwar ein Interesse an der Einhaltung der Kündigungsfrist, da er keine neue Arbeitsstelle hatte und später Arbeitslosentaggelder bezog. Er erachtete jedoch die weitere Zusammenarbeit mit H. als grundsätzlich unzumutbar.

Der Aufhebungsvertrag erweist sich damit unter dem Aspekt des Verzehrsverbotes als zulässig.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 28. Mai 2015, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2015 Nr. 20

Art. 21 L-GAV; Erfassung und Kontrolle der Arbeitszeit. Gemäss Art. 21 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich. Es wäre i.c. an ihm gelegen, anhand der Stempelzeiterfassung des Arbeitnehmers die Arbeitszeitkontrolle zu führen und allfällige Zeitguthaben festzustellen. Der Arbeitnehmer hatte lediglich die Arbeitszeiten ein- und auszustempeln und zwecks Bereinigung von Unstimmigkeiten für sich selbst auch Buch zu führen. Einer weiteren Meldung von geleisteten Überstunden sowie von nicht bezogenen Ferien-, Ruhe- oder Feiertage an den Arbeitgeber bedurfte es nicht mehr.

Sachverhalt:

Der Küchenchef machte nach seinem Austritt eine Entschädigung für nicht bezogene Ferien-, Feier- und Ruhetage sowie geleistete Überstunden geltend. Die Beklagte hielt dem entgegen, er habe die Arbeitszeiten seiner Mitarbeiter kontrollieren müssen, was er auch für sich hätte machen sollen, da er in seiner Arbeitszeit frei gewesen sei.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 21 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich. Er hat überdies eine Arbeitszeitkontrolle

zu führen, die Aufschluss gibt über Arbeits- und Ruhezeiten, Feiertage- und Ferienguthaben.

Diese Arbeitgeber-Obliegenheiten lassen sich zwar auf den Leiter eines Betriebsteiles übertragen, sind aber nicht per se mit der Funktion eines Küchenchefs verbunden.

Im Arbeitsvertrag haben die Parteien eine unmissverständliche Regelung der Stundenführung stipuliert: Der Arbeitnehmer hat die Pflicht, sich (an der Kasse) richtig ein- und auszustempeln, wobei ein Ausstempeln auch während der Pausen notwendig ist. Um keine Unstimmigkeiten aufkommen zu lassen, ist der Arbeitnehmer überdies verpflichtet, selbst Buch zu führen. Der Arbeitgeber führt über Arbeits- und Ruhezeit sowie Ferien Buch gemäss Kasse. Der Arbeitnehmer kann jederzeit Aufschluss betreffend Überstunden, Ruhezeiten und Ferienguthaben verlangen.

In völlig unzweifelhafter Weise verpflichtet der Arbeitsvertrag die Beklagte, anhand der Stempelinträge die Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 21 Abs. 3 L-GAV zu führen. Der Kläger hatte dagegen lediglich die Arbeitszeiten ein- und auszustempeln und zwecks Bereinigung von Unstimmigkeiten für sich selbst auch Buch zu führen. Gemäss Arbeitsvertrag hatte demnach die Beklagte nicht nur für den Kläger, sondern auch für sich selbst, Rechenschaft über allfällige Mehr- oder Minderzeiten und Über- oder Unterbezüge von Ruhe-, Feier- und Ferientagen abzulegen.

Der Kläger seinerseits ist seinen Obliegenheiten nachgekommen: Er hat aus- und eingestempelt und für sich selber offenbar auch eine Arbeitszeitkontrolle geführt. Die Beklagte hat sich dagegen mit diesen Einträgen bis zur Kündigung nicht weiter befasst.

Es wäre Sache der Beklagten, darzutun und zu beweisen, dass die in Ziff. 10 des Arbeitsvertrages vorgesehene Regelung explizit oder konkludent abgeändert worden wäre.

Die Beklagte beruft sich einerseits auf ein Pflichtenheft. Andererseits gebe es eine ganze Liste von Zeugen, die bestätigen können sollen, dass keine offenen Ruhe- und Ferientage auf das Folgejahr übertragen werden dürfen. Die beiden Tages- und Abendchefinnen sollen bezeugen können, dass ein Ferienbezug bis spätestens im März des Folgejahres gehandhabt worden sei.

Mit Verfügung vom 10. April 2015 ist der Beklagten Frist angesetzt worden, um dem Gericht die genauen Personalien der anzuhörenden Zeugen anzugeben und das Pflichtenheft einzureichen. Beides unterliess die Beklagte. Androhungsgemäss ist die Beklagte daher mit diesen Beweismitteln ausgeschlossen. Es fehlen somit abzunehmende Beweise und eine von Ziff. 10 des Arbeitsvertrages abweichende Regelung und/oder eine davon abweichende jahrelange Handhabung ist nicht erstellt.

Es wäre demnach Sache der Beklagten gewesen, anhand der Stempelzeiterfassung des Klägers dessen Arbeitszeitkontrolle zu führen und sich Rechenschaft über seine allfälligen Zeitguthaben abzulegen. Einer weiteren Meldung von geleisteten Überstunden, nicht bezogener Ferien-, Ruhe- oder

Feiertage seitens des Klägers bedurfte es nicht mehr. Da die Beklagte auf die Verfügung vom 10. April 2015 nicht reagierte, worin ihr Frist zur Substantiierung ihres Einwandes der angeblich nicht ausgestempelten Mittagspausen des Klägers angesetzt wurde, bleibt sie androhungsgemäss mit diesem Einwand ausgeschlossen. Die vom Kläger geforderte Entschädigung für Zeitguthaben ist demnach anhand seiner Stempelzeiterfassung bzw. der darauf beruhenden Zusammenfassung zu ermitteln.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. Juli 2015, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2015 Nr. 9

Art. 329a und d OR; Krankheit und Ferienfähigkeit. Ist ein Arbeitnehmer trotz Erkrankung ferienfähig, ist eine Kompensation seines Ferienanspruchs während einer längeren Krankheitsdauer grundsätzlich möglich. Die Ferienfähigkeit ist eher als die Studierfähigkeit, und diese eher als die Arbeitsfähigkeit gegeben. Dass vorliegend der Arbeitnehmer das Studium rechtzeitig abschliessen konnte, ist als Indiz zu werten, dass es ihm während der Krankheit nicht ganz so schlecht ging. Zudem war er während seines ausländischen Ferienaufenthaltes weder bettlägerig noch waren regelmässige Arztbesuche erforderlich. Daher besteht kein Anspruch auf Entschädigung für nichtbezogene Ferientage.

Sachverhalt:

Dem Kläger wurde im Mai 2013 gekündigt. Wegen der Sperrfrist infolge Krankheit endete das Arbeitsverhältnis am 31. Januar 2014. Der Kläger verlangte eine Entschädigung für nichtbezogene Ferientage, da der Ferienzweck – trotz einer Reise in die Türkei – wegen der Krankheit nicht erfüllt gewesen sei.

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 329d Abs. 2 OR dürfen Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden. Jedoch kann nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der nicht bezogene Ferienanspruch in Geld abgefunden werden. Dies gilt insbesondere auch, wenn der Arbeitnehmer seine Ferien nicht beziehen konnte, weil er krank war. Krankheit und Ferien schliessen sich grundsätzlich gegenseitig aus. Allerdings bedeutet Arbeitsunfähigkeit nicht in allen Fällen auch Ferienunfähigkeit (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 10 zu Art. 324a/b OR). Entscheidend ist, ob der Erholungswert der Ferien durch den Verhinderungsgrund in nicht mehr leicht zu nehmender Weise beeinträchtigt ist. Damit eine Ferienunfähigkeit vorliegt, muss es sich um eine

Erkrankung handeln. Bei Bettlägerigkeit und bei regelmässigem Arztbesuch schliesst die Krankheit Ferien aus (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 6 zu Art. 329a OR). Ist jedoch ein Arbeitnehmer trotz Erkrankung ferienfähig, ist eine Kompensation seines Ferienanspruchs während einer längeren Krankheitsdauer grundsätzlich möglich. Der Ferienanspruch geht in einem solchen Fall auch ohne Aufforderung zum Ferienbezug unter.

Vorliegend war der Kläger vom 29. Mai 2013 bis zum 12. Oktober 2014 arbeitsunfähig. Unbestritten ist, dass der Kläger im Sommer 2013 – wie geplant und anfangs 2013 gebucht – während zwei Wochen mit der Familie in der Türkei weilte. Es stellt sich daher die Frage, ob er in dieser Zeit aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit auch ferienunfähig war.

Arbeitsfähigkeit, Studierfähigkeit und Ferienfähigkeit müssen auseinandergehalten werden. Tendenziell kann anhand der verschiedenen Anforderungen und Belastungen davon ausgegangen werden, dass die Ferienfähigkeit eher als die Studierfähigkeit, und diese eher als die Arbeitsfähigkeit gegeben ist. Dass der Kläger das Studium gemäss eigenen Angaben rechtzeitig abschliessen konnte, ist als Indiz zu werten, dass es ihm nicht ganz so schlecht ging. Die Beweislast für die Ferienunfähigkeit liegt gemäss Art. 8 ZGB beim Kläger. Die diversen Arztzeugnisse belegen zwar seine Arbeitsunfähigkeit, nicht aber seine Ferienunfähigkeit.

Der behandelnde Arzt habe dem Kläger gemäss dessen eigenen Angaben attestiert, dass Ferien mit der aktuellen Therapie vereinbar und für den Genesungsprozess sogar förderlich seien. Während seines Aufenthaltes in der Türkei war der Kläger weder bettlägerig, noch waren regelmässige Arztbesuche erforderlich. Der Kläger konnte nicht darlegen, inwiefern sein Feriengenuss in dieser Zeit erheblich eingeschränkt gewesen sein soll.

Damit ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Kläger im Sommer 2013 zwar arbeitsunfähig, nicht aber ferienunfähig war.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 15. September 2015, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2015 Nr. 19

Handelt eine Arbeitnehmervertretung gestützt auf eine gesamtarbeitsvertragliche Ermächtigung, wirkt die mit einem Arbeitgeber abgeschlossene Vereinbarung normativ aufgrund des GAV, also kollektivrechtlich (Art. 357 OR) für alle dem GAV unterstehenden Arbeitnehmer. Aus diesem Mitwirkungsrecht bei allgemeinen Lohnverhandlungen kann jedoch nicht auf eine Vertretungsbefugnis hinsichtlich der Pauschalisierung der Pausen im (gleichbleibenden) Monatslohn geschlossen werden. Eine solche Pausenpauschalierung käme einer Lohnkürzung gleich, was eine Abänderung des dispositiven Vertragsrechts bedeuten würde. Damit der Vereinbarung dies-

falls Wirksamkeit zugesprochen werden könnte, müsste es sich um eine individualrechtlich wirkende Vereinbarung handeln.

Sachverhalt:

Im Rahmen von Vertragsänderungen war zu prüfen, wieweit eine Arbeitnehmervertretung diesen anstelle der einzelnen Arbeitnehmer zustimmen durfte.

Aus den Erwägungen:

Ermächtigung der Arbeitnehmervertretung zum rechtsgeschäftlichen Handeln

Die Arbeitnehmervertretung ist befugt, eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abzuschließen; die Berechtigung dazu kann sich aufgrund einer Vollmacht für den Einzelfall (Verhandlungsmandat der Arbeitnehmer), einer Bestimmung in einem Organisations- bzw. Mitwirkungsreglement (Betriebsvereinbarung), einer Bestimmung in einem GAV oder nach Gesetz (ArG, MitwG) ergeben. Liegt eine gültige Ermächtigung vor, so darf die Arbeitnehmervertretung nach aussen hin verhandeln und entsprechende Vereinbarungen abschließen, wobei in der Regel nicht Einstimmigkeit der Arbeitnehmer notwendig ist (MÜLLER, Die Betriebsvereinbarung, in: ArbR 1998, S. 160).

Wirkung der Betriebsvereinbarung auf das einzelne Arbeitsverhältnis

Handelt die Arbeitnehmervertretung gestützt auf eine gesamtarbeitsvertragliche Ermächtigung, so wirkt die mit dem Arbeitgeber abgeschlossene Vereinbarung normativ aufgrund des GAV, also kollektivrechtlich (Art. 357 OR) für alle dem GAV unterstehenden Arbeitnehmer. Dieselbe normative Wirkung tritt in denjenigen Fällen ein, in denen die Arbeitnehmervertretung aufgrund einer Ermächtigung in einer Betriebsvereinbarung nach Art. 38 Abs. 2 ArG handelt. Die Arbeitnehmervertretung kann auch aufgrund eines konkreten Handlungsmandats (erteilte Ermächtigung zur Verhandlung ohne Grundlage im GAV oder in einer Betriebsvereinbarung) handeln; bewegt sich das Ergebnis im Rahmen des erteilten Mandats, so bekommt dieses für diejenigen Arbeitnehmer Gültigkeit, welche ein entsprechendes Mandat erteilt haben (individualrechtliche Wirkung). Erfolgt keine im Voraus erteilte Ermächtigung (GAV, Betriebsvereinbarung/Mitwirkungsreglement, vorgängiges Einzelfall-Verhandlungsmandat etc.), so entfaltet eine allfällig getroffene Vereinbarung den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber ihre Wirkung nur, wenn diese sie auch individuell – entsprechend den Regeln über die Stellvertretung – ausdrücklich oder konkludent genehmigen (MÜLLER, a.a.O., S. 161 ff.). Andernfalls handelt es sich bei der Vereinbarung zwischen Arbeitnehmervertretung und Arbeitgeber um einen wirkungslosen Vertrag zulasten Dritter bzw. in diesem Fall der Arbeitnehmer (GAUCH/

SCHLUEP, Schweizerisches OR, Bd. I/II, 10. Aufl., Zürich 2014, N 3994, 4054 ff.).

Handelt die Arbeitnehmervertretung ohne Ermächtigung oder überschreitet sie diese, so ist deren Vorgehen im Innenverhältnis unwirksam; entsprechend kommen die Regeln über ermächtigungsloses Handeln zur Anwendung (Art. 38 und 39 OR), d.h. es bedarf zur Entfaltung von Rechtswirkungen gegenüber den Arbeitnehmern einer Genehmigung ihrerseits (MÜLLER, a.a.O., S. 163).

Individualrechtlich wirkende Betriebsvereinbarungen

Betriebsvereinbarungen, welche weder den Vorschriften des ArG entsprechen, noch sich auf eine GAV-Delegationsnorm stützen, bedürfen der (ausdrücklichen oder konkludenten) vorgängigen Zustimmung oder nachträglichen Genehmigung durch die einzelnen Arbeitnehmer. Wiederum sind dabei die Regeln über die Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) für die Beurteilung der Wirkung massgebend (MÜLLER, a.a.O., S. 169). (...)

Die Berechtigung der Arbeitnehmervertretung betreffend die Einführung der Jahresarbeitszeit ergibt sich somit aufgrund des GAV. Diese Änderung wurde durch das Arbeitszeit- und Schichtreglement auch individualrechtlich verankert. Fraglich ist nun, ob aufgrund des Mitwirkungsrechts der Betriebskommission bei allgemeinen Lohnverhandlungen auf eine Vertretungsbefugnis hinsichtlich der Pauschalisierung der Pausen im (gleichbleibenden) Monatslohn geschlossen werden kann. Dies kommt einer Lohnkürzung gleich, was eine Abänderung des dispositiven Vertragsrechts bedeutet. Die Pauschalisierung der Pausen im Monatslohn fällt daher nicht unter den Vertretungsbereich der Arbeitnehmervertretung. Damit der Vereinbarung diesfalls Wirksamkeit zugesprochen werden könnte, müsste es sich um eine individualrechtlich wirkende Vereinbarung handeln. Dass der Kläger persönlich dieser Regelung vorgängig ausdrücklich oder konkludent zugestimmt hätte, wird auch von der Beklagten nicht geltend gemacht, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen. Aus dem Arbeitszeit- und Schichtreglement geht nicht hervor, dass die Pausenentschädigung pauschalisiert im Grundlohn bezahlt werde. Durch dessen Unterzeichnung hat der Kläger der Pauschalisierung somit nicht zugestimmt. Eine nachträgliche konkludente Zustimmung des Klägers liegt aufgrund der Aktenlage sowie der Tatsache, dass der Kläger diesbezüglich Klage eingereicht hat, nicht vor.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 9. Oktober 2015, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2015 Nr. 8

Art. 328 OR; keine diskriminierende Nichtanstellung eines 51-jährigen Stellenbewerbers. Haben zwischen den Parteien nicht einmal Vertragsverhandlungen stattgefunden, kann der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR keine Vorwirkung zukommen. Sie bietet damit keine

rechtliche Grundlage für eine Genugtuungsforderung wegen Altersdiskriminierung.

Sachverhalt:

Der 51-jährige Kläger bewarb sich auf ein Inserat hin für eine Stelle als Finanzbuchhalter. In der Absage des Arbeitgebers stand unter anderem: «Alldings suchen wir aufgrund der Altersstruktur im bestehenden Team eine Person, die maximal 40-jährig ist. Aus diesem Grund können wir Ihre Bewerbung im Selektionsprozess nicht berücksichtigen.» Der Kläger machte im Prozess geltend, damit habe die Beklagte seine Persönlichkeit verletzt und ihn diskriminiert, weshalb sie ihm eine Genugtuung zu bezahlen habe. Dafür stützte er sich auf verschiedene Gesetzesbestimmungen.

Aus den Erwägungen:

Das Gericht kam zum Schluss, dass Art. 8 BV, Art. 14 EMRK, Art. 3 GlG bzw. culpa in contrahendo vorliegend nicht zur Anwendung kommen. Bezüglich der Verletzung von Art. 328 OR und Art. 2 ZGB führte das Gericht aus:

Da vorliegend nicht einmal von zwischen den Parteien stattgefundenen Vertragsverhandlungen ausgegangen werden kann, kann im vorliegenden Fall auch der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR keine Vorwirkung zukommen. Damit bietet auch die Fürsorgepflicht von Art. 328 OR keine rechtliche Grundlage für die vom Kläger geltend gemachte Genugtuungsforderung infolge angeblicher Altersdiskriminierung.

