

Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis	XV
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Gesetzgebung	1
Zusammengestellt von PIA BUSER, MLaw	
I. Allgemeines	3
1. Reformprojekte	3
a. Allgemeines	3
b. Stabilisierungsmassnahmen der dritten Stufe	3
c. Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbe- treibung und Konkurs (SchKG)	4
d. Justizreform	6
aa. Kantonale Arbeitsgerichte im Rahmen der Einführungs- und Gerichtsorganisations- gesetze zur eidgenössischen Zivilprozess- ordnung	6
bb. Bundespatentgericht	9
cc. Revidiertes Lugano Übereinkommen	10
e. Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förde- rung der Forschung und Innovation (FIFG)	11
f. Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)	12
2. Initiativen	13
a. Volksinitiativen (Zustandekommen)	13
b. Standesinitiativen	14
c. Parlamentarische Initiativen	14
3. Motionen und Postulate (Übersicht)	15
a. Arbeit und Bildung	15
b. Soziale Sicherheit	18
4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt	21
a. Konjunkturlage	21
b. Arbeitslosigkeit	22
c. Lohnentwicklung	24
d. Arbeitszeit	25
5. Internationale Beziehungen	26
a. Internationale Übereinkommen	26
b. Bilaterale Verhandlungen	26
aa. Die bilateralen Abkommen	26
bb. Die Personenfreizügigkeit	28
cc. Die flankierenden Massnahmen	31

b.	Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)	37
6.	Stagiaires	39
II.	Individualarbeitsrecht	40
1.	Teilzeitarbeit	40
2.	Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit	41
a.	Allgemeines	41
b.	Lohnleichheit	42
c.	Vereinbarkeit von Beruf und Familie	45
3.	Whistleblowing	46
4.	Ferienanspruch	48
5.	Digitaler Strafregisterauszug	49
III.	Öffentliches Arbeitsrecht	49
1.	Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PRSG) und Passivrauchschutzverordnung (PaRV)	49
2.	Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG)	51
a.	Erweiterung des personellen Geltungsbereiches	51
b.	Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)	51
c.	Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2)	52
d.	Verordnung über die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich (STEBV) und die revidierte Verordnung über die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahnen (VTE)	52
e.	Verordnung zum Arbeitszeitgesetz (AZGV)	53
f.	Aufhebung der Verordnung Azetylen, Sauerstoff und Kalziumkarbid	53
2.	Schwarzarbeit	53
3.	Berufs- und Weiterbildung	54
4.	Soziale Sicherheit	60
a.	Allgemeines	60
b.	Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHVG/IVG)	61
c.	Ergänzungsleistungen (EL), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagengesetz (FamZG)	65
d.	Berufliche Vorsorge (BVG)	67
e.	Arbeitslosenversicherung (AVIG)	69
f.	Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)	71
g.	Sozialversicherungsabkommen	73
5.	Personalrecht des Bundes	76
6.	Öffentliches Dienstrecht der Kantone	80

7. Ausländische Arbeitnehmer	84
a. Ausländerstatistik	84
b. Fremdarbeiterregelung.....	86
8. Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge.....	88
IV. Kollektives Arbeitsrecht	94
1. Sozialpartnerschaft.....	94
2. Arbeitskämpfe	97
3. Gesamtarbeitsvertragsrecht	98
4. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamt- arbeitsverträge (Übersicht).....	102
5. Vom EVD genehmigte kantonale Allgemeinverbind- licherklärungen (Übersicht).....	108

**B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO)
und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeits-
beauftragten.....** 115

Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO 117

I. Merkblatt für die Anwendung des Arbeitsgesetzes in Krankenanstalten und Kliniken (letzte Änderung: 16. Juni 2010).....	117
1. Das ArG im Überblick	117
2. Definitionen.....	117
2.1 Krankenanstalten und Kliniken (Art. 15 Abs. 2 ArGV 2).....	117
2.2 Assistenzärzte (Art. 4a ArGV 1).....	117
2.3 Höhere leitende Tätigkeit (Art. 9 ArGV 1).....	117
2.4 Wissenschaftliche Tätigkeit (Art. 10 ArGV 1).....	118
3. Geltungsbereich.....	118
3.1 Betrieblicher Geltungsbereich des ArG.....	118
3.2 Persönlicher Geltungsbereich des ArG.....	118
4. Krankenanstalten und Kliniken: einige Besonderheiten.....	119
5. Arbeits- und Ruhezeiten in Krankenanstalten oder Kliniken.....	120
5.1 Tages- und Abendarbeit.....	120
5.2 Verlängerung der Arbeitswoche	120
5.3 Nachtarbeit.....	120
5.4 Sonntagsarbeit	122
5.5 Tägliche Ruhezeit	122
5.6 Pausen.....	123
6. Pikettdienst.....	123

6.1	Pikettdienst ausserhalb der Krankenanstalt oder Klinik.....	123
6.2	Pikettdienst in der Krankenanstalt oder in der Klinik.....	124
7.	Sonderschutz für Arbeitnehmerinnen – Mutterschaft	125
7.1	Verbotene Arbeiten.....	125
7.2	Arbeitszeit.....	125
7.3	Arbeitsplanung.....	126
II.	Merkblatt über den Schutz des Arbeitsverhältnisses bei Militärdienst, Zivildienst und Zivildienst (letzte Änderung: 5. Februar 2010)	127
1.	Vorbemerkung.....	127
2.	Allgemeines.....	127
3.	Begriff des obligatorischen schweizerischen Militär- dienstes und Zivildienstes sowie des Zivil- dienstes.....	128
4.	Lohnzahlung bei obligatorischem Militär- oder Schutzdienst und bei Zivildienst	128
4.1	Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers	128
4.2	Leistungen gemäss Erwerbsersatzordnung.....	129
4.3	Verhältnis der Lohnzahlungspflicht zu den Leistungen der Erwerbsersatzordnung und Dauer der Lohnzahlung	129
4.4	Lohnzahlung für andere Arbeitsverhinderungen	131
4.5	Abweichungen von der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers.....	131
5.	Kündigungsschutz bei der Leistung von obligatori- schem Militär- oder Schutzdienst und bei der Leistung von Zivildienst	131
5.1	Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigung durch den Arbeitgeber	131
5.2	Schutz des Arbeitgebers vor Kündigung durch den Arbeitnehmer	132
5.3	Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses	132
6.	Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen obligato- rischen Militär- oder Schutzdienstes oder wegen Zivil- dienstes (missbräuchliche Kündigung, Art. 336, 336a und 336b OR).....	132
7.	Kürzung des Ferienanspruchs bei obligatorischem Militär- oder Schutzdienst oder bei Zivildienst.....	133

<i>Eigenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)</i>	134
I. Antworten des EDÖB zur Privatsphäre des Mitarbeiters	134
II. Leitfaden zu biometrischen Erkennungssystemen (Version 1.0, September 2009)	138
1. Einleitung	138
1.1 Vorbemerkungen	138
1.2 Terminologie und Definitionen	140
1.2.1 Terminologie.....	140
1.2.2 Definitionen	140
1.3 Grundlegende biometrische Techniken	142
2. Leitprinzipien für biometrische Erkennungssysteme	143
3. Evaluationsleitfaden	145
3.1 Einleitung.....	145
3.2 Zweckbindung, Rechtmässigkeit und Transparenz	145
3.2.1 Welches sind die Ziele, die mit der Ein- führung des biometrischen Erkennungs- systems erreicht werden sollten?.....	145
3.2.2 Wie ist der Erkennungsvorgang beschaffen: Handelt es sich um eine biometrische Identi- fikation oder Verifikation?.....	146
3.2.3 Sind die biometrischen Daten zentral oder dezentral gespeichert (Modalitäten der Speicherung)?	146
3.2.3.1 Biometrisches Template auf Karte.....	147
3.2.3.2 Biometrischer Vergleich auf Karte.....	147
3.2.3.3 Biometrisches System auf Karte	147
3.2.4 Welche sind die Rechtfertigungsgründe der Datenbearbeitung?	148
3.3 Erkennungsmittel.....	148
3.3.1 Welches Vorgehen wird für den Erken- nungsvorgang gewählt?	148
3.3.2 Handelt es sich um biometrische Charak- teristika, die im Alltag Spuren hinterlassen? Ist es möglich, diese biometrischen Charak- teristika ohne Kenntnis der betroffenen Person zu erfassen (nicht bemerkbare Erfassung)?	149
3.3.3 Werden biometrische Rohdaten und/oder biometrische Templates gespeichert?	149
3.3.4 Handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO?.....	150

3.4	Datensicherheit und Zuverlässigkeit des Systems ...	150
3.4.1	Welche Systemarchitektur hat das biometrische Erkennungssystem?	150
3.4.1.1	Schematische Darstellung eines biometrischen Erkennungssystems.....	150
3.4.2	Welche Sicherheitsmassnahmen wurden getroffen?.....	152
3.4.3	Wie läuft der Prozess des biometrischen Enrolments ab?.....	152
3.4.4	Wie hoch ist die Rate der Enrolment-Fehlfunktion (FTE)?	153
3.4.5	Wieviele Personen werden registriert?.....	153
3.4.6	Wie läuft der Prozess der biometrischen Erkennung ab?	153
3.4.7	Wie hoch ist die Akzeptanzschwelle – von der ertragbaren Falschakzeptanzrate abhängig – angesetzt? Wie hoch ist die daraus resultierende Falsch-Rückweisungs-Rate?....	153
3.4.8	Werden die biometrischen Prozesse (Enrolment und Erkennung) protokolliert? Falls ja, welche?.....	154
3.5	Rechte der betroffenen Personen	154
3.5.1	Welche Massnahmen wurden getroffen, um die Rechte der betroffenen Personen zu wahren?	154
3.5.2	Wurde dem EDÖB die Datensammlung angemeldet?	154
III. 17.	Tätigkeitsbericht 2009/2010 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 66 ff.	156
1.	Datenschutz im Rahmen der Verwendung der elektronischen Infrastruktur in der Bundesverwaltung	156
2.	Anwesenheitskontrolle mittels Fingerabdrücken	157
3.	Spionagesoftware am Arbeitsplatz.....	157
4.	Familienzulagen und Anmeldeformular.....	158
5.	Gesundheitscheck für die Mitarbeiter der Post	159
6.	Personal- und Videoreglement von XX	159
7.	«Mitarbeiter-Check» im Internet.....	160
8.	Zustellung von Pensionskassenausweisen.....	160
9.	Personalreglement PUBLICA	162

C. Rechtsprechung	163
Zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und Dr. iur. HUBERT FRITSCH	

Bundesgericht

12.01.2009	4A_495/2007; 4A_497/2007 etc.	165
03.02.2009	4A_509/2008	182
04.02.2009	4A_491/2008	192
13.02.2009	4A_474/2008	196
25.02.2009	4A_449/2008	203
27.02.2009	4A_528/2008	209
02.03.2009	1C_245/2008	213
05.03.2009	1C_296/2008; 1C_310/2008	219
05.03.2009	4A_571/2008	223
05.03.2009	2C_308/2008	230
12.03.2009	4A_552/2008	135 III 349.....	238
12.03.2009	4A_559/2008	246
16.03.2009	2C_875/2008	135 II 128.....	256
26.03.2009	4A_28/2009	264
26.03.2009	2C_344/2008; 2C_345/2008	268
03.04.2009	4A_60/2009	271
08.04.2009	4A_66/2009	277
10.04.2009	5A_629/2008	135 III 470.....	283
21.04.2009	4A_401/2008	135 III 483.....	286
22.04.2009	4A_590/2008	135 III 405.....	290
27.04.2009	4A_315/2008	294
12.05.2009	4A_140/2009	301
18.05.2009	4A_132/2009	306
25.05.2009	4A_90/2009	313
26.05.2009	4A_564/2008	318
27.05.2009	1C_418/2008	324
29.06.2009	4A_251/2009	329
28.07.2009	4A_227/2009	334
24.08.2009	8C_340/2009	341
31.08.2009	5A_461/2009	343
02.09.2009	8C_158/2009	136 I 39.....	346
03.09.2009	4A_522/2008	348
30.09.2009	4A_328/2009	352
08.10.2009	4A_311/2009	356
02.11.2009	4A_95/2009	365
10.11.2009	4A_432/2009	370

11.11.2009	5D_147/2009	375
12.11.2009	6B_536/2009	378
16.11.2009	4A_347/2009	136 III 96.....	383
16.11.2009	2C_357/2009	387
23.11.2009	2C_283/2009	136 I 29	392
25.11.2009	4A_377/2009	399
03.12.2009	4A_333/2009	136 III 94.....	409
16.12.2009	4A_478/2009	410
23.12.2009	4A_354/2009	135 III 640.....	415

Bundesverwaltungsgericht

23.07.2009	A-286/2007	422
------------	------------	-------	-----

BE

OGer.	APH 08 581	04.03.2009.....	431
OGer.	APH 09 240	29.05.2009.....	437
OGer.	APH 09 276	22.10.2009.....	442
OGer.	APH 09 439	10.12.2009.....	445

BS

GewSGer.	GS 2009/279	05.10.2009.....	453
GewSGer.	GS 2009/246	09.11.2009.....	456
GewSGer.	GS 2009/217	30.11.2009.....	459

FR

TC	102 2008-56	01.05.2009.....	462
TC	102 2008-145	15.06.2009.....	474
TC	102 2009-8	05.10.2009.....	477
TC	102 2008-97	06.10.2009.....	485

GE

CRCT	C-07-07	22.01.2008.....	491
TRPH	TRPH/461/2009	19.06.2009.....	493
CAPH	CAPH/34/2009	03.03.2009.....	498
CAPH	CAPH/90/2009	03.06.2009.....	507
CAPH	CAPH/169/2009	01.12.2009.....	513

GR

KGer.	ZK2 09 4	21.04.2009.....	517
KGer.	ZF 08 66	19.05.2009.....	523
KGer.	ZK2 09 3	17.08.2009.....	527
KGer.	ZK2 09 53	20.10.2009.....	535
KGer.	ZK2 09 45	18.11.2009.....	537

LU			
OGer.	11 08 149	20.01.2009.....	542
OGer.	11 08 103	17.02.2009.....	544
SG			
KGer.	BZ.2009.73	04.01.2009.....	549
KGer.	BZ.2008.16	20.01.2009.....	555
KGer.	BZ.2007.6	31.03.2009.....	565
KGer.	BZ.2009.20	20.07.2009.....	570
KGer.	RZ.2009.28	18.09.2009.....	574
KGer.	BZ.2009.36	26.10.2009.....	578
KGer.	BZ.2009.51	19.11.2009.....	590
TI			
TAPP	12.2008.125	23.02.2009.....	598
TAPP	12.2008.236	25.06.2009.....	604
TAPP	12.2009.82	13.11.2009.....	608
TAPP	12.2009.124	14.12.2009.....	613
VD			
TC	10/2009/DCA	28.01.2009.....	617
TC	23/2009/JCL	27.02.2009.....	628
TC	28/2009/DCA	11.03.2009.....	637
TC	47/2009/DCA	07.04.2009.....	650
TC	505/I	05.10.2009.....	655
TC	567/I	02.11.2009.....	657
TC	622/I	08.12.2009.....	662
ZH			
OGer.	ZR 109 (2010) Nr. 31	19.11.2007.....	666
AGer.	Entsch. AGer Nr. 22	22.09.2009.....	675
AGer.	Entsch. AGer Nr. 3	24.11.2009.....	677
AGer.	Entsch. AGer Nr. 21	01.12.2009.....	679
AGer.	Entsch. AGer Nr. 4	15.12.2009.....	681
AGer.	Entsch. AGer Nr. 1	17.12.2009.....	683
D. Bibliografie			685
	Zusammengestellt von PIA BUSER, MLaw		
I.	Umfassende Darstellungen.....		687
II.	Kommentare.....		687
III.	Übergreifende Darstellungen und Sammelbände.....		687
IV.	Individualarbeitsrecht.....		688
	1. Pflichten des Arbeitnehmers.....		688
	2. Pflichten des Arbeitgebers.....		688

3. Lohnfragen	689
4. Vertragsänderung und Übergang des Arbeits- verhältnisses	689
5. Kündigung	689
V. Geschlechtergleichheit	690
VI. Besondere Arbeitsverhältnisse	690
VII. Kollektives Arbeitsrecht	690
VIII. Öffentliches Arbeitsrecht	691
IX. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung	692
X. Europäisches und Internationales Recht	693
XI. Sozialversicherungsrecht	693
XII. Verschiedenes	694
E. Verzeichnisse	697
Gesetzesregister	699
Stichwortverzeichnis	703

Thematisches Verzeichnis

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

- I. Individualarbeitsrecht
 1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 608–609, 617
 - b) Zustandekommen und Gültigkeit des Arbeitsvertrages 578, 666
 2. Pflichten des Arbeitnehmers
 - a) Treuepflicht 370, 422, 442, 493–494, 544, 565, 683
 - b) Haftung des Arbeitnehmers bei Pflichtverletzungen 422
 3. Pflichten des Arbeitgebers
 - a) Lohnzahlungspflicht 238–239, 343, 517, 523, 549
 - aa) im Allgemeinen 209, 277, 410–411, 431, 459, 513–514, 565, 570–571
 - bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 182, 294, 498, 608–609, 637–638, 655, 675, 677, 681
 - cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 456, 485, 513–514, 543, 578
 - dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 203
 - b) Fürsorgepflicht 196, 324, 341, 370, 498, 542, 637–638
 - aa) Schutz der Persönlichkeit 213, 264, 290–291, 306, 378, 442, 628, 662
 - bb) Datenschutz 294, 378
 - cc) Ferien und Freizeit 277, 409, 410–411
 - dd) Auslagen 453, 523, 650
 - ee) Zeugnis und Referenz 370, 535
 - ff) Gleichbehandlung und Gleichstellung 203, 574–575, 637–638, 662, 681
 - c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 290–291
 4. Übergang des Arbeitsverhältnisses 238–239, 498, 507–508
 5. Verzicht, Verjährung und Verwirkung 223, 409, 431, 613, 650, 657–658
 6. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
 - a) Kündigung
 - aa) im Allgemeinen 213, 356, 453, 544
 - bb) während der Probezeit 370, 383, 493–494
 - cc) Massenentlassung 223
 - dd) missbräuchliche Kündigung 223, 264, 271–272, 318–319, 341, 383, 442, 462, 498, 574–575
 - ee) Kündigung zur Unzeit 219, 238–239, 334

ff) ausserordentliche Kündigung 246, 290–291, 301, 306,
329–330, 365, 375, 477, 517, 544, 604, 613, 617, 683

gg) Aufhebungsvertrag 165

b) befristetes Arbeitsverhältnis 459

c) nachwirkendes Konkurrenzverbot 313, 453, 543, 527, 544, 679

7. besondere Einzelarbeitsverhältnisse

a) Lehrvertrag 477

b) Handelsreisendenvertrag 617, 655, 675

c) Personalverleih 387–388, 415, 456, 570–571

8. öffentlichrechtliches Dienstverhältnis 213, 341, 422

II. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Arbeitsschutzrecht 392

a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 378

b) Arbeits- und Ruhezeit 209, 230–231, 445, 549

2. ausländische Arbeitskräfte 256, 387–388, 485, 513–514

3. Sozialversicherungsrecht 356, 415, 474

III. Kollektives Arbeitsrecht

1. Gesamtarbeitsvertragsrecht 192, 268, 399–400, 415, 456, 491,
527, 542, 555–556, 590, 598

2. Betriebliches Mitwirkungsrecht 223

IV. Arbeitsgerichtsbarkeit

1. Zuständigkeit 246, 283, 286, 334, 352, 507–508, 565, 657–658,
666

2. Verfahren 283, 343, 346, 348, 352, 437, 462, 535, 537, 578,
657–658, 679

Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht

- A. ANDERMATT et al., Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009; frz. Übersetzung: Droit collectif du travail, Bâle 2010
- G. AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 319–362, Genf 2003
- A. BERENSTEIN/P. MAHON, Labour Law in Switzerland, 2. A., Bern usw. 2001
- D. BRAND et al., Der Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht, Kommentar zu den Art. 319–346a, 361–362, Muri 1991
- J. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343, 2. A., Bern 1996
- CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005
- PH. CARRUZZO, Le contrat individuel de travail. Commentaire des art. 319 à 341 du Code des obligations, Genève/Zürich/Bâle 2009
- J.-L. DUC/O. SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, Lausanne 1998
- CH. FAVRE/CH. MUNOZ/R. A. TOBLER, Le contrat de travail, code annoté, 2^{ème} éd., Lausanne 2010
- TH. GEISER/R. MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009
- C. KAUFMANN/S. STEIGER-SACKMANN (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. A., Basel 2009
- R. KUHN/G. KOLLER, Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis, Zürich 1982 ff. (Loseblattausgabe)
- R. A. MÜLLER, ArG – Kommentar Arbeitsgesetz, 7. A., Zürich 2009
- W. PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 319–362, 4. A., Basel 2007
- W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007
- M. REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. A., Bern 2002
- M. REHBINDER/J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/1, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010
- A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–355, 361–362, Zürich 1996; Neuauflage Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006
- J.-F. STÖCKLI, Berner Kommentar, Bd. VI/2/2/3, Art. 356–360, Bern 1999

U. STREIFF/A. VON KAENEL, Arbeitsvertrag. Praxiskommentar zu Art. 319–362, 6. A., Zürich/ Basel/Genf 2006

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

F. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, 3. A., Basel 2005

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

R. WYLER, Droit du travail, 2. A., Bern 2008

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der EU (Amtsblatt der EU C 115/49 vom 9. Mai 2008)
AG	Aargau
AGer	Arbeitsgericht
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	BG über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101)
AI	Appenzell-Innerrhoden
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
ALCP	Accord sur la libre circulation des personnes (SR 0.142.112.681)
ALV	Arbeitslosenversicherung
AR	Appenzell-Ausserrhoden
ArG	BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (SR 822.112)
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge; SR 822.113)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung; SR 822.115)
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	BG über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AvenirSocial	Professionelle Soziale Arbeit Schweiz
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11)
AVIG	Arbeitslosenversicherungsgesetz (SR 837.0)
AVOL	Arbeitsvolumenstatistik
AVR	Arbeitsvertragsreglement
AVV	Arbeitsvermittlungsverordnung (SR 823.111)
AZB	Ausbildungszentrum der Bundesverwaltung
AZGV	Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz) (SR 822.211)
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BAV	Bundesamt für Verkehr
BaZ	Basler Zeitung
BB	Bundesbeschluss
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz; SR 412.10)
BBi	Bundesblatt
BBT	Bundesamt für Berufsbildung und Technologie
BBV	Berufsbildungsverordnung (SR 412.101)

BE	Bern
beco	Berner Wirtschaft/économie bernoise
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (SR 211.412.41)
BFM	Bundesamt für Migration
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGE	Leitentscheid des Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgerichtsgesetz (SR 173.110)
BGSA	Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (SR 822.41)
BIP	Bruttoinlandprodukt
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BK	Berner Kommentar
BKB	Beschaffungskommission des Bundes
BL	Baselland
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1)
BPG	Bundespersonalgesetz (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3)
BS	Basel-Stadt
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherung
BV	Bundesverfassung
BVG	BG über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CAPH	Chambre d'appel des prud'hommes du Canton de Genève
CC	Code civil suisse (RS 210); Codice civile svizzero (RS 210)
CCL	Contratto colectivo di lavoro
CCNT	Convention collective nationale de travail
CCT	Convention collective de travail
CGP	Caisse générale de prévoyance
CHF	Schweizer Franken
CIA	Concordat intercantonal sur l'arbitrage
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJG	Cour de Justice de Genève
CNL	Contratto normale di lavoro
CNLCC	Contratto normale di lavoro per gli operatori dei Call Center (FU 68/2009, 28 agosto 2009)
CO	Droit des obligations (RS 220)
Comedia	Die Mediengewerkschaft
CP	Code pénal (RS 311.0)
CPC	Codice di procedura civile (3.3.2.1)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)
CTT	Contrat-type de travail
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
d.h.	das heisst
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1)
DTF	Decisioni del Tribunale federale
E.	Erwägung

EAK	Eidgenössische Arbeitskommission
EBA	Eidg. Berufsattest
ebd.	ebenda
EBG	Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
ECTS	European Credit Transfer System
EDA	Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidg. Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFD	Eidg. Finanzdepartement
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFZ	Eidg. Fähigkeitszeugnis
EG	Europäische Gemeinschaft
EG-ZPO	Einführungsgesetz zur eidg. Zivilprozessordnung
EHB	Eidg. Hochschulinstitut für Berufsbildung
Eidg.	Eidgenössisch
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EL	Ergänzungsleistungen
EntsG	BG über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (SR 834.1)
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)
EPA	Eidg. Personalamt
ETH	Eidg. Technische Hochschule
EU	Europäische Union
EUR	Euro
EVD	Eidg. Volkswirtschaftsdepartement
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamZG	BG über die Familienzulagen (SR 836.2)
FF	Feuille fédérale
FH	Fachhochschule
FIFG	Bundesgesetz über die Förderung der Forschung und Innovation (Vorlage noch nicht im BBl veröffentlicht)
FR	Freiburg
FU	Foglio ufficiale
FusG	Fusionsgesetz (SR 221.301)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681)
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.42)
FZR	Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GAV FAR	Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe
GE	Genf
GewSGer	Gewerbliches Schiedsgericht
GL	Glarus
GIG	Gleichstellungsgesetz (SR 151.1)
GR	Graubünden

GRECO	Groupe d'Etat contre la Corruption
HIV	Humane Immundefizienz-Virus
Hrsg.	Herausgeber
IAK	Internationale Arbeitskonferenz
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IB	Integrationsbüro
ILO	International Labour Organisation
ILZ	Interinstitutionelle Zusammenarbeit
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
IV	Invalidenversicherung
IVG	BG über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
i. V. m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JU	Jura
Kapers	Vereinigung des Kabinenpersonals
KdK	Konferenz der Kantonsregierungen
KGer	Kantonsgericht
KiBeV	Kinderbetreuungsverordnung (Vorlage noch nicht im BBl veröffentlicht)
KMU	Klein- und Mittelunternehmen
KTI	Kommission für Technologie und Innovation
KVG	BG über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)
LACI	Loi sur l'assurance-chômage (RS 837.0)
LADI	Legge sull'assicurazione contro la disoccupazione (RS 837.0)
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAV	Verordnung über die Anstellung der Lehrkräfte (Kanton Bern, BSG 430.251.0)
LCA	Loi sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCD	Loi contre la concurrence déloyale (RS 241)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LECCCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311)
LEg	Loi sur l'égalité (RS 151.1)
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile (Loi sur les fors; RS 272)
LFus	Loi sur la fusion (RS 221.301)
lit.	Litera (Buchstabe)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (RS 935.61)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur (RS 943.02)
LMV	Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
LPVO	Lehrpersonalverordnung (Kanton Zürich, OS 412.311)
LRCF	Loi sur la responsabilité (RS 170.32)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LSEE	Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RS 142.20)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTr	Loi sur le travail (RS 822.11)

LU	Luzern
LugÜ	Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11)
Mio.	Millionen
Mo	Motion
Mrd.	Milliarden
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
New Wood Staff Union	Gewerkschaft der Vereinten Nationen
NGO	Non-Governmental Organization
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
NZZaS	Neue Zürcher Zeitung am Sonntag
OACI	Ordonnance sur l'assurance-chômage (RS 837.02)
OAK	Oberaufsichtskommission des Kantons Bern
OCP	Office cantonal de la population
OdA	Organisation der Arbeitswelt
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
OGer	Obergericht
OKP	Obligatorische Krankenpflegeversicherung
OLT	Ordonnance relative à la loi sur le travail (RS 822.111)
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce (RS 221.411)
OS	Offizielle Sammlung des Kantons Zürich
OW	Obwalden
PaRV	Passivrauchschutzverordnung (SR 818.311)
PatGG	Bundesgesetz über das Patentgericht (SR 173.41)
PAVO	Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption (SR 211.222.338)
PBK	Paritätische Berufskommission
Po	Postulat
PPF	Loi fédérale sur la procédure pénale (RS 312.0)
PRSG	Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31)
PsyG	Bundesgesetz über die Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz) (Vorlage noch nicht im BBl veröffentlicht)
PUBLICA	Pensionskasse des Bundes
RAV	Regionales Arbeitsvermittlungszentrum
resp.	respektive
revLugÜ	Revidiertes Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (BBl 2009 8809, noch nicht in Kraft)
RN	Randnote
RS	Recueil systématique; Raccolta sistematica
RtiD	Rivista ticinese di diritto (158)
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (SR 172.010)
Rz	Randziffer
S.	Seite

SA	société anonyme
SAKE	Schweizerische Arbeitskräfteerhebung
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SBF	Staatssekretariat für Bildung und Forschung
SBKV	Schweizerischer Bühnenkünstlerverband
SBV	Schweizerischer Baumeisterverband
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SED	Structured Electronic Document
SEV	Schweizerischer Eisenbahn- und Verkehrspersonalverband
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SGK	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit
SGK-N	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates
SGK-S	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates
SH	Schaffhausen
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SIT	Syndicat interprofessionnel de travailleurs et travailleuses
SJ	La semaine judiciaire (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
SKASA	Schweizerische Kommission für den Austausch von Stagiaries mit dem Ausland
SMV	Schweizerischer Musikerverband
SNB	Schweizerische Nationalbank
SNM	Schweizerisches Nationalmuseum
SO	Solothurn
sog.	sogenannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung
STEBV	Verordnung über die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich (SR 742.141.2)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StR	Ständerat
SSM	Schweizer Syndikat Medienschaffender
Suva	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
Suisseculture	Dachverband der professionellen Kulturschaffenden der Schweiz
SVA	Sozialversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01)
SVP	Schweizerische Volkspartei
Syna	Gewerkschaft Syna
SZ	Schwyz
TAPP	Tribunale d'appello del Cantone Ticino
TC	Tribunal Cantonal
TG	Thurgau
TI	Tessin
TPH	Tribunal des prud'hommes
TPK	Tripartite Kommission
u.a.	unter anderem
UNCAC	United Nations Convention against Corruption (General Assembly resolution 58/4 of 31 October 2003)
Unia	Gewerkschaft
UNO	United Nations Organization
UR	Uri

USA	United States of America
UVEK	Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UVG	BG über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung (SR 832.202)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VBPV	Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.31)
VD	Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
VEP	Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (SR 142.203)
VEV	Verordnung über die Einreise und Visumserteilung (SR 142.204)
VG	Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
Viscom	Schweizerischer Verband für visuelle Kommunikation
VöB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.11)
VOSA	Verordnung gegen die Schwarzarbeit (SR 822.41)
VPOD	Verband des Personals öffentlicher Dienste
VRAB	Vorsorgereglement für die Angestellten und Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Bund (amtliche Publikationen in: BBl 2008 5923, BBl 2009 2721, BBl 2009 8471, BBl 2009 8465)
VS	Wallis
VTE	Verordnung über die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahnen (SR 742.141.21)
VUV	Verordnung über die Unfallverhütung (SR 832.30)
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
WEKO	Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEMIS	Zentrales Migration-Informationssystem
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZPK	Zentrale Paritätische Kontrollstelle
ZPO	Eidg. Zivilprozessordnung (BBl 2009 21, noch nicht in Kraft)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZUVO	Zustell- und Vertriebsorganisation AG, Zürich
ZZZ	Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungs- recht

A. Gesetzgebung

Zusammengestellt von
PIA BUSER, MLaw

I. Allgemeines

1. Reformprojekte

a. Allgemeines

Die diesjährige Berichtsperiode steht einmal mehr unter dem Stern der globalen Wirtschaftskrise. Während sich in den vorherigen Berichtsjahren die Auswirkungen des Börsencrashes noch vornehmlich auf den Finanzsektor konzentrierten, hat sich die Krise unterdessen zunehmend zu einer Arbeitsmarkt- und Verschuldungskrise verschärft. Eine Veränderung, die auch in der Schweiz spürbar ist und den Ruf nach Sofortmassnahmen und Revisionen im Bereich der Sozialversicherungen, aber auch in Bezug auf die Lohngestaltung im Individualarbeitsrecht aufkommen lässt. Davon zeugen insbesondere die verschiedenen *Stabilisierungsmassnahmen* des Bundes sowie die intensive Weiterverfolgung des Vorstosses zur Revision des *SchKG* in Bezug auf die *Privilegierung von Arbeitnehmerforderungen im Konkurs*, auf die im Folgenden näher eingegangen werden wird. Wie zentral die Teilrevision des *SchKG* für das Arbeitsrecht sein wird, zeigt sich zudem an anderer Stelle in Bezug auf das Schicksal von Arbeitsverträgen bei einer *Betriebsübernahme*.

Weitere relevante Reformen in den Bereichen *Arbeit, Bildung und Soziales* werden u.a. unter dem Aspekt der Neugestaltung der kantonalen Prozessbestimmungen in Anpassung an die *eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO)* erörtert. Ebenso werden die Schaffung des *eidgenössischen Patentgerichtes* in patentrechtlichen und die *Revision des Luganer Übereinkommens (revLugÜ)* in grenzüberschreitenden Sachverhalten nennenswerte Neuerungen für die Geltendmachung von Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberforderungen mit sich bringen.

Kurz hingewiesen sei nachfolgend ausserdem auf die beiden geplanten Totalrevisionen im Bundesgesetz über die *Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)* sowie im Bundesgesetz über das *öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*.

b. Stabilisierungsmassnahmen der dritten Stufe

Zur Abfederung der gegenwärtigen Arbeitsmarktkrise hat das Parlament nach den *Stabilisierungsmassnahmen* der ersten und zweiten Stufe die befristeten konjunkturellen Massnahmen der dritten Stufe in einem dringlichen Bundesgesetz beschlossen, welche Anfang 2010 in Kraft gesetzt worden sind und voraussichtlich bis zum 31. Dezember 2011 gelten.¹ Sie verfolgen das Ziel der Bekämpfung von Arbeitslosigkeit, der

¹ Medienmitteilung des Eidgenössischen Volksdepartements (EVD) vom 10. August 2009 sowie Bundesgesetz über befristete und konjunkturelle Stabilisierungsmass-

Förderung der Informationstechnologien sowie die Stärkung der Auslandspromotion. Dazu stehen rund CHF 247 Mio. für Massnahmen gegen die rasch ansteigende Arbeitslosigkeit sowie CHF 50 Mio. zur Stärkung des Aufschwungs zur Verfügung. Im Rahmen der Stärkung des Arbeitsmarktes wird das Augenmerk insbesondere auf die Bekämpfung der Jugend- und Langzeitarbeitslosigkeit gesetzt. Zusätzlich soll die Zeit der Arbeitslosigkeit von den Betroffenen für Qualifizierungsmassnahmen genutzt werden können.²

c. *Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*

Die geplante *Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)* betreffend die Begrenzung des Konkursprivilegs von Arbeitnehmerforderungen geht auf die parlamentarische Initiative ZANETTI aus dem Jahre 2002 zurück. Nach Ende der diesbezüglichen Vernehmlassung im April 2009 lag der Ball beim Bundesrat, welcher sich in seiner Stellungnahme vom 11. November 2009 grundsätzlich befürwortend zur genannten Begrenzung des Konkursprivilegs äusserte.³ Schliesslich hat die Bundesversammlung am 18. Juni 2010 die Änderung von Artikel 219 Absatz a Erste Klasse Buchstabe a, a^{bis} und a^{ter} SchKG in der nachfolgend beschriebenen Weise beschlossen, wobei die Neuerung dem fakultativen Referendum untersteht. Sollte die Referendumsfrist am 7. Dezember 2010 unbenutzt verstreichen, fände die Begrenzung des Konkursprivilegs noch vor Ende 2010 Eingang in den Gesetzestext.⁴

De lege lata geniessen alle Arbeitnehmerforderungen ungeachtet ihrer Höhe ein Konkursprivileg erster Klasse. Die beschlossene Änderung des SchKG sieht demgegenüber die Plafonierung der im ersten Rang geschützten Arbeitnehmerforderungen auf einen Bruttomaximalbetrag entsprechend dem maximal versicherten Jahresverdienst der obligatorischen Unfallversicherung von CHF 126 000.– vor. Dadurch soll das auf einen gebührenden Sozialschutz abzielende Konkursprivileg der Arbeitnehmenden wieder auf

nahmen in den Bereichen Arbeitsmarkt, der Informations- und Kommunikationstechnologien sowie der Kaufkraft vom 25. September 2009 (SR 951.91).

² Medienmitteilung des EVD vom 10. August 2009 sowie Medienmitteilung des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) vom 26. Februar 2010; sowie 3. Phase der Stabilisierungsmassnahmen, SECO, zuletzt eingesehen am 28. Mai 2010 unter: www.seco.admin.ch/stabilisierungsmassnahmen/03055/index.html?lang=de

³ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 26. Juni 2009 zu 02.440 (Parlamentarische Initiative) SchKG. Begrenzung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen, Stellungnahme des Bundesrates sowie Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 11. November 2009.

⁴ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Änderung vom 18. Juni 2010, Veröffentlichung am 29. Juni 2010, BBl 2010 4257.

seine ursprüngliche Funktion zurückgeführt werden. Exzessive Löhne würden somit de lege ferenda der Privilegierung, welche primär den wirtschaftlich abhängigen Arbeitnehmer fokussieren, nicht mehr in vollem Umfang unterliegen.⁵ Kritische Stimmen aus dem Lager der Gegner wendeten dagegen ein, dass mit der bestehenden Privilegierung derjenige geschützt werden soll, der auf ein regelmässiges Einkommen angewiesen sei, was auf sämtliche Arbeitnehmer (also ungeachtet ihrer Lohnklasse) zutreffen.⁶

Der Bundesrat hielt gleichwohl den vorgeschlagenen Höchstbetrag von CHF 126 000.–, der in der Verordnung zum Unfallversicherungsgesetz festgelegt und regelmässig der Teuerung angepasst wird, für angemessen. Probleme könnten sich einzig bei Forderungen aus Sozialplänen ergeben: Auch Empfänger von moderaten Löhnen, die jedoch gestützt auf einen Sozialplan einen einmaligen, die privilegierte Obergrenze überschreitenden Anspruch zugute haben, würden im Vergleich zum geltenden Recht eine Einbusse riskieren, obwohl gerade diese dem Sozialplan unterstehenden Arbeitnehmer besonders schutzbedürftig seien.⁷

Anlass zur Diskussion im Kontext der Teilrevision des SchKG gab weiter die nach gegenwärtigem Recht umstrittene Frage, ob der Erwerber eines Unternehmens im Rahmen eines *Insolvenzverfahrens* alle bisherigen Arbeitsverträge übernehmen müsse. Um diese Unsicherheit zu beseitigen, schliesst der Vernehmlassungsentwurf, der bereits Anfang 2009 in die Vernehmlassung geschickt worden ist, eine solche Übernahmepflicht des Erwerbers aus. An dieser teilweise kritisierten Neuerung soll festgehalten werden, weil sie nach Ansicht des Bundesrates ein wichtiges Element eines wirksamen Sanierungsrechts darstellt. Als Ausgleich ist eine *allgemeine Sozialplanpflicht* im Obligationenrecht (OR) vorgesehen. Mit dem Sozialplan sollen Massnahmen festgelegt werden, um Kündigungen zu vermeiden oder zu beschränken und deren Folgen zu mindern. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) ist Mitte Januar 2010 vom Bundesrat mit der Ausarbeitung einer entsprechenden Botschaft beauftragt worden.⁸

⁵ Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 26. Juni 2009 zu 02.440 (Parlamentarische Initiative) SchKG. Begrenzung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen, Stellungnahme des Bundesrates sowie Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 11. November 2009.

⁶ Auswertung der Vernehmlassungen, 02.440 Parlamentarische Initiative ZANETTI, SchKG. Begrenzung des Konkursprivilegs für Arbeitnehmerforderungen, Bundesamt für Justiz (BJ); April 2009, S. 3f.

⁷ Medienmitteilung des EJPD vom 11. November 2009.

⁸ Medienmitteilung des EJPD vom 20. Januar 2010.

d. Justizreform

aa. Kantonale Arbeitsgerichte im Rahmen der Einführungs- und Gerichtsorganisationsgesetze zur eidgenössischen Zivilprozessordnung

Während das materielle Zivilrecht seit über einem Jahrhundert vereinheitlicht ist, besteht im kantonale geregelten *Prozessrecht* bis anhin ein in Europa einzigartiger Rechtszustand der Zersplitterung in 26 verschiedene Prozessordnungen. Da dieser Umstand gerade auch im sozialen Privatrecht wie dem Arbeitsrecht, welches von vielen punktuellen Anpassungen im Verfahrensrecht durch den Bund betroffen gewesen ist, mit vielen Nachteilen verbunden ist, haben im Jahr 2000 Volk und Stände einer Verfassungsänderung von Artikel 122 BV zugestimmt, welche die Gesetzgebungskompetenz im zivilen Prozessrecht von den Kantonen auf den Bund überträgt.⁹

Treu bleiben will der Gesetzgeber jedoch dem Prinzip, dass die Gerichtsorganisation und damit die Regelung der sachlichen Zuständigkeit sowie die Hoheit hinsichtlich der Kostentarife bei den Kantonen verbleibt, was in den Artikeln 3 und 4 bzw. in Artikel 96 im Gesetzestext zur Zivilprozessordnung (ZPO) unter dem Vorbehalt anderer Bestimmungen manifestiert wird. Damit verbunden ist die Prämisse, dass durch die Rechtsvereinheitlichung keine den Kantonen anfallenden Mehrkosten generiert werden sollen. Deshalb wird insbesondere auf die Pflicht zur Einführung von Fachgerichten, wie bspw. von *Arbeitsgerichten*, verzichtet. Gleichwohl bringt die Gesetzesnovelle auch für die kantonalen Instanzen Umstrukturierungen mit sich, sind im Zuge der Vereinheitlichung doch generelle Fragen hinsichtlich der Gestaltung des Zivilprozesses aufgeworfen worden. Insbesondere sieht das neue Gesetz grundsätzlich ein vorgängiges *Schlichtungsverfahren* oder alternativ die nicht behördlich organisierte *Mediation* vor, bevor das Gericht angerufen werden kann.¹⁰

Unumgänglich ist für den Gesetzgeber somit der punktuelle Eingriff in die kantonale Gerichtsorganisation hinsichtlich der Anzahl einzelner Instanzen und der Parität von Schlichtungsstellen.¹¹ So verlangt der Gesetzestext gerade für das Schlichtungsverfahren nach dem *Gleichstellungsgesetz (GLG)* eine sog. *doppelte Parität*, d.h. eine Parität der Sozialpartner und der Geschlechter, wobei festgehalten werden muss, dass im Sinne einer Ausnahme das Schlichtungsverfahren bei Ansprüchen aus dem Gleichstellungsgesetz für die klagende Partei freiwillig ist. Eine besondere Ausgestaltung der Parität für arbeitsrechtliche Streitigkeiten ist dagegen nicht vorgesehen.

⁹ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221, S. 7222 f.

¹⁰ Vgl. ebd. sowie Art. 197 ff. ZPO.

¹¹ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221, S. 7237.

Wie bereits im materiellen Recht im konkreten Fall von Artikel 11 GIG festgelegt ist, nehmen die Schlichtungsbehörden u.a. zusätzlich eine praktisch wichtige Rechtsberatungsfunktion wahr.¹²

Wird schliesslich der Gerichtsweg eingeschlagen, so bestimmt sich der Gerichtsstand neu nach Artikel 34 ZPO für Klagen aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sowie für das Verfahren vor den Schlichtungsbehörden nach Artikel 12 GIG.¹³ Artikel 35 ZPO hält neu fest, dass bei Streitigkeiten aus Arbeitsrecht die schutzbedürftige Partei weder zum Voraus mittels Gerichtsstandsvereinbarung noch durch Einlassung auf ihren gesetzlichen Gerichtsstand verzichten kann. Erst nach Entstehung der Streitigkeit kann ein von Artikel 34 ZPO abweichender Gerichtsstand prorogiert werden.¹⁴ Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis CHF 30 000.– und für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz ohne Rücksicht auf den Streitwert gilt ein *vereinfachtes Verfahren*, das in Artikel 243 ZPO geregelt ist und an die Stelle des bisherigen *einfachen und raschen Verfahrens* tritt. Somit wird die bisher für arbeitsrechtliche Streitigkeiten einschlägige Verfahrensnorm von Artikel 343 OR mit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO aufgehoben werden.¹⁵

Die vereinheitlichte Zivilprozessordnung tritt per 1. Januar 2011 in Kraft, weshalb auch die Kantone gehalten sind, die nötigen Anpassungen an die ZPO auf diesen Zeitpunkt vorzunehmen.¹⁶

In einer Gesamtschau auf den Stand der Entwicklung der kantonalen Gerichtsorganisationsgesetze im Hinblick auf die Beibehaltung bzw. Einführung von arbeitsrechtlichen Fachgerichten ergibt sich folgendes Bild:

–Im Halbkanton *Basel-Stadt*, der bereits vor Einführung der eidgenössischen ZPO ein arbeitsrechtliches Fachgericht in Angliederung an das Zivilgericht gekannt hat, wird dieses beibehalten. Einzig die Terminologie wird geändert: Statt dem etwas antiquierten Begriff des gewerblichen Schiedsgerichtes wird neu vom gebräuchlicheren Terminus des Arbeitsgerichtes Gebrauch gemacht werden.¹⁷

¹² Vgl. Art. 199 f. ZPO; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), BBl 2006 7221, S. 7330 sowie GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, 2010, Art. 198–201.

¹³ FELLER/BLOCH in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 34 N 6.

¹⁴ SUTTER-SOMM/HEDINGER in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Art. 35 N 4.

¹⁵ GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, 2010, Art. 243 N 1 ff.

¹⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 31. März 2010.

¹⁷ Ratschlag zu einem Gesetz über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) und zur Änderung verschiedener damit zusammenhängender Gesetze des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt an den Grossen Rat, den Mitgliedern des Grossen Rates des Kantons Basel-Stadt zugestellt am 10. März 2010 (09.0915.01), S. 8 f.

- Der Halbkanton *Baselland* verzichtet hingegen gemäss seines kantonalen Einführungsgesetzes weiterhin auf die Schaffung eines arbeitsrechtlichen Fachgerichtes und belässt die Beurteilung der betreffenden Streitigkeiten bei den Bezirksgerichten.¹⁸ Um die bewährte Praxis der Vergleichsverhandlungen in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten bei den Bezirksgerichten beizubehalten, ist beabsichtigt, die Schlichtungsversuche in diesem Rechtsgebiet nicht den Friedensrichterinnen und Friedensrichtern zu übertragen, sondern weiterhin den Bezirksgerichten zuzuweisen.¹⁹
- Im Kanton *Bern* befinden sich derzeit noch Arbeitsgerichte in Bern, Biel, Burgdorf, Interlaken, Thun und Moutier.²⁰ Im Rahmen der Justizreform wird es im Zivilbereich ab 2011 nur noch vier erstinstanzliche Regionalgerichte in Bern, Thun, Biel (mit einer Aussenstelle in Moutier) und Burgdorf geben.²¹ Diesen sind vier separate Schlichtungsstellen vorgelagert, wobei die Schlichtungsstelle Bern-Mittelland auch Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz (GlG) beurteilen wird.²² Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde auf separat organisierte, von den ordentlichen Gerichten abgetrennte Arbeitsgerichte verzichtet. Stattdessen wird neu das Regionalgericht in paritätischer Dreierbesetzung über arbeitsrechtliche Streitigkeiten bis zu einer Streitwertgrenze von CHF 15 000.– urteilen. Beruflich qualifizierte Vertreterinnen und Vertreter von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen dürfen ihre Mitglieder begleiten oder verbeiständen und sich vor Gericht zur Sache äussern. Abgelehnt wurde

¹⁸ Vernehmlassungsvorlage des Kantons Basel-Landschaft (Vorlage an den Landrat), Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO), Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens durch den Regierungsrat am 27. Oktober 2009, S. 4.

¹⁹ Vorlage des Regierungsrates an den Landrat des Kantons Basel-Landschaft vom 23. März 2010, Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO), Nummer 2010-114, S. 4 sowie § 2 Einführungsgesetz zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO) des Kantons Basel-Landschaft.

²⁰ Gesetzgeberische Umsetzung der Justizreform, Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG), Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ), Antrag des Regierungsrates und gleichzeitig Antrag des Regierungsrates für die erste Lesung vom 17. Dezember 2008, S. 15.

²¹ Controllingbericht 2009 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 30. April 2010, Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung und Justizreform, S. 9 sowie ZEHNDER REGULA/FISCHER SYLVIE, Organisatorisch bleibt alles anders, in: Plädoyer 2010, Heft 3, S. 26.

²² Controllingbericht 2009 der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 30. April 2010, Reform der dezentralen kantonalen Verwaltung und Justizreform, S. 9 sowie Art. 85 Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG) des Kantons Bern.

ebenfalls eine Bezeichnung der neu geschaffenen paritätischen Regionalgerichte als Arbeitsgerichte.²³

- Auch dem Kanton *Genève* sind Arbeitsgerichte schon seit Längerem bekannt. Diese werden weiterhin nach dem *Loi sur le Tribunal des prud'hommes* beibehalten.²⁴ Erwähnenswert ist, dass die Richter des Arbeitsgerichtes in fünf Gruppen unterteilt sind, die sich jeweils nur den Arbeitsstreitigkeiten der ihnen zugeteilten Berufszweige zuwenden.²⁵ Das arbeitsrechtliche Fachgericht nimmt ausserdem die Funktion der Schlichtungsstelle auch in Gleichstellungsfragen wahr.²⁶ In Bezug auf die Besetzung wird es sich wie bisher unabhängig vom Streitwert aus Laienrichtern zusammensetzen, wobei die Anzahl Richter von fünf auf drei reduziert worden ist.²⁷
- Im Kanton *Zürich* sollen Arbeitsgerichte nicht nur in den Städten Zürich und Winterthur bestehen, sondern als Spezialgerichte an sämtlichen Bezirksgerichten eingeführt werden. Allerdings soll auf die Wahl von Arbeitsrichterinnen und -richtern, wie das bis anhin in den beiden grössten Städten des Kantons der Fall gewesen ist, künftig verzichtet werden. Bei den Schlichtungsbehörden werden keine tiefgreifenden Änderungen vorgenommen werden, da sie im Kanton Zürich bereits heute den bundesrechtlichen Vorgaben entsprechen. Für arbeitsrechtliche Streitigkeiten werden neu jedoch im ganzen Kanton Schlichtungsstellen, die an die Arbeitsgerichte angegliedert sind, bestehen.²⁸

bb. Bundespatentgericht

Mit Schaffung des *Bundespatentgerichtes* gestützt auf das *Patentgerichtsgesetz (PatGG)* vom 20. März 2010 erlangt erstmals ein *nationales Spezialgericht* anstelle von kantonalen Gerichten die Spruchkompetenz bei Streitigkeiten in Bezug auf Patente. Das Bundespatentgericht gewährleistet voraussichtlich ab Anfang 2011 als Vorinstanz des Bundesgerichts das

²³ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 12. Mai 2009.

²⁴ *Loi sur le Tribunal des prud'hommes* (10464) E 3 10 (loi 10462) du canton de Genève, entrée en vigueur à fixer par le Conseil d'Etat.

²⁵ Vgl. Chapitre II art. 3 al. 1 lettres a–e *Loi sur le Tribunal des prud'hommes* (10464) E 3 10 du 11 février 2010 (loi 10462) du canton de Genève, entrée en vigueur à fixer par le Conseil d'Etat.

²⁶ Vgl. Chapitre III art. 11 *Loi sur le Tribunal des prud'hommes* (10464) E 3 10 du 11 février 2010 (loi 10462) du canton de Genève, entrée en vigueur à fixer par le Conseil d'Etat.

²⁷ ZEHNDER REGULA/FISCHER SYLVIE, Organisatorisch bleibt alles anders, in: *Plädoyer* 2010, Heft 3, S. 26.

²⁸ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 13. August 2009.

erforderliche Fachwissen und einen effektiven Rechtsschutz für Erfindungen.²⁹

Fraglich ist folglich, inwiefern Streitigkeiten um *Arbeitnehmererfindungen* nach Artikel 332 OR direkt beim Bundespatentgericht anhängig gemacht werden können. Bekanntlich besitzen zivilrechtliche Streitigkeiten in Patentsachen in vielen Fällen einen schutz- und vertragsrechtlichen Hintergrund; auch rein vertragliche Ansprüche werfen oft schutzrechtliche Vorfragen auf, namentlich betreffend die Gültigkeit des Patents. Deshalb erstreckt sich die Zuständigkeit des Bundespatentgerichtes gemäss Artikel 26 PatGG auch auf Streitigkeiten um die Inhaberschaft und Vergütung von Arbeitnehmererfindungen nach Artikel 332 OR. Die Zuständigkeit des Patentgerichtes in diesen Fällen ist aber keine ausschliessliche, sondern es bleiben konkurrierend dazu weiterhin die kantonalen Gerichte für Vertragsstreitigkeiten zuständig. Nur diejenigen Klagen sind ausschliesslich vom Bundespatentgericht zu beurteilen, welche die Anwendung materiellen Patentrechts bedingen.³⁰ Somit hat der Kläger bei konkurrierender Zuständigkeit künftig die Wahl, seine Zivilklage beim zuständigen kantonalen Gericht oder beim Bundespatentgericht anhängig zu machen.³¹ Dies gilt folgerichtig auch für Patentstreitigkeiten in arbeitsrechtlichem Kontext.

cc. Revidiertes Lugano Übereinkommen

Das revidierte Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen wurde am 30. Oktober 2007 unterzeichnet. Mit Ausnahme der Schweiz und Island trat das Übereinkommen für die Vertragsparteien bereits am 1. Januar 2010 in Kraft. Der Ratifikationsbeschluss der Schweiz (BBl 2009 1835) wurde am 11. Dezember 2009 vom Parlament verabschiedet. Gemäss Beschluss des Bundesrates vom 31. März 2010 wird das revidierte Übereinkommen mit Wirkung auf den 1. Januar 2011 ratifiziert werden.³²

Die Gerichtsstände für arbeitsvertragliche Streitigkeiten sind im revidierten Luganer Übereinkommen (revLugÜ) neu in einem eigenen Abschnitt (5. Abschnitt, Artikel 18 bis 21 revLugÜ) normiert.³³

²⁹ Medienmitteilung des EJPD vom 14. Dezember 2009.

³⁰ Vgl. Art. 26 Abs. 2 PatGG sowie Botschaft vom 7. Dezember 2007 zum Patentgerichtsgesetz, BBl 2008 455, S. 482 f.

³¹ Vgl. STIEGER WERNER, Die Zuständigkeit der Schweizer Gerichte für Prozesse über und im Zusammenhang mit Patenten ab 2011, in: sic! 2010, Ausgabe 1, S. 11 f.

³² Vgl. Revision des Lugano-Übereinkommens, EJPD, letzte Änderung am 10. Mai 2010, eingesehen unter: www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/internationales_privatrecht/lugano_uebereinkommen/0.html sowie Medienmitteilung des EJPD vom 31. März 2010.

³³ Botschaft vom 18. Februar 2009 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des revidierten Übereinkommens von Lugano über die gerichtliche

Im Interesse der Arbeitnehmenden erweitert Artikel 18 Absatz 2 revLugÜ den Anwendungsbereich der besonderen Bestimmungen für Arbeitsverträge: Neu sind auch «Zweigniederlassungen, Agenturen oder sonstige Niederlassungen», die sich in einem Vertragsstaat befinden, von den Bestimmungen des 5. Abschnitts erfasst, selbst wenn deren Hauptsitz (vgl. Artikel 60 revLugÜ) nicht in einem Vertragsstaat liegt. In sachlicher Hinsicht bleibt der Anwendungsbereich dieser Sonderbestimmungen (individueller Arbeitsvertrag oder Ansprüche aus einem solchen) unverändert.³⁴

Neu wird zwischen den *Gerichtsständen des klagenden Arbeitnehmenden* (Artikel 19 revLugÜ) und den *Gerichtsständen für Klagen des Arbeitgebenden* (Artikel 20 revLugÜ) unterschieden. Artikel 21 revLugÜ befasst sich mit der *Rechtswahl*. Dagegen wurde auf eine Regelung des Gerichtsstandes für *entsandte Arbeitnehmende*, wie er sich in der EU-Entsenderichtlinie findet, verzichtet. Gleichwohl erlaubt Ziffer 3 des Protokolls Nr. 3 der Schweiz nunmehr, solche im EU-Recht verankerten Gerichtsstände im internen Recht nachzuvollziehen und die Anerkennung und Vollstreckung über das revLugÜ abzuwickeln.³⁵

In Artikel 19 revLugÜ werden die Gerichtsstände der *klagenden, arbeitnehmenden Partei* geregelt, welche im Wesentlichen unverändert vom bisherigen Recht übernommen worden sind. Neu ist lediglich, dass auch bei einer Verlegung der Niederlassung die Klage am neuen Niederlassungsort anhängig gemacht werden kann.³⁶

Bei den Gerichtsständen der *arbeitgebenden Partei* nach Artikel 20 revLugÜ wird nunmehr ein zwingender Gerichtsstand am Wohnsitz der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers statuiert. Vorbehalten bleibt die Widerklage gegen eine Klage der arbeitnehmenden Partei an einem anderen Gerichtsstand.³⁷

Hinsichtlich der *Rechtswahlmöglichkeiten* bringt Artikel 21 revLugÜ keinerlei Neuerungen gegenüber dem bisherigen Artikel 17 Absatz 5 LugÜ. Eine Gerichtsstandsvereinbarung ist somit weiterhin unbeachtlich, es sei denn, sie entspreche den Voraussetzungen von Artikel 21 Ziffer 2 revLugÜ.³⁸

e. *Totalrevision des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)*

Der Entwurf zu einer Neufassung des *Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation (FIFG)*, der sich zurzeit noch in der

Zuständigkeit, die Anerkennung und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivilsachen, BBl 2009 1777, S. 1795 f.

³⁴ Vgl. ebd.

³⁵ Vgl. ebd.

³⁶ Vgl. ebd.

³⁷ Vgl. ebd.

³⁸ Vgl. ebd.

Vernehmlassungsphase befindet, sieht neben einer systematischen und redaktionellen Neufassung die Vornahme verschiedener Präzisierungen und Ergänzungen, welche für die Erfüllung der Aufgaben des Bundes im Bereich der Forschungs- und Innovationsförderung notwendig sind, vor. Denn durch zahlreiche Teilrevisionen (kürzlich noch mit der gesetzlichen Abstützung der Kommission für Technologie und Innovation (KTI) im Forschungsgesetz)³⁹ wurde die Lesbarkeit erheblich erschwert. Die Totalrevision des FIFG ist inhaltlich vom neuen Bundesgesetz über die Hochschulförderung und die Koordination im Hochschulbereich weitgehend unabhängig.⁴⁰

f. *Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)*

Bereits seit Längerem ist eine *Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB)* in Planung. Da die Revision jedoch in gewissen Punkten nicht unumstritten ist, hat der Bundesrat eine Änderung auf Verordnungsstufe per 1. Januar 2010 der Gesetzesrevision vorgezogen, um rasch wichtige Anpassungen des Beschaffungsrechts, die bereits im Vernehmlassungsentwurf zum Bundesgesetz vorgeschlagen worden waren und sich positiv auf die Konjunktur auswirken könnten, umsetzen zu können.⁴¹ Bereits auf Verordnungsstufe festgelegt worden sind insbesondere Bestimmungen über die *Arbeitsbedingungen* (Artikel 7 VöB), über die *Bereinigung und Bewertung der Angebote* (Artikel 25 VöB) sowie über das *Bewertungssystem* (Artikel 27 VöB).⁴²

Anlass zur Kritik am Vorentwurf des BöB (VE BöB) gab u.a. aber genau die Frage, welche *sozialen Anforderungen* eine Anbieterin im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung einzuhalten habe. Dabei standen vor allem die Arbeitsbedingungen unter dem Aspekt des Leistungsorts- oder des Herkunftsortsprinzips sowie die Berücksichtigung von Ausbildungsplätzen im Fokus der Aufmerksamkeit.⁴³

So sieht der VE BöB gegenwärtig vor, dass für Anbieterinnen ohne Sitz oder Niederlassung in der Schweiz grundsätzlich die Bestimmungen am Ort der Leistung (*Leistungsortsprinzip*) oder mindestens die Kernüber-

³⁹ Vgl. JAR 2009, S. 25.

⁴⁰ Medienmitteilung des Staatssekretariats für Bildung und Forschung (SBF) vom 28. Oktober 2009.

⁴¹ Medienmitteilung des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) vom 18. November 2009.

⁴² Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), Änderung vom 18. November 2009 (AS 2009 6149).

⁴³ Bericht der Beschaffungskommission des Bundes (BKB) vom 18. November 2009 über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB), S. 5.

einkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gelten sollen. Für inländische Anbieter soll dagegen das *Herkunftsortsprinzip* (Bedingungen am Sitz der Anbieterin) gelten. Abgelehnt wurde der Vorschlag insbesondere sowohl von den politischen Parteien SP und SVP als auch von Vertretern der Gewerkschaften (SGB, vpod) und dem Schweizerischen Arbeitgeberverband, dem SBV sowie weiteren Fachverbänden wie auch von der WEKO, wenn auch aus zum Teil unterschiedlichen Gründen. Einerseits wurden Wettbewerbsverzerrungen und eine Nivellierung der Arbeitsbedingungen nach unten befürchtet.⁴⁴ Nach Ansicht des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) missachte der Vorentwurf die regionale Austarierung der Arbeitsbedingungen. Da gemäss Vorentwurf für schweizerische Anbieter die Arbeitsbedingungen ihres Herkunftsortes, die schlechter sein können als diejenigen am Leistungsort, massgeblich sein sollen, würden sie bei Ausschreibungen gegenüber ausländischen Anbietern, die sich an die Vorgaben des Leistungsortes halten dürfen, benachteiligt.⁴⁵ Andererseits wollte die WEKO das Herkunftsortsprinzip auch auf Anbieterinnen aus dem Ausland erstrecken. Dachverbände der Wirtschaft begrüssten hingegen den Entwurf.⁴⁶

Die vom Bundesrat vorgezogene Verordnung regelt die Frage nach den einzuhaltenden Arbeitsbedingungen im neuen Artikel 7 VöB dahingehend, dass ausländische Anbieterinnen bei der Erbringung von Leistungen im Ausland zumindest die Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) einhalten müssen.⁴⁷ Diese Bestimmung wird voraussichtlich bei der Revision des BöB auf Gesetzesstufe angehoben werden, wobei wünschenswert wäre, dass auch bezüglich der Frage um die Geltung des Leistungsorts- bzw. des Herkunftsortsprinzips für Klarheit gesorgt werden würde.

2. Initiativen

a. *Volksinitiativen (Zustandekommen)*

Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle» (BBl 2009 5669)

Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin» (BBl 2010 2939)

Volksinitiative «Schutz vor Passivrauchen» (BBl 2010 4158)

⁴⁴ Vgl. ebd.

⁴⁵ Zusammenstellung der Stellungnahmen der BKB vom 5. August 2009 zum Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB), S. 39.

⁴⁶ Bericht der BKB vom 18. November 2009 über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (VE BöB), S. 5.

⁴⁷ Erläuternder Bericht der BKB vom 1. Januar 2010 zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB), S. 7.

b. Standesinitiativen

Kanton Jura: Arbeitslosenversicherungsgesetz. Änderung (10.304)

Kanton Jura: Für die Gleichbehandlung der Feuerwehrleute im EOG (10.305)

Kanton Neuenburg: Berufslehre für Sans-Papiers (10.318)

Kanton Bern: Bezahlter Urlaub für Eltern von schwerkranken Kindern (10.322)

c. Parlamentarische Initiativen

Kommission für Rechtsfragen NR: Vorübergehende Erhöhung der Zahl der Richterstellen am Bundesverwaltungsgerichts (09.475)

Galladé: Bildung für chronisch kranke Kinder (09.479)

Dunant: Ergänzung von Artikel 17 ATSG (09.485)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur, NR: Stipendien. Bundesunterstützung zur Förderung der Mobilität der Studierenden (09.497)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit SR: Bundesgesetz über die Sanierung der IV. Änderung (09.498)

FDP-Liberale Fraktion: Stempelsteuer schrittweise abschaffen und Arbeitsplätze schaffen (09.503)

Sozialdemokratische Fraktion: Schaffung einer nationalen öffentlichen Krankenkasse (09.504)

Thanei: Kündigungsschutz (09.507)

Teuscher: Sexuelle Belästigung wirksam bekämpfen (09.514)

Reimann: Anwendung der Ventilklausele durch das Parlament (09.517)

Leutenegger: Überhöhte Lohnbezüge bei den Verwertungsgesellschaften. Ergänzung des Urheberrechtsgesetzes (09.522)

Lombardi: Finanzierung von Institutionen für Behinderte (09.523)

Robbiani: Finanzierung von Institutionen für Behinderte (09.526)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Anwendung der Ventilklausele durch das Parlament (09.527)

Humbel: Finanzierung der Gesundheitsleistungen aus einer Hand. Einführung Monismus (09.528)

Moser: Mutterschaftsurlaub soll als entschuldigt gelten (09.532)

Kommission für Rechtsfragen NR: Besoldung der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichtes (10.400)

Humbel: Prämienbefreiung für Kinder (10.407)

Meier-Schatz: Erhöhung der Erziehungs- und Betreuungsgutschriften in der AHV (10.410)

Leutenegger Oberholzer: Krankenkassen. Prämienfreiheit für Kinder (10.414)

Bänziger: Pensionskassen und Anlagestiftungen der zweiten Säule der Aufsicht der Finma unterstellen (10.418)

Zisyadis: Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens (10.422)
Prelicz-Huber: Recht auf Grundsicherung in der Bundesverfassung (10.428)
Barthassat: Familienzulagen für nicht berufstätige Mütter und Väter (10.438)
Kommission für Rechtsfragen SR: Arbeitsverhältnis und Besoldung des Bundesanwaltes oder der Bundesanwältin sowie der stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen (10.441)
Kommission für Rechtsfragen SR: Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «gegen die Abzockerei» (10.443)
Perrinjaquet: Jugendliche Sans-Papiers: Berufsbildung ja, aber keine Umgehung des Rechts (10.446)
Neiryneck: Bundesweite Koordinierung der Zulassung zu den medizinischen Fakultäten (10.454)
Leutenegger Oberholzer: Mindestens fünf Wochen Ferien für alle (10.455)
Leuenberger: Erhöhung des Ferienanspruches (10.464)
De Buman: Mindestens fünf Wochen Ferien für Personen über 50 (10.472)

3. Motionen und Postulate (Übersicht)

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

a. Arbeit und Bildung

Jenny: Behördliche Meldepflicht an Lehrer bei Straftaten Jugendlicher und Akteneinsichtsrecht von Lehrmeistern (09.3731 Mo)
Fehr: Recht auf fünf Weiterbildungstage (09.3744 Mo)
Van Singer: Arbeitsbewilligungen für abgewiesene Asylsuchende (09.3809 Mo)
Tschümperlin: Elternbildung gehört ins Weiterbildungsgesetz (09.3883 Mo)
Kiener: Gleichstellung. Mehr Frauen in technische, mathematische und naturwissenschaftliche Berufe (09.3930 Po)
Hutter: Ladenöffnungszeiten. Symmetrie zwischen Kantonsrecht und Bundesrecht (09.3938 Mo)
Barthassat: Vaterschaftsurlaub statt Wiederholungskurse (09.3943 Mo)
Lustenberger: Schaffung eines Bildungsdepartements (09.3954 Mo)
Giezendanner: Kostenlose Erneuerung der Fahrkarte der Berufsschauffeure (09.3957 Mo)
David: Zehn Jahre Bologna-Reform (09.3961 Po)
Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR (04.430): Förderung von Schweizer Buchautoren (09.3972 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR (09.3465): Auslandsschweizer-Ausbildungsgesetz. Revision (09.3974 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens. Neuverhandlungen mit der EU (09.4024 Mo)

Berberat: Eidgenössisches Fähigkeitszeugnis für Busfahrerinnen und Busfahrer im öffentlichen Verkehr und Herabsetzung des Alters für den entsprechenden Führerausweis (09.4032 Po)

Rime: Revision des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen Schweiz und EU (09.4052 Mo)

Flückiger-Bäni: Automatische Meldung jugendlicher Straftäter an Schullehrer und Lehrmeister (09.4059 Mo)

Fehr: Weiterbildungsgutscheine für Freiwilligenarbeit (09.4075 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Weiterbildungs- und Ausbildungsoffensive im Pflegebereich zur Integration arbeitsloser Personen (09.4076 Mo)

Hess: Erhöhte Bereitschaft für den Luftpolizeidienst auch ausserhalb der normalen Arbeitszeiten (09.4081 Mo)

Fetz: Begrenzung des Steuerabzugs für Millionen-Boni (09.4089 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: Ausbildungsbeiträge. Unterstützungsmöglichkeiten des Bundes (09.4105 Po)

Heim: Bund als Arbeitgeber. Vereinbarkeit Familie und Beruf (09.4109 Mo)

Lumengo: Nutzen und Fördern von ethnischer Vielfalt in der öffentlichen Verwaltung (2) (09.4114 Po)

Noser: Nationale Exzellenzförderung auf Hochschulstufe (09.4123 Po)

Moret: Arbeitsbewilligungen für die besten Studierenden renommierter Universitäten ausserhalb der EU (09.4139 Mo)

Perrinjaquet: Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Private Strukturen einbeziehen (09.4180 Mo)

Carobbio Guscetti: Freier Personenverkehr und bilaterale Abkommen. Verstösse von Subunternehmen bekämpfen (09.4188 Mo)

Seydoux-Christe: Ausreichend langer bezahlter Urlaub für Eltern von schwer kranken Kindern (09.4199 Po)

Leutenegger Oberholzer: Qualifizierung von zugewanderten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber (09.4205 Mo)

Flückiger-Bäni: Begrenzung der Aufenthaltsbewilligungen für arbeitslose EU-Bürger (09.4218 Mo)

Fehr: Wissensaustausch (09.4219 Mo)

Vischer: Besteuerung von Boni (09.4237 Mo)

Müller: Boni sollen nachhaltiger Leistung entsprechen. Anpassungen im Arbeits- und Steuerrecht (09.4241 Mo)

Rossini: Lohnabzug zur Finanzierung der Weiterbildung (09.4243 Po)

Aubert: Junge Arbeitslose ohne Grundbildung. Schaffung von zusätzlichen Ausbildungsplätzen (09.4255 Mo)

Marra: Einen neuen Beruf lernen und so gegen die Arbeitslosigkeit kämpfen (09.4257 Mo)

Robbiani: Anstellung von Arbeitslosen und Personenfreizügigkeit (09.4261 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Befristung der Aufenthaltsbewilligung für arbeitslose EU-Bürger auf ein Jahr (09.4275 Mo)

Lachenmeier-Thüring: Bessere Verteilung der vorhandenen Erwerbsarbeit (09.4282 Mo)

Hodgers: Steuererleichterungen für Unternehmen, die Lehrstellen anbieten oder Personen mit Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt beschäftigen (09.4298 Po)

Zisyadis: Bericht über Mobbing in der Schweiz (09.4300 Po)

Girod: Bericht zu den Auswirkungen der Personenfreizügigkeit (09.4301 Po)

Heim: Boni-Prozente. Innovationsfonds (09.4309 Mo)

Heim: Altersteilzeit statt Entlassungen (09.4310 Po)

Berset: International koordinierte Bonus-Sondersteuer (09.4329 Mo)

Heim: Investitionen in die Menschen (09.4337 Po)

Giezendanner: Untersuchungspflicht für Berufsschauffeure, die epileptische Anfälle erlitten haben (09. 4339 Mo)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR (09.463): Integration angemessener Kenntnisse über komplementärmedizinische Verfahren in die Ausbildung (10.3009 Mo)

Van Singer: Allgemeinverbindlichkeit von Gesamt- und Normalarbeitsverträgen bei steigender Arbeitslosigkeit (10.3017 Mo)

Perrinjaquet: Weiterbildung. Frauen werden zur Kasse gebeten (10.3025 Mo)

Sozialdemokratische Fraktion: Keine Boni für Grossbanken mit faktischer Staatsgarantie (10.3047 Mo)

Fraktion CVP/EVP/glp: Arbeitslosigkeit und Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung von EU/EFTA-Staatsangehörigen (10.3064 Po)

Leutenegger Oberholzer: Legislaturplanung 2012–2016. Gleichstellung von Frau und Mann (10.3075 Mo)

Prelicz-Huber: Notstand beim Gesundheitspersonal. Anschubfinanzierung in der Berufsbildung des Gesundheitspersonals (10.3123 Mo)

Heim: Attraktivität der Krankenpflege-Ausbildung (10.3128 Po)

Schmid-Federer: Wahlfreiheit der Erziehungsarbeit nicht verhindern (10.3267 Po)

FDP-Liberale Fraktion: Gegen Diskriminierung bei grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringungen im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens (10.3279 Mo)

Weber-Gobet: Bildungsgutscheine für Wiedereinsteigerinnen und -einstieger mit tiefem und mittlerem Einkommen (10.3298 Po)

De Buman: Kadermitglieder der Bundesverwaltung müssen die Amtssprachen beherrschen (10.3301 Mo)

Egger-Wyss: Finanzierung von Aus- und Weiterbildungskosten und Pflegefinanzierung (10.3308 Po)

Steiert: Anstossfinanzierung für Kinderbetreuung. Finanzloch überbrücken (10.3319 Mo)

Barthassat: Praktika für Sans-Papiers (10.3329 Mo)

Barthassat: Wiedereinstieg ins Erwerbsleben von Hausfrauen und Hausmännern unterstützen (10.3330 Mo)

Barthassat: Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben. Zuständigkeit des Bundes (10.3333 Po)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR: Steuerliche Behandlung von Boni (10.3351 Mo)

Perrinjaquet: Jugendliche Sans-Papiers: Berufsbildung ja, aber keine Umgehung des Rechts (10.3375 Mo)

Chopard-Acklin: Senkung der Gesundheitskosten durch die Arbeitsinspektorate (10.3379 Po)

Carobbio Guscetti: Lohndiskriminierungen in Unternehmen wirksam bekämpfen (10.3420 Mo)

Ingold: Label und Arbeitsvergabekriterium für Firmen mit Nischenarbeitsplätzen (10.3425 Mo)

Amstutz: Steuerabzug für leistungssportbezogene Grundausbildung (10.3441 Mo)

Fetz: Gesamtschau für Bildung, Forschung und Innovation für 2011–2016. Strategie und Mittel (10.3495 Po)

Heim: Stärkung des Pflege- und Betreuungspersonals (10.3502 Mo)

Heim: Pflege als Zweitausbildung. Massnahme gegen den Pflegepersonal-mangel (10.3503 Mo)

Heim: Finanzierung der Pflegeausbildung (10.3504 Mo)

Gutzwiller: BFI-Mittel 2012 bis 2016. Die Hochschullandschaft Schweiz in der globalen Konkurrenz stärken (10.3521 Mo)

Noser: Zulassung von technisch-wissenschaftlichen Hochschulabgängern mit einem Abschluss an einer Spitzenuniversität ausserhalb der EU (10.3525 Mo)

Noser: Zulassung von ausländischen Führungskräften und hochqualifizierten Spezialisten ohne Schweizer Arbeitsvertrag (10.3526 Mo)

Schenker: Mangel an Pflegepersonal. Finanzierung von Zweitausbildungen (10.3545 Po)

Schenker: Mangel an Pflegepersonal. Massnahmen zur Vermeidung von Berufsausstiegen (10.3546 Po)

Malama: Vereinbarkeit von Militär und Ausbildung (10.3570 Po)

b. Soziale Sicherheit

Wehrli: Reform der Ergänzungsleistungen zu AHV/IV (09.3754 Po)

Sozialdemokratische Fraktion: Finanzplan 2011–2013. Erhöhung des Höchstbetrages der Gesamtausgaben im Rahmen der Schuldenbremse

und Verzicht auf ein neues Sanierungspaket des Bundes (09.3756 Mo)

Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR (09.045): Besteuerung von Ein- und Zweielternfamilien (09.3762 Mo)

FDP-Liberale Fraktion: IV-Sanierung. Druck muss aufrechterhalten bleiben (09.3797 Mo)

Fraktion CVP/EVP/glp: Eine Gesundheitsstrategie für die Schweiz (09.3801 Mo)

Gutzwiller: Sinkende Zahl der IV-Neurenten und ihre wahren Hintergründe (09.3805 Po)

Parmelin: KVG. Neuer Anlauf für einen Ausweg aus der für die Versicherten unerträglichen Situation (09.3853 Mo)

Zisyadis: Rückerstattung der Kosten für die Medikamente zur Nikotinentwöhnung (09.3877 Mo)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Aufkündigung von Sozialversicherungsabkommen mit Balkanstaaten und der Türkei (09.3887 Mo)

Humbel: Keine Disziplinierung von Arbeitnehmenden zulasten der Krankenversicherung (09.3891 Mo)

Von Siebenthal: Medizinische Grundversorgung in Gefahr (09.3904 Mo)

Rossini: Verkauf der UBS-Aktien. Gewinne an die Invalidenversicherung (09.3918 Mo)

Rossini: KVG. Pauschale für Verwaltungskosten (09.3919 Mo)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR: Bessere Aufsicht und schärfere Kontrolle über die Krankenversicherungen (09.3976 Po)

Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit NR (07.451): Invalidenversicherung. Anspruch auf medizinische Massnahmen für Geburtsgebrechen nach dem 20. Altersjahr (09.3977 Mo)

Bänziger: Nachhaltige Aufgaben- und Finanzplanung beim Bund (09.3988 Po)

Schelbert: Rückverteilung von Erträgen für alle (09.3989 Mo)

Heim: Impfchaos. Verbesserungspotenzial bei zukünftigen Pandemien (09.4008 Po)

Wehrli: Kantonale Gesundheitskassen als Krankenversicherer (09.4019 Po)

Wehrli: Bericht über ein Gesundheitsgesetz des Bundes (09.4020 Po)

Grüne Fraktion: Zukünftige Massnahmen bei Pandemien. Bericht (09.4028 Po)

Fetz: Automatisierte Äufnung von kantonalen Kassenreserven (09.4046 Mo)

Baettig: Zugang zu medizinischer Versorgung bedroht. Pragmatische Lösungen (09.4070 Po)

Lumengo: Pensionskassen. Erweiterung der Anlagemöglichkeiten (09.4118 Po)

Glanzmann-Hunkeler: Krisenmanagement an zentraler Stelle (09.4132 Mo)

Baettig: Sofortiger Stopp der Impfkampagne H1N1 (09.4149 Mo)

Fetz: Geglätteter Pensionskassen-Deckungsgrad statt absoluter Ein-Tages-Beobachtung (09.4156 Po)

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Aufgabenverzichtplanung (09.4173 Mo)

Egger-Wyss: Konjunkturmassnahmen. Änderungen der Zahlungsmodalitäten des Bundes (09.4181 Po)

Recordon: Prüfung eines Modells der Koordination der Grundversicherer (09.4192 Po)

Schelbert: Green New Deal gegen Arbeitslosigkeit fortsetzen (09.4231 Mo)

Nordmann: Kampf gegen die Arbeitslosigkeit. Requalifizierung von 100 000 Personen in zehn Jahren (09.4214 Mo)

Fehr: Was hat der Wettbewerb unter den Krankenkassen gebracht? (09.4221 Po)

Stahl: Reduktion der Anzahl Spitäler in der Schweiz (09.4239 Po)

Rossini: eHealth: Beihilfe zur Finanzierung der Infrastruktur (09.4244 Mo)

Schenker: Qualitätssicherung in der häuslichen Pflege (09.4251 Po)

Robbiani: Befristete Verlängerung des Rechts auf Arbeitslosenentschädigung (09.4263 Mo)

Fässler-Osterwalder: Arbeitslosigkeit. Auswirkungen der aktuellen AVIG-Revision auf Kantone und Gemeinden (09.4283 Po)

Aubert: Die Möglichkeiten des Berufsbildungsgesetzes im Rahmen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes besser ausnützen (09.4284 Mo)

Aubert: Ausbau der Ausbildungszuschüsse in der Arbeitslosenversicherung (09.4285 Mo)

Weber-Gobet: Vom Bund geförderte berufsorientierte Weiterbildung mit dem AVIG. Stand der Koordination (09.4287 Po)

Weber-Gobet: Nachholbildung über die Validierung von Bildungsleistungen ins AVIG integrieren (09.4288 Mo)

Baettig: Eindämmung der Gesundheitskosten: «Décroissance» als Modell? (09.4296 Po)

Lustenberger: Medizinische Grundversorgung in den ländlichen Räumen (09.4299 Po)

Humbel: Neutrale Instanz für finanzrechtliche Aufsicht über Sozialversicherungen (09.4327 Po)

Kuprecht: Anpassung der anerkannten Ausgaben im Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (09.4328 Mo)

Aussenpolitische Kommission SR: Vereinbarkeit der revidierten Europäischen Sozialcharta mit der schweizerischen Rechtsordnung (10.3004 Po)

Rennwald: Erneuerung des Sozialversicherungsabkommens mit Kosovo (10.3039 Mo)

Parmelin: BVG-Umwandlungssatz. Weiteres Vorgehen (10.3057 Po)

Sozialdemokratische Fraktion: BVG. Basis für Transparenz und Vertrauen schaffen (10.3118 Mo)
Schenker: Kein Export von ausserordentlichen Renten. Kostenfolgen (10.3179 Po)
Kuprecht: Aufhebung der KVG-Grundversicherungspflicht für Sans-Papiers (10.3203 Mo)
Wehrli: Medizinische Massnahmen der IV in die Krankenversicherung integrieren (10.3204 Mo)
Riklin: Krankenversicherung. Nur noch eine Prämienregion pro Kanton (10.3276 Mo)
Rossini: BVG. Versicherungsbeginn (10.3282 Mo)
Rossini: Transparenz in der Familienzulagenordnung (10.3284 Mo)
Steiert: Verringerung übermässiger Reserven in der obligatorischen Krankenversicherung (10.3331 Mo)
Amherd: Sicherung von Geldern in Freizügigkeitsstiftungen (10.3446 Mo)
Tschümperlin: IV. Wiedereingliederung durch Aufklärungskampagne über die psychischen Krankheiten (10.3496 Mo)
Robbiani: Leistungen der Krankentaggeldversicherung (10.3499 Mo)
Robbiani: Risikogemeinschaft bei der Taggeldversicherung (10.3500 Mo)
Ineichen: Wiedereingliederung von Langzeitarbeitslosen (10.3604 Mo)

4. Konjunkturdaten und Arbeitsmarkt

a. Konjunkturlage

Die Schweiz konnte im 3. *Quartal 2009* von der weltweiten Konjunkturerholung profitieren. Die Rezession erreichte ihre Talsohle, was nach Expertenmeinung allerdings weniger auf die private Nachfrage in vielen Ländern zurückzuführen gewesen sei, als vielmehr auf die diversen wirtschaftspolitischen Stützungsmaßnahmen. Das *reale Bruttoinlandprodukt (BIP)* nahm im 3. Quartal im Vergleich zum Vorquartal erstmals wieder leicht zu (+0,3%). In Gegenüberstellung mit dem 3. Quartal des Vorjahres war dennoch ein BIP-Rückgang von 1,3% zu verzeichnen.⁴⁸

Im 4. *Quartal 2009* konnte sich die konjunkturelle Erholung in der Schweiz weiter festigen. Neben der Stärke der *BIP-Zunahme* stach dabei die breite Abstützung auf sich belebende Exporte einerseits und die anhaltend robuste Inlandnachfrage andererseits positiv heraus. Die *konjunkturelle Entwicklung* verlief damit auch Ende 2009 im europäischen Vergleich überdurchschnittlich gut. Weiter verbessern konnten sich Anfang 2010 auch die *Stimmungsindikatoren (Geschäfts- und Konsumklima)*.⁴⁹

⁴⁸ Konjunkturtenendenzen Winter 2009/2010 des SECO S. 1.

⁴⁹ Medienmitteilung des SECO vom 16. März 2010.

Wie jedoch von Experten prognostiziert worden war, expandierte das reale BIP im 1. Quartal 2010 langsamer als in den beiden starken vorangegangenen Quartalen, nämlich um lediglich 0,4% gegenüber dem 4. Quartal 2009. Verglichen mit dem entsprechenden Vorjahresquartal stieg das reale BIP gleichwohl um 2,2%, was folglich immer noch einer soliden Zunahme entspricht.⁵⁰

Im Detail ergibt sich folgendes Bild: Der *private Konsum* nahm im 1. Quartal 2010 erneut zu und lag 0,5% über dem Wert des Vorjahresquartals. Demgegenüber war der *Staatskonsum* erstmals seit drei expansiven Quartalen wieder rückläufig (-1,4%). Die *Gesamtinvestitionen* nahmen um 0,8% ab: Sowohl die *Ausrüstungsinvestitionen* als auch die *Bauinvestitionen* bildeten sich um jeweils 0,8% zurück. Dagegen beschleunigte sich die Expansion der *Exporte von Waren und Dienstleistungen* auf 4,8%. Die *Warenexporte* (+5,6%) profitierten von einem aussergewöhnlich starken Einfluss der Rubrik «Wertsachen» (Edelmetalle, Schmucksteine, Kunstgegenstände und Antiquitäten). Die *Dienstleistungsexporte* konnten deutlich zulegen (+2,9%) sowie auch das Wachstum der *Importe von Waren und Dienstleistungen* sich beschleunigte (+2,5%). *Produktionsseitig* waren die Auftriebskräfte relativ breit abgestützt, obwohl nicht alle Sektoren positiv zum BIP-Wachstum beitragen konnten. Der *Deflator* des BIP erreichte gegenüber dem entsprechenden Quartal des Vorjahres 0,2%, während die *Konsumentenpreise* erstmals nach drei negativen Quartalen wieder anstiegen (+0,4%).⁵¹

Gesamthaft betrachtet verlief die *konjunkturelle Entwicklung* im bisherigen Verlauf des Jahres 2010 trotz dem etwas verlangsamten BIP-Wachstum erfreulich. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Exportaussichten allmählich durch die Krise im Euroraum etwas belastet werden und sich die Höherbewertung des Schweizer Frankens gegenüber dem Euro zusätzlich dämpfend auswirken könnte. Alles in allem hält die Expertengruppe grundsätzlich am bisherigen Prognoseszenario einer bis Ende 2011 langsam fortschreitenden Erholung der Schweizer Wirtschaft fest, weshalb die BIP-Wachstumsprognose für 2010 leicht von 1,4% auf 1,8% erhöht worden ist. Für 2011 dürfte dagegen eine langsamere Zunahme von 1,6% anstatt 2,0% zu erwarten sein.⁵²

b. *Arbeitslosigkeit*

Während die *durchschnittliche Erwerbslosenquote* im 2. Quartal 2009 in den EU-27-Ländern auf 8,8% kletterte, war die Schweiz mit einer Vergleichsquote im selben Zeitraum von 4,1% weit weniger von den Auswirkungen der Wirtschaftsturbulenzen auf den Arbeitsmarkt betroffen. In

⁵⁰ Medienmitteilung des SECO vom 1. Juni 2010.

⁵¹ Vgl. ebd.

⁵² Konjunkturtendenzen Sommer 2010 des SECO, S. 24 f.

den Nachbarländern der Schweiz betrug die jeweilige Erwerbslosenquote im selben Zeitraum 4,7% in Österreich, 7,4% in Italien, 7,7% in Deutschland sowie 8,8% in Frankreich.⁵³

Gleichwohl war der Anstieg der *Arbeitslosenquote* auf 3,7% im Jahresmittel 2009 für schweizerische Verhältnisse signifikant, entsprach dieser Wert doch einer Zunahme der Beschäftigungslosigkeit um 43,6% im Vergleich zum Vorjahr. In absoluten Zahlen war somit eine durchschnittliche Veränderung von 101 725 der als arbeitslos registrierten Personen im Jahr 2008 hin zu 146 089 Personen im Jahr 2009 zu beobachten. Im Dezember 2009 stieg die Zahl der arbeitslosen Personen sogar auf 172 740 an, was einer Arbeitslosenquote von 4,4% entsprach.⁵⁴ Im weiteren Jahresverlauf war dagegen wieder eine Entspannung zu beobachten, sodass die Arbeitslosenquote im Mai 2010 zurück auf 3,8% sank. Im Vergleich zum Vorjahresmonat erhöhte sich die Arbeitslosigkeit allerdings gleichwohl um 15 946 Personen (+11,8%).⁵⁵

Die *Jugendarbeitslosigkeit* (15- bis 24-Jährige) erhöhte sich im Jahresdurchschnitt von 3% im Jahre 2008 auf 4,6% im Folgejahr.⁵⁶ Im Mai 2010 betrug die Zahl der von Jugendarbeitslosigkeit betroffenen Personen 22 518 Personen, was zwar eine Verringerung gegenüber den vorherigen Monaten darstellt, im Vergleich zum Vorjahresmonat gleichwohl einer Zunahme um 5,5% entspricht.⁵⁷

Die Zahl der *Stellensuchenden* (Summe von registrierten arbeitslosen und nicht arbeitslosen Stellensuchenden) entwickelte sich fast parallel zur Arbeitslosenzahl. Im Jahresdurchschnitt von 2009 wurden 204 070 Stellensuchende erfasst, was einer Zunahme um 49 632 Personen gegenüber dem Vorjahr entspricht.⁵⁸

Im Vergleich zum Vorjahresmonat nahm die Zahl der von *Langzeitarbeitslosigkeit* Betroffenen im Januar 2010 um 83,2% zu, was einem Stand von 28 569 langzeitarbeitslosen Personen entsprach.⁵⁹

⁵³ Publikation des Bundesamtes für Statistik (BFS) vom 22. Januar 2010, SAKE 2009 in Kürze, Wichtigste Ergebnisse der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, S. 10 (Anm.: Das Fürstentum Liechtenstein wurde in der statistischen Erhebung nicht berücksichtigt).

⁵⁴ Pressedokumentation des SECO vom 8. Januar 2010, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt, S. 4-5.

⁵⁵ Medienmitteilung des SECO vom 8. Juni 2010.

⁵⁶ Pressedokumentation des SECO vom 8. Januar 2010, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt, S. 4, 7.

⁵⁷ Medienmitteilung des SECO vom 8. Juni 2010 sowie Pressedokumentation des SECO vom 8. Januar 2010, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt, S. 4, 7.

⁵⁸ Pressedokumentation des SECO vom 8. Januar 2010, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt, S. 5.

⁵⁹ Pressedokumentation des SECO vom 8. Februar 2010, Die Lage auf dem Arbeitsmarkt, S. 5.

c. Lohnentwicklung

In der Schweizer Lohnlandschaft belief sich der *Bruttomediallohn* im Jahr 2008 auf CHF 5823.– pro Monat. Die 10% der am geringsten verdienenden Lohnempfängerinnen und -empfänger erzielten ein Einkommen von weniger als CHF 3848.– pro Monat, während die 10% der am besten entlöhnten Arbeitnehmenden mit mehr als CHF 10 538.– monatlich entschädigt wurden. Die Lohnunterschiede bei Stellen mit geringem Anforderungsprofil blieben konstant. Bei den Stellen mit dem höchsten Anforderungsprofil ist dagegen seit 2002 ein Trend zur Öffnung der Lohnschere zu beobachten. Das Lohngefälle zwischen den Branchen hat seit 2006 zugenommen, was vornehmlich auf stark gestiegene Löhne im Finanzsektor sowie auf Produktionsbereiche mit hoher Wertschöpfung zurückzuführen ist.⁶⁰

Der Anteil der Arbeitnehmenden, die *Boni* (definiert als zusätzlich zum Grundlohn ausbezahlte Jahresprämien) erhielten, betrug 2008 über ein Viertel (27,6%) aller Beschäftigten. Allerdings variierte die Zahl der Arbeitnehmenden, die in den Genuss solcher Boni kamen, sowie die Höhe der Zusatzentschädigung je nach Branche und Stellenanforderung. Im Bankensektor bezogen fast drei Viertel der Beschäftigten einen Bonus von durchschnittlich CHF 45 3000.–. Bei Stellen mit höchster Anforderungsstufe war der Betrag im Schnitt rund dreimal so hoch (CHF 139 5000.–). Auch im Versicherungsgewerbe erhielten rund 67,7% der Beschäftigten Boni, welche aber mit einem durchschnittlichen Betrag von CHF 19 380.– (höchste Anforderungsstufe CHF 55 020.–) deutlich unter denjenigen der zuvor genannten Branche lagen.⁶¹

Bei den *Tieflohnstellen*, die als Vollzeitstellen mit weniger als CHF 3500.– Salär pro Monat definiert werden, konnte ein kontinuierlicher Rückgang beobachtet werden: Sie machten 2008 nur noch 5,4% aller Vollzeitstellen aus (Vergleichswert dazu aus dem Jahr 2006 ist 6,2%).⁶²

Beim *Lohnvergleich zwischen schweizerischen Arbeitskräften und ausländischen Arbeitnehmenden in der Schweiz* zeigte sich, dass hochqualifizierte ausländische Arbeitnehmende mit Aufenthaltsbewilligungen C, B und L gegenüber ihren Schweizer Berufskollegen stets einen leichten Lohnvorsprung verbuchen konnten. Im Unterschied dazu lagen die Grenzgänger sowie die ausländischen Arbeitnehmenden in Positionen mit tieferer Anforderungsstufe im Lohnvergleich mit inländischen Arbeitskräften zurück.⁶³

Zieht man einen Vergleich zwischen den *Lohnniveaus innerhalb der Schweiz*, so zeigt sich, dass die Regionen Zürich, Nordwestschweiz sowie

⁶⁰ Medienmitteilung des BFS vom 17. November 2009.

⁶¹ Vgl. ebd.

⁶² Vgl. ebd.

⁶³ Vgl. ebd.

die Genferseeregion an der Spitze der Lohnpyramide lagen, wogegen das Tessin das Schlusslicht bildete.⁶⁴

Die Zahlen für das Jahr 2009 legen dar, dass der *Nominallohnindex* der Schweiz gegenüber 2008 durchschnittlich um 2,1% gestiegen ist. Dies gilt als die stärkste Zunahme der vergangenen acht Jahre und setzt die seit 2005 zu beobachtende regelmässige Erhöhung des Lohnniveaus fort. Gleichwohl ist zu erwähnen, dass die Determinanten der Lohnentwicklung 2009 im Herbst 2008 vereinbart worden sind – folglich zu einem Zeitpunkt, als die Auswirkungen der Finanzkrise in der Wirtschaft noch nicht vollständig spürbar waren.⁶⁵

Weiter konnte im Jahr 2009 eine starke *Reallohnerhöhung* festgestellt werden, welche eine deutliche Trendwende zu den vorangegangenen Jahren darstellt: Die negative Jahreststeuerung von –0,5% führte zusammen mit dem Anstieg der Nominallöhne um 2,1% zu einer Kaufkraftsteigerung von 2,6%, während zwischen 2000 und 2008 das durchschnittliche Jahreswachstum der Reallöhne zwischen –0,4 % bis 1,5% lag. Seit 1987 waren die Reallöhne nie stärker als 1,8% gestiegen.⁶⁶

d. Arbeitszeit

Rund 7,382 Milliarden Arbeitsstunden sind der *Arbeitsvolumenstatistik (AVOL)* zufolge 2008 in der Schweiz geleistet worden, was einer Zunahme von 1,8% gegenüber dem Vorjahr entspricht. Zu dieser Steigerung beigetragen haben sowohl die Anzahl Beschäftigter als auch die Arbeitsstage, obwohl die tatsächlich geleistete wöchentliche Arbeitszeit pro Arbeitsstelle um 0,7% zurückgegangen ist.⁶⁷

Betrachtet man die Entwicklung der jährlich geleisteten Arbeitsstunden über die Fünf-Jahres-Periode 2003 bis 2008 hinweg, so erhöhte sich die *wöchentliche Arbeitszeit* der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmenden um 11 Minuten auf 42 Stunden und 4 Minuten. Diese Entwicklung ist zum einen auf eine Erhöhung der vertraglich festgelegten wöchentlichen Arbeitszeit um 6 Minuten und zum anderen auf eine Verminderung der wöchentlichen Absenzdauer um 5 Minuten pro Woche zurückzuführen. Die *Überzeit* für Vollzeitarbeitnehmende betrug dagegen zwischen 2003 und 2008 unverändert 1 Stunde und 8 Minuten pro Woche.⁶⁸

Bei den *Selbstständigerwerbenden* ist 2008 ein Rückgang an Arbeitsstunden um 4,9% gegenüber dem Vorjahr zu verzeichnen, während die

⁶⁴ Vgl. ebd.

⁶⁵ Medienmitteilung des BFS vom 23. April 2010.

⁶⁶ Vgl. ebd.

⁶⁷ Medienmitteilung des BFS vom 2. Februar 2010.

⁶⁸ Vgl. ebd.

Arbeitnehmenden im Jahresdurchschnitt 2,5% mehr Arbeitsstunden als im Vergleichsjahr geleistet haben.⁶⁹

Da zwischen 2007 und 2008 das Bruttoinlandprodukt (BIP) im gleichen Umfang wie die geleisteten Arbeitsstunden zugenommen hat (+1,8%), stagnierte die *gesamtwirtschaftliche Produktivität* pro tatsächlich geleistete Arbeitsstunde im Beobachtungszeitraum. Demgegenüber stieg in den letzten fünf Jahren die erwähnte Grösse schweizweit um durchschnittlich 1,2% pro Jahr.⁷⁰

5. Internationale Beziehungen

a. Internationale Übereinkommen

Zur *Bekämpfung der Korruption und Bestechung* hat die Schweiz im September 2009 in New York die Ratifikationsurkunde zur *UNO-Konvention gegen die Korruption (UNCAC)* hinterlegt. Das Übereinkommen ist das erste globale Regelwerk zur Korruptionsbekämpfung. Darin enthalten sind u.a. Bestimmungen zur Verhütung von Korruption, zur internationalen Zusammenarbeit und zur technischen Unterstützung von Entwicklungs- und Schwellenländern. Die Mitgliedsstaaten verpflichten sich, verschiedene Formen von Korruption zu bestrafen, indem sie namentlich sowohl die aktive als auch die passive Bestechung nationaler Amtsträger als auch die aktive Bestechung fremder Amtsträger unter Strafe stellen.⁷¹

Betreffend die *Bekämpfung der Korruption* hat die Schweiz praktisch alle Empfehlungen der Europaratskommission GRECO (Groupe d'Etat contre la Corruption) in zufriedenstellender Weise umgesetzt, namentlich wurden von der GRECO die Fortschritte betreffend Vorschriften über die Korruptionsbekämpfung für öffentlich Bedienstete sowie betreffend Transparenz und Kontrolle der Verwaltung begrüsst.⁷²

b. Bilaterale Verhandlungen

aa. Die bilateralen Abkommen

Das *revidierte UBS-Abkommen mit den USA*, welches bereits seit der Unterzeichnung des Änderungsprotokolls am 31. März 2010 vorläufig angewendet worden ist, wurde nach einem parteipolitischen Kräfteressen vom Parlament in der Differenzbereinigung Mitte Juni 2010 genehmigt. Die enthaltenen formellen Änderungen stellen klar, dass es sich um einen Staatsvertrag handelt, der den rechtlichen Rahmen des bilateralen Doppel-

⁶⁹ Vgl. ebd.

⁷⁰ Vgl. ebd.

⁷¹ Medienmitteilung des EJPD vom 25. September 2009.

⁷² Medienmitteilung des EJPD vom 4. Juni 2010.

besteuerungsabkommens konkretisiert und festlegt, dass unter den Begriff der amtshilfefähigen Betrugsdelikte und dergleichen auch die fortgesetzte schwere Steuerhinterziehung fällt. Damit stünde einer Herausgabe der UBS-Kundendaten in den bereits rechtskräftig entschiedenen Fällen nichts mehr entgegen. Auf die von linker Seite geforderten flankierenden Massnahmen gegen die «Too-big-to-fail»-Problematik und zur Verhinderung von Boni-Exzessen wurde vom Parlament jedoch verzichtet.⁷³

Zur Umsetzung der neuen Amtshilfepolitik der Schweiz wurden im Berichtsjahr bereits zu früheren Zeitpunkten verschiedene bilaterale Abkommen im Bereich der Doppelbesteuerung abgeschlossen bzw. revidiert. Insbesondere entschied sich der Bundesrat am 13. März 2009 dafür, den OECD-Standard zur Amtshilfe in Steuersachen gemäss Artikel 26 des OECD-Musterabkommens in die *Doppelbesteuerungsabkommen* (DBA) aufzunehmen. Inhalt dieser Neuregelung ist, dass sich die Auskunftserteilung im Rahmen dieser Standards auch auf Bankinformationen erstreckt und den Austausch von Informationen für sämtliche steuerlichen Zwecke vorsieht.⁷⁴

Mit den DBA wird aus wirtschaftlicher Perspektive die Beseitigung von Hürden im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr bezweckt. Insbesondere gilt es, eine Benachteiligung der schweizerischen Wirtschaft gegenüber der ausländischen Konkurrenz zu vermeiden. Derzeit hat die Schweiz mit über 70 Staaten ein DBA geschlossen, wobei das Abkommensnetz laufend erweitert wird.⁷⁵

Um den freien Warenverkehr zwischen der Schweiz und der EU zu erleichtern, wird bereits seit dem 1. Juli 2009 das *Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über Zollerleichterungen und Zollsicherheit* vorläufig angewendet.⁷⁶ In der Sommersession 2010 wurde das Abkommen mittels Bundesbeschluss schliesslich vom Parlament einstimmig genehmigt.⁷⁷ Da die EU seit Juli 2009 aus Gründen der Terrorismusbekämpfung eine Vorausanmeldung sämtlicher Waren beim grenzüberschreitenden Warenverkehr verlangt, wäre ohne dieses Abkommen der Zugang der Schweiz zum europäischen Markt erheblich erschwert worden.⁷⁸

⁷³ Medienmitteilung des EJPD vom 17. Juni 2010 sowie NZZ vom 13. Juni 2010.

⁷⁴ Vgl. Amts- und Rechtshilfe bei Steuerdelikten, EFD, zuletzt aktualisiert am 15. März 2010, eingesehen unter www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00608/01256/index.html?lang=de

⁷⁵ Vgl. Internationale Doppelbesteuerung, EFD, zuletzt aktualisiert am 23. April 2010, eingesehen unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00608/00642/index.html?lang=de>

⁷⁶ Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA) vom 27. November 2009.

⁷⁷ Amtliches Bulletin vom 18. Juni 2010, Schlussabstimmung (im SR) zu 09.090, Zollerleichterung und Zollsicherheit. Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft.

⁷⁸ Medienmitteilung des EDA vom 27. November 2009.

Anlässlich eines EFTA-Ministertreffens Mitte Dezember 2009 in Genf hat die Schweiz zusammen mit den weiteren Mitgliedsländern der EFTA die *Freihandelsabkommen mit Albanien und Serbien* unterzeichnet. Beide Abkommen weisen einen ähnlichen Inhalt auf und decken den Handel mit Industrieprodukten, Fisch und anderen Meeresprodukten sowie mit landwirtschaftlichen Verarbeitungsprodukten ab und enthalten Bestimmungen über den Schutz geistigen Eigentums, zu Handelserleichterungen, zum Wettbewerb sowie Entwicklungsklauseln für Dienstleistungen, Investitionen und das öffentliche Beschaffungswesen. Das Interesse der Schweiz an diesen Abkommen liegt einmal mehr in der Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Wirtschaftsbeziehungen mit wirtschaftlich bedeutenden Partnern. Die beiden Abkommen treten voraussichtlich im Laufe des zweiten Halbjahres 2010 in Kraft.⁷⁹

Weiter kam Ende Juni 2010 anlässlich des Ministertreffens in Reykjavik ein umfassendes *Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Ukraine* zustande. Das ebenfalls geplante *Freihandelsabkommen mit Peru* musste dagegen aufgrund technischer Probleme auf ein noch unbekanntes Datum verschoben werden.⁸⁰

Zur Ergänzung der bisherigen Aktivitäten der Schweiz im europäischen Bildungs- und Forschungsraum hat der Bundesrat im Februar 2010 das *bilaterale Bildungsabkommen* zwischen der Schweiz und der EU unterzeichnet. Dieses Abkommen fördert den interkulturellen Austausch von Jugendlichen und Personen vor oder während des Erwerbslebens mittels Berufspraktika und anderen Auslandsaufenthalten. Weiter setzen die Vertragspartner sich zum Ziel, den Austausch von Informationen und Expertenwissen zur Verbesserung der Aus- und Weiterbildung zu intensivieren. Für die Teilnahme an den Projekten «Lebenslanges Lernen» und «Jugend in Aktion» in den Jahren 2011 bis 2013 ist im Bildungsabkommen ein Betrag von EUR 50,1 Mio. (ca. CHF 75 Mio.) vorgesehen.⁸¹

bb. Die Personenfreizügigkeit

Das seit 2002 bestehende *Abkommen über die Personenfreizügigkeit mit der EU* (Freizügigkeitsabkommen [FZA]) wurde mit Annahme in der Volksabstimmung vom 8. Februar 2009 in ein unbefristetes Abkommen überführt und zudem auf die neuen EU-Mitgliedsstaaten, Bulgarien und Rumänien, ausgedehnt. Obwohl bereits Gelegenheit zur Anrufung der sogenannten Schutz- oder Ventilklausel, deren Zweck in der Regulierung der

⁷⁹ Medienmitteilung des EVD vom 17. Dezember 2009 sowie Liste der Freihandelsabkommen der Schweiz des SECO vom 25. Juni 2010, eingesehen unter: www.seco.admin.ch/themen/00513/00515/01330/index.html?lang=de

⁸⁰ Medienmitteilung des EVD vom 24. Juni 2010.

⁸¹ Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) vom 15. Februar 2010.

Zuwanderung liegt, bestand, verzichtete der Bundesrat bis anhin auf deren Anwendung.⁸²

In den letzten acht Jahren begünstigte das FZA die *Zuwanderung von Arbeitskräften* in die Schweiz und ermöglichte der Schweiz einen starken Aufschwung. Der Anteil an gut qualifizierten Arbeitskräften war bei den neu Zugewanderten überdurchschnittlich hoch, was dem Bedarf der Wirtschaft entsprach. Obwohl die anhaltende Zuwanderung den Anstieg der Arbeitslosigkeit zu Beginn der Wirtschaftskrise etwas beschleunigt haben könnte, wirkte sie sich gleichzeitig stabilisierend auf den Konsum und die Bautätigkeit aus. So fielen die Rezession und der Beschäftigungseinbruch in der Schweiz auch wegen der Zuwanderung im Vergleich zu anderen Industrienationen moderat aus. Die Auswirkungen des FZA auf die Arbeitslosenquote und die Lohnentwicklung werden von Experten allerdings unterschiedlich beurteilt. Gemessen an der Qualifikations- und Berufsstruktur der Zuwanderer, welche der Nachfrage der Wirtschaft entsprechen, ist eine steigende Sockelarbeitslosigkeit nach Expertenmeinung auch längerfristig nicht zu erwarten. Ebenso waren lohndämpfende Effekte der Zuwanderung auf die tiefen Einkommensklassen bisher offensichtlich nicht festzustellen. Allerdings dürfte das Lohnwachstum bei höher qualifizierten Arbeitskräften, wo auch die Zuwanderung am stärksten war, etwas abgeschwächt worden sein.⁸³

Insgesamt wird die Personenfreizügigkeit für die Schweiz positiv bewertet. Präventiv ist aber dennoch ein *Massnahmenpaket* zur Bekämpfung möglicher Missbräuche und Fehlentwicklungen bei der Personenfreizügigkeit zusammengestellt worden.⁸⁴

Gezielte *Massnahmen sind gegen unberechtigte und missbräuchliche Sozialleistungsbezüge* ergriffen worden. Bei der Missbrauchsbekämpfung von Ansprüchen gegenüber der Arbeitslosenversicherung (ALV) wird bei der Kontrolle von Personen aus EU- und EFTA-Staaten angesetzt, die bereits nach einem Aufenthalt von weniger als einem Monat arbeitslos geworden sind und unter Anrechnung der Beitragszeiten im Ausland einen Anspruch aus der ALV geltend machen. Weiter wird eine auf fünf Jahre ausgestellte Aufenthaltsbewilligung B bei Arbeitslosigkeit nur noch um zwölf Monate verlängert, wenn die betroffene Person seit mindestens zwölf Monaten arbeitslos ist. Ist sie nach Ablauf dieser zwölf Monate noch immer ohne Beschäftigung, wird die Aufenthaltsbewilligung nicht mehr verlängert. Zur Gewährleistung eines verbesserten Informationsflusses sollen die Vollzugsbehörden der ALV den Aufenthaltsbehörden automatisch die Informationen zur Verfügung stellen können, die aufenthaltsrechtliche Folgen nach sich ziehen.⁸⁵

⁸² Vgl. JAR 2009, S. 41 f. sowie Medienmitteilung des EJPD vom 26. Mai 2010.

⁸³ Medienmitteilung des SECO vom 27. Mai 2010.

⁸⁴ Medienmitteilung des EJPD vom 24. Februar 2010.

⁸⁵ Vgl. ebd.

Des Weiteren sollen unter dem Aspekt der Verhinderung von unberechtigten und missbräuchlichen Aufenthalten von Personen aus EU- und EFTA-Staaten der *Familiennachzug* begrenzt und die Behörden auf die Erkennung von Scheinehen sensibilisiert werden.⁸⁶

Schliesslich sollen *verstärkte Kontrollen* bei den flankierenden Massnahmen und bei der Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit gegen Sozial- und Lohndumping für Abhilfe schaffen.⁸⁷

Eine *Umfrage zur Anwendung der bilateralen Abkommen* zwischen der Schweiz und der EU, die vom Integrationsbüro EDA/EVD (IB) im Jahr 2009 durchgeführt worden ist, hat die Umsetzung der wichtigsten bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU – das Freihandelsabkommen von 1972, das Zollerleichterungen- und Sicherheitsabkommen sowie die Bilateralen I und II – analysiert. Dazu wurden die für die Abkommen zuständigen Bundesämter, die Mission der Schweiz bei der EU, die Schweizerischen Botschaften in den EU-Mitgliedsstaaten, die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) sowie wichtige Akteure des Privatsektors zur Umsetzung der erwähnten Abkommen befragt. Gezeigt hat die Umfrage, dass die Umsetzung der Abkommen grundsätzlich gut funktioniert. Als häufiges Problem wurde jedoch die fehlende Kenntnis ausländischer Behörden vom Umstand, dass durch die bilateralen Abkommen die schweizerischen Staatsangehörigen und Firmen in vielen Bereichen mit denjenigen aus EU-Mitgliedsstaaten gleichzustellen sind, moniert.⁸⁸

Das FZA ist dabei aufgrund seiner Komplexität dasjenige Abkommen, dessen Umsetzung am meisten Schwierigkeiten verursacht hat. Insbesondere stellt der Bereich der *grenzüberschreitenden Dienstleistungen* den neuralgischen Punkt im Abkommen dar, da die Schweiz zwar einen gewissen Teil der EU-internen Dienstleistungsfreiheit übernommen hat, nicht aber die Gesamtheit dieser Bestimmungen und zudem nicht Teil der Europäischen Zollunion ist.⁸⁹

Als Beispiel für ein verbesserungsbedürftiges Problemfeld ist neben den steuertechnischen Unsicherheiten im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr die fragwürdige Pflicht zum Abschluss einer zehnjährigen Bauwerkversicherung im Handelsverkehr mit Frankreich zu erwähnen, die aufgrund ihrer Modalitäten den Zugang schweizerischer Unternehmen zum französischen Markt erschwert bzw. de facto sogar verunmöglicht. Gleich-

⁸⁶ Vgl. ebd.

⁸⁷ Vgl. ebd.

⁸⁸ Umfrage des Integrationsbüros EDA/EVD vom Januar 2010 zur Anwendung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU – Auswertender Bericht und Analyse der Problemfälle sowie Presserohstoff vom 1. Februar 2010 des Integrationsbüros EDA/EVD, Umfrage zur Anwendung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, beides zuletzt eingesehen am 28. Mai 2010 unter: www.europa.admin.ch/themen/00500/00508/00529/index.html?lang=de

⁸⁹ Vgl. ebd.

chermassen beanstandet wurden die obligatorischen Beiträge an die jeweiligen Urlaubskassen in Deutschland, Italien und Frankreich, die schweizerische Unternehmen auch im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr zu entrichten hatten. Weiter bereiteten die fehlenden Verfahren und Anlaufstellen zur Anmeldung von Entsendungen in bestimmten Regionen Italiens Schwierigkeiten. Die teilweise Nichtanerkennung schweizerischer Diplome zeugte von einer unkorrekten Vertragsanwendung durch die zuständigen Behörden in Italien, Griechenland und Portugal. Ausserdem waren zu Unrecht erteilte Aufenthaltsbewilligungen aufgrund einer nur scheinbar selbstständigen Erwerbstätigkeit durch die Behörden der EU-Mitgliedsstaaten ein weiteres Problem für die Schweiz. Da die Ermöglichung von Scheinselbstständigkeit jedoch auf eine Täuschung durch Einzelne zurückzuführen ist, handelt es sich hierbei um ein vertragsinhärentes Problem, welches keine Vertragsverletzung darstellt.⁹⁰

cc. Die flankierenden Massnahmen

Das Massnahmenpaket des Bundes um Erwerbstätige vor dem Risiko von Sozial- und Lohndumping im Zusammenhang mit dem freien Personenverkehr zu schützen, verfolgt drei Ansatzpunkte: Neben *Bestimmungen im Entsendegesetz zur Einhaltung der nationalen Minimalstandards hinsichtlich der Arbeits- und Lohnbedingungen* einerseits und der *Möglichkeit zur Allgemeinverbindlicherklärung von gesamtarbeitsvertraglich geregelten Standards* andererseits können zudem bei wiederholter missbräuchlicher Lohnunterbietung *Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen* erlassen werden.⁹¹

Zur Feststellung, ob derartige Massnahmen angezeigt sind, wachen in Branchen mit allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen (GAV) paritätische Kommissionen, in solchen ohne Allgemeinverbindlicherklärung des GAV die tripartiten Kommissionen über die Einhaltung der geltenden minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen. Ein zentrales Instrument ist dabei die *Kontrolltätigkeit*, welche im Jahr 2009 gegenüber dem Vorjahr nochmals zugenommen hat. Insgesamt wurden 13 587 Entsendebetriebe und 16 684 Schweizer Arbeitgebende kontrolliert. Während die Kontrolltätigkeit bei den Schweizer Arbeitgebern im Vergleich zum Vorjahr um 18% gesteigert wurde, haben die Kontrollorgane 2009 im Entsendebereich 8% weniger Betriebskontrollen durchgeführt, was auf den leichten Rückgang der Zahl der Entsandten sowie auf die Fokussierung auf einzelne Branchen zurückzuführen ist. Die Quote der Lohnunterbietungen bei Schweizer Arbeitgebern (4%) und Entsendebetrieben (8%) ist konstant geblieben. Die paritätischen Kommissionen meldeten jedoch aus Branchen

⁹⁰ Vgl. ebd.

⁹¹ Vgl. Flankierende Massnahmen, SECO, zuletzt eingesehen am 28. Mai 2010 unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/00448/00449/index.html?lang=de

mit allgemeinverbindlichen GAV eine erneute Zunahme von Verstössen gegen die austarierten Mindestlöhne. Gemäss Angaben der paritätischen Kommissionen wurden bei 21% der kontrollierten Entsendebetriebe und bei 30% der kontrollierten Schweizer Arbeitgeber Verstösse gegen die Lohnbestimmungen festgestellt.⁹²

Im November 2009 hat der Bundesrat eine *Änderung der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntSV)* gutgeheissen. Diese Änderungen sind bereits im Hinblick auf die Abstimmung vom 8. Februar 2009 über die Weiterführung des FZA und dessen Ausdehnung auf Rumänien und Bulgarien in Aussicht gestellt worden. Sie beinhalten vor allem die erleichterte Kommunikation zwischen den Vollzugsorganen der flankierenden Massnahmen, ein verbessertes Informationsangebot für Dienstleistungserbringer aus der EU über die Lohn- und Arbeitsbedingungen in der Schweiz sowie eine Anpassung des Kontrollvolumens. Insgesamt ergeben sich aus der Verordnungsänderung, welche per 1. Januar 2010 in Kraft getreten ist, Zusatzkosten für den Bund von maximal CHF 1,9 Mio.⁹³

Um die national üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen besser publik zu machen, hat der Bund eine neue *Internetplattform* realisiert. Unter www.entsendung.ch können speziell auch ausländische Unternehmen, welche die Entsendung von Arbeitnehmenden in die Schweiz planen, in deutscher, französischer und italienischer Sprache Informationen über die erforderlichen Arbeitsbewilligungen, das Meldeverfahren und die Lohn- und Arbeitsbedingungen einholen. Hinsichtlich der Lohnhöhe steht auf der Website ein Lohnrechner zur Berechnung des Mindestlohnes bereit.⁹⁴

Ebenfalls im November 2009 entschied die *tripartite Kommission (TPK) des Bundes* zum Vollzug der flankierenden Massnahmen im Rahmen der Personenfreizügigkeit, beim Bundesrat den Erlass eines zwingenden *gesamtschweizerischen Normalarbeitsvertrages (NAV) mit Mindestlöhnen für in Privathaushalten angestellte Personen* zu beantragen. Hintergrund war eine Studie aus dem Jahr 2008 der Universität Genf, welche eine Analyse der Arbeitsbedingungen in der Hauswirtschaft zum Gegenstand hatte und in diesem Zusammenhang eine häufige Unterschreitung von monetären Schwellenwerten feststellen konnte. Der Inhalt des Entwurfs zum Normalarbeitsvertrag nach Artikel 360a OR ist von einer Expertengruppe unter Beteiligung der Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Kantone und des SECO ausgearbeitet worden und legt das Hauptaugenmerk auf die Regelung eines zwingenden Mindestlohnes. Die Anwendbarkeit des Normalarbeitsvertrages soll sich auf Arbeitsverhältnisse von Hausangestellten

⁹² Medienmitteilung des SECO vom 27. Mai 2010.

⁹³ Medienmitteilung des EVD vom 4. November 2009.

⁹⁴ Medienmitteilung des SECO vom 15. Juni 2009.

in privaten Haushalten mit einem Mindestbeschäftigungsgrad von durchschnittlich fünf Stunden pro Woche beim gleichen Arbeitgeber erstrecken. Ausgenommen davon sind insbesondere Ausbildungs- und Praktikumsverhältnisse, jugendliche Babysitter sowie enge Verwandte und Partner. Ebenso werden Hausangestellte in landwirtschaftlichen Haushalten nicht erfasst. Als Mindestlohnhöhe hat sich die Expertengruppe auf folgende Ansätze geeinigt:⁹⁵

- Für *ungelernte Angestellte ohne Berufserfahrung* wird ein Bruttolohn von CHF 18.90 in der Stunde vorgeschlagen;
- für *ungelernte Angestellte mit vier Jahren Berufserfahrung* soll ein Bruttolohn von CHF 20.50 pro Stunde vorgeschrieben sein und
- für *gelernte Hausangestellte (mit einem Eidgenössischen Fähigkeitszeugnis)* wird ein solcher von CHF 22.90 pro Stunde ins Auge gefasst.

Die Expertengruppe hat sich bei der Festlegung dieser Mindestlöhne an den mit der Hauswirtschaft vergleichbaren Branchen (bspw. Reinigungsbranche, Gastronomie und Gesundheitswesen) orientiert. Der Mindestlohn im NAV ist sodann ohne Zuschläge für Feiertage und Ferien berechnet worden. Folglich müssen zu den Stundenlöhnen im NAV die für das individuelle Arbeitsverhältnis massgebenden Zahlungen für Ferien und Feiertage gemäss kantonalem NAV, OR oder Einzelarbeitsvertrag hinzuge-rechnet werden.⁹⁶

Bereits zum Zeitpunkt der Ausarbeitung des Entwurfs haben die Arbeitgebervertreter der bearbeitenden Expertenkommission eingewendet, die Löhne seien zu hoch angesetzt. Weiter wird von Skeptikern eingewendet, dass die Einführung von Mindestlöhnen die jüngsten Impulse im Kampf gegen die Schwarzarbeit unterlaufen würden, da sie die Bereitschaft, Hausangestellte «korrekt» anzumelden, nicht gerade fördern dürften. Zudem wird ein Verlust von Arbeitsplätzen befürchtet.⁹⁷

Vergleicht man die von der Expertenkommission vorgeschlagenen Lohnminima mit den derzeitigen durch den NAV des Kantons Zürich für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer (OS 821.12) sowie durch die Lohnrichtlinien der Hauswirtschaft Zürich als Richtwert eines Mindestansatzes festgelegten Lohnempfehlungen, so liegen die Ansätze der Expertengruppe in der Tat im oberen Bereich: Die erwähnten Grundlagen legen (ausgehend

⁹⁵ Medienmitteilung des SECO vom 23. November 2009 sowie NZZ vom 24. November 2009.

⁹⁶ Erläuternder Bericht der von der TPK des Bundes eingesetzten Expertengruppe vom 15. März 2010 zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, S. 20 f., eingesehen unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1767/Bericht.pdf

⁹⁷ Medienmitteilung des SECO vom 23. November 2009 sowie NZZ vom 24. November 2009.

von einer 43-Stunden-Woche) einen Stundenansatz von CHF 12.90 bzw. CHF 17.15 für angelernte hauswirtschaftliche Mitarbeitende unter 18 Jahren fest, was einem Bruttomonatslohn von CHF 2400.– bzw. CHF 3200.– entspricht. Gelernte hauswirtschaftliche Mitarbeitende verdienen CHF 20.40 pro Stunde oder CHF 3800.– pro Monat, führen sie den Haushalt zusätzlich selbstständig, so erhalten sie mindestens den Stundenlohn von CHF 22.55 oder CHF 4200.– im Monat. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Ferienanspruch von langjährigen Hausangestellten ab dem 50. Lebensjahr die gesetzliche Mindestvorschrift von vier Wochen um ein bis zwei Wochen übersteigt.⁹⁸

Das *Vernehmlassungsverfahren* zum Entwurf des Normalarbeitsvertrages für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft dauerte vom 17. März 2010 bis zum 10. Mai 2010.⁹⁹ Vorgesehen ist der Erlass des NAV per 1. Januar 2011 befristet für eine Dauer von drei Jahren bis Ende 2013.¹⁰⁰

Während der geplante NAV mit Mindestlöhnen für in Privathaushalten angestellte Personen der erste gesamtschweizerisch verbindliche Normalarbeitsvertrag gestützt auf Artikel 360a OR sein wird, finden sich in den Kantonen Genf, Tessin und Wallis bereits heute schon insgesamt vier kantonale NAV mit *zwingendem Charakter hinsichtlich der Lohnhöhe*, nachdem wiederholt missbräuchliche Lohnunterbietungen in den betroffenen Branchen festgestellt worden waren.¹⁰¹

So regelt im Kanton *Genf* seit 2004 ein NAV die Lohnbedingungen für Voll- und Teilzeitbeschäftigung im *Hauswirtschaftsbereich*. Festgesetzt werden dort bspw. CHF 3550.– Mindestlohn pro Monat für ungelernete Angestellte in einem Vollzeitpensum oder CHF 18.45 pro Stunde für ungelernete Arbeitskräfte in einem Teilzeitpensum.¹⁰² Da in Kantonen, welche

⁹⁸ MÜLHAUSER PHILIPP, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, 2010, S. 63.

⁹⁹ Vgl. Abgeschlossene Vernehmlassungen und Anhörungen, Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Stand am 31. Mai 2010, eingesehen unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2010.html

¹⁰⁰ Erläuternder Bericht der von der TPK des Bundes eingesetzten Expertengruppe vom 15. März 2010 zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, S. 26, eingesehen unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1767/Bericht.pdf

¹⁰¹ Erläuternder Bericht der von der TPK des Bundes eingesetzten Expertengruppe vom 15. März 2010 zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, S. 3 f., eingesehen unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1767/Bericht.pdf

¹⁰² Vgl. Art. 18 Contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 30 mars 2004 (in Kraft seit 1. Juli 2004; Stand 1. Januar 2008), J I 50.03.

bereits zwingende Mindestlöhne in der Hauswirtschaft in einem NAV erlassen haben, auch bei Annahme eines nationalen NAV weiterhin der kantonale NAV gelten würde, könnte Genf seine Mindestlohnansätze für Hausangestellte voraussichtlich beibehalten.¹⁰³ Auch für Tätigkeiten im *Kosmetikbereich* gelten im Kanton Genf Mindestlohnvorschriften: Der Minimallohn für Arbeitnehmende in diesem Sektor beträgt CHF 3400.– pro Monat in Vollzeitbeschäftigung bzw. CHF 19.65 pro Stunde in Teilzeitanstellung.¹⁰⁴

Der *Kanton Tessin* hat als erster Kanton zwingende Mindestlöhne für die *Beschäftigung in Callcenters* festgesetzt. Nach Ablauf einer dreimonatigen Probezeit verdient ein Angestellter in Vollzeitpensum (gerechnet auf Basis einer 40-Stunden-Woche) gemäss kantonalem NAV mindestens CHF 3087.– monatlich, in Teilzeitbeschäftigung CHF 17.80 pro Stunde. Zudem hat er Anspruch auf einen 13. Monatslohn.¹⁰⁵

Im *Kanton Wallis* ist seit dem 13. März 2009 ein *Normalarbeitsvertrag für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung* in Kraft. Die Lohnbasis für ungelernete Arbeitskräfte liegt hier bei CHF 4550.– pro Monat im Rahmen eines Vollzeitpensums mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden. Ungelernete Arbeiter im Stundenlohn erhalten CHF 25.– pro Stunde. Bei gelerneten Arbeitskräften liegt der Minimallohn naturgemäss etwas höher bei CHF 4820.– pro Monat bzw. CHF 26.50 pro Stunde.¹⁰⁶

Obwohl die Regelungen der initiiierenden Kantone zweifelsfrei einen positiven Zweck verfolgen, scheint die *Praxis* leider vermehrt zu zeigen, dass die festgelegten Standards teilweise toter Buchstabe bleiben. So sollen bei kantonalen Kontrollen im Tessin kurz nach Einführung des NAV etwa 44% der Löhne von Mitarbeitenden in Callcentern tiefer gewesen sein als im NAV vorgeschrieben und sich dieser Prozentsatz im Folgejahr sogar noch erhöht haben. Ein ähnliches Bild soll sich im Kanton Genf in Bezug auf die Mindestlöhne im Kosmetikbereich gezeigt haben. Der Bundesrat konnte diese im Rahmen einer Interpellation von Nationalrat FABIO PEDRINA (SP) geäusserten Zahlen zwar nicht offiziell bestätigen, doch ist

¹⁰³ Erläuternder Bericht der von der TPK des Bundes eingesetzten Expertengruppe vom 15. März 2010 zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, S. 13, eingesehen unter: www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1767/Bericht.pdf

¹⁰⁴ Vgl. Art. 2 Contrat-Type de travail pour les travailleuses et travailleur du secteur de l'esthétique du 26 août 2007 (in Kraft seit 1. Oktober 2007; Stand 1. Oktober 2007), J 1 50.16.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 4 Contratto normale di lavoro per gli operatori dei Call Centers (CNLCC), Fogli ufficiale, 68/2009 (28 agosto), 6257.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 2 Beschluss betreffend Erlass eines Normalarbeitsvertrages für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009.

auch ihm die Problematik der fehlenden gesetzlichen Möglichkeit zur Sanktionierung von Schweizer Arbeitgebern bei Nichteinhaltung eines NAV mit zwingenden Mindestlöhnen bekannt. Diesbezüglich bekräftigte er, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspreche, keine derartigen Bestimmungen zu erlassen. Vielmehr seien nach Ansicht des Bundesrates die Verbände gefragt, gegen entsprechende Missstände vorzugehen, was schliesslich den Schutz der Arbeitnehmenden auf dem Weg des Zivilprozesses stärke. So will der Bundesrat neue Daten aus den Kantonen abwarten, um gegebenenfalls Massnahmen ergreifen zu können.¹⁰⁷

Infolge einer Interpellation der Nationalrätin SILVIA SCHENKER (SP) erhielt der Bundesrat ferner die Gelegenheit, sich zu seiner Strategie im Umgang mit der Problematik der *Scheinselbstständigkeit* zu äussern. Auf die Frage nach der ausreichenden gesetzlichen Basis zur Erfassung der Scheinselbstständigkeit hielt er fest, dass der Begriff des Arbeitnehmenden und im Umkehrschluss des Selbstständigen sich nach Artikel 1 Absatz 2 EntsG und nach den Artikeln 319 ff. OR richte und ausserdem Lehre und Rechtsprechung die Abgrenzung des besagten Vertragsverhältnisses und den mit diesem zusammenhängenden Sozialschutz gewährleistet hätten. Dennoch plane derzeit das SECO die Erarbeitung einer Weisung oder Empfehlung an die Vollzugsorgane der flankierenden Massnahmen zur Vorgehensweise betreffend die Überprüfung der Scheinselbstständigkeit.¹⁰⁸

Weiter konnte der Bundesrat im Rahmen der genannten Interpellation zu den Empfehlungen der EU hinsichtlich der Scheinselbstständigkeit und deren Bekämpfung Stellung nehmen. Da die Scheinselbstständigkeit auch in der EU ein viel beachtetes Thema ist, war sie Gegenstand verschiedener Studien und Debatten. Bemerkenswert ist, dass viele Staaten der EU in ihrer nationalen Gesetzgebung neben der begrifflichen Trennung von Arbeitnehmenden und Selbstständigen den Begriff des «wirtschaftlichen Beschäftigungsverhältnisses», welches eine Untergruppe der selbstständigen Tätigkeit ist, sowie verschiedene Kategorien von Arbeitnehmenden kennen. Dennoch ist auch in der EU die Definition der wirtschaftlichen Unabhängigkeit nicht unproblematisch. Auf EU-Ebene muss zudem zwischen den Bereichen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Artikel 45 ff. des Vertrags über die Arbeitsweise der EU [AEUV]; ex Artikel 39 ff. EG-Vertrag) und Entsendung von Arbeitnehmenden unterschieden werden. In Bezug auf Präventivmassnahmen empfiehlt die EU-Kommission ihren Mitgliedssta-

¹⁰⁷ 09.4090 (Interpellation) Flankierende Massnahmen. Wann werden endlich Sanktionen für Verstösse gegen die Normalarbeitsverträge verhängt?, PEDRINA FABIO, eingereicht am 9. Dezember 2009 sowie die Antwort des Bundesrates vom 27. Januar 2010.

¹⁰⁸ 09.4252 (Interpellation) Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit, SCHENKER SILVIA, eingereicht am 11. Dezember 2009 sowie Antwort des Bundesrates vom 3. Februar 2010.

ten, zur Vermeidung von Missbräuchen den Zugang zu Informationen betreffend die Lohn- und Arbeitsbedingungen zu verbessern sowie die Verwaltungszusammenarbeit zu stärken.¹⁰⁹

Genau dieselbe Strategie scheint auch der Bund mittels vermehrter Informationskampagnen, wie bspw. der neuen Internetplattform, sowie der Kontrolloptimierung durch die zu erwartenden Weisungen des SECO an die Vollzugsorgane der flankierenden Massnahmen zu verfolgen.

b. *Internationale Arbeitsorganisation (IAO/ILO)*

Auf der Agenda der 99. *Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK)* in Genf waren für die Schweiz, welche durch eine tripartite Delegation vertreten wurde, folgende Themenbereiche prioritär:¹¹⁰

- Diskussion eines Normenentwurfs zur Verbesserung des Schutzes von Hausangestellten;
- Diskussion um die Umsetzung des strategischen Ziels der Förderung von Beschäftigung durch die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) und in den Mitgliedsstaaten;
- Ausarbeitung eines Normenentwurfs zur Verbesserung zu HIV/AIDS in der Welt der Arbeit;
- Folgearbeiten zu den Massnahmen gegen die Zwangsarbeit in Myanmar

Ein weiteres Ziel der Konferenz waren die Auseinandersetzung mit der Umsetzung der Arbeitsnormen in den Ländern, die sie ratifiziert haben, sowie die damit zusammenhängende Diskussion, wie die Folgemassnahmen zur Erklärung der IAO von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit und zur Erklärung der IAO von 2008 über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung kohärent ausgestaltet werden könnten.¹¹¹

Interessant ist, dass die Thematik der *menschenwürdigen Arbeit für Hausangestellte* nicht nur im nationalen Kontext (wie im vorherigen Abschnitt in Bezug auf die angestrebten Mindestlöhne erläutert worden ist) an Aktualität gewonnen hat, sondern auch auf dem internationalen Parkett Gehör findet, was nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen ist, dass die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Hausangestellten ein Anliegen der IAO seit ihren Anfängen war.¹¹² Im Anschluss an die Debatte zu

¹⁰⁹ Vgl. ebd.

¹¹⁰ Medienmitteilung des EVD vom 12. Mai 2010.

¹¹¹ Vgl. ebd.

¹¹² Bericht IV (1) des Internationalen Arbeitsamtes Genf, Internationale Arbeitskonferenz, 99. Tagung 2010, Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, S. 2.

dieser Thematik an der 99. Tagung der IAK wird traditionsgemäss eine zweite im kommenden Jahr stattfinden.¹¹³

Im Zusammenhang mit den Bemühungen um einen besseren Schutz von HIV-infizierten bzw. aidskranken Arbeitnehmenden konnte an der 99. Tagung der IAK ein *internationaler Arbeitsstandard über HIV/Aids* in Form einer Empfehlung verabschiedet werden. Inhalt dieser neuen Empfehlung ist insbesondere die Bekämpfung von Diskriminierung und Stigmatisierung von HIV-positiven bzw. aidskranken Arbeitssuchenden, Stellenbewerbern und Arbeitnehmenden sowie die Sicherstellung arbeitschutzrechtlicher Garantien, wie bspw. Präventionsmassnahmen, Zugang zu ärztlicher Behandlung sowie Schutz am Arbeitsplatz vor Infektion. Eine derartige Empfehlung muss im Gegensatz zu einer Konvention nicht von den Staaten ratifiziert werden. Allerdings sind sie dazu angehalten, die Empfehlung in den nationalen Parlamenten zu diskutieren und zu eruieren, wie die Postulate politisch umgesetzt werden könnten.¹¹⁴

Weiter engagierte sich die Schweiz für eine Stärkung des Arbeitsschutzes in der Seeschifffahrt. So hat der Bundesrat Ende November 2009 den eidgenössischen Räten die Botschaft zur Ratifikation des 2006 von der *Internationalen Arbeitsorganisation (IAO)* angenommenen *Übereinkommens über die Arbeitsbedingungen in der Seeschifffahrt (Seearbeitsübereinkommen)* übermittelt. Zweck dieses Übereinkommens ist die Stärkung der sozialen Sicherheit der Seeleute sowie die Förderung des freien Warenaustausches auf dem Seeweg. Ein Kontrollsystem soll zudem verhindern, dass sich Billigflaggenschiffe auf Kosten von Arbeitnehmenden unfaire Wettbewerbsvorteile sichern können. So sollen Hafensstaatskontrollen auch auf Schiffen von Drittstaaten, die das Übereinkommen nicht ratifiziert haben, durchgeführt werden können. Rund 1,2 Mio. Seeleute profitieren von der Stärkung des Arbeitnehmerschutzes durch die im Übereinkommen festgelegten weltweiten Mindeststandards. Inhaltlich enthält das Übereinkommen vorwiegend Bestimmungen über den Gesundheitsschutz sowie über die einheitliche Anerkennung von Ausbildungen und Befähigungen. Weiter wird der Zugang zu sozialen Einrichtungen sichergestellt. Von prioritärer Bedeutung für das Binnenland Schweiz ist das Übereinkommen aus Gründen des freien Warenflusses sowie der Sicherstellung der Landesversorgung auch in Krisenzeiten.¹¹⁵ Auf Empfehlung der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates beschloss der Ständerat als

¹¹³ Media centre: 99th International Labour Conference (2–18 June 2010), zuletzt eingesehen am 28. Juni 2010 unter: www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/events/ILC99/lang--en/index.htm

¹¹⁴ Press Release der ILO vom 17. Juni 2010.

¹¹⁵ Medienmitteilung des EDA vom 27. November 2009.

erstbehandelnder Rat in der Sommersession 2010 die Genehmigung des Seearbeitsübereinkommens.¹¹⁶

6. Stagiaires

Im Rahmen der sogenannten *Stagiaires-Abkommen* erhalten junge Berufsleute die Möglichkeit, als Stagiaires/Trainees Berufserfahrung in anderen Ländern zu sammeln, um ihre beruflichen und sprachlichen Fähigkeiten zu verbessern. Auch die Schweiz hat mit rund 30 Staaten ein derartiges Abkommen zum interkulturellen Austausch geschlossen. So haben auf diesem Weg bereits seit 1946 gut 58 000 ausländische Stagiaires eine Anstellung in der Schweiz gefunden, und über 40 000 Schweizer Stagiaires waren im gleichen Zeitabschnitt im Ausland beschäftigt.¹¹⁷

Mit folgenden Staaten unterhält die Schweiz eine Vereinbarung über den Austausch von Stagiaires: Argentinien, Australien Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, den Philippinen, Russland, Südafrika, Ukraine, Ungarn und den USA.¹¹⁸

Ebenso sind mit Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Irland, Luxemburg, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Schweden, Slowakei, Spanien, Tschechien und Ungarn die geschlossenen Stagiaires-Abkommen zwar formell noch in Kraft, doch werden sie infolge der Bilateralen Abkommen und dem damit verbunden Wegfall vom Erfordernis einer formellen Arbeitsbewilligung in der Praxis nicht mehr angewendet. Die Stagiaires-Abkommen mit Rumänien und Bulgarien behalten allerdings noch bis Mitte 2011 ihre praktische Bedeutung. Zu erwarten ist weiter, dass das Abkommen mit Chile demnächst formell in Kraft treten wird.¹¹⁹

Aufgrund dieser Abkommen wird den Stagiaires eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung von maximal 18 Monaten erteilt. Voraussetzung dafür ist eine abgeschlossene Berufsbildung, der Einsatz im erlernten Beruf zu orts- und berufsüblichen Bedingungen sowie die Altersgrenzen zwischen 18 und 30 Jahren (bzw. 18 und 35 Jahren in Argentinien, Japan, Kanada, Monaco, den Philippinen, Südafrika, Ukraine und den USA). In Ka-

¹¹⁶ Amtliches Bulletin vom 17. Juni 2010, Gesamtabstimmung des Erstrates (SR) zu 09.097 (Geschäft des Bundesrates), Seearbeitsübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation über die Arbeitsbedingungen in der Hochseeschifffahrt.

¹¹⁷ Prospekt der Schweizerischen Kommission für den Austausch von Stagiaires mit dem Ausland (SKASA), BFM, Stagiaire – Austausch mit der Schweiz – Arbeiten im Ausland, Stand 2. Oktober 2009, eingesehen unter: www.swissemigration.ch/themen/stagiaires/index.html?lang=de

¹¹⁸ Schriftliche Auskunft des BFM, Sektion Auswanderung und Stagiaires vom 1. Juni 2010.

¹¹⁹ Vgl. ebd.

nada können zudem auch Studierende eine Stagiaires-Bewilligung für einen Einsatz in ihrem Fach- bzw. Studienggebiet erhalten.¹²⁰

Beim im Berichtsjahr neu hinzugekommenen Abkommen mit Japan scheint erwähnenswert, dass im Vergleich zu den anderen Abkommen nur Personen mit einem Abschluss auf tertiärer Bildungsstufe (universitäre Hochschule, Fachhochschule, Berufs- und höhere Fachprüfungen, höhere Fachschulen) als Stagiaires zugelassen werden.¹²¹

II. Individualarbeitsrecht

1. Teilzeitarbeit

Gemäss der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) waren im 2. *Quartal 2009* in der Schweiz 4,28 Mio. Personen erwerbstätig und 182 000 Personen erwerbslos. Der *Anteil der erwerbstätigen Personen* bei den 15- bis 64-Jährigen betrug 79%, was gegenüber dem Vorjahr (80%) einem leichten Rückgang entspricht. Im selben Zeitraum nahm die Zahl der Erwerbslosen stark zu (+24%), womit die Erwerbslosenquote zeitweilig bei 4,1% lag.¹²² Am Ende des 1. *Quartals 2010* zählte die Schweiz gemäss Erwerbstätigenstatistik 4,535 Mio. Erwerbstätige, d.h. 0,3% mehr als ein Jahr zuvor. Die Zunahme war bei den Frauen (+0,6% auf 2,063 Mio.) bedeutender als bei den Männern (+0,1% auf 2,472 Mio.).¹²³

Teilzeitbeschäftigt waren im 2. *Quartal 2009* 33% der erwerbstätigen Personen. Im internationalen Vergleich verzeichnen nur die Niederlande einen höheren Anteil Personen mit einem reduzierten Beschäftigungsgrad (48%). Allgemein ist Teilzeit in den östlichen Ländern weniger verbreitet. Bei Frauen ist Teilzeitarbeit häufiger anzutreffen als bei Männern: In der Schweiz arbeiteten deutlich weniger Männer (13%) als Frauen (57%) Teilzeit.¹²⁴

Innerhalb von fünf Jahren hat die *Arbeit auf Abruf* leicht zugenommen (2004: 6,1% der Angestellten, 2009: 6,5%). Anteilsmässig arbeiteten mehr Frauen als Männer auf Abruf (Frauen: 8,3%, Männer 4,9%).¹²⁵

Gemäss dem Schweizer *Human-Relations-Barometer 2010*, der gemeinsam von der Universität Zürich und der ETH Zürich in Auftrag gegeben worden ist, profitierten 65% der arbeitstätigen Bevölkerung in der Schweiz von Gleitzeiten und Teilzeitarbeit. Die Beschäftigten beurteilten

¹²⁰ Vgl. ebd.

¹²¹ Medienmitteilung des EJPD vom 1. September 2009.

¹²² Medienmitteilung des BFS vom 5. November 2009.

¹²³ Medienmitteilung des BFS vom 27. Mai 2010.

¹²⁴ Medienmitteilung des BFS vom 5. November 2009.

¹²⁵ Vgl. ebd.

Arbeitszeitmodelle umso positiver, je mehr Flexibilität diese zulassen, es sei denn, es handelte sich dabei um Kurz- oder Schichtarbeit. Die Umfrage ergab ausserdem, dass Arbeitnehmende, die mit der zeitlichen Flexibilität zufrieden waren, geringere Kündigungsabsichten hegen und sich gegenüber ihrem Arbeitgeber loyaler verhielten.¹²⁶

Die vermehrte Einführung von Teilzeitarbeit wurde nicht nur im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung der Geschlechter diskutiert, sondern auch im Kontext der Bekämpfung von Arbeitslosigkeit älterer Arbeitnehmer unter dem Schlagwort der *Altersteilzeit*. In seiner Antwort auf ein entsprechendes Postulat vom Dezember 2009 betrachtete der Bundesrat die Propagierung spezifischer Arbeitszeitmodelle für Ältere jedoch als Aufgabe der Sozialpartner, womit das Thema auf Bundesebene vorerst vom Tisch sein dürfte.¹²⁷

2. Gleichbehandlung der Geschlechter, Chancengleichheit

a. Allgemeines

Betrachtet man das derzeitige *Bildungsniveau der Erwerbstätigen*, so lässt sich ein Trend zur höheren Bildung feststellen. Während vor gut einem Jahrzehnt (1999) erst 23,1% der Erwerbstätigen über eine Ausbildung auf Tertiärstufe verfügten, so waren es im Jahr 2009 bereits 33,5%. Obwohl diesbezüglich Männer durchschnittlich noch immer ein höheres Bildungsniveau aufweisen, hat sich der Frauenanteil unter den Erwerbstätigen mit einer Ausbildung auf Tertiärstufe innerhalb der selben Zeitspanne auf inzwischen 26,5% beinahe verdoppelt.¹²⁸

Dennoch betrug (im Gegensatz zu diesem relativ geringen Frauenanteil unter den Erwerbstätigen mit Tertiärausbildung) der Anteil Frauen unter den Personen, die *als höchsten Bildungsabschluss über einen Universitäts- oder Fachhochschulabschluss* verfügten, rund 41,2%.¹²⁹ Offensichtlich verfügten demzufolge viele Frauen über eine Ausbildung auf Hochschulniveau, die aber entweder nicht ins Berufsleben einsteigen oder – was viel öfter der Fall sein dürfte – sich wieder aus dem Erwerbsleben zurückziehen.

¹²⁶ NZZ vom 18. März 2010.

¹²⁷ 09.4310 (Postulat) Altersteilzeit statt Entlassungen, HEIM BEA, eingereicht am 11. Dezember 2009 sowie Antwort des Bundesrates vom 3. Februar 2010.

¹²⁸ Publikation des BFS vom 22. Januar 2010, SAKE 2009 in Kürze, Wichtigste Ergebnisse der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung, S. 8.

¹²⁹ Gleichstellung von Frau und Mann – Daten und Indikatoren (Überblick), BFS, zuletzt aktualisiert am 4. März 2010, eingesehen unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/ueberblick.html

Interessant ist weiter, dass nur rund ein Drittel der Vollzeitwerbstätigen Frauen waren, während unter den Teilzeitbeschäftigten der Frauenanteil bei fast 80% lag.¹³⁰

Vor dem Hintergrund dieser Fakten und dem Umstand, dass gerade im Schatten der Wirtschaftskrise viele Unternehmen zuerst die Teilzeitstellen gestrichen haben,¹³¹ findet die Debatte um die tatsächliche Verwirklichung der Chancengleichheit gerade auch in Führungsetagen vermehrt zurück ins Interesse der Öffentlichkeit. Besondere Anliegen sind dabei selbstredend die Bemühungen um die Lohngleichheit sowie um die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, welche in der Folge noch näher zu beleuchten sind.

Die *Bundesverwaltung* hat bereits jetzt ein wenn auch angesichts des Ausmasses der thematisierten Problematik zartes Signal zur Förderung der Chancengleichheit gesetzt. Durch flankierende Massnahmen zur besseren Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben des Bundespersonals konnte insbesondere der Anteil der Frauen in Führungspositionen erhöht werden. Für die männlichen Bundesangestellten wurde zudem ein fünftägiger *Vaterschaftsurlaub* eingeführt.¹³²

Um die Gleichstellung im Erwerbsleben zu fördern, hat der Bund im Jahr 2009 gesamthaft CHF 4,1 Mio. bereitgestellt, wovon zusätzlich zu den bisherigen Förderprojekten und Beratungsstellen auch Unternehmen profitieren können.¹³³

b. Lohngleichheit

Sowohl in der Bundesverfassung als auch im Gleichstellungsgesetz ist der Grundsatz «gleiche Löhne für gleichwertige Arbeit» verankert. Dennoch entspricht die *Lohngleichheit zwischen Mann und Frau* noch nicht der Realität. So zeigt die 2008 veröffentlichte und 2009 in einer Broschüre erläuterte Untersuchung des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung (EBG) in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Statistik (BFS) den Verlauf der Lohndiskriminierung im Zeitraum zwischen 1998 bis 2006 auf. In verschiedenen Bereichen wie bspw. im Tieflohnbereich konnten tatsächlich Verbesserungen erzielt werden. Markant weniger Frauen als auch Männer mussten mit tiefen Löhnen unter CHF 3000.– netto auskommen.

¹³⁰ Vgl. ebd.

¹³¹ NZZ vom 9. September 2009.

¹³² Medienmitteilung des EFD vom 1. Juli 2009.

¹³³ Finanzhilfen für mehr Gleichstellung im Erwerbsleben, Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Mann und Frau (EBG), zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.ebg.admin.ch/dienstleistungen/00016/index.html?lang=de

Parallel dazu sind dort auch die diskriminierenden Lohnunterschiede geschrumpft.¹³⁴

Besonders auffällig ist dagegen die Lohnschere in anderen Lohnklassen. Im Schnitt verdienten Frauen 2006 in der Privatwirtschaft 24% oder CHF 1747.– weniger als Männer. 60% dieses Lohnunterschiedes sind erklärbar durch Faktoren wie persönliche Qualifikation (Alter, Dienstalter oder Ausbildung) oder solche, die arbeitsplatz- bzw. unternehmensspezifisch (wie berufliche Stellung, Anforderungsniveau, Tätigkeitsbereich bzw. Firmengrösse, Wirtschaftsbranche, Arbeitsort/Region) sind. Die übrigen 40% sind jedoch nicht erklärbar und gelten somit als diskriminierend. Zu den bedeutendsten diskriminierenden Faktoren zählt der Basislohn, also der Lohn, der unabhängig von jeglicher Qualifikation, Erfahrung etc. einem Beschäftigten entrichtet wird. Er liegt bei Frauen bereits um 6% tiefer als bei männlichen Berufskollegen. Bezogen auf den Zivilstand verdienen verheiratete Frauen 31% weniger als ihre männlichen verheirateten Kollegen, unter anderem aus dem Grund, dass die Stellen für Wiedereinsteigerinnen bzw. Teilzeitbeschäftigte weniger gut bezahlt sind.¹³⁵

Auch Frauen in den oberen Positionen sind von Lohndiskriminierungen betroffen. Erklärt wird dieser Missstand u.a. durch die Theorie der «*glass ceilings*». Unter der gläsernen Decke wird verstanden, dass Frauen auf dem Weg nach oben in der Lohnhierarchie an einen Punkt gelangen, an dem es nicht (oder nur sehr schwierig) weitergeht. Das komplementäre Phänomen der «*sticky floors*» beschreibt den Umstand, dass Frauen nach ihrem Einstieg ins Berufsleben oft sehr viel länger auf Beförderungen oder Gehaltserhöhungen warten müssen als Männer. Hauptgrund dafür ist die Unsicherheit der Arbeitgeber, wie lange die Berufseinsteigerin im Betrieb bleiben wird. Umgekehrt konnte beobachtet werden, dass bei Männern häufig «*glass floors*» bestehen: Als wären unsichtbare Böden vorhanden, sinken aus bestimmten Gründen Männerlöhne nie unter einen bestimmten Schwellenwert, während dies bei Frauen durchaus der Fall sein kann. Treten die Phänomene der klebrigen Böden und der gläsernen Decke gleichzeitig auf, so folgt der Verlauf des Lohnunterschieds über die gesamte Lohnverteilung einer U-Kurve: Der Lohnunterschied ist bei tiefen Löhnen hoch, nimmt im mittleren Lohnbereich ab und steigt im oberen Lohnbereich wieder an.¹³⁶

¹³⁴ Medienmitteilung des EBG und des BFS vom 12. Juni 2009 sowie STRUB SILVIA (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS, Bern)/MICHAEL GERFIN, ALINE BUETIKOFER (Departement Volkswirtschaftslehre, Universität Bern), Schlussbericht der Untersuchung im Auftrag des EBG und des BFS vom 16. Mai 2008, Vergleichende Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebungen 1998 bis 2006.

¹³⁵ Vgl. ebd.

¹³⁶ STRUB SILVIA (Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS, Bern)/MICHAEL GERFIN, ALINE BUETIKOFER (Departement Volkswirtschaftslehre, Univer-

Zur besseren Bekämpfung der Lohndiskriminierung hat das Gleichstellungsbüro eine Software namens *Logib* entwickelt, mittels derer interessierte Unternehmen diskriminierende Lohnbestandteile aufspüren können. Die Idee beruht auf Freiwilligkeit, weshalb das Aufdecken der Lohnunterschiede für die Arbeitgeber im Hinblick auf eventuelle Nachforderungen der betroffenen Arbeitnehmerinnen nicht ganz risikolos ist. Obwohl Kritiker der Software einwenden, *Logib* leide unter einem Geburtsfehler, da das Kriterium der Einzelleistung nicht erfasst werde, ist es durchaus ein taugliches Instrument, um gerade Firmen, die sich gar nicht bewusst sind, dass ihren Lohnzahlungen Diskriminierungen inhärent sind, diese Missstände aufzuzeigen.¹³⁷

Trotz diesen Massnahmen hält sich die Lohndiskriminierung hartnäckig. Auch im Jahr 2010 verdienen weibliche Angestellte im Schnitt ein Viertel weniger als ihre männlichen Kollegen, in Akademikerkreisen beträgt die Lohnunterschied gar rund 30%. Dort, wo neuere Daten zur Verfügung stehen, machen sich sogar Indizien bemerkbar, wonach der diskriminierende Anteil wieder steigen soll: In der Gastronomie und im Tourismus betrug die Lohnunterschied im Jahr 2005 rund 19% zum Nachteil der weiblichen Arbeitskräfte, 2009 lag der entsprechende Wert bei 23,1%.¹³⁸

Diese Entwicklung ist dem Parlament nicht verborgen geblieben. Im November 2009 musste sich der Bundesrat zur Frage äussern, was er bezüglich dieses Rückschritts bei der Lohngleichheit zu tun gedenke. In seiner Antwort bestätigte der Bundesrat, vertreten durch Bundesrat DIDIER BURKHALTER, einen leichten Rückschritt bei der Beseitigung der Lohndiskriminierung für das Jahr 2008. Dennoch zeigte er sich überzeugt, dass sich längerfristig die gegenwärtigen Massnahmen bewähren würden und dass die Unterstützung des Lohngleichheitsdialogs der Sozialpartner fortzusetzen sei. Weiter ist für das Jahr 2011 eine Evaluation betreffend die Lohngleichheit geplant, auf deren Grundlage sich gegebenenfalls weitergehende Massnahmen aufdrängen könnten. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt beschränkt sich der Bundesrat jedoch auf die finanzielle Unterstützung von Projekten im Bereich der Gleichstellung.¹³⁹

sität Bern), Schlussbericht der Untersuchung im Auftrag des EBG und des BFS vom 16. Mai 2008, Vergleichende Analyse der Löhne von Frauen und Männern anhand der Lohnstrukturerhebungen 1998 bis 2006, S. 68 f.

¹³⁷ Vgl. JAR 2009, S. 51 sowie NEUE ZÜRCHER ZEITUNG AM SONNTAG (NZZAS) vom 28. Februar 2010.

¹³⁸ NZZAS vom 28. Februar 2010.

¹³⁹ 09.5502 (Frage) Rückschritt bei der Lohngleichheit, TEUSCHER FRANZISKA, eingereicht am 30. November 2009 sowie Antwort des Bundesrates vom 30. November 2009 (AB 2009 N 1970).

c. *Vereinbarkeit von Beruf und Familie*

Spricht man von Chancengleichheit, so ist ein Blick auf die *Vereinbarkeit der Erwerbstätigkeit mit der privaten Lebenssituation* der Arbeitnehmenden unausweichlich. Wie bereits an anderer Stelle aufgezeigt worden ist, hängt die Lohndifferenz zum Nachteil der Arbeitnehmerinnen u.a. stark mit dem (vorübergehenden) Ausscheiden aus dem Berufsleben aus familiären Gründen zusammen.

Leben *Kinder im Haushalt*, reduziert meist die Frau ihr Erwerbsspensum oder verzichtet (zumindest vorübergehend) ganz auf eine Erwerbstätigkeit. Das Modell des vollzeiterwerbstätigen Mannes und der teilzeitbeschäftigten Frau findet sich in Familienhaushalten, in welchen das jüngste Kind unter sieben Jahre alt ist, in knapp der Hälfte der Fälle. Das traditionelle Alleinverdienermodell mit dem Mann in vollzeitiger Erwerbstätigkeit in Familienhaushalten mit dem jüngsten Kind unter sieben ist demgegenüber zwischen 1992 und 2009 von 62% auf 31% zurückgegangen.¹⁴⁰ Neben Alternativen innerhalb der Familie spielt für diese Tendenz zum Wiedereinstieg von Frauen ins Erwerbsleben zunehmend das Kinderbetreuungsangebot eine zentrale Rolle. Gesamtschweizerisch hat sich zwischen 1985 und 2008 die Anzahl an Kinderkrippen und -horten pro 1000 Kindern unter sieben Jahren von 1 auf aktuell 3,8 erhöht. Im Rahmen dieser Betriebszählung wurden Selbsthilfeorganisationen, Tagesmütter sowie betriebsinterne Kinderbetreuungsstätten und dergleichen nicht erfasst.¹⁴¹

Will man die Chancengleichheit weiter vorantreiben, so wäre folgerichtig die *Verbesserung der Betreuungssituation von Kindern* ein möglicher Ansatzpunkt, weshalb auch die derzeitige Überarbeitung der *Kinderbetreuungsverordnung (KiBeV)* unter diesem Aspekt Beachtung finden muss.

Auf Kritik an der neuen KiBeV sind namentlich die als Überregulierung empfundenen *Bestimmungen zur Tagesbetreuung* gestossen. In der Vernehmlassung abgelehnt worden ist vor allem die vorgeschlagene Bewilligungspflicht für Freunde, Nachbarn oder Bekannte, die mehr als 20 Stunden pro Woche ein Kind betreuen, weshalb im Rahmen der derzeitigen Überarbeitung die Bewilligungspflicht nur für entgeltlich erbrachte Betreuungsleistungen eingeführt werden soll. Von der Bewilligungspflicht ausgenommen sollen weiter sämtliche (unentgeltlich oder entgeltlich) erbrachten Betreuungsleistungen durch Verwandte sowie den Eltern nahestehende Personen sein wie auch die Betreuung im Haushalt der Eltern (bspw.

¹⁴⁰ Gleichstellung von Frau und Mann – Daten, Indikatoren, Erwerbsmodelle in Paarhaushalten, BFS, zuletzt aktualisiert am 4. März 2010, eingesehen unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/03.html

¹⁴¹ Gleichstellung von Frau und Mann – Daten, Indikatoren, Anzahl Kinderkrippen und Kinderhorte, BFS, zuletzt aktualisiert am 4. März 2010, eingesehen unter: www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/05/blank/key/Vereinbarkeit/06.html

durch Nannies). Die generelle Stossrichtung der Verordnung wurde dagegen mehrheitlich begrüsst.¹⁴²

Bereits zum jetzigen Zeitpunkt wird in der Literatur vor einer *Diskriminierung von Alleinerziehenden* und sogenannten *Working-poor-Familien* durch die geplante KiBeV gewarnt. Working-poor-Familien bzw. Alleinerziehende sind aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen, arbeiten zu gehen, weshalb sie bei der Suche nach einer günstigen familienergänzenden Kinderbetreuung nicht noch zusätzlich durch (zu) restriktive Betreuungsbestimmungen eingeschränkt werden dürften. Im Gegensatz zu wirtschaftlich bessergestellten Familien, die auf eine Nanny oder ein Au-pair, welche für die Betreuung im Haushalt der Eltern selbst keine Bewilligung benötigen, zurückgreifen können, würden wirtschaftlich schlechtergestellte (Ein-Eltern-)Familien benachteiligt.¹⁴³

Denn gemäss dem Entwurf wäre unter Missbrauchsgesichtspunkten einzig die Aufnahme eines *minderjährigen Au-pairs* bewilligungspflichtig, was allerdings als arbeitsschutzrechtlicher Sachverhalt eher das Obligationenrecht bzw. das Arbeitsschutzgesetz tangiert und deshalb vorzugsweise an entsprechender Stelle zu regeln gewesen wäre.¹⁴⁴

3. Whistleblowing

Das Verhalten eines Arbeitnehmenden, der durch interne Meldung oder durch Benachrichtigung der Öffentlichkeit illegale oder unethische Geschäftspraktiken seines Arbeitgebers offenlegt, wird als *Whistleblowing* bezeichnet.¹⁴⁵

Zum Schutz dieser sogenannten Whistleblower sieht die derzeitige *Teilrevision des Obligationenrechts* eine neue Bestimmung vor, gemäss welcher der Arbeitnehmende nicht gegen seine Treuepflicht verstösst, wenn er dem Arbeitgeber bzw. subsidiär der zuständigen Behörde Missstände meldet oder diese ultima ratio der Öffentlichkeit zugänglich macht. Da sich die Whistleblower durch eine derartige Handlung oft dem Risiko von Vergeltungsmassnahmen durch den Arbeitgeber aussetzen, wird mittels Revision namentlich ein verbesserter Kündigungsschutz angestrebt.¹⁴⁶ Bezüglich der konkreten Ausgestaltung dieser Norm sei auf die Ausführungen im Vorberichtsjaahr verwiesen.¹⁴⁷

¹⁴² Medienmitteilung des EJPD vom 17. Dezember 2009.

¹⁴³ FASSBIND PATRICK, Totalrevision der Pflegekinderverordnung (PAVO), in: SJZ 106 (2010), S. 57–66 (S. 62).

¹⁴⁴ Vgl. ebd.

¹⁴⁵ PORTMANN DOMINIQUE/WOHLMANN HERBERT, Whistleblowing, in: SJZ 103 (2007) S. 179–182 (S. 179).

¹⁴⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 17. Dezember 2009.