Doch selbst wenn man im vorliegenden Fall der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR eine Vorwirkung zuerkennen würde, könnte der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten, da die Beklagte durch ihre Absage keine Fürsorgepflichtverletzung beging.

Der Umfang der Fürsorgepflicht ist im Einzelfall nach Treu und Glauben festzustellen (Art. 2 Abs. 1 ZGB). Der wichtigste und bedeutsamste Aspekt der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat nicht nur eigene persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu unterlassen, sondern dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses auch Schutz gegen Dritte zu gewähren. Hier beim Persönlichkeitsschutz durch Art. 328 Abs. 1 OR ergibt sich ein legitimes Einfallstor für die indirekte Drittwirkung der Grundrechte (Art. 35 Abs. 3 BV). Ergreift der Arbeitgeber die gebotenen Schutzmassnahmen nicht oder nur ungenügend, so wird er schadenersatz- und genugtuungspflichtig (BSK OR I-PORTMANN, a.a.O., Art. 328 N 1 – N 7). Bei allen geschützten Gütern ist der Schutz nicht absolut, sondern die Schutzwürdigkeit kann in Konkurrenz stehen mit den berechtigten Interessen des Arbeitgebers. Jedes Arbeitsverhältnis bringt eine mehr oder minder starke Einschränkung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers mit sich, doch muss diese aus

dem Zweck des Arbeitsverhältnisses begründet sein. Der Entscheid, was dem Arbeitnehmer zuzumuten sei, wo sein Persönlichkeitsschutz Vortritt habe, setzt eine Güterabwägung voraus, und zwar nach den Regeln der Billigkeit (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 7 zu Art. 328 OR).

Erstens gilt festzuhalten, dass es der Beklagten aufgrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich freisteht, mit welchem Bewerber sie die von ihr ausgeschriebene Stelle besetzen will. Sodann erfolgte die Absage der Beklagten, entgegen der Ansicht des Klägers, nicht aufgrund seines eher fortgeschrittenen Alters von 51 Jahren. So verlangte die Beklagte gemäss Stellenausschreibung nebst einer abgeschlossenen kaufmännischen Ausbildung und einer Weiterbildung zum Buchhalter mit eidgenössischem Fachausweis zudem als unabdingbare Voraussetzung eine mehrjährige Erfahrung in der Finanzbranche. Allein daraus wird ersichtlich, dass die Beklagte zumindest nicht auf der Suche nach sehr jungen Bewerbenden war, da es für diese ein Unmögliches ist, sämtliche der genannten Stellenanforderungen zu erfüllen. Daraus könnte vielmehr geschlossen werden, dass jüngere Bewerber benachteiligt würden.

Gegen eine Diskriminierung von eher älteren Arbeitnehmern spricht sodann, dass die Beklagte diese Stelle in der Folge mit einer lediglich fünf Jahre jüngeren Person als den Kläger besetzte. Allerdings mutet etwas komisch an, dass X. (HR-Mitarbeiterin) dem Kläger in der E-Mail vom 1. April 2015 noch schrieb, die Beklagte wolle die Stelle mit einer unter 40-jährigen Person besetzen, in der Folge dann aber dennoch eine über 40-jährige Person anstellte. Dieser Umstand allein rechtfertigt allerdings noch längst nicht eine Genugtuung.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beklagte dem Kläger unter anderem aufgrund seines spezifischen Alters eine Absage erteilte. So besteht die Abteilung Rechnungswesen & Controlling bei der Beklagten aus lediglich vier Personen: dem Leiter und drei ihm unterstellte Personen, wobei eine dieser drei durch die ausgeschriebene Stelle als Finanzbuchhalter/-in besetzt werden sollte. Als erstellt gilt zudem, dass der Leiter dieser Abteilung lediglich ein Jahr jünger als der Kläger ist. Dieser geringfügige Altersunterschied zwischen dem Leiter der Abteilung und dem Kläger selbst birgt für die Beklagte doch tatsächlich das von ihr geltend gemachte Risiko, dass im Falle einer fast gleichzeitigen Pensionierung der Beiden dieses Team praktisch zur gleichen Zeit von einem enormen Know-how-Verlust betroffen sein würde. Dass dieses Risiko von der Beklagten bereits im Bewerbungsprozess zu eliminieren versucht wurde, ist einerseits verständlich und nachvollziehbar und erfolgt andererseits aus sachlich gerechtfertigten Gründen. Dem Kläger ist zwar insofern zuzustimmen, als nicht vorhersehbar ist, ob der Leiter der Abteilung und der Kläger tatsächlich beide bis zur Pensionierung für die Beklagte tätig geblieben wären. Dagegen bringt die Beklagte allerdings zu Recht vor, dass sie das Ganze so planen müsse, als wenn es vorhersehbar wäre. Zudem unterstrich der Kläger selbst die Befürchtungen der Beklagten, indem er ausführte, er suche etwas Längerfristiges.

Sodann ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Person mit welcher die Stelle besetzt wurde, im Gegensatz zum Kläger, über den nach der Stellenausschreibung vorausgesetzten eidgenössischen Fachausweis als Buchhalter/-in verfügt und nicht lediglich über ein allfälliges Äquivalent davon.

Da die Beklagte mit der Absage keine Fürsorgepflichtverletzung beging, bildet Art. 328 OR, unabhängig davon, ob man ihm eine Vorwirkung zuerkennen sollte oder nicht, keine rechtliche Grundlage für die vom Kläger geltend gemachte Genugtuungsforderung.

Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 12. Oktober 2015

Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih (GAVP), richterliche Überprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung.

Die Frage nach der Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) eines Gesamtarbeitsvertrags ist eine Zivilsache und daher durch die Zivilgerichte zu beurteilen. Es handelt sich nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit im engeren Sinn nach Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO (E. 3).

Dass die beklagte Partei im bundesrätlichen Verfahren zur AVE Einsprache erhoben hat, spielt für die Frage der materiellen Rechtskraft keine Rolle. Das Gericht kann die Gültigkeit der AVE im Lichte des Gesetzes- und des Verfassungsrechts überprüfen. Als Folge des Anwendungsgebots in Art. 190 BV ist eine Überprüfung aber ausgeschlossen, soweit sich der Entscheid des Bundesrats im Rahmen des AVEG und des zwingenden Arbeitsrechts des OR hält. Bei der Überprüfung von wirtschaftspolitischen Ermessensfragen haben sich die Gerichte zurückzuhalten (E. 4.2).

Die Auslegung, insbes. die Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 1 AVG zeigt, dass die dort enthaltene Verpflichtung der Verleihbetriebe zur Einhaltung bestimmter Teile von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen der Einsatzbetriebe der AVE eines Gesamtarbeitsvertrags für den gesamten Personalverleih nicht entgegensteht (E. 4.3).

Auch die übrigen gesetzlichen Vorgaben für die AVE des GAVP sind eingehalten, insbesondere das gesetzliche Quorum, wonach im Anschluss an die AVE höchstens doppelt so viele Arbeitgeber und Arbeitnehmer dem GAV unterstehen dürfen wie vor derselben (E. 4.4).

Der Kläger als Durchführungsorgan ist daher legitimiert, von der Beklagten als von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasster Arbeitgeberin die Berufsbeiträge nach Art. 357b Abs. 1 OR einzufordern (E. 4.6).

Sachverhalt:

Der Kläger «Verein Paritätischer Vollzug, Weiterbildung und Sozialfonds für den Personalverleih» ist das in der Form eines Vereins nach Art. 60 ff. ZGB organisierte paritätische Vollzugsorgan im Sinne von Art. 357b OR des Gesamtarbeitsvertrages Personalverleih (GAVP) vom 1. Januar 2012. Vereinsmitglieder sind die Parteien des GAVP; dem Verein angeschlossen sind nach Art. 2 Abs. 2 der Statuten die dem Gesamtarbeitsvertrag unterstehenden Unternehmungen und deren Arbeitnehmer, soweit sie dem Vertrag durch Mitgliedschaft bei einer Vertragspartei, Unterzeichnung eines Anschlussvertrages (Art. 356b OR) oder durch Allgemeinverbindlicherklärung unterstellt sind. Die Beklagte ist eine im Bereich der Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs tätige Aktiengesellschaft, aber nicht Vertragspartei des GAVP und auch nicht Mitglied einer Vertragspartei desselben. Der Bundesrat erklärte nach einem umfangreichen Einspracheverfahren mit Beschluss vom 13. Dezember 2011 den Gesamtarbeitsvertrag, genauer die im Anhang des Beschlusses bezeichneten Teile, für die ganze Schweiz allgemeinverbindlich (Urk. 66/4; BBl 2011, 9223 = <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/9223.pdf>; Fassung mit Anhang = <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00420/00430/04789/?lang=de>; s. auch die Berichtigung in BBl 2012, 443 = <http://www.admin.ch/opc/de/federalgazette/2012/443.pdf>; zur Geschichte des Vertrages und seiner Allgemeinverbindlicherklärung vgl. JOEHRO, Der Gesamtarbeitsvertrag Personalverleih, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR] 2013, 105 ff.). Der Beschluss trat auf den 1. Januar 2012 in Kraft, galt zunächst bis zum 31. Dezember 2014 (Art. 4 des BRB vom 13.12.2011) und wurde inzwischen mit Bundesratsbeschluss vom 11. Dezember 2014 bis Ende 2015 verlängert (BBl 2014, 3234).

Der Kläger ist im Geltungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages auch für das Inkasso der Berufsbeiträge zuständig, eine Aufgabe, die ihm auch durch seine Statuten zugewiesen wird (Art. 7 Abs. 7 GAVP; Urk. 5/3, Art. 3 Abs. 2 lit. g). Vorab gestützt auf die Allgemeinverbindlicherklärung fordert er mit der vorliegenden Klage von der Beklagten einen Teil der Berufsbeiträge für das Jahr 2012. Die Beklagte bestreitet ihre Leistungspflicht.

Mit Eingabe vom 3. Juli 2014 (Poststempel) reichte der Kläger eine schriftlich begründete Klage im vereinfachten Verfahren im Sinne von Art. 244 Abs. 1 und 245 Abs. 2 ZPO ein und legte dieser die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 4+5 vom 7. April 2014 bei. Mit Verfügung vom 21. Juli 2014 wurden die Parteien über die mutmasslichen Prozesskosten informiert. Weiter wurde der Kläger zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3950.– aufgefordert. Nachdem dieser fristgerecht am 25. Juli 2014 geleistet worden war, wurde der Beklagten am 3. September 2014 eine nicht erstreckbare Frist von 30 Tagen angesetzt, um zur Klage schriftlich Stellung zu nehmen. Mit Blick auf die Säumnisfolgen

wurde den Parteien (noch in Unkenntnis des zwei Tage zuvor ergangenen BGE 140 III 450) zu erkennen gegeben, dass die Stellungnahme nicht mit einer Klageantwort im Sinne von Art. 222 ZPO gleichgesetzt werde. Nach telefonischer Erörterung der Ausgangslage erklärte die Beklagte am 6. Oktober 2014, eine umfassende Stellungnahme abgeben zu wollen, und ersuchte um eine einmalige Fristerstreckung bis 7. November 2014, welche ihr in der Folge gewährt wurde. Die Stellungnahme der Beklagten wurde darauf innert der erstreckten Frist eingereicht und mit Verfügung vom 10. November 2014 dem Kläger zugestellt. Da die Eingabe den Erfordernissen einer umfassenden schriftlichen Klageantwort genüge und grundsätzlich die Parteien anstelle einer Hauptverhandlung einen Schriftenwechsel im Sinne von Art. 246 Abs. 2 ZPO befürworteten, allerdings auf Wunsch der Beklagten auf einem doppelten bestanden, wurde dem Kläger mit Verfügung vom 21. Januar 2015 Frist zur schriftlichen Klagebegründung angesetzt. Nach einem Richterwechsel befürworteten beide Parteien die Ansetzung einer Instruktionsverhandlung (ohne Parteivorträge). Entsprechend wurde dem Kläger die Frist zur schriftlichen Klagebegründung abgenommen und zugleich den Parteien angekündigt, dass im Falle des Scheiterns der Vergleichsbemühungen auch die Frage der Art der Fortsetzung des Verfahrens noch einmal angeschaut würde. Die Instruktionsverhandlung konnte zunächst auf den 6. Mai 2015, nach einer durch das Gericht zu verantwortenden Verschiebung schliesslich auf den 24. Juni 2015 angesetzt und am zuletzt genannten Tag auch durchgeführt werden. Eine Einigung konnte nicht erzielt werden; die Parteien vereinbarten jedoch weitere Gespräche. Für den Fall der Fortsetzung des Verfahrens wurde den Parteien angekündigt, dass ohne eine Einigung auf einen einzigen Schriftenwechsel eine Hauptverhandlung angesetzt werde. Da es in der Folge weder in der Sache noch in prozessualer Hinsicht zu einer Einigung kam, wurde auf den 30. September 2015 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Nach deren Durchführung erweist sich das Verfahren als spruchreif.

Aus den Erwägungen:

2. Parteistandpunkte

2.1 Zur Begründung seines Hauptantrags lässt der Kläger hauptsächlich vortragen, die Beklagte habe die Anwendbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages insofern grundsätzlich anerkannt, als sie ihm die für die Berechnung der Berufsbeiträge massgebliche Lohnsumme 2012 über die Z. AG mit Deklaration vom 16. Januar 2013 gemeldet habe. Die Weigerung zur Zahlung werde nur damit begründet, dass der allgemeinverbindlich erklärte GAVP nicht korrekt zustande gekommen sei und dass die Beitragserhebung gestützt auf den Vertrag übergeordnetem Recht widerspreche. Beides sei indessen nicht stichhaltig. Die Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesrat sei rechtskräftig. Die Beklagte habe sich am vorausgegangenen Einspracheverfahren beteiligt, so dass von einer *res iudicata* auszugehen sei. Zwar sei es

richtig, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nichts daran ändere, dass übergeordnetes Bundesrecht dem Gesamtarbeitsvertrag vorgehe. Dies betreffe aber nur einzelne materielle Bestimmungen des GAV, nicht aber die Allgemeinverbindlicherklärung als solche. Diese dürfe von den Zivilgerichten nicht mehr infrage gestellt werden. Abgesehen davon habe der Bundesrat zu jedem einzelnen von der Beklagten vorgetragenen Argument gegen die Allgemeinverbindlicherklärung Stellung genommen. Die entsprechenden Überlegungen seien auch heute noch gültig und seien von den Gerichten bislang nie infrage gestellt worden. Dass die Beitragspflicht der unterstellten Betriebe gemäss Art. 7 Abs. 4 GAVP dem Art. 20 Abs. 1 AVG widerspreche, treffe nicht zu. Zwar sehe die genannte Bestimmung des Arbeitsvermittlungsgesetzes vor, dass für Personalverleihbetriebe die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen der allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge der jeweiligen Branche der Betriebe massgeblich seien, in denen der entsandte Arbeitnehmende tätig sei. Der GAVP trage dieser Normenkollision allerdings Rechnung, indem er in Art. 3 vorsehe, dass punkto Lohn- und Arbeitszeit die Regelung der branchenspezifischen (insbesondere allgemeinverbindlich erklärten) GAV übernommen würden (Abs. 1) und dass bezüglich Krankentaggeldversicherung, beruflicher Vorsorge und Beiträgen für Vollzug und Weiterbildung die Bestimmungen des GAVP gegenüber den branchenspezifischen Regelungen in allgemeinverbindlich erklärten GAV nur dann Vorrang hätten, wenn sie zu diesen mindestens gleichwertig seien. Die Beklagte trage kein Doppelzahlungsrisiko, denn die Beiträge im Rahmen des Geltungsbereiches des GAVP träten an die Stelle der Beiträge gestützt auf branchenspezifische GAV. Selbst wenn die Beitragspflicht der Beklagten auf den einzelnen branchenspezifischen GAV beruhen würde, sei der Kläger zum Inkasso legitimiert.

2.2 Die Beklagte wendet dagegen zunächst ein, der Kläger sei nicht aktivlegitimiert, denn es mangle ihm für den behaupteten Anspruch an einer tauglichen materiell-rechtlichen Grundlage. Die Beklagte habe die Anwendbarkeit des GAVP nie anerkannt. Insbesondere habe sie in der Lohnsummendeklaration vom 16. Januar 2013 keine Unterstellungserklärung abgegeben und schon in der vorausgegangenen Korrespondenz die Anwendbarkeit des Gesamtarbeitsvertrages bestritten.

Sodann widersprächen die Beitragsbestimmungen des GAVP dem Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 sowie der Wirtschaftsfreiheit und -gleichheit nach Art. 8, 27, 94 Abs. 4 und 110 Abs. 2 BV. Verletzt seien auch die Art. 1–6 AVEG. Es fehle im konkreten Fall an den gesetzlichen Voraussetzungen für die vom Bundesrat vorgenommene Allgemeinverbindlicherklärung. So erlaube Art. 1 Abs. 1 AVEG die Ausdehnung des Geltungsbereichs von GAV auf Dritte explizit nur auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs. Wegen der rechtsstaatlich problematischen Unterwerfung eines Aussenseiters unter eine fremde Vereinbarung seien unbestimmte Rechtsbegriffe restriktiv auszulegen. Der Personalverleih beschlage aber gerade keinen einheitlichen Beruf

oder Wirtschaftszweig. Zwar kämen durchaus GAV zum Tragen, aber es handle sich um diejenigen für die jeweilige Branche des Einsatzbetriebes. Es möge zutreffen, dass auch Personalverleihbetriebe im Rahmen ihrer Koalitionsfreiheit GAV abschliessen könnten, im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung sei Art. 1 Abs. 1 AVEG aber so zu verstehen, dass der Begriff des Wirtschaftszweigs oder Berufs als Voraussetzung für eine Allgemeinverbindlicherklärung eng auszulegen sei. Die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP sei auch nicht notwendig im Sinne von Art. 2 Ziff. 1 AVEG gewesen. Es fehle an einem sozialpolitisch schutzwürdigen Brancheninteresse schon wegen des Fehlens einer einheitlichen Branche. Zudem sichere Art. 20 AVG ohnehin schon die Einhaltung der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen der allgemeinverbindlich erklärten Branchen-GAV der Einsatzbetriebe. Von einem unzureichenden Schutz der Arbeitnehmer könne daher keine Rede sein. Auf der anderen Seite erlitten zwangsweise unterstellte Unternehmen einen erheblichen Nachteil, da Art. 2 Abs. 2 des BRB vom 13. Dezember 2011 Personalverleihunternehmen vom Unterstellungszwang ausnehme, die eine Lohnsumme von weniger als Fr. 1.2 Mio. pro Jahr erreichten. Auch die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise seien tangiert, denn die Allgemeinverbindlicherklärung bewirke, dass Einsatzbetriebe, die selbst keinem GAV unterständen, Mindestlöhne an entliehene Arbeitskräfte zahlen müssten, in deren Genuss ihre Stammebelegschaft nicht komme. Wo umgekehrt Branchen-GAV existierten, entstünden mit der Allgemeinverbindlicherklärung wegen Art. 20 Abs. 1 AVG Kollisionsprobleme, wodurch ebenfalls die Interessen anderer Wirtschaftsgruppen tangiert seien. Durch den Entscheid würden zudem flächendeckend und branchenübergreifend Mindestlöhne im Widerspruch zu Branchen-GAV eingeführt, was gegen Art. 27 BV verstosse. Sodann seien unstreitig der Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP insgesamt 320 interessierte Arbeitgeber zugrunde gelegt worden, wovon 162 oder 50.6% am GAV freiwillig beteiligt seien. So sei mit Blick auf Art. 2 Ziff. 3 AVEG das Quorum von 50% der Arbeitgeber erreicht worden. Möglich gewesen sei das nur durch eine entsprechende Definition der einbezogenen Verleihbetriebe als solche mit einer jährlichen Mindestlohnsumme von Fr. 1.2 Mio. Gemäss Statistik des SECO hätten aber 2011 1273 reine Verleihbetriebe bestanden, gemischte Verleih- und Vermittlungsbetriebe gar 1499. Selbst wenn man der Rechnung nur die reinen Verleihbetriebe zugrunde lege, machten die am GAV freiwillig beteiligten Arbeitgeber gerade einmal 12.72% der Gesamtheit aus. Das Vorgehen des Bundesrates erweise sich als rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung und zudem als willkürlich. Es werde bestritten, dass die beiden weiteren Quoren gemäss Art. 2 Ziff. 3 AVEG erreicht seien, insbesondere bezüglich der Anzahl betroffener Arbeitnehmer. Eine *res iudicata* liege bezüglich der Allgemeinverbindlicherklärung nicht vor. Gegen den Beschluss des Bundesrates sei kein Rechtsmittel möglich gewesen. Es gehe hier nicht um eine abstrakte Normenkontrolle. Soweit die Allgemeinverbindlicherklärung aber unzulässig gewesen sei, bestehe Nichtigkeit *inter partes*

zumindest hinsichtlich der Bestimmungen, auf welche der Kläger die Beitragsforderung gegen die Beklagte stütze.

Weiter ändere selbst eine grundsätzlich wirksame Allgemeinverbindlicherklärung nichts daran, dass GAV-Bestimmungen auf ihre Übereinstimmung mit zwingendem Verfassungs- oder Gesetzesrecht zu prüfen seien. Auch der Bundesrat sei in der Botschaft zum AVEG selber davon ausgegangen, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung den Entscheid der (Zivil-) Gerichte darüber nicht präjudiziere, ob eine GAV-Bestimmung mit zwingendem Recht übereinstimme. Daraus folge zugleich, dass die Auffassung des Klägers fehl gehe, wonach die Allgemeinverbindlicherklärung indiziere, dass die Ordnung des GAVP mit dem übrigen Bundesrecht übereinstimme.

Materiell sei Art. 20 AVG verletzt. Da dort die Unterstellung des Personalverleihbetriebs unter den entsprechenden allgemeinverbindlich erklärten Branchenvertrag des Einsatzbetriebes statuiert sei, müssten Einsatzbetrieb und Personalverleiher zwingend das gleiche rechtliche Schicksal teilen. Die Anknüpfung an den Einsatzbetrieb erfolge gerade mit Blick darauf, dass gerade dieser die konkrete Branche oder den Wirtschaftszweig definiere, wogegen der Personalverleiher auch ein eigenständiges Berufsbild als Personalberater oder -vermittler entwickeln könne. Nach Art. 358 OR gehe zwingendes Recht einem GAV vor; dies sei hier der Fall.

3. Zuständigkeit und Verfahrensart

3.1 Die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages hat zur Folge, dass die Vertragsbindung eines (zwischen Verbänden abgeschlossenen) Gesamtarbeitsvertrages auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt wird, die weder durch Verbandsmitgliedschaft noch durch Anschluss am Vertrag beteiligt sind (Art. 1 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 AVEG). Deren Stellung wird durch die Allgemeinverbindlicherklärung dergestalt, wie wenn sie am Vertrag beteiligt wären (PORTMANN/STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, Zürich 2004, Rz. 155).

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Zahlung der Berufsbeiträge gestützt auf Art. 7 Abs. 4 des mit Bundesratsbeschluss (BRB) vom 13. Dezember 2011 allgemeinverbindlich erklärten GAVP. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Frage, ob ein bestimmtes Unternehmen einem allgemeinverbindlich erklärten GAV untersteht, im Streitfall grundsätzlich durch die Ziviljustiz zu beurteilen (BGE 134 III 399, 541; BGE 118 II 528 E. 2a; BGE 98 II 205 E. 1; BGer 4C.191/2006 vom 17. August 2006 E. 1.1). Dasselbe gilt für die einzelnen Ansprüche aus einem solchen GAV, namentlich auch für die Frage, ob und wie weit Kontrollbefugnisse der aufgrund eines allgemeinverbindlich erklärten GAV eingesetzten paritätischen Organe bestehen (BGer 4C.60/2007 vom 28. Juni 2006 E. 1.2.2.). Immerhin können Beitragsforderungen auch eine öffentlichrechtliche Grundlage haben, soweit sie direkt gestützt auf ein Bundesgesetz eingefordert werden, wie etwa solche nach dem Berufsbildungsgesetz (BGE 137 II 399 E. 1; BGer 4A_301/2011 vom 21. September 2011 E. 3). Im vorliegenden Fall geht es

um Beiträge gestützt auf Art. 7 Abs. 7 GAVP, so dass von einer zivilrechtlichen Streitigkeit auszugehen ist.

3.2.1 Aufgrund des Streitwerts der vorliegenden (zulässigen) Teilklage von weniger als Fr. 30 000.– kommt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Art. 243 Abs. 1 ZPO). Aus Art. 243 Abs. 3 ZPO, wonach das vereinfachte Verfahren vor Handelsgericht nicht zur Anwendung gelangt, folgert das Bundesgericht im Umkehrschluss, dass Streitigkeiten im vereinfachten Verfahren nie eine Handelssache darstellen können (BGE 139 III 457 E. 4.4.3). Damit ist für den vorliegenden Fall das Handelsgericht mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 lit. b ZPO für die Behandlung des Falles sachlich nicht zuständig. Hinzu kommt, dass im Kanton Zürich ein Mindeststreitwert von Fr. 30 000.– erforderlich ist für die Zuständigkeit des Handelsgerichts (§ 44 lit. b GOG). Obwohl das Bundesgericht den Begriff der Handelssache nach Art. 6 ZPO ausdehnend interpretiert und auch auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit bezieht, lässt es eine solche Streitwertgrenze des kantonalen Rechts unter Berufung auf die Materialien als einzige Ausnahme zu (s. dazu BGE 140 III 155, BGE 140 III 550 E. 2.3; Botschaft zur ZPO, BBl 2006, 7261 u.).

3.2.2 Das Arbeitsgericht ist vorliegend sachlich ebenfalls nicht zuständig. § 20 GOG bestimmt abschliessend, wann das Arbeitsgericht erstinstanzlich zum Zuge kommt. Vorliegend trifft keine der Varianten des in § 20 lit. a bis e GOG vorgegebenen Katalogs zu. Somit ist das Einzelgericht als Zivilgericht gemäss § 24 lit. a GOG sachlich zuständig.

3.3 Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit handelt es sich vorliegend um eine Streitigkeit zwischen einem paritätischen Organ und einem Personalverleihbetrieb. Der Sitz der Beklagten befindet sich gemäss Handelsregisterauszug an der X.strasse in Zürich. Gemäss Art. 10 Abs. 1 ZPO gelangt der allgemeine Gerichtsstand zur Anwendung (Sitz der Beklagten), wie der Kläger dies zu Recht geltend macht und die Beklagte dies sinngemäss anerkennt, indem sie zur Sache plädiert hat, ohne eine Unzuständigkeitseinrede zu erheben. Somit liegt die örtliche Zuständigkeit in Zürich.

3.4 Bezüglich der Verfahrensmaximen ist davon auszugehen, dass zwar eine arbeitsrechtliche Streitigkeit im weiteren Sinne vorliegt, aber keine solche im Sinne von Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO. Das Bundesgericht hat den Begriff in Zusammenhang mit der Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) eng interpretiert und entschieden, der Sozialschutzcharakter der Norm impliziere ihre Anwendung nur auf Einzelarbeitsverhältnisse (BGE 140 III 391 E. 1.3, m. Verw. auf BGer, 4A_535/2009 E. 1.2.1, auf den auch der Kläger verwies). Sozialschutzcharakter haben auch die Normen der ZPO, die sich mit arbeitsrechtlichen Klagen bzw. Streitigkeiten befassen, namentlich Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 und Art. 34 f. ZPO. Auch deren Anwendungsbereich ist daher auf Einzelarbeitsverträge beschränkt, wenn auch in einem weit verstandenen Sinne (zur Diskussion in der Lehre vgl. BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 34 N 4 ff.; DIKE-Komm-ZPO-SENTI, Art. 34 N 19 ff.; OFK ZPO-

ROHNER, Art. 34 N 7 f.; KUKO ZPO-HAAS/STRUB, Art. 34 N 3 ff.; OFK ZPO-LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, Art. 247 N 8 [mit probl. Einschränkung bei anwaltlich vertretenen Parteien eines Einzelarbeitsvertrages]; KUKO ZPO-FRAEFEL, Art. 247 N 6). Damit kommt im vorliegenden Fall zwar die erweiterte Fragepflicht des Gerichts nach Art. 247 Abs. 1 ZPO zum Tragen, nicht aber die soziale Untersuchungsmaxime nach Abs. 2 der genannten Bestimmung.

4. Materielle Behandlung der Klage

4.1 Nach Art. 1 Abs. 1 AVEG kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages 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. Das Antragserfordernis zeigt, dass die Allgemeinverbindlicherklärung nicht als gewöhnliches staatliches Handeln verstanden werden darf, denn die Initiative geht nicht vom Staat aus und dieser hat auf den Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages keinen Einfluss. In der Lehre spricht man daher von einer Kombination aus privatautonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsakt, wobei gegenüber den Vertragsparteien von einem Rechtsanwendungsakt, gegenüber den Aussenseitern aber von einem Erlass gesprochen wird (PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 109). Die weiteren Voraussetzungen der Allgemeinverbindlicherklärung sind in Art. 2 AVEG geregelt. Diese Norm verlangt u.a., dass die Massnahme sich wegen zu erwartender erheblicher Nachteile für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer als notwendig erweist, dass sie dem Gesamtinteresse und den berechtigten Interessen anderer Wirtschaftsgruppen und Bevölkerungskreise nicht zuwiderläuft und dass bestimmte Beteiligungsquoten erreicht sind (Ziff. 1–3). Ziff. 4 verlangt beim Entscheid auch die Wahrung des Rechtsgleichheitsgebots sowie des zwingenden Rechts des Bundes und der Kantone. Dabei ist anerkannt, dass der Vorrang zwingenden Rechts bei der späteren Anwendung des GAV auch dann zu beachten ist, wenn die Allgemeinverbindlichkeit erfolgt, obwohl einzelne Bestimmungen des GAV nicht mit dem geltenden Recht vereinbar sind (vgl. Art. 358 OR sowie BIGLER, in: Schweingruber/Bigler, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3. A., Bern 1985, Ziff. 4 zu Art. 2 AVEG, S. 109).

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist für die Auslegung von Gesamtarbeitsverträgen zwischen den direkt oder indirekt schuldrechtlichen und den normativen Bestimmungen des Vertrages zu unterscheiden. Während erstere die Rechte und Pflichten der Tarifpartner unter sich regeln und gemäss den Grundsätzen über die Auslegung von Verträgen zu interpretieren sind, richtet sich die Auslegung der normativen Bestimmungen, welche auf die Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern anwendbar sind, nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen (BGE 127 III 318 E. 2a; ZK-VISCHER, Art. 356 OR N 110; BK-STÖCKLI, Art. 356 OR N 134; BSK OR I-PORTMANN, Art. 356 N 10 ff.). Bestimmungen, welche

den Anwendungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages betreffen, haben nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts normativen Charakter und sind daher gesetzesgleich auszulegen (BGE 127 III 318 E. 2a; BGer 4C.191/2006 vom 17. August 2006 E. 2.2, 4P.49/2006 vom 24 April 2006 E. 3.3). Erst recht gilt dies für die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages, die laut Bundesgericht einen Verwaltungsakt darstellt, bei welchem eine besondere Art der privaten (Zivil-)Rechtssetzung durch einen öffentlich-rechtlichen Akt auf alle Angehörigen einer Berufsgruppe oder eines Gewerbes ausgedehnt wird (BGE 98 II 205 E. 1). In der Lehre wird wie schon erwähnt präzisiert, dass die Allgemeinverbindlicherklärung ihrerseits gegenüber dem Aussensteiter einen Erlass, also einen Rechtssetzungsakt bilde (BSK OR I-PORTMANN, Art. 357 N 21), so dass von einer Mischform zwischen einem Rechtsanwendungs- und einem Rechtssetzungsakt zu sprechen wäre. Auch aus dieser Optik ist daher nach heute unbestrittener Auffassung eine gesetzesgleiche Auslegung von allgemeinverbindlich erklärten GAV vorzunehmen, und zwar auch bezüglich der Bestimmungen, für welche nach Art. 357b OR die gemeinsame Durchführung vereinbart wurde (BGE 127 III 322; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 155 und 210 f.; ausführlich zu solchen Durchführungsbestimmungen HÄBERLI, in SGB [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 266 ff.; teilweise a.M. noch BUCHLI, Zur Auslegung des Gesamtarbeitsvertrages und des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages, Diss. Bern 1969, 77 f.).

Damit hat die Auslegung der relevanten Bestimmungen in erster Linie nach dem Wortlaut zu erfolgen (vgl. BGE 132 III 18 E. 4.1; 130 I 82 E. 3.2). Abweichungen von einem klaren Wortlaut sind indessen geboten, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass dieser nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht.

4.2 Die Beklagte wendet sich vorab gegen die Gültigkeit des GAVP. Sie rügt dabei dessen Gesetzes- und Verfassungswidrigkeit, bezieht sich letztlich aber auch auf die Frage der Gesetzes- bzw. Verfassungskonformität der Allgemeinverbindlicherklärung gemäss BRB vom 13. Dezember 2011. Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte habe erfolglos Einsprache gegen die Allgemeinverbindlicherklärung erhoben, so dass von einer abgeurteilten Sache auszugehen ist. Unabhängig davon, ob am Verfahren beim Bundesrat wirklich die gleichen Parteien beteiligt waren wie am vorliegenden, ist in dieser Frage der Standpunkt der Beklagten begründet: Bundesratsbeschlüsse unterliegen keiner demokratischen Kontrolle und sind daher im Sinne von Art. 190 BV einer akzessorischen Normenkontrolle durch die Gerichte aller Stufen zugänglich, also auch durch die Zivilgerichte. Hat die Allgemeinverbindlicherklärung eines Gesamtarbeitsvertrages nach den einleitenden Ausführungen gegenüber Aussenstehenden Rechtssetzungscharakter, können die Zivilgerichte folglich nicht nur die Übereinstimmung des allgemeinverbindlich erklärten GAV mit dem übergeordneten Recht prüfen, sondern auch die Rechtmässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung als solche. Allerdings sind nach Art. 190 BV Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen

rechtsanwendenden Behörden massgeblich. Soweit sich folglich ein Bundesratsbeschluss im Rahmen der Vorgaben eines Bundesgesetzes bewegt, ist es den Gerichten verwehrt, eine Verfassungskontrolle vorzunehmen. Gleiches gilt, wenn sich ergibt, dass ein allgemeinverbindlich erklärter GAV als solcher zwar mit dem Gesetzes-, aber nicht mit dem Verfassungsrecht übereinstimmt. Die Bundesverfassung bleibt bei dieser Beurteilung insofern von Bedeutung, als die verfassungskonforme Auslegung eine der massgeblichen Methoden zur Ermittlung des Sinnes eines Bundesgesetzes bildet. Das Bundesgericht hat an diese Aspekte jüngst in anderem Zusammenhang erinnert, als es eine Lücke ausmachte bei der Frage, ob trotz fehlender Vorschrift in der ZPO eine Weiterleitungspflicht der ersten Instanz bezüglich einer irrtümlich an sie gegangenen Berufungserklärung bestehe. Es stellte fest, die Prüfung der ZPO auf ihre Verfassungsmässigkeit sei ihm verwehrt, bejahte aber eine Gesetzeslücke und schloss diese unter Heranziehung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der als Konkretisierung des Verbotes des überspitzten Formalismus seine Wurzeln im verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch der Parteien hat (BGE 140 III 636 E. 2.2 und E. 3).

Daraus folgt als Zwischenergebnis, dass von der Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP und des GAVP selber für die Beklagte auszugehen ist, sofern der BRB vom 13. Dezember 2011 im Einklang insbesondere mit den Bundesgesetzen über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG) steht und soweit der GAVP nicht übergeordnetem Recht, hier insbesondere dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und dem Personalverleih (AVG) widerspricht. Was die Überprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung als solche angeht, ist zu beachten, dass es sich beim hier zur Debatte stehenden Bundesratsbeschluss um einen Ermessensentscheid der zuständigen Behörde handelt, dem nach Art. 9 f. AVEG ein besonderes Einspracheverfahren vorausgeht. Schon aus Gründen der Rechtssicherheit haben sich die Gerichte hier deshalb bei der Normenkontrolle zurückzuhalten.