¹⁴⁷ Vgl. JAR 2009, S. 51 ff.

Der genannte Entwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts hinsichtlich des Schutzes bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz wurde Anfang Dezember 2008 vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickt und konnte bis zum Ende der Vernehmlassungsfrist Ende März 2009 von den interessierten Kreisen bewertet werden. Inzwischen liegt der Vernehmlassungsbericht mit den Ergebnissen vor.¹⁴⁸

Im Rahmen der Vernehmlassung hat eine Mehrheit die Teilrevision des Obligationenrechts grundsätzlich befürwortet. Einzig die SVP sowie die Mehrheit der Wirtschaftsverbände haben den Vorentwurf u.a. mit der Begründung abgelehnt, die komplexe Materie lasse sich nicht gesetzlich regeln. Denn nach Ansicht der genannten Kritiker genügten das geltende Recht, dessen Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung sowie die von den Unternehmen getroffenen Massnahmen, um auftretende Probleme zu lösen. Vom gegenüberliegenden politischen Lager, namentlich von den Grünen, der SP und den Gewerkschaften, wurde eingewendet, der Vorentwurf gehe zu wenig weit und biete den Arbeitnehmern zu wenig Schutz.¹⁴⁹

Insgesamt hat die Vernehmlassung gezeigt, dass es sinnvoll ist, die Voraussetzungen für eine rechtmässige Meldung von Missständen am Arbeitsplatz gesetzlich zu regeln, gleichzeitig wurde aber auch deutlich, dass diese Massnahme allein nicht genügen wird, um die Arbeitnehmenden besser zu schützen. Denn fraglich bleibt, ob im Falle einer missbräuchlichen Kündigung die im Obligationenrecht vorgesehene Entschädigung von bis zu sechs Monatslöhnen wirksam wäre oder ob die besonderen Umstände bei der Meldung von Missständen am Arbeitsplatz nicht eine strengere Sanktion rechtfertigten. Allerdings stellt sich diese Frage nicht nur bei Whistleblowern, sondern auch bei allen anderen Fällen missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung.¹⁵⁰

Aus diesem Grund will der Bundesrat, bevor er das weitere Vorgehen festlegt, die im geltenden Recht vorgesehenen Sanktionen bei Kündigung überprüfen lassen. Zu diesem Zweck hat er das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, hinsichtlich dieser Frage eine weitere Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten. Diese Überprüfung wird allerdings nicht die Grundlagen des Kündigungsrechts infrage stellen, sondern sich primär auf die Höhe der Sanktionen beziehen. Fest steht bereits zum jetzigen Zeitpunkt, dass die Nichtigkeit der Kündigung im Arbeitsrecht die Ausnahme bleiben wird.¹⁵¹

¹⁴⁸ Bericht des EJPD vom Dezember 2009 über die Vernehmlassungsergebnisse, Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), S. 2.

¹⁴⁹ Medienmitteilung des EJPD vom 17. Dezember 2009.

¹⁵⁰ Vgl. ebd.

¹⁵¹ Vgl. ebd.

4. Ferienanspruch

Die am 26. Juni 2009 eingereichte *Volksinitiative «6 Wochen Ferien für alle»* verlangt, Artikel 110 der Bundesverfassung wie folgt zu ergänzen: «Alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben Anspruch auf bezahlte Ferien von mindestens sechs Wochen.» Begründet wird das Anliegen mit der gesteigerten Arbeitsproduktivität, der Gesundheit der Arbeitnehmenden, der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf, den stossenden Unterschieden zwischen den Branchen und einem Nachholbedarf der Schweiz im Vergleich mit dem Ausland.¹⁵²

Die derzeitige Gesetzeslage sieht demgegenüber nach Artikel 329a OR die Gewährung von mindestens vier Wochen bezahlter Ferien für Arbeitnehmende ab dem vollendeten 20. Lebensjahr vor. Durch Einzelabrede oder Gesamtarbeitsvertrag sind für den Arbeitnehmenden günstigere Regelungen möglich.¹⁵³

Der Bundesrat steht dem Volksbegehren ablehnend gegenüber. Besondere Bedenken hegt er aus dem Grund, dass ein Anspruch auf längere Ferien allein sich nicht zwingend als vorteilhaft erweisen müsse. Denn stellt ein Arbeitgeber zur Kompensation des ferienbedingt ausfallenden Personals keine weiteren Personen ein, so bedeuteten längere Ferien auch längere Arbeitszeiten sowie mehr Stress am Arbeitsplatz. Weiter seien Unterschiede zwischen den Branchen häufig Ausdruck verschiedener Bedürfnisse und deshalb zwangsläufig. Ein Blick auf die in den EU-Staaten einschlägige Richtlinie zeige weiter, dass auch dort ein Minimum von vier Ferienwochen gelte.¹⁵⁴ Aus diesen Gründen hat der Bundesrat, der die Regelung dieses Begehrens auf Verfassungsstufe ohnehin für verfehlt hält, die Volksinitiative ohne Gegenentwurf zur Ablehnung empfohlen und eine entsprechende Botschaft zuhanden des Parlaments verabschiedet.¹⁵⁵

Allerdings wurde auch das Parlament in der Berichtsperiode mittels verschiedener *parlamentarischer Initiativen* aktiv, um der Forderung nach einer Erhöhung des Ferienspruches Nachdruck zu verleihen.¹⁵⁶

¹⁵² Medienmitteilung des EJPD vom 24. März 2010.

¹⁵³ Vgl. ebd.

¹⁵⁴ Vgl. ebd.

¹⁵⁵ Medienmitteilung des EJPD vom 18. Juni 2010.

¹⁵⁶ Vgl. 10.455 (Parlamentarische Initiative) Mindestens fünf Wochen Ferien für alle, LEUTENEGGER OBERHOLZER SUSANNE, eingereicht am 17. Juni 2010; 10.464 (Parlamentarische Initiative) Erhöhung des Ferienanspruches, LEUENBERGER UELI, eingereicht am 18. Juni 2010 sowie 10.472 (Parlamentarische Initiative) Mindestens fünf Wochen Ferien für Personen über 50, DE BUMAN DOMINIQUE, eingereicht am 18. Juni 2010.

5. Digitaler Strafregisterauszug

Seit September 2009 kann beim Bundesamt für Justiz (BJ) der *Strafregister-Auszug* auch als elektronisches, digital signiertes Dokument bestellt werden. Interessant ist diese technische Neuerung insbesondere für Stellensuchende, da immer mehr Unternehmen ihre Personaldossiers elektronisch führen und Stellenbewerbungen zunehmend digital eingereicht werden. Berücksichtigt werden durch diese Neuerung aber auch die Interessen von Unternehmen, die ihre Mitarbeitenden nicht nur anlässlich der Anstellung, sondern in periodischen Abständen überprüfen. Insbesondere Banken, Sicherheitsfirmen sowie andere in einem besonders sensiblen Umfeld tätige Unternehmen bestellen meist regelmässig Strafregister-Auszüge ihres Personals.¹⁵⁷

Der *Datenschutz* wird bei der Online-Bestellung durch Einreichung eines digital signierten Bestellformulars in Kombination mit einer Bestätigung des Gesuchstellers mittels Anklicken eines entsprechenden Links und der Eingabe des von ihm bei der Bestellung gesetzten Passwortes gewährleistet.¹⁵⁸

III. Öffentliches Arbeitsrecht

1. Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PRSG) und Passivrauchschutzverordnung (PaRV)

Zum Schutz der Nichtraucherinnen und Nichtraucher sowie der Arbeitnehmenden vor den schädlichen Auswirkungen des Passivrauchens hat der Gesetzgeber eine gesamtschweizerische Lösung basierend auf dem *Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PRSG)* sowie auf der dazugehörigen Ausführungsverordnung (*Passivrauchschutzverordnung, PaRV*) geschaffen. Seit dem 1. Mai 2010 müssen alle geschlossenen, öffentlich zugänglichen Räume rauchfrei sein. Das Bundesgesetz sowie die dazugehörige Verordnung legen lediglich Mindeststandards fest, sodass schärfere Regelungen durch die Kantone möglich bleiben. Zurzeit verfügen 18 Kantone über eine kantonale Gesetzgebung zur Regelung des Passivraucherschutzes, von welchen 15 (AR, BE, BL, BS, FR, GE, GR, NE, SG, SO, TI, UR, VD, VS, ZH) – die drei Viertel der Schweizer Bevölkerung umfassen – eine über das Bundesgesetz hinausgehende Lösung vorsehen.¹⁵⁹

Im öffentlichen Diskurs wurde insbesondere die Umsetzung des Bundesgesetzes in *Gastronomiebetrieben* thematisiert. Die neuen Bestimmun-

¹⁵⁷ Medienmitteilung des BJ vom 1. September 2009.

¹⁵⁸ Vgl. ebd.

¹⁵⁹ Medienmitteilung des EDI vom 28. Oktober 2010.

gen des Bundes sehen vor, dass Restaurants und Bars die Möglichkeit haben, Raucherräume einzurichten, welche (neben weiteren Voraussetzungen) durch feste Bauteile von den anderen Räumen abgetrennt sein müssen und höchstens einen Drittel der Ausschankräume einnehmen dürfen. Arbeitnehmende können in diesen Raucherräumen nur beschäftigt werden, sofern sie einer solchen Beschäftigung schriftlich zugestimmt haben. Acht Kantone haben in ihren kantonalen Bestimmungen die Beschäftigung in Raucherräumen jedoch ungeachtet einer Einwilligung durch den Arbeitnehmenden gänzlich untersagt. Kleinere Restaurationsbetriebe mit einer öffentlich zugänglichen Gesamtfläche von maximal 80 m² können nach Bundesgesetz ausserdem eine Bewilligung als Raucherlokal beantragen. Verschiedene Kantone sehen aber auch in dieser Hinsicht keinerlei Ausnahmen vor.¹⁶⁰

Auch in *Unternehmen* müssen alle geschlossenen Räume, die mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, rauchfrei sein. Als Arbeitsplatz gelten alle Orte innerhalb oder ausserhalb eines Betriebes, an denen sich ein Arbeitnehmender zur Ausführung der ihm zugewiesenen Arbeit aufhalten muss. Gemeinsam genutzte Räume wie Sitzungszimmer, Cafeteria, Gänge, usw. werden ebenfalls davon erfasst. Das Rauchen in Einzelbüros bleibt unter Vorbehalt des Firmenreglements jedoch erlaubt. Ebenso ist es dem Arbeitgebenden überlassen, ob er spezielle Raucherräume einrichten will, welche jedoch nicht als Arbeitsplatz genutzt werden dürfen.¹⁶¹

Bei Missachtung des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen sind Bussen von bis zu CHF 1000.– für Rauchende sowie für die für die Räume verantwortlichen Personen vorgesehen. Des Weiteren gelten für Arbeitgebende, die gegen die Vorschriften zum Gesundheitsschutz ihrer Angestellten verstossen, die im Arbeitsgesetz vorgesehenen Strafen.¹⁶²

Kurz nach dem Inkrafttreten der beiden Erlasse war am 18. Mai 2010 erneut eine Volksinitiative zum «Schutz vor Passivrauchen» eingereicht worden, welche knapp einen Monat später formell zustande gekommen ist und mittels Verfassungsänderung (Artikel 118a BV neu) eine schweizweit einheitliche Lösung verlangt.¹⁶³

¹⁶⁰ Gesetz und Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen: Zusätzliche Information für betroffene Kreise, Bundesamt für Gesundheit (BAG) vom 5. März 2010.

¹⁶¹ Vgl. ebd.

¹⁶² Vgl. ebd.

¹⁶³ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 10. Juni 2010 sowie Volksinitiative «Schutz vor Passivrauchen» (BBI 2010 4158).

2. Änderungen des Arbeitsgesetzes und der Verordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG)

a. Erweiterung des personellen Geltungsbereiches

Durch eine Teilrevision der Luftfahrtverordnung hat der Bundesrat den *Gesundheitsschutz für schweizerische Flugzeugbesatzungen* dahingehend verbessert, dass das fliegende Personal neu ebenfalls dem Gesundheitsschutz des Arbeitsgesetzes (ArG) unterstellt worden ist. Da die Einsatzzeiten der Flugbesatzungen in weiten Teilen international geregelt sind und die Bedingungen in der Luftfahrt bis anhin als besonders eingestuft worden sind, war das fliegende Personal lange Zeit nicht von den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes erfasst. Von der Neuregelung, die am 1. Oktober 2009 in Kraft getreten ist, profitieren insbesondere schwangere Frauen, stillende Mütter und Mitglieder von Flugzeugbesatzungen mit Kindern. Denn neu sind Luftfahrtunternehmen nicht nur wie bis anhin verpflichtet, schwangere Frauen auf Wunsch vom Flugdienst zu befreien, sondern müssen Mitarbeitenden, die vom Flugdienst befreit sind, eine möglichst gleichwertige Tätigkeit anbieten, bei welcher die mit dem Flugdienst verbundenen Belastungen nicht anfallen. Ist eine solche Beschäftigung nicht möglich, so haben die betroffenen Frauen Anspruch auf 80% ihres Lohnes. Ebenfalls ist ein Arbeitgebender neu bei der Planung der Einsätze dazu angehalten, auf die Bedürfnisse von Besatzungsmitgliedern, die Kinder oder pflegebedürftige Angehörige betreuen, Rücksicht zu nehmen.¹⁶⁴

b. Änderung der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)

In einer *Revision der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)* ist neben redaktionellen Anpassungen der Begriff der *betrieblichen Unentbehrlichkeit bei Dauernachtarbeit*, sprich Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit für mehr als sechs bzw. mehr als zwölf Wochen in Folge, konkretisiert worden (neuer Artikel 30 Absatz 2^{bis} ArGV 1). Neu liegt die betriebliche Unentbehrlichkeit grundsätzlich nur dann vor, wenn es sich nachweisbar um eine Arbeit handelt, für die keine von denselben Arbeitnehmenden zu leistende Gegenschicht existiert und die überwiegend in der Nacht ausgeführt werden muss. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Buchstabe a). Alternativ dazu ist der Nachweis möglich, dass auf dem üblichen Arbeitsmarkt nicht genügend qualifiziertes Personal für Wechselschichten rekrutiert werden kann (Buchstabe b).¹⁶⁵ Mit dieser Anpassung hat der Bundesrat die bisherige Praxis zur Dauer-

¹⁶⁴ Medienmitteilung des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vom 18. September 2009.

¹⁶⁵ Erläuternder Bericht des SECO vom März 2010, Änderung von Artikel 30 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1).

nachtarbeit mit Wirkung per 1. August 2010 auf Verordnungsstufe verankert.¹⁶⁶

c. *Änderung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2)*

Im *Gesundheitsbereich* wurden im Rahmen der Revision der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2) neue *Arbeitszeitbestimmungen* für Spitäler, Kliniken und andere Pflegeinstitutionen per 1. Januar 2010 festgelegt. So sieht der neue Artikel 7 Absatz 2 ArGV 2 zur Gewährleistung der Kontinuität bei der Behandlung der Patienten eine Erweiterung der Arbeitswoche auf sieben Tage vor. Gleichzeitig verlangt eine derartige Organisation der Arbeitszeit nach Bedingungen, welche den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer zum Ziel haben. Im Hinblick auf die Nachtarbeit (Artikel 10 Absatz 2 ArGV 2) handelt es sich um eine Praxis, die bereits seit mehreren Jahren zulässig und Gegenstand einer Sonderbewilligung des SECO ist.¹⁶⁷

Die neue Bestimmung bezüglich des *Pikettendienstes* (vgl. Artikel 8a ArGV 2) legt für Spitäler und Kliniken fest, dass die Frist zwischen der Einberufung des Arbeitnehmenden und seinem Eintreffen am Arbeitsplatz mindestens 30 Minuten betragen muss. Ist die Frist kürzer, so hat der Arbeitgebende dem betroffenen Arbeitnehmenden einen Ausgleich in Form von Freizeit zu gewähren. Dieser Ausgleich berücksichtigt die Zeit, die der Arbeitnehmende dem Arbeitgebenden zur Verfügung stellt, ohne dass er effektiv zum Arbeitseinsatz kommt, mit einer Zeitgutschrift von 10% der inaktiven Pikettzeit. Das Arbeitsgesetz findet auf Assistenzärztinnen und -ärzte aller Spitäler und Kliniken in der Schweiz Anwendung. Darüber hinaus sind die Spitäler und Kliniken immer häufiger von der kantonalen Verwaltung ausgenommen, sodass ihr Personal hinsichtlich Länge der Arbeits- und Ruhezeiten ohnehin gesamthaft den Bestimmungen des Arbeitsgesetzes unterstellt ist. Dies führte in zahlreichen Spitälern zu Schwierigkeiten, weshalb sich eine Lösung im Sinne der neuen Bestimmungen aufdrängte.¹⁶⁸

d. *Verordnung über die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Eisenbahnbereich (STEBV) und die revidierte Verordnung über die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahnen (VTE)*

Anfang 2010 sind zwei neue *Verordnungen über die sicherheitsrelevanten Tätigkeiten im Bahnbereich* in Kraft getreten: Die *Verordnung über sicherheitsrelevante Tätigkeiten im Eisenbahnbereich (STBEV)* regelt die Zulassung von Personengruppen mit sicherheitsrelevanten Aufgaben durch

¹⁶⁶ Medienmitteilung des EVD vom 30. Juni 2010.

¹⁶⁷ Medienmitteilung des EVD vom 27. November 2009.

¹⁶⁸ Vgl. ebd.

die Umschreibung der fachlichen und medizinischen Grundanforderungen sowie der entsprechenden Qualifikationen. Die *revidierte Verordnung über die Zulassung zum Führen von Triebfahrzeugen der Eisenbahnen (VTE)* enthält weitere Anpassungen im Zusammenhang mit den Vorgaben der EU-Richtlinie für einen internationalen Führerschein für Triebfahrzeugführende.¹⁶⁹

e. *Verordnung zum Arbeitszeitgesetz (AZGV)*

Die *Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV)* wurde hinsichtlich ihrer Artikel 6 Absatz 5^{bis}, Artikel 11 Absatz 4, 4^{bis}, 7 und Artikel 14 Absatz 6 bis 8 AZGV einer Änderung auf den 1. Januar 2010 unterzogen. Zusammenfassend sehen die geänderten Bestimmungen die Möglichkeit zur Erhöhung der täglichen Höchstarbeitszeit infolge angeordneter Aus- und Weiterbildungstage vor, legen die Voraussetzungen und die Höhe der ununterbrochenen Arbeitszeit (insbesondere auch in Fällen von höherer Gewalt oder Betriebsstörungen) fest und statuieren die Rechtsfolgen bei der Abwesenheit des Arbeitnehmers infolge Krankheit, Unfall, Militärdienst oder dergleichen.¹⁷⁰

f. *Aufhebung der Verordnung Azetylen, Sauerstoff und Kalziumkarbid*

Die Verordnung aus dem Bereich des Arbeitnehmerschutzes über den Umgang von Stoffen bei Schweissarbeiten ist vom Bundesrat per 1. Oktober 2009 aus Gründen der mangelnden Aktualität aufgehoben worden.¹⁷¹

2. Schwarzarbeit

Seit Einführung des *Schwarzarbeitsgesetzes (BGSA)* und der dazugehörigen *Verordnung gegen die Schwarzarbeit (VOSA)* im Jahr 2008 setzen die Kontrollbehörden der Kantone zur Bekämpfung der Schwarzarbeit knapp 60 Inspektoren ein, die sowohl Arbeitgebende als auch Arbeit-

¹⁶⁹ Medienmitteilung des Bundesamtes für Verkehr (BAV) vom 30. Dezember 2009.

¹⁷⁰ Vgl. Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Verordnung zum Arbeitszeitgesetz, AZGV), Änderung vom 11. November 2009 (AS 2009 6077).

¹⁷¹ Medienmitteilung des BAG vom 26. August 2009.

nehmende auf die Einhaltung der Sozialversicherungs-, Ausländer-, Quellensteuer- und Mehrwertsteuergesetzgebung hin überprüfen.¹⁷²

Gemäss dem Bericht über den Vollzug des BGSA wurden im Jahr 2009 11 120 *Kontrollen* durchgeführt und in den Gebieten des Sozialversicherungs-, Ausländer-, und Quellensteuerrechts 1733 *Sanktionen* verhängt, was einer Zunahme um 1856 Kontrollen und 410 Sanktionen entspricht. Insgesamt zeigen die Ergebnisse, dass die Kantone über zunehmende Praxis bei der Bekämpfung von Schwarzarbeit verfügen. Die neuen Sanktionsarten des BGSA bei schweren und wiederholten Verstössen gegen das Sozialversicherungs- und Ausländerrecht, wie bspw. der Ausschluss vom öffentlichen Beschaffungswesen oder die Kürzung von Finanzhilfen, wurden im Jahr 2009 erstmals rechtskräftig. In Bezug auf das neu eingeführte vereinfachte Abrechnungsverfahren für Sozialversicherungen und Steuern bei geringfügigen Löhnen ist die Zahl der Arbeitgebenden, welche über dieses vereinfachte Abrechnungsverfahren abrechnen, gegenüber dem Jahr 2008 von 12 615 auf 17 193 Arbeitgeber gestiegen, was den Trend zu einer vermehrten Nutzung widerspiegelt.¹⁷³

Die *Informations- und Sensibilisierungskampagne des SECO*, welche die Einführung des Gesetzes begleitete, wurde mit Ablauf des Jahres 2009 beendet, da insbesondere die Kernbotschaft «Keine Schwarzarbeit. Das verdienen alle.» im Bewusstsein der Bevölkerung verankert werden konnte.¹⁷⁴

Thematisiert wird die Schwarzarbeit auch im Rahmen der von der SVP lancierten *Ausschaffungsinitiative*: Der von der Ständeratskommission formulierte Gegenvorschlag sieht entgegen dem ursprünglichen Initiativtext die Ausschaffung von delinquenten Ausländern auch bei schweren Wirtschaftsdelikten, wie bspw. bei Schwarzarbeit oder bei Steuerdelikten vor.¹⁷⁵

3. Berufs- und Weiterbildung

Seit die *Bologna-Deklaration* vor mehr als zehn Jahren von der Schweiz unterzeichnet und wenig später an den universitären Hochschulen bzw. an den Fachhochschulen umgesetzt worden ist, haben sich die Studiengänge an allen Schweizer Hochschulen grundlegend verändert. Die

¹⁷² Kantone unterstützen Kampf gegen Schwarzarbeit, SECO, zuletzt eingesehen am 24. Juni 2010 unter: www.keine-schwarzarbeit.ch/mediencorner/00169/00171/index.html?lang=de sowie vgl. zur Schwarzarbeit im Allgemeinen JAR 2009, S. 55 f.

¹⁷³ Medienmitteilung des SECO vom 22. Juni 2010.

¹⁷⁴ Vgl. ebd.

¹⁷⁵ Medienmitteilung der staatspolitischen Kommission des Ständerates (SPK-S) vom 18. Februar 2010.

signifikanteste Veränderung ist die Umstellung der traditionellen Lizenziats- bzw. Diplomstudiengänge auf eine zweistufige Ausbildung mit den Studienzyklen Bachelor und Master sowie die Einführung des europäischen Kreditpunktesystems (ECTS). Der Vollzug der Bologna-Reform steht in der Schweiz für die ersten Studienzyklen kurz vor dem Abschluss. Zu Beginn des Wintersemesters 2009/2010 haben fast 90% der Studierenden des ersten und zweiten Studienzyklus einen Bologna-Studiengang (Bachelor/Master) absolviert. Dieser Prozentsatz dürfte in den nächsten zwei bis drei Jahren fast 100% erreichen.¹⁷⁶

Die Bologna-Reform ist der tragende Teil der Verwirklichung des Europäischen Hochschulraumes, dessen Beginn anlässlich der *Konferenz der Bildungsminister und -ministerinnen* in Budapest und Wien im März 2010 zelebriert werden konnte.¹⁷⁷

Dennoch stösst die Umsetzung Bologna-Reform nicht auf einhellige Begeisterung: Eine *Protestwelle von Studierenden* zog sich für einige Wochen beginnend Ende Oktober 2009 an der Universität Wien auch durch die schweizerischen Universitäten. Obwohl der Protest an den hiesigen Universitäten nicht von einer Mehrheit der Studierenden getragen worden ist, erfolgte die Besetzung der Hörsäle doch öffentlichkeitswirksam: Moniert wurden insbesondere die Verschulung der Universität sowie die Höhe bzw. Erhöhung der Studiengebühren.¹⁷⁸

Trotz dieser Proteste kündigte die Bildungsdirektion Zürich eine *Erhöhung der Studiengebühren* an: Allerdings sollen die Gebühren für ausländische Studierende stärker ansteigen als für inländische, um die Mehrkosten der Universitäten zu senken, da die Ausbildungskosten für ausländische Studierende (2008: CHF 560 Mio.) an Universitäten und Fachhochschulen von den Universitäten übernommen werden.¹⁷⁹ Ein Blick auf die Statistik zeigt, dass die Bologna-Reform eine grundlegende Populationsveränderung der ausländischen Studierenden an den Schweizer Hochschulen herbeigeführt hat: Betrachtet man die Studierenden aus dem Ausland, die ihr Erststudium an einer Schweizer Hochschule beginnen, zeigt sich, dass ihre Zahl in den letzten zwölf Jahren um jährlich 8% bis 9% zugenommen hat, was einer Gesamtzunahme um 160% in dieser Periode

¹⁷⁶ Bologna-Reform, Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT), zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.bbt.admin.ch/themen/01051/01071/01078/index.html?lang=de sowie Publikation des BFS vom August 2009, Bologna-Barometer 2009, Auswirkung der Bologna-Reform auf die Studierendenströme und auf die Mobilität an den Schweizer Hochschulen, S. 3–5.

¹⁷⁷ Medienmitteilung des Staatssekretariates für Bildung und Forschung (SBF) zusammen mit dem BBT vom 12. März 2010.

¹⁷⁸ Vgl. NZZ vom 28. November 2009 sowie BASLER ZEITUNG (BAZ) vom 18. November 2009.

¹⁷⁹ NZZAS vom 11. April 2010.

entspricht.¹⁸⁰ Gleichwohl stiess der Vorschlag aus Zürich u.a. aus aussenpolitischen Gründen bei den meisten anderen Universitätskantonen nicht oder nur begrenzt auf Zustimmung.¹⁸¹

Die *Berufsmaturität* ist zusammen mit den Fachhochschulen ein zentrales Element der Reform der schweizerischen Berufsbildung und eine wesentliche Grundlage für die Einbettung der Berufsbildung in ein gesamtes Bildungssystem. Deshalb hat die total revidierte und per 1. August 2009 in Kraft gesetzte *Berufsmaturitätsverordnung* in Anpassung an das Berufsbildungsgesetz insbesondere der Flexibilität und Durchlässigkeit der Angebote Rechnung getragen: Die bisherigen sechs starren Berufsmaturitätsrichtungen wurden zugunsten einer Schwerpunktsetzung aufgegeben. Diese orientiert sich nach wie vor am erlernten Beruf und am Studienangebot der Fachhochschulen. Zusätzlich wurde das interdisziplinäre Arbeiten verstärkt. Die ersten Lehrgänge nach neuem Rahmenlehrplan werden voraussichtlich im Sommer 2014 starten können.¹⁸²

Erstmals untersuchte eine Studie des eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB) im Auftrag des Bundesamtes für Berufsbildung und Technologie (BBT) den *produktiven Nutzen von Lernenden einer zweijährigen beruflichen Grundbildung mit Eidgenössischem Berufsattest (EBA)* im Zeitraum zwischen 2005 und 2007. Die heute in insgesamt 29 Berufsbildungen verwirklichten und hauptsächlich praktisch ausgerichteten zweijährigen beruflichen Grundbildungen gehen zurück auf das Berufsbildungsgesetz aus dem Jahre 2004. Die Resultate zeigen, dass ausbildende Betriebe bei Bruttokosten von CHF 54 746.– und produktiven Leistungen der Lernenden von CHF 55 164.– über zwei Jahre im Schnitt einen Nettobetrag von CHF 418.– erzielten, womit das jährliche Kosten-Nutzen-Verhältnis mit den drei- bis vierjährigen beruflichen Grundbildungen vergleichbar ist, auch wenn sich zwischen den einzelnen EBA-Berufen zum Teil grosse Unterschiede zeigen. Grundsätzlich ist es für Betriebe jedoch möglich, EBA-Lernende in betriebswirtschaftlich tragbarer Weise auszubilden.¹⁸³

Da seit der Einführung des besagten *Berufsbildungsgesetzes (BBG)* im Jahr 2004 sämtliche Ausbildungsreglemente an die neue Gesetzgebung anzupassen sind, müssen rund 200 Berufe revidiert werden. Bis Ende 2009 haben gut 120 Berufe diesen Revisionsprozess abgeschlossen. In der Projektorganisation des *Masterplanes Berufliche Grundbildung*, welcher mit-

¹⁸⁰ Publikation des BFS vom August 2009, Bologna-Barometer 2009, Auswirkung der Bologna-Reform auf die Studierendenströme und auf die Mobilität an den Schweizer Hochschulen, S. 3.

¹⁸¹ NZZAS vom 18. April 2010.

¹⁸² Medienmitteilung des EVD vom 25. Juni 2009.

¹⁸³ Medienmitteilung des BBT vom 21. Juni 2010.

tels des sogenannten *Ticketsystems* bestimmt, wann welche Organisation der Arbeitswelt (OdA) mit einer Reform beginnen kann und welche Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind, sind neben Bund und Kantonen auch die OdA als dritter Verbundspartner paritätisch vertreten. Letztere sind für die Inhalte der Entwürfe verantwortlich, während das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) diese auf ihre Stimmigkeit überprüft, die jeweilige Vernehmlassung durchführt und schliesslich die betroffene Verordnung über die berufliche Grundbildung in Kraft setzt.¹⁸⁴

2010 sind für folgende Berufe die nachstehenden Verordnungen über die berufliche Grundbildung in Kraft getreten.¹⁸⁵

- Ausbildungsleiterin mit eidg. Diplom/Ausbildungsleiter mit eidg. Diplom
- Bauwerkrennerin EFZ/Bauwerkrenner EFZ
- Betonwerkerin EFZ/Betonwerker EFZ
- Blindenführhundeinstructorin mit eidg. Diplom/Blindenführhundeinstructor mit eidg. Diplom
- Dentalassistentin EFZ/Dentalassistent EFZ
- Fahrzeugschlosserin EFZ/Fahrzeugschlosser EFZ
- Formenbauerin EFZ/Formenbauer EFZ
- Formenpraktikerin EBA/Formenpraktiker EBA
- Gebäudetechnikplanerin Heizung EFZ/Gebäudetechnikplaner Heizung EFZ
- Gebäudetechnikplanerin Lüftung EFZ/Gebäudetechnikplaner Lüftung EFZ
- Gebäudetechnikplanerin Sanitär EFZ/Gebäudetechnikplaner Sanitär EFZ
- Geomatikerin EFZ/Geomatiker EFZ
- Glasmalerin EFZ/Glasmaler EFZ
- Goldschmiedin EFZ/Goldschmied EFZ
- Grafikerin EFZ/Grafiker EFZ
- Köchin EFZ/Koch EFZ
- Malermeisterin/Malermeister

¹⁸⁴ Erläuterungen des BBT vom 22. Januar 2010 zur Vergabe der Vor-Tickets für die Inkraftsetzung einer Verordnung über die berufliche Grundbildung auf den 1. Januar 2013, zuletzt eingesehen am 29. April 2010 unter: www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00655/index.html?lang=de sowie Verordnungen über die berufliche Grundbildung, BBT, zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00107/index.html?lang=de; für weitere Ausführungen zum Masterplan Berufliche Grundbildung vgl. JAR 2009, S. 56–58.

¹⁸⁵ Vgl. In Kraft getretene Verordnungen über die berufliche Grundbildung, BBT, Stand am 1. Juli 2010, eingesehen unter: www.bbt.admin.ch/bvz/berufe/index.html?jahr=2010&suchen=Suche+starten&lang=de

- Managerin Gesundheitstourismus und Bewegung mit eidg. Diplom/ Manager Gesundheitstourismus und Bewegung mit eidg. Diplom
- Marmoristin EFZ/Marmorist EFZ
- Medizinische Praxisassistentin EFZ/medizinischer Praxisassistent EFZ
- Oberflächenbeschichterin EFZ/Oberflächenbeschichter EFZ
- Oberflächenpraktikerin EBA/Oberflächenpraktiker EBA
- Polydesignerin 3D EFZ/Polydesigner 3D EFZ
- Projektleiterin Farbe mit eidg. Fachausweis/Projektleiter Farbe mit eidg. Fachausweis
- Seilbahn-Mechatronikerin EFZ/Seilbahn-Mechatroniker EFZ
- Seilbahnerin EBA/Seilbahner EBA
- Sozialbegleiterin mit eidg. Fachausweis/Sozialbegleiter mit eidg. Fachausweis
- Steinbildhauerin EFZ (Berufsfeld Steinbearbeitung)/Steinbildhauer EFZ (Berufsfeld Steinbearbeitung)
- Steinmetzin EFZ (Berufsfeld Steinbearbeitung)/Steinmetz EFZ (Berufsfeld Steinbearbeitung)
- Steinwerkerin EFZ (Berufsfeld Steinbearbeitung)/Steinwerker EFZ (Berufsfeld Steinbearbeitung)
- Tierpflegerin EFZ/Tierpfleger EFZ
- Uhrenarbeiterin EBA/Uhrenarbeiter EBA
- Vergolderin-Einrahmerin EFZ/Vergolder-Einrahmer EFZ
- Zeichnerin EFZ/Zeichner EFZ

Bei folgenden Verordnungen ist die *Vernehmlassung abgeschlossen*, die Verordnungen sind aber *noch nicht in Kraft*:¹⁸⁶

- Augenoptikerin EFZ/Augenoptiker EFZ
- Bäckerin-Konditorin-Confiseurin EFZ/Bäcker-Konditor-Confiseur EFZ
- Baupraktikerin EBA/Baupraktiker EBA
- Büroassistentin EBA/Büroassistent EBA
- Dekorationsnäherin EBA/Dekorationsnäher EBA
- Drogistin EFZ/Drogist EFZ
- Fachfrau Kundendialog EFZ/Fachmann Kundendialog EFZ
- Gebäudereinigerin EBA/Gebäudereiniger EBA
- Gebäudereinigerin EFZ/Gebäudereiniger EFZ
- Gewebegestalterin EFZ/Gewebegealter EFZ
- Graveurin EFZ/Graveur EFZ
- Holzbearbeiterin EBA/Holzbearbeiter EBA
- Industriepolsterin EFZ/Industriepolsterer EFZ

¹⁸⁶ Vgl. Vernehmlassung/Anhörung abgeschlossen, BBT, zuletzt eingesehen am 1. Juli 2010 unter: www.bbt.admin.ch/themen/grundbildung/00107/00158/index.html?lang=de

- Informatikpraktikerin EBA/Informatikpraktiker EBA
- Kaminfegerin EFZ/Kaminfeger EFZ
- Keramikerin EFZ/Keramiker EFZ
- Konditorin EBA/Konditor EBA
- Maurerin EFZ/Maurer EFZ
- Ofenbauerin EFZ/Ofenbauer EFZ
- Orthopädieschuhmacherin EFZ/Orthopädieschuhmacher EFZ
- Plattenlegerin EFZ/Plattenleger EFZ
- Plattenlegerpraktikerin EBA/Plattenlegerpraktiker EBA
- Produktionsmechanikerin EFZ/Produktionsmechaniker EFZ
- Recyclistin EFZ/Recyclist EFZ
- Schuhmacherin EFZ/Schuhmacher EFZ
- Schuhreparateurin EBA/Schuhreparateur EBA
- Wohntextilgestalterin EFZ/Wohntextilgestalter EFZ

Ferner hat der Bundesrat aufgrund zweier unterschiedlicher Gesetzgebungsaufträge den Entwurf zum *Bundesgesetz über Psychologieberufe (Psychologieberufegesetz, PsyG)* verabschiedet. Das Psychologieberufegesetz regelt die Anforderungen an die Aus- und Weiterbildung der Psychologinnen und Psychologen und soll damit einen Beitrag an die psychische Gesundheit leisten sowie den Konsumentenschutz gewährleisten. Das Gesetz führt geschützte Berufsbezeichnungen ein, schafft mit eidgenössischen Weiterbildungstiteln ein verlässliches Qualitätslabel, regelt die Aus- und Weiterbildung sowie die Berufsausübung der psychologischen Psychotherapeutinnen und -therapeuten.¹⁸⁷ Die Vorlage wurde in der Sommersession 2010 vom Ständerat als erstberatender Rat behandelt.¹⁸⁸

Mit den neuen Verfassungsbestimmungen über die Bildung vom 21. Mai 2006 hat der Bund den Auftrag erhalten, die Grundsätze zur *Weiterbildung* festzulegen (Artikel 64a BV). Zusätzlich erhielt er die Kompetenz, die Weiterbildung zu fördern und entsprechende Kriterien festzulegen. Diesen Anforderungen kommt er nun mit dem Einsetzen einer Expertenkommission zur Erarbeitung eines Vernehmlassungsentwurfs für ein *Weiterbildungsgesetz* nach. Inhaltlich wird ein Grundsatzgesetz angestrebt, welches die Eigenverantwortung für das lebenslange Lernen stärkt, die Chancengleichheit beim Zugang zur Weiterbildung verbessert und die Kohärenz in der Bundesgesetzgebung sicherstellt. Insbesondere soll die Kommission prüfen, wie die Transparenz, Qualität und Mobilität im Weiterbildungsbereich erhöht werden kann. Dieser Entwurf soll bis zum Ende der Legislaturperiode 2011 vorliegen.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Medienmitteilung des EDI vom 30. September 2009.

¹⁸⁸ Amtliches Bulletin vom 15. Juni 2010, Gesamtabstimmung des Erstrates (SR) zu 09.075 (Geschäft des Bundesrates) Psychologieberufegesetz.

¹⁸⁹ Medienmitteilung des EVD vom 4. November 2009.

In Erfüllung einer Motion der ständerätlichen Kommission für Wirtschaft und Abgaben hat der Bundesrat zudem die Vernehmlassung über eine Gesetzesänderung für *Steuerabzüge bei Aus- und Weiterbildungskosten* eröffnet. Der Bundesrat schlägt im neuen Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der Aus- und Weiterbildungskosten vor, dass bei den Einkommenssteuern von Bund und Kantonen neu auch Kosten für eine freiwillige berufliche Umschulung und für einen Berufsaufstieg als Steuerabzug zugelassen werden. Zum jetzigen Zeitpunkt können Bildungskosten nur abgezogen werden, wenn sie mit dem aktuellen Beruf zusammenhängen oder für die zwingende berufliche Umschulung und den Wiedereinstieg notwendig sind.¹⁹⁰

4. Soziale Sicherheit

a. Allgemeines

Das Jahr 2010 ist von der EU zum «*Europäischen Jahr zur Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung*» deklariert worden. Da auch in der Schweiz viele Menschen armutsgefährdet oder von Armut betroffen sind, widmet sich aus diesem Anlass auch der Bund verstärkt der Thematik der Armutsbekämpfung. Basierend auf dem veröffentlichten Bericht «*Gesamtschweizerische Strategie zur Armutsbekämpfung*», der in Erfüllung einer Motion des Parlaments verabschiedet worden ist, wird er voraussichtlich im Herbst 2010 eine nationale Armutskonferenz durchführen.¹⁹¹

Der besagte Bericht «*Gesamtschweizerische Strategie zu Armutsbekämpfung*» konzentriert sich darauf, *Armutrisiken* entlang des Lebenslaufs – von Kindern in armen Familien zu den Übergängen in Berufsbildung und Erwerbsarbeit, Familienarmut, Langzeitarbeitslosigkeit und Armut im Alter – aufzuzeigen. Zudem befasst er sich mit der *Optimierung der Sozialhilfe* und weiterer Bedarfsleistungen sowie den wesentlichen Anliegen der Armutsbetroffenen. Weiter wird aufgezeigt, dass vielfältige Massnahmen zur Prävention und Bekämpfung von Armut bereits umgesetzt oder geplant worden sind, es aber unerlässlich ist, die weiteren Bestrebungen zu bündeln: Aus diesem Grund haben die beteiligten Akteurinnen und Akteure gemeinsam drei Schwerpunkte definiert, die auf allen politischen Ebenen als prioritär im Kampf gegen die Armut anzusetzen sind. Es handelt sich dabei um *die Förderung der Chancengleichheit im Bildungsbereich, die Verbesserung der Massnahmen zur (Re-)Integration in den Arbeitsmarkt und die Bekämpfung der Familienarmut*.¹⁹²

¹⁹⁰ Medienmitteilung des EFD vom 16. April 2010.

¹⁹¹ Medienmitteilung des EDI vom 31. März 2010.

¹⁹² Vgl. ebd.

Speziell zur Förderung der Reintegration in den Arbeitsmarkt soll die interinstitutionelle Zusammenarbeit (ILZ) von Arbeitslosen- und Invalidenversicherung sowie der Sozialhilfe weiter verstärkt werden, weshalb eine nationale ILZ-Steuerungsgruppe und eine ILZ-Fachstelle eingerichtet werden. Zur Verbesserung der Chancengleichheit im Bildungsbereich und zur Bekämpfung der Familienarmut werden Berichte und Empfehlungen an die Kantone und Gemeinden formuliert. Doch sind auch auf Bundesebene verschiedene Massnahmen bereits ergriffen worden oder in parlamentarischer Beratung: So finanziert der Bund von 2008 bis 2011 in den Kantonen die Einführung des sog. *Case Managements Berufsbildung*, mittels welchem Jugendliche, die den Einstieg ins Berufsleben voraussichtlich nicht schaffen, individuell begleitet werden, mit CHF 20 Mio.¹⁹³

Weiter gibt eine vom SECO in Auftrag gegebene Studie Aufschluss darüber, wie hoch die *Reintegrationschancen* von Sozialhilfebezüger in den Arbeitsmarkt sind. Von rund 1500 Personen in den Städten Basel, Luzern, St. Gallen, Lausanne und Biel, die sich zwischen 2005 und 2006 bei der Sozialhilfe angemeldet hatten, fand knapp ein Viertel bis Anfang 2009 wieder eine dauerhafte Erwerbsarbeit. 11% der Befragten fanden bis zu diesem Zeitpunkt zwar eine Erwerbstätigkeit, konnten sich aber noch nicht ganz von der Sozialhilfe lösen (sog. «Working poor»), 9% hatten ihre zwischenzeitliche Arbeit wieder verloren, weitere 9% hatten eine prekäre Arbeit gefunden (z.B. temporär oder auf Abruf) und schliesslich 28% konnten nie eine Stelle antreten. Die restlichen Personen bezogen keine Sozialhilfe mehr und hatten sich aus dem Erwerbsleben (bspw. als IV-Bezüger) zurückgezogen. Faktoren für die erfolgreiche Wiedereingliederung waren individuelle Eigenschaften wie Alter, Ausbildung, bisher erreichte berufliche Stellung, Kenntnis der Sprache des Wohnortes, subjektive Einschätzung der Zukunft und der Arbeitsmarktlage. Keinen Einfluss hatten gemäss der Studie dagegen die Nationalität oder das Geschlecht. Erstaunlich ist, dass die auf Reintegration zielenden Massnahmen, wie verfügte Beschäftigungsprogramme oder von den Ämtern selber erbrachte unterstützende und kontrollierende Massnahmen, die Chancen auf Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt laut Untersuchung nicht verbesserten.¹⁹⁴

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

Ein Blick auf die Zahlen zeigt, dass die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) im Jahr 2009 rund 1,8 Mio. Hauptrenten, fast 70 000 Zusatzrenten sowie über 150 000 Hinterlassenenrenten ausbezahlt hat. Die Totalausgaben der AHV betragen im Jahr 2009 CHF 35,8 Mrd., was einem Anstieg um 5,6% gegenüber dem Vorjahreswert entspricht. Ein Blick auf die Einnahmen der AHV zeigt, dass diese (vor allem infolge hoher Kapi-

¹⁹³ Vgl. ebd.

¹⁹⁴ Medienmitteilung des SECO vom 12. Oktober 2009.

talgewinne) um 25,7% gegenüber dem Vorjahreswert erhöht werden konnten, sodass das Einnahmetotal bei CHF 39,7 Mrd. lag. Die Beitragssätze zur Finanzierung der AHV belaufen sich für das Jahr 2010 auf je 4,2% für Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie auf 4,2% bis 7,8% für Selbstständig-erwerbende. Die Beiträge der Nichterwerbstätigen sind zwischen einem Minimalbetrag von CHF 382.– und einem Maximalbetrag von CHF 8400.– festgelegt worden.¹⁹⁵ Die Höhe der AHV-Renten wird alle zwei Jahre an die Wirtschaftsentwicklung angepasst, was das letzte Mal per 1. Januar 2009 der Fall gewesen ist, weshalb per 1. Januar 2010 keine Renten Anpassung erfolgt ist.¹⁹⁶

Trotz dieser soliden Bilanz gilt es unabhängig vom jeweiligen Rechnungsmodell als unbestritten, dass der Finanzhaushalt der AHV aus Gründen der Verschiebung der Alterszusammensetzung in der Bevölkerung in den nächsten Jahren ins Minus fallen könnte.¹⁹⁷

Noch immer im Zentrum des Interesses steht deshalb die *11. AHV-Revision*, durch welche die Finanzierung der AHV mittelfristig stabilisiert sowie die Flexibilisierungsmöglichkeiten beim (vorzeitigen oder aufgeschobenen) Altersrücktritt erweitert werden sollen.¹⁹⁸ Allerdings steckt die Revision seit Längerem in einem Reformstau: Da eine AHV-Reform bereits 2004 vom Stimmvolk abgelehnt worden ist, gilt es nun, ein erneutes Scheitern der Reform zu verhindern, weshalb eine möglichst breit abgestützte Lösung angestrebt wird.¹⁹⁹ Derzeit befindet sich die Revision in der ersten Runde des Differenzbereinigungsverfahrens und hat einen neuen Impuls vonseiten der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates (SGK-S) erfahren: So weicht das neu vorgeschlagene Modell erheblich von jenem ab, das der Ständerat verabschiedet hatte, indem zwar immer noch CHF 400 Mio. zur Abfederung der Frühpensionierung aufgewendet werden sollen, die Einkommensschwelle für Personen, die in den Genuss dieser Abfederung kommen, aber deutlich sinken soll.²⁰⁰

Um die *soziale Sicherheit von Kulturschaffenden* zu stärken, werden seit dem 1. Januar 2010 auf sämtlichen, auch minimalen Löhnen von Arbeitnehmenden im Kulturbereich AHV/IV/EO-Beiträge erhoben. Gesetzliche Grundlage dafür bildet die Änderung von Artikel 34d Absatz 2 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV). Hinter-

¹⁹⁵ Vgl. Kennzahlen Alters und Hinterlassenenversicherung, Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV); Stand am 20. April 2010, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/dokumentation/zahlen/00093/00424/index.html?lang=de

¹⁹⁶ MAROLF ROSMARIE (Bundesamt für Sozialversicherungen), Neuerungen, Anpassungen und laufende Reformen bei den schweizerischen Sozialversicherungen, in: *SOZIALE SICHERHEIT CHSS 6/2009*, S. 340.

¹⁹⁷ NZZ vom 28. November 2009.

¹⁹⁸ AHV-Projekte, BSV, zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.bsv.admin.ch/themen/ahv/00014/index.html?lang=de

¹⁹⁹ NZZ vom 28. November 2009.

²⁰⁰ NZZ vom 24. April 2010.

grund dieser Neuregelung ist die Tatsache, dass Einkommen bis zur Höhe von CHF 2000.– pro Jahr und Arbeitgeber grundsätzlich von der Beitrags-erhebung AHV/IV/EO befreit sind. Dies benachteiligt aber jene Arbeit-nehmende mit atypischen Arbeitsverhältnissen, welche regelmässig Kleinstarbeitseinsätze mit Löhnen unterhalb dieser Schwelle kumulieren. Solche geringfügigen Löhne konnten bis anhin nicht für die Rentenbere-chnung berücksichtigt werden, weshalb sich die genannte Gesetzesänderung aufdrängte. Diese Lösung wird bereits für Tätigkeiten in Privathaushalten angewendet. In Übereinkunft mit *Suisseculture* wird der betroffene Arbeit-geberkreis umschrieben mit Tanz- und Theaterproduzenten, Orchester, Phono- und Audiovisionsproduzenten, Radio und Fernsehen sowie Schulen im künstlerischen Bereich.²⁰¹

Weiter sind per 1. Januar 2010 die *prozentualen Unkostenpauschalen* für sämtliche Berufsgruppen aufgehoben worden, womit die AHV die Praxis der Steuerbehörden übernimmt. Einzig die für Künstler und Künstlerinnen ohne steuerrechtlichen Aufenthalt oder Wohnsitz in der Schweiz vorgesehe-ne quellensteuerliche Regelung (Artikel 7 Absatz 3 Quellensteuerverord-nung) bleibt vorbehalten.²⁰²

Die Finanzen der *Invalidenversicherung (IV)* weisen für das Jahr 2009 einen Rechnungssaldo von CHF –1,1 Mrd. auf, weshalb auch hier Sanierungsmassnahmen dringend angezeigt sind.²⁰³

In der eidgenössischen Volksabstimmung vom 27. November 2009 haben Volk und Stände dem Bundesbeschluss bezüglich einer *befristeten Mehrwertsteuererhöhung* im Zeitraum zwischen 2011 und 2017 als Zu-satzfinanzierungsquelle zugunsten der IV zugestimmt, um das Defizit der IV zu beseitigen und das Schuldenwachstum zu bremsen.²⁰⁴ Gestützt dar-auf hat das Parlament das *Bundesgesetz über die Sanierung der Invaliden-versicherung* verabschiedet und auf den 1. Januar 2011 in Kraft gesetzt. Gemäss diesem Gesetz wird für die Invalidenversicherung ein eigenständi-ger Ausgleichsfonds geschaffen, der mit einem Beitrag von CHF 5 Mrd. aus dem AHV-Ausgleichsfonds geöffnet werden wird.²⁰⁵ Die beiden

²⁰¹ Medienmitteilung des EDI vom 30. September 2009 sowie MAROLF ROSMARIE (BSV), Neuerungen, Anpassungen und laufende Reformen bei den schweizerischen Sozialversicherungen, in: *SOZIALE SICHERHEIT CHSS 6/2009*, S. 340.

²⁰² Vgl. Welche Änderungen gibt es auf den 1. Januar 2010?, BSV, Stand am 11. No-vember 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/ahv/00018/00465/index.html?lang=de

²⁰³ Vgl. Kennzahlen Invalidenversicherung, BSV, Stand am 15. April 2010, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/dokumentation/zahlen/00093/00426/index.html?lang=de

²⁰⁴ Zusatzfinanzierung für die IV – Eidg. Volksabstimmung vom 27. September 2009, BSV; Stand am 6. Januar 2010, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00092/02399/index.html?lang=de

²⁰⁵ Medienmitteilung des EDI vom 19. März 2010.

grossen schweizerischen Volksversicherungen der ersten Säule sind somit künftig voneinander unabhängig.²⁰⁶

Die Erhöhung des Mehrwertsteuersatzes zugunsten der IV ist Teil eines *dreiteiligen Sanierungsplanes* des Bundesrates und des Parlaments: In einem ersten Schritt sind mit der *4. und 5. IV-Revision* (in Kraft seit 2004 bzw. 2008) die Schuldenspirale gestoppt und das steigende Defizit stabilisiert worden. Der zweite (Übergangs-)Schritt bestand in der erwähnten *befristeten Mehrwertsteuererhöhung* in Verbindung mit einer Abtrennung der IV von der AHV, um eine Aushöhlung der AHV-Reserve durch die IV zu verhindern. Der dritte und letzte Schritt soll gemäss Sanierungsplan mit der *6. IV-Revision* beschritten werden, mittels welcher die IV während der Zusatzfinanzierungsphase durch die Mehrwertsteuerbeiträge nachhaltig saniert werden soll.²⁰⁷ Die 6. IV-Revision erfolgt in zwei Etappen: Der erste Teil der 6. IV-Revision (*IV-Revision 6a*) ist bereits vom Bundesrat in einer Botschaft verabschiedet worden und sieht die Halbierung des zu erwartenden Defizits ab 2018 vor, während das zweite Massnahmenpaket (*IV-Revision 6b*), welches zwischenzeitlich in die Vernehmlassung geschickt worden ist, das Ziel verfolgt, die Rechnung der IV vollständig auszugleichen und ihre Schulden bei der AHV zu tilgen.²⁰⁸

Neben der Sanierung der IV stehen zahlreiche *Projekte* im Zusammenhang mit der (Wieder-)Eingliederung von Menschen mit Behinderung im Zentrum des Interesses des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV): Der *«Pilotversuch Assistenzbudget»*²⁰⁹, der neu unter dem Begriff des *«Assistenzbeitrags»* in das Massnahmenpaket der 6. IV-Revision aufgenommen werden soll, das Projekt *«XtraJobs»*²¹⁰, welches durch Personalverleih Menschen mit Behinderung in die Arbeitswelt zu integrieren versucht sowie die Pilotversuche zur Förderung der Eingliederung basierend auf *Artikel 68^{quater} IVG*²¹¹ und *IIZ-MAMAC (Medizinisch-Arbeits-*

²⁰⁶ Zusatzfinanzierung für die IV – Eidg. Volksabstimmung vom 27. September 2009, BSV, Stand am 1. Januar 2010, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00092/02399/index.html?lang=de

²⁰⁷ Der IV-Sanierungsplan, BSV, Stand am 17. Juni 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02474/index.html?lang=de

²⁰⁸ Medienmitteilung des EDI vom 24. Februar 2010 sowie vom 23. Juni 2010.

²⁰⁹ Vgl. Pilotversuch Assistenzbudget, BSV, Stand am 9. März 2010, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/00372/index.html?lang=de

²¹⁰ Vgl. «Xtra-Jobs»: Der Personalverleih für Arbeitskräfte mit Behinderung, BSV, Stand am 19. März 2010, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/01763/index.html?lang=de

²¹¹ Vgl. Pilotversuche zur Förderung der Eingliederung, BSV, Stand am 12. August 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02181/index.html?lang=de

Marktliche Assessments im Rahmen von Case Management)²¹² sind die in diesem Zusammenhang verfolgten Ansatzpunkte.²¹³

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

Die Anzahl der Bezügerinnen und Bezüger von *Ergänzungsleistungen zur AHV/IV* belief sich gesamtschweizerisch im Jahr 2008 auf 263 660 Personen, was einer Zunahme um 2,7% gegenüber dem Vorjahr entspricht. Die Ausgaben für die *Ergänzungsleistungen zur AHV/IV* betragen 2008 rund CHF 3,7 Mrd.²¹⁴ Diese Zunahme um 13,4% gegenüber dem Vorjahr ist der stärkste Anstieg seit 1992. Erklärbar ist diese Entwicklung durch den Umstand, dass die Begrenzung der *Ergänzungsleistungen* bei einem Heimaufenthalt im Jahr der statistischen Erhebung aufgehoben worden ist und so zu einem sprunghaften Anstieg der Ausgaben geführt hat.²¹⁵ Die gesetzlichen Grundlagen der *Ergänzungsleistungen* wurden einzig im Hinblick auf die Durchschnittsprämien 2010 der Krankenpflegeversicherung für die Berechnung der *Ergänzungsleistungen* modifiziert.²¹⁶

Die *Erwerbsersatzordnung (EO)* ersetzt Personen, die Militär-, Zivil- oder Zivilschutzdienst leisten, einen Teil des Verdienstaufalles. Überdies leistet die *EO* seit dem 1. Juli 2005 den Erwerbsersatz bei Mutterschaft (Mutterschaftsentschädigung).²¹⁷ Da die Reserven des *EO*-Fonds unter den gesetzlichen Mindeststand einer halben Jahresausgabe gesunken sind, wird der *Beitragsatz* während fünf Jahren von 0,3 auf 0,5 Lohnprozente per 1. Januar 2011 erhöht werden. Bereits zum Zeitpunkt der Volksabstimmung im Jahr 2004 zur Einführung der Mutterschaftsversicherung war eine Anhebung des *Beitragsatzes* für das Jahr 2008 vorgesehen, doch hielten die Reserven des *EO*-Fonds länger als dazumal erwartet.²¹⁸ Eine vom Kanton Jura eingereichte Standesinitiative verlangt eine Revision des *Erwerbsersatzordnungsgesetzes (EOG)* dahingehend, dass zudem die Milizfeuerwehrleute im Rahmen ihrer Tätigkeiten Anspruch auf die *Erwerbsersatz-*

²¹² Vgl. Projekt IIZ MAMAC, BSV, Stand am 28. Oktober 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/02249/index.html?lang=de

²¹³ Vgl. Invalidenversicherung – Projekte, BSV; Stand am 17. Juni 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/iv/00023/index.html?lang=de

²¹⁴ Vgl. Kennzahlen *Ergänzungsleistungen*, BSV, Stand am 20. August 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/dokumentation/zahlen/00093/00428/index.html?lang=de&print_style=yes

²¹⁵ NZZ vom 18. August 2009.

²¹⁶ Verordnung des EDI vom 28. Oktober 2009 über die Durchschnittsprämien 2010 der Krankenpflegeversicherung für die Berechnung der *Ergänzungsleistungen*, in Kraft seit 1. Januar 2010, gültig bis zum 31. Dezember 2010 (SR 831.309.1).

²¹⁷ *Erwerbsersatzordnung – Grundlagen*, BSV, Stand am 25. August 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/eo/00049/index.html?lang=de

²¹⁸ Medienmitteilung des EDI vom 18. Juni 2010.

leistung erhalten sollen. Die Beratung im Plenum der Bundesversammlung ist jedoch noch ausstehend.²¹⁹

Das *Familienzulagengesetz (FamZG)*, welches seit dem 1. Januar 2009 in Kraft ist, hat zu einer deutlichen Verbesserung des Familienzulagensystems geführt: Auf Bundesebene konnten die Anspruchsvoraussetzungen geklärt und vereinheitlicht sowie gesamtschweizerische Mindestbeiträge festgesetzt werden (CHF 200.– Kinderzulage, CHF 250.– Ausbildungszulage pro Kind und Monat). Weiter konnten Lücken bei der Teilzeitarbeit und für Nichterwerbstätige geschlossen werden. Dennoch konnte der Grundsatz «für jedes Kind eine Zulage» nicht vollends realisiert werden, da Selbstständigerwerbende in der Schweiz mit Ausnahme von 13 Kantonen noch immer keinen Anspruch auf Familienzulagen geltend machen können. Aus diesem Grund hat die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) eine Revision des FamZG vorgeschlagen: Neu sollen alle Selbstständigerwerbenden ausserhalb der Landwirtschaft unter Anschluss an eine Familienausgleichskasse dem FamZG unterstellt werden. Sie sollen Anspruch auf dieselben Leistungen wie Arbeitnehmende erhalten, ohne dass Einkommengrenzen für den Bezug der Zulagen eine Rolle spielten. Zur Finanzierung der Leistungen ist vorgesehen, dass die Selbstständigerwerbenden Beiträge entrichten, welche sich nach ihrem AHV-pflichtigen Einkommen bemessen. Den Kantonen wird dabei die Möglichkeit eingeräumt, diese Beiträge auf dem Höchstbetrag des versicherten Verdienstes in der Unfallversicherung (CHF 126 000.– pro Jahr) zu plafonieren. Der Bundesrat hat der Änderung des FamZG, wie sie die SGK-N vorgeschlagen hat, zugestimmt.²²⁰

Mit der Einrichtung eines *Familienzulagenregisters* voraussichtlich per 1. Januar 2011 will der Bund dafür sorgen, dass für das gleiche Kind Zulagen nicht mehrfach bezogen werden können. Damit zusammenhängend soll zudem der administrative Aufwand bei der Abklärung eines Anspruchs auf Zulage vermindert werden.²²¹ Der Bundesrat verabschiedete die Botschaft und die Änderung des FamZG für die Einrichtung eines Familienzulagenregisters zuhanden des Parlaments, welches die Änderung mittels Beschluss vom 18. Juni 2010 absegnete. Der Fristablauf des fakultativen Referendums wurde auf den 7. Oktober 2010 festgesetzt.²²²

²¹⁹ 10.305 (Standesinitiative), Für die Gleichbehandlung der Feuerwehrleute im EOG, Kanton Jura, eingereicht am 12. Januar 2010.

²²⁰ Medienmitteilung des EDI vom 26. August 2009.

²²¹ Medienmitteilung des EDI vom 2. September 2009.

²²² Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG), Änderung vom 18. Juni 2010 (AS 2010 4263) sowie Medienmitteilung des EDI vom 2. September 2009.

d. *Berufliche Vorsorge (BVG)*

Die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge waren 2008 infolge der Finanzkrise und dem daraus resultierenden Einbruch der Wertschwankungsreserven gezwungen, eine spürbare Erhöhung der Unterdeckung auf CHF 57,3 Mrd. (2007: CHF 17,8 Mrd.) hinzunehmen. Zudem mussten die freien Mittel von CHF 9,4 Mrd. auf CHF 1,3 Mrd. abgebaut werden, und auch bei den Kapitalanlagen ergab sich ein deutlicher Nettoverlust von insgesamt CHF 76,2 Mrd., der vielerorts allerdings weitgehend buchmässig ausgefallen sein dürfte.²²³

Vor diesem Hintergrund wurde in der Schlussabstimmung der Frühjahrssession 2010 im Parlament eine rasche Umsetzung der *Strukturreform in der beruflichen Vorsorge (BV)* gutgeheissen. Vorgesehen ist eine verstärkte Aufsicht, Governance und Transparenz bei der Verwaltung von Pensionskassen. Die Reform soll in drei Etappen durchgesetzt werden: Mit der ersten Etappe sollen per 1. Januar 2011 Massnahmen eingeführt werden, die älteren Arbeitnehmenden die Beteiligung am Arbeitsmarkt erleichtern. Die zweite Etappe mit verschärften Governance-Vorschriften soll am 1. Juli 2011 in Kraft treten, während die dritte Etappe, welche die Einführung der neuen Aufsichtsstruktur vorsieht, voraussichtlich am 1. Januar 2012 in Kraft tritt.²²⁴

Bereits seit dem 1. Januar 2010 gilt eine Änderung des Freizügigkeitsgesetzes (FZG), welche den Zwang für ältere Arbeitnehmende zum frühzeitigen Bezug der *BVG-Altersrente* unterbindet. So können Versicherte, welche die Vorsorgeeinrichtung zwischen dem frühestmöglichen Vorbezugsalter und dem ordentlichen reglementarischen Rentenalter verlassen, nach dem neuen Artikel 2 Absatz 1^{bis} FZG die Auszahlung der Freizügigkeitsleistung verlangen, wenn sie weiterhin erwerbstätig sein wollen oder arbeitslos gemeldet sind.²²⁵ Folglich steht den Versicherten neu ein Wahlrecht bezüglich der Ausrichtung ihrer Austrittsleistung zu. Die Pensionskassen dürfen in ihren Reglementen die zwingende Frühpensionierung nur noch für Personen vorsehen, welche die Erwerbstätigkeit nicht weiterführen bzw. nicht arbeitslos gemeldet sind.²²⁶ Da der Zwang zum frühzeitigen Rentenbezug oft Nachteile wie die lebenslange Kürzung der Rente mit sich gebracht hat, baut die erfolgte Gesetzesänderung für ältere Arbeitnehmende ein Hindernis im Bereich der sozialen Sicherheit ab und fördert die längere Arbeitsmarktbeteiligung.²²⁷

²²³ Medienmitteilung des BFS vom 6. November 2009.

²²⁴ Medienmitteilung des EDI vom 19. März 2010 sowie Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 117 Rz 731 vom 31. März 2010.

²²⁵ Medienmitteilung des EDI vom 7. Oktober 2009.

²²⁶ Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 115 Rz 716 vom 24. November 2009.

²²⁷ Medienmitteilung des EDI vom 7. Oktober 2009.

Ebenfalls per 1. Januar 2010 sind jene obligatorischen Hinterlassenen- und Invalidenrenten der zweiten Säule erstmals an die *Preisentwicklung* angepasst worden, welche seit drei Jahren ausgerichtet werden. Für diese Renten, die 2006 zum ersten Mal ausgerichtet worden sind, beträgt der Anpassungssatz 2,7%. Der *Teuerungsausgleich* für die Hinterlassenen- und Invalidenrenten der beruflichen Vorsorge wird zum ersten Mal nach dreijähriger Laufzeit gewährt. Die darauffolgenden Anpassungen der Hinterlassenen- und Invalidenrenten des BVG sind mit dem Anpassungsrhythmus der AHV gekoppelt (in der Regel zwei Jahre). Die Hinterlassenen- und Invalidenrenten des BVG, die vor 2006 entstanden sind, werden folglich mit der nächsten AHV-Rentenerhöhung im Jahr 2011 angepasst werden.²²⁸ Da die AHV-Altersrente für das Jahr 2010 keine Anpassung erfahren hat, wurden auch die *Grenzbeträge* in der beruflichen Vorsorge nicht verändert.²²⁹

Der *Mindestzinssatz* in der beruflichen Vorsorge ist für das Jahr 2010 bei 2% belassen worden.²³⁰

Der Beitrag in der beruflichen Vorsorge für Arbeitslose wurde per 1. Juni 2010 von bisher 0,8% auf 2,5% des koordinierten Tageslohnes erhöht. Dieser Beitrag wird je hälftig von den arbeitslosen Personen und dem Arbeitslosenversicherungsfonds getragen. Diese Beitragserhöhung war nötig, um den Deckungsgrad des BVG für Arbeitslose weiterhin über 100% zu halten und damit die künftigen Renten zu garantieren.²³¹

Da auch die Pensionskassen von der Krise an den Finanzmärkten erschüttert worden sind, erlangt die Debatte um die *Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften* verstärkte Aufmerksamkeit. Im Zentrum der Revision des BVG steht die Frage der vollständigen Kapitalisierung von Pensionskassen, die heute über eine Staatsgarantie verfügen. Während der Bund eine Ausfinanzierung dieser Vorsorgeeinrichtung innert 40 Jahren vorschlug, beschränkte sich der Ständerat auf einen Zieldeckungsgrad von 80 Prozent.²³²

²²⁸ Medienmitteilung des BSV vom 15. Oktober 2009.

²²⁹ Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 115 Rz 715 vom 24. November 2009.

²³⁰ Medienmitteilung des EDI vom 14. Oktober 2009.

²³¹ Medienmitteilung des EVD vom 19. Mai 2010 sowie Verordnung über die berufliche Vorsorge von arbeitslosen Personen, Änderung vom 19. Mai 2010 (AS 2010 2177).

²³² Medienmitteilung des SGK-N vom 26. März 2010 sowie Vorschau Ständerat Frühjahrsession 2010, Stand am 15. Februar 2010 (08.069 BVG. Finanzierung öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen), S. 56–58.

e. *Arbeitslosenversicherung (AVIG)*

Im internationalen Vergleich bietet die schweizerische *Arbeitslosenversicherung (ALV)* gute Leistungen. Sie zahlt 70% bis 80% des versicherbaren Einkommens, bietet eine Bezugsdauer von anderthalb bis zwei Jahren, eine effiziente Vermittlung und Beratung sowie ein grosses Angebot an arbeitsmarktlichen Massnahmen. Allerdings ist zur langfristigen Finanzierung dieses Leistungskataloges eine *Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG)* dringend angezeigt. Ging man bei der letzten Revision des AVIG im Jahr 2003 bei der Berechnung des Finanzierungssystems noch von einer durchschnittlichen Arbeitslosenquote von 2,5% (100 000 Arbeitslose) aus, so zeigt sich diese Annahme aus heutiger Sicht als zu optimistisch. Denn statt wie damals prognostiziert beträgt die durchschnittliche Arbeitslosenquote nicht 2,5% sondern 3,3% (130 000 Arbeitslose), was zu einem jährlichen Strukturdefizit von rund CHF 1 Mrd. führt. Dieses Defizit und die dadurch aufgelaufenen Schulden beabsichtigt man mit der 4. Teilrevision des AVIG zu beheben.²³³

Die vom Parlament verabschiedete Revision verfolgt das Ziel, dieses strukturelle Defizit und die strukturellen Schulden (Ende 2010: rund CHF 6 Mrd.) durch Anpassungen bei den Einnahmen und Ausgaben abzubauen. Die vorgesehene Erhöhung der Lohnbeiträge von 2% auf neu 2,2% bis zu einem Jahreslohn von CHF 126 000.– und die Einführung eines Solidaritätsprozents für Besserverdienende (d.h. auf Einkommensanteilen zwischen CHF 126 000.– und CHF 315 000.–) sollen der ALV Mehreinnahmen von CHF 646 Mio. pro Jahr generieren. Dem stehen geplante Einsparungen in der Höhe von CHF 622 Mio. gegenüber, die u.a. durch Streichung falscher Anreize und mittels engerer Verknüpfung der Bezugsdauer an die Beitragszeit erzielt werden sollen. Hintergedanke ist eine Stärkung des Versicherungsprinzips. Auf einen Eingriff in die Grundleistungen haben Bundesrat und Parlament aber bewusst verzichtet.²³⁴

Die Änderung vom 19. März 2010 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung wird, sofern das angemeldete *Referendum* formell zustande kommt, am 26. September 2010 als einzige Vorlage zur Volksabstimmung gebracht werden.²³⁵

Sollte das Referendum in der Folge vom Volk gutgeheissen werden, wäre es zur Stabilisierung und zum Schuldenabbau der Arbeitslosenversicherung gleichwohl notwendig, die Lohnabzüge per 1. Januar 2011 um 0,5 Prozentpunkte anzuheben. Grund dafür ist die Überschreitung der gesetzlich verankerten Schuldenobergrenze durch die Arbeitslosenversiche-

²³³ Factsheet des SECO vom 19. März 2010: Die wichtigsten Änderungen, 4. Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes.

²³⁴ Vgl. ebd. sowie Revision des Gesetzes über die Arbeitslosenversicherung (AVIG), SECO, zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.seco.admin.ch/themen/00385/01880/02734/index.html?lang=de

²³⁵ Medienmitteilung der Bundeskanzlei (BK) vom 14. April 2010.

rung sowie die daraus resultierende Pflicht des Bundesrates, in einem solchen Fall die Lohnabzüge rasch zu erhöhen. Sollte die Revision dagegen angenommen werden, würden die Beiträge wie vorgesehen um lediglich 0,2 Lohnprozente erhöht werden.²³⁶

Die Expertengruppe Konjunkturprognosen des Bundes geht davon aus, dass die Zahl der Arbeitslosen in den nächsten zwei Jahren hoch bleiben wird. Um der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken und um den Unternehmen eine gewisse Planungssicherheit zu geben, hat der Bundesrat beschlossen, die *Höchstdauer zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung* von 18 auf 24 Monate zu erhöhen und die *verkürzte Karenzfrist* von einem statt zwei resp. drei Tagen beizubehalten.²³⁷

Bereits seit dem 1. April 2009 kann innerhalb von zwei Jahren für insgesamt 18 Monate Kurzarbeitsentschädigung bezogen werden. Im Rahmen der erwähnten Verlängerung der Bezugsdauer auf 24 Monate besteht bei ununterbrochenem Bezug der Kurzzeimentschädigung während dieser 24 Monate innert zwei Jahren eine Wartezeit von sechs Monaten, bevor abermals ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht werden kann. Grundsätzlich wird durch die Verlängerung der Kurzarbeitsentschädigung die finanzielle Belastung der ALV nicht zunehmen, da die Kosten hinsichtlich der Unterstützung im Rahmen der Kurzarbeit in der Regel geringer sind als diejenigen für eine ganz arbeitslose Person. Die Verordnungsänderung ist seit dem 1. April 2010 in Kraft und gilt bis zum 31. Dezember 2011.²³⁸

Nach dem AVIG kann der Bundesrat die *Höchstzahl der Taggelder* während höchstens sechs Monaten um 120 erhöhen, wenn die Arbeitslosigkeit eines Kantons oder eines wesentlichen Teilgebietes desselben die nationale Arbeitslosenquote deutlich übersteigt und während der Referenzperiode durchschnittlich mindestens 5% erreicht hat. Die Kantone haben sich zu 20% an den Kosten zu beteiligen.²³⁹

Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat im Berichtsjahr verschiedentlich Gebrauch gemacht: Per 1. September 2009 bis zum 28. Februar 2010 wurden in den Regionen «*Montagnes neuchâtelaises*» und «*Val de Travers*»,²⁴⁰ per 1. Dezember 2009 bis zum 31. Mai 2010²⁴¹ sowie vom 1. Juni bis zum 1. November 2010²⁴² im *Kanton Waadt*, per 1. Januar 2010 bis zum 28. Februar 2010²⁴³ sowie darauffolgend vom 1. März bis zum

²³⁶ Medienmitteilung des EVD vom 30. Juni 2010.

²³⁷ Medienmitteilung des EVD vom 5. März 2010.

²³⁸ Vgl. ebd.

²³⁹ Medienmitteilung des EVD vom 19. August 2009.

²⁴⁰ Vgl. ebd.

²⁴¹ Medienmitteilung des EVD vom 11. November 2009.

²⁴² Medienmitteilung des EVD vom 12. Mai 2010.

²⁴³ Medienmitteilung des EVD vom 27. November 2009.

31. August²⁴⁴ im *Kanton Neuenburg*, per 1. April 2010 bis zum 30. September 2010 in *Moutier (BE)*²⁴⁵ und per 1. Mai 2010 bis zum 31. Oktober 2010 in den *Kantonen Jura* (bereits Taggelderhöhung vom 1. November 2009 bis 30. April 2010)²⁴⁶ und *Genf*²⁴⁷ die maximale Anzahl Taggelder von 400 auf 520 Tage erhöht. Ebenfalls von 400 auf 520 Tage erhöht wurde die Anzahl Taggelder im *Kanton Tessin* per 1. Juni 2010 bis zum 1. November 2010.²⁴⁸

Im Hinblick auf die *öffentliche Arbeitsvermittlung* war 2009 trotz der schwierigen Wirtschaftslage eine zunehmende Effizienz der regionalen Arbeitsvermittlungsstellen (RAV) zu beobachten. Ein allzu starker Anstieg von Aussteuerungen und Langzeitarbeitslosen konnte vermieden werden, weshalb auch die durchschnittliche Dauer der Stellensuche mit 145 Tagen sechs Tage tiefer lag als ein Jahr zuvor.²⁴⁹

f. *Unfallversicherung (UVG) und Krankenversicherung (KVG)*

Für das Jahr 2010 sind die Renten der Unfallversicherung infolge ihrer Kopplung an den Anpassungsrythmus der AHV nach Artikel 34 Absatz 2 Satz 2 UVG nicht an die Teuerung angepasst worden.²⁵⁰

Die Detailberatung zur geplanten *Revision des Unfallversicherungsgesetzes (UVG)* ist von der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) mit zahlreichen Abweichungen von den bundesrätlichen Anträgen praktisch abgeschlossen worden. Die SGK-N beschloss den *höchstversicherten Verdienst* im Vergleich zum Antrag des Bundesrates zusätzlich zu senken. Das geltende Recht sieht derzeit vor, dass in der Regel mindestens 92%, aber nicht mehr als 96% der versicherten Arbeitnehmenden zum vollen Verdienst versichert sind. Der Bundesrat beantragte ein Verhältnis von 90%/95%, die Kommission eines von 85%/90%, was zu Mindereinnahmen von CHF 160 Mio. und Minderausgaben von CHF 70 Mio. führen würde. Gleichzeitig müssten die Prämien um 1,9% erhöht werden. Da der höchstversicherte Verdienst im AVIG der Definition im UVG folgt, soll die Bestimmung vom höchstversicherten Verdienst im AVIG vom UVG abgekoppelt werden. Weiter soll neben zahlreichen weiteren Anträgen der SGK-N der *Mindestinvaliditätsgrad*, der zu einer UV-Rente berechtigt, von 10% auf 20% heraufgesetzt werden. Weiter

²⁴⁴ Medienmitteilung des EVD vom 17. Februar 2010.

²⁴⁵ Medienmitteilung des EVD vom 5. März 2010.

²⁴⁶ Medienmitteilung des EVD vom 14. Oktober 2009.

²⁴⁷ Medienmitteilung des EVD vom 31. März 2010.

²⁴⁸ Medienmitteilung des EVD vom 12. Mai 2010.

²⁴⁹ Medienmitteilung des SECO vom 8. Juni 2010.

²⁵⁰ Informationsschreiben des BAG vom Januar 2010 zur Änderung des bisherigen Rechts per 1. Januar 2010, Stand am 28. April 2010, eingesehen unter: www.bag.admin.ch/themen/versicherung/00321/index.html?lang=de

wurde ein Mindestinvaliditätsgrad von 40% (statt bisher 10%) für gesundheitliche Beeinträchtigungen, welche objektiv nicht klar fassbar sind, beantragt.²⁵¹

Kritik im Zusammenhang mit der Revision des UVG wird teilweise aus den eigenen Reihen der zuständigen Sozialkommission laut. Denn von einem Abbau in der obligatorischen Unfallversicherung würde vor allem die Privatassekuranz profitieren, weshalb auf die Kommissionen sowohl vonseiten der halbstaatlichen SUVA als auch seitens der Lobby der Privatversicherungen Druck ausgeübt werde.²⁵²

Da die Kommission in zwei Punkten weitere Abklärungen in Auftrag gegeben hat, welche Zeit beanspruchen, wird die SGK-N die Beratung erst Ende Juni 2010 zuhanden der Herbstsession 2010 abschliessen können.²⁵³

Die *Erwachsenenprämien der Krankenpflegeversicherung (KVG)* sind für das Jahr 2010 gesamtschweizerisch mit ordentlicher Franchise um durchschnittlich 8,7% erhöht worden. Je nach Kanton bewegen sich die Erhöhungen in einer Bandbreite von 3,6% und 14,6%. Während die Kinderprämien mit 10% leichter gestiegen sind als die Erwachsenenprämien, haben die jungen Erwachsenen mit einer Prämienerrhöhung von 13,7% einen überdurchschnittlichen Anstieg zu verkraften. Trotz allem liegt die Prämienerrhöhung unter der im Frühjahr 2009 prognostizierten Prämienerrhöhung, weil der Bundesrat zwischenzeitliche Kostensenkungsmassnahmen im Bereich der Medikamente (bspw. bei den Originalpräparaten, den Generika oder infolge Senkung des Vertriebsanteils) beschlossen hat und sich die Finanzmärkte besser erholt haben, als zu jenem Zeitpunkt angenommen worden war.²⁵⁴

Die *Teilrevision des KVG* ist weiterhin hängig. Um ein erneutes Scheitern der Revision zu verhindern, wurden die weitgehend unbestrittenen Reformschritte von den restlichen getrennt und dem Parlament in zwei Gesetzgebungspaketen mit jeweils eigenständiger Botschaft vorgelegt. Das *Gesetzgebungspaket I* umfasst u.a. die Regelungen betreffend die Vertragsfreiheit, die Prämienverbilligung und die Kostenbeteiligung. Das *Gesetzgebungspaket II* beinhaltet demgegenüber die Bestimmungen bezüglich der Spitalfinanzierung und der Managed Care.²⁵⁵

Die *Neuordnung der Pflegefinanzierung* wird losgelöst von der angestrebten Teilrevision des KVG statt wie ursprünglich vom Bundesrat beab-

²⁵¹ Medienmitteilung der Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) vom 29. Januar 2010.

²⁵² NZZaS vom 25. Oktober 2009.

²⁵³ Medienmitteilung der SGK-N vom 29. Januar 2010.

²⁵⁴ Medienmitteilung des BAG vom 1. Oktober 2009.

²⁵⁵ Allgemeine Informationen zum Krankenversicherungsgesetz (KVG) des BAG vom 5. Februar 2010, einsehbar unter: www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/index.html?lang=de

sichtigt per 1. Juli 2010 auf Antrag der Kantone per 1. Januar 2011 in Kraft treten. Sie sieht eine Verbesserung der sozialpolitisch schwierigen Situation bestimmter Gruppen pflegebedürftiger Personen, die Verhinderung einer zusätzlichen finanziellen Belastung der obligatorischen Krankenversicherer sowie die Einrichtung eines Beitrages an die Pflegeleistungen durch die obligatorischen Krankenversicherer vor.²⁵⁶

Weiter hat der Bundesrat Anpassungen in der entsprechenden Verordnung zur Umsetzung der *Revision des Risikoausgleiches* verabschiedet. Die Änderung des Risikoausgleiches, welche per 1. Januar 2012 in Kraft treten wird, sieht vor, dass die Berechnungsformel für den Risikoausgleich, welche für die Ausgleichszahlungen unter den Versicherern bisher nur die Kriterien *Alter* und *Geschlecht* berücksichtigt hat, um das Kriterium des *Aufenthalts in einem Spital oder Pflegeheim im Vorjahr von mindestens drei Tagen* erweitert wird. Die Vorlage des Bundesrates präzisiert dieses neue Kriterium.²⁵⁷

Das Parlament hat den *Zulassungsstopp auf Spezialärztinnen und -ärzte* bis zum 31. Dezember 2011 verlängert und gleichzeitig dessen Geltungsbereich modifiziert. Im Sinne dieses Parlamentsbeschlusses hat der Bundesrat auf Verordnungsstufe den *Zulassungsstopp auf Spezialärztinnen und -ärzte sowie auf Apothekerinnen und Apotheker* beschränkt. Die Kantone haben neu die Kompetenz erhalten, den Zulassungsstopp auf Ärztinnen und Ärzte in Spitalambulatorien auszudehnen. Diese Änderung ist per 1. Januar 2010 in Kraft getreten und gilt bis zum 31. Dezember 2011.²⁵⁸

g. Sozialversicherungsabkommen

Die Schweiz unterhält mit 44 Staaten²⁵⁹ zwischenstaatliche Regelungen über die *soziale Sicherheit*. Dabei wird zwischen Vereinbarungen unterschieden, welche die Schweiz gleichzeitig mit mehreren Staaten

²⁵⁶ Vgl. ebd.

²⁵⁷ Medienmitteilung des BAG vom 26. August 2009.

²⁵⁸ Medienmitteilung des EDI vom 21. Oktober 2009.

²⁵⁹ Es handelt sich um folgende Länder: Australien, Belgien, Bulgarien, Chile, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Israel, Italien, Jugoslawien (ehemals; gilt für Bosnien und Herzegowina, Serbien und Montenegro bis zum Inkrafttreten neuer Abkommen), Kanada, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Mazedonien, die Niederlande, Norwegen, Österreich, die Philippinen, Polen, Portugal, Quebec, Rumänien, Republik San Marino, Schweden, Slowakische Republik, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Türkei, Ungarn, die USA, Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland sowie Zypern (vgl. Zusammenstellung des BSV, Zwischenstaatliche Vereinbarungen der Schweiz über Soziale Sicherheit, Stand am 1. Juni 2009, eingesehen unter: www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/index.html?lang=de).

verbinden, und Abkommen über soziale Sicherheit mit jeweils einem Partnerstaat.²⁶⁰

Seit 2002 ist das *Abkommen mit der EU über die Freizügigkeit (FZA)* in Kraft. Dieser Vertrag enthält in seinem Anhang II Bestimmungen über die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten. Grundlage dafür sind Koordinationsbestimmungen der EU, nämlich die Verordnungen (EG) Nr. 1408/71 (ähnlich einem Sozialversicherungsabkommen) und (EG) Nr. 574/72 (Durchführungsbestimmungen).²⁶¹ Seit dem 1. Mai 2010 sind in den 27 EU-Mitgliedstaaten diese beiden Verordnungen durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 sowie die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 ersetzt worden. In den Beziehungen zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten finden die neuen Verordnungen derzeit keine Anwendung, und auch der Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnungen in der Schweiz ist noch nicht bekannt. Basierend auf dieser Neuerung sind ebenfalls seit dem 1. Mai 2010 neue Formulare, sogenannte *SED (Structured Electronic Documents)*, in den Mitgliedstaaten der EU in Umlauf gesetzt worden. Die Schweiz prüft derzeit die Teilnahme an diesem elektronischen Datenaustausch.²⁶²

Das *revidierte EFTA-Abkommen* enthält für Staatsangehörige der Schweiz, Islands, Liechtensteins oder Norwegens in den Beziehungen zu diesen Staaten die gleichen Regelungen wie das Freizügigkeitsabkommen Schweiz/EU, wobei im Verhältnis Schweiz/Liechtenstein gewisse Ausnahmen gelten.²⁶³

Das *Abkommen über die Soziale Sicherheit der Rheinschiffer* bildet ein Abkommen zur Regelung der Sozialversicherung von Personen, die auf einem Rheinschiff arbeiten, und deren Familienangehörigen. Vertragsstaaten sind die Schweiz, Deutschland, Frankreich, Belgien, Luxemburg und die Niederlande.²⁶⁴

Weiter existieren neben den bilateralen Abkommen mit EU-Mitgliedstaaten diverse *Sozialversicherungsabkommen mit einzelnen Vertragsstaaten* ausserhalb der EU.²⁶⁵

Das *Abkommen über die Soziale Sicherheit mit Indien* wurde im September 2009 in Delhi unterzeichnet, worauf der Bundesrat in der Folge die

²⁶⁰ Zwischenstaatliche Regelungen über Soziale Sicherheit, BSV, zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/02123/index.html?lang=de#sprungmarke0_0

²⁶¹ Vgl. ebd.

²⁶² Internationales/EU/EFTA, BAG, stand am 7. Mai 2010, eingesehen unter: www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00316/index.html?lang=de

²⁶³ Zwischenstaatliche Regelungen über Soziale Sicherheit, BSV, zuletzt eingesehen am 30. Juni 2010 unter: www.bsv.admin.ch/themen/internationales/00078/02123/index.html?lang=de#sprungmarke0_0

²⁶⁴ Vgl. ebd.

²⁶⁵ Vgl. ebd.

betreffende Botschaft verabschiedete. Das Abkommen hebt die gleichzeitige Beitragspflicht in beiden Vertragsstaaten im Bereich der AHV/IV, der Krankenversicherung und der Unfallversicherung auf und erleichtert somit den Einsatz von Personal sowie die Erbringung von Dienstleistungen im jeweils anderen Staat. Das Abkommen wird nach Abschluss der in beiden Staaten erforderlichen parlamentarischen Genehmigungsverfahren in Kraft treten.²⁶⁶

Das mit dem früheren Jugoslawien abgeschlossene *Sozialversicherungsabkommen* wird seit dem 1. April 2010 im Verhältnis zu Kosovo nicht mehr angewendet, womit seither hinsichtlich der Sozialversicherungen die Regelungen für Angehörige von Nichtvertragsstaaten gelten. Grund ist ein Entscheid des Bundesrates vom Dezember 2009, wonach diejenigen Abkommen, die im Zeitpunkt der Unabhängigkeit Kosovos von Serbien im Kraft waren, im Verhältnis zu Kosovo nicht weiterzuführen sind.²⁶⁷

Die *Offensive der IV gegen Versicherungsbetrug* hat sich erstmals im Rahmen eines *Pilotprojekts* Ende 2008 auch gegen Verdachtsfälle im Ausland gerichtet: Exemplarisch wurden in *Thailand* und in *Kosovo* entsprechende Observationen durchgeführt. Während in Thailand die Leistungen der IV in erster Linie an Schweizer gehen, erhalten in Kosovo vor allem ausländische Staatsangehörige Rentenleistungen der IV. Der Pilotversuch in Thailand zeigte, dass in Ländern, in denen Observationen möglich sind, die Null-Toleranz-Politik beim Versicherungsbetrug wirksam durchgesetzt werden kann, weshalb die offensive Betrugsbekämpfung nun voraussichtlich auf weitere Länder, wie Brasilien, die Philippinen oder die Dominikanische Republik, die ähnliche Voraussetzungen wie Thailand bieten, ausgedehnt wird. Dagegen verlief der Pilotversuch in Kosovo mit verdeckten Abklärungen nicht wunschgemäss. Nach ernsthaften Drohungen Privater gegenüber der beauftragten Firma stellte diese die Observationen aus Sicherheitsgründen ein. Deshalb ergriff die IV eine einschneidendere Massnahme, indem sie alle IV-Renten in den Kosovo, deren Rechtmässigkeit fraglich war und mittels Observation geklärt werden sollte, sistierte, bis der Betrugsverdacht ausgeräumt werden konnte. Diese Erfahrung hilft nun bei der Betrugsbekämpfung in anderen Ländern mit vergleichsweise hohem Anteil exportierter IV-Renten und erfahrungsgemäss überdurchschnittlichem Betrugspotenzial, wie bspw. in den übrigen Balkanstaaten und der Türkei. Da in diesen Ländern die staatlichen Strukturen gefestigter sind als in Kosovo, stehen die Durchführung von Observationen oder die wirksame Amtshilfe im Rahmen der bilateralen Sozialversicherungsabkommen im Vordergrund. Dieses Vorgehen soll mit Betrugsbekämpfungsklauseln in den geltenden bilateralen Abkommen abgesichert werden.²⁶⁸

²⁶⁶ Medienmitteilung des EDI vom 28. Oktober 2009.

²⁶⁷ Medienmitteilung des BSV vom 29. Januar 2010.

²⁶⁸ Medienmitteilung des BSV vom 27. August 2009.

5. Personalrecht des Bundes

Ein von der Bundesverwaltung lancierter Bericht zeigt, dass die Umsetzung der *Bundespersonalpolitik* in die vom Bundesrat vorgegebene Richtung geht. Insbesondere konnte zwischen 2005 und 2009 der Frauenanteil in allen Lohnklassen erhöht werden. Einzig in den mittleren Lohnklassen 24–29 hat die Frauenquote zwar zugenommen, liegt mit 23,4% aber noch unter dem vom Bundesrat vorgegebenen Sollwert von 30%. Beim Anteil an Lernenden hat die Bundesverwaltung den festgelegten Sollwert von 4% leicht übertroffen. In diesem Zusammenhang wird nun vermehrt eine Erhöhung des Anteils Auszubildender aus der italienischen und französischen Sprachregion angestrebt.²⁶⁹

In Bezug auf den *Personalbestand* waren Ende 2009 beim Bund insgesamt 36 994 Mitarbeitende verteilt auf 33 056 Stellen beschäftigt, was einer leichten Zunahme gegenüber dem Vorjahr entspricht. Bezüglich der *Entlohnung* lässt sich feststellen, dass der Bruttolohn, der sich aus dem Grundlohn und dem Ortszuschlag zusammensetzt und durch generelle Lohnmassnahmen wie Teuerungsausgleich und Reallohnerhöhungen sowie durch die individuelle, leistungsdifferenzierte Lohnentwicklung aufgrund der Personalbeurteilung beeinflusst wird, um 5,3% gestiegen ist. Diese Erhöhung ist vor allem auf eine Reallohnerhöhung und den Teuerungsausgleich zurückzuführen. Insgesamt belief sich der durchschnittliche Bruttolohn in der Bundesverwaltung ohne EDA-Lokalpersonal auf CHF 114 466.–. Leistungsprämien sowie Zulagen sind in diesem Bruttolohn nicht enthalten. *Abgangsentschädigungen* aufgrund eines unverschuldet aufgelösten Arbeitsverhältnisses (vgl. Artikel 78 BPV) wurden 2009 zweimal ausgerichtet. Die Kosten beliefen sich dabei auf CHF 618 519.–, was einem Durchschnitt von rund CHF 309 259.– pro Abgangsentschädigung entspricht.²⁷⁰

Gestützt auf die Ergebnisse der *Personalbefragung 2009*, welche alle zwei Jahre durchgeführt wird, wurden vom Bundesrat erstmals *bundesweite Optimierungsmassnahmen* eingeleitet. Im Fokus steht dabei die Verbesserung der Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben als auch der beruflichen Perspektiven. Insbesondere sollen die flexiblen Arbeitszeitmodelle des Bundes durch angepasste Stellenausschreibungen gefördert werden, indem alle neu zu besetzenden Vollzeitstellen nach Möglichkeit mit einem Beschäftigungsgrad von 80% bis 90% anzubieten sind. Zusätzlich wird überprüft, ob diese Stellen im Rahmen eines Top- oder Job-Sharings vergeben werden können. Weiter soll die finanzielle Unterstützung der

²⁶⁹ Medienmitteilung des EFD vom 31. März 2010.

²⁷⁰ Bericht des Bundesrates an die Geschäftsprüfungs- und Finanzkommission der eidgenössischen Räte vom März 2010, Reporting Personalmanagement 2009, Bundesverwaltung.

Bundesangestellten bei der familienergänzenden Kinderbetreuung harmonisiert werden.²⁷¹

Im Jahr 2009 einigten sich die Spitzen der Personalverbände zusammen mit dem Bundesrat auf einen vollen *Teuerungsausgleich* von 0,6% mehr Lohn für die Bundesangestellten. Im Gegenzug würden Beiträge vom Personal zur Haushaltsentlastung bei den Stellenbeständen erwartet. Keine Einigung erzielten die Sozialpartner dagegen bei den weiteren Forderungen der Personalverbände wie einer Reallohnerhöhung, Gratis-Generalabonnement der SBB und fünf Wochen Ferien für alle Mitarbeitenden, fünf Tage Ausbildungsurlaub und dem Ausbau der finanziellen Unterstützung für die familienergänzende Familienbetreuung.²⁷²

Überraschenderweise wurde die vom Bundesrat seit Längerem ins Auge gefasste *Revision des Bundespersonalgesetzes (E-BPG)*²⁷³ bis zur Verabschiedung einer umfassenden Personalstrategie zurückgestellt. Stossrichtung der Revision war eine Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse und eine weitere Annäherung des Bundespersonalrechts an die Bestimmungen des Obligationenrechts. Grund für das vorläufige Zurückstellen der Revision dürfte wohl die kontroverse Aufnahme des Vernehmlassungsentwurfs durch die interessierten Kreise gewesen sein.²⁷⁴

So zeigte das Ergebnis der Vernehmlassung deutlich, dass insbesondere die Kantone die Stossrichtung der Vorlage zwar grundsätzlich befürworteten, aber dennoch Stimmen zu vernehmen waren, die vor einer schwindenden Sicherheit im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis mahnten. Bei den teilnehmenden Parteien unterstützte einzig die FDP die Vorlage in allen Punkten, während der SVP die Vorlage zu wenig weit ging, der SP die Vorlage dagegen zu progressiv war. Die CVP verlangte eine vorläufige Evaluation zum BPG und verweigerte deshalb eine materielle Stellungnahme. Die teilnehmenden Personalverbände kritisierten die Vorlage dahingehend, dass diese einseitig zuungunsten der Arbeitnehmenden ausgefallen sowie das Verhandlungsangebot der Sozialpartner nicht genutzt worden sei. Demgegenüber unterstützten die Arbeitgebervertreter und die Gerichte die Vorlage fast ausnahmslos, indem sie die Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse begrüßten. Die SBB und die Post forderten ihre Entlassung aus dem Geltungsbereich des BPG.²⁷⁵ Diesbezüglich konnten Letztere in der Folge zumindest einen Teilerfolg erzielen, indem das mittlere und obere Kaderpersonal von Post und SBB anlässlich der Teilrevision der

²⁷¹ Medienmitteilung des EFD vom 30. Juni 2010.

²⁷² Medienmitteilung des EFD vom 16. November 2009.

²⁷³ Vgl. JAR 2009, S. 74.

²⁷⁴ Medienmitteilungen des EFD vom 12. März 2010.

²⁷⁵ Bericht des EFD vom 24. März 2000 über die Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG), S. 4 f.

Rahmenverordnung zum BPG neu dem Obligationenrecht unterstellt worden ist. Diese Regelung gilt seit dem 1. Juli 2010.²⁷⁶

Im Detail sah die Revisionsvorlage zum BPG bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen eine Verkürzung der Probezeit, eine Kompetenz des Arbeitgebers zur Flexibilisierung des AHV-Rentenalters sowie den Verzicht auf die abschliessenden Kündigungsgründe nach Artikel 12 BPG in Anlehnung an das Obligationenrecht vor. Allerdings wäre der Arbeitgeber im öffentlichen Dienstrecht auch weiterhin nur aus sachlich hinreichenden Gründen und unter Beachtung der übergeordneten Verfassungsprinzipien zur Kündigung berechtigt gewesen. Weiter wurde die Einführung eines Elternurlaubs, der auch Vätern und Adoptiveltern zustehen sollte, beabsichtigt, um damit eine gesetzliche Grundlage für den Vaterschaftsurlaub, den der Bundesrat bereits am 1. Januar 2008 für die Bundesverwaltung eingeführt hat, zu schaffen. Darüber hinaus sollte mittels Vorlage die Pflicht zur Weiterbeschäftigung durch die Pflicht zur Unterstützung des beruflichen Fortkommens ersetzt sowie Neuerungen im Hinblick auf das Personalinformationssystem, auf die Finanzierung der Vorsorge und auf das Beschwerdeverfahren zusammen mit dessen Rechtsfolgen erreicht werden.²⁷⁷

Zwischenzeitlich ist das Eidgenössische Personalamt (EPA) vom Bundesrat beauftragt worden, im Rahmen der bundesrätlichen Ziele die *Personalstrategie 2011–2015* auszuarbeiten, auf deren Grundlage in der Folge über das Schicksal der Gesetzesrevision entschieden werden wird. Ziel dieser neuen Personalstrategie wird es sein, die Bundesverwaltung als Arbeitgeberin im Wettbewerb um die besten Arbeitskräfte optimal zu positionieren. Die Personalstrategie wird in die übergeordneten Strategien des Bundesrates (Legislatur-, Finanz- und Jahresplanung) eingebettet sein und sieht den Einbezug der Sozialpartner vor. Erste Ergebnisse des EPA sind bis Ende 2010 zu erwarten.²⁷⁸

Gemäss der *Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (Rahmenverordnung BPG)* haben per 1. Januar 2010 sowohl der *ETH-Rat* und der *EHB-Rat* als auch die Pensionskasse des Bundes *PUBLICA* Arbeitgeberstatus erlangt.²⁷⁹ Ebenfalls wurde das *Schweizerische Nationalmuseum (SNM)* zum selben Zeitpunkt in diesen Status versetzt.²⁸⁰ Für die Pensions-

²⁷⁶ Medienmitteilung des UVEK vom 12. Mai 2010 sowie *Rahmenverordnung zum Bundespersonalgesetz (BPG), Änderung vom 12. Mai 2010 (AS 2010 2209)*.

²⁷⁷ Faktenblatt des EFD vom 19. September 2008, Revision des Bundespersonalgesetzes – Die wichtigsten Revisionspunkte.

²⁷⁸ Medienmitteilungen des EFD vom 12. März 2010 sowie Medienmitteilung des EFD vom 21. April 2010.

²⁷⁹ Vgl. Art. 2 Sachüberschrift und Abs. 7 sowie Art. 2a *Rahmenverordnung BPG, Änderung vom 19. August 2009 (AS 2009 4289)*; vgl. ebenso Medienmitteilung des EFD und der Pensionskasse des Bundes *PUBLICA* vom 19. August 2009.

²⁸⁰ Vgl. Art. 2b *Rahmenverordnung BPG, Änderung vom 30. September 2009 (AS 2009 5099)*.

kasse des Bundes PUBLICA bedeutet dieser Statuswechsel, dass sie aus dem gemeinschaftlichen Vorsorgewerk Bund ausgetreten ist und nun ein eigenes Vorsorgewerk mit eigenem Personalreglement bildet.²⁸¹

Seit die Personalvorsorge PUBLICA vom Leistungs- zum Beitragsprimat gewechselt hatte, zahlten die über 45-jährigen Bundesangestellten überdurchschnittlich hohe Sparbeiträge in die Pensionskasse. Aufgrund einer Senkung der Risikoprämie werden nun Mittel frei, die zur Entlastung dieser Angestellten verwendet werden können. Der Bundesrat hat in diesem Sinne die Änderung des *Vorsorgereglements für die Angestellten und Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Bund (VRAB)* genehmigt.²⁸² Aus dieser Regelung folgt, dass das Alterssegment 45plus nun einen tieferen, der Arbeitgeber Bund dagegen einen höheren Sparbeitrag leistet (*Überparität*). Die Delegiertenversammlung PUBLICA ist mit diesem Vorgehen grundsätzlich einverstanden, doch wird die Art und Weise der Weitergabe bemängelt: Denn statt eines einheitlichen Senkungssatzes kommt ein abgestuftes Modell zum Tragen, welches die höheren Lohnklassen überproportional entlastet, während die tieferen nur eine marginale Entlastung erfahren.²⁸³ Weiter wurde von den Personalverbänden des Bundes in den Lohnverhandlungen Ende 2009 ein *Ausgleich der aufgelaufenen Teuerung* auf den PUBLICA-Renten gefordert. Dieser Forderung nach einer ausserordentlichen Teuerungsanpassung der Renten konnte der Bundesrat bedingt durch die strukturelle Entlastung des Bundeshaushaltes jedoch nicht nachkommen.²⁸⁴

Einige Anpassungen in der *Bundespersonalverordnung (BPV)* sind per 1. Januar 2010 in Kraft getreten. Im Rahmen der *Korruptionsbekämpfung* sehen die neuen Bestimmungen konkrete Regelungen für Bundesangestellte vor; namentlich betreffen die Neuregelungen die Nebenbeschäftigung, die Annahme von Geschenken und das Konkurrenzverbot. Eine formelle Lücke im Bereich der *Abgangsentschädigungen* konnte geschlossen werden, indem diese auch künftig an Personen in bestimmten Funktionen ausgerichtet werden können, selbst wenn das Arbeitsverhältnis in gegenseitigem Einvernehmen aufgelöst worden ist. Weiter wurden formelle Anpassungen in der Personalvorsorge vorgenommen, welche mit der Einführung des Beitragsprimats bei der Pensionskasse des Bundes PUBLICA notwendig geworden sind.²⁸⁵

Des Weiteren hat der Bundesrat die *Botschaft zur Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG)* verabschiedet. Kern der Änderung ist der Schutz der Bundesangestellten und anderer Per-

²⁸¹ Medienmitteilung des EFD vom 16. Dezember 2009.

²⁸² Medienmitteilung des EFD vom 14. Oktober 2009.

²⁸³ Medienmitteilung der Pensionskasse des Bundes PUBLICA vom 2. Dezember 2009.

²⁸⁴ Medienmitteilung des EFD vom 28. April 2010.

²⁸⁵ Medienmitteilung des EFD vom 27. November 2009.

sonen, welche die elektronische Infrastruktur des Bundes nutzen, vor unzulässiger *Datenbearbeitung* sowie die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur rechtmässigen Bearbeitung bestimmter Daten durch den Betreiber dieser Infrastruktur. So sollen künftig personenbezogene Daten, die bei der Benutzung der elektronischen Infrastruktur entstehen, nur zu abschliessend aufgezählten Zwecken genutzt werden können. Eine personenbezogene Auswertung dieses Datenmaterials (bspw. zur Klärung des Verdachts auf eine missbräuchliche Benutzung des Internets) wird an zusätzliche Bedingungen geknüpft.²⁸⁶

Zur Verbesserung der Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten für Bundesangestellte hat per 1. Januar 2010 das zentrale *Ausbildungszentrum der Bundesverwaltung (AZB)* seine Tätigkeit aufgenommen. Insbesondere in den Bereichen Führungs-, Selbst-, Sozial- und Sprachkompetenz sowie zu weiteren Themen wie etwa dem Projektmanagement werden praxisorientierte Angebote zur Verfügung gestellt.²⁸⁷

Zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit bietet die Bundesverwaltung seit August 2009 im Rahmen der dritten Stufe der konjunkturellen Stabilisierungsmassnahmen stellenlosen Lehrabgängerinnen und Lehrabgängern das *Überbrückungsprogramm PONTE* an. Es ermöglicht die Weiterbeschäftigung Jugendlicher, die nach Lehrabschluss noch keine Stelle gefunden haben und keine sonstigen Möglichkeiten wie Auslandsaufenthalt, Weiterbildung oder Militärdienst wahrnehmen. Diese Möglichkeit der Weiterbeschäftigung im Rahmen einer befristeten Anstellung bis maximal neun Monate führt zu einem finanziellen Mehraufwand von insgesamt CHF 0,5 Mio. pro Jahr und ist vorerst bis Ende 2011 befristet.²⁸⁸

6. Öffentliches Dienstrecht der Kantone

Der Regierungsrat des *Kantons Basel-Stadt* hat eine neue Verordnung betreffend *Personalausschüsse* in den Departementen und Betrieben des Kantons Basel-Stadt erlassen. Diese Neuregelung orientiert sich am *Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz)*²⁸⁹. U.a. wurde eine Bestimmung bezüglich der Anrechnung der Mitarbeit in Personalausschüssen als Arbeitszeit aufgenommen. So sollen für die Mitwirkung in Personalausschüssen maximal zwei Tage bezahlter Urlaub gewährt werden können, sofern es die betrieblichen Verhältnisse zulassen.²⁹⁰

²⁸⁶ Medienmitteilung des EJPD vom 27. November 2009.

²⁸⁷ Medienmitteilung des EFD vom 11. September 2009 sowie vgl. JAR 2009, S. 73.

²⁸⁸ Medienmitteilung des EFD vom 26. August 2009.

²⁸⁹ Vgl. Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), (SR 822.14).

²⁹⁰ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt, Kurzmitteilungen aus der Regierungsrats-Sitzung (Bulletin) vom 4. August 2009.

Bezahlter Urlaub wird im Kanton Basel-Stadt neu auch für *ausserschulische Jugendarbeit* gewährt. So erhalten Jugendliche und junge Erwachsene in Ausbildung unter Anpassung der Ferien- und Urlaubsverordnung neu einen bezahlten Jugendurlaub von bis zu einer Woche. Gefördert wird damit die unentgeltliche leitende, betreuende oder beratende Tätigkeit im Rahmen der ausserschulischen Jugendarbeit in einer kulturellen, sportlichen oder sozialen Organisation.²⁹¹

Da die Förderung von *Teilzeitstellen bzw. Teilzeitbeschäftigung* seit Langem ein vom Regierungsrat im Rahmen seiner Personalpolitik prioritär behandeltes Thema darstellt, hat er beim Grossen Rat eine entsprechende Änderung des Personalgesetzes beantragt. Demzufolge soll die Förderung der Schaffung von Teilzeitstellen in allen Bereichen und auf allen hierarchischen Stufen im Gesetz verankert werden.²⁹²

Basierend auf einer Motion betreffend *besseres Risikomanagement durch geschlechtsspezifisch ausgewogene Besetzung der Verwaltungsräte im öffentlichen und halböffentlichen Bereich* hat der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt ein entsprechendes Begehren, soweit es die Erarbeitung einer Vorlage zur Konkretisierung der Kantonsverfassung betrifft, als rechtlich zulässig erklärt und dem Grossen Rat beantragt, es ihm zur Ausarbeitung einer Vorlage zu überweisen. Die Umsetzung einer geschlechterausgewogenen Besetzung der Verwaltungsräte im öffentlichen und halböffentlichen Bereich soll nach norwegischem Vorbild durch eine Quotenregelung von 30% Frauenanteil in öffentlichen Mandaten erreicht werden.²⁹³

Der *Kanton Bern* führte im Herbst 2009 die dritte flächendeckende *Personalbefragung in der Kantonsverwaltung* durch. Sehr gut bewertet wurden u.a. der Arbeitsinhalt und die direkten Vorgesetzten. Weniger gut fiel dagegen die Beurteilung des Gehaltssystems und der Entwicklungsmöglichkeiten innerhalb der Kantonsverwaltung aus, weshalb der Regierungsrat der Finanzverwaltung den Auftrag erteilt hat, in den beiden monierten Bereichen bis Ende 2010 geeignete Massnahmen zu prüfen und entsprechende Vorschläge zu erarbeiten.²⁹⁴

²⁹¹ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 26. Januar 2010.

²⁹² Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt, Kurzmitteilungen aus der Regierungsrats-Sitzung vom 3. November 2009.

²⁹³ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt, Kurzmitteilungen aus der Regierungsrats-Sitzung (Bulletin) vom 8. September 2009 sowie Regierungsratsbeschluss vom 8. September 2009, Motion GERBER BRIGITTA betreffend besseres Risikomanagement durch geschlechtsspezifisch ausgewogene Besetzung der Verwaltungsräte im öffentlichen und halböffentlichen Bereich, Stellungnahme des Regierungsrates (09.5070.02).

²⁹⁴ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 28. April 2010.

Weiter liess die Regierung die *alternative Arbeitszeitregelung für Kader* überprüfen. Mit diesen Abklärungen des Regierungsrates um die Frage der *Abgeltung von Zeitguthaben* sowie um die *Austrittsvereinbarungen* ging eine breite öffentliche Diskussion einher.²⁹⁵ Anlass zu dieser öffentlichen Debatte gaben Unklarheiten betreffend die Ausgestaltung der Austrittsvereinbarungen sowie die damit zusammenhängende Höhe der Abgangsentschädigungen für Beamte des oberen Kaders. U.a. lieferte in diesem Zusammenhang ein drei Jahre zurückliegender Fall reichlich Pressestoff: So soll ein Mitglied der Gesundheitsdirektion nach Auflösung des Anstellungsverhältnisses in gegenseitigem Einvernehmen eine Abgangsentschädigung im höheren sechsstelligen Bereich erhalten haben, obwohl die damalige Gesetzesgrundlage für eine derartige Entschädigung unzureichend gewesen sein soll.²⁹⁶ Im Rahmen seiner erwähnten Überprüfung ist der Regierungsrat zum Ergebnis gekommen, dass neben generellen Unterschieden zu privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen, welchen ausreichend Beachtung geschenkt werden müsse, das Personalgesetz seit Anfang 2009 die Möglichkeit zum Abschluss einer Austrittsvereinbarung vorsehe, falls die beim Kanton angestellte Person nicht zu einer Kündigung bereit sei und kein gesetzlich verlangter «triftiger» Kündigungsgrund vorläge bzw. nachweisbar sei, welcher eine Entlassung durch das Gemeinwesen rechtfertigen würde. Aus diesen Gründen hat der Regierungsrat des Kantons Bern kein generelles, gravierendes Problem hinsichtlich der aufgeworfenen Frage erkannt, weshalb für ihn auch kein Handlungsbedarf besteht. Allerdings hat er sich dafür entschieden, anhand einer Analyse der Finanzdirektion betreffend die geltenden Arbeitszeitbedingungen für das Kantonspersonal sowie die Erfahrungen mit der neuen Regelung der Austrittsvereinbarungen erneut über Alternativen zur derzeit geltenden Regelung der Arbeitszeit und des Gehalts von Kaderangestellten zu beraten.²⁹⁷ Demgegenüber sah die Oberaufsichtskommission (OAK) weiteren Klärungsbedarf, wobei der Schlussbericht frühestens im Sommer 2010 vorliegen soll.²⁹⁸

Zur Entlastung der Lehrkräfte und der Schulleitungen im Kanton Bern sind im Rahmen einer *Teilrevision der Verordnung über die Anstellung der Lehrkräfte (LAV)* weitere Massnahmen geplant. Die Revision trägt insbesondere der Mehrbelastung der Arbeitskräfte durch ausserschulische Anforderungen Rechnung, indem sie die Verpflichtung für Lehrkräfte zur Mitarbeit an Aktivitäten ausserhalb der Unterrichtszeit reduziert. Weiter müssen Lehrkräfte, welche Fächer ohne entsprechende Lehrbefähigung unterrichten, keinen Lohnabzug mehr hinnehmen, sofern diese Lektionen

²⁹⁵ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 24. August 2009.

²⁹⁶ DER BUND vom 5. August 2009.

²⁹⁷ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 24. August 2009.

²⁹⁸ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 3. November 2009 sowie BERNER ZEITUNG vom 17. November 2009.

nicht mehr als ein Viertel ihres Pensums ausmachen. Mit dieser Massnahme soll dem Lehrermangel entgegengewirkt werden. Die Teilrevision der LAV tritt voraussichtlich auf den 1. August 2010 in Kraft.²⁹⁹

Das *beco Berner Wirtschaft* prüft im Rahmen seiner *Kontrolltätigkeit zur Einhaltung der Vorgaben zum Schutz der Gesundheit am Arbeitsplatz* seit 2010 schwerpunktmässig die Arbeitsbedingungen in Spitälern, Psychiatrie- und Rehakliniken. Da öffentliche und private Spitäler, Psychiatrien und Rehakliniken personalintensive 24-Stunden-Betriebe sind, stellen arbeitsbedingte Belastungen und Risiken ein Dauerthema dar. Mit diesen Betriebskontrollen vollzieht das beco Bundesrecht. Denn seit der Bund die Sonderbestimmungen der Arbeitszeiten für die Krankenanstalten und Kliniken auf den 1. Januar 2010 präzisiert hat, sind Spitäler, Psychiatrie- und Rehakliniken ein Schwerpunkt der Kontrolltätigkeit. Vorgesehen ist die Kontrolle aller 44 Spitäler des Kantons Bern zwischen 2010 und 2011.³⁰⁰

Der Kantonsrat des *Kantons Zürich* hat die Vorlage des Regierungsrates zur *Änderung der Personalverordnung* am 18. Januar 2010 mit 103 zu 59 Stimmen genehmigt.³⁰¹ Mit dieser Änderung wurde die künftige Anlehnung der Entlohnung von Kantonsangestellten an die Privatwirtschaft besiegelt. So wird das neue Lohnsystem eine verstärkt leistungsorientierte und flexiblere individuelle Lohnentwicklung begünstigen. Mit halben Lohnstufen und einem leistungsabhängigen Lohnmaximum erhalten die Führungskräfte mehr Möglichkeiten für die Lohngestaltung. Folglich fällt der bisherige automatische Stufenanstieg weg, welcher jedoch durch eine durchschnittliche Lohnentwicklung in der Höhe der Jahresteuierung ausgeglichen werden soll. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Jahresteuierung nicht den Prozentsatz von 2% übersteigen darf. Während die Mehrheit der Befürworter die flexibleren und leistungsorientierten Elemente loben, befürchtet die Minderheit der Kritiker durch die Unverbindlichkeit einzelner Bestimmungen Willkür bei der Entlohnung, insgesamt eine Verschlechterung des Arbeitsklimas sowie ein Öffnen der Lohnschere.³⁰² Mit Beschluss vom 9. Dezember 2009 erklärte der Regierungsrat, dass diese individuellen Lohnerhöhungen (bisher Beförderungen) auf den 1. Januar 2010 spätestens im April rückwirkend auf den 1. Januar ausgerichtet werden würden.³⁰³

²⁹⁹ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 5. März 2010.

³⁰⁰ Medienmitteilung des Kantons Bern vom 24. März 2010.

³⁰¹ Vorlage: Genehmigung der Änderung der Personalverordnung 4609/2009, zuletzt eingesehen am 31. Mai 2010 unter: www.kantonsrat.zh.ch/Geschaefft_Details.aspx?ID=7d58b66c-6b48-47c0-b5c2-9ab1e35e8fe6#1

³⁰² NZZ vom 18. Januar 2010 sowie vgl. JAR 2009, S. 74 f.

³⁰³ Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 9. Dezember 2009, 1988. Teuerungszulage auf 1. Januar 2010, individuelle Lohnerhöhungen, Einmalzulagen und Aussetzung Stufenanstieg für 2010.

Beschränkt könnte das oben erwähnte System der individuellen Lohnerhöhungen durch die derzeitige Haushaltsplanung des Regierungsrates werden: Das vom Regierungsrat angekündigte *Sanierungsprogramm San 10* sieht eine Entlastung des Staatshaushaltes im Jahr 2011 um CHF 275 Mio. und in den beiden folgenden Jahren um CHF 671 Mio. und CHF 762 Mio. vor. Im Rahmen dieser Sparmassnahmen ist auch eine Begrenzung des Wachstums der Lohnsumme vorgesehen, sodass der Teuerungsausgleich für 2012 von 1,5% aus der Planung genommen wurde. Zudem verzichtete der Regierungsrat auf die Erhöhung der Einmalzulagen im Jahr 2012 um 0,2% sowie auf die individuellen Lohnerhöhungen, welche die Lohnsumme erhöhen würden. Dennoch bliebe dank der Rotationsgewinne (0,4% der Lohnsumme) und der Einmalzulagen im bisherigen Mass (0,2%) Spielraum für die leistungsorientierte Entlohnung, wenn auch ein stark verkleinerter.³⁰⁴ Dieses Sanierungsprogramm ist jedoch auf harsche Kritik der Personalverbände gestossen: Übereinstimmend wurden die vorgesehenen Lohnnullrunden als inakzeptabel taxiert. Moniert wurde, dass der Verzicht auf den Teuerungsausgleich und auf die individuellen Lohnerhöhungen einer verdeckten Lohnkürzung von 3% für das Jahr 2011 und von 4% für 2012 gleichkämen.³⁰⁵

Neben dem Verwaltungspersonal sollen auch die *Lehrpersonen* ein modernes Lohnsystem erhalten: Vorgesehen ist eine Teilrevision des Lohnsystems für Lehrpersonen, welche eine voraussehbare Lohnentwicklung garantieren soll. So werden die Lohnstufen, bei welchen eine automatische Lohnerhöhung erfolgt, auf der Lohn Tabelle verbindlich festgelegt. Weiter werden die bisherigen Einstiegsstufen aufgehoben, wodurch der Anfangslohn erhöht wird. Die Finanzierung der durch den Kanton garantierten Lohnentwicklung soll mittels Rotationsgewinnen, welche durch die Lohndifferenz zwischen Altersrücktritten und Neueintretenden entstehen, erfolgen. Ziel der Teilrevision ist, dass Lehrpersonen im Laufe ihres Berufslebens dank automatisiertem Stufenanstieg und individuellen Lohnerhöhungen das Lohnmaximum erreichen können. Vorgesehen ist die Einführung des neuen Lohnsystems auf den 1. Januar 2011. Ausserordentliche Stufenanstiege sollen bedingt durch die angespannte Situation des Finanzhaushaltes jedoch erst ab dem 1. Januar 2012 gewährt werden können.³⁰⁶

7. Ausländische Arbeitnehmer

a. Ausländerstatistik

Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr mit der EU wirkt sich prägend auf die Zusammensetzung der ausländischen

³⁰⁴ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 29. März 2010.

³⁰⁵ NZZ vom 29. März 2010.

³⁰⁶ Medienmitteilung des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 20. Mai 2010.

Wohnbevölkerung aus. Als solche erfasst werden gemäss dem *Zentralen Migration-Informationssystem (ZEMIS)* alle ausländischen Staatsangehörigen, die während mindestens einem Jahr in der Schweiz wohnhaft sind und über eine Bewilligung für den Aufenthalt, die Niederlassung oder den über 12-monatigen Kurzaufenthalt besitzen. Nicht in der Ausländerstatistik aufgeführt sind Personen aus dem Asylbereich sowie internationale Funktionäre und Diplomaten mit deren Familien.³⁰⁷

Das ZEMIS zeigt auf, dass Ende April 2010 die *ständige ausländische Wohnbevölkerung* aus EU-27/EFTA-Ländern 1 076 540 Personen umfasste, was einer Zunahme um 3,3% (+34 613 Personen) gegenüber dem Vorjahresmonat entspricht. Gleichwohl stieg der Bestand bei den EU-27/EFTA-Angehörigen weniger stark an als im Vorjahr (+5,4%), was primär auf die sich abschwächende Konjunktur zurückzuführen ist. Die Zahl der ausländischen Staatsangehörigen aus Nicht-EU-Staaten nahm im selben Zeitraum um nur 0,4% (+2731) zu. Diese Entwicklung entspricht der Zuwanderungspolitik des Bundesrates und dem Zulassungssystem im neuen Ausländergesetz, wonach aus Nicht-EU-Staaten nur noch besonders qualifizierte Erwerbstätige rekrutiert werden. Gesamthaft lebten Ende April 2010 1 692 568 Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz.³⁰⁸

Am stärksten angestiegen ist vom 1. Mai 2009 bis zum 30. April 2010 die Zahl der Staatsangehörigen aus Kosovo (+33 038), Deutschland (+14 470), Portugal (+8131), Frankreich (+4548) und Grossbritannien (+2110). Die Zunahme der kosovarischen Staatsangehörigen ist primär darauf zurückzuführen, dass Kosovo seit dem 17. Februar 2008 ein unabhängiger Staat ist und sich in der Folge viele in der Schweiz ansässige Kosovaren neu unter der kosovarischen Staatsbürgerschaft (ehemals serbische Staatsangehörige) eintragen liessen. Rückläufig ist somit spiegelbildlich die Bevölkerungszahl von Staatsangehörigen aus Serbien (−36 810) sowie unabhängig davon aus Bosnien-Herzegowina (−1644), Sri Lanka (−1388), Kroatien (−1166) und Italien (−1125), was weitgehend dem Trend der letzten Jahre entspricht.³⁰⁹

Die Ergebnisse der *Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) 2009* des Bundesamtes für Statistik illustrieren den *Anteil ausländischer Staatsangehöriger auf dem Arbeitsmarkt*: So waren in der Schweiz im 2. Quartal 2009 974 000 Personen ausländischer Nationalität mit Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung und ständigem Aufenthalt in der Schweiz erwerbstätig. Dies entspricht im Vergleich zum Vorjahr einem relativ starken Anstieg um 5%. Hinzu kamen 282 000 ausländische Staatsangehörige (davon sind 93% Personen mit Grenzgänger- oder Kurzaufenthalterbewilligungen), die in der Schweiz arbeiteten, aber nicht Teil der ständigen Wohnbevölkerung waren. Diese Gruppe von Ausländern hat im

³⁰⁷ Medienmitteilung des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 8. Juni 2010.

³⁰⁸ Vgl. ebd.

³⁰⁹ Vgl. ebd.

Vergleich zu 2008 leicht abgenommen (-1,4%). Eine deutliche Zunahme ist bei den Erwerbstätigen deutscher, französischer und portugiesischer Nationalität festzustellen. Im Hinblick auf die Erwerbslosenquote wird deutlich, dass ausländische Staatsangehörige mit einer Quote von 7,2% nicht nur doppelt so häufig von Arbeitslosigkeit betroffen waren wie Schweizerinnen und Schweizer (Quote von 3,1% im 2. Quartal 2009), sondern zudem auch häufiger als langzeitarbeitslos galten.³¹⁰

Aus der *EU-27/EFTA* sind 2009 von den 90 215 eingewanderten Personen rund 62,7% (56 539) zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit immigriert. Staatsangehörige aus der *EU-17/EFTA*, die von der vollen Personenfreizügigkeit profitieren, arbeiteten vorwiegend im Dienstleistungssektor (76,0%). Rund 22,2% der Einwanderung der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung aus den alten EU-Staaten erfolgten in den Industrie- und Handwerkssektor, rund 1,8% in die Landwirtschaft. Ein ähnliches Bild präsentiert sich bei der aus der *EU-8* eingewanderten ständigen ausländischen Wohnbevölkerung. Bei den Angehörigen der aus Rumänien und Bulgarien (*EU-2*) zugewanderten Erwerbstätigen, die seit dem 1. Juni 2009 von den Freizügigkeitsbestimmungen profitieren, ist ein überwiegender Teil im Dienstleistungssektor tätig (84,3%), rund 11,4% der Einwanderung erfolgten in den Industrie- und Handelssektor und nur rund 4,3% in die Landwirtschaft.³¹¹

Die *Zahlen des Beschäftigungsbarometers für das 1. Quartal 2010* weisen gegenüber dem Vorjahresquartal einen Anstieg der ausländischen Erwerbstätigen um 1,3% (auf total 1,246 Mio.) auf, während die Zahl der Schweizer Erwerbstätigen leicht zurückging (-0,1% auf total 3,289 Mio.). Bei den Ausländerinnen und Ausländern variierte die Entwicklung je nach Aufenthaltsbewilligung: Die Zahl der Erwerbstätigen mit Aufenthaltsbewilligung (+5,0%), die Zahl der Grenzgängerinnen und Grenzgänger (+2,0%) und die Zahl der Erwerbstätigen mit einer Niederlassungsbewilligung (+0,2%) nahmen zu, während die Zahl der Erwerbstätigen mit Kurzaufenthaltsbewilligung (-9,5%) und die Zahl der Erwerbstätigen der Kategorie «andere Ausländerinnen und Ausländer» (-12%) zurückgingen.³¹²

b. Fremdarbeiterregelung

Die Schweiz kennt bei der *Zulassung von ausländischen Arbeitskräften* ein duales System. Erwerbstätige aller Qualifikationsstufen aus den *EU-/EFTA*-Staaten erhalten durch das *Personenfreizügigkeitsabkommen* einfachen Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt. Aus allen anderen Staaten (sogenannte Drittstaaten) werden gemäss Auftrag des Bundesrates in beschränktem Ausmass lediglich gut qualifizierte Arbeitskräfte zugelas-

³¹⁰ Medienmitteilung des BFS vom 21. Januar 2010.

³¹¹ Migrationsbericht 2009 des BFM vom Juni 2010, S. 15.

³¹² Medienmitteilung des BFS vom 27. Mai 2010.

sen. Die diesbezüglichen Zulassungskriterien sind im *Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (AuG)* und in der *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)* aufgeführt.³¹³

Die Vergabe von Kurzarbeitsbewilligungen (L) und Aufenthaltsbewilligungen (B) ist im Zeitraum vom 1. Juni 2009 bis Ende April 2010 um 9,4% bzw. 21,4% gegenüber dem Vorjahr zurückgegangen. Da sich die Lage auf dem Arbeitsmarkt besser entwickelt hat als erwartet und sich folglich keine Beschränkung der Zuwanderung aufdrängte, verzichtete der Bundesrat auf die Anrufung der *Ventilklausel des Freizügigkeitsabkommens (FZA)* gegenüber Staatsangehörigen aus den alten EU-Staaten per 1. Juni 2010, welche es ihm erlaubt hätte, für einen befristeten Zeitraum einseitig Kontingente einzuführen.³¹⁴

Demgegenüber legt der Bundesrat bei der Vergabe von Aufenthalts- und Kurzaufenthaltsbewilligungen an Arbeitskräfte aus *Nicht-EU-/EFTA-Staaten* im Rahmen seiner Kompetenzen *Kontingente* fest. Aufgrund der ungünstigen Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage entschied der Bundesrat im Dezember 2009, für das Jahr 2010 nur halb so grosse Kontingente wie für 2009, nämlich maximal 2000 B- und 3500 L-Bewilligungen, freizugeben und über weitere Kontingente für die zweite Jahreshälfte zu einem späteren Zeitpunkt zu befinden. Da die Konjunkturprognosen in der Zwischenzeit deutlich besser ausgefallen waren als erwartet und nach wie vor ein hoher Bedarf an gut qualifizierten Spezialistinnen und Spezialisten, welche die Schweizer Wirtschaft weder im Inland noch in der EU/EFTA rekrutieren konnte, bestand, hat der Bund per 1. Juli 2010 weitere 1000 Aufenthalts- und zusätzliche 4500 Kurzaufenthaltsbewilligungen freigegeben. Die Gesamtzahl der Kontingente 2010 entspricht somit derjenigen des Vorjahres, wobei eine Verschiebung der Akzente zugunsten der kurz- und mittelfristigen Arbeitsaufenthalte vorgenommen worden ist.³¹⁵

Im Rahmen einer Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländer und Ausländerinnen (AuG) lockerte die Bundesversammlung mittels Beschluss die *Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern mit Schweizer Hochschulabschluss* zum Arbeitsmarkt dahingehend, dass das Prinzip des Inländervorranges bei der Berücksichtigung von Arbeitnehmenden nicht zu beachten ist, falls deren Erwerbstätigkeit von hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist. Weiter sollen diese Personen für eine Dauer von sechs Monaten nach dem Abschluss ihrer Aus- und Weiterbildung vorläufig zugelassen werden, um eine entsprechende Erwerbstätigkeit

³¹³ Vgl. Grundlagen zur Arbeitsmarktzulassung von ausländischen Personen, BFM, Stand am 2. März 2010, eingesehen unter: www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/themen/arbeit/nicht-eu_efta-angehoerige/grundlagen_zur_arbeitsmarktzulassung.html

³¹⁴ Medienmitteilung des EJPD vom 26. Mai 2010.

³¹⁵ Medienmitteilung des BFM vom 4. Dezember 2009 sowie Medienmitteilung des EDI vom 28. April 2010.

zu finden. Der Ablauf der Referendumsfrist für diese Neuerung wurde auf den 7. Oktober 2010 festgesetzt.³¹⁶

Weiter beschloss der Bundesrat einige Anpassungen in der *Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)*. Künftig darf insbesondere die Ausbildungsdauer in der Schweiz für Personen aus Drittstaaten acht Jahre übersteigen, falls diese einer zielgerichteten Aus- und Weiterbildung dient. Ferner erfolgte eine Anpassung betreffend die Schengen-Kompatibilität in der *Verordnung über die Einreise und Visumerteilung (VEV)*.³¹⁷

Zudem hat der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren zur *Teilrevision der VZAE* eröffnet. Ziel der Revision ist die Aufteilung der Kontingente für Personen aus EU/EFTA-Staaten, die als Dienstleistungserbringer über 90 bzw. 120 Tage in der Schweiz tätig sind, und für Personen aus Drittstaaten. Denn momentan werden die jährlichen Höchstzahlen für Drittstaatenangehörige und für EU/EFTA-Dienstleistungserbringer über 90 Tage im gleichen Kontingent festgesetzt. Weiter soll die VZAE dahingehend geändert werden, dass der unberechtigte oder missbräuchliche Bezug von Sozialleistungen durch EU/EFTA-Angehörige gemeldet werden kann.³¹⁸

8. Zusammenstellung der Normalarbeitsverträge

Stand: 1. Juli 2010

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
Bund	NAV für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985/1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	NAV für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971/ 24. Januar 1973	SR 221.215.328.1
	NAV für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971/1. Januar 1972	SR 221.215.328.4
	NAV über die Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966/24. Januar 1973	SR 221.215.328.6

³¹⁶ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Erleichterte Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern mit Schweizer Hochschulabschluss, Änderung vom 18. Juni 2010 (AS 2010 4261).

³¹⁷ Medienmitteilung des EJPD vom 4. Dezember 2009.

³¹⁸ Medienmitteilung des EJPD vom 30. Juni 2010.

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	NAV für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984/1. Februar 1984	SR 221.215.329.2
	NAV für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979/ 1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
AG	NAV über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004/1. Januar 2007	SAR 963.372
	NAV für Hauspersonal vom 19. November 2008/ 1. Januar 2009	SAR 963.374
AI	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000/16. August 2004	SGS 821.001
AR	NAV für Betriebs- und Hausangestellte in der Landwirtschaft vom 16. Dezember 2008/ 1. Januar 2009	SGS 926.1
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986/1. Januar 1987	SGS 222.217
BE	NAV für die Landwirtschaft vom 24. Oktober 2007/1. Januar 2009	BSG 222.153.21
	NAV für den Hausdienst vom 25. April 2007/ 1. Januar 2009	BSG 222.153.22
	NAV für den Detailhandel vom 15. November 2006/1. Januar 2009	BSG 222.153.23
BL	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986/1. Januar 2007	SGS 212.31
	NAV für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998/ 1. Januar 2007	SGS 212.34
BS	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 15. Juni 1993/1. Januar 1998	SG 215.600
	NAV für Hauspersonal vom 20. November 1990/ 1. Januar 2009	SG 215.700
FR	NAV für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989/1. Mai 2009	SGS 222.5.91

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	NAV für die Landwirtschaft vom 26. September 1988/1. Januar 2007	SGS 222.5.92
GE	CTT pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 1 ^{er} juillet 2004/1 ^{er} janvier 2010	J 1 50.03
	CTT réglant les conditions de travail entre les employeurs agricoles du canton de Genève et les travailleurs agricoles du 1 ^{er} mars 2000/1 ^{er} janvier 2010	J 1 50.09
	CTT pour la floriculture du 7 mars 2000/1 ^{er} janvier 2010	J 1 50.10
	CTT pour les travailleurs au pair de 18 à 30 ans du 18 janvier 2000/1 ^{er} janvier 2010	J 1 50.12
	CTT pour les jeunes gens au pair mineurs du 18 janvier 2000/1 ^{er} janvier 2010	J 1 50.15
GL	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988/1. Januar 1988	SGS VIII C/12/3
	NAV für männliche und weibliche Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972/7. Mai 2006	SGS IX D/7/1
GR	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987/1. Januar 2008	SGS 535.200
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 27. Oktober 1998/1. Juli 2009	SGS 535.230
	NAV für das Alp- und Hirtenschaftspersonal vom 27. Oktober 1998/1. Dezember 1998	SGS 535.250
JU	CTT pour les travailleurs agricoles et le service de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995/21 avril 2009	SGS 222.153.21
	CTT pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978/1 ^{er} janvier 1979	SGS 222.153.22
	CTT pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006/1 ^{er} juillet 2006	SGS 222.153.23

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
LU	NAV für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990/1. Februar 1990	SRL Nr. 854
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000/1. Januar 2007	SRL Nr. 854a
NE	CTT pour le service de maison du 5 mai 1988/ 5 mai 1988	RSN 225.42
	CTT pour l'agriculture du 27 novembre 2002/ 24 mai 2006	RSN 225.43
	CTT du personnel de vente dans le commerce de détail du 13 mars 1991/1 ^{er} septembre 2009	RSN 225.44
	CTT pour des jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991/1 ^{er} janvier 1992	RSN 225.45
	CTT pour le personnel forestier du 14 octobre 2009/1 ^{er} janvier 2010	RSN 225.46
NW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985/1. Juli 1985	LGS 223.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 14. April 1997/1. Juli 1997	LGS 223.2
OW	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973/15. Februar 1997	GDB 844.1
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 13. Mai 2008/1. Juni 2008	GDB 844.2
SG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986/1. Mai 1986	SGS 513.1
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003/1. März 2004	SGS 513.2
	NAV für das Gastgewerbe vom 20. Dezember 1988/4. Januar 1989	SGS 513.3
SH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993/1. April 1993	SHR 221.216

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 7. Januar 1986/1. Februar 1986	SHR 221.217
SO	NAV für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986/1. April 1986	BGS 821.321
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972/28. Februar 1997	BGS 821.322
SZ	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997/1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	NAV für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001/1. Juli 2001	SRSZ 217.112
TG	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 6. Juli 1999/1. August 1999	RB 221.252
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 28. März 2006/1. April 2006	RB 221.253
TI	CNL di lavoro per gli operatori dei Call Centers del 25 agosto 2009	FU N. 68/2009 vom 28. August 2009
	CNL per il personale domestico del 22 dicembre 1989/29 dicembre 2009	Foglio ufficiale (FU) N. 103/2009 vom 29. Dezember 2009
	CNL per il personale dell'agricoltura del 18 dicembre 1990/1° gennaio 2010	FU N. 103/2009 vom 29. Dezember 2009
	CNL per i giovani alla pari del 16 febbraio 1995/ 1° gennaio 2010	FU N. 103/2009 vom 29. Dezember 2009
	CNL di lavoro per gli operatori dei Call Centers – Adeguamenti 2010 del 15 gennaio 2010	FU N. 4/2010 vom 15. Januar 2010
	CNL di lavoro per i saloni di bellezza del 24 marzo 2010	FU N. 9/2010 vom 2. Februar 2010
	CNL per il personale di vendita al dettaglio del 1° settembre 2001/1° gennaio 2010	FU N. 11/2010 vom 9. Februar 2010
UR	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. September 1988/1. Februar 2007	SGS IV-20.1311

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	NAV für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973/1. Mai 1998	SGS IV-20.1321
VD	CTT pour chefs-vignerons du 30 mai 1986/ 1 ^{er} novembre 1985	RSV 222.53.1
	CTT de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux du 27 juillet 1994/ 1 ^{er} novembre 1994	RSV 222.53.2
	CTT de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle du 27 juillet 1994/ 1 ^{er} novembre 1994	RSV 222.53.3
	CTT pour l'agriculture du 3 avril 2000/ 1 ^{er} janvier 2009	RSV 222.55.1
	CTT pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006/1 ^{er} mars 2006	RSV 222.105.1
VS	NAV für das Personal der Autotransportunterneh- mungen (Sachentransporte und Erdbewegungs- arbeiten) vom 1. Januar 1993/13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010
	NAV für die Landwirtschaft vom 16. Juni 1989/ 13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 12 vom 26. März 2010
	NAV für das Personal der Ingenieur-, Archi- tektur- und anderen Planungsbüros vom 15. September 1982/13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010
	NAV für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972/ 13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010
	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992/13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010
	NAV für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993/13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010
	NAV für das Personal der Luftseilbahnen, Sessel- bahnen, Skilifte und ähnlicher Betriebe vom 18. November 1987/13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle in den Gesetzes- sammlungen
	NAV für das im Verkauf beschäftigte Personal des Detailhandels vom 10. Juli 1985/13. Januar 2010	Amtsblatt Nr. 03 vom 13. Januar 2010
	NAV für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 21. Januar 2009	Amtsblatt Nr. 11 vom 13. März 2009
ZG	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002/1. Januar 2008	BGS 831.51
	NAV Privathaushalt vom 18. Dezember 1984/1. Januar 2008	BGS 831.52
ZH	NAV für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 29. Mai 1991/1. Januar 2007	LS 821.12
	NAV für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 2. März 2005/1. Januar 2007	LS 821.13

IV. Kollektives Arbeitsrecht

1. Sozialpartnerschaft

Der *Schweizerische Gewerkschaftsbund (SGB)*, die grösste gewerkschaftliche Dachorganisation der Schweiz, zählte Ende 2009 377 327 Mitglieder. Der SGB verfügte damit über 8901 mehr Mitglieder im Vergleich zum Vorjahr, was einem Zuwachs von 2,4% entspricht. Ein grosser Teil des Wachstums ist durch die Assoziierung der Genfer Gewerkschaft *Syndicat interprofessionnel de travailleurs et travailleuses (SIT)* bedingt, wodurch rund 45 000 Mitglieder vor allem aus den Bereichen Banken, Bundesverwaltung, Sozialwesen, Kultur und Ausbildung zum SGB gestossen sind. Gleichzeitig konnten letztes Jahr sieben Verbände (die Gewerkschaft *Unia*, der *Verband des Personals öffentlicher Dienste [VPOD]*, die *Professionelle Soziale Arbeit Schweiz [AvenirSocial]*, das *Schweizer Syndikat Medienschaffender [SSM]*, der *Schweizerische Musikerverband [SMV]*, der *Schweizerische Bühnenkünstlerverband [SBKV]* und die *Gewerkschaft der Vereinten Nationen [New Wood Staff Union]*) bei den Mitgliederbeständen zulegen. Die *Unia* als die grösste Gewerkschaft der Schweiz konnte zum ersten Mal seit ihrer Gründung vor vier Jahren die Mitgliederzahl leicht steigern. Bei den übrigen Gewerkschaften konnten die meisten den Mitgliederrückgang gegenüber dem Vorjahr zumindest abmildern. Diese Ent-

wicklung ist für die Gewerkschaften besonders erfreulich, denn in den vergangenen Krisen hatten sie infolge Stellenabbau und mangelnder stabiler Berufsorientierung jeweils mehr Austritte als Eintritte zu verzeichnen.³¹⁹

Erstmals in seiner Geschichte umfasste der SGB Ende 2009 über 100 000 Frauen. Diese Entwicklung widerspiegelt nicht nur die höhere Erwerbsquote der Frauen, sondern ist gleichzeitig Ausdruck eines langjährigen gewerkschaftlichen Aufbaus und einer hohen Gewichtung der Gleichstellungsanliegen, wie Lohngleichheit oder Vereinbarkeit von Beruf und Familie.³²⁰

An seiner Jahresmedienkonferenz Anfang 2010 hat der SGB seine *Agenda für das Jahr 2010* präsentiert. Im Zentrum seiner Arbeit steht für den SGB der Kampf gegen die Arbeitslosigkeit und für die Sozialversicherungen.³²¹

In Bezug auf Letztere wird gleich an mehreren Fronten agiert: So hat sich der SGB gegen die Senkung des BVG-Umwandlungssatzes eingesetzt und engagiert sich gegen den Abbau der Leistungen der Arbeitslosenversicherung (ALV), gegen die 11. AHV-, die 5. IV-Revision sowie gegen die Neugestaltung des Unfallversicherungsgesetzes (UVG). Durchsetzen will der SGB diese Ziele hauptsächlich mit dem Ergreifen von Referenden. Dieses Vorgehen hat er bereits mit dem Referendum gegen die Senkung des Umwandlungssatzes in der beruflichen Vorsorge, welche im März 2010 zur Abstimmung gekommen ist, manifestiert³²² sowie aktuell auch mit demjenigen gegen die 4. AVIG-Revision.³²³

Allem voran will er aber u.a. mit einer per Dringlichkeitsrecht eingeführten *Bonus-Steuer von 50 Prozent* die Kaufkraft der Bevölkerung stabilisieren. Mit dieser Massnahme sollen rund CHF 2 Mrd. generiert werden, die an Haushalte mit tiefen und mittleren Einkommen ausgeschüttet werden könnten. Als Vorbild dienen dem SGB Grossbritannien und Frankreich, wo eine solche Bonus-Steuer ebenfalls geplant ist.³²⁴

Neben einem *Investitionsprogramm* und einer *Erhöhung der ALV-Taggelder auf 520 Tage* fordert der SGB überdies eine *Bildungsoffensive*: Durch entsprechende Massnahmen im Bildungsbereich soll nicht nur der Fachkräftemangel entschärft, sondern auch die Chancen für die Weiterbildung von älteren Arbeitnehmenden erhöht werden. Weiter steht die *Schweizerische Nationalbank (SNB)* im Visier des SGB.³²⁵

³¹⁹ Medienmitteilung des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes (SGB) vom 11. März 2010.

³²⁰ Vgl. ebd.

³²¹ NZZ vom 5. Januar 2010.

³²² Vgl. ebd.

³²³ Pressemitteilung des SGB vom 19. März 2010.

³²⁴ NZZ vom 5. Januar 2010.

³²⁵ Vgl. ebd.

Noch immer halten der SGB und die Unia an ihrer Forderung nach einem *besseren Schutz gegen gewerkschaftsfeindliche Kündigungen* fest. Mittels eines offenen Briefes an den Bundesrat, welcher vom SGB und von der Unia gemeinsam mit 200 Vertretern von Betriebskommissionen Ende Februar 2010 unterzeichnet worden war, wurde erneut der wirksame Schutz gegen missbräuchliche Kündigung sowie eine rechtliche Grundlage zur Möglichkeit der Aufhebung von missbräuchlichen Entlassungen von Personalvertretungen gefordert. Zuvor hatte der SGB die Schweiz bereits im Jahr 2003 bei der IAO auf Grundlage des *IAO-Protokolls Nr. 98* verklagt, worauf die Schweiz von der IOA zwar gerügt worden war, sich aber nicht zu einer Gesetzesänderung bewegen liess.³²⁶ In der Folge führten Vertreter der Gewerkschaften Gespräche mit den zuständigen Bundesrätinnen sowie deren Departementen und einigten sich darauf, die Frage nach einem verbesserten Kündigungsschutz im Rahmen der Whistleblowing-Gesetzgebung zu traktandieren. Die entsprechende Vernehmlassung wird voraussichtlich Mitte 2010 beginnen. Aus diesem Grund haben die Gewerkschaften Hand geboten, während dieser Zeit die Behandlung der Klage vor den IAO-Instanzen einzufrieren.³²⁷ Für 2010 ist die Schweiz aufgefordert, der IAO über die Anwendung von Abkommen 98 Bericht zu erstatten. Gegebenenfalls ist eine Diskussion des Falles an der Internationalen Arbeitskonferenz 2011 möglich.³²⁸

Seit der Kampagne *«Keine Löhne unter CHF 3000.–»*, die 1999 lanciert worden ist, bearbeiten der SGB und seine Verbände das Thema *Mindestlöhne* intensiv. Im Frühling 2009 liess der SGB durch eine Expertengruppe prüfen, ob eine diesbezügliche Volksinitiative angezeigt sei. Daraufhin sprachen sich auch die Delegierten des SGB klar für den Grundsatzentscheid zur Lancierung einer *Mindestlohn-Initiative* aus. Der Inhalt einer solchen Initiative zielt primär auf die Schaffung von Gesamtarbeitsverträgen, die Mindestlohnbestimmungen enthalten, ab. Subsidiär dazu wird ein allgemeiner Mindestlohn festgelegt.³²⁹ Im Detail wird die Schaffung eines neuen Verfassungsartikels (Artikel 110a BV neu) angestrebt, welcher Bund und Kantone beauftragt, Massnahmen zum Schutz der Löhne zu treffen. Weiter wird der allgemeine Mindestlohn zu CHF 22.– pro Stunde unter Anpassung an die Lohn- und Teuerungsentwicklung festgelegt, wobei der Bund die Möglichkeit zu Ausnahmen schaffen kann.³³⁰ Die SGB-Delegierten haben im Mai 2010 einstimmig den Verfassungstext der Mindestlohn-Initiative verabschiedet.³³¹

³²⁶ Medienmitteilung des SGB vom 26. Februar 2010.

³²⁷ Vgl. ebd.

³²⁸ SCHWAAB JEAN CHRISTOPHE (SGB-Zentralsekretär), Chronologie der SGB-Klage vor dem IAO-Ausschuss für Gewerkschaftsfreiheit vom 8. Februar 2010.

³²⁹ Pressemitteilung des SGB vom 14. Oktober 2009.

³³⁰ Point de Presse des SGB vom 28. April 2010.

³³¹ Pressemitteilung des SGB vom 17. Mai 2010.

Im *Bausektor* verlangt das Bauarbeiterparlament der Unia für das Jahr 2011 eine generelle Lohnerhöhung von CHF 150.– für alle Bauarbeiter. Begründet wird das Anliegen mit der nach wie vor guten wirtschaftlichen Situation auf dem Bau und der weiteren Verbesserung der Produktivität. In der geforderten Lohnerhöhung eingeschlossen sind der Teuerungsausgleich, ein Beitrag an die steigenden Krankenkassenprämien und eine Realloohnerhöhung. Geplant ist eine breit angelegte Kampagne auf den Baustellen, um den beschlossenen Lohnforderungen Nachdruck zu verleihen. Im Hinblick auf die Erneuerung des Landesmantelvertrages im Jahr 2011 werden derzeit die Bauarbeiter auf den Baustellen zu den meistgenannten Forderungen befragt.³³²

2. Arbeitskämpfe

Zu Arbeitsniederlegungen im Rahmen eines Arbeitskampfes kam es in dieser Berichtsperiode des JAR in *zwei Branchen*:

Im Raum Zürich protestierten Ende August 2009 etwa 60 *Zeitungsverträgerinnen und -verträger der Zustellorganisation ZUVO AG* mit einer Streikaktion gegen Lohnsenkungen bis zu 20%. Zur Protestversammlung im Zürcher Volkshaus und dem Warnstreik hatten die Mediengewerkschaften Comedia und Kommunikation aufgerufen. Diese forderten die Geschäftsleitung der ZUVO AG auf, die im März 2009 angekündigten Lohnsenkungen zurückzunehmen und mit den beiden Gewerkschaften ernsthafte Verhandlungen aufzunehmen.³³³ Allerdings hielt die Geschäftsleitung an den Lohnsenkungen fest, worauf zwei weitere Streiks in St. Gallen und Zürich folgten.³³⁴ Die rund 150 bis 200 Angestellten, die an den Streiks im August und September teilgenommen hatten, erhielten von der ZUVO AG eine schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung, worauf die Gewerkschaften deren Rücknahme forderten, andernfalls gerichtliche Schritte eingeleitet würden. Die ZUVO AG berief sich im Gegenzug darauf, dass mit der Arbeitnehmervertretung eine Vereinbarung über einmalige Ausgleichszahlungen getroffen wurde, die für alle Angestellten bindend gewesen sei.³³⁵

Ein zweiter Streik erfolgte Anfang 2010 am *Flughafen Genf-Cointrin*. Während rund zehn Tagen traten die Mitarbeitenden der *Bodenabfertigungsfirma Swissport* in den Streik und forderten einen GAV, der ihnen bessere Arbeitsbedingungen gewährte. Unter ihren Forderungen waren höhere Entschädigungen für unregelmässige Arbeit, Abschaffung der Abzüge

³³² Medienmitteilung der Unia vom 20. Juni 2010.

³³³ NZZ vom 26. August 2009.

³³⁴ NZZ vom 17. September 2009.

³³⁵ THURGAUER ZEITUNG vom 22. September 2009.

im Krankheitsfall und höhere Löhne. Anfänglich beteiligte sich auch das Personal der *Dnata* an der Streikaktion, da es aber bereits nach einem halben Tag seine Forderungen nach einer Lohnerhöhung, einer besseren Entschädigung der Nachtarbeit sowie die Aufnahme von Verhandlungen für einen GAV durchsetzen konnte, streikten in der Folge nur die Angestellten von *Swissport* weiter. Um den Flugbetrieb weiter aufrechterhalten zu können, waren vom Flughafen Zürich Feuerwehrleute und später Mitarbeiter von *Swissport* aus Basel und Zürich auf den Genfer Flughafen beordert worden.³³⁶ Schliesslich konnten die Sozialpartner unter der Leitung des Regierungspräsidenten FRANÇOIS LONGCHAMP eine Vereinbarung erzielen, die praktisch alle Forderungen der Streikenden zumindest teilweise erfüllte.³³⁷

3. Gesamtarbeitsvertragsrecht

Für das Jahr 2009 wurden im Rahmen von knapp drei Vierteln der wichtigsten Gesamtarbeitsverträge (GAV) *Lohnverhandlungen* geführt. Von diesen Verhandlungen betroffen waren rund 80% aller Arbeitnehmenden, die diesen GAV unterstellt sind. Dies bedeutet, dass die Löhne von über 1,1 Mio. Beschäftigten in Kollektivverhandlungen festgelegt wurden, was die höchste Zahl seit Beginn der statistischen Erfassung der Lohnvereinbarungen im Jahre 1993 ist. Indessen scheiterten im Rahmen von drei GAV die Lohnverhandlungen, wovon 6600 Arbeitnehmende betroffen waren.³³⁸

Folgende *Arten von Lohnvereinbarungen* sind zu unterscheiden: Im Rahmen von einigen GAV wurden nur die Mindestlöhne angepasst, bei gewissen Verbandsverträgen kam zur Anpassung der Mindestlöhne eine Anpassung der Effektivlöhne hinzu, welche allerdings auf Unternehmensebene zwischen dem jeweiligen Unternehmen und einem oder mehreren Personalvertreter ausgehandelt wurde. Bei anderen GAV entsprach die Anpassung der Tariflöhne, die einheitlich auf die gesamte Lohntabelle angewandt wurde, der Anpassung der kollektiv ausgehandelten Effektivlöhne. Bei 64% der GAV betrafen die Lohnvereinbarungen von 2009 sowohl die Effektiv- als auch die Mindestlöhne. Im Rahmen der GAV, bei denen Lohnverhandlungen geführt worden waren, kamen 50% der Personen in den Genuss einer Effektivlohnvereinbarung. Der Anteil der GAV-Unter-

³³⁶ NZZ vom 2. Januar 2010 und vom 9. Januar 2010.

³³⁷ NZZ vom 12. Januar 2010.

³³⁸ Publikation des BFS vom 25. Februar 2010, Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2009, S. 9.

stellten, die von einer Vereinbarung bezüglich den Mindestlöhnen betroffen waren, betrug 92%.³³⁹

Im Rahmen der 56 wichtigsten GAV, also der GAV mit mindestens 1500 unterstellten Personen, wurden im Jahr 2009 Verhandlungen über die *Effektivlöhne* geführt, von welchen 583 500 Personen betroffen waren. Von diesen konnten 572 200 Personen von Lohnabschlüssen profitieren, aus denen eine mittlere Erhöhung der Effektivlöhne von 2,6% hervorging.³⁴⁰

Die in den GAV festgelegten *Tarif- oder Mindestlöhne* sind sehr unterschiedlich (bspw. berufsspezifische Einheitslöhne, Einstiegsgehälter nach Lehrabschluss, Lohnstabellen nach Funktion und Erfahrungsjahren) und werden periodisch oder im Rahmen der Neuverhandlung eines GAV angepasst. Die Lohnerhöhungen, die im Verlauf der Verhandlungen über die Mindestlöhne für 2009 vereinbart wurden, betragen im Mittel 3,2%. Diese Verhandlungen wurden im Rahmen von GAV durchgeführt, denen rund 1 Mio. Arbeitnehmende unterstellt waren. Im primären Sektor betrug die Lohnanpassung im Rahmen eines einzigen GAV 0,7%. Im sekundären Sektor betrug die mittlere Erhöhung 2,7% (20 GAV) und im tertiären Sektor 3,4% (39 GAV). Bei den öffentlich-rechtlichen GAV betrug die Erhöhung der Mindestlöhne 2,6%, bei den privaten GAV 3,3%.³⁴¹

Für das *Jahr 2010* haben die unterzeichneten Sozialpartner der wichtigsten GAV eine *nominale Effektivlohnerhöhung* um 0,7% beschlossen. Nach einem regelmässigen Anstieg von 2004 (+1,1%) bis 2009 (+2,9%) erscheint die Erhöhung um 0,7% sehr moderat. Grund dafür dürften die Finanzwirtschaftskrise von 2008 und die Verlangsamung der Wirtschaft 2009 sein. Wird die erwartete Teuerung für das Jahr 2010 (+1,1%) berücksichtigt, dürften die gesamtarbeitsvertraglichen *Reallöhne* in diesem Jahr um 0,4% sinken.³⁴²

Im Rahmen von 57 GAV wurden *Effektivlohnverhandlungen* geführt. Bei neun GAV fasste die Arbeitgeberseite einen einseitigen Beschluss oder gab eine Empfehlung ab. Von den Effektivlohnverhandlungen waren damit noch rund 520 500 Personen betroffen. Bei 21 GAV führten die Verhandlungen zu einer generellen Anpassung, die gleich null oder negativ war. Im sekundären Sektor betrug die Effektivlohnerhöhung 0,4%, im tertiären Sektor 1%.³⁴³

Die *gesamthafte Erhöhung der GAV-Löhne* von 0,7% gliedert sich 2010 in 0,3% generelle und 0,4% individuelle Erhöhungen. Somit sind

³³⁹ Publikation des BFS vom 25. Februar 2010, Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2009, S.10.

³⁴⁰ Publikation des BFS vom 25. Februar 2010, Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2009, S. 10 f.

³⁴¹ Publikation des BFS vom 25. Februar 2010, Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2009, S. 13.

³⁴² Medienmitteilung des BFS vom 25. Juni 2010.

³⁴³ Vgl. ebd.

46% der für Lohnerhöhungen bestimmten Lohnsummen gleichmässig an die betroffenen Personen verteilt worden. Die individuellen Lohnerhöhungen machten im Jahr 2010 zu ersten Mal seit 1999 über die Hälfte (56%) der für Lohnerhöhungen bestimmten Lohnsummen aus. Im sekundären Sektor machten die generellen Lohnerhöhungen 97% und im tertiären Sektor 29% aus.³⁴⁴

Die in den wichtigsten GAV festgelegten *Mindestlöhne* wurden durchschnittlich um 0,7% angehoben, was die schwächste Erhöhung seit 2004 (damals +0,6%) darstellt. Die Sozialpartner haben im Rahmen von 63 GAV Mindestlohnvereinbarungen geführt. Bei einem GAV fasste die Arbeitgeberseite einen einseitigen Beschluss, womit noch rund 822 000 Personen von den Mindestlohnanpassungen betroffen waren. Bei 29 GAV kam es zu keiner oder einer negativen Anpassung. Im primären Sektor stiegen die Mindestlöhne um 0,1%, im sekundären und im tertiären Sektor um je 0,7%. Die stärksten Erhöhungen sind in den Branchen Verlags- und Druckgewerbe (+3,4%), Grosshandel (+2,8%), Herstellung von medizinischen Geräten, Präzisionsinstrumente und Uhren (+2,6%) sowie im Detailhandel (+1,6%) zu verzeichnen. Unverändert blieben die Mindestlöhne dagegen im Baugewerbe, im Gastgewerbe, bei der Herstellung von sonstigen Produkten aus nichtmetallischen Mineralien und im Unterrichtswesen.³⁴⁵

Einen Durchbruch konnten die Sozialpartner im Schweizer *Gastronomiegewerbe* nach zweijährigen Verhandlungen über einen neuen GAV erzielen. Das neue Vertragswerk ist per 1. Januar 2010 in Kraft getreten und schafft für die Arbeitnehmenden zahlreiche Verbesserungen in den Bereichen Aus- und Weiterbildung sowie Arbeitszeit, Lohn und Anwendung des neuen Vertrages. Als zentraler Punkt des GAV wird die Aus- und Weiterbildung durch die mehrheitliche Übernahme der Ausbildungskosten und einer Kompensation des Lohnausfalles von den Sozialpartnern gemeinsam sichergestellt, wodurch die Möglichkeit zur ständigen Weiterbildung gewährleistet wird. Seit 2010 erhalten zudem alle Mitarbeiter im Gastgewerbe fünf Wochen Ferien, und die geleisteten Überstunden müssen effektiver erfasst werden. Die Verbesserungen im Zusammenhang mit der Entlohnung werden aufgrund der Weltwirtschaftskrise erst Anfang 2012 in Kraft treten: Vorgesehen ist die Einführung eines 13. Monatslohnes für alle Angestellten sowie eine Heraufsetzung des Mindestlohnes bei abgeschlossener dreijähriger Berufslehre im Gastgewerbe von CHF 3823.– auf CHF 4100.–. Um die Mehrkosten der Lohnverbesserungen teilweise zu kompensieren, wird ab 2012 ein Einarbeitungsabzug bei der Lohnkategorie für Ungelernte während der ersten sechs Anstellungsmonate eingeführt werden. Die vom SECO erteilte Allgemeinverbindlicherklärung soll dabei

³⁴⁴ Vgl. ebd.

³⁴⁵ Vgl. ebd.

sicherstellen, dass der neue GAV für alle gut 200 000 Arbeitnehmenden und 30 000 Arbeitgebenden im Gastgewerbe verbindlich anwendbar ist.³⁴⁶

Der bereits seit einiger Zeit hängige GAV für das *Coiffeurgewerbe* ist unterdessen vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärt worden und per 1. Juni 2010 in Kraft getreten. Er gilt bis zum 31. Dezember 2012.³⁴⁷

Des Weiteren ist ein Gesuch bezüglich der Allgemeinverbindlicherklärung des GAV der *Temporärbranche* beim SECO hängig. Da der Personalverleih mitunter als ein Hauptinstrument, um die flankierenden Massnahmen gegen Lohn- und Sozialdumping zu unterlaufen, angesehen wird, käme demgemäss einer allfälligen Allgemeinverbindlicherklärung eine grosse Bedeutung zu: So würde der angestrebte GAV-Personalverleih nach einer möglichen Allgemeinverbindlicherklärung zu den grössten GAV der Schweiz gehören, wären ihm doch rund 250 000 Arbeitskräfte unterstellt. Allerdings wird das Genehmigungsverfahren derzeit durch zahlreiche Einsprachen der Sozialpartner blockiert.³⁴⁸

Im *Bauhauptgewerbe* erhalten die rund 100 000 Schweizer Bauarbeiter seit dem 1. Januar 2010 ein Prozent mehr Lohn sowie eine um einen Franken erhöhte Mittagsentschädigung. An den Konferenzen der Gewerkschaften Syna und Unia führten die Mindest- bzw. Basislöhne, die bis zum jetzigen Zeitpunkt in geografisch unterschiedliche Lohnzonen eingeteilt sind, Anlass zu Diskussionen, weshalb diese nach Meinung der Delegierten im Verlaufe des Jahres 2010 vereinheitlicht werden sollen. Zudem stimmten die Syna-Bauarbeiter einem einheitlichen GAV für das Baukader zu, in welchem u.a. verbindliche Mindestlöhne sowie ein fairerer Kündigungsschutz zu verankern sind.³⁴⁹

Der GAV der *SBB* wird nicht wie ursprünglich vorgesehen neu verhandelt, vielmehr strebt die SBB aus unternehmerischen Gründen eine Weiterentwicklung einzelner Teile des bestehenden GAV an. So ist ein Umbau des Lohnsystems vorgesehen, durch welchen die Löhne enger an die Leistung der Mitarbeitenden geknüpft würden. Welche Löhne steigen und welche sinken sollen, ist jedoch noch ungeklärt. Die Gespräche mit den Sozialpartnern sind derzeit im Gange.³⁵⁰

Mittels einer im März im Nationalrat eingereichten Motion wurde der Bundesrat beauftragt, eine Änderung des *Bundesgesetzes über die Allge-*

³⁴⁶ NZZ vom 30. Juni 2009.

³⁴⁷ Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für das schweizerische Coiffeurgewerbe vom 27. April 2010, BBl 2010 2935.