Im Folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob die Beitragsregelung im GAVP mit dem übergeordneten Recht, insbesondere mit Art. 20 AVG zu vereinbaren ist (E. 4.3). Im Anschluss daran ist die Rechtmässigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP zu untersuchen (E. 4.4).

4.3 Nach Art. 20 Abs. 1 AVG hat der Personalverleiher die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages einzuhalten, dem der Einsatzbetrieb untersteht, in welchen die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer entsandt wird. Explizit sieht die Norm seit der per 1. April 2006 im Zuge der Anpassung des schweizerischen Rechts an die EU-Binnenmarktregeln in Kraft getretenen Novelle vom 17. Dezember 2004 auch vor, dass der Verleiher nach Massgabe der Dauer des Einsatzes einen obligatorischen Beitrag an Weiterbildungs- und Vollzugskosten zu leisten hat, den ein solcher GAV vorsieht. Richtig an der Argumentation der Beklagten ist, dass Art. 20 Abs. 1 AVG zu Interpretations-

schwierigkeiten führt, wenn zugleich Regeln eines für den Personalverleiher als solchen massgeblichen GAV und Normen eines für den Einsatzbetrieb massgeblichen GAV zur Anwendung gelangen sollen. Es stellt sich daher die Frage, ob Art. 20 Abs. 1 AVG als abschliessende Regelung zu verstehen ist, oder ob die Bestimmung Raum lässt für den Abschluss und die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV zwischen den Sozialpartnern des Personalverleihgewerbes. Im vom Kläger präsentierten (Partei-)Gutachten PORTMANN/VON KAENEL wird dazu ausgeführt, der Bundesrat habe mit der Allgemeinverbindlicherklärung von Art. 3 Abs. 1 GAVP auch eine verbindliche Abgrenzung des Geltungsbereichs des GAVP namentlich gegenüber demjenigen der Branchen-GAV der Einsatzbetriebe vorgenommen. Inhaltlich hielten Art. 3 Abs. 1 und 2 GAVP einer Prüfung stand, denn der Verweis auf die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen eines allgemeinverbindlichen Branchen-GAV des Einsatzbetriebes würden *tel quel* übernommen, und was die Beitragspflicht angehe, respektiere Art. 3 Abs. 2 GAVP das Günstigkeitsprinzip, welches das gesamte individuelle wie kollektive Arbeitsrecht präge (a.a.O. S. 8 f.). In der Tat beherrscht das Günstigkeitsprinzip insbesondere das kollektive Arbeitsrecht: So ergibt sich aus Art. 357 Abs. 2 OR, dass von einem Gesamtarbeitsvertrag abweichende Vereinbarungen zulässig sind, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind. Art. 358 OR behält ganz ähnlich zwar zwingendes Gesetzesrecht selbst gegenüber einer Regelung in Gesamtarbeitsverträgen vor (vgl. dazu BGE 132 III 172, BGE 138 III 107); im Zweifel gilt allerdings auch hier das Günstigkeitsprinzip, denn von Gesetzeswidrigkeit einer für den Arbeitnehmer günstigeren gesamtarbeitsvertraglichen Regelung darf nur ausgegangen werden, wenn sich dies aus der fraglichen Norm explizit ergibt (s. zu dieser Ausprägung des Günstigkeitsprinzips PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 225; BRUCHEZ, in SGB [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 295 f.). Auch der Hinweis im Gutachten auf Art. 4 Abs. 2 AVEG erfolgt zu recht, denn die genannte Norm enthält eine weitere Spielart des Günstigkeitsprinzips und stellt grundsätzlich einen allgemeinverbindlich erklärten GAV über einen solchen ohne entsprechende Wirkungserstreckung, es sei denn, die Regelung im nicht allgemeinverbindlichen GAV sei für den Arbeitnehmer günstiger. Vor diesem Hintergrund entspricht die Kollisionsregelung im GAVP daher einem zentralen Prinzip des kollektiven Arbeitsrechts.

Zum gleichen Ergebnis gelangt das (Partei-)Gutachten GEISER/VISCHER: Als unproblematisch sei die (blosse) Rezeption der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen aus GAV für die Einsatzbetriebe in Art. 3 Abs. 1 GAVP zu betrachten. Heikler sei die Bewertung der Beitragspflicht, denn hier werde nicht nur das Günstigkeitsprinzip verwirklicht, sondern es erfolge gestützt auf den (von der Allgemeinverbindlicherklärung umfassten) Art. 8 Abs. 6 GAVP auch eine Umleitung der Beiträge weg von der Vollzugsorganisation des Einsatzbetriebs-GAV hin zu derjenigen des GAVP (a.a.O.). Der Zweck von Art. 20 AVG liege jedoch darin, Konkurrenzvorteile der Verleihunternehmen zu verhindern und die Arbeitnehmer vor einem Wettbe-

werb zu schützen, der auf Kosten ihrer Bedingungen gehe. Diesem Zweck entspreche die Regelung des GAVP durchaus, so dass der gesetzlichen Verpflichtung sehr wohl durch ein eigenes Beitragsregime des GAVP entsprochen werden könne (a.a.O., S. 9).

Die Einschätzung der Parteigutachter trifft in allen Teilen zu. Sie findet zudem ihre Bestätigung in einer historischen Auslegung anhand der Materialien (zur Revision) des AVG vom 6. Oktober 1989: Zwar bestand schon seit 1951 ein Arbeitsvermittlungsgesetz, welches allerdings den Personalverleih nicht regelte. Den Anstoss zu den gesetzgeberischen Aktivitäten gaben mehrere parlamentarische Vorstösse, deren wichtigste die Motion Zehnder vom 8. Juni 1983 bildete. Der Motionär bemängelte die Schlechterstellung von Temporärarbeitnehmern gegenüber den regulär Beschäftigten der Einsatzbetriebe. Dies verschärfe die Konkurrenzsituation und verunsichere die Stammbeslegschaft selbst dort, wo Gesamtarbeitsverträge bestünden. Es sei Preisdrückerei zu befürchten mit den damit einher gehenden negativen Folgen für die Sozialpartnerschaft. Temporärfirmen seien «in ihrer grossen Mehrheit nicht organisierbar». Selbst die im SVUTA (Schweizerischer Verband der Unternehmungen für Temporärarbeit und private Arbeitsvermittlung, heute: Swisstaffing, s. <http://swisstaffing.ch/verband/>) organisierten Arbeitgeber beteiligten sich mitunter an schwarzen Schafen in der Branche. Kollektivverträge könnten in der Praxis nicht effizient durchgesetzt werden. Auch ein vom Schweizerischen Kaufmännischen Verband propagierter Vertrag, der knapp 1000 Menschen betreffe, habe nichts anderes gezeigt. Temporärfirmen kämen für keine der dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund (SGB) angeschlossenen Gewerkschaften als Vertragspartner in Betracht. Daher sei für die materiellrechtliche Regelung beim Einsatzbetrieb anzuknüpfen (Motion Zehnder, AB NR 1985 II 412).

Wichtig ist, dass mit der Motion nicht etwa nur eine Übernahme der Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen aus allgemeinverbindlichen GAV für die Einsatzbetriebe beantragt wurde, sondern schlicht die integrale Übernahme sämtlicher auf einen Einsatzbetrieb anwendbaren GAV (a.a.O.). In seiner Stellungnahme vom 23. August 1983 beantragte der Bundesrat die Umwandlung der Motion in ein Postulat. Zur Begründung verwies er auf die laufende Revision des AVG, die eine Besserstellung der Leiharbeitnehmer mit sich bringe, insbesondere durch Übernahme der Regelungen, die sich für die Einsatzbetriebe aus allgemeinverbindlich erklärten GAV ergäben. Abzulehnen sei dagegen die Anwendung aller, also auch der nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV, denn das würde zu stark in die Vertragsautonomie der Sozialpartner eingreifen (AB NR 1985 II 412 f.). Nationalrat Allenspach wies als Sprecher der Gegner der Motion darauf hin, dass es in der Schweiz damals 1300–1400 GAV gab, von denen nur wenige allgemeinverbindlich erklärt worden seien, während die übrigen weder für die Unternehmer noch für die Arbeitnehmer öffentlich zugänglich seien (im Ständerat sprach SR Delalay drei Jahre später von «environ 1500 contrats collectifs, dont 17 avec force obligatoire», AB SR 1988 III 582). Allenspach bestritt die Tarif-

unfähigkeit der Temporärfirmen. Vielmehr habe der SGB den Versuch der Temporärbranche, für die Gesamtheit aller Berufe einen GAV abzuschliessen, mangels statutarischer Kompetenzen ablehnen müssen. So habe die Branche dann andere GAV geschlossen, u.a. mit dem Kaufmännischen Verband und dem Genfer Gewerkschaftskartell (AB NR 1985 II 413 f.). Der damalige Bundespräsident Furgler vermochte den Rat in der Folge von der Überweisung als Postulat zu überzeugen, besonders mit dem Hinweis auf die verfassungsrechtliche Problematik eines Zwangs zur Übernahme nicht allgemeinverbindlich erklärter GAV der Einsatzbetriebe (a.a.O., 414). Die Ratsdebatte folgte anschliessend diesen Linien. In der Botschaft zur AVG-Revision schlug der Bundesrat zunächst die später in Kraft gesetzte Regelung vor, die nur allgemeinverbindliche GAV für die Einsatzbetriebe auf die Personalverleiher angewandt wissen wollte und auch diese nicht schlechthin, sondern nur in Bezug auf die Lohn- und Arbeitszeitregelungen (BBl 1985 III 615 f.). In der Eintretensdebatte im Nationalrat betonten die Kommissionsberichterstatter, die Zunahme des Personalverleihs lasse eine empfindliche Schwächung des GAV-Gedankens befürchten. Vor allem die unzähligen kleinen Verleihbetriebe hätten immer wieder durch krasse Missbrauchsfälle von sich reden gemacht, etwa durch die Beschäftigung ausländischer Schwarzarbeiter oder Verstösse gegen das Arbeitsgesetz. Sie verwiesen auf die breite Zustimmung der Kantone und der Parteien zur Vernehmlassungsvorlage (AB NR 1987 I 177 ff., Voten Reimann und Darbelley; zu den konkret festgestellten Missbräuchen vgl. das Votum des damaligen FDP-Nationalrats und ehem. BIGA-Direktors Jean-Pierre Bonny, AB NR 1987 I, 189). Die Kommission schlug gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf gar eine Verschärfung im Sinne der Motion Zehnder vor und verlangte die Anwendung sämtlicher für die Einsatzbetriebe gültigen GAV auch für Temporärarbeitnehmer. NR (Vital) Darbelley wies dabei darauf hin, dass die Änderung im Einvernehmen mit dem inzwischen zurückgetretenen Bundesrat Furgler ausgearbeitet worden sei (a.a.O., 180). Die Verschärfung führte allerdings zu verstärktem Widerstand. Eine Ratsminderheit beantragte nun Nichteintreten auf das Geschäft. Sie anerkannte zwar Handlungsbedarf «pour mieux protéger les demandeurs d'emploi contre quelques margoulines [Jobber, Spekulanten] peu scrupuleux», denn «des abus sont à déplorer de la part de certaines agences marginales et peu sérieuses». Der Aufwand bei der Ermittlung des Inhalts sämtlicher auf die Einsatzbetriebe anwendbaren GAV schien der Minderheit aber als zu bürokratisch (AB NR 1987 I 181 ff., Votum Coutau). Der Rat beschloss dann mit grosser Mehrheit Eintreten (a.a.O., 193). Auf Anregung von Bundesrat Delamuraz, der zuerst die im Einvernehmen mit seinem Vorgänger Furgler ausgearbeitete Kommissionsvariante unterstützt hatte, wurde dann knapp die Variante der Kommissionminderheit verabschiedet (a.a.O. 191 f. und 208 f.). Die ständerätliche Debatte verlief ähnlich und mündete in die Gesetz gewordene Fassung (AB SR 1988 III 564 ff., insbes. 582 f.). Besonders interessant für den vorliegenden Fall sind die Voten von Monika Weber, die an den Debatten beider Räte

teilnahm, weil sie während der Dauer der parlamentarischen Beratungen vom National- in den Ständerat wechselte. Als Vertreterin des Schweizerischen Kaufmännischen Verbandes SKV verwies sie wie schon zuvor der Motionär Zehnder und NR Allenspach auf den damals schon bestehenden Gesamtarbeitsvertrag des SKV mit dem SVUTA und bezeichnete selbst die von der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission vorgeschlagene Lösung, welche die integrale Beachtung sämtlicher GAV betreffend der Einsatzbetriebe vorgeschrieben hätte, für die Sozialpartner der Temporärbranche als gangbar. Sie äusserte lediglich Verständnis für die Vorbehalte der Arbeitgeberseite bezüglich des damit verbundenen Aufwands (AB NR 1987 I 206; AB SR 1988 III 567).

Aus den parlamentarischen Debatten erhellt folglich, dass Art. 20 Abs. 1 AVG vor allem geschaffen wurde, um den unbestrittenen Missständen in der Temporärbranche und den tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Einführung der Sozialpartnerschaft in diesem Bereich zu begegnen, mögen diese nun in der Abneigung der damals neuen und offenbar teils recht forsch auftretenden Branche gegen eine Reglementierung oder in der traditionellen Spezialisierung der Gewerkschaften auf die Branchen und Wirtschaftszweige der Einsatzbetriebe begründet gewesen sein oder vielleicht auch in der gewerkschaftlichen Skepsis gegenüber der Temporärarbeit als solche, die in der Ratsdebatte u.a. als Teil einer Strategie der Arbeitgeberseite zur «précarisation» von sicheren Arbeitsstellen bezeichnet wurde (AB NR 1987 I 187, Votum Jaggi). Klar ist sodann, dass nichtsdestotrotz und entgegen den Ausführungen der Vertragsparteien und des Bundesrats im Verfahren über die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP schon zur Zeit der Schaffung des AVG in der heutigen Fassung einzelne spezifische Gesamtarbeitsverträge für die Temporärbranche bestanden. Monika Weber als Repräsentantin eines beteiligten Verbandes bezeichnete wie erwähnt explizit die Probleme bezüglich der Koordination des GAV zwischen SKV und SVUTA einerseits und den GAV der Einsatzbetriebe andererseits als lösbar, und zwar selbst bei Annahme des viel anspruchsvolleren Vorschlags der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission. Auch wenn die hier interessierende Frage nicht direkt angesprochen wurde, wäre es sämtlichen an der Debatte beteiligten Ratsmitgliedern wohl mehr als recht gewesen, wenn statt einer gesetzlichen Regelung für die Temporärarbeit eine gesamtarbeitsvertragliche Lösung hätte gefunden werden können, denn es ging bei der hier interessierenden Norm einzig um die Stärkung des Arbeitnehmerschutzes und die Bewahrung der Sozialpartnerschaft. In die gleiche Richtung deuten die damaligen Stellungnahmen in der Lehre, die nach Wegen suchten, den Arbeitnehmerschutz im Temporärbereich durch Heranziehung von GAV zu erhöhen, die für die Einsatzbetriebe gelten (THÉVENOZ, *Le travail intérimaire*, Diss. Genf 1987, 196 f.). Auf den Punkt brachte es RITTER mit dem Hinweis, mit dem Entscheid des Parlaments habe sich punkto Praktikabilität und politischem Gleichgewicht «ein typisch schweizerischer Kompromiss durchgesetzt», mit welchem dem Leiharbeitnehmer «(nur) ein Minimum an Gleichheit mit dem

Stammarbeiter» garantiert werde. Tatsache sei allerdings, dass mit der gewählten Lösung lediglich ein kleiner Teil von Betrieben und Branchen erfasst sei (RITTER, Das revidierte Arbeitsvermittlungsgesetz, Diss. Zürich 1994, 148 f.). RITTER sah auch das Problem der Konkurrenz mit GAV der Verleihbranche und erblickte eine Schranke für diese nur darin, dass diese keine Privilegierung der Verleihverbände gegenüber den Branchen-GAV der Einsatzbetriebe vorsehen dürften (a.a.O., 152).

Damit kann Art. 20 Abs. 1 AVG aber nicht so verstanden werden, dass die vorgeschriebene Anwendung bestimmter Regeln aus GAV für die Einsatzbetriebe den Abschluss von GAV für die Partner von Temporärarbeitsverhältnissen oder deren Allgemeinverbindlicherklärung verbieten sollte. Die Norm bezweckt nur, dass die Schutzhöhe eines GAV für die Temporärbranche diejenige der allgemeinverbindlichen GAV für die Einsatzbetriebe nicht unterschreiten darf. JOEHRO, ArbR 2013, 112 f., ist folglich zuzustimmen, auch wenn der genannte Autor als Leiter des Rechtsdienstes von Swisstaffing und Präsident der Rekurskommission des Klägers hier nicht als unabhängige Stimme gelten kann. Damit steht die Beitragsregelung des GAVP im Einklang mit Art. 20 Abs. 1 AVG.

4.4.1 Soweit die Beklagte sich gegen die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP als solche wendet, rügt sie vorab, der Personalverleih betreffe keinen einheitlichen Beruf oder Wirtschaftszweig im Sinne von Art. 1 Abs. 1 AVEG, so dass der BRB vom 13. Dezember 2011 schon aus diesem Grunde unzulässig sei. Mit Rücksicht auf das soeben zur Tragweite von Art. 20 Abs. 1 AVG Ausgeführte ist dem entgegenzuhalten, dass schon der historische Gesetzgeber den Temporärmarkt klar als eigene Branche verstand. Dass es dafür gute Gründe gibt, räumt die Beklagte im Übrigen selber indirekt ein, wenn sie davon spricht, der Personalverleih könne in den – mit dem Personalverleih eng verwandten – Funktionen als Personalberater oder -vermittler auch ein eigenständiges Berufsbild entwickeln, wobei die konkrete Tätigkeit den Beruf als Personalverleiher definiere. Dem ist in der Tat so. Zwar stehen für den Einsatzbetrieb die konkreten Fähigkeiten der eingesetzten Person im Vordergrund. Mindestens ebenso stark geprägt ist aber die Dienstleistung eines Temporärunternehmens durch die für den Kunden auch kostenmässig stark ins Gewicht fallende Behebung von Personalengpässen, verbunden mit der Chance des Einsatzbetriebs auf eine Festanstellung von flexiblen und talentierten Mitarbeitenden. Die Mitarbeiter, die diese Dienstleistung ungeachtet ihres Berufes erbringen, können daher wie ihre Arbeitgeber durchaus als Angehörige eines besonderen Wirtschaftszweigs verstanden werden. Der Bundesrat stellte bei dieser Frage zu Recht einen Bezug zur Koalitionsfreiheit her und betonte, diese stehe auch den Sozialpartnern des Personalverleihgewerbes zu. Weder Verfassung noch Gesetz implizierten vor diesem Hintergrund eine restriktive Auslegung des Begriffes der Branche oder des Wirtschaftszweigs. Die Gemeinsamkeit der Leiharbeitsverhältnisse liege in der besonderen Form der Anstellung und führe zwischen den Verleihbetrieben zur charakteristischen unmittelbaren Konkurrenzsituation,

so dass von einem eigenen Wirtschaftszweig auszugehen sei. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Damit ist zugleich gesagt, dass der GAVP die Voraussetzungen nach Art. 1 Abs. 1 AVEG für eine Allgemeinverbindlicherklärung erfüllt.

4.4.2 Die Beklagte bestreitet sodann die Notwendigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP nach Art. 2 Ziff. 1 AVEG und rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 2 Ziff. 4 AVEG. Art. 20 AVG biete den Arbeitnehmenden bereits einen hinreichenden Schutz. Das trifft allerdings nur in den Fällen zu, in denen es für den Einsatzbetrieb bereits einen oder mehrere allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge gibt. Wo dies nicht der Fall ist, schafft die Regelung des GAVP überhaupt erst einen gegenüber dem OR erhöhten Schutzstandard (näher dazu JOEHRO, ArbR 2013, 108 f.). Zugleich stellt die Allgemeinverbindlicherklärung sicher, dass sich nicht Teile der Branche Marktvorteile auf Kosten der von ihnen gebotenen Lohn- und Arbeitszeitbedingungen, der Regelung über den flexiblen Altersrücktritt oder der fehlenden Beiträge an die Weiterbildung der Arbeitnehmenden oder den Vollzug des GAV verschaffen können (vgl. dazu RONCORONI, in SGB [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009, 416). Richtig ist, dass die Allgemeinverbindlicherklärung dazu führen kann, dass Arbeitnehmende von Leihbetrieben gegenüber der Stammbeslegschaft der Einsatzbetriebe u.U. besser gestellt werden, weil sie sich etwa auf Mindestlöhne berufen können, auf die die Stammbeslegschaft keinen Anspruch hat. Es ist aber daran zu erinnern, dass der Arbeitnehmer eines Leihbetriebes dafür einen Preis in Form eines schlechteren Kündigungsschutzes (Art. 19 Abs. 4 AVG) und der von ihm erwarteten Flexibilität beim Wechsel des Einsatzbetriebes bezahlt. Der Bundesrat hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass die im GAVP vorgesehenen Mindestlöhne moderat sind und in allen Branchen der Einsatzbetriebe finanzierbar erscheinen, und auch darauf, dass die Festlegung von Mindestlöhnen für alle allgemeinverbindlich erklärten GAV typisch ist, so dass nicht einzusehen sei, wieso das im Personalverleih nicht möglich sein soll. Mit Blick auf Art. 110 Abs. 2 BV handle es sich hier um einen zulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Was das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 2 Ziff. 4 AVEG betreffe, werde nur branchengleiches Recht verlangt. Die Rechtsgleichheit sei nicht tangiert, soweit es um Arbeitnehmende gehe, die dem GAV nicht unterständen, auch wenn aufgrund von Art. 20 AVG gewisse Bestimmungen aus allgemeinverbindlich erklärten GAV der Einsatzbetriebe auch für Leiharbeitnehmende gelten. Dieser Argumentation ist nichts hinzuzufügen. Zusammenfassend bestehen sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung zwischen Leiharbeitnehmenden und Mitarbeitern der Einsatzbetriebe, und es wurde dafür gesorgt, dass keine untragbare Bevorzugung der Leiharbeitnehmenden entstehen kann. Die spezifische Gleichbehandlungsvorschrift von Art. 2 Ziff. 4 AVEG ist gar nicht tangiert. Auf die wirtschafts- und sozialpolitische Notwendigkeit der Allgemeinverbindlicherklärung ist zurückzukommen (E. 4.4.4).

4.4.3 Dass der BRB vom 13. Dezember 2011 durch Rückgriff auf eine minimale Lohnsumme von Fr. 1.2 Mio. pro Jahr eine Ungleichbehandlung gegenüber kleineren Personalverleihbetrieben schafft, trifft zwar zu, ebenso wie die Annahme, dass die Grenze auch mit Rücksicht auf das Quorum für die beteiligten Arbeitgeber gemäss Art. 2 Ziff. 3 AVEG just bei der genannten Summe gezogen wurde (JOEHRO, ArbR 2013, 107, Fn. 9). Der Bundesrat hat sich bei der Allgemeinverbindlicherklärung darauf beschränkt zu betonen, das Kriterium der Betriebsgrösse sei nicht neu und entspreche der Praxis der Landesregierung. Entscheidend ist, dass die Schaffung von Auswahlkriterien zur Beschränkung der von der Allgemeinverbindlicherklärung betroffenen Zahl von Aussenstehenden vom Gesetz geradezu vorgeschrieben ist: In Art. 2 Ziff. 3 AVEG ist nicht etwa die Rede davon, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung erst zulässig wäre, wenn mindestens die Hälfte aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweigs oder Berufs bereits dem GAV unterstehen. Vielmehr muss mindestens die Hälfte der Betroffenen, auf die der Geltungsbereich des Gesamtarbeitsvertrages ausgedehnt werden soll, bereits im GAV organisiert sein. Deutlicher war dies noch im Gesetzesentwurf ausgedrückt, wie sich aus der Botschaft des Bundesrates vom 29. Januar 1954 ergibt. Nach Art. 10 Ziff. 3 des Entwurfs (der in einem ersten Teil auch noch die später ins OR eingebauten Bestimmungen über den GAV enthielt; zur Entstehungsgeschichte s. RONCORONI, a.a.O., 377 f.) war davon die Rede, dass mehr als die Hälfte aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer bereits am GAV beteiligt sein müsse, die nach der Allgemeinverbindlicherklärung dem Gesamtarbeitsvertrag unterstehen würden (BB1 1954 I 190). Zweck der Norm ist nicht etwa sicherzustellen, dass mehr als die Hälfte aller Branchenangehörigen jeder Seite am GAV bereits vor der Unterstellung beteiligt ist. Laut der Botschaft geht es vielmehr um die Wahrung des demokratischen Prinzips: Die bereits freiwillig dem GAV unterstellten Beteiligten sollen auch nach der Allgemeinverbindlicherklärung die Mehrheit der Unterstellten bilden, damit nicht eine Minderheit einer Mehrheit ihren Willen aufzwingt (BB1 1954 I 174; damit gibt die Vorlage des Bundesrates und nicht der zumindest missverständliche Gesetzestext den richtigen Sinn der Norm wieder, vgl. RONCORONI, a.a.O., 422 f.). Im vorliegenden Fall hat demnach der Bundesrat den gesetzlichen Vorgaben entsprochen, wie die Beklagte mit ihrer Schilderung einräumt, vor der Allgemeinverbindlicherklärung seien 162 Arbeitgeber dem GAVP unterstanden, danach 320. Die Wahl der massgeblichen Lohnsumme von minimal Fr. 1.2 Mio. pro Jahr schafft im Übrigen wenigstens insofern eine sachliche Unterscheidung, als so alle Betriebe von nicht nur marginaler Bedeutung von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst werden, denn die fragliche Lohnsumme wird schon von Kleinbetrieben schnell erreicht. Zuzugeben ist hier, dass das Schutzbedürfnis für die Arbeitnehmer der nicht erfassten Kleinbetriebe in gleicher Weise besteht, aber mit Blick auf die im Spiele stehenden öffentlichen Interessen scheint es vertretbar, wenn der Bundesrat sich in der aktuellen Situation dafür entschied, dem Antrag der am GAVP beteiligten

Verbände zu folgen und im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben das rechtlich Mögliche zu tun. Dies bedeutet im Übrigen nicht, dass kleinere Betriebe ihre Position ohne weiteres missbrauchen können: So haben sich gewisse Verleihbetriebe im Kanton Tessin, wo dies mit Blick auf die vielen Grenzgänger aus der Lombardei besonders lukrativ war, als Reaktion auf die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP aufgespalten, um dessen Geltungsbereich zu entgehen. Darauf schuf die Tessiner Regierung am 11. September 2013 zur Bekämpfung solcher Missbräuche gestützt auf die – ebenfalls als flankierende Massnahme zu den bilateralen Abkommen mit der EU ins Leben gerufenen – Art. 360a ff. OR einen Normalarbeitsvertrag, und zwar gar mit höheren Mindestlöhnen und Ferien- und Feiertagsentschädigungen als gemäss GAVP (den sog. NAVP TI; JOEHRO, ArbR 2013, 107, Fn. 9).

In der Lehre wird es im Übrigen gerade als problematisch erachtet, GAV für allgemeinverbindlich zu erklären, wenn auch ohne diese Massnahme ein hoher Abdeckungsgrad schon besteht, denn diesfalls erweist sich der staatliche Eingriff gerade wegen der funktionierenden Sozialpartnerschaft als unnötig (RONCORONI, a.a.O., 418; BIGLER, a.a.O., Ziff. 1 zu Art. 2 AVEG). Dass die unterstellten Betriebe bzw. Arbeitnehmer einen hohen Anteil der gesamten Branche ausmachen, ist daher entgegen der Meinung der Beklagten gerade nicht erforderlich für eine Allgemeinverbindlicherklärung.

Soweit die Beklagte ferner bestritt, dass die weiteren Quoren nach Art. 2 Ziff. 3 AVEG erfüllt gewesen seien, blieb ihre Darstellung in der schriftlichen Stellungnahme zur Klage vage und war noch dazu nicht mit Beweismitteln untermauert. Anlässlich der Hauptverhandlung verzichtete sie zuerst auf die Bezeichnung von Beweismitteln zu diesem Punkt, schloss sich dann aber vorübergehend einem Antrag des Klägers auf Einholung eines Amtsberichts des SECO an. Beide Parteien wurden in der Folge zur Substanziierung ihrer Behauptungen zu den Quoren aufgefordert, worauf beide den Beweisanspruch zurückzogen. Die Kritik ist daher nicht zu hören. Nur am Rande sei erwähnt, dass der für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständigen Behörde gerade wegen der Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Quoren ein gewisses Ermessen und gar die Befugnis zu einer Schätzung zusteht (RONCORONI, a.a.O., 424 f., Rz. 107 f.; BIGLER, a.a.O., Ziff. 3 zu Art. 2 AVEG). Die gesetzlichen Quoren waren im vorliegenden Einspracheverfahren bezeichnenderweise (abgesehen von der Lohnsummengrenze in Zusammenhang mit dem Arbeitgeber-Quorum) kein Thema. Das verwundert bezüglich der Arbeitnehmer-Quoren auch nicht: Ein Blick auf die Liste der Mitglieder von Swisstaffing zeigt, dass zu diesem Kreis auch international tätige Branchenleader gehören wie Adecco, Kelly, Manpower oder Randstad (http://www.baumeister.ch/fileadmin/media/2_Kernthemen/LMV/Loehne/swisstaffing_mitglieder.pdf).

4.4.4 Was sodann die gesetzlichen (und mittelbar auch die verfassungsrechtlichen) Schranken einer Allgemeinverbindlicherklärung angeht, stellt die von der Beklagten ins Feld geführte Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 (und 94) BV nicht das einzige verfassungsrechtliche Kriterium dar, dem der

Bundesrat bei seinem Entscheid Rechnung zu tragen hatte. Es trifft zwar zu, dass die Allgemeinverbindlicherklärung einen nicht unerheblichen Eingriff in die Privatautonomie darstellt, so dass Verfassung und AVEG sie an strenge Voraussetzungen knüpfen (PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 110). Der Arbeitnehmerschutz ist allerdings nicht nur Teil der programmatisch zu verstehenden Sozialziele in der Bundesverfassung (Art. 41 Abs. 1 lit. d BV), sondern explizit auch eine Bundesaufgabe gemäss dem Dritten Titel der BV (Art. 110 BV) und überdies eine Voraussetzung für die Verwirklichung der Wirtschaftsfreiheit der Arbeitnehmer (PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 18; zur Anwendung dieses Freiheitsrechts auch auf unselbständig Erwerbende BGE 84 I 18 E. 2). Dass daran ein öffentliches Interesse besteht, steht ausser Frage und wurde auch vom Bundesrat zu Recht betont. Das AVEG setzt damit einen klaren Verfassungsauftrag um (so auch PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 110, die konstatieren, dass das AVEG die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen konkretisiere und weitere hinzutreten lasse). Was die Kriterien der Notwendigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung und der Wahrung der Interessen der beteiligten Gruppen und Kreise angeht (Art. 2 Ziff. 1 und 2 AVEG), hat der Gesetzgeber den Bundesrat mit einer erheblichen Gestaltungsfreiheit ausgestaltet. Immerhin soll die Landesregierung ihre Entscheide nicht allein nach politischen Kriterien treffen und allenfalls vor dem Entscheid ein Gutachten unabhängiger Sachverständiger einholen, wenn sich dies nicht von vornherein als überflüssig erweist (vgl. Art. 11 AVEG; Botschaft zu Art. 19 des Entwurfs, BBl 1954 I 172 f. und 180; RONCORONI, a.a.O., 467 f.). Dabei betonte der Bundesrat schon im Gesetzgebungsprozess, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nicht nur angeordnet werden könne, wenn sie dem Gesamtinteresse positiv entspreche. Ganz bewusst habe man die Formulierung gewählt, sie dürfe dem Gesamtinteresse nicht widersprechen (BBl 1954 I 173).

Sieht das Gesetz aber einen Ermessensentscheid des Bundesrates anhand wirtschaftlicher Kriterien vor (dazu RONCORONI, a.a.O., 417 f.; BIGLER, a.a.O., Ziff. 2 zu Art. 2 AVEG), steht es den Gerichten nicht zu, sich im Rahmen der Normenkontrolle ohne triftige Gründe über das Ergebnis hinwegzusetzen. Die Beklagte benennt keine konkreten negativen Auswirkungen der Allgemeinverbindlicherklärung auf das Gesamtinteresse, insbesondere das Lohn- und Preisgefüge, geschweige denn auf die berechtigten Interessen der betroffenen Kreise und Gruppen. Die von der Beklagten bemängelten Folgen in Gestalt der Schaffung von Mindestlöhnen in Bereichen, wo zuvor keine galten, führen vor dem Hintergrund der Situation im europäischen Wirtschaftsraum geradezu zur Stabilisierung des Lohn- und Preisgefüges in der Schweiz, welches durch die Liberalisierung ins Wanken zu geraten droht. Seit der Öffnung des europäischen Arbeitsmarktes durch die Bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ist es Personalverleihern grundsätzlich möglich, ihr Personal frei im EU-Raum zu rekrutieren. Daraus sind in jüngerer Vergangenheit Probleme entstanden und haben die Behörden wiederholt zum Handeln veranlasst (vgl. dazu die Darstellung

des SECO zum Thema «Freier Personenverkehr CH-EU und flankierende Massnahmen», <http://www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/>). Dass ausgerechnet im Kanton Tessin besondere Schutzmassnahmen notwendig wurden, ist kein Zufall, denn dort ist der Konkurrenzdruck aufgrund der Grenzgänger aus Italien notorisch besonders stark. Die Ergänzung des AVEG u.a. um einen neuen Art. 1a auf den 1. Januar 2013 ist vor demselben Hintergrund zu sehen. Gerade die äusserst flexible Temporärbranche verfügt ohne Regulierung über ein Potenzial zur Störung des Lohn- und Preisgefüges durch Beschäftigung von Arbeitskräften zu Konditionen in deren Herkunftsland. Auf diese Zusammenhänge geht die Beklagte mit keinem Wort ein. Just diese Überlegungen waren es aber, die auch den Bundesrat zu seinem Entscheid führten: Er machte ein hohes Gefährdungspotential für die Arbeitnehmenden insbesondere im Zuge des zur EU geöffneten Arbeitsmarktes aus und verwies auf einen Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO vom 3. Mai 2011 über die Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr mit der EU, gemäss welchem im Jahre 2010 bei nicht weniger als 41% der kontrollierten Personalverleiher Verstösse gegen die Mindestlöhne aus allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen festgestellt worden seien. Diese Zahlen hat die Beklagte auf Nachfrage des Gerichts nicht bestritten. Die Vertragsparteien des GAVP wollten, so der Bundesrat weiter, mit der Allgemeinverbindlicherklärung eine Verbesserung der teilweise prekären Arbeitsbedingungen erzielen und die im Personalverleih anzutreffenden Missstände bekämpfen. Ohne Allgemeinverbindlicherklärung kämen auch die am GAVP beteiligten Arbeitgeber unter starken wirtschaftlichen Druck, was die Gefahr berge, dass der GAV ohne Allgemeinverbindlichkeit wohl keinen Bestand hätte – die Parteien wollten den Vertrag ohne Allgemeinverbindlicherklärung denn auch nicht in Kraft setzen.

Die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP gemäss BRB vom 13. Dezember 2011 verfolgt im Lichte dieser zutreffenden Ausführungen daher ohne weiteres ein genügendes sozialpolitisches und volkswirtschaftliches Interesse und entspricht daher ohne weiteres den Vorgaben des AVEG, gerade auch was die wirtschaftlichen Voraussetzungen betrifft (dazu RONCORONI, a.a.O., 416 f.). Sie würde im Übrigen auch einer direkten Verfassungskontrolle standhalten, wenn diese denn zulässig wäre.