³⁴⁸ 09.4179 (Interpellation) Personenfreizügigkeit und bilaterale Verträge. Allgemeinverbindlichkeitserklärung des GAV in der Temporärbranche, GUSCETTI CAROBBIO, eingereicht am 10. Dezember 2009 sowie Antwort des Bundesrates vom 3. Februar 2010.

³⁴⁹ NZZ vom 7. November 2009.

³⁵⁰ NZZ vom 12. März 2010.

meinverbindlichkeit von Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen (AVEG) zu unterbreiten, wonach der Geltungsbereich von GAV zum Schutze vor Lohndumping in Krisenzeiten ausgedehnt werden könnte. In der Motion vorgesehen wäre eine Regelung gewesen, die eine automatische Allgemeinverbindlicherklärung von GAV vorsähe, sobald in einem Kanton die Arbeitslosigkeit saisonbereinigt während zweier unmittelbar aufeinanderfolgende Semester stiege. Der Bundesrat beantragte in seiner Antwort jedoch die Ablehnung der Motion mit dem Argument, dass in Branchen mit GAV bereits heute die GAV-Bestimmungen über die minimale Entlohnung und Arbeitszeit durch die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung³⁵¹ auf die ganze Branche ausgeweitet werden können. Eine analoge Regelung enthielte auch das Obligationenrecht mittels Erlass von befristeten Normalarbeitsverträgen³⁵² mit Mindestlöhnen, in Branchen, in welchen kein GAV besteht, der allgemeinverbindlich erklärt werden könne. Nach Ansicht des Bundesrates könne missbräuchlichem Verhalten bereits durch die bestehenden Regelungen der erleichterten Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV und des Erlasses eines NAV mit Mindestlöhnen entgegengewirkt werden. Er hielt weiter fest, dass eine automatische Einführung von Mindestlöhnen nicht berücksichtigen würde, ob in einer Branche überhaupt missbräuchliche Lohnunterbietungen vorkommen, und hätte allenfalls bloss Präventivcharakter.³⁵³

4. Vom Bundesrat allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge (Übersicht)

Stand: 1. Juli 2010

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
28.02.2008	GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz (Schreinerei, Gipserei und Malerei, Bodenbeläge)	01.04.2008
23.07.2008	Änderung	01.09.2008
28.05.2009	Änderung	01.06.2009
	Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) gültig bis 31.12.2010	

³⁵¹ Vgl. Art. 1a Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311), in Kraft seit 1. Juni 2004.

³⁵² Vgl. Art. 360a OR (SR 220).

³⁵³ 10.3017 (Motion) Allgemeinverbindlichkeit von Gesamt- und Normalarbeitsverträgen bei steigender Arbeitslosigkeit, VAN SINGER CHRISTIAN, eingereicht am 1. März 2010 sowie Antwort des Bundesrates vom 28. April 2010.

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
09.06.2004	GAV für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP)	01.07.2004
12.10.2005	Änderung	01.11.2005
06.11.2006	Änderung	01.12.2006
17.09.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2013	01.11.2008
20.03.2007	GAV für das Autogewerbe «Ostschweiz» der Kantone St. Gallen, beider Appenzell und Thurgau AVE gültig bis 30.06.2011	01.05.2007
10.11.1998	LMV für das Bauhauptgewerbe	01.01.1999
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
22.09.2008	Änderung	01.10.2008
11.12.2008	Änderung	01.01.2009
07.09.2009	Änderung	01.10.2009
07.12.2009	Änderung	01.01.2010
17.12.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2011	01.01.2010
05.06.2003	GAV für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR)	01.07.2003
26.10.2006	Änderung	01.01.2007
01.11.2007	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.01.2008
10.07.2003	GAV für die schweizerischen Betonwaren-Industrie	01.08.2003
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
30.06.2009	Änderung	01.08.2009
18.05.2010	Änderung.. AVE gültig bis 31.12.2012	01.07.2010
19.06.2006	GAV für das schweizerische Carrosseriegewerbe	01.07.2006
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
29.04.2008	Änderung	01.06.2008
09.03.2009	Änderung	01.04.2009

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
12.04.2010	Änderung AVE gültig bis 30.06.2012	01.05.2010
27.04.2010	GAV für das schweizerische Coiffeurgewerbe AVE gültig bis 31.12.2012	01.06.2010
11.11.2004	GAV im schweizerischen Dach- und Wandgewerbe	01.12.2004
31.05.2007	Änderung	01.07.2007
28.02.2008	Änderung	01.04.2008
21.04.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	01.06.2009
21.04.2009	GAV für das Gewerbe für Decken- und Innenausbau-systeme	01.06.2009
01.09.2009	Änderung	01.10.2009
12.04.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.05.2010
11.11.2004	GAV des schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes	01.01.2005
10.05.2007	Änderung	01.06.2007
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
09.03.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2013	01.05.2009
14.12.2004	GAV für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft	01.01.2005
16.02.2006	Änderung	01.03.2006
24.04.2007	Änderung	01.06.2007
02.06.2008	Änderung	01.07.2008
09.03.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.04.2009
19.11.1998	GAV für das Gastgewerbe	01.01.1999
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
17.12.2007	Änderung	01.01.2008
11.12.2008	Änderung	01.01.2009

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
11.12.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2013	01.01.2010
20.10.2009	GAV in der Schweizerischen Gebäudetechnik- branche AVE gültig bis 30.06.2013	01.01.2010
03.10.2000	GAV für den Geleisebau	01.09.2000
13.08.2007	Änderung	01.09.2007
21.10.2008	Änderung	01.11.2008
16.02.2009	Änderung	01.03.2009
14.01.2010	Änderung	01.02.2010
01.02.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2011	01.03.2010
09.12.1999	GAV für den Gerüstbau	01.01.2000
27.08.2007	Änderung	01.10.2007
20.02.2009	Änderung	01.03.2009
10.03.2009	Änderung	01.04.2009
05.10.2009	Änderung AVE gültig bis 31.03.2011	01.11.2009
30.06.2009	GAV für den flexiblen Altersrücktritt im Gerüst- baugewerbe (GAV FAR Gerüstbau) AVE gültig bis 31.12.2013	01.08.2009
01.10.2007	GAV für das Holzbaugewerbe	01.11.2007
20.02.2009	Änderung	01.04.2009
06.04.2009	Änderung	01.05.2009
09.02.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	01.04.2010
04.03.2008	GAV für das schweizerische Isoliergewerbe	01.04.2008
16.02.2009	Änderung	01.03.2009
26.02.2010	Änderung AVE gültig bis 30.06.2013	01.04.2010

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
10.09.2002	GAV für das Maler- und Gipsergewerbe	01.10.2002
27.08.2007	Änderung	01.10.2007
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
01.09.2009	Änderung	01.10.2009
	AVE gültig bis 30.09.2010	
23.10.2001	Berufliche Weiterbildung im Maler- und Gipsergewerbe	01.01.2002
14.01.2005	Änderung	01.02.2005
19.09.2007	Änderung	01.01.2008
	AVE gültig bis 31.12.2012	
07.08.2002	GAV für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe	01.09.2002
08.03.2007	Änderung	01.04.2007
12.06.2008	Änderung	01.07.2008
23.06.2009	Änderung	01.08.2009
18.05.2010	Änderung	01.07.2010
	AVE gültig bis 30.06.2011	
30.06.2008	Kollektivvertrag für die vorzeitige Pensionierung im schweizerischen Marmor- und Granitgewerbe	01.08.2008
	AVE gültig bis 30.06.2015	
18.08.2006	LGAV für das Metallgewerbe	01.09.2006
28.02.2008	Änderung	01.04.2008
10.03.2009	Änderung	01.04.2009
09.02.2010	Änderung	01.03.2010
22.04.2010	Änderung	01.06.2010
	AVE gültig bis 30.06.2012	
18.02.2002	GAV für das schweizerische Metzgereigewerbe	01.03.2002
23.07.2008	Änderung	01.09.2008
19.03.2009	Änderung	01.05.2009
22.04.2010	Änderung	01.06.2010
	AVE gültig bis 31.12.2011	

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
12.03.1999	GAV für die Schweizerische Möbelindustrie	01.04.1999
04.03.2008	Änderung	01.04.2008
09.03.2009	Änderung	01.04.2009
11.03.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2011	01.04.2010
20.11.2009	GAV für das Plattenlegergewerbe der Gebiete Bern, Zentralschweiz, Zürich und Bezirk Baden des Kantons Aargau AVE gültig bis 31.03.2012	01.01.2010
18.02.2005	GAV für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Baselland	01.04.2005
25.02.2008	Änderung	01.04.2008
21.10.2008	Änderung	01.12.2008
24.08.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	01.10.2009
19.01.2004	GAV für die private Sicherheitsdienstleistungsbranche	01.03.2004
30.08.2007	Änderung	01.10.2007
10.12.2007	Änderung	01.01.2008
30.06.2008	Änderung	01.08.2008
28.10.2008	Änderung	01.01.2009
09.06.2009	Änderung	01.07.2009
12.04.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	01.05.2010
18.06.2004	GAV für die Reinigungsbranche in der Deutschschweiz	01.07.2004
14.03.2007	Änderung	01.04.2007
20.11.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	01.01.2010
26.10.2010	GAV für den Reinigungssektor für die Westschweiz AVE gültig bis 31.12.2013	01.04.2010

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Inkrafttreten
13.03.2006	GAV für das Schreinergerwerbe	01.04.2006
01.05.2007	Änderung	01.06.2007
07.04.2008	Änderung	01.05.2008
03.04.2009	Änderung	01.05.2009
07.12.2009	Änderung	01.01.2010
	AVE gültig bis 31.12.2010	
28.04.2009	GAV für das Schreinergerwerbe (Weiterbildung und Gesundheitsschutz)	01.06.2009
	AVE gültig bis 31.12.2013	
02.05.2002	GAV für die Schweizerische Ziegelindustrie	01.06.2002
08.10.2007	Änderung	01.11.2007
29.04.2008	Änderung	01.06.2008
03.04.2009	Änderung	01.05.2009
12.04.2010	Änderung	01.05.2010
	AVE gültig bis 30.06.2011	
27.04.2004	GAV für die zahntechnischen Laboratorien der Schweiz	01.06.2004
26.10.2006	Änderung	01.01.2007
23.11.2007	Änderung	01.01.2008
16.02.2009	Änderung	01.03.2009
01.03.2010	Änderung	01.04.2010
	AVE gültig bis 31.12.2012	

5. Vom EVD genehmigte kantonale Allgemeinverbindlicherklärungen (Übersicht)

Stand: 1. Juli 2010

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
	Basel-Landschaft	
14.12.2004	GAV für das Ausbaugewerbe	03.02.2005
17.01.2006	Änderung	23.03.2006

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
18.07.2006	Änderung	07.09.2006
27.05.2008	Änderung	19.06.2008
09.12.2008	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	15.01.2009
20.12.2005	GAV für das Dach- und Wandgewerbe	02.02.2006
12.09.2006	Änderung	26.10.2006
15.01.2008	Änderung	06.03.2008
11.11.2008	Änderung	18.12.2008
22.12.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	25.02.2010
03.02.2004	GAV für das Gipsergewerbe Baselland	04.03.2004
14.03.2006	Änderung	27.04.2006
12.09.2006	Änderung	26.10.2006
11.11.2008	Änderung	18.12.2008
22.12.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	25.02.2010
22.11.2005	GAV für das Malergewerbe	26.01.2006
11.11.2008	Änderung	18.12.2008
22.12.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	25.02.2010
15.11.2005	GAV für das Schlosser-, Metall-, Land- maschinen-, Schmiede- und Stahlbaugewerbe	26.01.2006
27.11.2007	Änderung	17.01.2008
11.11.2008	Änderung	18.12.2008
22.12.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2012	25.02.2010
	Basel-Stadt	
10.11.2009	GAV für das Gipsergewerbe Basel-Stadt AVE gültig bis 31.12.2013	19.12.2009

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
12.07.2005	GAV für das Basler Ausbaugewerbe	20.08.2005
26.05.2009	Änderung AVE gültig bis 30.09.2011	04.07.2009
Genève		
30.01.2008	CCT cadre dans le commerce de détail	29.02.2008
21.01.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	27.02.2009
06.02.2002	CCT de deux roues	10.04.2002
18.04.2007	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	23.05.2007
13.12.2004	CCT pour les métiers de la métallurgie du bâtiment	31.01.2005
16.01.2008	Änderung	15.02.2008
21.01.2009	Änderung	27.02.2009
18.11.2009	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	23.12.2009
13.05.2005	RA pour les métiers de la métallurgie du bâtiment	29.06.2005
17.06.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2012	26.08.2009
19.09.2007	CCT du secteur des parcs et jardins, des pépinières et de l'arboriculture	05.12.2007
23.04.2008	Änderung	30.05.2008
25.04.2009	Änderung	20.04.2009
29.04.2009	Änderung	29.05.2009
11.11.2009	Änderung	07.12.2009
12.05.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	21.06.2010
29.11.2006	CCT du nettoyage	21.12.2006
19.11.2008	Änderung	22.12.2008

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
27.01.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	31.03.2010
26.11.2008	CCT Entretien et du nettoyage de textiles AVE gültig bis 31.12.2012	22.12.2008
Ticino		
01.07.1998	CCLD per i disegnatori	04.08.1998
12.02.2008	Änderung	06.05.2008
27.01.2009	Änderung	06.11.2009
09.02.2010	Änderung AVE gültig bis 30.06.2011	09.04.2010
06.11.2007	CCLG dei giardinieri	28.11.2007
12.02.2008	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	28.03.2008
09.09.2008	CCLGR del granito e delle pietre naturali	08.01.2008
06.10.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	01.12.2009
27.01.2009	CCLP Posa delle piastrelle e mosaici	06.03.2009
22.04.2009	Änderung AVE gültig bis 30.12.2010	03.07.2009
26.02.1997	CCL Personale delle autorimesse	29.04.1997
10.12.2002	Änderung	31.01.2003
02.02.2005	Änderung	18.03.2005
14.02.2006	Änderung	30.06.2006
27.01.2009	Änderung AVE gültig bis 30.06.2010	06.11.2009
Vaud		
24.01.2007	CCT du chauffage, de la climatisation et de la ventilation	13.03.2007
09.05.2007	Änderung	19.06.2007

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
20.02.2008	Änderung	22.04.2008
11.02.2009	Änderung	28.04.2009
21.04.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	11.06.2010
24.01.2007	CCT de la ferblanterie, de la couverture et de l'installation sanitaire	13.03.2007
09.05.2007	Änderung	19.06.2007
20.02.2008	Änderung	22.04.2008
11.02.2008	Änderung	28.04.2009
21.04.2010	Änderung AVE gültig bis 31.12.2010	11.06.2010
12.04.2006	CCT du commerce de détail de la ville de Lausanne	23.06.2006
09.07.2008	Änderung	29.08.2008
17.12.2008	Änderung	30.01.2009
26.05.2010	Änderung AVE gültig bis 30.06.2011	25.06.2010
10.03.2010	CCT des bureaux d'ingénieurs géomètres vaudois AVE gültig bis 31.12.2012	30.04.2010
19.09.2007	CCT des paysagistes et entrepreneurs de jardins	23.11.2007
10.06.2009	Änderung	31.07.2009
21.04.2010	Änderung AVE gültig bis 30.06.2011	11.06.2010
22.09.2004	CCT Métal-Vaud	26.11.2004
05.03.2008	Änderung	22.04.2008
25.03.2009	Änderung	26.05.2009
10.03.2010	Änderung AVE gültig bis 30.06.2011	30.04.2010

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
10.01.2007	CCT des garages	27.02.2007
29.10.2008	Änderung	23.12.2008
18.11.2009	Änderung	22.12.2009
	AVE gültig bis 31.12.2010	
	Wallis	
06.06.2001	GAV für das Autogewerbe	27.07.2001
27.08.2008	Änderung	03.10.2008
04.03.2009	Änderung	23.01.2009
28.04.2010	Änderung	18.06.2010
	AVE gültig bis 30.04.2013	
02.07.2003	GAV des Bauhauptgewerbes im Bereich der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge	04.08.2003
	AVE gültig bis 31.12.2010	
14.10.2009	GAV über die Einführung der vorzeitigen Pensionierung RETAVAL	18.12.2009
	AVE gültig bis 31.12.2017	
30.06.2004	GAV über die vorzeitige Pensionierung der Arbeitnehmer im Bauhauptgewerbe und Plattenlegergewerbe	24.09.2004
14.10.2009	Änderung	18.12.2009
	AVE gültig bis 31.12.2010	
10.08.2005	GAV der Walliser Waldwirtschaft	23.09.2005
27.08.2008	Änderung	09.10.2008
	AVE gültig bis 30.06.2010	
30.08.2006	GAV für das Metallbaugewerbe des Kantons Wallis	13.10.2006
27.08.2008	Änderung	24.10.2008
	AVE gültig bis 31.05.2012	

Datum des Beschlusses	Gegenstand des Beschlusses	Veröffentlichung im kantonalen Amtsblatt
06.12.2006	GAV Industrieller Rohrleitungsbau	26.01.2007
02.05.2007	Änderung	21.05.2007
09.04.2008	Änderung	06.06.2008
26.08.2009	Änderung	16.10.2009
	AVE gültig bis 30.06.2010	
11.03.2009	GAV Elektro-Installations- und Freileitungsgewerbe	21.11.2008
26.08.2009	Änderung	16.10.2009
28.04.2010	Änderung	02.07.2010
	AVE gültig bis 31.05.2012	
06.05.2009	GAV der Gebäudetechnik und der Gebäudehülle des Kantons Wallis	03.07.2009
26.08.2009	Änderung	16.10.2009
28.04.2010	Änderung	02.07.2010
	AVE gültig bis 31.05.2013	
	Zürich	
25.10.2000	GAV für das Gipsergewerbe	22.12.2000
28.02.2007	Änderung	30.03.2007
13.02.2008	Änderung	07.03.2008
05.11.2008	Änderung	23.01.2009
	AVE gültig bis 31.03.2011	

**B. Mitteilungen
des Staatssekretariats
für Wirtschaft (SECO)
und des Eidgenössischen
Datenschutz- und Öffent-
lichkeitsbeauftragten**

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO

I. Merkblatt für die Anwendung des Arbeitsgesetzes in Krankenanstalten und Kliniken (letzte Änderung: 16. Juni 2010)¹

1. Das ArG im Überblick

Das ArG erfüllt ein öffentliches Interesse: den Arbeitnehmerschutz. Dieser Schutz drückt sich in zwei wichtigen Punkten aus:

- die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer (Art. 6 ArG und ArGV 3)
- die Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeiten (ArG, ArGV 1 und ArGV 2).

Die Bestimmungen im ArG haben zwingenden Charakter in Form von Minimalvorschriften. Auch wenn das Einverständnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden vorhanden wäre, dürfen die Minimalvorschriften nicht unterschritten werden.

2. Definitionen

2.1 Krankenanstalten und Kliniken (Art. 15 Abs. 2 ArGV 2)

Ärztlich betreute Betriebe für Kranke, Wöchnerinnen, Säuglinge, Verunfallte und Rekonvaleszente.

2.2 Assistenzärzte (Art. 4a ArGV 1)

Ärzte bzw. Ärztinnen der Human-, Zahn- und Tiermedizin, die nach erworbenem Staatsexamen eine Weiterbildung absolvieren:

- zur Erlangung des ersten Facharzttitels; oder
- für die Zulassung zur Eröffnung einer eigenen Praxis.

2.3 Höhere leitende Tätigkeit (Art. 9 ArGV 1)

Eine höhere leitende Tätigkeit übt aus, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von

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

grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.

2.4 Wissenschaftliche Tätigkeit (Art. 10 ArGV 1)

Zur wissenschaftlichen Tätigkeit gehören Forschung und Lehre. Eine wissenschaftliche Tätigkeit liegt vor, wenn dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin in Bezug auf die Zielsetzung der Arbeit, deren Ausführung und Einteilung eine grosse Freiheit zukommt.

Die Forschung umfasst neben der Grundlagenforschung auch angewandte Forschung, nicht aber deren Umsetzung in die Praxis, wie die Entwicklung und die Produktion.

Auf das technische und administrative Personal in der Forschung sind die Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen des Gesetzes und dessen Verordnungen anwendbar.

3. Geltungsbereich

3.1 Betrieblicher Geltungsbereich des ArG

Das ArG ist auf alle Krankenanstalten und Kliniken in der Schweiz anwendbar.

Ausnahmen:

- Krankenanstalten oder Kliniken, die Teil der Kantonal- oder Gemeindeverwaltung sind, richten sich nach dem kantonalen oder kommunalen Verwaltungsrecht (Art. 2 ArG)
- Krankenanstalten und Kliniken, die als öffentlich-rechtliche Anstalt ohne Rechtspersönlichkeit oder als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert sind, sofern die Mehrzahl der in ihnen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis stehen (Art. 7 ArGV 1).

Achtung: Seit dem 1. Januar 2005 ist das ArG auf sämtliche Assistenzärztinnen und Assistenzärzte anwendbar, auch wenn das Spital, in dem sie beschäftigt sind, dem ArG nicht unterstellt ist.

3.2 Persönlicher Geltungsbereich des ArG

Das ArG ist in seiner Gesamtheit auf alle Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einem dem Gesetz unterstellten Betrieb anwendbar.

Ausnahmen: Einzig die Vorschriften über den Gesundheitsschutz sind anwendbar auf:

- Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen und in einem vom betrieblichen Geltungsbereich des ArG ausgeschlossenen Spital arbeiten (Art. 71 Bst. b ArG)
- Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben (Art. 3 Bst. d ArG). Anmerkung: Die Chefärzte und -ärztinnen gehören in der Regel zu dieser Kategorie von Arbeitnehmenden
- Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen, die eine wissenschaftliche Funktion ausüben.

4. Krankenanstalten und Kliniken: einige Besonderheiten

Die Krankenanstalten und Kliniken müssen rund um die Uhr betrieben werden und sowohl am Tag als auch in der Nacht (inkl. Sonntag) die Sicherheit und Gesundheit der Patienten und Patientinnen gewährleisten.

Das ArG trägt dieser Tatsache Rechnung und hat in der ArGV 2 Sonderbestimmungen erlassen, die auf Krankenanstalten und Kliniken anwendbar sind (Art. 15 ArGV 2). Diese sind: Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 4 ArGV 2), Möglichkeit zur Verlängerung des Zeitraumes der täglichen Arbeit bei Tages- und Abendarbeit (Art. 5 ArGV 2) und der aufeinanderfolgenden Arbeitstage (Art. 7 Abs. 2 ArGV 2), Möglichkeit von Überzeit am Sonntag (Art. 8 Abs. 2 ArGV 2), Regelung des Pikettdienstes (Art. 8a ArGV 2), Möglichkeit zur Verkürzung der täglichen Ruhezeit (Art. 9 ArGV 2), Verlängerung der Dauer der Nachtarbeit (Art. 10 Abs. 2 ArGV 2) und Herabsetzung der Anzahl freier Sonntage auf zwölf pro Kalenderjahr (Art. 12 Abs. 2 ArGV 2).

Die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Nacht- und Sonntagsarbeit (Art. 4 ArGV 2) bedeutet jedoch nicht, dass die diesbezüglichen gesetzlichen Vorschriften nicht eingehalten werden müssen.

Um den Voraussetzungen in Zusammenhang mit der Einführung eines Pikettdienstes mit sehr kurzen Interventionszeiten (unter 30 Minuten) Rechnung zu tragen, enthält Art. 8a ArGV 2 (seit 1. Januar 2010) für Krankenanstalten und Kliniken besondere Ausgleichsmassnahmen zugunsten von Arbeitnehmenden.

5. Arbeits- und Ruhezeiten in Krankenanstalten oder Kliniken

5.1 Tages- und Abendarbeit

Die Zeitspanne der Tages- und Abendarbeit beinhaltet 17 Stunden. Sie beginnt normalerweise um 6 Uhr und dauert bis 23 Uhr. Diese Zeitspanne kann zwischen 5 Uhr und 24 Uhr bis um eine Stunde anders festgelegt werden, sofern die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer dem zustimmt. Die betriebliche Tages- und Abendarbeit beträgt auch in diesem Falle höchstens 17 Stunden (Art. 10 Abs. 1 und 2 ArG).

Die Tages- und Abendarbeit des einzelnen Arbeitnehmers muss mit Einschluss der Pausen und der Überzeit innerhalb von 14 Stunden liegen (Art. 10 Abs. 3 ArG). Nach Abzug der Pausen darf die effektive Arbeitszeit maximal 12 Stunden und 30 Minuten betragen, inklusive Überzeit.

Die Tages- und Abendarbeit darf für den einzelnen Arbeitnehmenden, mit Einschluss der Pausen und der Überzeit, auf höchstens 17 Stunden verlängert werden, sofern im Durchschnitt einer Kalenderwoche eine tägliche Ruhezeit von mindestens zwölf aufeinanderfolgenden Stunden gewährt wird. Die tägliche Ruhezeit zwischen zwei Arbeitseinsätzen muss dabei mindestens acht aufeinanderfolgende Stunden betragen (Art. 5 ArGV 2).

5.2 Verlängerung der Arbeitswoche

Gemäss dem neuen Art. 7 Abs. 2 ArGV 2 (in Kraft seit 1. Januar 2010) dürfen die Arbeitgeber einzelne Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sieben aufeinanderfolgende Tage beschäftigen, sofern die tägliche Arbeitszeit im Zeitraum der Tages- und Abendarbeit (vgl. Art. 10 ArG) nicht mehr als neun Stunden beträgt, die wöchentliche Höchstarbeitszeit im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird und unmittelbar im Anschluss an den siebten Tag mindestens 83 aufeinanderfolgende Stunden frei gewährt werden.

Diese Bestimmung ermöglicht sowohl die Verlängerung der Tages- und Abendarbeit als auch der Nachtarbeit. Bei Nachtarbeit darf das Tages- und Abendsoll über neun Stunden liegen (vgl. Art. 10 Abs. 2 ArGV 2).

Bei Nachtarbeit ohne Wechsel mit Tagesarbeit gilt diese Bestimmung nicht.

5.3 Nachtarbeit

Ausserhalb des Zeitraumes von Tages- und Abendarbeit gilt die Arbeit als Nachtarbeit (im Normalfall von 23 Uhr bis 6 Uhr, sofern der Zeitraum der Tages- und Abendarbeit nicht verschoben wurde).

Bei Nachtarbeit darf die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmer neun Stunden nicht überschreiten; sie muss, mit Einschluss der

Pausen, innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen (Art. 17a Abs. 1 ArG).

Bei Nachtarbeit darf die tägliche Arbeitszeit auf maximal zehn Stunden (innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden) verlängert werden, wenn ein grosser Teil davon reine Präsenzzeit darstellt, für Arbeitnehmende eine Gelegenheit besteht, sich hinzulegen, und eine tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden gewährt wird (Art. 10 Abs. 2 Bst. a ArGV 2).

Bei Nachtarbeit darf die tägliche Arbeitszeit für die einzelnen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen acht Stunden innert eines Zeitraumes von zwölf Stunden betragen, wenn eine Gelegenheit besteht, sich hinzulegen und wenn die gesamten zwölf Stunden als Arbeitszeit gelten. Dabei ist den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen eine tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden zu gewähren (Art. 10 Abs. 2 Bst. b ArGV 2).

Achtung: Arbeit, die während des Nachtzeitraums geleistet wird, auch wenn sie nur teilweise in den Nachtzeitraum fällt, ist als Nachtarbeit zu betrachten; demzufolge gelangen die Vorschriften der Nachtarbeit zur Anwendung.

Die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sollten bei Nachtarbeit an der Tages- und Nachtarbeit grundsätzlich gleichmässig Anteil haben (Art. 25 ArG).

Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen, die nur bis zu 25 Nächten im Jahr Nachtarbeit verrichten (vorübergehende Nachtarbeit), haben Anspruch auf einen Lohnzuschlag von mindestens 25% für die im Nachtzeitraum geleisteten Arbeitsstunden (Art. 17b ArG und 31 ArGV 1).

Arbeitnehmende, die mehr als 25 Nächte im Jahr Nachtarbeit leisten (dauernd oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit), haben Anspruch auf eine Kompensation von 10% der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben. Für Arbeitnehmende, die abends oder morgens nur eine Randstunde im Nachtzeitraum arbeiten, kann der Ausgleich auch als Lohnzuschlag gewährt werden (Art. 17b ArG und 31 ArGV 1).

Die Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen, die Dauernachtarbeit ohne Wechsel mit Tages- und Abendarbeit oder alleine in einem Betrieb Nachtarbeit leisten, müssen sich einer medizinischen Untersuchung unterziehen, um die Eignung für Nachtarbeit feststellen zu lassen. Die medizinische Untersuchung und Beratung erfolgt erstmals vor Stellenantritt und danach alle zwei Jahre (Art. 45 ArGV 1).

Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die 25 und mehr Nachteinsätze pro Jahr leisten, haben auf Verlangen Anspruch auf medizinische Untersuchung und Beratung. Der Anspruch auf medizinische Untersuchung und Beratung kann in regelmässigen Abständen von zwei Jahren geltend gemacht werden. Nach Vollendung des 45. Lebensjahres steht den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen dieses Recht in Zeitabständen von einem Jahr zu (Art. 44 ArGV 1).

5.4 *Sonntagsarbeit*

Der Sonntag ist definiert als Zeitraum zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr (diese Zeitspanne kann um höchstens eine Stunde vor- oder nachverschoben werden, wenn die Arbeitnehmervertretung im Betrieb oder die Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer dem zustimmt) (Art. 18 ArG).

Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen, die ausnahmsweise an bis zu sechs Sonntagen pro Kalenderjahr zum Einsatz gelangen (vorübergehende Sonntagsarbeit), ist ein Lohnzuschlag von 50% zu bezahlen (Art. 19 ArG).

Für reguläre Sonntagsarbeit (mehr als sechs Sonntage im Jahr pro Arbeitnehmer) ist weder ein Lohnzuschlag noch ein Zeitzuschlag vom Gesetz vorgesehen. Hier wird es den Parteien überlassen, eine Regelung für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit zu vereinbaren.

Im Kalenderjahr sind mindestens zwölf freie Sonntage zu gewähren. Sie können unregelmässig auf das Jahr verteilt werden.

Wenn Sonntagsarbeit von einer Dauer bis zu fünf Stunden geleistet wird, ist sie durch Freizeit auszugleichen.

In den Wochen ohne freien Sonntag ist in der vorhergehenden oder nachfolgenden Woche an die tägliche Ruhezeit eine wöchentliche Ruhezeit von 36 aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren.

Der Arbeitnehmer darf nicht mehr als an sechs aufeinanderfolgenden Tagen beschäftigt werden (Art. 21 ArGV 1).

Überzeitarbeit, die am Sonntag geleistet wird, ist durch Freizeit gleicher Dauer innert 26 Wochen auszugleichen.

5.5 *Tägliche Ruhezeit*

Den Arbeitnehmern ist eine tägliche Ruhezeit von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden zu gewähren (Art. 15a Abs. 1 ArG).

Die Ruhezeit darf bis auf neun Stunden herabgesetzt werden, sofern sie im Durchschnitt von zwei Wochen zwölf Stunden beträgt (Art. 9 ArGV 2). Beispiel: Wird die tägliche Ruhezeit für einen Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin einmal in zwei Wochen auf neun Stunden reduziert, so muss sie im Durchschnitt zwölf Stunden betragen (total 168 Stunden). Wird die auf neun Stunden verkürzte Ruhezeit abgezogen, so bleiben total noch 159 Stunden, die durch 13 dividiert (restliche Ruhezeiten) eine durchschnittliche tägliche Ruhezeit von mindestens 12,25 Stunden ergeben. Wird die tägliche Ruhezeit zweimal während dieser beiden Wochen auf neun Stunden reduziert, so müssen die restlichen täglichen Ruhezeiten durchschnittlich mindestens 12,5 Stunden betragen.

Dauert die Nachtarbeit zehn Stunden innerhalb von zwölf Stunden, so muss die tägliche Ruhezeit auch zwölf Stunden betragen (Art. 10 Abs. 2 ArGV 2).

Wird der tägliche Arbeitszeitraum auf 17 Stunden verlängert, so muss die tägliche Ruhezeit im Durchschnitt einer Kalenderwoche mindestens zwölf aufeinanderfolgende Stunden und mindestens acht aufeinanderfolgende Stunden betragen (Art. 5 ArGV 2). Beispiel: Ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin muss am Montag von 7 Uhr bis 24 Uhr arbeiten (17 Stunden). Am Dienstag darf die Arbeit nicht vor 8 Uhr wieder aufgenommen werden (mindestens acht Stunden tägliche Ruhezeit). Im Durchschnitt muss nun die tägliche Ruhezeit in dieser Woche mindestens zwölf Stunden betragen. Dies bedeutet, dass für die restlichen Wochentage die durchschnittliche tägliche Ruhezeit mindestens 12,6 Stunden betragen muss (sieben Ruhezeiten zu zwölf Stunden = 84 Stunden, abzüglich die auf acht Stunden verkürzte Ruhezeit ergibt 76 Stunden, die durch die restlichen sechs Ruhezeiten geteilt werden).

5.6 Pausen

Die Arbeit ist durch Pausen von folgender Mindestdauer zu unterbrechen: $\frac{1}{4}$ Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als $5\frac{1}{2}$ Stunden; $\frac{1}{2}$ Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden; eine Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden. Die Pausen sind um die Mitte der Arbeitszeit anzusetzen. Entsteht vor oder nach einer Pause eine Teilarbeitszeit von mehr als $5\frac{1}{2}$ Stunden, so ist für diese eine zusätzliche Pause zu gewähren (Art. 15 ArG und Art. 18 ArGV 1).

Pausen von mehr als $\frac{1}{2}$ Stunde dürfen aufgeteilt werden (Art. 18 Abs. 3 ArGV 1).

Die Pausen gelten als Arbeitszeit, wenn die Arbeitnehmenden ihren Arbeitsplatz nicht verlassen dürfen oder wenn sie sich für Einsätze bereithalten müssen, z.B. mit einem Pager (Art. 15 Abs. 2 ArG).

6. Pikettdienst

6.1 Pikettdienst ausserhalb der Krankenanstalt oder Klinik

Um Pikettdienst, auch Rufbereitschaft genannt, handelt es sich, wenn sich der Arbeitnehmende für allfällige Arbeitseinsätze bereithalten, aber nicht in der Krankenanstalt bleiben muss.

Wenn die Zeitspanne zwischen dem Einsatzaufruf und dem Eintreffen am Arbeitsort (Interventionszeit) mindestens 30 Minuten beträgt, ist die zur Verfügung gestellte Zeit so weit an die Arbeitszeit anzurechnen, als der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist ebenfalls an die Arbeitszeit anzurechnen (Art. 15 ArGV 1).

Ist die Interventionszeit kürzer als 30 Minuten, so haben die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zusätzlich Anspruch auf eine Zeitgutschrift von 10% der inaktiven Pikettdienstzeit. Unter inaktiver Pikettdienstzeit wird die für den Pikettdienst aufgewendete Zeit ausserhalb einer Intervention sowie die Zeit für den Arbeitsweg verstanden (Art. 8a Abs. 2 ArGV 2). Beispiel: Pikettdienst von 20 Uhr bis 8 Uhr, Einsatz 1 Stunde 20 Minuten, Arbeitsweg 20 Minuten hin und 20 Minuten zurück: Die inaktive Pikettdienstzeit beträgt zehn Stunden, der Arbeitnehmer hat Anspruch auf 10% von zehn Stunden, d.h. eine Kompensationszeit von einer Stunde, welche zu den zwei Stunden für die tatsächliche Einsatzzeit sowie die Hin- und Rückfahrt zur Arbeit hinzuzurechnen sind. Die Zeitgutschrift ist innerhalb eines Jahres zu gewähren.

Der Pikettdienst darf direkt im Anschluss an die reguläre Arbeit geleistet werden, und die Arbeitseinsätze dürfen die tägliche Ruhezeit unterbrechen. Kann durch die Piketteinsätze eine minimale Ruhezeit von vier aufeinanderfolgenden Stunden nicht gewährt werden, so muss im Anschluss an den letzten Einsatz die tägliche Ruhezeit von elf Stunden nachgewährt werden (Art. 19 ArGV 1).

Pikettdienst darf im Zeitraum von vier Wochen an höchstens sieben Tagen geleistet werden, wobei in diesem Zeitraum von vier Wochen wenigstens zwei Wochen pikettfrei sein müssen (Art. 14 Abs. 2 ArGV 1 und Art. 8a Abs. 4 ArGV 2).

Sofern keine genügenden Personalressourcen für die Krankenanstalt oder Klinik vorhanden sind und die Anzahl der tatsächlichen Piketteinsätze im Durchschnitt eines Kalenderjahres nicht mehr als fünf Einsätze pro Monat ausmachen und kein Fall mit verkürzter Interventionszeit gemäss Art. 8a Abs. 2–4 ArGV 2 vorliegt, kann der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin im Zeitraum von vier Wochen an höchstens 14 Tagen auf Pikett sein (Art. 14 Abs. 3 ArGV 1).

Die Zuschläge für Pikettdienste ausserhalb des Betriebes müssen vertraglich vereinbart werden oder durch Gesamtarbeitsvertrag geregelt sein, da im Arbeitsgesetz nichts vorgesehen ist.

6.2 *Pikettdienst in der Krankenanstalt oder in der Klinik*

Wenn die Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen die Krankenanstalt oder die Klinik nicht verlassen dürfen, handelt es sich nicht mehr um Pikettdienst, sondern um Bereitschaftsdienst. Dass die Arbeitnehmenden die Krankenanstalt bzw. die Klinik nicht verlassen dürfen, geht entweder aus einer ausdrücklichen Weisung des Arbeitgebers hervor oder leitet sich indirekt aus der reduzierten Interventionszeit ab (unter 30 Minuten, vgl. Art. 8a Abs. 3 ArGV 2), die es der Pikettdienst leistenden Person objektiv gesehen nicht erlaubt, ausserhalb der Krankenanstalt bzw. Klinik Pikettdienst zu leisten.

Der Bereitschaftsdienst zählt vollständig als Arbeitszeit, auch wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht zu Einsätzen herangezogen wird. Infolgedessen muss nach dem Bereitschaftsdienst die tägliche Ruhezeit gewährt werden (vgl. Wegleitung zu Art. 15 Abs. 1 ArGV 1).

7. Sonderschutz für Arbeitnehmerinnen – Mutterschaft

7.1 Verbotene Arbeiten

Der Arbeitgeber darf schwangere Frauen und stillende Mütter zu gefährlichen und beschwerlichen Arbeiten nur beschäftigen, wenn aufgrund einer Risikobeurteilung feststeht, dass dabei keine gesundheitliche Belastung für Mutter und Kind vorliegt, oder wenn eine solche durch geeignete Schutzmassnahmen ausgeschaltet werden kann. Die Risikobeurteilung muss von einem Spezialisten der Arbeitssicherheit nach Verordnung vom 25. November 1996 über die Eignung der Spezialistinnen und Spezialisten der Arbeitssicherheit (SR 822.116) durchgeführt werden (Art. 62 und 63 ArGV 1).

Als gefährliche oder beschwerliche Arbeiten gelten:

- das Bewegen schwerer Lasten von Hand
- Bewegungen und Körperhaltungen, die zu vorzeitiger Ermüdung führen
- Arbeiten, die mit Einwirkungen wie Stössen, Erschütterungen oder Vibrationen verbunden sind
- Arbeiten bei Kälte oder Hitze oder bei Nässe
- Arbeiten unter Einwirkung schädlicher Strahlen oder Lärm
- Arbeiten unter Einwirkung schädlicher Stoffe oder Mikroorganismen
- Arbeiten in Arbeitszeitsystemen, die erfahrungsgemäss zu einer starken Belastung führen.

Die Kriterien zur Beurteilung von solchen Arbeiten sind in der Verordnung des EVD über gefährliche und beschwerliche Arbeiten bei Schwangerschaft und Mutterschaft (SR 822.111.52) aufgeführt, die auch andere verbotene Arbeiten auflistet.

Wenn eine schwangere Frau oder eine stillende Mutter bestimmte beschwerliche oder gefährliche Arbeiten nicht verrichten kann, so hat sie Anspruch auf 80% des Lohnes, soweit ihr keine gleichwertige und ungefährliche Ersatzarbeit zugewiesen werden kann (Art. 35 ArG).

7.2 Arbeitszeit

Schwangere dürfen auf blosser Anzeige hin von der Arbeit fernbleiben oder die Arbeit verlassen (Art. 35a ArG). Schwangere Frauen und stillende

Mütter dürfen nicht über die vereinbarte ordentliche Dauer der täglichen Arbeit und keinesfalls über neun Stunden hinaus beschäftigt werden (Art. 60 ArGV 1).

Wöchnerinnen dürfen während acht Wochen nach der Niederkunft nicht und danach bis zur 16. Woche nur mit ihrem Einverständnis beschäftigt werden (Art. 35a Abs. 3 ArG).

Für das Stillen im ersten Lebensjahr gilt die Stillzeit im Betrieb als Arbeitszeit. Verlässt die Arbeitnehmerin den Arbeitsort zum Stillen, so ist die Hälfte dieser Abwesenheit als Arbeitszeit anzurechnen (Art. 60 Abs. 2 ArGV 1).

7.3 *Arbeitsplanung*

Schwangeren Frauen, die hauptsächlich stehend arbeiten, muss ab dem 4. Schwangerschaftsmonat eine tägliche Ruhezeit von zwölf Stunden gewährt werden, und nach jeder zweiten Stunde müssen sie – zusätzlich zu den gesetzlichen Pausen – eine Kurzpause von zehn Minuten erhalten. Ab dem 6. Schwangerschaftsmonat sind stehende Arbeiten auf insgesamt vier Stunden pro Tag zu beschränken (Art. 61 ArGV 1).

Während der Schwangerschaft sowie zwischen der 8. und 16. Woche nach der Niederkunft hat der Arbeitgeber den Schwangeren bzw. Müttern, die am Abend und in der Nacht zwischen 20 Uhr und 6 Uhr arbeiten, nach Möglichkeit eine gleichwertige Tagesarbeit zwischen 6 Uhr und 20 Uhr anzubieten. Wenn keine gleichwertige Arbeit angeboten werden kann, haben die Frauen Anspruch auf 80% des Lohnes (Art. 35b ArG).

Schwangere Frauen dürfen ab der 8. Woche vor der Niederkunft zwischen 20 Uhr und 6 Uhr nicht beschäftigt werden. Wenn keine gleichwertige Arbeit zwischen 6 Uhr und 20 Uhr angeboten werden kann, haben sie Anspruch auf 80% des Lohnes (Art. 35a Abs. 4 und 35b Abs. 2 ArG).

II. Merkblatt über den Schutz des Arbeitsverhältnisses bei Militärdienst, Zivildienst und Zivildienst

(letzte Änderung: 5. Februar 2010)²

1. Vorbemerkung

Im Zusammenhang mit der Leistung von Militärdienst stellen sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer immer wieder Fragen über die Lohnzahlung (unter Berücksichtigung der Leistungen der Erwerbsersatzordnung), die Kündigung des Arbeitsverhältnisses und über eine eventuelle Kürzung der Ferien. Im vorliegenden Merkblatt werden die gesetzlichen Vorschriften über diese Fragen – sie sind geregelt im 10. Titel des Obligationenrechts (OR), «Der Arbeitsvertrag» – im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) zusammengefasst.

2. Allgemeines

Die Vorschriften im 10. Titel des OR, die sich mit der Leistung von Militär- und Zivildienst oder Zivildienst befassen, gelten für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 319 Abs. 1 OR). Als Arbeitnehmer gelten auch Teilzeitbeschäftigte (Art. 319 Abs. 2 OR), Lehrlinge, Handelsreisende und ununterbrochen im Dienste eines Arbeitgebers stehende Heimarbeiter (Art. 344–355 OR).

Im Übrigen können Bestimmungen über die Lohnzahlung bei Militär- und Zivildienst oder Zivildienst auch in Gesamtarbeits- und Normalarbeitsverträgen enthalten sein.

Die obligationenrechtlichen Vorschriften über den Arbeitsvertrag sind entweder zwingend (absolut oder relativ) oder nicht zwingend (dispositiv). Von absolut zwingenden Vorschriften darf durch Abmachungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht abgewichen werden; von relativ zwingenden Vorschriften sind Abweichungen nur zugunsten des Arbeitnehmers zulässig. Sowohl mündliche wie schriftliche Abmachungen, die von den absolut zwingenden Vorschriften abweichen, und solche, die von den relativ zwingenden Vorschriften zuungunsten des Arbeitnehmers abweichen, sind nichtig, d.h. wirkungslos (Art. 361 und 362 OR).

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

Die nicht zwingenden, d.h. dispositiven Vorschriften gelten andererseits immer dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die betreffenden Fragen keine anderslautende Abmachung getroffen haben.

Auf Forderungen, die sich aus den zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie während eines Monats nach dessen Beendigung nicht rechtsgültig verzichten, z.B. durch eine Saldoquittung (Art. 341 Abs. 1 OR).

Zur Durchsetzung der zivilrechtlichen Vorschriften ist im Streitfall das Zivil- oder Arbeitsgericht anzurufen, das sich am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort des Betriebes befindet, in welchem der Arbeitnehmer beschäftigt ist oder gearbeitet hat. Das Verfahren vor diesen Gerichten ist bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– rasch, einfach und kostenlos (Art. 343 OR).

3. Begriff des obligatorischen schweizerischen Militärdienstes und Zivildienstes (nachfolgend Schutzdienst genannt) sowie des Zivildienstes

Als obligatorischer schweizerischer Militärdienst gelten sämtliche Dienstleistungen, zu denen die Dienstpflichtigen gemäss Bundesgesetz vom 3. Februar 1995 über die Armee und die Militärverwaltung (SR 510.10) und seinen Ausführungserlassen aufgeboten werden können, namentlich die Grundausbildungs- sowie Fortbildungsdienste der Truppe inklusive die Dienstleistungen von Frauen.

Als obligatorischer schweizerischer Schutzdienst sind die Dienstleistungen der Schutzdienstpflichtigen gemäss Bundesgesetz vom 17. Juni 1994 über den Zivildienst (SR 520.1) zu betrachten.

Zivildienst ist der von Militärdienstpflichtigen, die glaubhaft darlegen, dass sie den Militärdienst mit ihrem Gewissen nicht vereinbaren können, geleistete zivile Ersatzdienst nach dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den zivilen Ersatzdienst (SR 824.0).

4. Lohnzahlung bei obligatorischem Militär- oder Schutzdienst und bei Zivildienst

4.1 Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers

Dem Arbeitnehmer, der wegen der Leistung von obligatorischem Militär- oder Schutzdienst oder der Leistung von Zivildienst an der Arbeitsleistung verhindert ist, hat der Arbeitgeber für «eine beschränkte Zeit»

80% des Lohnes zu entrichten, den er vor der Dienstleistung bezogen hat. Sofern der Arbeitnehmer auch einen Naturallohn bezieht (Verpflegung und/oder Unterkunft), sind die 80% des vor der Dienstleistung bezogenen Lohnes vom Barlohn und vom ausfallenden Naturallohn in Geld zu berechnen (Art. 324a und 324b OR).

Für die Bewertung des Naturallohnes kann auf die Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101) abgestützt werden, sofern nichts anderes vereinbart ist, oder sich nichts anderes aus einem Gesamtarbeitsvertrag oder einem Normalarbeitsvertrag ergibt.

4.2 Leistungen gemäss Erwerbsersatzordnung

Personen, die Militärdienst, Schutzdienst oder Zivildienst leisten, haben Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung (Bundesgesetz vom 25. September 1952 über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz; SR 834.1).

Die Erwerbsausfallentschädigung wird grundsätzlich dem Arbeitnehmer ausgerichtet. In den folgenden Fällen kommt die Entschädigung dem Arbeitgeber zu:

- Wenn der während der Dienstzeit entrichtete Lohn die Erwerbsausfallentschädigung erreicht oder übersteigt, erhält der Arbeitgeber die volle Entschädigung.
- Liegt der entrichtete Lohn unter der Erwerbsausfallentschädigung, wird dem Arbeitgeber der bezahlte Lohn vergütet; dem Arbeitnehmer wird in diesem Fall die Differenz zwischen dem erhaltenen Lohn und der Erwerbsausfallentschädigung ausbezahlt.

Ein von der AHV-Informationsstelle herausgegebenes «Merkblatt über die Erwerbsausfallentschädigung» orientiert über die Leistungen der Erwerbsersatzordnung. Es kann bei allen Ausgleichskassen bezogen werden (Bestellnummer 6.01).

4.3 Verhältnis der Lohnzahlungspflicht zu den Leistungen der Erwerbsersatzordnung und Dauer der Lohnzahlung

Wenn die Erwerbsausfallentschädigung weniger als 80% des vor der Dienstleistung bezogenen Lohnes deckt, schuldet der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer «für eine beschränkte Zeit» die Differenz zwischen der Erwerbsausfallentschädigung und 80% des Lohnes. Der Arbeitgeber hat jedoch keinen Lohn zu entrichten, wenn ein Arbeitsverhältnis, das auf unbestimmte Zeit eingegangen ist, im Zeitpunkt der Dienstleistung nicht mehr als drei Monate gedauert hat (Art. 324a Abs. 1 und 324b Abs. 2 OR).

Wenn die Erwerbsausfallentschädigung dagegen 80 oder mehr Prozent des vor der Dienstleistung bezogenen Lohnes deckt, hat der Arbeitgeber keinen Lohn zu entrichten (Art. 324b Abs. 1 OR).

Vorbehalten bleiben vereinbarte Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers oder gleichwertige Abweichungen.

Im ersten Dienstjahr wird die «beschränkte Zeit», während welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen der Erwerbsausfallentschädigung und 80% des Lohnes zu entrichten hat, auf drei Wochen begrenzt. Die Lohnzahlungspflicht entsteht jedoch erst dann, wenn ein Arbeitsverhältnis, das auf unbestimmte Zeit eingegangen ist (Normalfall), mehr als drei Monate gedauert hat. Für Arbeitsverhältnisse mit einer bestimmten Vertragszeit von mehr als drei Monaten (z.B. Saison im Gastgewerbe) entfällt diese Frist (Art. 324a Abs. 1 und 2, Art. 324b OR).

Vom 2. Dienstjahr an hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen der Erwerbsausfallentschädigung und 80% des Lohnes für «eine angemessene längere Zeit» zu entrichten. Diese bestimmt sich nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Art. 324a Abs. 2 und 324b Abs. 2 OR).

Für die Ermittlung der «angemessenen längeren Zeit» haben einzelne Arbeitsgerichte Richtlinien aufgestellt. Informationen über die im konkreten Einzelfall anwendbare Richtlinie sind bei den Arbeitsgerichten erhältlich.

Es bestehen drei gebräuchliche Richtlinien:

- die «Berner-Tabelle», nach der die Leistungspflicht
 - im 2. Dienstjahr: 1 Monat,
 - im 3. und 4. Dienstjahr: 2 Monate,
 - im 5. bis 9. Dienstjahr: 3 Monate,
 - im 10. bis 14. Dienstjahr: 4 Monate
 - usw. dauert;
- die «Zürcher-Skala», nach der die Lohnzahlungspflicht
 - im 2. Dienstjahr: 8 Wochen,
 - im 3. Dienstjahr: 9 Wochen,
 - im 4. Dienstjahr: 10 Wochen
 - usw. dauert;
- die «Basler-Skala», nach der die Lohnzahlungspflicht
 - im 2. und 3. Dienstjahr: 2 Monate,
 - im 4. bis 10. Dienstjahr: 3 Monate,
 - im 11. bis 15. Dienstjahr: 4 Monate
 - usw. dauert.

Die Berner-Tabelle hat die grösste Verbreitung gefunden.

4.4 Lohnzahlung für andere Arbeitsverhinderungen

Die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Militär-, Schutz- oder Zivildienst und anderen unverschuldeten Arbeitsverhinderungen ist eine Leistung, die der Arbeitgeber pro Dienstjahr insgesamt nicht länger als während «einer beschränkten Zeit» zu erbringen hat. Deshalb kann ein Arbeitnehmer, der z.B. wegen Krankheit unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert war und im betreffenden Dienstjahr den Lohn während einer beschränkten Zeit bereits bezogen hat, bei einer in dasselbe Jahr fallenden Dienstleistung nur die Erwerbsausfallentschädigung beanspruchen (Art. 324a Abs. 1 und 2 OR).

4.5 Abweichungen von der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers

Von den Vorschriften über die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Art. 362 OR), hingegen kann durch schriftliche Vereinbarung (Einzelarbeitsvertrag, Gesamtarbeitsvertrag oder Normalarbeitsvertrag) eine abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Art. 324a Abs. 4 OR).

5. Kündigungsschutz bei der Leistung von obligatorischem Militär- oder Schutzdienst und bei der Leistung von Zivildienst

5.1 Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigung durch den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber darf das Arbeitsverhältnis, sofern die Probezeit abgelaufen ist, während obligatorischen Militär- oder Schutzdienstes und während des Zivildienstes nicht kündigen. Dauert die Dienstleistung mehr als elf Tage, so darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auch vier Wochen vor und vier Wochen nach der Dienstleistung nicht kündigen (Art. 336c Abs. 1 Bst. a OR).

Eine vom Arbeitgeber während einer solchen Sperrfrist erklärte Kündigung ist nichtig, d.h. sie bleibt auch dann wirkungslos, wenn die Sperrfrist abgelaufen ist. Hat der Arbeitgeber die Kündigung vor Beginn dieser Sperrfrist ausgesprochen und ist die Kündigungsfrist bis zum Beginn der Sperrfrist noch nicht abgelaufen, so steht die Kündigungsfrist während der Sperrfrist still und läuft erst nach deren Ablauf weiter (Art. 336c Abs. 2 OR). Sollte die so verlängerte Kündigungsfrist nicht gleichfalls auf einen ordentlichen Kündigungstermin fallen (Ende eines Monats), so verlängert sie sich ohne Weiteres bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin (Art. 336c Abs. 3 OR).

5.2 Schutz des Arbeitgebers vor Kündigung durch den Arbeitnehmer

Sofern ein Vorgesetzter oder der Arbeitgeber selbst obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder Zivildienst leistet, darf der Arbeitnehmer, der die Tätigkeit des Vorgesetzten oder des Arbeitgebers selbst zu übernehmen hat, nach abgelaufener Probezeit das Arbeitsverhältnis während einer Sperrfrist von gleicher Dauer – bezogen auf die Dienstleistung des Vorgesetzten oder Arbeitgebers – nicht kündigen (Art. 336d OR).

Die Sperrfrist hat in diesem Fall gleiche Wirkungen für den Arbeitnehmer wie gemäss Art. 336c Abs. 2 OR für den Arbeitgeber (eine vom Arbeitnehmer während der Sperrfrist erklärte Kündigung ist nichtig und für eine vor der Sperrfrist erklärte Kündigungsfrist in ihrem Ablauf durch die Sperrfrist unterbrochen).

5.3 Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses

Nicht unter die Vorschriften über den Kündigungsschutz fallen die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen durch den Arbeitgeber oder den Arbeitnehmer (Art. 337 ff. OR) und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Vereinbarung.

6. Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen obligatorischen Militär- oder Schutzdienstes oder wegen Zivildienstes (missbräuchliche Kündigung, Art. 336, 336a und 336b OR)

Hat der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nachweisbar wegen obligatorischen Militär- oder Schutzdienstes oder wegen Zivildienstes gültig gekündigt, d.h. entweder vor dem Beginn oder nach dem Ablauf der Sperrfrist, so kann der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber schriftlich Einsprache erheben. Die Einsprache muss spätestens bis am letzten Tag der – eventuell durch die Sperrfrist verlängerten – Kündigungsfrist erfolgen.

Zieht der Arbeitgeber nach erfolgter Einsprache die Kündigung nicht zurück, so endet das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf der Kündigungsfrist; in diesem Fall kann der Arbeitnehmer eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung beanspruchen.

Können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer über den Betrag der Entschädigung nicht einigen, so wird sie vom Richter nach seinem Ermessen und unter Würdigung aller Umstände, namentlich der Dauer des Arbeitsverhältnisses, festgesetzt. Die Entschädigung darf aber den Betrag nicht übersteigen, der dem Lohn für sechs Monate entspricht.

Die Entschädigung ist innert 180 Tagen nach beendigtem Arbeitsverhältnis durch Klage beim Arbeitsgericht geltend zu machen; nach Ablauf dieser Frist ist der Anspruch auf eine Entschädigung verwirkt.

Wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis wegen obligatorischen Militär- oder Schutzdienstes oder wegen Zivildienstes des Arbeitgebers gekündigt hat, kann auch der Arbeitgeber beim Arbeitnehmer schriftlich Einsprache erheben und eine Entschädigung beanspruchen.

Vorbehalten bleibt die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Auflösung durch Vereinbarung.

7. Kürzung des Ferienanspruchs bei obligatorischem Militär- oder Schutzdienst oder bei Zivildienst

Der gesetzliche Ferienanspruch für das einzelne Dienstjahr kann vom Arbeitgeber gekürzt werden, wenn der Arbeitnehmer während längerer Zeit wegen der Erfüllung gesetzlicher Pflichten, also auch wegen obligatorischen Militär- oder Schutzdienstes oder wegen Zivildienstes, schuldlos an der Arbeitsleistung verhindert war. Auch Arbeitsabsenzen wegen Krankheit, Unfall oder Ausübung eines öffentlichen Amtes berechtigen den Arbeitgeber, die Ferien zu kürzen (Art. 329b OR).

Ist der Arbeitnehmer wegen Militär- oder Schutzdienstes oder wegen Zivildienstes nicht länger als einen Monat an der Arbeitsleistung verhindert, dürfen die Ferien nicht gekürzt werden (Art. 329b Abs. 2 OR). Dauert die Arbeitsabsenz jedoch länger als einen Monat, darf der Arbeitgeber die Ferien um einen Zwölftel kürzen, wenn die Verhinderung zwei volle Monate gedauert hat, um zwei Zwölftel, wenn sie drei volle Monate gedauert hat usw. (Art. 329b Abs. 1 OR).

Von den Vorschriften über die Kürzung der Ferien (Art. 329b Abs. 2 OR) sind abweichende Regelungen zugelassen; entweder nur zugunsten des Arbeitnehmers (Art. 362 OR) oder, durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag, wenn sie für die Arbeitnehmer im ganzen mindestens gleichwertig sind (Art. 329b Abs. 4 OR).

Eigenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

I. Antworten des EDÖB zur Privatsphäre des Mitarbeiters³

- *Wo findet die Privatsphäre eines Mitarbeiters ihre Grenzen?*

Die Privatsphäre eines Menschen ist ein hohes Gut und geniesst einen besonderen Schutz. Das gilt natürlich auch am Arbeitsplatz. Als Arbeitgeber hat man diese Privatsphäre zu respektieren; nicht nur, weil unser Rechtssystem das fordert, sondern auch, weil andernfalls das Arbeitsklima erheblich vergiftet wird. Gegenseitiges Misstrauen kann keine Basis für einen funktionierenden Betrieb sein.

Es lässt sich aber nicht leugnen, dass die Privatsphäre des Arbeitnehmers dort ihre Grenzen findet, wo sie mit den Geschäftsinteressen des Arbeitgebers oder mit dem Gesetz in Konflikt gerät. Wer nur noch privat im Internet surft und seinen geschäftlichen Pflichten nicht in angemessenem Mass nachkommt, kann sich schwerlich auf sein Recht auf Persönlichkeitsschutz berufen. In jedem Fall gilt es, den Schutz der Privatsphäre und das Interesse des Arbeitgebers gegeneinander abzuwägen, und diese Interessensabwägung darf nicht leichtfertig vorgenommen werden.

Zu beachten gilt es aber, dass ein Arbeitnehmer in jedem Fall seinen Freiraum braucht, was nicht mit dem uneingeschränkten Ausüben privater Aktivitäten gleichzusetzen ist. Eine ständige Überwachung seines Verhaltens am Arbeitsplatz ist nicht nur menschlich nicht akzeptabel, sie verstösst auch gegen das Gesetz und ist daher nicht statthaft, und zwar selbst dann nicht, wenn sich der Arbeitnehmer damit einverstanden erklären sollte.

- *Muss ein Arzt Auskünfte über den Gesundheitszustand eines Arbeitnehmers im Krankheitsstand geben?*

Nein. Die ärztliche Schweigepflicht beinhaltet die Pflicht der Ärzte, Informationen, die ihnen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit anvertraut worden sind, oder die sie in deren Ausübung wahrgenommen haben, geheim zu halten. Patientendaten dürfen gegenüber Dritten nur offenbart werden, wenn der Patient den Arzt von seiner Schweigepflicht befreit hat oder ein Gesetz es erlaubt. Dies gilt auch gegenüber dem Arbeitgeber eines erkrankten Arbeitnehmers.

³ Aus www.edoeb.admin.ch > Themen > Datenschutz > Arbeitsbereich > Häufige Fragen.

- *Welche Gesundheitsdaten dürfen im Rahmen des Bewerbungsverfahrens von wem bearbeitet werden?*

Im Arbeitsverhältnis sind Fragen nur zulässig, soweit sie die Eignung des Bewerbers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder sonstige Sachverhalte, die für die Erfüllung des Arbeitsvertrages von Bedeutung sind. Zulässig sind somit Fragen über die Gesundheit mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit. Ausgeheilte Krankheiten oder frühere Operationen und Spitalaufenthalte ohne Einfluss auf die zu besetzende Stelle gehen den neuen Arbeitgeber nichts an. Das Gleiche gilt auch in Bezug auf frühere Renten, sofern die zugrunde liegende Krankheit keinen Bezug zur neuen Arbeitsstelle mehr aufweist. Die Abklärung des Arbeitsplatzbezuges von Krankheiten, an welchen der Bewerber leidet oder gelitten hat, oder von Behandlungen, die durchgeführt werden bzw. wurden, beurteilt der Arzt. Nach der herrschenden Lehre ist der Arzt von seiner ärztlichen Schweigepflicht nur insofern entbunden, als er dem Arbeitgeber die gesundheitliche Eignung des Bewerbers für die infrage stehende Arbeitsstelle mitteilen darf, nicht aber weitere Angaben wie die Diagnose oder die Krankengeschichte. Der Bescheidbogen des Arztes mit Angaben über die Arbeitsfähigkeit und allfällige Einschränkungen geht demzufolge als Bestandteil des Personaldossiers an den Arbeitgeber. Der Befundbogen bleibt hingegen beim Arzt.

- *Haben Arbeitnehmer aufgrund des Datenschutzes ein Recht darauf, dass ihre Arbeitskollegen ihren Lohn nicht kennen? Ist Lohntransparenz mit dem Datenschutz unvereinbar?*

Bei der vorliegenden Problematik haben wir es mit zwei Interessen zu tun, die es gegeneinander abzuwägen gilt: der Lohntransparenz und dem Schutz der Persönlichkeit. Pauschale Aussagen lassen sich dabei nur schwer machen. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die Lohntransparenz für sich genommen kein hinreichender Grund sein kann, um die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmenden einzuschränken.

Im Einzelfall kann aber durchaus ein berechtigtes Interesse vorliegen, das eine Bekanntgabe der Lohndaten rechtfertigt. Wenn es insbesondere darum geht, dem Verdacht von Ungleichbehandlung der verschiedenen Arbeitnehmenden nachzugehen, darf der Datenschutz nicht vorgeschoben werden.

Lohntransparenz kann aber auch zu Problemen in einem Betrieb führen, weil das Bekanntwerden allfälliger Lohnunterschiede zu Missgunst und zu einer Verschlechterung des Arbeitsklimas führen kann, selbst wenn diese Unterschiede gerechtfertigt sind.

Daraus ergibt sich aus datenschutzrechtlicher Sicht, dass eine Person durchaus ein Recht darauf hat, dass ihr Lohn nicht bekannt gegeben wird, dass aber unter bestimmten Bedingungen dieses Recht zugunsten überwiegender Interessen aufgegeben wird.

- *Dürfen Personendaten nicht berücksichtigter Bewerber durch den Arbeitgeber aufbewahrt werden?*

Wenn ein Anstellungsverfahren abgeschlossen ist, müssen die Unterlagen der nicht berücksichtigten Bewerber zurückgegeben und allfällige Kopien vernichtet werden. Nicht zurückgeben muss der Arbeitgeber einzig die Unterlagen, die ihm gehören, wie Bewerbungsschreiben (samt Namen, Geburtsdatum usw.), Personalfragebögen, grafologische Gutachten und Referenzauskünfte, wobei all diese, wie auch gesundheitliche Daten, vernichtet werden müssen. Nur mit Zustimmung der Bewerbenden dürfen Unterlagen für eine bestimmte, im Voraus festgelegte Dauer aufbewahrt werden, wenn anzunehmen ist, dass sie demnächst wieder gebraucht werden. Denkbar ist in Ausnahmefällen auch die Aufbewahrung von Daten eines Bewerbers ohne seine Einwilligung, wenn überwiegende Interessen der Firma es rechtfertigen und die betroffene Person darüber informiert wird.

- *Was passiert mit meinen Daten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses?*

Vor dem Austritt hat ein Arbeitnehmer die noch hängigen Geschäfte wie E-Mails intern weiterzuleiten. Der Arbeitnehmer hat die Übergabe sämtlicher Geschäftsdokumente an die Firma zu bestätigen. Er hat die Möglichkeit, seine privaten E-Mails und andere Dokumente auf private Datenträger zu speichern und aus den Servern der Firma zu löschen.

Beim Austritt (oder im Todesfall) ist spätestens am letzten Arbeitstag sein E-Mail-Account wie übrigens auch alle anderen EDV-Accounts zu sperren und sein Briefkasten wie alle anderen persönlichen Datenträger zu löschen. Der Arbeitgeber sollte sich dazu schriftlich verpflichten. Absender, welche E-Mails an die gesperrte E-Mail-Adresse schicken, werden automatisch informiert, dass die Empfängeradresse hinfällig ist. In der automatischen Antwort wird eine geeignete E-Mail-Adresse der Firma angegeben. Die erhaltenen E-Mails sind zu löschen.

- *Darf eine Arbeitgeberin systematisch die Kreditwürdigkeit von Angestellten prüfen, indem sie Betreibungsregisterauszüge anfordert?*

Nein. Der Gesetzgeber schreibt vor, dass ein schützenswertes, besonderes und gegenwärtiges Interesse geltend machen muss, wer eine Betreibungsauskunft über eine Drittperson anfordert. Ungeachtet dessen ist es bekanntlich nicht schwierig, an solche Auskünfte heranzukommen.

Aus Sicht des Datenschutzes jedoch ist das Einholen eines Betreibungsregisterauszugs durch die Arbeitgeberin nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin eine Vertrauensposition einnimmt oder Kundengelder, Kassen oder Tresore verwaltet. Für eine

systematische Überprüfung der Kreditwürdigkeit der Angestellten durch die Arbeitgeberin besteht kein schützenswertes und berechtigtes Interesse.

- *Darf eine Arbeitgeberin systematisch die Strafregisterauszüge der Mitarbeitenden anfordern?*

Aus Sicht des Datenschutzes ist die systematische Überprüfung des Strafregisterauszugs aller Angestellten unverhältnismässig. Ein Sonderfall liegt jedoch, analog der Regelung betreffend Betreuungsauskünfte, beispielsweise dann vor, wenn eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter eine Vertrauensposition besetzt, mit wertvollen Gütern oder hohen Geldsummen in Kontakt kommt oder für solche verantwortlich ist. In diesen Fällen kann das Sicherheitsinteresse einer Firma das Interesse am Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Person überwiegen.

Da es sich beim Strafregisterauszug um besonders schützenswerte Personendaten handelt, müssen die Prinzipien des Datenschutzes umso strenger eingehalten werden. Die Arbeitgeberin muss den Betroffenen gegenüber transparent informieren und das Auskunftsrecht gewährleisten. Die Daten sind angemessen vor unberechtigtem Zugriff zu schützen, der Kreis der zugriffsberechtigten Personen ist so klein wie möglich zu halten, und die Daten müssen vernichtet werden, sobald sie nicht mehr gebraucht werden.

II. Leitfaden zu biometrischen Erkennungssystemen (Version 1.0, September 2009)⁴

Dieser Leitfaden richtet sich an Personen, die an der Entwicklung oder Anwendung von biometrischen Erkennungssystemen beteiligt sind. Es soll die Herausforderungen und die Grundlagen zur Evaluierung biometrischer Erkennungssysteme in Bezug auf den Schutz von Personendaten gemäss dem Bundesgesetz über den Datenschutz näher erläutern. Der vorliegende Leitfaden gilt sowohl für bestehende als auch für neue Systeme.

Das Dokument gliedert sich in drei Teile. Einleitend gehen wir zunächst auf die Terminologie und Definitionen ein, die zum Verständnis des komplexen Bereichs Biometrie unerlässlich sind. Der zweite Teil katalogisiert die Leitprinzipien, die bei der Konzeption und der Nutzung von biometrischen Erkennungssystemen anzuwenden sind. Der dritte Teil schliesslich ist in Form eines Evaluierungsleitfadens konzipiert. Dieser anwendungsbezogene Teil des Dokuments ist in vier Bereiche aufgeteilt; er gibt Antwort auf die Frage, welche Grundvoraussetzungen für die Einhaltung zwingender Datenschutzanforderungen bestehen. Durch die Beantwortung dieser Fragen, die sich im jeweils vorliegenden Fall stellen, können ein bestehendes oder geplantes Erkennungssystem evaluiert und Datenschutzaspekte berücksichtigt werden.

1. Einleitung

1.1 Vorbemerkungen

Biometrische Erkennungssysteme kommen sowohl im öffentlichen als auch im privaten Bereich immer häufiger zum Einsatz. Sie bieten den Betreibern und den betroffenen Personen zahlreiche Vorteile. Allerdings birgt die Verwendung biometrischer Daten zur Identifikation oder zur Verifikation einer behaupteten Identität auch Risiken hinsichtlich der Wahrung der Grund- und Freiheitsrechte.

Erkennungssysteme basieren auf der Analyse physiologischer und verhaltensspezifischer Merkmale des menschlichen Körpers. Die Verwendung biometrischer Daten zur Erkennung birgt für die betroffene Person verschiedene Risiken – es drohen insbesondere die Missachtung des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Identitätsdiebstahl und die Schaffung eines global einheitlichen Identifikators (GUID). Ferner besteht die Gefahr, dass in den biometrischen Daten enthaltene Informationen über die betroffene Person (z.B. über Krankheiten) verwertet werden. Diese Thema-

⁴ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Datenschutz > Leitfäden.

tik wird umso drängender, wenn man die Risiken betrachtet, die sich aus der zukünftigen Verwendung biometrischer Daten als GUID ergeben: Daten aus verschiedenen Quellen liessen sich zu einem Persönlichkeitsprofil verdichten, ohne dass die betroffenen Personen davon Kenntnis haben.

Biometrische Charakteristika sind in der Regel permanent (jede Person behält sie zeitlebens), einzigartig (jeder Person eigen) und universell (bei jeder Person vorhanden). Jedoch sind die Permanenz, die Einzigartigkeit und die Universalität nicht absolut, da bestimmte biometrische Charakteristika im Lauf der Zeit einer natürlichen Veränderung unterliegen. Auch können sie durch einen Unfall oder durch einen gezielten Eingriff verändert werden. Ferner ist nicht zu vergessen, dass es biometrische Zwillinge gibt und dass die Erfassung der biometrischen Daten scheitern kann.

Dieses Dokument soll die Herausforderungen und die datenschutzrelevanten Grundlagen zur Evaluierung biometrischer Erkennungssysteme näher erläutern.

Die Systemarchitektur hat einen grossen Einfluss darauf, ob und in welchem Ausmass die Persönlichkeit, die körperliche Unversehrtheit und die Würde eines Menschen verletzt werden. Um diese Risiken zu begrenzen, ist es angezeigt, die Datenschutzgrundsätze zu beachten, insbesondere die Grundsätze der Rechtmässigkeit, der Transparenz (Treu und Glauben, Erkennbarkeit, Mitteilungspflicht), der Zweckbestimmung, der Verhältnismässigkeit und der Datensicherheit. Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip hat die Bearbeitung von Personendaten unter Zuhilfenahme von Mitteln zu erfolgen, die im Hinblick auf den Zweck der Datenbearbeitung geeignet, angemessen und notwendig sind. Der Einsatz biometrischer Erkennungssysteme soll deshalb nur dann in Betracht kommen, wenn keine anderen – weniger intrusiven – Mittel existieren, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Falls die Umstände die Einführung eines biometrischen Erkennungssystems rechtfertigen, ist es angezeigt, die Systemarchitektur (insbesondere den Erkennungsvorgang, die Modalitäten der Datenspeicherung sowie die erfassten biometrischen Charakteristika und Daten) so gering wie möglich zu halten. Ferner sind angemessene technische und organisatorische Massnahmen zu ergreifen, um die Sicherheit der Systeme und der Daten zu gewährleisten; dies gilt insbesondere für die Datenspeicherung und -übertragung. Die betroffenen Personen müssen zudem angemessen über ihre Rechte aufgeklärt werden.

Das Dokument gliedert sich in drei Teile. Der einleitende Teil geht zunächst auf Terminologie und Definitionen ein und beschreibt die wichtigsten biometrischen Technologien. Der zweite Teil katalogisiert die Leitprinzipien, die bei der Konzeption und Nutzung von biometrischen Erkennungssystemen anzuwenden sind. Der dritte Teil schliesslich ist in Form eines Evaluierungsleitfadens konzipiert, der sich sowohl auf bestehende als auch auf neue Systeme anwenden lässt. Weicht ein System von den Empfehlungen dieses Dokuments ab, ist zu begründen, warum eine intrusivere Lösung den Vorzug erhielt.

Schliesslich sei angemerkt, dass dieser Leitfaden den aktuellen Stand der Technik widerspiegelt. Falls der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) die Notwendigkeit dazu sieht, wird er Anpassungen vornehmen, um auf die technische Entwicklung einzugehen und die gewonnenen Erfahrungen darin einfließen zu lassen.

1.2 Terminologie und Definitionen

1.2.1 Terminologie

Der Begriff Biometrie und die Funktionsweise biometrischer Erkennungssysteme sind komplex.

In einem weiteren und älteren Wortsinn bedeutet Biometrie⁵, in diesem Fall auch Biometrik genannt (biométrie – biometry), die Analyse der körperlichen Charakteristika einer Person (Stimme, Gesichtsform oder Fingerabdrücke).

Seit Kurzem wird der Begriff Biometrie auch in einem engeren Wortsinn verwendet; er verweist auf biometrische Erkennungssysteme (biométrie – biometrics). Eine einhellig und global anerkannte Definition des Begriffs biometrisches Erkennungssystem existiert bis zum heutigen Tag nicht.

Eine einheitliche Terminologie und harmonisierte Definition ist aber notwendig, um die Funktionsweise und die Vorteile biometrischer Erkennungssysteme zu begreifen, aber auch, um die Herausforderungen zu verstehen, vor welche uns diese Systeme stellen.

Bisher wurden verschiedene Anstrengungen zur Vereinheitlichung unternommen, namentlich von der International Organization for Standardization (ISO). Trotzdem blieben Divergenzen bestehen. Eine Einigung über die Harmonisierung der Terminologie und der Definitionen ist bisher nicht zustande gekommen.

Das folgende Unterkapitel enthält eine Liste mit ausgewählten Definitionen, die der EDÖB verwendet.

1.2.2 Definitionen

Es bedeuten:

Biometrische Charakteristika: messbare physiologische⁶ oder verhaltensspezifische⁷ Merkmale eines Individuums.

⁵ Abgeleitet von griech. bios («Leben») und metron («Mass»).

⁶ Insbesondere ein Fingerabdruck, ein Bild der Iris oder ein Gesichtsbild, die Handgeometrie oder die Venenstruktur der Hand.

⁷ Insbesondere die Unterschrift, die Stimme oder die Gangart.

Biometrisches Erkennungssystem: System zur automatisierten oder persönlichen Erkennung (Authentifikation oder Identifikation) von Personen aufgrund biometrischer Charakteristika.

Biometrisches Rohdatum (biometrischer Abdruck): die physische oder digitale Repräsentation eines biometrischen Charakteristikums, das von einem biometrischen Erkennungssystem verwendet werden kann.

Biometrisches Template (biometrisches Muster): die digitale und kompakte Repräsentation eines biometrischen Rohdatums, die von einem biometrischen Erkennungssystem verwendet werden kann.

Biometrische Daten: biometrische Rohdaten oder Templates.

Biometrisches Enrolment (biometrische Registrierung): der Prozess der Ersterfassung eines biometrischen Datums eines Individuums und der Prozess der Speicherung dieses Datums, das anschliessend als biometrisches Referenzdatum dient.

Enrolment-Fehlfunktion (failure to enrol, «FTE»): der Anteil der Personen, bei denen das biometrische Erkennungssystem nicht in der Lage ist, ein biometrisches Referenzdatum von zufriedenstellender Qualität zu erfassen.

Biometrische Verifikation: der Prozess des Vergleichens (1:1) eines biometrischen Musterdatums mit einer biometrischen Probe, um zu verifizieren, ob die betroffene Person tatsächlich diejenige ist, als die sie sich ausgibt.

Biometrische Identifikation: der Prozess des Vergleichens (1:n) eines biometrischen Datums mit einer Gesamtmenge biometrischer Proben, die in einer Datenbank gespeichert sind, um herauszufinden, wer die betroffene Person ist.

Akquirierungsfehlfunktion (failure to acquire, «FTA»): der Anteil der Versuche, bei denen das biometrische Erkennungssystem nicht in der Lage ist, in ausreichender Qualität ein Bild zu erfassen.

Akzeptanzschwelle (threshold): Minimalwert, der bei einem biometrischen Vergleich erreicht werden muss, damit dieser als erfolgreich gilt. Wird der Wert so gewählt, dass die Falsch-Akzeptanz-Rate (FAR) gleich gross ist wie die Falsch-Rückweisungs-Rate (FRR), so wird diese Schwelle Gleichfehlerrate (EER) genannt.

Falsch-Akzeptanz-Rate (false acceptance rate «FAR»): die Wahrscheinlichkeit, mit der das biometrische Erkennungssystem ein Individuum fälschlicherweise identifiziert oder einen Betrüger fälschlicherweise als die Person erkennt, für die er sich ausgibt.

Falsch-Rückweisungs-Rate (false rejection rate «FRR»): die Wahrscheinlichkeit, mit der ein biometrisches Erkennungssystem bei der Identifikation oder bei der Verifikation einer registrierten Person versagt.

Biometrisches Template auf Karte: eine Speicherkarte, auf der biometrische Referenz-Templates gespeichert werden.

Biometrischer Vergleich auf Karte: eine Smartcard mit Chip, auf der biometrische Referenz-Templates gespeichert und mit erfassten biometrischen Proben verglichen werden können.

Biometrisches System auf Karte (encapsulated biometrics): eine Smartcard mit Chip und einem biometrischen Lesegerät (beim gegenwärtigen Stand der Technik kann dieses nur Fingerabdrücke lesen), auf dem biometrische Daten gesammelt, gespeichert und verglichen werden.

1.3 Grundlegende biometrische Techniken

Das Feld der biometrischen Erkennung befindet sich im ständigen Wandel. Die unterschiedlichen Technologien der biometrischen Erkennung, die zur Identifikation oder Verifikation einer behaupteten Identität dienen, beruhen auf der Analyse physiologischer Charakteristika (something you are; passive biometrics) oder verhaltensspezifischer Charakteristika (something you do; active biometrics) eines Individuums.

Physiologische Charakteristika:

- Gesichtszüge
- Fingerabdrücke
- Handumriss
- Irisscan
- Venenstruktur der Hand oder eines Fingers.

Verhaltensspezifische Charakteristika:

- Unterschrift
- Stimmbild
- Gangart
- Art des Tastenschreibens (keystroke).

Ein biometrisches Charakteristikum sollte zumindest die folgenden Eigenschaften erfüllen:

- Unterscheidbarkeit (distinctiveness), unterschiedliche Ausprägung von einem Individuum zum andern;
- Universalität (universality), etwas, über das jeder Mensch verfügt;
- Dauerhaftigkeit (permanence), etwas, das sich bei jedem Individuum über die Dauer der Zeit nicht verändert;
- Zugänglichkeit (collectability), etwas, von dem sich leicht ein Abbild erstellen lässt.

Idealerweise ist ein biometrisches Charakteristikum zudem:

- leistungsstark (performance), robust, genau, wirkungsvoll und rasch analysierbar;
- akzeptiert (acceptance), sodass das Sammeln der Daten nicht auf Widerstand stößt; und
- zuverlässig (reliability), damit eine Fälschung oder die Umgehung seiner Präsentation erschwert werden.

2. Leitprinzipien für biometrische Erkennungssysteme

Dieser Teil des Leitfadens enthält eine Liste der Leitprinzipien, die bei der Planung und beim Betrieb eines biometrischen Erkennungssystems zur Anwendung gelangen.

Die Bearbeitung von Personendaten hat rechtmässig zu erfolgen (Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Datenschutz [DSG]), und ihr Zweck (Art. 4 Abs. 2 und 4 DSG) muss für die betroffene Person erkennbar sein.

Der Zweck ihrer Bearbeitung (Art. 4 Abs. 3 DSG) ist streng zu beachten. Folglich dürfen Daten, die für den Gebrauch in einem biometrischen Erkennungssystem erhoben werden, nur im Einklang mit dem ursprünglich formulierten Zweck bearbeitet werden; Ausnahmen von dieser Regel (diese gelten insbesondere für den Zweck der Strafverfolgung) müssen vom Gesetz vorgesehen sein.

Für Personen, die nicht in der Lage sind, ein biometrisches Erkennungssystem zu benutzen, müssen Alternativen vorgesehen werden. Diese sind ferner all denjenigen Personen vorzuschlagen, die eine Verwendung ihrer biometrischen Daten zu Erkennungszwecken ablehnen; dies allerdings nur unter der Bedingung, dass die angebotene Alternative den beabsichtigten Zweck nicht infrage stellt.

Die Architektur des biometrischen Erkennungssystems hat einen grossen Einfluss darauf, ob und in welchem Ausmass die Persönlichkeit, die körperliche Unversehrtheit und die Würde eines Menschen verletzt werden könnten. Bereits in der Planungsphase müssen deshalb datenschutzrechtliche Überlegungen insbesondere betreffend Personendaten in die Konzeption dieser Systeme einfließen; auch bei deren Wartung haben biometrische Erkennungssysteme den Anforderungen des Datenschutzes zu genügen.

Nicht erlaubt ist die Verwertung zusätzlicher persönlicher Informationen (insbesondere über eine Krankheit oder über die ethnische Zugehörigkeit), die in den biometrischen Daten enthalten sind.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG) ist streng zu beachten. Biometrische Verfahren sollen nur dann eingesetzt werden, wenn sich das angestrebte Ziel nicht mit anderen, weniger intrusiven Mitteln erreichen lässt, oder wenn die Verwendung biometrischer Verfahren selbst dazu dient, den Datenschutz und die Datensicherheit zu gewährleisten. Es sind mit Blick auf den Zweck der Datenbearbeitung geeignete, angemessene und verhältnismässige Mittel zu verwenden, und zwar bei der Wahl des Erkennungssystems (herkömmliche Methoden und/oder biometrische Erkennung), den Prozessen der Erkennung (biometrische Verifikation versus Identifikation), den Modalitäten der Datenspeicherung (zentrale versus dezentrale Speicherung), den biometrischen Charakteristika (Charakteristika, die keine Spuren hinterlassen und deren Erfassung nicht bemerkbar ist versus solchen, die Spuren hinterlassen

und/oder deren Erfassung nicht bemerkbar ist) und der Wahl der biometrischen Daten (biometrische Templates versus biometrische Rohdaten).

Die Protokollierung biometrischer Prozesse (Enrolment und/oder Erkennung) muss insbesondere den Grundsätzen der Zweckbindung und Verhältnismässigkeit entsprechen. Das Erstellen der Logging-Dateien, ihre Aufbewahrungsdauer, ihre Anonymisierung und ihre Vernichtung sind an diesen beiden Grundsätzen auszurichten.

Bei der biometrischen Verifikation gilt es, Technologien, die keine zentrale Speicherung biometrischer Daten beinhalten, den Vorzug zu geben. Eine Verifikation ohne zentrale Speicherung erlaubt es den betroffenen Personen, die Verwendung ihrer Daten teilweise (biometrisches Template oder biometrischer Vergleich auf Karte) oder vollständig (biometrisches System auf Karte) zu kontrollieren. Die Aufbewahrung der Daten an einem Ort ist allerdings dann zulässig, wenn sie übergeordneten Sicherheitsinteressen dient.

Werden biometrische Daten zentral gespeichert, muss ein Verfahren für deren Löschung vorgesehen werden. Dies für den Fall, dass die Daten zum Erreichen derjenigen Ziele nicht mehr notwendig sind, die bei ihrer Erhebung bestanden, die im Gesetz formuliert sind oder die sich aus den Umständen ergeben.

Biometrische Erkennungssysteme sind so zu konzipieren und anzupassen, dass sie die Richtigkeit und Qualität biometrischer Daten (Art. 5 Abs. 1 DSGVO) gewährleisten. Zu diesem Zweck empfiehlt es sich einerseits, zuerst die Mindestanzahl derjenigen biometrischen Merkmale zu definieren, die ein zweckmässiges Niveau der Erkennung (Verifikation und Identifikation) erlauben. Andererseits gilt es insbesondere, als Funktion der zulässigen Falsch-Akzeptanz-Rate (FAR) eine bestimmte Akzeptanzschwelle zu bestimmen. Es gilt überdies zu beachten, dass falsche Rückweisungen (FRR) einen negativen Einfluss auf die betroffenen Personen haben. Generell zielt die getroffene Auswahl dieser Parameter darauf ab, mit Blick auf die Zweckbindung des Erkennungssystems dessen Zuverlässigkeit und Effizienz zu gewährleisten.

Technische und organisatorische Massnahmen (die der Sensibilität der bearbeiteten biometrischen Daten Genüge tun) müssen ergriffen werden, um die Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSGVO) zu gewährleisten. Dies gilt insbesondere für die Speicherung und die Bekanntgabe dieser Daten.

Die Rechte der betroffenen Personen (Art. 8 DSGVO) sind zu gewährleisten. Betroffene Personen müssen die Möglichkeit haben, die Verwendung ihrer biometrischen Daten zu kontrollieren. Ferner gilt es, sie angemessen über die Datenbearbeitung zu informieren und miteinzubeziehen (Erhebung der biometrischen Angaben bei der betroffenen Person, oder zumindest Datenerhebung mit ihrem Wissen). Von dieser Pflicht ausgenommen sind jene Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich vorsieht, dass die Datenbearbeitung im Geheimen erfolgt. Schliesslich haben betroffene Personen ein Anrecht auf Zugang zu ihren biometrischen Daten; sie haben

ebenso das Recht, die Berichtigung oder die Zerstörung ihrer Daten zu verlangen.

Der Inhaber einer Datensammlung muss dem EDÖB gegebenenfalls eine biometrische Datensammlung anmelden (Art. 11a Abs. 2 und 3 DSGVO).

3. Evaluationsleitfaden

3.1 Einleitung

Biometrische Erkennungssysteme bergen Risiken hinsichtlich der Wahrung der Grund- und Freiheitsrechte. Um die Datensicherheit und die Zuverlässigkeit des Systems zu gewährleisten, ist es daher wichtig, das Verhältnismässigkeitsprinzip sowohl bei der Wahl des Systems (herkömmliche und/oder biometrische Mittel), als auch bei der Wahl des Erkennungsprozesses (Verifikation oder Identifikation), der Modalitäten der Speicherung (zentral oder dezentral), der biometrischen Charakteristika und der biometrischen Daten (Rohdaten oder Templates) zu beachten. Die Bearbeitung von Personendaten muss folglich mit Mitteln erfolgen, die im Hinblick auf den Zweck der Datenbearbeitung notwendig und geeignet sind.

Dieser Teil des Leitfadens gilt der Evaluierung und ist in vier Unterkapitel aufgeteilt: Zweckbindung, Rechtmässigkeit und Transparenz (3.2); Erkennungsmittel (3.3); Datensicherheit und Zuverlässigkeit des Systems (3.4); Rechte der betroffenen Personen (3.5).

Er geht auf die Faktoren ein, die es bei der Analyse biometrischer Erkennungssysteme hinsichtlich des Datenschutzes zu berücksichtigen gilt; zu jedem dieser Aspekte enthält der vorliegende Leitfaden einen Kommentar.

3.2 Zweckbindung, Rechtmässigkeit und Transparenz

Die Bearbeitung von Personendaten hat zu klar definierten Zwecken sowie rechtmässig zu erfolgen. Der Bearbeitungszweck muss für die betroffenen Personen ersichtlich sein. Zudem hat eine spätere Bearbeitung von Personendaten im Einklang mit dem ursprünglich formulierten Zweck zu stehen.

3.2.1 Welches sind die Ziele, die mit der Einführung des biometrischen Erkennungssystems erreicht werden sollten?

Das Ziel der Bearbeitung biometrischer Daten muss klar definiert und für die betroffenen Personen erkennbar sein.

3.2.2 *Wie ist der Erkennungsvorgang beschaffen: Handelt es sich um eine biometrische Identifikation oder Verifikation?*

Falls das Ziel darin besteht, eine behauptete Identität (claimed identity) zu verifizieren, ist die Durchführung einer biometrischen Verifikation angebracht. Diese kommt dem Bedürfnis nach einer «starken Authentifikation» entgegen, die sich mit herkömmlichen Methoden wie Passwörtern oder Zugriffsausweisen (Tokens) nicht bewerkstelligen lässt.

Die biometrische Identifikation birgt ein grösseres Risiko, dass die Rechte der betroffenen Person verletzt werden. Die Durchführung einer solchen Identifikation ist daher nur angebracht, wenn sich ohne sie das angestrebte Ziel, nämlich die Identität der betreffenden Person in Erfahrung zu bringen, nicht erreichen lässt. In diesem Zusammenhang gilt es auch zu präzisieren, ob der Identifikationsvorgang vollständig automatisiert sein soll oder nicht.

3.2.3 *Sind die biometrischen Daten zentral oder dezentral gespeichert (Modalitäten der Speicherung)?*

Die Anforderungen an den Datenschutz steigen, wenn biometrische Angaben zentral gespeichert werden, was für jeden biometrischen Identifikationsprozess notwendig ist. Der Inhaber einer Datensammlung hat insbesondere die Zweckbindung der Datenbearbeitung zu beachten. Er darf ferner biometrische Daten nicht als einheitlichen Identifikator benutzen, und er hat ihre Richtigkeit sicherzustellen. Der Inhaber einer Datensammlung muss zudem den betroffenen Personen den Zugang zu ihren Daten garantieren und die Datei durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen (Verschlüsselung, Backups etc.) sichern.

Werden die biometrischen Angaben mit dem Ziel bearbeitet, die behauptete Identität einer bestimmten Person zu verifizieren, muss man jedes biometrische Referenzdatum integral (oder teilweise⁸) und dezentral auf einem persönlichen Datenträger speichern. Es existieren verschiedene Typen von Datenträgern, die es den betroffenen Personen erlauben, die Verwendung ihrer biometrischen Daten teilweise (biometrisches Template oder biometrischer Vergleich auf Karte) oder vollständig (biometrisches System auf Karte) zu kontrollieren. Eine vollständige informationelle Selbstbestimmung bedingt, dass die betroffene Person immer im Besitz ihrer biometrischen Daten ist; zurzeit gewährleistet dies nur die technisch am weitesten fortgeschrittene Lösung.

⁸ Jüngere Entwicklungen bevorzugen die Zweiteilung eines biometrisches Referenz-Templates, wobei ein Teil dezentral und das andere zentral gespeichert wird. Die Besonderheit dieser Lösung liegt darin, dass ein Vergleich nur dann möglich ist, wenn sich beide Teile des Templates vor Ort befinden.

Die einfacheren Lösungen (biometrisches Template auf Karte) lassen bloss eine Speicherung biometrischer Referenzdaten auf einem persönlichen Datenträger zu. Lösungen mit mittlerem Komplexitätsgrad (biometrischer Vergleich auf Karte) gestatten überdies die Durchführung des Vergleichsvorgangs auf der Karte selbst. Die technisch am weitesten fortgeschrittenen Lösungen schliesslich (biometrisches System auf Karte), die in der Praxis ausschliesslich auf Fingerabdrücken basieren, erlauben es, biometrische Referenzdaten auf der Smartcard zu speichern und auch den Vergleichs- und Entscheidungsvorgang (Akzeptanz oder Rückweisung nach biometrischer Verifikation) auf der Karte durchzuführen.

3.2.3.1 Biometrisches Template auf Karte

In diesem Fall hat die betroffene Person eine teilweise Kontrolle über die Verwendung ihrer biometrischen Daten, die auf der Karte gespeichert sind.

Während der Verifikation werden die notwendigen biometrischen Daten vom Smartcard-Lesegerät gelesen und an das Erkennungssystem übermittelt. Es ist möglich, dass anlässlich dieser Übertragung eine nicht autorisierte Kopie der Daten angefertigt wird.

3.2.3.2 Biometrischer Vergleich auf Karte

Eine Smartcard, auf der ein biometrischer Vergleich stattfindet, ist mit einer autonomen Recheneinheit ausgerüstet. Dies bedeutet, dass der Vergleich der biometrischen Merkmale (Probe) und der lokal gespeicherten biometrischen Daten (biometrisches Referenz-Template) auf der Karte stattfindet. An das Kontrollsystem wird einzig eine Akzeptanz oder eine Rückweisung übermittelt, biometrische Angaben gelangen nicht hinein. Die betroffene Person hat folglich die vollständige Kontrolle über ihre biometrischen Daten und auch über diejenigen Angaben, die anlässlich des Übermittlungsvorgangs beim Vergleichsvorgang anfallen. Allerdings ist die betroffene Person nicht in der Lage, die Verwendung der Daten, die zwischen Lesegerät und Karte übermittelt werden, zu kontrollieren.

3.2.3.3 Biometrisches System auf Karte

Die betroffene Person hat die vollständige Kontrolle über die Verwendung ihrer biometrischen Daten, die auf der Smartcard gespeichert sind. Dies, weil die Karte über eine Recheneinheit und ein biometrisches Lesegerät verfügt. Es findet somit zwischen der Smartcard und dem Zutrittskontrollsystem keinerlei Austausch von biometrischen Referenz- oder Übermittlungsdaten statt. Im vorliegenden Fall gibt das biometrische System einem Dienstanbieter ausschliesslich ein «Einwegpasswort» preis, das nur eine dafür authentifizierte Person generieren und benutzen kann.

3.2.4 Welche sind die Rechtfertigungsgründe der Datenbearbeitung?

Jegliche Bearbeitung von Personendaten durch die Bundesorgane bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Zusätzlich dürfen besonders schützenswerte Daten oder Persönlichkeitsprofile nur dann bearbeitet werden, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies ausdrücklich vorsieht. Die Gründe wiederum, die eine Bearbeitung von Personendaten durch Private rechtfertigen, lauten folgendermassen: Die betroffene Person hat entweder ihre Einwilligung gegeben, oder es besteht ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse an der Datenbearbeitung. Zulässig ist diese durch Private auch, wenn das Gesetz dies vorsieht. Die Einwilligung muss ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erteilt worden sein. Dies bedingt, dass die betroffene Person ausreichend informiert wurde und man ihr – sofern der Zweck der Bearbeitung nicht infrage gestellt wird – eine Alternative zur biometrischen Erkennung angeboten hat.

3.3 Erkennungsmittel

Wenn es um die Wahl der Erkennungsmittel geht, ist es äusserst wichtig, den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Auch zu beachten ist dieser Grundsatz bei der Wahl der Modalitäten der biometrischen Erkennung (Verifikation oder Identifikation), der biometrischen Charakteristika, der gespeicherten biometrischen Daten und der Art der Daten (besonders schützenswerte Daten oder nicht). Im Hinblick auf den Zweck der Datenbearbeitung ist es angebracht, geeignete, angemessene und notwendige Mittel zu wählen. Konkret geht es darum, zur Erfüllung des angestrebten Zwecks diejenigen biometrischen Technologien, die am wenigsten intrusiv sind, anzuwenden.

3.3.1 Welches Vorgehen wird für den Erkennungsvorgang gewählt?

Die Modalitäten eines biometrischen Erkennungsvorgangs lauten: etwas, das Sie sind (physiologisches Charakteristikum) oder etwas, das Sie tun (verhaltensspezifisches Charakteristikum). Traditionelle Methoden zur Authentifizierung hingegen basieren auf etwas, das Sie wissen (PIN, Passwort, ...) oder etwas, das Sie haben (Karten, Ausweise, Schlüssel, Badges, ...); die letztgenannten Gegenstände können eine Authentifizierung mit oder ohne direkte Kontaktnahme bewerkstelligen.

Der Vorgang der biometrischen Verifikation sollte, soweit möglich, auf der Grundlage nur eines biometrischen Datums stattfinden (oder unter Zuhilfenahme mehrerer biometrischer Daten, falls die Umstände dies rechtfertigen); diese Methoden lassen sich gegebenenfalls mit herkömmlichen Authentifizierungsmitteln ergänzen.

Beim Vorgang der biometrischen Identifizierung führt eine einzige Probe zu einer mehr oder weniger grossen Gruppe von Personen. Aus die-

sem Grund ist die Identifizierung eines Individuums nur unter Zuhilfenahme weiterer Hinweise möglich; diese können sowohl von zusätzlichen biometrischen Proben stammen, als auch jede sonstige sachdienliche Information umfassen.

Die Frage, inwiefern sich die angestrebten Zwecke miteinander vereinbaren lassen, wirft auch die Frage nach der Interoperabilität der verschiedenen Systeme auf, die auf biometrischer Technik beruhen. Interoperabilität verlangt nach einer Standardisierung, was die Verknüpfungsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Datenbanken erhöht.

3.3.2 Handelt es sich um biometrische Charakteristika, die im Alltag Spuren hinterlassen? Ist es möglich, diese biometrischen Charakteristika ohne Kenntnis der betroffenen Person zu erfassen (nicht bemerkbare Erfassung)?

Gewisse biometrische Charakteristika lassen sich ohne das Wissen der betroffenen Person erfassen. Im Alltag hinterlässt jede und jeder mehr oder weniger leicht auswertbare Spuren, die verschiedene biometrische Charakteristika enthalten. Zudem können gewisse biometrische Daten ohne das Wissen der betroffenen Personen erfasst werden.

Es sind biometrische Verfahren zu bevorzugen, die Daten erfassen, die keine oder nur wenige Spuren hinterlassen und die eine Erfassung ohne das Wissen der betroffenen Person verunmöglichen⁹.

3.3.3 Werden biometrische Rohdaten und/oder biometrische Templates gespeichert?

Biometrische Templates enthalten weniger Informationen über die betroffene Person; deshalb ist ihre Verwendung jener von Rohdaten vorzuziehen. Das Ziel besteht darin, zur Erfüllung des gewünschten Zwecks eine ausreichende Zahl von Referenzmerkmalen herauszuziehen.

Falls Rohdaten gespeichert werden, sind die Gründe, die eine Datenbearbeitung rechtfertigen, zu erwähnen.

⁹ Die Artikel-29-Datenschutzgruppe führt in ihrem Arbeitspapier Nr. 80 vom 1. August 2003 aus: «Nach Ansicht der Datenschutzgruppe sind biometrische Systeme, die zur Zugangskontrolle (Authentifikation/Verifikation) eingesetzt werden, mit geringeren Gefahren für den Schutz der Grundrechte und -freiheiten des Einzelnen verbunden, wenn sie entweder auf Körpermerkmalen basieren, die keine Spuren hinterlassen (z.B. Form der Hand, aber keine Fingerabdrücke), oder wenn sie zwar Körpermerkmale verwenden, die Spuren hinterlassen, die Daten jedoch nicht auf einem Medium speichern, das sich nicht im Besitz der betroffenen Person befindet (mit anderen Worten, wenn die Daten nicht im Gerät, das den Zugang kontrolliert, oder in einer zentralen Datenbank gespeichert werden).»

3.3.4 Handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSGVO?

Biometrische Daten sind personenbezogen. Abhängig von den bearbeiteten biometrischen Charakteristika können diese Daten zusätzliche Informationen über die Rassenzugehörigkeit oder den Gesundheitszustand der betroffenen Person enthalten. In diesem Fall handelt es sich um besonders schützenswerte Daten nach Artikel 3 Buchstabe c DSGVO. Nach dem gegenwärtigen Forschungsstand lassen unter anderem Fingerabdrücke, die Hand- und Gesichtsgeometrie, ein digitaler Scan der Iris und die Stimmerkennung Rückschlüsse auf Rasse und Gesundheitszustand einer Person zu.

3.4 Datensicherheit und Zuverlässigkeit des Systems

3.4.1 Welche Systemarchitektur hat das biometrische Erkennungssystem?

Ein biometrisches Erkennungssystem deckt im Wesentlichen drei Arbeitsschritte ab: die vorgängige Erfassung, die nachfolgende Verifikation oder Identifikation und schliesslich die Erteilung des Zugangs an die erkannte (authentifizierte) Person. In unserem Zusammenhang umfasst die Erfassungsphase im Wesentlichen die formelle Identifikation der betroffenen Person sowie die biometrische Erfassung.

Obwohl zwischen den zu erfüllenden Zwecken und dem jeweiligen Erkennungssystem grosse Unterschiede bestehen, haben die Systeme eine grosse Zahl von Gemeinsamkeiten, was eine allgemeine Beschreibung ermöglicht.

Grundsätzlich umfasst ein biometrisches Erkennungssystem die folgenden Unter Systeme: Datenerfassung, Datenübertragung, Signalbearbeitung, Datenspeicherung, Vergleich, Entscheidung und Administration.

3.4.1.1 Schematische Darstellung eines biometrischen Erkennungssystems

Mithilfe eines Sensors wird der betroffenen Person eine biometrische Probe entnommen. Der Sensor sendet diese Daten an einen Prozessor, der auf reproduzierbare Weise eindeutige Merkmale extrahiert; alle anderen Daten entfallen dabei. Diese Merkmale werden anschliessend als Referenz in einer Datenbank gespeichert; sie werden auch «Referenz» oder «biometrisches Template» genannt. In einigen Fällen werden auch biometrische Rohdaten (ohne bestimmte Merkmale zu extrahieren) als biometrische Referenz gespeichert. Eine neue biometrische Probe kann mit einem bestimmten, mit mehreren oder gar mit allen Referenzen aus einer Datenbank verglichen werden; auf diese Weise lässt sich ermitteln, ob zwischen Probe und Referenzen eine Übereinstimmung besteht. Die Entscheidung, ob die Identität eines Menschen mit dessen behaupteter Identität übereinstimmt (Verifikation) oder ob dieser Mensch der gesuchte ist (Identifika-

tion), fällt anhand der Ähnlichkeit zwischen den Merkmalen der Probe und der verglichenen Referenz(en).

Die Untersysteme eines biometrischen Erkennungssystems funktionieren folgendermassen:

Datenerfassung: Ein Sensor entnimmt der betroffenen Person biometrische Charakteristika und wandelt das Bild oder die sonstigen Signale in ein biometrisches Template um. Es ist wichtig, dass der Sensor merkt, ob es sich bei der betroffenen Person um eine lebende, eine echte Person handelt (Zuverlässigkeit). Ferner ist es von Vorteil, wenn der Sensor für sein Funktionieren keinen physischen Kontakt erfordert (was sowohl die Sicherheit des Erkennungssystems als auch die Akzeptanz dieser Systeme beeinflusst).

Datenübertragung: Biometrische Proben, Referenz-Templates, Resultate und Entscheidungen werden zwischen den verschiedenen Untersystemen ausgetauscht; dies geschieht eventuell mithilfe standardisierter Formate zum Austausch biometrischer Daten. Die entnommene Probe kann vor dem Austausch komprimiert und/oder verschlüsselt und vor der Verwendung wieder dekomprimiert resp. entschlüsselt werden. Insbesondere die Verschlüsselung wird empfohlen, da sie die Vertraulichkeit und die Unversehrtheit der übermittelten Daten gewährleistet.

Signalbearbeitung: Hier findet in erster Linie der Vorgang der Segmentierung statt; dabei wird versucht, das Signal des persönlichen biometrischen Charakteristikums in der erfassten biometrischen Probe zu lokalisieren. In diesem Untersystem läuft auch die Extraktion der Merkmale ab; auf reproduzierbare Weise werden hier also die eindeutigen Merkmale aus der erfassten biometrischen Probe herausgezogen. Ferner findet in diesem Teil des Systems eine Qualitätskontrolle statt, welche die biometrische Probe, Merkmale etc. einer Prüfung unterzieht; das Untersystem «Signalbearbeitung» kann dabei die Kontrolle dem Untersystem «Datenerfassung» zurückgeben, sodass dieses weitere biometrische Proben sammelt. Möglich ist aber auch, dass das Untersystem «Signalbearbeitung» die Parameter für die Segmentierung oder die Extraktion verändert.

Datenspeicherung: Die Gesamtheit aller gespeicherten biometrischen Referenzen bildet eine «Enrolment-Datenbank»; diese Datenbank kann unter Umständen weitere Einzelheiten über die registrierte Person oder zum Enrolmentvorgang enthalten. Die Referenzen werden entweder im Erfassungsgerät selbst, auf einem tragbaren Speichermedium (Smartcard), auf einem PC, einem lokalen Server oder in einer zentralen Datenbank gespeichert.

Vergleich: Die Merkmale der Probe werden mit einer (Verifikation) oder mit mehreren Referenzen verglichen (Identifikation); die Resultate des Vergleichs (Grad der Übereinstimmung) werden anschliessend an das Untersystem «Entscheid» übermittelt.

Entscheidung: Als erfolgreich gilt ein Vergleich, wenn das Resultat auf der Höhe der vorher festgelegten Akzeptanzschwelle (threshold) oder darüber liegt. Ansonsten gilt er als gescheitert. Beim Vorgang einer biometrischen Identifikation lässt sich dank einem erfolgreichen Vergleich eine Liste der möglichen Kandidatinnen und Kandidaten erstellen.

Administration: Dieses Untersystem dirigiert die anderen Untersysteme des biometrischen Systems. So kann es beispielsweise der betroffenen Person während oder nach dem Erfassungsvorgang Informationen geben. Das Untersystem «Administration» gestattet es auch, die Höhe der Akzeptanzschwelle sowie jeden anderen Parameter, der das Gesamtverhalten des Erkennungssystems beeinflussen könnte, zu definieren. Dank ihm lässt sich ferner bestimmen, ob die Vorgänge im gesamten System protokolliert werden (Logfiles). Von hier aus kann also das Hauptprogramm angesteuert werden, welches für das gesamte biometrische Erkennungssystem zuständig ist.

Angesichts der Komplexität eines solchen Systems liegt es auf der Hand, dass seine Sicherheit von derjenigen seiner Untersysteme abhängt. Vorteilhaft ist es deshalb, Verfahren und Produkte einzusetzen, die über eine Zertifizierung im Bereich des Datenschutzes verfügen (Art. 5 VDSZ ab 1.1.2010). Aber sogar, wenn man dafür nur zertifizierte Produkte verwendet, bleibt die Inbetriebnahme eines solchen Systems eine schwierige Aufgabe; die Planung und die Wartung verlangen eine dauernde Aufmerksamkeit, damit es die Anforderungen an den Datenschutz erfüllt.

3.4.2 Welche Sicherheitsmassnahmen wurden getroffen?

Es müssen technische und organisatorische Massnahmen ergriffen werden, die der Sensibilität der bearbeiteten Daten Rechnung tragen; ferner gilt es zu verhindern, dass sich jemand unberechtigterweise Zugang verschafft. Die Zugangskontrollen können physisch (Zutritt) oder logisch (Zugriff) erfolgen.

Die Frage nach den Sicherheitsmassnahmen stellt sich insbesondere, wenn es um die Untersysteme «Datenspeicherung» und «Datenübertragung» geht.

3.4.3 Wie läuft der Prozess des biometrischen Enrolments ab?

Während eines Enrolments wird in einem ersten Schritt mittels eines Sensors ein biometrisches Rohdatum aufgenommen; das erfasste Bild wird anschliessend analysiert, und ein biometrisches Template wird extrahiert. In diesem Zusammenhang sind die folgenden Fragen von Belang: Wie werden die Merkmale extrahiert, und wie viele davon werden herangezogen, um das biometrische Template zu entwerfen (anders gefragt: Ist es möglich, die Anzahl der biometrischen Merkmale anzupassen, zu reduzieren)?

3.4.4 Wie hoch ist die Rate der Enrolment-Fehlfunktion (FTE)?

Die Rate der Enrolment-Fehlfunktionen umschreibt, bei wie vielen Personen während des Enrolments Schwierigkeiten auftreten. Die Höhe dieser Fehlerrate hängt stark davon ab, welches biometrische Charakteristikum erfasst wird. Weil diese Schwierigkeiten auftreten können, muss eine Alternative zur biometrischen Erkennung angeboten werden (Grundsatz der Nichtdiskriminierung).

3.4.5 Wieviele Personen werden registriert?

Im Zusammenhang mit einem Identifikationsvorgang ist die Zahl der registrierten Personen von besonderer Wichtigkeit, bestimmt doch diese Zahl die Grösse einer zentralen Datenbank und damit auch den Umfang der Liste der Kandidatinnen und Kandidaten, die für einen Vergleich «1:n» herangezogen wird. Hinsichtlich des Identifikationsvorgangs ist zu sagen, dass eine vollständig automatisierte Identifikation in der Praxis nur dann funktionieren würde, wenn die Liste eine einzige Kandidatin oder einen einzigen Kandidaten enthielte. Falls die Liste aber mehrere Personen enthält, muss die Identifikation in der Regel «manuell», auf der Grundlage weiterer Kriterien, erfolgen.

3.4.6 Wie läuft der Prozess der biometrischen Erkennung ab?

Beim Prozess der biometrischen Erkennung unterzieht man die behauptete Identität einer Person einer Prüfung oder identifiziert ein Individuum. Dabei werden biometrische Referenzdaten (anlässlich des Enrolments gesammelt) mit einer Probe (während des Erkennungsvorgangs entnommen) verglichen. Es ist wichtig zu betonen, dass biometrische Erkennungsvorgänge mit den Methoden der Wahrscheinlichkeit arbeiten (probabilistischer Charakter): Aus dem Vergleich der Daten lässt sich bloss ein Ähnlichkeitswert errechnen; das biometrische System wird die betroffene Person nur dann «erkennen», wenn der Ähnlichkeitswert die vorher festgelegte Akzeptanzschwelle erreicht oder überschreitet.

3.4.7 Wie hoch ist die Akzeptanzschwelle – von der ertragbaren Falschakzeptanzrate abhängig – angesetzt? Wie hoch ist die daraus resultierende Falsch-Rückweisungs-Rate?

Je höher man die Akzeptanzschwelle ansetzt, desto höher wird auch die Falsch-Rückweisungs-Rate (FRR) ausfallen. Eine falsche Rückweisung bedeutet, dass eine vorgängig biometrisch registrierte Person vom System nicht erkannt wird. Eine Senkung der Akzeptanzschwelle (threshold) führt zu einer verminderten Falsch-Rückweisungs-Rate, hat aber gleichzeitig die

ärgerliche Folge, dass proportional dazu die Falsch-Akzeptanz-Rate (FAR) ansteigt; dies erhöht das Risiko des Identitätsdiebstahls.

3.4.8 Werden die biometrischen Prozesse (Enrolment und Erkennung) protokolliert? Falls ja, welche?

Auch diese Datenbearbeitung (Erhebung, Aufbewahrung, Vernichtung oder Anonymisierung der Protokoll- oder Log-Dateien) muss den Grundsätzen der Zweckbindung und der Verhältnismässigkeit entsprechen.

3.5 Rechte der betroffenen Personen

3.5.1 Welche Massnahmen wurden getroffen, um die Rechte der betroffenen Personen zu wahren?

Der betroffenen Person muss das Recht auf Zugang zu ihren Daten gewährt werden; die Person kann verlangen, dass ihre Daten gegebenenfalls berichtigt oder vernichtet werden. Kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Personendaten dargetan werden, so kann die betroffene Person verlangen, dass bei den Daten ein entsprechender Vermerk angebracht wird.

Werden besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet oder Persönlichkeitsprofile angelegt, ist die betroffene Person zudem ausreichend darüber zu informieren. Sie muss mindestens die folgenden Angaben erhalten: die Identität des Inhabers der Datensammlung; den Zweck der Datenbearbeitung sowie die Kategorie der Datenempfänger, falls eine Datenbekanntgabe vorgesehen ist.

Schliesslich muss eine Alternative zur biometrischen Erkennung vorgesehen werden, um Personen, die ausserstande sind, ein biometrisches Erkennungssystem zu benutzen, nicht zu diskriminieren (falls diese Personen nicht über die verlangten biometrischen Angaben verfügen, oder falls die Qualität ihrer Daten nicht ausreicht). Diese Alternative ist ferner all denjenigen Personen vorzuschlagen, die eine Verwendung ihrer biometrischen Daten zu Erkennungszwecken ablehnen; dies allerdings nur unter der Bedingung, dass das Anbieten der Alternative den beabsichtigten Zweck nicht infrage stellt.

3.5.2 Wurde dem EDÖB die Datensammlung angemeldet?

Die Anmeldung einer Datensammlung und die Führung eines online zugänglichen Registers der Datensammlungen durch den EDÖB dienen zwei Zielen: Einerseits sollen sie Transparenz schaffen und den betroffenen Personen die Wahrung ihrer Rechte erleichtern; andererseits soll der EDÖB dadurch seine Aufsichtspflichten wahrnehmen können.

Diejenigen Bundesbehörden und Privatpersonen, die regelmässig besonders schützenswerte Daten oder Persönlichkeitsprofile bearbeiten oder wiederholt Personendaten an Dritte bekannt geben, müssen ihre Datensammlung beim EDÖB anmelden; es gelten die Ausnahmen nach Artikel 11a Absatz 5 DSG.

Für nähere Informationen zu den Modalitäten der Anmeldung verweisen wir Sie auf die Website des EDÖB (www.edoeb.admin.ch).

III. 17. Tätigkeitsbericht 2009/2010 des EDÖB, Arbeitsbereich, S. 66 ff.¹⁰

1. Datenschutz im Rahmen der Verwendung der elektronischen Infrastruktur in der Bundesverwaltung

Die Bundesverwaltung verfügt über keine Rechtsgrundlage für die Bearbeitung der mit ihrer elektronischen Infrastruktur verbundenen Daten. Eine departementsübergreifende Arbeitsgruppe hat einen Entwurf für die Schaffung einer solchen Rechtsgrundlage ausgearbeitet.

Für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben hat die Bundesverwaltung in den letzten Jahren eine elektronische Infrastruktur eingerichtet (Computer, Netzwerke, Website, elektronische Post usw.). Die Informationen werden elektronisch bearbeitet (zum Beispiel E-Mails), und die Nutzung dieser Infrastruktur erzeugt eine ganze Reihe elektronischer Spuren (zum Beispiel Logfiles).

Die mit der Verwendung der elektronischen Infrastruktur verbundene Datenmenge, einschliesslich der Sicherungskopien, ist gewaltig und hängt sehr häufig mit einer identifizierten oder identifizierbaren Person zusammen (persönliche E-Mail-Adresse, IP-Adresse usw.). Ausserdem kann es sich bei den bearbeiteten Personendaten um besonders schützenswerte Daten handeln (zum Beispiel um den Inhalt privater E-Mails oder die Liste der besuchten Websites).

Für die Bearbeitung von Daten dieses Typs muss die Bundesverwaltung über eine formelle Gesetzesgrundlage verfügen, doch hat diese bisher gefehlt. Unter dem Gesichtspunkt des Datenschutzes ist diese Situation nicht vertretbar. Um diese Lücke zu beheben, wurde unter der Leitung des Bundesamtes für Justiz (BJ) eine Arbeitsgruppe geschaffen, an der das Bundesamt für Informatik und Telekommunikation (BIT), das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), das Informatikstrategieorgan Bund (ISB), die Bundeskanzlei (BK), das eidgenössische Personalamt (EPA) und der EDÖB beteiligt sind.

Der erste Entwurf zur Abänderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) sah vor, dass die Bundesverwaltung befugt sein sollte, nach Belieben sämtliche mit der elektronischen Infrastruktur verbundenen Daten zu bearbeiten, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. In der Vernehmlassung stiess der Entwurf auf heftige Kritik. Die Arbeitsgruppe änderte daraufhin ihre Sichtweise. Die zweite Änderungsvorlage zum RVOG führt ein generelles Verbot der Bearbeitung der mit der elektronischen Infrastruktur verbundenen Daten ein, mit Aus-

¹⁰ Aus www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > Publikationen.

nahmen. Unter dem Aspekt des Datenschutzes ist dieser zweite Vorschlag besser, denn er verpflichtet die Verantwortlichen der elektronischen Infrastruktur zu bestimmen, welche Datenbearbeitungen notwendig sind.

2. Anwesenheitskontrolle mittels Fingerabdrücken

Ein Unternehmen hat uns angefragt, wie ein System zur Kontrolle der Anwesenheit und zur Arbeitszeiterfassung von Mitarbeitenden mittels Fingerabdruck aufgebaut werden kann. Wir haben dem Unternehmen, um die Risiken bei der Bearbeitung von biometrischen Daten einzuschränken, empfohlen, nicht den Fingerabdruck selbst, sondern nur einen Extrakt daraus zu verwenden.

Bei den Fingerabdrücken und den daraus extrahierten Merkmalen handelt es sich um biometrische Daten. Sie sind in aller Regel unverwechselbare Wesensmerkmale einer Person und lassen eine Verwendung durch unberechtigte Dritte nicht zu. Somit schränken biometrische Authentifizierungssysteme die Risiken der klassischen Stempelkarten (wie Verlust, Kopieren oder Diebstahl) stark ein.

Allerdings sollte anstelle des Fingerabdrucks nur ein Extrakt daraus verwendet werden, um die mit der Bearbeitung von biometrischen Daten verbundenen Sicherheitsrisiken gering zu halten. Dabei filtert man bestimmte Merkmale des Fingerabdrucks heraus, die sich eindeutig einer Person zuordnen lassen. So wird das Risiko einer Zweckentfremdung der Daten minimiert, während eine sichere Kontrolle der Anwesenheit und die Zeiterfassung der Mitarbeitenden gewährleistet bleibt. Die extrahierten Merkmale des Fingerabdrucks des Mitarbeiters sollten darüber hinaus auf einer Chipkarte lokal gespeichert werden. Der Aufbau einer zentralen Datenbank mit biometrischen Merkmalen, welche diversen Sicherheitsrisiken ausgesetzt ist, ist nicht nötig.

Mehrere Unternehmen haben ähnliche Anfragen zum Einsatz von biometrischen Merkmalen gestellt, was uns dazu veranlasst hat, einen Leitfaden zu biometrischen Erkennungssystemen zu verfassen, zu finden unter www.derbeauftragte.ch > Dokumentation > Datenschutz > Leitfäden.

3. Spionagesoftware am Arbeitsplatz

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

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

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

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

4. Familienzulagen und Anmeldeformular

Bereits im vergangenen Jahr haben wir die gesetzliche Einführung des Familienregisters begrüsst und zur entsprechenden Rechtsgrundlage keine Einwände vorgebracht. In der Folge haben wir aus der Bevölkerung mehrere Anfragen im Zusammenhang mit den verschiedenen Anmeldeformularen und den damit erhobenen Personendaten erhalten. Daher haben wir vorgeschlagen, die Anmeldeformulare einheitlich zu gestalten.

Nachdem wir die gesetzliche Grundlage über die Familienzulagen gutgeheissen haben (vgl. unseren 16. Tätigkeitsbericht 2008/2009, Ziff. 1.7.1) und das Gesetz am 1.1.2009 in Kraft getreten ist, erhielten wir aus der Bevölkerung diverse Anfragen über die Sensibilität der Personendaten, die mittels Familienzulagenformularen erhoben werden. In der Folge stellten wir fest, dass sich die Formulare zur Datenerhebung zwecks Beantragung solcher Zulagen inhaltlich sehr unterschieden. Weil mit diesen Formularen auch besonders schützenswerte Personendaten erhoben werden und die Praxis der verschiedenen Familienausgleichskassen unterschiedlich war, regten wir an, die Formulare schweizweit zu vereinheitlichen. Wir schlugen vor, den materiellen Inhalt der Antragsformulare auf gesetzlicher Ebene, im Familienzulagengesetz, zu regeln. Die Umsetzung und Anwendung dieses Gesetzes liegt zwar in der Verantwortung der kantonalen Ausführungsorgane. Unserer Ansicht nach tangiert aber die Ver-

einheitlichung des Inhalts der Formulare diese kantonale Aufsichtskompetenz nicht.

5. Gesundheitscheck für die Mitarbeiter der Post

Die Post stellte uns ein Gesundheitsmanagementprojekt vor. Es bezweckt im Wesentlichen gesundheitliche Prävention, Absenzenmanagement und auch Case Management für Unfall- oder Krankheitsfälle. Dabei fallen Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer an, die vom Arbeitgeber bearbeitet werden. Wir haben das Projekt analysiert und nichts dagegen einzuwenden, sofern aus datenschutzrechtlicher Sicht bestimmte Bedingungen eingehalten werden.

Das Gesundheitsmanagementprojekt der Post dient der Gesundheitsvorsorge der Mitarbeiter, der Handhabung von Unfall- und Krankheitsfällen und der Verwaltung von Abwesenheiten. Die Post als Arbeitgeberin wird in diesem Zusammenhang Gesundheitsdaten der Mitarbeitenden und damit auch besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Wir erklärten den Verantwortlichen, dass ein solches Projekt mit gesundheitspräventiven Massnahmen, abgesehen von der in der Invalidenversicherung vorgesehenen Früherfassung, nur im Rahmen der üblichen arbeitsrechtlichen Bestimmungen erfolgen darf. Denn eine gesetzliche Delegation der in der IV vorgesehenen Massnahmen an den Arbeitgeber ist nicht vorgesehen. Der Arbeitgeber braucht somit für ein solches Gesundheitsmanagementprojekt die Einwilligung der Arbeitnehmenden; und da es dabei nicht um die Erfüllung des Arbeitsvertrags geht, ist beiderseitige Freiwilligkeit Voraussetzung. Zwar obliegt dem Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht, die auch Gesundheitsschutz und Gesundheitsprävention beinhaltet, jedoch beschränkt sich diese Pflicht auf arbeitstechnische Gegebenheiten und Probleme. Abweichungen sind denkbar, gehören jedoch in den Bereich der Ausnahmen (z.B. offensichtliche, sich wiederholende gesundheitsbedingte Abwesenheiten). Andere Unterstützungsmassnahmen des Arbeitgebers setzen grundsätzlich immer die Einwilligung der betroffenen Personen voraus. Das bedeutet, dass das Gesundheitsmanagementsystem eines Unternehmens sowohl auf Arbeitgeberseite als auch auf Arbeitnehmerseite auf Freiwilligkeit basiert. Dabei sind die Arbeitnehmer explizit auf die Freiwilligkeit der Teilnahme hinzuweisen. Die Post hat das Konzept aufgrund unserer Bemerkungen angepasst.

6. Personal- und Videoreglement von XX

Aufgrund von Medienberichten haben wir während des letzten Jahres die Praxis der Firma XX in Sachen Videoüberwachung und Durchsuchun-

gen von Mitarbeitenden am Arbeitsplatz näher untersucht. Dabei stellten wir fest, dass die erforderliche Information an die Arbeitnehmer ungenügend war, während die Bearbeitung der Arbeitnehmerdaten datenschutzkonform erfolgte.

In den Medien wurde berichtet, dass sich XX in Sachen Videoüberwachung und Durchsuchung von Mitarbeitenden am Arbeitsplatz nicht datenschutzkonform verhält. Daher haben wir von der Firma mehr Informationen zur Bearbeitung von Arbeitnehmerdaten verlangt. In der Folge haben wir Datenschutzkonzept, Personalreglement und Videoüberwachungserklärung der Firma analysiert. Es hat sich herausgestellt, dass die erforderlichen Informationen an die Mitarbeitenden für die Videoüberwachung und die Durchsuchungen präzisiert werden müssen. Die Firma XX hat die von uns vorgeschlagenen erforderlichen Änderungen vorgenommen.

7. «Mitarbeiter-Check» im Internet

Auf dem Markt für Kredit- und Wirtschaftsinformationen herrscht ein starker Wettbewerb, der Unternehmen ständig zu neuen Innovationen zwingt. So bot eine Kreditauskunftei Personalverantwortlichen Bonitätsdaten über mögliche neue oder bereits angestellte Mitarbeitende zum Kauf an. Das Bundesverwaltungsgericht hat unseren Antrag auf vorsorgliche Massnahmen gegen diesen Dienst gutgeheissen.

Mit dem Dienst «Mitarbeiter-Check» plante eine in der Schweiz ansässige Kreditauskunftei, bonitätsrelevante Informationen über Mitarbeitende an Personalverantwortliche zu verkaufen, um auf diese Weise ihre Kundenbasis auszuweiten. Noch während der Vorbereitungszeit zum Start des Dienstes erhielten wir aufgrund zahlreicher Werbemails der Kreditauskunftei davon Kenntnis. Da Mitarbeiterdaten durch Art. 328b OR besonders geschützt sind, haben wir sofort beim Bundesverwaltungsgericht interveniert und in Form einer provisorischen Massnahme beantragt, das Anbieten von «Mitarbeiter-Check» sofort zu untersagen. Das Bundesverwaltungsgericht hat unser Begehren gutgeheissen, das Anbieten des Dienstes für drei Monate untersagt und uns aufgefordert, innerhalb dieser Frist eine Empfehlung zu erlassen. In der Folge teilte die Kreditauskunftei mit, sie werde den besagten Dienst definitiv nicht anbieten.

8. Zustellung von Pensionskassenausweisen

Die Zustellungspraxis von Vorsorgeeinrichtungen, welche die persönlichen Pensionskassenausweise statt direkt ihren Versicherten deren Arbeitgeber zustellen, verletzt das Legalitätsprinzip und die sozialversiche-

rungsrechtliche Schweigepflicht. Nachdem eine Vorsorgeeinrichtung unsere Empfehlung abgelehnt hat, haben wir einen Antrag auf Entscheid gestellt, über den nun das Departement des Innern entscheiden muss.

Uns kam zu Ohren, dass eine Pensionskasse die persönlichen Pensionskassenausweise der Arbeitnehmer an eine vom Arbeitgeber angegebene Adresse sendet. Anschliessend verteilt der Arbeitgeber die nicht persönlich adressierten Ausweise an die Arbeitnehmer, wobei er die Möglichkeit erhält, vom Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Wir sind der Meinung, dass diese indirekte Zustellungspraxis widerrechtlich ist. Die private Vorsorgeeinrichtung ist hier als Bundesorgan tätig und also bei der Bearbeitung von Daten an das Legalitätsprinzip gebunden. Demzufolge darf sie Daten nur bekannt geben, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Eine solche existiert jedoch nicht; kein Gesetz rechtfertigt die Bekanntgabe von Daten der versicherten Arbeitnehmer an deren Arbeitgeber. Zudem regelt das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) klar, wie die Datenbekanntgabe zu erfolgen hat, damit die Schweigepflichten eingehalten werden.

Da trotz mehrfachem Schriftwechsel keine einvernehmliche Lösung gefunden werden konnte, haben wir eine Empfehlung erlassen. Die Vorsorgeeinrichtung soll erstens die Zusendung der Pensionskassenausweise ihrer Versicherten an deren Arbeitgeber unverzüglich einstellen. Zweitens soll sie beim Versand der Ausweise gewährleisten, dass die Dokumente direkt und ausschliesslich an die versicherte Person gelangen. Die Vorsorgeeinrichtung hat die Empfehlung abgelehnt. Da sie als Bundesorgan tätig ist, haben wir am 27. August 2009 gemäss aufsichtsrechtlichem Verfahren betreffend Bundesorgane beim Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) einen Antrag auf Entscheid in dieser Angelegenheit gestellt.

Wir sind der Meinung, dass sich die Vorsorgeeinrichtung weder auf Art. 86b BVG, noch Art. 331 Abs. 4 OR und auch nicht auf Art. 89^{bis} Abs. 2 ZGB als gesetzliche Grundlage berufen kann. Zudem ist nicht ersichtlich, zu welchem vorsorgerechtlichen Zweck der Arbeitgeber die persönlichen Vorsorgedaten und allenfalls die Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer benötigt, weshalb die Datenbekanntgabe auch nach Art. 86a Abs. 5 BVG zweckwidrig ist. Schliesslich darf der Arbeitgeber auch unter dem Blickwinkel von Art. 328b OR keine Kenntnis von den persönlichen Vermögensverhältnissen und den Gesundheitsdaten seines Arbeitnehmers haben.

Folglich ist davon auszugehen, dass die Pensionskasse das Legalitätsprinzip verletzt, da sie einem Dritten ohne gesetzliche Grundlage Daten bekannt gibt. Da sich die Vorsorgeeinrichtung für die Datenbekanntgabe auf keine gesetzliche Ausnahme stützen kann, ist zudem von einer Verletzung der Schweigepflicht auszugehen. Der Entscheid des EDI liegt noch

nicht vor. Er könnte sowohl von uns als auch von der betroffenen Vorsorgeeinrichtung an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden.

9. Personalreglement PUBLICA

Die Pensionskasse des Bundes hat für ihr Personal im Personalreglement eigene Datenschutzbestimmungen formuliert. Unsere im Rahmen der Ämterkonsultation geäußerten Einwände sind von der PUBLICA übernommen worden.

Die Pensionskasse des Bundes, PUBLICA, hat sich entschieden, für ihr Personal eigene Datenschutzbestimmungen ins Personalreglement aufzunehmen. Im Rahmen der Ämterkonsultation haben wir festgestellt, dass das Reglement auf einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage beruht. Weiter bemerkten wir, dass im Entwurf für Persönlichkeits- und Abklärungstests keine Informationspflicht enthalten war und eine Bestimmung über die Aufbewahrungsfrist dieser Testresultate fehlte.

Ausserdem war eine zeitlich unbeschränkte Frist für die Aufbewahrung der Daten vorgesehen. Auch war keine Frist für die Rücksendung von Bewerbungsunterlagen bestimmt worden. Zudem war ein Abrufverfahren vorgesehen, welches nicht klar regelte, welche Datensammlungen gemeint sind, was für Daten in welcher Sammlung und in welcher Form vorhanden sind, welchem Zweck sie dienen, wer Zugriff hat und wer verantwortlich ist. Schliesslich erkannten wir Unklarheiten bei der Bearbeitung von Gesundheits- bzw. medizinischen Daten.

Die PUBLICA hat unsere Einwände aufgenommen und die Regelungen angepasst.

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 2009, Doss.-N° 4A_495/2007, 4A_497/2007, 4A_415/2008 et 4A_431/2008 (Admission partielle des recours en matière civile interjetés contre le jugement rendu le 17 avril 2007 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud et rejet des recours interjetés contre l'arrêt rendu le 13 août 2008 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

L'accord de résiliation n'est soumis à aucune exigence de forme. Cependant, quand il est préparé par l'employeur, il faut que le travailleur ait pu bénéficier d'un délai de réflexion et n'ait pas été pris de court au moment de la signature. Lorsque l'accord de résiliation n'est pas valable, il y a lieu de replacer les parties dans la situation qui serait la leur si elles n'avaient pas conclu ledit accord (c. 4.3).

49 CO. Il peut se justifier de condamner un employeur à verser une somme de 3000 frs. à titre de réparation morale à une travailleuse lorsqu'il a exercé sur elle une certaine pression afin de l'amener à prendre la décision d'avorter (c. 6).

Extraits des faits:

X. (défenderesse n° 1 et recourante n° 1) a exploité une blanchisserie et un pressing, sous la raison individuelle YX., depuis le 5 février 1992. Au bénéfice d'un contrat de travail oral, A. (demanderesse et intimée) est entrée au service de X. le 1^{er} octobre 1998. Elle travaillait comme repasseuse du lundi au vendredi, de 7 h 30 à 18 h 30, avec une pause de trente minutes à midi, ainsi qu'un samedi sur deux de 8 h à 13 h. L'employée avait droit à quatre semaines de vacances par an. Au printemps 2003, X. a déposé une demande de permis de travail pour A. A cette occasion, elle lui a fait signer, le 25 mars 2003, un contrat de travail. A. était connue de la clientèle. Elle était très appréciée, travaillait bien et s'investissait comme une employée soucieuse de son travail. Elle était souriante et aimable. L'ambiance était agréable dans le pressing. Il n'y avait pas de tensions. X. parlait d'ailleurs de son employée en disant qu'elle était comme sa fille, qu'elle était de la famille. A la fin de l'été 2003, A. est tombée enceinte. X. lui ayant demandé si elle avait bien réfléchi et si c'était bien son choix de mener cette grossesse à terme, elle a ressenti une pression de la part de son employeur, accompagnée de la crainte de perdre son emploi. Cependant, elle a finalement décidé de garder l'enfant.

Le 1^{er} avril 2004, X., ayant largement atteint l'âge de la retraite, a remis son commerce à la société en nom collectif YZ. & Associée (défenderesse n° 2 et recourante n° 2; ci-après: Y.). Elle avait auparavant laissé

miroïter à A. la possibilité de reprendre le commerce, mais l'intéressée n'avait ni les moyens financiers ni le permis nécessaires à cette fin. Deux jours plus tôt, le 30 mars 2004, A. avait signé un contrat de travail avec Y., représentée par Z., pour une durée déterminée d'une année, les trois premiers mois étant considérés comme période d'essai. Ledit contrat, qui devait prendre effet le 1^{er} mai 2004, reprenait sans modification les conditions du contrat signé le 25 mars 2003 avec X. A. a travaillé jusqu'au 6 avril 2004. Elle a accouché le 7 avril 2004 et a séjourné à la maternité jusqu'au 10 avril 2004. A réception d'un courrier de A., daté du 25 mai 2004, sollicitant le respect des dispositions protectrices du droit du travail, le fils de X., M. X., a téléphoné à A. et lui a fixé un rendez-vous dans les locaux d'un fitness qu'il dirige, où elle s'est rendue le 3 juin 2004. Z. était présent. A cette occasion, l'employée a reçu son salaire du mois de mai 2004. Lors de cet entretien, A. a signé un document, établi par M. X. dont Z. a accusé réception, et qui a le contenu suivant (sic):

«Pour donner suite à notre entretien de ce jour, je vous confirme par la présente ma volonté de ne pas reprendre le travail à votre service à la fin de ma période de grossesse soit le 5 juin 2004, cela suite à la naissance de ma fille, je vous remercie donc de me libérer de toute obligation contractuelle à cette date.»

Par demande du 22 février 2005, A., plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire, a ouvert action contre X. et contre Y., recherchées solidairement. Dans le dernier état de ses conclusions, elle leur a réclamé le paiement de 199 046 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004, des chefs suivants: 38 500 fr. à titre de dommages-intérêts, au sens de l'art. 337c al. 1 CO, du 1^{er} juin 2004 au 30 avril 2005; 21 000 fr. (6 mois à 3500 fr.) à titre d'indemnité prévue par l'art. 337c al. 3 CO; 4041 fr. de salaire pour les vacances; 115 505 fr. en rémunération des heures de travail supplémentaires; 20 000 fr. pour tort moral et atteinte à l'intégrité. Par jugement du 17 avril 2007, la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a condamné solidairement les défenderesses à payer à la demanderesse la somme de 58 200 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004, sous déduction des cotisations d'assurances sociales, et la somme de 21 000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004. Les 2 et 5 novembre 2007, les défenderesses ont interjeté, séparément, un recours en nullité cantonal. Le 23 novembre 2007, la défenderesse n° 1 a formé un recours en matière civile contre le jugement de la Cour civile (cause 4A_495/2007). La défenderesse n° 2 en a fait de même le 26 dudit mois (cause 4A_497/2007). Par ordonnance présidentielle du 29 novembre 2007, la procédure relative à ces deux recours a été suspendue jusqu'à droit connu sur les deux recours en nullité. Statuant par arrêt du 13 août 2008, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté ces recours. La procédure d'instruction des deux recours en matière civile a alors été reprise. Par mémoires de réponse du 6 octobre 2008, la demanderesse a conclu principalement à l'irrecevabilité de ces recours et, subsidiairement, à leur

rejet. Elle a également requis sa mise au bénéfice de l'assistance judiciaire et la désignation de son conseil en qualité d'avocat d'office.

Le 12 septembre 2008, la défenderesse n° 1 a formé un recours en matière civile dirigé à la fois contre l'arrêt de la Chambre des recours et le jugement de la Cour civile (cause 4A_415/2008). Elle a conclu au rejet intégral de la demande. Subsidiairement, elle s'est reconnue débitrice solidaire de la demanderesse, avec la défenderesse n° 2, de 18 480 fr., sous déduction des cotisations d'assurances sociales, et de 3000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004. La recourante n° 1 a également requis l'annulation de l'arrêt de la Chambre des recours en tant qu'il confirme le jugement de la Cour civile. Le 17 septembre 2008, la défenderesse n° 2, agissant par la voie du recours en matière civile, s'en est prise, elle aussi, au jugement de la Cour civile et à l'arrêt de la Chambre des recours (cause 4A_431/2008). Elle a conclu à l'annulation de cet arrêt ainsi qu'à la réforme du jugement de la Cour civile dans le sens du rejet intégral de la demande.

Extraits des considérants:

4.

Les modalités et les conséquences de l'extinction des rapports de travail constituent l'objet principal de la contestation.

4.1

4.1.1 Dans son second recours en matière civile, la recourante n° 1 s'en prend à la prétendue constatation de la Cour civile voulant que l'intimée n'ait pas été précisément au courant de ses droits lorsqu'elle s'était rendue seule à l'entretien du 3 juin 2004 lors duquel elle avait signé l'accord de résiliation litigieux.

S'agissant du droit, la recourante n° 1 fait valoir, dans l'un et l'autre recours, une série de moyens en reprochant à la Cour civile d'avoir méconnu les art. 20 al. 2, 334, 335, 337, 337c et 341 CO. Elle soutient en substance, à leur appui, que l'intimée a signé en toute connaissance de cause le prédit accord, qui comportait des concessions réciproques suffisantes, de sorte que le contrat de travail qui les liait a pris fin en fait et en droit le 3 juin 2004 sans que l'employée puisse élever une quelconque prétention à son encontre, voire à fin août 2004 au plus tard, comme indiqué par l'intéressée dans sa lettre du 7 août 2004. Evoquant ensuite l'hypothèse du défaut de validité de l'accord de résiliation, la recourante conteste que celui-ci ait dû être automatiquement converti en une résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail. A son avis, il aurait fallu admettre, dans ce cas, la nullité partielle de cet accord (art. 20 al. 2 CO) et constater, partant, que les rapports de travail s'étaient éteints à l'échéance du délai légal de congé, c'est-à-dire à fin septembre 2004, voire à fin août 2004 conformément à la volonté de l'intimée. Dès lors, une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO n'était pas de mise en l'espèce. Et si d'aventure elle

l'avait été, la fixer à un mois de salaire (3000 fr.) eût été largement suffisant d'après la recourante n° 1.

4.1.2 Relativement aux constatations de fait ayant trait à l'accord de résiliation signé le 3 juin 2004, la recourante n° 2 reproche à la Chambre des recours d'avoir écarté sans raison valable le témoignage pertinent et déterminant de M. X.

En ce qui concerne l'appréciation juridique de l'accord litigieux et les conséquences d'une éventuelle invalidité de celui-ci, la recourante n° 2 avance des arguments qui se recourent, pour l'essentiel, avec les motifs invoqués par la recourante n° 1.

4.2

4.2.1 Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst., lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire préférable (ATF 133 I 149 consid. 3.1 et les arrêts cités).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, l'autorité tombe dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 134 V 53 consid. 4.3 et les arrêts cités).

4.2.2 Comme la Chambre des recours le relève à juste titre au considérant 4e de son arrêt (p. 20), la Cour civile n'a pas retenu, contrairement à ce que soutient la recourante n° 1, que l'intimée, qui s'était rendue à l'Inspection du travail auparavant, n'aurait pas été au courant de ses droits le 3 juin 2004. Elle a simplement constaté que l'intéressée n'avait pas eu connaissance de la lettre signée par elle à cette date avant l'entretien qu'elle avait eu le même jour avec le fils de la recourante n° 1, si bien qu'elle n'avait pas pu bénéficier du délai de réflexion dont le respect est une condition de validité de tout accord de résiliation. Cette constatation n'a rien d'insoutenable et la conséquence qui en a été tirée relève de l'application du droit. Aussi le grief d'arbitraire formulé par la recourante n° 1, lequel vise une autre constatation que celle qui a été faite par la Cour civile, tombe-t-il manifestement à faux.

La recourante n° 2 reprochait aux premiers juges de ne pas avoir tenu compte du témoignage de M. X. quant au déroulement précis de l'entretien du 3 juin 2004. La Chambre des recours a estimé qu'il n'y avait nul arbitraire à ne pas prendre en considération les déclarations d'un témoin qui

est le fils de la recourante n° 1, qui a rédigé l'accord litigieux et qui a convoqué l'intimée dans les locaux du fitness qu'il dirige pour un entretien au cours duquel ledit accord a été signé. On ne peut que lui donner raison. Qu'il ne soit pas insoutenable de faire abstraction des dires, non corroborés par d'autres éléments de preuve, d'une personne ayant un rapport de parenté très étroit avec l'une des parties au procès, lorsqu'il s'agit d'établir la volonté concordante des parties signataires d'un accord, est une évidence. Le grief y relatif ne peut, dès lors, qu'être rejeté.

4.3

4.3.1 Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. c CO, l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. Si, en vertu de l'art. 362 al. 1 CO, il ne peut être dérogé à l'art. 336c al. 1 CO au détriment de la travailleuse, celle-ci demeure libre de donner son congé durant la période susmentionnée (ATF 118 II 58 consid. 2a p. 60).

4.3.1.1 Le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO 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 p. 450; 118 II 58 consid. 2a p. 60 et les références). Un tel accord n'est soumis à aucune exigence de forme (art. 115 CO; arrêt 4C.61/2006 du 24 mai 2006 consid. 3.1). Cependant, lorsqu'il est préparé par l'employeur, il faut que le travailleur ait pu bénéficier d'un délai de réflexion et n'ait pas été pris de court au moment de la signature (arrêt 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 consid. 3c). Pour déterminer s'il y a eu effectivement accord entre les parties, il faut rechercher, tout d'abord, leur réelle et commune intention (art. 18 al. 1 CO; interprétation subjective). Si le juge ne parvient pas à établir en fait cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; interprétation objective). Dans ce dernier cas, l'accord litigieux doit être interprété restrictivement et ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat. En particulier, l'acceptation, par l'employé, d'une résiliation proposée par l'employeur ne permet pas, à elle seule, de conclure à l'existence d'une résiliation conventionnelle et, par là même, à la volonté implicite du travailleur de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO (arrêt 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4.1 et les arrêts cités).

Lorsque la volonté des parties de mettre fin aux rapports de travail d'un commun accord est clairement établie, la validité de la cessation contractuelle de ces rapports suppose, en outre, que ledit accord constitue nettement un cas de transaction, c'est-à-dire qu'il comporte des conces-

sions réciproques (arrêt 4C.397/2004 du 15 mars 2005 consid. 2.1 in fine et les arrêts cités).

4.3.1.2 L'accord de résiliation qui ne satisfait pas aux conditions susmentionnées ne lie pas les parties. Au demeurant, même dans l'hypothèse inverse, il peut être invalidé s'il est le fruit d'une volonté viciée (art. 23 ss CO).

S'agissant des conséquences juridiques d'un accord de résiliation qui ne sortit aucun effet, jurisprudence et doctrine considèrent qu'il convient de faire abstraction dudit accord et d'appliquer, en son lieu et place, les dispositions relevant du régime légal ordinaire, c'est-à-dire les règles du Code des obligations ou d'une convention collective de travail qui régissent l'extinction des rapports de travail, seul étant disputé le point de savoir si ceux-ci prennent fin, nonobstant le défaut de validité de l'accord en question, ou s'ils se poursuivent de ce fait sous réserve du cas particulier visé par l'art. 336c al. 2 CO. En d'autres termes, il y a lieu de replacer les parties dans la situation qui serait la leur si elles n'avaient pas conclu l'accord de résiliation non valable (arrêt 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4.2 1^{er} § in fine; arrêt 4C.37/2005 du 17 juin 2005 consid. 2.1; arrêt 4C.188/2004 du 4 octobre 2004 consid. 4; arrêt 4C.250/2001 du 21 novembre 2001 consid. 1b, in Droit du travail [DTA] 2002 p. 28 s.; arrêt 4C.122/2000 du 17 juillet 2000 consid. 1a in fine, in JAR 2001 p. 327 ss; arrêt 4C.383/1999 du 13 juin 2000 consid. 1; cf., parmi d'autres: FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 3^e éd. 2005, p. 267; WOLFGANG PORTMANN, *Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht* [ci-après: *Der Aufhebungsvertrag*], in *Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme*, Festschrift für Heinrich Honsell, 2002, p. 355 ss, 368/369; le même, in *Commentaire bâlois, Obligationenrecht I*, 4^e éd. 2007, n° 29 ad art. 335a CO; MARIANNE FAVRE MOREILLON, *Droit du travail*, 2^e éd. 2006, p. 203 in limine). Lorsque, comme c'est généralement le cas, il a été mis fin aux rapports de travail, au moyen de l'accord inefficace, avant l'expiration du délai de résiliation, il faut se demander si l'employeur aurait résilié le contrat de manière ordinaire ou avec effet immédiat dans l'hypothèse où l'accord de résiliation n'eût pas été conclu. Suivant la réponse apportée à cette question, le travailleur pourra soit faire valoir une prétention de salaire jusqu'à la fin du délai de résiliation ordinaire, le cas échéant pour la durée prolongée découlant de l'application des art. 324a et 336c CO, soit réclamer des dommages-intérêts et une indemnité fondés sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO (PORTMANN, *Der Aufhebungsvertrag*, op.cit., p. 369). C'est au travailleur qui soutient que son employeur l'aurait licencié avec effet immédiat en pareille hypothèse d'en apporter la preuve (arrêt 4C.383/1999 du 13 juin 2000 consid. 1b, cité par PORTMANN, dernier op.cit., ibid.).

4.3.2

4.3.2.1 Quoi qu'en dise les deux recourantes, il ne saurait être question d'admettre la validité de l'accord de résiliation litigieux sur le vu des faits retenus par la Cour civile.

Les conditions dans lesquelles cet accord a été conclu apparaissent déjà critiquables. En effet, s'il n'est certes pas établi que l'intimée l'ait conclu sous l'empire d'une crainte fondée, et quand bien même l'intéressée avait demandé et obtenu antérieurement des renseignements sur ses droits et obligations liés à la naissance de son enfant, il n'en demeure pas moins que l'employée a été convoquée dans les locaux d'un tiers – en l'occurrence, le fils de la recourante n° 1 –, lequel lui a fait signer sur-le-champ l'accord de résiliation rédigé par lui, et non par l'employeur, sans même lui accorder le délai de réflexion exigé par la jurisprudence fédérale. Il est ainsi douteux que, dans de telles circonstances, propres, à tout le moins, à exercer une pression psychologique sur elle, l'intimée ait manifesté une volonté qui reflétait ses véritables intentions.

Par ailleurs, on cherche en vain l'existence de concessions réciproques en l'espèce. L'accord du 3 juin 2004 faisait perdre à l'intimée la protection légale liée à son récent accouchement, libérant par là même l'employeur de ses obligations pécuniaires, et ce sans qu'aucune concession ne lui soit faite. La renonciation de la recourante n° 2 à exiger le respect du délai de congé n'en constituait pas une. Il n'est, en effet, pas établi que l'intimée ait eu, à l'époque, un emploi de remplacement ou des perspectives concrètes de reprise d'un autre commerce, ni d'ailleurs qu'elle ait souhaité arrêter de travailler pour s'occuper de son bébé. Il ressort, au contraire, de la correspondance échangée par les parties avant et après la signature de l'accord de résiliation que l'intimée n'avait pas du tout l'intention de renoncer à reprendre le travail, pour un certain temps du moins. En signant l'accord de résiliation, elle s'est donc trouvée subitement privée de ressources sans bénéficier d'aucune concession de son employeur en contrepartie.

Par conséquent, il y a lieu de faire abstraction de l'accord de résiliation du 3 juin 2004.

4.3.2.2 Constatant que cet accord n'avait pas été valablement conclu, la Cour civile en a déduit qu'il devait être tenu pour un licenciement immédiat. Elle a vu la confirmation du bien-fondé de sa thèse dans une lettre du 28 juin 2004 où Z. déclare notamment qu'il n'a jamais été question de réengager l'intimée. Celle-ci étant, d'après l'ensemble des témoignages, une employée très consciencieuse et les recourantes n'ayant pas établi, ni même allégué, l'existence d'un manquement qui aurait pu justifier de la congédier sans délai, les premiers juges en ont conclu que la lettre du 3 juin 2004 devait être considérée comme une résiliation immédiate injustifiée, au sens de l'art. 337c CO, fondant le droit de l'intimée à des dommages-intérêts et à une indemnité. Il n'est pas possible de les suivre dans cette voie.

Sur la base des circonstances postérieures à l'accouchement de l'intimée, telles qu'elles ont été résumées plus haut sous lettres A.c du présent arrêt, on ne voit pas, en effet, ce qui autorisait la Cour civile à convertir l'accord inefficace en une résiliation immédiate injustifiée plutôt

qu'en un congé ordinaire. Force est de constater, tout d'abord, qu'entre le moment où les parties ont conclu le nouveau contrat de travail daté du 30 mars 2004 et celui où elles ont passé ledit accord, ni la recourante n° 1 ni la recourante n° 2 n'ont pris l'initiative de résilier ce contrat. La première fois que semblable volonté a été exprimée, c'est dans le texte de l'accord du 3 juin 2004 et c'est l'intimée qui l'a fait («... je vous confirme ... ma volonté de ne pas reprendre le travail à votre service à la fin de ma période de grossesse...»). C'est encore l'intimée qui, dans une lettre du 7 juin 2004, a indiqué qu'elle resterait au service de la recourante n° 2 «jusqu'à fin août 2004» et qui a ensuite précisé, dans un courrier du 21 juin 2004 adressé à la recourante n° 2, qu'elle pourrait reprendre son travail (à une condition sans intérêt pour le sort du litige) «afin d'honorer le contrat qui nous lie jusqu'au 31 août prochain». La Cour civile constate, en outre, que, dans le laps de temps séparant l'envoi de ces deux lettres, l'Inspection du travail, consultée par l'intimée, «s'est assurée, par téléphone, de l'accord de Z. de reprendre la demanderesse à son service». Elle retient également que, durant le même intervalle, M. X. a cherché en vain à rencontrer l'intimée. Enfin, la portée des propos tenus par Z. dans sa lettre du 28 juin 2004, sur laquelle la Cour civile a fait fond, doit être relativisée. Dans cette lettre, en effet, l'intéressé commence par soutenir que l'initiative de mettre un terme aux rapports de travail a été prise par l'intimée dans sa lettre du 3 juin 2004, ce qui explique la phrase subséquente selon laquelle il n'a jamais été question pour lui de «réengager» cette personne. En d'autres termes, par de tels propos, l'employeur a simplement manifesté la volonté de ne pas conclure un nouveau contrat avec une employée qui, selon lui, avait mis fin elle-même aux rapports de travail. Y voir, à l'instar des premiers juges, la confirmation de la volonté de l'employeur de rompre immédiatement lesdits rapports quelque trois semaines plus tôt constitue une interprétation singulière de la portée des propos analysés. On ne discerne ainsi aucun élément décisif qui justifierait d'admettre, en l'espèce, que la recourante n° 2 a résilié sans délai et sans raison valable le contrat de travail qui la liait à l'intimée. Il est symptomatique de souligner, à cet égard, que les recourantes n'ont jamais allégué, dans la procédure cantonale, l'existence d'un manquement de l'intimée qui aurait justifié un licenciement immédiat de celle-ci. En tout état de cause, c'eût été à cette partie d'établir que, si l'accord de résiliation du 3 juin 2004 n'avait pas été conclu, la recourante n° 2 l'aurait licenciée avec effet immédiat, ce qu'elle n'a pas réussi à faire. Aussi y a-t-il lieu d'admettre que, dans cette hypothèse, l'employeur eût notifié son congé à l'employée en respectant les dispositions légales relatives à l'extinction ordinaire des rapports de travail de même que les normes destinées à protéger les travailleurs contre une résiliation en temps inopportun.

L'intimée était dans sa sixième année de service lorsqu'elle a accouché, le 7 avril 2004. Protégée contre tout licenciement ordinaire par l'art. 336c al. 1 let. c CO durant seize semaines à compter de cette date,

soit jusqu'au 27 juillet 2004, et au bénéfice d'un délai de congé de deux mois (art. 335c al. 1 CO), elle ne pouvait voir son contrat de travail résilié, sans son accord, avant le terme du 30 septembre 2004. Il ressort toutefois de ses courriers, susmentionnés, des 7 et 21 juin 2004, que l'employée a fait part à son employeur de son intention de mettre un terme à la relation contractuelle au 31 août 2004. Comme l'art. 336c CO ne trouve pas application lorsque la résiliation est le fait de l'employé, il faut admettre que, par cette double manifestation de volonté, qui respectait le délai et le terme de congé prévus par la loi, l'employée a elle-même résilié valablement le contrat de travail avec effet au 31 août 2004.

L'employée qui est empêchée de travailler en raison de sa grossesse ou de l'accouchement bénéficie du droit au paiement de son salaire dans les limites de l'art. 324a al. 1 et 2 CO (cf. art. 324a al. 3 CO). Selon l'échelle bernoise, appliquée par les tribunaux vaudois, elle a droit à son salaire pendant trois mois lorsqu'elle se trouve dans sa sixième année de service. Encore faut-il que la travailleuse soit empêchée de travailler en raison de son état (ATF 118 II 58 consid. 2b p. 61). En vertu de l'art. 35a al. 3 LTr, les accouchées ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement. En l'occurrence, la recourante avait donc l'interdiction de travailler jusqu'au 1^{er} juin 2004 et avait droit à son salaire pendant toute cette période. Elle l'a d'ailleurs reçu puisque son salaire lui a été versé jusqu'à la fin du mois de mai 2004. Dès le 2 juin 2004, l'employée devait en principe reprendre le travail et la recourante n° 2 accepter la prestation de travail. L'accord du 3 juin 2004, inefficace, qui doit être converti en une résiliation ordinaire, n'a pas modifié la situation, étant donné que les rapports de travail ne pouvaient s'éteindre, du fait de l'employeur, que le 30 septembre 2004 au plus tôt en raison de la nullité de cette résiliation ordinaire (cf. art. 336c al. 1 let. c et al. 2 CO). Encore fallait-il, pour cela, que l'employeur renouvelât sa déclaration de résiliation une fois la période de protection achevée, soit à partir du 28 juillet 2004, étant donné qu'un congé nul ne peut pas être converti en un congé valable pour le prochain terme possible (ATF 128 III 212 consid. 3a p. 218). Il n'est pas certain qu'il l'ait fait. Quoi qu'il en soit, comme on l'a souligné plus haut, le contrat de travail a pris fin le 31 août 2004, l'intimée l'ayant valablement résilié pour ce terme.

Il ressort des constatations de fait de la Cour civile que l'intimée a produit un certificat d'incapacité de travail pour la période du 8 au 29 juin 2004 et qu'elle a régulièrement offert ses services à la recourante n° 2 aussi bien avant qu'après cette période, sans toutefois obtenir la moindre réponse de l'intéressée. L'incapacité de travail a débuté et a pris fin avant l'expiration de la période de trois mois prévue par l'échelle bernoise. Il s'ensuit que l'intimée avait droit à percevoir son salaire durant tout ce laps de temps, en vertu de l'art. 324 al. 2 et 3 CO. Pour le reste de la période allant du 2 juin 2004, premier jour suivant l'expiration de la période postérieure à l'accouchement durant laquelle l'intimée avait l'interdiction

de travailler, au 31 août 2004, date d'extinction des rapports de travail, l'employée a vainement offert son travail à l'employeur. Se trouvant en demeure, ce dernier était donc tenu de lui verser son salaire pendant cette période aussi, en application de l'art. 324 al. 1 CO. En conséquence, la recourante n° 2 doit être reconnue débitrice de l'intimée du montant brut de 9000 fr. (3 × 3000 fr.) à titre de salaire pour les mois de juin, juillet et août 2004. Quant à la recourante n° 1, elle doit être reconnue débitrice solidaire du même montant, conformément à l'art. 333 al. 3 CO. Le jugement de la Cour civile devra, dès lors, être réformé dans cette mesure en ce sens, d'une part, que le montant alloué à l'intimée pour ce chef de la demande sera ramené de 12 000 fr. à 9000 fr., étant précisé qu'il est dû au titre du salaire et non des dommages-intérêts prévus par l'art. 337c al. 1 CO, et, d'autre part, que l'indemnité de 18 000 fr. accordée à l'intimée sur la base de l'art. 337c al. 3 CO sera supprimée puisqu'elle n'a pas de raison d'être dans le cadre d'un congé ordinaire.

5.

Le deuxième objet de la contestation porte sur les heures de travail supplémentaires.

5.1 Dans ses deux mémoires de recours, la recourante n° 2 ne consacre pas la moindre ligne à cette question. Elle n'a donc pas satisfait aux exigences légales relatives à la motivation du recours (cf. consid. 2.4 ci-dessus). Dès lors, pour la raison sus-indiquée (cf. consid. 3.3, 2^e §), la condamnation au paiement de 46 200 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004 et sous déduction des cotisations sociales, qui a été prononcée à son égard par la Cour civile, à titre de rémunération des heures supplémentaires, sera maintenue, quand bien même le recours de la recourante n° 1, codébitrice solidaire du même montant, viendrait à être admis en tout ou en partie.

5.2 La recourante n° 1 soulève la question de la preuve des heures de travail supplémentaires, et ce tant au niveau de la constatation des faits pertinents qu'à celui de l'application du droit fédéral.

5.2.1 Le fardeau de la preuve des heures de travail supplémentaires accomplies incombe au travailleur. S'il n'est plus possible de prouver avec exactitude combien d'heures supplémentaires le travailleur a effectuées, le juge peut faire application de l'art. 42 al. 2 CO pour en estimer le nombre. Afin toutefois de ne pas détourner la règle de preuve résultant de l'art. 321c CO, le travailleur est tenu, en tant que cela peut être raisonnablement exigé de lui, d'alléguer et de prouver toutes les circonstances propres à évaluer le nombre desdites heures supplémentaires. La conclusion que les heures supplémentaires ont été réellement effectuées dans la mesure alléguée doit s'imposer au juge avec une certaine force (arrêt 4C.141/2006 du 24 août 2006, consid. 4.2.2 et les références).

5.2.2 Les premiers juges ont admis que l'intimée avait effectué un total de 2400 heures supplémentaires en travaillant dix heures de plus par semaine que la durée prévue contractuellement, soit 55 heures au lieu de

45. S'agissant de la pause de midi, ils l'ont fixée «ex aequo et bono» à trente minutes, en tenant compte du temps nécessaire pour manger sur place. Le fait que l'intimée mangeait sur place a été déduit par eux des témoignages de H., de K. et de C.

Dans son arrêt du 13 août 2008, la Chambre des recours souligne, en ce qui concerne l'ampleur du travail supplémentaire accompli par l'intimée, que le seul élément factuel remis en cause par la recourante n° 1 est celui de la durée de la pause de midi. Selon elle, les juges de la Cour civile n'ont pas apprécié arbitrairement les preuves en retenant que cette durée correspondait au «temps nécessaire pour manger» et ils n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en fixant «ex aequo et bono» ce temps à trente minutes. En particulier, il n'était pas contradictoire de retenir que le pressing était fermé au public de 12 h à 13 h 30, d'une part, et que le temps de pause concret de l'intimée était de trente minutes, d'autre part, car le travail de repasseuse effectué par l'employée n'était pas fonction de l'ouverture du pressing au public.

5.2.3 Dans son recours dirigé contre ledit arrêt, la recourante n° 1 fait grief aux juges précédents d'avoir substitué leur appréciation à celle de la Cour civile et, en outre, de n'avoir pas relevé que l'intimée avait affirmé, à l'allégué 6 de sa demande, qu'un repas chaud lui était servi sur place à midi, ce qu'aucun témoin n'était venu confirmer. A vrai dire, on peine à discerner où l'intéressée veut en venir. Ce qu'elle entend par appréciation substituée n'est pas explicité dans son mémoire, et le moyen qu'elle soulève de ce chef n'est pas non plus perceptible. Ne l'est pas davantage la raison pour laquelle elle attache de l'importance à la nature du repas – chaud ou froid – servi sur place à l'intimée.