4.5 Erweist sich die Allgemeinverbindlicherklärung des GAVP durch den Bundesrat nach dem Gesagten als gesetzeskonform und entsprechen die Beitragsbestimmungen des Vertrages den gesetzlichen Vorgaben, so bleibt das Verhältnis zwischen den Beitragsbestimmungen des GAVP und denjenigen der auf die Einsatzbetriebe anwendbaren GAV zu prüfen. Von der Allgemeinverbindlicherklärung durch den BRB vom 13. Dezember 2011 ist die Abgrenzungsnorm in Art. 8 Abs. 6 GAVP mitumfasst. Danach ersetzen Beiträge im Sinne von Art. 3 Abs. 2 GAVP alle Vollzugs- und Weiterbildungsbeiträge der Gesamtarbeitsverträge, die für die Einsatzbetriebe gelten. Diese Ordnung entspricht auch den allgemeinen Regeln über die Hierarchie zwi-

schen verschiedenen GAV (dazu BSK OR I-PORTMANN, Art. 357 N 37 f.; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 330 ff.). Als allgemeinverbindlich erklärter Vertrag geht der GAVP allen GAV ohne diese Wirkung vor, unter Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips (Art. 4 Abs. 2 AVEG). Soweit die Abgrenzung von anderen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen zur Debatte steht, erweist sich die Regelung des GAVP als spezieller, soweit sie nicht aufgrund der Subsidiaritätsklausel von Art. 3 GAVP hinter die anderen Verträge zurücktritt. Damit verdrängt auch die Beitragspflicht an das Durchführungsorgan des GAVP diejenige aus einem GAV, der für einen bestimmten Einsatzbetrieb gilt, wobei Art. 3 Abs. 2 GAVP auch dem Günstigkeitsprinzip explizit Rechnung trägt. Damit ist die Aktivlegitimation des Klägers gegeben. Die von der Beklagten befürchtete doppelte Zahlungspflicht kann damit nicht entstehen.

4.6 Damit ist die Klage gutzuheissen.

(...)

Es wird erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 29 999.– nebst Zins zu 5% seit 15. September 2012 zu bezahlen.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahr 2015

Rezensionen zu ausgewählten Publikationen dieser Bibliografie sind im ArbR 2016 publiziert.

I. Kommentare

PORTMANN, WOLFGANG/RUDOLPH, ROGER: Kommentar zum zehnten Titel des Schweizerischen Obligationenrechts: Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, neu bearbeitete Auflage, in: Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (Hrsg.): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, 491 S.

WATTER, ROLF/VOGT, HANS-UELI (Hrsg.): Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV), Basler Kommentar, Basel 2015

II. Lehrbücher, Monografien und übergreifende Darstellungen

BÜSCHER, ANDREAS: Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Fribourg 2015, 464 S.

ERTL, ALEXANDER J.P.: Das befristete Arbeitsverhältnis in Theorie & Praxis – Unter Berücksichtigung des Arbeitsvermittlungsgesetzes, Zürich/St. Gallen 2015, 290 S.

GEISER, THOMAS/MÜLLER, ROLAND: Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015, 785 S.

HÄBERLI, CHRISTOPH/HUSMANN, DAVID: Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, 345 S.

KÜNG, SIMONE: Taschenkontrolle in Theorie und Praxis aus arbeitsrechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2015, 131 S.

LEIBINGER, SONJA: Individualarbeitsrecht und UWG – Eine Schnittstellenanalyse unter besonderer Berücksichtigung der Art. 4 lit. c, Art. 4a, Art. 7 und Art. 11 UWG, Bern 2015, 174 S.

LOOSER, FABIAN: Der Personalverleih – Unter besonderer Berücksichtigung des GAV Personalverleih, Basel 2015, 449 S.

PÄRLI, KURT/HUG, JULIA/PETRIK, ANDREAS: Arbeit, Krankheit, Invalidität – Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015, 522 S.

PERRENOUD, STÉPHANIE: La protection de la maternité, Berne 2015, 1601 S.

PORTMANN, WOLFGANG/DUNAND, JEAN-PHILIPPE: JAR 2015 – Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2015, 730 S.

ROMERIO, FLAVIO/BAZZANI, CLAUDIO (Hrsg.): Interne und regulatorische Untersuchungen, Zürich 2015, 180 S.

SOKOLL, JOHANNES: Referenzen im Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, 140 S.

STAFFELBACH, OLIVER/KELLER, CLAUDIA: Social Media und Recht für Unternehmen, Zürich 2015, 390 S.

WITZIG, AURÉLIEN: Le renouveau des rémunérations variables, Genève 2015, 530 S.

ZIMMERMANN, MARKUS: Vertragsstabilität im internationalen Fussball, Zürich 2015, 418 S.

III. Aufsätze

AUBRY GIRARDIN, FLORENCE: La protection du salarié en droit public: incidences sur le droit privé du travail, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 27 ff.

BAUR, FRANÇOIS E./ROSSINELLI, MICHEL: Arbeits- und Dienstrecht, in: Andreas R. Ziegler/Michel Montini/Eylem Ayse Copur (Hrsg.): LGBT-Recht – Rechte der Lesben, Schwulen, Bisexuellen und Transgender in der Schweiz, 2. Aufl. Basel 2015, 533 ff.

BEYELER, JEAN-MARC: La renonciation à l'enregistrement de la durée du travail, Questions de droit 2015, no. 96, 3 ff.

BLATTNER, LUZIUS RICHARD: Die Privatbestechung – eine Herausforderung für fast jede Unternehmung, forumpoenale 2015, 94 ff.

BOVET, CHRISTIAN: Le droit de la concurrence en tant que droit social, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 41 ff.

BRÄNDLI, TOBIAS: Arbeitsrecht – Voraussetzungen für vertrauensärztliche Untersuchungen von Angestellten, plädoyer 4/15, 36 ff.

BYRNE-SUTTON, PASCALE: Médiation et conflits de travail, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 53 ff.

CARCAGNI ROESLER, ROMINA: Home Office, ArbR 2014/2015, 71 ff.

CATTANEO, DANIELE: Assurance-chômage et droit du travail: quelques cas tessinois, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 73 ff.

CHAVANNE, MICHEL: Jurisprudence en droit du travail: morceaux choisis, Plaidoyer 2015, no. 4, 38 ff.

DANTHE, MARIE-GISÈLE: Conflits au travail – Sanctions, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.): Conflits au travail – Prévention, gestion, sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2015, 109 ff.

DÉFAGO, GAUDIN: Conflits et fonction publique – instruments, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.): Conflits au travail – Prévention, gestion, sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2015, 145 ff.

DERUNGS, VITUS: Causa Salatic – Der Beschäftigungsanspruch des Berufsfussballspielers, ArbR 2014/2015, 17 ff.

DONATIELLO, GIUSEPPE: Prescription des droits du travailleur exposé à l'amiante: entre Charybde et Scylla, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 109 ff.

DONAUER, DANIEL/MÖRI, BARBARA A.: Die privatrechtliche Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und rechtliche Konsequenzen (unter besonderer Berücksichtigung des Gesundheitsschutzes bei Auslandseinsätzen), AJP 2015, 1049 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE: L'application de la législation sur le travail dans les hôpitaux, in: Olivier Guillod (éd.): L'hôpital entre droit, politique et économie(s), Berne 2015, 135 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE: Quel est le délai maximal pour notifier un licenciement immédiat (art. 337 CO)? Exercice du pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC), in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 131 ff.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE/TORNARE, SANDRINE: L'obligation de l'employer de prévenir les conflits interpersonnels (sources, concrétisation et responsabilité), in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.): Conflits au travail – Prévention, gestion, sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2015, 29 ff.

DUPONT, ANNE-SYLVIE: L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éd.): Conflits au travail – Prévention, gestion, sanctions, Genève/Zurich/Bâle 2015, 176 ff.

GEISER, THOMAS: Ansprüche gegen und von Arbeitgebern bei Personenschäden, in: Stephan Weber (Hrsg.): Personen-Schaden-Forum 2015, Zürich 2015, 111 ff.

GEISER, THOMAS: Arbeitsverhältnisse bei Ein-Mann-juristischen Personen, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 149 ff.

GEISER, THOMAS: Darf die Arbeitgeberin den Bewerber googeln?, in: Lukas Gschwend et al. (Hrsg.): Recht im digitalen Zeitalter, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität St. Gallen anlässlich des Schweizerischen Juristentages in St. Gallen im September 2015, Zürich/St. Gallen 2015, 373 ff.

GEISER, THOMAS: Überwachungen am Arbeitsplatz, digma 2015, 50 f.

GENIER MÜLLER, SANDRA: Droit au salaire en cas de report du droit aux allocations de maternité, Jusletter vom 26. Oktober 2015

GLOOR, WERNER: L'incapacité de travail «à géométrie variable», in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 163 ff.

GODENZI, GUNHILD: Strafuntersuchung gegen Mitarbeitende – was darf und was muss der öffentliche Arbeitgeber tun?, Jusletter vom 16. Februar 2015

GROSZ, MIRINA: Frauenquoten im Aktienrecht? – Die Verfassungsmässigkeit der Vorgabe zur Geschlechtervertretung im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung gemäss Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision, ZBl 2015, 511 ff.

HEINIGER, MATTHIAS: Die Strafbestimmungen der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, AJP 2015, 65 ff.

HEINZER, BORIS: Les clauses d'effectivité dans les conventions collectives de travail, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 177 ff.

HELLER, HEINZ: Die Revision des Arbeitszeiterfassungsrechts per 1. Januar 2016 – Betrachtungen aus Sicht der Anwaltschaft, Anwaltsrevue 2015, 469 ff.

HERI, LEA: Verträgt sich die Suva-Klausel mit dem Freistellungsanspruch nach Art. 321e OR?, HAVE 2015, 146 ff.

HIRSIGER, RENÉ: Arbeitsrechtlicher Prozess – ausgewählte prozessuale und materiell-rechtliche Fallstricke, ArbR 2014/2015, 47 ff.

HOFFER, CÉLINE/MÜLLER, ROLAND/STENGEL, MANUEL: Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP 2015, 564 ff.

HOTTELIER, MICHEL: La Constitution genevoise du 14 octobre 2012 et le droit du travail, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 185 ff.

- HUMBERT, DENIS G.: Die Alterskündigung, AJP 2015, 868 ff.
- JAKOB, TOBIAS: Berufsbildungsfonds – Änderungen der Praxis mit Folgen, SJZ 2015, 541 ff.
- LEMPEN, KARINE: Les Conventions de l'OIT sur la maternité (n° 183) et le travail domestique (n° 189), in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 201 ff.
- LICCI, SARA: Bewerbungsverfahren: Fragerecht und Auskunftspflicht zu Krankheit, recht 2015, 98 ff.
- LICCI, SARA: Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, AJP 2015, 1168 ff.
- LICCI, SARA: Entsendung von Mitarbeitenden, in: Peter Münch/Nicolas Passadelis/Jens Lehne (Hrsg.): Handbuch Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht, Basel 2015, 611 ff.
- LUGINBÜHL, JÜRGEN OSKAR: Vereinsstrafen und Haftung im Schweizer Profisport, Jusletter vom 23. November 2015
- MADUZ, CHRISTIAN: Lohndiskriminierung zwischen Frau und Mann – kritische Würdigung der Regressionsanalyse, AJP 2015, 437 ff.
- MARTI WHITEBREAD, CLAUDIO: Lohnungleichheit zwischen Frau und Mann: eine Auslegeordnung, AJP 2015, 1551 ff.
- MEIER, ANNE: Le compte épargne-temps en droit suisse du travail, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 213 ff.
- MEIER, MATTHIAS: Arbeitszeiterfassung – Die Dokumentationspflicht wird teilweise gelockert, Jusletter vom 21. Dezember 2015
- MONTANARI, MARK: Nach Inkrafttreten der VegüV – Ausgewählte Fragen aus der Rechtsberatung, AJP 2015, 51 ff.
- MORENO, IGNACIO: Das Regressprivileg des Arbeitgebers, HAVE 2015, 367 ff.
- MÜLLER, ANDREAS/OSER, DAVID: VegüV – Quo vadis? Umsetzung der Bestimmungen der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften im Vorentwurf zur „grossen“ Aktienrechtsrevision, GesKR 2015, 98 ff.
- MÜLLER, THOMAS M.: Einhaltung von polizeigesetzlichen Sorgfaltspflichten als Erfüllung der Arbeitspflicht, Jusletter vom 21. Dezember 2015
- PÄRLI, KURT: Die Pflege von kranken und behinderten Kindern durch Angehörige: arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2015, 45 ff.
- PÄRLI, KURT: Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, AJP 2015, 1671 ff.

PÄRLI, KURT: Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, Jusletter vom 11. Mai 2015

PERDAEMS, ELSA: Quelle place réserver au licenciement par actes concluants en droit du travail suisse?, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 233 ff.

PERRENOUD, STÉPHANIE/ROMAGNOLI, SIMONE/SHAHA, MAYA: La vaccination – une thématique controversée: l'exemple de la grippe, Jusletter vom 24. August 2015

PLÜSS, ADRIAN: Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 2015, 1360 ff.

PORTMANN, WOLFGANG: Das Individualarbeitsrecht im neuen ungarischen Arbeitsgesetzbuch – Eine Betrachtung aus schweizerischer Perspektive, in: Universitäre Fernstudien Schweiz (Hrsg.), Quid iuris? Festschrift Universitäre Fernstudien Schweiz, 10 Jahre Bachelor of Law, Growth Publisher Law, Bern 2015, S. 141 ff.

PORTMANN, WOLFGANG/HOLENSTEIN, ANDREAS: Aktuelle Rechtsprobleme bei Arbeitszeugnissen, Eine kritische Betrachtung ausgewählter neuerer Urteile, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 249 ff.

PORTMANN, WOLFGANG/NEDI, RAHEL: Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing, in: Peter Breitschmid, Ingrid Jent-Sørensen, Hans Schmid, Miguel Sogo (Hrsg.): Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Schulthess Juristische Medien, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 525 ff.

PRIEUR, YVONNE: Welches Datenschutzrecht ist für Spitäler als Arbeitgeber anwendbar? Beispiel: Kanton Bern, Jusletter vom 18. Mai 2015

RANZIANICI, IVANO: Les effets de l'incapacité de travailler pour cause d'une maladie successive à la résolution du contrat de travail, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 271 ff.

REBER, MARTINA: Datenübermittlungen von Banken an die US-Behörden – Ein Überblick über aktuelle zivilrechtliche Entscheide, Jusletter vom 7. September 2015

REINERT, PETER: Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Baker & McKenzie Zürich (Hrsg.): Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2014/2015, Zürich 2015, 71 ff.

RICHA, ALEXANDRE/RAEDLER, DAVID: La qualification du bonus pour les très hauts revenus – suite et fin?, GesKR 2015, 561 ff.

RIGERT, CHRISTIAN: Ausbildungsentschädigung für Leihspieler gemäss FIFA-Reglement, Jusletter vom 15. Juni 2015

RIHM, THOMAS: Arbeitsrechtliche Aspekte der neuen VegüV unter Berücksichtigung der Aktienrechtsrevision 2014, BJM 2015, 3 ff.

ROHNER, TOBIAS/MAAS, SANNA: Home Office – arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 2015, 323 ff.

RUBIN, BORIS: La procédure administrative appliquée par les organes d'exécution décentralisés de l'assurance-chômage, ARV 2015, 83 ff.

RUDOLPH, ROGER: Die Neuregelung der Arbeitszeiterfassungspflicht (Erweiterte Fassung eines an der St. Galler Arbeitsrechtstagung vom 20. November 2015 gehaltenen Referats), www.schulthess.com/update

SCHNEIDER, JACQUES-ANDRÉ: Les conventions collectives et la prévoyance professionnelle: un nouveau développement, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 285 ff.

SCHOPPIG, LUCIEN: Psychisch erkrankt am Arbeitsplatz – was hilft?, CHSS 2015, 32 ff.

SCHUBART, KATHARINA: Zehn Jahre Mutterschaftsentschädigung, CHSS 2015, 159 ff.

SEILER, ZOÉ: Réflexions libres sur le contrat de stage, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 299 ff.

SENTI, CHRISTOPH: Lohnfortzahlung und Lohnersatzzahlungen bei variablen Löhnen, AJP 2015, 695 ff.

SPRING, SHARON/KARATHANASSIS, DIMITRIOS: Die Pflicht zur Herausgabe von Sitzungsgeldern und anderen Entgelten im privaten Arbeitsrecht, ARV 2015, 1 ff.

TANQUEREL, THIERRY: De quelques idées reçues en droit de la fonction publique, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 311 ff.

TOBLER, CHRISTA: Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU, Jusletter vom 16. Februar 2015

TROILLET, ANNE: Plans sociaux: quelques questions pratiques liées à la mise en œuvre des articles 335h à 335k CO, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zurich 2015, 321 ff.

UEBE, WESSELINA/GEISER, THOMAS: Arbeitsrecht, in: Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.): Wirtschaftsrecht Schweiz-EU: Überblick und Kommentar 2014/2015, Zürich/St. Gallen 2015, 139 ff.

UEBERSCHLAG, JAKOB: Kombination eines Vaterschaftsurlaubs mit einem geschlechtsunabhängigen Rechtsanspruch auf Beschäftigungsgradreduktion nach Geburt als adäquate Massnahme zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit, ARV 2015, 171 ff.

VON KAENEL, ADRIAN: Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Zurich 2015, 331 ff.

WILDHABER, ISABELLE: Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln?, *AJP* 2015, 427 ff.

WILDHABER, ISABELLE/HÄNSENBERGER, SILVIO: Kündigung wegen Nutzung von Social Media – wenn Arbeit und Privatleben kollidieren, in: Lukas Gschwend et al. (Hrsg.): *Recht im digitalen Zeitalter*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität St. Gallen anlässlich des Schweizerischen Juristentages in St. Gallen im September 2015, Zürich/St. Gallen 2015, 399 ff.

WILDHABER, ISABELLE/HÄNSENBERGER, SILVIO: Kündigungsfälle Social Media, *sui generis* 2015, 77 ff.

WITZIG, AURÉLIEN: La subordination dans le contrat de travail, *SJ* 2015 II 39 ff.

WITZIG, AURÉLIEN: Ressorts méconnus du droit du travail suisse, in: Rémy Wyler/Anne Meier/Sylvain Marchand (éd.): *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Zurich 2015, 347 ff.

ZIMMERMANN, MARKUS: Komplexe Konsequenzen bei Vertragsauflösungen im Fussball, *causa sport* 2015, 16 ff.