5.2.3.1 En refusant de taxer d'arbitraire la constatation des premiers juges selon laquelle l'intimée ne cessait de travailler à midi que le temps nécessaire pour manger, la Chambre des recours n'a pas nié à tort le prétendu arbitraire de cette constatation. Les preuves étayant la constatation critiquée ne sont certes pas légion, par la force des choses, puisqu'elles ont trait à une circonstance relative à un laps de temps durant lequel le pressing était fermé au public. Qu'elles émanent, pour l'essentiel, d'anciennes collègues de travail de l'intimée est donc normal et ne les prive pas, ipso facto, de toute force probante. Pour le surplus, la conclusion que les premiers juges et, à leur suite, les magistrats de la Chambre des recours en ont tirée n'est pas insoutenable, ce qui seul importe.

Le témoin C. a déclaré qu'il se rendait environ cinq ou six fois par an au pressing de la recourante n° 1, avant d'ajouter ce qui suit: «je crois que la demanderesse mangeait au pressing. Il m'est arrivé de passer à midi. Je l'ai vue manger un sandwich. Je ne l'ai jamais vue sortir manger». Ce témoignage doit certes être relativisé, comme l'a d'ailleurs fait la Cour civile, car il n'est pas très affirmatif et ne correspond qu'à un petit nombre de constatations faites par le témoin. Il n'en constitue pas moins un indice allant dans le sens de la thèse de l'intimée.

Quant à H., elle a déclaré ceci: «la demanderesse me disait qu'elle arrêtait de travailler à midi, seulement le temps de manger. J'ignore ce qu'elle mangeait. La demanderesse mangeait dans la cuisine qui dépendait de la blanchisserie». Bien qu'il émane d'une amie de l'intimée et qu'il ne soit qu'indirect, ce témoignage ne saurait être écarté d'un revers de main, comme le voudrait la recourante n° 1. D'une part, on ne voit pas pourquoi les dires que le témoin prête à l'intimée ne correspondraient pas à la réalité, d'autant qu'à l'époque où elle tenait de tels propos, l'intéressée n'était apparemment pas encore en litige avec son employeur. D'autre part, le témoignage analysé est plus précis que le précédent, puisqu'il indique l'endroit où la travailleuse prenait son repas de midi.

Pendant, le témoignage le plus probant est celui qui émane de K., une ancienne collègue de travail de l'intimée, laquelle s'est exprimée en ces termes: «je partais de midi à une heure. La demanderesse ne partait jamais. Elle avait dix à quinze minutes pour manger. Elle mangeait à la cuisine derrière le pressing. C'était Mme X. qui lui préparait à manger...». La recourante n° 1 cherche à décrédibiliser ce témoignage au double motif que son auteur aurait été mis au courant par l'intimée de ce que celle-ci en attendait et qu'il serait «en délicatesse» avec son ex-employeur. Toutefois, ces deux motifs résultent d'une interprétation extensive, sinon tendancieuse, des propos liminaires tenus par le témoin. Que ce dernier ait eu, sans doute à tort, l'impression que l'intimée «travaillait comme une esclave» n'est pas davantage propre à infirmer ses dires relatifs à la question litigieuse.

La recourante n° 1 se demande encore pourquoi l'intimée n'a rien réclamé du tout, pendant autant d'années, étant donné l'importance du nombre d'heures supplémentaires prétendument effectuées par elle. Semblable interrogation ne constitue cependant pas un élément de preuve propre à faire apparaître comme arbitraire la constatation incriminée. L'inaction de la travailleuse peut du reste s'expliquer par diverses raisons, ne serait-ce que la crainte de perdre son emploi.

5.2.3.2 Après avoir admis, sans arbitraire, que la durée de la pause de midi de l'intimée correspondait au temps nécessaire pour manger, la Cour civile a évalué ce temps à trente minutes. Elle semble avoir tiré cette présomption de fait des seules règles d'expérience, et non pas directement des indices concrets fournis par son dossier (sur cette distinction, cf. HOHL, op.cit., Tome II, 2002, n° 3225 ss). Il n'importe. Dans la première hypothèse, sa déduction, qui relèverait du droit, ne prêterait pas le flanc à la critique, tandis que, dans la seconde, elle constituerait une appréciation des preuves à tout le moins soutenable.

5.2.4

5.2.4.1 Du point de vue juridique, la recourante n° 1 se plaint, pour l'essentiel, d'une violation des art. 8 CC et 321c CO. Selon elle, la Cour civile aurait méconnu la règle voulant que, quand l'employeur ignore la nécessité d'effectuer des heures supplémentaires et leur existence même,

l'employeur doit le lui annoncer dans un délai raisonnable. Or, en l'espèce, l'intimée s'en était totalement abstenue, n'avait établi aucun décompte de ses prétendues heures supplémentaires et n'avait rien réclamé à ce titre pendant cinq ans; de surcroît, elle n'avait jamais été invitée par son employeur à effectuer du travail supplémentaire.

La règle énoncée par la recourante n° 1 concerne l'hypothèse dans laquelle l'employeur ne sait pas que des heures supplémentaires sont effectuées à son profit. Elle a pour but de permettre à l'employeur d'approuver ces heures supplémentaires ou de prendre les mesures d'organisation interne nécessaires à éviter le travail supplémentaire à l'avenir (ATF 129 III 171 consid. 2.2 p. 174 et les références).

Pareille hypothèse ne se vérifie pas en l'espèce. De fait, la Cour civile constate que si l'intimée a effectué des heures supplémentaires, «c'est à la demande et au su» de la recourante n° 1. Cette dernière s'inscrit certes en faux contre ladite constatation. Cependant, elle ne précise pas sous quel angle elle entend l'attaquer, de sorte que sa critique s'en trouve frappée d'irrecevabilité. De toute façon, eu égard aux circonstances caractérisant la présente cause, en particulier la nature du travail effectué par l'intimée, la présence régulière de la recourante n° 1 à ses côtés et la relation quasi familiale qui s'était établie entre ces deux personnes, il n'est pas concevable que l'intimée ait pu exécuter du travail supplémentaire sur une aussi longue période sans que la recourante n° 1 s'en avisât. Pour le surplus, celle-ci n'indique pas quelle disposition du droit de procédure civile vaudois les premiers juges auraient violée en constatant d'office, suivant sa thèse, le fait controversé.

Au demeurant, la recourante n° 1 ne peut pas asseoir sa démonstration sur le fait que, lorsqu'elle avait consulté l'Inspection du travail pour connaître ses droits liés à la naissance de son enfant, l'intimée n'avait pas fait état des heures supplémentaires effectuées par elle. Cette consultation avait un objet bien défini – les droits de la travailleuse en rapport avec sa maternité – et l'interlocuteur de l'intimée n'était pas son employeur, si bien que l'on ne voit pas comment l'intéressée aurait pu renoncer tacitement à élever des prétentions à l'encontre de ce dernier à cette occasion.

5.2.4.2 La Cour civile se voit reprocher, enfin, par la recourante n° 1 d'avoir méconnu l'art. 42 al. 2 CO. Ce dernier moyen tombe manifestement à faux dès lors que cette juridiction a retenu sans arbitraire que l'intimée avait effectué 2400 heures supplémentaires.

5.2.5 Cela étant, comme le calcul du montant dû à l'intimée au titre des heures supplémentaires n'est pas contesté par la recourante n° 1, il y a lieu de confirmer également la condamnation de celle-ci au paiement de 46 200 fr. de ce chef avec les intérêts y afférents à 5% l'an courant dès le 3 juin 2004 et sous déduction des cotisations sociales.

6.

Le dernier point litigieux concerne l'indemnité pour tort moral de 3000 fr. que l'intimée s'est vu allouer par la Cour civile du fait que la re-

courante n° 1 avait exercé une certaine pression sur elle afin de l'amener à prendre la décision d'avorter.

6.1

6.1.1 Sous l'angle des constatations factuelles, la recourante n° 1 reproche à la Chambre des recours de n'avoir pas sanctionné, au titre de l'arbitraire, l'appréciation des preuves de la Cour civile quant aux pressions ressenties avec acuité par l'intimée, relativement au sort de sa grossesse, en raison des propos tenus par son employeur.

En droit, les premiers juges auraient violé les art. 8 CC, 49 CO et 328 CO, si l'on en croit la recourante n° 1, étant donné que la gravité objective de l'atteinte supposée n'était nullement établie, qu'il en allait de même de la demande d'avorter que l'employeur aurait faite à l'intimée, que cette dernière avait du reste déjà avorté précédemment et qu'elle était de toute façon très «ambivalente» sur sa grossesse quand bien même elle avait finalement décidé de garder l'enfant. Toujours selon la recourante n° 1, l'expérience préalable de l'avortement ne lui était en rien imputable et il n'était pas du tout démontré que l'intimée en avait été marquée ou plus marquée la seconde fois plutôt que la première, et inversement. Quoi qu'il en soit, ce n'était pas à l'employeur, contrairement à l'avis de la Chambre des recours, de démontrer que la travailleuse n'avait pas ressenti de sérieuses souffrances, mais à l'intimée d'en apporter la preuve.

6.1.2 De son côté, la recourante n° 2 fait grief à la Chambre des recours de ne pas avoir sanctionné la conclusion, à ses yeux arbitraire, que la Cour civile avait tirée des déclarations des témoins D. et E., dont il résulterait que, loin d'exercer une pression sur son employée, la recourante n° 1 avait, au contraire, adopté «une attitude plutôt paternaliste» à son égard.

Du point de vue juridique, la recourante n° 2 fait valoir que l'intimée n'a pas établi une atteinte objective suffisante à sa personnalité. Selon elle, il n'est pas rare qu'une relation employeur-employé dépasse les simples rapports de travail et que les sujets abordés soient de nature plus personnelle. En l'occurrence, une travailleuse réagissant normalement, placée dans la même situation que l'intimée, n'aurait pas forcément ressenti les questions posées par la recourante n° 1 comme une pression la poussant à avorter, mais tout au plus comme une attitude fort indiscrete à son endroit. Que l'intéressée en ait parlé à son gynécologue ne démontre en aucun cas l'existence d'une quelconque pression de l'employeur visant à la faire avorter. Les questions posées par la recourante n° 1 étaient, au demeurant, légitimes dans la mesure où elle portaient sur un fait pouvant l'amener à prendre des dispositions particulières au sujet de l'organisation de l'entreprise. Et la recourante n° 2 de conclure que la Cour civile se serait basée sur des éléments purement subjectifs pour allouer à l'intimée une réparation morale injustifiée.

6.1.3 En réponse aux recours de ses parties adverses, l'intimée persiste à soutenir, pour sa part, que la recourante n° 1 a «intrigué» afin de la faire avorter, ainsi qu'elle l'avait déjà fait avec succès précédemment,

qu'elle est intervenue dans ce but auprès d'une pharmacienne pour qu'elle fournisse des pilules abortives à son employée, mais que celle-ci, face au risque de ne plus pouvoir mener une grossesse à terme si elle avortait à nouveau, a renoncé à obéir une nouvelle fois à son employeur.

6.2

6.2.1 Selon l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur. Les valeurs protégées par les droits de la personnalité sont notamment l'intégrité physique, qui concerne la vie et le corps humain, les libertés individuelles et la sphère privée, qui englobe la vie intime ainsi que la vie privée (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 2 ad art. 328 CO). La violation des obligations que lui impose l'art. 328 CO engage la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 ss CO) pour le tort moral causé au travailleur, aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (cf. art. 99 al. 3 CO) (ATF 130 III 699 consid. 5.1 p. 704; cf. également ATF 125 III 70 consid. 3a p. 74). 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 (arrêt 4A_123/2007 du 31 août 2007 consid. 7.1 et la jurisprudence citée).

La preuve de la souffrance morale étant difficile à apporter, il suffit au travailleur d'établir la réalité et la gravité de l'atteinte objective qui lui a été portée. Pour ce qui est de l'aspect subjectif, le juge doit tenir compte du cours ordinaire des choses, comme l'y autorise l'art. 42 al. 2 CO, le tort moral étant censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation. La conséquence d'une telle présomption de fait est qu'il appartient au travailleur d'établir qu'il a subi un tort moral plus grave que celui qu'aurait éprouvé une personne placée dans la même situation, tandis que c'est à l'employeur de prouver que la victime n'a, en réalité, pas ressenti de souffrance (arrêt 4C.246/1991 du 14 janvier 1992 consid. 1b, in SJ 1993 p. 351).

6.2.2

6.2.2.1 Dans la mesure où ils ont traité à l'appréciation des preuves faite en première instance et jugée non arbitraire par la Chambre des recours, les deux recours en matière civile visant l'arrêt rendu par cette autorité sont irrecevables, faute d'une motivation suffisante.

Force est de relever, à ce propos, que la recourante n° 1 se borne à relater les moyens qu'elle avait soulevés devant l'instance de recours pour en déduire, sans plus ample précision, que celle-ci aurait introduit un fait non avéré au prix d'un renversement arbitraire du fardeau de la preuve. Et l'intéressée d'ajouter ceci, en des termes pour le moins sibyllins: «il n'est pas admissible que le caractère aphone de l'administration d'une preuve,

ou l'échec probatoire, génère, sans alimenter subjectivement et/ou objectivement une crainte sur l'impartialité de l'appareil judiciaire, un élément correctif qui favoriserait une partie plutôt qu'une autre». Par ce moyen, qui mélange le fait et le droit, la recourante n° 1, non seulement n'attaque pas une constatation factuelle déterminée, mais encore ne démontre nullement en quoi la constatation censée attaquée par elle serait insoutenable.

Quant à la recourante n° 2, elle fait certes grief aux juges précédents d'avoir déduit arbitrairement des témoignages de D. et de E. l'existence de pressions exercées par l'employeur sur la travailleuse enceinte. Cependant, elle ne le fait pas de manière suffisamment précise pour étayer le grief d'arbitraire dans l'appréciation des preuves, dès lors qu'elle ne rapporte pas les propos tenus par le témoin D. et se contente d'alléguer que, d'après le témoin E., la discussion entre la recourante n° 1 et l'intimée s'était déroulée dans une ambiance détendue «entre dames prenant le café», circonstance qui, d'ailleurs, n'est pas de nature à exclure l'existence de pressions.

Sont également irrecevables, pour s'écarter des constatations non arbitraires de la Cour civile, les allégations, faites dans les réponses aux recours, par lesquelles l'intimée vise à asseoir sa thèse voulant que la recourante n° 1 lui ait directement demandé d'avorter et qu'elle l'ait déjà incitée avec succès à le faire à l'occasion d'une précédente grossesse.

6.2.2.2 Selon la Cour civile, il est établi que l'intimée a hésité à avorter. Il est également établi que la recourante n° 1 lui a demandé, à plusieurs reprises, comment elle envisageait l'avenir, si elle avait bien réfléchi et si c'était vraiment le bon choix de mener sa grossesse à terme. Que la travailleuse en ait ressenti une pression de la part de son employeur, tiraillée qu'elle était entre le désir d'avoir un enfant et la crainte de perdre son emploi, ressort, enfin, du témoignage de son gynécologue.

Dans ces circonstances, les premiers juges n'ont pas violé le droit fédéral en admettant que la travailleuse avait subi une atteinte objective à sa personnalité, que cette atteinte était imputable à la recourante n° 1 et qu'elle était d'une gravité suffisante pour justifier une réparation morale. Il faut également considérer, avec eux, que toute personne placée dans la même situation que l'intimée aurait ressenti cette atteinte avec acuité. Malgré qu'en ait la recourante n° 2, on est loin, ici, de simples questions indiscrètes qu'un employeur aurait posées en passant à une travailleuse, ni de celles qui n'auraient été dictées que par des motifs de nature organisationnelle. Que l'intimée ait déjà fait antérieurement l'expérience de l'avortement n'est pas non plus déterminant, quoi qu'en pense la recourante n° 1. On peut y voir, tout au contraire, une circonstance qui était propre à lui faire ressentir avec d'autant plus d'acuité la pression exercée par l'employeur. En effet, dans son témoignage, le gynécologue explique avoir dit à l'intimée que, vu ses antécédents, une nouvelle interruption de grossesse pourrait avoir des conséquences fâcheuses à l'avenir, sur le plan de sa stérilité et d'un point de vue mental. Ainsi, loin de réduire l'incidence de l'atteinte objective portée à la personne de l'intimée, le fait que cette derni-

ère avait déjà avorté par le passé était plutôt susceptible d'accentuer le dilemme dans lequel la travailleuse se voyait à tort ou à raison enfermée, c'est-à-dire avorter, au risque de ne plus pouvoir enfanter, ou conduire sa grossesse à terme, au risque de perdre son emploi.

Enfin, comme la Chambre des recours le souligne au consid. 4c de son arrêt, n'est pas non plus fondé le reproche, fait à la Cour civile, d'avoir méconnu le fardeau de la preuve en retenant que la recourante n° 1 n'avait pas établi que l'intimée n'avait en réalité pas ressenti de sérieuses souffrances. Cette phrase signifie, en effet, simplement que l'employeur n'a fourni aucun élément de nature à renverser la présomption de fait selon laquelle le tort moral éprouvé par l'intimée était censé correspondre à celui qu'aurait ressenti une personne normale placée dans la même situation. Et ce raisonnement correspond à celui que le Tribunal fédéral a tenu dans l'arrêt 4C.246/1991, précité (cf. le consid. 6.2.1 in fine du présent arrêt).

6.3 Dans ces conditions, il y a lieu de confirmer l'octroi à l'intimée d'une indemnité pour tort moral de 3000 fr., étant précisé que ledit montant n'est contesté en tant que tel par aucune des parties.

7.

Pour les motifs sus-indiqués, les recours en matière civile dans les causes 4A_415/2008 et 4A_431/2008 doivent être rejetés dans la mesure où ils sont dirigés contre l'arrêt rendu le 13 août 2008 par la Chambre des recours. Pour le surplus, c'est-à-dire en tant qu'ils visent le jugement rendu le 17 avril 2007 par la Cour civile, ils seront partiellement admis, à l'instar des recours en matière civile exercés contre le même jugement dans les causes 4A_495/2007 et 4A_497/2007, et le chiffre I du dispositif dudit jugement sera réformé en ce sens que les défenderesses X. et YZ. & Associée devront payer, solidairement entre elles, à la demanderesse A. la somme de 55 200 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004, sous déduction des cotisations d'assurances sociales, et la somme de 3000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 3 juin 2004. Le fait que, au chiffre II de son arrêt, la Chambre des recours déclare que le jugement en question «est maintenu» n'empêche pas la réforme dudit jugement, faut-il le préciser, car la juridiction cantonale supérieure n'avait pas le pouvoir d'examiner si la Cour civile avait violé le droit privé fédéral ni, partant, celui de confirmer le jugement rendu sur ce point par les premiers juges.

Il convient, en outre, d'annuler les chiffres II, III et IV du dispositif du jugement précité et de renvoyer la cause à la Cour civile afin qu'elle rende une nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale de première instance. En revanche, le chiffre V du dispositif du jugement de la Cour civile, en vertu duquel «toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées», sera confirmé.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 février 2009, Doss.-N° 4A_509/2008 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 3 octobre 2008 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

Il faut juger de cas en cas, sur le vu des circonstances pertinentes, si un bonus doit être considéré comme une gratification (322d CO) ou comme un élément de salaire (c. 4.1). Il n'est en revanche pas nécessaire de déterminer si une rémunération doit être qualifiée de salaire stricto sensu ou de gratification obligatoire dès lors que celle-ci constitue un élément de salaire (c. 4.3).

Peuvent constituer des indices que le système de prime constitue une rémunération obligatoirement due: le fait que les prestations étaient prévues dans un règlement, qu'elles étaient versées à échéance fixe, qu'elles étaient soumises aux déductions légales, que l'employeur lui-même ait indiqué dans divers courriers que la prime était versée «à titre de supplément de salaire», ou encore la désignation de «salaire» utilisée par l'employeur dans ses discussions avec l'administration fiscale (c. 4.3.1).

Il n'est pas nécessaire de discuter, dans le cas d'espèce, l'opinion d'une partie de la doctrine selon laquelle la liberté contractuelle devrait prévaloir à un niveau de rémunération très élevé et le travailleur ne plus bénéficier du même intérêt à invoquer la protection du salaire excédant la rémunération de base (c. 4.3.2.2).

Le juge doit faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur, à la suite de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de ces propositions; il en va de même en cas de modification des conditions de versement d'un bonus constituant un élément de salaire (c. 5.1).

Extraits des faits:

X. SA (ci-après: X.), recourante, avec siège à ..., dont la raison sociale était A. SA (ci-après: A.) jusqu'au 23 mai 2003, est une société anonyme faisant partie du groupe B., issu de la fusion des groupes C. et D. Elle est active, notamment, dans le commerce de produits pétroliers et emploie, à ..., une cinquantaine de traders, répartis en groupes en fonction de la nature du produit pétrolier ou d'une zone géographique déterminée. Par contrat du 8 mai 1999, prenant effet le 1^{er} juin 1999, X. a engagé Z., intimé, pour travailler à ... au sein du groupe «E.», composé de quatre traders. Le contrat a été conclu pour une durée indéterminée avec un préavis mutuel de résiliation de trois mois. Le salaire brut initial, payable douze fois l'an, a été fixé à 160 000 fr. Régulièrement augmenté, il a été porté à 263 000 fr. dès le 1^{er} janvier 2006. Au début de l'année 2001, A. a adopté un «règlement concernant le plan de rémunération et d'épargne-retraite des traders».

En substance, ce plan de rémunération prévoit le versement, par l'employeur, d'une «rémunération complémentaire en espèces (prime complémentaire au salaire)», d'une part, ainsi qu'une contribution à un plan d'épargne-retraite et d'assurance décès-invalidité, d'autre part. Le montant brut de la rémunération complémentaire et la date de son versement faisaient l'objet d'une décision prise chaque année par le président ou l'administrateur délégué de A. en fonction des performances de chaque bénéficiaire. Le versement de la prime complémentaire devait être opéré «après déductions légales». A cette prime venait s'ajouter un versement, au titre de l'épargne-retraite, sous la forme du paiement, par l'employeur, des primes relatives à un contrat d'assurance conclu avec une société tierce. Le montant de la prime annuelle d'épargne-retraite devait correspondre à 12% au moins du salaire annuel brut du bénéficiaire concerné; il était communiqué chaque année à l'intéressé et versé à la compagnie d'assurance au plus tard le 31 mars de l'année suivante, une fois les déductions légales effectuées. En présentant le plan en question, le conseil d'administration de la société l'a qualifié de «complément de salaire arrêté en fonction [des] performances», versé pour partie au titre de rémunération périodique et pour partie au titre de complément de retraite. Pour l'année 2000, Z. a perçu, le 31 mars 2001, une «prime exceptionnelle» de 1 130 000 fr. brut, versée en partie à titre de «supplément de salaire» et en partie «à titre de contribution au Fonds de pension». S'y ajoutait une somme de 16 000 USD, versée par A. à une compagnie d'assurance dans le cadre du plan d'épargne-retraite des traders. Pour les années 2001, 2002 et 2003, l'employé a touché, le 31 mars de l'année suivante, des primes exceptionnelles brutes de 792 000 fr., 340 620 fr. et 913 590 fr. Quant aux versements opérés par l'employeur durant la même période, au titre du complément d'épargne-retraite, ils se sont élevés, respectivement, à 240 000 USD, 466 700 USD et 20 300 USD.

En 2004, X. a décidé d'introduire, à partir du 1^{er} janvier 2005, un élément de fidélisation dans le versement de la rémunération complémentaire. Selon elle, cette décision était la conséquence de la concurrence acharnée que se livraient, à ..., les différents opérateurs du marché pour engager les traders les plus expérimentés. Ainsi a-t-elle décidé que, dorénavant, le complément de rémunération serait versé en deux fois et que l'employé n'y aurait droit que si les rapports de travail existaient toujours à la date du versement. Par courrier du 4 février 2005, X. a informé Z. qu'il recevrait une prime exceptionnelle de 1 110 000 fr. «en témoignage de satisfaction pour sa contribution dans l'obtention des résultats de l'année 2004». Ce montant serait versé en partie à titre de «supplément de salaire» et en partie à titre de «contribution au fonds de pension», le versement devant intervenir à hauteur de 570 000 fr. en février 2005 et de 540 000 fr. en septembre 2005, à condition que le contrat de travail n'ait pas été dénoncé au 31 août 2005. S'y ajoutait une somme de 19 230 EUR qui serait versée, sous la même condition, en septembre 2005 dans le cadre du

plan d'épargne-retraite des traders. Z. dit avoir protesté oralement, à réception de ce courrier, tant contre l'échelonnement que contre le caractère conditionnel du versement de cette prime. Il se serait vu répondre qu'il s'agissait d'une décision non négociable de la société et il aurait alors compris qu'il devait soit accepter, soit partir. Le 3 février 2006, X. a adressé à Z. une lettre de même contenu que la précédente au sujet de la prime exceptionnelle afférente à l'exercice 2005. Fixée à 1 792 000 fr., celle-ci serait versée pour moitié en février 2006 et pour l'autre moitié en septembre 2006, à condition que le contrat de travail n'ait pas été dénoncé au 31 août 2006. Devait s'y ajouter la somme de 371 900 EUR qui serait versée en février 2007, dans le cadre du plan d'épargne-retraite des traders, pour autant que l'employé n'ait pas résilié son contrat de travail au préalable.

Par courrier du 27 février 2006, Z. a résilié les rapports de travail pour le 31 mai 2006, motif pris d'un désaccord persistant entre les parties relativement à des questions de «gestion personnelle». La société lui a fait savoir, le 31 mars 2006, qu'elle le libérait de son obligation de travailler à compter du 16 mars 2006 et qu'il toucherait son salaire jusqu'au 31 mai 2006. Le 19 juin 2006, X. a informé Z. qu'elle lui versait, à titre discrétionnaire, le montant de 1 422 202 fr. conformément au règlement du plan de rémunération des traders et qu'elle considérait, dès lors, les droits de l'employé en relation avec la prestation d'épargne-retraite comme définitivement éteints. Z. a, par la suite, été engagé par une autre société, également active dans le secteur des transactions pétrolières.

Le 18 avril 2007, Z. a assigné X. en paiement de 2 950 000 USD, intérêts en sus, à titre de solde de salaire pour les mois de décembre 2004 à novembre 2005 (1 850 000 USD brut), d'une part, sous déduction des 896 000 fr. déjà versés par l'employeur, et pour les mois de décembre 2005 à mai 2006 (1 100 000 USD brut), d'autre part. Invité à le faire, le demandeur a chiffré ses conclusions en francs suisses. Il a ainsi réclamé, pour la première période précitée, la somme de 1 481 668 fr. 10 brut et, pour la seconde période, 1 353 550 fr. brut, montant qu'il a ensuite porté à 1 365 855 fr. Par jugement du 10 mars 2008, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné X. à payer à Z la somme brute de 2 472 363 fr. 10 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juin 2006 et invité la partie en ayant la charge à opérer les déductions sociales, légales et usuelles. Statuant par arrêt du 3 octobre 2008, sur appel de la défenderesse, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes a confirmé le jugement de première instance.

La défenderesse a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et au rejet intégral de la demande.

Extraits des considérants:

4.

Le premier point litigieux a trait à la qualification juridique de la rémunération complémentaire versée par la recourante à ses traders.

4.1 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui définisse et traite de façon spécifique du bonus. Selon ses caractéristiques, le bonus sera considéré soit comme une gratification au sens de l'art. 322d CO, soit comme un élément du salaire (art. 322 CO), pouvant revêtir, selon les cas, la forme d'une participation au résultat de l'exploitation (art. 322a CO). On en jugera de cas en cas sur le vu des circonstances pertinentes. Cette qualification est déterminante, car le régime des gratifications est beaucoup plus flexible que les règles applicables aux éléments du salaire. Ainsi, contrairement au salaire, la gratification dépend, au moins partiellement, du bon vouloir de l'employeur. Si elle n'a pas été convenue expressément ou par acte concluant, la gratification est entièrement facultative et, si un versement a été convenu, l'employeur est tenu d'y procéder, mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer. Il est admis que l'employeur peut, dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC, subordonner le droit à la gratification à des conditions, par exemple à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son versement ou à l'absence de résiliation du contrat; il ne peut pas le faire, en revanche, si la rémunération en cause constitue un élément du salaire. De plus, en vertu de l'art. 322d al. 2 CO, si les rapports de travail ont pris fin avant l'échéance de la gratification, le travailleur ne peut prétendre à un montant pro rata temporis que s'il en a été convenu ainsi (arrêt 4C.426/2005 du 28 février 2006 consid. 5.1 avec de nombreuses références).

En l'absence d'un accord explicite, la gratification est considérée comme convenue lorsque l'employeur l'a versée durant plus de trois années consécutives sans en réserver, par une déclaration adressée au travailleur, le caractère facultatif. Selon les circonstances, la gratification peut être due alors même que, d'année en année, l'employeur a exprimé et répété une réserve à ce sujet. Au demeurant, la gratification est accessoire par rapport au salaire et elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Par conséquent, un montant très élevé en comparaison du salaire annuel, égal ou même supérieur à ce dernier, et versé régulièrement, doit être considéré comme un salaire variable même si l'employeur en réservait le caractère facultatif. Dans le cas de salaires modestes, un montant proportionnellement moins élevé peut déjà présenter le caractère d'un salaire variable (ATF 131 III 615 consid. 5.2 et les références).

4.2 Se rangeant à l'avis des premiers juges, la Cour d'appel retient, elle aussi, que la rémunération complémentaire litigieuse ne constituait pas une gratification aléatoire, au sens de l'art. 322d CO, mais un salaire variable. Elle justifie cette qualification juridique par les motifs résumés ci-après.

Le contrat de travail ayant lié les parties ne prévoyait que le versement d'un salaire annuel brut, versé douze fois l'an, et ne faisait pas mention d'une gratification, d'une prime ou d'un bonus supplémentaire.

Dès l'an 2000, la recourante a voulu améliorer les conditions de rémunération des traders en produits pétroliers, eu égard aux conditions particulièrement stressantes de l'exercice de cette activité, en leur permettant de se constituer plus rapidement une prévoyance professionnelle. A cette fin, elle a adopté, en 2001, un règlement prévoyant le versement, par ses soins, d'une prime complémentaire au salaire, payée en espèces au bénéficiaire, ainsi que d'une contribution patronale à un plan d'épargne-retraite et d'assurance décès-invalidité. Le but poursuivi par elle n'aurait pas pu être atteint par l'allocation de gratifications laissées à sa seule discrétion. Du reste, au cours des discussions avec l'administration fiscale antérieures à l'adoption du règlement précité, la recourante avait elle-même qualifié la rémunération envisagée de complément de salaire.

Par ailleurs, les montants versés à titre de rémunération complémentaire au sens de ce règlement entre 2001 et 2004 ont régulièrement représenté des sommes supérieures à celles du salaire annuel contractuellement convenu. Sans doute cette rémunération complémentaire est-elle demeurée variable, son montant étant arrêté chaque année par l'employeur. Cet état de choses s'explique, toutefois, par le fait que le montant de ladite rémunération dépendait en particulier des résultats de l'année écoulée.

Enfin, dans les courriers adressés à l'intimé, la recourante a elle-même qualifié les montants annoncés pour les années 2005 et 2006 de complément de salaire, ce qui confirme qu'elle était consciente de la nature salariale de la prestation annoncée.

4.3 En excluant la qualification de gratification à bien plaie, au sens de l'art. 322d CO, au profit de celle de salaire variable, les juges précédents n'ont pas méconnu les principes sus-indiqués. Il n'est du reste pas nécessaire de déterminer plus avant si la rémunération en cause doit être qualifiée de salaire stricto sensu ou de gratification obligatoire dès lors qu'il y a lieu de traiter celle-ci comme celui-là, puisqu'elle constitue un élément du salaire.

Pour contester le bien-fondé de cette qualification juridique, la recourante avance un certain nombre d'arguments qu'il convient de passer en revue, non sans avoir précisé, au préalable, que nombre d'entre eux reposent sur des allégations qui s'écartent des faits établis par l'autorité précédente, ce qui n'est pas admissible (cf. art. 105 al. 1 LTF).

4.3.1 Contrairement à ce que soutient la recourante, la Cour d'appel n'a pas retenu, dans la partie «en droit» de son arrêt, que la rémunération complémentaire était fixée sur la base des seuls résultats de la société. La locution adverbiale «en particulier», utilisée dans le passage topique de son arrêt (p. 14, antépénultième §), démontre que l'existence d'autres facteurs permettant de fixer la rémunération complémentaire n'a pas échappé aux juges d'appel. A cet égard, il est certes indéniable que l'employeur jouis-

sait, en l'espèce, d'une assez grande liberté dans la fixation du montant à allouer à chacun de ses traders. Il est tout aussi vrai, comme le Tribunal fédéral le souligne dans le précédent cité par la recourante (arrêt 4A_115/2007 du 13 juillet 2007 consid. 4.3.3), que le pouvoir d'appréciation que l'employeur se réserve, quant à la détermination du montant du bonus, est une circonstance caractérisant la gratification. Cependant, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral ajoute que la gratification peut perdre son caractère facultatif lorsqu'elle ne revêt plus un caractère accessoire par rapport au salaire. Ainsi en va-t-il de la gratification qui atteint un montant considérable et qui est régulièrement versée (consid. 4.3.5). Il n'est pas douteux, sur le vu des constatations de fait souveraines de la Cour d'appel, que ces deux conditions étaient réalisées dans la présente espèce.

Selon la recourante, ni la désignation de «salaire» utilisée par elle dans ses discussions avec l'administration fiscale ni la manière d'imposer les prestations en cause ne seraient pertinentes pour qualifier juridiquement ces dernières. Que de telles circonstances ne soient pas décisives à elles seules est exact. Il n'en demeure pas moins qu'elles constituent des indices qui sont de nature à corroborer l'opinion de la Cour d'appel. Il en est d'autres, d'ailleurs, sur lesquels la recourante ne s'appesantit pas, mais qui vont dans le même sens, comme le fait que lesdites prestations étaient prévues dans un règlement, qu'elles étaient versées à échéance fixe, qu'elles étaient soumises aux déductions légales et que l'employeur lui-même avait indiqué, dans ses lettres adressées en février 2005 et 2006 à l'intimé, que la prime était versée «à titre de supplément de salaire».

Soulignant que les montants alloués au fonds de pension variaient d'une année à l'autre, la recourante fait grief à la Cour d'appel d'avoir considéré que le but de ce fonds de pension ne pouvait pas être atteint s'il dépendait de gratifications variables. Cependant, elle restitue, une fois de plus, de manière incorrecte l'opinion émise par les juges d'appel. Ceux-ci, en effet, n'ont pas dit que le but assigné à la rémunération complémentaire, à savoir permettre à son bénéficiaire de se constituer plus rapidement une prévoyance professionnelle, ne pouvait pas être atteint avec une rémunération complémentaire variant d'année en année; ils ont simplement relevé qu'il ne pourrait l'être par l'allocation de «gratifications aléatoires laissées à la seule discrétion de l'employeur», ce qui est autre chose.

4.3.2

4.3.2.1 La recourante tente ensuite de démontrer que la prime annoncée à l'intimé par courrier du 3 février 2006 était exceptionnelle, eu égard à son montant, par rapport aux montants versés précédemment. Elle en déduit que la prime litigieuse, qui visait à fidéliser son bénéficiaire, ne pouvait avoir acquis un caractère obligatoire, d'après les critères posés par la jurisprudence fédérale. Il s'agissait donc d'une gratification facultative, au sens de l'art. 322d CO, que l'employeur pouvait librement soumettre à des conditions, telle l'absence de résiliation du contrat lors de son versement, que l'intimé n'avait pas respectées. Aussi l'intéressé n'était-il pas en droit

de réclamer quoi que ce fût pour l'exercice 2005. Il ne pouvait pas non plus obtenir le paiement d'une part proportionnelle de la prime 2006, vu l'art. 322d al. 2 CO, faute pour les parties d'en être convenues.

4.3.2.2 Force est d'observer d'emblée que la recourante s'écarte derechef des faits établis par l'autorité précédente lorsqu'elle soutient, à l'appui de sa thèse, qu'elle a versé à l'intimé, au début de l'année 2006, une somme de 896 000 fr. qui n'était pas conditionnée au maintien des rapports de travail et qu'elle lui a octroyé, en sus, pour le fidéliser, une prime conditionnelle de 1 481 668 fr. 10 (i.e. 896 000 fr. + la contre-valeur de 371 900 euros). La cour cantonale se borne, en effet, à constater, à la page 6 lettre F. de son arrêt, l'existence du courrier du 3 février 2006 adressé par la recourante à l'intimé et son contenu. Or, la distinction prétendument faite par l'employeur entre la part de la prime complémentaire et du complément de retraite consacrée à la fidélisation du trader et celle octroyée sans condition ne ressort en tout cas pas clairement de ce courrier, si bien qu'elle n'était pas forcément perceptible pour le destinataire de celui-ci. De cette lettre, qui reprend presque mot pour mot celle du 3 février 2005, l'intimé ne devait pas davantage déduire le caractère exceptionnel du montant qui lui était alloué par rapport aux montants qu'il avait touchés les années précédentes, étant donné que sa rémunération complémentaire, liée en particulier aux résultats de l'exercice écoulé, avait déjà fortement varié au cours de ces années-là. Il convient de souligner, à cet égard, que, de l'avis des premiers juges, la différence entre les montants alloués à l'intimé en 2004 et en 2005 s'explique par l'enregistrement de résultats records dans le domaine pétrolier en 2005.

Vouloir isoler, à l'instar de la recourante, la rémunération complémentaire promise à l'intimé pour l'année 2005 de celle versée au terme des exercices antérieurs, pour en faire une gratification facultative, apparaît, dès lors, comme une démarche tout à fait artificielle. La question litigieuse ne se pose pas en ces termes. Il ne s'agit pas de se focaliser sur la prime en cause, dont la nature juridique ne différerait pas des primes versées les années passées, mais, bien plutôt, de déterminer si l'employeur était en droit de soumettre cette prime, qui constituait un élément du salaire, à des conditions, point qui sera examiné plus loin (cf. consid. 5 ci-dessous).

Pour le surplus, il n'est pas nécessaire de discuter ici l'opinion d'une partie de la doctrine (cf., parmi d'autres: RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 168 s.) et de l'auteur de l'avis de droit produit par la recourante, selon laquelle la liberté contractuelle devrait prévaloir à un niveau de rémunération très élevé et le travailleur ne plus bénéficier du même intérêt à invoquer la protection du salaire excédant la rémunération de base. Dans la présente espèce, en effet, il ne serait pas équitable d'appliquer un tel principe à l'intimé et de priver ainsi de cette protection un travailleur dont le salaire fixe, certes confortable, n'a pourtant représenté au mieux que moins d'un cinquième de la rémunération globale versée, resp. promise, par l'employeur pour les années 2000 à 2005 et, en moyenne, quelque 15%

de celle-ci. Quant à l'idée, émise par l'auteur de l'avis de droit, de ramener la part discrétionnaire du salaire qui se révélerait excessive à une proportion adéquate par rapport au salaire fixe, il n'y a pas lieu non plus de la creuser ici du moment que la recourante ne fournit de toute façon pas les éléments factuels nécessaires à sa mise en oeuvre.

Enfin, comme la rémunération complémentaire formait, en l'occurrence, une composante du salaire et non une gratification facultative, la recourante se réfère en vain à l'art. 322d CO pour s'opposer au versement pro rata temporis de la prime pour les mois de décembre 2005 à mai 2006. Elle étaye de surcroît son argumentation par des faits qui n'ont pas été constatés par la cour cantonale. Il en est ainsi de ses allégations voulant qu'elle ne verse pas de bonus l'année où un trader résilie ses rapports de travail, que cette pratique serait conforme à celle du marché, l'éventuelle perte d'expectatives étant compensée par le versement d'une prime lors de l'entrée en fonction auprès du nouvel employeur selon des modalités négociées avec ce dernier, et que l'intimé en aurait profité pour négocier à prix d'or son transfert dans une société concurrente.

Les mêmes remarques peuvent d'ailleurs être faites en ce qui concerne la description proposée par la recourante de «la situation particulière de l'intimé».

5.

5.1 Le salaire régi par l'art. 322 al. 1 CO est une prestation en argent versée en contre-partie du travail fourni. Il s'agit d'un élément essentiel du contrat de travail. Contrairement à ce qui est le cas pour une gratification au sens de l'art. 322d CO (cf. arrêt 4A_115/2007, précité, consid. 4.3.1), la fonction même du salaire exclut donc la possibilité pour l'employeur de soumettre la rémunération d'une prestation de travail déjà accomplie à la condition que le salarié soit encore dans l'entreprise ou qu'il n'ait pas donné ni reçu son congé. Que l'échéance du bonus constituant un élément du salaire soit différée à l'année suivant la période de référence n'y change rien, car, lorsque les parties, pour des raisons de convenance, reportent le paiement d'une partie du salaire, il n'y a aucune raison de prévoir, pour cette partie du salaire, des règles plus défavorables au travailleur, quant à la naissance et à l'exigibilité de la créance qui en résulte, que pour le salaire courant. En revanche, comme l'art. 322 CO est de droit dispositif, les parties peuvent, par un accord, décider de diminuer le salaire en cours de contrat, avant l'échéance du délai légal de congé. Un tel accord ne vaut toutefois que pour le futur et ne peut se rapporter à des prestations de travail déjà accomplies (arrêt 4C.426/2005, précité, consid. 5.2.1 et les références).

Au demeurant, même si les parties peuvent décider d'un commun accord, en cours de contrat, de diminuer le salaire pour le futur sans observer une quelconque forme (cf. arrêt 4C.474/1996 consid. 3.2 et les références), un accord tacite, par exemple lorsque le travailleur a accepté à plusieurs reprises un salaire inférieur à celui convenu à l'origine, ne peut être recon-

nu qu'exceptionnellement. Aussi le juge doit-il faire preuve de retenue avant d'inférer du silence d'un travailleur, à la suite de propositions de modifications du contrat dans un sens qui lui est défavorable, l'acceptation de ces propositions; celle-ci ne peut être admise que dans des situations où, selon les règles de la bonne foi, du droit ou de l'équité, une réaction du travailleur s'imposait en cas de désaccord de sa part (arrêt 4C.62/2003 consid. 3.2 et les références). Il n'en va pas autrement en cas de modification des conditions de versement d'un bonus constituant un élément du salaire (cf. arrêt 4C.244/2004 du 25 octobre 2004 consid. 3.1). S'agissant du fardeau de la preuve, il appartient à l'employeur d'établir les circonstances particulières permettant d'admettre que le travailleur a consenti tacitement à une réduction de salaire (arrêt 4C.242/2005 du 9 novembre 2005 consid. 4.3).

5.2 Appliquant ces principes aux circonstances du cas particulier, la Cour d'appel considère que la décision, prise à la fin de l'année 2004 par la recourante, d'introduire, dès le 1^{er} janvier 2005, un «caractère de fidélisation» dans le versement de la rémunération complémentaire a péjoré les conditions salariales de l'intimé, puisqu'une partie de la rémunération variable des services fournis par le trader était désormais soumise à des conditions qui n'existaient pas jusque-là.

Selon la cour cantonale, on ne saurait suivre la recourante lorsqu'elle soutient que l'intimé aurait accepté les nouvelles modalités de versement de la rémunération complémentaire et, en particulier, le fait que ce versement serait subordonné dorénavant à l'existence de rapports de travail non résiliés. Les juges d'appel notent, à ce propos, que l'intimé n'a signé aucun document allant dans ce sens et que l'existence, contestée, d'un accord oral n'a pas été prouvée. Ils excluent de même la possibilité de retenir un accord tacite résultant du fait que l'intimé a accepté, en 2005, le versement de sa rémunération complémentaire en deux fois.

5.3 La recourante s'inscrit en faux contre cette appréciation juridique de la situation. A l'en croire, l'existence de l'accord litigieux résulterait des déclarations mêmes de l'intimé, de l'examen de la volonté des parties et d'actes concluants.

5.3.1 A la pag 6, lettre F., deuxième paragraphe, de son arrêt, la Cour d'appel écrit ceci:

«[L'intimé] dit avoir protesté au reçu de ce courrier [i.e. celui du 4 février 2005], à l'encontre tant du versement de la prime en plusieurs fois que de la condition dont le versement était assorti; il lui aurait été alors répondu qu'il s'agissait d'une décision de la société, qui n'était pas négociable. Il a alors compris qu'il devait soit accepter, soit partir.»

Se fondant sur la dernière phrase du passage cité et sur le fait que l'intimé est resté à son poste, la recourante en déduit que l'acceptation des nouvelles modalités de paiement de la rémunération complémentaire résulte déjà des déclarations de l'intéressé. Il n'en est rien. En effet, ce que l'on peut déduire de ces déclarations, telles qu'elles ont été rapportées par la

cour cantonale, c'est, tout au plus, que l'intimé a compris que l'employeur entendait modifier unilatéralement les modalités de versement de la rémunération complémentaire avec ou sans l'accord des bénéficiaires de celle-ci.

5.3.2 La recourante fait encore grief à la Cour d'appel de n'avoir pas cherché à déterminer la réelle et commune intention des parties au regard de l'ensemble des circonstances, lesquelles auraient dû l'amener à constater que l'intimé avait résilié son contrat de travail en étant conscient de la situation et en l'ayant acceptée.

A la lecture du grief en question dont le caractère appellatoire est manifeste, on ne discerne pas quel est le véritable objet de la critique formulée par la recourante. C'est le lieu de rappeler que la volonté interne des parties est une question qui relève du domaine des faits et qui n'a donc pas sa place dans un passage du mémoire consacré à la démonstration de la violation du droit privé fédéral imputée aux juges d'appel. Aussi la recourante aurait-elle dû soulever le grief de constatation arbitraire des faits si elle entendait démontrer que ceux-ci avaient omis sans raison valable de constater, sur le vu des éléments de preuve à leur disposition, le fait, dûment allégué par elle, selon lequel les parties s'étaient mises d'accord, à fin 2004/début 2005, pour modifier les conditions de versement de la rémunération complémentaire.

5.3.3 Enfin, selon la recourante, l'application du principe de la bonne foi commanderait d'admettre que l'intimé a tacitement accepté les nouvelles modalités applicables à la rémunération complémentaire en 2005 déjà. Qu'il n'ait pas manifesté par écrit son prétendu désaccord avec ces nouvelles modalités, mais ait maintenu les rapports de travail et encaissé, sans protester, la prime versée en application de ces modalités-là ne laisserait aucun doute quant à sa volonté d'accepter, par ces actes concluants, le nouveau régime applicable à la rémunération complémentaire.

Semblable avis ne peut être partagé. Il ne tient pas compte du caractère exceptionnel que la jurisprudence attribue à la reconnaissance d'un accord tacite ayant pour effet de péjorer les conditions salariales du travailleur. De surcroît, la recourante peut difficilement opposer à l'intimé le principe de la bonne foi pour déduire de son silence l'acceptation tacite de nouvelles modalités qu'elle lui a, en réalité, dictées, n'acceptant pas qu'il les discutât. Enfin, s'il fallait voir un comportement concluant dans le fait que l'intimé avait encaissé en février et septembre 2005 la rémunération complémentaire afférente à l'exercice 2004, cela n'impliquerait pas nécessairement qu'il avait aussi accepté, ce faisant, l'autre modalité introduite par l'employeur – i.e. que le contrat n'ait pas été dénoncé à une certaine date –, étant donné que la question d'une résiliation par lui des rapports de travail n'était alors pas encore à l'ordre du jour.

Plus fondamentalement, on peut se demander, en dernier lieu, si l'accord litigieux, à le supposer conclu de quelque manière que ce fût, l'eût été valablement. En effet, une chose est de décréter que, dorénavant, la

prestation du travailleur sera moins bien rémunérée; autre chose est de décider que, désormais, la prestation déjà accomplie ne sera plus rémunérée si, au moment où elle devrait être versée, l'employé ne travaille déjà plus dans l'entreprise ou qu'il a donné, voire reçu, son congé. Dans la première hypothèse, l'essence du contrat de travail est sauvegardée puisque les services du travailleur sont rémunérés. En revanche, dans la seconde hypothèse, on permet à l'employeur de se soustraire, sous certaines conditions, à son obligation de verser une prestation en argent en contrepartie du travail fourni. Telle était du reste la situation qui prévalait dans la cause 4C.426/2005, précitée, où le Tribunal fédéral a jugé non valable une stipulation contractuelle pourtant formellement acceptée par les cocontractants qui soumettait la naissance du droit au paiement d'un élément du salaire pour un travail accompli à la condition sus-indiquée. Il doit en aller de même en l'espèce, de sorte que l'éventuel accord similaire conclu par les parties ne saurait empêcher l'intimé de réclamer son dû à la recourante.

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 février 2009, Doss.-N° 4A_491/2008 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, du 26 septembre 2008)

LECCT. La déclaration d'extension permet d'étendre le champ d'application d'une Convention collective de travail à tous les employeurs et travailleurs de la branche ou de la profession considérée, mais ne peut avoir pour effet d'élargir le champ d'application naturel qui a été assigné à la convention par ses signataires (c. 2.3.2).

CCNT. Les traiteurs, dont l'activité consiste à préparer des repas ou des plats à emporter et à consommer chez soi, entrent dans le champ d'application de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés (c. 2.3.2).

Extraits des faits:

Le 1^{er} juin 2004, Y. (demandeur et intimé) a été engagé, en qualité de cuisinier à 100%, par la société X. SA (défenderesse et recourante), pour un salaire mensuel brut de 5525 fr., payé douze fois l'an. Les rapports de travail ont pris fin le 30 septembre 2005.

Le 23 juin 2006, Y. a ouvert action contre X. SA devant la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine. Il requérait le paiement de 30 000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2005, à titre de treizième salaire, de dommages-intérêts pour des heures supplémentaires, de jours de repos et de vacances non prises et de solde d'indemnités journalières, le tout sous déduction de 7612 fr. 10 représentant deux mois de salaire reçus en trop. Le demandeur fondait ses prétentions sur la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, conclue

le 6 juillet 1998, et ci-après la convention ou CCNT. La défenderesse a conclu au rejet de la demande et, reconventionnellement, au paiement de deux salaires versés en trop et au remboursement de 3455 fr. 70 correspondant au dommage causé fautivement par l'employé au véhicule de l'entreprise. Le 27 août 2007, la Chambre des prud'hommes a rendu un jugement par défaut. Statuant le 21 février 2008, sur demande de relief présentée par la défenderesse, la Chambre des prud'hommes a condamné celle-ci à verser au demandeur le montant net de 1231 fr.40 et le montant brut de 35 407 fr. 30, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 2005, sous déduction du montant net de 7612 fr. 10 plus intérêts à 5% l'an dès le 23 octobre 2005. La défenderesse a appelé de ce jugement, concluant à son annulation et au versement, par le demandeur, de la somme de 6933 fr. 20, avec intérêts à 5% l'an dès le 23 octobre 2005. Statuant par arrêt du 26 septembre 2008, la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal fribourgeois a confirmé le jugement attaqué.

La défenderesse exerce un recours en matière civile. Elle conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et à ce que la partie adverse soit astreinte à lui verser le montant de 6933 fr. 20, avec intérêts à 5% l'an dès le 23 octobre 2005, sous suite de frais et dépens.

Extraits des considérants:

2.

Le litige porte sur l'assujettissement de la recourante à la CCNT, qui a fait l'objet d'un arrêté d'extension et qui renferme du droit privé fédéral (ATF 98 II 205 consid. 1 p. 207 ss). La recourante prétend que l'activité de traiteur n'entre pas dans le champ d'application de la convention étendue et que l'autorité inférieure a, à tort, retenu que les rapports de travail entre les parties étaient visés par cette convention.

Il convient donc de se demander si l'autorité cantonale a violé le droit fédéral, en considérant que la recourante tombait sous le champ d'application de l'art. 1 CCNT, à défaut d'y être expressément exclue par l'arrêté d'extension.

2.1 La décision d'extension permet l'application d'une convention aux employeurs et aux travailleurs qui appartiennent à la branche économique ou à la profession visée et ne sont pas liés par cette convention (cf. art. 1 al. 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]). Pour savoir si une entreprise appartient à la branche économique ou à la profession visée et entre, de ce fait, dans le champ d'application de la CCNT étendue, il faut examiner de manière concrète l'activité généralement déployée par l'entreprise en cause. Les entreprises visées par la déclaration d'extension doivent offrir des biens ou des services de même nature que les entreprises qui sont soumises contractuelle-

ment à la CCNT; il doit exister un rapport de concurrence directe entre ces entreprises (ATF 134 I 269 consid. 6.3.2 p. 283).

Les dispositions concernant l'extension d'une convention ont un caractère normatif et sont en conséquence soumises aux règles régissant l'interprétation des textes de lois (ATF 127 III 318 consid. 2a p. 322; arrêt du Tribunal fédéral 4P.49/2006 du 24 avril 2006 consid. 3.3). Ainsi, ces dispositions doivent être interprétées en premier lieu selon leur lettre. Lorsque leur sens littéral est clair et univoque, l'autorité qui doit les appliquer est en principe liée (cf. ATF 132 III 18 consid. 4.1 p. 20; 131 III 606 consid. 4.2 p. 611).

2.2 Dans le cas d'espèce, il n'est pas remis en cause que l'activité essentielle de l'employeuse consiste à préparer et à livrer des mets prêts à être consommés et à l'emporter et que ces prestations sont proposées contre rémunération et accessibles à tout un chacun.

L'autorité cantonale a analysé l'assujettissement de la recourante à la CCNT étendue en fonction du domaine d'activité exercé par cette entreprise. Sur le vu de l'activité essentielle de la recourante, telle qu'indiquée ci-dessus, la juridiction cantonale a considéré comme étant certain que la recourante tombe sous le champ d'application de l'art. 1 CCNT, qui inclut notamment le catering et la vente à l'emporter. Les juges fribourgeois ont posé que l'art. 2 al. 1 par. 1 de l'arrêté du Conseil fédéral n'est pas exhaustif, à la différence du par. 2 qui énumère limitativement les établissements soustraits à l'application de la CCNT, et ont jugé qu'à défaut d'être expressément exclue de l'application de la CCNT par l'arrêté d'extension, la recourante y était soumise, son offre de services étant de même nature que d'autres établissements assujettis.

2.3

2.3.1 L'art. 1 de la CCNT, sous l'intitulé «Champ d'application», dispose, à son alinéa premier, que la convention collective s'applique à tous les employeurs et collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration.

Par arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998, le champ d'application de la CCNT a été étendu (FF 1998 V 4856). Cette extension a déployé des effets à partir du 1^{er} janvier 1999 jusqu'au 31 décembre 2002 (cf. art. 4 de l'arrêté), puis a été prolongée, la dernière prolongation datant du 17 décembre 2007 (FF 2007 8149). L'art. 2 al. 1 de cet arrêté détermine l'extension de la CCNT d'un point de vue géographique. L'art. 2 al. 2, 1^{er} paragraphe, de l'arrêté prévoit que les clauses visées par l'arrêté d'extension s'appliquent aux employeurs et aux travailleurs (y compris les travailleurs occupés à temps partiel et les auxiliaires) des établissements servant des prestations dans le domaine de l'hôtellerie ou de la restauration; il est précisé que sont considérés comme tels, les établissements qui hébergent des personnes moyennant une prestation pécuniaire ou vendent des mets ou des boissons à consommer sur place. Par modification de l'arrêté d'extension, datée du 22 septembre 2005 et entrée en vigueur le

1^{er} octobre 2005 – soit ultérieurement à la fin des rapports contractuels liant les parties –, la phrase suivante a été ajoutée au texte initial: «les entreprises livrant des mets prêts à être consommés sont assimilées aux restaurants et cafés». L'art. 2 al. 2 énumère, aux paragraphes 2 et 3, les établissements, ainsi que les personnes et/ou fonctions, non soumis à l'arrêté d'extension.

2.3.2 Le texte de la CCNT ne mentionne pas expressément les traiteurs, comme prestataires de services assujettis à la convention. Quoi qu'il en soit, à la lecture de l'art. 1 al. 1 de la CCNT, il ressort que la convention s'applique «à tous les employés et collaborateurs qui exercent une activité dans un établissement de l'hôtellerie ou de la restauration» et que «sont notamment concernés tous les prestataires de services d'hôtellerie et de restauration accessibles à tout un chacun contre rémunération».

Il sied tout d'abord d'observer que la recourante ne prétend pas ni ne cherche à démontrer que le champ d'application tel que défini à l'art. 1 de la CCNT n'aurait pas un sens clair. Au demeurant, on ne voit pas ce qui justifierait de ne pas inclure les traiteurs dans les prestataires de services du domaine de la restauration. Selon la définition qu'en donne le dictionnaire (Petit Robert), la restauration correspond au «métier de restaurateur, de traiteur, de préparateur de plats, de sandwiches, de crêpes». Au reste, le Commentaire de la CCNT 1998, édité par l'Office de contrôle de la CCNT, donne lui-même comme exemple de prestations fournies par les prestataires de restauration soumis à la convention le catering et la vente à l'emporter (cf. également, BERNARD CLOËTTA ET AL., Guide pratique de la CCNT 98, 3^e éd. 2003, p. 15). Rien ne laisse donc supposer que les traiteurs, dont l'activité consiste à préparer des repas ou des plats à emporter et à consommer chez-soi (Petit Robert), n'entrent pas dans le champ d'application de la CCNT. La recourante ne démontre en tout cas pas le contraire.

La convention étendue précise, quant à elle, la notion d'établissements servant des prestations dans le domaine de l'hôtellerie ou de la restauration, en mentionnant les établissements pouvant être «notamment» considérés comme tels. Le fait que parmi ces établissements figurent ceux qui vendent des mets ou des boissons «à consommer sur place» ne saurait à lui seul exclure l'activité de traiteur du domaine considéré. Il convient tout d'abord d'observer que le paragraphe de la clause en question traite des établissements assujettis à la convention étendue et non pas de ceux exclus du champ d'application. Par ailleurs, il découle de l'usage de l'adverbe «notamment» que la disposition considérée ne fournit qu'une énumération exemplative des établissements en cause. On ne saurait donc en déduire une volonté des auteurs de la CCT étendue de ne pas inclure les traiteurs dans les prestataires de services assujettis.

La recourante voit dans l'ajout apporté lors de la modification de la CCNT étendue de septembre 2005 l'indication que la CCNT de 1998 ne s'appliquait pas aux traiteurs et que, par conséquent, elle n'était pas assu-

jetie à la convention étendue. C'est toutefois perdre de vue que si la déclaration d'extension permet d'étendre le champ d'application de la CCNT à tous les employeurs et travailleurs de la branche ou de la profession considérée, elle ne saurait élargir le champ d'application naturel qui a été assigné à la CCNT par ses signataires (arrêt du Tribunal fédéral 4C.409/1995 du 15 mai 1996 consid. 2a, in JAR 1997 265 p. 267; cf. ég. ARTHUR ANDERMATT ET AL., in Handbuch zum Kollektiven Arbeitsrecht, 2009, n° 21 ad art. 1–21 AVEG; JEAN-FRITZ STÖCKLI, in Commentaire bernois, 1999, n° 51 ad art. 356 CO et n° 102 ad art. 356b CO; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 685; CHRISTIANE BRUNNER ET AL., in Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 12 ad art. 356 à 358 CO). Or, lorsque la recourante affirme que la modification de l'arrêté d'extension, opérée en septembre 2005, a étendu le champ d'application de la CCNT, en assimilant aux restaurants et cafés les entreprises livrant des mets prêts à être consommés, elle entre précisément dans ce dernier cas de figure, puisqu'elle élargit le champ d'application de la convention à un prestataire de services de restauration non soumis, à ses dires, à la convention. Dans la mesure où une telle extension est proscrite, le raisonnement de la recourante tombe à faux.

Par ailleurs, l'adjonction apportée en septembre 2005 ne peut que signifier, au regard de l'impossibilité d'étendre le champ d'application naturel de la convention, que les traiteurs entraient déjà dans le champ d'application de la CCNT et qu'il ne s'agit là que d'une précision apportée au texte initial.

Sur le vu de ce qui précède, l'autorité cantonale n'a pas enfreint le droit fédéral en considérant que la recourante était assujettie à la CCNT.

Tribunal fédéral, Arrêt du 13 février 2009, Doss.-N° 4A_474/2008 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg du 12 septembre 2008)

L'employeur ne peut conclure trop facilement que le salarié accepte de mettre fin conventionnellement au rapport de travail; il ne peut, de bonne foi, déduire une telle volonté de la part du travailleur que si celle-ci ressort de manière claire et irréfutable de son comportement (c. 3.1).

Une travailleuse enceinte de cinq mois peut légitimement refuser une modification du lieu de travail convenu au moment de la conclusion du contrat, qui aurait impliqué, soit des trajets en transports publics à raison de deux heures et demi aller-retour par jour, soit que la travailleuse demeure cinq nuits par semaine dans la chambre mise à sa disposition par son employeur, alors qu'elle vivait en ménage commun avec son ami (c. 4).

Extraits des faits:

Le 1^{er} février 2004, F.X. (recourante) et H.X. ont engagé Y. (intimée) en qualité de serveuse au Buffet B. à ..., pour un salaire qui s'élevait en dernier lieu à 3422 fr. 85. Le 21 juillet 2005, F.X. et H.X. ont résilié le contrat de travail pour le 31 octobre 2005, car ils avaient décidé de mettre un terme anticipé au contrat de bail à ferme du Buffet B. A ce moment-là, ils savaient que Y. était enceinte. Quelques semaines plus tard, ils ont proposé à celle-ci de venir travailler dans leur nouvel établissement à ..., lui mettant gratuitement à disposition l'une des chambres pendant le temps de sa grossesse. Y. a refusé cette proposition vu la durée des trajets entre son domicile de ... et ... Elle a également décliné leur offre de lui mettre une chambre à disposition, car elle vivait avec son ami et allait avoir un enfant. Le 1^{er} novembre 2005, les époux A. ont repris le Buffet B. Par lettre du 21 novembre 2005, Y. a fait savoir à F.X. que «suite à l'entretien téléphonique du 18 novembre 2005, je vous confirme que Monsieur et Madame A. m'avaient certifié de m'engager au Buffet B. alors que je travaillais encore pour Monsieur et Madame X. Par la suite, j'avais contacté Madame A. au sujet du contrat de travail et je lui ai parlé au sujet du salaire du mois de novembre qu'elle me doit d'après mon avocat (...). Madame A. l'a très mal pris et m'a formulé que je ne ferais pour finir plus partie du service». L'enfant de Y. est né le 19 février 2006.

Le 27 mars 2006, Y. a introduit à l'encontre de F.X. et H.X. une action tendant au versement de 21 165 fr. 25, soit 17 114 fr. 25 représentant les salaires de novembre 2005 à mars 2006 et 4051 fr. correspondant à des heures supplémentaires qui n'avaient pas été payées ainsi que des indemnités pour les jours de repos et de vacances non pris en 2005. Le 7 avril 2006, la Caisse de chômage Z. (ci-après: la caisse de chômage) a été subrogée dans les droits de Y. pour un montant qui s'est finalement élevé à 7585 fr. 65. Le 26 mai 2006, F.X. et H.X. ont déposé une demande reconventionnelle à l'encontre de Y., concluant au versement de 826 fr. 40 correspondant à des heures manquantes. Le 8 janvier 2007, H.X. a été déclaré en faillite. La procédure s'est poursuivie avec F.X., à laquelle l'assistance judiciaire a été accordée le 9 novembre 2007. Par jugement du 9 novembre 2007, la Chambre des prud'hommes de la Glâne a rejeté l'action en paiement du 27 mars 2006. Le 7 janvier 2008, Y. a interjeté un recours contre ledit jugement, concluant à son annulation et à la condamnation de F.X. à lui verser la somme de 30 805 fr. 65 avec intérêt à 5% l'an dès le 31 mars 2006, sous réserve des prestations touchées par l'assurance-chômage. Le 22 janvier 2008, la caisse de chômage a déposé une déclaration d'intervention à concurrence de 7585 fr. 65. Par arrêt du 12 septembre 2008, la IIe Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg a partiellement admis le recours de Y. dans la mesure où il était recevable, déclaré irrecevable le «recours» de la caisse de chômage et, partant, modifié le

jugement du 9 novembre 2007 en ce sens que F.X. est condamnée à payer à Y. 7402 fr. 05 bruts avec intérêt à 5% dès le 31 mars 2006.

F.X. interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral en appliquant les art. 336c et 341 CO au cas d'espèce, ou à tout le moins en les interprétant de manière trop restrictive, et en outre d'avoir fait découler de ces deux dispositions une incombance exorbitante à sa charge, à savoir celle de s'assurer activement de la signature d'un contrat entre l'intimée et les époux A.

3.1 Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Selon la jurisprudence, cette norme, qui prohibe la renonciation unilatérale du travailleur, 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, et ce malgré le caractère relativement impératif de l'art. 336c CO (cf. ATF 119 II 449 consid. 2a; 118 II 58 consid. 2b p. 61). Ainsi, l'art. 336c CO ne s'applique pas lorsque les parties mettent fin au contrat de travail de manière concordante, pour autant qu'il s'agisse nettement d'un cas de transaction, comportant des concessions réciproques (cf. ATF 118 II 58 consid. 2b p. 61).

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, leur réelle et commune intention (art. 18 al. 1 CO; interprétation subjective); si le juge ne parvient pas à établir en fait cette volonté réelle, ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il recherchera quel sens les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques (application du principe de la confiance; interprétation objective; sur ces questions, cf. ATF 133 III 675 consid. 3.3 p. 681 s.). Dans ce dernier cas, l'accord litigieux doit être interprété restrictivement et ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat (arrêt 4C.127/2005 du 2 novembre 2005 consid. 4.1, reproduit in JAR 2006 p. 351). En d'autres termes, l'employeur ne peut conclure trop facilement que le salarié accepte de mettre fin conventionnellement au rapport de travail; il ne peut, de bonne foi, déduire une telle volonté de la part du tra-

vailleure que si celle-ci ressort de manière claire et irréfutable de son comportement.

3.2 En l'espèce, la cour cantonale a jugé que l'on ne pouvait considérer la lettre du 21 novembre 2005 comme une convention comportant des concessions réciproques des deux parties; de cette lettre, il ressortait que l'intimée voulait continuer à travailler au Buffet B. à ... dès le 1^{er} novembre 2005 mais qu'elle n'avait pas pu le faire car elle n'avait jamais été engagée par les nouveaux tenanciers; elle l'avait donc fait savoir à la recourante en lui adressant cette lettre; aucune convention de résiliation n'avait été signée entre les parties; or, l'acceptation de la résiliation par l'employée ne suffisait pas à elle seule pour déduire l'existence d'une résiliation conventionnelle et par là même une volonté implicite de l'intimée de renoncer à la protection accordée par les art. 336 ss CO; en l'occurrence, l'employeur avait résilié unilatéralement le contrat sans que l'employée proteste; la recourante ne pouvait licencier l'intimée qui se trouvait sous la protection de l'art. 336c CO; pour que cette disposition ne s'applique pas, la recourante aurait dû s'assurer activement qu'un contrat avait bel et bien été signé entre son employée et les époux A. et qu'elle avait bien été engagée; tel n'était pas le cas; de son propre aveu, la recourante n'avait pas pris contact avec les époux A. et elle n'avait jamais assisté à une discussion directe entre l'intimée et ceux-ci; sans transaction claire mettant fin au contrat d'un commun accord, l'art. 336c CO restait applicable; par conséquent, le congé donné le 21 juillet 2005 n'avait pas valablement mis fin au contrat de travail.

3.3 Donné par les employeurs pendant la grossesse de l'employée, le congé notifié unilatéralement le 21 juillet 2005 pour le 31 octobre 2005 est nul (art. 336c al. 1 let. c et al. 2 CO), ce que la recourante ne remet pas en cause; elle ne conteste pas non plus à proprement parler le raisonnement de la cour cantonale tendant à dire qu'aucun accord ne résulterait de l'acceptation par l'intimée de la résiliation du 21 juillet 2005; elle plaide en revanche l'existence d'un accord de résiliation subséquent mettant fin au contrat de travail pour le 31 octobre 2005, conclu à l'initiative de l'intimée.

A cet égard, la recourante estime que la cour cantonale aurait omis arbitrairement de retenir que c'était l'intimée qui, ayant décroché un nouveau contrat de travail auprès des époux A., ou du moins étant persuadé qu'il en était ainsi, lui avait proposé, ainsi qu'à son mari, en août 2005, une résiliation conventionnelle du contrat de travail qui les liait; l'offre ainsi faite par l'intimée serait donc sans lien avec la résiliation unilatérale des rapports de travail que la recourante et son mari lui avaient adressée le 21 juillet 2005; sur ce point, la constatation des faits par les juges cantonaux serait «en complète contradiction avec l'état de fait retenu en première instance».

Or, force est d'admettre qu'une telle offre – à tout le moins expresse – émanant de l'intimée ne ressort nullement de l'état de fait établi par la cour cantonale, ni d'ailleurs par le Tribunal des prud'hommes, les seuls éléments en ce sens figurant dans la partie du jugement de ce dernier exposant les

allégations de la recourante. Cela étant, celle-ci ne fait qu'affirmer sa propre version des événements, sans indiquer quels moyens de preuve précis les juges cantonaux auraient omis ou apprécié arbitrairement; elle n'avance pas davantage avoir exposé, en procédure cantonale, les circonstances précises et exactes dans lesquelles la proposition en question aurait été formulée, par exemple la date de la discussion y relative. Il ne saurait ainsi être question d'établissement manifestement inexact des faits. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de se pencher plus avant sur l'argumentation juridique développée par la recourante sur la base de la prémisse erronée selon laquelle l'initiative de passer un accord de résiliation proviendrait de l'intimée.

3.4 Cela étant, il y a lieu d'examiner la question de l'éventuelle existence d'une résiliation conventionnelle, par le biais de l'interprétation. C'est le lieu de préciser que les critiques de la recourante, articulées sous couvert d'un établissement prétendument arbitraire des faits, selon lesquelles la cour cantonale aurait d'une part arbitrairement omis de prendre en considération les motifs ayant conduit les parties à résilier conventionnellement le contrat – en particulier l'intérêt de l'intimée à résilier son contrat de manière anticipée puisque la possibilité lui était offerte de continuer à travailler au Buffet B. de ... –, d'autre part apprécié de manière manifestement inexacte, contradictoire et arbitraire l'intention de l'intimée de se départir du contrat la liant à la recourante et à son mari en déniait l'existence d'un contrat entre les époux A. et l'intimée, tout en reconnaissant que celle-ci voulait continuer à travailler au Buffet B. à ..., ont en réalité trait à l'interprétation faite par les juges cantonaux.

D'emblée, il n'apparaît pas possible de déceler, sur la base de l'état de fait déterminant, l'existence d'une réelle et commune intention des parties. Par conséquent, il reste à examiner, en application du principe de la confiance, si un tel accord peut être déduit des circonstances. Or, la situation est pour le moins floue. En particulier, la cour cantonale a retenu que «même s'il est vraisemblable que (l'intimée) et les époux A. ont eu des contacts directs au mois d'octobre 2005, aucun contrat n'a été signé et (l'intimée) n'a pas été engagée par les époux A. au 1^{er} novembre 2005». A cet égard, la recourante reproche à la cour cantonale de s'être fondée principalement sur le témoignage de dame A. pour aboutir à cette conclusion; elle ne démontre toutefois pas à satisfaction en quoi consisterait l'arbitraire dans l'appréciation des preuves; pour le surplus, elle fait vainement grief aux précédents juges de ne pas avoir administré des preuves supplémentaires, singulièrement entendu deux témoins, susceptibles de confirmer d'une part que lorsque l'intimée était présente sur son lieu de travail, elle avait annoncé à ses collègues, notamment à elle-même, qu'elle restait travailler au Buffet B. de ... après le 1^{er} novembre 2005, le nouveau tenancier l'ayant engagé dès cette date, d'autre part que dame A. lui avait confié, postérieurement au 1^{er} novembre 2005, que son époux et elle avaient dû se passer des services de l'intimée en raison de son comportement agressif et impoli

lorsqu'ils l'avaient rencontrée pour mettre par écrit le contrat de travail convenu oralement. En effet, si l'instruction n'a pas permis d'établir la conclusion d'un contrat de travail entre les époux A. et l'intimée, il ne fait guère de doute que celle-ci ait en tout état entrevu la possibilité, ou du moins souhaité, continuer à travailler au Buffet B. à ..., et qu'elle en ait fait part à la recourante et à son mari, ce qui résulte d'ailleurs de la lettre du 21 novembre 2005. Dans ce contexte, il est probable que la possibilité d'une résiliation conventionnelle anticipée du contrat de travail ait été évoquée, ce qui ne signifie cependant pas encore qu'un accord soit venu à chef. On rappellera en effet qu'il convient de se montrer restrictif en la matière, et un tel accord ne saurait être déduit de circonstances si peu claires. C'est le lieu de relever que la recourante soutient à mauvais escient que la cour cantonale aurait violé le droit fédéral en mettant à sa charge une incombance consistant à s'assurer activement de la signature d'un contrat entre l'intimée et les époux A.; il apparaît à cet égard que les juges cantonaux n'ont pas tant mis une incombance à la charge de la recourante que pris en considération, dans son appréciation globale de la situation, la circonstance de l'incertitude quant à la conclusion d'un contrat de travail entre l'intimée et les époux A.

En définitive, l'on ne voit pas que la cour cantonale ait violé le droit fédéral en niant l'existence d'un accord de résiliation.

3.5 Au demeurant, il convient de souligner qu'à supposer encore qu'un tel accord ait pu être établi, sa validité serait sujette à caution sous l'angle de l'existence de concessions réciproques. L'état de fait est à cet égard lacunaire, ce qui importe peu dès lors que la question peut demeurer indécise, compte tenu de ce qui précède.

4.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé le droit fédéral en matière de demeure du travailleur en considérant à tort que l'intimée n'était pas tenue d'accepter un changement de son lieu de travail.

4.1 Sur ce point, les juges cantonaux ont en résumé considéré que le transfert de l'activité de ... à ... constituait un changement important du poste tel qu'il avait été convenu au moment de la conclusion du contrat; le trajet était de soixante kilomètres aller-retour; l'intimée ne disposait pas de voiture et aurait dû prendre les transports publics pour se rendre à son travail; le trajet durait quarante-cinq minutes le matin et une heure et quarante minutes le soir; à cinq mois de grossesse de tels déplacements auraient entraîné un risque pour la santé de l'employée, ce qui avait été confirmé par certificat médical du 15 novembre 2005; par conséquent, la travailleuse aurait été contrainte de demeurer cinq nuits par semaine dans la chambre mise à sa disposition à ... alors qu'elle vivait en ménage avec son conjoint et allait avoir un enfant; il n'était raisonnablement pas envisageable pour une jeune femme dont la grossesse en était à un stade avancé de vivre éloignée de son partenaire toute la semaine; la mutation n'était dès lors pas acceptable.

4.2 A cet égard, la recourante reproche aux juges cantonaux, sous l'angle de l'établissement des faits, d'avoir constaté que le certificat médical du 15 novembre 2005 permettait de confirmer que les déplacements litigieux auraient exposé l'intimée à un risque pour sa santé. Elle plaide que ledit document attesterait en réalité que l'intimée «ne peut se déplacer plusieurs heures par jour», tandis que le trajet de ... à ... durerait moins de trois quarts d'heure à l'aller et moins de trois quarts d'heures au retour, moyennant certes une pause à la gare de Bulle au retour.

Force est de constater que la recourante joue vainement sur les mots; dans ce contexte, la pause au retour doit en effet être incluse dans la notion de déplacement, respectivement de trajet, qui dure en l'occurrence deux heures et demi, soit «plusieurs heures».

4.3 Cela étant, l'argumentation développée par la cour cantonale, fondée à bon escient sur les principes découlant de l'arrêt 4C.115/2002 du 2 juillet 2002 consid. 2.3 et 2.4, reproduit in JAR 2003 p. 353 (sur ce point, cf. également CARRUZZO/SANDOZ/JACCARD/MONTICELLI, *Le contrat de travail*, 2003, n° 1.2 ad chap. V, let. B2; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail* annoté, 2001, n. 1.5 et 1.8 ad art. 321d CO), ne prête pas le flanc à la critique et peut être approuvée sans réserve (cf. art. 109 al. 3 LTF).

Pour le surplus, la recourante se prévaut vainement de l'art. 16 al. 2 let. f LACI (RS 837.0), selon lequel tout travail qui nécessite un déplacement n'excédant pas deux heures par jour pour l'aller et deux heures pour le retour, qui offre la possibilité d'un logement approprié sur le lieu de travail, et qui permet d'accomplir ses devoirs envers ses proches sans notables difficultés, est réputé convenable. Outre que cette réglementation de droit public ne saurait avoir d'incidence sur la résolution du présent procès civil, il y a lieu de relever que la disposition invoquée ne tient pas compte de la circonstance particulière de la grossesse et de la limitation de la possibilité de se déplacer qui y est liée dans le cas individuel de l'intimée.

En définitive, l'on ne décèle pas trace de violation des principes applicables en matière de demeure.

(...)

6.

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté.

Tribunal fédéral, Arrêt du 25 février 2009, Doss.-N° 4A_449/2008 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 1^{er} septembre 2008)

Egalité salariale entre femmes et hommes, 3 II LEg. Le bilinguisme, dans un espace bilingue comme Fribourg, peut constituer un avantage dans l'organisation de l'employeuse et donc être considérée comme un aspect de la prestation de travail méritant une reconnaissance au niveau salarial (c. 3.2.1). Cependant, sous l'angle du principe de la proportionnalité, il apparaît que l'ancienneté et l'expérience professionnelle, même associées au bilinguisme, ne justifient pas en l'espèce un écart salarial de 16% en moyenne au détriment de l'employée. L'employeuse n'est en effet pas parvenue à démontrer que l'ampleur de la différence de rémunération était objectivement justifiée (c. 3.2.1). 5 I let. d LEg. Il y a lieu d'ordonner le paiement du salaire sur la base d'une différence de salaire de 8,5% par rapport au collègue masculin, selon le raisonnement proposé par la demanderesse, admis par les juges de première instance, et qui tient compte équitablement des facteurs en jeu dans le cas d'espèce (c. 3.2.2).

Extraits des faits:

Le 1^{er} juillet 1996, la Fondation Y. (ci-après: la fondation), défenderesse et intimée, a engagé X., demanderesse et recourante, née en 1952, en qualité de collaboratrice sociale à 70%. Durant les trois premières années de son activité, l'employée a suivi une formation auprès de l'Ecole d'études sociales et pédagogiques, à Lausanne, en vue d'obtenir le diplôme d'assistante sociale. Une fois diplômée, en septembre 1999, X. a travaillé comme assistante sociale à plein temps pour la fondation. En 2002 et 2003, X. a perçu un salaire annuel brut de 82 509 fr., respectivement de 84 617 fr. Pour les mêmes années, son collègue et contemporain A., qui exerçait la même activité qu'elle, a reçu une rémunération brute de 96 863 fr., respectivement de 99 190 fr. Dès 2004, la fondation a décidé de rétribuer ses employés conformément au système salarial appliqué au personnel de l'Etat de Fribourg. Cette année-là, X. a réalisé un salaire annuel brut de 89 014 fr. 25, correspondant à la classe 18, palier 12; jusqu'à son départ, le 30 septembre 2004, A. a perçu une rémunération représentant un salaire annuel de 101 858 fr. 25, correspondant à la classe 18, palier 20. En 2005, le salaire annuel de X. était de 90 822 fr. 55 jusqu'au 30 avril, puis de 92 171 fr. 95, ce qui correspondait à la classe 18, palier 13. En mars 2004, X. et sa collègue B. ont exprimé à la fondation leur déception d'être moins bien rémunérées que leurs collègues masculins, pour un travail égal; elles ont proposé de soumettre leur litige salarial à la Commission fribourgeoise de conciliation en matière d'égalité entre les sexes dans les rapports

de travail (ci-après: CCMES), ce que la fondation a accepté. En septembre 2004, la CCMES a émis des recommandations, tendant notamment à la fixation du salaire de X. en classe 18, palier 15. La fondation n'a pas donné suite à ces recommandations.

Par mémoire du 18 avril 2005, X. a ouvert action en paiement contre la fondation devant la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine. En dernier lieu, elle concluait à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer un arriéré de salaire de 21 779 fr. 75 pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2005. Par jugement du 3 octobre 2007 dont les considérants ont été notifiés le 8 avril 2008, la Chambre des prud'hommes a partiellement admis la demande de X. et condamné la fondation à payer à son employée le montant brut de 18 269 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2004. Statuant le 1^{er} septembre 2008 sur appel de l'employeuse, la II^e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a admis le recours dans la cause opposant X. à la fondation et rejeté la demande déposée par l'employée.

X. interjette un recours en matière civile. Elle demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt cantonal et de condamner la fondation à lui payer le montant brut de 18 269 fr. 65 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2004.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Selon le jugement de première instance, la recourante a rendu vraisemblable une discrimination salariale liée au sexe, alors que, pour sa part, l'intimée a prouvé qu'une différence de salaire entre A. et sa collègue n'était justifiée par un motif objectif – à savoir une expérience plus longue dans le secteur social – qu'à concurrence de 8,5%.

La cour cantonale s'est limitée à examiner les motifs objectifs invoqués par l'intimée à l'appui d'une différence de salaire et à comparer, pour 2004, les classifications respectives de la recourante et de son collègue. Elle a retenu trois raisons justifiant un salaire plus élevé en faveur de A., soit l'ancienneté, l'expérience professionnelle dans le domaine social et le bilinguisme. Ainsi, selon l'arrêt attaqué, le fait que la recourante est entrée au service de l'intimée une année et demie après son collègue équivalait à un palier de différence; les sept années et demie d'expérience supplémentaire acquises par A. dans le secteur social représentaient sept paliers de différence; enfin, le fait que l'assistant social travaillait à la fois en français et en allemand correspondait à un palier de différence. En conclusion, la cour cantonale a jugé que les huit paliers séparant les classifications respectives de la recourante et de son collègue n'étaient pas source d'une inégalité salariale contraire à l'art. 3 al. 2 de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg; RS 151.1). Au surplus, les juges fribourgeois ont estimé que la comparaison entre la situation de la recourante et

celle de deux autres de ses collègues – un homme et une femme – «ne condui[sai]t pas à un autre résultat».

2.2 La recourante se plaint d'une violation de l'art. 3 LEg. Elle fait valoir que, pour la période allant du 1^{er} janvier 2002 au 30 septembre 2004, date du départ de A., son salaire était, en moyenne, de plus de 16% inférieur à celui de son collègue. A son avis, les motifs retenus dans l'arrêt attaqué ne justifient pas une telle différence salariale. Elle reproche à la cour cantonale de n'avoir pas recherché quelle était l'incidence effective, sur la valeur du travail, des trois facteurs reconnus comme motivant une disparité dans les salaires. S'ils s'étaient livrés à cet examen, les juges précédents auraient constaté que ni l'ancienneté au service de l'intimée, ni les années d'expérience dans le domaine social n'avaient eu, pour la période en cause du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2005, la moindre influence sur la valeur du travail de l'assistante sociale et de son collègue. En effet, l'intimée n'aurait jamais allégué, ni, a fortiori, prouvé que, malgré une valeur égale apparente, la prestation de travail de la recourante aurait été inférieure – en quantité ou en qualité – à celle de son collègue, en raison d'une ancienneté moindre ou d'un plus petit nombre d'années d'expérience dans le secteur social. Si l'on se fonde sur ses conclusions en paiement par 18 269 fr. 65 formulées dans le recours, la travailleuse, qui reprend le montant figurant dans le jugement de première instance, admet une différence de salaire avec son collègue de 8,5%.

3.

3.1 Aux termes de l'art. 8 al. 3 3^{ème} phrase Cst., l'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. Ce principe constitutionnel est repris à l'art. 3 al. 2 LEg, qui précise que l'interdiction de toute discrimination des travailleurs à raison du sexe s'applique notamment à la rémunération. La personne discriminée dispose d'une prétention en paiement du salaire dû (art. 5 al. 1 let. d LEg).

Selon l'art. 6 LEg, l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable. Cette disposition allège le fardeau de la preuve d'une discrimination à raison du sexe, en ce sens qu'il suffit à la partie demanderesse de rendre vraisemblable l'existence d'une telle discrimination. Le juge n'a pas à être convaincu du bien-fondé des arguments de la partie qui se prévaut de la discrimination; il doit simplement disposer d'indices objectifs suffisants pour que les faits allégués présentent une certaine vraisemblance, sans devoir exclure qu'il puisse en aller différemment. Par exemple, la vraisemblance d'une discrimination salariale a été admise dans le cas d'une travailleuse dont le salaire était de 15% à 25% inférieur à celui d'un collègue qui accomplissait le même travail (ATF 130 III 145 consid. 4.2 p. 161/162; 125 III 368 consid. 4 p. 373). Cela signifie également que la comparaison avec la rémunération d'un seul collègue exerçant la même activité suffit pour établir la vraisemblance d'une discrimination à l'encontre d'une travailleuse (SUSY STAUBER-MOSER, Egalité des salaires

et jurisprudence du Tribunal fédéral, in AJP/PJA 11/2006, p. 1367; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Egalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice, in AJP/PJA 9/2005, p. 1067; KATHRIN KLETT, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, in AJP/PJA 11/2001, p. 1296).

Si la discrimination liée au sexe a été rendue vraisemblable, le fardeau de la preuve est renversé; il appartient alors à l'employeur de démontrer l'inexistence de la discrimination, en rapportant la preuve stricte que la différence de traitement repose sur des facteurs objectifs. Constituent des motifs objectifs ceux qui peuvent influencer la valeur même du travail, comme la formation, l'ancienneté, la qualification, l'expérience, le domaine concret d'activité, les prestations effectuées, les risques encourus, le cahier des charges. Des disparités salariales peuvent également se justifier pour des motifs qui ne se rapportent pas immédiatement à l'activité en cause, mais qui découlent de préoccupations sociales, comme les charges familiales ou l'âge (ATF 130 III 145 consid. 5.2 p. 164; 127 III 207 consid. 3b p. 213 et consid. 3c p. 214; 125 III 368 consid. 4 p. 372 et consid. 5 p. 373).

Des motifs objectifs ne légitiment généralement une différence de rémunération que dans la mesure où ils influent sur la prestation de travail et sa rémunération par l'employeur. Pour qu'une différence de traitement soit justifiée, il ne suffit pas que l'employeur invoque n'importe quel motif: il doit au contraire démontrer qu'il poursuit un but objectif qui répond à un véritable besoin de l'entreprise et que les mesures discriminatoires adoptées sont propres à atteindre le but recherché, sous l'angle du principe de la proportionnalité (ATF 130 III 145 consid. 5.2 p. 165 et les références). En particulier, si la partie défenderesse apporte la preuve d'un motif objectif justifiant une différence de traitement, encore faut-il que la mesure de celle-ci respecte le principe de la proportionnalité et n'apparaisse pas inéquitable (STAUBER-MOSER, *op.cit.*, p. 1374; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Et si la justice ôtait son bandeau?, 2003, n° 579, p. 299; ELISABETH FREIVOGEL, in Commentaire de la loi sur l'égalité, 2000, n° 101 ad art. 3, p. 76). Le Tribunal fédéral a jugé ainsi qu'une différence de rémunération de 8 à 9% touchant deux logopédistes ne violait pas le principe de l'égalité salariale dans la mesure où elle était motivée par une formation préalable différente (maturité, respectivement diplôme d'instituteur) (ATF 123 I 1 consid. 6e p. 9/10).

3.2 Il n'est pas contesté que la recourante a rendu vraisemblable une discrimination salariale en sa défaveur. La question litigieuse porte sur les motifs retenus par la cour cantonale comme justifiant une disparité et leur éventuelle incidence sur la différence de traitement entre la recourante et son collègue A. C'est le lieu de rappeler que la comparaison avec un seul collègue suffit pour rendre vraisemblable une discrimination et que si, comme en l'espèce, la vraisemblance d'une inégalité salariale entre deux personnes de sexe opposé est admise, l'employeur doit prouver que ce

traitement discriminatoire est objectivement justifié, faute de quoi le juge fera droit à la demande. Dans ce contexte, la circonstance selon laquelle la recourante ne serait pas discriminée par rapport à deux autres de ses collègues n'est d'aucun secours à l'intimée, contrairement à ce que la cour cantonale a admis.

3.2.1 Deux des trois motifs retenus par les juges fribourgeois – l'ancienneté et l'expérience professionnelle – sont reconnus comme des facteurs qui peuvent influencer la valeur même du travail et, à ce titre, justifier une différence de traitement entre deux collègues de sexe opposé selon la jurisprudence susmentionnée. Quant au bilinguisme, le fait que A. puisse s'occuper également de clients alémaniques constitue indéniablement, dans un espace bilingue comme Fribourg, un avantage dans l'organisation de l'intimée et doit être considéré comme un aspect de la prestation de travail méritant une reconnaissance au niveau salarial.

Il reste à examiner, sous l'angle du principe de la proportionnalité, dans quelle mesure ces facteurs justifient en l'occurrence un écart de salaire entre la recourante et son collègue. A cet égard, la cour cantonale n'a comparé, indirectement, que les revenus de 2004, résultant de l'introduction du système inspiré de celui appliqué aux employés de l'Etat de Fribourg. Or, la prétention formulée par la recourante remonte à 2002. De plus, l'autorité précédente a fondé son raisonnement uniquement sur les paliers existant à l'intérieur d'une classe de traitement, sans tenir compte de l'impact financier des facteurs jugés déterminants.

Il appartenait à l'employeuse de prouver que l'ampleur de la différence de rémunération était objectivement justifiée. Il convient donc de partir des salaires respectifs de la recourante et de son collègue depuis 2002 et d'examiner les écarts entre ces revenus. En 2002 et 2003, A. a gagné 14 354 fr., respectivement 14 573 fr. de plus que sa collègue, ce qui représente une différence de plus de 17% ou d'environ 1100 fr. par mois. En 2004, son salaire a été plus élevé à hauteur de 12 844 fr., ce qui correspond à une différence de plus de 14%, soit près de 1000 fr. par mois. Ainsi, jusqu'au départ de A., la rémunération de la recourante a été, en moyenne, de plus de 16% inférieure à celle de son collègue. Il s'agit là d'une différence de salaire relativement importante.

A ce stade du raisonnement, il convient de rappeler que la recourante et A. ont le même âge et la même formation (diplôme d'assistant social). Il n'est par ailleurs pas contesté que les deux collaborateurs exerçaient la même activité, avec un cahier des charges et des responsabilités identiques. L'intimée n'a au surplus jamais allégué que les prestations de travail de la recourante auraient été inférieures, en qualité ou en quantité, à celles de son collègue. Seuls l'ancienneté, l'expérience professionnelle et le bilinguisme peuvent donc être invoqués à l'appui de la différence de traitement.

A. est entré au service de l'intimée le 1^{er} janvier 1995 comme assistant social alors que la recourante a été engagée comme collaboratrice sociale le 1^{er} juillet 1996. La cour cantonale a constaté que ces deux statuts

impliquaient le même cahier des charges et le même travail; il n'y a dès lors pas lieu de tenir compte de cette distinction au niveau de l'ancienneté. De même, le fait que la recourante a travaillé à 70% pendant trois ans apparaît comme un élément négligeable dans ce contexte. En conclusion, A. peut se prévaloir d'une ancienneté supérieure d'une année et demie. Il s'agit là d'une différence minime, qui tend encore à perdre de son importance six ans plus tard, au début de la période de comparaison des situations des deux assistants sociaux, en 2002.

Selon les constatations cantonales, A. disposait d'une expérience professionnelle dans le domaine social de sept ans et demi supérieure à celle de sa collègue, au moment de leurs engagements respectifs. Ces années d'expérience supplémentaires, acquises avant de travailler pour l'intimée, justifient certes une différence de traitement. L'importance à attribuer à ce facteur doit toutefois être relativisée, d'autant plus que la comparaison s'effectue en moyenne sept ans après l'entrée en fonction de la recourante.

Sous l'angle du principe de la proportionnalité, il apparaît que l'ancienneté et l'expérience professionnelle plus grandes de A., même associées au motif du bilinguisme, ne justifient pas l'ampleur de l'écart – plus de 16 % en moyenne – entre le salaire de la recourante et celui de son collègue. La cour de céans ne peut se rallier à cet égard à l'appréciation de l'autorité cantonale. Force est ainsi de conclure que l'employeuse n'a pas apporté la preuve stricte que la différence de traitement entre la recourante et son collègue était entièrement justifiée par des motifs non liés à une discrimination à raison du sexe. L'arrêt attaqué consacrant sur ce point une violation de l'art. 3 LEg, il convient d'admettre le recours et d'annuler la décision cantonale dans la mesure où elle concerne la recourante.

3.2.2 Conformément à l'art. 5 al. 1 let. d LEg, il y a lieu d'ordonner le paiement du salaire dû. La recourante calcule sa prétention sur la base d'une différence de salaire de 8,5% par rapport à son collègue A., ce qui correspond à la proportion admise par les juges de première instance. Tout bien considéré, ce pourcentage, qui représente un peu plus de la moitié du pourcentage appliqué par l'intimée, tient compte équitablement des facteurs en jeu dans le cas présent.

L'employée réclame un arriéré de salaire pour la période du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2005. Il convient de s'en tenir à ces dates, contrairement à la Chambre des prud'hommes qui avait alloué en sus un montant pour 2006. Au surplus, la recourante ne conteste pas que la différence de salaire pour 2005, période à laquelle A. ne travaillait plus pour l'intimée, doit être calculée par rapport au revenu de 2004 de son collègue.

La prétention de l'employée se calcule de la manière suivante:

- 2002
88 629 fr.65 (91,5% de 96 863 fr.) – 82 509 fr. = 6120 fr. 65
- 2003
90 758 fr. 85 (91,5% de 99 190 fr.) – 84 617 fr. = 6141 fr. 85

- 2004
93 200 fr. 30 (91,5% de 101 858 fr. 25) – 89 014 fr. 25 = 4186 fr. 05
- du 1^{er} janvier au 30 avril 2005
93 200 fr. 30 (91,5% de 101 858 fr. 25) – 90 822 fr. 55
= 2377 fr. 75; $\frac{1}{3}$ de 2377 fr. 75 = 792 fr. 60
- du 1^{er} mai au 31 décembre 2005
93 200 fr. 30 (91,5% de 101 858 fr. 25) – 92 171 fr. 95
= 1028 fr. 35; $\frac{2}{3}$ de 1028 fr. 35 = 685 fr. 55
Total 17 926 fr. 70

Ce montant portera intérêts à 5% dès le 1^{er} mars 2004, date postérieure à la date moyenne du 1^{er} janvier 2004 mais conforme aux conclusions du recours.

Bundesgericht, Urteil vom 27. Februar 2009, Doss.-Nr. 4A_528/2008 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 21. August 2008)

Die Entschädigung für Pikettdienst in der Nacht kann im Einzelarbeitsvertrag in den Lohn für die Haupttätigkeit eingeschlossen werden (E. 2.1).

ArG 15 II. Auch wenn während der Pausen mit einem kurzfristigen Einsatz zu rechnen ist, sind die Pausen nicht entschädigungspflichtige Arbeitszeit, wenn sichergestellt ist, dass die Pausen nachgeholt werden können (E. 4.3).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführer) war vom 1. Januar 2004 bis 31. August 2005 beim Rettungsdienst X. (Beschwerdegegner) als Rettungssanitäter angestellt. Mit Klage vom 10. Juli 2006 beantragte der Beschwerdeführer beim Arbeitsgericht, der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, ihm einen Betrag von Fr. 40 247.– zu bezahlen. Zur Begründung brachte er vor, er habe in den Jahren 2004 und 2005 insgesamt 434,5 Stunden Nachtdienst und 1056 Stunden Bereitschaftsdienst an Wochenenden geleistet, die nicht entschädigt worden seien. Es ergebe sich ein Lohnanspruch von Fr. 39 183.–. Am 11. Oktober 2006 reichte der Beschwerdeführer eine Klageergänzung ein und verlangte einen Betrag von Fr. 49 959.–. Dabei forderte er neu einen Nachtzuschlag und einen Zuschlag für im Betrieb verbrachte Pausen von insgesamt 310,3 Arbeitsstunden, mithin einen zusätzlichen Betrag von Fr. 9 712.–. Mit Urteil vom 21. August 2008 wies das Obergericht die Appellation ab. Es erwog, der Beschwerdegegner schulde dem Beschwerdeführer weder für die Mittagspausen, während derer Letzterer einsatzbereit sein musste, noch für den Pikettdienst während der Nacht oder am Wochenende eine zusätzliche Vergütung. Da die

Pikettzeiten und Nacharbeiten Teil des verabredeten Arbeitsumfanges gebildet hätten, liege auch keine Überstundenarbeit vor und sei kein Zuschlag für Nacharbeit geschuldet. Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Laut Arbeitsvertrag vom 11. Dezember 2003 hatte der Beschwerdeführer eine Arbeitszeit von 42,5 Stunden und eine Pikettzeit von zwei Wochenenden pro Monat zu leisten. Gemäss der Vereinbarung vom 3. Dezember 2004 kam eine Pikettzeit von zwei Abenden pro Woche hinzu. Als Monatsgehalt führen beide Verträge die Summe von Fr. 4620.– brutto auf. Die Vorinstanz hielt mit der Erstinstanz fest, dass der Beschwerdeführer während der Pikettzeit stets innert kürzester Zeit voll einsatzbereit zu Diensten des Beschwerdegegners gestanden sei und dafür auf die grundlegende Gestaltungsfreiheit seiner Freizeit verzichtet habe. Sein Bereitschaftsdienst in der Nacht und an den Wochenenden sei daher als Arbeitszeit zu qualifizieren und grundsätzlich zu entschädigen.

Für die Frage, wie der Bereitschaftsdienst zu entschädigen gewesen sei, nahm die Vorinstanz eine Auslegung der Arbeitsverträge vom 11. Dezember 2003 bzw. vom 3. Dezember 2004 vor.

1.2 Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen, die ihnen vorausgegangen und unter denen sie abgegeben worden sind, verstanden werden durften und mussten (BGE 132 III 24 E. 4 S. 27 f.; 131 III 606 E. 4.1 S. 611; 130 III 66 E. 3.2; je mit Hinweisen). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen).

2.

2.1 Betreffend die Entschädigung des Nachtdienstes konnte die Vorinstanz den tatsächlichen Willen der Parteien bei Vertragsabschluss nicht feststellen. Sie schritt daher zu einer objektivierten Vertragsauslegung. Ausgehend vom Wortlaut der Verträge, der noch keine eindeutige Antwort lieferte, zog sie vor allem den Zusammenhang und die Umstände heran, unter denen die Willenserklärungen abgegeben worden waren. So sei laut der Ehefrau des Beschwerdegegners beim Einstellungsgespräch mit dem Beschwerdeführer darüber gesprochen worden, dass der Nachtdienst einen

Teil der gesamten Arbeitszeit ausmache. Die Pikettzeit von zuhause aus sei keine Arbeitszeit. Der Zeuge D., der die gleiche Anstellung wie der Beschwerdeführer hatte, gab an, man habe ihm am Anfang gesagt, das Pikett sei im Monatslohn inbegriffen. Auch der Beschwerdeführer selbst erklärte, es habe geheissen, «weniger am Tag, dafür mehr in der Nacht» und das solle durch den Monatslohn abgegolten sein. Die Vorinstanz erwog, vor dem Hintergrund dieser Äusserungen anlässlich des Vertragsschlusses seien die Verträge nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass der Nachtdienst durch den Monatslohn abgegolten war. In diesem Ergebnis sah sich die Vorinstanz dadurch bestärkt, dass sich der Beschwerdeführer nach Vertragsschluss nie dagegen gewehrt habe, dass er keine zusätzliche Vergütung für den Pikettdienst während der Nacht erhalten habe. Der Beschwerdegegner habe dieses Schweigen des Beschwerdeführers nach Treu und Glauben als Einverständnis mit der Abgeltung des Nachtdienstes durch den Monatslohn auffassen dürfen.

(...)

2.3 Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, die vorinstanzliche Auslegung sei bundesrechtswidrig, weil sie leichthin einen Verzicht des Arbeitnehmers auf die Entschädigung eines Teils seiner Arbeitszeit annehme. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Auslegung der Vorinstanz bedeutet nicht, dass der Beschwerdeführer den Nachtdienst ohne Entschädigung zu leisten hatte bzw. dass er insoweit auf eine Entschädigung verzichtet hätte. Vielmehr hielt auch die Vorinstanz fest, dass der Pikettdienst in der Nacht entschädigungspflichtig ist, wobei die Entschädigung durch das vereinbarte Monatsgehalt abgegolten war. Ein solches Auslegungsergebnis verstösst nicht gegen Bundesrecht. Das Bundesgericht hat in einem früheren Entscheid festgehalten, dass die Entschädigung für Bereitschaftsdienst einzelvertraglich in den Lohn für die Haupttätigkeit eingeschlossen werden kann (BGE 124 III 249 E. 3c S. 252).

(...)

4.

Der Beschwerdeführer vertritt weiter die Auffassung, die Mittagspausen von 1,5 Stunden seien als Arbeitszeit zu qualifizieren und dementsprechend zu entschädigen.

4.1 Die Vorinstanz lehnte dies ab. Sie ging von Art. 15 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG) aus, wonach Pausen als Arbeitszeit gelten, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz nicht verlassen darf. Der Begriff des Arbeitsplatzes sei restriktiv zu interpretieren. Die Qualifikation als Pause setze nicht voraus, dass das Gebäude verlassen werden könne. Vorliegend habe der Beschwerdeführer während der Mittagspausen nicht nur seinen Arbeitsplatz, sondern auch das Gebäude verlassen können. Die Pausen seien daher nicht als Arbeitszeit im Sinne von Art. 15 Abs. 2 ArG zu qualifizieren. Wenn während der Pause ein Notruf ergangen sei, habe der Beschwerdeführer zwar innert kürzester Zeit ausrücken müssen. In diesem

Fall habe er aber die Pause nachholen können. So sei sichergestellt gewesen, dass insgesamt eine Zeit von 1,5 Stunden für die Erholung und Verpflegung zur Verfügung gestanden sei. Der Beschwerdeführer habe die Pausen nach seinen eigenen Aussagen für ein Essen, einen Mittagsschlaf oder Ähnliches nutzen können.

Die Vorinstanz berücksichtigte, dass der Beschwerdeführer auch während der Pausen mit einem kurzfristigen Einsatz rechnen musste. Dies mache die Pausen aber nicht zu entschädigungspflichtiger Arbeitszeit. Während der Mittagspausen sei die Freiheit in der Gestaltung der Freizeit auch für Arbeitnehmer anderer Geschäftszweige eingeschränkt. So setze die Qualifikation als Pause beispielsweise nicht voraus, dass das Gebäude verlassen werden könne. Im Ergebnis seien dem Beschwerdeführer 1,5 Stunden zur Verfügung gestanden, in denen er die gleichen Tätigkeiten habe ausüben können, wie sie auch Arbeitnehmer anderer Geschäftszweige üblicherweise auszuüben pflegten.

4.2 Der Beschwerdeführer hält die Argumentation der Vorinstanz für falsch. Insbesondere interpretiere die Vorinstanz Art. 15 Abs. 2 ArG unrichtig, wenn sie daraus *e contrario* ableite, die von ihm bezogenen Pausen würden deshalb nicht als Arbeitszeit gelten, weil er die Möglichkeit gehabt habe, das Gebäude zu verlassen. Entscheidend sei vielmehr, dass er auch während der Pausen einsatzbereit habe sein müssen. Deswegen seien auch die Pausen als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu betrachten. Wegen der ständigen Einsatzbereitschaft sei es offensichtlich falsch und willkürlich, von einer Gleichstellung mit Mittagspausen anderer Arbeitnehmer in anderen Branchen zu sprechen.

4.3 Eine Verletzung von Bundesrecht oder eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung ist nicht dargetan. Die Vorinstanz stellte fest, dass der Beschwerdeführer insgesamt 1,5 Stunden für die Erholung und Verpflegung zur Verfügung hatte. Er konnte einen Mittagsschlaf machen und auch das Gebäude für Einkäufe und Ähnliches verlassen. Ein Unterschied zu manchen Arbeitnehmern anderer Geschäftszweige bestand insofern, als der Beschwerdeführer aufgrund seiner speziellen Tätigkeit als Rettungssanitäter bei einem Notruf gelegentlich auch während der Pausen ausrücken musste, was ihn in der Gestaltung seiner Pausen etwas einschränkte. Dies hat auch die Vorinstanz nicht übersehen. Wenn sie trotzdem die Pausen nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit qualifizierte, so ist dies bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Denn die Pausenzeiten müssen nicht die gleiche Gestaltungsfreiheit gewähren wie die eigentliche Freizeit. Die Einschränkung wegen der grundsätzlichen Einsatzbereitschaft war nicht derart, dass der Beschwerdeführer die fragliche Zeit nicht mehr für sich als Pause hätte verbringen können. Entscheidend ist, dass er jeweils insgesamt 1,5 Stunden für seine eigenen Belange (Verpflegung, Erholung, Besorgungen) nutzen konnte. Die Vorinstanz hat daher eine Entschädigung für die Mittagspausen zu Recht abgelehnt.

Bundesgericht, Urteil vom 2. März 2009, Doss.-Nr. 1C_245/2008 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. April 2008)

Gleich wie den privaten trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber gegenüber den Arbeitnehmern eine Fürsorgepflicht (OR 328 i.V.m. BPG 6 II sowie BPG 4 II lit. b und g). Ein Arbeitgeber, der einen Konflikt zwischen seinen Mitarbeitern in Verletzung seiner Fürsorgepflicht schwelen lässt, kann in der Folge nicht geltend machen, der Konflikt schade der Arbeit, um die am Konflikt beteiligten Mitarbeiter zu entlassen (E. 4.2). In casu hatte sich die Arbeitgeberin aber hinreichend um die Lösung des Konflikts zwischen den Mitarbeitern bemüht und Massnahmen getroffen, die geeignet waren, den Konflikt zwischen den Mitarbeitern zu entschärfen (E. 4.3).

In der Rechtsliteratur wird die Frage, ob eine Disziplinar-massnahme gleichzeitig auch eine Mahnung im Sinne von BPG 12 VI lit. b sein könne, mit der Begründung verneint, dass disziplinarrechtliche Massnahmen die schuldhaft Verletzung einer arbeitsrechtlichen Pflicht voraussetze. Die Verletzung einer Pflicht werde indes in BPG 12 VI 6 lit. a geregelt. Diese Begründung überzeugt nicht. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb eine im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ausgesprochene Verwarnung nicht auch eine Mahnung als Voraussetzung einer rechtswirksamen Kündigung sein kann, wenn daraus die Rüge- und Warnfunktion klar hervorgeht. Die Verwarnung muss also – neben dem Schriftformerfordernis – als solche erkennbar sein und der Arbeitnehmer muss daraus klar ersehen können, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie er sich inskünftig zu verhalten hat (E. 5.3 und 5.4).

Sachverhalt:

X. war seit dem 15. April 1985 bei der Eidgenössischen Materialprüfungs- und Versuchsanstalt für Industrie, Bauwesen und Gewerbe (EMPA) als technischer Fachspezialist (Ing. HTL) in der Gruppe Brandlabor tätig. Mit Verfügung vom 13. Juni 2006 kündigte die EMPA den Arbeitsvertrag auf den 31. Dezember 2006, stellte X. frei und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Grund für diese Massnahmen war ein seit Mitte 1999 schwelender Konflikt zwischen X. und einem weiteren Mitarbeiter der EMPA (A.), welchem deswegen ebenfalls gekündigt wurde.

Im Juli 2006 reichte X. gegen die Kündigung Einsprache bei der Direktion der EMPA sowie Beschwerde bei der Beschwerdekommision der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH-Beschwerdekommision) ein. Er beantragte die Aufhebung der Kündigung und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses. Eventualiter verlangte er, es sei ihm entweder eine

andere zumutbare Stelle anzubieten oder eine Entschädigung in der Höhe von mindestens zwei Jahreslöhnen auszurichten. Mit Präsidialverfügung vom 29. Dezember 2006 stellte die ETH-Beschwerdekommision die aufschiebende Beschwerdewirkung wieder her und wies die EMPA an, X. bis zum Verfahrensabschluss den Lohn auszurichten. Gleichzeitig bestätigte sie dessen Freistellung. Eine von der EMPA dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 29. März 2007 ab. Mit Verfügung vom 3. Juli 2007 wies die ETH-Beschwerdekommision den Antrag der EMPA auf Feststellung der Gültigkeit der Kündigung ab (Ziff. 1), hielt im Dispositiv fest, dass die Lohnfortzahlungspflicht mit Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils ende (Ziff. 2), verpflichtete die EMPA, X. eine Abgangsentschädigung von 24 Monatslöhnen, abzüglich des bezahlten Lohnes ab dem 1. Januar 2007, auszurichten (Ziff. 3) sowie eine Parteientschädigung von Fr. 22 761.0150 zu bezahlen (Ziff. 5). X. beschwerte sich in der Folge gegen die Verfügung der ETH-Beschwerdekommision beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte die Ergänzung der angefochtenen Verfügung dahingehend, dass die EMPA zu verpflichten sei, ihm die bisherige oder eine andere zumutbare Stelle anzubieten; im ersten Fall unter Anrechnung der Entschädigung, im letzteren ohne Anrechnung der Entschädigung. Die EMPA erhob gegen die Verfügung der ETH-Beschwerdekommision ebenfalls Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Ziffern 1, 2, 3 und 5 der angefochtenen Verfügung. Des Weiteren sei festzustellen, dass die erfolgte Kündigung des Arbeitsvertrages gültig erfolgt sei. Eventualiter sei sie zu verpflichten, X. eine Abgangsentschädigung von 12 Monatslöhnen zu bezahlen, gegen Verrechnung des Bruttolohnes ab dem 1. Januar 2007. Mit Urteil vom 11. April 2008 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der EMPA gut und hob den Entscheid der ETH-Beschwerdekommision vom 3. Juli 2007 auf. Dagegen wies es die Beschwerde von X. ab und wies die Streitsache zur Festsetzung der Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren an die ETH-Beschwerdekommision zurück. Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen aus, X. habe die Aufträge nicht immer selbständig abgewickelt, wiederholt seinen fehlenden Willen zur Zusammenarbeit kundgetan und mehrfach gegen die ihm im Rahmen eines Disziplinarverfahrens aufgetragenen Verhaltensregeln gegenüber einem Mitarbeiter, A., verstossen. Ausserdem habe er die Arbeitsziele nicht mehr erreicht, den Betriebsablauf gestört und das Vertrauensverhältnis zu seinen Vorgesetzten erschüttert. Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts hätten genügend Gründe für eine Kündigung wegen Mängeln in der Leistung und im Verhalten vorgelegen. Vor dem Aussprechen der Kündigung sei X. rechtsgenügendlich verwarnet worden. Die Kündigung sei demnach rechtmässig erfolgt. X. hat gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Beschwerdeführer vertritt den Standpunkt, die EMPA habe nicht alles Zumutbare unternommen, um die konfliktbelastete Situation zu verbessern und habe dadurch ihre Fürsorgepflicht verletzt. Zur Stützung seiner Ansicht beruft sich der Beschwerdeführer auf den Entscheid der ETH-Beschwerdekommision, wonach die Arbeitgeberin den Konflikt jahrelang habe schwelen lassen, keine geeigneten Massnahmen ergriffen und die Führungskräfte (Gruppenleiter) im Stich gelassen habe. Weiter beruft sich der Beschwerdeführer auf die Einschätzung der Situation durch den Vertreter der Vertrauensstelle des Bundespersonals. Dieser habe eine klare Stellungnahme der Vorgesetzten zur Konfliktsituation vermisst und das Verhalten der Arbeitgeberin ebenfalls als mangelhaft beurteilt.

4.2 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). Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber im Falle einer Störung des Betriebsklimas alle zumutbaren Massnahmen ergreifen muss, um die Lage zu entspannen (BGE 125 III 70 E. 2c S. 74). Ein Arbeitgeber, der einen Konflikt zwischen seinen Mitarbeitern in Verletzung seiner Fürsorgepflicht schwelen lässt, kann in der Folge nicht geltend machen, der Konflikt schade der Arbeit, um die am Konflikt beteiligten Mitarbeiter zu entlassen (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4C.189/2003 vom 23. September 2003 E. 5.1 und 4C.253/2001 vom 18. Dezember 2001 E. 2 und 3).

4.3 Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass sich die EMPA um die Lösung des Konflikts zwischen dem Beschwerdeführer und A. hinreichend bemüht hat. Gemäss den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid zog die EMPA zweimal (in den Jahren 2002 und 2005) eine externe Beratungsunternehmung zwecks Teamcoaching bei, führte während Monaten regelmässig Gruppengespräche, befragte die übrigen Mitarbeiter des Brandlabors, führte mit den Konfliktbeteiligten Einzelgespräche, gab dem Beschwerdeführer zweimal (in den Jahren 2002 und 2004) konkrete Verhaltensanweisungen, zog schliesslich die Vertrauensstelle für das Bundespersonal hinzu und unterbreitete den Beteiligten Vorschläge zur endgültigen Beilegung ihres Streits. Mit diesen Bemühungen hat die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht erfüllt. Sie unternahm über einen längeren Zeitraum diverse Schritte, um die Situation im Brandlabor zu entspannen. Dabei handelte es sich um Massnahmen, die geeignet waren, den Konflikt zwischen den Mitarbeitern zu entschärfen. Es ist weder ersichtlich noch zeigt der Beschwerdeführer auf, was die EMPA vernünftigerweise noch hätte tun müssen, um das Verhältnis der beiden Mitarbeiter zueinander zu verbessern. Das Bundesverwaltungsgericht hat somit kein Bundesrecht verletzt, wenn es die seitens der EMPA getroffenen Massnahmen als ausreichend betrachtete.

5.

5.1 Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, die Kündigung sei ungültig, weil er nicht korrekt abgemahnt worden sei. Er ist der Ansicht, die an ihn gerichteten Verhaltensregeln seien infolge des renitenten Verhaltens von A. nicht praktikabel gewesen. Konkrete Mängel habe man ihm denn auch nicht nachweisen können. Hinzu komme, dass die für die Rechtmässigkeit der Kündigung erforderliche Kündigungsandrohung nicht im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ausgesprochen werden dürfe, weshalb der Verweis vom 18. August 2004 keine rechtsgenügeliche Mahnung darstelle.

5.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Kündigung auf Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG abgestützt werden kann. Gemäss dieser Vorschrift stellen Mängel in der Leistung oder im Verhalten, die trotz schriftlicher Mahnung anhalten oder sich wiederholen, einen ordentlichen Kündigungsgrund dar. Die Vorinstanz erachtet den am 18. August 2004 erteilten Verweis als rechtsgenügeliche Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG. Gemäss den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil versties der Beschwerdeführer sowohl vor als auch nach dem Aussprechen des Verweises gegen die ihm aufgetragenen, auf die Beilegung des Konflikts mit A. ausgerichteten Verhaltensregeln. Die Vorinstanz durfte diese Weisungsbrüche als Verhaltensmängel im Sinn von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG qualifizieren, da sie den Betriebsablauf zu stören und das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erschüttern vermochten (vgl. HARRY NÖTZLI, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Bundespersonalrecht, 2005, S. 122 Rz. 195). Hinzu kommen die infolge des Konflikts verzeichneten Leistungseinbussen. Unter der Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer vor dem Aussprechen der Kündigung rechtsgenügelich verwahrt worden war, ist die Kündigung gültig.

5.3 Ausser dem Schriftformerfordernis (Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG) enthält das Bundespersonalgesetz keine Vorschrift betreffend die Mahnung (Verwarnung) des Arbeitnehmers. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Willkürverbot (Art. 9 BV) ergibt sich aber ohne Weiteres, dass die Verwarnung als solche erkennbar sein und der Arbeitnehmer daraus klar ersehen können muss, welche Verhaltensweisen nicht mehr toleriert werden und wie er sich inskünftig zu verhalten hat (Rüge- und Warnfunktion der Mahnung; Urteil des Bundesgerichts 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 6.2, mit Hinweisen). Diese Anforderung an die schriftliche Verwarnung eines fehlbaren Arbeitnehmers geht einher mit der Rechtsprechung zu Art. 337 OR, wonach der fristlosen Kündigung, ausser bei sehr gravierenden Verfehlungen, eine bezüglich der beanstandeten Verhaltensweisen klare Verwarnung vorauszugehen hat (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 4C.364/2005 vom 12. Januar 2006 E. 2.3; 4C.187/2004 vom 5. Juli 2004 E. 5.1; 4C.322/2002 vom 18. Februar 2003 E. 3.1). Bezüglich Art. 337 OR ist umstritten, ob die Abmahnung für den Fall der Wiederholung resp. des Andauerns der beanstandeten Punkte eine Kündigungsdro-

hung ausdrücklich enthalten muss. Wie sich nachfolgend ergibt, kann diese Frage, da das Erfordernis ohnehin erfüllt wäre, im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben.

5.4 Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz wurde im schriftlichen Verweis vom 18. August 2004 detailliert festgehalten, inwiefern der Beschwerdeführer Mängel im Verhalten zeigte. Die in Ziffer 2 enthaltenen Verhaltensregeln (selbständige Auftragsabwicklung mit A. ohne Einbezug des Vorgesetzten; grössere Toleranz gegenüber A., d.h. insbesondere keine übertriebene Kritik an dessen Arbeit, keine Fehler suchen oder provozieren, Fehler nicht aufbauschen; loyales Verhalten gegenüber dem Brandlabor, dem Vorgesetzten und den Mitarbeitenden) gaben klare Hinweise, wie sich der Betroffene inskünftig zu verhalten hatte. Dem Einwand des Beschwerdeführers, diese Anweisungen seien wegen des widerwilligen Verhaltens von A. nicht praktikabel gewesen, kann nicht gefolgt werden. Die Rügefunktion der Mahnung war damit ohne Weiteres erfüllt. Weiter wurde in einer separaten Ziffer dem Beschwerdeführer im Falle des Zuwiderhandelns die Kündigung nach Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG angedroht. Damit war auch die Warnfunktion der Mahnung klar gegeben. Der Verweis vom 18. August 2004 erfüllte damit die Anforderungen an eine schriftliche Mahnung des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG. Der Beschwerdeführer macht geltend, eine Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG könne nicht gleichzeitig eine Disziplinar-massnahme sein. Im Falle der fahrlässigen Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten sind gemäss Art. 25 Abs. 2 BPG als Disziplinar-massnahmen die Verwarnung, der Verweis oder die Änderung des Aufgabenkreises vorgesehen. In der Rechtsliteratur wird die Frage, ob eine Disziplinar-massnahme gleichzeitig auch eine Mahnung im Sinne von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG sein könne, mit der Begründung verneint, dass disziplinarrechtliche Massnahmen die schuldhafte Verletzung einer arbeitsrechtlichen Pflicht voraussetze. Die Verletzung einer Pflicht werde indes in Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG geregelt (NÖTZLI, a.a.O., S. 124 Rz. 198). Diese Begründung überzeugt nicht. Wie die Vorinstanz mit Recht hervorhebt, bereitet die Abgrenzung von Art. 12 Abs. 6 lit. a und b BPG oftmals Schwierigkeiten. Ein mangelhaftes Verhalten im Sinn von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG kann sich auch als Pflichtverletzung im Sinn von Art. 12 Abs. 6 lit. a BPG erweisen. Das Bundesgericht hat in einem neueren Urteil unter anderem wegen der Schwierigkeit, die beiden Kündigungsgründe voneinander klar abzugrenzen, entschieden, dass bei einer Kündigung wegen Verletzung einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht, gleich wie bei einer Kündigung wegen Leistungs- oder Verhaltensmängeln, vorgängig eine Mahnung auszusprechen ist (Urteil 1C_277/2007 vom 30. Juni 2008 E. 5.3). Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, weshalb eine im Rahmen eines Disziplinarverfahrens ausgesprochene Verwarnung nicht auch eine Mahnung als Voraussetzung einer rechtswirksamen Kündigung sein kann, wenn daraus die oben umschriebene Rüge- und Warnfunktion klar hervorgeht. Andernfalls wäre

der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer nach erfolglosem Disziplinarverfahren vor dem Aussprechen der Kündigung nochmals zu warnen, was von Sinn und Zweck der Vorschriften über das Disziplinar- und Kündigungsverfahren des Bundespersonalgesetzes nicht gedeckt wäre.

5.5 Das Bundesverwaltungsgericht hat somit kein Bundesrecht verletzt, wenn es davon ausgeht, dass der Kündigungsgrund von Art. 12 Abs. 6 lit. b BPG erfüllt war, der Beschwerdeführer mit Verweis vom 18. August 2004 rechtsgenügend abgemahnt wurde und die Kündigung demzufolge rechtmässig war. Die Kündigung gilt als verschuldet (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. a der Bundespersonalverordnung, BPV; SR 172.220.111.3). Deshalb musste die Vorinstanz nicht prüfen, ob als Massnahme der Auflösung des Arbeitsverhältnisses eine Weiterbeschäftigung resp. eine Entschädigung in Frage kam (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 3, Art. 19 BPG).

6.

Der Beschwerdeführer hat vor Bundesgericht beantragt, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts sei gesamthaft, somit auch im Kostenpunkt aufzuheben. In Dispositiv-Ziffer 5 wird der Beschwerdeführer verpflichtet, der EMPA für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 12 000.– zu bezahlen. Art. 7 Abs. 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE; SR 173.320.2) bestimmt, dass Bundesbehörden keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben. Zur Bundesverwaltung gehören auch dezentralisierte Verwaltungseinheiten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse (Art. 2 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997, RVOG; SR 172.010). Bei der EMPA handelt es sich um eine autonome öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 lit. c, Art. 5 Abs. 1 und Art. 21 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 [ETH-Gesetz, SR 414.110]; Art. 1 lit. c der Verordnung des ETH-Rates vom 13. November 2003 über die Forschungsanstalten des ETH-Bereichs [SR 414.161]). Die EMPA stellt damit Teil der (denzentralisierten) Bundesverwaltung dar und hat dementsprechend im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach Art. 7 Abs. 3 VGKE keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Auch das Bundesverwaltungsgericht geht von dieser Rechtslage aus (vgl. dazu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1783/2006 vom 20. Februar 2007 E. 4, wonach die Zusprechung einer Parteientschädigung an eine obsiegende Bundesbehörde – der Fall betraf ebenfalls die EMPA – auch dann ausser Betracht fällt, wenn sich diese durch einen praktizierenden Anwalt vertreten lässt). Indem es den Beschwerdeführer zur Ausrichtung einer Parteientschädigung an die EMPA verpflichtete, unterliefe dem Bundesverwaltungsgericht ein Versehen. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Das angefochtene Urteil ist demnach in diesem Punkt aufzuheben.

7.

Nach dem Gesagten ist Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Dem Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens entsprechend hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Zusprechung einer Parteientschädigung an die EMPA fällt ausser Betracht (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Bundesgericht, Urteil vom 5. März 2009, Doss.-Nr. 1C_296/2008 und 1C_310/2008 (Bestätigung der Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. Mai 2008 und 5. Juli 2008)

Ist ein Arbeitnehmer wegen Krankheiten oder Unfällen, die untereinander in keinem Zusammenhang stehen, arbeitsunfähig, so löst jede neue Krankheit oder jeder neue Unfall eine neue gesetzliche Sperrfrist aus, während welcher der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht gültig kündigen kann. Wer krankgeschrieben ist und dennoch arbeiten geht, ist durch die Sperrfrist trotzdem vor Kündigung geschützt, denn der gesetzliche Schutz setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer um seine Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist (E. 2.1). Eine nichtige Kündigung zeigt keinerlei Wirkung und muss darum wiederholt werden. Eine Stellungnahme in einem Rechtsmittelverfahren genügt diesen Anforderungen nicht (E. 2.6).

Sachverhalt:

Im Jahre 1981 nahm X. seine Lehrtätigkeit an der Zürcher Hochschule Winterthur (ZHW, damals noch Technikum Winterthur Ingenieurschule, seit Anfang 2008 Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften [ZHAW]) auf. Die ZHW kündigte X. mit Verfügung vom 9. Dezember 2005 auf den 30. September 2006. Ausgehändigt wurde dem Adressaten die Kündigung am 11. Januar 2006. Mit Verfügung vom 13. März 2006 erfolgte die Freistellung von X. Wegen dessen Krankheit wurde ihm der Lohn bis Ende März 2007 weiter gezahlt.

Sowohl gegen die Entlassung wie auch gegen die Freistellung gelangte X. an die Rekurskommission der Zürcher Hochschulen. Seine Rechtsverzögerungs- bzw. -verweigerungsbeschwerde betreffend den Rekurs gegen die Entlassung wies das Verwaltungsgericht am 16. Mai 2007 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Beschluss vom 12. Juli 2007 vereinigte die Rekurskommission die Rekurse gegen die Entlassung und die Freistellung und wies sie im Wesentlichen ab, soweit sie darauf eintrat. Gleichzeitig verpflichtete sie die ZHW in Dispositiv-Ziff. II zur Bezahlung einer Entschädigung von vier Monatslöhnen wegen der Verletzung von Verfahrens-

vorschriften bei der Kündigung. X. erhob hierauf Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Gleichentags erhob auch die ZHW Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragte die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. II des Rekursentscheides und die Feststellung, dass die Kündigung rechtmässig erfolgt sei. Am 14. Mai 2008 hiess das Verwaltungsgericht die Beschwerde von X. teilweise gut und stellte fest, dass die Kündigung vom 9. Dezember 2005 nichtig sei. Die ZHAW wurde verpflichtet, X. den Lohn mit Wirkung ab April 2007 im Sinne der Erwägungen fortzuzahlen. Bezüglich des Begehrens von X. um Zuteilung eines 100%-Pensums wurde die Sache im Sinne der Erwägungen an die ZHAW zum Entscheid zurückgewiesen. Im Übrigen wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde von X. ab, soweit es darauf eintrat. Die Beschwerde der ZHAW wurde als gegenstandslos beschrieben, soweit darauf eingetreten wurde. Mit Eingabe vom 30. Juni 2008 (Verfahren 1C_296/2008) erhebt die ZHAW (nachfolgend Beschwerdeführerin 1) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. Mai 2008. X. (nachfolgend Beschwerdeführer 2) ficht das Urteil des Verwaltungsgerichts am 5. Juli 2008 beim Bundesgericht an (Verfahren 1C_310/2008).

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin 1 wirft dem Verwaltungsgericht in verschiedener Hinsicht Willkür vor. Sie stellt die Nichtigkeit der Kündigung in Abrede und macht geltend, die Vorinstanz habe Art. 336c Abs. 1 lit. b OR willkürlich angewandt. Zudem vertritt sie den Standpunkt, sie sei aufgrund der konkreten Umstände nicht gehalten gewesen, dem Beschwerdeführer 2 nochmals zu kündigen. Ihre Eingabe vom 8. März 2006 zuhanden der Rekurskommission hätte als erneute Kündigung qualifiziert werden müssen. Weiter führt sie aus, es sei sinn- und zwecklos, bei einer sehr langen Kündigungsfrist von sechs Monaten und bei Anwendung der maximalen Sperrfrist von 180 Tagen auf Nichtigkeit einer Kündigung zu schliessen, welche gut neun Monate vor dem Ende des Anstellungsverhältnisses ausgesprochen worden sei. In Bezug auf die vom Beschwerdeführer 2 eingereichten Arztzeugnisse hält die Beschwerdeführerin 1 die Sachverhaltsermittlung des Verwaltungsgerichts für offensichtlich falsch bzw. dessen Beweiswürdigung für willkürlich.

2.1 Das Verwaltungsgericht nennt zu dieser Thematik zunächst die massgeblichen Gesetzesbestimmungen. Es zitiert § 2 der Personalverordnung der Zürcher Fachhochschulen vom 29. August 2000 (PV ZFH/ZH; LS 414.112), wonach das allgemeine kantonale Personalrecht anwendbar ist, soweit die Verordnung keine abweichenden Regelungen trifft. Nach § 20 Abs. 1 des Personalgesetzes vom 27. September 1998 (PG/ZH; LS 177.10) richten sich Tatbestand und Rechtsfolgen der Kündigung zur

Unzeit nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Das Verwaltungsgericht stellt darum zu Recht auf Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ab, was auch von der Beschwerdeführerin 1 nicht bestritten wird.

Gemäss dieser Bestimmung darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis nicht kündigen, während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist. Ab dem sechsten Dienstjahr gilt diese Sperrfrist während 180 Tagen. Die Kündigung, die während einer solchen Frist erklärt wird, ist nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Ist ein Arbeitnehmer wegen Krankheiten oder Unfällen, die untereinander in keinem Zusammenhang stehen, arbeitsunfähig, so löst jede neue Krankheit oder jeder neue Unfall eine neue gesetzliche Schutzfrist aus, während welcher der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag nicht gültig kündigen kann (BGE 120 II 124 E. 3 S. 125 ff.). Wer krankgeschrieben ist und dennoch arbeiten geht, ist durch die Sperrfrist trotzdem vor Kündigung geschützt, denn der gesetzliche Schutz setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer um seine Krankheit weiss oder der Arbeitgeber darüber informiert ist (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zürich, 6. Auflage, Art. 336c N. 2 S. 717, mit Hinweis auf BGE 128 III 212 E. 2c S. 216 f.). Das Gesetz unterscheidet in Art. 336c Abs. 2 OR den Fall, dass eine Kündigung während der Sperrfrist ausgesprochen wird, vom Fall, dass sie schon vorher erfolgte. In der ersten Konstellation ist die Kündigung nichtig, d.h., sie bewirkt auch nach Ablauf der Sperrfrist keinerlei Wirkungen und muss wiederholt werden. Es muss neu gekündigt werden, eine blosser Bestätigung genügt nicht (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., Art. 336c N. 9 S. 727).

2.2 Unbestritten ist, dass die Kündigung dem Beschwerdeführer 2 am 11. Januar 2006 ausgehändigt wurde. Gemäss den nicht widerlegten Ausführungen des Verwaltungsgerichts erschien er an diesem Tag zur Arbeit, um Klausurprüfungen zu beaufsichtigen. Das Verwaltungsgericht stellt im Folgenden einmal auf zwei Zeugnisse ab, welche dem Beschwerdeführer 2 für den 11. Januar 2006 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen. Einerseits handelt es sich um ein Zeugnis von C., bei welchem der Beschwerdeführer 2 gemäss den ärztlichen Angaben seit dem 19. Oktober 2005 in Behandlung gewesen ist. Das Verwaltungsgericht führt dazu aus, der Arzt habe dem Beschwerdeführer 2 vom 21. Dezember 2005 bis 25. Januar 2006 gänzliche Arbeitsunfähigkeit attestiert. Laut den Ausführungen des Beschwerdeführers 2 sei diese Arbeitsunfähigkeit durch seine Herzbeschwerden bedingt gewesen. Zum zweiten bezieht sich das Verwaltungsgericht auf A., welche dem Beschwerdeführer 2 wegen Unfalls eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab 9. Januar 2006 für jedenfalls drei Tage bescheinigt hat. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerin 1 setzt sich das Verwaltungsgericht mit der Würdigung dieser Zeugnisse durch die Rekurskommission auseinander und erachtet diese als nicht überzeugend. Dass neben den erwähnten noch weitere ärztliche Atteste

vorhanden sind, welche für den 11. Januar 2006 keine oder nur teilweise Arbeitsfähigkeit annehmen, spricht nach Meinung des Verwaltungsgerichts nicht gegen die Überzeugungskraft der Zeugnisse C. und A.

(...)

2.5 Dem Beschwerdeführer 2 gereicht weiter nicht zum Nachteil, dass er am 11. Januar 2006 zur Arbeit erschienen ist. Wie gesehen (E. 2.1 hier- vor), ändert dies nichts an der durch Krankheit und Unfall begründeten Sperrfrist. Der Beschwerdeführer 2 erklärte sein Erscheinen in der Schule mit der ihm an diesem Tag obliegenden Prüfungsaufsicht, für welche er keinen Ersatz gefunden hatte. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass er voll einsatzfähig gewesen wäre. Es handelte sich bei dem Unfall (einem Rippenbruch) denn auch kaum um eine Bagatelle, wurde der Beschwerdeführer 2 doch für mehrere Wochen krank geschrieben. Die anhaltende Beeinträchtigung wird durch die Angaben auf dem Unfallschein bestätigt. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nennt überdies ausdrücklich auch die teilweise Verhinderung an der Arbeitsleistung als Grund für die Sperrfrist (siehe BGE 128 III 212 E. 2c S. 216 f.).

2.6 Ist dem Verwaltungsgericht aber darin zu folgen, dass die Kündigung während zweier Sperrfristen (eine wegen Krankheit und eine wegen Unfall) gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR erfolgte und deshalb nichtig war, so ist die Argumentation der Beschwerdeführerin 1, ihre Eingabe vom 8. März 2006 an die Rekurskommission hätte als neue Kündigung gewertet werden müssen, unbehelflich. Wie in E. 2.1 hiervor dargelegt, zeigt die nichtige Kündigung keinerlei Wirkung und muss darum wiederholt werden. Eine Stellungnahme in einem Rechtsmittelverfahren genügt diesen Anforderungen nicht.

2.7 Zwar ist der Beschwerdeführerin 1 darin zuzustimmen, dass der Beschwerdeführer 2 im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis eine Vielzahl von verschiedenen Verfahren angestrengt hat. Jedoch fehlen Anhaltspunkte, um darin einen Rechtsmissbrauch zu erblicken.

2.8 Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

3.

3.1 Was der Beschwerdeführer 2 gegen das angefochtene Urteil vorbringt, stellt über weite Teile keine rechtsgenügende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid dar, sondern appellatorische Kritik (vgl. auch die den Beschwerdeführer betreffenden Urteile 2P.302/2006 vom 29. März 2007, 1C_132/2008 vom 26. Juni 2008 und 1C_312/2008 vom 26. Februar 2009). Zudem äussert sich der Beschwerdeführer 2 zu etlichen anderen von ihm angestregten Verfahren, welche vorliegend nicht Streitgegenstand sind.

3.2 Einmal mehr erachtet der Beschwerdeführer 2 zudem im Umstand, dass die Vorinstanzen den Sachverhalt rechtlich anders gewürdigt haben als er, einen Grund für deren Befangenheit. Das Bundesgericht hat ihm in den Urteilen 1C_132/2008 und 1C_312/2008 bereits dargelegt, dass

diese Argumentation nicht zu überzeugen vermag. Auch sonst sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die auf Vorbefassung resp. Befangenheit des Verwaltungsgerichts oder der Rekurskommission schliessen lassen. Die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers 2 sind offensichtlich unbegründet.

(...)

3.4 Zusammenfassend ist auch die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerdeverfahren 1C_296/2008 und 1C_310/2008 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerden 1C_296/2008 und 1C_310/2008 werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 5. März 2009, Doss.-Nr. 4A_571/2008 (Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 22. Oktober 2008)

Missbräuchliche Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung (OR 336 II lit. c). Der Anspruch auf eine Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung nach OR 336a gehört zu den beidseitig zwingenden Vorschriften (OR 361 I). Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten (OR 341 I). Ein Verzicht während der Einsprachefrist ist daher grundsätzlich unwirksam. Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, darf die Arbeitgeberin somit nicht auf einen Einspracheverzicht vertrauen (E. 4.1.2 und 4.4).

Die Einsprache muss nicht begründet werden. Die Arbeitgeberin darf deshalb nicht darauf vertrauen, dass der Arbeitnehmer im Klageverfahren nur die in der Einsprache genannten Missbrauchsgründe anruft. Der Arbeitnehmer verwirkt sein Recht, sich auf die Verletzung der Konsultationspflicht bei Massenentlassung zu berufen, nicht dadurch, dass er in seiner Einsprache diesen Missbrauchsgrund nicht anführt (E. 4.4).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmer) trat am 1. November 1999 bei der X. AG (Arbeitgeberin) eine Stelle als Aussendienstmitarbeiter an. Im Jahr 2004 leitete die

Arbeitgeberin eine Umstrukturierung ihrer Geschäftstätigkeit ein. In einer ersten Phase wurde die Produktion von graphischen Filmen ausgelagert und ein Abbau von 38 Stellen vorgenommen. Die Arbeitgeberin liess der Belegschaft am 20. Oktober 2005 bezüglich der zweiten Phase ein Informationsschreiben (Aushang) zukommen, aus dem hervorging, dass bis im Frühling 2006 von insgesamt 73 Arbeitsplätzen 18 abgebaut werden. Am gleichen Tag orientierte die Arbeitgeberin die Belegschaft an einer Informationssitzung über die Besonderheiten der zweiten Phase der Umstrukturierung. An dieser Sitzung nahm der Arbeitnehmer nicht teil. Am folgenden Tag informierte B. als Vertreter der Arbeitgeberin den Arbeitnehmer mündlich darüber, dass er entlassen oder frühpensioniert werde. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 teilte die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer mit, er werde per 30. April 2006 frühpensioniert und sein Arbeitsvertrag werde unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist auf den 30. April 2006 gekündigt. In ihren Schreiben vom 16. November 2005 und 19. Januar 2006 sprach die Arbeitgeberin erneut die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer auf den 30. April 2006 aus. Der Arbeitnehmer gab im Schreiben vom 22. Januar 2006 gegenüber der Arbeitgeberin an, er könne den angegebenen Grund der Kündigung nicht akzeptieren, er bitte um Neuformulierung der Kündigung mit der Angabe, dass die wirtschaftliche Lage der Unternehmung der Grund des massiven Personalabbaus, respektive der Massenkündigung gewesen sei. Zudem verlangte der Arbeitnehmer die Zahlung einer Abgangsentschädigung in der Höhe von Fr. 5000.– und eine Einmaleinlage in seine Pensionskasse in der Höhe eines Monatsbrutto-Lohns. Die Arbeitgeberin lehnte diese Begehren im Schreiben vom 26. Januar 2006 ab, worauf sie der Arbeitnehmer am 28. Januar 2006 erneuerte und um die Zusendung einer neu begründeten Kündigung bat. Am 1. Februar 2006 erhob der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin unter Verweis auf Art. 336 OR, Art. 336a OR und Art. 336b OR schriftlich Einsprache gegen die Kündigung mit der Begründung, es handle sich um eine missbräuchliche Rache Kündigung.

Am 8. Mai 2006 klagte der Arbeitnehmer gegen die Arbeitgeberin auf Feststellung, dass die Kündigung vom 19. Januar 2006 missbräuchlich sei, und auf Zahlung von Fr. 27 390.–. Die Klage wurde vor erster Instanz abgewiesen. Dagegen appellierte der Arbeitnehmer. Das Obergericht wies die Appellation ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Der Arbeitnehmer (Beschwerdeführer) erhebt Beschwerde in Zivilsachen.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Eine Massenentlassung liegt bei Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern vor, wenn der Arbeitgeber innert 30 Tagen mindestens 10 Arbeitnehmern aus Gründen kündigt, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen (Art. 335d Ziff. 1

OR). Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Massenentlassung vorzunehmen, so hat er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren (Art. 335f Abs. 1 OR). Er gibt ihnen zumindest die Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR). Er muss der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer und den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen, mitteilen (Art. 335f Abs. 3 OR). Er stellt dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie dieser Mitteilung zu (Art. 335f Abs. 4 OR). Die Informationen des Arbeitgebers müssen detailliert genug sein, damit die Arbeitnehmer in Stand gesetzt werden, namentlich zur Milderung der Folgen der Massenentlassung durch einen Sozialplan Vorschläge zu unterbreiten (THOMAS GABATHULER, Die Mitwirkung der Arbeitnehmenden, in: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, (Hrsg.) Schweizerischer Gewerkschaftsbund, 2009, S. 123 ff., 147 Rz. 63). Der Arbeitgeber ist zur Einleitung der Konsultation verpflichtet, sobald er eine Massenentlassung beabsichtigt. Die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor er sich endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst. Die Konsultation muss daher stattfinden, bevor der Arbeitgeber den definitiven Entschluss zur Massenentlassung gefasst hat (BGE 123 III 176 E. 4a S. 180; 130 III 102 E. 4.2 S. 109 f.). Das Konsultationsverfahren beginnt mit der Mitteilung nach Art. 335f Abs. 3 OR und nicht bereits, wenn die Arbeitnehmervertretung von der beabsichtigten Massenentlassung erfährt (BGE 130 III 102 E. 4.4 S. 112).

3.2 Das Obergericht führte aus, die Beschwerdegegnerin habe im Jahr 2004 eine Umstrukturierung ihrer Geschäftstätigkeit eingeleitet und diese in zwei Phasen durchgeführt. Bei den Entlassungen im Zusammenhang mit der zweiten Phase handle es sich grundsätzlich um eine neue Massenentlassung. Diese müsse jedoch im Zusammenhang mit der ersten Massenentlassung gesehen werden. In der Mitteilung vom 26. November 2004 sei bereits angekündigt worden, dass geplant sei, zu Beginn des Jahres 2006 die Burgdorfer Betriebsliegenschaft stillzulegen und alle verbleibenden Geschäftsaktivitäten nach Krauchthal zu verlagern. Es sei somit schon damals klar gewesen, dass eine zweite Umstrukturierungsphase folgen würde. Diese sei im Sommer 2005 im Detail in Angriff genommen worden, entsprechend dem Konzept des bisherigen Sozialplans. Ein Aushang über die zweite Phase sei am 20. Oktober 2005 erfolgt. Aus diesem gehe einerseits – wie anlässlich der Information vom November 2004 bereits mitgeteilt – hervor, dass die Betriebs- und Verkaufsaktivitäten der Standorte Burgdorf und Krauchthal zusammengelegt, die Burgdorfer Betriebsliegenschaft stillgelegt und die dortigen Betriebe nach Krauchthal überführt

werden sollen. Andererseits sei angegeben worden, dass bis im Frühling 2006 von 73 Arbeitsplätzen 18 abgebaut würden. Die Belegschaft sei am 20. Oktober 2005 zudem an einer Informationsveranstaltung über die Besonderheiten der zweiten Phase unterrichtet worden. An dieser Veranstaltung habe der Beschwerdeführer nicht teilgenommen. Er sei am 21. Oktober 2005 von B. mündlich darüber informiert worden, dass er frühpensioniert werde. Die Kündigung vom 27. Oktober 2005 sei ihm frühestens am 28. Oktober 2005 zugegangen, mithin 7 Tage nachdem ihm mitgeteilt worden sei, dass er frühpensioniert werde. Sämtlichen Beschäftigten sei seit dem Mitwirkungsverfahren im Jahr 2004 bewusst gewesen, dass auch in der zweiten Phase mit Entlassungen zu rechnen sei. Deshalb habe sich die Ansetzung einer neuen Konsultationsfrist erübrigt. Zudem hätten dem Beschwerdeführer vom Zeitpunkt des persönlichen Gesprächs mit B. vom 21. Oktober 2005 bis zum Erhalt des Kündigungsschreibens vom 27. Oktober 2005 mindestens sieben Tage zur Konsultation zur Verfügung gestanden, was unter den gegebenen Umständen genügt habe. Die Anforderungen an das Konsultationsverfahren seien damit auch im Rahmen der zweiten Massentlassung im Jahr 2005/2006 erfüllt worden.

3.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, im Rahmen der Konsultation zur ersten Massentlassung hätten die gemäss Art. 335f Ziff. 3 OR erforderlichen Angaben bezüglich der zweiten Massentlassung noch nicht vorgelegen. Sich bereits damals zu dieser Entlassung zu äussern, habe daher nicht von ihm erwartet werden können. Am 20. Oktober 2005 seien die gesetzlich vorgesehenen Informationen zur zweiten Massentlassung der Belegschaft als «fait accompli» mitgeteilt und bereits am Folgetag umgesetzt worden, weshalb für eine Konsultation gemäss Art. 335f OR kein Raum bestanden habe. Die Annahme des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe genügend Zeit für eine Vernehmlassung gehabt, sei demnach bundesrechtswidrig.

3.4 Das Obergericht stellte nicht ausdrücklich fest, wann die Beschwerdegegnerin ihren definitiven Entschluss zur zweiten Massentlassung fällte. Jedoch ergibt sich aus dem angefochtenen Urteil, dass die Beschwerdegegnerin die Belegschaft am 20. Oktober 2005 über eine bereits definitiv beschlossene Massentlassung orientierte. Dass die Beschwerdegegnerin die Belegschaft bereits vor diesem Datum gemäss Art. 335f Abs. 3 OR schriftlich über die Gründe und den Umfang der zweiten Massentlassung informiert hätte, geht aus dem angefochtenen Urteil nicht hervor und ist auch nicht ersichtlich. Demnach hatte die Belegschaft und mit ihr auch der Beschwerdeführer keine Möglichkeit, in Kenntnis der erforderlichen Tatsachen der Beschwerdegegnerin vor ihrem endgültigen Entschluss zur zweiten Massentlassung Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt, oder deren Folgen gemildert werden könnten. Der Umstand, dass bereits bei der ersten Phase der Umstrukturierung weitere Entlassungen absehbar waren, reicht als gesetzeskonforme Grundlage für eine Konsultation jedenfalls nicht aus,

zumal damals nicht feststand, wieviele Angestellte im Rahmen der zweiten Phase entlassen würden. Die Beschwerdegegnerin hat demnach entgegen der Annahme des Obergerichts bei der zweiten Massenentlassung im Jahr 2005/2006 die Anforderungen an das Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR nicht erfüllt.

4.

4.1

4.1.1 Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber sie im Rahmen einer Massenentlassung ausspricht, ohne dass die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer nach Art. 335f OR konsultiert worden sind (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR). Die missbräuchliche Kündigung ist gültig (BGE 132 III 406 E. 2.3). Die Partei, die das Arbeitsverhältnis missbräuchlich kündigt, hat der anderen Partei jedoch nach Art. 336a OR eine Entschädigung auszurichten.

4.1.2 Wer gestützt auf Art. 336 und 336a OR eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist – d.h. bis zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses – beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl. 1996, N. 3 zu Art. 336b OR). An die Formulierung der Einsprache werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn die betroffene Partei gegenüber der kündigenden Person schriftlich zum Ausdruck bringt, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253). Eine solche Erklärung liegt nicht vor, wenn die gekündigte Partei bloss die Begründung der Kündigung, d.h. gewisse im Kündigungsschreiben erhobene Vorwürfe nicht akzeptiert, gegen die Kündigung an sich jedoch keine Einwände erhebt (Urteil 4C.39/2004 vom 8. April 2004 E. 2.4, publ. in: JAR 2005 S. 179). Die Einsprache muss nicht begründet werden (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253). Sie hat zum Zweck, Verhandlungen über eine Weiterführung des Arbeitsvertrages zu ermöglichen (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 555). Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, so hat die Partei, der gekündigt worden ist, bezüglich ihres Anspruchs auf Entschädigung innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig zu machen, andernfalls der Anspruch verwirkt ist (Art. 336b Abs. 2 OR). Der Anspruch auf eine Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung nach Art. 336a OR gehört zu den beidseitig zwingenden Vorschriften (Art. 361 Abs. 1 OR). Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, nicht verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR).

4.1.3 Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist anhand der

konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen ist die Geltendmachung eines Rechts zu zählen, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Indessen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 mit Hinweisen). Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind zu bejahen, wenn sie dazu führen, dass die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 498 mit Hinweisen).

4.2 Das Obergericht erwo, der Beschwerdeführer habe sich in seinen Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 mit der Kündigung bzw. mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt und nur die Begründung der Kündigung bemängelt. Damit habe er bei der Beschwerdegegnerin ein schutzwürdiges Vertrauen begründet, er werde auf eine Einsprache verzichten. Er sei zu behandeln wie ein Aktionär, dem nach der Rechtsprechung verwehrt sei, mit Klage einen Generalversammlungsbeschluss anzufechten, dem er selber zugestimmt hat. Die Einsprache vom 1. Februar 2006 stelle daher ein nach Art. 2 ZGB nicht zu schützendes widersprüchliches Verhalten dar. Demnach habe der Beschwerdeführer sein Einspracherecht verwirkt. Auch wenn eine Begründung der Einsprache nicht erforderlich sei, müsse sich der Beschwerdeführer entgegenhalten lassen, dass sich die Begründung seiner Einsprache ausschliesslich auf eine Racheündigung beziehe. Die erst mit der Klage geltend gemachte Anfechtung der Kündigung bei Massenentlassungen sei nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit verspätet erfolgt.

4.3 Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht gehe zu Unrecht davon aus, er habe sein Recht zur Einsprache verwirkt. Da die Einsprache nicht zu begründen sei, dürfe nicht verlangt werden, in der Begründung der Einsprache alle Missbrauchsgründe anzuführen. Der Gesetzgeber habe in Art. 336b OR die Verwirkung des Anspruchs auf Entschädigung nur bei unterlassener rechtzeitiger Einsprache und bei Nichteinhaltung der Klagefrist von 180 Tagen vorgesehen. Die Annahme, das Recht zur Einsprache könne bereits vor Ablauf dieser Fristen verwirkt werden, sei bundesrechtswidrig. Zudem sei es willkürlich, aus den Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 auf ein Einverständnis mit der Kündigung zu schliessen.

4.4 Da das Obergericht einen Aufhebungsvertrag verneinte, ist seine Feststellung, der Beschwerdeführer habe sich mit Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 mit der Kündigung bzw. mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses einverstanden erklärt, dahingehend zu verstehen, dass der Beschwerdeführer die Gültigkeit bzw. die Zulässigkeit der Kündigung anerkannt und damit auf eine Einsprache verzichtet habe. Das Obergericht lässt dabei ausser Acht, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses nicht auf den zwingenden Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 336a OR verzichten kann und daher ein Verzicht während der Einsprachefrist grundsätzlich unwirksam ist. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich. Auf einen Einspracheverzicht durfte die Beschwerdegegnerin deshalb nicht vertrauen, weshalb offen bleiben kann, ob sie daraus, dass der Beschwerdeführer in den Schreiben vom 22. und 28. Januar 2006 nur die Kündigungsgründe beanstandete, einen solchen Verzicht hätte ableiten dürfen. Das Obergericht hat daher Bundesrecht verletzt, wenn es annahm, die am 1. Februar 2006 erhobene Einsprache verstosse gegen das Rechtsmissbrauchsverbot. Da die Einsprache nicht begründet werden muss, durfte die Beschwerdegegnerin auch nicht darauf vertrauen, der Beschwerdeführer werde im Klageverfahren nur die in der Einsprache genannten Missbrauchsgründe anrufen. Der Beschwerdeführer hat somit sein Recht, sich auf die Verletzung der Konsultationspflicht bei Massenentlassungen zu berufen, auch nicht dadurch verwirkt, dass er in seiner Einsprache diesen Missbrauchsgrund nicht anführte.

5.

5.1 Nach dem Gesagten steht dem Beschwerdeführer, der gegen die Kündigung rechtzeitig Einsprache erhoben und die Klagefrist gemäss Art. 336b OR gewahrt hat, zu Folge der Verletzung der Konsultationspflichten (Art. 335f OR) durch die Beschwerdegegnerin eine Entschädigung zu (Art. 336a Abs. 1 OR). Diese wird vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, darf jedoch nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate betragen (Art. 336a Abs. 2 und 3 OR). Die Entschädigung unterliegt keinen Sozialabzügen, weil sie Straf- und Genugtuungsfunktion hat und damit kein Erwerbseinkommen darstellt (BGE 123 V 5 E. 2 und 5 S. 7 ff.; 123 III 394 E. 3b S. 392 f.). Bezüglich der Maximalhöhe der Entschädigung ist der Bruttolohn massgebend (STAEHELIN, a.a.O., N. 6 zu Art. 336a OR). Zum Lohn sind nicht nur der Grundlohn, sondern alle geschuldeten Leistungen des Arbeitgebers mit Lohncharakter, wie Provisionen und der 13. Monatslohn zu zählen. In zeitlicher Hinsicht kann mangels einer gesetzlichen Regelung auf den letzten Monatslohn oder den Durchschnitt des Lohnes des letzten Jahres vor Kündigung abgestellt werden (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 2 zu Art. 336a OR). Bei der Bemessung der Entschädigung sind gemäss der Lehre und Rechtsprechung insbesondere die Schwere des Eingriffs in die Persönlichkeit der gekündigten Partei, die Enge der vertragli-

chen Beziehungen sowie die Art und Weise der Kündigung zu berücksichtigen. Ein besonders rücksichtsloses Vorgehen bei der Kündigung kann sich erhöhend, eine Mitverantwortung der gekündigten Partei reduzierend auf die Entschädigung auswirken (BGE 123 III 246 E. 6a S. 255 f.). Zudem kann die wirtschaftliche Situation der Parteien nach der Kündigung berücksichtigt werden (BGE 123 III 391 E. 3c S. 394).

5.2 Da die Parteien keine Ergänzung des Sachverhalts verlangen, kann das Bundesgericht über die Höhe der Entschädigung reformatorisch entscheiden (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG).

5.3 Der Beschwerdegegnerin kann kein besonders rücksichtsloses Vorgehen angelastet werden, zumal sie bei der ersten Phase der Umstrukturierung und der damit verbundenen Massenentlassung die Konsultationspflichten erfüllte, die zweite Umstrukturierung bereits damals in den Grundzügen absehbar war und bei beiden Massenentlassungen ein Sozialplan, bei der zweiten sogar ein verbesserter, vorgelegt wurde. Dass die Kündigung für den Beschwerdeführer zu besonderen finanziellen Schwierigkeiten geführt habe, macht dieser nicht geltend. Unter diesen Umständen erscheint eine Entschädigung in der Höhe eines halben Monatslohns als angemessen. Der monatliche Bruttolohn betrug seit dem 1. Januar 2005 Fr. 9130.–. Dieser wurde 13 mal jährlich ausbezahlt, was in der Zeit vor der Beendigung des Arbeitsvertrages zum massgebenden Gesamtlohn von monatlich Fr. 9890.80 und damit zu einer Entschädigung von Fr. 4945.40 führt. Zudem hat die Beschwerdegegnerin gemäss dem Antrag des Beschwerdeführers seit der Klageeinreichung vom 8. Mai 2006 5% Verzugszins zu bezahlen (Art. 102 ff. OR).

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 22. Oktober 2008 aufgehoben und die Klage im Umfang von Fr. 4945.40 gutgeheissen.

Bundesgericht, Urteil vom 5. März 2009, Doss.-Nr. 2C_308/2008 (Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 26. Februar 2008)

Vom Zeitzuschlag gemäss ArG 17b II für dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit kann unter anderem dann abgesehen werden, wenn die Person, die Nachtarbeit leistet, nur in vier Nächten pro Woche (Vier-Tage-Woche) beschäftigt wird (ArG 17b III lit. b). Gemäss ArGV1 32 I ist der Zeitzuschlag nur dann nicht geschuldet, wenn ein Betrieb ein betriebliches Arbeitszeitsystem aufweist, dessen wöchentliche Arbeitszeit für einen vollzeitlich beschäftigten Arbeitnehmer entweder 35 Stunden – Pausen eingeschlossen – bei der auf sieben Stunden im Durchschnitt verkürzten Schichtdauer (lit. a) oder

36 Stunden – Pausen abgezogen – im Fall der Vier-Tage-Woche (lit. b) nicht übersteigt. Betrieblich ist ein Arbeitszeitsystem, wenn dieses «für den ganzen Betrieb oder einen klar davon abgrenzbaren Betriebsteil integral Anwendung findet» (ArGV1 32 II) (E. 6.3–7.1).

Die Begriffe des betrieblichen Arbeitszeitsystems und des klar abgrenzbaren Betriebsteils im Sinne von ArGV1 32 II umfassen jedoch nicht nur eine örtliche und funktionelle Komponente. Vielmehr ist ein Arbeitszeitsystem auch dann betrieblich, wenn es nur – aber immerhin – für alle regelmässig Nachtarbeit leistenden Angestellten eines Betriebes oder einer Funktion in diesem Betrieb bzw. in dem davon örtlich abgrenzbaren Betriebsteil gilt. Es muss nicht ebenfalls für das ausschliesslich am Tage beschäftigte Personal gelten (E. 7.4.2).

Sachverhalt:

Die Klinik X. AG mit Sitz im Kanton Zug hat als Firmenzweck die Erbringung von Dienstleistungen im medizinisch-therapeutischen Bereich und namentlich die Führung des Klinikbetriebs «X.» in W. Im Mai 2006 ersuchte sie beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug um Überprüfung ihrer Auffassung, dass sie ihren Mitarbeitenden des Nachtdienstes, die bei einer Vier-Tage-Woche mit 36 Stunden beschäftigt werden, keinen Zeitzuschlag gemäss Art. 17b Abs. 2 ArG auszurichten habe. Am 2. Juni 2006 erstattete der Verband des Personals öffentlicher Dienste (vpod) der gleichen Behörde Anzeige gegen die Klinik X. AG unter anderem wegen nicht gewährter Nachtzeitzuschläge.

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2006 stellte das kantonale Amt für Wirtschaft und Arbeit fest, dass die Klinik X. AG ihren Mitarbeitenden des Nachtdienstes – bestehend aus diplomiertem Pflegepersonal und Hilfspersonal – Ausgleichsruhezeit nach Art. 17b Abs. 2 ArG zu gewähren hat. Die dagegen von der Klinik X. AG eingereichten Rechtsmittel wurden am 10. Juli 2007 vom Regierungsrat und am 26. Februar 2008 vom Verwaltungsgericht des Kantons Zug abgewiesen. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 24. April 2008 beantragt die Klinik X. AG dem Bundesgericht, den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 26. Februar 2008 aufzuheben und festzustellen, dass «das Nachtdienstmodell der Klinik X. mit der Vier-Tage-Woche den Vorgaben des Arbeitsgesetzes entspricht und den Nachtdienst Leistenden kein Zeitzuschlag gewährt werden muss». Eventualiter sei die Sache zum Neuentscheid an die Verwaltung zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

Der privatrechtlich geführte Klinikbetrieb der Beschwerdeführerin sowie das erwähnte Nachtdienstpersonal fallen unbestrittenermassen in den

Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes (vgl. Art. 1–3 ArG; Urteil des Bundesgerichts 2P.251/2001 vom 14. Juni 2002 E. 4, in: ZBl 104/2003 S. 97).

3.

3.1 Dem Arbeitnehmer, der nur vorübergehend Nachtarbeit verrichtet, hat der Arbeitgeber einen Lohnzuschlag von mindestens 25 Prozent zu bezahlen (Art. 17b Abs. 1 ArG). Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten, haben Anspruch auf eine Kompensation von zehn Prozent der Zeit, während der sie Nachtarbeit geleistet haben. Die Ausgleichsruhezeit ist innerhalb eines Jahres zu gewähren. Für Arbeitnehmer, die regelmässig abends oder morgens höchstens eine Randstunde in der Nachtzeit arbeiten, kann der Ausgleich auch als Lohnzuschlag gewährt werden (Art. 17b Abs. 2 ArG). Die erwähnte Ausgleichsruhezeit ist gemäss Art. 17b Abs. 3 ArG nicht zu gewähren, wenn die durchschnittliche betriebliche Schichtdauer einschliesslich der Pausen sieben Stunden nicht überschreitet (lit. a), oder die Person, die Nachtarbeit leistet, nur in vier Nächten pro Woche (Vier-Tage-Woche) beschäftigt wird (lit. b), oder den Arbeitnehmern durch Gesamtarbeitsvertrag oder die analoge Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften andere gleichwertige Ausgleichsruhezeiten innerhalb eines Jahres gewährt werden (lit. c).

3.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, das zu beurteilende Nachtdienstmodell der Klinik X. entspreche klar den gesetzlichen Vorgaben des Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG. Es bestehe kein Wechselschichtbetrieb zwischen Tag- und Nachtdienst. Die dauernd Nachtdienst Leistenden würden höchstens an vier Nächten und maximal 36 Stunden pro Woche beschäftigt. Soweit die Vorinstanz die Erfüllung zusätzlicher Anforderungen verlange, damit kein Zeitzuschlag zu gewähren sei, erweise sich ihr Entscheid als bundesrechtswidrig.

(...)