IV. Urteilsbesprechungen und Rechtsprechungsübersichten

GABATHULER, THOMAS/SPIRIG, IRÈNE: Die wichtigsten Entscheide im Arbeits- und Mietrecht, *plädoyer* 3/15, 36 ff.

GEISER, THOMAS: Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2014, *AJP* 2015, 381 ff.

GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, *SJZ* 2015, 359 ff.

KULL, MICHAEL: Entschädigung von Bereitschaftsdienst, Besprechung eines Urteils des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Oktober 2014 (GS.2013.32), *ARV* 2015, 112 ff.

PORTMANN, WOLFGANG/DOBREVA, VANIA: Stillschweigende Zustimmung des Arbeitnehmers zur Lohnreduktion durch den Arbeitgeber – Entwicklung und kritische Würdigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *ARV* 2015, 271 ff.

STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Missbräuchliche Entlassung eines älteren Arbeitnehmers, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_384/2014 vom 12. November 2014, ARV 2015, 17 ff.

STÖCKLI, JEAN-FRITZ: Gesamtarbeitsvertrag, Solidaritätsbeitragspflicht andersorganisierter Arbeitnehmer, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_24/2015 vom 28. September 2015 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), ARV 2015, 192 ff.

E. Verzeichnisse

Gesetzesregister

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>1. AHVG (BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10)</i>	
5	515
<i>2. Arbeitszeitverordnung/BS (VO zur Arbeitszeit der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt, SR BS 162.200)</i>	
48	179
<i>3. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>	
4	404
13	179
15	515
19	199
71	179
<i>4. AuG (Ausländergesetz, BG über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20)</i>	
22	507
<i>5. AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, BG über die Arbeitsvermittlung und den Per- sonalverleih, SR 823.11)</i>	
20	626
<i>6. BankG (Bankengesetz, BG über die Banken und Sparkassen, SR 952.0)</i>	
47	99–100
<i>7. BBG (Berufsbildungsgesetz, BG über die Berufsbildung, SR 412.10)</i>	
17	546
<i>8. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
42	364
52	127
89	331–332, 364, 400
107	394
122	359

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>9. BPG (Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1)</i>	
19	311
<i>10. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
8	247, 372–373
9	127, 236
29	236
190	626
<i>11. DSG (BG über den Datenschutz, SR 235.1)</i>	
3	449
6	554
8	99–100
9	99–100
15	554
<i>12. EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101)</i>	
41	359
<i>13. FZA (Abkommen zwischen der Schwei- zerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681)</i>	
4	114
7	114
<i>14. Anhang I FZA (SR 0.142.112.681)</i>	
2	114
4	114
6	114
<i>15. GlG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)</i>	
3	164–165, 372–373, 481
6	481
<i>16. KEG (Kernenergiegesetz, SR 732.1)</i>	
24	341

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>17. L-GAV (Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe, www.l-gav.ch)</i>	
21	618
<i>18. OR (Obligationenrecht, SR 220)</i>	
1	306
6	306, 463–464
18	493
24	164–165
28	164–165, 206
49	367–368, 525–526
86	439
87	439
115	386–386, 602–603
127	349
319	321
320	499
321a	231–232, 292–293, 521, 540–541
321b	429
321c	515
321d	449
321e	212
322	286, 297–298, 546, 566– 567
322d	297–298, 566–567
324	386–387
324a	475
324b	475
328	280, 367–368, 449, 470– 471, 525–526, 540–541, 594–595, 623–624
328b	367–368, 449
329a	620
329c	439
329d	327, 475, 521, 620
332	231–232
333	270–271
334	458, 463–464
335	510–511
336	264–265, 292–293, 394, 432, 481, 525–526, 558
336a	394, 525–526
336c	218–219, 227, 275, 386–387, 393–394, 475

Artikel bzw. Paragraph	Seite
337	347, 353, 535–536, 540– 541, 585–586, 602–603
337c	386–387, 535–536
337d	535–536
339	507
340a	493
340b	407
340c	407, 493
341	386–387, 439, 616
342	507
344	546
356b	334–335
357	199, 621–622
357b	626
359a	286
360a	251–252, 286
360b	251–252
361	507, 616
362	218–219, 439, 616
397	442
400	442
<i>19. PG/ZH (Personalgesetz, Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals, SR ZH 177.10)</i>	
20	149
<i>20. RLG/BS (Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung, SR BS 811.100)</i>	
7	404
<i>21. StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0)</i>	
70	186
110	316
162	221
173	470–471
271	554
273	186
<i>22. URG (Urheberrechtsgesetz, BG über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SR 231.1)</i>	
6	429
9	429
16	429

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>23. UWG (BG gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241)</i>	
4	221
6	221
23	221
<i>24. VDSG (VO zum Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.11)</i>	
1	99–100
<i>25. VEP (VO über die Einführung des freien Personenverkehrs, SR 142.203)</i>	
18	114
23	114
<i>26. VUV (VO über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, ZR 832.30)</i>	
28	280
<i>27. VVG (Versicherungsvertragsgesetz, BG über den Versicherungsvertrag, SR 221.229.1)</i>	
40	239
<i>28. ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210)</i>	
2	275, 540–541
4	525–526
8	227, 432, 535–536
27	449
28	449, 540–541

Artikel bzw. Paragraph	Seite
<i>29. ZPO (Schweizerische Zivilprozessordnung, SR 272)</i>	
4	183
55	499
56	499
110	552
117	614
156	576–577
208	417
229	236
241	552
247	626
257	231–232
261	407
317	236
328	552
336	417

Stichwortverzeichnis

1. Stichwörter in deutsch

(in Klammern in französisch)

A

- Abgangsentschädigung 164–165
- Abgrenzung Arbeitsvertrag/Auftrag 442
- Abschreibungsentscheid 552
- absichtliche Täuschung 164–165, 206
- Abwerbeverbot 407
- adäquate Stelle 154
- Aktivlegitimation 429
- Akzessorietät 566–567
- akzessorisches Retentionsrecht 127
- allgemeines Rechtsgleichheitsgebot 247
- Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds 51 f.
- Allgemeinverbindlicherklärung richterliche Überprüfung der 626
- Wirksamkeit einer 626
- Altersdiskriminierung, Genugtuungsforderung wegen 623–624
- amerikanische Behörden (autorités américaines) 99–100, 554
- Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) 3 ff.
- Anbieten der Arbeit 475
- Anbieten der Arbeitskraft 145
- Androhung einer fristlosen Kündigung 585–586
- Annahme des Antrags 306
- Annahmeverzug des Arbeitgebers 145
- Anschluss-/Vertragszwang (contrainte de soumission) 334–335
- Anspruch
 - auf ein gerechtes Verfahren 236
 - auf rechtliches Gehör 236
 - auf Weiterbeschäftigung 311
- Antrags, Annahme des 306
- Arbeitgeber(s)
 - Annahmeverzug des 145
 - Gläubigerverzug des 145
 - Haftung des 280
 - -verzug 475
- Arbeitnehmer(s)
 - Anbieten der Arbeitskraft des 145
 - Arbeitscomputer des 367–368
 - eines Kernkraftwerks 341
 - ins Ausland entsandter 154
- Arbeitnehmervertretung 621–622
- Arbeitscomputer des Arbeitnehmers 367–368
- Arbeitsergebnis 429
- Arbeitsfähigkeit 620
- Arbeitskämpfe 48 f.
- Arbeitslosigkeit eines Ausländers (chômage d'un étranger) 114
- Arbeitsmittel 280
- Arbeitsniederlegung 585–586
- Arbeitsplatz, Zutritt zum 145
- Arbeitsstätigkeit, konkurrenzierende 407
- Arbeitsunfall 280
- Arbeitsunfähigkeit (incapacité de travail) 114
 - Beweislast für die 227
- Arbeitssicherheit 614
- Arbeitsverhältnisse, Übergangs des 270–271
- Arbeitsvertrag und Auftrag 442
- Arbeitsvertrag, Entstehung ohne ausdrücklichen Vertragsschluss 499
- Arbeitsverweigerung, beharrliche 585–586
- Arbeitszeit
 - Erfassung und Kontrolle der 618
 - -erfassung 55 ff.
- Arbeitszeugnisses, Ausformulierung des 417
- Arzt, leitender 179
- ärztliche Schweigepflicht 227
- Arztzeugnis 227
- Asylbewerber 594–595
- Aufenthaltsanspruch (droit au séjour) 114
- Aufgabe, öffentlich-rechtliche (tâches de droit public) 316
- aufgeteilte Fürsorgepflicht 614
- Aufhebungsvertrag 616
 - eigenes Interesse des Arbeitnehmers am 616
- Auftrag und Arbeitsvertrag 442
- Ausdehnung, örtliche des Konkurrenzverbots 493
- Ausformulierung des Arbeitszeugnisses 227
- Auskunftsrecht (droit d'accès) 99–100

Ausländers, Arbeitslosigkeit eines
(chômage d'un étranger) 114
ausländischer Ferienaufenthalt 620
Auslandtätigkeit 154
Auslegung 626
– von Art. 122 lit. b BGG (interprétation
de l'art. 122 let. b LTF) 359
Ausschreibung neuer Stellen 481
Aussendienstmitarbeiter 221
Aussichtlosigkeit 614
Auswahl des Arbeitnehmers 614
Auszahlung, vorbehaltlose des letzten
Lohnes 602–603
Auto 127
Awards, gevestete 602–603

B

Badge 353
Bagatellunfall 594–595
Bank (banque) 99–100
Bankkundendaten, Verkauf von (vente de
données bancaires) 186
Bankmitarbeiterdaten, Auslieferung von
554
Beamten, Begriff des (notion de fonction-
naire) 316
Beamtenstellung (qualité de fonctionnaire)
316
Bearbeitung von Personendaten 367–368
Begriff des Beamten (notion de fonction-
naire) 316
Begründungsanforderungen, Erfüllung
der 364
beharrliche Arbeitsverweigerung 585–586
Behauptungslast 499
Behörden, amerikanische (autorités améri-
caines) 99–100
Beitritt der Gewerkschaft (adhésion du
syndicat) 334–335
Berechnung des Streitwerts (calcul de la
valeur litigieuse) 183
Berufsbeiträge 626
Beschäftigung von Personen, die nicht
Familienmitglieder sind 404
Beschwerde 552
Beschwerde ans Bundesgericht (recours au
Tribunal fédéral) 331–332

Beschwerdeberechtigung bei vermögens-
rechtlichen Streitigkeiten (qualité pour
agir en cas de contestations pécuniaires)
331–332

Beschwerdelegitimation der Eidgenössi-
schen Finanzkontrolle (EFK) 364
Besoldung, rechtsgleiche 247
besondere Natur des Geschäfts 306
Bestreitungslast 499
betriebliche Übung hinsichtlich der Grati-
fikation 422
betriebsübergangsbedingte Kündigung
270–271
Betriebswache 341
Beweisführungslast 499
Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit
227
Bewerbungsverfahren 91 ff.
Bonus 124, 206, 306 422, 566, 602–603
– Qualifikation eines (qualification d'un
bonus) 297–298
– -reglements, stillschweigende Annahme
des 306
Bundesamtes für Statistik, schweizerische
Lohnstrukturhebung des 566–567
Bundesangestellte, Whistleblowing-
Meldestelle für 364
Bundesblatt (BBl) 18 ff.
bundesrätliches Verfahren zur AVE 626

C

Chef der Abteilung Vermögensverwaltung
der BVK (chef du département de ges-
tion du patrimoine de la BVK) 316
Courtagenbasis 127

D

Dahinfallen
– der Stelle 218–219
– des nachvertraglichen Konkurrenzver-
bots 493
Daten 367–368, 493
– von Bank-Mitarbeitern 554
Datensammlung 364
– Inhaber der (maître du fichier) 99–100
derivativer Erwerb von Urheberrechten
429
deutsche Steuerbehörden (autorités fiscales
allemandes) 186

Diensterfindung, Recht an einer 231–232
 Dienstjahr 149
 diskriminierende Nichtanstellung 623–624
 diskriminierungsfreier Lohn 247, 372–373
 Diskriminierungsverbot 164–165
 Dreiecksverhältnis zwischen Personalverleiher, Arbeitnehmer und Entleiher 614

E

eheliche Liebesbeziehung zwischen der Arbeitnehmerin und dem Firmenspatron 558
 Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) 364
 Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB) 86 ff.
 Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation 499
 Einkommen, sehr hohes (*très haut revenu*) 297–298
 Einsatzbetrieb 614
 Einziehung des Verkaufserlöses (*confiscation du produit de la vente*) 186
 Entlassung, siehe auch „Kündigung“
 – einer Lehrperson 215
 – eines Arbeitnehmers eines Kernkraftwerks 341
 – fristlose 353, 602–603
 – ungerechtfertigte 585–586
 – Unterscheidung Freistellung/Entlassung 585–586
 Entleiher 614
 entsandter Arbeitnehmer 154
 Entschädigung
 – aus Überzeit 179
 – für nichtbezogene Ferientage 620
 – für Überstunden 179
 Entsendung 76 ff.
 Entstehung eines Arbeitsvertrags ohne ausdrücklichen Vertragsschluss 499
 Erfassung der Arbeitszeit 618
 Erfüllung der Begründungsanforderungen 364
 Ermächtigung
 – des Bundesrates 554
 – gesamtarbeitsvertragliche 621–622
 Ermessen des Arbeitgebers 566–567
 erweiterte Ladenöffnungszeiten für Familienbetriebe 404

Erwerb, originärer und derivativer von Urheberrechten 429

F

Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse 221
 faktisches Vertragsverhältnis 499
 Familienbetriebe(e)
 – erweiterte Ladenöffnungszeiten für 404
 – Voraussetzungen als 404
 Ferienfähigkeit 620
 Fernbleiben von der Arbeit 585–586
 Firmenspatron 558
 Fixlohn 566–567, 602–603
 Flankierende Massnahmen 76 ff.
 Forderungsverzicht der Arbeitgeberin 602–603
 Fragepflicht, richterliche 499
 Frankenstärke 46
 frauenspezifischer Beruf (*profession spécifiquement féminine*) 372–373
 Freistellung 311, 493, 585–586
 freiwillige Zulage 566–567
 Freiwilligkeitsvorbehalt 566–567
 fremde Arbeitsorganisation, Eingliederung in eine 499
 Fünffache des Schweizer Medianlohns (*cinq fois le salaire médian suisse*) 297–298
 Fürsorgepflicht
 – aufgeteilte 614
 – keine Vorwirkung der 623–624
 – -verletzung 311, 594–595

G

GAV 334–335
 – für den Personalverleih (GAVP) 334–335
 – normativ aufgrund des 334–335
 Gang an die Öffentlichkeit 341
 Gefährdung der Arbeitnehmer 280
 Generalklausel von Art. 89 Abs. 1 BGG (*clause générale de l'art. 89 al. 1 LTF*) 331–332
 Genugtuung 367–368
 Genugtuungsforderung
 – wegen Altersdiskriminierung 623–624
 – wegen psychischer Erkrankung 594–595

Gesamtarbeitsvertrag für den Personalverleih 626
 gesamtarbeitsvertragliche Ermächtigung 621–622
 Geschäftsgeheimnisse 221, 576–577
 geschlechtsneutral (neutre sous l'angle du genre) 372–373
 geschlechtsunspezifische Kriterien 481
 Gesetzesumgehung, unzulässige 270–271
 gesetzliches Quorum 626
 gestörtes Vertrauensverhältnis 134
 gevestete Awards 602–603
 Gewerkschaft, Beitritt der (adhésion du syndicat) 334–335
 Gewinnaussichten 614
 Gleichbehandlungsklausel (clause d'égalité de traitement) 334–335
 gleiche Entlohnung von Frau und Mann 247
 Gleichstellung von Mann und Frau (égalité entre hommes et femmes) 372–373
 Gratifikation (gratification) 297–298, 566–567
 – betriebliche Übung hinsichtlich der 422
 – unechte 124
 Grundlagenirrtum 164–165

H

Haftung des Arbeitgebers 280
 Honorarpool 179

I

Identität einer Auskunftsperson 576–577
 indirekte lohnmassige Geschlechtsdiskriminierung (discrimination salariale indirecte fondée sur le sexe) 372–373
 Inhaber der Datensammlung (maître du fichier) 99–100
 Initiativen 31 ff.
 Interessenabwägung (pesée des intérêts) 99–100
 Irrtumsanfechtung 164–165

K

Kausalität, Verneinung der (absence de causalité) 359
 Kausalzusammenhang, Fehlen eines adäquaten 594–595
 Kernkraftwerk Mühleberg (KKM) 341

Kollektives Arbeitsrecht 46 ff.
 Kompensation des Ferienanspruchs 620
 Kompensationszahlung 206
 konkludente(r)
 – Kündigung 145
 – Verzicht 602–603
 konkrete Gefährdung 576–577
 Konkurrenzverbot 407
 – nachvertragliches 493
 Kontrolle(n)
 – der Arbeitszeit 618
 – des AWA 404
 Kontrollrecht 442
 Konzerngesellschaft 154
 Konzessionen, beider Parteien 616
 körperliche Beeinträchtigung 594–595
 Kosmetikstudio 239
 Kostenentscheid 552
 Krankentaggeld 239
 Krankheit 620
 Kriterien, nicht geschlechtsspezifische 481
 Kündigung
 – aus organisatorischen Gründen 270–271
 – betriebsübergangsbedingte 270–271
 – fristlose 353, 493
 – konkludente 145
 – missbräuchliche 264–265, 311, 558
 – Nichtigkeit der 227
 – ordentliche 493
 – Rache- 264–265, 481
 – schwangerer Frauen und Wöchnerinnen 68 ff.
 – zur Unzeit 149, 218–219, 275
 Kündigungsfrist, durch Sperrfrist verlängerte 475
 Kündigungsgründe, mehrere 264–265

L

Ladenöffnungszeiten, erweiterte für Familienbetriebe 404
 Laptop 127
 Lastwagenfahrer 236
 Lebenshaltungskosten 566–567
 Lehrperson 149
 – Entlassung einer 215
 leitender Arzt 179
 Lohngleichstellung von Mann und Frau (égalité salariale entre hommes et femmes) 372–373

- Lohn(s)
- -bestandteil (élément du salaire) 297–298
 - diskriminierungsfreier 247, 372–373
 - -dumping 47
 - -einstufung 481
 - -forderung, Sicherung der 127
 - -gleichheit 47, 164–165
 - -ungleichheit 481

M

- Mandatsverhältnis 585–586
- Massnahmen, vorsorgliche 407
- Medianlohns, Fünffache des Schweizer (cinq fois le salaire médian suisse) 297–298, 566–567, 602–603
- Meldung
- von geleisteten Überstunden 618
 - von Missständen an Medien 576–577
- mehrere Kündigungsgründe 264–265
- missbräuchliche Kündigung 264–265, 311, 558
- Missstände 576–577
- Mitwirkungsrecht 621–622
- Motionen 33 ff.
- Muttergesellschaft 145, 154
- Mutterschaft 58 ff.