5.1 Der Gesetzgeber hat Nachtarbeit grundsätzlich verboten (Art. 16 ArG). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Nachtarbeit negative Auswirkungen auf die Gesundheit, das familiäre und das soziale Leben hat. Während der Nachtschicht lebt der Mensch gegen den biologischen Rhythmus, der auf Aktivität am Tag und Erholung in der Nacht ausgerichtet ist. Das hat langfristig gesundheitliche Probleme zur Folge. In Mitleidenschaft gezogen wird auch der familiäre Bereich durch den Zwang, auf die Ruhebedürfnisse des Nachtarbeit leistenden Familiengliedes tagsüber Rücksicht zu nehmen; überhaupt gibt es einen gemeinsamen Lebensrhythmus der Familie nicht mehr, was nicht nur zusätzliche Arbeit bei der Organisation des familiären Lebens bewirkt, sondern vor allem auch die Pflege mitmenschlicher Beziehungen innerhalb der Familie nachhaltig beeinträchtigt. Noch schwieriger wird die Teilnahme am öffentlichen Leben; soziale Isolierung kann die Folge sein (vgl. Botschaft vom 2. Februar 1994 über die Änderung des Arbeitsgesetzes, BBl 1994 II 157 ff., insb. S. 163 f. Ziff. 114.31; BGE 116 Ib 270 E. 4a S. 274 f.; Wegleitung des Staatssekre-

tariats für Wirtschaft [SECO] zum Arbeitsgesetz, 3. Überarbeitung 2007/2008, Allgemeines zu Art. 30 ArGV 1, 130-1; ausführlich und mit weiteren Hinweisen: DANIEL SOLTERMANN, Die Nacht aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2004, S. 49–109).

5.2 Ausnahmen vom Verbot der Nachtarbeit werden daher nur unter besonderen Voraussetzungen bewilligt (vgl. Art. 17 ArG und Art. 27 ff. der Verordnung 1 des Bundesrates vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1; SR 822.111]). Bei Nachtarbeit darf die tägliche Arbeitszeit für den einzelnen Arbeitnehmer neun Stunden nicht überschreiten und muss mit Einschluss der Pausen innerhalb eines Zeitraumes von zehn Stunden liegen (Art. 17a Abs. 1 ArG). Wird der Arbeitnehmer in höchstens drei von sieben aufeinanderfolgenden Nächten beschäftigt, darf die tägliche Arbeitszeit unter Voraussetzungen, die durch Verordnung festzulegen sind, zehn Stunden betragen; sie muss aber, mit Einschluss der Pausen, innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden liegen (Art. 17a Abs. 2 ArG). Der Verzicht auf den Wechsel zwischen Tages- und Nachtarbeit bedarf des Einverständnisses der betroffenen Arbeitnehmer (vgl. Art. 25 ArG und Art. 30 ArGV 1 mit weiteren Anforderungen). Für Kliniken, Krankenanstalten und Heime gelten gemäss Art. 27 ArG in Verbindung mit Art. 15 f. der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2; SR 822.112) einige Sonderbestimmungen für Nachtarbeit: Demnach dürfen Arbeitnehmer ohne behördliche Bewilligung in der Nacht beschäftigt werden (Art. 4 Abs. 1 ArGV 2); dabei darf die tägliche Arbeitszeit innerhalb eines Zeitraumes von zwölf Stunden bis zu zehn Stunden betragen, wenn ein grosser Teil davon reine Präsenzzeit darstellt und eine Ruhegelegenheit vorhanden ist (Art. 10 Abs. 2 ArGV 2).

6.

6.1 Zusätzlich zu den erwähnten Regelungen haben sämtliche vom Arbeitsgesetz erfassten Arbeitgeber den Arbeitnehmern für Nachtarbeit entweder einen Lohnzuschlag oder eine sog. Ausgleichsruhezeit nach Art. 17b Abs. 1 und 2 ArG zu gewähren. Namentlich wegen der negativen gesundheitlichen Auswirkungen ist denjenigen, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend und nicht nur in den Randstunden Nachtarbeit erbringen, eine zeitliche Kompensation und nicht bloss ein – finanzieller – Lohnzuschlag auszurichten (vgl. BBl 1994 II 181).

6.2 Auf den Zeitzuschlag wollte das Parlament anlässlich einer Gesetzesrevision zwar zunächst verzichten. Die entsprechende Vorlage wurde jedoch in einer Referendumsabstimmung vom 1. Dezember 1996 deutlich verworfen. In der Folge wurde der Zeitzuschlag für Nachtarbeit, den der Bundesrat in seiner Botschaft vom 2. Februar 1994 ursprünglich vorgesehen hatte, wieder aufgenommen. Dabei bestand weitgehende Einigkeit, dass die Arbeitnehmer für Nachtarbeit auf jeden Fall eine Kompensation erhalten sollen (vgl. Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats vom 17. November 1997 zur Revision des Arbeitsgesetzes, BBl 1998 1394 ff., insb. S. 1395 und 1397; Beratungen des Parlaments

in AB 1997 N 2785 ff. und AB 1998 S 185 ff.). In Bezug auf den Zeitzuschlag sieht das Arbeitsgesetz denn auch keine Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern vor (vgl. Art. 27 ArG).

6.3 Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates schlug in ihrem Bericht vom 17. November 1997 – anders als noch der Entwurf des Bundesrates in BBl 1994 II 210 – mit Art. 17b Abs. 3 ArG allerdings Abweichungen vom Zeitzuschlag nach dem vorangehenden Abs. 2 vor (BBl 1998 1402 und 1412). Diese wurden abgesehen von einer Präzisierung im Einleitungssatz wörtlich ins Gesetz übernommen (vgl. AB 1997 N 2806; Berichterstatter Brändli in AB 1998 S. 188). Damit sollte aber nicht auf jegliche Kompensation von Nachtarbeit verzichtet werden. Vielmehr wurde bei den Modellen nach Art. 17b Abs. 3 ArG davon ausgegangen, dass sie weniger belastend sind als übliche Arbeitszeitsysteme mit der Gewährung des Zeitzuschlages nach Abs. 2 dieser Bestimmung (erwähnte Wegleitung des SECO, Allgemeines zu Art. 32 ArGV 1, 132-1; JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN, in: Thomas Geiser et al., Stämpfli Handkommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, N. 5 zu Art. 17b ArG). Vom erwähnten Zeitzuschlag kann demnach abgesehen werden, wenn in einem Betrieb ein fortschrittliches Arbeitszeitsystem besteht, das namentlich dem Gesundheitsschutz der Nachtarbeitenden hinreichend Rechnung trägt, wodurch der Ausgleich nach Art. 17b Abs. 2 ArG entbehrlich wird. Der Gesetzgeber sieht dies namentlich dann als erfüllt an, wenn nur in einer Vier-Tage-Woche gearbeitet wird (Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG). Wie das SECO in seiner Wegleitung festhält, haben wissenschaftliche Untersuchungen aufgezeigt, dass höchstens vier Nachtschichten in Folge Gewähr dafür bieten, dass es bei den Betroffenen nicht zu einem grösseren Schlafdefizit kommt (vgl. erwähnte Wegleitung des SECO, Allgemeines zu Art. 30 ArGV 1, 130-1).

7.

Das Verwaltungsgericht stützt seinen Entscheid neben Art. 17b ArG auch auf Art. 32 Abs. 1 und 2 ArGV 1. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, in der letztgenannten Bestimmung würden in unzulässiger Weise zusätzliche Anforderungen gestellt, damit vom Zeitzuschlag gemäss Art. 17 Abs. 2 ArG abgesehen werden könne.

7.1 Gemäss Art. 32 Abs. 1 ArGV 1 ist der Zeitzuschlag nur dann nicht nach Art. 17b Abs. 3 lit. a und b ArG geschuldet, wenn ein Betrieb ein betriebliches Arbeitszeitsystem aufweist, dessen wöchentliche Arbeitszeit für einen vollzeitlich beschäftigten Arbeitnehmer entweder 35 Stunden – Pausen eingeschlossen – bei der auf sieben Stunden im Durchschnitt verkürzten Schichtdauer (lit. a) oder 36 Stunden – Pausen abgezogen – im Fall der Vier-Tage-Woche (lit. b) nicht übersteigt. Betrieblich ist ein Arbeitszeitsystem, wenn dieses «für den ganzen Betrieb oder einen klar davon abgrenzbaren Betriebsteil integral Anwendung findet» (Art. 32 Abs. 2 ArGV 1).

7.2 Demnach wird in Bezug auf Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG zunächst verlangt, dass bei der Vier-Tage-Woche nicht mehr als 36 Arbeitsstunden gearbeitet werde. Die in dieser Norm nicht explizit genannte Beschränkung auf 36 Stunden findet ihre gesetzliche Stütze namentlich in Art. 17a ArG (tägliche Arbeitszeit von maximal neun Stunden). Diese Stundenzahl wird von der Beschwerdeführerin für die Nachtarbeiter eingehalten und ist auch nicht bestritten.

Zusätzlich wird gemäss Art. 32 Abs. 1 ArGV 1 vorausgesetzt, dass die erwähnte maximale Arbeitszeit ein Vollzeitpensum darstellt und insofern ein betriebliches Arbeitszeitsystem besteht. Während sich die Vorinstanzen zur erstgenannten Voraussetzung nicht äussern, verneinen sie das Vorliegen eines betrieblichen Arbeitszeitsystems. Ihrer Auffassung nach gelte das Arbeitszeitmodell des Nachtdienst leistenden Pflegepersonals weder im ganzen Betrieb noch in einem klar abgrenzbaren Betriebsteil, weil das 100%-Pensum für das Pflegepersonal des Tagdienstes bei 40 Stunden – bei sechs Diensten auf sieben Tage – liege und in der Psychologie, der handlungsorientierten Therapie sowie in den übrigen Bereichen 42 Stunden bei einer Fünf-Tage-Woche gearbeitet werde. Sowohl örtlich wie auch funktionell würden sich die Aufgaben des Pflegedienstes bei Tag und Nacht nicht in einem Masse unterscheiden, dass von voneinander abgrenzbaren Betriebsteilen gesprochen werden könne.

7.3 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG nur dann greift, wenn die Nachtdienst leistenden Personen, die an vier Tagen in der Woche 36 Stunden arbeiten, als Vollzeitangestellte gelten bzw. behandelt werden (erwähnte Wegleitung des SECO, zu Art. 17b Abs. 3 ArG, 017b-2 und 3, sowie Allgemeines zu Art. 32 ArGV 1, 132-1; ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz, 6. Aufl. 2001, zu Art. 17b Abs. 3 ArG, S. 94; DANIEL SOLTERMANN, a.a.O., S. 202; JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN, a.a.O. in Stämpflis Handkommentar, N. 5 zu Art. 17b ArG; vgl. auch Nationalrätin Hubmann, Berichterstatterin Maria Roth und Bundesrat Delamuraz in AB 1997 N 2805 f.). Zwar wird das nicht explizit im Gesetz erwähnt, sondern nur in der Verordnungsbestimmung. Würde es sich bei den genannten Mitarbeitern wegen der Limitierung der Arbeitszeit auf 36 oder weniger Stunden nur um Teilzeitangestellte handeln, hätte dies aber zur Folge, dass sie zur Erreichung einer Vollzeitbeschäftigung zusätzlich arbeiten müssten; dann hätten sie nicht die in Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG vorgesehene Ruhezeit von drei ganzen Tagen als Ausgleich für die Nachtarbeit und somit keine «Vier-Tage-Woche» im Sinne dieser Bestimmung; zudem käme ihre wöchentliche Gesamtarbeitszeit der gewöhnlichen durchschnittlichen Arbeitszeit von in casu 40 oder 42 Wochenstunden für Tagesarbeit nahe; mithin würde es an einem angemessenen Ausgleich fehlen, wenn ihnen in diesem Fall auch derjenige nach Art. 17b Abs. 2 ArG versagt wäre. Ein solches Ergebnis ist mit Art. 17b Abs. 3 ArG gerade nicht beabsichtigt. Diese Bestimmung soll nur die Kompensation nach Absatz 2

durch eine andere ersetzen, die mindestens gleichwertig ist. Keineswegs sollen Arbeitnehmer ohne Ausgleich Nachtarbeit leisten müssen; das stünde im Widerspruch zum klaren Willen des Gesetzgebers nach der Volksabstimmung vom 1. Dezember 1996 (vgl. E. 6.2 hievor). Deshalb muss es sich bei der Vier-Tage-Woche mit maximal 36 Arbeitsstunden um ein Vollzeitpensum handeln. Diese nur in Art. 32 Abs. 1 ArGV 1 ausdrücklich erwähnte Bedingung steht mithin mit Art. 17b Abs. 3 ArG im Einklang.

7.4

7.4.1 Sodann ist der Gesetzgeber bei der Verabschiedung von Art. 17b Abs. 3 ArG davon ausgegangen, dass das in lit. b dieser Bestimmung genannte Arbeitszeitmodell betrieblich sein müsse, auch wenn nur in der lit. a ausdrücklich von «betrieblicher» Schichtdauer die Rede ist. Unter betrieblich ist zu verstehen, dass es nicht darauf ankommt, wie bzw. in welchem Umfang der einzelne Mitarbeiter beschäftigt wird; vielmehr muss es sich bei der Vier-Tage-Woche um ein im jeweiligen Betrieb allgemein geltendes Arbeitszeitmodell handeln (Bundesrat Delamuraz in AB 1997 N 2805). Ziel dieser Anforderung ist die Vermeidung der Umgehung der Schutzvorschriften des Art. 17b Abs. 2 ArG durch individuelle Rechtsgestaltungen. Es soll namentlich verhindert werden, dass nur schwer durchschaubar ist, ob und in welchem Umfange die Personen, die wöchentlich jeweils weniger als fünf Tage und maximal 36 Stunden beschäftigt werden, als Teilzeit- oder Vollzeitbeschäftigte gelten und inwiefern ihnen somit ein Zeitzuschlag zu gewähren ist oder nicht. Auch sollen die Teilzeitangestellten nicht durch Vorenthaltung jedweder Kompensation für Nachtarbeit benachteiligt werden, indem ihnen entgegengehalten wird, sie würden ohnehin nicht mehr als vier Tage und 36 Stunden beschäftigt werden (vgl. Nationalrätin Hubmann, Berichterstatterin Maria Roth und Bundesrat Delamuraz in AB 1997 N 2804 f.). Vielmehr sollen die Teilzeitbeschäftigten bei einem Arbeitszeitsystem, das unter die Ausnahmebestimmung des Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG fällt, ihrem tieferen Anstellungsverhältnis entsprechend nur einen Bruchteil von vier Tagen pro Woche arbeiten müssen (z.B. 3,2 Tage bei 80% Beschäftigung; vgl. erwähnte Wegleitung des SECO zu Art. 17b Abs. 3 lit. b ArG, 017b-3; ROLAND A. MÜLLER, a.a.O., S. 94; DANIEL SOLTERMANN, a.a.O., S. 202; JEAN-FRITZ STÖCKLI/DANIEL SOLTERMANN, a.a.O. in Stämpflis Handkommentar, N. 5 zu Art. 17b ArG).

Um diese Ziele wirksam überprüfen und durchsetzen zu können, erscheint es sachgerecht, dass die Vier-Tage-Woche mit maximal 36 Stunden als Vollzeitpensum einem Arbeitszeitsystem entspricht, das zumindest für alle regelmässig Nachtarbeit leistenden Arbeitnehmer in einem Betrieb oder Betriebsteil gilt. Mithin widerspricht es Art. 17b ArG nicht, wenn der Bundesrat diese Anforderungen gestützt auf Art. 40 in Verbindung mit Art. 26 ArG in Art. 32 Abs. 1 ArGV 1 zum Arbeitsgesetz aufgenommen hat.

7.4.2 Wie ausgeführt (E. 7.2 hievor), will die Vorinstanz aber, dass das gleiche Arbeitszeitsystem auch für die ausschliesslich in Tagesschicht-

ten arbeitenden Angestellten der Klinik gilt, damit Art. 17b Abs. 3 ArG zum Zuge kommt. Hiegegen wendet die Beschwerdeführerin ein, es leuchte nicht ein, warum das Personal, das immer nur in Tagesschichten arbeitet, ebenfalls eine Vier-Tage-Woche mit maximal 36 Arbeitsstunden haben soll, damit den Nachtdienst Leistenden kein Zeitzuschlag nach Art. 17b Abs. 2 ArG zu gewähren sei. Zum einen würden davon die nur am Tag arbeitenden Angestellten mehr profitieren als die Nachtarbeiter. Zum anderen würden Letztere dadurch unterschiedlich behandelt werden je nachdem, ob die ausschliesslich am Tag Beschäftigten das gleiche Regime haben wie die Nachtarbeiter. Für diese unterschiedliche Behandlung der Nachtarbeiter mit gleichem Arbeitszeitmodell gebe es keinen vernünftigen Grund, weshalb die Auffassung der Vorinstanz zu einer rechtsungleichen Behandlung dieser Arbeitnehmer führe und damit Art. 8 bzw. 9 BV verletze.

Diese Bedenken, mit denen sich die Vorinstanz nicht befasst, erweisen sich als begründet. Die in Erwägung 7.4.1 erwähnten Ziele können erreicht werden, ohne dass die ausschliesslich am Tag beschäftigten Arbeitnehmer das gleiche Arbeitszeitmodell haben wie die dauernd oder regelmässig Nachtarbeit leistenden Betriebskollegen. Demnach gibt es auch keinen sachlichen Grund, bei der Anwendung von Art. 17b Abs. 3 ArG danach zu unterscheiden, ob für die nur am Tag beschäftigten Angestellten des Betriebs das gleiche Arbeitszeitsystem wie für die Nachtarbeiter gilt. Mithin genügt es, dass der Betrieb ein entsprechendes Arbeitszeitsystem für alle Nachtarbeiter aufweist; es kommt nicht darauf an, dass es auch für die ausschliesslich am Tage Beschäftigten Anwendung findet.

Demzufolge umfassen die Begriffe des betrieblichen Arbeitszeitsystems und des klar abgrenzbaren Betriebsteils im Sinne von Art. 32 Abs. 2 ArGV 1 nicht nur eine örtliche und funktionelle Komponente. Vielmehr ist ein Arbeitszeitsystem auch dann betrieblich, wenn es nur – aber immerhin – für alle regelmässig Nachtarbeit leistenden Angestellten eines Betriebes oder einer Funktion in diesem Betrieb bzw. in dem davon örtlich abgrenzbaren Betriebsteil gilt. Es muss nicht ebenfalls für das ausschliesslich am Tage beschäftigte Personal gelten. Das hat das SECO in seiner Wegleitung zu Art. 32 Abs. 1 lit. b ArGV 1 (vgl. dort 132-2) im Grunde bereits mit folgenden Worten festgehalten: «Die Beschränkung auf 4 Arbeitstage gilt [...] bei diesem Modell für alle Schichten und alle Wochen, nicht nur für Schichten mit Nachtarbeit. Wird neben Schichtarbeit nach den Modellen gemäss Buchstaben a und b in den gleichen Betriebsteilen auch in normaler Tages- oder Abendarbeit gearbeitet, so gilt für diese die Einschränkung für die Schichtarbeit nicht. Die Reduktion der Arbeitsdauer und die Beschränkung auf vier oder fünf Arbeitstage sind für die Tages- oder Abendarbeit nicht anwendbar. Es darf dann allerdings zwischen Tages- resp. Abendarbeit und Schichtarbeit kein Wechsel stattfinden.» Somit hat die Vorinstanz für die Anwendung von Art. 17b Abs. 3 ArG zu Unrecht darauf abgestellt,

ob das gesamte Pflegepersonal im Tagdienst der Klinik X. das gleiche Arbeitszeitmodell wie die Nachtarbeiter aufweist.

8.

Die Vorinstanz hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob das Arbeitszeitmodell der Vier-Tage-Woche à 36 Stunden (als Vollzeitbeschäftigung) entsprechend den Behauptungen der Beschwerdeführerin tatsächlich für das gesamte Pflegepersonal gilt, das dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leistet (vgl. E. 7.4.1 hievor, auch zu den Teilzeitbeschäftigten). Aus den dem Bundesgericht vorgelegten Akten lässt sich hierzu nichts Abschliessendes entnehmen. Das Gleiche gilt für die weitere Bedingung, dass es sich beim erwähnten Arbeitszeitmodell um ein Vollzeitpensum handeln muss, damit Art. 17b Abs. 3 ArG zur Anwendung kommt (vgl. E. 7.3 hievor). Die hierüber von den Parteien gemachten Angaben lassen keinen eindeutigen Schluss zu. Zu diesen Punkten wird die Vorinstanz, an welche die Angelegenheit zurückzuweisen ist (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG), Sachverhaltsfeststellungen treffen müssen.

Bei der Frage, ob die Vier-Tage-Woche der dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit Leistenden im Betrieb der Beschwerdeführerin als Vollzeitstelle konzipiert ist, wird die Vorinstanz namentlich auf einen Lohnvergleich mit den Tagesarbeitern abzustellen haben. Damit der Nachtdienst bei einer Vier-Tage-Woche und 36 Arbeitsstunden als Vollzeitpensum gelten kann, müsste der Lohn bei vergleichbaren Aufgaben und Anforderungen gleich hoch ausfallen wie bei einer Vollzeitstelle – in casu mit höherer Stundenzahl – ausschliesslich im Tag- oder Abenddienst.

9.

Dem Gesagten zufolge erweist sich die Beschwerde als begründet. Der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 12. März 2009, Doss.-Nr. 4A_552/2008 (Aufhebung des Urteils der Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 17. September 2008), in: BGE 135 III 349

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 mars 2009, Doss.-N° 4A_552/2008 (Annulation de l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17 septembre 2008), in: ATF 135 III 349

OR 336c I lit. c und II; Kündigung des Arbeitsvertrages während der Schwangerschaft; Mitteilung der Schwangerschaft; Rechtsmissbrauch; Übertragung des Arbeitsverhältnisses; Verzug der Arbeitnehmerin.

Der Schutz von OR 336c I lit. c setzt keine Mitteilung der Schwangerschaft voraus. Im vorliegenden Fall, in dem die Arbeitnehmerin ihre Schwangerschaft erst einen Monat nach der Beendigung des Arbeits-

verhältnisses mitteilte, wurde ein Rechtsmissbrauch verneint (E. 2 und 3).

Der Arbeitgeber, der das Arbeitsverhältnis überträgt, haftet solidarisch für den vertraglich noch geschuldeten Lohn, wenn die Arbeitnehmerin im Zeitpunkt der Übertragung des Arbeitsverhältnisses bereits schwanger war (E. 4.1).

Hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Lohn für die Zeit zwischen dem Termin, auf welchen ihr gekündigt wurde, bis zur Anzeige der Schwangerschaft? Die Frage beantwortet sich nach den Bestimmungen über den Schuldnerverzug (E. 4.2).

336c I let. c et II CO; résiliation du contrat de travail pendant la grossesse; annonce de l'état de grossesse; abus de droit; transfert des rapports de travail; demeure de la travailleuse.

La protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO n'est pas soumise à l'annonce de l'état de grossesse. In casu, absence d'abus de droit de la travailleuse, qui a attendu un mois après la fin des rapports de travail pour annoncer sa grossesse (consid. 2 et 3).

L'employeur transférant est solidairement responsable du montant encore dû au titre du salaire contractuel, si, au moment du transfert de l'entreprise, l'employée était déjà enceinte (consid. 4.1).

L'employée peut-elle prétendre à son salaire pour la période s'étendant de la date pour laquelle elle a été licenciée jusqu'à l'annonce de la grossesse? La question s'examine au regard des dispositions sur la demeure (consid. 4.2).

Faits:

A.

A.a Par contrat de travail du 10 septembre 2005, Y. SA, exploitante du café V. à N., a engagé X. en qualité de sommelière pour un salaire mensuel de 3150 fr. brut, respectivement de 2811 fr. net. Le contrat stipulait un délai de congé d'un mois.

Le 1^{er} janvier 2006, l'exploitation du V. a été reprise par A., sans que l'employée n'y fasse opposition. Le 15 du même mois, B. était engagée par le nouvel exploitant pour le 1^{er} mars suivant, dans le but de remplacer X. Celle-ci a été licenciée le 24 janvier 2006 pour le 28 février 2006 par Y. SA, en raison de la remise de l'exploitation du café. Cette société confirmait, par courrier du 14 février 2006, que le contrat de travail ne pouvait être prolongé, l'activité commerciale prenant fin pour des raisons économiques.

A.b Agissant pour le compte de X., le syndicat Unia a, par lettre du 28 mars 2006, contesté le licenciement qu'il qualifiait de nul; il faisait valoir le fait que l'employée était enceinte au moment du licenciement. Le 3 avril 2006, Y. SA a répondu au syndicat que la grossesse de l'employée

ne lui a jamais été annoncée, tout en faisant valoir son droit au licenciement immédiat pour faute grave.

B.

B.a Le 28 juin 2006, X. a saisi le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois, concluant au paiement par Y. SA de la somme brute de 19 313 fr. 15 relative aux salaires des mois de mars à juin 2006 et au treizième salaire jusqu'au 31 décembre 2006, ainsi qu'à la somme nette de 8315 fr. 30 correspondant au montant versé par l'assurance maternité. A l'appui de sa requête, la demanderesse indiquait être en congé maladie depuis le 10 mai 2006.

Le 3 août 2006, Unia Caisse de chômage a déclaré intervenir dans la procédure.

Le défendeur a conclu au rejet des conclusions de la demanderesse et du tiers intervenant.

En audience du 7 mai 2008, la demanderesse a déclaré ne pas avoir d'autres prétentions que le versement du salaire contractuel jusqu'au terme du contrat de travail, soit le 31 décembre 2006.

B.b Par jugement du 16 mai 2008, le Tribunal des prud'hommes a rejeté les conclusions de la demanderesse. Les premiers juges ont considéré l'annonce de la grossesse, faite le 28 mars 2006, comme étant largement tardive et contraire aux règles de la bonne foi; en taisant sa grossesse, la demanderesse est présumée avoir accepté son congé, qui a valablement pris ses effets au 28 février 2006. Les magistrats ont donc nié toute obligation de l'employeur de verser un salaire à la demanderesse pour la période ultérieure à la fin des rapports de travail.

B.c Statuant par arrêt du 17 septembre 2008, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a confirmé le jugement attaqué.

C.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la demanderesse invite le Tribunal fédéral à réformer le jugement entrepris en ce sens que les conclusions prises en première instance cantonale, par 19 313 fr. 15 bruts, lui soient allouées.

La défenderesse conclut au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral a admis le recours et renvoyé la cause à l'autorité cantonale.

Extraits des considérants:

2.

Aux termes de l'art. 336c al. 1 let. c CO, l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. Selon l'alinéa 2 de cette disposition, le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul.

La recourante fait grief à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 336c al. 1 let. b (recte: c) CO et d'avoir à tort retenu la commission d'un abus de droit au sens de l'art. 2 CC de la part de la recourante. En substance, elle reproche aux magistrats cantonaux d'avoir considéré que l'annonce de la grossesse faite le 28 mars 2006, soit un mois après la fin du délai de résiliation et plus de deux mois après la notification du licenciement, était tardive et qu'elle avait pour conséquence d'entraîner la perte du droit à la protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO.

2.1 La protection accordée par la norme précitée se rapporte à l'état de grossesse de l'employée, la période d'interdiction de licencier s'étendant pendant toute la durée de la grossesse et au cours des seize semaines suivant l'accouchement (Message du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail» et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, FF 1984 II 630 s. ch. 620.9). Le texte de la loi ne subordonne pas la protection contre le licenciement à l'annonce de l'état de grossesse. A cet égard, aucune mention n'est faite d'un quelconque délai pour faire valoir le droit à la protection; si cette question a été débattue par les parlementaires fédéraux, ceux-ci ont refusé d'introduire un tel délai dans la loi (BO 1985 CN 1142 ss). Admettre le contraire irait à l'encontre de la volonté du législateur.

La situation est ainsi à distinguer de celle qui prévaut en France et en Allemagne notamment, où le législateur a expressément prévu, en cas de licenciement par l'employeur ignorant la grossesse, un délai dans lequel la travailleuse doit faire l'annonce de son état de grossesse (art. L-122-25-2 du Code du travail français; cf. CHRISTOPHE RADÉ, Code du travail annoté, 68^e éd. 2006, n° 11 ad art. L. 122.25.2; art. 9 de la loi allemande sur la protection de la maternité [Mutterschutzgesetz; MuSchG]).

2.2 La question présentement litigieuse n'a pas été abordée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 4C.259/2003 du 2 avril 2004, contrairement à ce qui est indiqué au consid. 4b du jugement entrepris.

Dans cet arrêt, une secrétaire, licenciée le 6 mars 2001 pour la fin mai 2001 et libérée de l'obligation de travailler, s'est trouvée en incapacité de travailler du 20 mai au 23 juin 2001; une dizaine de jours après avoir subi une opération, le 21 mai 2001, elle apprenait qu'elle était enceinte de six semaines environ; l'annonce à l'employeur de cet état de grossesse a eu lieu le 13 septembre 2001, soit deux mois et demi après la fin de l'incapacité de travail et plus de trois mois après la connaissance de la grossesse. La question soumise au Tribunal fédéral était celle de savoir si l'employeur devait s'acquitter du salaire réclamé par l'employée pour la période – antérieure à l'annonce de la grossesse – de juillet à la mi-septembre. Le litige a été tranché sous l'angle de la demeure de l'employeur, qui a été niée, du fait que, durant la période litigieuse, l'employée n'était pas apte à exécuter sa prestation de travail comme con-

venu. Dans ce contexte bien précis, il a été observé que le grief pouvait être adressé à l'employée de n'avoir pas annoncé rapidement sa grossesse. En effet, si tel avait été le cas, l'employeur aurait pu mettre en œuvre l'assurance perte de gain. Cela étant, il ne pouvait être reproché à l'employeur de n'avoir pas versé le salaire pour la période en question sur la base de l'art. 324 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral n'a toutefois pas jugé que l'annonce faite plus de trois mois après la connaissance de la grossesse avait pour effet de valider le licenciement, puisqu'il ne s'est pas prononcé sur la question.

2.3 La doctrine est partagée sur le sujet.

La doctrine majoritaire est d'avis que l'employée n'a pas d'obligation d'informer l'employeur de sa grossesse après avoir reçu le licenciement et que la période de protection prévue par l'art. 336c CO court même si l'employée tait cet événement à l'employeur (dans ce sens, CHRISTIANE BRUNNER ET AL., Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n^o 9 ad art. 336c CO; MARIANNE FAVRE MOREILLON, Droit du travail, 2^e éd. 2006, p. 95; STREIFF/VON KAENEL, in *Arbeitsvertrag*, 6^e éd. 2006, n^o 9 ad art. 336c CO; ROLF A. TOBLER ET AL., in *Arbeitsrecht*, 2006, n^o 1.13 ad art. 336c CO; ADRIAN STAEHELIN, in *Zürcher Kommentar*, 3^e éd. 1996, n^o 17 ad art. 336c CO; MANFRED REHBINDER, in *Berner Kommentar*, 2^e éd. 1992, n^o 6 ad art. 336c CO; HANS-PETER EGLI, *Der zeitliche Kündigungsschutz*, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht [ArbR] 1998 p. 128). La thèse majoritaire se fonde sur la volonté du législateur de ne pas introduire un délai pour contester le congé (BRUNNER ET AL., op.cit., n^o 9 ad art. 336c CO; STAEHELIN, op.cit., n^o 17 ad art. 336c CO), ainsi que sur le but social de l'art. 336c al. 1 let. c CO (TOBLER ET AL., op.cit., n^o 1.13 ad art. 336c CO; REHBINDER, op.cit., n^o 4 ad art. 336c CO; FAVRE MOREILLON, op.cit., p. 95; cf. également FF 1984 II 603 ch. 51; DENIS HUMBERT, *Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht*, 1991, p. 133 s.).

Pour RÉMY WYLER, les règles de la bonne foi imposent à la travailleuse d'informer l'employeur de sa grossesse immédiatement après avoir reçu la notification de la résiliation ou dès la connaissance de la grossesse, si elle intervient postérieurement; à défaut, la travailleuse est présumée avoir renoncé à se prévaloir de la protection et sera forclosée dans ses droits. Cet auteur précise toutefois que la notion d'immédiateté doit être appréciée avec mansuétude, car seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent de retenir l'abus de droit de la travailleuse à se prévaloir de la protection contre le licenciement lié à sa grossesse (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, n^o 2.3 p. 573). L'opinion de WYLER est partagée par GLOOR, pour qui l'annonce de la grossesse doit se faire dans les meilleurs délais, sous peine de perdre le droit à la protection (WERNER GLOOR, *Mutterschaft, Kündigungsschutz, Lohnfortzahlung*, ArbR 1992 p. 59 s.). Pour DUC/SUBILIA, le silence de la travailleuse, qui a connaissance de sa grossesse, équivaut à une acceptation du congé; ces auteurs sont d'avis qu'il est

contraire à la plus élémentaire bonne foi de taire l'état de grossesse à l'employeur qui userait de son droit de résilier le contrat et de le laisser prendre des mesures pour remplacer la travailleuse, voire engager une nouvelle collaboratrice, pour se prévaloir ensuite de la règle protectrice de l'art. 336c al. 1 let. c CO (DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, 1998, n° 29 ad art. 336c CO).

GABRIELA RIEMER-KAFKA est plus nuancée. Elle considère que le comportement de l'employée qui tait sa grossesse au-delà du délai de résiliation peut, au regard des intérêts en présence, être abusif. Elle relève que si l'employée n'a pas d'intérêt à la continuation des rapports contractuels et qu'elle ne fait pas valoir la nullité, son silence équivaut à une acceptation de la résiliation, sous réserve de l'invocation de l'erreur essentielle (GABRIELA RIEMER-KAFKA, *Der neurechtliche Kündigungsschutz bei Schwangerschaft und Niederkunft*, RSJ 1989 p. 59).

3.

L'opinion des juges cantonaux selon laquelle l'exercice des droits de protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO serait soumis à l'annonce immédiate, sinon à brefs délais, de l'état de grossesse ne trouve pas appui dans la loi (cf. supra, consid. 2.1).

Elle ne trouve pas plus appui dans l'application du principe de la bonne foi, ancré à l'art. 2 al. 1 CC, auquel se réfèrent les tenants de la thèse de la validation du congé. En effet, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles permettent à l'employeur de se prévaloir d'un abus de droit (art. 2 al. 2 CC) de la part du travailleur, car, à défaut, la protection assurée au travailleur par des dispositions impératives peut se révéler illusoire (ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497, ATF 129 III 622 consid. 5.2). Les cas typiques d'abus de droit sont l'absence d'intérêt à l'exercice d'un droit, l'utilisation d'une institution juridique contrairement à son but, la disproportion manifeste des intérêts en présence, l'exercice d'un droit sans ménagement ou l'attitude contradictoire (cf. ATF 129 III 493 consid. 5.1 p. 497 et les arrêts cités). Dans un arrêt non publié (arrêt 4C.346/2004 du 15 février 2005), le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger, par pesée des intérêts contradictoires en présence, qu'il n'était pas abusif pour un employé, incapable de travailler – et non pas pour une femme enceinte, comme indiqué à tort par l'autorité cantonale –, de vouloir bénéficier de la protection conférée par l'art. 336c al. 2 CO, après avoir attendu le début avril pour communiquer son incapacité alors qu'il était apte à le faire à la fin février ou au plus tard dans le courant du mois de mars de la même année, le licenciement ayant eu lieu à la mi-janvier.

Dès lors que l'examen de l'abus de droit doit se faire au cas par cas, en tenant compte des circonstances propres à chaque litige, on ne voit pas ce qui pourrait justifier de poser, d'une manière générale, que le défaut d'information immédiate de son état de grossesse par l'employée licenciée serait abusif.

A considérer par ailleurs les circonstances du cas particulier, les conditions de réalisation d'un abus de droit ne paraissent pas réalisées. Il ressort des constatations de fait que la recourante a été licenciée le 24 janvier 2006 pour le 28 février 2006, en raison de la remise de l'exploitation du café dans lequel elle travaillait; le 14 février 2006, la société intimée confirmait à l'employée que le contrat de travail ne pouvait être prolongé, en raison de la fin de l'activité commerciale de la société; le 28 mars 2006, la recourante, agissant par l'intermédiaire du syndicat Unia, contestait le licenciement, en faisant valoir que le congé était nul, car donné alors qu'elle était enceinte. Le 15 janvier 2006, le nouvel exploitant du café a engagé une serveuse pour le 1^{er} mars suivant, dans le but de remplacer la recourante.

Dans la mesure où, avant même d'être licenciée, la recourante avait été remplacée, il ne saurait lui être fait grief d'avoir, en annonçant sa grossesse un mois après la fin du délai de résiliation, laissé l'employeuse – plus précisément le nouvel exploitant du café (cf. art. 333 al. 1 CO) – prendre des mesures pour la remplacer et de l'avoir ainsi privée de la possibilité de la reprendre à son service. Aussi, l'intérêt de la travailleuse à la protection contre le licenciement l'emporte sur celui de l'acquéreur à s'organiser et combler un poste vacant. Au demeurant, tout porte à croire que la recourante, qui a fait valoir ses droits par l'intermédiaire du syndicat Unia, ignorait que le licenciement à elle notifié était nul et que, partant, elle était en droit de poursuivre son travail au-delà de la fin du délai de résiliation. Dès lors qu'aucune circonstance particulière propre à établir l'abus de droit ne découle du jugement entrepris, on ne discerne pas en quoi le comportement de la recourante serait abusif. Par conséquent, celle-ci peut valablement prétendre au droit de protection de l'art. 336c CO.

4.

4.1 En cas de transfert des rapports de travail, la responsabilité solidaire entre l'employeur transférant et l'employeur reprenant, instituée par l'art. 333 al. 3 CO, vise toutes les créances du travailleur échues dès avant le transfert jusqu'au moment où les rapports de travail pourraient normalement prendre fin (ATF 132 III 32 consid. 6.2.1 p. 45). Ainsi, l'employeur initial reste solidairement responsable, à côté du nouvel employeur, des créances du travailleur qui étaient échues avant le transfert ou qui le deviennent avant la date à laquelle le contrat pouvait normalement prendre fin, ce qui correspond, en l'absence d'opposition, au terme du délai conventionnel ou légal de congé (GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, n° 9 ad art. 333 CO).

En l'occurrence, au moment du transfert de l'entreprise, le 1^{er} janvier 2006, la recourante était déjà enceinte. Le contrat ne pouvait donc pas être résilié avant la fin de la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO. Cela étant, les créances de salaires de la recourante tombent indéniablement sous le coup de l'art. 333 al. 3 CO. Il n'y a, partant, pas lieu de

remettre en cause la légitimation passive de l'ancienne employeuse de la recourante, contre qui celle-ci a décidé de diriger son action en justice.

4.2 Il a été constaté en fait que la recourante a attendu le 28 mars 2006 pour contester le congé à elle notifié. Il ressort par ailleurs expressément de la lettre de contestation du 28 mars 2006 que l'employée se tenait à disposition «pour venir travailler».

La nullité du licenciement sur la base de l'art. 336c al. 2 CO ne modifie pas les droits et obligations des parties. Le travailleur doit fournir sa prestation de travail alors que l'employeur reste tenu de payer le salaire (art. 319 et 324 CO; arrêt 4C.259/2003 du 2 avril 2004 consid. 2.1; cf. également arrêt 4C.64/1994 du 3 novembre 1994 consid. 5b, non publié in ATF 120 II 365). S'il n'exécute pas sa prestation de travail sans être empêché par un motif reconnu, le travailleur est en demeure (art. 102 ss CO) et l'employeur peut alors refuser de payer le salaire (art. 82 CO). De même, l'employeur peut être en demeure. S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur doit payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (art. 324 al. 1 CO). La demeure de l'employeur suppose en principe que le travailleur ait offert ses services (ATF 115 V 437 consid. 5a p. 444; plus récemment arrêt 4C.189/2005 du 17 novembre 2005 consid. 3.3, in *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts [JAR]* 2006 p. 366). Le travailleur ne peut toutefois se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services lorsque l'employeur l'a libéré de l'obligation de travailler jusqu'au terme du délai de congé (ATF 118 II 139 consid. 1a p. 140 et les références; arrêt 4C.66/1994 du 20 juillet 1994 consid. 3b, in *SJ* 1995 p. 801) ou lorsqu'il n'aurait de toute manière pas accepté la prestation de travail offerte (arrêt 4C.346/2005 du 29 novembre 2005 consid. 3.1, in *JAR* 2006 p. 377; arrêt 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 5.2; WOLFGANG PORTMANN, in *Basler Kommentar, Obligationenrecht*, vol. I, 4^e éd. 2007, n° 3 ad art. 324 CO).

Il ressort du jugement entrepris que l'employeur n'avait pas connaissance de la grossesse de l'employée le 24 janvier 2006 et que ce n'est pas parce que celle-ci était enceinte que le contrat de travail a été résilié. Sur ce point de fait, les juges cantonaux ont confirmé, par adoption de motifs et sans qu'aucun grief d'arbitraire ne soit soulevé, l'appréciation des premiers juges, qui ont déclaré ne pas être convaincus par le témoignage de C. – selon lequel tous les collaborateurs du café ainsi que A. savaient que l'employée était enceinte – et posé que l'état de grossesse de l'employée n'était pas connu avant la fin des rapports de travail. Il apparaît en outre, à la lecture de l'arrêt cantonal, que le nouvel employeur, A., est l'administrateur avec signature individuelle de la société anonyme intimée et que cette société s'est exprimée par l'intermédiaire du susnommé tant lors du licenciement qu'en cours de procédure prud'homme.

Au moment du licenciement de la recourante par la société intimée, A. – en tant qu'employeur reprenant – avait déjà engagé une nouvelle ser-

veuse pour remplacer la recourante, avec effet au 1^{er} mars 2006, et donc nécessairement renoncé à la prestation de travail de l'employée. Il découle toutefois de l'état de fait cantonal qu'il n'avait à ce moment-là, tout comme l'employeuse précédente, pas connaissance de l'état de grossesse de la recourante et donc de la nullité du licenciement. Cela étant, il appartiendra à la cour cantonale de déterminer si, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, le nouvel employeur aurait ou non refusé une hypothétique offre de services présentée à la fin février ou au début mars 2006 et si, par conséquent, la recourante était ou non en demeure pour le mois de mars 2006.

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 mars 2009, Doss.-N° 4A_559/2008 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 28 octobre 2008 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

Résiliation avec effet immédiat du contrat de travail d'un employé qui n'a jamais véritablement débuté sa prestation de travail.

LDIP. A teneur de l'art. 121 II in principio LDIP, si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur (c. 2.2).

337 CO. L'obligation d'accomplir le travail donné par l'employeur est une obligation fondamentale qui incombe au travailleur. En ne faisant rien d'utile pour son employeur pendant une période de six mois alors que sa rémunération annuelle brute dépassait 300 000 frs., l'employé a commis un manquement si grave à son contrat qu'il constituait un juste motif de congé ne nécessitant pas d'avertissements préalables (c. 4.2).

337 CO. La partie qui résilie un contrat de travail en invoquant un juste motif ne dispose que d'un court délai de réflexion dès la connaissance des faits pour signifier la rupture immédiate des relations. Lorsque l'employé enfreint sans discontinuer son obligation de fournir sa prestation de travail, il faut considérer, par analogie avec la conception du droit pénal sur le point de départ du délai de prescription des délits continus, que le délai de péremption du droit d'invoquer ce juste motif de licenciement n'a pas commencé à courir avant la rupture du lien contractuel (c. 4.3.2).

Extraits des faits:

Y. SA (Y. ou la défenderesse et intimée), dont le siège est à Genève dans les locaux de la société V. SA, est une filiale du groupe W.Y., sis en Floride (Etats-Unis d'Amérique); elle a pour but d'offrir, principalement en Europe, des services en matière d'administration, de comptabilité, de

contrôle et de gestion financière aux sociétés et clients du groupe. Par contrat de travail écrit du 24 mai 2005, dont la passation avait été précédée de négociations ayant duré plusieurs mois, Y. a engagé X. (le demandeur et le recourant), ressortissant américain né en 1931 et domicilié dans l'Etat de Virginie, en qualité de «senior advisor» au plus tard dès le 1^{er} novembre 2005, cela pour une durée d'une année. Ce contrat, rédigé par A., directeur de W.Y., sous forme de lettre à contresigner pour accord, ne contenait aucune description des tâches confiées au travailleur. Il a toutefois été retenu que X. devait mettre à disposition de Y. sa large expérience passée et son réseau de relations dans le domaine de l'éducation, de la culture et des organisations non gouvernementales à but idéal (ONG) pour présenter les services offerts par Y. à des clients potentiels. Le salaire annuel de X. se montait à 150 000 EUR; s'y ajoutait une allocation de 100 000 fr. pour les dépenses liées à la vie courante, payable à raison de 25 000 fr. au début du contrat, puis par des versements mensuels de 6250 fr. pendant 12 mois. La convention en cause renfermait encore une réglementation dite «intérimaire» pour la période précédant son entrée en vigueur, soit celle courant du 24 mai au 1^{er} novembre 2005 au plus tard. Il était ainsi stipulé que X. devait travailler pour Y. moyennant un salaire journalier de 750 US\$. Si l'exécution du contrat nécessitait une «relocalisation à Genève» du travailleur au plus tard le 1^{er} novembre 2005, celle-ci n'était pas requise avant ce terme. Il résulte de la demande d'autorisation de travail pour ressortissant hors UE/AELE, acceptée par l'autorité compétente, que X. était engagé à compter du 1^{er} novembre 2005 pour un salaire annuel brut de 330 000 fr. X. n'est arrivé à Genève qu'à la mi-novembre 2005.

Par pli adressé à X. en date du 7 avril 2006, Y. a exposé liminairement que le maintien des relations contractuelles avec X. n'avait plus de sens. Comme ce dernier ne s'était pas installé à Genève au 1^{er} novembre 2005, elle aurait eu la possibilité de mettre à ce moment un terme au contrat de travail, mais avait cependant décidé d'être accommodante. Y. a fait grief au travailleur de n'avoir disposé d'un numéro de téléphone qu'en février 2006. En outre, a-t-elle poursuivi, si X. avait suggéré de renoncer à sa rémunération pendant deux mois par courrier du 2 janvier 2006, c'est bien parce qu'il admettait ne pas avoir rempli ses devoirs contractuels. Dans ce contexte, Y. a invité X. à présenter lui-même sa démission immédiate s'il voulait éviter un licenciement et lui a remis, en annexe à son courrier, un projet de lettre de démission par lequel X. reconnaissait notamment ne plus avoir aucune prétention à faire valoir contre son employeur et s'engageait à ne pas intenter d'action en justice en relation avec les rapports de travail. X. n'ayant pas répondu à cette lettre, A., par courriel du 13 avril 2006, a confirmé les termes du pli du 7 avril précédent et a à nouveau enjoint le travailleur de démissionner, à défaut de quoi Y. procéderait à son licenciement.

Le 30 avril 2006, sous la plume de A., Y. a informé par courriel X. qu'elle résiliait avec effet immédiat le contrat conclu le 24 mai 2005, au

motif qu'il n'avait pas démissionné comme on le lui avait demandé le 7 avril 2006. X. a contesté, par lettre du 13 juin 2006, l'existence d'un juste motif autorisant un congé sans délai. Le même jour, A. a adressé à X. un projet de convention en vue de régler la poursuite des relations contractuelles avec Y. sous une autre forme, le travailleur devenant un consultant pour ladite société, payé dorénavant à la commission. X. n'a pas accepté cette proposition.

Par demande du 8 décembre 2006, X. a ouvert action contre Y. devant le Tribunal des prud'hommes de Genève. Par jugement du 21 septembre 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné la défenderesse à verser au demandeur les sommes nette de 68 750 fr. et brute de 100 000 EUR correspondant à ce qu'il aurait perçu si le contrat de travail avait pris fin de façon ordinaire, ainsi que les montants nets de 18 750 fr. et 37 500 EUR à titre d'indemnités pour licenciement immédiat injustifié, la partie qui en a la charge étant invitée à opérer les déductions sociales usuelles. Saisie d'un appel de la défenderesse, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, par arrêt du 28 octobre 2008, a annulé le jugement précité et, statuant à nouveau, débouté le demandeur de toutes ses conclusions.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Il conclut principalement à ce que la défenderesse soit déclarée sa débitrice des montants qui suivent:

- 68 750 fr. nets à titre d'indemnité de logement pour les mois de décembre 2005 à octobre 2006;
- 100 000 EUR bruts avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2006 à titre de salaires pour les mois de mars à octobre 2006;
- 18 750 fr. nets et 37 500 EUR nets, au titre d'indemnités pour licenciement injustifié selon l'art. 337c al. 3 CO.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La présente cause revêt un aspect international du fait que le demandeur est domicilié aux Etats-Unis d'Amérique. Il sied donc de contrôler d'office la question du droit applicable au litige, en fonction de la loi du for, singulièrement de la LDIP (RS 291; ATF 133 III 323 consid. 2.1).

2.2 Il n'est pas contesté que les plaideurs ont conclu un contrat de travail. Si comme en l'espèce les parties ne sont pas convenues du droit applicable (cf. art. 116 et 121 al. 3 LDIP), le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP).

Dans la présente cause, si l'exécution du contrat nécessitait la présence du demandeur à Genève, il n'est pas évident qu'il devait accomplir son travail dans cette cité. De fait, la cour cantonale a fait état, à la page 13 in

medio de l'arrêt critiqué, d'une allégation de la défenderesse selon laquelle le recourant était censé voyager et non pas demeurer à Genève pour y travailler.

A teneur de l'art. 121 al. 2 in principio LDIP, si le travailleur accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur. La société intimée ayant son siège dans le canton de Genève, elle y a son établissement (art. 21 al. 3 LDIP). C'est donc assurément le droit suisse qui gouverne les relations juridiques nouées par les parties.

3.

Le recourant soutient que l'appréciation des preuves opérée par l'autorité cantonale et l'établissement des faits qui en est résulté dans l'arrêt critiqué sont entachés d'arbitraire. Le demandeur affirme qu'il était insoutenable de retenir qu'il n'a pas fourni la moindre prestation concrète pendant les cinq premiers mois du rapport de travail qui le liait à la défenderesse. Il prétend ainsi que, de manière indéfendable, la Cour d'appel n'a accordé aucun poids au voyage qu'il a effectué à Zurich en novembre 2005, lequel lui a permis de rencontrer tour à tour B. et C., ainsi qu'à sa participation à une conférence à Londres en décembre 2005. De même, cette autorité aurait occulté l'activité, établie par pièces, qu'il a déployée lors d'un déplacement professionnel aux Etats-Unis effectué en janvier 2006 et celle qu'il a consacrée en vue d'un voyage prévu en Allemagne.

3.1 Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst., lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et reconnu, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que dans la mesure où celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou serait même préférable (ATF 133 I 149 consid. 3.1; 132 III 209 consid. 2.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, l'autorité verse dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsqu'elle tire des conclusions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 134 V 53 consid. 4.3; 129 I 8 consid. 2.1).

3.2

3.2.1 A propos de la rencontre avec le biochimiste B. survenue en novembre 2005 dans un hôtel de Zurich, la cour cantonale a retenu qu'elle était restée sans effet, car le prénommé n'avait pas parlé de l'intimée à ses clients, dont aucun n'avait du reste rencontré plus tard le recourant. Quant

à l'entretien avec C. obtenu le même mois, il n'entrait pas dans l'activité du demandeur.

Pour le recourant, ces constatations sont arbitraires à considérer la déposition de B. et le courriel qu'il a envoyé le 25 janvier 2006 à A. En ce qui concerne la déposition de C., elle aurait dû être écartée, car il s'agissait d'un témoignage écrit prohibé en droit cantonal genevois.

3.2.2 Dans un courriel du 25 janvier 2006 destiné à A., le demandeur a expliqué que s'il avait été peu productif entre le 1^{er} novembre et le 10 décembre 2005, il avait tout de même effectué pendant cette période deux voyages d'affaires prometteurs en Suisse lui ayant permis de rencontrer B. et C.

Entendu le 8 mai 2007 par le Tribunal des prud'hommes, B. a exposé avoir été contacté, en raison de sa notoriété dans le monde universitaire, par le recourant dont il avait fait la connaissance alors que le témoin était membre de la direction de l'EPFZ. Ce dernier a rencontré le demandeur une première fois en novembre 2005, où ils ont discuté plusieurs heures de personnalités connues de B., spécialement en Suisse, en Allemagne et en Autriche, auxquelles le demandeur devait parler de Y. Le demandeur est venu à cet entretien avec «toute la documentation» et la conversation n'a eu pour objet que Y. Si le témoin n'a pas contacté immédiatement des clients, c'est parce qu'il lui fallait comprendre l'important dossier qui lui avait été remis. Le témoin a ajouté qu'il connaissait beaucoup d'institutions qui auraient été intéressées à utiliser les services de l'intimée. Louant le professionnalisme du recourant et sa parfaite connaissance de l'Europe, B. a assuré qu'il aurait collaboré avec lui sur le projet Y. si le demandeur n'avait pas été licencié en avril 2006.

3.2.3 Il résulte de la déclaration du témoin précité qu'en novembre 2005 le recourant a eu un entretien de plusieurs heures avec une personne renommée dans le milieu universitaire ayant occupé de hautes fonctions à l'EPFZ et possédant ainsi un important carnet d'adresses. Informé par le demandeur du projet Y. au moyen de la remise de nombreux documents, B. a certifié que des institutions qu'il connaissait pouvaient avoir de l'intérêt à traiter avec la défenderesse et que, pour sa part, il n'aurait pas hésité à collaborer avec le demandeur si celui-ci avait continué à travailler pour l'intimée.

Il n'est pas possible de tirer de ces éléments que l'entrevue avec B. allait permettre à la défenderesse d'obtenir de nouveaux clients. Le prénommé, tout en disant tout le bien qu'il pense du demandeur, n'a fait part que de simples conjectures à ce propos; il a d'ailleurs révélé n'avoir pris langue avec aucune de ses relations après la rencontre avec le demandeur pour présenter les services qu'était susceptible d'offrir la défenderesse. Il n'était ainsi pas arbitraire de nier que cet entretien constituât une prestation utile du travailleur.

En ce qui concerne C., le demandeur a admis que le précité lui avait remis une liste d'institutions et de personnes pouvant être intéressées à

recourir aux prestations de l'intimée. On cherche alors vainement en quoi il était insoutenable de déclarer non décisive une déclaration, qui montre que le recourant, pour dénicher de nouveaux clients en faveur de son employeur, cherchait à bénéficier du réseau de relations d'un tiers, et non à utiliser son propre carnet d'adresses comme il s'était engagé à le faire.

3.3

3.3.1 S'agissant de la participation du recourant à une conférence à Londres les 2, 3 et 4 décembre 2005, l'autorité cantonale a retenu que ce dernier n'avait présenté aucun document montrant qu'il aurait tenté de mettre un des participants en relation avec l'intimée, étant précisé qu'il n'avait même pas fait accompagner son nom dans la liste des participants de sa fonction de «senior advisor» auprès de Y.

Le recourant soutient que ces constatations sont insoutenables au regard du courriel qu'il a adressé à A. le 9 décembre 2005.

3.3.2 Il ressort de ce courriel du demandeur, envoyé à son supérieur quelques jours après la fin de la conférence de la fondation R. organisée à Londres dans les premiers jours de décembre 2005, qu'il y a rencontré, à l'occasion de conversations tenues au cours de dîners de gala, diverses personnes apparemment actives dans des organisations à but non lucratif.

Ce message électronique ne relate que les propres affirmations du demandeur. Il ne décrit de toute façon pas quelles démarches précises le recourant aurait entreprises pour qu'un au moins des participants à ces agapes entre en relation avec l'intimée pour obtenir ses services. Le fait que le recourant n'a pas fait figurer sa qualité de «senior advisor» de l'intimée sur la liste des participants à ladite conférence ne démontre en tout cas pas une grande volonté d'y faire connaître la société qui l'employait.

Dans ce contexte, il n'était pas indéfendable de refuser de voir en la présence du demandeur à cette conférence une activité pouvant être utile à la défenderesse.

3.4

3.4.1 Le recourant affirme que l'autorité cantonale a fait abstraction, de façon arbitraire, du travail qu'il a accompli aux Etats-Unis pour la défenderesse en janvier 2006. Et de se référer aux pièces 9, 10 et 24 de l'intimée et à la pièce 10 de son propre chargé.

3.4.2 Dans sa réponse d'appel du 14 décembre 2007, le demandeur a allégué s'être rendu à Indianapolis, précisément à l'Indiana University Foundation, du 12 au 14 janvier 2006 pour y rencontrer le président du comité financier de la fondation, lequel a par la suite invité A. à venir sur place lui présenter un concept de gestion le 1^{er} mai 2006.

Par courriel du 25 janvier 2006 envoyé à A., le demandeur, qui avait annoncé ce déplacement à l'employeur le 9 décembre 2005, a mentionné qu'il avait été reçu par la fondation précitée comme un spécialiste distingué du monde de l'éducation et de la culture, de sorte que la conclusion d'un contrat avec cette institution paraissait possible dans les prochains mois.

Il résulte d'un e-mail qu'un membre de la fondation de l'Université d'Indiana a transmis le 19 janvier 2006 aux autres membres de la fondation que la réunion avec le recourant a été fructueuse et utile au point qu'elle a contribué à la mise en place d'un ordre du jour pour de futures activités destinées à appuyer le but de la fondation.

Dans un courriel du 13 avril 2006 envoyé au demandeur, A. a confirmé participer à la rencontre prévue à l'Université d'Indiana, avant de se raviser au vu de la dégradation du climat entre parties.

3.4.3 Le recourant n'a pas démontré, en s'appuyant sur ces éléments de preuve, dans quelle mesure ce déplacement auprès d'une université américaine avait été profitable pour le développement des affaires de l'employeur. Il ne fait à nouveau mention que de perspectives, du reste abstraites et indéterminées dans le temps, d'obtenir de nouveaux clients pour la défenderesse.

Dans la mesure où le moyen est suffisamment motivé (art. 106 al. 2 LTF), il sied d'admettre que la cour cantonale n'a pas fait montre d'arbitraire en passant sous silence ledit voyage aux Etats-Unis.

3.5

3.5.1 Le recourant soutient que la Cour d'appel a complètement occulté le travail accompli pour prospecter de la clientèle en Allemagne, qui devait culminer par un déplacement dans ce pays durant les mois de février et mars 2006. Il se rapporte à la pièce 16 de l'intimée.

3.5.2 Par courriel du 26 février 2006, le demandeur a fait savoir à son supérieur A. qu'en mars il allait se concentrer sur l'Allemagne, qu'il avait déjà obtenu des lettres d'introduction auprès de l'éditeur d'un grand quotidien allemand, d'un économiste en chef d'une grande banque dudit pays, d'un récent ambassadeur de l'Allemagne aux Etats-Unis et de dirigeants du groupe BMW. Il révélait aussi dans ce message qu'il allait rendre visite à deux des plus importantes fondations allemandes, soit les fondations Volkswagen et Bosch, dont il connaissait les directeurs.

L'autorité cantonale a fait une très brève allusion, en passant, à ce courriel. On ne saurait le lui reprocher, dès lors qu'il s'agissait d'un document du demandeur, qui ne reflétait que sa vision des choses et son espoir d'amener à l'employeur des clients importants. Comme aucune autre pièce ou témoignage n'est venu confirmer ces dires, il n'était pas déraisonnable de refuser de voir dans cette pièce la preuve que des prestations utiles avaient été accomplies par le travailleur pour la défenderesse.

3.6 Il suit de là que l'autorité cantonale n'est pas tombée dans l'arbitraire en retenant en fait que le recourant n'avait pas fourni la moindre prestation de travail concrète pour l'intimée avant d'être licencié abruptement.

4.

Le recourant se plaint d'une violation de l'art. 337 CO. Il fait valoir que la cour cantonale n'a pas respecté les conditions strictes posées par la jurisprudence pour procéder à un licenciement immédiat. A l'en croire, il

n'a jamais reçu un avertissement formel lui signifiant qu'il serait congédié avec effet immédiat s'il ne se conformait pas à ses obligations contractuelles. Il allègue encore que la défenderesse a résilié le contrat de travail le 30 avril 2006 alors qu'elle s'était plainte depuis des mois des prestations qu'il effectuait pour son compte; il en déduit que le licenciement en question était tardif.

4.1 Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail et que celui-ci était conclu pour une durée déterminée, dont l'échéance était fixée au 31 octobre 2006. Le contrat n'était donc pas susceptible d'une résiliation ordinaire avec observation d'un délai de congé, selon l'art. 335 al. 1 CO, mais une résiliation immédiate pour de justes motifs, selon l'art. 337 CO, pouvait entraîner son expiration avant la date convenue (ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 6^e éd., 2006, ch. 4 ad art. 337 CO).

Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 221; 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend la violation d'une obligation imposée par le contrat, mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (cf. ATF 129 III 380 consid. 2.2).

Savoir s'il y a gravité suffisante dans un cas donné est une question d'appréciation (ATF 127 III 153 consid. 1c). Le juge apprécie ainsi librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 in initio CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354. Le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou, à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les

décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32, 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382).

4.2 En l'occurrence, il a été retenu, sans que l'arbitraire soit démontré (cf. consid. 3 ci-dessus), que le demandeur, engagé comme «senior advisor», n'a accompli aucune prestation concrète pour la défenderesse tout au long des six mois pendant lesquels il a été lié à cette dernière par un contrat de travail. Pourtant, dès le 8 décembre 2005, l'intimée lui faisait grief de n'avoir pas encore commencé à travailler pour elle, à telle enseigne qu'elle lui proposait de repousser d'un commun accord l'entrée en vigueur du contrat au 1^{er} février 2006. Le demandeur n'a pas accepté cette offre, mais ne s'est pas mis pour autant au travail. Or l'obligation d'accomplir le travail donné par l'employeur est une obligation fondamentale qui incombe au travailleur (cf. art. 319 al. 1 CO). En ne faisant rien d'utile pour la défenderesse de début novembre 2005 à fin avril 2006, cela alors que sa rémunération annuelle brute dépassait 300 000 fr., le recourant a commis un manquement si grave à son contrat qu'il constituait un juste motif de congé ne nécessitant pas d'avertissement préalable.

Il ressort d'ailleurs d'une jurisprudence déjà ancienne que si le travailleur ne satisfait durablement pas aux exigences minimales que l'employeur est en droit d'attendre de tout collaborateur pour un poste du même genre, son incapacité professionnelle est un motif de renvoi abrupt (ATF 97 II 142 consid. 2a p. 145/146). Ce précédent est pertinent dans le cas présent.

En admettant que le congé sans délai était justifié parce que le demandeur n'avait pas fourni à l'employeur la moindre prestation concrète de travail, la Cour d'appel a correctement appliqué l'art. 337 CO. Ce résultat dispense le Tribunal fédéral de contrôler si les deux autres reproches adressés au demandeur par la Cour d'appel (non-installation à Genève à la date convenue, impossibilité d'être atteint par téléphone pendant trois mois) représentaient d'autres justes motifs de licenciement abrupt.

4.3 Il reste uniquement à examiner si la défenderesse a tardé à donner le congé immédiat au travailleur pour le motif retenu ou si elle lui a laissé entendre qu'elle y avait renoncé, ainsi que ce dernier le soutient.

4.3.1 Le Tribunal fédéral admet que la partie qui résilie un contrat de travail en invoquant un juste motif ne dispose que d'un court délai de réflexion dès la connaissance des faits pour signifier la rupture immédiate des relations. Un délai de réflexion généralement de deux à trois jours est présumé approprié; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que si l'on se trouve en présence d'événements particuliers qui exigent dans le cas concret l'admission d'une exception à la règle (ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34 et les arrêts cités). S'il tarde à réagir, l'employeur est présumé renoncer au licenciement immédiat (RÉMY WYLER, Droit du travail, 2^e éd., Berne 2008, p. 502 s.).

4.3.2 La présente espèce est tout à fait particulière en ce sens que ce n'est pas un acte isolé de gravité absolue, et encore moins la réitération d'actes de gravité relative qui ont été considérés propres à justifier le congé abrupt. Il s'agit au contraire de la constante violation par le recourant de son obligation de travailler pour la défenderesse.

Dans un tel cas de figure, il convient de raisonner en s'inspirant des récents développements de la jurisprudence pénale en relation avec le point de départ du délai de prescription des délits continus.

Une infraction est dite continue lorsque les actes créant la situation illégale forment une unité avec ceux qui la perpétuent, ou avec l'omission de la faire cesser, pour autant que le comportement visant au maintien de l'état de fait délictueux soit expressément ou implicitement contenu dans les éléments constitutifs du délit. En d'autres termes, le délit continu se caractérise par le fait que la situation illicite créée par un état de fait ou un comportement contraire au droit se poursuit. Il est réalisé sitôt accompli le premier acte délictueux, mais n'est achevé qu'avec la fin ou la suppression de l'état contraire au droit (cf. ATF 134 IV 307 consid. 2; 132 IV 49 consid. 3.1.2.2). Le délai de prescription ne commence alors à courir que du jour où les agissements coupables ont cessé (ATF 132 IV 49 consid. 3.1.2.3).

En l'occurrence, il a été retenu que le recourant a sans discontinuer enfreint son obligation d'exécuter les services que l'employeur attendait de lui. Le demandeur ayant violé en permanence le contrat de travail, il faut considérer, par analogie avec la conception du droit pénal exposée supra, que le délai de péremption du droit d'invoquer ce juste motif de congé n'avait pas commencé à courir avant la rupture du lien contractuel, laquelle a été signifiée avec effet immédiat le 30 avril 2006.

Il suit de là que l'intimée n'était pas forclosée lorsqu'elle a invoqué la transgression pérenne de l'obligation de travailler en cours de contrat, à savoir dans ses courriels des 7 et 13 avril 2006, violation qui l'a conduite à mettre sans délai un terme au contrat le 30 avril 2006.

Enfin, le recourant ne peut rien tirer du fait que l'intimée lui a soumis un nouveau projet de convention le 13 juin 2006, soit six semaines après la fin du contrat de travail conclu le 24 mai 2005. Ce projet avait trait à la passation d'un contrat avec une rétribution sous forme de commissions. Il apparaît clairement que l'intimée voulait désormais lier le versement d'une rémunération à l'exécution par le demandeur de ses obligations. C'est donc sur une base complètement différente que la défenderesse entendait poursuivre des relations contractuelles avec le demandeur. Ce faisant, l'intimée n'a pas donné à penser qu'elle avait renoncé au congé abrupt et voulait maintenir entre parties des relations de travail.

5.

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 16. März 2009, Doss.-Nr. N° 2C_875/2008 (Aufhebung des Urteils des Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais vom 31. Oktober 2008), in: BGE 135 II 128

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 mars 2009, Doss.-N° 2C_875/2008 (Annulation de l'arrêt de la Cour de droit public du Tribunal cantonal du canton du Valais du 31 octobre 2008), in: ATF 135 II 128

BewG 7 lit. j; Anhang I FZA 7 I, 13 I, 28 I, 32 I; VEP 4 III; Begriff des Grenzgängers.

Definition und Stellung des Grenzgängers im Sinne des Freizügigkeitsabkommens und von BewG 7 lit. j während der Übergangsfrist von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens; neue Definition und Stellung nach Ablauf dieser Periode (E. 2 und 3).

7 let. j LFAIE; 7 I, 13 I, 28 I, 32 I annexe I ALCP; 4 III OLCP; notion de frontalier.

Définition et statut des frontaliers au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes et de l'art. 7 let. j LFAIE durant la période transitoire de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de l'accord; nouvelle définition et nouveau statut au terme de cette période (consid. 2 et 3).

Faits:

A.

Le 25 mars 2005, Y. a vendu aux époux A.X. et B.X., ressortissants britanniques, la parcelle n° x, plan z du cadastre communal de Z.

Le 5 avril 2005, les acheteurs ont requis l'autorisation d'acquérir cet immeuble non bâti de 851 m². Le 12 avril 2006, le Service juridique du registre foncier – devenu entre-temps l'Office juridique du Service des registres fonciers et de la géomatique – du canton du Valais les a informés de ce que cette autorisation ne pourrait leur être délivrée que s'ils s'engageaient à bâtir un chalet de vacances dans les deux ans. Il les a invités à lui remettre différents documents, dont les plans de construction du chalet, ce qu'ils ont fait le 2 octobre 2006.

B.

Le 11 janvier 2008 (date des statuts), A.X. a constitué avec un tiers la société à responsabilité limitée C. Sàrl, sise à D. Par contrat de travail de durée indéterminée du 28 janvier 2008, cette société a engagé A.X. en qualité de responsable commercial, avec un taux d'activité de 50%, un salaire mensuel net de 2500 fr., deux jours de congé par semaine et quatre semaines de vacances annuelles.

A une date indéterminée, A.X. a requis le Service de la population et des migrations du canton du Valais de lui délivrer une autorisation frontalière CE/AELE (permis G). Il ressort des pièces fournies à l'appui de cette demande que la société à responsabilité limitée précitée a été fondée pour contribuer au développement des activités de la société anglaise C. Limited, qui existe depuis 1991. Cette dernière imprime des étiquettes autocollantes (...) destinées à la commercialisation d'articles de cosmétique et de soins. Elle développe en outre plusieurs gammes de produits cosmétiques et, en collaboration avec une société suisse basée à E., une nouvelle gamme d'articles de soins de la peau (...). A.X., qui est le fondateur de la société C. Limited, avait pour mission d'entretenir et d'étendre les relations avec les partenaires suisses et européens et d'assurer le développement commercial et technique des produits. Il devait disposer d'une autorisation frontalière CE/AELE pour s'acquitter de ces tâches. Il entendait résider la moitié du temps dans le Chablais, région où il se plaisait et qui était proche de la Riviera vaudoise où se trouvaient ses partenaires commerciaux.

A une date indéterminée, A.X. a obtenu l'autorisation sollicitée, qui est valable jusqu'au 14 février 2013.

(...) A.X. a communiqué au Service des registres fonciers et de la géomatique (...) une copie de son autorisation frontalière CE/AELE.

Dans sa réponse du 28 avril 2008 (...), le Service précité a relevé que le contrat de vente de 2005 était établi au nom des époux X., de sorte qu'un avenant était indispensable si A.X. entendait se porter seul acquéreur, en se prévalant de son permis G. Il devait aussi s'engager à construire, dans le délai d'un an à compter de la décision constatant son non-assujettissement à la loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (LFAIE; RS 211.412.41), le chalet dont les plans avaient été déposés dans la procédure engagée par la requête d'autorisation du 5 avril 2005.

Le 15 mai 2008, un acte de réouverture du contrat de vente du 23 mars 2005 a été instrumenté; celui-ci a été modifié en ce sens que A.X. était seul acquéreur de la parcelle n° x.

Par décision du 27 mai 2008, le Service des registres fonciers et de la géomatique a estimé que l'acquisition de la parcelle précitée par A.X. n'était pas assujettie au régime de l'autorisation établi par la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. Il s'est fondé sur l'art. 7 let. j LFAIE, disposition aux termes de laquelle les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne qui, en tant que frontaliers, acquièrent une résidence secondaire dans la région de leur lieu de travail, ne sont pas soumis à ce régime.

A l'encontre de cette décision, l'Office fédéral de la justice a recouru au Tribunal cantonal valaisan. Il a relevé que A.X. était l'unique employé de sa propre société et pouvait fixer librement ses heures de travail, sans que l'on puisse vérifier s'il travaillait effectivement à mi-temps en Suisse en retournant une fois par semaine en Angleterre ou s'il se limitait à passer

ses vacances dans sa résidence secondaire. On comprenait mal pourquoi le prénommé avait besoin d'un logement à Z., alors que le siège de sa société se trouvait à D. L'Office fédéral en déduisait que A.X. avait bien l'intention d'acquérir un logement de vacances. N'ayant pu obtenir l'autorisation correspondante dans le cadre des contingents existants, il faisait valoir qu'en tant que frontalier désireux d'acquérir une résidence secondaire dans la région de son lieu de travail, il n'était pas soumis au régime établi par la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger. Ce faisant, il cherchait à éluder la loi, de sorte que l'acquisition litigieuse, qui portait en réalité sur un logement de vacances, devait rester assujettie à ce régime.

Par arrêt du 31 octobre 2008, le Tribunal cantonal a admis le recours. Il a considéré que la notion de frontalier de l'art. 7 let. j LFAIE correspondait à celle des art. 7 et 13 de l'annexe I de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681; entré en vigueur le 1^{er} juin 2002). Dans le cas particulier, A.X. ne serait pas un frontalier au sens des dispositions précitées et ne pourrait donc échapper à ce titre au régime de l'autorisation établi par la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger.

C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A.X. demande au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt du 31 octobre 2008 et, principalement, de rétablir la décision du Service des registres fonciers et de la géomatique du 27 mai 2008, subsidiairement, de renvoyer la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants (...). Il dénonce une violation des art. 7 let. j LFAIE ainsi que 7 et 8 annexe I ALCP.

L'Office fédéral de la justice conclut au rejet du recours (...). L'autorité précédente ainsi que le Service des registres fonciers et de la géomatique renoncent à se déterminer.

Considérants:

1.

Interjeté par une partie directement touchée par la décision et qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (cf. art. 89 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre un jugement final (cf. art. 90 LTF) rendu dans une cause de droit public (cf. art. 82 let. a LTF) par une autorité cantonale de dernière instance (cf. art. 86 al. 1 let. d LTF), qui constitue par ailleurs un tribunal supérieur au sens de l'art. 86 al. 2 LTF. Il est en principe recevable, puisqu'il a été déposé dans le délai et la forme prévus par la loi (cf. art. 42 et 100 al. 1 LTF) et que l'on ne se trouve pas dans l'un des cas d'exceptions mentionnés par l'art. 83 LTF.

2.

2.1 Intitulé «Régime de l'autorisation», l'art. 2 al. 1 LFAIE énonce le principe selon lequel l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente. Entre autres exceptions, l'art. 2 al. 2 LFAIE prévoit que l'autorisation n'est pas nécessaire si l'immeuble sert de résidence principale à la personne physique qui l'acquiert, au lieu de son domicile légal et effectif (let. b). L'art. 2 al. 2 LFAIE renvoie du reste aux autres exceptions mentionnées à l'art. 7 LFAIE (let. c).

La notion de «personnes à l'étranger» est définie à l'art. 5 LFAIE. Selon l'alinéa 1 let. a, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} juin 2002, en font partie notamment les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne qui n'ont pas leur domicile légalement constitué et effectif en Suisse. La notion de «domicile légalement constitué» est précisée à l'art. 2 al. 1 et 2 de l'ordonnance fédérale du 1^{er} octobre 1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger (OAIE; RS 211.412.411).

L'art. 7 LFAIE est intitulé «Autres exceptions à l'assujettissement». Sa lettre j prévoit que ne sont pas assujettis au régime de l'autorisation «les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne [...] qui, en tant que frontaliers, acquièrent une résidence secondaire dans la région de leur lieu de travail». Entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002, cette disposition a été introduite en relation avec l'art. 25 par. 3 annexe I ALCP (voir le Message du 23 juin 1999 relatif à l'approbation des accords sectoriels entre la Suisse et la CE [FF 1999 5670 ch. 275.31] ainsi que la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur l'Accord entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes [RO 2002 702]). L'exception vaut pour une (seule) résidence secondaire, mais non pour un logement de vacances (FF 1999 5622 ch. 273.14, 5670 ch. 275.31, 5671 ch. 275.32). La notion de résidence secondaire ne doit pas être interprétée de manière trop restrictive; il peut s'agir, en particulier, d'un terrain non bâti sur lequel il est question de faire construire un immeuble (FELIX SCHÖBI, *Das Abkommen über die Freizügigkeit der Personen und der Erwerb von Grundstücken in der Schweiz*, in *Accords bilatéraux Suisse – UE [Commentaires]*, 2001, p. 417 ss, 425).

2.2 Selon l'art. 7 ALCP, les parties contractantes règlent, conformément à l'annexe I, notamment le droit d'acquérir des immeubles dans la mesure où celui-ci est lié à l'exercice des droits conférés par l'accord (let. f).

Sous le titre «Dispositions transitoires et développement de l'accord», l'art. 10 ALCP permet à la Suisse de maintenir, pendant les cinq ans suivant l'entrée en vigueur de l'accord, des limites quantitatives concernant l'accès à une activité économique pour les séjours supérieurs à quatre mois (par. 1). Aucune limitation quantitative n'est toutefois applicable aux travailleurs frontaliers (par. 7).

L'annexe I ALCP est intitulée «Libre circulation des personnes». Ses chapitres II (art. 6 à 11) et III (art. 12 à 16) portent respectivement les titres «Travailleurs salariés» et «Indépendants».

Sous le titre «Travailleurs frontaliers salariés», l'art. 7 par. 1 annexe I ALCP en donne la définition suivante:

«Le travailleur frontalier salarié est un ressortissant d'une partie contractante qui a sa résidence sur le territoire d'une partie contractante et qui exerce une activité salariée sur le territoire de l'autre partie contractante en retournant à son domicile en principe chaque jour, ou au moins une fois par semaine.»

L'art. 13 par. 1 annexe I ALCP définit de manière analogue les frontaliers indépendants.

Dans la mesure où il suffit que l'intéressé retourne au moins une fois par semaine à son domicile sur le territoire d'une autre partie contractante, l'accord élargit la notion de «frontalier», en comparaison avec d'autres conventions, notamment en matière fiscale (conventions de double imposition), qui exigent un retour quotidien (FF 1999 5621 ch. 273.13, 5656 ch. 274.32).

L'art. 9 annexe I ALCP est intitulé «Egalité de traitement». Selon le paragraphe 6 de cette disposition, sous réserve de l'art. 26 annexe I ALCP (régime transitoire), un travailleur salarié ressortissant d'une partie contractante, occupé sur le territoire de l'autre partie contractante, bénéficie de tous les droits et de tous les avantages accordés aux travailleurs salariés nationaux en matière de logement, y compris l'accès à la propriété «du logement dont il a besoin». En vertu de l'art. 15 par. 2 annexe I ALCP, l'art. 9 est applicable, *mutatis mutandis*, aux indépendants.

Selon la systématique du chapitre II de l'annexe I ALCP, les travailleurs frontaliers salariés peuvent également se prévaloir de l'art. 9 par. 6 de l'annexe I. Cela ressort également du fait que l'art. 15 par. 2 annexe I ALCP rend cet art. 9 applicable aux indépendants, sans faire de distinction entre les frontaliers et les autres indépendants. Dans une décision postérieure à la signature de l'accord sur la libre circulation des personnes – sur la portée de laquelle il n'est pas nécessaire de se prononcer en l'espèce (cf. à ce sujet l'art. 16 al. 2 ALCP) –, la Cour de Justice des Communautés européennes a de même considéré que l'art. 15 annexe I ALCP vise aussi bien les frontaliers indépendants que les indépendants au sens de l'art. 12 annexe I ALCP. Elle a en effet estimé que l'intention des parties à l'accord ne pouvait être de désavantager les premiers par rapport aux seconds en ce qui concerne l'applicabilité du principe d'égalité de traitement (arrêt de la CJCE du 22 décembre 2008 C-13/08 *Stamm*, points 38 et 39).

Faisant partie du chapitre VI «Acquisitions immobilières» de l'annexe I ALCP, l'art. 25 par. 3 dispose qu'un frontalier bénéficie des mêmes droits qu'un ressortissant national en ce qui concerne l'acquisition des immeubles qui servent à l'exercice d'une activité économique et d'une résidence secondaire. Il peut également être autorisé à acquérir un loge-

ment de vacances. Pour cette catégorie de ressortissants, l'accord n'affecte pas les règles en vigueur dans l'Etat d'accueil concernant le placement pur de capitaux et le commerce de terrains non bâtis et de logements.

Intitulé «Dispositions transitoires et développement de l'accord», le chapitre VII (art. 26 à 34) de l'annexe I contient des règles qui complètent ou remplacent les dispositions de ladite annexe, lorsque sont appliquées les restrictions prévues à l'art. 10 de l'accord (art. 26 par. 1 annexe I ALCP).

Sous le titre «Travailleurs frontaliers salariés», l'art. 28 annexe I ALCP a la teneur suivante:

«(1) Le travailleur frontalier salarié est un ressortissant d'une partie contractante qui a son domicile régulier dans les zones frontalières de la Suisse ou de ses Etats limitrophes et qui exerce une activité salariée dans les zones frontalières de l'autre partie contractante en retournant à sa résidence principale en principe chaque jour, ou pour le moins une fois par semaine. Sont considérées comme zones frontalières au sens du présent accord les zones définies par les accords conclus entre la Suisse et ses Etats limitrophes relatifs à la circulation frontalière.

(2) Le titre spécifique est valable pour l'ensemble de la zone frontalière de l'Etat qui l'a délivré».

L'art. 32 par. 1 annexe I ALCP contient une définition analogue des «frontaliers indépendants».

2.3 La mise en œuvre de la libre circulation des personnes, compte tenu des réglementations transitoires, est réglée dans l'ordonnance fédérale du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange (ordonnance sur l'introduction de la libre circulation des personnes, OLCP; RS 142.203; entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002). L'art. 1 OLCP se réfère – dans son titre – notamment à l'art. 10 ALCP.

Intitulé «Autorisation de séjour de courte durée, de séjour et frontalière CE/AELE», l'art. 4 al. 1 OLCP dispose que les ressortissants de la CE et de l'AELE reçoivent une autorisation de séjour de courte durée CE/AELE, une autorisation de séjour CE/AELE ou une autorisation frontalière CE/AELE en application des dispositions de l'accord sur la libre circulation des personnes ou de la Convention instituant l'AELE.

Dans sa teneur originaire, l'art. 4 al. 3 OLCP prévoit que «l'autorisation frontalière CE/AELE est valable dans toutes les zones frontalières suisses», le canton frontalier qui occupe la main d'œuvre pouvant toutefois autoriser une activité temporaire hors de la zone frontalière. Les zones frontalières sont déterminées dans les accords frontaliers conclus avec les pays voisins, tels que l'accord conclu le 15 avril 1958 entre la Suisse et la France relatif aux travailleurs frontaliers (RS 0.142.113.498), l'accord du 21 mai 1970 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne concernant le mouvement des per-

sonnes dans le petit trafic frontalier (RS 0.631.256.913.63) ainsi que l'accord du 13 juin 1973 entre la Confédération suisse et la République d'Autriche concernant le mouvement des personnes dans le petit trafic frontalier (RS 0.631.256.916.33).

L'art. 4 al. 3 OLCP a été modifié le 2 mai 2007 avec effet au 1^{er} juin 2007 (RO 2007 2231 ss). Il prévoit désormais que les autorisations frontalières CE/AELE délivrées notamment aux ressortissants des anciens Etats membres de la Communauté européenne – au sens de ceux qui en faisaient partie au moment de la signature de l'accord sur la libre circulation des personnes –, dont le Royaume-Uni, sont valables sur tout le territoire suisse. La modification du 2 mai 2007 a introduit un alinéa 3^{bis}, aux termes duquel les autorisations frontalières délivrées aux ressortissants des nouveaux Etats membres de la Communauté européenne demeurent en principe limitées aux zones frontalières suisses.

2.4 S'agissant de la définition et du statut des frontaliers au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes, il convient ainsi, du point de vue de la Suisse, de distinguer deux périodes.

Durant une période de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de l'accord, soit jusqu'au 30 mai 2007, les frontaliers sont définis, conformément aux art. 28 et 32 annexe I ALCP, comme des ressortissants d'une partie contractante qui ont leur résidence principale (domicile) dans les zones frontalières de la Suisse ou de ses Etats limitrophes et qui exercent une activité professionnelle dans les zones frontalières de l'autre partie contractante, en retournant au moins une fois par semaine à leur domicile. Ils jouissent de la mobilité professionnelle – soit de la faculté de changer d'employeur, d'emploi ou de profession ou encore de passer d'une activité salariée à une activité indépendante (cf. art. 8 par. 2 et art. 14 par. 2 annexe I ALCP) – et géographique – à savoir du droit de changer de lieu de travail et de séjour (mêmes dispositions) – à l'intérieur de ces zones frontalières (cf. art. 30 par. 2 et art. 34 annexe I ALCP et FF 1999 5620 ch. 273.12). La résidence secondaire qu'ils peuvent acquérir doit également se trouver dans les zones en question (SCHÖBI, op.cit., p. 424).

A compter du 1^{er} juin 2007, les zones frontalières sont supprimées (FF 1999 5621 ch. 273.13). Les frontaliers sont définis, conformément aux art. 7 et 13 annexe I ALCP, comme des ressortissants d'une partie contractante qui ont leur résidence principale (domicile) sur le territoire d'une partie contractante et qui exercent une activité professionnelle sur le territoire d'une autre partie contractante, en retournant au moins une fois par semaine à leur domicile. Ils bénéficient de la mobilité professionnelle et géographique sur l'ensemble du territoire de l'Etat d'accueil (art. 8 par. 1 et art. 14 par. 1 annexe I ALCP; cf. aussi GROSSEN/DE COULON, *Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten*, in *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 2007, p. 135 ss, 164 s., n° 90). Ils peuvent acquérir une résidence secondaire sur l'ensemble du territoire suisse (SCHÖBI, op.cit.,

p. 424), pourvu qu'elle se trouve «dans la région de leur lieu de travail» (art. 7 let. j LFAIE).

3.

En l'espèce, l'autorité précédente a considéré que l'art. 7 annexe I ALCP, qui définit la notion de «travailleur salarié frontalier», envisage «des situations où il n'y a qu'une frontière entre le domicile du salarié et son lieu de travail», à l'exclusion des cas «où plus d'une frontière doit être franchie entre ces deux endroits». Cette interprétation serait confirmée par la définition contenue à l'art. 28 annexe I ALCP; elle serait en outre conforme à la signification du terme «frontalier» dans le langage courant. Dans le cas particulier, le recourant réside en Grande-Bretagne et ne dispose pas «d'une adresse dans un Etat limitrophe de la Suisse». Il ne pourrait par conséquent se voir reconnaître la qualité de frontalier ni, partant, se prévaloir de l'art. 7 let. j LFAIE.

Il faut convenir avec le recourant que la définition des travailleurs salariés frontaliers retenue par l'autorité précédente n'est plus conforme à la réglementation valable à partir du 1^{er} juin 2007 pour les ressortissants des anciens Etats membres de la Communauté européenne. En effet, il ressort de ce qui précède qu'avec l'abolition des zones frontalières pour ces ressortissants, la qualité de frontalier – salarié ou indépendant – n'est plus liée au domicile dans les zones en question des pays limitrophes de la Suisse. Ces personnes peuvent dorénavant être domiciliées n'importe où sur le territoire de l'un des Etats membres en cause, tandis que leur lieu de travail se trouve en Suisse. L'élément caractéristique de la notion de «frontalier» est que l'intéressé se déplace régulièrement – à savoir au moins une fois par semaine – entre son domicile et son lieu de travail (cf. SCHÖBI, op.cit., p. 425). Cette notion ne correspond certes plus guère à la signification du terme «frontalier» dans le langage courant, soit «habitant d'une région frontière» (Le Grand Robert de la langue française, version électronique, 2005). Les frontaliers au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes pourraient être plutôt définis comme des «pendulaires internationaux» (une migration pendulaire désignant, en sociologie, un aller et retour entre le lieu de travail et le domicile: Le Grand Robert, op.cit., art. «pendulaire»).

Au vu de ce qui précède, l'autorité précédente ne pouvait dénier au recourant la qualité de frontalier – au sens des art. 7 par. 1 annexe I ALCP et 7 let. j LFAIE, puisqu'il s'agit de la même notion – pour le motif qu'il ne réside pas dans un Etat limitrophe de la Suisse. La question de son statut de frontalier doit être réexaminée à la lumière de la définition donnée ci-dessus. Cela suppose d'établir, en particulier, la fréquence avec laquelle il se rend de son domicile en Grande-Bretagne à son lieu de travail à D., ce qui ne ressort pas de la décision attaquée. Cette dernière ne se prononce pas non plus sur les autres conditions – outre la qualité de frontalier – dont l'art. 7 let. j LFAIE fait dépendre le non-assujettissement au régime de l'autorisation, pas plus qu'elle ne se détermine sur l'argumentation de

l'Office fédéral de la justice tirée de la fraude à la loi. Dans ces conditions, il convient d'annuler l'arrêt entrepris et de renvoyer la cause à l'autorité précédente pour qu'elle examine ces questions, en complétant au besoin l'instruction. Il appartiendra d'ailleurs à cette dernière, au terme de l'exposé des faits allégués par les parties, d'établir ceux qu'elle juge déterminants pour l'application du droit, conformément à l'art. 112 al. 1 let. b LTF.

4.

Vu ce qui précède, le recours doit être admis. La décision attaquée doit être annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens des considérants du présent arrêt (cf. art. 107 al. 2 LTF).

Il n'est pas perçu de frais de justice (cf. art. 66 al. 1 et 4 LTF). Le recourant a droit à des dépens (cf. art. 68 al. 2 LTF), qu'il convient de mettre à la charge de l'Office fédéral de la justice.

Bundesgericht, Urteil vom 26. März 2009, Doss.-Nr. 4A_28/2009 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. November 2008)

OR 328 und 336. Der Vorwurf des illoyalen Verhaltens und besonders der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen kann zwar durchaus geeignet sein, die persönliche und berufliche Ehre eines Arbeitnehmers zu beeinträchtigen. Damit eine Persönlichkeitsverletzung jedoch als so schwerwiegend einzustufen ist, dass eine in deren Umfeld ausgesprochene Kündigung missbräuchlich erscheint, müssen erschwerende Umstände hinzutreten, wie z.B. die Äusserung der persönlichkeitsverletzenden Aussagen auch gegenüber betriebsfremden Dritten. Dass anlässlich von Kündigungen auch Gründe genannt werden, die dem Ehrgefühl des Arbeitnehmers zuwiderlaufen können, liegt in der Natur der Sache und kann dem Arbeitgeber nicht per se zum Vorwurf gemacht werden. Ein einmalig geäussertes Vorwurf des illoyalen Verhaltens sowie einer möglichen Geschäftsgeheimnisverletzung anlässlich des Kündigungsgesprächs stellt jedenfalls kein Verhalten dar, das eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung rechtfertigen würde. Auch die blosses Anwesenheit eines Rechtsvertreters anlässlich des Kündigungsgesprächs indiziert nicht eine Missbräuchlichkeit der Kündigung. Es kann einem Arbeitgeber nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich beim Kündigungsgespräch durch den Rat eines anwesenden Rechtsvertreters gegen rechtliche Risiken absichert (E. 3.3).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführerin) trat am 15. Mai 2004 als Senior Sales Executive in die Dienste der Zürcher Zweigniederlassung der X. AG (Beschwerdegegnerin) ein. Am 29. August 2006 kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis auf den 31. Oktober 2006, wobei sie die Beschwerdeführerin per sofort freistellte. Infolge einer ärztlich bescheinigten Krankheit vom 26. Oktober bis 3. November 2006 verlängerte sich das Arbeitsverhältnis bzw. der Ablauf der Kündigungsfrist bis Ende November 2006. Am 29. November 2006 erhob die Beschwerdeführerin Einsprache gegen die Kündigung und machte Missbräuchlichkeit geltend.

Am 25. Mai 2007 klagte sie beim Arbeitsgericht Zürich gegen die Beschwerdegegnerin auf Zahlung ausstehender Löhne in der Höhe von insgesamt Fr. 22 423.–, darunter eines 13. Monatslohnes pro rata temporis. Weiter verlangte sie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung in der Höhe von Fr. 17 660.–. Mit Urteil vom 22. Februar 2008 wies das Arbeitsgericht die Klage in Bezug auf den 13. Monatslohn und die Entschädigung wegen Missbräuchlichkeit der Kündigung ab. Bezüglich Ferienguthaben im Umfang von Fr. 5530.55 hiess es die Klage gut. Gegen dieses Urteil erhob die Beschwerdeführerin Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Mit Urteil vom 26. November 2008 wies das Obergericht die Berufung ab. Die Beschwerdeführerin gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

Weiter wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, sie habe ihr zu Unrecht keine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung zugesprochen und damit Art. 336 OR, Art. 2 ZGB und Art. 328 OR verletzt.

3.1 Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz ist der Beschwerdeführerin die Kündigung in einem persönlichen Gespräch im Büro ihres Vorgesetzten und in Anwesenheit des Rechtsvertreters der Beschwerdegegnerin eröffnet worden. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass es nicht den allgemeinen Gepflogenheiten entspreche, bei der Eröffnung einer Kündigung einen Rechtsanwalt beizuziehen. Sie habe sich wie eine Verbrecherin gefühlt, die aus dem Betrieb gejagt werde. Die Art und Weise der Kündigung sei daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz keineswegs schonend erfolgt. Weiter seien die von der Vorinstanz festgestellten, anlässlich des Kündigungsgesprächs von der Beschwerdegegnerin gegen die Beschwerdeführerin vorgebrachten Vorwürfe des illoyalen, allenfalls geschäftsschädigenden Verhaltens sowie der allfälligen Verletzung von Geschäftsgeheimnissen schwer persönlichkeitsverletzend. Diese haltlosen Vorwürfe hätten entgegen der Auffassung der Vorinstanz durchaus einen strafrechtlich relevanten Inhalt. Die Beschwerdeführerin sei in ihrem Ehr-

gefühl verletzt worden, ein achtbarer, verantwortungs- und pflichtbewusster Mensch zu sein. Zudem habe auch eine erhöhte Fürsorgepflicht der Beschwerdegegnerin für die Beschwerdeführerin mit entsprechend erhöhten Anforderungen an das Kündigungsmotiv bestanden. Diese habe die Beschwerdegegnerin entgegen der Auffassung der Vorinstanz ebenfalls verletzt.

3.2 Das Schweizerische Arbeitsvertragsrecht geht vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit aus (vgl. Art. 335 OR; BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 116; 131 III 535 E. 4.1 S. 537 f.; 127 III 86 E. 2a S. 88). Für die Rechtmässigkeit einer Kündigung bedarf es deshalb grundsätzlich keiner besonderen Gründe. Missbräuchlich ist die Kündigung nur, wenn sie aus bestimmten unzulässigen Gründen ausgesprochen wird, die in Art. 336 OR umschrieben werden, wobei diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Sie konkretisiert vielmehr das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot. Es sind deshalb – neben den in Art. 336 OR aufgeführten – weitere Tatbestände ohne weiteres denkbar und vom Bundesgericht auch schon mehrfach anerkannt worden (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110; 132 III 115 E. 2.1 S. 116 f.). Der Vorwurf der Missbräuchlichkeit setzt indessen voraus, dass die geltend gemachten Gründe eine Schwere aufweisen, die mit jener der in Art. 336 OR ausdrücklich aufgeführten vergleichbar ist (BGE 132 III 115 E. 2.1 S. 117; 131 III 535 E. 4.2 S. 538). 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.). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen (BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117). Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, wozu auch die persönliche und berufliche Ehre zu zählen ist (WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, 4. Aufl. 2007, N. 4 zu Art. 328 OR). Er hat sich jedes durch den Arbeitsvertrag nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer zu enthalten und diese auch gegen Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern oder Dritten zu schützen. Diese Fürsorgepflichten bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR; BGE 132 III 115 E. 2.2 S. 117, 257 E. 5.1 S. 259). Ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers genügt indessen noch nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen. Es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, bloss unanständiges Verhalten zu sanktionieren (BGE 132 III 115 E. 2.3 S. 118; 131 III 535 E. 4.2 S. 539; 128 III 129 nicht publizierte E. 3, SJ 2002 I S. 389 ff.).

3.3 Der Vorwurf des illoyalen Verhaltens und besonders der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen kann zwar durchaus geeignet sein, die persönliche und berufliche Ehre eines Arbeitnehmers zu beeinträchtigen. Damit eine Persönlichkeitsverletzung jedoch als so schwerwiegend einzustufen ist, dass eine in deren Umfeld ausgesprochene Kündigung missbräuchlich erscheint, müssen erschwerende Umstände hinzutreten, wie z.B. die Äusserung der persönlichkeitsverletzenden Aussagen auch gegenüber betriebsfremden Dritten. Dass anlässlich von Kündigungen auch Gründe genannt werden, die dem Ehrgefühl des Arbeitnehmers zuwiderlaufen können, liegt in der Natur der Sache und kann dem Arbeitgeber nicht per se zum Vorwurf gemacht werden. Ein einmalig geäussertes Vorwurf des illoyalen Verhaltens sowie einer möglichen Geschäftsgeheimnisverletzung anlässlich des Kündigungsgesprächs stellt jedenfalls kein Verhalten dar, das eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung rechtfertigen würde. Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Beschwerdeführerin, dass schon die blossе Anwesenheit eines Rechtsvertreters anlässlich des Kündigungsgesprächs eine Missbräuchlichkeit der Kündigung indiziert. Es kann einem Arbeitgeber nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich beim Kündigungsgespräch durch den Rat eines anwesenden Rechtsvertreters gegen rechtliche Risiken absichert.

Weiter ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdegegnerin eine erhöhte Fürsorgepflicht für die Beschwerdeführerin gehabt haben soll, zumal diese im Kündigungszeitpunkt erst zweieinviertel Jahre in ihrem Betrieb tätig war.

3.4 Schliesslich sieht die Beschwerdeführerin einen Widerspruch zwischen den Kündigungsgründen und den guten früheren Arbeitszeugnissen. Daraus will sie ein treuwidriges Verhalten der Beschwerdegegnerin ableiten. Die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie daraus keinen Missbrauchsgrund abgeleitet habe. Diese Rügen gehen zum Vornhe rein ins Leere, da sie sich auf einen bloss behaupteten, von der Vorinstanz nicht festgestellten Sachverhalt stützen. Soweit die Beschwerdeführerin der Vorinstanz in diesem Zusammenhang eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung bzw. eine willkürliche Anwendung des kantonalen Prozessrechts vorwirft, ist sie mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht zu hören.

4.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 26. März 2009, Doss.-Nr. 2C_344/2008 und 2C_345/2008 (Bestätigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. März 2008)

ArG 58 bildet eine spezialgesetzliche Grundlage für die Beschwerdelegitimation von Verbänden. Danach sind zur Beschwerde gegen Verfügungen der kantonalen Behörden und der Bundesbehörden auch Verbände der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer berechtigt. Dabei kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die betroffenen Arbeitnehmer oder einzelne von ihnen Verbandsmitglieder sind oder selbst ein Interesse an der Beschwerdeführung bekunden. Voraussetzung ist hingegen, dass der beschwerdeführende Verband die Verteidigung beruflicher, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Interessen seiner Mitglieder bezweckt. In der Rechtsprechung wurde auch verschiedentlich darauf abgestellt, ob der beschwerdeführende Verband die Interessen der Arbeitnehmer im von der Verfügung betroffenen Sektor oder der betroffenen Branche verfolgt (E. 3.2). Diese Praxis stammt allerdings aus einer Zeit, in der die Sozialpartner noch viel strenger branchenmässig organisiert waren als heute und erscheint heute nur noch sinnvoll bei Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverbänden, die ihre Aktivitäten bewusst auf eine genau bestimmbare Branche beschränken, nicht aber bei solchen, die nach ihrer Zwecksetzung branchenübergreifende Interessen verfolgen, entsprechend aktiv sind und über Mitglieder aus verschiedenen Wirtschaftszweigen verfügen. Die Beschwerdelegitimation ist denn auch nicht dem grössten oder dem allenfalls einzig als Sozialpartner in einem bestimmten Betrieb auftretenden Verband einer Branche vorbehalten, sondern allen Verbänden, die im fraglichen Wirtschaftszweig massgebliche Interessen vertreten (E. 3.3).

Sachverhalt:

Im Anschluss an die Fusion der Micarna SA und der ehemaligen Optigal SA beantragte der Migros-Genossenschafts-Bund am 23. Dezember 2006 beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) in zwölf Teilgesuchen neue Arbeitszeitbewilligungen für die Micarna SA in Courtepin/FR unter einer einheitlichen Betriebsnummer. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) erteilte in der Folge der Micarna SA ohne Zuweisung einer einheitlichen Betriebsnummer insgesamt 17 Arbeitszeitbewilligungen der drei Klassen «Permis de travail de nuit (sans alternance avec un travail de jour) et pour jours fériés» gemäss ArG 17 und 19, «Permis de travail de nuit (sans alternance avec un travail de jour) et du dimanche» gemäss ArG 17 und 19 sowie «Permis de travail de nuit et du dimanche (Service de piquet)» gemäss ArGV1 14 und 15.

Am 15. März 2007 erhob die Gewerkschaft UNIA beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen sämtliche vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) ausgestellten Arbeitszeitbewilligungen. In ihrer Beschwerdeantwort vom 20. April 2007 bestritt die Micarna SA unter anderem die Beschwerdebefugnis der Gewerkschaft UNIA, insbesondere weil diese branchenfremd sei. Mit Urteil vom 28. März 2008 bejahte das Bundesverwaltungsgericht die Legitimation der Gewerkschaft UNIA und fällte nachfolgenden Entscheid in der Sache: «1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Bewilligungen Nr. 07-9451/100106 [etc.] werden in Bezug auf Dauernachtarbeit aufgehoben. Die Bewilligungen Nr. 07-9452/100106 [etc.] werden in Bezug auf regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit aufgehoben. Die Bewilligungen Nr. 07-9459/100106 [etc.] werden in Bezug auf die Ausdehnung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit aufgehoben. 2. Die Aufhebung der Bewilligungen gemäss Ziff. 1 des Dispositivs wird vier Monate nach der Eröffnung dieses Urteils wirksam. 3. Das Rechtsbegehren, wonach die Bewilligungen Nr. 07-9451/100106 [etc.] in Bezug auf Feiertagsarbeit aufzuheben seien, wird abgewiesen. Das Rechtsbegehren, wonach die Bewilligungen Nr. 07-9451/100106 [etc.] in Bezug auf die Verlängerung der Höchstarbeitszeit aufzuheben seien, wird abgewiesen. Das Rechtsbegehren, wonach die Bewilligungen Nr. 07-9459/100106 [etc.] bzgl. Pikettdienst insgesamt aufzuheben seien, wird abgewiesen.»

Sowohl die Micarna SA wie auch die Gewerkschaft UNIA gelangten mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Gewerkschaft UNIA stützt ihre Beschwerdelegitimation vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht auf die allgemeine Bestimmung über die Beschwerdebefugnis nach Art. 48 Abs. 1 VwVG, sondern auf die besondere Bestimmung über die Verbandsbeschwerde gemäss Art. 48 Abs. 2 VwVG. Danach sind jene Personen, Organisationen und Behörden zur Beschwerde berechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt. Es handelt sich um die so genannte ideelle Verbandsbeschwerde, da die Beschwerdeberechtigten kein selbständiges persönliches Interesse, sondern öffentliche Interessen vertreten. Die Beschwerdelegitimation richtet sich dabei nach den spezialgesetzlichen Voraussetzungen (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler, VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 27 ff. zu Art. 48 VwVG; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.84 ff.).

3.2 Eine solche spezialgesetzliche Grundlage findet sich in Art. 58 ArG (HÄNER, a.a.O., N. 32; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.86).

Danach sind zur Beschwerde gegen Verfügungen der kantonalen Behörden und der Bundesbehörden auch die Verbände der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer berechtigt. Dabei kommt es insbesondere nicht darauf an, ob die betroffenen Arbeitnehmer oder einzelne von ihnen Verbandsmitglieder sind oder selbst ein Interesse an der Beschwerdeführung bekunden (vgl. BGE 119 Ib 374 E. 2b/aa S. 378; 116 Ib 270 E. 1a S. 271 und 284 E. 1b S. 286; 98 Ib 344 E. 1 S. 346; BENOÎT BOVAY, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler, Arbeitsgesetz, Bern 2005, N. 2 zu Art. 58 ArG). Hingegen ist Voraussetzung, dass der beschwerdeführende Verband die Verteidigung beruflicher, wirtschaftlicher, sozialer oder kultureller Interessen seiner Mitglieder bezweckt (Urteil des Bundesgerichts 2A.578/1999 vom 5. Mai 2000 E. 1b). In der Rechtsprechung wurde auch verschiedentlich darauf abgestellt, ob der beschwerdeführende Verband die Interessen der Arbeitnehmer im von der Verfügung betroffenen Sektor oder der betroffenen Branche verfolgt (vgl. BGE 116 Ib 270 E. 1a S. 271 und 284 E. 1b S. 286; 98 Ib 344 E. 1 S. 346; Urteile des Bundesgerichts 2A.16/1998 vom 24. November 1998 E. 1c in RDAT 1999 I Nr. 68 S. 268 und 2A.224/1991 vom 31. August 1992 E. 2; ROLAND A. MÜLLER, Arbeitsgesetz mit ergänzenden Verordnungen, Zürich 2001, Art. 58 ArG).

3.3 Diese Rechtsprechung schliesst aus, dass ein in einer bestimmten Branche tätiger und einzig darauf fokussierter Verband in anderen Gewerbe- und Industriezweigen aktiv wird und Beschwerde führt, sich also sozusagen in fremde Rechtsstreitigkeiten einmischet. Die Praxis stammt allerdings aus einer Zeit, in der die Sozialpartner noch viel strenger branchenmässig organisiert waren als heute. Wie die Gewerkschaft UNIA nachzeichnet, fand in den letzten Jahren namentlich auf Seiten der Arbeitnehmerverbände eine gewisse Neu- und Umstrukturierung statt, die zu grösseren und branchenübergreifenden Verbänden führten. In ähnlicher Weise schlossen sich auch einzelne Arbeitgeberverbände zu grösseren Einheiten zusammen. Diese Entwicklung lässt sich nicht nur im Ausland, sondern spezifisch auch in der Schweiz feststellen. Dadurch wird der Anwendungsbereich der bisherigen Rechtsprechung zwar nicht völlig aufgehoben, aber doch erheblich eingeschränkt. Sie erscheint nur noch sinnvoll bei Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberverbänden, die ihre Aktivitäten bewusst auf eine genau bestimmbare Branche beschränken, nicht aber bei solchen, die nach ihrer Zwecksetzung branchenübergreifende Interessen verfolgen, entsprechend aktiv sind und über Mitglieder aus verschiedenen Wirtschaftszweigen verfügen. Die Beschwerdelegitimation ist denn auch nicht dem grössten oder dem allenfalls einzig als Sozialpartner in einem bestimmten Betrieb auftretenden Verband einer Branche vorbehalten, sondern allen Verbänden, die im fraglichen Wirtschaftszweig massgebliche Interessen vertreten.

3.4 Die Gewerkschaft UNIA bezweckt insbesondere die Verfolgung der beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen ihrer Mitglieder und erfüllt insoweit die Voraussetzung der Beschwerdelegitimation. Die

Micarna SA erachtet die Gewerkschaft UNIA jedoch als branchenfremd; Arbeitnehmerverband in der Fleischbranche sei der Metzgereipersonal-Verband der Schweiz, der auch Sozialpartner der Micarna SA sei und in dem die Mehrheit der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer der Micarna SA die Mitgliedschaft innehave. Dieser Verband, der mithin in erster Linie die Arbeitnehmer der Micarna SA vertrete, habe die umstrittenen Arbeitszeitbewilligungen gerade nicht angefochten. Die hier beschwerdeführende Gewerkschaft UNIA ist indessen ein Beispiel eines Arbeitnehmerverbands neuerer Prägung, der nicht mehr nur in einer einzelnen oder ein paar wenigen, klar definierten Branchen tätig ist, sondern praktisch flächendeckend in allen oder jedenfalls in einer Vielzahl von Wirtschaftszweigen aktiv wird. So ist sie nach den verbindlichen und insofern unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz auch Sozialpartnerin bei verschiedenen Gesamtarbeitsverträgen der Lebens- und Genussmittelinindustrie. Überdies verfügt sie über eine bestimmte, wenn auch gemessen an der Gesamtheit ihrer Mitglieder nicht allzu grosse Zahl von Mitgliedern, die in der hier interessierenden Fleischverarbeitungsindustrie erwerbstätig sind. Weder ist es möglich und sinnvoll, wie das Bundesverwaltungsgericht zu Recht festhält, den Tätigkeitsbereich der Micarna SA (Fleischproduktion und -verarbeitung) in Abgrenzung vom übrigen Detailhandel als in sich geschlossene Branche zu behandeln, noch schliesse dies die Gewerkschaft UNIA definitiv von der Beschwerdelegitimation aus. Als branchenübergreifender Arbeitnehmerverband vertritt sie auch die Interessen der Arbeitnehmer im hier fraglichen Wirtschaftszweig. Sie ist überdies Sozialpartnerin der grössten Detailhandelskonkurrentin der Muttergesellschaft der Micarna SA. Schliesslich ist insoweit auch nicht entscheidend, dass der Metzgereipersonal-Verband der Schweiz konkret Sozialpartner der Micarna SA ist und die Mehrheit der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer der Micarna SA bei dieser Gewerkschaft Mitglieder sind, verfügt doch auch die Gewerkschaft UNIA über brancheneigene Mitglieder.

3.5 Der angefochtene Entscheid verletzt somit Bundesrecht nicht, indem er der Gewerkschaft UNIA die Beschwerdebefugnis zuspricht. Zugleich ergibt sich daraus, dass die Gewerkschaft UNIA gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG in analoger Anwendung der vor dem Bundesverwaltungsgericht geltenden Grundsätze auf das vorliegende Verfahren auch zur Beschwerdeführung vor dem Bundesgericht legitimiert ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 avril 2009, Doss.-N° 4A_60/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 15 décembre 2008 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

336 I let. a CO. Congé-discriminatoire. Ne se rapporte pas à la personnalité du travailleur le congé qui lui est donné en raison de ces

mauvaises prestations de travail, dues notamment à des abus d'alcool au cours des pauses de midi et au non-accomplissement du nombre d'heures quotidiennes que requéraient les tâches qui lui étaient dévolues (c. 3.2).

336 CO. La loi ne prohibe pas le licenciement d'un collaborateur âgé ayant œuvré longtemps au service du même employeur lorsque le travailleur n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées (c. 3.2).

Extraits des faits:

X. (le recourant), né le 8 mars 1943, a été engagé le 1^{er} mai 1981 en qualité de trésorier, avec le titre de sous-directeur, par Y. SA (ci-après: Y., l'intimée), société sise à Genève active dans le domaine de l'exécution de transactions et opérations financières et chargée de la gestion de la trésorerie internationale du groupe Y.; A. est le directeur général de Y.

Par courrier du 31 mai 2006, remis en mains propres à l'intéressé, Y. a résilié le contrat de travail de X. pour le 31 août 2006 et l'a immédiatement libéré de son obligation de travailler. Cette lettre de congé se référait aux nombreuses remarques qui avaient été faites au travailleur quant à son comportement chez Y. X. s'est trouvé en incapacité totale de travailler du 23 juin au 31 décembre 2006 en raison d'un état d'angoisse et d'une dépression réactionnelle, selon divers certificats médicaux établis par son médecin traitant, le Dr C. Par lettre du 26 juin 2006, X. a fait savoir à Y. qu'il formait opposition à son congé et sollicitait sa réintégration à son poste, se plaignant en particulier d'avoir été l'objet de harcèlement et de mobbing. Le 12 juillet 2006, Y. a répondu au travailleur qu'il n'avait pas fait l'objet de harcèlement ni de mobbing, mais simplement de demandes répétées de se plier aux règles applicables à tous les employés et de satisfaire aux exigences de sa fonction. C'était la persistance de ces problèmes, malgré moult rappels à l'ordre, qui avait conduit l'employeur à résilier le contrat de travail, de sorte qu'une réintégration au sein de Y. était exclue.

Par demande du 5 octobre 2006, X. a ouvert action contre Y. devant le Tribunal des prud'hommes de Genève concluant au versement en capital de 158 296 fr. 50. Dans ses dernières conclusions, le demandeur a réclamé le paiement total de 296 050 fr. plus intérêts. Par lettre du 16 février 2007, la Caisse de chômage Z. a déclaré intervenir à la procédure; elle a conclu au versement de 17 105 fr. 30 pour les indemnités payées au travailleur de janvier à mars 2007.

Par jugement du 10 avril 2008, le Tribunal des prud'hommes, admettant que les rapports de travail avaient pris fin le 28 février 2007, a condamné la défenderesse à payer à X. la somme brute de 40 483 fr. 35 plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2007 à titre de salaires pour les mois de janvier et février 2007, sous déduction de la somme nette de 11 315 fr. 80 due à la Caisse de chômage Z., somme dont Y. a été reconnue débitrice

envers cette dernière avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} mars 2007. Saisie d'un appel du demandeur, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, par arrêt du 15 décembre 2008, l'a rejeté, le jugement entrepris étant confirmé.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut principalement à ce que la défenderesse lui doive paiement de 273 179 fr. plus intérêts à 5% l'an dès la date moyenne du 1^{er} janvier 2007. Subsidiairement, il requiert le renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision.

Extraits des considérants:

2.

Le recourant affirme qu'à deux égards la cour cantonale a établi arbitrairement les faits.

2.1 Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst., lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et reconnu, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que dans la mesure où celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif et en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou serait même préférable (ATF 133 I 149 consid. 3.1; 132 III 209 consid. 2.1).

En matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, l'autorité verse dans l'arbitraire lorsqu'elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsqu'elle tire des conclusions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 134 V 53 consid. 4.3; 129 I 8 consid. 2.1).

2.2

2.2.1 A suivre le demandeur, la Cour d'appel serait tombée dans l'arbitraire en retenant qu'un des deux motifs pour lesquels il a été congédié résiderait dans l'accomplissement de mauvaises prestations de travail, liées en particulier à une consommation excessive d'alcool durant les repas de midi. Il allègue que seul un des témoins entendus pendant l'instruction (i.e. D.) a émis des critiques sur le travail qu'il accomplissait pour la défenderesse. Il poursuit en affirmant que les constatations cantonales relatives à ses abus d'alcool à midi seraient battues en brèche par la déclaration de son médecin traitant et le rapport d'un hôpital, l'absence de tout reproche à ce sujet durant 25 ans, l'offre de signer un nouveau contrat en été 2005 et l'octroi de deux compléments de rémunération en 2006.

2.2.2 L'arrêt déféré contient les dépositions de nombreux témoins, dont le résumé n'a pas été taxé d'arbitraire. D., qui a été le supérieur hiérarchique du recourant de 1998 à 2003, a certes été le plus virulent dans les critiques qu'il a adressées au demandeur au regard de sa manière de travailler, qualifiant sa motivation de faible et stigmatisant le peu d'intérêts qu'il manifestait envers de nouveaux outils financiers, dont l'importance s'était pourtant accrue avec l'introduction de l'euro. Toutefois il apparaît que d'autres témoins que le précité ont critiqué les performances au travail du demandeur. Ainsi, F., cambiste et sous-directeur de l'intimée, a déclaré que le recourant faisait «juste son travail, sans plus». Cette appréciation d'un cadre de la société ne dénote pas un grand enthousiasme du travailleur à remplir ses devoirs professionnels. Pour sa part, E., qui est employée de l'intimée depuis 1981, a relevé que des collègues du demandeur se plaignaient qu'il ne leur remettait pas des documents à temps, ce qui donne à penser que le travailleur n'était guère consciencieux.

Le recourant, qui ne disconvient pas qu'il consommait fréquemment de l'alcool au cours des repas de midi, semble y attacher peu d'importance. Pourtant des témoins ont affirmé que son comportement au travail s'en trouvait gravement modifié au point de perturber la salle des marchés. Selon le cambiste F. et la gestionnaire de Y. G., le recourant rentrait quotidiennement de ses pauses de midi sous l'influence de l'alcool, ce qui le rendait agressif et obligeait ses interlocuteurs à «modeler» leur comportement à son endroit. L'agressivité du recourant l'après-midi a encore été soulignée par E. et, surtout, par son supérieur D., qui a parlé d'élocution devenue difficile, voire de discussions impossibles avec des interlocuteurs téléphoniques. Quant à l'informaticien B., il lui a semblé que le comportement injurieux adopté par le travailleur à son égard le 4 mai 2006 était dû à l'abus de boissons alcoolisées.

Il n'importe que le médecin traitant du demandeur et un hôpital n'aient pas constaté chez l'intéressé les stigmates de l'alcoolisme, dès l'instant où il lui a été reproché d'abuser de boissons alcoolisées pendant les pauses de midi uniquement. L'algarade du recourant avec l'informaticien, que celui-ci a imputée à un abus d'alcool du premier lors du déjeuner, a bel et bien été reprochée vertement au demandeur le 23 mai 2006 par le directeur général de Y. La circonstance que la signature d'un nouveau contrat de travail a été proposée au demandeur en été 2005, alors que sa propension à abuser de l'alcool avait déjà été remarquée, montre simplement que l'employeur voulait offrir une nouvelle chance au travailleur à considérer son ancienneté. Enfin, les primes que le recourant a encaissées en 2006 étaient fondées sur les résultats de la salle des marchés, sans que les performances du trésorier aient joué le moindre rôle dans leur octroi.

Au vu de ces considérations, il n'y avait aucun arbitraire pour l'autorité cantonale à retenir que la mauvaise qualité du travail fourni par le

recourant, liée la plupart du temps à des repas par trop arrosés à midi, constituait un motif réel de licenciement.

2.3

2.3.1 Pour le recourant, c'est de manière insoutenable que les magistrats genevois auraient constaté que le second motif du congé ordinaire qui lui a été signifié avait trait au fait qu'il n'a pas respecté les horaires de travail. Il prétend qu'il était au bénéfice d'un horaire souple, qu'aucun témoin n'a affirmé qu'il n'exécutait pas son travail et qu'il n'a jamais reçu d'avertissement à ce sujet.

2.3.2 Il est vrai que le recourant n'a jamais été soumis à un horaire fixe. Mais il admet qu'il lui était demandé de consacrer journalièrement le nombre d'heures nécessaires à l'exécution des devoirs liés à sa fonction de cadre supérieur.

Il résulte de l'arrêt attaqué que plusieurs témoins se sont exprimés sur l'horaire qu'effectuait le demandeur chez l'intimée. Le sous-directeur F. a certifié que l'intéressé arrivait vers 9 h 15, prenait une pause de 12 h à 14 h et quittait la société aux alentours de 17 h 30. D'après ce témoin, le recourant effectuait ainsi moins de six heures et demie de travail par jour, ce qui, à vues humaines, est fort peu pour un cadre touchant une rémunération annuelle dépassant le montant de 200 000 fr. E. a attesté qu'en 1998 le supérieur d'alors du demandeur avait même évoqué que celui-ci soit désormais engagé à mi-temps, compte tenu de ses arrivées tardives le matin, de ses repas prolongés à midi et de son départ de la société vers 17 h 30. A cela s'ajoute que D. a déclaré avoir lui aussi reproché au recourant ses arrivées tardives tant le matin que l'après-midi après le déjeuner.

De surcroît, l'horaire peu astreignant choisi par le demandeur avait suscité des réactions. Ainsi, par courriel du 28 mai 2004, le directeur général de la défenderesse lui avait fait formellement grief de n'accomplir pas plus de 7 heures de travail par jour, total inapproprié pour un cadre exerçant dans la salle des marchés.

Il appert en conséquence qu'il n'était pas arbitraire pour la cour cantonale de constater en fait que le recourant n'effectuait pas le nombre d'heures que le bon accomplissement de ses devoirs exigeait quotidiennement.

L'ensemble du moyen pris d'une appréciation arbitraire des preuves doit être rejeté.

3.

Le recourant invoque des violations des art. 336 al. 1 let. a et 328 CO. Il soutient qu'il a été licencié pour des motifs fallacieux. Fondé en réalité sur son âge et sa mauvaise santé, le congé du 31 mai 2006 serait abusif et disproportionné au regard des intérêts en présence. Et de se référer à l'ATF 132 III 115. Sous le couvert de la transgression de l'art. 328 CO, il allègue que la Cour d'appel aurait dû retenir toute une série d'éléments factuels, qui permettraient de qualifier d'abusif le licenciement dont il a été victime.

3.1 Les parties ont été liées successivement par deux contrats de travail de durée indéterminée que chacune des parties pouvait résilier (art. 335 al. 1 CO). La résiliation est toutefois abusive lorsqu'elle est intervenue dans l'une des situations énumérées à l'art. 336 al. 1 CO, situations qui se rapportent aux motifs de la partie qui donne le congé.

L'art. 336 al. 1 let. a CO qualifie en particulier d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires, la maladie et la religion (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et l'arrêt cité). Il appartient à la partie qui a reçu son congé d'apporter la preuve d'une situation visée par l'art. 336 al. 1 CO; comme la preuve du motif réel du licenciement peut être délicate à apporter, la jurisprudence admet que le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé a présenté des indices susceptibles de faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur; celui-ci est alors contraint d'établir ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 in fine p. 703 et les références).

3.2 Ainsi qu'on vient de le voir, l'application de l'art. 336 al. 1 let. a CO suppose premièrement que le congé a été donné pour un motif inhérent à la personnalité de la personne congédiée.

Dans le cas présent, il a été retenu que le congé qui a été signifié au demandeur le 31 mai 2006 était motivé en raison des mauvaises prestations de travail de ce dernier, dues notamment à des abus d'alcool au cours des pauses de midi, et de la circonstance qu'il n'effectuait pas le nombre d'heures quotidiennes que requéraient les tâches qui lui étaient dévolues au sein de l'intimée. Le recourant n'a pas pu démontrer que ces motifs de résiliation auraient été retenus arbitrairement.

Comme les motifs de congé invoqués par la défenderesse, dont la réalité a été prouvée, ne se rapportent pas à la personnalité du recourant, aucun congé discriminatoire au sens de l'art. 336 al. 1 let. a CO n'entre en ligne de compte.

Le recourant se réfère en pure perte à l'ATF 132 III 115. Dans ce précédent, le Tribunal fédéral a certes admis que l'employeur avait agi de manière abusive en licenciant un travailleur, quelques mois avant sa retraite, après quarante-quatre années de bons et loyaux services, alors que le fonctionnement de l'entreprise ne commandait pas une telle mesure et qu'une solution socialement plus supportable pour l'intéressé n'avait pas été recherchée. Il s'agissait cependant d'un cas exceptionnel, qui ne saurait empêcher le licenciement d'un collaborateur âgé ayant œuvré longuement au service du même employeur lorsque le travailleur n'est plus en mesure d'exécuter à satisfaction les tâches qui lui sont confiées (arrêt 4A_419/2007 du 29 janvier 2008, consid. 2.6, qui cite FRANK VISCHER,

Die Betriebstreue des Arbeitnehmers als Schranke der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers, in recht 2006 p. 112 ss, spéc. n. 17 p. 116, article que cet auteur a écrit en relation avec la reddition de l'ATF 132 III 115). Or la mauvaise exécution du travail et l'insuffisance des heures accomplies ont été retenues en fait comme les motifs réels du congé du demandeur. Au surplus, il a été constaté que le départ du recourant a amélioré l'ambiance dans la salle des marchés, ainsi que l'ont relevé de concert E. et D.

Dans de telles circonstances, on ne voit pas qu'il existe une disproportion des intérêts en présence pouvant faire apparaître le congé comme abusif à la lumière de l'art. 336 al. 1 CO.

La critique qui a trait à une violation de l'art. 328 CO semble porter sur des actes de harcèlement psychologique et de mobbing qu'aurait subis le demandeur au sein de la défenderesse. Elle ne trouve pourtant aucune assise dans les faits retenus par la cour cantonale. Ce pan du moyen est dénué de tout fondement pour autant qu'il soit motivé au regard de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF.

4.

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 8. April 2009, Doss.-Nr. 4A_66/2009 (Bestätigung des Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 8. November 2008)

OR 329d, ZGB 2 II. In casu war zwischen den Parteien, einem nach Einzelleistung bezahlten Chefarzt und der Arbeitgeberin, gemäss den Rahmenbedingungen der Vereinigung der Krankenkassen des Kantons Wallis u.a. ein Ferienanspruch von maximal sechs Wochen vereinbart worden, wobei das Gehalt für Ferien im Lohn inbegriffen sein sollte. Weder der Vertrag noch die einzelnen Abrechnungen enthielten Angaben zum Ferienlohnanteil. Der Chefarzt erhielt monatliche, schwankende Akontozahlungen, und zwar auch dann, wenn er infolge Ferienabwesenheiten seine Arbeitsleistung nicht oder nur teilweise erbracht hatte. Darin unterscheidet sich seine Situation von derjenigen eines Arbeitnehmers, der nur Lohnzahlungen erhält, wenn er tatsächlich gearbeitet hat. Die Abrede der Parteien über den Ferienlohn lief somit dem Zweck von OR 329d nicht zuwider, weshalb die Rechtsausübung – Forderung der Ferienentschädigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Berufung auf das Fehlen von Angaben zum Ferienlohn in den Lohnabrechnungen und im Vertrag – zweckwidrig und somit missbräuchlich erfolgte (E. 4.2–4.4).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführer) schloss mit dem Verein Y. (Beschwerdegegner 2) einen Vertrag, gemäss welchem er auf den 1. November 1999 die Funktion als Chefarzt eines Fachbereichs übernahm, in welchem er zuvor als Oberarzt angestellt gewesen war. Er sollte nach den in den Rahmenbedingungen der Vereinigung der Krankenanstalten des Kantons Wallis festgelegten Ansätzen entlohnt werden. Es war kein fixer Lohn vereinbart, sondern die Vergütung erfolgte gemäss seiner Einzelleistung. Daneben war er berechtigt, im Spital eine Privatpraxis zu führen. Der Beschwerdeführer erhielt monatliche Akontozahlungen, welche über die gesamte Anstellungsdauer zwischen Fr. 9200.– und Fr. 42 000.– schwankten. Der exakte Lohnanspruch aufgrund der Einzelleistungen wurde mit der Abrechnung Ende Jahr berechnet. Gemäss den Rahmenbedingungen hatte ein Chefarzt pro Jahr Anspruch auf maximal 6 Wochen Ferien und zwei Wochen für die Teilnahme an Kongressen und Fortbildungskursen. Beim nach Einzelleistung bezahlten Chefarzt war das Gehalt für Ferien im Lohn inbegriffen. Der Beschwerdeführer war sich dessen bewusst und hat die Regelung gemäss eigener Aussage «zähneknirschend» akzeptiert. In den Vertragsverhandlungen war die Ferienregelung jedenfalls kein Thema. Mit Wirkung ab 1. Januar 2004 übernahm X. (Beschwerdegegner 1) den Betrieb und die Leitung der Walliser Spitäler und unterbreitete den Ärzten nach Leistungsvergütung eine Zusatzvereinbarung betreffend die Übernahme der Vertragsverhältnisse. Diese Vereinbarung unterzeichnete der Beschwerdeführer nicht. Das Arbeitsverhältnis wurde im gegenseitigen Einverständnis per 31. Juli 2004 beendet.

Knapp ein Jahr danach machte der Beschwerdeführer rückwirkend für die gesamte Vertragsdauer einen Anspruch auf Vergütung der jährlichen Ferienentschädigung geltend und erhob schliesslich Klage beim Bezirksgericht Visp. Er bezifferte seinen Anspruch auf Fr. 162 297.– und verlangte diesen Betrag von den Beschwerdegegnern unter solidarischer Haftbarkeit, wobei diese zu verpflichten seien, auf dem geforderten Betrag die Sozialversicherungsbeträge mit den entsprechenden Organen abzurechnen. Nachdem das Bezirksgericht die Akten an das Kantonsgericht des Kantons Wallis gesandt hatte, wies dieses die Klage mit Urteil vom 8. November 2008 ab. Der Beschwerdeführer gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

1.

Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Ob Rechtsmissbrauch vorliegt, ist einzelfallweise in Würdigung der gesamten Umstände zu bestimmen (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497).

1.1 Dabei sind die von der Lehre und Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen zu beachten (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 125 III 257 E. 2a S. 259) wie die Rechtsausübung, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis berechtigter Interessen führen würde (BGE 132 III 115 E. 2.4 S. 118; 129 III 493 E. 5.1 S. 497, je mit Hinweis). Rechtsmissbrauch liegt auch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151 mit Hinweisen). Die Geltendmachung eines Rechts ist ferner missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497; 125 III 257 E. 2a S. 259). Widersprüchliches Verhalten und damit Rechtsmissbrauch kann aber auch ohne Enttäuschung berechtigter Erwartungen in einer gegenwärtigen, in sich völlig unvereinbaren und darum widersprüchlichen Verhaltensweise gesehen werden (Urteil des Bundesgerichts 4C.202/2006 vom 29. September 2006 E. 3.1 mit Hinweisen).

1.2 Im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingendes Recht ist nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem Arbeitnehmer der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Solche Umstände können vorliegen, wenn jene Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selbst vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat. Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen, sind auch zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f.).

2.

Der Anspruch auf Ferien hat insofern einen Doppelcharakter, als es einerseits um die Befreiung von der Arbeitspflicht während einer bestimmten Dauer und andererseits um die Entschädigung während dieser Zeit geht (VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl. 2005, S. 183). Dabei steht der Anspruch auf Freizeit im Vordergrund (STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 3 zu Art. 329a OR). Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass während der Ferien der gesamte auf die entsprechende Zeit entfallende Lohn auszurichten ist (Art. 329d Abs. 1 OR) und dass die Ferien während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht durch Geldleistungen oder andere Vergünstigungen abgegolten werden dürfen (Art. 329d Abs. 2 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 3.2.2, nicht publ. in BGE 134 III 399).

2.1 Der Ferienlohn ist grundsätzlich dann zu bezahlen, wenn die Ferien bezogen werden. Der Arbeitnehmer darf während der Ferien lohnmässig nicht schlechter gestellt werden, als wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 132 III 172 E. 3.1 S. 174; 129 III 493 E. 3.1). Art. 329d OR soll sicherstellen, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt, in dem er die Ferien tatsächlich bezieht, auch über das notwendige Geld verfügt, um diese sorgenfrei verbringen zu können, und dass der Arbeitnehmer im richtigen Zeitpunkt weiss, welches Geld für diesen Zeitabschnitt gespart ist. Soweit der Ferienlohn überhaupt laufend mit dem Lohn ausgerichtet werden darf, ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung notwendig, in den einzelnen schriftlichen Lohnabrechnungen den für die Ferien bestimmten Lohnanteil ausdrücklich auszuweisen und zudem – sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorliegt – auch in diesem schriftlich den entsprechenden Lohnanteil festzuhalten (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.1 S. 401 f.; 129 III 493 E. 3.2 und 3.3 S. 495 f.).

2.2 Soweit es um den gesetzlichen Anspruch nach Art. 329d Abs. 1 OR geht, kann als Ferienlohn grundsätzlich nur gelten, was zusätzlich zum vereinbarten Lohn bezahlt wird, da ansonsten der Arbeitgeber jeweils geltend machen könnte, er hätte einen niedrigeren Lohn vereinbart, wenn er gewusst hätte, dass er noch zusätzlich etwas für die Ferien bezahlen müsse. Massgebend ist grundsätzlich, ob der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Ferien gleich viel bezahlt bekommen hat, wie er erhalten hätte, wenn er in dieser Zeit gearbeitet hätte (BGE 134 III 399 E. 3.2.4.2 S. 402).

3.

Vor dem dargelegten Hintergrund bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Fug Rechtsmissbrauch vorwerfen konnte.

3.1 Die Vorinstanz ist der Auffassung, der Beschwerdeführer hätte nicht bis nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuwarten dürfen, um die Beschwerdegegner darauf aufmerksam zu machen, dass die im Vertrag vorgesehene Bestimmung den gesetzlichen Vorschriften nicht entspreche. Durch sein langes Zuwarten habe er den Beschwerdegegnern verunmöglichlicht, ihre eigenen Interessen zu wahren. Nach Auffassung der Vorinstanz wäre es dem Beschwerdeführer schon zu Beginn des Arbeitsverhältnisses vor der Vertragsunterzeichnung zuzumuten gewesen, das Thema anzusprechen, zumal er Mitglied der «commission des intérêts des hospitaliers» gewesen sei, die sich in den Diskussionen mit dem GEHVAL und dem Beschwerdegegner 1 genau mit dem Thema der Ferienansprüche und der einzelnen Verträge beschäftigt habe.

3.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe bei Vertragsunterzeichnung nicht gewusst, dass die vereinbarte Regelung gesetzwidrig sei. An die Feststellungen des kantonalen Gerichts über die Umstände des Vertragschlusses und das Wissen der Vertragsparteien ist das Bundesgericht aber grundsätzlich gebunden (BGE 133 III 61 E. 2.2.1 S. 67 mit Hinweisen). Wenn die Vorinstanz aus der Mitgliedschaft zur «commission des intérêts des hospitaliers» implizit ableitet, der Beschwerdeführer habe um die Ge-

setzwidrigkeit der Vereinbarung gewusst, handelt es sich dabei um Beweiswürdigung, welche das Bundesgericht nur überprüfen kann, wenn sie offensichtlich unrichtig und damit willkürlich ist (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Voraussetzung ist allerdings, dass eine hinreichend begründete Rüge erhoben wird (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f. mit Hinweisen). Diesen Anforderungen genügen die Vorbringen des Beschwerdeführers nicht. Er macht geltend, weder die Vorinstanz noch die Beschwerdegegner hätten ein entsprechendes Wissen behauptet geschweige denn rechtsgenügend nachgewiesen. Im Übrigen stellt er einfach seine eigene Sicht der Dinge dar. Aus dem Zusammenhang ergibt sich deutlich, dass die Vorinstanz annimmt, der Beschwerdeführer habe die Unzulänglichkeit der Vereinbarung bereits bei Vertragsunterzeichnung erkannt. Die Vorbringen des Beschwerdeführers genügen nicht, um diese Auffassung als offensichtlich unrichtig auszuweisen. Konnte die Vorinstanz ohne Willkür davon ausgehen, der Beschwerdeführer habe mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zugewartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren, durfte sie gestützt darauf ohne Bundesrechtsverletzung Rechtsmissbrauch bejahen (BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 498 mit Hinweisen). Bereits unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Beschwerde als nicht stichhaltig.

4.

Selbst wenn man zu Gunsten des Beschwerdeführers annehmen wollte, er habe die Klausel bei Vertragsschluss für gültig erachtet, würde dies im Ergebnis nichts ändern:

4.1 Der Beschwerdeführer erklärt selbst, er habe seine Ferien jeweils bezogen. Die Ferien wurden mithin nicht in Geld abgegolten, so dass kein Verstoß gegen Art. 329d Abs. 2 OR vorliegt. Beide Parteien waren sich von Anfang an bewusst, dass der Ferienlohn im normalen Lohn enthalten sein sollte. Wird der Lohn nach Leistung ausgerichtet, ist für den Ferienlohn grundsätzlich ein Durchschnittswert einzusetzen (BGE 129 III 664 E. 7.3 S. 674 mit Hinweisen). Mit dieser Regel ist grundsätzlich vereinbar, den Ferienlohn bereits auf den Anspruch für die einzelnen Leistungen aufzurechnen, denn auf diese Weise wird gewährleistet, dass der Arbeitnehmer den der tatsächlich geleisteten Arbeit entsprechenden Ferienlohn erhält. Allerdings müsste der Ferienlohn separat ausgewiesen werden.

4.2 Die detaillierte Abrechnung erfolgte jeweils auf Ende Jahr, nachdem der Beschwerdeführer monatliche Akontozahlungen erhalten hatte, und zwar auch dann, wenn er infolge Ferienabwesenheit seine Arbeitsleistung nicht oder nur teilweise erbracht hatte. Diese Art der Lohnabgeltung ist mit erheblicher Unsicherheit behaftet, wenn sie wie vorliegend durch Abschlagszahlungen unterschiedlicher Höhe erfolgt. Sie kann für den Arbeitnehmer problematisch sein, namentlich wenn eine Akontozahlung nicht ausreicht, um die monatlichen Ausgaben zu decken. Beim Beschwerdeführer war dies indessen mit Blick auf die Höhe der Akontozahlungen und die

Ersparnisse, die er bilden konnte, offensichtlich nicht der Fall. Da der Beschwerdeführer die Akontozahlungen auch erhielt, wenn er Ferien bezog, war er in diesen Zeiten nicht schlechter gestellt als wenn er gearbeitet hätte. Er musste aus seinen Einkünften keine Rückstellungen für die Ferien bilden, sondern konnte die Akontozahlung dafür verwenden, im Wissen, dass er im nächsten Monat mit einer neuen Zahlung rechnen konnte, die für die Bestreitung des Unterhaltes ausreichen würde. Die Gefahr, dass das für die Ferien notwendige Geld vorzeitig verbraucht und dadurch der Ferienzweck vereitelt würde, bestand somit nicht (BGE 129 III 493 E. 3.2 S. 496 mit Hinweisen). Darin unterscheidet sich die Situation des Beschwerdeführers von derjenigen eines Arbeitnehmers, der nur Lohnzahlungen erhält, wenn er tatsächlich gearbeitet hat.

4.3 Dass der Beschwerdeführer Ende Jahr je mit einer Rückforderung konfrontiert worden wäre oder ernsthaft damit hätte rechnen müssen, ist nicht festgestellt und macht er nicht geltend. Zwar trifft zu, dass die Gefahr der Pflicht zur Rückzahlung geeignet ist, den sorgenfreien Feriengenuss zu beeinträchtigen, wie der Beschwerdeführer vorbringt. Daraus kann er indessen nichts für seinen Standpunkt ableiten, da für ihn keine derartige Gefahr bestand. Daher war er für seine Ferienplanung nicht darauf angewiesen, dass der Ferienlohn separat ausgewiesen wurde. Ohnehin hätte er nach dem vereinbarten System über den definitiven Ferienlohn erst nachträglich orientiert werden können, mit dem Zugang der Schlussabrechnung auf das Jahresende.

4.4 Art. 329d OR sichert dem Arbeitnehmer die nötige Erholung frei von finanziellen Sorgen. Diesem Zweck könnte eine Abrede über den Ferienlohn, wie sie die Parteien getroffen haben, unter Umständen zuwiderlaufen. Dass dies jedoch beim Beschwerdeführer nicht der Fall war, ergibt sich aus seinen eigenen Vorbringen. Die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen wurden gewahrt (vgl. BGE 129 III 493 E. 5.1 S. 497 f. mit Hinweisen), indem der Beschwerdeführer seine Ferien beziehen konnte und ihm die dafür notwendigen Mittel zur Verfügung standen. Daraus erhellt, dass der Beschwerdeführer das Fehlen von Angaben zum Ferienlohn in den Lohnabrechnungen und im Vertrag nicht etwa beanstandet, weil er sich in den Ferien nicht frei von finanziellen Sorgen hätte erholen können, sondern um nachträglich einen höheren Lohn zu erwirken. Die Rechtsausübung erfolgt damit zweckwidrig, was die Vorinstanz zu Recht als missbräuchlich eingestuft hat.

5.

Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 10. April 2009, Doss.-Nr. 5A_629/2008 (Nicht-eintreten auf die Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 8. Juli 2008), in: BGE 135 III 470

Kollokationsklage im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (SchKG 321 I i.V.m. 250 I); Streitwertgrenze (BGG 74 I); Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens (OR 343 III).

Die Kollokation von Ansprüchen aus Arbeitsrecht wird als betriebs- und nicht als arbeitsrechtliche Angelegenheit behandelt, weshalb die Streitwertgrenze Fr. 30 000.– beträgt (E. 1.2).

In einem solchen Fall gelangt OR 343 III nicht zur Anwendung (E. 3).

Sachverhalt:

A.

X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) trat am 1. März 1983 in die Dienste einer Rechtsvorgängerin der Y. AG ein. Im Dezember 1999 schloss die Y. AG mit den Sozialpartnern einen Gesamtarbeitsvertrag inkl. Sozialplan. Laut dem am 31. März 2002 mit dem Beschwerdeführer abgeschlossenen Arbeitsvertrag für Kadermitarbeiter verdiente dieser ab 1. April 2002 13 × Fr. 6288.– brutto jährlich.

Am 22. September 2002 wurde der Y. AG die provisorische Nachlassstundung gewährt. Wenige Tage später teilte der Sachwalter den Arbeitnehmern mit, dass er nicht in die Arbeitsverhältnisse und in allenfalls bestehende Sozialpläne eintrete. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2002 kündigte die Y. AG «vorsorglich» das Arbeitsverhältnis mit dem Beschwerdeführer per 30. April 2003. Mit Schreiben vom 27. Januar 2003 teilte die Y. AG dem Beschwerdeführer mit, er werde ab dem 8. Februar 2003 freigestellt. Gegen die Kündigung per 30. April 2003 erhob der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. Januar 2003 Einsprache, weil diese missbräuchlich erfolgt sei. Die Parteien einigten sich offenbar in der Folge nicht zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, der Beschwerdeführer hob aber dennoch keine Klage an.

Nachdem der Schuldenruf ergangen war, gab der Beschwerdeführer mit Anmeldung vom 13. Februar 2003 auch Forderungen aus dem Sozialplan ein. Am 6. November 2003 bestätigte der zuständige Gerichtspräsident des Gerichtskreises Z. den von der Y. AG mit ihren Gläubigern geschlossenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. In der Kollokationsverfügung vom November 2006 wurden Forderungen des Beschwerdeführers aus dem Arbeitsverhältnis in der ersten Klasse im Umfang von Fr. 35 222.10 anerkannt.

B.

Mit Klage vom 11. Mai 2007 und Ergänzung vom 7. September 2007 beantragte der Beschwerdeführer beim Gerichtskreis Z. in der Nachlassliquidation der Y. AG die Anerkennung von Fr. 54 899.10, eventualiter

von Fr. 40 297.10 brutto in der 1. Klasse. Mit Urteil vom 7. September 2007 wies der Gerichtspräsident 4 des Gerichtskreises Z. die Klage ab.

C.

Gegen diesen Entscheid appellierte der Beschwerdeführer am 17. September 2007 beim Obergericht des Kantons Bern. Mit Urteil vom 8. Juli 2008 wies das Obergericht die Kollokationsklage ab.

D.

Mit Beschwerde vom 15. September 2008 beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils sowie – in Abänderung bzw. Aufhebung der Verfügung in der Nachlassliquidation der Y. AG und des Kollokationsplans – die Anerkennung von Fr. 54 899.10, eventualiter von Fr. 40 297.10 brutto in der 1. Klasse. Es sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 (Feststellung, dass der Streitwert Fr. 19 677.– beträgt.)

1.2 Gegenstand des Verfahrens ist der Bestand und der Umfang von Ansprüchen eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Kollokationsverfahrens. Fraglich ist, ob es sich um einen arbeitsrechtlichen Fall handelt und die Streitwertgrenze demzufolge Fr. 15 000.– betrage (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) oder ob der vorliegende Fall unter die übrigen Fälle zu subsumieren ist und demzufolge die Streitwertgrenze von Fr. 30 000.– massgeblich wäre (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG).

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, die niedrige Streitwertgrenze für arbeits- und mietrechtliche Fälle müsse auch in SchKG-Verfahren zur Anwendung kommen, wenn sie, wie etwa bei der Kollokationsklage, eng mit einer materiellrechtlichen Frage aus dem Arbeits- oder Mietrecht verbunden seien (BEAT RUDIN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 13 zu Art. 74 BGG; DENIS TAPPY, Le recours en matière civile, in: La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral, 2007, S. 63 Rz. 20).

Zweck des Kollokationsverfahrens im Konkurs bzw. im Nachlassverfahren (Art. 321 Abs. 2 i.V.m. 244 bis 251 SchKG) ist die Feststellung der Passivmasse, d.h. der Forderungen, die am Liquidationsergebnis nach Bestand, Höhe, Rang und allfälligen Vorzugsrechten an Vermögen des Schuldners teilzunehmen haben (BGE 133 III 386 E. 4.3.3 S. 390). Der Kollokationsprozess dient ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplanes und hat so wenig wie dieser irgendwelche Rechtskraftwirkung über das Konkurs- bzw. Nachlassverfahren hinaus. Das Schuldverhältnis als solches – zwischen Schuldner und Gläubiger – wird dadurch nicht rechtskräftig festgelegt. Im Kollokationsprozess kann der Bestand einer Forderung wohl Gegenstand gerichtlicher Prüfung, nicht aber Gegenstand

rechtskräftiger Beurteilung sein. Vielmehr ist Gegenstand des Kollokationsurteils nur die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Liquidationsmasse zu berücksichtigen sind (BGE 133 III 386 E. 4.3.3 S. 390 mit Hinweisen).

Steht vorliegend die Kollokation von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis in Frage, handelt es sich somit nicht um einen arbeitsrechtlichen Fall, sodass die Streitwertgrenze Fr. 30 000.– beträgt und die Beschwerde in Zivilsachen insoweit nicht gegeben ist.

Gemäss der Rechtsmittelbelehrung des obergerichtlichen Entscheids sollte der Beschwerdeführer berechtigt sein, gegen diesen Beschwerde in Zivilsachen aus den in Art. 95 bis 97 BGG genannten Gründen zu erheben. Zwar dürfen den Parteien aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (Art. 49 BGG). Indes kann die Vorinstanz in einem solchen Fall kein vom Gesetzgeber nicht vorgesehenes Rechtsmittel verschaffen.

(...)

3.

Zusammenfassend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Betreffend die Gerichtskosten für das bundesgerichtliche Verfahren verweist der Beschwerdeführer auf Art. 343 Abs. 3 OR, wonach bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von Fr. 30 000.– weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden dürfen. Diese Bestimmung gilt auch in Streitigkeiten über prozessuale Nebenpunkte (BGE 104 II 222 E. 2b S. 223 f.). Indes verkennt der Beschwerdeführer, dass es um die Beurteilung einer Kollokationsklage und somit nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit geht (s. oben, E. 1.2). Damit gelangt Art. 343 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung (vgl. BGE 131 III 451 E. 3 S. 455, wo die Frage der Anwendbarkeit von Art. 343 OR auf Kollokationsverfahren betreffend den Anspruch an sich offengelassen wurde; a.M. DIETER HIERHOLZER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. III, 1998, N. 80 zu Art. 250 SchKG; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1992, N. 18 zu Art. 343 OR; ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 10 zu Art. 343 OR). Im Übrigen würde nach Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG auch im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit für das bundesgerichtliche Verfahren eine reduzierte Gerichtsgebühr von Fr. 200.– bis 1000.– erhoben. Diese Bestimmung geht Art. 343 Abs. 3 OR vor (Urteil 4A.152/2008 vom 11. September 2008 E. 8.2). Demzufolge sind die Gerichtskosten zu erheben und dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Bundesgericht, Urteil vom 21. April 2009, Doss.-Nr. 4A_401/2008 (Aufhebung des Urteils der II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino vom 21. Juli 2008), in: BGE 135 III 483

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 avril 2009, Doss.-N° 4A_401/2008 (Annulation de l'arrêt de la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin du 21 juillet 2008), in: ATF 135 III 483

72 I BGG; 15 I SBBG und 2 I lit. d BPG; Zivil- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit; Anwendbarkeit des BPG auf Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften der SBB?

Entscheid in Zivilsachen im Sinne von 72 I BGG (E. 1).

Anwendbares Recht auf das Anstellungsverhältnis der Arbeitnehmer der SBB Cargo AG (E. 5).

72 I LTF; 15 I LCFF et 2 I 1 let. d LPers; jurisdiction civile ou administrative; applicabilité de la LPers aux employés des filiales des CFF? Décision en matière civile au sens de 72 I LTF (consid. 1).

Droit applicable aux rapports de travail des employés de CFF Cargo SA (consid. 5).

Faits:

A.

La presente vertenza trae origine dal licenziamento notificato il 26 aprile 2004 – con effetto al 1° novembre 2004 – dalla società Ferrovie federali svizzere FFS Cargo SA (di seguito FFS Cargo SA) ad A., che dal 1° novembre 1979 lavorava alle dipendenze delle Officine delle FFS a Bellinzona, la cui gestione è stata appunto ripresa dalla citata società nel 2001.

A.a Il 22 aprile 2005 A. ha convenuto FFS Cargo SA dinanzi alla Pretura del Distretto di Bellinzona chiedendo, in via principale, l'accertamento del suo diritto alla continuazione del rapporto di lavoro giusta l'art. 134 cpv. 3 del contratto collettivo di lavoro 2001–2003 e, in via subordinata, la condanna di controparte al pagamento di fr. 33 756.– a titolo d'indennità per licenziamento ingiustificato oltre a fr. 8000.– per torto morale; in via ancora più subordinata ha domandato l'accertamento del diritto alle prestazioni in caso di malattia e infortunio e il versamento di un'indennità di fr. 33 756.–, pari a sei mesi di stipendio. FFS Cargo SA ha avvertato le pretese attoree.

Statuendo il 10 luglio 2007, il Pretore ha parzialmente accolto la petizione. Egli ha segnatamente accertato la sospensione del termine della disdetta del contratto di lavoro notificato da FFS Cargo SA ad A., dal 19 ottobre 2004 fino al 31 luglio 2005, e ha condannato la società al versamento di fr. 22 500.–, oltre interessi al 5% a far tempo dal giorno di emanazione della sentenza, a titolo d'indennità giusta l'art. 336a CO.

A.b Adita da entrambe le parti, con sentenza del 21 luglio 2008 la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha constatato la nullità della pronunzia pretorile e l'ha modificata dichiarando irricevibile la petizione. In breve, per i giudici ticinesi la vertenza in esame attiene al diritto pubblico e la competenza a giudicarla spetta al Tribunale federale amministrativo.

B.

Insorto dinanzi al Tribunale federale con un ricorso in materia civile datato 4 settembre 2008, A. ha postulato l'annullamento della sentenza cantonale e – accertata la competenza del Giudice civile a dirimere la lite – il rinvio degli atti alla II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino per un giudizio nel merito della causa.

Nella risposta del 12 dicembre 2008 FFS Cargo SA ha aderito agli argomenti e alle domande ricorsuali. L'autorità cantonale ha invece rinunciato a presentare osservazioni.

Con sentenza del 21 aprile 2009 il Tribunale federale ha accolto il ricorso, annullato la sentenza impugnata e rinviato la causa al Tribunale d'appello del Cantone Ticino per un giudizio nel merito della causa.

Extraits des considérants:

1.

Il Tribunale federale si pronuncia d'ufficio e con pieno potere d'esame sulla propria competenza e sull'ammissibilità del rimedio esperito (art. 29 cpv. 1 LTF; DTF 135 III 1 consid. 1.1 pag. 3).

1.1 Giusta l'art. 72 cpv. 1 LTF il Tribunale federale giudica i ricorsi contro le decisioni pronunciate in materia civile.

1.1.1 La decisione sul carattere civile di una causa, ai sensi dell'art. 72 cpv. 1 LTF, dipende unicamente dalla natura giuridica dell'oggetto del litigio, definito dalle pretese della parte attrice e dalle circostanze di fatto da lei addotte. Il tipo di procedimento – civile o amministrativo – adottato in sede cantonale e il diritto – privato o pubblico – applicato dall'istanza precedente non sono determinanti.

In questo ambito ci si può riferire alla giurisprudenza relativa all'art. 46 OG (sentenza 1C_382/2007 del 24 aprile 2008 consid. 1.2, non pubblicato in DTF 134 I 229), secondo la quale decisivo è appunto che le parti si prevalgano di pretese del diritto civile federale e che queste siano litigiose (DTF 129 III 415 consid. 2.1; DTF 128 III 250 consid. 1a pag. 252). Sempre secondo tale giurisprudenza, è una causa civile pure quella che verte sulla questione di sapere se le pretese litigiose soggiacciono al diritto privato federale o al diritto pubblico (DTF 128 III 250 consid. 1a con rinvio). Incombe al Tribunale federale, adito con ricorso in materia civile, giudicare se l'autorità cantonale si è dichiarata a ragione incompetente a decidere una lite per il motivo che non si tratta – a suo

modo di vedere – di una controversia civile (DTF 115 II 237 consid. 1 pag. 239 segg.).

1.1.2 Da quanto appena esposto discende la proponibilità del ricorso in materia civile nella fattispecie in esame, la II Camera civile del Tribunale d'appello essendosi dichiarata incompetente a dirimere la lite per il motivo che il rapporto d'impiego fra le parti sarebbe disciplinato dal diritto pubblico, mentre le parti si prevalgono del diritto civile federale, segnatamente degli art. 319 segg. CO. Inoltre, qualora si dovesse giungere alla conclusione che si tratta di un rapporto di lavoro retto dal diritto privato federale, la Corte cantonale avrebbe pure violato il diritto del ricorrente di vedere le sue pretese decise dal giudice civile del luogo in cui egli svolge abitualmente il lavoro (art. 24 cpv. 1 LForo; RS 272).

1.2 Anche le ulteriori condizioni di ammissibilità sono adempiute, il gravame essendo stato tempestivamente interposto (art. 100 cpv. 1 LTF) dalla parte soccombente in sede cantonale (art. 76 cpv. 1 lett. a LTF) contro una decisione finale (art. 90 LTF) – e non incidentale, comme erroneamente affermato nella sentenza impugnata – pronunciata dall'autorità ticinese di ultima istanza (art. 75 cpv. 1 LTF) in una causa civile concernente – secondo le parti – una controversia in materia di diritto del lavoro il cui valore litigioso supera fr. 15 000.– (art. 74 cpv. 1 let. a LTF).

(...)

5.

L'art. 15 cpv. 1 della legge federale del 20 marzo 1998 sulle Ferrovie federali svizzere (LFFS; RS 742.31) stabilisce che le disposizioni relative al rapporto d'impiego del personale federale sono applicabili anche al personale delle Ferrovie federali svizzere. Questo principio trova speculare riscontro nell'art. 2 cpv. 1 lett. d della legge del 24 marzo 2000 sul personale federale (LPers; RS 172.220.1) giusta il quale tale legge si applica, appunto, anche al personale delle Ferrovie federali svizzere.

Occorre dunque stabilire se l'espressione «Ferrovie federali svizzere» contenuta in queste due normative include anche le società affiliate delle FFS, e in particolare FFS Cargo SA.

5.1 Per interpretare una normativa ci si riferisce in primo luogo alla normativa stessa, vale a dire al suo tenore, al suo senso, al suo scopo e ai valori sui quali essa poggia, considerati in una prospettiva teleologica. L'interpretazione dev'essere guidata dall'idea che una norma non è rappresentata dal suo tenore letterale bensì dal modo in cui la legge viene compresa e concretizzata nelle fattispecie. Occorre prendere la decisione materialmente corretta nel contesto normativo, orientandosi verso un risultato soddisfacente sotto il profilo della ratio legis. Il Tribunale federale non privilegia un criterio d'interpretazione in particolare; per accedere al senso di una norma preferisce, pragmaticamente, ispirarsi a un pluralismo interpretativo. È anche possibile far capo ai lavori preparatori, se essi forniscono una risposta chiara alla questione litigiosa e possono quindi esser

d'aiuto al giudice (DTF 133 III 175 consid. 3.3.1 pag. 178; DTF 132 III 707 consid. 2).

5.2 In concreto, come visto, né la LFFS né la LPers menzionano esplicitamente le società affiliate delle FFS.

5.2.1 L'art. 3 cpv. 2 seconda frase LFFS autorizza per contro espressamente le FFS a costituire società, assumere partecipazioni o collaborare sotto altra forma con terzi. Le società così costituite sono affiliate di FFS, con una personalità giuridica autonoma. Lo conferma anche il tenore della convenzione sulle prestazioni fra la Confederazione Svizzera e la società anonima (...) FFS per gli anni 2003- 2006 (...), evocata anche nella sentenza impugnata, e in particolare quello dell'art. 5 – che trae spunto dall'art. 3 cpv. 2 LFFS (cfr. Messaggio dell'8 marzo 2002 sulla convenzione citata, FF 2002 3003 n. 3.1) – giusta il quale le FFS possono impegnarsi in cooperazioni in Svizzera e all'estero, fra l'altro mediante la costituzione di società, se queste cooperazioni facilitano il conseguimento degli obiettivi strategici e contribuiscono ad aumentare il valore dell'impresa. Ora, le cooperazioni possono avvenire solo con terzi. Se quindi le società costituite da FFS, sue affiliate, sono dei terzi, allora – dal punto di vista sistematico – quando nella legge si menzionano semplicemente le FFS si intende solo la società madre.

5.2.2 Alla stessa conclusione si giunge mediante l'interpretazione teleologica dell'art. 3 cpv. 2 LFFS. È vero che un'impresa di diritto pubblico non può, di principio, sottrarsi agli obblighi derivanti dai compiti amministrativi affidateli, modificando la sua forma giuridica (PIERRE TSCHANEN, *Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2008, n. 10 segg.). Questo non può tuttavia valere per l'integralità delle prescrizioni alle quali l'impresa sottostava nella sua forma giuridica originale, di diritto pubblico. Ora, mediante una privatizzazione viene, fra l'altro, perseguito lo scopo di fornire all'impresa un margine di manovra più ampio, di permetterle una separazione progressiva dall'ente pubblico. Nella misura in cui un'impresa pubblica viene autorizzata a costituire società del diritto privato, alle quali affidare parte delle sue attività, essa deve poter garantire loro anche la necessaria autonomia. Continuare ad imporre alle società affiliate il medesimo diritto applicabile alla società madre rischierebbe di vanificare lo scopo della loro costituzione.

5.2.3 Ma è soprattutto l'interpretazione storica che porta ad escludere l'applicabilità della LPers alle società affiliate delle FFS e, quindi a FFS Cargo SA. Dalla lettura dei materiali preparatori emerge infatti che la questione è stata oggetto di discussione nel quadro delle consultazioni parlamentari relative all'adozione della LPers. In tale occasione il consigliere nazionale Fulvio Pelli aveva infatti proposto di estendere esplicitamente il campo di applicazione della LPers alle società controllate dalla Posta Svizzera e dalle FFS, mediante l'aggiunta all'art. 2 cpv. 1 lett. c (riguardante la Posta svizzera) e all'art. 2 cpv. 1 lett. d (riguardante le FFS) di: «e [al personale] delle società da loro controllate» (BU 1999 CN 2053).

Egli aveva espresso il timore che, attraverso la costituzione di società affiliate, la Posta o le FFS finissero per strutturare i rapporti d'impiego con i dipendenti di tali società facendo completamente astrazione dalle regole fondamentali previste dalla LPers, dalla legge federale del 30 aprile 1997 sull'organizzazione dell'azienda delle poste della Confederazione (LOP; RS 783.1) e dalla LFFS. Pur manifestando comprensione per questa preoccupazione, l'allora consigliere federale Kaspar Villiger aveva invitato il consiglio nazionale a respingere la proposta di Fulvio Pelli, per il motivo che le società costituite dalla Posta e dalle FFS necessitavano di godere di una maggiore libertà imprenditoriale che la società madre per potersi presentare sul mercato come interlocutori validi, efficaci e concorrenziali (BU 1999 CN 2053). Per finire, l'assemblea nazionale ha respinto la proposta di Fulvio Pelli.

5.3 Da quanto appena esposto discende che la mancata menzione delle società affiliate delle FFS nella LFFS e nella LPers corrisponde alla precisa volontà del legislatore, il quale ha deciso di escludere l'applicazione di queste leggi a tali società.

Questo significa che il rapporto d'impiego fra le parti in causa è effettivamente disciplinato dal diritto privato e, di conseguenza, la competenza a dirimere il litigio che le oppone spetta al giudice civile.

Bundesgericht, Urteil vom 22. April 2009, Doss.-Nr. 4A_590/2008 (Bestätigung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 10. November 2008), in: BGE 135 III 405

Tribunal fédéral, Arrêt du 22 avril 2009, Doss.-N° 4A_590/2008 (Confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 10 novembre 2008), in: ATF 135 III 405

Ungerechtfertigte Entlassung (OR 337c); Verletzung der Persönlichkeitsrechte (OR 328); entgangener Gewinn (OR 97).

OR 337c regelt vertragsrechtlich abschliessend die finanziellen Folgen einer ungerechtfertigten Entlassung in Form von Schadenersatz (Abs. 1) sowie einer Entschädigung sui generis (Abs. 3). Verlangt der Arbeitnehmer zusätzlichen Schadenersatz wie etwa einen entgangenen Gewinn nach ordentlicher Beendigung des Vertrags, so hat er entweder eine Persönlichkeitsverletzung zu beweisen, die über jene wegen ungerechtfertigter Entlassung hinausgeht, oder die Verletzung einer anderen, nicht aus OR 328 folgenden Vertragspflicht (E. 3.1 und 3.2).

Résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail (337c CO); atteinte aux droits de la personnalité (328 CO); gain manqué (97 CO).

L'art. 337c CO règle exhaustivement, sous l'angle contractuel, les conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié, soit les dommages-intérêts (al. 1) et l'indemnité sui generis (al. 3). S'il invoque un dommage supplémentaire tel qu'un gain manqué après l'échéance ordinaire du contrat, le travailleur doit démontrer soit une atteinte aux droits de la personnalité allant au-delà de celle inhérente au caractère injustifié du licenciement, soit la violation d'une obligation contractuelle autre que celle découlant de l'art. 328 CO (consid. 3.1 et 3.2).

Faits:

A.

Le 11 février 2002, X., gestionnaire auprès de la banque Y., a été licencié avec effet immédiat par son employeur, qui lui reprochait de n'avoir pas éclairci suffisamment des transferts d'argent réalisés de manière parallèle sur les comptes de deux titulaires. Au terme d'une procédure judiciaire qui s'est achevée par un arrêt du Tribunal fédéral du 24 août 2004 (cause 4C.208/2004), le caractère injustifié du licenciement immédiat a été reconnu et la banque a été condamnée à payer à son ancien employé des dommages-intérêts représentant son salaire jusqu'au 30 juin 2003, échéance contractuelle des rapports de travail (art. 337c al. 1 CO), ainsi qu'une indemnité équivalente à quatre mois de salaire, sur la base de l'art. 337c al. 3 CO.

B.

Le 3 décembre 2004, X. a ouvert une seconde action, tendant notamment à la condamnation de la banque Y. à lui verser un montant de 843 815 fr. à titre de dommages-intérêts. Le demandeur faisait valoir que son employeur avait informé plusieurs tiers des motifs invoqués à l'appui de son licenciement immédiat, qu'elle lui avait imputé un comportement contraire à l'honneur, ce qui avait été porté à la connaissance notamment des signataires du rapport de la fiduciaire produit dans le cadre de la procédure précédente et, enfin, qu'elle ne lui avait remis un certificat de travail qu'en octobre 2004, de plus sous une forme inappropriée et inexacte. Ce faisant, la banque aurait porté atteinte à la personnalité de l'employé, en violation de l'art. 328 CO. Cette violation d'une obligation contractuelle aurait empêché X. de retrouver un emploi avant le 1^{er} mai 2006, de sorte que la banque devait être condamnée à réparer le dommage correspondant au gain manqué par l'employé entre le 30 juin 2003 et le 30 avril 2006.

Par jugement du 14 mars 2008, le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné la banque Y. à payer à X. 489 005 fr. 85 avec intérêts.

Statuant le 10 novembre 2008 sur appel de la banque et appel incident de X., la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement entrepris et débouté le demandeur de toutes

ses conclusions, dans la limite de leur recevabilité. Selon cet arrêt, il ne résulte du dossier aucune atteinte à la personnalité de l'employé qui justifierait l'allocation d'une indemnité «pour tort moral» excédant le montant alloué sur la base de l'art. 337c CO dans la procédure précédente.

C.

X. a formé un recours en matière civile, qui a été rejeté par le Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3. (...)

3.1 En premier lieu, il convient de rappeler quelles sont les conséquences pécuniaires prévues par l'art. 337c CO en cas de résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail: le travailleur a droit à des dommages-intérêts, correspondant à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la fin du contrat de durée déterminée (art. 337c al. 1 CO; ATF 123 V 5 consid. 3b p. 9 et les arrêts cités) ainsi que, sauf cas exceptionnel, à une indemnité représentant au maximum six mois de salaire et fixée en tenant compte de toutes les circonstances (art. 337c al. 3 CO).

Cette indemnité-ci est de même nature et vise les mêmes buts que l'indemnité prévue à l'art. 336a CO en cas de licenciement abusif (ATF 123 V 5 consid. 2a p. 7). La nature juridique de l'indemnité prescrite à l'art. 336a CO – et, partant, de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié – a fait l'objet d'une analyse approfondie dans l'arrêt publié aux ATF 123 III 391. Le Tribunal fédéral a relevé la double finalité – punitive et réparatrice – de l'indemnité. Comme elle est due même si le travailleur ne subit aucun dommage, il ne s'agit pas de dommages-intérêts au sens classique, mais d'une indemnité sui generis, s'apparentant à une peine conventionnelle. Ainsi, parmi les circonstances déterminantes, il faut non seulement ranger la faute de l'employeur, mais également d'autres éléments tels que la durée des rapports de travail, l'âge du lésé, sa situation sociale et les effets économiques du licenciement. Le Tribunal fédéral a aussi précisé qu'en réservant, à l'art. 336a al. 2 in fine CO, les dommages-intérêts que la victime du congé pourrait exiger à un autre titre, le législateur avait simplement laissé ouvert le droit du travailleur de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif du congé.

Cette jurisprudence a eu pour conséquence que, contrairement à ce qui avait été jugé précédemment (ATF 119 II 157 consid. 2b p. 160), le congé abusif ne fonde, en lui-même, aucune prétention supplémentaire à des dommages-intérêts, liés par exemple à une baisse de revenu lors d'une période de chômage subséquente au licenciement; la réserve de l'art. 336a al. 2 2^e phrase CO ne concerne pas les dommages-intérêts dus sur la base d'une autre disposition – singulièrement l'art. 97 CO – mais ceux décou-

lant d'une autre cause, comme par exemple un licenciement assorti de faux renseignements à des tiers (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd. 2006, n° 8 ad art. 336a CO, p. 708; WOLFGANG PORTMANN, *Zur Schadenersatzbemessung im Arbeitsvertragsrecht*, in *Festschrift für Heinz Rey*, 2003, p. 491).

Par ailleurs, les indemnités des art. 336a et 337c al. 3 CO couvrent en principe tout le tort moral subi par le travailleur licencié. Le Tribunal fédéral admet toutefois l'application cumulative de l'art. 49 CO dans des situations exceptionnelles, lorsque l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur est grave au point qu'une indemnité correspondant à six mois de salaire ne suffit pas à la réparer (arrêts 4C.463/1999 consid. 9c, non publié in ATF 126 III 395; 4C.177/2003 du 21 octobre 2003 consid. 4.1; RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 518).

3.2 Comme il le relève à juste titre, le recourant réclame en l'espèce des dommages-intérêts, plus précisément la réparation du gain manqué qu'il considère avoir subi à la suite du licenciement immédiat injustifié du 11 février 2002. La Cour d'appel s'est dès lors méprise en évoquant une indemnité «pour tort moral» dont l'allocation ne serait pas justifiée en sus de l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. Cela étant, il reste à examiner si cette erreur porte à conséquence, autrement dit si le recourant, qui invoque une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 CO, peut prétendre en l'occurrence à des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité contractuelle de l'employeur (art. 97 CO).

La réglementation sur les conséquences d'une résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail ne comporte pas une réserve équivalente à celle de l'art. 336a al. 2 2^e phrase CO. Cependant, telle qu'interprétée dans la jurisprudence (cf. consid. 3.1 supra), cette disposition n'apporte rien de plus que le rappel d'un principe général (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2004, p. 260). L'absence de réserve à l'art. 337c CO n'empêche dès lors pas de tirer un parallèle entre les conséquences pécuniaires d'un licenciement abusif et celles d'un licenciement immédiat injustifié.

A l'instar d'une résiliation abusive, tout congé immédiat qui ne repose pas sur un juste motif comporte une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur. Cette atteinte ouvre les droits précisément décrits à l'art. 337c CO, soit des dommages-intérêts (al. 1) et une indemnité *sui generis* (al. 3) dont il est admis qu'elle peut prendre en compte les effets économiques du licenciement (cf. consid. 3.1 supra). Il faut admettre que ces dispositions règlent exhaustivement, sous l'angle contractuel, les conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié (MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, 2^e éd. 1992, n° 13 ad art. 337c CO). Il s'ensuit que, s'il invoque un dommage supplémentaire tel qu'un gain manqué après l'échéance ordinaire du contrat, le travailleur doit démontrer soit une atteinte aux droits de la personnalité allant au-delà de celle inhérente au caractère injustifié du licenciement, soit la violation, par l'employeur,

d'une obligation contractuelle autre que celle découlant de l'art. 328 CO. Ainsi, l'ancien employeur devra verser des dommages-intérêts à son ancien employé s'il a fourni sur ce dernier des renseignements faux et attentatoires à l'honneur et découragé de la sorte un employeur d'engager la personne en question (cf. arrêt 4C.322/1998 du 11 mai 1999; cf. également arrêt 4C.379/2002 du 22 avril 2003). De même, le refus arbitraire de l'ancien employeur de communiquer des références sur un ancien employé à un employeur intéressé constitue une violation de l'obligation contractuelle de diligence susceptible de donner naissance à une prétention en dommages-intérêts (WYLER, op.cit., p. 312/313).

3.3 (résumé: Dans les circonstances de l'espèce, la remise, seulement après la fin de la première procédure, d'un certificat de travail limité à la durée et à la nature des rapports de travail, ne constitue pas la violation d'une obligation contractuelle de l'employeur. Par ailleurs, en rapport avec le licenciement immédiat injustifié, le recourant n'a pas démontré une atteinte aux droits de la personnalité plus étendue que celle qui a déjà donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts sur la base de l'art. 337c al. 1 CO et d'une indemnité au sens de l'art. 337c al. 3 CO.)

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 avril 2009, Doss.-N° 4A_315/2008 (Rejet du recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre l'ordonnance du Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois du 23 mai 2008 et contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 27 novembre 2008)

328b CO et 93 I LTF. La décision qui ordonne à l'employeur de produire des pièces indiquant les montants annoncés à titre de bonus potentiels ainsi que les copies de courriers adressés aux cadres de l'entreprise ne cause pas de préjudice irréparable.

Extraits des faits:

Le 7 juillet 2006, Y. (intimée) a saisi la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois d'une demande tendant au paiement, par X. SA (recourante), d'un montant total de 351 636 fr. 35, correspondant à des prétentions fondées sur un contrat de travail. Le 22 août 2006, la Caisse Z. est intervenue au procès. Par bordereaux des 7 juillet 2006 et 29 mars 2007, Y. a notamment requis la production par X. SA des pièces nos 153 (copie des lettres adressées à tous les cadres à fin 2004 par X. SA indiquant les montants annoncés à titre de bonus potentiels pour 2005 et des paiements fixes additionnels pour 2005 et copie des courriers adressés aux mêmes cadres par X. SA leur annonçant le montant des bonus potentiels et les paiements fixes additionnels effectivement attribués pour 2005), 157 à 159 (liste des salai-

res des employés de X. SA pour les années 1999, 2004 et 2005) et 163 (plainte pénale déposée à l'encontre de Y. notamment). Par ordonnance sur preuves du 5 novembre 2007, le Juge instructeur de la Cour civile a notamment imparti à X. SA un délai au 15 janvier 2008 pour produire les pièces susmentionnées. Par lettre du 13 février 2008, valant ordonnance de production, le Juge instructeur de la Cour civile a fixé à X. SA un délai au 25 février 2008 pour produire les pièces susmentionnées, faute de quoi il serait passé à la procédure d'exécution forcée, et l'a invitée, le cas échéant, à lui faire savoir dans le même délai si elle s'opposait à l'entrée en ses locaux (art. 230 al. 1^{er} CPC/VD – qui prévoit que si un tiers s'oppose à l'inspection des choses en sa possession ou à l'entrée dans ses locaux, l'expert en réfère au juge qui, après avoir entendu l'intéressé ou l'avoir cité à cet effet, peut, si les circonstances le permettent, ordonner l'ouverture forcée). Par lettre du 9 avril 2008, Y. a requis l'exécution forcée de l'ordonnance de production du 13 février 2008. Par ordonnance du 23 mai 2008, le Juge instructeur de la Cour civile a ordonné l'exécution forcée de l'ordonnance de production du 13 février 2008 (I), chargé l'huissier de la Justice de paix compétent de procéder à l'exécution forcée, soit de recueillir les pièces 153, 157, 158, 159 et 163 en les bureaux de X. SA (II), enjoint les agents de la force publique de concourir à l'exécution s'il y a lieu (III), donné avis à X. SA qu'il serait au besoin procédé à l'ouverture forcée (IV) et dit qu'il serait procédé à l'exécution forcée le vendredi 20 juin 2008 à 9 h 00 (V).

Le 30 mai 2008, X. SA a saisi la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois d'un recours non contentieux à l'encontre de l'ordonnance du 23 mai 2008, concluant principalement à sa réforme en ce sens que l'exécution forcée de l'ordonnance du 13 février 2008 n'est pas ordonnée et, subsidiairement, à son annulation. Par décision du 9 juin 2008, le Président de la Chambre des recours a accordé l'effet suspensif au recours requis par X. SA.

Parallèlement à son recours cantonal, X. SA a interjeté, le 24 juin 2008, un recours en matière civile au Tribunal fédéral, pour le cas où la voie de droit cantonale ne serait pas ouverte. Par ordonnance présidentielle du 26 juin 2008, la procédure de recours au Tribunal fédéral a été suspendue jusqu'à droit connu sur le recours cantonal. Par arrêt du 27 novembre 2008, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours cantonal et retourné le dossier au Juge instructeur de la Cour civile pour qu'il fixe une nouvelle date à laquelle il serait procédé à l'exécution forcée. Le 3 février 2009, la recourante a déposé un «complément au recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire (sic)» au Tribunal fédéral. Reprenant les griefs soulevés dans son écriture du 24 juin 2008, elle concluait, sous suite de frais et dépens de toutes instances, à ce que celui-ci prononce que le recours en matière civile est admis et que l'arrêt du 27 novembre 2008 et l'ordonnance du 23 mai 2008 sont réformés, respectivement annulés, en ce sens qu'aucune exécution forcée n'est

ordonnée à son encontre, respectivement dans ses locaux, pour la production des pièces requises 153, 157, 158, 159 et 163.

Extraits des considérants:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 134 III 235 consid. 1, 379 consid. 1).

1.1 Le recours en matière civile est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF). Si, pour certains griefs, la décision d'un tribunal cantonal supérieur peut être déférée à une autre autorité judiciaire cantonale, cette décision n'est pas de dernière instance pour ce qui concerne les questions susceptibles de ce recours cantonal; faute d'épuisement des voies de recours cantonales, ces questions ne peuvent pas être soulevées dans le cadre du recours en matière civile interjeté contre la décision du tribunal cantonal supérieur. Elles doivent d'abord faire l'objet du recours cantonal avant de pouvoir être soumises, le cas échéant, au Tribunal fédéral (cf. art. 100 al. 6 LTF).

Le recours contre une décision doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF). Cependant, si la décision d'un tribunal cantonal supérieur peut être déférée à une autorité judiciaire cantonale pour une partie seulement des griefs visés aux art. 95 à 98 LTF, le délai de recours commence à courir à compter de la notification de la décision de cette autorité (art. 100 al. 6 LTF).

En l'occurrence, la recourante a déposé d'une part un «recours en matière civile» contre l'ordonnance du Juge instructeur de la Cour civile du 23 mai 2008, d'autre part un «complément au recours en matière civile et recours constitutionnel subsidiaire (sic)» suite à la reddition de l'arrêt de la Chambre des recours du 27 novembre 2008. Dans sa première écriture déposée contre l'ordonnance du 23 mai 2008, elle a invoqué l'interdiction de l'arbitraire, la violation du droit d'être entendu, de la sphère privée et de la liberté du commerce et de l'industrie, moyens qu'elle a «à toutes fins utiles et mutatis mutandis (...) repris et dirigés tels quels» contre l'arrêt du 27 novembre 2008 dans sa seconde écriture.

Dans son arrêt du 27 novembre 2008, la cour cantonale a considéré que le recours prévu à l'art. 230 al. 3 CPC/VD était ouvert; toutefois, l'on ne se trouvait pas dans un cas où le juge refuse de statuer pour des motifs arbitraires, de sorte que le grief de violation du droit fédéral était irrecevable; cela étant, elle a néanmoins relevé que la recourante était en mesure de faire protéger ses secrets d'affaires, sa sphère privée et celle de ses employés en requérant l'application de l'art. 183 CPC/VD.

Il s'ensuit que la recourante était fondée à recourir directement au Tribunal fédéral contre l'ordonnance du 23 mai 2008 pour ce qui est des griefs irrecevables devant la cour cantonale, et de compléter son écriture,

respectivement de la diriger contre l'arrêt de celle-ci du 27 novembre 2008, dans les trente jours suivant sa reddition (cf. art. 100 al. 6 LTF).

1.2 Dans son écriture du 24 juin 2008, la recourante conclut à ce qu'aucune exécution forcée ne soit ordonnée à son encontre, respectivement dans ses locaux, pour la production des pièces requises nos 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162 et 163. L'ordonnance du 23 mai 2008 ne portant que sur la production des pièces nos 153, 157 à 159 et 163, le recours est irrecevable en tant qu'il porte sur celle des autres. La recourante a d'ailleurs corrigé ses conclusions en ce sens dans son écriture du 3 février 2009.

1.3 En l'occurrence, l'arrêt du 27 novembre 2008 confirme l'ordonnance du 23 mai 2008, laquelle ordonne l'exécution forcée, dans les locaux de la recourante, de celle du 13 février 2008, qui ordonne la production des pièces litigieuses. Cette décision, qui ne met pas un terme à la procédure, est incidente.

1.4 La valeur litigieuse pour un recours contre une telle décision est déterminée par le litige principal. En l'espèce, la décision attaquée a été rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF), dans le cadre d'une affaire pécuniaire dont la valeur litigieuse dépasse largement le seuil de 15 000 fr. applicable en matière de droit du travail (art. 74 al. 1 let. a LTF), de sorte que la voie du recours en matière civile est ouverte. Partant, à supposer que la mention «recours constitutionnel subsidiaire» figurant sur la page de garde de l'écriture du 3 février 2009 ne découle pas d'une erreur de plume et que la recourante ait entendu interjeter semblable recours, celui-ci est irrecevable (art. 113 LTF).

1.5 Le recours au Tribunal fédéral contre une décision incidente qui ne concerne ni la compétence, ni une demande de récusation (cf. art. 92 LTF) n'est recevable qu'aux conditions de l'art. 93 al. 1 LTF. Une telle décision ne peut être examinée par le Tribunal de céans que si elle peut causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). La seconde hypothèse n'entrant manifestement pas en considération dans la présente affaire, il convient uniquement d'examiner si le recours est recevable au regard de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

Selon la jurisprudence, un préjudice ne peut être qualifié d'irréparable que s'il cause un inconvénient de nature juridique; tel est le cas lorsqu'une décision finale même favorable à la partie recourante ne le ferait pas disparaître entièrement, en particulier lorsque la décision incidente contestée ne peut plus être attaquée avec la décision finale, rendant ainsi impossible le contrôle par le Tribunal fédéral; en revanche, un dommage de pur fait, tel que la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, n'est pas considéré comme un dommage irréparable de ce point de vue (ATF 135 II 30 consid. 1.3.4 p. 36; 134 III 188 consid. 2.1 p. 190 et consid. 2.2). Cette réglementation est fondée sur des motifs d'économie de

procédure; en tant que cour suprême, le Tribunal fédéral doit en principe ne s'occuper qu'une seule fois d'un procès, et cela seulement lorsqu'il est certain que la partie recourante subit effectivement un dommage définitif (ATF 134 III 188 consid. 2.2; 134 IV 43 consid. 2.1 p. 45).

Les décisions relatives à l'administration des preuves ne sont, en principe, pas de nature à causer aux intéressés un dommage irréparable, tel qu'il vient d'être défini. En effet, la partie qui conteste une décision rendue en ce domaine dans un procès qui la concerne pourra attaquer, le cas échéant, cette décision incidente en même temps que la décision finale (ATF 99 Ia 437 consid. 1 p. 438). La règle comporte certes des exceptions. Il en va ainsi, notamment, quand la sauvegarde de secrets est en jeu; on conçoit en effet que la divulgation forcée de secrets d'affaires est susceptible de léser irrémédiablement les intérêts juridiques de la partie concernée, en tant qu'elle implique une atteinte définitive à sa sphère privée (arrêt 4P.117/1998 du 26 octobre 1998 consid. 1b/bb/aaa, in SJ 1999 I 186).

Il appartient toutefois à la partie recourante d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision préjudicielle ou incidente lui cause un dommage irréparable, à moins que celui-ci ne fasse d'emblée aucun doute (ATF 134 III 426 consid. 1.2 p. 429; 133 III 629 consid. 2.3.1).

En l'espèce, la recourante soutient que la décision attaquée lui causerait un préjudice irréparable. A cet égard, elle plaide en substance que les pièces litigieuses – en réalité les pièces nos 153 et 157 à 159, à l'exclusion de la pièce n° 163 en rapport avec laquelle la recourante n'allègue pas le risque de dommage irréparable, d'où l'irrecevabilité de son recours dans cette mesure – relèveraient de la sphère privée des collaborateurs, protégée par les art. 28 CC, 328 et 328b CO, et que leur production occasionnerait un préjudice irréparable pour elle et les collaborateurs tiers dont elle doit protéger la personnalité.

Il est douteux que cette motivation suffise à démontrer l'existence d'un risque concret, qui n'apparaît par ailleurs pas évident, compte tenu de l'art. 183 CPC/VD, dont l'application permet de concilier droit à la preuve et respect du secret par le biais du caviardage (cf. HALDY, La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, in *La preuve dans le procès civil*, 2000, p. 101 ss, spéc. p. 104), et ainsi de préserver l'anonymat des personnes concernées. Quoi qu'en dise la recourante, le fait que «le nombre de cadres de (la recourante) est loin d'être amplissime, si bien que le montant de tel ou tel bonus pourrait facilement être rattaché par (l'intimée), respectivement la concurrence à laquelle elle pourrait s'adresser, à telle ou telle personne membre de la direction opérationnelle comme administrative de l'entreprise», ne constitue à cet égard pas un risque caractérisé, étant de surcroît relevé que l'intimée doit bien être en mesure de prouver les prétentions qu'elle élève.

La recevabilité du recours est ainsi sujette à caution. La question peut toutefois demeurer indécise, le recours étant de toute façon infondé, pour les raisons qui seront brièvement exposées infra.

2.

2.1 Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), y compris les droits constitutionnels (ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382). Il ne peut par contre pas être interjeté pour violation du droit cantonal en tant que tel; en revanche, il est possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (ATF 134 II 349 consid. 3 p. 352; 133 III 462 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF). Les exigences en matière de motivation correspondent à celles prévues à l'art. 90 al. 1 let. b OJ pour l'ancien recours de droit public, ce qui suppose que les moyens soient expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée dans le mémoire de recours, sous peine d'irrecevabilité (ATF 134 I 83 consid. 3.2; 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287 s).

2.2 Saisi d'un tel recours, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF) sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils l'ont été de façon manifestement inexacte – notion qui correspond à celle d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 134 V 53 consid. 4.3) – ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et pour autant que la correction du vice soit susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Si la partie recourante entend s'écarter des constatations de fait de l'autorité précédente, elle doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l'art. 105 al. 2 LTF seraient réalisées. A ce défaut, un état de fait divergent de celui de la décision attaquée ne peut être pris en compte (ATF 133 IV 286 consid. 6.2). Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de l'arrêt attaqué (art. 99 al. 1 LTF).

3.

La recourante se plaint d'une violation de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), de la sphère privée (art. 13 Cst.) et de la liberté du commerce et de l'industrie, soit de la liberté économique (art. 27 Cst.).

3.1 Insuffisamment motivés, dès lors que la recourante se limite pour l'essentiel à présenter des développements théoriques, les trois derniers griefs sont irrecevables (cf. consid. 2.1).

3.2 Reste à examiner le moyen tiré de la prétendue violation de l'interdiction de l'arbitraire.

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst., lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une

norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat, ce qu'il appartient à la partie recourante de démontrer en vertu de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 134 I 263 consid. 3.1 p. 265 s.).

La recourante soutient en substance que les décisions entreprises seraient arbitraires en tant qu'elles méconnaîtraient intégralement les intérêts protégés de tiers non parties au procès, soit les autres salariés de l'entreprise, en violation de l'art. 328 CO; par ailleurs, il serait arbitraire de ne pas avoir appliqué l'art. 178 al. 2 CPC/VD, dès lors que les pièces dont la production était requise seraient englobées, ou reprendraient, des éléments de «nature confidentielle» échangés avec des tiers, soit avec ses employés, et relevant de la protection de la sphère privée protégée par les art. 28 et 328 CO. A cet égard, la recourante fait en tout état toutefois fi de la possibilité prévue par l'art. 183 CPC/VD, ce qui scelle le sort du grief.

La recourante reproche en outre aux précédents juges d'avoir commis arbitraire en ne refusant pas d'ordonner la production des pièces litigieuses, compte tenu du défaut de pertinence de la preuve (art. 179 let. a CPC/VD), les montants allégués par l'intimée étant «dépourvus de toute pertinence, sur le principe d'ailleurs comme sur leur quotité»; dans ce contexte, elle estime qu'il aurait été observé à tort qu'elle aurait dû faire valoir ses objections à l'audience préliminaire avant que ne soit rendue l'ordonnance sur preuves, puisque ses déterminations dans les écritures (notamment réponse) faisaient déjà part de cette objection, d'ailleurs renouvelée lors de l'audience préliminaire. En l'occurrence, il apparaît qu'après avoir dûment interpellé l'intimée lors de l'audience préliminaire, le Juge instructeur de la Cour civile a admis la pertinence des pièces en question. A ce stade, l'on ne décèle pas en quoi résiderait l'arbitraire, étant précisé que l'argument tiré de l'absence de pertinence des pièces requises pourra en tout état être invoqué contre le jugement au fond, qui serait par hypothèse fondé à tort sur celles-ci (cf. arrêt 4P.117/1998 du 26 octobre 1998 consid. 1b/bb/bbb, in SJ 1999 I 186).

La recourante soutient encore que les précédents juges auraient arbitrairement méconnu le CPC/VD en ce sens qu'aucune disposition ne permettant de cumuler les déductions de l'art. 181 al. 2 et celles des art. 182 ss CPC/VD, dans la mesure où elle ne niait pas posséder le titre, mais refusait de le produire. Elle ne démontre cependant pas en quoi l'application analogique de ces dispositions serait arbitraire.

4.

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être rejeté dans la faible mesure de sa recevabilité.

Bundesgericht, Urteil vom 12. Mai 2009, Doss.-Nr. 4A_140/2009 (Bestätigung des Zirkulationsbeschlusses des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2009 sowie des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. August 2007)

Ein Arbeitgeber, dessen Arbeitnehmerin von ihrem Hausarzt krankgeschrieben wurde, hätte – selbst wenn der Nachweis gelänge, dass die Arbeitnehmerin entgegen den Angaben im Arztzeugnis ganz oder zumindest teilweise arbeitsfähig war – zusätzlich den Nachweis zu erbringen, dass sich die Arbeitnehmerin ihrer Arbeitsfähigkeit bewusst war. Nur wenn die Arbeitnehmerin bewusst ein unzutreffendes Arztzeugnis als Vorwand benutzt hätte, stellt sich die Frage, ob ihr Verhalten allenfalls als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle i.S.v. OR 337d zu qualifizieren wäre oder ob ihre Verfehlung derart schwer wiegt, dass dem Arbeitgeber eine Weiterführung des bereits gekündigten Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden könnte (OR 337) (E. 5.4).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdegegnerin) arbeitete ab 1. August 2004 als Handarbeits- und Zeichenlehrerin bei der X. AG (Beschwerdeführerin) mit einem Unterrichtspensum von 12 Lektionen pro Woche, welche sie jeweils am Donnerstag und Freitag erteilte. Daneben war sie als Künstlerin tätig und unterhielt ein Atelier. Am 18. Januar 2005 kündigte sie das Arbeitsverhältnis fristgerecht auf Ende des Schuljahrs 2004/2005. Sie behauptet, nach erfolgter Kündigung habe sich die Arbeitssituation verschlechtert, was zu gesundheitlichen und psychischen Problemen geführt habe. Ab 18. Mai 2005 war die Beschwerdegegnerin während drei Tagen arbeitsunfähig, was sie mit einem Zeugnis ihres Hausarztes dokumentierte. Am 6. Juni 2005 suchte sie die Mobbing-Beratungsstelle Zürich auf. Am 14. Juni 2005 konsultierte sie erneut ihren Hausarzt, der sie ab diesem Datum für voraussichtlich fünf Wochen und damit bis zum Ende des Schuljahres 2004/2005 arbeitsunfähig schrieb. Am Donnerstag, den 16. Juni 2005, an einem Tag, an welchem die Beschwerdegegnerin ihre Lektionen zu erteilen gehabt hätte, hielt sie sich in ihrem Atelier auf. Sie wurde von einem unbekanntem Mann aufgesucht, einem von der Beschwerdeführerin beauftragten Privatdetektiven, wie sich später herausstellte, der sich über ihre Arbeiten, aber auch nach ihrem Befinden erkundigte. Laut Bericht des Detektivs erklärte die Beschwerdegegnerin, sie würde auch Freitag, den 17. Juni 2005, im Atelier weilen. Sie schätze sich glücklich, schon seit einiger Zeit nicht mehr krank gewesen zu sein. Mit Schreiben vom 22. Juni 2005 stellte sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin habe am 14. Juni 2005 ihre Stelle vorsätzlich und fristlos verlassen. Für den Fall, dass dem nicht so gewesen sein sollte, sprach die Beschwerdeführerin

mit diesem Schreiben die fristlose Entlassung aus. Gleichzeitig wurde die Beschwerdegegnerin aufgefordert, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Dieser Aufforderung kam die Beschwerdegegnerin nach, fand sich am 30. Juni 2005 zur Untersuchung beim Vertrauensarzt ein und entband diesen von seiner Schweigepflicht. Mit Schreiben vom 5. Juli 2005 gab der Vertrauensarzt sein Mandat zurück, weil er mit dem Hausarzt der Beschwerdegegnerin freundschaftlich verbunden sei. Der Aufforderung, sich zu einer neuen Untersuchung bei einem anderen Vertrauensarzt einzufinden, kam die Beschwerdegegnerin nicht nach.

Mit Eingabe vom 22. September 2005 verlangte die Beschwerdegegnerin von der Beschwerdeführerin vor dem Arbeitsgericht Zürich Fr. 8600.– als Schadenersatz und mindestens Fr. 13 760.– als Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung. Die Beschwerdeführerin erhob Widerklage und verlangte nach einer Reduktion ihres Begehrens schliesslich Fr. 5979.70 als Entschädigung für das fristlose Verlassen der Arbeitsstelle, für Sachschaden, diverse Abklärungen und die Organisation einer Ersatzbesetzung als Handarbeitslehrerin. Mit Urteil vom 26. September 2006 hiess das Arbeitsgericht die Klage gut, sprach der Beschwerdegegnerin Fr. 22 360.– zu und wies die Widerklage ab. Gleich entschied auf Berufung der Beschwerdeführerin das Obergericht des Kantons Zürich am 27. August 2007. Die gegen diesen Beschluss erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 9. Februar 2009 ab, soweit es darauf eintrat. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, die Entscheide des Kassationsgerichts und des Obergerichts aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

Aus den Erwägungen:

5.

Materiell geht es der Beschwerdeführerin im Wesentlichen darum aufzuzeigen, dass das Zeugnis des Hausarztes der Beschwerdegegnerin nicht zutrefte und die Beschwerdegegnerin objektiv voll arbeitsfähig gewesen sei.

5.1 Behauptet der Arbeitnehmer, infolge Krankheit an der Arbeit verhindert zu sein, trifft ihn dafür die Beweislast. Er kann grundsätzlich nur Lohn beanspruchen, wenn ihm dieser Nachweis gelingt. Die Beschwerdeführerin behauptet allerdings, die Beschwerdegegnerin habe die Arbeitsstelle fristlos verlassen, und sie hat überdies eine fristlose Entlassung ausgesprochen. Da das Arbeitsverhältnis mit der fristlosen Entlassung selbst dann endet, wenn sich diese als ungerechtfertigt erweist, war die Beschwerdegegnerin ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Arbeitsleistung verpflichtet. Für die Behauptung, die Beschwerdegegnerin habe die Arbeitsstelle fristlos verlassen oder Anlass zur fristlosen Kündigung gegeben,

trägt die Beschwerdeführerin die Beweislast. Misslingt dieser Beweis, stehen der Beschwerdegegnerin die Ansprüche gemäss Art. 337c OR zu.

5.2 Fristloses Verlassen der Arbeitsstelle im Sinne von Art. 337d OR setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die weitere Erbringung seiner Arbeitsleistung bewusst, absichtlich und endgültig verweigert (BGE 121 V 277 E. 3a S. 281; 112 II 41 E. 2 S. 49; je mit Hinweisen). Wird das Verlassen der Arbeitsstelle mit einer Krankheit begründet und bestehen Zweifel daran, ob der Arbeitnehmer tatsächlich krank ist, kann der Arbeitgeber nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, selbst wenn der Arbeitnehmer seine Behauptung nicht mit einem Arztzeugnis belegt, nicht einfach die Kündigung aussprechen, sondern er hat den Arbeitnehmer zur Wiederaufnahme der Arbeit oder zur Einreichung eines Arztzeugnisses anzuhalten, es sei denn, aufgrund der gesamten Umstände erscheine dies von vornherein als sinnlos (Bundesgerichtsurteile 4C.339/2006 vom 21. Dezember 2006 E. 2.1; 4C.327/1994 vom 3. Januar 1995 E. 2b/bb). Reicht der Arbeitnehmer ein Arztzeugnis ein, ist nach Treu und Glauben grundsätzlich nicht davon auszugehen, er wolle die Arbeitsstelle fristlos verlassen. Hegt der Arbeitgeber Zweifel an der Richtigkeit des Arztzeugnisses, kann er aber verlangen, dass dessen Richtigkeit von einem Vertrauensarzt überprüft wird (Urteil des Bundesgerichts 4P.102/1995 vom 12. Dezember 1995 E. 3b/aa mit Hinweisen).

5.3 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Eine fristlose Entlassung ist nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist, und andererseits auch tatsächlich zu einer derartigen Zerstörung oder Erschütterung des gegenseitigen Vertrauens geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, so müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein (BGE 130 III 28 E. 4.1 S. 31; 213 E. 3.1 S. 220 f.; 129 III 380 E. 2.1 S. 382 mit Hinweisen). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 127 III 153 E. 1a S. 155; 116 II 145 E. 6a S. 150).

5.4 Fest steht, dass die Beschwerdegegnerin von ihrem Hausarzt für voraussichtlich fünf Wochen krankgeschrieben wurde. Ob die Einschätzung des Hausarztes zutrifft, ist streitig. Auf diese Frage konzentriert sich im Wesentlichen die Beschwerdeschrift. Selbst wenn aber der Nachweis gelänge, dass die Beschwerdegegnerin entgegen den Angaben im Arztzeugnis tatsächlich ihrer Arbeit bei der Beschwerdeführerin bis Ende

Schuljahr ganz oder teilweise hätte nachkommen können, würde dies allein der Beschwerdeführerin nichts nützen. Sie müsste, wie auch die kantonalen Gerichte zutreffend festhalten, zusätzlich den Nachweis erbringen, dass sich die Beschwerdegegnerin dessen bewusst war. Nur wenn die Beschwerdegegnerin bewusst ein unzutreffendes Arztzeugnis als Vorwand benutzt hätte, stellt sich die Frage, ob ihr Verhalten allenfalls als fristloses Verlassen der Arbeitsstelle zu qualifizieren wäre oder ob ihre Verfehlung derart schwer wiegt, dass der Beschwerdeführerin eine Weiterführung des bereits gekündigten Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden könnte. Soweit dieser Nachweis nicht gelingt, kann die Beschwerdeführerin das Fernbleiben von der Arbeit mit Hinweis auf das Arztzeugnis keinesfalls als Verlassen der Arbeitsstelle qualifizieren. Glaubte die Beschwerdegegnerin, das Zeugnis treffe zu, läge ein allfälliger Fehler beim Hausarzt. Anlass für eine fristlose Kündigung bestünde damit nicht.

5.5 Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, die Beschwerdegegnerin habe sich bewusst ein falsches Arztzeugnis ausstellen lassen, Entsprechendes hat die Vorinstanz aber nicht festgestellt. Die blossе Behauptung genügt nicht, um die Sachverhaltsfeststellung in diesem Punkt als offensichtlich unrichtig oder unvollständig auszuweisen, so dass es bei den tatsächlichen Feststellungen der angefochtenen Entscheide sein Bewenden hat (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Selbst wenn sich das Zeugnis des Hausarztes als objektiv falsch erwiese, wäre damit der Nachweis, dass dies der Beschwerdegegnerin bewusst oder von ihr gar beabsichtigt war, nicht erbracht.

5.5.1 Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Atelier gearbeitet, während sie gemäss Zeugnis arbeitsunfähig war. Wenn ein Arzt seinem Patienten zu Händen des Arbeitgebers eine volle Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, bezieht sich dies auf die vom Arbeitnehmer an dieser Arbeitsstelle zu verrichtende Tätigkeit. Geht der Arbeitnehmer mehreren Beschäftigungen nach, ist sehr wohl denkbar, dass er für die an der einen Arbeitsstelle zu verrichtenden Tätigkeiten 100% arbeitsunfähig ist, während seine Tätigkeit an der anderen Arbeitsstelle nicht in gleichem Mass beeinträchtigt wird. Zwar kann bisweilen aus dem Verhalten des Arbeitnehmers auf sein Wissen um seine Arbeitsfähigkeit geschlossen werden (beispielsweise wenn ein wegen Knieschmerzen krankgeschriebener Arbeitnehmer das Dach repariert, zit. Urteil 4P.102/1995 E. 3b/aa). Dies setzt aber voraus, dass sich die Fähigkeit, die an der Arbeitsstelle zu verrichtende Arbeit auszuführen, aus der tatsächlich entfalteteten Tätigkeit ableiten lässt.

5.5.2 Aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin in der Lage war, in ihrem Atelier zu arbeiten, folgt indessen nicht, dass sie ebenso die vertraglich vereinbarten Unterrichtsstunden hätte leisten können. Ein geordneter Unterricht setzt voraus, dass der Unterrichtende für die gesamte Unterrichtsdauer zur Verfügung steht. Er kann seine Arbeitszeit nicht nach Belieben einteilen, was gerade dann von massgebender Bedeutung ist, wenn im Zustand des Betroffenen Schwankungen auftreten. Wenn die

Beschwerdegegnerin ihren Hausarzt aufgesucht hat, weil sie (zu Recht oder zu Unrecht) davon ausging, die Verschlechterung ihrer Arbeitssituation habe zu gesundheitlichen und psychischen Problemen geführt, ist ohne Weiteres möglich, dass sie, wie im Zeugnis attestiert, bezüglich dieser Arbeitsstelle nicht arbeitsfähig war, einer anderen Arbeit, bei der sie diesen Belastungen nicht ausgesetzt war, aber nachgehen konnte. Aus der Tatsache, dass sie eine Tätigkeit ausübte, die mit der von ihr als problematisch empfundenen Arbeitssituation in keinem Zusammenhang steht, folgt nicht, dass sie die ihr bei der Beschwerdeführerin obliegenden Aufgaben hätte erfüllen können und damit auch nicht, dass sie bewusst ein unzutreffendes Zeugnis verwendet hätte. Weder die Tatsache, dass sie die Begutachtung durch den zweiten Vertrauensarzt verweigerte, noch ihre dem Detektiv gegenüber gemachte Aussagen lassen die Beweiswürdigung der kantonalen Instanzen als offensichtlich unzutreffend erscheinen. Der Untersuchung durch den ersten Vertrauensarzt hat sich die Beschwerdegegnerin unterzogen, obwohl die Beschwerdeführerin die fristlose Entlassung bereits ausgesprochen hatte. Die Aussage, sie sei schon seit einiger Zeit nicht mehr krank gewesen, bildet zwar ein Indiz für die Behauptung der Beschwerdeführerin. Andererseits ist durchaus nachvollziehbar, dass eine Person ihre Probleme mit dem Arbeitgeber vor angeblichen Geschäftskunden nicht offen legt und namentlich psychische Erkrankungen nicht mit Fremden diskutiert. Da das Gericht die Plausibilität der Beweismittel zu würdigen hat, kann es diese Tatsache berücksichtigen, auch wenn sie nicht explizit behauptet worden sein sollte. Der Einwand, es sei mindestens ebenso wahrscheinlich, dass eine Person offen über derartige Probleme spreche, ist nicht stichhaltig, da ein Beweis erst als erbracht gilt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324).

5.6 Da eine blossе Fehldiagnose des Hausarztes keine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag, kann offen bleiben, ob die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorlag, und ist auf die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerdeschrift nicht einzutreten, zumal bezüglich der Höhe des zugesprochenen Betrages keinerlei substantiierte Einwendungen erhoben werden. Ohne Bedeutung ist auch die beanstandete Feststellung, es handle sich beim Abklärungsbesuch nicht um einen Krankenbesuch unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers.

6.

Soweit die Beschwerdeführerin Ersatz für die Aufwendungen im Zusammenhang mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung verlangt, erfolgte die Abweisung der Widerklage zu Recht, da die Beschwerdeführerin die Schäden selbst durch die ungerechtfertigte fristlose Entlassung verursacht hat. Davon nicht betroffen sind demgegenüber die Posten für den an den Schulräumlichkeiten angeblich entstandenen Schaden. Die Beschwerdeführerin behauptet, sie habe den Schaden nach ihren Möglichkeiten mit Blick auf

die im Prozess geltende Untersuchungsmaxime hinreichend substantiiert. Sie zeigt aber nicht mit Aktenhinweisen auf, dass sie im kantonalen Verfahren hinreichende prozesskonforme Behauptungen aufgestellt und Beweismittel angeboten hat. Überdies sind die Parteien auch unter der Geltung der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime (Art. 343 Abs. 4 OR) nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Sie tragen die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhalts. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Pflicht zur Mitwirkung und Beweisführung hinzuweisen und sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (BGE 107 II 233 E. 2c S. 236; vgl. auch BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f.; je mit Hinweisen).

7.

Damit ist die Beschwerde insgesamt abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 18 mai 2009, Doss.-N° 4A_132/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 13 février 2009 par la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève)

337b CO. Lorsque la résiliation immédiate est donnée par le travailleur, la jurisprudence a considéré qu'il y avait justes motifs notamment en cas d'atteinte grave aux droits de la personnalité de ce dernier, consistant par exemple dans le retrait d'une procuration sans que ce soit justifié par l'attitude du travailleur, dans une modification unilatérale ou inattendue de son statut qui n'est pas liée à des besoins de l'entreprise ou à l'organisation du travail, voire à des manquements du travailleur (c. 3.1.1).

337 I et 337b CO. La circonstance d'avoir retiré sans nécessité au travailleur un important portefeuille de clients constitue une atteinte grave aux droits de la personnalité de celui-ci. La cour cantonale n'a donc pas abusé du pouvoir d'appréciation que lui confère 337 I CO en admettant l'existence d'un juste motif de résiliation en faveur du travailleur (c. 3.1.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 11 janvier 2006, X. SA (ci-après: X.), société active dans le domaine du courtage en assurances, a engagé pour une durée indéterminée Y., avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2006, en qualité de «responsable des risques spéciaux et internationaux». Le contrat pouvait

être résilié par chacune des parties, moyennant un préavis écrit de trois mois (art. 1). Le 1^{er} décembre 2006, X. a adressé à Y. un courrier à contre-signer valant avenant au contrat de travail, à teneur duquel l'employeur déclarait singulièrement retirer au destinataire l'ensemble du portefeuille provenant de A. et substituer le client «V. SA» au client «Institut W.» provenant du portefeuille C.; l'employeur rappelait encore à l'employé qu'il était tenu de participer à l'ensemble des réunions et de suivre les cours de formation continue. Il a été constaté que le travailleur n'a pas signé cet avenant. Le 20 décembre 2006, X. a remis en mains propres à Y. deux avis de résiliation du contrat de travail, l'un avec effet au 31 janvier 2007, l'autre prenant effet au 31 mars 2007. Libellés de la même manière, ils invoquaient comme motif de congé le fait que le travailleur n'avait pas atteint ses objectifs au cours de l'année 2006. Il y était encore précisé que les modalités d'une nouvelle collaboration avec changement du mode de rémunération seraient fixées lors d'une prochaine réunion. Par courrier du 27 décembre 2006, l'employeur a enjoint le travailleur de ne plus se rendre auprès de clients de X. sans être accompagné soit du directeur général et administrateur A., soit du directeur administratif B., de restituer les clés du bureau et de fournir la liste des clients approchés en 2006 ainsi que celle des «appels d'offres effectués, par compagnie, dans le courant de cette année ».

Par pli recommandé également daté du 27 décembre 2006 et remis à la poste le même jour, Y. a donné son congé sans délai au vu de la détérioration des conditions de travail. Il a fait grief à l'employeur d'avoir supprimé unilatéralement en septembre 2006 les avances sur commissions dues mensuellement au titre de son activité d'«agent 1: Y.», réduisant de la sorte sa rémunération de moitié, et de lui avoir remis l'avenant du 1^{er} décembre 2006, qu'il s'est refusé à signer car il impliquait le retrait intégral d'un gros portefeuille de clients confiés par X. X. a répondu au travailleur le 29 décembre 2006 qu'il était tenu de respecter les délais de congé légaux et l'a invité à se présenter à son poste de travail le 3 janvier 2007 pour convenir d'un entretien avec A. Dans une écriture du 11 janvier 2007, X. a déclaré accepter «à bien plaisir» la résiliation du contrat pour le 31 janvier 2007, non sans demander à Y. de se présenter à son poste jusque-là et de cesser tout démarchage de clients de X., en particulier auprès de la société «V. SA». Le 22 janvier 2007, Y., par l'entremise de son conseil, a indiqué à X. qu'il maintenait les termes de son courrier du 27 décembre 2006, qui valait résiliation du contrat de travail avec effet immédiat pour justes motifs.

Par demande du 29 juin 2007, X. a ouvert action contre Y. devant la juridiction prud'homale genevoise. Y. a conclu au rejet des conclusions de la demande et a pris des conclusions reconventionnelles. Par jugement du 15 juillet 2008, le Tribunal de la juridiction des prud'hommes, statuant sur les conclusions de la demande, a considéré que le défendeur ne pouvait se voir reprocher d'avoir enfreint la clause de non-sollicitation de son contrat

dans la mesure où il n'avait pas incité d'apporteur d'affaires à le suivre après la résiliation de son contrat, de sorte que la peine conventionnelle n'était pas due par l'employé. Il a jugé que la demanderesse n'avait pas prouvé être créancière du défendeur de 13 284 fr. 50 pour des avances payées en trop, ni avoir subi des dommages par 40 000 fr. et 50 000 fr. Comme seul un client confié par X. (i.e. T. SA) avait été démarché par le défendeur, la demanderesse avait droit au 150% de la prime annuelle d'assurance versée par ladite société en application de l'art. 9.2 du contrat de travail, soit 5583 fr. 40 avec intérêts à 5% l'an dès le 15 mai 2007 (ch. 4 du dispositif). Examinant la reconvention, le Tribunal de la juridiction des prud'hommes l'a déclarée irrecevable en tant qu'elle avait traité des prétentions dont U. Sàrl était titulaire, faute de qualité pour agir du défendeur. X. n'ayant pas contesté avoir conservé deux des clients apportés par le défendeur, ce dernier avait droit au 30% des commissions annuelles générées par ces mandats, soit 845 fr. 90. Le tribunal a enfin retenu que le défendeur était fondé à résilier abruptement son contrat de travail pour justes motifs et qu'il avait droit à l'intérêt positif à l'exécution de ce contrat, soit 21 600 fr. correspondant au 3/12^e du salaire obtenu en 2006. Les conclusions reconventionnelles ont donc été admises à concurrence de 22 445 fr. 90 avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} janvier 2007 (ch. 5 du dispositif), l'employeur devant au surplus remettre à l'employé un certificat de travail ainsi qu'un certificat de salaire (ch. 6 du dispositif).

Saisie d'un appel principal de la demanderesse et d'un appel incident du défendeur, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève, par arrêt du 13 février 2009, a annulé le chiffre 4 du dispositif du jugement attaqué et confirmé cette décision pour le surplus. Contrairement aux premiers juges, la cour cantonale a constaté que le client T. SA n'avait pas quitté X., ce que la demanderesse avait d'ailleurs admis, si bien que les conditions d'une indemnisation de la demanderesse au sens de l'art. 9.2 du contrat de travail, par 5583 fr. 40, n'étaient pas réalisées. Pour le reste, la Cour d'appel a adopté les motifs du jugement attaqué, considérant en particulier que le défendeur était fondé à considérer que la poursuite des relations de travail ne pouvait plus être exigée de lui après que l'employeur lui a retiré unilatéralement l'intégralité du portefeuille de A., tout en maintenant les objectifs fixés et en laissant le travailleur dans l'incertitude quant à sa rémunération.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité. Elle requiert, principalement, que cette décision soit annulée et qu'il soit prononcé que le défendeur est condamné à payer à la demanderesse la somme de 100 000 fr. plus intérêts à 5% l'an dès le 29 décembre 2006 correspondant à la peine conventionnelle convenue entre parties, ainsi que le montant de 13 284 fr. 50 avec les mêmes intérêts à titre de restitution de commissions payées d'avance. Subsidiairement, la recourante sollicite le renvoi de la cause à la Cour d'appel pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Extraits des considérants:

2.

Il est constant que les parties ont conclu le 11 janvier 2006 un contrat de travail et que celui-ci était de durée indéterminée. Ce contrat pouvait être résilié par chacune des parties avec observation d'un délai de congé de trois mois (résiliation ordinaire de l'art. 335 al. 1 CO) ou immédiatement pour de justes motifs (résiliation extraordinaire de l'art. 337 CO).

3.

Dans son premier moyen, la recourante reproche à l'autorité cantonale d'avoir transgressé les art. 337 CO et 337b CO. Elle conteste que le retrait du portefeuille de A. ait constitué pour le travailleur un juste motif de résiliation immédiate, du moment que ce retrait a été décidé afin de sauvegarder les intérêts de la demanderesse, mis à mal par la mauvaise gestion et le manque de performance du défendeur, et qu'il a été effectué en application de l'art. 3 let. b du contrat de travail. Or, la faute du défendeur aurait été corroborée par les enquêtes et par les preuves administrées. La demanderesse prétend que le maintien des objectifs assignés au travailleur impliquait un engagement accru de sa part sur son portefeuille «agent 1». Elle allègue que le comportement qu'elle a adopté envers le travailleur ne saurait constituer une faute grave susceptible de justifier une résiliation abrupte des rapports de travail. En ce qui concerne l'invitation qui a été faite au défendeur de ne plus se rendre auprès des clients sans être accompagné des directeurs A. ou B., elle serait conforme aux dispositions habituelles qui sont prises durant le délai de résiliation d'un contrat de travail. La violation de l'art. 337b CO résulterait du fait que la cour cantonale a accordé une indemnité de 21 600 fr. au défendeur, alors qu'il avait résilié sans motifs le contrat qui le liait à la demanderesse.

3.1

3.1.1 Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (cf. art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 221).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Le Tribunal fédéral revoit avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale; il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation,

ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits, qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 127 III 310 consid. 3, 351 consid. 4a et les arrêts cités).

Lorsque – comme c'est le cas en l'occurrence – la résiliation immédiate est donnée par le travailleur, la jurisprudence a considéré qu'il y avait justes motifs notamment en cas d'atteinte grave aux droits de la personnalité de ce dernier, consistant par exemple dans le retrait d'une procuration sans que ce soit justifié par l'attitude du travailleur, dans une modification unilatérale ou inattendue de son statut qui n'est pas liée à des besoins de l'entreprise ou à l'organisation du travail, voire à des manquements du travailleur (arrêts du Tribunal fédéral 4C.119/2002 du 20 juin 2002 consid. 2.2, 4C.240/2000 du 2 février 2001 consid. 3b/aa et 4C.212/1992 du 7 octobre 1992 consid. 3, in SJ 1993 p. 370).

3.1.2 In casu, il a été retenu en fait (art. 105 al. 1 LTF) qu'avant que la demanderesse ne résilie le contrat de travail du défendeur par un congé ordinaire le 20 décembre 2006, elle lui a retiré unilatéralement, par pli du 1^{er} décembre 2006, l'ensemble du portefeuille de clients provenant du directeur de X. A., dont les primes représentaient un montant de 934 946 fr. 40. Si l'on additionne la valeur totale des primes générées par les trois portefeuilles initialement confiés par l'employeur au travailleur en vertu de l'accord du 11 janvier 2006, on obtient une somme de 3 798 019 fr. 40 (934 946 fr. 40 + 2 824 211 fr. + 38 862 fr.). On voit donc que le portefeuille repris au défendeur correspondait à près de 25% des primes d'assurance produites par les affaires confiées, ce qui est conséquent. Or ce portefeuille a été retiré à l'intimé sans qu'aucune compensation ne lui ait été accordée (sous forme, par exemple, d'attribution d'autres clients) et sans que les objectifs qui lui avaient été assignés contractuellement, arrêtés à un apport de clientèle suscitant 200 000 fr. de primes annuelles dont la moitié encaissée avant la fin 2006, aient été revus à la baisse. Il n'apparaît nullement que l'organisation du travail au sein de X. ait pu expliquer la mesure qui a été ainsi décidée. La demanderesse n'a établi aucun élément montrant que le besoin de l'entreprise exigeait impérativement ce remaniement des tâches confiées.

La recourante tente de démontrer que cette modification radicale et non concertée du statut du travailleur pouvait se justifier au regard de l'art. 3 let. b de son contrat, étant donné que le travailleur s'était rendu coupable de mauvaise gestion, voire avait commis une faute professionnelle. Certes, la demanderesse avait fait grief au défendeur le 29 septembre 2006 de n'avoir pas été assez performant en n'ayant pas généré suffisamment de commissions. Mais le travailleur, par une écriture du 2 octobre 2006, a contesté sur-le-champ le calcul effectué par X. et déclaré que ses objectifs seraient atteints pour 2006 à considérer les affaires qu'il avait

traitées jusque-là. La recourante n'a jamais répondu à ce courrier, ce qui est un indice que les reproches adressés au travailleur étaient immérités. En ce qui concerne une éventuelle faute professionnelle imputable à l'intimé, on n'en voit pas trace. L'allégation que certains clients inconnus n'auraient pu atteindre le défendeur pendant les premiers mois de 2006 n'est étayée par aucun élément probant.

Dans ce contexte, la circonstance d'avoir retiré le 1^{er} décembre 2006 sans nécessité au travailleur un important portefeuille de clients constituait une atteinte grave aux droits de la personnalité du défendeur, au sens de la jurisprudence fédérale susrappelée. La cour cantonale n'a donc aucunement abusé du pouvoir d'appréciation que lui confère l'art. 337 al. 1 CO en admettant l'existence, du côté de l'intimé, d'un juste motif de résiliation sans délai de son contrat de travail.

3.2

3.2.1 D'après l'art. 337b al. 1 CO, si les justes motifs de la résiliation immédiate du contrat consistent dans son inobservation par l'une des parties, celle-ci doit réparer intégralement le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant des rapports de travail. Le dommage couvert par l'art. 337b al. 1 CO correspond à l'ensemble des préjudices financiers qui sont dans un rapport de causalité adéquate avec la fin anticipée du contrat de travail (ATF 133 III 657 consid. 3.2; 123 III 257 consid. 5a p. 258). Le travailleur peut ainsi réclamer la perte de gain consécutive à la résiliation prématurée des rapports de travail, ce qui correspond au montant auquel peut prétendre un salarié injustement licencié avec effet immédiat en application de l'art. 337c al. 1 et 2 CO (ATF 133 III 657 consid. 3.2 et les références doctrinales).

3.2.2 Dans le cas présent, le défendeur, ainsi qu'on vient de le voir, a résilié abruptement son contrat de travail parce que la demanderesse lui avait unilatéralement retiré un portefeuille important de clients, lequel lui avait été confié conformément à l'art. 3 let. b de l'accord conclu le 11 janvier 2006. Partant, la recourante, qui a violé cette convention, doit indemniser l'intimé sur la base de l'art. 337b al. 1 CO.

L'autorité cantonale a alloué à ce titre 21 600 fr. au défendeur, somme correspondant au 3/12^e du salaire qu'il avait perçu en 2006. Dès l'instant où le délai de congé ordinaire était de trois mois, le montant accordé représente la rémunération que le défendeur aurait touchée si son contrat avait pris fin à l'échéance du délai trimestriel prévu par la convention. Ce calcul résiste manifestement à la critique.

Le moyen fondé sur une violation des art. 337 et 337b CO est sans fondement.

4.

4.1 A suivre la recourante, la volonté des parties, lorsqu'elles ont adopté l'art. 9.4.1 du contrat de travail instaurant une peine conventionnelle en cas de transgression de la clause dite de «non-sollicitation», était de garantir l'engagement du défendeur de ne pas solliciter d'apporteur

d'affaires tant au cours des rapports de travail qu'après l'extinction de ceux-ci. Pour ne pas l'avoir saisi et avoir débouté la demanderesse de ses conclusions en paiement de la clause pénale de 100 000 fr., la cour cantonale aurait enfreint l'art. 9 Cst. et le principe *jura novit curia*.

4.2 La circonstance que le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF) ne dispense nullement la partie recourante de motiver ses critiques conformément aux réquisits de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF.

Si tant est que la recourante entende se plaindre d'une mauvaise application de l'art. 18 CO sous le couvert d'arbitraire, le moyen est dénué de fondement.

La clause de «non-sollicitation» litigieuse, dont la violation entraîne le paiement d'une peine conventionnelle, est insérée au chiffre 9.4 du contrat de travail sous le chapitre 9, intitulé «Règlement lors de la fin du contrat de travail». Partant, il appert manifestement que le travailleur devait comprendre, en vertu de la théorie de la confiance, que n'étaient sanctionnées que les sollicitations d'apporteurs d'affaires collaborant avec X. qui seraient intervenues à l'issue des relations de travail (cf. sur le principe de la confiance, ATF 132 III 24 consid. 4 p. 27/28).

La thèse de la recourante est d'ores et déjà mise à néant.

De toute manière, il n'a pas été établi que l'intimé ait sollicité un apporteur d'affaires de la recourante, que ce soit au cours ou après l'extinction des rapports de travail.

En conséquence, il n'y avait pas place pour une application de la clause pénale stipulée.

5.

5.1 A l'appui d'un dernier grief, la recourante reproche aux magistrats genevois d'avoir apprécié arbitrairement les pièces produites, en particulier le décompte qu'elle a effectué faisant état des commissions perçues et à recevoir par le défendeur, lequel montrerait que ce dernier reste débiteur d'un reliquat touché en trop ascendant à 13 294 fr. 50.

5.2 La critique, dont le caractère appellatoire est prédominant, est irrecevable à défaut d'être motivée conformément à l'art. 106 al. 2 LTF.

Fût-elle recevable qu'elle serait de toute façon dénuée de fondement. Il a été constaté que le décompte opéré par la seule demanderesse a été formellement contesté par l'intimé, lequel a soutenu qu'il ne prenait pas en considération une commission due de 13 706 fr. 50. La demanderesse est restée coite devant cette objection. Faute d'autres éléments probants, il n'y avait aucun arbitraire à ne pas tenir compte du décompte litigieux.

6.

En définitive, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Tribunal fédéral, Arrêt du 25 mai 2009, Doss.-N° 4A_90/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 27 octobre 2008)

La question controversée d'une application par analogie de l'art. 340c CO, disposition relative aux clauses d'interdiction de concurrence, à une clause de remboursement des frais de formation peut rester indécise (c. 3).

Extraits des faits:

Les Hôpitaux X. et l'Hôpital Y. sont des associations de droit suisse. Le 21 janvier 1999, ces deux associations ont signé un contrat de société simple, afin de former l'Hôpital W. situé sur les sites de R. et de S. (ci-après: W. ou employeur). A. a été engagé par le W., le 8 février 1999, en qualité d'employé de nettoyage, avant qu'il ne lui soit proposé de faire partie du service des ambulances. En cours d'emploi, l'employé a passé son permis de conduire d'ambulance lourde, a suivi le cours samaritain numéro 2 et le cours de réanimation cardio-pulmonaire RCP. Du 10 avril 2000 au 31 mars 2001, il a participé à une formation de technicien-ambulancier. Les coûts de formation ont été entièrement supportés par W., sans qu'il ne soit demandé à l'employé une quelconque contrepartie. Pour tenir compte de la nouvelle formation de l'employé, un nouveau contrat de travail a été signé, le 26 juillet 2000, entre les parties. Ce contrat prévoyait un salaire mensuel de 4200 fr. bruts, auquel s'ajoutait le treizième salaire prorata temporis pour une durée de travail mensuelle moyenne de 264 heures (gardes et interventions). L'employé a travaillé en qualité de technicien-ambulancier du 1^{er} avril 2001 au 28 avril 2002. Puis, du 29 avril 2002 au 22 avril 2004, il a suivi, toujours en cours d'emploi, la formation d'ambulancier diplômé CRS (Croix-Rouge Suisse). L'employé a perçu 5188 fr. bruts, lors de sa première année de formation en 2002 et 5290 fr. bruts, en 2003. Préalablement à cette nouvelle formation, l'employé a eu un entretien avec son supérieur hiérarchique, afin de discuter des modalités de la formation. L'employeur était prêt à supporter l'ensemble des coûts de formation pour autant que l'employé s'engage à travailler cinq ans au sein de W. après l'obtention du diplôme. Le 11 mars 2002, les parties au contrat de travail ont signé un contrat de redevance, qui précisait les conditions de remboursement des frais de formation engagés par l'employeur. Selon les termes du contrat, le travailleur devait «s'acquitter d'une redevance de 50 000 francs sur 5 ans, régressive à concurrence de 10 000 francs par année». En cas de rupture du contrat de travail avant l'échéance de cinq ans, calculée à compter de la fin de la formation, l'employé devait rembourser, au prorata du temps non travaillé au service de l'employeur, les frais de formation dont il a bénéficié.

Le 24 mars 2005, l'employé a résilié son contrat de travail avec effet au 30 juin 2005. W. en a pris acte et, après avoir rappelé à l'employé son obligation de payer la redevance, a, de sa propre initiative, réduit la durée du travail à accomplir après la formation de cinq à trois ans. Après la fin de sa formation, l'employé a travaillé 14 mois, en lieu et place des 36 mois requis (3 × 12); au 30 juin 2005, la redevance financière s'élevait ainsi au 22/36^{èmes} de 50 000 fr., soit à 30 555 francs.

Le 22 février 2007, les Hôpitaux X. et l'Hôpital Y. ont ouvert action contre A. auprès du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. Après avoir prononcé le déclinatoire, le Président a ordonné le report de la cause devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne. Les demanderesses ont requis la condamnation du défendeur au paiement de la somme de 30 000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2005, pour non-respect de la convention du 11 mars 2002, et à la levée définitive de l'opposition au commandement de payer no 1. Le défendeur a conclu au rejet de ces conclusions et, à titre reconventionnel, à ce que les demanderesses soient reconnues débitrices d'un montant de 6949 fr. 44 pour des arriérés de salaire, sous déduction des charges sociales conventionnelles, avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2003. Statuant le 2 avril 2008, la juridiction des prud'hommes a admis les conclusions des demanderesses, en ce sens que le défendeur a été reconnu débiteur en faveur des Hôpitaux X. et de l'Hôpital Y. de la somme de 30 000 fr. «nets, avec intérêt à 5% l'an dès le 22 février 2007». Les Hôpitaux X., l'Hôpital Y. et le Réseau hospitalier Z. ont recouru contre ce jugement en concluant à sa réforme en ce sens que A. doit payer aux Hôpitaux X. et au Réseau hospitalier Z. la somme de 30 000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2005, l'opposition formée au commandement de payer n° 1 devant être définitivement levée à due concurrence. A. a également recouru contre ce jugement en concluant à libération par voie de réforme, subsidiairement à l'annulation du jugement. Statuant par arrêt du 27 octobre 2008, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a rejeté le recours de A. et admis le recours des Hôpitaux X., de l'Hôpital Y. et du Réseau hospitalier Z. Le jugement du Tribunal des prud'hommes a été réformé, en ce sens que A. doit payer aux Hôpitaux X. et au Réseau hospitalier Z., créanciers solidaires, la somme de 30 000 fr. «net, plus intérêt à 5% l'an dès le 21 novembre 2005», et que l'opposition formée par A. au commandement de payer no 1 de l'Office des poursuites de Lausanne-Ouest est levée définitivement à concurrence du montant en capital et intérêts sus-indiqué. Toutes autres ou plus amples conclusions ont été rejetées. L'autorité cantonale a admis le recours déposé par les Hôpitaux X., l'Hôpital Y. et le Réseau hospitalier Z., motif pris qu'en cours de procédure de première instance, le Réseau hospitalier Z. s'est substitué à l'association des communes de T. pour l'exploitation de l'Hôpital W. Ainsi, au jour du jugement rendu par le Tribunal de prud'hommes, le 2 avril 2008, les Hôpitaux X. et le Réseau hospitalier Z. étaient légitimés activement.

A. exerce un recours en matière civile. Par ordonnance présidentielle du 2 mars 2009, l'effet suspensif a été accordé au recours.

Extraits des considérants:

2.

Il n'est pas contesté que les parties au contrat de travail ont, le 11 mars 2002, signé un contrat de redevance, qui prévoyait un remboursement prorata temporis des frais de formation en cas de départ de l'employé avant l'échéance fixée contractuellement à cinq ans à compter de la fin de la formation.

Le recourant plaide l'application par analogie des dispositions relatives aux clauses de prohibition de concurrence, en particulier de l'art. 340c al. 2 CO et de l'art. 340a CO, aux clauses de remboursement des frais de formation, telles que celle convenue entre les parties.

3.

Le recourant prétend qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 340c al. 2 CO aux clauses de remboursement et soutient disposer de plusieurs motifs justifiés de quitter son emploi. Ainsi, il invoque la réduction des tours de garde de 24 à 12 heures, la restructuration du service d'ambulances, la non-augmentation de son salaire à la fin de la formation, l'enrichissement de l'hôpital sur le dos de l'employé, dès lors que l'hôpital était entièrement ou très largement subventionné par l'Etat de Vaud et enfin la durée excessive de la convention de remboursement, qui a eu pour effet de rompre la confiance entre les parties.

Lors même que la cour cantonale a fait application de l'art. 156 CO par analogie, le recourant n'explique pas, dans son grief, en quoi les juges cantonaux auraient fait une application erronée de cette disposition; il ne conteste en particulier pas la considération de la cour cantonale selon laquelle les employeurs n'auraient pas provoqué l'avènement de la condition faisant naître leur créance contre l'employé. Aucune critique n'est par ailleurs avancée sur l'absence, in casu, de justes motifs de résiliation immédiate.

En définitive, le recourant soutient qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 340c al. 2 CO par analogie. En guise de motivation, il cite les auteurs de doctrine qui recommandent l'application de cette dernière disposition et affirme que la position adoptée par les juges cantonaux, qui ont écarté l'application de l'art. 340c al. 2 CO, néglige totalement le besoin de protection de l'employé, partie faible.

Si la recevabilité quant à la forme de l'argumentation développée par le recourant est sujette à caution, la question peut néanmoins demeurer indécise, dès lors que le recours ne résiste de toute façon pas à l'examen. Comme développé ci-après, il n'y a en effet pas lieu de déduire des constatations de fait cantonales que l'employé avait des motifs justifiés de résilier le contrat, au sens de l'art. 340c al. 2 CO:

Tout d'abord, le fait que les tours de garde aient été réduits de 24 à 12 heures dépend de circonstances qui ne sont pas imputables à l'employeur, puisqu'il a été constaté que cette réduction a eu lieu à la suite de l'intervention du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) et que cette intervention était justifiée par des motifs de sécurité (jugement cantonal pp. 7 et 21); ce changement concerne du reste tous les hôpitaux, même ceux situés à l'extérieur du canton de Vaud. Le recourant ne prétend de surcroît pas que l'employeur lui aurait imposé, par la modification du nombre de garde, une augmentation du temps de travail total, voire encore que le nombre de trajets mensuels en découlant serait disproportionné.

Ensuite, le recourant fait état de la restructuration du service d'ambulances, qui a imposé aux ambulanciers d'aider leurs collègues des urgences pendant toute la durée de garde. Dès lors que le jugement attaqué ne retient pas que la restructuration en question aurait entraîné des modifications substantielles sur le travail des employés, comme par exemple une surcharge de travail, il n'y a pas matière à examiner plus avant le grief.

Le recourant prétend aussi que l'employeur n'aurait pas tenu sa promesse d'augmenter son salaire et que, suite à ce comportement, le lien de confiance aurait été rompu. La démonstration est vaine, puisqu'il ne ressort pas des constatations de fait que l'employeur aurait promis une augmentation de salaire. Il découle par contre du même état de fait que le salaire du recourant a été augmenté en 2002, puis en 2003, soit respectivement lors de la première, puis de la seconde année de formation d'ambulancier diplômé CRS.

Le recourant affirme encore, pour justifier l'existence de motifs justifiés de résiliation, que l'employeur, entièrement ou très largement subventionné par l'Etat de Vaud, s'est enrichi sur son dos, en l'ayant amené à signer une convention de remboursement à concurrence de 50 000 francs. Là encore, le recourant s'écarte de manière inadmissible des faits souverains, puisqu'il a été constaté que l'employeur a tenu compte de la subvention de l'Etat pour fixer la redevance, sans que cette constatation ne soit directement critiquée.

Enfin, le recourant prétend que la confiance qu'il avait en son employeur a cessé du fait que les cinq ans – à compter de l'achèvement de la formation – durant lesquels il devait rester au service de W. et qui couvriraient au moment du licenciement, étaient excessifs. Le motif est infondé. En effet, il ne ressort pas de l'état de fait que le caractère excessif de la convention ait été invoqué avant la rupture des relations contractuelles, en mars 2005. Le recourant a donc attendu plus de trois ans après la signature de l'accord de redevance et, surtout, plus de quatorze mois après la fin de sa formation, pour dénoncer la durée initiale de cinq ans qu'il qualifie d'excessive. Compte tenu de ces périodes relativement longues, durant lesquelles aucun grief n'a été formulé en lien avec la clause de remboursement convenue, le recourant ne saurait valablement prétendre, à titre de motif justifié de résiliation, que l'échéance de cinq ans susmentionnée

aurait ruiné la confiance qu'il portait en son employeur et que la seule issue était la résiliation du contrat. En outre, comme on le verra ci-après, le recourant se contente d'affirmer que la durée initialement prévue était excessive, sans démontrer qu'une telle durée ne satisfaisait pas aux conditions légales posées à un remboursement dégressif.

Par conséquent, la critique du recourant est vaine, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner plus avant la question controversée d'une application par analogie de l'art. 340c CO à une clause de remboursement des frais de formation.

4.

Le recourant prétend encore que la clause de remboursement est excessive.

Il soutient qu'au moment de la résiliation du contrat de travail, le 24 mars 2005, «la durée de l'obligation de rembourser» n'avait pas encore été réduite par l'employeur de cinq à trois ans. Il en découle nécessairement, pour le recourant, qu'au terme du contrat, la durée prévue dans la convention de remboursement était excessive. Le recourant y voit deux conséquences juridiques: soit la convention est invalide et les frais de formation n'ont pas à être remboursés, soit la convention est partiellement valide et, dans cette hypothèse, la durée initialement prévue doit être réduite.

Le recourant n'explique pas en quoi la durée initiale de cinq ans serait contraire au droit; il ne fait état d'aucune disposition légale qui aurait été violée sur ce point. Il va donc sans dire que la démonstration est à cet égard irrecevable (cf. art. 42 al. 2 LTF).

Quant à la critique se rapportant à la réduction par le juge de la durée de travail à accomplir après la formation, elle ne peut être accueillie favorablement.

Il a été constaté en fait que la période initialement arrêtée par les parties a été réduite par l'employeur en faveur de l'employé – ce qui n'est pas contesté –, avant même que le juge ne soit saisi. Statuant sur la question, l'autorité cantonale a retenu que la réduction à trois ans décidée par l'employeur permettait de satisfaire aux conditions légales posées à un remboursement dégressif.

Le recourant reproche aux magistrats cantonaux de n'avoir pas fait le nécessaire pour «tenir compte de toutes les circonstances», conformément à ce qui est prévu à l'art. 340a al. 2 CO. Il soutient à cet égard que les juges cantonaux auraient dû compléter l'instruction ou annuler et renvoyer la cause à l'autorité précédente pour nouvelle instruction, ce qu'ils n'ont pas fait, en violation de l'art. 456a al. 1 et al. 2 CPC vaud.

La critique est vaine, dès lors que le recourant ne prétend pas que les magistrats vaudois auraient fait une application arbitraire, ou contraire à un autre droit constitutionnel, de l'unique disposition de droit de procédure cantonal dénoncée en lien avec l'instruction des faits de la cause. En outre, on ne voit pas en quoi la durée de remboursement de trois ans serait, au

regard des faits souverainement constatés, contraire au droit fédéral – ce qui n'est du reste même pas évoqué par le recourant.

5.

Le recourant s'en prend, en dernier lieu, aux considérations de la cour cantonale relatives à l'existence d'un dommage, comme condition de l'indemnisation, et à la réduction du montant à rembourser.

En réponse à la critique de l'employé arguant de l'inexistence de tout dommage subi par l'employeur, conséquemment au remboursement par l'Etat de Vaud des frais de formation, la cour cantonale a fait siennes les considérations émises par les premiers juges, qui ont notamment posé que l'employeur avait tenu compte de la subvention de l'Etat pour fixer la redevance. S'agissant de la réduction du montant à rembourser, les magistrats cantonaux ont retenu que l'enrichissement illégitime de l'employeur n'a pas été établi et qu'en conséquence, il n'y avait pas lieu de réduire le montant.

Dans son grief, le recourant dénonce une violation du devoir d'instruction d'office du Tribunal cantonal, en se référant pour partie au jugement de première instance. Ainsi, de son point de vue, l'autorité de première instance aurait dû déterminer si la convention visait le remboursement de frais effectifs ou un montant abstrait et, pour ce faire, instruire complètement la question de l'existence d'un dommage de l'employeur; il poursuit en soutenant que le Tribunal cantonal aurait dû combler cette lacune d'instruction.

Le grief est irrecevable. Force est, en effet, de constater que le recourant n'indique pas quel droit aurait été enfreint par l'autorité cantonale. La seule base légale qu'il cite est l'art. 456a al. 1 CPC vaud. Or, il ne démontre pas dans quelle mesure cette disposition de droit cantonal aurait été appliquée de manière insoutenable. Aucune critique, sous l'angle de la constatation des faits, n'est par ailleurs entreprise par le recourant. Le grief, insuffisamment motivé, ne saurait donc être accueilli.

6.

Sur le vu de ce qui précède, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

Tribunal fédéral, Arrêt du 26 mai 2009, Doss.-N° 4A_564/2008 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, I^e Cour civile, du 29 octobre 2008)

336 CO. Un licenciement peut être abusif lorsque les circonstances qui ont entouré la résiliation font apparaître celle-ci comme abusive. Le fait que le comportement critiquable de l'employeur ait eu lieu près d'une année avant le licenciement n'interdit pas de qualifier la résilia-

tion d'abusive lorsqu'elle s'inscrit dans un processus que l'on peut considérer comme un tout (c. 2.2).

41 CO. En lui-même un congé abusif ne fonde aucune prétention à des dommages-intérêts, en sus de l'indemnité sui generis de l'art. 336a I CO. De même, le caractère abusif du congé ne permet pas de qualifier ce dernier ipso facto d'illicite; en effet, sauf cas tout à fait exceptionnels, l'art. 2 CC n'est pas considéré comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité fondée sur l'art. 41 CO (c. 3.1).

Extraits des faits:

Y., né en 1950, a travaillé dès 1970 comme rédacteur dans divers journaux neuchâtelois. Son contrat de travail a ultérieurement été repris par X. SA (ci-après: X.). En 2003, Y. assumait la fonction d'éditeur de l'hebdomadaire local «Z.», laquelle comprenait la gestion du journal et du courrier, la publicité et le programme de parution. En août 2003, l'adjoint de l'éditeur du quotidien «W.» a été chargé d'élaborer un projet de relance de «Z.». Y. n'a pas été associé à ces travaux. Alors que Y. était en vacances, le projet de restructuration a été présenté aux deux autres personnes travaillant pour «Z.»; il prévoyait que l'adjoint susmentionné était nommé éditeur du journal et que Y. devenait rédacteur à mi-temps. Ce dernier a été informé officiellement du projet lors d'une séance de travail tenue le 2 septembre 2003; un délai de 48 heures lui a été fixé pour se déterminer. Sa demande d'éclaircissements sur son statut futur n'a pas reçu de réponse. Y. s'est trouvé en incapacité de travail totale dès le 8 septembre 2003. Environ un mois plus tard, il a été victime d'une chute dans les escaliers. Par la suite, il a été mis au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité accordée rétroactivement dès le 1^{er} septembre 2004.

Par lettre du 28 juillet 2004, X. a résilié le contrat de travail de Y. pour le 30 novembre 2004; elle invoquait l'absence pour cause de maladie. L'employé a formé opposition à son licenciement, qu'il considérait comme abusif.

Le 18 avril 2005, Y. a ouvert action contre X. en paiement de 55 896 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif et de 1 458 781 fr. en réparation du dommage et du tort moral subis, le tout plus intérêts. Une expertise portant sur l'état de santé du demandeur a été ordonnée; le Dr A., psychiatre, a rendu son rapport le 27 septembre 2007. Statuant le 29 octobre 2008 en instance cantonale unique, la II^e Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a condamné X. à payer à Y. 208 132 fr. avec intérêts à 5% dès le 18 avril 2005.

X. interjette un recours en matière civile. A titre principal, elle conclut au rejet de la «conclusion de la demande tendant au versement d'une indemnité pour licenciement abusif et d'une indemnité pour perte de gain

et perte de gain future»; elle demande subsidiairement le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouveau jugement au sens des considérants.

Extraits des considérants:

2.

Selon la recourante, la cour cantonale a violé le droit fédéral en qualifiant le licenciement de l'intimé d'abusif au sens de l'art. 336 CO.

2.1 Le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (art. 335 al. 1 CO). En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO; ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116; 131 III 535 consid. 4.1 p. 537/538; cf. également ATF 134 III 67 consid. 4 p. 69).

L'énumération prévue à l'art. 336 CO – qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit et en aménage les conséquences juridiques pour le contrat de travail – n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO. Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif. L'appréciation du caractère abusif d'un licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances de l'espèce (cf. ATF 132 III 115 consid. 2.1 à 2.5 p. 116–118; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538/539).

Les motifs de la résiliation relèvent du fait. 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 131 III 535 consid. 4.3 p. 540; 130 III 699 consid. 4.1 p. 702). Comme déjà relevé, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente, à moins que les parties ne démontrent qu'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (art. 105 LTF). Dans la mesure où l'intimé soutient qu'il a fait l'objet d'un congé-représailles pour ne pas avoir accepté sans réserve la modification de ses conditions d'engagement, question de fait que l'autorité cantonale a expressément laissée ouverte, il s'écarte de manière inadmissible de l'état de fait déterminant.

2.2 L'autorité cantonale a jugé que la résiliation était abusive parce que le motif invoqué en juillet 2004, soit la maladie de l'intimé et l'incapacité de travail en découlant, était la conséquence des agissements fautifs de la recourante en été 2003.

Pour justifier le licenciement, l'employeur a fait état de l'absence du travailleur pour cause de maladie depuis plus de dix mois, à savoir après l'échéance du délai de protection de 180 jours résultant de l'art. 336c al. 1 let. b CO. En soi, un tel motif n'est pas abusif (cf. ATF 123 III 246 consid. 5 p. 255; 107 II 169 consid. 2b p. 171). Il reste à examiner si la manière dont la recourante a exercé son droit rend le licenciement abusif.

L'employeur a établi un projet de restructuration du journal que l'intimé éditait, sans associer celui-ci à ces travaux. Elle a présenté le projet comme un fait accompli aux autres collaborateurs du journal, à un moment où l'intimé était en vacances. Le projet prévoyait une péjoration manifeste du statut du travailleur, qui était rétrogradé à une fonction de rédacteur à temps partiel; la nouvelle organisation laissait en outre planer l'incertitude sur l'avenir du journaliste. Lorsque le projet a été soumis par la suite à l'intimé, ce dernier s'est vu impartir un délai de 48 heures pour l'accepter; sa demande d'éclaircissements sur son statut futur est restée sans réponse. Un tel comportement dénué d'égards, voire hostile de la part de la recourante, en plus à l'encontre d'un employé qui était à son service depuis 33 ans, est manifestement contraire à l'obligation de l'employeur de respecter et protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO).

Selon les constatations de fait de l'autorité cantonale, si le congé n'a été signifié formellement que le 28 juillet 2004, le processus d'éviction de l'intimé a été mis en oeuvre dès août/septembre 2003, tant les propositions de modification de statut qui avaient été alors faites au journaliste étaient inacceptables et ne semblaient guère avoir d'autre but que de pousser l'employé à la démission. En d'autres termes, l'employeur a d'abord cherché à déstabiliser son collaborateur et à le pousser à la démission en se comportant d'une manière critiquable; l'intimé est tombé malade peu après; la recourante a alors utilisé le fait que le journaliste était absent pendant une longue durée pour lui signifier son licenciement. Le déroulement de ce processus permet de considérer que le comportement critiquable de la recourante et le licenciement intervenu près d'une année plus tard forment un tout. La violation manifeste de l'obligation de respecter et de protéger la personnalité du travailleur a eu lieu ainsi dans le cadre de la procédure de licenciement. En conclusion, si le motif du congé n'est pas abusif, il n'en demeure pas moins que les circonstances qui ont entouré la résiliation font apparaître celle-ci comme abusive, comme la cour cantonale l'a admis à bon droit.

2.3 Fondés sur l'art. 336a al. 1 et 2 CO, les juges neuchâtelois ont alloué à l'intimé une indemnité pour licenciement abusif correspondant à six mois de salaire. La recourante ne critique pas le montant accordé à ce titre. Il n'y a donc pas lieu d'examiner ce point.

2.4 Sur le vu de ce qui précède, le moyen tiré d'une violation des art. 336 ss CO est mal fondé.

3.

La recourante nie toute obligation d'indemniser l'intimé pour la perte de revenu entre le 1^{er} décembre 2004 – date à laquelle les rapports de travail ont pris fin – et mai 2015 – moment auquel le travailleur atteindra l'âge de la retraite. En particulier, elle fait valoir que, contrairement à ce que la cour cantonale a admis, le licenciement litigieux n'est pas un acte illicite au sens de l'art. 41 CO.

3.1 Examinant la prétention en dommages-intérêts du travailleur, l'autorité cantonale a jugé tout d'abord qu'«en licenciant [l'intimé] de manière abusive, dans le contexte précité, [la recourante avait] commis un acte illicite».

L'art. 336a CO, qui a trait à l'indemnité pour congé abusif, réserve, à son al. 2, les dommages-intérêts qui pourraient être dus à un autre titre. Selon la jurisprudence, cette réserve laisse ouvert le droit du travailleur de réclamer la réparation du préjudice résultant d'une cause autre que le caractère abusif de la résiliation, comme par exemple de faux renseignements fournis à un tiers par l'employeur qui licencie. En lui-même, le congé abusif ne fonde donc aucune prétention à des dommages-intérêts, en sus de l'indemnité sui generis de l'art. 336a al. 1 CO (ATF 135 III 405 du 22 avril 2009 consid. 3.1 et les références). De même, le caractère abusif du congé ne permet pas de qualifier ce dernier ipso facto d'acte illicite; en effet, sauf cas tout à fait exceptionnels, l'art. 2 CC n'est pas considéré comme une norme de protection fondamentale dont la violation est propre à entraîner une responsabilité fondée sur l'art. 41 CO (ATF 108 II 305 consid. 2b p. 311; 121 III 350 consid. 6b p. 354).

Il s'ensuit que la cour cantonale a violé le droit fédéral en qualifiant le licenciement de l'intimé d'acte illicite et en admettant que la responsabilité de la recourante était engagée sur la base de l'art. 41 CO.

3.2 Si le licenciement abusif n'engage ni la responsabilité contractuelle, ni la responsabilité délictuelle de l'employeur, il n'est pas exclu en revanche que la prétention en dommages-intérêts de l'intimé puisse se fonder sur une autre cause, à savoir la violation de l'obligation contractuelle liée à la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO).

En l'espèce, il a déjà été relevé que l'employeur avait porté atteinte aux droits de la personnalité du travailleur en manquant d'égards envers lui lors de la réorganisation du journal. Comme il applique le droit d'office (cf. consid. 1.2 supra), le Tribunal fédéral peut examiner si, ce faisant, la recourante a engagé sa responsabilité contractuelle; encore faut-il qu'il dispose de l'état de fait nécessaire pour juger si les autres conditions de l'art. 97 CO sont réalisées, à savoir un lien de causalité adéquate et un dommage, étant précisé que la faute est présumée en matière contractuelle.

A ce propos, tout en présentant le licenciement lui-même comme l'acte engageant la responsabilité délictuelle de la recourante, la cour can-

tonale retient un lien de causalité naturelle entre les «agissements» de l'employeur, d'une part, et l'état dépressif du journaliste et l'incapacité de travail qui en découle, d'autre part. Elle ne précise pas en quoi consistent lesdits agissements. Comme ce passage du jugement attaqué fait suite à l'exposé des conclusions de l'expert judiciaire, ces dernières peuvent éventuellement permettre de cerner le comportement qui, d'après la cour cantonale, serait en relation de causalité naturelle avec le dommage. Selon le psychiatre, l'état dépressif de l'intimé a un lien avec les «problèmes que celui-ci a connus sur le plan professionnel depuis le 1^{er} septembre 2003» et ces «problèmes» constituent sans aucun doute un élément essentiel du processus complexe qui s'est mis en place dès cette date et qui a abouti à un état dépressif entraînant une incapacité de travail de longue durée. L'expert admet que la pathogenèse d'un épisode dépressif représente un processus complexe qu'on peut résumer en parlant d'une interaction entre la réalité extérieure à laquelle le sujet doit faire face et les aspects liés à sa constitution biologique et caractérologique, mais il souligne que les troubles ne seraient pas survenus de la même manière, et probablement pas survenus du tout, si l'intimé n'avait pas été confronté à des «problèmes professionnels» à partir de septembre 2003. Les termes utilisés par l'expert, qui se réfère de manière générale à des problèmes d'ordre professionnel, ne permettent pas non plus de déterminer de manière claire le comportement de la recourante qui serait en lien de causalité naturelle avec le préjudice invoqué.

Comme le lien de causalité naturelle n'est pas établi, la cour de céans n'est pas en mesure de se prononcer sur la causalité adéquate. Par conséquent, il y a lieu d'annuler partiellement le jugement attaqué, en tant qu'il admet la demande en réparation de la perte de gain, et de renvoyer la cause à la cour cantonale afin qu'elle complète les faits dans la mesure autorisée par le droit de procédure cantonal.

Il appartiendra aux juges neuchâtelois d'établir s'il existe un lien de causalité naturelle entre la violation par l'employeur de son devoir de protéger la personnalité du travailleur et le dommage invoqué, à savoir la perte de gain liée à une incapacité de travail totale du 1^{er} décembre 2004 jusqu'à ce que l'intimé atteigne l'âge de 65 ans, en 2015.

Il convient de préciser à cet égard que la violation de l'art. 328 CO imputée à la recourante résulte du manque d'égards dont elle a fait preuve envers l'intimé lors de la réorganisation du journal, et non de la restructuration elle-même. Ainsi, l'employeur a pratiqué la politique du fait accompli sans concertation préalable et a annoncé les changements prévus aux collègues de l'intimé alors que celui-ci était en vacances; il a attribué à l'intéressé un poste de journaliste à mi-temps tout en le laissant dans le flou pour l'autre mi-temps; il ne lui a laissé qu'un bref délai pour se déterminer et n'a pas répondu à sa demande d'éclaircissements. C'est par sa manière de procéder que la recourante a porté atteinte aux droits de la personnalité de l'intimé.

3.3 Le grief soulevé dans le recours en rapport avec la causalité adéquate est sans objet dès lors que la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour compléter les faits, en particulier sur la question de la causalité naturelle, et que, le cas échéant, les juges neuchâtelois seront appelés à examiner à nouveau la question de la causalité adéquate.

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 mai 2009, Doss.-N° 1C_418/2008 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 23 avril 2008)

Mobbing. Le harcèlement psychologique peut être admis sur la base d'un faisceau d'indices convergents, car il est généralement difficile à prouver (c. 2.2). Il n'est pas admissible d'écarter d'emblée les témoignages d'autres employés ayant également été victimes de comportements hostiles et qui éprouvent du ressentiment à l'égard de l'auteur de ceux-ci (c. 2.2.2).

Les témoignages indirects ne sont pas exclus pour établir des actes de harcèlement. Les déclarations de témoins indirects tels qu'un médecin de famille ou un expert peuvent même être suffisantes pour prouver l'existence d'un harcèlement sexuel (c. 2.2.4).

Ignorer les conclusions d'experts qui ont répondu clairement et de façon circonstanciée aux questions posées reviendrait à remettre en cause la nécessité même d'une expertise. L'expert judiciaire ne peut faire davantage que constater l'existence ou l'inexistence de symptômes compatibles avec ceux que présentent habituellement les victimes de tels actes (c. 2.2.4).

Extraits des faits:

Du 1^{er} mars au 31 décembre 1994, X. a travaillé comme employée intérimaire au service de l'Etat de Vaud. Dès le 1^{er} janvier 1995, elle a été engagée par «contrat de droit privé» pour une durée de deux ans, en qualité d'employée de bureau spécialisée au sein du Département cantonal des finances. Le 10 octobre 1995, ce contrat a été prolongé pour une durée indéterminée. A compter du 1^{er} février 1996, X. a été promue en qualité d'employée d'administration au Département des finances, Administration cantonale des impôts.

Jusqu'à la fin de l'été 1995, X. a entretenu des rapports amicaux avec sa supérieure hiérarchique A. Celle-ci a d'abord entouré X., qui a été fragilisée par deux événements tragiques survenus en 1994: l'explosion de l'immeuble dans lequel elle habitait et son ensevelissement sous les décombres, ainsi que le décès soudain de son mari quelques mois plus tard. A une date indéterminée, mais au plus tard en juin 1995, A. a déclaré à X.

qu'elle avait éprouvé un sentiment amoureux à son égard. Celle-ci a été choquée et a répondu à sa supérieure qu'elle ne pouvait envisager une relation avec une femme. Après cette déclaration, X. s'est distancée de A. A partir de 1996, leurs relations se sont progressivement détériorées. A. est devenue de plus en plus hostile à l'égard de X., qui n'était cependant pas sa seule cible. Considérée comme compétente sur le plan professionnel, A. était excessivement exigeante envers elle-même et ses subordonnés; elle se montrait en outre autoritaire et arrogante et elle utilisait un langage grossier. X. a dû faire face à l'agressivité de sa supérieure et subir des vexations de sa part. Elle a également été surchargée de travail dès 1996, comme d'autres employés de l'Administration cantonale des impôts. Entre 1995 et 1997, certains collègues de X. ont été licenciés dans des circonstances houleuses. Durant l'année 1996, X. s'est rendue à des consultations médicales à vingt reprises et elle a été fréquemment en incapacité de travail. Le matin du 26 juin 1997, elle ne s'est pas présentée à un cours offert par son employeur. Convoquée le lendemain par son supérieur B., en présence de A., elle s'est vu reprocher de ne pas avoir averti son employeur de cette absence. Elle a répondu qu'elle ne s'habitait pas aux fiches de l'administration servant à signaler les absences et qu'elle ignorait qu'elle devait aviser ses supérieurs. Elle est ressortie de cet entretien très fâchée, en se plaignant de la manière dont ce reproche lui a été adressé. Le 28 juin 1997, X. a emporté ses affaires personnelles et déclaré: «je pars, je ne reviendrai plus». Après des vacances du 30 juin au 13 juillet 1997, X. s'est trouvée en incapacité de travail du 14 au 16 juillet 1997. Le lendemain, elle ne s'est pas présentée à son poste de travail.

Par courrier du 18 juillet 1997, le Chef du Département des finances du canton de Vaud a résilié le contrat de travail de X. pour le 30 septembre 1997. Ce courrier se référait à des entretiens que l'intéressée aurait eu précédemment avec A. et le responsable de la section personnel et formation de l'Administration cantonale des impôts. En août 1997, X. a interpellé le Chef du Département des finances pour se plaindre du caractère injustifié de la résiliation de son contrat de travail. Le Bureau de l'égalité a alors été mandaté pour mener une enquête. Dans son rapport du 26 novembre 1997, il relève que la lumière n'a pas totalement été faite sur les motifs du licenciement, que les «fautes professionnelles graves et nombreuses» évoquées par les supérieurs de X. n'ont pas été démontrées et qu'il est très vraisemblable que celle-ci a été la cible d'une attitude harcelante sur son lieu de travail, un complément d'enquête étant souhaitable sur ce point. Au terme de ce complément d'enquête, le Bureau de l'égalité a rendu un nouveau rapport le 17 mars 1998. Ce rapport conclut notamment que le témoignage de C. infirme la thèse du harcèlement sexuel ou psychologique de la part de A. Se fondant sur ce rapport, le Chef du Département des finances a écrit le 30 avril 1998 à X. que le congé qui lui a été adressé était valable.

Le 24 septembre 1998, X. a requis la notification d'un commandement de payer à l'Etat de Vaud portant sur une somme de 100 000 fr. pour «dommages-intérêts, indemnité et tort moral pour harcèlement sexuel et violation des droits de la personnalité commis par A. au sein de l'Administration cantonale des impôts». L'Etat de Vaud a fait opposition totale. Par écriture du 11 octobre 1999, X. a demandé à la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: la Cour civile) d'ordonner la mainlevée définitive de cette opposition et de condamner l'Etat de Vaud à lui verser divers montants. Par jugement du 2 juillet 2007, la Cour civile a condamné l'Etat de Vaud à verser à X. le montant de 1079 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 1997, pour le paiement d'heures supplémentaires. Il a rejeté les autres conclusions de l'intéressée. X. a recouru contre ce jugement auprès de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: la Chambre des recours), qui a rejeté le recours par arrêt du 23 avril 2008, expédié le 17 juillet 2008. Reprenant l'état de fait de la Cour civile, qui a écarté divers témoignages, la Chambre des recours a considéré en substance que l'existence d'un harcèlement psychologique à l'encontre de X. n'avait pas été établie.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X. demande au Tribunal fédéral de réformer cet arrêt en ce sens que l'Etat de Vaud soit condamné à lui verser, en sus de l'indemnité de 1079 fr. pour heures supplémentaires, un montant de 623 177.90 fr., avec intérêt à 5% l'an dès le 1^{er} octobre 1997. Elle conclut subsidiairement à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la Chambre des recours.

Extraits des considérants:

2.

Dans un premier grief, la recourante se plaint d'une constatation arbitraire des faits. Elle reproche à la Chambre des recours d'avoir confirmé le jugement de la Cour civile qui écartait ou réduisait fortement la force probante de divers témoignages et de l'expertise judiciaire médicale.

2.1 Selon la jurisprudence, l'appréciation des preuves ou l'établissement des faits sont arbitraires (art. 9 Cst.; pour une définition de l'arbitraire cf. ATF 134 I 263 consid. 3.1 p. 265 s.; 133 I 149 consid. 3.1 p. 153) lorsque l'autorité n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, si elle ne prend pas en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision ou lorsqu'elle tire des constatations insoutenables des éléments recueillis (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 127 I 38 consid. 2a p. 41).

2.2 En l'espèce, confirmant l'appréciation de la Cour civile, la Chambre des recours a écarté ou pris en compte partiellement ou avec «retenue» plusieurs témoignages et l'expertise médicale. Pour ce faire, elle a invoqué des motifs variés, retenant au surplus que chacun de ces éléments de preu-

ve pris séparément ne permettait pas de conclure à l'existence d'un mobbing.

Compte tenu des motifs invoqués pour écarter, en tout ou partie, les moyens de preuve en cause, l'appréciation des preuves peut être qualifiée d'insoutenable au sens de la jurisprudence susmentionnée. C'est en tout cas vrai pour l'expertise et les témoignages examinés ci-après, qui sont manifestement susceptibles d'avoir une incidence sur le sort de la cause. Les vices affectant l'arrêt attaqué apparaissent avec d'autant plus d'acuité que le mobbing, ou harcèlement psychologique, peut être admis sur la base d'un faisceau d'indices convergents, car il est généralement difficile à prouver (arrêt 4A_128/2007 du 9 juillet 2007 consid. 2.1 et les arrêts cités).

2.2.1 La Chambre des recours a d'abord estimé que la Cour civile avait eu raison de faire preuve de retenue à l'égard du témoignage de B., car ce dernier avait fait des déclarations contradictoires. Il est vrai que les explications de ce témoin ont varié au cours du litige. Dans un premier temps, devant le Bureau de l'égalité, il avait déclaré que la recourante «souffrait d'une manie de la persécution», que A. n'abusait pas de son autorité et que la qualité du travail de la recourante était insuffisante. Par la suite, devant la Cour civile, il a notamment indiqué que la recourante avait été «quelque peu brimée», qu'elle avait été victime d'une «sorte de mobbing» de la part de A., qui «disqualifiait son travail» la mettait «dans une situation d'échec, ou d'insuffisance professionnelle» et lui faisait subir des «humiliations, vexations et de l'agressivité», ce qui l'avait «profondément blessée, angoissée et déstabilisée».

B. s'est toutefois expliqué sur ce changement de version: il a précisé devant la Cour civile que ses déclarations devant le Bureau de l'égalité ont été faites «sous une certaine pression de A. et de D., qui dénigraient [la recourante]». Ces explications sont plausibles, dans la mesure où le témoin en question travaillait encore pour l'Administration cantonale des impôts, notamment avec A., lorsqu'il a été entendu par le Bureau de l'égalité en 1998. Il ressort en outre de l'état de fait de l'arrêt attaqué que ses déclarations ont valu à B. une procédure pénale pour faux-témoignage, qui s'est conclue par un non-lieu. Dans le cadre de cette procédure, l'intéressé a ajouté que lorsqu'il a été entendu par le Bureau de l'égalité il venait de commencer dans le service concerné, de sorte qu'il craignait qu'un témoignage relativement favorable à la recourante lui «mette à dos» ses supérieurs et qu'il avait «suivi les autres dans le règlement du cas» de la recourante du fait qu'il était «nouveau dans la maison» et qu'il n'avait pas osé adopter une autre position. Compte tenu des conditions de travail qui régnaient au sein de l'Administration cantonale des impôts et du tempérament autoritaire voire agressif de A., qui ne sont pas contestés, ces explications apparaissent hautement plausibles.

Ainsi, en résumé, vu sa position hiérarchique de supérieur de la recourante au moment des faits litigieux, la vraisemblance de ses explications quant à l'évolution de ses déclarations, le non-lieu prononcé dans la

procédure pénale dirigée contre lui pour faux témoignage et le fait que son audition a été requise non par la recourante mais par l'Etat de Vaud, il apparaît arbitraire de ne prendre en considération les déclarations de B. qu'avec retenue.

2.2.2 Le témoignage de E. a également été pris en compte avec réserve par la Cour civile et la Chambre des recours, au motif qu'il avait déclaré qu'il ne souhaitait pas «retourner travailler avec ces monstres». Cet argument n'est pas soutenable. En effet, il convient de replacer dans son contexte cette déclaration de E., qui a souffert d'une dépression en relation avec son travail et qui a expliqué que ses rapports avec A. se sont dégradés jusqu'à ce qu'il en tombe malade. Or, il n'est pas admissible d'écarter d'emblée les témoignages d'autres employés ayant également été victimes de comportements hostiles et qui éprouvent du ressentiment à l'égard de l'auteur de ceux-ci. Si l'on suivait les autorités cantonales sur cette voie, l'existence d'un *mobbing* deviendrait quasiment impossible à démontrer dans tous les cas où les attaques du *mobbeur* supposé ne visent pas exclusivement un individu mais également d'autres collègues témoins de ces agissements. Le caractère arbitraire de la mise en doute du témoignage de E. est d'autant plus flagrant que ce celui-ci a par ailleurs tenu des propos qui ne sont pas tous en faveur de la recourante.

2.2.3 Quant au témoignage de C., il a lui aussi été pris en considération avec prudence par la Chambre des recours, au motif que C. avait tenu des propos différents devant le Bureau de l'égalité et devant la Cour civile. Cependant, à l'instar de B., C. a expliqué de manière plausible qu'elle ne s'était pas sentie libre de dire la vérité lors de son audition devant le Bureau de l'égalité, car elle était encore employée de l'Administration cantonale des impôts. Elle a ajouté qu'elle avait toujours eu peur de A. et qu'elle craignait de se faire licencier, ce qui apparaît vraisemblable au vu des circonstances. Dans ces conditions, il n'y avait pas de raisons sérieuses de faire preuve de retenue à l'égard de ce témoignage.

2.2.4 Enfin, la Chambre des recours a écarté les témoignages de F., consultante au sein de l'association «Violence hors silence», et de G., médecin traitant, au motif qu'elles n'étaient pas des témoins directs et qu'elles n'avaient fait que recueillir les déclarations de la recourante. Les témoignages indirects ne sont cependant pas nécessairement exclus pour établir des actes de harcèlement. Les déclarations de témoins indirects tels qu'un médecin de famille ou un expert peuvent même être suffisantes pour prouver l'existence d'un harcèlement sexuel (arrêt 4P.214/2006 du 19 décembre 2006 consid. 2.2, résumé in FamPra.ch 2007 p. 456). De plus, les témoins cités en l'espèce ont fait davantage que rapporter les propos de la recourante: ils ont émis une appréciation quant au harcèlement psychologique allégué. Si le témoin F., ne peut apparemment pas se prévaloir d'une formation particulière pour établir un diagnostic à cet égard, il en va différemment de G., qui est médecin. Or, la Dresse G. suivait la recourante depuis plusieurs années pour une psychothérapie et elle a déclaré que celle-

ci «présentait en 1999 nettement les symptômes de quelqu'un qui a subi un mobbing», ce qui ne saurait être simplement ignoré.

De même, la Cour civile et la Chambre des recours ne pouvaient faire totalement abstraction du rapport d'expertise judiciaire du 18 mars 2005, qui retenait notamment que les difficultés professionnelles rencontrées par la recourante avaient représenté une contribution importante à l'évolution négative de son état de santé et que les symptômes présentés par la recourante étaient compatibles avec ceux que l'on retrouve chez les personnes victimes de harcèlement psychologique. Les experts ayant répondu clairement et de façon circonstanciée aux questions qui leur étaient posées à cet égard, ignorer leurs conclusions reviendrait à remettre en cause la nécessité même d'une telle expertise, pourtant ordonnée par la Cour civile. Surtout, l'arrêt attaqué retient que les conclusions précitées pouvaient être écartées car elles «ne permettent pas d'affirmer qu'il y a eu harcèlement». Une telle décision est incompréhensible. En effet, mis en œuvre dans un tel procès, l'expert judiciaire – médecin psychiatre – ne peut faire davantage que constater l'existence ou l'inexistence de symptômes compatibles avec ceux que présentent habituellement les victimes de tels actes. On ne voit dès lors pas quelle réponse plus claire aurait pu être donnée en l'occurrence sans que les experts, qui ne sauraient par essence être témoins directs des actes de mobbing, ne se voient reprocher d'outrepasser leur rôle en statuant à la place du juge.

2.3 En définitive, en écartant sans motifs suffisants divers éléments de preuve régulièrement administrés, la Chambre des recours a procédé à un établissement des faits qui peut être qualifié d'arbitraire au sens de la jurisprudence susmentionnée. Dans ces conditions, le recours doit être admis et l'arrêt attaqué annulé, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs présentés par la recourante. La cause est renvoyée à la Chambre des recours du Tribunal cantonal, pour qu'elle établisse les faits et apprécie les preuves dans le respect de l'art. 9 Cst. Il convient de préciser que l'annulation de l'arrêt attaqué ne préjuge en rien de l'issue de la procédure, la Chambre des recours conservant sa liberté pour apprécier l'ensemble des preuves, dans les limites définies ci-dessus.

Tribunal fédéral, Arrêt du 29 juin 2009, Doss.-N° 4A_251/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre le jugement de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 9 février 2009)

337 CO. Il appartient à la partie qui résilie avec effet immédiat de prouver l'existence de justes motifs. Ainsi, de manière générale, l'employeur qui licencie sur-le-champ un travailleur sur la base de soupçons le fait à ses risques et périls. S'il ne parvient pas à démontrer que le soupçon correspond à la réalité, il devra verser au travailleur les indemnités prévues en cas de licenciement injustifié (c. 2.1).

Ne justifie pas un licenciement immédiat, sans avertissement préalable, le fait d'avoir touché la poitrine et le sexe de deux employées, dans la mesure où ces dernières ont eu un comportement pour le moins équivoque, qui pouvait donner à penser qu'elles étaient consentantes, et vu que l'employé n'a pas proféré des menaces, promis des avantages, imposé des contraintes ou exercé des pressions pour obtenir des faveurs de nature sexuelle (c. 2.2).

De même, pour détestable qu'il soit, l'envoi à une employée par courriel d'une photo reproduisant le sexe en érection de l'employé, n'est pas suffisamment grave pour ruiner le rapport de confiance entre employeur et travailleur et justifier un licenciement immédiat (c. 2.2).

Extraits des faits:

X. Sàrl vend des articles de décoration; elle commercialise ses produits à travers une structure de vente directe, formée d'un réseau de «conseillers indépendants». Conseiller au plus haut échelon de la hiérarchie, Y. était responsable de 190 conseillers. Sa tâche consistait à coordonner l'information entre la société et les conseillers sur le terrain, ainsi qu'à entretenir la motivation de ces derniers en organisant des réunions à cet effet.

Par lettre du 10 juin 2005, X. Sàrl a résilié le contrat de Y. avec effet immédiat en se référant à un entretien de la veille. Les accusations qui ont amené l'employeur à prendre cette mesure ont donné lieu le 11 juin 2005 au dépôt, par deux conseillères, de plaintes pénales contre Y. pour contrainte sexuelle et pornographie. A la suite de ces événements, le collaborateur s'est trouvé en incapacité de travail pour cause de maladie jusqu'au 30 novembre 2005. Le 23 juin 2005, l'employeur a déclaré à plusieurs conseillères que la résiliation immédiate du contrat de Y. était liée à des plaintes pour harcèlement sexuel. Le conseiller a alors déposé plainte pour diffamation et calomnie.

Par ordonnance du 22 septembre 2006, le juge d'instruction de Lausanne a prononcé un non-lieu pour les infractions de contrainte sexuelle et de désagréments causés par la confrontation à un acte d'ordre sexuel. En revanche, le juge d'instruction a condamné Y. à une amende pour avoir, le lendemain des faits, envoyé par e-mail à l'une des plaignantes une photo de son sexe en érection. Y. a fait opposition à cette ordonnance de condamnation. Par jugement du 8 mai 2007, le Tribunal de police de l'arrondissement de Lausanne a prononcé un acquittement.

Par demande du 9 février 2006, Y. a ouvert action contre X. Sàrl, concluant au paiement de 221 692 fr. 05 plus intérêts, montant augmenté par la suite à 280 002 fr. 05. Par jugement du 9 février 2009 dont les considérants ont été notifiés le 7 avril 2009, la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a condamné X. Sàrl à payer à Y. les montants de 73 509 fr. 50, sous déduction des cotisations légales et conventionnelles, et

de 58 807 fr. 50, les deux avec intérêt à 5% l'an dès le 10 juin 2005. En substance, la Cour civile a jugé que les parties étaient liées par un contrat de travail, et non d'agence, et que X. Sàrl n'avait pas établi l'existence de justes motifs de licenciement immédiat; elle a alloué à Y. des dommages-intérêts représentant cinq mois de salaire sur la base de l'art 337c al. 1 CO, ainsi qu'une indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO, correspondant à quatre mois de salaire.

X. Sàrl interjette un recours en matière civile. Elle conclut à l'annulation du jugement cantonal et à ce qu'il lui soit donné acte qu'elle n'est redevable d'aucune somme en faveur du conseiller.

Extraits des considérants:

2.

La recourante reproche à l'autorité cantonale une mauvaise application de l'art. 328 CO. Elle fait valoir que l'obligation de l'employeur de protéger et de respecter la personnalité des travailleurs implique notamment de veiller à ce que ceux-ci ne soient pas harcelés sexuellement. Or, de l'avis de la recourante, le comportement adopté par l'intimé en mai 2005 envers deux conseillères relève du harcèlement sexuel et la seule mesure conforme à l'obligation découlant de l'art. 328 CO consistait pour l'employeur à licencier le conseiller sur-le-champ. La recourante observe en outre qu'en 2004, l'attitude de l'intimé lors d'une réunion avait déjà donné lieu à des protestations de la part de plusieurs conseillers, qui s'étaient adressés par écrit au directeur général de l'entreprise. Elle souligne enfin avoir réagi tout de suite après avoir été informée des agissements de l'intimé à l'origine de la plainte pénale déposée par les deux conseillères, conformément à l'exigence posée par la jurisprudence en matière de licenciement immédiat.

2.1 Selon l'art. 337 al. 1 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 127 III 351 consid. 4a et les références). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31, 213 consid. 3.1 p. 220/221; 129 III 380 consid. 2.1).

Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). A cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32; 127 III 351 consid. 4a p. 354; 116 II 145 consid. 6a p. 150). Le Tribunal fédéral revoit avec réserve la décision d'équité prise en dernière instance cantonale. Il intervient lorsque celle-ci s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, ou lorsqu'elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, lorsqu'elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionnera en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 32, 213 consid. 3.1 p. 220; 129 III 380 consid. 2 p. 382; 127 III 153 consid. 1a p. 155, 351 consid. 4a p. 354).

La partie qui résilie un contrat de travail en invoquant un juste motif ne dispose que d'un court délai de réflexion dès la connaissance des faits pour signifier la rupture immédiate des relations. Un délai de réflexion généralement de deux à trois jours est présumé approprié; un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que si l'on se trouve en présence d'événements particuliers qui justifient une exception à la règle dans le cas concret (ATF 130 III 28 consid. 4.4 p. 34 et les arrêts cités). Lorsque les faits sont incertains, les délais pour résilier ne sont pas aussi contraignants; mais la partie qui entend résilier doit alors établir les faits sans délai et avec diligence (cf. RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd. 2008, p. 503). Ainsi, lorsqu'un ou des travailleurs se plaignent de harcèlement sexuel, l'employeur doit contrôler le bien-fondé de l'accusation, en veillant à protéger la personnalité de tous les travailleurs impliqués, accusateur(s) et accusé. Il convient de tenir compte, d'une part, de la gravité d'une telle accusation et de la nécessité de protéger les travailleurs victimes de tels actes et, d'autre part, des conséquences négatives pour le travailleur accusé, que ce soit sur le plan personnel ou sur l'avenir professionnel; l'employeur doit dès lors tirer les choses au clair avec rapidité et détermination, mais également avec prudence et sans parti pris (cf. arrêt 4A_238/2007 du 1^{er} octobre 2007 consid. 4.3).

Il appartient à la partie qui résilie avec effet immédiat de prouver l'existence de justes motifs (ATF 130 III 213 consid. 3.2 p. 221 et l'arrêt cité). Ainsi, de manière générale, l'employeur qui licencie sur-le-champ un travailleur sur la base de soupçons le fait à ses risques et périls (WYLER, *op.cit.*, p. 495; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Commentaire du contrat de travail*, 3^e éd. 2006, p. 277). S'il ne parvient pas à démontrer que le soupçon correspond à la réalité, il devra verser au travailleur les indemnités prévues en cas de licenciement injustifié.

2.2 Selon le jugement attaqué, le licenciement immédiat de l'intimé n'était pas justifié dès lors que les événements de mai 2005 se sont déroulés en dehors du cadre professionnel, que les deux conseillères étaient pour l'essentiel consentantes et que leur attitude était pour le moins équivoque.

Dans l'état de fait cantonal, l'intimé est décrit comme un homme charmant, libertin, célibataire et devant assurément plaire. En mai 2005, à quelques jours d'intervalle, il a touché la poitrine et le sexe de deux employées de la recourante placées sous sa direction; il a récidivé avec l'une des collaboratrices; avec l'autre, il a essayé d'obtenir une fellation; les faits ont eu lieu en partie après une réunion professionnelle, dans la voiture de l'intimé. Il ressort par ailleurs des constatations cantonales que les deux conseillères avaient eu, avant les épisodes litigieux, un comportement pour le moins équivoque, qui pouvait donner à penser qu'elles étaient consentantes; l'intimé n'a pas usé de contrainte et a cessé les gestes incriminés dès que la collaboratrice a manifesté son refus; les conseillères ont quitté la voiture de l'intimé en toute liberté, au moment où elles le souhaitaient. Il n'a pas été retenu que l'intimé ait proféré des menaces, promis des avantages, imposé des contraintes ou exercé des pressions pour obtenir de ces deux collaboratrices-là ou d'autres employées des faveurs de nature sexuelle.

Même si l'on considère, comme le voudrait la recourante, que les actes de l'intimé se sont passés dans le cadre professionnel, il n'apparaît pas, sur le vu des circonstances décrites ci-dessus, que la cour cantonale ait abusé de son pouvoir d'appréciation en jugeant que le comportement susmentionné de l'intimé ne justifiait pas un licenciement immédiat, sans avertissement préalable.

La question est plus délicate en ce qui concerne l'envoi par e-mail d'une photo reproduisant le sexe en érection de l'intimé. A côté du devoir général de l'employeur de protéger la personnalité du travailleur dans les rapports de travail, l'art. 328 al. 1 CO institue plus particulièrement une obligation de veiller à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement. En l'espèce, le consentement de la collaboratrice à recevoir une telle image n'a pas été établi et ne peut pas se déduire de son attitude, contrairement à ce qui a été admis en relation avec les autres gestes reprochés à l'intimé. Cela étant, le comportement du conseiller, sur le lieu de travail ou dans le cadre des rapports de travail, ne pouvait être toléré par l'employeur, qui se devait de réagir conformément à son obligation découlant de l'art. 328 CO. La mesure adoptée par la recourante apparaît toutefois excessive. Pour détestable qu'il soit, l'acte – unique – de l'intimé n'était pas suffisamment grave pour ruiner le rapport de confiance entre employeur et travailleur et justifier un licenciement immédiat. La recourante devait faire savoir au travailleur qu'elle n'acceptait pas ce genre de comportement dans son entreprise; ce n'est qu'en cas de réitération de l'acte incriminé qu'un licenciement sur-le-champ pouvait être envisagé. Comme la résiliation immédiate n'a pas été précédée en l'occurrence d'un

avertissement resté sans effet, force est de conclure que les juges vaudois n'ont pas abusé de leur pouvoir d'appréciation en la qualifiant d'injustifiée.

C'est le lieu de préciser qu'en se targuant d'avoir réagi immédiatement, la recourante reconnaît implicitement ne pas avoir entrepris de démarches pour vérifier le bien-fondé des accusations avant de notifier le licenciement; le jugement attaqué ne constate d'ailleurs aucun acte de l'employeur dans ce sens. Que la recourante ait cru bien faire et cherché à remplir scrupuleusement ce qu'elle pensait être son devoir n'est pas déterminant à cet égard.

Il convient encore d'ajouter que, contrairement à ce que la recourante semble prétendre, le comportement de l'intimé lors d'une réunion en 2004 ne saurait entrer en ligne de compte pour justifier le licenciement avec effet immédiat. En effet, à l'époque, l'employeur avait examiné les griefs exprimés par certains collaborateurs, puis avait classé l'affaire. Il ne saurait dès lors s'en prévaloir pour motiver un licenciement une année plus tard. Au demeurant, les reproches portaient sur des problèmes de dureté de ton et de politesse, et absolument pas sur un comportement à connotation sexuelle.

Tribunal fédéral, Arrêt du 28 juillet 2009, Doss.-N° 4A_227/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 26 mars 2009)

LDIP. Le Tribunal fédéral examine d'office la question du droit applicable. Dans la mesure où l'employée effectuait son travail à Milan, le litige aurait du relever du droit italien (121 I LDIP). En l'espèce, il est cependant intervenu une élection de droit (art. 116 LDIP) puisque les deux parties, représentées chacune par un avocat, se sont référées au droit interne suisse, de même que les deux juridictions cantonales qui ont successivement examiné la cause. A tout le moins peut-on déduire en l'occurrence de l'attitude des parties l'expression d'une élection de droit tacite, mais consciente (c. 2).

336c CO. Nonobstant la controverse doctrinale sur la question de savoir si un travailleur qui produit un certificat d'arrêt de travail mais qui continue à exercer son activité, peut bénéficier de la protection de 336c CO, le Tribunal fédéral considère que cette disposition s'applique, sauf si l'atteinte à la santé s'avère insignifiante au point de ne pas empêcher l'employé d'occuper, le cas échéant, un nouveau poste de travail. Un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire ne doit pas paraître hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail (c. 3.2).

32 CO. Pouvoirs de représentation des collaborateurs de l'employeur qui ont signifiés oralement le congé à l'employée (c. 4).

Extraits des faits:

A compter de novembre 2006, Y. SA (ci-après: Y.), société anonyme active notamment dans l'étude de placements de capitaux avec siège dans le canton de Vaud, a engagé X. en vue de l'implantation de la société en Italie. Le 25 avril 2007, après avoir déjeuné avec A., analyste financier chez Y., à la demande de celui-ci, X. s'est entretenue avec lui et B., responsable des ventes au sein de Y., dans les locaux genevois de la société. Au cours de cet entretien, B. et A. – sur requête de C., directeur de Y. – ont signifié oralement à l'employée son congé et lui en ont expliqué les motifs. Le matin du 25 avril 2007, X. avait déjà consulté le D^r D., médecin généraliste. Dans une attestation établie le 11 août 2007, ce dernier a écrit que X. présentait alors une infection avec une altération de son état général importante, raison pour laquelle il lui avait prescrit une antibiothérapie et de la cortisone, mais que cette patiente avait toutefois refusé l'arrêt de travail qu'il voulait lui prescrire «car elle disait avoir des engagements professionnels importants ce jour-là (le 25 avril 2007)». Des certificats médicaux ont par la suite été rédigés par deux autres médecins, la date du début de l'arrêt de travail étant fixée rétroactivement. Le certificat établi par le D^r E., à une date illisible, atteste en particulier de l'incapacité totale de travail de X. pour cause de maladie, du 25 avril au 13 mai 2007. Le 1^{er} mai 2007, A. a envoyé un courriel à X., transmettant à celle-ci, en copie jointe, un courrier daté du 25 avril 2007 adressé à elle et signé par C. Ce courrier confirme la teneur de l'entretien du 25 avril 2007 et précise que les relations contractuelles prendront fin le 31 mai 2007. Dans un courriel adressé à son mandataire le 14 mai 2007, X. signale que son licenciement a bien eu lieu «verbalement» le 25 avril 2007. Dans le cadre d'une correspondance échangée entre les mandataires des parties du 9 mai au 5 septembre 2007, Y. a expliqué que le licenciement avait été annoncé par B. et A., au cours de l'entretien du 25 avril 2007, étant donné que ces derniers avaient déjà recommandé X. lors de son engagement par la société. X. estime, pour sa part, que le congé est nul du fait qu'elle se trouvait en incapacité de travail pour cause de maladie lorsqu'elle a reçu la lettre datée du 25 avril 2007. Si elle admet que le courrier était explicite, elle considère que, lors de leur entretien, B. et A., qui ne disposaient pas des pouvoirs nécessaires pour la licencier, se sont limités à lui faire comprendre que Y. ne poursuivrait pas sa collaboration avec elle, sans toutefois être plus précis. Elle se considère ainsi toujours comme employée de Y. et lui réclame le versement de son salaire à partir de mai 2007. Les parties se sont accordées sur une prorogation de for en faveur des juridictions prud'homales genevoises.

Le 31 octobre 2007, X. a déposé une demande au greffe de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève. Elle a conclu à ce que Y. soit condamnée à lui payer 35 000 fr. bruts pour les salaires dus de mai à octobre 2007, plus intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 juillet 2007, ainsi qu'à lui verser le salaire brut convenu entre les parties de 7 000 fr. par mois jusqu'à ce qu'elle soit valablement licenciée. Elle a réclamé également 7000 fr., plus intérêts, pour une partie du salaire non payé au début de son activité et 5000 fr., plus intérêts, à titre d'indemnité pour tort moral.

Par jugement du 14 mai 2007, le Tribunal des prud'hommes a condamné Y. à verser à X. le montant de 7000 fr. pour la partie du salaire non payé au début de l'activité de l'employée, mais rejeté la demande visant au paiement d'un tort moral. Concernant la question litigieuse de la nullité du congé, le Tribunal des prud'hommes a condamné Y. à payer à son employée ses salaires pour la période de mai 2007 au 4 février 2008. Saisie d'un appel de Y., la Cour d'appel des prud'hommes a admis le recours, par arrêt du 26 mars 2009, annulé le jugement entrepris, et condamné Y. à versé à X. 7000 fr. pour la partie du salaire non payé au début de l'activité de l'employée et 7 000 fr. au titre du salaire de mai 2007.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 26 mars 2009. La recourante conclut, principalement, à l'annulation de l'arrêt entrepris et à ce que ses prétentions en salaires concernant la période de juin 2007 au mois de février 2008 soient reconnues et, subsidiairement, à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité précédente, sous suite de dépens.

Extraits des considérants:

2.

La recourante étant domiciliée en Italie et ayant exercé son activité dans ce pays, la cause revêt un caractère international. Le Tribunal fédéral doit examiner d'office la question du droit applicable (ATF 132 III 609 consid. 4 p. 614, 626 consid. 2 p. 629; 131 III 511 consid. 2 p. 515). Celle-ci doit être tranchée à la lumière du droit international privé du for (ATF 132 III 661 consid. 2 p. 663 s.). L'arrêt cantonal mentionne une prorogation de for, mais pas une élection de droit. Se référant aux considérants du jugement de première instance, la cour cantonale a retenu que l'employée accomplissait son travail à Milan. A priori, le litige devrait donc relever du droit italien (art. 121 al. 1 LDIP). Les deux parties, qui sont chacune représentées par un avocat, se réfèrent cependant expressément au droit interne suisse, de même que les deux juridictions cantonales qui ont successivement examiné la cause; il est donc intervenu, à un certain moment, une élection de droit (art. 116 LDIP). A tout le moins peut-on déduire en l'occurrence de l'attitude des parties l'expression d'une élection de droit tacite, mais consciente (cf. ATF 130 III 417 consid. 2.2.1 p. 423 et les références; KNOEPFLER/SCHWEIZER/OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3^e éd. 2005, n. 503a p. 256 s. et les références).

3.

La recourante, qui mélange les critiques relevant du fait avec les arguments ressortant au droit, reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 336c al. 1 let. b CO en ne retenant pas la nullité du congé qui lui a été notifié oralement le 25 avril 2007.

3.1 Elle considère que c'est en établissant les faits de façon manifestement inexacte, donc en faisant preuve d'arbitraire (art. 9 Cst.), que l'autorité précédente est arrivée à la conclusion que la maladie de la recourante était insignifiante, qu'elle n'était pas incapable de travailler et qu'elle a travaillé le 25 avril 2007.

3.1.1 Il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves et la constatation des faits qui en découlent, lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9). La critique doit être formulée en respectant les exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254 s.). Il incombe au recourant d'expliquer clairement et avec précision, en se référant aux pièces contenues dans le dossier, en quoi un point de fait serait établi de façon manifestement inexacte.

3.1.2 Dire si la maladie représente une atteinte à la santé insignifiante revient à décider si l'employé peut ou non bénéficier de la protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO (cf. arrêt 4C.346/2004 du 15 février 2005 consid. 4.2). Il s'agit d'une question de droit soumise au libre examen du Tribunal fédéral (cf. consid. 3.2), étant toutefois souligné que l'existence de la maladie, sa nature et sa durée relèvent du fait. En l'espèce, la cour cantonale a reconnu que le trouble dont souffrait la recourante – que celle-ci a elle-même qualifiée d'angine – était avéré. Elle a retenu que cette infection était de nature à être guérie à l'échéance du délai de congé au 31 mai 2007, voire même avant, ce qui a d'ailleurs été le cas, puisque la recourante a retrouvé une capacité totale de travail à compter du 14 mai 2007. La cour cantonale s'est basée sur l'ensemble des éléments de preuve à sa disposition, soit trois certificats médicaux et les constatations du témoin A. et on ne voit pas en quoi les faits seraient établis de façon arbitraire.

3.1.3 Lors de l'établissement des faits, il s'agit de déterminer si l'employée était apte à travailler et non de définir l'éventuelle incapacité de travail au sens de l'art. 336c al. 1 let. b CO (il s'agit là d'une question de droit). L'inaptitude au travail sera le plus souvent mise en évidence par un certificat médical, celui-ci ne constituant toutefois pas un moyen de preuve absolu (cf. arrêt 4C.346/2004 du 15 février 2005 consid. 4.1). En l'espèce, la critique de la recourante est inconsistante puisque l'autorité cantonale a tenu compte du certificat médical établi par le Dr E. attestant de l'inaptitude au travail de la recourante du 25 avril 2007 au 13 mai 2007.

3.1.4 Enfin, la recourante insiste sur le fait que la cour cantonale a sombré dans l'arbitraire en retenant qu'elle avait travaillé le 25 avril 2007

et en écartant ainsi toute incapacité de travail (au sens de l'art. 336c al. 1 let. b CO). Etant souligné que cette dernière conclusion est une question de droit (cf. consid. 3.2), on ne saurait reprocher à l'autorité précédente d'avoir retenu, au moment d'établir les faits, que l'employée n'a nullement été empêchée de travailler le 25 avril 2007. Le déroulement de cette journée, tel qu'il est présenté par la recourante, s'apparente à une journée de travail. En participant à un déjeuner avec A. qui désirait l'entretenir de sa collaboration avec Y., puis en demeurant dans les locaux de cette société pour discuter de son licenciement et des motifs ayant guidé celui-ci, il ne fait aucun doute que la recourante était au service de son employeur (pour le critère, cf. entre autres: PIERRE TERCIER/PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich 2009, n. 3263 p. 477) et qu'elle s'est déplacée suite à une instruction de celui-ci (en l'occurrence par l'entremise de A. qui a pris contact avec elle par téléphone le 24 avril 2007). Il importe peu que ce témoin ait déclaré que l'employée s'était abstenue de boire du vin en raison de son traitement antibiotique. Ce constat permet tout au plus de confirmer que cette dernière se soignait d'une infection, mais nullement qu'elle était empêchée de travailler.

3.2 La cour cantonale a ainsi retenu que, bien que la recourante était au bénéfice d'un certificat médical (constatant son inaptitude au travail) depuis le 25 avril 2007, elle n'a nullement été empêchée de travailler ce jour-là. Le matin du jour en question, la recourante a d'ailleurs refusé l'arrêt de travail que le D^r D. voulait lui prescrire, insistant sur le fait qu'elle avait des engagements professionnels importants.

Nonobstant la controverse doctrinale sur la question de savoir si un travailleur qui produit un certificat d'arrêt de travail mais qui continue à exercer son activité, peut bénéficier de la protection de l'art. 336c CO, le Tribunal fédéral a jugé que cette disposition s'appliquait, sauf si l'atteinte à la santé s'avère insignifiante au point de ne pas empêcher l'employé d'occuper, le cas échéant, un nouveau poste de travail (cf. arrêt 4C.346/2004 du 15 février 2005 consid. 4.2 et les références). Un engagement par un nouvel employeur à la fin du délai de congé ordinaire ne doit pas paraître hautement invraisemblable en raison de l'incertitude quant à la durée et au degré de l'incapacité de travail (cf. ATF 128 III 212 consid. 2c p. 217 qui se fonde sur le Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984, FF 1984 II 628 ch. 620.9; ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, 1996, n^o 8 ad art. 336c CO).

En l'occurrence, l'infection passablement banale dont souffrait la recourante, telle que constatée par la cour cantonale (art. 105 al. 1 LTF), n'était pas de nature à affecter sa faculté d'occuper un nouveau poste de travail à la fin de son délai de congé. D'ailleurs, la cour précédente a établi que la recourante a retrouvé une capacité totale de travail deux semaines avant la fin du délai, soit à compter du 14 mai 2007.

Le grief de violation de l'art. 336c al. 1 let. b CO est infondé.

4.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 32 CO en admettant que B. et A. ont agi en tant que représentants de l'intimée lorsqu'ils lui ont communiqué son congé.

4.1 Aux termes de l'art. 32 al. 1 CO, les droits et obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté. Les effets de la représentation ne naissent que si le représentant dispose du pouvoir de représentation, c'est-à-dire s'il est habilité à faire naître des droits et des obligations directement en faveur et à la charge du représenté, et si le représentant a la volonté d'agir comme tel (ATF 126 III 59 consid. 1b p. 64 et les arrêts cités). La représentation directe suppose que le représentant agisse expressément ou tacitement au nom du représenté (cf. art. 32 al. 2 CO). L'application du principe de la confiance permettra de trancher la question de savoir si l'intéressé devait inférer des circonstances l'existence d'un rapport de représentation (ATF 120 II 197 consid. 2b/aa p. 200). La question ressortit au domaine des faits, et est donc soustraite à l'examen du Tribunal fédéral, sous réserve de l'arbitraire (art. 105 al. 2 LTF), dans la mesure où elle a trait aux différentes circonstances qui ont été retenues par les juges précédents; savoir quelles déductions le tiers pouvait tirer, de bonne foi, de pareilles circonstances est, en revanche, un point de droit que le Tribunal fédéral peut revoir librement (arrêt 4C.199/1991 du 25 octobre 1991, consid. 1 non publié à l'ATF 117 II 387).

4.2 La recourante ne conteste plus l'existence du pouvoir de représentation de B. et de A., admettant que l'acte de représentation a en tout cas été ratifié par C. par son courrier daté du 25 avril 2007 et reçu par la recourante le 1^{er} mai 2007. Elle considère par contre que B. et A. n'ont pas agi, de manière reconnaissable pour elle, au nom et pour le compte de l'intimée, soutenant que la cour cantonale est arrivée à la conclusion inverse en se basant sur des faits établis de façon arbitraire. En particulier, elle lui reproche d'avoir apprécié arbitrairement les preuves en retenant qu'elle a été engagée par B. et A. La critique tombe à faux. La cour cantonale n'a pas considéré que la recourante a été engagée par B. et A., mais bien expliqué que l'employée a été recommandée par ces derniers à C., directeur de la société. Celui-ci a ensuite demandé expressément à ceux-là, alors investis d'un pouvoir de représentation ad hoc, de communiquer à la recourante son engagement.

Soulignant certaines affirmations des témoins B. et A., la recourante objecte que ces derniers se sont limités à lui expliquer les raisons pour lesquelles son travail au sein de l'intimée n'a pas été jugé satisfaisant et qu'ils n'ont jamais fait état d'un congé qui aurait été notifié par l'intimée. L'argumentation ne convainc pas. Le témoin B. a expressément déclaré avoir fait part à la recourante de son licenciement. Les deux témoins présents lors de l'entretien du 25 avril 2007 ont expliqué ensuite les motifs du congé. La recourante l'avait d'ailleurs bien compris puisqu'elle a admis

elle-même, dans un courriel envoyé le 14 mai à son mandataire, que son congé lui avait été annoncé «verbalement» lors de l'entretien du 25 avril 2007.

Le grief d'arbitraire est infondé.

4.3 Au regard des faits retenus par la cour cantonale (art. 105 al. 1 LTF), la recourante devait, de bonne foi, déduire un rapport de représentation. Elle a admis elle-même, dans un courriel du 14 mai 2007 adressé à son mandataire, que son congé lui avait été adressé verbalement. L'attitude vindicative, rapportée par le témoin F., qu'elle a adoptée suite à l'entretien du 25 avril 2007, dépasse manifestement, en intensité, ce qu'aurait pu exprimer l'employée suite à une simple discussion entre collègues portant sur l'insatisfaction générée par son travail; son comportement confirme au contraire que la recourante, qui s'en prend d'ailleurs de façon particulière à C., avait bien saisi le contenu et la finalité de l'entretien. Il a en outre été établi que B. et A. lui ont expliqué les motifs de son licenciement. On voit mal que la recourante n'ait pas compris qu'il s'agissait des motifs retenus par son employeur, soit par son directeur, C. Enfin, l'esprit ayant présidé au licenciement de la recourante est très proche de celui qui avait conduit à son engagement. Or, il a été retenu que B. et A. ont proposé l'engagement de la recourante à C., puis qu'ils ont eux-mêmes communiqué la décision du directeur à la recourante qui avait bien compris la portée de cette communication. Cette façon de faire, qui s'est répétée le 25 avril 2007 cette fois dans le contexte d'un licenciement, devait d'autant plus éveiller l'attention de la recourante quant au pouvoir de représentation de B. et de A.

Ainsi, c'est à bon droit que la cour cantonale a considéré que la recourante devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation.

5.

La recourante considère enfin que c'est de façon arbitraire que la cour cantonale a admis que B. et A. lui ont communiqué par oral une résiliation claire et précise.

Savoir si la résiliation a été communiquée de façon claire (cf. ATF 128 III 129 consid. 2b p. 135; ADRIAN STAEHELIN, op.cit., n° 4 ad art. 335 CO et les références) est une question de droit. Celui qui reçoit le congé doit comprendre sans ambiguïté le sens de la déclaration (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^e éd. 2004, n° 4 ad art. 335 CO).

En l'espèce, la cour cantonale a établi, sans tomber dans l'arbitraire (cf. consid. 4.2) que le licenciement a été communiqué à la recourante par B. qui, avec A., lui en ont expliqué les motifs. La recourante a ensuite admis elle-même avoir reçu son congé oralement lors de l'entretien avec les personnes précitées. La situation n'apparaissant donc pas comme incertaine du point de vue de l'employée congédiée, il convient d'admettre que la résiliation a été valablement communiquée (cf. 4C.151/2003 du 26 août 2008 consid. 4.3).

Bundesgericht, Urteil vom 24. August 2009, Doss.-Nr. 8C_340/2009 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 10. Februar 2009)

Keine missbräuchliche Kündigung nach OR 336. Grundsätzlich hat auch der öffentliche Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht analog OR 328, Arbeitskonflikte zu entschärfen. Vorliegend brauchte indessen nicht abschliessend beurteilt zu werden, ob der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht vollumfänglich nachgekommen war. Das Vertrauensverhältnis war wegen Vertragsverletzungen des Geschäftsführers zerrüttet; die deswegen ausgesprochene Kündigung erachtet das Bundesgericht als ein geeignetes Mittel zur Problembewältigung und damit als sachlich begründet (E. 4.3.2–4.3.3).

Sachverhalt:

X. (Beschwerdeführer) war seit 1. Oktober 1996 als Geschäftsführer des Verbands Y. (Beschwerdegegner) tätig. Mit Schreiben vom 14. Juli 2008 kündigte der Verband Y. das Arbeitsverhältnis auf den 31. Januar 2009, unter sofortiger Freistellung von der Arbeitsleistung. Zur Begründung verwies er auf die ungenügenden Leistungen als Geschäftsführer und Verletzungen gesetzlicher oder vereinbarter Pflichten.

X. beschwerte sich beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, beantragte die Aufhebung der rechtswidrig erfolgten Kündigung unter sofortiger Wiedereinstellung und eventualiter eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen. Mit Entscheid vom 10. Februar 2009 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab. X. gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

3.

Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurde die Kündigung nicht in erster Linie wegen schlechten Leistungen, sondern wegen zahlreichen Vertragsverletzungen ausgesprochen. Da diese erst nach den Mitarbeiterbeurteilungen bekannt geworden seien, hätten sie auch nicht in diese einfließen können. Aufgrund erst anschliessend zutage getretener Vorkommnisse sei das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien offensichtlich zerstört worden. Dabei hätten die getätigten Abklärungen, insbesondere das externe Gutachten der Beratungsstelle Z., das Bild eines Geschäftsführers gezeigt, der den Betrieb nicht richtig im Griff habe und sich zudem Rechte herausnehme, die an einer korrekten Ausführung der Aufgaben zweifeln liessen. Dieser bestreite denn auch nicht, den geschäftseigenen Computer für die Berechnung von Schachspielen genutzt und Briefmarken ersteigert zu haben. Erstellt sei auch das wiederholte Erscheinen auf der Geschäftsstelle am späteren Vormittag oder erst am Nachmittag mit dem

Hinweis auf private Gründe, was bei einem Geschäftsführer nicht angehe, da er in der Regel während den Geschäftszeiten erreichbar zu sein und den Betrieb zu leiten und zu überwachen habe. Die Gesamtheit der Vorkommnisse führt nach Ansicht des Verwaltungsgerichts dazu, die Kündigung als sachlich begründet zu betrachten. Eine rechtsmissbräuchliche Kündigung als Voraussetzung für die geltend gemachte Entschädigung liege nicht vor.

(...)

4.

4.3

4.3.1 Nach Ansicht des Beschwerdeführers ist die Kündigung auch deshalb missbräuchlich, weil der Arbeitgeber sich nicht oder nur ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht habe und damit seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen sei. In diesem Zusammenhang habe es die Vorinstanz in willkürlicher Weise unterlassen festzustellen, dass er sich während über 11 Dienstjahren klaglos verhalten habe, gegen ihn nie disziplinarische Massnahmen ausgesprochen worden seien und er stets gute Mitarbeiterbeurteilungen erhalten habe.

4.3.2 Gleich wie den privaten (Art. 328 OR) trifft auch den öffentlichen Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht. Diese kann darin bestehen, dass er in bestimmten Fällen handeln muss, um die Lage zu entspannen und nicht untätig bleiben darf. Ob und wann eine Reaktion angezeigt ist, hängt indes stark von der Würdigung der konkreten Lage ab. Im Rahmen der Willkürprüfung greift das Bundesgericht nur dann ein, wenn sich das Verhalten des Arbeitgebers als schlechthin unhaltbar erweist (Urteile 1C_245/2008 vom 2. März 2009 E. 4.2 und 1C_406/2007 vom 16. Juli 2008 E. 5.2).

4.3.3 Der Beschwerdegegner bringt dazu vor, da es insbesondere wegen der Treuepflichtverletzungen des Geschäftsführers zu einem Vertrauensverlust gekommen sei, könne sich dieser nicht nachträglich auf eine erhöhte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers berufen. Ob der Verband Y. seiner Fürsorgepflicht vollumfänglich nachgekommen ist, braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden. Weil der Anstellungsbehörde in der Auswahl der zu treffenden Konfliktlösungsmassnahmen ein Ermessensspielraum zusteht, kann die ausgesprochene Kündigung, jedenfalls im Ergebnis, selbst bei allenfalls vernachlässigter Fürsorgepflicht, nicht als krasse Rechtsverletzung qualifiziert werden. In Anbetracht der gegebenen Umstände erscheint diese vielmehr als geeignetes Mittel zur Problembewältigung. Es erweist sich jedenfalls nicht als willkürlich, dass die Vorinstanz die Kündigung aufgrund des zerrütteten Vertrauensverhältnisses als sachlich begründet betrachtet hat.

(...)

5.

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten unbegründet und abzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 31. August 2009, Doss.-Nr. 5A_461/2009 (Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Luzern vom 15. Juni 2009)

Forderungen von Arbeitnehmern, die in den letzten sechs Monaten vor der Bewilligung der Nachlassstundung entstanden oder fällig geworden sind, können trotz Nachlassstundung in Betreuung gesetzt werden (SchKG 297 II Ziff. 1 i.V.m. SchKG 219 IV) (E. 2.1).

Geht es um eine Forderung für die Freistellungszeit, ist massgebend, ob die bis dahin entstandenen Forderungen privilegiert gewesen wären oder nicht, weil der auf die Freistellungszeit entfallende (Lohn-) Anspruch seine Grundlage im bisherigen Vertragsverhältnis hat und weder Kündigung noch Freistellung das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien auf eine neue Basis stellen. Daher wird der auf die Freistellungszeit entfallende Anspruch desjenigen, der vor seiner Abberufung bzw. Kündigung und Freistellung gesetzliche Organstellung innehatte, von vornherein vom Arbeitnehmerprivileg nach SchKG 219 IV ausgeschlossen (E. 2.3).

Sachverhalt:

X. war vom 1. Januar 2007 bis zu seiner Freistellung im Oktober 2008 angestellter Geschäftsführer (CEO) der Y. AG und vom Februar 2007 bis Oktober 2008 deren Verwaltungsratspräsident. Zudem war er seit Februar 2007 Vizepräsident und Delegierter der Y. Holding AG, die sämtliche Aktien der Y. AG hielt.

Am 24. Oktober 2008 ersuchte die Y. AG um Nachlassstundung. Sie bezahlte X. für die Dauer seiner Freistellung, d.h. ab November 2008, keinen Lohn mehr. Sein Begehren um Auszahlung desselben wies das Amtsgericht A. mit Entscheid vom 6. März 2009 ab. Demgegenüber bewilligte der Amtsgerichtspräsident B. von A. die angebehrte Nachlassstundung am 13. März 2009 und setzte die C. AG, D., als Sachwalterin ein. Am 17. März 2009 stellte X. beim Betreibungsamt Z. ein Betreibungsbegehren über Fr. 167 492.– für ausstehende Lohnzahlungen von November 2008 bis Februar 2009 (Betreibung Nr. 1). Das Betreibungsamt wies dieses Begehren zurück (Entscheid vom 20. März 2009). In teilweiser Gutheissung der dagegen geführten Beschwerde wies das Amtsgerichtspräsidium A. mit Entscheid vom 27. April 2009 das Betreibungsamt Z. an, das Betreibungsbegehren entgegenzunehmen und zu protokollieren. Das weitergehende Begehren auf Zustellung des Zahlungsbefehls gemäss Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG wies es mangels Privilegierung der Lohnforderung ab. Das von X. am 5. Mai 2009 ergriffene Rechtsmittel blieb erfolglos; die Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Obergerichts des Kantons Luzern als obere kantonale Aufsichtsbehörde wies mit Entscheid vom 15. Juni 2009 dessen Beschwerde als unbegründet ab. Mit «Beschwerde in

SchKG-Sachen» gelangt X. (nachfolgend Beschwerdeführer) an das Bundesgericht und beantragt, das Betreibungsamt Z. sei anzuweisen, den Zahlungsbefehl in der Betreibung Nr. 1 für eine privilegierte Forderung gemäss Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG der Y. AG (nachfolgend Beschwerdegegnerin) zuzustellen und die weiteren gesetzlichen Schritte vorzunehmen; eventualiter sei das Verfahren zur Ergänzung des Sachverhalts und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Während einer Nachlassstundung im Sinne von Art. 293 ff. SchKG kann gegen den Schuldner eine Betreibung weder eingeleitet noch fortgesetzt werden (Art. 297 Abs. 1 SchKG). Von dieser Einschränkung ausgenommen sind gemäss Art. 297 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG Beteiligungen auf Pfändung für Forderungen der ersten Klasse im Sinn von Art. 219 Abs. 4 SchKG.

Wie der Beschwerdeführer somit zutreffend ausführt, können Forderungen von Arbeitnehmern aus einem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor der Bewilligung der Nachlassstundung entstanden oder fällig geworden sind, trotz Nachlassstundung betrieben werden. Ebenso hält der Beschwerdeführer zutreffend fest, dass eine Forderung nur dann privilegiert im Sinn von Art. 219 Abs. 4 SchKG ist, wenn zwischen dem Gläubiger als Arbeitnehmer und dem Schuldner als Arbeitgeber ein arbeitsrechtliches Subordinationsverhältnis bestand.

Vorliegend umstritten ist einzig, ob sich der Beschwerdeführer während der Dauer seines Arbeitsverhältnisses in einem Unterordnungsverhältnis zur Beschwerdegegnerin befand, sodass er seine ausstehenden Lohnforderungen trotz Nachlassstundung betreiben kann.

2.2

2.2.1 Zusammengefasst erwog das Obergericht, die formelle Organstellung des Beschwerdeführers bei der Beschwerdegegnerin reiche für sich alleine nicht aus, um die Privilegierung seiner Lohnforderung zu verweigern; er habe aber bei der Ausübung seiner Tätigkeit als Geschäftsführer und Verwaltungsrat über einen erheblichen Entscheidungsspielraum und Möglichkeiten zur Einflussnahme verfügt, weshalb das behauptete tatsächliche Unterordnungsverhältnis zu verneinen sei.

2.2.2 Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht einerseits eine unrichtige und unvollständige Ermittlung des Sachverhalts (Verletzung von Art. 9 BV), indem dieses offenkundige Tatsachen nicht zur Kenntnis genommen und zu Unrecht kein Unterordnungsverhältnis festgestellt habe, sowie andererseits die Verletzung von Art. 297 Abs. 2 i.V.m. Art. 219 SchKG vor.

2.3 Entgegen der Auffassung des Obergerichts und des Beschwerdeführers hat das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die

Privilegierung stets abgelehnt, wenn der Tätige (z.B. als Mitglied des Verwaltungsrates der konkursiten Gesellschaft) gesetzliche Organstellung hatte, weil es diesfalls an der Unterordnung (Weisungsgebundenheit) im Sinn von Art. 321d OR fehlt, an welche das Privileg von Art. 219 Abs. 4 SchKG geknüpft ist (BGE 118 III 46 E. 2a S. 48, E. 2c S. 50, E. 3b S. 52; Urteile 5C.49/1989 vom 8. September 1989, E. 3; 5P.341/1999 vom 24. Januar 2000 E. 3c/bb; 5C.266/2004, E. 1.1 und 1.2; 5C.83/2005 vom 18. Juli 2005, E. 3.2; 5A_802/2008 vom 6. März 2009, E. 3.1). In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht betont, dass es nicht darauf ankommt, ob das Organ die im Gesetz umschriebene Funktion tatsächlich wahrgenommen hat oder ob es untätig geblieben ist bzw. als Strohmann bloss die Anordnungen anderer ausgeführt hat (BGE 118 III 46 E.3b S. 52; Urteil 5C.83/2005 vom 18. Juli 2005, E. 3.2); mithin sind die Forderungen gesetzlicher Organe in keinem Fall der ersten Klasse zuzuordnen. Bei faktischen Organen (Geschäftsführern, Direktoren, u.ä.) kommt es auf die tatsächliche Stellung an; ist diese durch grosse Unabhängigkeit und Entscheidungsbefugnisse in Bezug auf das Gesamtunternehmen gekennzeichnet, ist die Forderung unabhängig von der Bezeichnung des Vertragsverhältnisses durch die Parteien ebenfalls nicht privilegiert (BGE 52 III 145 E. 4 S. 147 f.; 118 III 48 E. 2a S. 48 f.; Urteile 5C.94/1989 vom 8. September 1989, E. 3 und 4; 5P.341/1999 vom 24. Januar 2000, E. 3c/bb). Eine Privilegierung der Lohnforderung hat das Bundesgericht demgegenüber zugelassen, wenn der Gläubiger zwar einmal Organstellung bei der zwischenzeitlich konkursiten Arbeitgeberfirma hatte, er jedoch (beispielsweise nach Aufgabe des Verwaltungsratsmandats) seine Tätigkeit für die Firma als Arbeitnehmer fortsetzte und im Zeitraum, für welchen er Lohnforderungen stellt, tatsächlich ein Unterordnungsverhältnis bestand (Urteil 5A_802/2008 vom 6. März 2009, E. 3.2.2).

Geht es – wie hier – um eine Forderung für die Freistellungszeit, ist nach der Rechtsprechung massgebend, ob die bis dahin entstandenen Forderungen privilegiert (gewesen) wären oder nicht, weil der auf die Freistellungszeit entfallende (Lohn-)Anspruch seine Grundlage im bisherigen Vertragsverhältnis hat und weder Kündigung noch Freistellung das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien auf eine neue Basis stellen (Urteile 5C.266/2004 vom 16. März 2005, E. 2.3; 5A_802/2008 vom 6. März 2008, E. 3.2). Daher wird der auf die Freistellungszeit entfallende Anspruch desjenigen, der vor seiner Abberufung bzw. Kündigung und Freistellung gesetzliche Organstellung innehatte, von vornherein vom Arbeitnehmerprivileg nach Art. 219 Abs. 4 SchKG ausgeschlossen (Urteil 5C.266/2004 vom 16. März 2005, E. 2.3).

Bei dieser Ausgangslage kann offen bleiben, ob das Obergericht den Sachverhalt unvollständig oder unrichtig festgestellt hat. Selbst wenn man für das Urteil den vom Beschwerdeführer geschilderten Sachverhalt annimmt, kommt seine auf die Freistellungszeit entfallende Forderung aufgrund der bis zum Zeitpunkt der Freistellung bestandenen Organstellung

als VR-Präsident der Beschwerdegegnerin nicht in den Genuss des Arbeitnehmerprivilegs.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Bundesgericht, Urteil vom 2. September 2009, Doss.-Nr. 8C_158/2009 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 11. Dezember 2008), in: BGE 136 I 39

BGG 66 IV, Kostenpflicht des Gemeinwesens.

Das Gemeinwesen, welches als Arbeitgeber in seinen Vermögensinteressen betroffen ist, ist nicht von Gerichtskosten befreit (E. 8.1.4).

Aus den Erwägungen:

8.

8.1

8.1.1 Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 65 f. BGG). Nach Art. 66 Abs. 1 BGG werden die Gerichtskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden sowie den mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen dürfen in der Regel keine Gerichtskosten auferlegt werden, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis und, ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, das Bundesgericht in Anspruch nehmen oder wenn gegen ihre Entscheide in solchen Angelegenheiten Beschwerde geführt worden ist (Art. 66 Abs. 4 BGG). Es stellt sich demnach die Frage, ob den unterliegenden Bezirken und Gemeinden die Gerichtskosten aufzuerlegen sind.

8.1.2 Bereits unter dem alten Recht durften gemäss Art. 156 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 574) «dem Bund, Kantonen oder Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihr Vermögensinteresse handelt, das Bundesgericht in Anspruch nehmen, oder gegen deren Verfügungen in solchen Angelegenheiten Beschwerde geführt worden ist», in der Regel keine Gerichtskosten auferlegt werden. Nach der Rechtsprechung hatten als Arbeitgeber in ihren Vermögensinteressen betroffene Gemeinden unter der Herrschaft des OG in personalrechtlichen Streitigkeiten grundsätzlich allfällige Gerichtskosten zu tragen (BGE 124 I 223 E. 3 S. 230; 2P.137/2005 vom 17. Oktober 2005 E. 5; 2P.104/2004 vom 14. März 2005 E. 9.1.1; 2P.133/2001 vom 6. September 2001 E. 3). Eine Ausnahme bildete indessen beispielsweise Art. 13 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1), welcher in der bis 31. Dezember 2006 gültig gewesenen Fassung ausdrücklich Kostenfreiheit vor-

sah. Kostenfrei waren zudem auch personalrechtliche Streitigkeiten, welche keine vermögensrechtlichen Interessen der Gemeinde tangierten (Urteil 2P.46/2006 vom 7. Juni 2006 E. 5).

8.1.3 Die Grundsätze der Kostentragungspflicht vor Bundesgericht (Art. 66 BGG) sind weitgehend vom bisherigen Recht übernommen worden (Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, 4305 Ziff. 4.1.2.10; BGE 133 V 642 E. 5.3 S. 463). Kostenpflichtig ist gemäss Art. 66 BGG grundsätzlich die unterliegende (Abs. 1) oder die unnötig Kosten verursachende (Abs. 3) Partei. Diese Regel kennt ausdrücklich erwähnte Ausnahmen: Von den Gerichtskosten befreit sind Bund, Kantone und Gemeinden sowie – neu – die mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen, sofern sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis handeln und es nicht um ihr Vermögensinteresse geht (Abs. 4). Diese drei Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BERNARD CORBOZ, in: Commentaire de la LTF, 2009, N. 23 zu Art. 66 BGG; THOMAS GEISER, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2008, N. 26 ff. zu Art. 66 BGG; HANSJÖRG SEILER, in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2007, N. 48 zu Art. 66 BGG). Das Bundesgericht kann die Gerichtskosten anders verteilen oder auf die Kostenerhebung verzichten, wenn es die Umstände rechtfertigen (Abs. 1 zweiter Satz). Zudem kann es auf die Erhebung der Gerichtskosten ganz oder teilweise verzichten, wenn ein Fall durch Abstandserklärung oder Vergleich erledigt wird (Abs. 2).

8.1.4 Unter der Herrschaft von Art. 66 Abs. 4 BGG ist, soweit ersichtlich, kein Entscheid ergangen, welcher sich ausdrücklich mit der Kostentpflicht der in personalrechtlichen Streitigkeiten in ihren Vermögensinteressen betroffenen Gemeinden befasst hat. Im Urteil 1C_183/2007 vom 5. Februar 2008 E. 6, nicht publ. in: BGE 134 I 204, in welchem die Höhe des der Beschwerdegegnerin zugesprochenen Entschädigungsanspruchs zur Diskussion stand, hat das Bundesgericht von einer Erhebung von Gerichtskosten zu Lasten einer unterliegenden, Beschwerde führenden öffentlich-rechtlichen Körperschaft abgesehen, ohne dies jedoch näher zu begründen. Es ist indessen kein sachlicher Grund ersichtlich, der es rechtfertigen würde, bezüglich eines als Arbeitgeber in seinen Vermögensinteressen betroffenen Gemeinwesens von der Auferlegung von Gerichtskosten abzusehen (vgl. in diesem Sinne auch SEILER, a.a.O., N. 53 zu Art. 66 BGG). Im vorliegenden Fall haben sich die Beschwerdeführer in einer Sache ans Bundesgericht gewandt, in welcher sie bei Abweisung der Beschwerde dem Beschwerdegegner eine Entschädigung auszurichten haben. Da somit die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes von Art. 66 Abs. 4 BGG nicht erfüllt sind, haben die unterliegenden Beschwerdeführer die Gerichtskosten unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG).

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 septembre 2009, Doss.-N° 4A_522/2008 (Admission du recours subsidiaire en matière constitutionnelle interjeté contre la sentence rendue le 8 octobre 2008 par la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin)

343 IV CO. Le droit fédéral n'impose le respect de la maxime inquisitoriale sociale qu'en première instance (c. 3.3). En vertu de cette maxime, le juge est tenu d'interpeller les parties lorsqu'il a un motif objectif de douter qu'elles ont offert les moyens de preuve à leur disposition. Il est vrai que le devoir du juge est atténué lorsque les parties sont assistées par un avocat. On ne saurait cependant en déduire que la maxime inquisitoriale sociale n'a plus aucun effet quand les parties sont assistées par un avocat ou une association professionnelle (c. 3.4). Lorsque l'autorité de seconde instance constate de graves lacunes dans l'instruction de la cause par l'autorité de première instance, elle doit, en tenant compte des particularités du cas concret, renvoyer la cause au premier juge, et non rejeter la demande pour défaut de preuve (c. 3.4).

Extraits des faits:

Alle dipendenze della ditta B. SA – in qualità di autista – dal 12 gennaio 2004, A. ha cessato la propria attività il 7 febbraio 2006, data a partire dalla quale egli è stato inabile al lavoro al 100% per malattia. Lo stesso giorno B.SA ha disdetto il rapporto di lavoro con effetto al 30 aprile 2006, termine poi prorogato sino al 31 luglio 2006. Nello scritto indirizzato a A. essa gli ha fra l'altro comunicato che con l'uscita dal contratto di lavoro scadeva anche l'assicurazione collettiva contro incidente e malattia stipulata con C. e ch'egli aveva la «possibilità di stipulare un'assicurazione indennità perdita di guadagno giornaliera singola con la nostra o tramite la vostra cassa malati privata». Interpellata dall'assicurato, il 1° settembre 2006 C. lo ha informato che il suo diritto alle prestazioni contrattuali sarebbe giunto al termine, al più tardi, il 29 ottobre 2006, ovvero 90 giorni dopo la fine del rapporto di lavoro.

Asserendo che C. gli aveva rifiutato il passaggio nell'assicurazione individuale perché il contratto d'assicurazione stipulato da B. SA non prevedeva una simile possibilità per gli impiegati – come lui – al beneficio di un permesso di lavoro per confinanti (frontalieri), il 7 febbraio 2007 A. ha convenuto l'ex datrice di lavoro dinanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, onde ottenere il pagamento di fr. 11 208.65, pari a quanto avrebbe percepito durante i mesi ottobre 2006-gennaio 2007 se essa avesse stipulato una copertura assicurativa conforme a quanto pattuito nel contratto di lavoro. Convinta di aver perfettamente adempiuto ai propri obblighi, B. SA ha avversato la richiesta di A., il quale avrebbe semmai dovuto – a suo modo di vedere – contestare la decisione di C.. Statuendo il 14 agosto 2008, il

Pretore ha integralmente accolto l'istanza di A.. Adita da B. SA, con sentenza dell'8 ottobre 2008 la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha rovesciato la pronunzia di primo grado.

Prevalendosi della violazione della massima inquisitoria sociale consacrata dall'art. 343 cpv. 4 CO e della violazione del divieto dell'arbitrio sancito dall'art. 9 Cost., il 12 novembre 2008 A. è insorto dinanzi al Tribunale federale con un ricorso ordinario simultaneo giusta l'art. 119 LTF, teso in sostanza alla modifica della sentenza cantonale nel senso di un rinvio degli atti al Pretore per esperire l'istruttoria.

Extraits des considérants:

2.

La II Camera civile del Tribunale d'appello ha ritenuto impossibile determinarsi su eventuali responsabilità dell'opponente a causa delle gravi carenze probatorie riscontrate nell'istruttoria di prima istanza. L'alta Corte ticinese ha escluso di esperire essa medesima le prove idonee ai fini del giudizio, in applicazione della massima ufficiale e del principio inquisitorio, tale facoltà essendo limitata ai casi in cui sia necessario completare l'istruttoria eseguita dal primo giudice e non esperire l'istruttoria vera e propria completamente dimenticata in prima sede; non spetta infatti a lei istruire la causa per la prima volta, sostituendosi al giudice naturale. Ciò vale a maggior ragione se, come nel caso in esame, il lavoratore è stato rappresentato dal servizio giuridico di un sindacato.

Come anticipato, dinanzi al Tribunale federale non viene criticata la mancata assunzione delle prove in sede d'appello bensì il mancato rinvio della causa al Pretore, che il Tribunale d'appello non sembra aver preso in considerazione. A mente del ricorrente, riformando la pronunzia pretorile nel senso della reiezione della sua istanza per carenza di prove, la Corte cantonale avrebbe «sacrificato la massima inquisitoria in nome dell'onere della prova» e pronunciato una sentenza in manifesto contrasto con la massima inquisitoria sociale, che le imponeva invece di rinviare la causa per nuova istruzione probatoria. Richiamandosi alla dottrina e alla giurisprudenza, anche a quella vigente in Ticino, egli sostiene infatti che, in una procedura retta dalla massima inquisitoria sociale, com'è quella in esame, qualora la seconda istanza constati lacune importanti nell'istruttoria effettuata dal giudice di primo grado, essa non respinge l'azione per carenza di prove bensì annulla la pronunzia di primo grado e rinvia la causa al giudice inferiore.

3.

L'art. 343 cpv. 4 CO stabilisce che nelle controversie derivanti dal rapporto di lavoro il cui valore litigioso non superi fr. 30 000.-, il giudice accerta d'ufficio i fatti e apprezza liberamente le prove.

3.1 La massima inquisitoria sociale sancita da questa norma riguarda la raccolta del materiale probatorio – ovvero l'accertamento dei fatti rile-

vanti ai fini del giudizio – dinanzi al giudice di prima istanza, (sentenza 4C.340/2004 del 2 dicembre 2004 consid. 4.1, non pubblicato in DTF 131 III 243), non invece l’oggetto della controversia, che resta nella libera disposizione delle parti. Queste rimangono tenute a esporre – nei modi e nei tempi stabiliti dalle norme procedurali applicabili – le circostanze all’origine delle loro pretese e a indicare i mezzi di prova disponibili (DTF 130 III 102 consid. 2.2 pag. 107; 107 II 233 consid. 2c; cfr. anche, seppur riferita a una controversia in materia di locazione, DTF 125 III 231 consid. 4a pag. 238 e 239). Se ha oggettivamente motivo di dubitare della completezza delle allegazioni di fatto e dei mezzi di prova offerti, il giudice è tuttavia tenuto a interpellare le parti (DTF 107 II 233 consid. 2c; sentenza 4P.297/2001 del 26 marzo 2002 consid. 2c; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/EHM, *Arbeitsrecht*, 2006, n. 4.2 ad art. 343 CO) e, secondo parte della dottrina, può anche convocare di propria iniziativa dei testimoni e/o ordinare l’edizione di documenti (HANS-PETER EGLI, *Das arbeitsrechtliche Verfahren nach art. 343 CO in PCEF 2004* pag. 21 segg., in particolare pag. 43 e n. 225 con numerosi riferimenti dottrinali).

3.2 Nella fattispecie in rassegna, sin dall’inizio del procedimento giudiziario il ricorrente ha sostenuto di non aver potuto passare all’assicurazione individuale perché la copertura assicurativa stipulata dall’opponente – contrariamente a quanto pattuito nel contratto di lavoro – non contemplava una simile possibilità per i lavoratori frontalieri. L’oggetto del litigio è stato così chiaramente fissato: il ricorrente ha rimproverato all’opponente il mancato adempimento dell’obbligo assunto nel contratto di lavoro di stipulare un’assicurazione che gli garantisse questa possibilità.