N

- Nachrichtendienst, wirtschaftlicher (service de renseignements économiques) 186
- nachvertraglichen Konkurrenzverbots, Dahinfallen des 493
- negative Risikoverfügung 341
- neue Tatsachen und Beweismittel 236
- Niederkunft
- Zeit nach der 64 ff.
 - Zeit vor der 59 ff.
- Nichtigkeit(s)
- der Kündigung 227
 - -grund 417
- Normalarbeitsverträge 38
- normativ aufgrund des GAV 621–622
- Noven 236

O

- öffentliches Personalrecht (droit de la fonction publique) 134, 149, 215, 218–219, 227, 247, 311, 331–332, 367–368

- Öffentlichkeit, Gang an die 341
- öffentlich-rechtliche Aufgabe (tâches de droit public) 316
- originärer Erwerb von Urheberrechten 429
- örtliche Ausdehnung des Konkurrenzverbots 493

P

- Parlamentarische Initiativen 32 f.
- Passivlegitimation 154
- Patentanmeldung 231–232
- Pauschalisierung der Pausen 621–622
- Pausen 621–622
- Personalverleih, Gesamtarbeitsvertrag für den 626
- Personalverleiher 614
- Personendaten, Bearbeitung von 367–368
- Personensicherheitsprüfung von Mitarbeitenden 86 ff.
- persönliche Eigenschaft der Arbeitnehmerin 558
- Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers 367–368, 594–595
- Postulate 36 ff.
- Primarlehrberuf (profession d'enseignant du primaire) 372–373
- private Daten 367–368
- pro-rata-Zahlung 602–603
- Provisionsanspruch 127
- psychische Erkrankung 594–595

Q

- Qualifikation eines Bonus (qualification d'un bonus) 297–298
- Quorum, gesetzliches 626

R

- Rachekündigung 264–265, 481
- Recht an einer Dienstleistung 231–232
- Rechtfertigungsgrund für eine fristlose Entlassung 602–603
- rechtliches Gehör 576–577
- rechtsgleiche Besoldung 247
- Rechtsgleichheitsgebot, allgemeines 247
- Rechtsmissbrauch durch widersprüchliches Verhalten 275
- Rechtspflege, unentgeltliche 614
- Rechtsschutz in klaren Fällen 231–232

Referenzauskünfte im Bewerbungsprozess 91 ff.
 Regelmässigkeit 566–567
 Regierungsrat (Conseil d’Etat) 331–332
 Retentionsrecht 127
 retinierte Gegenstände 127
 Returnklausel 154
 Revision 552
 – wegen Verletzung der EMRK (révision pour violation de la CEDH 359
 richterliche
 – Fragepflicht 499
 – Überprüfung der Allgemeinverbindlicherklärung 626
 Risikoverfügung, negative 341

S

sachliche Zuständigkeit (compétence matérielle) 183
 Sachverhalt, unbestrittener 231–232
 Saldoklausel 164–165
 Schadenersatzforderungen 602–603
 – wegen psychischer Erkrankung 594–595
 Schadenersatzpflicht 280
 Schlichtungsbehörde 417
 Schlichtungsverhandlung 552
 Schöpferprinzip 429
 Schutz
 – der Persönlichkeit des Arbeitnehmers 367–368, 576–577
 – -einrichtung 280
 – -massnahmen 576–577
 – -rechtserwerb 231–232
 schutzwürdige Interessen einer Partei oder Dritter 576–577
 Schwangerschaft 275
 Schweigepflicht, ärztliche 227
 schweizerische Lohnstrukturerhebung 566–567
 sehr hohes Einkommen (très haut revenu) 297–298
 Sicherheit des KKM 341
 Sicherheitsmitarbeiter 594–595
 Sicherung der Lohnforderung 127
 Solidaritätsbeitrag (contribution de solidarité) 334–335
 Soll-Arbeitszeit 179
 Sonntagsarbeit 404

Sorgfaltspflicht 493
 Sozialpartner (partenaire social) 334–335
 Sozialplan 164–165
 sozialpolitischer Schutzgedanke 566–567
 Sozialversicherungen 585–586
 Sperrfrist 149, 218–219, 227, 475
 Standard-Bonus 124
 Standesinitiativen 32
 Stellen
 – Ausschreibung neuer 481
 – -bewerber, 51-jähriger 623–624
 – -wechsel, entgangener Bonus infolge 206
 Stempeluhrmanipulation 353
 Stempelzeiterfassung 618
 Steuerbehörden, deutsche (autorités fiscales allemandes) 186
 stillschweigende Annahme des Bonusreglements 306, 422
 Strafanzeige 134
 Streitwert(s) 127
 – Berechnung des (calcul de la valeur litigieuse) 183
 Stressschäden 594–595
 Studierfähigkeit 620
 Subordinationsverhältnis 442
 Substantiierungslast 499

T

tätigkeitsimmanente erhöhte Stressbelastung 594–595
 Täuschung, absichtliche 164–165, 206
 temporäre Arbeitseinsätze 236
 Tochtergesellschaft 154
 Traumatisierung 594–595
 Treu und Glauben 602–603
 Treuebruch 353
 Treuepflicht 231–232, 493

U

Übergang des Arbeitsverhältnisses 270–271
 Überstunden 179
 – Meldung von geleisteten 618
 Übertragung der Urheberrechte 429
 überwiegendes Interesse Dritter (intérêt prépondérant de tiers) 99–100
 Überzeit 179
 Umstrukturierungsmassnahmen 481

- unbestrittener Sachverhalt 231–232
- unechte Gratifikation 124
- unentgeltliche Rechtspflege 614
- Unfall 614
 - -verhütung 281
- unlauteres Handeln 221
- Unterordnung in persönlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht 442
- Unterstellung eines Arbeitnehmers (assujettissement d'un travailleur) 334–335
- Untersuchungsmaxime 236
- Unvollstreckbarkeit des Vergleichs 417
- Unzeit, Kündigung zur 149, 218–219, 275
- unzulässige Gesetzesumgehung 270–271
- Urheber 429
 - -rechte, Übertragung der 429

V

- Verbleiberecht (droit de demeurer) 114
- Verbot einer konkurrenzierenden Arbeitstätigkeit 407
- verbotene Handlungen für einen fremden Staat 554
- Verfahrensmangel 417
- Vergleich(s) 417, 552
 - echter 616
 - Unvollstreckbarkeit des 417
 - -vertrag 164–165
- Verhandlungsgrundsatz 499
- Verjährungsfrist, zehnjährige 602–603
- Verjährungsregeln 247
- Verkauf von Bankkundendaten (vente de données bancaires) 186
- Verleihbetrieb 626
- Verletzung
 - der EMRK (révision pour violation de la CEDH) 359
 - von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen 221
 - von Verfahrensrechten (violation de droits procéduraux) 359
- Verlustgefahren 614
- Verneinung der Kausalität (absence de causalité) 359
- Verrechnung 602–603
- Versicherungsbetrug 239
- Versicherungskasse für das Staatspersonal (BVK) 316
- Verteidigungsrechte 576–577

- Vertragsänderung 264–265
- vertrauensärztliche Untersuchung 227
- Vertrauens
 - -person des Arbeitgebers 558
 - -prinzip 422, 566–567
 - -verhältnis, gestörtes 134
- Verwarnung 585–586
- Verzicht(s)
 - des Arbeitnehmers 275
 - konkludenter 602–603
 - -verbot 616
- Verzug, des Arbeitgebers 475
- Volksinitiativen 31 ff.
- Voraussetzungen als Familienbetrieb 404
- vorbehaltlose Auszahlung des letzten Lohnes 602–603
- Vorbereitungshandlungen für die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit 239
- vorsorgliche Massnahmen 407
- Vorwirkung der Fürsorgepflicht 623–624

W

- Weisungsrecht 442
- Weiterbeschäftigung 134, 215
 - kein Anspruch auf 311
- Weitergabe persönlicher Daten 554
- Whistleblower-Policy 576–577
- Whistleblowing 341, 576–577
 - externes 576–577
 - internes 576–577
 - -Meldestelle für Bundesangestellte 87, 364
- widersprüchliches Verhalten, Rechtsmissbrauch durch 275
- Willkür(-verbot) 127, 236
- Wirksamkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung 626
- wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers 566–567
- wirtschaftlicher Nachrichtendienst (service de renseignements économiques) 186
- wirtschaftspolitische Ermessensfragen 626

Z

- zehnjährige Verjährungsfrist 602–603
- Zeitguthaben 618
- Zeugnis
 - Arbeits- 417
 - Arzt- 227

Zuständigkeit, sachliche (compétence matérielle) 183

Zutritt zum Arbeitsplatz 145

Zuverlässigkeitskontrolle nach Art. 24 Kernenergiegesetz (KEG) 341

2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienisch- sprachigen Urteile)

A

abandon d'emploi 535–536

absence de causalité 359

accord de résiliation 386–387

activité

– accessoire lucrative 292–293

– rémunérée durant le temps de repos 521

adhésion du syndicat 334–335

âge

– de la retraite 510–511

– légal 463–464

apprenti 546

association professionnelle 286, 400

assujettissement d'un travailleur 334–335

assurance sociale 515

atteinte

– à la personnalité 525–526, 540–541

– de l'âge réglementaire de la retraite 463–464

augmentation de salaire 463–464

autorités

– américaines 99–100, 449–450

– fiscales allemandes 186

avertissement 292–293

B

banque 99–100

bonne foi 463–464, 535–536

bonus, qualification d'un 297–298

bouteille de vin, valeur de la chose volée 347

C

caisse de pension LPP 463–464

calcul de la valeur litigieuse 183

causalité, absence de 359

CCT 251–252, 286, 334–335, 439, 546

certificat fédéral de capacité 546

chef du département de gestion du patrimoine de la BVK 316

chômage d'un étranger 114

cinq fois le salaire médian suisse 297–298
clause

– d'égalité de traitement 334–335

– de prohibition de concurrence 521

– générale de l'art. 89 al. 1 LTF 331–332

cocontractants 140–141

collectivité publique 173–174

commission

– tripartite 251–252, 286

– payment exclusivement à la 327

compétence

– matérielle 183

– ratione materiae 449–450

conciERGE 140–141

concurrence, clause de prohibition de 521

condition résolutoire 458

confiscation du produit de la vente 186

congé, voir aussi «licenciement»

– abusif 292–293, 394, 432, 525–526

– avec effet immédiat 535–536

– caractère abusif du 525–526

– délais de 510–511

– immédiat injustifié 386–387

Conseil d'Etat 331–332

contrat(s)

– connexes ou couplés 140–141

– d'apprentissage conclu pour une durée déterminée 546

– de bail 140–141

– de droit privé 173–174

– de formation avec effet ordinaire 546

– de stage 546

– de travail conclu sous condition résolutoire 458

– de travail de durée déterminée 458, 463–464

– de travail de durée maximale 463–464

– de travail, violation du 212

– innommé 546

– mixte 546

contrainte de soumission 334–335

contrat-type de travail 251–252, 286, 546

contribution de solidarité 334–335

convention collective de travail, voir

«CCT»

créances

- d’indemnité de fin des rapports contractuels 349
 - de salaire 349
 - salariales 507
- critère de la subordination 321
cumul de l’indemnité 525–526

D

- défense des intérêts des membres 394
degré de liberté 321
délai
- de congé 510–511
 - de prescription 507
 - de résiliation 521
- demeure d’accepter la prestation du travailleur 386–387
dénigrement de l’employeur dans les médias 540–541
devoir de fidélité 292–293, 540–541
diffamation 470–471
directeur de l’entreprise 470–471
directives de l’employeur 212
discrimination salariale indirecte fondée sur le sexe 372–373
disproportion manifeste entre le nombre total des membres et ceux d’entre eux touchés par la mesure 394
dommage causé au travailleur 212
données
- bancaires, vente de 186
 - personnelles 449–450
- dossier personnel 540–541
droit(s)
- au séjour 114
 - d’accès 99–100
 - de demeurer 114
 - de la fonction publique 331–332
 - violation de d. procéduraux 359
- dumping salarial 286
durée des rapports de travail 525–526

E

- égalité de traitement 173–174
égalité (salariale) entre hommes et femmes 372–373
élément du salaire 297–298
employé communal 173–174
étranger 507
- chômage d’un 114

- épouse 140–141
examen de fin d’apprentissage 546
expérience professionnelle 546

F

- fardeau de la preuve 432, 353–536
fichier, maître du 99–100
fidélité, devoir de 292–293, 540–541
fin des rapports de travail 439, 507, 510–511
fonctionnaire
- notion de 316
 - qualité de 316
- formation
- professionnelle de l’apprenti 546
 - du stagiaire 546

G

- gratification 297–298
grossesse 386–387

H

- heures supplémentaires 515

I

- incapacité de travail 114, 386–387
indemnité(s) 525–526
- additionnelle fondée sur l’art. 49 CO 525–526
 - créances de salaire et d’i. de fin des rapports contractuels 349
 - cumul de l’ 525–526
 - de 50% du salaire horaire 199
 - due en vertu de l’art. 336a al. 1 CO 394
 - pour les jours fériés 515
 - pour tort moral 525–526
- insultes anonyme, lettre d’ 470–471
intérêt prépondérant de tiers 99–100
intérêts de l’employeur, lésion des 521
Internet 540–541
interprétation de l’art. 122 let. b LTF 359

J

- jours fériés 515

L

- lésion des intérêts de l’employeur 521
lettre
- d’insultes anonyme 470–471

- de résiliation 386–387
- licenciement
 - abusif 432, 525–526
 - économique 432
 - immédiat 292–293, 347
- lien de causalité entre le motif répréhensible et le licenciement 394
- lieu de travail 515
- location de service 251–252

M

- maître du fichier 99–100
- maladie 394
- médias, dénigrement de l'employeur dans les 540–541
- mesures particulières protégeant les employés 470–471
- motif
 - économique 432
 - prétexte 432

N

- neutre sous l'angle du genre 372–373
- notification d'une résiliation 510–511
- notion de fonctionnaire 316

O

- obligation de travailler 521

P

- partenaire social 334–335
- pauses 515
- payment exclusivement à la commission ou aux pièces 327
- pénalité au sens de l'art. 337c al. 3 CO 353–536
- personnalité
 - atteinte à la 525–526, 540–541
 - du travailleur, protection de la 449–450
- pesée des intérêts 99–100
- pluralité de motifs 394
- préavis, résiliation avec ou sans 535–536
- prescription 349, 439
 - délai de 507
 - du droit aux vacances 439
- prestation
 - du travail 321, 386–387
 - en argent 439

- prétentions découlant du contrat de travail 525–526

- preuve fardeau de la 432, 353–536

- principe de subsidiarité 251–252

- procédure de conciliation 251–252

- profession

- d'enseignant du primaire 372–373

- spécifiquement féminine 372–373

- protection

- de la personnalité du travailleur 449–450

- des données personnelles 449–450

Q

- qualité

- de fonctionnaire 316

- pour agir en cas de contestations pécuniaires 331–332

- qualification

- d'un bonus 297–298

- du contrat 321

R

- raison inhérente à la personnalité de l'autre partie 394

- rappel des termes du contrat 463–464

- rapports de confiance 292–293

- ratione materiae, compétence 449–450

- reconduction du contrat de travail de durée déterminée 458

- recours au Tribunal fédéral 331–332

- règlement de la caisse de pension LPP 463–464

- relation de droit public 173–174

- rémunération d'un stage professionnel 546

- repos 327, 521

- retraite

- âge de la 510–511

- automatique 463–464

- réglementaire de la 463–464

- résiliation, voir aussi «licenciement»

- accord de 386–387

- avec ou sans préavis 535–536

- conventionnelle 386–387

- délai de 521

- immédiate 347

- lettre de 386–387

- notification d'une 510–511

- revenu

- que le travailleur a gagné en exécutant un autre travail 386–387
 - très haut 297–298
- révision pour violation de la CEDH 359
- risque économique 321

S

- salaire(s)
- 13e s. 515
 - afférent aux vacances 521
 - augmentation de 463–464
 - cinq fois le s. médian suisse 297–298
 - créances de s. et d'indemnité de fin des rapports contractuels 349
 - déterminant au sens des assurances sociales 515
 - élément du 297–298
 - fixé par l'autorité administrative 507
 - horaire 199
 - minimaux 251–252, 286
 - normal 515
 - pendant les vacances 327
 - usuels 251–252, 286
- service de renseignements économiques 186
- silence du travailleur 463–464
- sociétés d'utilité publique intéressées 286
- solde de vacances sur plusieurs années 439
- sortie du tunnel (en l'espèce entre 40 et 70 minutes pour un aller-retour) 515
- souffrance morale 525–526
- subordination, critère de la 321
- subsidiarité, principe de 251–252
- Swissstaffing 251–252
- syndicat
- adhésion du 334–335
 - qualité pour agir d'un 400

T

- tâches de droit public 316
- tort moral subi par le travailleur licencié 525–526
- travail
- accompli le dimanche 199
 - dominical régulier 199
 - prestation de 321, 386–387
 - temporaire 251–252
- très haut revenu 297–298
- tunnel, sortie du 515

V

- vacances 515
- afférent aux vacances 521
 - n'ayant pas pu être prises avant la fin des rapports de travail 439
 - salaire pendant les 327
 - solde de vacances sur plusieurs années 439
- valeur
- de la chose volée (une bouteille de vin) 347
 - litigieuse, calcul de la 183
- vente de données bancaires 186
- violation
- caractérisée du devoir de fidélité 540–541
 - de droits procéduraux 359
 - de la CEDH 359
 - du contrat de travail 212
- vol commis au préjudice de l'employeur 347