Come rettamente stabilito dai giudici ticinesi egli, gravato dall’onere probatorio in virtù dell’art. 8 CC, doveva dimostrare (i) l’esistenza di un obbligo contrattuale dell’opponente a questo riguardo, (ii) di essersi tempestivamente rivolto all’assicurazione per effettuare il passaggio all’assicurazione individuale e (iii) che ciò gli era stato negato a causa di una mancanza dell’opponente. Il giudice di primo grado ha reputato dimostrate le prime due condizioni e irrilevante l’ultima. A torto. I giudici d’appello hanno ragione quando affermano che il motivo per il quale l’assicurazione ha respinto la richiesta del ricorrente è determinante ai fini del giudizio sulla responsabilità dell’opponente e, quindi, sulla pretesa di A.. Essi hanno pure ragione quando spiegano che, in assenza della polizza di assicurazione collettiva di malattia e delle condizioni generali di assicurazione applicabili – così come della corrispondenza intercorsa fra il ricorrente e l’assicurazione in merito alla sua richiesta di passaggio all’assicurazione individuale, rispettivamente di una testimonianza a questo riguardo – non è possibile determinarsi sulla responsabilità dell’opponente.

3.3 Nulla può essere rimproverato ai giudici del Tribunale d’appello per non aver istruito loro stessi la causa, giacché il diritto federale impone il rispetto della massima inquisitoria sociale in prima istanza, mentre lascia

i Cantoni liberi di stabilire le regole da applicare in seconda istanza (DTF 107 II 233 consid. 3 pag. 237).

Non è dato per contro di sapere per quale motivo l'alta Corte ticinese, pur avendo constatato l'assenza di «un'istruttoria vera e propria», precisando addirittura che questa è stata «completamente dimenticata in prima sede», abbia d'acchito scartato l'eventualità di rinviare la causa al Pretore per esperire l'istruttoria, già ammessa in dottrina (cfr. TOBLER/FAVRE/MUNOZ/EHM, op.cit, n. 4.3 ad art. 343) e a livello cantonale (JAR 1996 pag. 352–354 [FR, Tribunal cantonal]). Nella sentenza impugnata questo tema non è stato trattato.

3.4 Il richiamo del ricorrente alla giurisprudenza ticinese – che dispone il rinvio della causa al giudice di primo grado quando viene constatata un'istruttoria carente – non si attaglia bene alla fattispecie in esame, siccome riferita a procedimenti concernenti i contributi di mantenimento per figli minorenni, nell'ambito dei quali – nonostante il tenore praticamente identico delle due norme (art. 280 cpv. 2 CC e art. 343 cpv. 4 CO) – la giurisprudenza riconosce alla massima inquisitoria una portata più ampia (cfr. DTF 128 III 411 consid. 3.2.1).

Come già spiegato al consid. 3.1, nel quadro dei procedimenti retti dalla massima inquisitoria sociale (art. 343 cpv. 4 CO) il giudice è tenuto a interpellare le parti circa la completezza dei mezzi di prova da loro offerti solo se ha oggettivamente motivo di dubitarne (DTF 107 II 233 consid. 2c). Inoltre, dato che la massima inquisitoria sociale è stata introdotta allo scopo di facilitare la comparsa dinanzi all'autorità giudiziaria alle persone non patrocinate, la giurisprudenza attenua di principio l'obbligo del giudice d'interpellare le parti quando queste sono assistite da un avvocato (cfr. sentenza 4C.395/2005 del 1° marzo 2006 consid. 4.3 e 4C.392/1999 dell'11 febbraio 2000 consid. 2c; HANS-PETER EGLI, op.cit., pag. 43). Da questo non si può tuttavia dedurre ch'essa non ha la benché minima valenza qualora una parte sia assistita da un legale o, come nel caso in esame, da un'associazione professionale. Una simile conclusione svuoterebbe praticamente di significato l'art. 343 cpv. 4 CO.

Nella fattispecie in rassegna, la Corte cantonale ha stabilito che l'istruttoria effettuata in prima sede è stata «completamente dimenticata» e che ciò va ricondotto non solo al comportamento delle parti, le quali hanno prodotto solo pochi documenti, «con scarsa valenza probatoria», ma anche all'errata valutazione giuridica della fattispecie da parte del giudice di primo grado, il quale – a torto – ha reputato irrilevanti i motivi che hanno spinto l'assicurazione a negare al ricorrente il passaggio all'assicurazione individuale. Ora, qualora il giudice avesse valutato correttamente la fattispecie, avrebbe ravvisato la chiara insufficienza dei mezzi di prova offerti dalle parti su questo punto decisivo ai fini del giudizio e, di conseguenza, le avrebbe interpellate così come prescritto dall'art. 343 cpv. 4 CO, invitandole a completare i mezzi di prova. EGLI non avrebbe per contro proce-

duto di sua iniziativa a un'assunzione di mezzi di prova, essendo le parti patrocinate.

Tenuto conto delle particolari circostanze del caso concreto, appena descritte, la decisione dei giudici cantonali di escludere senza alcuna spiegazione il rinvio della causa al primo giudice e di riformare invece la pronuncia pretorile nel senso della reiezione dell'istanza per carenza di prove lede gravemente la massima inquisitoria sociale e risulta in contraddizione urtante con il sentimento della giustizia e dell'equità.

4.

La sentenza impugnata va pertanto annullata per violazione dell'art. 9 Cost.

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 septembre 2009, Doss.-N° 4A_328/2009 (Irrecevabilité du recours en matière civile interjeté contre la décision de la Chambre des relations collectives de travail du canton de Genève du 26 mai 2009)

93 LTF. La décision de maintenir une employée à son poste durant la procédure doit être qualifiée d'autre décision préjudicielle ou incidente au sens de 93 LTF. Le recours au Tribunal fédéral contre une telle décision n'est ouvert que si celle-ci peut causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (c. 1).

92 LTF. Dès lors que l'autorité cantonale ne s'est prononcée que prima facie sur sa compétence, il faut conclure que la question de la compétence sur le fond n'est pas définitivement tranchée. Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'une décision sur la compétence au sens de 92 I LTF ouvrant la voie d'un recours au Tribunal fédéral (c. 2.3).

Extraits des faits:

A., employée dans le secteur du commerce de détail et membre du syndicat Y., a été engagée par X. & Cie (ci-après: X.) tout d'abord en qualité de collaboratrice de vente temporaire du 18 novembre au 24 décembre 2005, puis comme collaboratrice fixe dès le 1^{er} mars 2006.

Par courrier du 18 février 2009, X. a licencié A. pour le 30 avril 2009. La lettre de licenciement reproche pour l'essentiel à l'employée une interview qu'elle a donnée à un journal le 24 décembre 2008, dans laquelle elle critique la pratique de l'entreprise (sans la citer) en relation avec l'ouverture nocturne des magasins. Le syndicat Y. a contesté ce licenciement, soutenant qu'il intervenait en raison des activités syndicales de A., qui était représentante des travailleurs au sein de la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail. Estimant qu'un tel congé frappe

non seulement le travailleur, mais le syndicat lui-même, Y. a fait valoir qu'un tel licenciement était interdit par l'art. 17 al. 2 de la Convention cadre du commerce de détail, dont Y. et X. sont signataires. La procédure devant la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail a été paralysée en raison d'une divergence complète entre les parties.

Le 30 avril 2009, le syndicat Y. a déposé une requête dirigée contre X. auprès de la Chambre des relations collectives de travail (ci-après: la CRCT), concluant, à titre de mesures provisionnelles, à ce que A. soit réengagée provisoirement à partir du 1^{er} mai 2009 et, sur le fond, à ce que le licenciement soit annulé et à ce que l'employée réintègre son poste à partir du 1^{er} mai 2009. X. a conclu, sur les mesures provisionnelles, à ce que la requête soit déclarée irrecevable, subsidiairement à ce qu'elle soit rejetée; sur le fond, X. conclut à l'irrecevabilité de la demande, à son rejet, ainsi qu'à la condamnation du syndicat à une amende et à une peine conventionnelle pour avoir violé ses obligations légales et conventionnelles en lien avec l'obligation de maintenir la paix du travail. Par décision du 26 mai 2009, intitulée «décision sur mesures provisionnelles», la CRCT a déclaré la demande recevable et ordonné la réintégration de A. jusqu'à droit jugé sur le fond.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre la décision du 26 mai 2009. Elle conclut, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision attaquée et à ce que le Tribunal fédéral déclare irrecevable la demande avec requête de mesures provisionnelles; subsidiairement, elle conclut à l'annulation de la décision attaquée et au rejet de la requête sur mesures provisionnelles avec suite de frais et dépens. La requête d'effet suspensif présentée par la recourante a été écartée par décision présidentielle du 23 juillet 2009.

Extraits des considérants:

1.

La décision attaquée, comme le montre son intitulé et son objet, se caractérise comme une décision sur mesures provisionnelles. Rendue par l'autorité saisie d'une demande sur le fond, elle a pour objet de maintenir le statu quo en ce sens que l'employée reste à son poste pour la durée de la procédure, c'est-à-dire jusqu'à droit jugé sur le fond.

Une décision sur mesures provisionnelles ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral qu'en invoquant la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF). Le Tribunal fédéral ne peut examiner que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés par la partie recourante (art. 106 al. 2 LTF).

Lorsque des mesures provisionnelles sont prises dans une procédure autonome et indépendante de tout procès sur le fond, elles donnent lieu à une décision finale (art. 90 LTF); en revanche, si elles sont prises avant ou pendant une procédure principale et ne doivent déployer leurs effets que

durant cette procédure (laquelle doit être régulièrement introduite), les mesures provisionnelles ne donnent pas lieu à une décision finale, mais à une décision incidente (ATF 134 I 83 consid. 3.1 p. 86 s.; cf. également: Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4129 ch. 4.1.4.1). En l'espèce, la décision attaquée se caractérise clairement comme une décision incidente, puisqu'elle a été rendue par une autorité saisie d'une demande sur le fond, qu'elle ne déploie ses effets que durant le procès et qu'elle ne met pas fin à la procédure introduite.

La décision de maintenir l'employée à son poste durant la procédure ne constitue évidemment pas une décision sur la compétence ou sur une demande de récusation (art. 92 LTF), de sorte qu'elle doit être qualifiée d'autre décision préjudicielle ou incidente au sens de l'art. 93 LTF.

Le recours au Tribunal fédéral contre une telle décision n'est donc ouvert que si celle-ci peut causer un préjudice irréparable ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 LTF).

Soutenant qu'elle est exposée à un préjudice irréparable, la recourante fait valoir que l'on ne reviendra plus sur les mesures provisionnelles et qu'elle doit payer le salaire de son employée durant la procédure. Elle oublie cependant que l'employée est tenue de fournir son travail en échange du salaire. Dès lors que le montant du salaire a été librement accepté par la recourante, on doit supposer qu'il correspond, à ses yeux, à la valeur du travail fourni. On ne voit donc pas en quoi la continuation du rapport de travail durant la procédure causerait à la recourante un dommage patrimonial. Il incombe à la partie recourante de démontrer que les conditions de recevabilité de son recours sont réunies, notamment qu'elle est exposée à un préjudice irréparable, lorsque cela n'est pas évident (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, art. 93 n° 18 et les arrêts non publiés cités). En l'occurrence, on ne parvient pas à discerner en quoi consisterait le préjudice irréparable et l'argumentation présentée ne le démontre en rien. Il faut en conclure que le recours n'est pas recevable sur la base de l'art. 93 al. 1 let. a LTF.

Il reste à examiner s'il serait recevable en application de l'art. 93 al. 1 let. b LTF. Il s'agit de déterminer si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse. Saisie d'une requête de mesures provisionnelles, l'autorité peut soit accorder les mesures sollicitées (totalement ou partiellement), soit les refuser; quelle que soit la décision sur les mesures provisionnelles, la procédure sur le fond ne prend pas fin, mais se poursuit. En conséquence, même s'il statuait différemment sur les mesures provisionnelles, le Tribunal fédéral ne pourrait pas rendre une décision finale, c'est-à-dire une décision qui met fin à la procédure (cf. art. 90 LTF). En conséquence, la condition alternative de recevabilité prévue par l'art. 93 al. 1 let. b LTF n'est pas non plus remplie.

Le recours contre la décision sur mesures provisionnelles est ainsi irrecevable.

2.

La décision attaquée contient, dans son dispositif, la formule «déclare la demande recevable». Sachant que la recourante avait également contesté la recevabilité de la requête sur mesures provisionnelles, il faut se référer aux considérants pour essayer de dégager le sens de cette phrase sibylline.

2.1 Au considérant 1, l'autorité cantonale s'est référée à l'art. 9 al. 1 de la loi genevoise concernant la Chambre des relations collectives de travail du 29 avril 1999 (J1 15). Elle a constaté que cette disposition cantonale lui donnait la compétence pour juger tout litige relatif à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective de travail à la demande des parties contractantes ou de l'une d'entre elles. Elle a relevé que Y., la demanderesse, était l'une des parties contractantes. Il apparaît d'autre part (et l'argumentation de la recourante le confirme) qu'il y a entre les parties un litige sur l'interprétation de l'art. 17.2 de la convention collective, plus exactement sur la question de savoir si la violation de l'interdiction figurant dans cette disposition entraîne la nullité du licenciement.

La disposition sur laquelle l'autorité cantonale a appuyé sa compétence (l'art. 9 al. 1) est une norme de droit cantonal. Or, le recours au Tribunal fédéral n'est pas ouvert pour se plaindre d'une violation du droit cantonal, hormis dans le domaine des droits constitutionnels et des droits politiques (art. 95 LTF). Certes, la recourante pourrait se plaindre d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'application du droit cantonal (ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382 s.; 133 I 201 consid. 1 p. 203; 133 III 462 consid. 2.3 p. 466). Elle n'indique cependant pas en quoi l'autorité cantonale aurait statué arbitrairement en constatant que l'intimé était signataire de la convention collective et qu'il y avait un litige portant sur l'interprétation de celle-ci. Il n'y a donc même pas à entrer en matière, faute de motivation suffisante (art. 106 al. 2 LTF).

2.2 Au considérant 2, l'autorité cantonale a estimé qu'elle était également compétente sur la base de la convention collective, puisque la procédure devant la commission paritaire n'avait pas abouti. Il s'agit là d'une motivation alternative que la recourante aurait également dû attaquer pour violation des droits constitutionnels (ATF 133 IV 119 consid. 6.3 p. 120 s.). Il n'y a de toute manière pas lieu d'en discuter, puisqu'il ne s'agit que d'une motivation alternative et que la première motivation résiste à l'examen (cf. consid. 2.1).

2.3 Au considérant 3, la cour cantonale a estimé qu'il n'était pas nécessaire «à ce stade» d'examiner si sa compétence pouvait aussi se fonder sur l'art. 9 al. 3 de la loi genevoise. Or, cette question est évidemment d'importance pour statuer sur les conclusions prises au fond par le syndicat, puisque cette disposition lui permet de se prononcer sur un litige concernant les rapports de travail. En disant qu'elle ne tranchait pas la question

«à ce stade», l'autorité cantonale a montré qu'elle ne statuait pas définitivement sur sa compétence. Elle s'est bornée à examiner *prima facie* si sa compétence n'était pas d'emblée exclue, afin de décider si elle pouvait statuer sur la demande de mesures provisionnelles. Cette interprétation est clairement confirmée par le début du considérant 4: «il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'entrer en matière sur la demande de mesures provisionnelles».

Savoir si l'autorité peut examiner *prima facie* sa compétence au stade d'une décision sur mesures provisionnelles est une question de procédure. Comme la procédure relève en l'espèce du droit cantonal, il s'agit d'une question que le Tribunal fédéral ne peut pas examiner en l'absence d'un grief formulé de manière précise (art. 106 al. 2 LTF).

Dès lors qu'il résulte de l'interprétation de la décision attaquée que l'autorité cantonale ne s'est prononcée que *prima facie* sur sa compétence pour décider d'entrer en matière sur la requête de mesures provisionnelles, mais qu'elle se réserve, à un stade ultérieur, de réexaminer les fondements de sa compétence et les conclusions qu'elle peut examiner, il faut conclure que la question de la compétence sur le fond n'est pas définitivement tranchée. Dans un tel cas, il ne s'agit pas d'une décision sur la compétence au sens de l'art. 92 al. 1 LTF ouvrant la voie d'un recours au Tribunal fédéral (ATF 133 IV 288 consid. 2.2 p. 291).

Savoir si le licenciement d'espèce était motivé par l'activité syndicale de l'employée, si l'interdiction figurant à l'art. 17.2 de la convention collective conduit à la nullité du licenciement et si le syndicat est habilité à conclure en faveur d'un travailleur d'espèce plutôt que de poser un problème théorique d'interprétation sont des questions qui ne sont pas tranchées sur le fond dans la décision attaquée. Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de statuer avant l'autorité compétente en première instance.

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 octobre 2009, Doss.-N° 4A_311/2009 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 15 mai 2009)

Le fait pour un travailleur d'atteindre l'âge de la retraite ne signifie pas automatiquement la fin du contrat. La mise à la retraite suppose donc un licenciement, sauf mention expresse dans le contrat de travail (c. 3.3).

Conséquences de la non-affiliation d'une travailleuse au système de prévoyance professionnelle et d'assurance vieillesse en vigueur en Suisse (c. 4).

Extraits des faits:

Dès le 9 septembre 1977, Y. (ci-après: l'employée), ressortissante ... née le 29 juillet 1931, a travaillé comme secrétaire-standardiste à la Mission permanente de la République X. (ci-après: l'employeuse) auprès des Nations-Unies à Genève. Ultérieurement, soit le 1^{er} janvier 1985, les parties ont signé un «contrat d'engagement»; celui-ci disposait en particulier qu'«en matière d'assurances sociales, le contractant est assujéti au régime général de sécurité sociale en vigueur dans le pays où il exerce» (art. V); il prévoyait en outre que «le présent contrat peut à tout moment être dénoncé par l'une ou l'autre des parties, sous réserve d'un préavis de trois mois. La résiliation du présent contrat à l'initiative de l'employeur ouvre droit pour l'intéressé, le cas échéant, à une indemnité de licenciement dont le montant est fixé comme suit: a) moins de six mois d'activité: le contractant ne bénéficie d'aucune indemnité de licenciement; b) plus d'une année d'activité: le contractant bénéficie d'un mois de salaire par année de travail effectif. Le présent contrat peut également être résilié sans préavis, ni indemnité si: a) le contractant a fait l'objet d'une condamnation à une peine afflictive ou infamante; b) dans les trois premiers mois qui suivent l'installation du contractant dans ses fonctions s'il ne donne pas satisfaction; c) en cas de faute disciplinaire, de faute lourde, d'insuffisance professionnelle ou s'il travaille pour le compte de tiers sans l'autorisation écrite de l'autorité dont il relève» (art. VII). En dernier lieu, le salaire mensuel net de l'employée s'élevait à 4598 francs.

Le 23 juillet 2001, l'employeuse a envoyé à l'employée une lettre intitulée «fin de contrat»; elle l'informait que comme elle avait atteint l'âge de la retraite de soixante-cinq ans le 5 décembre 1996 déjà et qu'en 1993, l'Administration centrale du Ministère X. des affaires étrangères avait expressément demandé la cessation de cette «situation dérogatoire», ce «délai supplémentaire de cinq années» ne pouvait malheureusement plus être prolongé, de sorte qu'il lui était notifié la «cessation de leurs relations contractuelles» au 30 août 2001. Le 24 août 2001, l'employeuse a indiqué à l'employée qu'il lui appartenait, dès son retour (au pays), de se «rapprocher de la structure chargée du personnel à contrat à l'effet de la reconstitution de votre carrière et ce, pour vous permettre de faire valoir vos droits auprès des organismes de protection sociale (dudit pays)». Le 31 août 2001, l'employée a adressé un courrier à la Direction générale des Ressources du Ministère X. des affaires étrangères, à Z., au sujet de la résiliation de son contrat, dans lequel elle exposait sa situation et demandait des explications relatives à ses droits, notamment quant à l'affiliation à une caisse de retraite et à l'indemnité de licenciement prévue à l'art. VII de son contrat de travail; l'employée affirme ne jamais avoir reçu de réponse à cette lettre. Par courriers des 13 septembre et 1^{er} novembre 2001, l'employée a réclamé à son employeuse le paiement de divers montants auxquels elle estimait avoir droit et une détermination au sujet de ses droits

concernant l'art. V de son contrat de travail; il ne résulte pas du dossier que l'employeuse ait répondu à ces lettres.

Le 29 novembre 2001, l'employée a assigné l'employeuse devant la Juridiction des prud'hommes du canton de Genève, concluant au paiement d'une somme de 633 110 fr., correspondant en particulier à 119 548 fr. à titre d'indemnité de départ et à 503 530 fr. à titre de dommages-intérêts – destinés à réparer le dommage subi en raison de sa non-affiliation au système de prévoyance professionnelle et d'assurance vieillesse en vigueur en Suisse. Par jugement du 9 juillet 2008 rendu ensuite notamment de l'annulation d'une précédente décision rendue par défaut (cf. arrêt 4P.33/2007 du 13 juillet 2007), le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève a condamné l'employeuse à payer à l'employée les sommes nettes de 1602 fr. 40 et 621 025 fr. 40, soit notamment 503 530 fr. à titre de dommages-intérêts résultant de la violation de l'art. V du contrat de travail et 110 352 fr. à titre d'indemnité de licenciement prévue à l'art. VII dudit contrat, avec intérêt à 5% l'an dès le 31 octobre 2001. Saisie par l'employeuse et statuant par arrêt du 15 mai 2009, la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève a annulé le jugement du 9 juillet 2008; statuant à nouveau, elle a condamné l'employeuse à verser à l'employée la totalité du montant des arriérés de cotisations sociales que celle-ci se verra réclamer par la Caisse nationale X. des retraites, ou tout autre organisme similaire, afin de percevoir une pension de retraite correspondant à ses années d'activité auprès de l'employeuse pour la période allant du 5 septembre 1977 au 23 octobre 2001; elle a en outre condamné l'employeuse à payer à l'employée la somme nette de 33 745 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 31 octobre 2001, correspondant en particulier à 25 000 fr. à titre d'indemnité de licenciement.

L'employée (la recourante) exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral, auquel elle demande d'annuler l'arrêt du 15 mai 2009 et, cela fait, de condamner son adverse partie à lui payer la somme nette de 119 097 fr. 80 avec intérêt à 5% l'an dès le 31 octobre 2001 à titre d'indemnité de licenciement et de renvoyer pour le surplus la cause à la Cour d'appel pour nouvelle décision dans le sens des considérants sur la question de la rente de vieillesse, avec suite de frais et dépens.

Extraits des considérants:

3.

Se plaignant d'une violation des art. 18, 19, 339b et 339c CO – étant précisé que ces deux dernières dispositions concernent la question de l'indemnité à raison de longs rapports de travail –, la recourante critique l'interprétation que la Cour d'appel a faite de l'art. VII du contrat de travail, sur la base de laquelle elle a réduit à 25 000 fr. le montant de l'indemnité de départ que les premiers juges avaient fixé à 110 352 francs.

3.1 En présence d'un litige sur l'interprétation d'une disposition contractuelle, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO); s'il y parvient, il s'agit d'une constatation de fait qui lie en principe le Tribunal fédéral conformément à l'art. 105 LTF. Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si leurs volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations faites et les comportements selon la théorie de la confiance; il doit donc rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances; le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. L'application du principe de la confiance est une question de droit que le Tribunal fédéral peut examiner librement (art. 106 al. 1 LTF); pour trancher cette question, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, dont la constatation relève du fait (ATF 133 III 675 consid. 3.3 p. 681 s.). Les circonstances déterminantes sont celles qui ont précédé ou accompagné la manifestation de volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

Le sens d'un texte, apparemment clair, n'est pas forcément déterminant, de sorte que l'interprétation purement littérale est prohibée. Même si la teneur d'une clause contractuelle paraît limpide à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'existe aucune raison sérieuse de penser qu'il ne correspond pas à leur volonté (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1).

3.2 Appliquant le principe de la confiance, les premiers juges ont en l'occurrence considéré en bref que l'octroi d'une indemnité de départ était lié à la résiliation signifiée par l'employeuse, à l'exclusion d'autres circonstances particulières, par exemple l'âge de l'employée; ayant accompli vingt-quatre années complètes d'activité, la recourante avait droit à une indemnité de (24 × 4598 fr. =) 110 352 francs.

Pour sa part, la Cour d'appel a jugé en substance que la recourante ne pouvait de bonne foi pas s'attendre à percevoir en cas de licenciement la pleine et entière indemnité prévue à l'art. VII du contrat de travail, les conséquences de son congé sur le plan économique n'étant en rien comparables à celles subies par un employé remercié avant l'âge de la retraite, respectivement les inconvénients économiques d'un licenciement étant très fortement atténués, voire quasi-inexistants, pour un employé qui continuait à travailler au-delà de l'âge de la retraite s'il était en droit, comme en l'espèce, de percevoir une pension de retraite; en revanche, l'intimée pouvait escompter recevoir une indemnité de licenciement la dédommageant

pour sa fidélité sans faille et ininterrompue de vingt-quatre ans, qu'il convenait de fixer, en application de l'art. 42 al. 2 CO, à 25 000 fr., solution à laquelle on aboutirait du reste également en appliquant les art. 339b et 339c CO.

3.3 En l'occurrence, il est patent que les parties ne s'accordent pas quant au sens à donner à l'art. VII du contrat, de sorte qu'il y a lieu d'appliquer le principe de la confiance. Cela étant, il apparaît que l'interprétation de la disposition litigieuse à laquelle la Cour d'appel s'est livrée n'est guère convaincante, comme on va le voir ci-après.

La lecture de la clause en question permet d'en inférer que l'indemnité est due en cas de licenciement – par opposition à une démission – signifié par l'employeuse. A cet égard, les précédents juges ont retenu que tel était bien le cas en l'espèce, la lettre du 23 juillet 2001 valant notification de congé pour le 31 octobre suivant. Dans sa réponse au recours au Tribunal fédéral, l'intimée persiste à soutenir qu'il ne s'agissait pas d'un licenciement, mais d'une mise à la retraite; son argumentation ne résiste toutefois pas à l'examen, dans la mesure où elle se limite à confronter le résultat de l'interprétation objective qu'elle propose à celui auquel la Cour d'appel est parvenue, d'une manière qui ne prête pas le flanc à la critique; au demeurant, l'intimée joue sur les mots lorsqu'elle oppose «licenciement» et «mise à la retraite», car le fait pour un travailleur d'atteindre l'âge de la retraite ne signifie pas automatiquement la fin du contrat et la mise à la retraite suppose donc un licenciement, sauf mention expresse dans le contrat qui fait défaut en l'espèce, où la recourante avait d'ailleurs en tout état précisément dépassé l'âge de la retraite au moment où il a été mis fin aux rapports de travail (cf. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^e éd. 2006, n^o 4 ad art. 335 CO).

In fine, l'art. VII du contrat prévoit trois cas dans lesquels le versement d'une indemnité est exclu; il n'est pas contesté que ceux-ci n'entrent en l'occurrence pas en considération. A teneur de son texte, la clause litigieuse ne comporte aucun autre cas d'exclusion du paiement de l'indemnité, en particulier ni l'âge du collaborateur bénéficiaire, ni la proximité de la retraite. L'emploi des termes «ouvre droit» puis «le cas échéant» pourrait donner l'impression que le versement revêt un caractère discrétionnaire, mais l'on ne voit pas, et il n'a nullement été établi, de quelles conditions ledit paiement pourrait dépendre, et il est impensable que le versement soit lié à la réalisation d'éléments dont la bénéficiaire n'était pas en mesure d'avoir connaissance; peut-être faut-il mettre les mots en question en relation avec les trois cas d'exclusion susmentionnés; en tout état, ils ne sauraient s'opposer à l'application de la clause litigieuse dans le cas particulier.

Ce qui précède porte à croire, à l'instar de ce que les premiers juges ont considéré, que le versement de l'indemnité n'était en l'espèce soumis à aucune condition. A cet égard, l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, en application du principe de la confiance, les conséquences économiques

du licenciement, plus particulièrement en rapport avec la proximité de l'âge de la retraite et, partant, de la potentielle obtention d'une rente de vieillesse, s'agissant singulièrement d'une collaboratrice qui aurait de surcroît travaillé au-delà de l'âge de la retraite, seraient un élément déterminant, ne repose sur aucun fondement sérieux. Le rapport entre le montant de l'indemnité de départ et la proximité de la retraite ne ressort pas du texte du contrat et l'on ne voit en particulier pas que les art. V et VII du contrat devraient d'une quelconque manière être mis en relation l'un avec l'autre; ces dispositions figurent au contraire à des emplacements distincts dans le contrat et sont au demeurant séparés par un autre article. Pour le surplus, l'on ne saurait objectivement admettre que le but poursuivi par les parties était de réduire le montant de l'indemnité en fonction du montant de la probable rente de vieillesse que l'employée pourrait toucher; les deux questions étaient au contraire indépendantes; d'ailleurs, le point n'a pas été rediscuté, ni la clause litigieuse remise en cause, lorsque les parties ont décidé que la recourante continuerait à travailler après l'âge de la retraite.

En définitive, il apparaît que la clause litigieuse devait de bonne foi être comprise en ce sens que l'indemnité en question avait pour vocation de récompenser la fidélité des collaborateurs – et cela non pas seulement suite à de longs rapports de travail, puisque l'indemnité était due au bout d'une seule année de service –, sans qu'aucun autre critère que le nombre d'années passées au sein de l'intimée, ni d'ailleurs aucun facteur de réduction du montant, n'entrent en ligne de compte; dès lors, les premiers juges avaient à juste titre considéré qu'il convenait d'allouer à la recourante une indemnité d'un montant de 110 352 fr. Partant, le dispositif de l'arrêt attaqué doit être réformé à cet égard.

4.

Se plaignant d'une violation des art. 8 CC, 16 LDIP, 18, 20, 42 ainsi que 97 CO, la recourante reproche à la Cour d'appel d'avoir jugé comme elle l'a fait en rapport avec la question de «l'indemnisation pour assurances sociales inexistantes».

4.1 Sur ce point, pour allouer le montant de 503 530 fr. à titre de dommages-intérêts résultant de la violation par l'intimée de l'art. V du contrat de travail, les premiers juges avaient considéré en bref que cette disposition pouvait et devait être comprise par un destinataire raisonnable et de bonne foi comme impliquant un assujettissement nécessaire au régime existant au lieu de travail; alors que l'intimée aurait dû faire part immédiatement à son employée d'une impossibilité d'assujettissement, elle n'avait abordé cette question qu'à l'issue des relations de travail, soit par courrier du 24 août 2001; par ailleurs, l'intimée n'avait pas établi que la recourante était en droit de bénéficier de prestations de la Caisse de pension X., les courriers produits à cet égard n'ayant le caractère que de simples allégations; de plus, de l'aveu même de l'intimée, l'une des conditions légales de l'octroi d'une rente – à savoir le paiement par l'employée de cotisations – n'était pas réalisée; à cela s'ajoutait l'apparente impossibilité

de l'intéressée d'obtenir à ce jour-là des renseignements fiables, voire une décision en sa faveur, de sorte que l'éventualité du paiement d'une telle rente à son profit ne pouvait être prise en compte, car elle revêtait un caractère «hautement incertain».

A cet égard, les juges d'appel ont préalablement relevé que sur le plan de la perception par la recourante d'une pension de retraite X., la situation avait sensiblement évolué depuis le prononcé du jugement de première instance ainsi que les écritures des parties produites dans le cadre de l'appel. En effet, il était apparu qu'en date du 31 mai 2005, l'avocat de l'intimée avait écrit à celui de la recourante pour l'informer, notamment, que sa cliente avait droit à une retraite selon la législation X. et que pour obtenir une telle rente, il lui suffisait qu'elle se rende dans son pays. Par ailleurs, lors de l'audience du 27 novembre 2008, l'intimée avait produit une lettre que son Ambassadeur auprès de l'Organisation des Nations Unies à Genève avait reçue le 19 novembre 2008 de la Caisse nationale des retraites de Z., indiquant que la recourante ayant atteint l'âge légal de la retraite et satisfaisant aux conditions fixées par l'art. 6 de la loi ... relative à la retraite, elle avait droit à une pension auprès de la Caisse nationale des retraites, au titre des années d'activité du 5 septembre 1977 au 31 août 2001; l'intéressée était aussi invitée à se présenter au service de la Caisse nationale des retraites à Z., afin de déposer son dossier ou, à ce défaut, de lui transmettre par simple courrier son dossier complet. Enfin, lors de la même audience, l'intimée avait fourni diverses précisions concrètes au sujet des conditions pour que la recourante touche sa pension de retraite annuelle, en particulier qu'elle se rende une fois par année (au pays); pour sa part, la recourante avait notamment déclaré qu'elle transmettrait à la Caisse nationale des retraites un dossier contenant les pièces nécessaires pour toucher une pension de retraite, précisant qu'elle attendait encore l'attestation de non-perception de retraite qu'elle avait sollicitée auprès de la Caisse de compensation genevoise par le biais de son avocat. Il apparaissait ainsi que l'on ne pouvait suivre aveuglément les considérations des premiers juges – et les conséquences qu'ils en avaient tirées – relatives à l'absence de preuve quant à la transmission d'informations à la recourante par l'intimée concernant sa pension de retraite X.

Cela étant, la Cour d'appel a en substance considéré que le premier paragraphe de l'art. V du contrat était nul, car il avait pour objet une prestation prohibée tant par le droit international public que par le droit suisse, en ce sens que l'affiliation de la recourante au système de sécurité sociale helvétique n'était pas possible; l'intimée avait ainsi créé une situation dont elle était seule responsable, de sorte qu'elle devait réparer l'éventuel préjudice qui en était résulté pour la recourante; celui-ci consistait en l'absence de réception d'une pension de retraite X. depuis sa cessation d'activité au service de l'intimée; les deux premières conditions d'obtention d'une pension de retraite au sens de l'art. 6 de la loi X. n° ... relative à la retraite, à savoir être âgée de cinquante-cinq ans au moins pour

une femme et avoir travaillé pendant au moins quinze années, étaient réalisées; quant à la troisième condition, consistant en l'obligation d'avoir cotisé à la Sécurité sociale durant au moins quinze ans, l'intimée avait indiqué que la Caisse nationale des retraites était disposée à servir à l'intéressée sa pension dès que celle-ci aura réglé l'arriéré de ses cotisations; cet arriéré de cotisations constituait un élément du dommage de la recourante dont l'intimée devait entièrement s'acquitter.

Enfin, les juges d'appel ont relevé qu'ils étaient arrivés à cette conclusion notamment parce qu'il résultait de l'attitude de l'intimée, ayant valeur d'engagement de sa part, ainsi que des documents qu'elle avait produits, en particulier ceux émanant de la Caisse nationale X. des retraites, que la recourante percevrait une pleine pension de retraite calculée sur toutes ses années d'activité auprès de son ancienne employeuse, laquelle était intervenue auprès de ladite Caisse – qui était l'un de ses organes et, à ce titre, lui était entièrement subordonnée – afin que son ancienne employée obtienne les prestations auxquelles elle avait droit. Si, pour une raison ou une autre, la recourante ne devait pas percevoir de telles prestations, il n'était pas inutile de rappeler l'existence de l'art. 157 let. d de la loi genevoise du 10 avril 1987 de procédure civile (LPC/GE; RSG E 3 05), qui permet de former une demande de révision dans les cas où une décision de justice civile a été obtenue par «surprise ou machination frauduleuse», et ce afin de remédier à des situations particulièrement choquantes et insatisfaisantes.

4.2 Dans son recours au Tribunal fédéral, la recourante ne remet en soi pas en cause le fait que son affiliation au système de prévoyance suisse était impossible et se place pour fonder ses prétentions dans la perspective du droit au versement d'une rente X. Cela étant, elle est d'avis notamment que l'intimée n'aurait pour ainsi dire effectué aucun acte préparatoire concret pour qu'elle puisse espérer avoir une décision favorable de la Caisse de retraite; elle soutient qu'«en se basant sur les allégations non prouvées de (l'intimée), la Cour d'appel a fini par croire que (la recourante) obtiendrait la pension X., alors que tous les éléments rationnels indiquent clairement que (la recourante) ne perçoit pas la pension depuis sept ans et ne remplit pas des conditions légales imposées par la Loi X. pour en obtenir une à l'avenir»; en procédant de la sorte, les juges d'appel auraient violé l'art. 8 CC.

A cet égard, il sied de souligner que lorsque la Cour d'appel dit que la recourante peut être affiliée à la caisse X. et toucher des prestations, elle applique le droit X., spécifiquement la loi n° ... relative à la retraite, dont elle estime que les deux premières conditions sont remplies et la troisième sera considérée comme telle une fois les arriérés de cotisation versés, compte tenu de la dérogation concédée; or, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de revoir l'application que le juge cantonal a faite du droit étranger, le grief de mauvaise application du droit étranger n'étant d'ailleurs pas recevable dans les causes pécuniaires (cf. art. 96 LTF; CORBOZ, op.cit.,

n° 8 ad art. 96 LTF); concrètement, la Cour de céans n'a en l'espèce pas à dire si la recourante pouvait être affiliée à l'institution X. ou si cela n'était plus possible – hypothèse dans laquelle l'intimée pourrait le cas échéant être appelée à pallier l'absence de versement d'une rente X. –, ni quel est le montant auquel la recourante aura droit au titre de rente selon le droit X.

Pour le surplus, dans la mesure où la recourante semble soutenir que les juges d'appel ont acquis à tort la conviction qu'une rente X. lui serait effectivement versée, compte tenu singulièrement de l'engagement de l'intimée à cet égard, elle critique en réalité l'appréciation des preuves à laquelle ceux-ci se sont livrés pour aboutir à cette conclusion, soit en particulier l'analyse des différents courriers échangés entre la procédure de première instance et celle d'appel; or, la recourante se contente de discuter les faits, mais ne démontre pas en quoi la Cour d'appel aurait commis arbitraire dans l'établissement de ceux-ci, de sorte que son grief est sous cet angle irrecevable. Au demeurant, les juges d'appel ont spécifiquement rappelé la possibilité de la demande de révision, étant relevé que l'intimée a expressément affirmé, dans sa réponse au Tribunal fédéral, qu'elle entendait appliquer l'arrêt de la cour cantonale.

4.3 Cela étant, la recourante plaide que son dommage correspondrait non pas aux cotisations arriérées afin d'obtenir «une rente qui reste très hypothétique», mais à la capitalisation de cette rente dont elle aurait déjà bénéficié depuis plus de sept ans si l'intimée avait respecté ses obligations contractuelles. En tant qu'elle part de l'idée que l'obtention de la rente demeure hypothétique, l'argumentation de la recourante repose comme précédemment exposé sur une prémisse erronée. Pour le surplus, il y a lieu de déterminer si la Cour d'appel a méconnu la notion juridique de dommage (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471). En l'occurrence, la recourante doit être replacée dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait été correctement assurée, c'est-à-dire si elle avait obtenu une rente dès le moment où elle avait cessé de travailler. A cet égard, il a été jugé que l'employée allait toucher une rente dès que les arriérés de cotisations seraient versés, et ce avec effet rétroactif; de surcroît, les juges d'appel ont relevé que l'on ne pouvait exiger de la recourante qu'elle rattrape le paiement de ses cotisations, ni que celles-ci soient imputées sur le montant des pensions qu'elle allait toucher, mais que le paiement du montant des arriérés devait être assumé par l'intimée. Par conséquent, dès lors que la recourante recevra une rente versée rétroactivement sans avoir besoin de payer des cotisations, elle ne subit pas de dommage.

Reste la question des intérêts de retard éventuellement dus en raison du fait que la rente n'aura pas été versée au fur et à mesure depuis 2001; la recourante en avait demandé en première instance et le Tribunal lui en avait alloué; la Cour d'appel n'a en revanche pas tranché la question; faute pour la recourante de s'en être plainte devant le Tribunal fédéral, ne serait-ce qu'à titre subsidiaire, il n'y a toutefois pas lieu d'y revenir. En définitive, le second moyen de la recourante doit donc être écarté.

5.

Il résulte des considérants qui précèdent que le recours doit être partiellement admis, dans la mesure de sa recevabilité, et les chiffres 2 et 3 du dispositif de l'arrêt du 15 mai 2009 annulés; le chiffre 2 sera réformé en ce sens que l'intimée est condamnée à payer à la recourante la somme nette de 119 097 fr., correspondant à l'addition du montant de 110 352 fr. dû à titre d'indemnité de départ et de celui de 8745 fr. (arrondi de 80 centimes) relatif à différents postes qui n'étaient plus contestés devant le Tribunal fédéral.

Pour le surplus, il appartiendra à la Cour d'appel de statuer à nouveau sur les frais et éventuels dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 novembre 2009, Doss.-N° 4A_95/2009 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre la sentence rendue le 15 janvier 2009 par la II^e Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin)

337 CO. Délai de réflexion. Il convient de distinguer, d'une part, les cas dans lesquels l'état de faits est clair dès le début, et d'autre part, les cas dans lesquels il est nécessaire de procéder à des vérifications ou des cas dans lesquels les manquements du travailleur sont découverts progressivement. Dans ces dernières hypothèses, la distinction entre le délai nécessaire à l'éclaircissement des faits et le délai pour résilier n'est pas toujours aisée.

Lorsque l'infraction reprochée au travailleur est clairement identifiée et qu'il convient seulement d'établir si le travailleur l'a effectivement commise, on peut exiger de l'employeur qu'il réfléchisse déjà durant la phase d'éclaircissement sur la manière de sanctionner son employé et que, partant, il procède à son licenciement immédiat dès qu'il a reçu la confirmation de ses soupçons (c. 4.2.1).

Extraits des faits:

B. ha lavorato alle dipendenze di A.A. SA dal settembre 1990 fino al 21 aprile 1992, quando è stato licenziato con effetto immediato. In risposta alla contestazione del licenziamento formulata per iscritto da B. ancora lo stesso giorno, il 24 aprile seguente la datrice di lavoro gli ha inviato una missiva nella quale, oltre a confermare la risoluzione immediata del rapporto di lavoro, ha esposto i motivi all'origine di tale provvedimento. In particolare gli ha rimproverato di aver inviato, il 9 marzo 1992, una lettera su carta intestata A.A. SA alla ditta tedesca C. – nella quale offriva a questa società di rappresentarla in Svizzera e in Italia – e di averla abusi-

vamente firmata a nome di A.A. SA e A.D. Srl, allorquando la datrice di lavoro non aveva autorizzato una simile iniziativa, della quale peraltro nulla sapeva. Nello scritto del 24 aprile 1992 sono stati pure menzionati l'assenza del dipendente, non autorizzata, il venerdì precedente le festività pasquali, la mancata osservanza degli orari di lavoro, l'inottemperanza alle istruzioni impartitegli dal direttore E. e gli scarsissimi risultati ottenuti.

Con raccomandata del 19 maggio 1992 – non ritirata dalla datrice di lavoro – B. si è nuovamente opposto alla risoluzione immediata del rapporto di lavoro, che ha dichiarato di essere pronto a considerare quale disdetta ordinaria per la fine di luglio 1992, e, pur aderendo alla richiesta di A.A. SA di consegnare le chiavi, ha dato la sua disponibilità a proseguire l'attività sino alla fine del contratto.

Il 2 luglio 1993 B. ha convenuto A.A. SA dinanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, onde ottenere il pagamento di complessivi fr. 37 457.25, oltre interessi al 7% dal 1° agosto 1992. Statuendo il 12 novembre 2007, il Pretore ha accolto la petizione limitatamente a fr. 15 251.50, oltre interessi al 5% dal 30 luglio 1992. Pur avendo ammesso che il lavoratore ha gravemente violato il proprio obbligo di fedeltà nei confronti della datrice di lavoro – approfittando della propria posizione all'interno della società e del nome della stessa per tentare di avviare un'attività commerciale personale parallela – il giudice ha reputato intempestiva la rescissione immediata del rapporto di lavoro notificata il 21 aprile 1992 per questo motivo, avendo A.A. SA avuto notizia della citata iniziativa già nel marzo 1992. Egli ha quindi trattato la disdetta alla stregua di una disdetta ordinaria e ha riconosciuto a B. pretese salariali sino a fine giugno 1992. Ambedue le parti si sono aggravate contro il giudizio pretorile. Con sentenza del 15 gennaio 2009 la II Camera civile del Tribunale d'appello del Cantone Ticino ha respinto l'appello principale di A.A. SA e accolto parzialmente quello adesivo di B., aumentando la somma riconosciutagli a fr. 21 966.75, oltre interessi al 5% dal 31 luglio 1992.

Prevalendosi della violazione dell'art. 337 CO e dell'art. 4 CC, il 20 febbraio 2009 A.A. SA è insorta dinanzi al Tribunale federale con un ricorso in materia civile volto alla modifica della sentenza cantonale nel senso dell'accoglimento del suo appello e, di conseguenza, della reiezione integrale delle pretese avanzate da B.

Extraits des considérants:

4.

L'attuale vertenza trae origine dalla disdetta immediata del rapporto di lavoro significata dalla ricorrente all'opponente il 21/24 aprile 1992.

4.1 Giusta l'art. 337 cpv. 1 CO il datore di lavoro e il lavoratore possono in ogni tempo recedere immediatamente dal rapporto di lavoro per cause gravi; è considerata causa grave, in particolare, ogni circostanza che non permetta per ragioni di buona fede di esigere da chi dà la disdetta la

continuazione del contratto (art. 337 cpv. 2 CO). Sull'esistenza di una simile causa, il giudice decide secondo il suo libero apprezzamento (art. 337 cpv. 3 CO; i principi che disciplinano l'applicazione dell'art. 337 CO).

In concreto, la gravità del comportamento dell'opponente non è oggetto di discussione: il fatto che il 9 marzo 1992 egli si sia rivolto all'azienda tedesca a nome della ricorrente, a sua insaputa e senza la sua autorizzazione, con l'intenzione di avviare un'attività personale parallela (cfr. consid. B), configura una «causa grave» suscettibile di giustificare la disdetta immediata del rapporto di lavoro giusta l'art. 337 CO (i principi che disciplinano l'applicazione di questa norma sono riepilogati nella DTF 130 III 28 consid. 4a pag. 31 seg.).

4.2 Il ricorso presentato al Tribunale federale verte sulla decisione della Corte suprema ticinese di confermare il giudizio pretorile in punto al carattere intempestivo della disdetta notificata il 21/24 aprile 1992.

4.2.1 La legge prescrive che la disdetta per cause gravi dev'essere comunicata «immediatamente». Dottrina e giurisprudenza convergono tuttavia nel concedere alla parte che rescinde il contratto un termine di riflessione per comunicare la sua decisione, a patto ch'esso sia breve; un ritardo nel reagire può infatti far apparire possibile la prosecuzione dei rapporti di lavoro sino alla scadenza del contratto mediante una disdetta ordinaria (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed. 2008, pag. 502 seg.; DTF 123 III 86 consid. 2a con rinvii). Secondo la giurisprudenza, al datore di lavoro che intende porre fine «immediatamente» al contratto bastano di regola due o tre giorni, dal momento in cui ha acquisito conoscenza certa della causa grave di licenziamento, per maturare la sua decisione e riunire le informazioni giuridiche necessarie (DTF 130 III 28 consid. 4.4 pag. 34 con rinvii). Un'ulteriore attesa, comunque limitata a qualche giorno, è ammissibile solo quando lo esigono circostanze particolari, ad esempio quando il datore di lavoro è una persona giuridica, il cui processo decisionale è più complesso (sentenza 4A_454/2007 del 5 febbraio 2008 consid. 2.4; sentenza 4C.282/1994 del 21 giugno 1995 consid. 3 in JAR 1997 pag. 208).

Inoltre, i casi in cui la fattispecie è chiara sin dall'inizio vanno trattati diversamente da quelli in cui è invece necessario procedere a degli accertamenti così come da quelli in cui le mancanze del lavoratore vengono scoperte progressivamente (sentenza 4A_238/2007 del 1° ottobre 2007 consid. 4.1 in JAR 2008 pag. 275 seg.). In questi casi la distinzione fra termine di chiarimento (Abklärungsfrist) e termine di riflessione (Überlegungsfrist) non è sempre agevole. Comunque, se l'addebito mosso al dipendente è chiaro sin dall'inizio e occorre solo stabilire se egli si è effettivamente comportato così come sospettato, si può esigere che il datore di lavoro rifletta già durante la fase di chiarimento su come sanzionare il comportamento del dipendente e che, pertanto, non appena ricevuta conferma dei suoi sospetti egli proceda subito al licenziamento (sentenza 4C.188/2006 del 25 settembre 2006 consid. 2).

4.2.2 In concreto, la massima istanza cantonale ha stabilito che la ricorrente ha avuto conoscenza del fatto grave invocato nella lettera di licenziamento – ovvero dell’invio, il 9 marzo 1992, dell’offerta a C. – il 30 marzo 1992, quando ha ricevuto la risposta negativa della società tedesca. Anche ammettendo l’esigenza di ricevere, da parte di questa società, copia della missiva speditale da B., i giudici ticinesi non hanno ritenuto di dover posticipare il giorno della conoscenza del motivo grave addotto a sostegno della rescissione immediata del rapporto di lavoro. Udito quale teste, il direttore della ricorrente E. ha infatti dichiarato che «subito dopo [il momento della ricezione della missiva 26 marzo 1992] mi sono rivolto al sig. B. per chiedere spiegazioni. (...) Dopo questa prima corrispondenza della quale io feci notare al sig. B. la gravità, incaricai la signora F. di contattare la ditta in Germania, la quale mi fece pervenire per fax la fotocopia dell’offerta redatta dal sig. B. su carta della A.A. SA a nome delle due società A.A. SA e A.D. Srl.» Considerato il tenore di queste affermazioni – ha osservato la II Camera civile – non v’è motivo di ritenere che il fax non sia pervenuto alla ricorrente ancora lo stesso giorno della ricezione dello scritto del 26 marzo, ovvero il 30 marzo 1992. In queste circostanze, hanno concluso i giudici ticinesi, anche volendo concedere alla datrice di lavoro, oltre ai due-tre giorni di riflessione usuali, qualche giorno in più, per il motivo che il direttore ha dovuto consultarsi con il Consiglio d’amministrazione prima di agire, la disdetta significata al dipendente il 21/24 aprile 1992 rimane comunque tardiva.

4.2.3 La ricorrente contesta questa conclusione.

In sintesi, essa sostiene di aver agito conformemente alle esigenze di legge, qui descritte al consid. 4.2.1. Non appena ricevuta la lettera dell’impresa tedesca, il 30 marzo 1992, il suo direttore ha infatti chiesto che gli venisse spedita copia della missiva inviata il 9 marzo precedente dell’opponente, che le è pervenuta alcune settimane dopo; egli ha dipoi esteso tale richiesta anche alle altre società produttrici di birra in Germania che avevano risposto a un’analogo offerta dell’opponente. Verso la metà del mese di aprile, quando ha riunito tutto il materiale e ha avuto «la prova inconfutabile del comportamento abusivo del dipendente», il direttore si è quindi rivolto al Consiglio di amministrazione per ottenere l’autorizzazione di procedere al licenziamento con effetto immediato. Tenuto conto della concomitanza con il periodo pasquale e dell’assenza abusiva dell’opponente il venerdì 17 aprile, la disdetta non poteva realisticamente essere notificata prima di martedì 21 aprile 1992. Omettendo senza alcuna giustificazione di tenere conto di queste circostanze, conclude la ricorrente, il Tribunale d’appello ha pronunciato un giudizio lesivo dell’art. 337 CO e dell’art. 4 CC, in contrasto con la giurisprudenza federale.

4.2.4 L’argomentazione ricorsuale è destinata all’insuccesso.

Non è la Corte cantonale che ha omesso di confrontarsi con le circostanze addotte nel gravame, ma la ricorrente che nel suo allegato trala-

scia di commentare gli accertamenti di fatto e gli argomenti di diritto contenuti nella sentenza impugnata che le sono sfavorevoli.

4.2.4.1 La sentenza impugnata accerta che, seppur già a conoscenza anche delle altre missive inviate dal dipendente, nella lettera del 24 aprile 1992, in cui ha esposto i motivi del licenziamento in tronco, la ricorrente ha menzionato solo l'offerta inviata il 9 marzo 1992 alla C. Per questo motivo la Corte cantonale le ha negato la possibilità di avvalersi a posteriori dell'esistenza di altre offerte per sostenere la tempestività della disdetta immediata.

Dinanzi al Tribunale federale la ricorrente tenta di attenuare la portata dell'accertamento dei giudici ticinesi ricordando di aver specificato, nella lettera del 24 aprile 1992, che i motivi ivi elencati non erano esaustivi e di aver rimproverato all'opponente «un insieme di comportamenti anticontrattuali e lesivi della fiducia che il datore di lavoro riponeva nel lavoratore». Sennonché dal tenore della pronunzia criticata non risulta che, successivamente, in sede giudiziaria la ricorrente abbia mantenuto gli altri addebiti mossi contro l'opponente; essa si è concentrata solo sui contatti con le ditte germaniche. A questo proposito merita di essere condivisa la considerazione dei giudici ticinesi secondo cui determinante è la «causa grave» comunicata al dipendente al momento della disdetta. La risoluzione immediata di un contratto non può essere motivata «non esaustivamente». La giurisprudenza ammette, eccezionalmente, la possibilità di prevalersi successivamente di ulteriori motivi solo se questi, già esistenti prima della disdetta, sono emersi solo in seguito e la parte che ha rescisso il contratto non li conosceva né avrebbe potuto conoscerli facendo uso della dovuta diligenza (DTF 127 III 310 consid. 4a pag. 314 con rinvii). Manifestamente tale eventualità non è realizzata nella fattispecie in esame: il 21/24 aprile 1992 la ricorrente, per sua stessa ammissione, sapeva già che il dipendente si era rivolto a più ditte.

4.2.4.2 Essa ha pertanto scientemente deciso di licenziarlo in tronco (già) per l'offerta inviata il 9 marzo 1992 alla C. Il giudizio sulla tempestività della disdetta dipende dunque esclusivamente dal momento in cui la ricorrente ha avuto la prova certa dell'esistenza di questo documento.

In sede federale la ricorrente spiega di aver ricevuto copia di tale scritto verso la metà di aprile 1992. Sottace invece l'accertamento cantonale secondo il quale subito dopo aver ricevuto la risposta della ditta tedesca, il 30 marzo 1992, il direttore aveva chiesto e ottenuto una copia via fax dello stesso. In queste circostanze, contrariamente a quanto preteso nel gravame, non è manifestamente iniquo ritenere che la ricorrente ha avuto contezza dell'agire sleale dell'opponente alla fine di marzo 1992. Ma anche qualora si volesse far risalire tale consapevolezza ai primi di aprile, il giudizio cantonale non risulterebbe comunque lesivo dell'art. 337 CO. Pur considerando la prossimità delle vacanze pasquali, un'attesa di oltre quindici giorni supera il termine massimo concesso dalla giurisprudenza per notificare la risoluzione immediata del rapporto di lavoro.

4.3 Ne discende che, concludendo per la perenzione del diritto della ricorrente di disdire il contratto con effetto immediato per l'iniziativa intrapresa dall'opponente il 9 marzo 1992, il Tribunale d'appello non ha violato l'art. 337 CO né l'art. 4 CC.

*Bundesgericht, Urteil vom 10. November 2009, Doss.-Nr. 4A_432/2009
(Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Thurgau vom
16. April 2009)*

Das Recht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber auf Missstände hinzuweisen, ist kein direkter Ausfluss des in der Bundesverfassung verankerten Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit (BV 16 II), sondern ergibt sich unabhängig davon aus den gegenseitigen Fürsorge- bzw. Treuepflichten, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen und die unter Umständen weiter reichende Ansprüche als die Verfassung gewähren (E. 2.2.2).

Es ist Ausfluss der in die Probezeit nachwirkenden Abschlussfreiheit, dass die Kündigung auch dann zulässig ist, wenn den Arbeitnehmer an der unbefriedigenden Situation kein Verschulden trifft. Er kann nicht verlangen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzt, wenn bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit dem übrigen Personal erkennbar werden. Orientiert sich die Kündigung am Zweck der Probezeit, ist sie nicht missbräuchlich im Sinne von OR 336 I lit. b und c (E. 2.4 und 2.5).

Arbeitszeugnis, OR 330a I. Massgebend bei der Auflistung der wichtigen Funktionen und der das Arbeitsverhältnis prägenden Tätigkeiten des Arbeitnehmers im Arbeitszeugnis ist nicht die vertraglich vereinbarte, sondern die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit (E. 3.1 und 3.2).

Sachverhalt:

A. (Beschwerdeführerin) wurde von der Y. AG (seit Januar 2009 X. AG, Beschwerdegegnerin) per 1. September 2007 zu 80% als «Pflegefachfrau DN II» angestellt. Während der bis 30. November 2007 dauernden Probezeit konnten beide Parteien das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von fünf Tagen auf das Ende einer Woche kündigen. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2007 kündigte die Beschwerdegegnerin das Arbeitsverhältnis auf den 14. Oktober 2007. Nachdem die Beschwerdeführerin fristgerecht gegen die Kündigung Einsprache erhoben und eine Begründung verlangt hatte, teilte die Beschwerdegegnerin ihr folgende Kündigungsgründe mit: Die Beschwerdeführerin habe am 2. Oktober 2007 in einem kurzfristig von ihr verlangten Gespräch der Leiterin des Pflegezentrums sowohl fachliche als auch charakterliche Inkompetenz vorgeworfen und erklärt, sie werde sich nach einer neuen Stelle umsehen. Diese und weitere Äusserungen und

Verhaltensweisen der Beschwerdeführerin verunmöglichten eine konstruktive Zusammenarbeit und belegten zudem, dass diese auch aus Sicht der Beschwerdeführerin nicht möglich sei.

Die Beschwerdeführerin gelangte an das Bezirksgericht Weinfelden und forderte von der Beschwerdegegnerin Fr. 14 700.– brutto (entsprechend drei Monatslöhnen) Entschädigung für die in ihren Augen missbräuchliche Kündigung. Zudem verlangte sie die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, dessen Wortlaut sie im Einzelnen vorgab. Am 11. Februar 2008 stellte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin ein Zeugnis zu, welches von der beantragten Formulierung abwich. Mit Urteil vom 12. August/5. Dezember 2008 wies das Bezirksgericht die Forderungsklage ab und verpflichtete die Beschwerdegegnerin, ein gegenüber dem der Beschwerdeführerin zugestellten in einem Punkt textlich abgeändertes Zeugnis auszustellen. Die gegen dieses Urteil erhobene kantonale Berufung wies das Obergericht des Kantons Thurgau am 16. April 2009 kostenfällig ab. Die Beschwerdeführerin gelangte ans Bundesgericht.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz habe die Beschwerdegegnerin gekündigt, weil die Beschwerdeführerin ihre Meinung über innerbetriebliche Unzulänglichkeiten und über eine Direktvorgesetzte äusserte. Dieser Kündigungsgrund verletze Art. 336 Abs. 1 lit. b OR und Art. 16 Abs. 2 BV. Ein Arbeitnehmer dürfe nicht dafür abgestraft werden, dass er in einer Unterredung mit der Geschäftsführung Vorgänge im Betrieb kritisiert. Eine deswegen ausgesprochene Kündigung verletze das Recht auf Meinungsäusserung und sei daher missbräuchlich und verfassungswidrig. Die Vorinstanz habe indessen die Frage der Meinungsäusserungsfreiheit nicht geprüft.

2.1 Die Probezeit soll den Parteien die Möglichkeit bieten, einander kennenzulernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig ist. Sie erlaubt den Parteien abzuschätzen, ob sie die gegenseitigen Erwartungen erfüllen, und sie werden in die Lage versetzt, über die in Aussicht genommene langfristige Bindung in Kenntnis der konkreten Umstände zu urteilen. Das Recht, während der Probezeit mit verkürzter Frist zu kündigen, ist ein Ausfluss der Vertragsfreiheit. Bei Abschluss des Vertrages liegt es grundsätzlich im Belieben des Arbeitgebers, welchen von mehreren Kandidaten er einstellen will. Ebenso entscheidet der Arbeitnehmer frei, für welche Arbeitsstelle er sich bewirbt. Nach Art. 335b OR wirkt diese Abschlussfreiheit in die Probezeit nach, indem die Parteien grundsätzlich den Entscheid über eine langfristige Bindung aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse frei treffen können. Soweit sich die Kündigung an diesem Zweck der Probezeit orientiert, ist allein darin, dass ihr etwas «Willkürliches» anhaftet, kein Rechtsmissbrauch zu erblicken.

Die zulässige «Willkür» entspricht der Freiheit der Parteien, darüber zu entscheiden, ob sie sich langfristig binden wollen (BGE 134 III 108 E. 7.1.1 S. 111 mit Hinweisen). Zu prüfen ist im Einzelfall, ob die Kündigung, welche einen Tatbestand nach Art. 336 OR erfüllt oder sonst in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis als missbräuchlich angesehen würde, mit Blick auf den durch die Probezeit verfolgten Zweck zulässig erscheint (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110 f.).

2.2 Nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ist die Kündigung missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb. Art. 16 BV gewährleistet als Grundrecht die Meinungs- und Informationsfreiheit und gewährt jeder Person das Recht, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten.

2.2.1 Das Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit soll dem Bürger sowohl die persönliche als auch die politische Entfaltung ermöglichen und bildet geradezu eine Voraussetzung für das Funktionieren des demokratischen Entscheidungsprozesses (BGE 96 I 586 E. 6 S. 592). In diesem Rahmen ist auch Kritik am Arbeitgeber vom Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit erfasst (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 6 zu Art. 336 OR, S. 680 mit Hinweisen), wobei sich aus der Natur des Arbeitsverhältnisses selbst gewisse Einschränkungen ergeben, denn die Arbeitszeit dient primär der Erledigung der vertraglichen Pflichten, nicht der Meinungsäusserung des Arbeitnehmers.

2.2.2 Im zu beurteilenden Fall geht es aber nicht um die Meinungsäusserungsfreiheit als solche und die allenfalls dadurch geschützte Kritik am Arbeitgeber. Die Beschwerdeführerin hat den Kontakt mit dem Arbeitgeber vielmehr gesucht, um die unbefriedigende Situation an ihrem Arbeitsplatz und die in ihren Augen mangelnde Kompetenz ihrer Vorgesetzten zu thematisieren. Es muss dem Arbeitnehmer erlaubt sein, den Arbeitgeber auf Missstände hinzuweisen, um so mehr, wenn die Arbeitssituation des Arbeitnehmers selbst betroffen ist. Dieses Recht ist allerdings kein direkter Ausfluss des in der Bundesverfassung verankerten Grundrechts der Meinungsäusserungsfreiheit, sondern ergibt sich unabhängig davon aus den gegenseitigen Fürsorge- beziehungsweise Treuepflichten, die das Arbeitsverhältnis kennzeichnen und die unter Umständen weiter reichende Ansprüche als die Verfassung gewähren. So genügt es nicht, wenn der Arbeitgeber das Recht des Arbeitnehmers auf freie Meinungsäusserung bloss respektiert, er kann vielmehr gehalten sein, aktiv zu werden, beispielsweise um zwischen den Arbeitnehmern entstandenen Streit zu schlichten, worauf die Beschwerdeführerin selbst hinweist. Demgegenüber könnte die Pflicht, die Meinungsäusserung zur Kenntnis zu nehmen, nicht aus Art. 16 BV abgeleitet werden, da eine entsprechende Pflicht nur für Behörden im Rahmen des Petitionsrechts nach Art. 33 BV besteht.

2.3 Welche Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit bei der gegenüber dem Arbeitgeber geäusserten Kritik zukommt, braucht indessen angesichts der speziellen Situation während der Probezeit nicht abschliessend behandelt zu werden, so dass die kantonalen Instanzen nicht gehalten waren, darauf näher einzugehen. Die Beschwerdeführerin hat der Leiterin des Pflegezentrums sowohl fachliche als auch charakterliche Inkompetenz vorgeworfen und angekündigt, sie werde sich nach einer anderen Stelle umsehen. Ob die erhobenen Vorwürfe zutreffen, kann offen bleiben. Das Verhalten der Beschwerdeführerin belegt, dass die Zusammenarbeit zwischen ihr und ihrer Vorgesetzten sich schwierig gestaltete, und sie tat durch den Hinweis auf die Suche einer anderen Stelle kund, dass sie nicht damit rechnete, es könne eine auf Dauer tragfähige Lösung gefunden werden.

2.4 Es ist gerade der Sinn der Probezeit, den Parteien den Entscheid, ob sie sich langfristig binden wollen, in Kenntnis der Arbeitserfahrungen am konkreten Arbeitsplatz zu ermöglichen. Wenn die Beschwerdegegnerin während der Probezeit erkennt, dass es bei der Zusammenarbeit mit den übrigen Angestellten zu Problemen kommt, und sie sich daher nicht langfristig an die Beschwerdeführerin binden will, ist dies legitim und entspricht dem Zweck der Probezeit. Es ist Ausfluss der in die Probezeit nachwirkenden Abschlussfreiheit, dass die Kündigung auch dann zulässig ist, wenn den Arbeitnehmer an der unbefriedigenden Situation kein Verschulden trifft beziehungsweise im konkreten Fall die Vorwürfe der Beschwerdeführerin ganz oder teilweise berechtigt sein sollten. Der Arbeitnehmer hat zwar auch während der Probezeit Anspruch darauf, vor Übergriffen seiner Vorgesetzten geschützt zu werden. Insoweit muss sich der Arbeitgeber auch während der Probezeit um die Schlichtung allfälliger Streitigkeiten bemühen. Der Arbeitnehmer kann aber nicht verlangen, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzt und sich langfristig bindet, wenn bereits während der Probezeit Schwierigkeiten bei der Zusammenarbeit mit dem übrigen Personal erkennbar werden. Hier wirkt eben die Abschlussfreiheit nach (BGE 134 III 108 E. 7.1.1 S. 111 mit Hinweisen) und räumt dem Arbeitgeber die Möglichkeit ein, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, um einen Arbeitnehmer zu suchen, der sich besser in die bestehenden Verhältnisse einfügt.

2.5 Da sich im Verlauf der Probezeit anhand der konkreten Erfahrungen am Arbeitsplatz zeigte, dass tatsächlich keine Aussicht auf eine fruchtbare Zusammenarbeit bestand, ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass sich die Kündigung am Zweck der Probezeit orientiert und daher nicht missbräuchlich ist (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110 f.). Ob die Kündigung ausserhalb der Probezeit in einem gewöhnlichen Arbeitsverhältnis mit Blick auf Art. 336 Abs. 1 lit. b und c OR als missbräuchlich einzustufen wäre, kann offen bleiben.

3.

Im Zusammenhang mit dem Arbeitszeugnis macht die Beschwerdeführerin geltend, bei ihren Aufgaben sei die Kontaktaufnahme mit Angehö-

rigen und die Begleitung in Krisensituationen sowie während des Sterbens zu erwähnen, selbst wenn es in der kurzen Probezeit nie zu einem Todesfall gekommen sei. Das Arbeitszeugnis habe sämtliche Funktionen und Verantwortlichkeitsbereiche, mit denen ein Arbeitnehmer betraut wurde, lückenlos aufzuführen.

3.1 Gemäss Art. 330a Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmer jederzeit vom Arbeitgeber ein Zeugnis verlangen, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Das Zeugnis soll einerseits das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers fördern (vgl. BGE 129 III 177 E. 3.2 S. 179 mit Hinweis) und andererseits zukünftigen Arbeitgebern ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers vermitteln (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 330a OR, S. 467 f.). Aus den Grundsätzen der Wahrheit und Vollständigkeit des Arbeitszeugnisses folgt, dass das Vollzeugnis über alle in Art. 330a Abs. 1 OR aufgeführten Punkte, d.h. über die Art und die Dauer der Anstellung sowie über die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers Auskunft geben muss (BGE 129 III 177 E. 3.2 S. 180). Es hat eine detaillierte Auflistung der wichtigen Funktionen und der das Arbeitsverhältnis prägenden Tätigkeiten des Arbeitnehmers zu enthalten (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 330a OR). Massgebend ist allerdings nicht die vertraglich vereinbarte, sondern die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit (SUSANNE JANSSEN, Die Zeugnispflicht des Arbeitgebers, 1996, S. 102; LUKAS FAESCH, Das Arbeitszeugnis im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht OR Art. 330a, 1984, S. 59 mit Hinweisen).

3.2 Es ist nicht Sinn des Zeugnisses, Tätigkeiten aufzuführen, die der Arbeitnehmer gar nicht ausgeübt hat. Mit der Erwähnung der Kontaktaufnahme mit Angehörigen und der Begleitung in Krisensituationen sowie während des Sterbens könnte der unzutreffende Eindruck entstehen, die Beschwerdeführerin habe auf diesen Gebieten praktische Erfahrung gesammelt, und die Bewertung der Arbeitgeberin beziehe sich auch auf diese Tätigkeiten. Gerade Begriffe wie «Kontaktaufnahme» und «Begleitung» erwecken den Eindruck, es gehe um konkrete Fälle. Unter dem Gesichtspunkt der Klarheit und der Wahrheit des Zeugnisses müsste daher jedenfalls deutlich gemacht werden, dass während der Anstellungsdauer keine derartigen Fälle auftraten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist aber nicht davon auszugehen, dass diesem Aufgabenbereich eine derart zentrale Bedeutung zukommt, dass ohne seine Nennung der Eindruck entstände, die Beschwerdeführerin habe eine weniger anspruchsvolle Funktion ausgeübt, als dies tatsächlich der Fall war. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Zeugnis die Kontaktaufnahme mit Angehörigen und die Begleitung in Krisensituationen sowie während des Sterbens nicht erwähnt.

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

*Tribunal fédéral, Arrêt du 11 novembre 2009, Doss.-N° 5D_147/2009
(Rejet du recours constitutionnel interjeté contre l'arrêt de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal du canton du Valais du 21 septembre 2009)*

82 I LP et 337 CO. Le contrat de travail vaut, en principe, reconnaissance de dette dans la poursuite en recouvrement du salaire s'il est constant que le travail a été fourni. Il faut cependant noter qu'en cas de résiliation pour justes motifs (337 CO), il est mis fin de manière immédiate, en fait et en droit, au contrat de travail, en sorte que celui-ci ne constitue plus un titre de mainlevée provisoire pour l'éventuelle créance fondée sur l'article 337c al. 1 CO. Il importe peu dans ce contexte que le licenciement soit justifié puisque le caractère injustifié du congé n'est pas une condition de l'octroi de la mainlevée provisoire (c. 3).

Extraits des faits:

Employé dès 1989 au service de la société Y. SA – qui a pour but l'exploitation d'un service d'ambulances et de transports professionnels de personnes –, X. a exercé, à partir de 2004, la fonction de responsable administratif. Aux termes du contrat de travail du 1^{er} janvier 2004, il percevait un salaire mensuel de 9000 fr. (versé treize fois l'an) ainsi qu'une rétribution annuelle de 17 000 fr. pour frais divers; pour l'année 2009, il était convenu que son salaire s'élèverait à 9150 fr. bruts, à savoir 7912 fr. 90 nets. Le 6 mars 2009, X. a fait parvenir à Y. SA un certificat médical attestant une incapacité de travail pour la période du 6 au 19 mars 2009.

Par courrier du 9 mars 2009, faisant suite à un entretien du 6 mars précédent, A. – président et membre du conseil d'administration de Y. SA – a résilié avec effet immédiat le contrat de travail de X. Le lendemain, celui-ci a contesté le congé, en particulier l'existence de justes motifs, et exigé la motivation du licenciement. Le 6 avril 2009, X. a fait notifier à Y. SA un commandement de payer les sommes de 9150 fr. et de 1000 fr., toutes deux avec intérêts à 5% dès le 30 mars 2009, à titre de «salaire mars 2009 dû en vertu du contrat de travail» et «frais de téléphone». Statuant le 18 mai 2009, la Juge suppléante II du Tribunal des districts de Martigny et St-Maurice a refusé la mainlevée provisoire.

Par arrêt du 21 septembre 2009, le Juge de la Cour de cassation civile du Tribunal cantonal valaisan a partiellement admis le pourvoi en nullité du poursuivant et levé provisoirement l'opposition au commandement de

payer à concurrence de 2587 fr. 50 plus intérêts à 5% l'an dès le 30 mars 2009. Contre cette décision, le poursuivant exerce un recours constitutionnel subsidiaire au Tribunal fédéral; il conclut, avec suite de frais et dépens, à ce que l'opposition au commandement de payer soit provisoirement levée à hauteur de 9150 fr. avec intérêts à 5% dès le 30 avril 2009.

Extraits des considérants:

3.

En l'espèce, le juge précédent a retenu que, lorsque l'employeur résilie le contrat de travail pour justes motifs, au sens de l'art. 337 CO, ledit contrat prend fin immédiatement en droit, que la résiliation soit justifiée ou non. Tel est aussi le cas lorsque le congé immédiat intervient lors d'une période de protection, le travailleur ne bénéficiant pas alors de la protection contre les congés en temps inopportun (art. 336c CO). Dans le cas présent, il n'est pas contesté que la société poursuivie a conclu, le 1^{er} janvier 2004, un contrat de travail avec le poursuivant, ni que le salaire avait été fixé, pour l'année 2009, à 9150 fr. (bruts) par mois. Ce contrat constitue donc une reconnaissance de dette pour le salaire du mois de mars 2009, à moins que la poursuivie ne rende immédiatement vraisemblable sa libération. Par courrier du 9 mars 2009, l'intéressée a dénoncé le contrat de travail pour justes motifs; cette pièce suffit pour rendre vraisemblable la fin des rapports contractuels à cette date et, partant, la libération de l'obligation de verser le salaire. Le poursuivant n'a pas contesté l'existence de justes motifs. Il s'ensuit que le contrat de travail ne vaut plus reconnaissance de dette dès le 10 mars 2009, mais (contrairement à l'avis du premier juge) il revêt cette qualité pour le salaire afférent aux jours de travail précédents, c'est-à-dire jusqu'au 9 mars 2009. Comme le salaire journalier s'élevait à 295 fr. 15 (bruts), la rémunération correspond, après déduction des charges sociales, à 2297 fr. 20; les frais de téléphone sont dus pro rata temporis, à savoir 290 fr. 30. En conséquence, la mainlevée provisoire doit être octroyée à hauteur de 2587 fr. 50 avec intérêts à 5% dès le 30 mars 2009.

3.1 Selon la jurisprudence, constitue une reconnaissance de dette, au sens de l'art. 82 al. 1 LP, l'acte authentique ou sous seing privé signé de la main du poursuivi – ou de son représentant –, d'où découle sa volonté de payer au poursuivant, sans réserve ni condition, une somme d'argent déterminée, ou aisément déterminable, et échue (ATF 130 III 87 consid. 3.1 p. 88); elle peut résulter du rapprochement de plusieurs pièces, autant que les éléments nécessaires en résultent (ATF 132 III 480 consid. 4.1 p. 481). Le contrat de travail (art. 319 ss CO) vaut, en principe, reconnaissance de dette dans la poursuite en recouvrement du salaire s'il est constant que le travail a été fourni (arrêt 5A_367/2007 du 15 octobre 2007 consid. 3.1 et les références; PANCHAUD/CAPREZ, La mainlevée d'opposition, 2^e éd., 1980, § 86; MEYER, Die Rechtsöffnung auf Grund synallagmatischer Schuldverträge, 1979, p. 167 ss).

3.2 Il faut concéder au recourant que la décision attaquée recèle une contradiction: dans la partie «Faits et procédure», l'autorité précédente a retenu que, «[p]ar courrier du 10 mars 2009, X. a contesté le congé, particulièrement l'existence de justes motifs», tandis que, dans la partie «Considérant en droit», elle a déclaré que l'intéressé «n'a pas contesté l'existence de justes motifs».

Cependant, en dépit de l'opinion du recourant, la question de savoir si le travailleur poursuivant a contesté ou non l'existence de justes motifs de licenciement est dépourvue de pertinence aux fins de la présente cause. En effet, le sort du litige est scellé par le motif que la résiliation pour justes motifs a mis un terme, en droit, au contrat de travail (ATF 133 III 360 consid. 8.1.3 p. 365), en sorte que celui-ci ne constitue plus un titre à la mainlevée provisoire pour l'éventuelle créance fondée sur l'art. 337c al. 1 CO. La contradiction incriminée apparaît dès lors sans aucune incidence sur l'issue du litige.

Il est vrai que, dans un arrêt du 27 novembre 1986, la Cour de justice du canton de Genève a jugé qu'il appartient à l'employeur poursuivi de rendre plausibles les justes motifs de renvoi immédiat, faute de quoi le contrat de travail vaut toujours reconnaissance de dette pour le salaire dû jusqu'à l'expiration du délai légal de congé (SJ 1988 p. 504; dans le même sens: STAEHELIN, in: Basler Kommentar, SchKG I, 1998, n° 126 in fine ad art. 82 LP; VOCK, in: Kurzkomentar SchKG, 2009, n° 26 ad art. 82 LP). Cette solution est conforme à l'ancien droit, d'après lequel le licenciement immédiat sans justes motifs mettait fin aux rapports de travail en fait, mais non en droit, l'employeur restant contractuellement tenu jusqu'à l'expiration de la durée déterminée du contrat ou, à défaut d'une telle durée, jusqu'à l'expiration du délai de congé (ATF 103 II 274 et les citations). Toutefois, la situation est différente depuis la révision du 18 mars 1988 (RO 1988 p. 1472, 1479): la prétention du travailleur fondée sur l'art. 337c al. 1 CO est une créance en dommages-intérêts, le contrat de travail prenant fin en droit, que la résiliation immédiate soit ou non justifiée (ATF 117 II 270 consid. 3b p. 271/272; 120 II 243 consid. 3b p. 245; 123 V 5 consid. 3b p. 9; cf. aussi: ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407). Le juge précédent n'est donc nullement tombé dans l'arbitraire en admettant que le contrat de travail conclu par les parties avait perdu sa qualité de titre à la mainlevée provisoire pour la période afférente au délai de congé (dans ce sens: KRAUSKOPF, La mainlevée provisoire: quelques jurisprudences récentes, in: JdT 2008 II p. 23 ss, spéc. p. 41/42; contra: GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, vol. I, 1999, n° 57 ad art. 82 LP, qui se réfère encore à l'ATF 103 II 274).

Cela étant, quoi qu'en pense le recourant, il importe peu que la société intimée n'ait «jamais rendu vraisemblable l'existence de justes motifs», le caractère injustifié du congé n'étant pas une condition de l'octroi de la mainlevée provisoire. Au demeurant, le magistrat précédent a retenu que le moyen selon lequel la poursuivie n'avait «pas apporté la preuve de

l'existence de justes motifs de résiliation» était irrecevable, puisqu'il avait été soulevé «pour la première fois en instance de pourvoi» (arrêt attaqué, p. 9 consid. 3b in fine); le recourant ne démontre pas en quoi ce motif procéderait d'une constatation arbitraire des faits ou, à défaut, d'une application arbitraire du droit cantonal (art. 106 al. 2 LTF), auquel il appartient de régler l'admissibilité des nova devant la juridiction de recours (STAEHELIN, op.cit., n° 90 ad art. 84 LP et les citations; cf. pour les moyens de preuve nouveaux: ATF 106 Ia 88 ss).

Bundesgericht, Urteil vom 12. November 2009, Doss.-Nr. 6B_536/2009 (Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Mai 2009)

Eine Videoüberwachung im Kassenraum (eines Uhren- und Juwelengeschäfts), in welchem sich die Arbeitnehmer nur sporadisch und kurzzeitig aufhalten, was naturgemäss deren Überwachung über eine längere Zeit an ihrem Arbeitsplatz ausschliesst, ist nicht geeignet, die Gesundheit und das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Sie ist mangels Relevanz unter dem Gesichtspunkt der Gesundheit und des Wohlbefindens der Arbeitnehmer gemäss ArGV3 26 I, der einschränkend auszulegen ist, nicht verboten (E. 3.6.3). Sie ist auch unter den Gesichtspunkten des Persönlichkeits- und Datenschutzes nicht rechtswidrig (ZGB 28, OR 328 und 328b, DSG 12) (E. 3.7 und 3.8).

Sachverhalt:

Am 12. März 2008 erstattete die Firma A. AG bei der Stadtpolizei Zürich Strafanzeige gegen die Angestellte X. wegen Diebstahls, angeblich begangen dadurch, dass X. am 7. März 2008 im Kassenraum des Geschäfts der Kasse unberechtigt den Bargeldbetrag von Fr. 1350.– entnommen habe. Gemäss den Aussagen der Vertreter der Anzeigerstellerin war bei der täglichen Schlussabrechnung ein Fehlbetrag von Fr. 1350.– festgestellt worden. Hierauf habe man den Film konsultiert, welcher mit einer Kamera aufgenommen worden sei, die im Kassenraum ohne Wissen der Mitarbeiter installiert war. Auf diesem Film sei ersichtlich, wie X. mit einem Tablett in der Hand den Kassenraum betrete, der Kasse Banknoten entnehme, diese auf das Tablett lege, mit einem Blatt Papier bedecke und mit dem Tablett in der Hand den Kassenraum verlasse. Auf dem Film sei zudem zu sehen, wie X. rund 40 Sekunden später den Kassenraum ohne das Geld wieder betrete und das Blatt Papier schreddere. In den folgenden Einvernahmen bestritt X. den Vorwurf, Geld gestohlen zu haben. Sie räumte allerdings ein, dass es zutrefte, dass sie am 7. März 2008 der Kasse Bargeld entnommen habe. Es habe sich um Fr. 200.– gehandelt. Diesen Betrag

habe sie einige Tage zuvor als Baranzahlung für einen Reparaturauftrag entgegengenommen und in die Kasse gelegt, was sie nicht hätte tun dürfen. Am 7. März 2008 habe sie dieses Geld wieder aus der Kasse genommen und direkt zum Reparaturauftrag gelegt, welcher wie die übrigen Reparaturaufträge in einem separaten Raum aufbewahrt worden sei. Sie habe nicht gewusst, wie eine solche Anzahlung richtig in die Kasse hätte eingetippt werden sollen, und es unterlassen, sich nach dem korrekten Vorgehen zu erkundigen, was klar ein Fehler gewesen sei, durch welchen sie eine Kassendifferenz in Kauf genommen habe.

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl stellte mit Einstellungsverfügung vom 25. März 2008 die Untersuchung ein, ohne nach der Einvernahme von X. weitere Beweise zu erheben. Zur Begründung führte sie aus, dass die klaren Aussagen von X. zum Geschehen durch den Überwachungsfilm nicht widerlegt würden. Auf dem Film sei nämlich nicht zu erkennen, wie viel Geld X. der Kasse entnommen und auf das mitgeführte Tablett gelegt habe. Es könne auch nicht festgestellt werden, was sie nach dem Verlassen des Kassenraums mit dem Geld gemacht habe. Somit könne X. kein strafbares Verhalten nachgewiesen werden, weshalb das Verfahren wegen Diebstahls einzustellen sei. Gegen die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft erhob die Firma A. AG Rekurs, den das Obergericht des Kantons Zürich am 22. Mai 2009 abwies, im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Filmaufnahmen unrechtmässig erlangt worden und daher nicht als Beweismittel verwertbar seien und andere Beweise, die gegen die Beschuldigte sprächen, nicht vorlägen.

Gegen den abweisenden Beschluss des Obergerichts führte die A. AG Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht, dies mit dem Antrag, der Beschluss sei aufzuheben und die Strafuntersuchung wieder aufzunehmen und zu ergänzen. Eventualiter sei der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, dass die von ihr hergestellten Filmaufnahmen entgegen der Auffassung der Vorinstanz als Beweismittel verwertbar seien.

Aus den Erwägungen:

1.

1.4

1.4.2 Die Beschwerdeführerin will mit den von ihr eingereichten Videoaufnahmen beweisen, dass X. (Beschwerdegegnerin 2 [Beschwerdegegnerin 1 ist die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich]) am 7. März 2008 den Bargelddbetrag von Fr. 1350.– gestohlen hat. Die als Beweismittel offerierten Videoaufnahmen können für die Beurteilung eines Zivilanspruchs aus der behaupteten strafbaren Handlung relevant sein, welchen die Beschwerdeführerin im Strafverfahren wegen Diebstahls gegen die Beschwerdegegnerin 2 adhäsionsweise geltend machen könnte. Indem die

Vorinstanz die Videoaufnahmen nicht berücksichtigte mit der Begründung, dass sie einem Beweisverwertungsverbot unterlägen, weil sie von der Beschwerdeführerin rechtswidrig erlangt worden seien, und in der Folge die Verfahrenseinstellung mangels anderweitiger belastender Beweise bestätigte, fällte sie einen Entscheid, der den Gehörsanspruch beziehungsweise das Beweisantragsrecht und damit die Verfahrensrechte betrifft, welche der Beschwerdeführerin als am Verfahren beteiligte Partei zustehen. Die Beschwerdeführerin kann daher als Geschädigte mit der Beschwerde in Strafsachen geltend machen, dass die Videoaufnahmen nicht unrechtmässig erlangt wurden und daher entgegen der Auffassung der Vorinstanz verwertbar sind.

Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

(...)

3.

3.5 Aufgrund der Ausführungen im angefochtenen Entscheid muss davon ausgegangen werden, dass das Personal beziehungsweise die Beschwerdegegnerin 2 keine Kenntnis davon hatte, dass auch im Kassenraum eine Videokamera installiert beziehungsweise dass diese auch während der Geschäftszeit in Betrieb war. Ob die Beschwerdegegnerin 2 solches immerhin für möglich hielt, lässt sich dem angefochtenen Entscheid nicht entnehmen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch dahingestellt bleiben. Offenbleiben kann damit auch, ob gestützt auf Art. 6 Abs. 4 ArG, wonach durch Verordnung bestimmt wird, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind, eine heimliche Videoüberwachung, von welcher das Personal nichts weiss und nichts ahnt, verboten werden kann, ob mit anderen Worten ein Verbot einer gezielten heimlichen Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz als eine Massnahme für den Gesundheitsschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 4 ArG anzusehen ist. Die Videoüberwachung des Kassenraums der Beschwerdeführerin verstösst unter den gegebenen konkreten Umständen jedenfalls aus nachstehenden Gründen nicht gegen Art. 26 ArGV 3.

3.6

3.6.1 Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 ist unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte sowie insbesondere des Inhalts der gemäss Art. 182 Abs. 1 BV notwendigen gesetzlichen Delegationsnorm, auf welche sich die ArGV 3 als gesetzvertretende Verordnung stützt, in dem Sinne einschränkend auszulegen, dass Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden dürfen, soweit sie geeignet sind, die Gesundheit oder das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Nur unter dieser Voraussetzung stellt das Verbot der Überwachung eine Massnahme für den Gesundheitsschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 4 ArG dar.

3.6.2 Soweit sich die Regelung der Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz in einer bundesrätlichen Verordnung auf Art. 6 Abs. 4 ArG stützt, ist das Kriterium der Gesundheitsbeeinträchti-

gung von Bedeutung. Davon scheint auch der Verordnungsgeber auszugehen, wie sich aus Art. 26 Abs. 2 ArGV 3 ergibt, wonach die aus andern Gründen erforderlichen Überwachungssysteme so zu gestalten und anzuordnen sind, dass sie die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Dem Verordnungsgeber kann hingegen nicht gefolgt werden, soweit er offenbar davon ausgeht, dass eine (hauptsächlich) der Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dienende Massnahme (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3) – im Unterschied zu einem aus anderen Gründen eingerichteten Überwachungssystem (Art. 26 Abs. 2 ArGV 3) – eo ipso die Gesundheit der Arbeitnehmer beeinträchtigen kann und daher zu verbieten ist. Der Zweck der Überwachungsmassnahme ist nur ein Kriterium neben andern (Häufigkeit, Dauer etc. der Überwachung), die unter dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes von Bedeutung sein können. Ein Überwachungssystem kann daher, auch wenn es (hauptsächlich) der gezielten Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz dient, erlaubt sein, wenn die Arbeitnehmer nur sporadisch und kurzzeitig bei bestimmten Gelegenheiten vom Überwachungssystem erfasst werden.

3.6.3 Die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin halten sich nur sporadisch und während kurzer Zeit im Kassenraum auf, namentlich um dort Bargeld zu deponieren oder zu holen. Durch die Videoüberwachung im Kassenraum wird nicht das Verhalten der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz über längere Zeit überwacht, sondern im Wesentlichen die Kasse erfasst, an welcher sich die Arbeitnehmer sporadisch und kurzzeitig aufhalten. Eine solche Videoüberwachung ist nicht geeignet, die Gesundheit und das Wohlbefinden der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen. Sie ist mangels Relevanz unter dem Gesichtspunkt der Gesundheit und des Wohlbefindens der Arbeitnehmer bei der gebotenen einschränkenden Auslegung von Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 nicht gemäss dieser Bestimmung verboten.

3.7 Die Überwachung der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz etwa durch Videokameras kann, je nach den konkreten Umständen, auch die Persönlichkeit der Arbeitnehmer verletzen und/oder gegen Vorschriften des Datenschutzgesetzes verstossen (siehe Art. 28 ZGB, Art. 328 und Art. 328b OR, Art. 12 DSG etc.). Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Art. 28 Abs. 1 ZGB). Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen (Art. 328 Abs. 1 OR). Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeit-

nehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Art. 328b OR). Das Datenschutzgesetz (SR 235.1) bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Unter «Personendaten (Daten)» sind gemäss Art. 3 lit. a DSG alle Angaben zu verstehen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen. Der zentrale Begriff des «Bearbeitens» erfasst jeden Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, unter anderem das Beschaffen von Personendaten (Art. 3 lit. e DSG). Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 1 DSG). Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 2 DSG). Wer Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen (Art. 12 Abs. 1 DSG). Er darf insbesondere nicht Personendaten entgegen den Grundsätzen von Artikel 4 bearbeiten (Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG). Eine Verletzung der Persönlichkeit ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 13 Abs. 1 DSG).

Die Videoüberwachung des Kassenraums bezweckt nicht ausschliesslich die Überwachung des Personals, sondern auch die Verhinderung von Straftaten durch Dritte. Im Kassenraum eines Uhren- und Juwelengeschäfts können sich Bargeldbeträge in beträchtlichem Umfang befinden, weshalb der Geschäftsinhaber ein erhebliches Interesse an einer Überwachung hat. Von der Videoüberwachung im Kassenraum werden die Arbeitnehmer im Verlauf eines Arbeitstages nur sporadisch und kurzzeitig erfasst. Unter den gegebenen Umständen wurde nicht im Sinne von Art. 28 ZGB, Art. 328 und Art. 328b OR respektive Art. 12 DSG die Persönlichkeit der Beschwerdegegnerin 2 widerrechtlich verletzt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Beschwerdegegnerin 2 nicht nur nicht wusste, sondern – was die Vorinstanz nicht abklärte – auch nicht mit der Möglichkeit rechnete, dass auch im Kassenraum eine Videokamera installiert und während der Geschäftszeit in Betrieb sein könnte.

3.8 Die Videoüberwachung des Kassenraums verstösst somit unter den gegebenen Umständen entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gegen Art. 26 Abs. 1 ArGV 3. Sie ist auch unter den Gesichtspunkten des Persönlichkeitsschutzes und des Datenschutzes nicht rechtswidrig. Die konkrete Videoaufnahme ist daher nicht unrechtmässig.

Die Berücksichtigung der Videoaufnahme als Beweismittel in einem Strafverfahren gegen die Beschwerdegegnerin 2 kann demnach entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass die Videoüberwachung des Kassenraums rechtswidrig war und die Videoaufnahme deshalb unrechtmässig erlangt wurde und daher einem Beweisverwertungsverbot unterliegt. Demzufolge kann die Berücksichti-

gung der Aussagen der Beschwerdegegnerin 2 zu dem in der Videoaufnahme festgehaltenen Geschehen nicht unter Hinweis auf die Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots abgelehnt werden.

3.9 Bei diesem Ergebnis ist nicht zu prüfen, ob die Videoaufnahme im Falle ihrer rechtswidrigen Erlangung bei der diesfalls nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebotenen Interessenabwägung gleichwohl verwertbar wäre, was die Vorinstanz mit der Begründung verneint hat, dass im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das Interesse der Beschuldigten an der Nichtverwertung des fraglichen Beweismittels nicht überwiege, da die der bis anhin unbescholtenen Beschwerdegegnerin 2 vorgeworfene Straftat angesichts des Deliktsbetrags von Fr. 1350.– und der übrigen Umstände nicht schwer wiege. Damit kann auch dahingestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin als Geschädigte überhaupt zur Rüge berechtigt wäre, dass die Vorinstanz das öffentliche Interesse einerseits und das private Interesse der Beschwerdegegnerin 2 falsch gewogen habe.

4.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, III. Strafkammer, vom 22. Mai 2009 aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Bundesgericht, Urteil vom 16. November 2009, Doss.-Nr. 4A_347/2009 (Aufhebung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 3. September 2008), in: BGE 136 III 96

OR 335b und 336b; missbräuchliche Kündigung während der Probezeit; Frist zur schriftlichen Einsprache bei verkürzter Kündigungsfrist.

Die Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung während der Probezeit ist auch bei verkürzter Kündigungsfrist längstens bis zu deren Ende zu erheben, soweit dies möglich und zumutbar ist (E. 2 und 3).

Sachverhalt:

Die X. GmbH (vormals Y. GmbH; Beschwerdeführerin) betrieb einen Nachtclub, in dem einerseits Bardamen arbeiteten und andererseits auch so genannte «Tänzerinnen» als Prostituierte beschäftigt wurden. Die Beschwerdeführerin stellte A. (Beschwerdegegnerin) als Bardame (nicht als Prostituierte) ein. Die Parteien unterzeichneten zwei Arbeitsverträge, die beide eine Probezeit von drei Monaten und eine Kündigungsfrist von drei Tagen vorsehen. Die Beschwerdeführerin kündigte das Arbeitsverhältnis während der Probezeit mit Schreiben vom 9. August 2004, das sie am 10. August 2004 als Einschreiben der Post übergab. Die Kündigung wurde

der Beschwerdegegnerin am 12. August 2004 auch mündlich eröffnet. Mit Schreiben vom 18. August 2004 erhob die Beschwerdegegnerin Einsprache und machte geltend, die Kündigung sei erfolgt, weil sie sich geweigert habe, sich im Betrieb der Beschwerdeführerin prostituieren zu lassen und nicht bereit gewesen sei, mit dem Geschäftsführer den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Damit sei die Kündigung missbräuchlich. Zwischen den Parteien ist streitig, ob diese Vorwürfe zutreffen und ob die Einsprache rechtzeitig erfolgte.

Mit Beschluss vom 3. September 2008 verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin unter anderem eine Entschädigung von Fr. 13 800.– wegen missbräuchlicher Kündigung nebst Zins zu bezahlen. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht im Wesentlichen, «die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Strafzahlung» abzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, da die Einsprache verspätet erfolgte.

Aus den Erwägungen:

2.

Eine Kündigung kann grundsätzlich auch während der Probezeit missbräuchlich sein. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Missbrauchsbestimmungen mit Blick auf den Zweck der Probezeit gegenüber einem Arbeitsverhältnis mit ordentlicher Kündigungsfrist nur einschränkend zur Anwendung gelangen (BGE 134 III 108 E. 7.1 S. 110 mit Hinweisen). Ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich (Art. 336 OR), hat diejenige Partei, welche die Kündigung ausgesprochen hat, der anderen Partei eine Entschädigung auszurichten (Art. 336a OR). Wer eine solche Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Kündigenden schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). An die Formulierung der Einsprache werden keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn die betroffene Partei gegenüber der kündigenden Person schriftlich zum Ausdruck bringt, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein (BGE 123 III 246 E. 4c S. 253). Ist die Einsprache gültig erfolgt und einigen sich die Parteien nicht über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, kann die Partei, der gekündigt worden ist, ihren Anspruch auf Entschädigung geltend machen. Wird nicht innert 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Klage anhängig gemacht, ist der Anspruch verwirkt (Art. 336b Abs. 2 OR).

2.1 Art. 336b OR wurde per 1. Januar 1989 ins Gesetz aufgenommen. Diese Bestimmung fehlte im Entwurf des Bundesrats zu dieser Gesetzesrevision. Sie wurde vom Parlament in Anlehnung an Art. 336g aOR ins Gesetz eingefügt (vgl. RICHARD BARBEY, La procédure relative aux résiliations abusives du contrat de travail, in: Les nouvelles dispositions du

Code des obligations en matière de résiliation du contrat de travail, 1990, S. 105) mit der Absicht, die Vertragsparteien nach erfolgter Kündigung zu einer gütlichen Einigung über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses zu bewegen und ihnen nach dem Scheitern entsprechender Verhandlungen möglichst schnell Klarheit über die geltend gemachten Ansprüche zu verschaffen. Der Gesetzgeber war sich bewusst, dass Rechtsuchende, die über diese speziellen Fristen nicht orientiert sind, Opfer der Fristen werden könnten, nahm dies aber mit Blick auf die Rechtssicherheit in Kauf (AB 1985 N 1137 f.; AB 1987 S 347).

2.2 Ob das Ziel, eine gütliche Einigung zu fördern, erreicht wird, wird zwar bezweifelt (vgl. ADRIAN STAEHELIN, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 1996, N. 1 zu Art. 336b OR mit Hinweisen). Nach einhelliger Lehre ist die form- und fristgerechte Einsprache gegen die missbräuchliche Kündigung aber unabdingbar. Sie entfällt auch nicht, weil Einigungsverhandlungen angesichts der Haltung der Gegenpartei keinen Sinn ergeben. Wird die Einsprache nicht gültig erhoben, stimmt die Partei, der gekündigt worden ist, der Kündigung im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung zu. Dem Gekündigten steht nur eine Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Kündigung zu (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N. 3 zu Art. 336b OR; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, N. 2 zu Art. 336b OR; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. Aufl. 2008, S. 553 ff.; STAEHELIN, a.a.O., N. 2 zu Art. 336b OR mit weiteren Hinweisen).

2.3 Massgebend für die Einhaltung der Frist gemäss Art. 336b Abs. 1 OR ist nach herrschender Lehre der Zeitpunkt des Zugangs der Einsprache. Diese hat daher als empfangsbedürftige Willenserklärung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu erfolgen (STAEHELIN, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; REHBINDER, a.a.O., N. 2 zu Art. 336b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 3 zu Art. 336b OR; WYLER, a.a.O., S. 555; ROLAND BERSIER, La résiliation abusive du contrat du travail [Art. 336 à 336b CO], SJZ 89/1993 S. 321; DENIS HUMBERT, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 1991, S. 112). Ein Teil der Lehre lässt die Postaufgabe am letzten Tag der Kündigungsfrist genügen (BARBEY, a.a.O., S. 114; CHRISTIANE BRUNNER UND ANDERE, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl. 2005, N. 2 zu Art. 336b OR). Art. 336b OR ist als absolut zwingende Bestimmung ausgestaltet (Art. 361 Abs. 1 OR).

3.

Die für die Probezeit gesetzlich vorgesehene Kündigungsfrist von sieben Tagen (Art. 335b Abs. 1 OR) kann – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag anders bestimmt (Art. 335b Abs. 2 OR) oder ganz wegbedungen werden. Bei der so genannten «entfristeten» Kündigung endet das Arbeitsverhältnis mit dem Zugang der Kündigung (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N. 8 zu Art. 335b OR mit Hinweisen). Gemäss beiden

Arbeitsverträgen vereinbarten die Parteien eine verkürzte Kündigungsfrist von drei Tagen.

3.1 Nach den Erwägungen des Obergerichts ergibt sich bei der Geltendmachung einer Entschädigung im Sinne von Art. 336a OR eine Schwierigkeit, wenn während der Probezeit die Kündigungsfrist gegenüber der gesetzlichen Vorgabe von sieben Tagen (Art. 335b Abs. 1 OR) deutlich gekürzt oder «entfristet» wird. Nach Art. 336b Abs. 1 OR müsse die erforderliche Einsprache nämlich «längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist» erfolgen und zwar dergestalt, dass sie binnen dieser Frist bei der Gegenpartei eintreffe. Dies sei aber bei einer «entfristeten Kündigungsfrist» schon theoretisch, bei einer verkürzten Kündigungsfrist praktisch unmöglich, da einige Tage verstreichen könnten, bis die Kündigung im Herrschaftsbereich der betroffenen Vertragspartei eintreffe. Der Gesetzgeber habe an diese Fälle schlicht nicht gedacht, weshalb von einer Gesetzeslücke auszugehen sei, die mangels Gewohnheitsrecht gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB nach derjenigen Regel zu entscheiden sei, welche das Obergericht als Gesetzgeber aufstellen würde. Die Einsprachefrist müsse während der Probezeit bei verkürzten oder aufgehobenen Kündigungsfristen mindestens sieben Tage entsprechend der dispositiven Kündigungsfrist während der Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR) betragen. Damit werde gewährleistet, dass die betroffene Vertragspartei ihre Ansprüche gemäss Art. 336a OR wahren könne.

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Annahme, es bestehe eine zu füllende Gesetzeslücke, verstosse gegen Art. 1 Abs. 2 ZGB. Das Obergericht habe Bundesrecht (Art. 336b Abs. 1 OR) verletzt, indem es von einer rechtzeitigen Einsprache ausgegangen sei. Überdies sei die Einsprache selbst dann verspätet, wenn man von einer siebentägigen Einsprachefrist ausgehe.

3.3 Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann (BGE 128 I 34 E. 3b S. 42; BGE 121 III 219 E. 1d/aa S. 225; je mit Hinweisen). Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist (ARTHUR MEIER-HAYOZ, in: Berner Kommentar, 1962, N. 271 ff. zu Art. 1 ZGB; HENRI DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du Code civil*, in: SPR, Bd. II/1, 1969, S. 89 ff.). Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (MEIER-HAYOZ, a.a.O., N. 295 ff. zu Art. 1 ZGB).

3.4 Wird die Kündigungsfrist während der Probezeit gekürzt oder wegbedungen, verkürzt sich die Dauer der Einsprachefrist entsprechend.

Besteht keine Kündigungsfrist und wird die Kündigung umgehend wirksam, ist es in der Tat unmöglich, eine schriftliche Einsprache zu erheben, die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist beim Kündigenden eintrifft. Die Vorinstanz ist grundsätzlich zutreffend davon ausgegangen, dass die für die Einsprache aufgestellten Formvorschriften (Art. 336b OR) den Anspruch auf Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung (Art. 336a OR) nicht vereiteln dürfen. Eine schematische Anwendung einer siebentägigen Einsprachefrist bei gegenüber dem dispositiven Gesetzesrecht verkürzten Kündigungsfristen würde auch Fälle erfassen, in denen es dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist, innert der verkürzten Kündigungsfrist Einsprache zu erheben. Dies scheint mit Blick auf den vom Gesetz verfolgten Zweck der Rechtssicherheit und der Förderung einer gütlichen Einigung (vgl. E. 2.1) nicht gerechtfertigt. Darf vom Arbeitnehmer nach Treu und Glauben erwartet werden, innerhalb der verkürzten Frist zu reagieren, rechtfertigt es sich nicht, eine Lücke anzunehmen und vom klaren Wortlaut des Gesetzes abzuweichen. Eine Lücke besteht somit nur, wenn die Kündigungsfrist derart verkürzt oder gänzlich wegbedungen ist, dass es dem Arbeitnehmer nicht möglich oder nicht zumutbar ist, fristgerecht Einsprache zu erheben. Die Parteien vereinbarten eine Kündigungsfrist von drei Tagen. Zu prüfen bleibt daher, ob es der Beschwerdegegnerin anhand der gesamten Umstände möglich und zumutbar war, rechtzeitig Einsprache zu erheben.

4.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Obergericht Bundesrecht verletzt hat, indem es die Frist für die Einsprache auf die in Art. 335b Abs. 1 OR vorgesehene siebentägige Frist verlängerte, obwohl es der Beschwerdegegnerin möglich und zumutbar gewesen wäre, innert der gemäss Art. 335b Abs. 2 OR vertraglich verkürzten Kündigungsfrist Einsprache zu erheben. Die Einsprache der Beschwerdegegnerin ist daher nicht rechtzeitig erfolgt. Entsprechend steht ihr keine Entschädigungsforderung nach Art. 336a OR zu. Angesichts dieses Ergebnisses kann offenbleiben, ob die Einsprache auch bei der Annahme einer siebentägigen Einsprachefrist verspätet erfolgte und ob die Kündigung missbräuchlich war.

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 novembre 2009, Doss.-N° 2C_357/2009 (Rejet du recours en matière du droit public interjeté contre l'arrêt de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 27 avril 2009)

Contrat de location de services. Devoir de diligence de l'employeur et du destinataire de services transfrontaliers.

LEtr. Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, la notion d'employeur est une notion autonome qui vise l'employeur de fait et ne se limite pas à celle

du droit des obligations. Cette jurisprudence garde, pour l'essentiel, sa valeur sous l'empire de la loi sur les étrangers (c. 4.2).

12 LSE et 91 LEtr. Le bailleur de services au sens de la LSE doit être considéré comme employeur, sans égard au fait que les travailleurs qu'il loue se soient présentés de leur propre chef ou sur instruction d'un tiers en exécution d'un contrat de location de services. L'art. 91 LEtr ne limite en effet pas le devoir de diligence à un seul employeur dans l'hypothèse d'une chaîne de contrats de location. L'obligation de diligence qu'impose l'art. 91 LEtr au bailleur de service au sens de l'art. 12 LSE ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation pour les autres parties aux contrats en chaîne de respecter un même devoir de diligence (c. 5.1).

Un employeur ne peut s'exonérer de l'obligation de diligence de l'art. 91 LEtr en se réfugiant derrière une éventuelle tromperie de tiers. En effet, il appartient à chaque employeur de procéder au contrôle. La simple omission de procéder à l'examen du titre de séjour ou de se renseigner auprès des autorités compétentes constitue déjà une violation du devoir de diligence (c. 5.3).

Extraits des faits:

X. SA (ci-après: l'intéressée) est une société anonyme dont le but est la gestion d'une agence de placement privé de personnel temporaire et fixe. Par décision du 12 février 2008, le Service de l'emploi du canton de Vaud (ci-après: le Service de l'emploi) a facturé à l'intéressée les frais relatifs au contrôle des conditions de travail effectué le 24 janvier 2008. L'intéressée a recouru contre la décision du 12 février 2008 auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud (ci-après: le Tribunal cantonal). Le 28 avril 2008, le Service de l'emploi a décidé à compter de cette date de rejeter toute demande d'admission de travailleurs étrangers formulée par l'intéressée pour une durée de trois mois et dénoncé le directeur de celle-ci auprès de la Préfecture du district de Lausanne. L'intéressée a recouru contre la décision du 28 avril 2008 auprès du Tribunal cantonal. Le Tribunal cantonal a accordé l'effet suspensif au recours dirigé contre la décision du 12 février 2008 et joint les deux recours.

Par arrêt du 27 avril 2009, le Tribunal cantonal a rejeté les recours interjetés contre les décisions rendues les 12 février et 28 avril 2008 par le Service de l'emploi. Il n'appartenait pas aux autorités pénales de se prononcer sur le devoir de diligence imposé par la loi à l'employeur, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de faire dépendre la procédure administrative de la procédure pénale. Comme le Tribunal cantonal disposait d'un plein pouvoir d'examen des faits et du droit, il ne violait pas l'art. 6 CEDH en tranchant immédiatement le recours. Sur le fond, l'intéressée avait violé son devoir de diligence en omettant de s'assurer que les travailleurs dont elle louait les services disposaient d'une autorisation de travail. Ayant été

sommée de respecter la loi sur ce point, l'intéressée, qui avait récidivé, pouvait être sanctionnée par une décision refusant pendant trois mois l'entrée en matière sur toute demande d'admission de travailleurs étrangers de sa part. Cette sanction respectait le principe de proportionnalité. La décision de mettre à charge de l'intéressée les frais de contrôle était en outre conforme au droit.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, X. SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, de réformer respectivement d'annuler l'arrêt rendu le 27 avril 2009 par la Tribunal cantonal en ce sens qu'aucune sanction ne lui est adressée, très subsidiairement de ne lui infliger qu'un avertissement.

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'art. 91 LEtr exige de l'employeur et du destinataire de services transfrontaliers un devoir de diligence: avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (al. 1). De même, quiconque sollicite, en Suisse, une prestation de services transfrontaliers doit s'assurer que la personne qui fournit la prestation de services est autorisée à exercer une activité en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (al. 2).

D'après l'art. 122 LEtr, si un employeur enfreint la loi sur les étrangers de manière répétée, l'autorité compétente peut rejeter entièrement ou partiellement ses demandes d'admission de travailleurs étrangers, à moins que ceux-ci aient un droit à l'autorisation.

Le devoir de diligence de l'employeur prévu par l'art. 91 LEtr et les sanctions administratives instituées par l'art. 122 LEtr correspondent à la réglementation prévue à l'époque par les art. 10 et 55 OLE. En revanche, l'obligation de diligence du bénéficiaire de prestations de services transfrontaliers est nouvelle (Message du 8 mars 2002 concernant la loi sur les étrangers; FF 2002 3469, p. 3575 s.; cf. aussi: Message du 16 janvier 2002 concernant la loi fédérale contre le travail au noir, FF 2002 3371, p. 3405).

4.2 Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, qui garde, pour l'essentiel, sa valeur sous l'empire de la loi sur les étrangers, la notion d'employeur est une notion autonome qui vise l'employeur de fait et ne se limite pas à celle du droit des obligations (ATF 128 IV 170 consid. 4.1 p. 174; 99 IV 110 consid. 1 et 4 p. 113 pour un cas d'application; cf. FELIX KLAUS, *Ausländische Personen als Arbeitnehmende*, in *Ausländerrecht*, Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser éd., Bâle 2009, n° 17.246).

5.

5.1 Dans l'arrêt attaqué, l'Instance précédente a notamment constaté que la recourante exerçait une activité de location de services soumise à autorisation au sens de l'art. 12 LSE, qu'elle avait loué les services de F. et G. à J. SA et K. SA, qu'à cet effet, elle les avait engagés sans avoir examiné leur permis de séjour ni s'être renseignée auprès des autorités compétentes. C'est par conséquent à bon droit qu'elle a jugé que la recourante était un employeur et qu'en cette qualité, elle avait violé le devoir de diligence qui lui incombait en application de l'art. 91 LEtr.

5.2 Réitérant les griefs qu'elle avait déjà formulés devant l'instance précédente, la recourante fait valoir que les relations contractuelles portant sur la mise à disposition de F. et G. entre elle-même, H. SA, J. SA et K. SA ne sauraient être qualifiées de location de service, mais plutôt de prêt de personnel entre entreprises, de sorte qu'elle ne saurait être qualifiée d'employeur. La recourante n'explique pas la différence qu'il y aurait entre location et prêt de personnel sous l'angle de la loi sur les étrangers. Elle semble toutefois vouloir tirer parti de la chaîne de contrats de location de services passés entre elle-même et H. SA ainsi qu'entre elle-même et J. ainsi que K. SA pour échapper à la qualification d'employeur.

Elle perd de vue qu'au titre de bailleur de services au sens de l'art. 12 LSE, elle doit être considérée comme un employeur, sans égard au fait que les travailleurs qu'elle loue se soient présentés de leur propre chef ou sur instruction d'un tiers en exécution d'un contrat de location de services. L'art. 91 LEtr ne limite en effet pas le devoir de diligence à un seul employeur dans l'hypothèse, comme en l'espèce, d'une chaîne de contrats de location. Au contraire, le législateur a clairement voulu renforcer la lutte contre le travail au noir dont l'engagement de travailleurs étrangers dépourvus de titre de séjour et d'autorisation de travail constitue un segment important (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002, FF 2002 3371 p. 3406). Ainsi, l'obligation de diligence qu'impose l'art. 91 LEtr au bailleur de service au sens de l'art. 12 LSE ne préjuge en rien de l'éventuelle obligation pour les autres parties aux contrats en chaîne de respecter un même devoir de diligence également fondé sur l'art. 91 LEtr.

5.3 La recourante fait aussi valoir qu'elle aurait été trompée par H. SA sur le statut des étrangers qu'elle a engagés. Il est vrai que le directeur de cette société a reconnu avoir sciemment tu le véritable statut – illégal – des travailleurs qu'il louait à la recourante. C'est à bon droit à cet égard que l'Instance précédente a jugé qu'un employeur ne pouvait s'exonérer de l'obligation de diligence de l'art. 91 LEtr en se réfugiant derrière une éventuelle tromperie de tiers. En effet, il appartient à chaque employeur de procéder au contrôle. La simple omission de procéder à l'examen du titre de séjour ou de se renseigner auprès des autorités compétentes constitue déjà une violation du devoir de diligence. Dans ces conditions, il est inutile de prendre en considération les allégations de la recourante relatives à ce

qu'elle nomme «la problématique de la fraude documentaire», au demeurant inexistante en l'espèce.

En jugeant que la recourante avait violé le devoir de diligence que lui impose l'art. 91 LEtr, l'Instance précédente a par conséquent correctement appliqué le droit fédéral.

6.

La recourante soutient que l'Instance précédente a violé le principe de proportionnalité en confirmant la décision du Service de l'emploi de rejeter toute demande d'admission de travailleurs étrangers formulée par l'intéressée pour une durée de trois mois.

6.1 Le principe de proportionnalité (cf. art. 5 al. 2 Cst.) se compose traditionnellement des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé –, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés –, et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 133 I 77 consid. 4.1 p. 81, 130 II 425 consid. 5.2 p. 438, 128 II 292 consid. 5.1 p. 297 et la jurisprudence citée). Il peut être invoqué directement et de manière autonome par la voie du recours en matière de droit public (ATF 134 I 153 consid. 4.1 p. 156 s.)

6.2 Dans l'arrêt attaqué, l'Instance précédente a constaté que, par courrier du 28 mars 2007, la recourante avait été sommée de ne plus commettre d'infractions à la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers, que, le 30 août 2007, elle avait été condamnée pour de telles infractions par une décision du Service de l'emploi refusant d'entrer en matière sur toute demande de main-d'oeuvre que la recourante pourrait formuler pour une durée de deux mois et que cette dernière décision n'avait pas été contestée. Dans ces conditions, l'Instance précédente pouvait considérer que la recourante avait récidivé. En d'autres termes, elle pouvait confirmer le refus d'entrer en matière sur toute demande de main-d'oeuvre étrangère pour une durée de trois mois prononcé par le Service de l'emploi, du moment que la recourante avait violé la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers ainsi que la loi sur les étrangers de manière répétée et que la précédente sanction d'une durée de deux mois n'avait pas eu d'effet sur le comportement de la recourante.

Les objections de la recourante selon lesquelles elle aurait été induite en erreur par un tiers et n'aurait pas été impliquée dans une relation juridique de location de services ont déjà été écartées ci-dessus (cf. consid. 5.2 et 5.3). Elles doivent également l'être s'agissant de l'examen du respect du principe de proportionnalité, en l'espèce pleinement respecté.

Bundesgericht, Urteil vom 23. November 2009, Doss.-Nr. 2C_283/2009 (Bestätigung der Gastgewerbeordnung des Regierungsrats des Kantons Bern vom 24. März 2009), in: BGE 136 I 29

BV 5 und 27; Schutz vor Passivrauchen, abstrakte Normenkontrolle. Die Regelung im bernischen Verordnungsrecht, wonach die Nutzung des Hauptausschankraums eines Gastgewerbebetriebes als Raucher-raum (Fumoir), die Verwendung einer Ausschankleinrichtung im Fumoir sowie der Zutritt zu den Raucherräumen für Personen unter 18 Jahren verboten sind, verstösst nicht gegen Verfassungsrecht, insbesondere nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit (E. 3 und 4).

Sachverhalt:

A.

A.a Am 10. September 2008 erliess der Grosse Rat des Kantons Bern das Gesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SchPG; BSG 811.51). Nach Art. 8 SchPG erhielt Art. 27 des bernischen Gastgewerbegesetzes vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11) den folgenden Wortlaut:

«Schutz vor Passivrauchen

1. In öffentlich zugänglichen Innenräumen von Betrieben, die eine Betriebs- oder Einzelbewilligung nach diesem Gesetz benötigen, ist das Rauchen verboten.
2. Im Freien und in Fumoirs (abgeschlossene Räume mit einer eigenen Lüftung) bleibt das Rauchen gestattet.
3. Die verantwortliche Person und die von ihr instruierten Angestellten und weiteren Hilfspersonen setzen das Rauchverbot um, indem sie
 - a) die Innenräume rauchfrei einrichten,
 - b) über das Rauchverbot informieren, beispielsweise mit Verbotstafeln,
 - c) die Gäste anhalten, das Rauchen zu unterlassen,
 - d) nötigenfalls Personen wegweisen, die das Verbot missachten.
4. Der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer richtet sich nach der eidgenössischen Arbeitsgesetzgebung.»

Die Bestimmung trat am 1. Juli 2009 in Kraft.

A.b Am 1. April 2009 erliess der Regierungsrat des Kantons Bern die Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen (SchPV; BSG 811.511). Mit Art. 6 Ziff. 1 SchPV fügte er gleichzeitig unter dem Titel «Va. Schutz vor Passivrauchen» die neuen Art. 20a–20e in die bernische Gastgewerbeverordnung (GGV; BSG 935.111) ein. Diese Bestimmungen lauten wie folgt:

«Art. 20a Öffentlich zugängliche Innenräume

1. Als öffentlich zugänglich gelten alle für die Allgemeinheit zugänglichen Innenräume von Betrieben und Veranstaltungen, die der Gastgewerbegesetzgebung unterstehen.

2. Zu den öffentlich zugänglichen Innenräumen gehören
 - a) Verkehrsflächen wie Korridore oder Treppen, Aufzüge sowie Toiletten,
 - b) Festzelte und Wintergärten, auch wenn Seitenwände geöffnet werden können.
3. Nicht zu den öffentlich zugänglichen Innenräumen gehören Hotelzimmer.

Art. 20b Fumoirs

1. Fumoirs sind abgeschlossene Nebenräume des Betriebs ohne eigene Ausschankeinrichtung wie Buffet oder Bar.
2. Der Hauptausschankraum eines Betriebs (Gaststube) darf nicht als Fumoir genutzt werden.
3. Im Fumoir dürfen keine Leistungen angeboten werden, die im übrigen Betrieb nicht erhältlich sind, mit Ausnahme von Waren und Dienstleistungen für das Rauchen.

Art. 20c Anlage von Fumoirs

1. Fumoirs sind so anzulegen, dass
 - a) kein Rauch in die übrigen Räume des Betriebs gelangen kann, indem beispielsweise Türen selbst schliessend gemacht werden,
 - b) sie nicht für die Bewirtschaftung des Betriebs notwendig sind,
 - c) sie nicht als Durchgang zu anderen Betriebsräumen dienen,
 - d) sie keine Tanzflächen oder Bühnen für den Auftritt von Artistinnen und Artisten enthalten,
 - e) sie klar als Räume für Raucherinnen und Raucher erkennbar sind.
2. Ein Fumoir darf eine Bodenfläche von höchstens 60 m² aufweisen.
3. Die Fläche der Fumoirs eines Betriebs darf höchstens einen Drittel der Bodenfläche aller Ausschankräume betragen.

Art. 20d Zutritt zu Fumoirs

1. Der Zutritt zu Fumoirs ist Personen unter 18 Jahren verboten.
2. Das Zutrittsalter ist am Eingang deutlich anzuschreiben.

Art. 20e Bewilligung von Fumoirs

1. Fumoirs sind in der Betriebsbewilligung aufzuführen.
2. Die Bewilligungsbehörde kann im Einzelfall Abweichungen von Artikel 20c Absatz 2 bewilligen, wenn besondere Verhältnisse dies erfordern, wie zum Beispiel bestehende bauliche Gegebenheiten oder eine grosse Anzahl von Gästen.»

Diese Bestimmungen traten ebenfalls am 1. Juli 2009 in Kraft.

A.c Am 3. Oktober 2008 erliess die Bundesversammlung das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (BB1 2008 8243; dazu auch BB1 2007 6185 und 6207). Die Referendumsfrist lief unbenützt ab. Der Bundesrat hat inzwischen angekündigt, das Gesetz und die ausführenden Verordnungsbestimmungen dazu auf den 1. Mai 2010 in Kraft zu setzen.

B.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vom 4. Mai 2009 beantragen der Arbeitgeberverband für Restauration und Hotellerie GastroBern, C. als Betreiber eines Hotels mit Restaurant in Kandersteg, P. als Betreiber eines Landgasthofes mit Restaurant in Gerzensee, der Hotelier-Verein Berner Oberland und der Cafetier Verband Bern-Mittelland, Art. 20b Abs. 1 und 2 sowie Art. 20d GGV aufzuheben.

C.

Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Eidgenössische Departement des Innern verzichtet in seiner Stellungnahme auf einen Antrag (...).

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Art. 20b GGV definiert Fumoirs als abgeschlossene Nebenräume des Betriebs ohne eigene Ausschankeinrichtung wie Buffet oder Bar (Abs. 1); der Hauptausschankraum eines Betriebs (Gaststube) darf nicht als Fumoir genutzt werden (Abs. 2). Nach Auffassung der Beschwerdeführer fehlt es dieser Bestimmung an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage; zumindest seien die Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Gesetzesdelegation nicht erfüllt. Überdies verstosse die Bestimmung gegen die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV, weil sie eine unverhältnismässige Beschränkung derselben mit sich bringe. Auch das Verbot des Zutritts von Personen unter 18 Jahren zu den Fumoirs nach Art. 20d GGV beruhe nicht auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage.

3.2 Nach Art. 27 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet. Dazu zählt insbesondere der freie Zugang und die freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Das Rauchverbot in Restaurants, deren Haupttätigkeit im Angebot von Speisen und Getränken besteht, schränkt die Wirtschaftsfreiheit ihrer Betreiber nicht direkt ein (BGE 133 I 110 E. 7.4 S. 126; ANDREAS AUER, *Le droit face à la political correctness, La constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise «Fumée passive et santé»*, AJP 2006 S. 12 f.). In der Literatur wird sogar bezweifelt, ob insofern überhaupt von einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auszugehen ist (vgl. VINCENT MARTENET, *L'interdiction de fumer dans les lieux publics intérieurs ou fermés*, AJP 2007 S. 255), jedenfalls solange ein Wirt nicht ein spezifisches Angebot für Raucher unterhalten will (vgl. AUER, a.a.O., S. 13). Der Kanton Bern verunmöglicht nicht das Wirten als solches, d.h. insbesondere die Abgabe von Speisen oder Getränken zum Konsum gegen Entgelt. Diese Tätigkeiten können unter der Geltung des Passivraucher-schutzes weiterhin vollumfänglich ausgeübt werden. Selbst das Rauchverbot fällt nicht absolut aus. Ein abgetrennter Nebenraum, der flächenmässig

maximal 60 m² umfassen kann, darf als Fumoir unterhalten werden, wobei die Gesamtläche aller Fumoirs eines Betriebes höchstens ein Drittel der Bodenfläche aller Ausschankräume betragen darf (Art. 20c Abs. 2 und 3 GGV). Damit wird das grundsätzliche Rauchverbot wieder erheblich gelockert. Mit den hier angefochtenen Bestimmungen wird den Wirten überdies einzig untersagt, den Hauptausschankraum als Fumoir zu benutzen und im als Fumoir ausgestalteten Nebenraum eine Ausschankeinrichtung wie Buffet oder Bar zu betreiben. Dabei handelt es sich lediglich um einen untergeordneten Aspekt der Berufsausübung und mithin höchstens um einen leichten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Damit genügt so oder so eine gesetzliche Grundlage im Verordnungsrecht, weshalb hier insofern nur geprüft werden muss, ob sich die angefochtene Regelung des bernischen Verordnungsrechts in genügendem Umfang auf die gesetzliche Grundlage zurückführen lässt (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV). Dasselbe gilt im Übrigen unabhängig davon, ob ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vorliegt, bereits aufgrund des – von den Beschwerdeführern allerdings nicht ausdrücklich angerufenen – allgemeinen Legalitätsprinzips, wie es sich aus Art. 5 Abs. 1 BV ergibt.

3.3 Vollziehungsverordnungen haben den Gedanken des Gesetzgebers durch Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen. Sie dürfen das auszuführende Gesetz – wie auch alle anderen Gesetze – weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen. Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen dem Bürger grundsätzlich keine neuen Pflichten auferlegt werden, selbst wenn diese durch den Gesetzeszweck gedeckt wären (BGE 130 I 140 E. 5.1 S. 149 mit Hinweisen).

3.4 Zwar trifft es zu, dass das bernische Gastgewerbegesetz das Verbot des Betriebens von Ausschankeinrichtungen in Fumoirs bzw. eine Zugangsbeschränkung für Personen unter 18 Jahren nicht explizit vorsieht, wie die Beschwerdeführer geltend machen. Das schliesst aber nicht aus, dass sich diese Regelungen nicht dennoch auf das Gesetz zurückführen lassen.

3.4.1 Art. 69 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (KV/BE; SR 131.212; BSG 101) lässt die Delegation der Rechtsetzungsbefugnisse des Grossen Rates an den Regierungsrat ausdrücklich zu (vgl. KÄLIN/BOLZ, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, S. 432 ff.). Nach Art. 1 Abs. 2 lit. b und c GGG sind Einschränkungen des Wirtens insbesondere zulässig für den Schutz der Gesundheit und den Jugendschutz. Art. 27 GGG verbietet das Rauchen unter dem Titel «Schutz vor dem Passivrauchen» in öffentlich zugänglichen Innenräumen, gestattet es jedoch im Freien und in Fumoirs, die als abgeschlossene Räume mit einer eigenen Lüftung definiert werden. Nach Art. 47 GGG erlässt der Regierungsrat ganz allgemein die zum Vollzug notwendigen Ausführungsbe-

stimmungen. Gemäss Art. 9 GGG kann der Regierungsrat sodann durch Verordnung spezifisch ergänzende Bestimmungen zu den betrieblichen Vorschriften erlassen. Bei den angefochtenen Bestimmungen handelt es sich um solche betrieblichen Vorschriften. Sie beruhen damit auf einer doppelten Delegation in zwei Gesetzesnormen.

3.4.2 Die angefochtenen Bestimmungen bezwecken den Schutz der Gäste und der Angestellten sowie von Jugendlichen. Die Regelungen des Gastgewerbes und des Gesundheits- sowie Jugendschutzes sind Bereiche, die in die Kompetenz der Kantone fallen. Demgegenüber wird der Arbeitnehmerschutz, auch im Bereich des Schutzes vor Passivrauchen, in erster Linie durch Bundesrecht geregelt (vgl. BGE 132 III 257; so auch Art. 27 Abs. 4 GGG). Eine völlige Trennung des Schutzes von Konsumenten und Angestellten ist jedoch einzig denkbar bei Regelungen, die sich ausschliesslich auf eine Kategorie beziehen und wo auch faktisch, insbesondere örtlich, eine klare Abgrenzung vorliegt, wie dies etwa bei Arbeitsstellen, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich sind, oder umgekehrt bei öffentlichen Räumen zutreffen kann, in denen keine Arbeitnehmer tätig sind. Vermischen sich Angestellte und Konsumenten, dient der Schutz vor Passivrauchen der gesamten Bevölkerung, es sei denn, der Bund habe eine sinnvolle und umsetzbare abschliessende Regelung für die Arbeitnehmer getroffen. Insoweit verbleibt den Kantonen eine ergänzende Kompetenz jedenfalls dort, wo sich wie hier der Schutz der Adressaten eines Angebots in einem dem Kanton unterstellten Regelungsbereich wie dem Gastronomiewesen (vgl. JAAG/RÜSSELI, Schutz vor Passivrauchen, verfassungsrechtliche Aspekte, AJP 2006 S. 23 und 27) nicht von demjenigen des Personals unterscheiden lässt und der Bund nicht abschliessend legifertiert hat (vgl. BGE 133 I 110 E. 4 S. 115 ff.). Art. 4 des noch nicht in Kraft getretenen Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen (BBl 2008 8244) hält sogar ausdrücklich fest, dass die Kantone auch künftig strengere Vorschriften als der Bund zum Schutz der Gesundheit erlassen können. Umso mehr ist von einer solchen Kompetenz auszugehen, solange das Bundesgesetz noch gar nicht gilt.

3.4.3 Einerseits untersagt das Gesetz die Zulassung von Raucherbetrieben. Andererseits ist die Bedienung in den Fumoirs auf der Grundlage des kantonalen Gesetzes nicht verboten. Dieser gesetzliche Rahmen ergab sich aufgrund der Debatte im Grosse Rat und wurde dort auch entsprechend skizziert (vgl. insbes. das Tagblatt des Grossen Rates 2008 927; zur Entstehungsgeschichte vgl. auch MICHAEL MÜLLER, 13. Kapitel: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, Müller/Feller [Hrsg.], 2008, S. 714 f.). Die Einrichtung von Fumoirs und die Bedienung von Gästen in solchen abgetrennten Raucherräumen dürfen mithin nicht ausgeschlossen werden. Aber auch das Verbot des Betriebs von Ausschankanlagen in Fumoirs gemäss Art. 20b Abs. 1 GGv hält sich an den gesetzlichen Rahmen und sprengt diesen nicht. Die Regelung in der Verordnung bezweckt den Gesundheitsschutz der Gäste und des Personals,

womit sie der gesetzlichen Zielsetzung entspricht. Daran vermag selbst Art. 27 Abs. 4 GGG nichts zu ändern, wonach der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sich nach der eidgenössischen Arbeitsgesetzgebung richtet. Eine völlige Aufspaltung der Rechtsbereiche bzw. eine klare Trennung des Schutzes der Kundschaft und des Personals sind bei der getroffenen kantonalen Regelung gar nicht möglich. Analoges gilt für das Zutrittsverbot von Personen unter 18 Jahren nach Art. 20d GGV. Dieses dient gleichermaßen dem gesetzlich verfolgten Gesundheits- und Jugendschutz. Sodann ist den Jugendlichen der Zugang nur zu den Fumoirs verwehrt. In den übrigen (rauchfreien) Räumen dürfen auch Jugendliche unter 18 Jahren bedient werden. Damit bleibt der gesetzliche Rahmen gewahrt. Die Regelung ist überdies koordiniert mit dem im Kanton Bern geltenden gesetzlichen Verbot der Abgabe und des Verkaufs von Tabakwaren an Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren (vgl. Art. 16 Abs. 1 des bernischen Gesetzes vom 4. November 1994 über Handel und Gewerbe [HGG; BSG 930.1]), was zusätzliche Rückschlüsse auf den anwendbaren gesetzlichen Rahmen zulässt.

3.5 Die angefochtenen Bestimmungen verfügen demnach über eine genügende gesetzliche Grundlage und verstossen insbesondere nicht gegen die Grundsätze einer zulässigen Gesetzesdelegation.

4.

4.1 Nach Auffassung der Beschwerdeführer ist das Verbot des Betriebens von Ausschankeinrichtungen in den Fumoirs (nach Art. 20b Abs. 1 GGV) unverhältnismässig und daher verfassungswidrig. Dasselbe soll für den Ausschluss des Hauptausschankraums von der Nutzung als Fumoir gelten, da die Stossrichtung dieser Bestimmung (Art. 20b Abs. 2 GGV) über das gesetzliche Ziel des Schutzes vor Passivrauchen hinaus-schiesse. Dass die Zutrittsbeschränkung für Jugendliche unter 18 Jahren (Art. 20d GGV) nicht verhältnismässig sein sollte, wird in der Beschwer-deschrift hingegen nicht dargetan, weshalb darauf auch nicht einzugehen ist (vgl. Art. 42 Abs. 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG).

4.2 Ist im fraglichen Zusammenhang gegebenenfalls von einem leichten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV auszugehen, sind im Weiteren die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV massgeblich, d.h. muss das staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (vgl. auch Art. 5 Abs. 2 BV). Die Verhältnismässigkeit einer staatlichen Massnahme bemisst sich im Wesentlichen an deren Zweckgeeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit für den oder die Betroffenen. Zu beachten ist auch Art. 94 Abs. 1 BV, wonach sich die angefochtenen Bestimmungen an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten haben.

4.3 Der Schutz vor dem Passivrauchen dient dem Gesundheitsschutz insbesondere der Gäste und der Angestellten von Restaurationsbetrieben. Dies liegt im öffentlichen Interesse und vermag selbst Rauchverbote zu rechtfertigen (BGE 133 I 110 E. 7.1.1 S. 123 f.; AUER, a.a.O., S. 13 f.; JAAG/RÜSSLI, a.a.O., S. 28; MARTENET, a.a.O., S. 257 f.). Ein solches

wahrt denn auch mit Blick auf die gesundheitspolizeiliche Herleitung den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

4.4 Analoges gilt für das Verbot des Betriebens von Ausschankeinrichtungen in den Fumoirs. Selbst wenn bzw. gerade weil die Fumoirs im Kanton Bern bedient sein dürfen, gewährleistet das angefochtene Verbot, dass jedenfalls die Angestellten sich nicht ständig im Raucherraum aufhalten. Sie müssen diesen vor allem für die mit der Bedienung zusammenhängenden Tätigkeiten wie insbesondere die Aufnahme von Bestellungen, die Bedienung mit Speisen und Getränken sowie das Einziehen der Zeche aufsuchen. Zwischendurch können sie das Fumoir aber verlassen, was mit dem Betrieb von Ausschankeinrichtungen, der eine permanente Anwesenheit voraussetzt, nicht zuträfe. Das entsprechende Verbot liegt damit im vom Gesetz verfolgten öffentlichen Interesse und erweist sich ausserdem als dem Gesundheitsschutz dienende Massnahme mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vereinbar. Dürfte sodann der Hauptausschankraum eines Gastgewerbebetriebes als Fumoir genutzt werden, würde sich der Gesamtcharakter des Betriebes ändern. Der Nutzung als Raucherbetrieb käme mindestens dieselbe Bedeutung zu wie der Nutzung als Restaurant. Daran vermöchten die vorgesehenen Einschränkungen bei der als Fumoir nutzbaren maximalen Fläche bzw. Betriebsteile nichts zu ändern. In der Regel hält sich denn auch der Grossteil der Kundschaft und des Personals im Hauptraum auf. Die fragliche Regelung steht sodann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer nicht im Widerspruch zum gesetzlichen Schutzziel, weil durch das notwendige Türöffnen Rauchschwaden in das übrige (rauchfreie) Gebäude und dabei insbesondere in den Hauptraum eindringen könnten. Gemäss dem unangefochten gebliebenen Art. 20c Abs. 1 lit. a GGV sind Fumoirs nämlich so anzulegen, dass kein Rauch in die übrigen Räume des Betriebs gelangen kann.

4.5 Die angefochtenen Bestimmungen sind geeignet, jedenfalls die Angestellten vor den Auswirkungen des Passivrauchens zu schützen (MARTENET, a.a.O., S. 272 ff.; vgl. dazu in einem weiteren Sinne ebenfalls BGE 133 I 110 E. 7.2–7.5 S. 124 ff.). Sie erweisen sich auch als erforderlich, sind doch keine wirksamen mildereren Massnahmen erkennbar. Es ist zwar verständlich, dass die Beschwerdeführer grössere Verfügungsmöglichkeiten über ihre Einrichtungen beibehalten möchten, um ihre Betriebsabläufe zu optimieren; sie zeigen aber nicht auf, wie sie mit vergleichbarer Wirkung das Passivrauchen einzudämmen vermöchten. Zudem sind Ausschankanlagen für die Bedienung der Gäste im Raucherraum nicht unerlässlich. Es gibt in vielen Gastgewerbebetrieben Räumlichkeiten ohne eigene Ausschankeinrichtungen. Schliesslich ist die angefochtene Regelung auch zumutbar. Etliche Kantone schliessen sogar bediente Fumoirs aus, was nach Auffassung des Bundesrates keine Fragen der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht aufwirft (vgl. BBl 2009 5966 Ziff. 1.3.3, wo es um die Gewährleistung von Art. 65a der Verfassung des Kantons Waadt geht, wonach lediglich unbediente Raucherräume zulässig sind; vgl. auch

MARTENET, a.a.O., S. 275 f.). Den Wirten im Kanton Bern verbleibt ohnehin ein betriebswirtschaftlicher Spielraum. Die maximal zulässige Grösse der Raucherräume wird einerseits in absoluten Zahlen bestimmt (60 m²; vgl. Art. 20c Abs. 2 GGV), wobei Abweichungen in begründeten Einzelfällen zulässig sind (vgl. Art. 20e Abs. 2 GGV). Andererseits wird sie im Verhältnis zur gesamten Betriebsgrösse festgelegt (höchstens ein Drittel der Bodenfläche aller Ausschankräume; Art. 20c Abs. 3 GGV). Ein Rückbau bestehender Ausschankanlagen wird nicht vorgeschrieben. Das belässt den Betreibern eine gewisse Flexibilität.

4.6 Schliesslich machen die Beschwerdeführer zwar nicht geltend, die angefochtene kantonale Regelung verstosse gegen (künftiges) übergeordnetes Bundesrecht. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit rechtfertigt sich aber auch die Berücksichtigung des laufenden Gesetzgebungsprojekts des Bundes. Das Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen wurde nicht sofort in Kraft gesetzt, da der Bundesrat zunächst eine Anhörung über die vorgesehenen Ausführungsbestimmungen durchführte. Das Inkrafttreten ist nunmehr für den 1. Mai 2010 vorgesehen. Gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes wird unter anderem in Restaurationsbetrieben unter Vorbehalt abgetrennter Raucherräume ein Rauchverbot gelten. Ausnahmsweise werden Angestellte in den Raucherräumen mit ihrer Zustimmung beschäftigt werden dürfen. Der Bundesrat ist ausdrücklich ermächtigt, ergänzende Vorschriften über die Beschaffenheit von Raucherräumen und die Anforderungen an die Belüftung zu erlassen. Im Verordnungsentwurf vom 23. Juni 2009, der den interessierten Kreisen zur Anhörung zugestellt wurde, sah der Bundesrat noch vor, die Benutzung von Ausschankeinrichtungen in den Fumoirs zu untersagen. Nach der Vernehmlassung ist dieses Verbot nunmehr zwar weggefallen. Die Kantone können gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes aber ausdrücklich strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen als der Bund. Mit Blick auf das Verbot bedienter Raucherräume haben von dieser Kompetenz schon etliche Kantone Gebrauch gemacht. Die angefochtene bernische Regelung erscheint daher auch unter diesem Gesichtspunkt als verhältnismässig.

Bundesgericht, Urteil vom 25. November 2009, Doss.-Nr. 4A_377/2009 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau 9. Juni 2009)

Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe 2003–2005 gelten u.a. für Betriebe, die sich der Kiesgewinnung, dem Aushub oder dem Abbruch, der Deponietätigkeit und dem Recycling widmen. Neben diesen Grundleistungen gehört hierzu notwendigerweise und als integrierender Bestandteil der Zu- oder Abtransport des gewonnenen oder zu entsor-

genden Materials. Daran ändert nichts, wenn der Transportbereich – wie vorliegend – eine grössere Lohnsumme aufweist als die Betriebsbereiche, in denen die Grundleistungen erbracht werden. Daraus ergibt sich, dass unter den vom Geltungsbereich der AVE LMV ausgenommenen «Transportleistungen von und zu Baustellen» und «Transporten von lagerfähigen Baustoffen» nur solche zu verstehen sind, die Güter betreffen, deren Transport nicht als integrierender Bestandteil der mit diesen zu erbringenden Bauleistungen erscheint, wie namentlich der Transport von industriell hergestellten Baumaterialien wie Backsteinen, Armierungseisen u.s.w. Sind die Transportleistungen hingegen wie beim Aushub, der Deponie oder der Kieslieferung als integrierender Bestandteil der Grundleistung zu betrachten, die der AVE LMV untersteht, werden sie von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst (E. 5.2).

Die Frage nach einer Durchbrechung des Grundsatzes der Tarifeinheit und damit einer Ausnahme von der Unterstellung unter einen GAV stellt sich nur für solche Betriebsteile innerhalb eines Mischunternehmens, die eine eigene organisatorische Einheit bilden (E. 6.1).

Sachverhalt:

Die X. AG (Beschwerdeführerin) bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Ausführung von Trax-, Bagger- und Aushubarbeiten, von Transporten, von Kieslieferungen, die Kehrichtabfuhr, Welaki sowie den Betrieb mit Grosscontainern und Möbeltransportkasten.

Mit Klage vom 17. Dezember 2004 und Replikschrift vom 27. Mai 2005 stellten der Schweizerische Baumeisterverband, die Gewerkschaft UNIA und die Syna Gewerkschaft (Beschwerdegegner) beim Bezirksgericht Brugg das Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin den vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe 2003–2005 unterliegt und die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen auf die Anstellungsverhältnisse direkt anwendbar seien. Das Bezirksgericht hiess die Klage am 3. April 2007 gut und traf die beantragte Feststellung. Eine von der Beschwerdeführerin dagegen erhobene Appellation wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 9. Juni 2009 ab.

Die Beschwerdeführerin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen. Eventuell sei festzustellen, dass ihre Betriebsteile Transport, Sortieranlage und Werkstatt nicht den vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe 2003–2005 unterliegen und die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen daher nicht auf diese Arbeitsverhältnisse anwendbar sind. Subeventuell sei die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Umstritten ist die Unterstellung des Unternehmens der Beschwerdeführerin, bei dem es sich anerkanntermassen um ein Mischunternehmen handelt, unter den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe 2003–2005 (LMV).

3.1 Bei einem Branchen- bzw. Industrievertrag unterstehen diejenigen Arbeitnehmer dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV), die in einem bestimmten Wirtschaftszweig tätig sind. Die Frage, welchem Wirtschaftszweig ein Unternehmen zuzurechnen ist, beantwortet sich nach der Tätigkeit, die ihm das Gepräge gibt; entscheidend ist nicht der Handelsregistereintrag, sondern die tatsächliche Tätigkeit. Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt der GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer, wobei regelmässig gewisse Funktionsstufen und besondere Anstellungsverhältnisse ausgenommen werden. Allerdings kann ein Unternehmen mehrere Betriebe umfassen, welche unterschiedlichen Branchen angehören, oder es können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium bei einem Industrievertrag ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbständigen Betriebsteil – und nicht dem Unternehmen als wirtschaftlichem Träger allenfalls mehrerer Betriebe – das Gepräge gibt (BGE 134 III 11 E. 2.1 mit Hinweisen). Dabei ist Tatfrage, welche Tätigkeiten in einem Betrieb oder selbständigen Betriebsteil in welchem Ausmass vorkommen. Rechtsfrage ist dagegen, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311; im Folgenden: AVEG) kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen GAV auf Antrag aller Vertragsparteien durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind. Die Allgemeinverbindlicherklärung will einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen schaffen und damit verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen Wettbewerbsvorteil erlangen kann, der als unlauter gilt. Zum selben Wirtschaftszweig sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Betriebe zu zählen, die zueinander insofern in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen, als sie Erzeugnisse oder Dienstleistungen gleicher Art anbieten (BGE 134 III 11 E. 2.2 S. 13 f.). Der Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, unlautere Wettbewerbsvorteile zu verhindern, kann nur erreicht werden, wenn die Regeln

des entsprechenden GAV grundsätzlich von sämtlichen Anbietern auf einem bestimmten Markt eingehalten werden müssen. Sobald daher ein Betrieb in nicht offensichtlich untergeordnetem Umfang in einem Markt auftritt, für den ein allgemeinverbindlich erklärter GAV gilt, kommen die allgemeinen Grundsätze für die Unterstellung zur Anwendung (BGE 134 III 11 E. 2.4).

3.2 Der LMV ist ein Branchenvertrag (BGE 134 III 11 E. 2.3 S. 14), den der Bundesrat mit Beschluss vom 22. August 2003 für allgemeinverbindlich erklärt hat (AVE LMV; BBl 2003 6070). Der betriebliche Geltungsbereich des LMV umfasst nach der Umschreibung in Art. 2 LMV Betriebe bzw. Betriebsteile, Subunternehmer und selbständige Akkordanten, die Arbeitnehmende beschäftigen, welche u.a. in den Bereichen Hoch-, Tief- und Strassenbau, Aushub, Abbruch, Deponien, Sand- und Kiesgewinnung, Transport von und zu Baustellen bzw. Herstellung und Transport von lagerfähigen Baustoffen tätig sind.

Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, dass der «Transport von und zu Baustellen» in der Umschreibung des betrieblichen Geltungsbereichs der allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des LMV gemäss Art. II.2 Abs. 3 AVE LMV nicht erwähnt werde. Sie ging davon aus, dass dies Ausdruck einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers für die Einschränkung des Anwendungsbereichs in betrieblicher Hinsicht sei und demnach die AVE LMV für Betriebe, welche die Dienstleistung «Transport von und zu Baustellen» bzw. «Transport von lagerfähigen Baustoffen» anbieten, grundsätzlich keine Geltung entfalte. Die Transportdienstleistungen der Beschwerdeführerin «ab Baustellen» (Kipper, Haken, Welaki, Schlepper) könnten daher dem Anwendungsbereich der AVE LMV nicht pauschal zugeordnet werden, wie dies die Erstinstanz getan habe.

In der Folge kam die Vorinstanz aber zum Schluss, die von der Beschwerdeführerin angebotenen Leistungen, die in den betrieblichen Geltungsbereich des AVE LMV fielen, namentlich Abbruch- und Aushubarbeiten sowie der Deponie- und Recyclingbetrieb, gäben dem Betrieb der Beschwerdeführerin das Gepräge. Den ebenfalls angebotenen Transportleistungen komme nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Bei dieser Sachlage könne offen bleiben, ob solche Transportleistungen für Dritte, soweit sie Aushubmaterial betreffen, ebenfalls den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des LMV unterstünden, wie die Beschwerdegegner geltend machten. Die Vorinstanz verneinte im Weiteren, dass innerhalb des Unternehmens der Beschwerdeführerin selbständige Betriebsteile bestünden, die eine genügende, nach aussen hin erkennbare Selbständigkeit aufwiesen, dass auf sie unterschiedliche GAV zur Anwendung kommen könnten. Entsprechend bestätigte sie die erstinstanzliche Feststellung, dass das Unternehmen der Beschwerdeführerin (als Ganzes) den vom Bundesrat für allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV 2003–2005 unterliege und die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen auf die Anstellungsverhältnisse direkt anwendbar seien.

4.

4.1 Die Vorinstanz ging bei der Prüfung, ob in der AVE LMV aufgeführte Dienstleistungen dem Mischbetrieb der Beschwerdeführerin das Gepräge geben, vom Internetauftritt der Beschwerdeführerin aus. Danach biete sie folgende Leistungen an: Kippertransporte; Überlandtransporte; maschinelle Erdarbeiten mit Trax und Bagger auf Raupen und Pneu; Abbrucharbeiten; Kranarbeiten mit Lastwagen- und Pneukran; Muldenservice mit Welaki und Hakengeräten; Kehrtafelabfuhr, Grüngutabfuhr; Altglasabfuhr, Verarbeitung und Lieferung von Glas-Sand und Splitt; Entsorgung und Annahme von Abfall und Sperrgut, ohne Gifte und Flüssigkeiten; Sperrgutsortieranlage; Recycling-Material, Herstellung und Lieferung; Lieferung von Wandkies, Kalkkies, Bruchsteine, Mauersteine, Schotter und Tonmehl.

(...)

4.4 Der vorinstanzliche Schluss, die von der Beschwerdeführerin angebotenen Leistungen, die in den betrieblichen Geltungsbereich des AVE LMV fielen, namentlich Abbruch- und Aushubarbeiten sowie der Deponie- und Recyclingbetrieb, gäben dem Betrieb der Beschwerdeführerin das Gepräge, während den ebenfalls angebotenen Transportleistungen nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme, beruht auf einer eingehenden Würdigung der Lohnsumme und des Bruttoertrags, die in den jeweiligen Unternehmensbereichen anfallen, sowie der Anzahl Personen, die in denselben beschäftigt werden.

4.4.1 Im Einzelnen hielt die Vorinstanz fest, es sei unbestritten, dass im Jahre 2003 von insgesamt 70 Angestellten der Beschwerdeführerin 6 im Bereich Aushub arbeiteten, 3 im Bereich Kiesgrube, 2 im Bereich Sortieranlage, 35 im Bereich Transport und 24 im Bereich Werkstatt/Hilfsdienste und Administration/Leitung. Im Jahre 2004 habe sich der Personalbestand um lediglich eine Person reduziert. Von der Lohnsumme 2003 von insgesamt Fr. 3 812 833.– entfielen Fr. 463 337.85 auf den Bereich Aushub, Fr. 165 310.60 auf den Bereich Kiesgrube, Fr. 172 802.70 auf den Bereich Sortieranlage (dem Recyclingbetrieb zuzuordnen) und Fr. 1 634 828.65 auf den Bereich Transporte. Fr. 1 376 553.45 beschlugen die Bereiche Hilfsdienste, Vermietung, Werkstatt/Reparatur und Büro (inkl. Bauführer).

Als Ergebnis ihrer Beweiswürdigung stellte die Vorinstanz sodann fest, dass 40% der Lohnsumme der Beschwerdeführerin im Transportbereich auf Transporte für Dritte anfielen und dass die Transporte für den Eigenbedarf ausschliesslich im Rahmen und als Bestandteil des Dienstleistungsangebots anfielen, das zum betrieblichen Geltungsbereich der AVE LMV gehöre, da die von der Beklagten neben den Transportleistungen für Dritte angebotenen Tätigkeiten, namentlich die Aushub- und Abbrucharbeiten sowie der Betrieb eines Kieswerks, einer Deponie und einer Recyclinganlage, durchwegs zum betrieblichen Geltungsbereich der AVE LMV gehörten. Die im Jahre 2003 auf die produktiven Tätigkeiten der Beschwerdeführerin entfallende Lohnsumme von Fr. 2 436 279.55 (total

Lohnsumme Fr. 3 812 833.– abzüglich Fr. 1 376 553.45 Lohnanteil für dienende Funktionen, die gemäss Art. 2 Abs. 4 AVE LMV von deren Anwendungsbereich ausgenommen seien) beschlage demnach mit maximal Fr. 653 931.45 (40% der Gesamtlohnsumme Transport von Fr. 1 634 828.65), d.h. rund einem Viertel, Transportleistungen für Dritte. Der ganze Rest, d.h. rund drei Viertel betreffe Tätigkeiten, die gemäss Art. II.2 Abs. 3 AVE LMV den allgemein verbindlich erklärten Bestimmungen des LMV unterstünden.

Auch bei der Feststellung der Anzahl der für verschiedene Bereiche eingesetzten Personen ging die Vorinstanz davon aus, dass höchstens 40% der Transportleistungen für Dritte erbracht werden und dass überdies die Chauffeure von Eigen- und Fremdtransporten grundsätzlich gleich entlohnt werden. Demnach seien im Jahre 2003 von insgesamt 46 produktiv tätigen Angestellten der Beschwerdeführerin (70 abzüglich 24) maximal deren 14 (40% von insgesamt 35 Chauffeuren) für Dritttransporte eingesetzt worden. Damit seien rund 70% (46 abzüglich 14 Angestellte) des produktiven Personals der Beschwerdeführerin im Bereich der in Art. II.2 Abs. 3 AVE LMV genannten Dienstleistungen tätig.

Der in den der AVE LMV unterstehenden Sparten (Aushub- und Bauarbeiten, Kies und Deponie, Sortieranlage) erzielte Bruttoertrag habe sich im Jahre 2003 auf insgesamt Fr. 6 101 031.29 belaufen. Der mit Transporten, Kehrtafelfuhr sowie Mulden- bzw. Container- und Welaki-Service erzielte Erlös habe hingegen Fr. 5 994 787.40 ausgemacht. Da die Allgemeinverbindlicherklärung von GAV-Bestimmungen vorab dem Arbeitnehmerschutz diene, sei aber für die Betriebsunterstellung ohnehin nicht die Ertragskraft der angebotenen Dienstleistung, sondern die Personalintensität entscheidend, die sich in der Anzahl Beschäftigten und in der auf diese entfallenden Lohnsumme niederschlage.

(...)

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe mit der Zuordnung ihres Betriebs zum Baugewerbe Art. 1 Abs. 1 AVEG und Art. II.2 Abs. 3 AVE LMV verletzt. Der LMV sei ein Gesamtarbeitsvertrag der Baubranche. Die Beschwerdeführerin fiele damit nur unter die AVE LMV, wenn sie ein Unternehmen der Baubranche betreiben würde. Bauunternehmer könne nur derjenige sein, der eine bauliche Leistung erbringe, worunter der Transport von Gütern nicht falle, unabhängig davon, ob Baumaterialien zu- oder weggeliefert würden. Der Transportbereich überwiege bei der Beschwerdeführerin nach den vorinstanzlichen Feststellungen sowohl bezüglich Lohnsumme als auch bezüglich Anzahl Mitarbeiter deutlich. Die der AVE LMV unterstehenden Bereiche ihres Betriebs seien untergeordnet. Ihr Betrieb werde durch den Transportbereich geprägt. Es sei unzulässig, den Transportbereich als Bestandteil des Dienstleistungsangebots Aushub/Abbruch/Kies einzustufen, obwohl er alle anderen Betriebsteile deutlich überwiege. Aus der Sicht des Arbeitnehmerschutzes

gebe es keine sachliche Rechtfertigung, die nur als Chauffeure eingesetzten Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin den Bestimmungen des LMV zu unterstellen, der den Schutz der Bauarbeiter bezwecke, die im Gegensatz zu den Chauffeuren harten körperlichen Anstrengungen ausgesetzt seien. Die Beschwerdeführerin habe Anspruch darauf, dass sie gleich behandelt werde wie andere Transportunternehmen und nicht wie Bauunternehmen, die allenfalls einen kleinen Transportbereich mit einigen wenigen Chauffeuren hätten. Transportbetriebe wie die Beschwerdeführerin seien nach Art. II.2 Abs. 3 AVE LMV von der AVE LMV – wie die Vorinstanz erkannt habe – ausgenommen, weshalb die Vorinstanz gegen diese Bestimmung verstossen habe, indem sie den Transportbetrieb der Beschwerdeführerin – entgegen ihren eigenen Erwägungen – der AVE LMV unterstellt habe.

5.2 Die Argumentation der Beschwerdeführerin greift zu kurz. Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass die Anzahl der im Transportbereich der Beschwerdeführerin eingesetzten Arbeitnehmer diejenige überwiegt, die für Abbruch- und Aushubarbeiten sowie den Kies-, Deponie- und Recyclingbetrieb eingesetzt werden und dass die Lohnsumme des Transportbereichs ebenfalls überwiegt. Sie erwog aber, es gehöre zur Natur eines Kiesgewinnungs-, Aushub- oder Deponieunternehmens, dass seine produktiv tätigen Angestellten überwiegend mit dem Materialtransport (Kies, Aushub, Deponiematerial) befasst seien. Es kann nicht davon gesprochen werden, dass sie damit entgegen ihren eigenen Erwägungen die Transportleistungen der Beschwerdeführerin pauschal der AVE LMV unterstellt hätte, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

Ausgangspunkt bildet die Überlegung, dass nach der AVE LMV die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV für Betriebe gelten, die sich der Kiesgewinnung, dem Aushub oder dem Abbruch, der Deponietätigkeit und dem Recycling widmen. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend geltend macht, sind die im LMV genannten Transportleistungen von und zu Baustellen bzw. der Transport von lagerfähigen Baustoffen in der Umschreibung des sachlichen Anwendungsbereichs der AVE LMV nicht erwähnt. Es fragt sich daher, ob dies die Unterstellung von Transportleistungen von und zu Baustellen, Kiesgruben oder Deponien generell ausschliesst, unabhängig von der Art der transportierten Güter. Mit Blick auf Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung, einheitliche Mindestarbeitsbedingungen für die auf dem gleichen Markt tätigen Unternehmen zu schaffen und damit zu verhindern, dass ein Unternehmen durch schlechtere Arbeitsbedingungen einen unlauteren Wettbewerbsvorteil erlangen kann (Erwägung 3.1 vorne), ist dies indes zu verneinen. Zu der auf dem Markt angebotenen Leistung in den Tätigkeitsbereichen Aushub, Abbruch, Kieslieferung, Deponie/Recycling gehört neben der Grundleistung der Aushub-, Abbruch-, Kiesgewinnungs-, Recycling- oder Deponietätigkeit notwendigerweise und als integrierender Bestandteil der Zu- oder Abtransport des gewonnenen oder zu entsorgenden Materials. Es ist noto-

risch, dass die Grundleistungen und die Transportleistungen in den fraglichen Bereichen (Aushub und Wegtransport des Aushubmaterials, Kiesabbau und Kieslieferung, Entsorgung und Abtransport des Entsorgungsguts) den Abnehmern von Bauleistungen (Bauherrschaft) als einheitliche Leistungen angeboten werden, wenn auch die Transportleistungen von Fall zu Fall an selbständige Unterakkordanten weitervergeben werden mögen. Die Transportleistungen bilden damit Bestandteil des Angebots auf den entsprechenden Märkten, d.h. der Leistungen Kieslieferung, Aushub, Abbruch und Entsorgung von Bauschutt. Daran ändert nichts, wenn der Transportbereich in einem Betrieb, der sich, wie die Beschwerdeführerin, schwergewichtig auf diesem Markt betätigt, eine grössere Lohnsumme oder einen grösseren Personalbestand aufweist als die Betriebsbereiche, in denen die Grundleistungen wie Aushub, Kiesarbeiten oder Deponietätigkeit erbracht werden. Denn es entspricht – wie die Vorinstanz zutreffend hervorgehoben hat – der allgemeinen Lebenserfahrung, dass der Arbeitsaufwand für den Transport von Aushubmaterial, Deponiegut oder Kies denjenigen übersteigt, der für den Abbau, die Aufladung oder die Entladung und Ablagerung des Materials mit Trachsen oder Baggern anfällt. Wenn aufgrund dieses Umstands Unternehmen, die sich, wie die Beschwerdeführerin, hauptsächlich im Aushub-, Abbruch-, Kieslieferungs- und Deponie-/Recyclingbereich betätigen, von der Unterstellung unter den LMV ausgenommen wären, könnten diese gegenüber Bauunternehmungen, die lediglich in untergeordnetem Ausmasse Leistungen in diesen Bereichen mit den dazugehörigen Transporten erbringen und damit dem LMV unterstehen, einen unlauteren Wettbewerbsvorteil erlangen, indem sie ihren Arbeitnehmern gegenüber jenen dieser Bauunternehmungen schlechtere Arbeitsbedingungen anböten.

Daraus ergibt sich, dass unter den vom Geltungsbereich der AVE LMV ausgenommenen «Transportleistungen von und zu Baustellen» und «Transporten von lagerfähigen Baustoffen» nur solche zu verstehen sind, die Güter betreffen, deren Transport nicht als integrierender Bestandteil der mit diesen zu erbringenden Bauleistungen erscheint, wie namentlich der Transport von industriell hergestellten Baumaterialien wie Backsteinen, Armierungseisen u.s.w. Sind die Transportleistungen hingegen wie beim Aushub, der Deponie oder der Kieslieferung als integrierender Bestandteil der Grundleistung zu betrachten, die der AVE LMV untersteht, werden sie von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst.

Die Vorinstanz hat damit zutreffend entschieden, dass die für den Eigenbedarf – im Zusammenhang mit der Tätigkeit im Aushub-, Abbruch-, Kies- sowie Deponie-/Recycling-Bereich der Beschwerdeführerin – erbrachten Transportleistungen der Beschwerdeführerin als Bestandteil der Tätigkeiten zu betrachten sind, die der AVE LMV unterstellt sind und damit den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV unterstehen. Daran vermag insbesondere nichts zu ändern, dass die Chauffeure nicht den gleichen körperlichen Belastungen ausgesetzt sein mögen wie

gewisse andere Arbeitnehmer des Baugewerbes. Denn bei einem Branchenvertrag, wie er hier vorliegt, ist nach dem Grundsatz der Tarifeinheit der ganze Betrieb dem GAV des Wirtschaftszweigs zu unterstellen, dem er nach der ihn prägenden Tätigkeit angehört, ohne dass nach einzelnen Berufsgruppen zu unterscheiden ist, die typischerweise in einem anderen Wirtschaftszweig, hier dem Transportgewerbe, beschäftigt sind (vgl. Erwägung 3.1 vorne). Auf die körperliche Belastung der Angehörigen solcher Berufsgruppen kommt es dabei nicht an. Auch die Beschwerdeführerin stellt denn auch nicht in Frage, dass die Tätigkeiten von Kran-, Bagger- oder Trachsführern unter den sachlichen Geltungsbereich der AVE LMV fallen, obwohl diese nicht mit höheren körperlichen Belastungen verbunden sind als diejenigen eines Lastwagenchauffeurs.

Wird der Transport von Aushubmaterial, Kies oder Deponiegut damit als Bestandteil der auf dem Markt angebotenen einheitlichen Leistungen des Aushubs, der Kieslieferung oder der Deponietätigkeit von der Allgemeinverbindlicherklärung erfasst, spielt es – was die Vorinstanz offen gelassen hat – keine entscheidende Rolle, ob der Transport von solchem Material als Eigen- oder als Fremdleistung (z.B. Abtransport von Material, das durch den eigenen Betrieb oder das durch andere Bauunternehmungen ausgehoben wurde) erfolgt. Anders zu entscheiden hiesse, Bauunternehmungen, die den Abtransport des Aushubmaterials mit eigenen Fahrzeugen vornehmen, für ihren Transportbereich anderen gesamtvertragsvertraglichen Bestimmungen zu unterstellen als Betriebe, die sich ganz oder teilweise auf einen Teilbereich des Aushubs, nämlich den Abtransport des Aushubmaterials als Unterakkordanten, spezialisiert haben, womit die letzteren gegenüber den ersteren im Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt bevorteilt wären. Auch die von der Beschwerdeführerin erbrachten Transportleistungen für Dritte unterstehen damit den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV, soweit sie Aushubmaterial, Kies oder Deponiegut/Recyclingmaterial von Baustellen betreffen.

Nach dem Dargelegten hat die Vorinstanz zutreffend entschieden, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin durch die zum betrieblichen Geltungsbereich der AVE LMV gehörenden Leistungen geprägt wird und daher grundsätzlich (vgl. die nachfolgende Erwägung 6) den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV unterstellt ist. Über ihre Feststellung hinaus, dass die im Jahre 2003 auf die produktiven Tätigkeiten der Beschwerdeführerin entfallende Lohnsumme mit rund drei Vierteln Tätigkeiten beschlägt, die den allgemein erklärten Bestimmungen des LMV unterstehen (Erwägung 4.4.1 vorne), kann nach dem soeben Dargelegten festgehalten werden, dass auch die (quantitativ nicht genau bestimmten) Transportleistungen für Dritte, die Aushubmaterial, Kies oder Bauschutt betreffen, den allgemein erklärten Bestimmungen des LMV unterstehen. Über die von der Vorinstanz festgestellten 70% des produktiven Personals (Erwägung 4.4.1 vorne) hinaus sind sodann auch diejenigen (quantitativ nicht genau bestimmten) Angestellten in den der AVE LMV

unterstellten Bereichen tätig, die solche Transportleistungen für Dritte erbringen.

6.

Die Vorinstanz verneinte, dass innerhalb des Unternehmens der Beschwerdeführerin selbständige Betriebsteile bestünden, die eine genügende, nach aussen hin erkennbare Selbständigkeit aufwiesen, dass auf sie unterschiedliche GAV zur Anwendung kommen könnten.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie die Betriebsteile Transport, Sortieranlage und Werkstatt nicht als selbständige Betriebsteile anerkannt habe. Diese Rüge erweist sich als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist.

6.1 Von einem selbständigen Betrieb oder einem selbständigen Betriebsteil innerhalb eines Mischunternehmens kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur gesprochen werden, wenn dieser eine eigene organisatorische Einheit bildet. Das setzt voraus, dass die einzelnen Arbeitnehmer klar zugeordnet werden können und die entsprechenden Arbeiten im Rahmen der übrigen Tätigkeiten des Unternehmens nicht nur hilfsweise erbracht werden. Im Interesse der Rechtssicherheit ist zudem zu fordern, dass der Betriebsteil mit seinen besonderen Produkten oder Dienstleistungen insofern auch nach aussen als entsprechender Anbieter gegenüber den Kunden in Erscheinung tritt. Demgegenüber bedarf der Betriebsteil keiner eigenen Verwaltung oder gar einer separaten Rechnungsführung, um als solcher gelten zu können (Urteil 4C.350/2000 vom 12. März 2001 E. 3d).

Die Frage nach einer Durchbrechung des Grundsatzes der Tarifeinheit und damit nach einer Ausnahme von selbständigen Betriebsteilen von der Unterstellung unter einen GAV stellt sich von vornherein nur für solche Betriebsteile, die mit Leistungen am Markt auftreten, die anderen Branchen zuzuordnen sind bzw. nicht konkurrierend auf demselben Markt angeboten werden.

6.2 Nach dem vorstehend Ausgeführten gehören die Transportleistungen in den Bereichen Aushub, Kieslieferung, Abbruch und Deponie/Recycling als integraler Bestandteil zu den entsprechenden auf dem Bauproduktmarkt angebotenen Gesamtleistungen und unterstehen damit den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV (Erwägung 5.2 vorne). Insoweit fällt es von vornherein ausser Betracht, den Transportbereich des Betriebs der Beschwerdeführerin von der Unterstellung unter den LMV auszunehmen, weil er einen selbständigen Betriebsteil bilden würde (Erwägung 6.1 vorne). Bezüglich des Betriebsbereichs «Transporte» kann man sich einzig fragen, ob die Transportleistungen, die nicht im Rahmen von Leistungen der Baubranche erbracht werden, wie Überlandtransporte, Kehricht-, Grüngut- oder Altglasabfuhr im Rahmen von selbständigen Betriebsteilen erbracht werden. Dass dies der Fall sei, namentlich die Chauffeure, die solche Transporte ausführen in einem organisatorisch selbständigen Betriebsteil angestellt seien, wird indessen von der Beschwerde-

führerin nicht geltend gemacht und lässt sich den vorinstanzlichen Feststellungen nicht entnehmen. (...)

(...)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

Bundesgericht, Urteil vom 3. Dezember 2009, Doss.-Nr. 4A_333/2009 (Aufhebung des Urteils des Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève vom 29. Mai 2009), in: BGE 136 III 94

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 décembre 2009, Doss.-N° 4A_333/2009 (Annulation de l'arrêt de la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes du canton de Genève du 29 mai 2009), in: ATF 136 III 94

OR 329a ff. und 128 Ziff. 3; Ferienanspruch; Verjährung. Der Ferienanspruch verjährt mit Ablauf von fünf Jahren (E. 4.1).

329a ss et 128 ch. 3 CO; droit aux vacances; prescription. Le droit aux vacances se prescrit par cinq ans (consid. 4.1).

Extrait des considérants:

4. (...)

4.1 Le travailleur a droit à des vacances fixées, sauf convention ou réglementation contraire, par année de service; ce droit consiste en l'octroi de temps libre avec paiement du salaire correspondant à cette période (cf. art. 329a, art. 329c et art. 329d al. 1 CO). 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). Une prétention pécuniaire en remplacement de vacances non prises ne peut donc en principe naître qu'à la fin des rapports de travail. Le droit aux vacances se prescrit; s'il est prescrit au moment où les rapports de travail prennent fin, il ne naît aucune prétention pécuniaire de remplacement (cf. ATF 131 III 451 consid. 2.2 et 2.3).

Le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service. Le délai court dès le moment où la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO). Le droit aux vacances est exigible à la date des vacances prévues dans le contrat de travail ou fixé par l'employeur (cf. art. 329c al. 2 CO). A défaut, il faut admettre qu'il devient exigible le dernier jour permettant encore de prendre l'entier des vacances durant l'année de service en cours (cf. STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar [...], 6^e éd. 2006, n° 4 ad art. 329c CO p. 432 § 2).

Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le délai de prescription est de cinq ou de dix ans (art. 127 ou art. 128 ch. 3 CO; cf. ATF 130 III 19 consid. 3.2). Aux termes de l'art. 128 ch. 3 CO, les actions des travailleurs pour leurs services («Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern», «azioni per rapporti di lavoro di lavoratori» dans les versions allemande et italienne du texte) se prescrivent par cinq ans; cette formulation large recouvre le droit aux vacances. Une partie de la doctrine entend toutefois en limiter l'application aux seules créances de salaire ou pécuniaires (cf. PICHONNAZ, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. I, 2003, n° 30 ad art. 128 CO; REHBINDER, Berner Kommentar, 1992, n° 30 ad art. 341 CO). Quoi qu'il en soit, le droit aux vacances a un double aspect comprenant le droit au temps libre et le droit au salaire; il se justifie de soumettre l'entier au même délai de prescription. En outre, il est incontesté que l'indemnité pour les vacances non prises se prescrit par cinq ans; il ne s'impose pas de prévoir un délai plus long pour le droit aux vacances que cette indemnité remplace. Dans le message ayant conduit à la révision des art. 329a ss CO, le Conseil fédéral a clairement et sans réserve indiqué que le droit aux vacances était assujéti au délai de prescription de cinq ans de l'art. 128 CO (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 214 ch. 722.4). Cet avis est largement partagé par la doctrine (cf. WYLER, Droit du travail, 2^e éd. 2008, p. 360; STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n° 4 ad art. 329c CO p. 432 § 2; AUBERT, in Commentaire romand, op.cit., n° 5 ad art. 329c CO; BERTI, Zürcher Kommentar, 3^e éd. 2002, n° 61 ad art. 128 CO; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15^e éd. 2002, § 9 n° 245; GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9^e éd. 2000, § 46 n° 116; contra: KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3^e éd. 2009, § 68 n° 57; PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 4^e éd. 2007, n° 4 ad art. 329c CO). Il y a donc lieu de retenir que le droit aux vacances se prescrit par cinq ans.

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 décembre 2009, Doss.-N° 4A_478/2009 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 18 juin 2009 par la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

326a CO. Salaire d'une employée qui travaille aux pièces. Lorsque l'employeur verse pendant plus de trois mois un salaire aux pièces correspondant à un taux déterminé par unité, il s'impose d'admettre que les parties ont convenu tacitement de ce taux. L'employeur ne peut donc réduire ce taux sans l'accord de l'employée. En revanche, si l'employée ne souhaite pas consentir à une réduction du taux par unité

décidée de manière unilatérale par l'employeur, elle se doit de protester et de refuser de continuer le travail de cet article autrement qu'aux conditions convenues. Si, au contraire, elle accepte de travailler à ce nouveau taux, sans élever aucune réclamation et pendant plusieurs mois, il faut en déduire que la réduction a aussi été convenue tacitement (c. 3).

329d CO. Selon la jurisprudence, les parties ne peuvent valablement convenir qu'à titre exceptionnel que le salaire afférant aux vacances soit inclus dans le salaire des périodes de travail effectivement accompli et que l'employeur ne devra rien pour les périodes de vacances. Le simple fait que le salaire soit variable est une circonstance qui se rencontre couramment en cas de travail payé à l'heure, aux pièces ou à la tâche, et qui ne parvient pas à justifier en elle-même un accord dérogoire (c. 4).

Rémunération des jours fériés. La loi n'impose pas la rémunération des jours de congé. Seul le 1^{er} août, de part l'art. 110 III Cst., est un jour férié et rémunéré. De ce point de vue, le régime des jours de congé diffère de celui des vacances ou des périodes d'incapacité de travail (c. 5).

Extraits des faits:

Pour le compte de ses entreprises clientes, X. SA pratique l'emballage et le conditionnement de marchandises. Dès janvier 2005, A. est entrée à son service en qualité d'opératrice de conditionnement. Son activité a porté sur divers produits ou articles et elle était rétribuée aux pièces. Un décompte mentionnait, pour chaque jour de travail, le nombre des unités de chaque article traité, le gain unitaire et le gain total. Un bulletin de salaire était établi chaque mois; il mentionnait le salaire brut et une indemnité de vacances correspondant à 8,33% de ce salaire; la somme du salaire et de l'indemnité coïncidait avec le total des décomptes journaliers. Les cotisations sociales et l'impôt à la source étaient retenus sur ce total. Pour l'année 2005, le gain mensuel brut moyen, vacances comprises, s'est élevé à plus de 5750 francs. L'opératrice a d'abord perçu 36 ct. par unité de l'article n° 3026. Dès le 11 avril 2005, après une automatisation partielle du travail concernant cet article, elle n'a plus perçu que 30 ct. par unité; le taux initial est cependant resté en usage dans les cas où un tamponnage manuel demeurait nécessaire. L'opératrice s'est trouvée en incapacité de travail pour cause de maladie dès le 15 mars 2006. Le 23 juin, X. SA a résilié le contrat avec effet au 31 août 2006.

Le 23 août 2007, A. a ouvert action contre X. SA devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. La défenderesse devait être condamnée à payer diverses sommes au total de 95 244 fr., avec intérêts au taux de 5% par an sur 80 000 fr, dès le 8 février 2007; le tribunal devait donner mainlevée définitive de son opposition au commandement de payer

que la demanderesse lui avait fait notifier. Le tribunal s'est prononcé le 1^{er} octobre 2008; il a rejeté l'action. La demanderesse ayant saisi la Chambre des recours du Tribunal cantonal, cette autorité a statué le 18 juin 2009; elle a rejeté le recours et confirmé le jugement.

Agissant simultanément par la voie du recours en matière civile et du recours constitutionnel, la demanderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer l'arrêt de la Chambre des recours en ce sens que la défenderesse soit condamnée à payer 95 244 fr. avec intérêts au taux de 5% par an dès le 2 juillet 2006. Des conclusions subsidiaires tendent à l'annulation de l'arrêt et au renvoi de la cause à la Chambre des recours pour nouvelle décision.

Extraits des considérants:

2.

Invoquant l'art. 9 Cst., la demanderesse reproche à la Chambre des recours d'avoir constaté arbitrairement qu'une dette de 18 fr., reconnue par la défenderesse, a été acquittée. Son argumentation est difficilement intelligible et, de toute manière, impropre à mettre en évidence une erreur grave et indiscutable dans la décision attaquée. Elle est donc irrecevable au regard de la jurisprudence relative aux recours formés pour violation de droits constitutionnels (cf. ATF 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 254; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400).

3.

La demanderesse réclame le paiement de 9792 fr. à titre de salaire, à raison de 6 ct. sur 163 200 unités de l'article n° 3026. Elle prétend n'avoir jamais accepté la réduction du salaire par unité de 36 à 30 ct., de sorte que ce premier taux aurait dû être appliqué à toute sa production relative à cet article.

Il est constant que les parties se sont liées par un contrat de travail, alors même qu'elles n'ont passé aucune convention écrite, et que la demanderesse devait être rémunérée aux pièces ou à la tâche.

En pareil cas, selon l'art. 326a al. 1 CO, l'employeur doit communiquer au travailleur le taux du salaire avant le début de chaque travail. Le cas échéant, conformément à l'art. 322 al. 1 CO, le travailleur peut prétendre au salaire convenu.

Pendant plus de trois mois, la demanderesse a d'abord traité l'article n° 3026 au taux de 36 ct. l'unité. Il s'impose d'admettre que, tacitement, les parties ont ainsi convenu de ce taux, et que la défenderesse n'était pas en droit de le réduire sans l'accord de l'autre partie.

Si la demanderesse ne voulait pas consentir à une réduction de 36 à 30 ct. l'unité, dès le 11 avril 2005, elle devait protester et refuser de continuer le travail de cet article autrement qu'aux conditions convenues. Elle a au contraire continué à ce nouveau taux, sans élever aucune réclamation et pendant de nombreux mois, de sorte que la réduction a aussi été convenue tacitement. La prétention au montant de 9792 fr., destinée à compenser

cette réduction, est donc dépourvue de fondement contractuel. Selon des constatations qui n'ont pas été mises en doute devant la Chambre des recours, la demanderesse a pu se procurer un gain tout aussi important au nouveau taux, parce que l'automatisation partielle du travail avait réduit le temps nécessaire par unité; cette circonstance explique que la demanderesse ait accepté la réduction.

Au moins d'août 2006, la défenderesse a réduit le taux de salaire d'un autre article, le n° 3025. Elle en a averti son personnel par écrit; chaque collaborateur était invité à accepter formellement la réduction dans un délai de dix jours, sans quoi le contrat serait résilié. La défenderesse a adopté cette procédure longtemps après la réduction qu'elle avait déjà introduite, dès avril 2005, pour l'article n° 3026. Déjà en raison de ce décalage dans le temps, le principe de l'égalité des travailleurs (cf. ULLIN STREIFF ET ADRIAN VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^e éd., Zurich 2006, n° 12 ad art. 328 CO), sur lequel la demanderesse fonde toute son argumentation, se trouve hors de cause. A cela s'ajoute que la nouvelle procédure, quoique plus franche, n'aboutit pas à un résultat plus favorable aux travailleurs.

4.

La demanderesse réclame 15 593 fr. pour rémunération de ses vacances. Elle soutient que la défenderesse aurait dû la rémunérer dans les périodes où les vacances étaient effectivement prises, et qu'elle ne pouvait pas s'exonérer de cette obligation en portant simplement en compte une indemnité – par ailleurs incluse dans le salaire aux pièces – de 8,33% sur les bulletins de salaire mensuels.

A teneur de l'art. 329d al. 1 CO, l'employeur verse au travailleur le salaire total afférent aux vacances, et une indemnité équitable en compensation du salaire en nature. D'après l'art. 362 al. 1 CO, il s'agit d'une disposition à laquelle un accord des parties ne peut pas déroger au détriment du travailleur.

Le salaire afférent aux vacances doit donc être versé au moment où celles-ci sont prises; les parties ne peuvent pas valablement convenir qu'il sera inclus dans le salaire des périodes de travail effectivement accompli et que l'employeur ne devra rien pour les périodes de vacances. Un accord de ce genre n'est reconnu que dans les cas exceptionnels où des motifs objectifs justifient cette solution, en particulier lors de l'occupation très irrégulière de travailleurs à temps partiel; il faut encore que la part du salaire global destinée à la rémunération des vacances soit clairement indiquée dans le contrat de travail, lorsque celui-ci est conclu par écrit, et dans chaque décompte de salaire (ATF 129 III 493 consid. 3 p. 495; 129 III 664 consid. 7.2 p. 672). Dans le contrat écrit, l'indication porte sur le prorata ou sur le montant à affecter aux vacances; dans les décomptes, elle porte sur le montant (ATF 129 III 429 consid. 3.3 p. 496). Si ces conditions n'ont pas été observées, l'employeur doit payer le salaire des vacances en sus de la rémunération globale dont les parties ont convenu (ATF 118 II 136 consid. 3b p. 137; voir aussi ATF 129 III 493 consid. 3.4 p. 497).

La Chambre des recours constate que les parties n'ont pas conclu de contrat écrit et que les bulletins de salaire indiquaient précisément le montant à affecter aux vacances. Les exigences formelles de la jurisprudence précitée sont donc satisfaites. Toutefois, de l'arrêt du 26 juillet 1990 (ATF 116 II 515) auquel la Chambre se réfère, il ne ressort pas que cela suffise; il faut encore, comme on l'a vu, que les parties aient été amenées par des difficultés ou motifs objectifs à conclure un accord dérogeant au régime ordinaire de l'art. 329d al. 1 CO. A première vue, mais cela n'est pas clairement constaté, la demanderesse travaillait régulièrement et à temps plein. Le salaire était variable mais à elle seule, cette circonstance qui se rencontre couramment en cas de travail payé à l'heure, aux pièces ou à la tâche, ne parvient pas à justifier un accord dérogatoire. Dans ces conditions, la demanderesse se plaint à bon droit d'une application incorrecte de l'art. 329d al. 1 CO.

Il n'appartient pas au Tribunal fédéral de rechercher lui-même s'il existait des circonstances de fait propres à autoriser, exceptionnellement, une dérogation au régime imposé par cette disposition. Il ne lui appartient pas non plus, dans la négative, d'élucider quelles ont été les périodes de vacances prises ou à prendre par la demanderesse, ni la rémunération que l'autre partie aurait dû lui verser alors. La décision attaquée doit être annulée et il incombera à la Chambre des recours de statuer à nouveau sur la rémunération des vacances. S'il y a lieu, selon le droit cantonal, elle renverra la cause au Tribunal civil.

5.

La demanderesse réclame enfin 5790 fr. pour rémunération de treize jours fériés, pendant lesquels elle n'a pas travaillé.

Les parties n'ont pas convenu d'une rémunération pour les jours de congé et la loi ne prévoit, non plus, aucune prestation de ce genre en faveur du travailleur rémunéré à l'heure, aux pièces ou à la tâche. Seul le 1^{er} août, de par l'art. 110 al. 3 Cst., est un jour férié et rémunéré. De ce point de vue, le régime des jours de congé diffère de celui des vacances ou des périodes d'incapacité de travail (STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n^o 22 ad art. 324a/b CO; voir aussi RÉMY WYLER, *Droit du travail*, 2008, p. 338).

Il incombera également à la Chambre des recours de statuer sur la rémunération en principe due pour les 1^{er} août 2005 et 2006, tandis que la demanderesse ne peut élever aucune prétention en rapport avec les autres jours fériés.

Bundesgericht, Urteil vom 23. Dezember 2009, Doss.-Nr. 4A_354/2009 (Aufhebung des Urteils der Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud vom 1. April 2009), in: BGE 135 III 640

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 décembre 2009, Doss.-N° 4A_354/2009 (Annulation de l'arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 1^{er} avril 2009), in: ATF 135 III 640

Personalverleihunternehmen, das einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag unterstellt ist; Verpflichtungen des Verleihers gemäss AVG 20 I.

Die Klausel eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags, die den Arbeitgeber verpflichtet, den freien Übertritt aus einer kollektiven Erwerbsausfallversicherung für Krankheit in eine Einzelversicherung zu gewähren, ist keine Lohnbestimmung im Sinne von AVG 20 I (E. 2).

Entreprise locataire de services soumise à une convention collective de travail étendue; obligation à charge du bailleur de services conformément à l'art. 20 I LSE.

N'est pas une disposition concernant le salaire au sens de l'art. 20 I LSE la clause d'une convention collective de travail étendue imposant à l'employeur d'offrir le libre passage d'une assurance collective couvrant la perte de gain en cas de maladie à une assurance individuelle (consid. 2).

Faits:

A.

En juillet 2003, X. SA, entreprise de travail temporaire, a engagé Y. comme collaborateur auquel des missions seraient confiées. Le chiffre 4.4 du contrat prévoit que, lorsque l'entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, X. SA, en tant que bailleuse de services, appliquera au travailleur temporaire les dispositions conventionnelles qui concernent le salaire et la durée du travail.

La convention collective de travail (CCT) entrant en ligne de compte en l'espèce est la CCT romande du second oeuvre du 11 novembre 2000. Son champ d'application a été étendu par arrêtés du Conseil fédéral jusqu'au 31 décembre 2003, puis jusqu'au 31 décembre 2005. Cette convention comprend une annexe V, intitulée «Dispositions d'application relatives à l'assurance de l'indemnité journalière en cas de maladie et de maternité dans le canton de Vaud».

Selon le contrat liant X. SA et Y., ce dernier est assuré contre la perte de gain en cas de maladie auprès de l'assureur A. SA. En 2001, X. SA avait conclu avec cette société une assurance-maladie collective d'indemnités journalières selon la LCA, destinée au personnel temporaire.

En dérogation à l'art. 6 des conditions générales d'assurance (CGA), une clause du contrat passé avec l'assureur supprime le droit de transfert de l'assuré de l'assurance collective à l'assurance individuelle, sauf pour les chômeurs au sens de l'art. 10 LACI.

Y. a accompli des missions de peintre en bâtiment pendant deux semaines à partir du 11 juillet 2003, ainsi que du 20 août au 17 septembre 2003. Le 4 septembre 2003, il a subi un accident professionnel, qui a provoqué une extension arrière de son bras gauche. Le travailleur a effectué une nouvelle mission du 29 septembre au 10 octobre 2003. Par la suite, il a chuté sur le côté où il avait été victime de l'éirement du 4 septembre 2003. Il a repris une mission le 20 octobre 2003, mais a dû être mis en incapacité de travail trois jours plus tard. Toutes les missions ont été effectuées auprès d'entreprises situées dans le canton de Vaud.

En décembre 2003, X. SA a résilié le contrat de travail pour le 26 décembre 2003. Elle a informé le collaborateur que son dossier avait été transmis à la SUVA et que, comme il était au bénéfice d'une CCT étendue, il avait droit, en cas d'accident, à un maximum de 720 jours indemnisés sur une période de 900 jours.

Y. a bénéficié de prestations de l'assurance-accidents jusqu'au 20 juin 2004. A cette date, la SUVA a supprimé les prestations au motif que les troubles qui subsistaient n'étaient plus dus à l'accident, mais relevaient exclusivement de la maladie. Y. s'est alors adressé à X. SA et à A. SA, qui ont refusé de lui verser un quelconque montant. Il a été totalement incapable de travailler du 21 juin 2004 au 31 janvier 2006; son incapacité de travail a été de 50% du 1^{er} février au 31 mai 2006.

B.

Y. a ouvert action contre X. SA, concluant en dernier lieu au paiement de 99 716 fr. 50 plus intérêts. Le montant réclamé correspond aux indemnités perte de gain en cas de maladie qui, selon le demandeur, ne lui ont pas été versées par la faute de la défenderesse.

Dans un premier jugement, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la demande.

Statuant sur recours du travailleur, la Chambre des recours du Tribunal cantonal du canton de Vaud a annulé le jugement de première instance et renvoyé la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle instruction dans le sens des considérants et nouveau jugement. En substance, la cour cantonale a jugé qu'en n'offrant pas au travailleur le libre passage dans l'assurance perte de gain individuelle lors de la résiliation du contrat de travail, X. SA avait violé les obligations découlant de la CCT du second oeuvre et devait réparer le préjudice subi par le collaborateur.

Dans son nouveau jugement, le tribunal d'arrondissement a condamné X. SA à payer à Y. la somme de 99 403 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 1^{er} septembre 2005.

Le recours interjeté par X. SA contre cette décision a été partiellement admis par la Chambre des recours, qui a réduit à 61 223 fr. 25 le capital à verser par X. SA à Y.

C.

X. SA a formé un recours en matière civile, concluant au rejet de l'action en paiement de Y.

Extrait des considérants:

2.

En premier lieu, la recourante conteste avoir été soumise à l'obligation conventionnelle d'offrir au travailleur intérimaire licencié le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain.

2.1 Pour son personnel temporaire, la recourante a conclu avec A. SA une assurance-maladie collective d'indemnités journalières selon la LCA (RS 221.229.1). L'art. 6 des CGA accorde à tout assuré domicilié en Suisse le droit de demander son transfert dans l'assurance individuelle s'il quitte le cercle des assurés, s'il est considéré comme chômeur au sens de l'art. 10 LACI (RS 837.0) ou si le contrat cesse de produire ses effets. En dérogation à cette disposition, une clause du contrat d'assurance exclut ce droit de transfert, sauf pour les chômeurs. Cette exception s'explique par l'art. 100 al. 2 LCA, lequel déclare l'art. 71 LAMal (RS 832.10) applicable par analogie aux assurés réputés chômeurs au sens de l'art. 10 LACI. Or, l'art. 71 al. 1 LAMal prévoit précisément un droit de transfert dans l'assurance individuelle en cas de sortie de l'assurance collective.

En l'espèce, après la fin des rapports de travail, l'intimé n'était pas en recherche d'emploi, mais percevait des indemnités de l'assurance-accidents. N'étant pas chômeur, il ne pouvait pas, sur la base du contrat d'assurance, demander son transfert dans l'assurance individuelle à la fin des rapports de travail.

Il convient dès lors de se demander si, selon la CCT du second œuvre, l'employeur doit conclure une assurance collective perte de gain en cas de maladie, prévoyant un droit de passage dans l'assurance individuelle lorsque le travailleur quitte le cercle des assurés et, le cas échéant, si la recourante, bailleresse de services, est liée par une telle obligation envers l'intimé et doit supporter les conséquences de l'absence de libre passage.

2.2 Aux termes de l'art. 33 ch. 1 de la CCT du second œuvre, le travailleur est assuré contre la perte de gain résultant de la maladie et de la maternité; les conditions d'assurance doivent être au moins équivalentes à celles de la LAMal (art. 67 ss). Les art. 67 à 77 LAMal forment le titre 3 de la loi, relatif à l'assurance facultative d'indemnités journalières. L'art. 71 al. 1 LAMal accorde à l'assuré le droit de passer dans l'assurance individuelle de l'assureur lorsqu'il sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le

contrat est résilié. Pour le canton de Vaud, l'art. 33 al. 1 let. c de la CCT du second oeuvre renvoie au surplus à l'annexe V dont le chiffre 9 traite du «passage en assurance individuelle». Selon la première phrase de cette disposition, le travailleur assuré doit être informé sur ses droits de passage dans une autre assurance ou dans l'assurance individuelle de l'assureur gérant l'assurance collective de l'entreprise. Sur le vu de ce qui précède, l'employeur soumis à la CCT du second oeuvre et à son annexe V doit conclure pour ses employés une assurance perte de gain en cas de maladie, dont les conditions doivent notamment prévoir le droit de passer de l'assurance collective à l'assurance individuelle lorsque le travailleur cesse d'appartenir au cercle des assurés.

2.3 Le chiffre 4.4 du contrat liant les parties correspond à la première phrase de l'art. 20 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11), dont la teneur n'a pas été modifiée par l'art. 2 ch. 4 de l'arrêté fédéral du 17 décembre 2004, entré en vigueur le 1^{er} avril 2006 (RO 2006 981, 994). Ainsi, lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur celles des dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. La CCT du second oeuvre est une convention avec déclaration d'extension. Il sied dès lors d'examiner si l'obligation de garantir le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain en cas de maladie résulte d'une disposition concernant le salaire au sens de l'art. 20 al. 1 LSE.

2.3.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 135 II 243 consid. 4.1 p. 251; ATF 132 III 18 consid. 4.1 p. 20/21; ATF 131 II 361 consid. 4.2 p. 368).

2.3.2 A l'occasion d'une modification de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi (OSE; RS 823.111) en vigueur depuis le 1^{er} décembre 1999, le Conseil fédéral a introduit l'art. 48a dont l'alinéa 1 précise quelles sont les dispositions concernant le salaire au sens de l'art. 20 LSE; entrent dans cette définition notamment les dispositions régissant le salaire en cas d'empêchement du travailleur sans faute de sa part selon l'art. 324a CO (let. f) ou la part des primes à l'assurance-maladie (assurance pour perte de gain) selon l'art. 324a al. 4 CO (let. g).

Auparavant, le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion d'interpréter l'art. 20 al. 1 LSE (ATF 124 III 126). Il a ainsi jugé que les dispositions concernant le salaire incluaient celles relatives au salaire en cas d'empêchement de travailler, notamment pour cause de maladie (art. 324a CO). Comme la CCT appliquée dans l'arrêt en cause prescrivait une assurance perte de gain en cas de maladie (art. 324a al. 4 CO), il incombait au bailleur de services d'assurer le travailleur, la police devant garantir dès le premier jour d'emploi, conformément aux exigences de la CCT, le versement d'indemnités journalières correspondant à 80% du salaire, pendant 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs. Cette conclusion se révélait conforme au but visé par l'art. 20 LSE, qui est de rendre loyales les conditions de concurrence, en particulier sur le plan des salaires. En effet, les coûts salariaux comprennent le coût de la protection du travailleur contre la perte de gain en cas d'incapacité de travail. Or, si le bailleur de services pouvait accorder au travailleur intérimaire, en matière de salaire en cas d'empêchement de travailler, des droits inférieurs à ceux prévus par la CCT, cela provoquerait une sous-enchère salariale nuisible aux employeurs qui appliquent la CCT à leurs propres travailleurs. Le Tribunal fédéral a également relevé que la conclusion par l'employeur d'une assurance perte de gain en cas de maladie, au bénéfice d'un travailleur intérimaire, n'est nullement étrangère au statut de ce dernier, contrairement à des dispositions de CCT relatives par exemple aux caisses de pension (arrêt précité, consid. 1b/bb et consid. 1c p. 129 ss).

En l'espèce, l'enjeu ne porte pas sur un salaire ou une indemnité d'assurance à verser en cas de maladie, mais sur la possibilité, pour le travailleur intérimaire, de passer à l'assurance perte de gain individuelle, une fois que les rapports de travail ont pris fin et qu'il a quitté le cercle des personnes affiliées à l'assurance collective. De manière générale, le libre passage facilite le changement d'assurance. Il s'agit du droit de l'affilié de contracter une nouvelle assurance pour des prestations identiques à celles dont il bénéficiait dans l'assurance collective, sans nouvel examen de santé et sans qu'une réserve puisse être formulée; le libre passage implique également que la nouvelle prime est calculée selon l'âge d'entrée dans l'assurance collective, mais elle sera fixée selon le tarif – plus élevé – des primes individuelles et ne sera plus payée en partie par l'employeur (THOMAS MATTIG, *Freizügigkeit in der Krankentaggeldversicherung nach VVG*, in *Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, 2007, p. 99 et p. 102; NORDMANN/THONNEY, *Les effets de la fin des rapports de travail sur les indemnités journalières en cas de maladie dans l'assurance collective LCA*, Colloques et journées d'étude organisées par l'IRAL, 2002, p. 846). Ainsi défini, le libre passage d'une assurance à une autre ne constitue manifestement pas un «salaire» pris au sens littéral.

La question se pose dès lors de savoir, lorsqu'il existe une CCT instituant un régime dérogatoire au sens de l'art. 324a al. 4 CO, si les disposi-

tions concernant le salaire selon l'art. 20 LSE comprennent toutes les dispositions concernant l'assurance perte de gain figurant dans la CCT.

A cet égard, on ne saurait tirer des conclusions catégoriques de la mention du libre passage dans l' ATF 124 III 126 déjà cité (consid. 3 p. 133); il s'agit en effet d'un bref raisonnement par surabondance, qui reconnaît incidemment au travailleur, encore lié au bailleur de services par un contrat de travail, le droit de passer dans l'assurance individuelle au cas où l'employeur voudrait le priver du bénéfice de l'assurance collective au motif que la CCT n'était plus étendue au moment où le salarié est tombé malade. Pour sa part, l'art. 48a al. 1 OSE mentionne l'art. 324a al. 4 CO, base des régimes dérogatoires mettant en oeuvre l'assurance perte de gain, uniquement en rapport avec la part des primes à l'assurance-maladie perte de gain, insérée à ce titre dans la définition du salaire (let. g). Dans ses directives et commentaires relatifs à la LSE, à l'OSE et à la TE-LSE (accessibles sur <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation>), le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) range dans les dispositions concernant le salaire au sens de l'art. 20 LSE, de manière générale, «les dispositions des CCT étendues relatives aux assurances pour perte de gain et aux différents cas de maintien du salaire». Mais, plus loin, il cite le droit du travailleur intérimaire, reconnu dans l' ATF 124 III 126, à obtenir la prestation prévue par l'assurance perte de gain conforme à la CCT, puis la couverture d'assurance, les délais d'attente ainsi que la différence entre les taux de cotisation des employeurs et ceux des salariés. Or, ces éléments concernent toujours l'indemnité destinée à se substituer au salaire, qu'il s'agisse de son montant, des conditions de son versement ou de son financement.

Il convient de rappeler à ce propos que, notamment pour les cas de maladie de ses employés, l'employeur peut conclure une assurance d'indemnités journalières, au lieu de supporter lui-même le paiement du salaire pendant un temps limité conformément au régime de base de l'art. 324a al. 1 et 2 CO. Ce régime dérogatoire, admis par l'art. 324a al. 4 CO, suppose un accord des parties sur les points essentiels suivants: le pourcentage du salaire assuré; les risques couverts; les restrictions de couverture; la durée des prestations; les modalités de financement des primes; la durée du délai d'attente. Il faut en plus que les prestations soient au moins équivalentes au régime de base. Ce sera le cas si l'assurance est financée à parts égales par employeur et travailleur et si elle prend effet dès le premier jour d'emploi, garantissant au travailleur absent pour cause de maladie des indemnités correspondant aux 80% du salaire, versées pendant 730 jours dans une période de 900 jours consécutifs, sous déduction d'un délai d'attente de deux jours (PHILIPPE CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, 2009, p. 210/211). Un éventuel libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle n'apparaît ainsi ni comme un élément essentiel de l'accord des parties dérogeant au régime de base, ni comme un facteur permettant d'apprécier l'équivalence des prestations. Comme l'art. 48a

al. 1 let. f OSE l'indique expressément, les dispositions concernant le salaire au sens de l'art. 20 LSE sont notamment les dispositions régissant le salaire en cas d'empêchement du travailleur pour cause de maladie (art. 324a CO). Parmi celles-ci, l'art. 324a al. 4 CO permet l'instauration d'un régime dérogeant au régime de base, par exemple lorsqu'une CCT impose la conclusion d'une assurance perte de gain. Dans la logique du système, les dispositions conventionnelles concernant le salaire en cas de maladie ne peuvent alors être que celles qui ont trait, directement (mode de calcul, durée, délai d'attente) ou indirectement (taux de cotisation), à l'indemnité remplaçant le salaire. Il s'ensuit qu'une disposition d'une CCT relative à l'assurance perte de gain qui n'a rien à voir avec l'indemnité elle-même, comme celle offrant sur demande le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle, ne saurait être classée dans les dispositions concernant le salaire au sens de l'art. 20 LSE. Il n'y a pas de raison de s'écarter en l'espèce de l'interprétation littérale.

2.4 Sur le vu de ce qui précède, la cour cantonale a violé le droit fédéral en mettant à la charge de la recourante une obligation conventionnelle de garantir à l'intimé le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle. Dans ces conditions, le travailleur intérimaire ne saurait prétendre à la réparation du dommage qu'il aurait subi pour n'avoir pas bénéficié d'indemnités journalières en cas de maladie faute d'avoir pu demander son transfert dans l'assurance individuelle. Le recours doit être admis sans qu'il soit nécessaire d'examiner l'argumentation subsidiaire de la recourante. L'arrêt attaqué sera annulé et la demande en paiement de l'intimé sera rejetée.

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral, Arrêt du 23 juillet 2009, Doss.-N° A-286/2007 (Admission du recours interjeté contre la décision de l'EPFL du 23 octobre 2006, reconsidérée en date du 30 janvier 2008)

La doctrine retient que l'art. 20 LPers correspond à l'art. 321a al. 1 CO. Dans le cadre d'une action en dommages-intérêts contre un professeur de l'EPFL, il n'est pas illogique d'appliquer par analogie la jurisprudence rendue en application de l'art. 321e CO, en tenant compte du fait qu'en droit public la responsabilité du travailleur ne peut être engagée que si ce dernier a agi intentionnellement ou par négligence grave, selon l'art. 8 LRFC (c. 4.2.1).

Doctrine et jurisprudence retiennent, en application de l'art. 321e CO, que, dans la mesure où il ne répond pas d'un résultat, il incombe uniquement au travailleur d'exécuter avec soin le travail qui lui a été confié, au plus près des intérêts de l'employeur. L'employeur qui veut obtenir un dédommagement doit prouver des actes ou des omissions précises du travailleur qui soient contraires aux obligations contractuelles de cette partie, qui lui soient imputables à faute et qui aient provoqué une altération spécifique de son propre patrimoine (c. 4.2.1).

Extraits des faits:

Par décision du 25 janvier 1996 de l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne (ci-après l'EPFL), A. a été nommé professeur extraordinaire en (...), à la Faculté (...) de l'EPFL (Département de M.). Au vu du dossier, il était chargé de diriger le laboratoire L. Il a été nommé professeur ordinaire le 11 novembre 1999.

A. a démissionné en date du 8 septembre 2001, ce qui a été accepté par le Conseil des EPF pour le 28 février 2002. La direction de l'EPFL a tenté de trouver un arrangement avec A., à compter de l'année 2002; cet arrangement devait régler la prise en charge de l'entier ou d'une partie du déficit du laboratoire L. par A.; aucun accord n'a finalement été trouvé. L'EPFL a dès lors engagé des poursuites contre A.

Par courrier du 7 novembre 2005, l'EPFL, par l'intermédiaire de M^e T., a informé A. de l'ouverture formelle d'une procédure administrative, fondée sur l'art. 34 de la réglementation sur le personnel de la Confédération. Il ressort de cette lettre que la procédure administrative devait aboutir au prononcé d'une décision portant sur la question de la prise en charge du déficit du laboratoire dirigé par A. Par décision du 23 octobre 2006, l'EPFL a mis à la charge de A. la somme de 416 491.60 francs, avec intérêt. Elle a précisé que ce montant correspondait au déficit du laboratoire L.

que le Service financier avait constaté à la fin des rapports de travail de A.; ce montant figurait au crédit de la situation du fonds (...), sur lequel avaient été concentrés tous les excédents ou découverts des autres fonds de l'unité de A.; il a été pris en charge par une provision de l'EPFL. A l'appui de cette décision, l'EPFL s'est basée en particulier sur un rapport d'audit élaboré par K. en date du 8 novembre 2001. Elle s'est également référée à son Règlement financier, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Elle a considéré en substance que le recourant était responsable du respect du budget de son laboratoire – respectivement de son déficit – en appliquant les art. 7.2 et 7.12 dudit Règlement.

A. (ci-après le recourant) a recouru contre cette décision par mémoire du 22 novembre 2006 auprès de la Commission de recours interne des Ecoles polytechniques fédérales (ci-après la CRIEPF). Il a conclu à ce que la décision attaquée soit réformée en ce sens qu'il ne devait aucun montant à l'EPFL. Le 18 octobre 2007, la CRIEPF a prononcé qu'elle n'entraînait pas en matière sur ce recours, faute de compétence, et que la cause était transmise au Tribunal administratif fédéral (TAF), afin que celui-ci statue quant au fond. Le 14 novembre 2007, le Tribunal administratif fédéral a accusé réception du dossier de la cause. Le 30 novembre 2007, il a prononcé la suspension de la procédure, étant donné que l'EPFL avait l'intention de reconsidérer sa décision du 23 octobre 2006.

Le 30 janvier 2008, l'EPFL a en effet reconsidéré sa décision du 23 octobre 2006, en ce sens que A. lui devait la somme de 73 766.65 francs avec intérêts. Le 14 février 2008, le Tribunal administratif fédéral a ordonné la reprise de la procédure.

Extraits des considérants:

4.

Il s'agit d'examiner si les prétentions en responsabilité de l'EPFL contre le recourant sont fondées.

4.1 Dans sa décision du 30 janvier 2008, l'autorité inférieure s'est basée sur l'art. 8 LRFC [Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958, RS 170.32]. Elle a retenu que le montant du dommage dont le recourant était responsable s'élevait à environ 400 000.– francs. Elle a fait valoir que, même s'il fallait admettre que d'autres éléments allégués par le recourant avaient contribué à ce dommage, il n'en demeurerait pas moins que le montant du déficit budgétaire était largement supérieur au montant à concurrence duquel les poursuites avaient été engagées. Elle a précisé que le dommage dont elle était en droit de demander la réparation se montait à 73 766.67 francs, avec intérêts dès le 16 juillet 2002, compte tenu de la prescription. Elle a relevé qu'elle avait attiré l'attention du recourant à plusieurs reprises depuis l'été 1999 sur la situation déficitaire que connaissait le laboratoire et qu'il avait été tenté de trouver un accord. Elle a consi-

déré que les nombreux manquements du recourant dans la gestion du laboratoire constituaient une négligence grave au sens de l'art. 8 LRFC; en effet, le montant du dépassement budgétaire était important, les dépassements avaient été constants et de nombreuses mises en garde lui avaient été adressées, sans qu'il en tire les conséquences.

Le 27 février 2008, le recourant a maintenu son recours du 22 novembre 2006. Il a allégué que la question de l'étendue exacte de son éventuelle faute n'avait jamais été examinée par l'autorité inférieure; la quotité du prétendu dommage n'était en outre pas déterminée, ni d'ailleurs la quote-part qui aurait pu lui être imputée. Il a en outre reproché à l'autorité inférieure de ne pas tenir compte de ses propres fautes, en particulier du laxisme de ses propres contrôles et des conséquences des réductions successives drastiques, en 2000 et 2001, des budgets de fonctionnement octroyés au laboratoire. Il a invoqué de surcroît qu'un dépassement budgétaire ne saurait être constitutif d'une faute grave au sens de l'art. 8 LRFC.

Dans ses observations du 2 octobre 2008, l'EPFL a allégué que le recourant, en sa qualité de directeur du laboratoire L., était responsable du budget dudit laboratoire. Elle a avancé qu'elle pouvait partir de l'idée que le recourant disposait de l'aptitude et des qualités nécessaires pour respecter un budget; de surcroît, le recourant avait fait l'objet d'une surveillance appropriée par le Service financier et la direction, son attention ayant en effet été attirée au moins à sept reprises sur le déficit du laboratoire.

Dans sa prise de position du 24 décembre 2008, le recourant a renvoyé le Tribunal de céans pour l'essentiel aux arguments développés dans ses déterminations du 27 février 2008. L'EPFL en a fait de même dans ses observations du 6 mars 2009.

4.2 En principe, la responsabilité des fonctionnaires est soumise aux mêmes conditions que celle de la Confédération. Par conséquent, elle est engagée selon la LRFC lorsqu'un fonctionnaire a accompli, dans l'exercice de ses fonctions, un acte de droit public, illicite et dommageable, qui est lié par un rapport de causalité naturelle et adéquate au préjudice survenu. Toutefois, à la différence de la Confédération, qui répond en l'absence de faute sauf dans des cas exceptionnels, le fonctionnaire n'est tenu à réparation que s'il a commis une faute, soit une faute intentionnelle ou une négligence grave (art. 8 LRFC).

4.2.1 Le Tribunal fédéral, qui emploie à cet égard les mêmes concepts en droit privé et en droit public, donne pour définir l'illicéité du fait de la Confédération une formule générale, selon laquelle elle est réalisée dès lors qu'un comportement viole un ordre ou une défense édictés par l'ordre juridique pour la protection de l'intérêt lésé («Rechtsgut»). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait en plus une violation des devoirs de fonction. L'atteinte est par elle-même illicite («Erfolgsunrecht») lorsqu'elle porte sur un droit subjectif absolu, qui, par sa nature même, impose son respect à tout tiers quelconque, tel que la vie, l'intégrité corporelle ou la propriété. Ces droits sont directement consacrés par des normes, ce qui implique que

toute lésion est par elle-même illicite. Lorsqu'aucun droit absolu n'est lésé, l'illicéité ne résulte pas de l'atteinte elle-même à la situation du lésé, mais de la violation, par l'auteur du dommage, d'une norme de comportement («Handlungsunrecht»). Tel est le cas lorsque l'atteinte porte sur le patrimoine de la victime, à savoir l'ensemble indéfini de biens et valeurs relevant d'un seul et même sujet de droit. De telles normes sont contenues ordinairement dans les législations spéciales visant l'activité administrative en cause, mais peuvent aussi découler des principes généraux – la bonne foi, dans le cas de renseignements inexacts ou d'assurances erronées, la proportionnalité, dans l'abus du pouvoir d'appréciation, le cas échéant un déni de justice formel (MOOR, op.cit., p. 719 n. 6.2.3.2 et les réf. citées, voir aussi HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op.cit., p. 478 n. 2248 et les réf. citées, TOBIAS JAAG/GEORG MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 6^{ème} édition, Bâle/Genève/Munich 2006, p. 20 et les réf. citées).

Lorsqu'une norme de comportement est en cause, sans qu'il y ait atteinte à un droit absolu, il faut donc l'analyser pour savoir quels intérêts elle protège. Telle est aussi la position du droit privé. Si l'intérêt lésé par la Confédération se trouve en dehors de ceux qui sont l'objet de la norme, il n'y a, dit le Tribunal fédéral, pas de rapport de causalité adéquat entre sa violation et le dommage (MOOR, op.cit., p. 720 n. 6.2.3.2 et les réf. citées, voir aussi PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2^{ème} édition, Berne 2005, p. 536 n. 32; JOST GROSS, *Amtliche Verrichtung und haftpflichtrechtliche Zurechnung im schweizerischen Verantwortlichkeitsrecht* in: *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Berne 2005, p. 317, RETO FELLER, *Das Prinzip der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Staatshaftungsrecht*, Zurich/St-Gall 2007, p. 34 ss). Par règles de droit dont la violation par la Confédération est illicite, on entend également les instructions de service, pour autant que ces dernières règles ne soient pas manifestement invalides ou illégales (KNAPP, op.cit., p. 505 n. 2432 et les réf. citées).

Dans le cadre d'une procédure engagée par la Confédération contre un fonctionnaire sur la base de l'art. 8 LRCF, comme en l'occurrence, le Tribunal fédéral a retenu que l'expression «en violant ses devoirs de service» n'entraînait pas une limitation de la responsabilité du fonctionnaire. Il a ajouté que tout comportement d'un fonctionnaire portant préjudice à la Confédération constituait une violation des devoirs de service; en effet, l'obligation imposée au fonctionnaire par l'art. 22 de l'ancienne loi fédérale du 30 juin 1927 sur le Statut des fonctionnaires (StF) de sauvegarder les intérêts de la Confédération et de s'abstenir de tout ce qui leur portait préjudice impliquait l'interdiction de causer un dommage à la Confédération (ATF 104 Ib 1 consid. 3a et les réf. citées). La loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers, RS 172.220.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, qui a remplacé le StF, impose un devoir similaire au fonctionnaire. Aux termes de l'art. 20 LPers, l'employé est ainsi tenu

d'exécuter avec soin le travail qui lui est confié et de défendre les intérêts légitimes de la Confédération et de son employeur (cf. sur les devoirs du fonctionnaire FRED HENNEBERGER/SARAH SUDJANA, *Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals* in: *Zentralblatt [ZBL] 2007 p. 76 ss* et les réf. citées, TOBIAS JAAG, *Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis im Bund und im Kanton Zürich – ausgewählte Fragen* in: *ZBL 1994 p. 455 ss*). Les devoirs de service dont la violation est en cause doivent donc être appréciés à la lecture conjointe des art. 8 LRCF et 20 LPers. Dans la doctrine, on retient que l'art. 20 LPers correspond à l'art. 321a al. 1 CO (WOLFGANG PORTMANN, *Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung, Darstellung einiger Schwerpunkte mit Hinweisen zur obligationenrechtlichen Regelung des Arbeitsvertrages* in: *Revue de droit du travail et d'assurance-chômage [DTA/ARV] 2001 p. 183*).

Il n'est ainsi pas illogique d'appliquer par analogie au cas d'espèce la jurisprudence rendue en application de l'art. 321e CO (responsabilité du travailleur), en tenant compte du fait toutefois qu'en droit public la responsabilité du travailleur ne peut être engagée que si ce dernier a agi intentionnellement ou par négligence grave (cf. art. 8 LRCF). Doctrine et jurisprudence retiennent, en application de l'art. 321e CO, que, dans la mesure où il ne répond pas d'un résultat, il incombe uniquement au travailleur d'exécuter avec soin le travail qui lui a été confié, au plus près des intérêts de l'employeur (JEAN-PHILIPPE DUNAND, *La responsabilité civile du travailleur* in: *Quelques actions en responsabilité*, Neuchâtel 2008, p. 80 n. 16 et les réf. citées). L'employeur qui veut obtenir un dédommagement doit prouver des actes ou des omissions précises du travailleur qui soient contraires aux obligations contractuelles de cette partie, qui lui soient imputables à faute et qui aient provoqué une altération spécifique de son propre patrimoine (cf. arrêts du Tribunal fédéral 4C.71/2002 du 31 juillet 2002 consid. 5.1, 4C.8/2007 du 28 mars 2007 consid. 2; voir aussi DUNAND, *op.cit.*, p. 80 n. 17).

4.2.2 En outre, pour que l'agent soit rendu responsable, il faut encore que ses actes soient en rapport de causalité adéquate avec la survenance du dommage. D'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, les faits reprochés doivent être de nature à produire ou à favoriser le résultat. Le plus souvent c'est une action qui crée le préjudice. Mais une abstention peut aussi avoir cet effet, lorsqu'elle s'analyse comme un manquement aux devoirs de service, pourvu qu'on puisse admettre objectivement que des actes positifs auraient permis d'éviter ou de diminuer le dommage (ETIENNE GRISEL, *La responsabilité patrimoniale des conseillers fédéraux* in: *RDAF 1998 p. 124* et les réf. citées).

4.3

4.3.1 On l'a vu (cf. *supra* consid. 4.2.1), lorsque l'atteinte porte sur le patrimoine de la victime, ce qui est le cas en l'occurrence, l'illicéité ne

résulte pas de l'atteinte elle-même à la situation du lésé, mais de la violation par l'auteur du dommage d'une norme de comportement.

En l'espèce, il peut être retenu que le recourant avait le devoir général imposé par l'art. 20 LPers – et jusqu'au 31 décembre 2000 par l'art. 22 StF susmentionné – de préserver les intérêts de la Confédération, respectivement de l'EPFL. Il n'est à cet égard pas illogique de considérer que cette disposition protège les intérêts financiers de l'EPFL. L'on ne saurait toutefois en déduire que le recourant était tenu de réaliser un bénéfice au profit de son employeur ou qu'il répondait d'une partie ou de l'entier du déficit du laboratoire. La jurisprudence rendue dans le cadre du contrat de travail de droit privé ne retient au demeurant pas que le travailleur réponde d'un résultat en regard de l'art. 321e CO.

Par ailleurs, le Règlement financier de l'EPFL qui semble prévoir une telle responsabilité n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2002 et n'est à l'évidence pas applicable au cas d'espèce, compte tenu du principe de la non-rétroactivité. L'autorité inférieure, en reconsidérant sa première décision qui se basait sur ce Règlement financier, a du reste uniquement appliqué l'art. 8 LRFC, dans la décision attaquée. Au surplus, il n'est pas certain que ce Règlement puisse s'appliquer à des faits similaires s'étant déroulés à compter du 1^{er} janvier 2002; il faudrait en effet encore examiner s'il n'est pas manifestement invalide ou illégal.

4.3.2 Cela étant, il sied de déterminer si l'on peut reprocher au recourant de ne pas avoir accompli le travail qui lui était confié avec soin et d'avoir adopté un comportement qui a porté préjudice à l'EPFL.

Le rapport d'audit de K. du 8 novembre 2001 avait pour objectif principal de «juger si les fonds publics et privés avaient été utilisés de manière conforme aux différentes lois et règlements applicables, aux objectifs donnés par la Direction ou le Département du laboratoire ainsi qu'aux principes d'une saine gestion». Son objectif secondaire était «de proposer diverses mesures pour corriger d'éventuels écarts ou dysfonctionnements». Il ressort de ce rapport que l'audit portait sur «les comptes placés sous la responsabilité du Professeur A. dans le système comptable de l'EPFL pour la période du 1^{er} janvier 1998 au 5 juin 2001»; en outre, «une attention spéciale devait être portée à un éventuel mélange entre budget de l'Ecole polytechnique (comptes budgets et mandats) et des revenus / frais imputables à d'autres organismes publics ou privés, comme par exemple des entités proches du Professeur A.».

Ce rapport a en particulier constaté ce qui suit, s'agissant du travail accompli par le recourant: «[?] l'imputation des salaires sur les différents comptes n'est clairement pas correcte et ce pour toute la période en revue. D'une part certains employés du L. [laboratoire L.] travaillent sur plusieurs projets en parallèle, d'autre part des changements d'affectation ont eu lieu sur la période en revue. Ces changements et affectations ne sont aucunement documentés clairement, ce qui permettrait une correction des comptes en revue. Diverses tentatives de clarification des comptes ont déjà eu lieu

par le passé, notamment avec Monsieur N. Ce travail d'imputation ne peut être mené à bien que par le professeur, seul détenteur des informations requises.» Il relève également: «Il nous semble clair avec les documents de l'audit que le Professeur A. n'a pas montré de véritable volonté de résoudre les problèmes comptables dans le L.: ses connaissances comptables et financières, démontrées par de nombreuses notes à ce sujet, des instructions claires à son collaborateur et l'affectation d'une à deux semaines de travail pour la comptabilité tant de sa part que de celle de son secrétaire auraient permis d'éviter la situation actuelle.» Les conclusions suivantes ressortent de ce rapport: «Les fonds alloués par l'EPFL ou des tiers n'ont apparemment pas servi à payer des fournisseurs d'autres entités. L'utilisation du personnel du L. pour d'autres tâches que celles de l'Ecole n'est pas vérifiable aisément et n'est à ce stade pas avérée [?]. Les dépassements de budget, établis malgré d'importantes incertitudes comptables et contractuelles sont importants et confirmés et ils n'étaient pas couverts par des sommes à recevoir.»

Au vu de ce rapport, le Tribunal retient que des erreurs ont été commises quant à la tenue de la comptabilité, en particulier s'agissant de l'imputation des salaires sur les différents comptes. Cela n'est cependant pas déterminant en l'occurrence. En effet, il ne paraît de toute façon pas évident à la lecture du dossier que la comptabilité du laboratoire faisait partie des tâches qui incombaient au recourant. Ce dernier a été nommé professeur ordinaire en (...). Il ressort de ses conditions d'engagement qu'il devait uniquement enseigner et développer des recherches dans des projets interdisciplinaires. Il n'est pas indiqué qu'il était chargé de tenir la comptabilité du laboratoire. Une telle charge semble bien plutôt incomber au Service financier, qui est du reste intervenu à plusieurs reprises pour attirer l'attention du recourant sur le déficit du laboratoire. Dans ces circonstances, on peut difficilement considérer que la gestion du budget constituait, en l'occurrence, un travail qui avait été confié au recourant. L'EPFL se contente d'ailleurs d'alléguer, en ses écritures, que le recourant était responsable du budget du laboratoire, respectivement de son déficit, mais n'en apporte nullement la preuve. Par ailleurs, il ne saurait être question de reprocher au recourant d'avoir utilisé du personnel de l'EPFL au profit de son entreprise privée.

On ne peut donc retenir que la condition de l'illicéité, qui doit être réalisée pour pouvoir engager la responsabilité du recourant, l'est en l'occurrence.

4.3.3 Pour le surplus, même s'il fallait considérer que les tâches liées au budget faisaient partie des tâches confiées en l'occurrence au recourant et qu'il ne s'en est pas chargé avec soin, il se poserait encore la question de savoir si ce comportement est en rapport de causalité avec le déficit du laboratoire. Or, il ne paraît pas évident que tel soit le cas. Le déficit du laboratoire – du moins une partie – semble bien plutôt résulter de la non-conclusion des contrats entre l'EPFL et certaines sociétés, malgré les négoc-

ciations entreprises par le recourant. Cette constatation n'est du reste pas contestée par l'EPFL. Or, comme on vient de le voir (cf. supra consid. 4.3.2), l'autorité inférieure ne pouvait exiger un résultat du recourant, singulièrement la conclusion des contrats avec les sociétés concernées et le versement des fonds souhaités par celles-ci.

Le Tribunal de céans considère donc qu'aucun acte illicite du recourant n'est la cause du déficit du laboratoire L.

Partant le recours doit être admis.

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 4. März 2009 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts)

ZGB 2 II, OR 321c. Blosses Zuwarten bei der Geltendmachung von Überstunden ist kein Rechtsmissbrauch und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. So müssen für eine Verwirkung – neben dem Zeitablauf – weitere Umstände hinzutreten, welche die Geltendmachung in einen unvereinbaren Widerspruch mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers treten lassen. Solche waren anzunehmen, als der Arbeitnehmer, der gleichzeitig Hauptaktionär der Arbeitgeberin, Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer war und in dieser Funktion seine Überstunden selbst anordnen konnte, die Überstundenschädigung erst rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machte, gleichzeitig aber widerspruchslos zulies, dass die bei ihm angefallenen Überstunden jeweils per November des laufenden Jahres auf Null gestellt und in der Buchhaltung der Arbeitgeberin, für die er zuständig war, keine Rückstellungen für die jeweiligen Überstunden getätigt wurden (E. 1.4.1 und 1.4.3).

Aus den Erwägungen:

1.

1.4 Es ist sodann der von der Appellatin vorgebrachte Einwand des Rechtsmissbrauchs zu prüfen: Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB ist von jeder Instanz von Amtes wegen zu beachten, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen von einer Partei vorgebracht werden und feststehen; einer besonderen Einrede bedarf es nicht (BGE 104 II 101).

1.4.1 Eine allgemein anerkannte Definition des Rechtsmissbrauchsbegriffs ist nicht möglich. Am Besten lässt sich der Wirkungsbereich dieses unbestimmten Rechtsbegriffs mit der Bildung von Fallgruppen erfassen (vgl. dazu HONSELL, BSK-ZGB I, Basel 2006, N37 f. zu Art. 2 ZGB). HONSELL führt als eine solche Fallgruppe diejenige der «verzögerten Rechtsausübung» an (HONSELL, a.a.O., N 49 zu Art. 2 ZGB). Soweit eine Verjährungsfrist betreffend dürfe eine Verwirkung des Anspruchs wegen verzögerter Rechtsausübung allerdings nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (unter Hinweis auf BGE 94 II 37ff, 41 E. 6b). Zum Zeitablauf müssten weitere Umstände hinzukommen, «welche die Rechtsausübung mit der früheren Untätigkeit des Berechtigten in einem unvereinbaren Widerspruch erscheinen lassen (...)», es müssten also «Umstände hinzutreten, die das Zuwarten als Verstoß gegen Treu und Glauben

qualifizieren» (mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). HONSELL sieht solche Umstände beispielsweise dann als gegeben an, wenn aus dem Stillschweigen mit Sicherheit auf einen Verzicht geschlossen werden darf; sodann, wenn dem Partner aus der Verzögerung Nachteile erwachsen. Sind die verzögert eingeklagten Ansprüche allerdings unverzichtbar – wie bei einigen Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis – so stehe der Annahme des Rechtsmissbrauchs die Gefahr entgegen, dass dessen Bejahung die Unverzichtbarkeit unterlaufen könnte (HONSELL, a.a.O., N 49 Mitte zu Art. 2 ZGB).

STREIFF/VON KAENEL weisen in ihrem Praxiskommentar darauf hin, dass die Frage, bis wann angeordnete Überstunden geltend gemacht werden müssten, früher kontrovers gehandhabt worden sei (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c ZGB, S. 160). Mit Entscheid des Bundesgerichts vom 9. Oktober 2000, bestätigt in BGE 129 III 171, E. 2.4, sei nun auch in dieser Frage «Klarheit geschaffen» worden: Blosses Zuwarten sei kein Rechtsmissbrauch, und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung dürfe nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Für eine Verwirkung müssten – neben dem Zeitablauf – weitere Umstände hinzutreten «welche die Geltendmachung in einen unvereinbaren Widerspruch mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers treten lassen» (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321c ZGB, S. 161).

URS HOFMANN behandelt den Tatbestand der Verwirkung infolge verzögerter Rechtsausübung als Unterfall des *venire contra factum proprium* (wobei sich der Gläubiger durch die nachmalige Rechtsausübung mit seiner früheren Untätigkeit in Widerspruch setze; vgl. URS HOFMANN, Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht, Dissertation Zürich 1985, S. 200, mit Hinweisen). Er nennt (in Anlehnung an die deutsche Lehre) als notwendige Voraussetzungen für die Annahme einer Anspruchsverwirkung drei Bedingungen:

- Zumutbarkeit einer früheren Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger,
- berechtigtes Vertrauen des Schuldners darauf, dass eine Forderung nicht besteht oder nicht mehr geltend gemacht wird,
- eine durch die verspätete Geltendmachung entstandene unbillige Benachteiligung des Schuldners, die ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte.

Sodann verweist URS HOFMANN auf die (seinerzeitige) bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 98 II 144 f., 95 II 116, 94 II 42), welche diese Punkte nie explizit genannt, die verspätete Geltendmachung jedoch nur dann als rechtsmissbräuchlich bezeichnet habe, wenn im Ergebnis alle drei Voraussetzungen erfüllt gewesen seien.

In BGE 131 III 439 f., E. 5, S. 443, hat das Bundesgericht zum Rechtsmissbrauchsverbot im Arbeitsverhältnis bestätigt, dass sich der Arbeitgeber nur bei besonderen Umständen auf einen Rechtsmissbrauch des Arbeitnehmers berufen könne und blosses Zuwarten innerhalb der Verjäh-

rungsfristen allgemein keinen Rechtsmissbrauch begründe. Weiter wird ausgeführt: «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, 498, E. 5.1, 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 unge-rechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Erkennbare Nachteile für den Ver-pflichteten können dabei nach der Lehre namentlich darin bestehen, dass sich die Forderung nicht mehr überprüfen lässt.»

Sodann hat sich das Bundesgericht im Entscheid BGE 129 III 171 ff. mit dem Anspruch leitender Angestellter auf Überstundenentschädigung und dessen Verwirkung befasst. In besagtem Entscheid handelte es sich um einen Verkehrsdirektor des Vereins V., welcher seine Stelle während vier Monaten von 1. Januar bis 30. April 1998 innehatte. In den Erwägungen 2.3 und 2.4 (S. 174 f.) führt das Bundesgericht zur Verwirkung – soweit hier interessierend – aus, zu deren Bejahung seien strenge Anforderungen zu stellen: Rechtsmissbrauch wegen verspäteter Geltendmachung sei nur unter ausserordentlichen Umständen anzunehmen, zumal der Anspruch im Sinne von Art. 341 Abs. 1 OR unverzichtbar sei. Das Interesse des Arbeitgebers sei offensichtlich, über die Notwendigkeit von Mehrarbeit im Ver-hältnis zur vereinbarten Arbeitszeit unterrichtet zu werden, «um allenfalls die erforderlichen Dispositionen in der Arbeitsorganisation treffen zu kö-nen», was auch dem Arbeitnehmer bewusst sein müsse. Falls dem Arbeitge-ber mindestens dem Grundsatz nach klar sei, dass Überstunden erforder-lich seien, brauche der Arbeitgeber «nicht bereits in der ersten Lohnpe-riode deren konkreten Umfang zu benennen», sondern könne zuwarten, bis eine zuverlässige Aussage zu dieser Frage möglich sei. Dies gelte insbe-sondere dann, wenn ein Ausgleich durch Freizeit vertraglich vereinbart worden sei.

Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht den vom Arbeitneh-mer rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend gemachten Anspruch auf Überstundenentschädigung nicht als verwirkt beurteilt. Es verneinte die ausserordentlichen Umstände: Beide Parteien hätten mit der Leistung von Überstunden (während der Saison) gerechnet, diese hätten vereinbarungsgemäss in der Zwischensaison kompensiert werden können. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht dem-nach «regelmässig kein zeitlich dringendes Interesse» des Arbeitgebers, über geleistete Überstunden informiert zu werden, zumal diese unter den Schutzbereich von Art. 341 Abs. 1 OR fallen.

1.4.2 Die Vorinstanz hat den Rechtsmissbrauch vorliegend mit fol-genden Überlegungen bejaht:

Eine chronologische Betrachtung zeige Folgendes:

- am Anfang (Gründung der Gesellschaft im Jahre 1992) stehe eine vertragliche Regelung einer Überstundenentschädigung, die jedoch nie in der vereinbarten Form gehandhabt worden sei,
- in den Jahren 1992 bis 1996 seien die Überstunden in Form von Boni ausbezahlt worden, für beide Geschäftsführer im Verhältnis 1:1, ohne Rücksicht auf die Höhe der jeweiligen Überstundenanzahl,
- ab 1996 (Appellant) resp. ab 1999 (Appellatin) seien keine Boni mehr ausbezahlt worden und ca. bis 1999 (Appellant) resp. 2002 (Appellatin) seien noch Verwaltungsratshonorare geleistet worden,
- zuständig für die Buchhaltung sei der Appellant gewesen, er habe aber nie Rückstellungen unter dem Titel Überstundenentschädigungen vorgenommen,
- das Thema Überstunden sei nie diskutiert worden, auch nicht anlässlich der Sitzung mit der Revisionsstelle im Herbst 2005,
- der Appellant habe die Überstundenentschädigungen vor November 2001 verjähren lassen, ohne diese je zur Sprache zu bringen.

Zusammenfassend müsse festgehalten werden, dass der Appellant Arbeitnehmer, Geschäftsführer und Hauptaktionär der Appellatin gewesen sei und zudem deren Buchhaltung besorgt habe. Diese Situation sei eine besondere und es sei im Ergebnis als widersprüchlich zu werten, wenn er vorher während Jahren nie geltend gemachte Überstundenansprüche nun einfordere, welche ihm vertraglich unbestrittenermassen zustehen würden.

1.4.3 Diese rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Vorweg ist auf den Sinn und Zweck der Arbeitnehmerschutzbestimmung von Art. 341 OR hinzuweisen, welche einen Verzicht auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes ergeben, ausschliesst. Die Herabsetzung des Lohns für bereits geleistete Überzeit fällt unbestrittenermassen unter Art. 341 Abs. 1 OR (vgl. dazu auch PORTMANN, BSK-OR I, 4. Auflage 2007, N 3 zu Art. 341 OR).

In BGE 105 II 39, E 1a wird dazu ausgeführt: «Mit dem Inkrafttreten der in Art. 341 Abs. 1 OR enthaltenen Regel ist die rechtliche Stellung des Arbeitnehmers deutlich verstärkt worden. Nach dieser Bestimmung kann der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht auf Forderungen verzichten, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben. Damit soll den Umständen Rechnung getragen werden, dass der Arbeitnehmer sich in einem gesteigerten Abhängigkeitsverhältnis befindet und häufig der wirtschaftlich schwächere Teil ist, während des Arbeitsverhältnisses unter Druck gesetzt werden oder aus Angst um seine Stelle Hemmungen haben kann, zusätzliche Ansprüche unverzüglich zu erheben. Das leuchtet namentlich in Zeiten wirtschaftlicher Rezession und dann ein, wenn ein Unternehmen, wie vorliegend, mit finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hat. Aus solchen Gründen schliesst Art. 341 Abs. 1

OR nicht nur einen ausdrücklichen, sondern auch einen Verzicht durch konkludentes Verhalten des Arbeitnehmers aus.»

Im vorliegenden Fall trifft diese Konstellation für den Appellanten allerdings nicht zu: Er war nicht gewöhnlicher Arbeitnehmer, wie der Gerichtspräsident zutreffend feststellt. Er war als Arbeitnehmer Geschäftsführer und mit 67 von 140 Aktien zusammen mit dem Partner X. auch Hauptaktionär (sowie Mitglied/Sekretär/Präsident des Verwaltungsrates [Präsident bis Frühling 2005]) der Appellatin mit weitreichenden Kompetenzen gemäss Pflichtenheft. Der Schutzzweck von Art. 341 Abs. 1 OR greift bei seiner Doppelstellung – Arbeitnehmer der Leitungsetage und Hauptaktionär der Appellatin – auf jeden Fall nicht derart, wie bei einem gewöhnlichen Arbeitnehmer, mit der Folge, dass von ihm ein rasches aktives Tätigwerden verlangt werden darf zur Geltendmachung von Überstunden über mehrere Jahre hinweg.

Es ist weiter festzuhalten, dass der Appellant mit den Lohnausweisen ab 2002 bis und mit 2005 nachgewiesen hat, dass die jeweilige Anzahl Überstunden dem Arbeitgeber bekannt waren und diese grundsätzlich ausgewiesen sind. Sodann ist unbestritten, dass die Überstunden jeweils per Anfang November des betreffenden Jahres auf Null gestellt wurden und der Appellant gegen dieses Vorgehen jedenfalls nicht aktenkundig opponiert hatte. Nachdem der Schutzzweck von Art. 341 Abs. 1 OR vorliegend aufgrund der Doppelstellung des Appellanten wie erwähnt nicht derart greift wie bei einem gewöhnlichen Arbeitnehmer, ist fraglich, ob ein eventualiter einseitiger Verzicht auf die Überstundenentschädigung grundsätzlich als unzulässig hätte qualifiziert werden müssen. Indessen kann diese Frage offen bleiben, wenn sich die Geltendmachung der Überstundenentschädigung jedenfalls als rechtsmissbräuchlich erweist.

Mit der Vorinstanz ist weiter festzustellen, dass:

- in der Buchhaltung der Appellatin entgegen der Bestimmung von Art. 669 OR und den einschlägigen Rechnungslegungsgrundsätzen nie Rückstellungen für Überstundenentschädigungen vorgenommen wurden, obwohl dem Appellanten gemäss Pflichtenheft die Betreuung der Bereiche Administration und Rechnungswesen/Controlling oblag,
- das Thema Überstunden während des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall bis 2004 nie diskutiert worden ist. In den Akten findet sich einzig eine Aussage von X., wonach das Thema Überstunden im Zusammenhang mit der Bewertung der Aktien erwähnt worden ist (auf Vorhalt des Schreibens von September 2005),
- das Thema, soweit ersichtlich, erstmals mittels Verjährungsverzichtseinrede vom Juli 2006 explizit thematisiert wurde (wobei dieser Verjährungsverzicht nicht bei den Akten ist).

Schliesslich ist aktenkundig, dass die Firma massive finanzielle Schwierigkeiten hatte und Restrukturierungsmassnahmen dringend nötig

waren, was letztendlich zum Ausscheiden des Appellanten aus der Firma führte.

Die Würdigung dieser Kriterien im Hinblick auf die von HOFMANN erwähnten drei Voraussetzungen der Anspruchsverwirkung aus verzögerter Rechtsausübung ergibt folgendes:

- Zumutbarkeit einer früheren Geltendmachung der Forderung durch den Gläubiger: Wie obenstehend ausgeführt, ist dieser Punkt vom Appellanten während des Arbeitsverhältnisses auf jeden Fall bis und mit 2004 nie zur Sprache gebracht worden. Ein erstes Ansprechen erfolgte laut Aussagen von X. im Zusammenhang mit der Aktienbewertung im September 2005 und konkret thematisiert wurde die Forderung aus Überstundenentschädigung rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Auch wenn dem Appellanten zugute zu halten ist, dass er Rücksicht auf die finanzielle Situation der Appellatin genommen hat, wäre ihm zumindest zumutbar gewesen, mitzuteilen, dass er die geleisteten Überstunden grundsätzlich als entschädigungspflichtig erachtet.
- berechtigtes Vertrauen des Schuldners, dass eine Forderung nicht mehr geltend gemacht wird: Unter Berücksichtigung, dass der Appellant Mitverantwortlicher für den Betrieb der Appellatin war (ihr bis Frühling 2005 sogar als Verwaltungsratspräsident vorstand) und in dieser Funktion seine Überstunden selber anordnen konnte, nie Rückstellungen getätigt wurden, die Überstunden per November des laufenden Jahres jeweils unwidersprochen auf Null gestellt wurden, der Appellant seine Forderung rund ein halbes Jahr nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erstmals substantiiert geltend machte, durfte die Appellatin berechtigterweise davon ausgehen, dass unter dem Titel Überstundenentschädigung keine Ansprüche mehr erhoben werden würden.
- unbillige Benachteiligung des Schuldners, welche ihn bei früherem Vorgehen des Berechtigten nicht getroffen hätte: Die jeweilige Anzahl Überstunden hätte korrekterweise in der Buchhaltung erfasst werden müssen mittels Rückstellungen. Das hätte – bei durchschnittlichen Jahresbeträgen von mind. ca. Fr. 17 000.– – wesentlichen Einfluss auf die jeweiligen Geschäftsergebnisse und damit auf die Löhne/Boni der Mitarbeitenden gehabt. Noch nicht berücksichtigt ist dabei ein allfälliger Überstundenanspruch des Geschäftspartners des Appellanten, X., dem das gleiche Recht auch zuzugestehen wäre.

Unter diesen Umständen ist erstellt, dass der Appellant seinen Anspruch aus geleisteten Überstunden verwirkt hat und dessen Geltendmachung demnach rechtsmissbräuchlich ist. Infolgedessen ist die Klage in diesem Punkt abzuweisen.

UWG 2, 5 und 6 i.V.m. 14, unlauterer Wettbewerb. Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, dürfen grundsätzlich frei genutzt und weiter entwickelt werden. Es spielt keine Rolle, ob die Arbeitnehmerin die Adressen der von ihr angeschriebenen Kunden im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit zur Kenntnis genommen oder diese bereits aus ihrer früheren Zeit als Skipperin bzw. aus ihrem Bekanntenkreis gekannt hat. Die Verwertung dieser Kenntnisse ist in beiden Fällen nicht unlauter. Kein Erlass einer vorsorglichen Massnahme, da ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil nicht glaubhaft gemacht werden konnte (E. 3.1 und 5).

Sachverhalt:

Die Appellantin ist eine im Bereich Hochsee-Segeln spezialisierte Firma, die insbesondere die Organisation, Durchführung und Vermittlung von Segeltörns auf dem Meer sowie die Vermittlung von Charteryachten anbietet. Die Appellatin 2 war während mehreren Jahren bei der Appellantin als Hochseeskipperin und Sachbearbeiterin/Leiterin der Abteilung Yachtcharter tätig und gründete kurz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Firma X (nachfolgend Appellatin 1 genannt), bei welcher sie Gesellschafterin und Geschäftsführerin ist. Auch die Appellatin 1 bezweckt den Betrieb einer Agentur für Yacht-Charter, die weltweite Vermittlung von Charteryachten und sämtliche in diesem Zusammenhang stehenden Dienstleistungen. Die Appellantin wirft der Appellatin 2 vor, sie habe Kundenadressen vom passwortgeschützten Computer gestohlen bzw. kopiert und beantragt oberinstanzlich den Erlass eines Wettbewerbsverbots als vorsorgliche Massnahme.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Appellantin macht in ihrem Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen eine Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen und damit eine Verletzung von Art. 6 UWG geltend (...).

2.

Das UWG bezweckt den lautereren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten (Art. 1 UWG). Unter Wettbewerb ist jede wirtschaftliche Betätigung ausserhalb der privaten Sphäre zu verstehen (Unlauterer Wettbewerb UWG, PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, 2. Auflage, Bern 2002, N 1.13). Entscheidend ist, dass sich die inkriminierte Tätigkeit auf die eigene oder fremde Wettbewerbsstellung auswirkt

(Grundsatz des Wettbewerbsstörers, vgl. Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 1.27).

Gemäss der in Art. 2 UWG enthaltenen Generalklausel ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich.

Gemäss Art. 9 Abs. 1 UWG ist zur Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsklage berechtigt, wer durch unlauteren Wettbewerb in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt wird (BGE 126 III 241). Aktivlegitimiert sind danach Rechtssubjekte, die selbst am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligt sind und eigene wirtschaftliche Interessen geltend machen (BGE 126 III 241, 242).

Auf vorsorgliche Massnahmen sind die Artikel 28c–28f des Zivilgesetzbuches sinngemäss anwendbar (Art. 14 UWG). Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen hat die Gesuchstellerin nicht zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen, dass eine unlautere Wettbewerbshandlung stattgefunden hat bzw. eine solche zu befürchten ist, mithin ein Verfügungsanspruch besteht (vgl. Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 15.13; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3a zu Art. 326 ZPO). Glaubhaft zu machen ist sodann, dass durch die erfolgte oder drohende Verletzung ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht und somit ein Verfügungsgrund vorliegt (Art. 14 UWG i.V.m. Art. 28c Abs. 1 ZGB; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3a zu Art. 326 ZPO; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, a.a.O., N 10 und 11 zu Art. 14 UWG).

In casu kann vorab festgestellt werden, dass die Parteien sich in einem Wettbewerbsverhältnis befinden und das Verhalten der Appellatinnen sich grundsätzlich auf die Wettbewerbsstellung der Appellantin auswirken bzw. die Lauterkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen könnte.

3.

3.1 Nach Art. 6 UWG handelt insbesondere unlauter, wer Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse verwertet oder anderen mitteilt, die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmässig erfahren hat. «Ein Geheimnis liegt vor, wenn eine an sich geheimnisfähige Tatsache objektiv geheim ist und subjektiv vom Inhaber (sog. Geheimnisherrn) als geheim betrachtet und behandelt wird. Unbedingte Voraussetzung ist dazu, dass die Tatsache auch geheimfähig, d.h. dazu geeignet ist, geheim gehalten zu werden» (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.42). Geheim ist eine Tatsache, wenn sie als solche oder in ihrer Anwendung Aussenstehenden nicht bekannt ist (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.43). Fabrikationsgeheimnisse sind typische Objekte des Patentschutzes, denn darunter fällt jede Kenntnis, die bei der Herstellung von Gegenständen verwertet werden kann (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.46 und 8.47). Jede

Tatsache, die sich auf geschäftliche Zusammenhänge bezieht, kann sodann ein Geschäftsgeheimnis darstellen. Als typische Geschäftsgeheimnisse gelten z.B. Preisberechnungen, Bezugsquellen, Organigramme, Verteilkanäle, Kundenlisten (vgl. Beschluss KassGer ZH vom 16. September 1988 in Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht [SMI] 1989 S. 139; Entscheid KG ZG vom 19. April 1990 in SMI 1991 S. 253; LUCAS DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 1997, N 405; BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel/Genf/München 2001, N 34 zu Art. 6 UWG) oder geschäftliche Verbindungen (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 8.48). Eine ursprünglich rechtmässige Kenntnisnahme kann später zu einer unrechtmässigen und damit unlauteren Verwertung führen. Ein solcher Fall liegt z.B. vor, wenn ein Arbeitnehmer die im Rahmen des Vertrags erlangte Kenntnis nach Vertragsablauf (trotz Konkurrenzverbot) zum eigenen Nutzen verwertet. Diesfalls ist nicht Art. 6 UWG, sondern die Generalklausel anwendbar. Zu beachten ist sodann Art. 321a Abs. 4 OR, gemäss welchem die Verschwiegenheitspflicht den Vertrag überdauert. Verschafft sich ein Arbeitnehmer nach Vertragsende Zugang zu geheimen Angaben, so ist Art. 6 UWG anwendbar. Das unbefugte Eindringen in ein Computernetzwerk mittels (aus dem Arbeitsverhältnis noch bekannten) Passwort zur Entnahme geheimer Daten fällt beispielsweise unter Art. 6 UWG, während die blosser Verletzung eines Konkurrenzverbots keine unlautere Wettbewerbshandlung darstellt (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 10.11). Ein Geheimnis, von welchem nicht unrechtmässig erfahren wurde, darf verwertet oder Dritten mitgeteilt werden, ausser der Verwertende bzw. Mitteilende sei gesetzlich oder vertraglich zur Unterlassung verpflichtet. Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, dürfen damit grundsätzlich frei genutzt und weiter entwickelt werden (vgl. BGE 133 III 431; vgl. auch BAUDENBACHER, a.a.O. N 59 zu Art. 6 UWG).

Die Appellantin macht weder das Vorliegen eines Datendiebstahls noch das Kopieren von Daten vom passwortgeschützten Computer der Geschäftsführerin der Appellantin oder das Kopieren früherer Werbeaktionen der Appellantin und damit auch keine unrechtmässige Erlangung der Kenntnisse oder Auskundschaftung glaubhaft. Demgegenüber ist glaubhaft, dass die von den Appellatinnen verwendeten Adressen aus dem direkten und indirekten Bekanntenkreis der Appellatin 2 sowie aus beruflichen und privaten Kontakten bzw. aus ihrer Berufserfahrung stammen und die Appellatin 2 im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit legal Kenntnis über gewisse Kundenadressen erhielt. Vorliegend ist sodann erstellt, dass kein Konkurrenzverbot vereinbart wurde.

Kenntnisse, die im Rahmen einer vertraglichen Arbeitstätigkeit für Dritte erworben worden sind, dürfen grundsätzlich frei genutzt und weiter entwickelt werden (vgl. BGE 133 III 431). Es spielt keine Rolle, ob die Appellatin 2 die Adressen der von ihr angeschriebenen Kunden der Appellantin im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit bei der Appellantin zur Kenntnis

nahm oder diese Kunden bereits aus ihrer früheren Zeit als Skipperin oder aus ihrem Bekanntenkreis kannte. Die Verwertung derartig erlangter Kenntnisse ist in beiden Fällen nicht unlauter. Das gestützt auf Art. 6 UWG beantragte Bewerbungsverbot (...) ist daher abzuweisen.

(...)

3.2 Obgleich sich die Appellantin nicht explizit auf Art. 5, sondern auf Art. 6 UWG beruft, ist zu prüfen, ob eine Verletzung von Art. 5 UWG glaubhaft gemacht wurde, denn der Richter wendet das Recht von Amtes wegen an.

Gemäss Art. 5 UWG handelt insbesondere unlauter, wer ein ihm anvertrautes Arbeitsergebnis wie Offerten, Berechnungen oder Pläne unbefugt verwertet (lit. a), ein Arbeitsergebnis eines Dritten wie Offerten, Berechnungen oder Pläne verwertet, obwohl er wissen muss, dass es ihm unbefugterweise überlassen oder zugänglich gemacht worden ist (lit. b) oder das marktreife Arbeitsergebnis eines andern ohne angemessenen eigenen Aufwand durch technische Reproduktionsverfahren als solches übernimmt und verwertet (lit. c). Somit ist die unbefugte Verwertung von Arbeitsergebnissen ohne immaterialgüterrechtlichen Schutz widerrechtlich, wenn sie insbesondere im Rahmen vertraglicher oder vertragsähnlicher Beziehungen anvertraut worden sind bzw. wenn sie ohne eigenen Aufwand schmarotzerisch übernommen werden (vgl. BGE 133 III 131 E. 4.5 S. 437 mit Hinweisen auf BGE 122 III 469, 117 II 199 sowie 131 III 384). Beim Arbeitsergebnis handelt es sich um das Resultat einer bestimmten geistigen oder materiellen Tätigkeit (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 9.05). Nicht als Arbeitsergebnis gelten nach PEDRAZZINI «Kundenlisten oder Datensammlungen, es sei denn, dass sie sich als solche zur Verwertung eignen, wie Sammlungen von möglichen Adressaten für bestimmte Waren oder Leistungen, besonders solche, die eine Firma für die eigenen Zwecke hält» (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 9.07). Ist das Arbeitsergebnis allgemein bekannt oder wird es frei angeboten, so fällt es nicht unter Art. 5 lit. a UWG (Unlauterer Wettbewerb UWG, a.a.O., N 9.09).

Die Appellantin macht implizit geltend, dass es sich bei den Kundendaten um ein Arbeitsergebnis handelt, denn sie bringt vor, nicht alle der 3800 Adressen der Appellantin seien öffentlich. Zum Teil würden die Adressen aus dem (Club-) Bulletin stammen. Zu einem grossen Teil würden sie aber aus der 10-jährigen Aufbauarbeit der Appellantin, von unzähligen und kostspieligen Inseraten, Messebesuchen, Weiterempfehlungen etc. stammen. Die Appellatinnen hätten zugegeben, mindestens 14 der von der Appellantin aufgeführten Kunden angeschrieben zu haben (...).

Hierzu ist zu bemerken, dass die Appellantin 2 angab, sie habe im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit Adressen der (Club-)Bulletins eingeben müssen, was von der Appellantin im Übrigen bestätigt wird. Diese Namen der Mitglieder (des Clubs) sind auf dem Internet ersichtlich. Die Sammlung von Namen der (...) Mitglieder ist daher für alle Mitglieder (...) mit einem relativ geringen Aufwand möglich und kann somit nicht als Resultat

einer bestimmten geistigen oder materiellen Tätigkeit bzw. als Arbeitsergebnis gelten. Eine derartige Adresssammlung ist nicht als solche verwertbar. Welche weiteren Kundenadressen aus einer langjährigen Aufbauarbeit, aus Inseraten, Messebesuchen oder Weiterempfehlungen stammen, legt die Appellantin nicht dar. Mit Ausnahme von 16 Kunden erwähnt sie die übrigen angeblich (und von den Appellatinnen bestrittenen) 3800 Kunden nicht namentlich. Noch nicht einmal in Bezug auf die 16 namentlich erwähnten Kunden vermag die Appellantin darzulegen, wie die fraglichen Adressen Eingang in ihre Kundendatei fanden. Die Appellantin hat deshalb nicht glaubhaft gemacht, dass die Kundenadressen das Resultat einer geistigen oder materiellen Tätigkeit und als solche verwertbar sind. Dementsprechend hat sie nicht glaubhaft gemacht, dass die Kundenadressen ein Arbeitsergebnis darstellen, weshalb der Erlass vorsorglicher Massnahmen gestützt auf Art. 5 UWG ausser Betracht fällt.

3.3 Zu prüfen ist sodann, ob das Verhalten der Appellatinnen unter die Generalklausel von Art. 2 UWG fällt.

(...) Die Appellantin 1 offeriert dieselben Produkte wie die Appellantin und bewirbt gezielt auch weitere Kunden der Appellantin (...). (...) Eine derartige Konkurrenzierung ist im freien Wettbewerb nicht unerwünscht, da sie die bisherigen Anbieter dazu motiviert, ihrerseits ihre Angebote weiter zu entwickeln und zu verbessern. Eine solche Nutzung von Kundendaten und -kontakten verstösst nicht gegen Treu und Glauben und ist deshalb nicht als unlauter zu qualifizieren (vgl. hierzu BGE 133 III 431 E. 4.6 S. 438). Einem solchen Verhalten hätte die Appellantin nur mit der Vereinbarung eines Konkurrenzverbots Einhalt gebieten können.

4.

Da bereits das Vorliegen eines Verfügungsanspruches zu verneinen ist, kann offen bleiben, ob ein Verfügungsgrund besteht. Es muss deshalb nicht mehr geprüft werden, ob der Appellantin ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstanden ist.

5.

Das Verhalten der Appellatinnen mag unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsmoral möglicherweise problematisch erscheinen, soweit sie Kenntnisse und Kundenbeziehungen genutzt haben sollten, die sie dank der Zusammenarbeit mit der Appellantin aufbauen konnten. Da die Appellantin jedoch weder den Datendiebstahl noch das Vorliegen eines Arbeitsergebnisses bzw. ein unlauteres Verhalten der Appellatinnen und damit keinen Verfügungsanspruch glaubhaft machen konnte, ist das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (...) abzuweisen (...).

Dem Rechtsbegehren (...) hätte sodann bereits deshalb nicht entsprochen werden können, weil es zu unbestimmt formuliert ist. Die Kunden, deren Bewerbung untersagt werden soll, hätten namentlich erwähnt werden müssen, ansonsten der Vollzug der Massnahme unmöglich wird.

Eingesandt von Corinne D'Angelo, a.o. Obergerichtsschreiberin

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 22. Oktober 2009 (Bestätigung des Urteils des Gerichtspräsidenten 1 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 29. April 2009)

Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Unterlässt es die Arbeitgeberin, im Sinne der Einhaltung der Fürsorgepflicht gemäss OR 328 mit einer 58-jährigen Mitarbeiterin, welche seit 36 Jahren für sie tätig war, eine einvernehmliche Lösung zu finden, verstösst sie gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung und somit gegen ihre erhöhte Fürsorgepflicht (E. 4).

Eine Kündigung ist missbräuchlich gemäss OR 336 I lit. a, wenn der Arbeitnehmerin einzig wegen ihrer Heirat, einer Eigenschaft, die ihr Kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, gekündigt wurde. Die Arbeitgeberin konnte nicht den Nachweis erbringen, die Arbeitnehmerin habe interne und vertrauliche Informationen an ihren Ehemann weitergegeben und damit ihre Treuepflicht verletzt (E. 6).

Sachverhalt:

Die Klägerin arbeitete ab 1971 beim Vorgänger des Beklagten und ab 1983 beim Beklagten. Dieser kündigte am 26. Oktober 2007 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin unter sofortiger Freistellung ordentlich per 31. Januar 2008. Die Kündigung wurde namentlich damit begründet, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der zum damaligen Zeitpunkt rechtshängigen Streitigkeiten des Beklagten mit dem Ehegatten der Klägerin und den dadurch resultierenden Interessenkollisionen nicht mehr länger aufrecht erhalten werden könne, ferner dass das erforderliche Vertrauensverhältnis für eine weitere Zusammenarbeit nachhaltig gestört sei, da aus den Eingaben des Ehemannes hervorgehe, dass er Kenntnis über interne und allgemein nicht zugängliche Informationen des Beklagten gehabt habe. Die Klägerin bestreitet die vom Beklagten angegebenen Kündigungsgründe, insbesondere die gegen sie erhobenen Vorwürfe der Verletzung der Geheimhaltungspflicht. Der Gerichtspräsident 1 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen verurteilte mit Urteil vom 29. April 2009 den Beklagten zur Zahlung von Fr. 19 898.60 wegen missbräuchlicher Kündigung.

Aus den Erwägungen:

4.

Der Missbrauch einer Kündigung kann sich nicht nur aus den Kündigungsmotiven, sondern auch aus der Art und Weise ergeben, wie die kündigende Partei ihr Recht ausübt. Selbst wenn eine Partei die Kündigung rechtmässig erklärt, muss sie das Gebot schonender Rechtsausübung be-

achten. Sie darf insbesondere kein falsches und verdecktes Spiel treiben, das Treu und Glauben krass widerspricht (vgl. BGE 131 III 535, E. 4.2 S. 538 f.; BGE 125 III 70, E. 2b S. 73; BGE 118 II 157, E. 4b/bb S. 166 f.). Ein krass vertragswidriges Verhalten, namentlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung im Umfeld einer Kündigung, kann diese als missbräuchlich erscheinen lassen. Zu beachten ist nämlich, dass der Arbeitgeber gemäss Art. 328 OR verpflichtet ist, die Persönlichkeitsgüter des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. (Art. 328 Abs. 1 OR). Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und 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). Absatz 1 von Art. 328 OR betrifft somit in erster Linie den Schutz der Persönlichkeit, was zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers führt. Absatz 2 enthält besondere Schutzpflichten für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers.

Wird – wie im vorliegenden Fall – die Zusammenarbeit im Betrieb wegen einer persönlichen Eigenschaft wesentlich beeinträchtigt, so ist eine wegen dieser Eigenschaft ausgesprochene Kündigung grundsätzlich gerechtfertigt. Verstanden wird darunter insbesondere die Beeinträchtigung des Betriebsklimas, indem aufgrund der Eigenschaft Spannungen unter den Arbeitnehmern aufkommen, die im Extremfall zu einer Druckkündigung führen können. Der Arbeitgeber ist allerdings aufgrund von Art. 328 OR verpflichtet, in solchen Situationen aktiv zu werden, die Persönlichkeit des betroffenen Arbeitnehmers zu schützen und die Spannungen wenn möglich beizulegen (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., S. 667/678, N 5 ad Art. 336 OR).

Diese Fürsorgepflichten bilden das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers (REHBINDER, Berner Kommentar, N. 1 f. zu Art. 328 OR; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 3. Aufl., S. 168). Daraus hat das Bundesgericht abgeleitet, dass eine Kündigung nicht missbräuchlich ist, wenn wegen des schwierigen Charakters eines Arbeitnehmers eine konfliktgeladene Situation am Arbeitsplatz entstanden ist, die sich schädlich auf die gemeinsame Arbeit auswirkt, und wenn der Arbeitgeber zuvor sämtliche ihm zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um den Konflikt zu entschärfen. Hat sich der Arbeitgeber nicht oder ungenügend um die Lösung des Konflikts bemüht, ist er seiner Fürsorgepflicht nicht hinreichend nachgekommen, weshalb sich die Kündigung als missbräuchlich erweist (vgl. BGE 125 III 70, E. 2c S. 74; Urteil des Bundesgerichts 4C.189/2003 vom 23. September 2003, E. 5.1 und 5.2 mit Hinweisen). Im Weiteren ist festzuhalten, dass gegenüber einem Ar-

beitnehmer, der sein gesamtes Arbeitsleben im Wesentlichen klaglos für eine einzige Arbeitgeberin tätig war, eine erhöhte Fürsorgepflicht gilt (vgl. BGE 132 III 115, E. 5.3).

Der Beklagte macht geltend, dass ihm die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr habe zugemutet werden können. Der Generalsekretär A. des Beklagten gab zu Protokoll, dass sich das Betriebsklima innerhalb der Geschäftsstelle ab Mai 2007 kontinuierlich verschlechtert habe, aus Angst, dass gewisse interne Informationen an die Öffentlichkeit gelangen. Diese Zurückhaltung sei auch bei den Mitarbeitern spürbar gewesen. Die Zeuginnen F. und G. zeichnen jedoch ein anderes Bild des Betriebsklimas innerhalb der Geschäftsstelle. Beide gaben zu Protokoll, das Betriebsklima sei bis zum Schluss gut gewesen.

Die Frage, ob in der Geschäftsstelle des Beklagten seit der Freistellung der Klägerin Ruhe eingetreten bzw. sich die Freistellung der Klägerin auf das Betriebsklima ausgewirkt hat, kann aufgrund der divergierenden Aussagen nicht abschliessend beantwortet werden. Wäre die Betriebsatmosphäre jedoch tatsächlich so schlecht gewesen, wie der Beklagte behauptet, ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beklagte den Nachweis, dass er geeignete Vorkehren zur Entspannung des Arbeitsklimas getroffen hat, schuldig geblieben ist.

(...)

Nach dem Dargelegten hat es der Beklagte pflichtwidrig unterlassen, im Sinne der Einhaltung der Fürsorgepflicht mit einer 58-jährigen Mitarbeiterin, welche seit 36 Jahre für ihn tätig gewesen ist, eine einvernehmliche Lösung zu finden. Der Beklagte hat gegen das Gebot der schonenden Rechtsausübung und somit gegen seine erhöhte Fürsorgepflicht gegenüber der Klägerin verstossen. Die Kündigung vom 26. Oktober 2007 ist unter diesem Aspekt missbräuchlich.

(...)

6.

Eine Kündigung ist (zudem) gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR missbräuchlich, wenn sie wegen einer Eigenschaft ausgesprochen wird, die dem Gekündigten um seiner Persönlichkeit willen zusteht (und welche nicht im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht) und ihn damit diskriminiert. Gemeint sind alle angeborenen oder erworbenen Eigenschaften, welche die Persönlichkeit ihres Trägers bestimmen. Der Begriff der Eigenschaften, die einem Menschen Kraft seiner Persönlichkeit zustehen, wurde vom Gesetzgeber bewusst nicht näher definiert, da er in ständigem Wandel steht. Man versteht darunter beispielsweise Geschlecht, Familienstand, Schwangerschaft, Herkunft, Rasse, Religion, Weltanschauung und Partner- oder Verwandtschaft zu einer bestimmten Drittperson etc.

Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Beklagte den Nachweis nicht erbracht hat, dass die Klägerin interne und vertrauliche Informationen ihrem Ehemann weitergegeben hat und damit ihre Treuepflicht gegenüber dem Beklagten verletzt hat.

In diesem Zusammenhang ist in Bestätigung der vorinstanzlichen Erwägungen festzuhalten, dass davon auszugehen ist, dass die Informationen an den Ehemann der Klägerin nicht über die Klägerin geflossen sind und dass neben der Klägerin noch andere Mitarbeiter Zugang zu geschäfts-internen Informationen hatten.

Somit sind die in der Kündigungsbegründung aufgeführten Kündigungsgründe inhaltlich unzutreffend und die Kündigung beruht nicht auf sachlichen Gründen. Vielmehr wurde der Klägerin einzig aufgrund ihrer Heirat mit H. gekündigt. Auch hat der Beklagte es unterlassen, Massnahmen zu ergreifen, welche zur Beilegung allfälliger Spannungen beigetragen hätten (...).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Klägerin einzig wegen ihrer Heirat mit L., einer Eigenschaft die ihr Kraft ihrer Persönlichkeit zusteht, gekündigt worden ist. Der Missbrauchstatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR ist erfüllt.

Eingesandt von Corinne D'Angelo, a.o. Obergerichtsschreiberin

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 10. Dezember 2009 (Bestätigung des Urteils des Gerichtspräsidenten I des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen vom 28. Juli 2009)

Die gesetzliche Neuregelung der inaktiven Pikettdienstzeit ab 1. Januar 2010 (ArGV2 8a II) lässt den Rückschluss zu, dass bis anhin die inaktive Pikettdienstzeit nicht entschädigt worden ist. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass vor dem Inkrafttreten der Neuregelung – wie vom Arbeitnehmer geltend gemacht – 100% der inaktiven Pikettdienstzeit zu entschädigen sind und ab dem 1. Januar 2010 lediglich nur noch 10%. Die zu Hause geleisteten Pikettdienste gelten, soweit es zu keinem effektiven Einsatz kommt, nicht als Arbeitszeit. Muss dagegen wegen der kurzen Interventionszeit der Pikettdienst im Betrieb geleistet werden, gilt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit als Arbeitszeit (ArGV2 8a III) (E. III.3).

Sachverhalt:

Der Kläger war vom 1. Oktober 2001 bis 31. Oktober 2004 als Oberarzt in der Abteilung Anästhesiologie bei der Beklagten zu 100% bei einem Lohn von Fr. 9941.45 angestellt. Darin inbegriffen waren auch mehrere Pikett-Tage pro Monat. Die Beklagte kannte keine eigentliche Zeiterfassung. Ab Oktober 2003 wurde eine Personaleinsatzplanung eingeführt, welche die geplante Einsatzzeit der Ärzte enthielt.

Mit Klage vom 4. Januar 2007 beantragte der Kläger, ihm sei für in den Jahren 2002, 2003 und 2004 (bis Oktober) geleistete Überstunden und Überzeit ein Betrag von Fr. 108 846.– auszurichten. Der Gerichtspräsi-

dent 1 des Gerichtskreises V Burgdorf-Fraubrunnen wies mit Urteil vom 28. Juli 2009 das klägerische Begehren vollumfänglich ab. Dagegen erklärte der Kläger Appellation.

Aus den Erwägungen:

II.

1.

(...) In Ergänzung des rechtserheblichen Sachverhaltes hält die Kammer folgendes fest:

Der Kläger führt anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung aus, er habe im Durchschnitt einmal pro Nacht ins Spital gehen müssen. Am Samstag und Sonntag habe er noch Patienten in der Notfallstation betreuen müssen. Über die genaue Einsatzzeit äussert sich der Kläger jedoch nicht.

Angesichts dieser Aussagen und aufgrund fehlender anderer objektiver Beweismittel sowie der im Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime ist nicht erwiesen, wie lange die jeweiligen geleisteten Einsätze gedauert haben. Wären die Piketteinsätze jedoch zeitintensiv gewesen, hätte dies der Kläger anlässlich seiner Einvernahme ausgeführt.

Der Vollständigkeit halber ist diesbezüglich festzuhalten, dass der Kläger während des gesamten Verfahrens nicht behauptet bzw. substantiiert hat, dass durch die effektiv geleisteten Pikettdienste die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wurde. Der Kläger hat vielmehr einzig behauptet bzw. sachverhaltlich vorgebracht, der inaktive Pikettdienst habe vollumfänglich als Arbeitszeit zu gelten und dadurch sei die Höchstarbeitszeit überschritten worden.

(...)

2.

(...) In der Folge erwog der Vorrichter, dass es sich um den vom Kläger zu Hause geleistete Pikettdienst im öffentlichrechtlichen Sinn nicht um Arbeitszeit handle, da die Zeit nicht hauptsächlich im Interesse des Arbeitgebers ausgestaltet worden sei. Soweit er jedoch tatsächlich zur Arbeit herangezogen worden sei, handle es sich sowohl öffentlichrechtlich wie auch privatrechtlich um Arbeitszeit. Die Rufbereitschaft sei bereits mit dem Grundgehalt abgegolten gewesen.

Zu den Überstunden führte die Vorinstanz aus, dass die Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweislast für geleistete Überstunden grundsätzlich der Arbeitnehmer trage. Der Kläger habe somit zu beweisen, dass er eine bestimmte Anzahl von Überstunden geleistet habe und dass diese angeordnet oder betrieblich notwendig gewesen seien. Dem Kläger sei es nicht gelungen nachzuweisen, dass er durch die Behandlung von stationären allgemeinen Patienten im Rahmen seiner eigentlichen Arbeit und seines Pikettdienstes Überstunden erzielt habe und diese von der Beklagten genehmigt worden seien.

Nach dem Dargelegten sei die Klage unter Kostenfolge vollumfänglich abzuweisen.

3.

(...) Zur 30-Minutenregel führte der Kläger aus, es müsse zwischen Pikettdienst innerhalb und ausserhalb des Betriebes unterschieden werden. Art. 11.6 GAV 2004 bestimme, dass der Pikettdienst innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet werden könne; so oder so sei er aber als Arbeitszeit zu qualifizieren. Der Kläger habe innerhalb von 10–15 Minuten im Spital sein müssen, womit die Pikettzeit als Arbeitszeit gelte.

Nach dem Dargelegten erhellte, dass die 30-Minutenregel auf den vorliegenden Fall Anwendung finde. Da die Einsätze innerhalb von 15 Minuten zu erfolgen hätten, gelte die Pikettbereitschaft in jedem Fall – ob innerhalb oder ausserhalb des Betriebes geleistet – als Arbeitszeit. Da der GAV auf Oberärzte anwendbar sei, gelten die vom Kläger geleisteten Pikettdienste als Arbeitszeit. Die Klage müsse bereits unter Berücksichtigung dieser Umstände gutgeheissen werden.

Betreffend die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes führt der Kläger aus, dass Oberärzte keine leitenden Angestellten seien. Auch sei Art. 15 ArGV 1 nach dem GAV in Kraft getreten. Der von der Vorinstanz zitierte Entscheid des Bundesgerichts (2P_134/2006) gelte für das kantonale Personalrecht und das Bundesgericht hätte darin einzig eine Willkürprüfung vorgenommen. Das Bundesgericht habe aufgrund der beschränkten Kognition Art. 15 ArGV 1 nicht ausgelegt, dies sei nun die Aufgabe des Appellationshofes. Zur Auslegung sei insbesondere die SECO-Wegleitung von Bedeutung. Diese Wegleitung stelle eine Verwaltungsverordnung dar. Da das SECO ein wichtiges Amt innerhalb der Bundesverwaltung sei, gebe die Wegleitung wohl am ehesten den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers zu Art. 15 ArGV 1 wider.

Die Unterscheidung, ob es sich nun um einen bezahlten Pikettdienst handle, könne nicht anhand der Grundstücksgrenze erfolgen. Der Kläger habe neben dem Spital Wohnsitz nehmen müssen und daher mache es keinen Unterschied, ob er im Spital arbeite oder zu Hause warte.

Es sei dem Kläger klar, dass ein Heizungsmonteur, welcher Pikettdienst leiste und in der Nacht eine Heizung reparieren müsse, nicht gleich zu behandeln sei wie ein Arzt. Wichtig sei vorliegend, dass es beim Pikettdienst des Arztes um Leib und Leben gehe und es – im Gegensatz zum Heizungsmonteur – regelmässiger Einsätze bedürfe. Feuerwehrleute würden denn auch für die Bereitschaftszeit entschädigt; würde diese Zeit nicht entschädigt, gäbe es wohl keine Berufsfeuerwehr. Massgebend für den Entscheid, ob die Pikettzeit voll zu entschädigen sei, sei die Einsatzzeit und die Freizeit.

Der Kläger sei als Anästhesist regelmässig der erste Arzt, der anwesend sein müsse, und die Verantwortung sei dementsprechend hoch. Auch dem Wortlaut von Art. 15 ArGV 1 könne entnommen werden, dass nicht die Grundstücksgrenze, sondern die Einsatzzeit, die persönliche Ein-

schränkung und der Gesundheitsschutz für die Frage entscheidend sei, ob der Pikettdienst voll zu entschädigen sei.

Auch sei zu bedenken, dass selbst bei einem kurzen Nachteinsatz die Arbeitsaufnahme am darauf folgenden Morgen nicht zulässig sei, da die Ruhezeit von neun Stunden eingehalten werden müsse. Es gebe keine Gründe, wieso dies für Ärzte nicht gelten solle.

Art. 15 ArGV 1 sei so zu interpretieren, wie dies das SECO in seinem Merkblatt getan habe.

(...)

4.

(...) Zur Anwendbarkeit des GAV legte die Beklagte dar, dass Ärzte, die durch Honorare entschädigt werden, dem GAV nicht unterständen. Oberärzte ohne Honoraransprüche hingegen seien nicht von der Anwendbarkeit des GAV ausgeschlossen.

Der Kläger unterstehe weder dem GAV 2000 noch dem GAV 2004, dies deshalb, weil er einen Honoraranspruch habe, was einer privatärztlichen Tätigkeit entspreche. Dies entspreche im Übrigen den Usancen, da Kadermitarbeiter mit einem durchschnittlich hohen Entgelt (vorliegend monatlich ca. Fr. 15 000.–) für die höhere Arbeitszeit entschädigt würden. Auch habe es keine Zeiterfassung gegeben, wie dies für Kadermitglieder auch üblich sei. Der vorliegende Arbeitsvertrag unterstehe daher dem Obligationenrecht.

Der zu Hause geleistete Pikettdienst stelle nur Arbeitszeit dar, wenn ein Einsatz erfolge. Der Einsatz während des Pikettdienstes werde aber voll entschädigt. Die Rufbereitschaft stelle hingegen keine Arbeitszeit dar und die Art. 13 ff. ArG kämen nicht zur Anwendung. Wenn der Kläger den Pikettdienst zu Hause geleistet habe, sei dieser «frei» und der Erholungswert sei dementsprechend hoch gewesen. Pikettdienst ohne Einsatz sei Ruhezeit. Die Ruhezeit könne im Übrigen gemäss Art. 14 ArG unterbrochen werden.

Zur Weisung des SECO führte die Beklagte aus, die Weisung sei mangels gesetzlicher Grundlage zurückgezogen worden und könne vorliegend nicht zur Auslegung von Art. 15 ArGV 1 herangezogen werden. Es widerspreche im Weiteren dem gesunden Menschenverstand, dass die Pikettzeit voll zu entschädigen sei. Dies sei nicht bezahlbar und führe zwangsläufig zur Einführung des Schichtbetriebs; dies liege denn auch nicht im Interesse der Ärzteschaft. Die grosszügigen Löhne würden diese Einschränkungen entschädigen, deshalb sei die Rufbereitschaft keine Arbeitszeit. Dem Entscheid des Bundesgerichts (2P_134/2006) sei denn auch zu entnehmen, dass es durchaus haltbar sei, die Rufbereitschaft nicht zu entschädigen.

Der Kläger sei über die Pikettdienste von Anfang an orientiert und damit einverstanden gewesen; es habe Konsens geherrscht. Bezeichnend sei, dass er die Überstunden erst geltend gemacht habe, als ihm die Beförderung verweigert worden sei.

Schliesslich habe der Kläger den Beweis nicht erbracht, dass Überstunden angeordnet worden und notwendig gewesen seien. Dies trotz der Beweiserleichterung gemäss Art. 42 OR.

(...)

Auch bleibe das Ergebnis das Gleiche, wenn der GAV anwendbar wäre. Der Pikettdienst zu Hause sei nach dem GAV 2000 nicht zu entschädigen. Die Wegleitung des SECO sei zurückgezogen worden und könne daher nicht als Auslegungshilfe herangezogen werden. Dem GAV sei zu entnehmen, dass Überstunden hätten visiert, erfasst und gemeldet werden müssen. Der Kläger habe die Meldung während 37 Monaten unterlassen und damit sei sein Anspruch verwirkt. Die Klage sei abzuweisen.

III.

1.

Der Kläger macht vorliegend eine Entschädigung für in Form vom Pikettdienst geleistete Überzeit geltend. Bestritten ist alsdann, ob der gesamte geleistete Pikettdienst als volle Arbeitszeit oder nur die effektive Einsatzzeit während des Pikettdienstes zu entschädigen ist.

(...)

3.

Sachverhaltsmässig ist davon auszugehen, dass der Kläger während der Pikettzeiten die Verpflichtung hatte, innert 15 Minuten einsatzbereit zu sein, sich aber zu Hause aufhielt.

Der Kläger brachte erstinstanzlich vor, dass es sich bei dem von ihm unbestrittenermassen geleisteten Dienst um Pikettdienst in Arbeitsbereitschaft handle, weshalb die volle Pikettbereitschaft normale Arbeitszeit darstelle und entsprechend mit dem aus dem Monatslohn berechneten Stundenlohn zu entschädigen sei.

In Ziffer 34.00.7 des GAV 2000 ist die Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte geregelt. Demnach gelten für Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen die Bestimmungen, welche demnächst mit dem Kanton Bern ausgehandelt und in der neuen VOA festgeschrieben werden. Bis diese Regelung in Kraft tritt, darf die Arbeitszeit für Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen 55 Stunden pro Woche nicht überschreiten. Pikettdienst in der Nacht und an Wochenenden im Spital gilt uneingeschränkt als Arbeitszeit (Ziff. 34.30.3 GAV 2000). Für diese Zeiten werden keine Zulagen ausgerichtet.

Der Pikettdienst ausserhalb des Betriebs ist in Ziffer 34.30.2 des GAV 2000 geregelt. Während des Pikettdienstes steht die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter ausserhalb des Betriebs entsprechend dem Einsatzdispositiv auf Abruf bereit. Die Zeit, während welcher die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter effektiv beschäftigt ist, gilt als Arbeitszeit. In der Regel wird diese Zeit kompensiert.

Im GAV 2004 ist die Arbeitszeit für Assistenz- und Oberärzte in Art. 11.2 geregelt, wonach für Assistenzärzte und -ärztinnen sowie Oberärzte und -ärztinnen die Bestimmungen der kantonalen Verordnung über

die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals und – soweit anwendbar – des Arbeitsgesetzes gelten. Durch den Verweis auf die genannte Verordnung wird diese vollumfänglich integrierender Vertragsbestandteil des Anstellungsverhältnisses zwischen den Parteien und für diese verbindlich.

Gemäss der systematischen Stellung von Ziff. 34.10.7 GAV 2000 und Art. 11.2 GAV 2004 gelten für Oberärzte durch Verweis die Arbeitszeitbestimmungen der Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals und insbesondere nicht die Bestimmungen über den Pikettdienst (30 Minuten-Regel) gemäss Art. 11.6 GAV 2004.

Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals führt aus, dass die Zeit, während der sich die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter gemäss Dienstplan ausserhalb des Betriebsgeländes auf Abruf zum Einsatz bereithalten muss (Pikettdienst), nicht als Arbeitszeit gilt. Einsätze während dieses Dienstes gelten jedoch als Arbeitszeit.

Diese Regelung entspricht derjenigen in Art. 15 Abs. 1 und 2 ArGV 2. Abs. 2 von Art. 15 ArGV 2 hält fest, wenn der Pikettdienst ausserhalb des Betriebes geleistet wird, die zur Verfügung gestellte Zeit soweit an die Arbeitszeit anzurechnen ist, als der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin tatsächlich zur Arbeit herangezogen wird. Die Wegzeit zu und von der Arbeit ist in diesem Fall an die Arbeitszeit anzurechnen. Wenn der Pikettdienst hingegen im Betrieb geleistet wird, stellt die gesamte zur Verfügung gestellte Zeit Arbeitszeit dar (Art. 15 ArGV Abs. 1).

Nach dem Dargelegten steht fest, dass die vom Kläger zu Hause geleisteten Pikettdienste, soweit es nicht zu einem effektiven Einsatz gekommen ist, nicht als Arbeitszeit gelten.

Ab dem 1. Januar 2010 hat der Bundesrat eine neue Regelung für den Pikettdienst an Spitälern erlassen (Art. 8a nArGV 2, SR 822.112). Die neuen Bestimmungen über die Anzahl der aufeinander folgenden Arbeitstage, die Nacharbeit und den Pikettdienst berücksichtigen die besonderen Anforderungen an den Gesundheitsbereich.

Der Medienmitteilung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements EVD vom 27. November 2009 ist zu entnehmen, dass der neue Art. 7 Abs. 2 ArGV 2 zur Gewährleistung der Kontinuität bei der Behandlung der Patienten eine Erweiterung der Arbeitswoche auf sieben Tage vorsehe. Eine derartige Organisation der Arbeitszeit setze die Erfüllung mehrerer Bedingungen voraus, welche den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer zum Ziel hätten. Die neue Bestimmung (Art. 8a ArGV 2) bezüglich des Pikettdienstes regle für die Spitäler und Kliniken die Frage der Frist zwischen der Einberufung des Arbeitnehmers und seinem Eintreffen am Arbeitsplatz: die Frist müsse mindestens 30 Minuten betragen. Sei die Frist kürzer, habe der Arbeitgeber dem betroffenen Arbeitnehmer einen Ausgleich in Form von Freizeit zu gewähren. Dieser Ausgleich berücksichtige die Zeit, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung stelle,

ohne dass er effektiv zum Arbeitseinsatz komme, mit einer Zeitgutschrift von 10% der inaktiven Pikettdienstzeit.

Diese Neuregelung der inaktiven Pikettdienstzeit ab 1. Januar 2010 lässt den Rückschluss zu, dass bis anhin die inaktive Pikettdienstzeit nicht entschädigt worden ist. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass vor dem Inkrafttreten der Neuregelung – wie der Kläger geltend macht – 100% der inaktiven Pikettdienstzeit zu entschädigen ist und ab 1. Januar 2010 lediglich nur noch 10%.

Im Weiteren kann nicht argumentiert werden, es liege eine unechte Gesetzeslücke vor. Von einer unechten Gesetzeslücke wird gesprochen, wenn dem Gesetzeswortlaut zwar eine Regel zu entnehmen ist, diese aber zu einem Ergebnis führt, das sachlich nicht befriedigt. Der richterlichen Ausfüllung unechter Lücken sind jedoch sehr enge Grenzen gesetzt. Die Lückenfüllung gilt nur da als zulässig, wo der Gesetzgeber sich offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat, oder sich die Verhältnisse seit Erlass eines Gesetzes in einem solchen Masse gewandelt haben, dass die Vorschrift unter gewissen Gesichtspunkten nicht bzw. nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird.

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für die Annahme einer unechten Gesetzeslücke nicht erfüllt, da die anwendbaren Rechtsnormen eine klare Regelung enthalten und keine Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass sich der Gesetzgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder die Anwendung der Vorschriften nicht mehr befriedigt bzw. rechtsmissbräuchlich wird. Vielmehr ist die sich aus den anwendbaren Normen ergebende Lösung sachgerecht und wurde vom Bundesgericht im Rahmen einer Willkürprüfung als haltbar bezeichnet.

Schliesslich ist festzuhalten, dass aufgrund des formellen Aufbaus von Art. 11 des GAV 2004 für die Oberärzte und Assistenzärzte eine andere Regelung der Arbeitszeit gilt (Art. 11.2), als für das restliche Spitalpersonal (Art. 11.3–11.6). Dies bedeutet, dass – wie oben bereits ausgeführt – die 30-Minutenregel in Art. 11.6 des GAV 2004 für Oberärzte und Assistenzärzte nicht anwendbar ist. Für die Assistenz- und Oberärzte gilt – wie ausgeführt – die Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals vom 22. März 2000. Auch der GAV 2000 sieht eine eigene Arbeitszeitbestimmung für die Assistenz- und Oberärzte vor (Ziff. 34.10.7).

Die Ungleichbehandlung von Assistenz- und Oberärzten und dem übrigen Spitalpersonal ist im Hinblick auf die Anforderungen und der damit verbundenen Verantwortung sachgerecht.

Das vom Kläger oberinstanzlich zu den Akten gereichte Schreiben verschiedener Personalverbände vom 22. Dezember 2004 führt zu keinem anderen Ergebnis, da Art. 11.6 GAV 2004 vorliegend nicht anwendbar ist.

Der inaktive Pikettdienst ausserhalb des Betriebsgeländes gilt für den Kläger nicht als Arbeitszeit. Der Kläger hat im rechtserheblichen Sachverhalt nicht nachgewiesen, dass seine anrechenbare Arbeitszeit (übliche Be-

triebszeiten, Bereitschaftsdienst im Spital sowie die Einsätze während des Pikettdienstes zu Hause) die Höchstarbeitszeit gemäss dem Arbeitsgesetz überschritten hat. Der Kläger hat es insbesondere unterlassen, im Verfahren zu behaupten bzw. zu beweisen, wie lange die jeweiligen Einsätze während des zu Hause geleisteten Pikettdienstes gedauert haben.

Es ist daher nicht bewiesen, dass der Kläger Überzeit geleistet hat, welche zu entschädigen gewesen wäre. Der Kläger trägt gemäss Art. 8 ZGB die Folgen der Beweislosigkeit und die Klage ist abzuweisen.

Eingesandt von Corinne D'Angelo, a.o. Obergerichtsschreiberin

Kanton Basel-Stadt

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 5. Oktober 2009

OR 327a I, 340a I, 340c II. Zu den Voraussetzungen von Vereinbarungen über die Rückzahlung von Weiterbildungskosten durch den Arbeitnehmer. Analoge Anwendung der Vorschriften über die zulässige Dauer und den Wegfall eines Konkurrenzverbotes auf gültige Rückzahlungsvereinbarungen bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Eine vorübergehende unverschuldete Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist noch kein begründeter Anlass für eine Kündigung durch die Arbeitgeberin, hingegen eine wiederholte und längere Zeit andauernde Arbeitsunfähigkeit. Reduktion der zurückzubezahlenden Weiterbildungskosten aufgrund der fehlenden Vorwerfbarkeit der Arbeitsunfähigkeit als Kündigungsgrund und aufgrund des eingeschränkten konkreten Nutzens der Weiterbildung für den Arbeitnehmer.

Sachverhalt:

N. trat am 1. November 2007 bei der L. AG als Junior System-Engineer ein. Der Lohn betrug dreizehnmal Fr. 5500.– pro Jahr. In der Folge schlossen die Parteien fünf Ausbildungsverträge ab. Sie waren jeweils mit «Vertrag über die Gewährung von Ausbildungsbeiträgen und Arbeitszeiterleichterungen bei Weiterbildungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter» überschrieben. Die Weiterbildungen waren auf dem Gebiet der Informatik. Der Arbeitnehmer konnte jeweils ein Ausbildungsdiplom erwerben. Die Gesamtkosten der Ausbildung betragen Fr. 20 778.–. Zudem wurde vereinbart, dass der Arbeitnehmer zur sofortigen und vollumfänglichen Rückerstattung der vergüteten Weiterbildungskosten verpflichtet sei, wenn er aus Gründen, die er zu vertreten habe, die Arbeitgeberin vor Ablauf von einem Jahr nach Abschluss der Weiterbildung verlasse. Die Frist beginne mit dem ersten Tag des Kalendermonats, in dem die Ausbildung abgeschlossen werde. N. schloss seine Ausbildung mit Kosten von Fr. 5164.– am 7. Dezember 2007, eine weitere Ausbildung mit Kosten von Fr. 5164.– am 21. Dezember 2007, eine dritte Ausbildung mit Kosten von Fr. 4010.– am 4. April 2008, eine vierte Ausbildung über Fr. 3160.– am 25. April 2008 und schliesslich eine fünfte Ausbildung über Fr. 3280.– am 9. Mai 2008 ab. N. war in der Zeit von Januar bis Ende Juni 2008 an 24 Tagen wegen eines Reizdarmsyndroms arbeitsunfähig. Am 16. Juli 2008 kündigte die L. AG das Arbeitsverhältnis auf den 31. August 2008. In der Kündigung wies sie darauf hin, dass der Arbeitnehmer während der letzten Monate vermehrt vom Arbeitsplatz fern geblieben sei, was für sie wirtschaftlich nicht tragbar sei. Sie sei als Dienstleistungsunternehmen

darauf angewiesen, dass ihre Mitarbeiter die mit den Kunden vertraglich vereinbarten Leistungen ordnungsgemäss, zuverlässig und termingerecht erbringen könnten. In der Folge verlangte die L. AG vom Arbeitnehmer unter Berufung auf die Weiterbildungsverträge die Rückzahlung von Fr. 10 000.– Weiterbildungskosten und damit fast der Hälfte der diesbezüglichen Aufwendungen, die sie für den Kläger getätigt hatte. Am 5. Oktober 2009 verurteilte das Gewerbliche Schiedsgericht N. zur Zahlung von Fr. 3200.– Weiterbildungskosten an die L. AG, wobei es was folgt ausführte (das Appellationsgericht Basel-Stadt wies am 15. März 2010 eine von N. gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ab):

Aus den Erwägungen:

Die Arbeitsvertragsparteien können die Rückzahlung von Weiterbildungskosten, die die Arbeitgeberin für ihren Arbeitnehmer aufwendet, vereinbaren. Vorausgesetzt wird dabei, dass es sich dabei nicht um eine blossе Einarbeitung in die Tätigkeit, die der Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin erfüllt, handelt. Solche Kosten gehören zu den durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen (Art. 327a Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer muss aus einer Weiterbildung, deren Kosten zurückgefordert werden können, einen dauerhaften Nutzen erlangen können, der losgelöst vom konkreten Arbeitsverhältnis besteht. Dies ist erfüllt, wenn der Arbeitnehmer ein Ausbildungsziel erreichen kann, das er auf dem Arbeitsmarkt entsprechend verwerten kann. Zum Teil wird verlangt, dass der Arbeitnehmer mit der Weiterbildung ein eigentliches Diplom erhalten kann. Eine Rückzahlungsvereinbarung bezüglich Weiterbildungskosten muss ausdrücklich getroffen werden. In der Regel wird sie schriftlich ausgestaltet. Die Rückzahlungsvereinbarung muss den Gesamtbetrag aufführen, den der Arbeitnehmer zurückbezahlen muss. Zudem ist die Rückzahlungsverpflichtung degressiv auszugestalten und darf in Anlehnung an Art. 340a Abs. 1 OR höchstens drei Jahre lang dauern, weil sie den Arbeitnehmer daran hindern kann, das Arbeitsverhältnis zu kündigen. Aus diesem Grund werden darauf zudem die Vorschriften über den Wegfall eines Konkurrenzverbotes in Art. 340c OR analog angewendet. Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt das Konkurrenzverbot dahin, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihr der Arbeitnehmer dazu einen begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, durch die Arbeitgeberin zu verantwortenden Anlass auflöst (vgl. AGER ZH JAR 1999, 327; OGer BL BJM 1990, 188; THOMAS GEISER, Arbeitsvertragsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Weiterbildung, recht 1996, 31 ff. Rz. 2.18 ff.; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 327a OR N 7, S. 335 f.; Art. 335a OR N 3, S. 612 ff.).

Vorliegend stellte sich N. als erstes auf den Standpunkt, dass die Weiterbildungsvereinbarungen im Zusammenhang mit der Rückzahlung voraussetzten, dass der Kündigungsgrund von ihm zu vertreten sei. Darunter

verstand er, dass er den Kündigungsgrund entweder fahrlässig oder vorsätzlich verursacht haben müsse, was bei seiner Arbeitsunfähigkeit nicht der Fall gewesen sei. Art. 340c Abs. 2 OR spricht im zweiten Teilsatz von einem zu verantworteten Anlass. Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass dem Arbeitnehmer weder eine Vertragsverletzung noch ein Verschulden vorgeworfen werden muss, damit das Konkurrenzverbot trotz der Kündigung seitens der Arbeitgeberin weiterhin Gültigkeit hat (BGE 130 III 353 E. 2.2.1; STREIFF/VON KAENEL, Art. 340c OR N 3, S. 872 m.H.). Dass gemäss den unter den Parteien abgeschlossenen Ausbildungsvereinbarungen der Kündigungsgrund vom Arbeitnehmer nicht zu vertreten sein durfte, stellt im Vergleich zu Art. 340c Abs. 2 OR keine höheren Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers. Der Kündigungsgrund muss sich in der Person des Arbeitnehmers verwirklicht haben. Dies ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise schlechte Arbeitsleistungen oder ein mangelhaftes Verhalten aufweist. Falls der Kündigungsgrund weder in der Person des Arbeitnehmers noch derjenigen des Arbeitgebers liegt und damit ein objektiver Grund darstellt, wird darauf abgestellt, welchem Risikobereich dieser Kündigungsgrund zuzuordnen ist. Beispielsweise trägt die Arbeitgeberin für eine schlechte Wirtschaftslage das sogenannte Betriebsrisiko nach Art. 324 OR. Krankheit als Kündigungsgrund ist kein objektiver Grund, sondern liegt in der Person des Arbeitnehmers begründet. In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob eine Krankheit des Arbeitnehmers ein begründeter Anlass für eine Kündigung im Zusammenhang mit dem Wegfall eines Konkurrenzverbotes sein kann. VISCHER hält dafür, dass Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen, nicht generell in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fallen, so dass zum Beispiel eine länger dauernde Krankheit nicht ohne Weiteres einen begründeten Anlass für eine Kündigung bilde (FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 3. Auflage 2007, S. 283). Anderer Meinung sind hingegen weitere Autoren, die sich zu dieser Frage äussern. STAEHELIN weist darauf hin, dass das Konkurrenzverbot weiter besteht, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer wegen einer länger andauernden unverschuldeten Krankheit ohne Missachtung von Art. 336c OR kündigt (ADRIAN STAEHELIN, *Zürcher Kommentar*, 1996, Art 340c OR N 8, S. A778). Im gleichen Sinne äussern sich BOHNY (PETER BOHNY, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, 1988, S. 145) und das Personalrekursgericht des Kantons Aargau in einem Entscheid vom 31.3.2005 (AGVE 2005, S. 513, E. 4c). STREIFF/VON KAENEL (Art. 340c OR N 7, S. 876) und NEERACHER (CHRISTOPH NEERACHER, *Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, 2001, S. 76) lassen ein Konkurrenzverbot aufrechtstehen, wenn die Arbeitgeberin kündigt, weil der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen der Arbeit nicht mehr gewachsen ist. Es ergibt sich daraus, dass eine Kündigung, die wegen einer vorübergehenden unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen wird, noch keinen begründeten Anlass zur Kündigung darstellt und demnach das Konkurrenzverbot wegfallen lässt

(Personalrekursgericht AG, AGVE 2005, E. 4c). Dies war vorliegend jedoch nicht der Fall. Der Arbeitnehmer war wiederholt und dadurch längere Zeit krankheitshalber an der Arbeit verhindert. Das Arbeitsverhältnis dauerte vom 1. November 2007 bis 31. August 2008. In der Zeit von Januar bis Ende Juni 2008 fehlte der Arbeitnehmer an 24 Arbeitstagen.

Vorliegend sahen die Ausbildungsvereinbarungen vor, dass der Arbeitnehmer nur dann die Ausbildungskosten zurückzubezahlen hatte, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der betreffenden Ausbildung zu Ende ging. Dabei unterschieden sie bezüglich der Höhe der Rückerstattung nicht, ob das Arbeitsverhältnis kurz nach dem Ausbildungsende oder erst nach Ablauf eines Jahres beendet wurde. Diese Regelung widersprach der Anforderung, dass eine Rückzahlungsklausel degressiv ausgestaltet sein muss und sich daher die Kosten mit zunehmender Dauer seit Beendigung der Ausbildung reduzieren müssen. Zunächst war deshalb der vom Arbeitnehmer maximal überhaupt noch zu leistende Rückzahlungsbetrag aufgrund der unterschiedlichen Beendigungszeitpunkte der Ausbildungen zu bestimmen. Dies ergab einen Betrag von maximal Fr. 9550.–. Bei der Bemessung der Höhe der zurückzubezahlenden Ausbildungskosten berücksichtigte das Gericht, dass die Ausbildungen, die der Arbeitnehmer machte, zwar die Grundlage für weitere Ausbildungen darstellten, aber aufgrund des dabei vermittelten Spezialwissens nur beschränkt von Dauer waren. Hinzu kam, dass der Arbeitnehmer, was unbestritten blieb, bei der jetzigen Arbeitsstelle ebenfalls im Informatikbereich keinen Nutzen aus diesen Ausbildungen ziehen konnte. Nicht bestritten war auch, dass der Arbeitnehmer vergeblich nach einer Stelle gesucht hatte, bei der er das erworbene Wissen hätte anwenden können. Ferner wurde berücksichtigt, dass der Arbeitnehmer ohne Verschulden krank geworden war. Unter all diesen Umständen setzte das Gericht den vom Arbeitnehmer zurückzubezahlenden Anteil an den rückerstattungsfähigen Ausbildungskosten auf einen Drittel beziehungsweise auf Fr. 3200.– fest.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 9. November 2009

AVG 20 i.V.m. AVV 48a. Eine Temporärfirma hat insbesondere die Vorschriften eines allgemeinverbindlichen GAV über die Lohnfortzahlung bei Krankheit, dem der Einsatzbetrieb untersteht, einzuhalten.

OR 324a; LMV 2008 64 III lit. g für das Bauhauptgewerbe. Nach LMV ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, Arbeitnehmer für Arbeitsunfähigkeiten aus vorbestehenden Leiden generell schlechter zu versichern als für erstmals auftretende Krankheiten.

Sachverhalt:

T. wurde durch die M. AG mit Einsatzvertrag vom 28.11.2008 mit Einsatzbeginn am 1. Dezember 2008 bei der I. Bau AG als Kranführer eingesetzt. Im Einsatzvertrag wurde ausdrücklich angemerkt, dass die Einsatzfirma dem allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag Bauhauptgewerbe unterstand. T. war vom 23. Februar bis 21. April 2009 zu 100% arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit wurde der Krankentaggeld-Versicherung angemeldet, die in der Folge Taggelder zu je Fr. 174.– während 30 Tagen an die M. AG ausbezahlte. Für die Folgezeit verweigerte die Versicherung jedoch weitere Leistungen, wobei sie auf den Krankentaggeld-Versicherungsvertrag verwies. Darin war die Leistungsdauer für vorbestehende Leiden, die zu einer Arbeitsunfähigkeit führen, auf 30 Tage beschränkt. Mit Klage vom 4. August 2009 verlangte T. die Verurteilung der M. AG zur Zahlung von Fr. 5220.– für die Zeit vom 23. März bis 21. April 2009. Das Gewerbliche Schiedsgericht hiess die Klage am 9. November 2009 vollumfänglich gut. Die M. AG reichte gegen dieses Urteil beim Appellationsgericht rechtzeitig Beschwerde ein, die sie jedoch nach Vorliegen der Vernehmlassung des Gewerblichen Schiedsgerichts zurückzog. Das Gewerbliche Schiedsgericht begründete sein Urteil darin wie folgt:

Aus den Erwägungen:

Nach Art. 20 des Arbeitsvermittlungsgesetzes haben Temporärfirmen, wenn die Einsatzfirma einem allgemein verbindlichen Gesamtarbeitsvertrag untersteht, die Lohn- und Arbeitszeitbestimmungen des betreffenden Gesamtarbeitsvertrages einzuhalten. Was darunter zu verstehen ist, definiert Art. 48a der Verordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz (AVV). Unter Lohnbestimmungen fallen danach insbesondere die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR bei Krankheit des Arbeitnehmers sowie der Prämienanteil des Arbeitnehmers bei einer für ihn abgeschlossenen Krankentaggeld-Versicherung. Der Landesmantelvertrag 2008 sieht in Art. 64 vor, dass der Betrieb verpflichtet ist, die dem Landesmantelvertrag unterstellten Arbeitnehmer kollektiv für ein Taggeld von 80% des wegen Krankheit ausfallenden, der normalen vertraglichen Arbeitszeit entsprechenden zuletzt bezahlten Lohnes zu versichern. Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a OR vollumfänglich abgegolten. In Absatz 3 dieser Vorschrift werden minimale Versicherungsbedingungen aufgeführt, die einzuhalten sind. Unter anderem wird bestimmt, dass die Versicherung 80% des Lohnes während 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinander folgenden Tagen zu entschädigen hat. Zudem habe sie Leistungen nach Art. 324a OR bei Arbeitnehmenden vorzusehen, für welche die Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter Vorbehalt versichert werden könnten.

Nach Art. 324a OR ist der Arbeitgeber im Falle einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge Krankheit dazu verpflichtet, diesem den Lohn während einer beschränkten Zeit weiter zu bezahlen, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens drei Monate gedauert hat. Werden durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessen längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen (Absatz 2). Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist (Absatz 4). Der vorliegend anwendbare Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe hat von dieser Möglichkeit nach Art. 324a Absatz 4 OR Gebrauch gemacht, indem er bestimmt, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Krankentaggeld-Versicherung zu den genannten Leistungen zu versichern hat. Diese Leistungen werden nach der Rechtsprechung als gleichwertig im Sinne von Art. 324a Abs. 4 OR angesehen. Weder Art. 324a OR noch Art. 64 des Landesmantelvertrages des Bauhauptgewerbes unterscheiden danach, ob es sich beim gesundheitlichen Leiden, das zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers führt, um ein vorbestehendes oder um ein unabhängig von früher durchgemachten Krankheiten gesundheitliches Leiden handelt. In Art. 64 Abs. 3 lit. g des Landesmantelvertrages ist lediglich der Vorbehalt vorhanden, dass die Versicherung Leistungen nach Art. 324a OR vorzusehen habe, wenn der Arbeitnehmer für Krankentaggeld-Leistungen nicht oder nur unter einem Vorbehalt versichert werden könne. Es handelt sich dabei um eine Ausnahmebestimmung, die der Situation Rechnung trägt, dass im konkreten Fall eines Arbeitnehmers sich die Versicherung weigert, diesen aufgrund seines Gesundheitszustandes überhaupt zu versichern, oder nur bereit ist, dies unter einem Vorbehalt zu tun. Diese Vorschrift sieht jedoch nicht vor, dass der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer für den Fall eines vorbestehenden Leidens generell in Abweichung von Art. 64 Abs. 3 schlechter versichern kann als für die übrigen Leiden.

Vorliegend hatte die Krankentaggeld-Versicherung bezüglich dem Kläger beim Abschluss der Versicherung keinen Vorbehalt angebracht. Erst als der Arbeitnehmer erkrankte, erklärte sie nach Einholung von Informationen bei den Ärzten, dass es sich beim Leiden des Arbeitnehmers um ein vorbestehendes handle, so dass ihre Leistungspflicht auf 30 Tage gemäss Krankentaggeld-Versicherungsvertrag beschränkt sei. Der Kläger gab in der Hauptverhandlung an, dass er an Arm- und Schulterschmerzen leide, die für seine Arbeitsunfähigkeit verantwortlich seien. Er habe bereits im Jahre 2006, als er bei einem anderen Arbeitgeber angestellt gewesen sei, unter vergleichbaren Schmerzen gelitten. Es war unter diesen Voraussetzungen überhaupt einmal fraglich, ob die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers durch ein vorbestehendes Leiden hervorgerufen wurde. Die Be-

klagte behauptete nicht, dass der Kläger diese im Jahre 2006 aufgetretenen Schmerzen bei Abschluss des Krankentaggeld-Versicherungsvertrages hätte angeben müssen bzw. dass er dies nicht getan habe. Jedenfalls war festzustellen, dass die Versicherung ihm gegenüber keinen Vorbehalt angebracht hatte. Da sie Taggeldleistungen erbrachte, war sie offensichtlich nach wie vor bereit, ihn trotz dieses gesundheitlichen Leidens zu versichern. Dass sie einen Vorbehalt angebracht hätte, wenn sie vom Leiden des Arbeitnehmers beim Abschluss der Versicherung gewusst hätte, wurde weder behauptet noch wäre dies erwiesen. Es musste deshalb davon ausgegangen werden, dass die Versicherung nur deshalb keine weiteren Taggelder erbrachte, weil die Beklagte im Krankentaggeld-Versicherungsvertrag, den sie für alle ihre Arbeitnehmer abschloss, einen generellen Vorbehalt für vorbestehende Leiden aufnehmen liess. Damit verletzte sie den Gesamtarbeitsvertrag und musste dem Arbeitnehmer dafür Ersatz leisten, was er bei richtiger Erfüllung des Gesamtarbeitsvertrages durch die Beklagte von der Versicherung erhalten hätte. Dabei wurde, nicht zuletzt aufgrund der Erfahrung des Gerichts in solchen Fragen, angenommen, dass es der Beschwerdeführerin durchaus möglich gewesen wäre, ihre Arbeitnehmer bei der betreffenden Versicherung oder sonst bei einem anderen Versicherungsunternehmen auch für Arbeitsunfähigkeiten aufgrund vorbestehender Leiden unter den Anforderungen in Art. 64 Abs. 3 des Landesmantelvertrages zu versichern. Die von der Beschwerdeführerin auf die entsprechende Frage des Gerichts geäußerte gegenteilige Behauptung war nicht fundiert und darüber hinaus, wie die Beschwerdeführerin selber erklärte, auch nicht belegt. Aus diesen Gründen war die Klage, mit der der Kläger für die Zeit vom 23. März bis und mit 21. April 2009 und damit 30 Taggelder zu Fr. 174.–, insgesamt Fr. 5220.–, geltend machte, vollumfänglich gutzuheissen.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 30. November 2009

OR 334. Befristeter Arbeitsvertrag mit Maximalfrist und Kündigungsmöglichkeit auf früheren Zeitpunkt.

OR 324, 335c. Die Arbeitgeberin hat den Arbeitnehmer bei einem Arbeitsvertrag mit Stundenlohn, aber ohne garantierte Stundenzahl während der Kündigungsfrist angemessen zu entschädigen. Vorliegend wurde eine Entlöhnung ausgehend von einer 50%-Beschäftigung als angemessen angesehen.

Sachverhalt:

Der Arbeitnehmer G. und die Temporärfirma C. schlossen am 20. Oktober 2008 einen befristeten Arbeitsvertrag über den Einsatz von G.

als Software Engineer bei der Versicherung B. ab. Als Arbeitsbeginn waren der 1. November 2008 und als Arbeitsende der 30. Juni 2009 angegeben. Zudem wurde in den Allgemeinen Arbeitsbedingungen, die einen integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags bildeten und für alle Arbeitsverhältnisse Gültigkeit hatten, vorgesehen, dass der Arbeitsvertrag gekündigt werden konnte. Eine Kündigungsfrist wurde nicht vertraglich festgesetzt. Die Arbeitszeit betrug 100% der Referenz-Sollzeit von 40 Wochenstunden. Der Arbeitnehmer war im Stundenlohn beschäftigt, wobei der Bruttostundenlohn mit Fr. 64.80 je verrechenbarer Kundeneinsatzstunde angegeben wurde, der aus einem Grundlohn von Fr. 60.– sowie einem Ferienanteil von Fr. 4.80 bestand. Als rechnerische Basis wurde eine Jahresstundenzahl von 1840 Stunden zuzüglich 160 Ferienstunden aufgeführt. Ferner hatte G. Anspruch auf Auslagenersatz von Fr. 10.– pro Arbeitsstunde. Einig waren sich die Parteien darin, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer G. beim Vertragsschluss ausdrücklich die Wahl liess, ob er einen Arbeitsvertrag mit Monatslohn oder einen solchen mit einem höheren Stundenlohn abschliessen wollte. G. habe sich für die zweite Variante entschieden, weil er so die Möglichkeit gehabt habe, mehr zu verdienen, falls der Kunde der Arbeitgeberin ihn zu 100% einsetzte. Da die Versicherung B. den Arbeitnehmer nicht mehr benötigte, kündigte die Temporärfirma C. am 30. März 2009 das Arbeitsverhältnis auf Ende April 2009. Im April kam G. während 81 Stunden zum Einsatz und erhielt dafür den Lohn ausbezahlt. Mit Klage vom 1. Juli 2009 verlangte G. die Verurteilung der Temporärfirma C. namentlich zur Lohnzahlung für die Zeit vom 20. April bis 30. Juni 2009 im Umfang von Fr. 26 956.80. Das Gewerbliche Schiedsgericht wies den Lohnanspruch am 30. November 2009 vollumfänglich ab, wobei es Folgendes erwogen hat:

Aus den Erwägungen:

Es handelte sich um einen befristeten Arbeitsvertrag (Art. 334 OR) mit Maximalfrist bei gleichzeitiger Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit auf einen früheren Zeitpunkt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2006, Art. 334 OR N 5, S. 588). Da die Parteien vertraglich keine Kündigungsfrist festlegten, kam eine einmonatige Frist auf das nächste Monatsende nach Art. 335c Abs. 1 OR zur Anwendung. Die Arbeitgeberin kündigte am 30. März 2009 mündlich rechtsgültig auf Ende April 2009. Die schriftliche Kündigung, die G. am 1. April 2009 zugestellt wurde, war lediglich eine Bestätigung der bereits erfolgten Kündigung.

Aus der Vereinbarung einer Arbeitszeit von 100% der Referenzsollzeit von 40 Wochenstunden leitete G. einen Anspruch darauf ab, dass er während der Kündigungsfrist in diesem Umfang pro Woche zu entlöhen war. Dies stand im Widerspruch dazu, dass die Parteien einen Stundenlohn vereinbarten, nachdem G. die Wahl zwischen einem Arbeitsvertrag mit Monatslohn und einem solchen mit Stundenlohn hatte. Da der Monats-

lohnvertrag von einem geringeren Lohnansatz pro Stunde ausging, wählte G. offensichtlich den Stundenlohnvertrag, weil er sich erhoffte, bei einem 100%-Einsatz durch die Einsatzfirma mehr zu verdienen. Entsprechend wurden dem Arbeitnehmer in den Vormonaten nur die geleisteten Stunden ausbezahlt, im November 2008 85 Stunden, im Dezember 2008 162 Stunden, im Januar 2009 122,5 Stunden, im Februar 2009 164 Stunden und im März 2009 164 Stunden, wobei die Lohnabrechnungen jeweils die Zeit vom 21. Tag des Vormonats bis zum 20. Tag des laufenden Monats umfassten. Dem Arbeitnehmer wurde damit vertraglich keine bestimmte Stundenanzahl garantiert. Diese richtete sich vielmehr nach den Bedürfnissen des Einsatzbetriebes. Damit die Kündigungsfristen nicht ihren Sinn verlieren, hat der Arbeitnehmer auch im Arbeitsverhältnis ohne bestimmte garantierte wöchentliche Arbeitszeit, insbesondere in einem Abrufarbeitsverhältnis, Anspruch auf eine angemessene Beschäftigung und entsprechende Lohnzahlung (BGE 125 III 65 E. 4baa). Bei der Bestimmung des angemessenen Arbeitsvolumens während der Kündigungsfrist kann im unterjährigen Arbeitsverhältnis nicht einfach auf den Durchschnitt der bisherigen monatlichen Arbeitsstunden abgestellt werden. Dieser hätte ausgehend von den Monaten November 2008 bis März 2009 und damit unter Ausklammerung der umstrittenen 81 Arbeitstunden im April 2009 154,6 Arbeitsstunden betragen (854 total ausbezahlte Stunden abzüglich 81 Aprilstunden, verteilt auf fünf Monate). Vielmehr waren auch mögliche weitergehende Schwankungen einzubeziehen, weil Erfahrungswerte aus früheren Jahren fehlten. Daher wurde davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer auch mit einer in einzelnen Monaten möglichen bloss 50%-Beschäftigung rechnen musste. Im Monat April 2009 musste G. ausgehend von 40 Wochenstunden bei einer 100%-Beschäftigung während mindestens 80 Stunden eingesetzt und bezahlt werden, was vorliegend mit 81 Arbeitsstunden der Fall war.

Eingesandt von F. Emmel, Gerichtsschreiber

Kanton Freiburg

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 1^{er} mai 2009 (Rejet du recours interjeté contre le jugement de la Chambre des Prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine du 10 octobre 2007)

343 IV CO. La maxime inquisitoire sociale prévue en droit du travail ne permet pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves, seul l'état de fait juridiquement pertinent pour les conclusions étant soumis au devoir d'investigation. L'art. 8 CC n'empêche pas le juge de refuser d'administrer une preuve lorsqu'il est d'avis que le moyen requis ne peut fournir la preuve attendue ou ne peut modifier sa conviction fondée sur les preuves déjà administrées (c. 2.b).

336 CO. C'est le motif réel du licenciement qui est déterminant pour juger du caractère abusif ou non de la résiliation. Les motifs économiques invoqués ne doivent pas constituer un simple prétexte. Tel est le cas lorsque le poste de travail prétendument objet d'une mesure d'économie est repourvu par une personne nouvellement engagée. Il est douteux qu'une restructuration de l'entreprise ne soit pas documentée par la production des nouveaux organigrammes ou autres schémas explicatifs (c. 4.a-b).

336 I let. a CO. Peut être qualifié d'abusif le licenciement d'une employée en raison des traits de sa personnalité, sans que ceux-ci n'aient un quelconque lien avec le rapport de travail ou ne portent un préjudice grave à l'accomplissement de celui-ci (c. 4.e).

Extraits des faits:

Le 1^{er} février 1983, T. est entrée au service de la société E. SA (ci-après: E.), Direction régionale de Fribourg, devenue plus tard succursale de Fribourg. Le 1^{er} octobre 1989, elle a été nommée au poste d'assistante de direction. A ce titre, son salaire a évolué pour passer progressivement d'un montant mensuel de Fr. 4000.– à celui de Fr. 5600.–. Dans le courant de l'année 2003, un nouveau directeur a été nommé à la tête de la succursale de Fribourg en la personne de B. A la fin de l'année 2004, E. a procédé à une réorganisation interne, supprimé le poste de T. et affecté celle-ci à l'équipe «back office» de l'entreprise. Le lundi 7 mars 2005 à 17 heures, B. et S. (responsable du personnel au siège de la société) ont expliqué à T. qu'en raison de la restructuration de l'entreprise, ils résiliaient son contrat de travail pour le 31 août 2005, ce qui a été confirmé par écrit le même jour, et qu'elle était immédiatement libérée de son obligation de travailler. En raison de l'incapacité de travail subie par T. du 9 mars au 30 septembre

2005, le contrat de travail a pris fin le 31 janvier 2006. Suite à la réquisition de T. du 4 avril 2005, E. a confirmé, par courrier du 27 avril 2005, que le poste qu'elle occupait avait été supprimé dans le cadre de la restructuration de l'entreprise. Le 10 août 2005, T. a contesté le congé. Le 31 octobre 2005, E. a publié dans le journal *La Liberté* une annonce d'emploi pour un poste de collaborateur/trice administratif responsable du secrétariat de direction et du secteur de montage.

Par mémoire adressé le 28 juillet 2006 à la Chambre des Prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine (ci-après: la Chambre), T. a ouvert action en paiement à l'encontre de E., concluant au paiement d'un montant de Fr. 30 000.– au titre d'indemnité pour tort moral et de licenciement abusif. Par jugement rendu le 10 octobre 2007, la Chambre a admis la demande en justice déposée par T. et a condamné E. à lui verser une indemnité de Fr. 30 000.– avec intérêts à 5% l'an dès le 31 janvier 2006.

Par mémoire déposé le 9 mai 2008, E. a interjeté recours contre ce jugement, concluant au rejet de l'action de T. Elle a également requis la réouverture de la procédure probatoire.

Extraits des considérants:

2.

b) (...) En l'espèce, la requête de réouverture de la procédure probatoire repose sur le reproche que les premiers juges auraient omis de poser certaines questions à certains témoins et n'auraient de ce fait pas instruit de manière complète et impartiale. En matière prudhomme et en application de l'article 343 al. 4 CO, le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (cf. également art. 5 al. 3 et 203 CPC, applicables par renvoi de l'art. 383 CPC). L'obligation pour le juge d'établir d'office les faits ne dispense pas les parties d'une collaboration active à la procédure. Il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles. Le juge doit néanmoins s'assurer, notamment par l'interpellation des parties, que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes, mais il n'est tenu de le faire que s'il a des motifs objectifs d'éprouver des doutes sur ce point. Il n'y a en effet aucune raison de lui imposer une inquisition plus poussée que celle prévue dans d'autres procédures également dominées, à certains égards au moins, par le principe de l'instruction d'office (ATF 107 II 233 consid. 2c; ATF 130 III 102 consid. 2.2). La maxime inquisitoire prévue dans le droit du travail ne permet toutefois pas d'étendre à bien plaisir l'administration des preuves, seul l'état de fait juridiquement pertinent pour les conclusions étant soumis au devoir d'investigation. Ainsi, lors de l'audition des témoins, le juge doit interroger la personne sur les faits dont elle peut objectivement témoigner, sans être contraint par l'application de l'art. 343 al. 4 CO de lui poser des questions sur tous les faits de la cause, en particulier ceux qui pourraient être mieux élucidés par d'autres témoignages ou moyens de preuve. Le

juge n'est à l'évidence pas tenu de poser les mêmes questions à tous les témoins, la situation particulière de chacun d'eux et leur relation avec les parties devant permettre à ce magistrat de déterminer les faits dont chacun peut témoigner. Au besoin, le devoir de collaboration des parties impose à celles-ci de faire compléter l'interrogatoire. Par ailleurs, l'art. 8 CC, qui garantit le droit à la preuve et à la contre-preuve, n'empêche pas le juge de refuser d'administrer une preuve lorsqu'il est d'avis que le moyen requis ne peut fournir la preuve attendue ou ne peut modifier sa conviction fondée sur les preuves déjà administrées (arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2008, 4A_139/2008 consid. 4.2.2 et les références citées) (...)

4.

La recourante estime que l'instruction aurait dû permettre de déterminer qu'elle avait subi une restructuration avec réduction d'effectif et que le choix de licencier l'intimée dans ce cadre n'était pas arbitraire, de sorte qu'un licenciement abusif ne pouvait être retenu.

a) Selon l'art. 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. En droit suisse du travail, la liberté de la résiliation prévaut, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115/JdT 2006 I 152 consid. 2.1).

Le caractère abusif d'une résiliation peut découler non seulement de ses motifs, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Même lorsqu'elle résilie un contrat de manière légitime, la partie doit exercer son droit avec des égards. En particulier, elle ne peut se livrer à un double jeu, contrevenant de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, une violation grossière du contrat, par exemple une atteinte grave au droit de la personnalité (cf. art. 328 CO) dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître le congé comme abusif (ATF cité, consid. 2.2). S'agissant des égards dus, l'employé qui a travaillé pour un seul employeur essentiellement sans se plaindre pendant toute sa carrière professionnelle doit bénéficier de la part de son employeur d'une protection plus élevée (id., consid. 5.3). Une fidélité de longue date de l'employé augmentant le devoir d'assistance de l'employeur, le principe de l'usage modéré du droit de résilier peut être violé par un licenciement sans aucun entretien préalable, sans la moindre tentative de solution et en libérant immédiatement de l'obligation de travailler (id., consid. 5.4).

Il n'y a pas de présomption légale du caractère abusif d'un congé lorsque la motivation invoquée est fautive. La violation de l'obligation de

motiver (art. 335 al. 2 CO) ne peut entraîner que des sanctions indirectes dans le procès opposant employeur et travailleur, que ce soit au niveau de la répartition des frais et dépens ou de l'appréciation des preuves (ATF 121 III 60 consid. 3b). Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a admis précisément que le juge pouvait présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvenait à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Cet allègement de la preuve permet de tenir compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve du motif réel du licenciement (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les références citées). Or, c'est bien le motif réel du licenciement qui est déterminant pour juger du caractère abusif ou non de la résiliation. Ainsi, il est clair que les motifs économiques invoqués par l'employeur ne doivent pas constituer un simple prétexte; tel serait par exemple le cas lorsque le poste de travail, prétendument objet d'une mesure d'économie, serait repourvu par une personne nouvellement engagée (ATF 133 III 512/JdT 2008 I 29 consid. 6.3).

b) En l'espèce, la recourante a expliqué, dans sa lettre du 27 avril 2005 et en application de l'art. 335 al. 2 CO, que «*la résiliation du contrat de travail de Mme T. est intervenue après que le poste a été supprimé à la suite d'une restructuration. La nouvelle organisation de E. Fribourg (sans Valais) ne justifie plus un poste de secrétaire de direction, ainsi nous avons été dans l'obligation de réduire quelque peu l'effectif du personnel administratif.*» Par la suite, l'intimée a contesté les motifs de son congé, estimant qu'elle avait été licenciée uniquement en raison de l'aversion personnelle que lui portait le directeur B. Dans ses écritures du 19 septembre 2006, la recourante a précisé que le choix de la personne à licencier du fait de la réduction du personnel s'était porté sur l'intimée en raison de la suppression du poste de celle-ci, des lacunes de cette employée en allemand et du niveau moindre de ses prestations eu égard aux autres collaborateurs. Dans son jugement du 10 octobre 2007, la Chambre a estimé que l'intimée avait apporté la preuve de l'aversion de B. à son encontre, que celle-ci atteignait pleinement les objectifs fixés, voire les dépassait, et que les connaissances en allemand de l'intimée étaient suffisantes pour effectuer la part du travail dans cette langue. Finalement, la Chambre s'est déclarée convaincue que la restructuration de l'entreprise n'était qu'un prétexte au licenciement, le vrai motif de congé résidant dans l'aversion portée par B. à l'intimée.

c) Soutenant que la restructuration constitue le motif réel du congé, et non seulement un prétexte, et que cela est déterminant, la recourante a fait valoir que la direction n'avait plus besoin d'un secrétariat à plein temps, lequel était donc affecté à plusieurs chefs de service et que la réduction d'activité avait nécessité un licenciement. Elle précise que la personne engagée au terme du contrat de travail de l'intimée ne l'avait pas été en remplacement de celle-ci, car elle n'effectuait pas les mêmes tâches, devait

être bilingue mais de langue maternelle allemande, et remplaçait en réalité trois personnes ayant donné leur congé après le licenciement de l'intimée.

La Cour constate que, lors du licenciement intervenu en mars 2005, la structure administrative de la recourante avait déjà été modifiée depuis quelque mois. Celle-ci a en effet allégué avoir d'abord supprimé le poste de secrétaire de direction occupé par l'intimée et affecté celle-ci au back office, tâche que la recourante n'estimait pas inférieure à celle exercée auparavant. Par conséquent, la suppression du poste de secrétaire de direction n'a pas eu comme conséquence directe le licenciement de celle qui l'occupait mais une mutation, quoique brève et surtout liée au fonctionnement du nouveau directeur, au sein de l'entreprise. Par ailleurs, le 31 octobre 2005, soit pendant le délai de congé prolongé pour cause de maladie de l'intimée, la recourante a fait publier une annonce dans le quotidien [...] selon laquelle: *«Dans toutes les branches où elle est active, l'entreprise E. est le leader du marché suisse et souhaite continuer à consolider et à développer sa position. Dans ce but, pour le renforcement de notre département du Back Office au sein de l'agence de Fribourg, nous sommes à la recherche d'un/une collaborateur/trice administratif/ve. Vous êtes notamment responsable, après une introduction sérieuse et approfondie, du secrétariat de Direction et du secteur de montage. [...] Vous êtes bilingue, de langue maternelle allemande avec de bonnes connaissances de la langue française.»* Selon la recourante, ce poste n'était pas destiné à remplacer le poste supprimé de l'intimée mais à compenser des départs subséquents. Lors de son audition, la personne engagée depuis le 9 janvier 2006, M^{me} C., a déclaré avoir de bonnes connaissances de l'allemand – et donc a fortiori ne pas être de langue maternelle allemande – et passer son temps au back office montage, ce qui consiste à s'occuper de la réception, du courrier, des téléphones et parfois des clients. Les trois personnes qui ont quitté l'entreprise après le licenciement de l'intimée ont toutes été interrogées par la Chambre. W. a expliqué que sa fonction au sein de la recourante était réceptionniste, puis qu'il avait été actif dans un service leader; O. était responsable du support; C. travaillait comme secrétaire des services leader, ceux-ci étant chargés des contrats. Ainsi, comme l'intimée lors des derniers mois passés au service de la recourante, la personne nouvellement engagée a travaillé au back office; il est douteux que cette fonction avait pour but de remplacer le travail qu'effectuaient W. et C. au service leader et O. en tant que responsable du support. Les tâches décrites par C. semblent plus proches de celles qui avaient été confiées, les derniers temps au moins, à l'intimée. La recourante a par ailleurs allégué que celle-là devait être capable d'effectuer des tâches de secrétaire de direction, ce qui a effectivement été le cas pendant au moins trois mois, lorsque A. a assuré l'interim de la direction. La recourante a encore allégué que le nouveau directeur avait recours aux prestations fournies par le back office pour ses travaux de secrétariat de direction. D. a également déclaré que l'entreprise cherchait une personne pour assumer des tâches de direction.

Compte tenu de ce qui précède, la Chambre n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en retenant que le motif de licenciement invoqué, soit la restructuration de l'entreprise, n'en constitue pas le motif réel. Par ailleurs, il est étonnant que la réorganisation alléguée avec tant de vigueur n'a pas été documentée par la production des nouveaux organigrammes ou autres schémas explicatifs, tels qu'ils sont très souvent établis lorsqu'une entreprise se présentant comme le leader du marché suisse dans un domaine met en place une telle restructuration.

d) Reste néanmoins à déterminer si le congé a valablement été donné pour les autres raisons invoquées ensuite par la recourante, soit les lacunes de l'intimée en allemand et ses mauvaises performances.

aa) Dans sa réponse du 19 septembre 2006, la recourante avait indiqué que *«n'étant pas capable de travailler en allemand, la demanderesse ne pouvait d'ailleurs satisfaire que partiellement à ce besoin même réduit»*. Dans son mémoire d'appel, elle a confirmé qu'en raison de l'implantation géographique de son siège en Suisse alémanique et des nombreux clients germanophones de la succursale de Fribourg, le choix de la personne à licencier devait tenir compte des lacunes de l'intimée dans cette langue.

Dans son jugement du 10 octobre 2007, la Chambre a relevé l'incohérence des propos du témoin V. sur les compétences insuffisantes de l'intimée, doutant fortement de sa crédibilité en se demandant comment, si cela était vrai, la collaboration avait pu durer 16 ans au poste de secrétaire de direction d'une entreprise ayant toujours eu son siège à [...], d'autant que ce témoin a déclaré avoir les mêmes connaissances en allemand et obtenu ce nonobstant une promotion. La Chambre a également douté de la crédibilité du témoin Z. qui travaille toujours pour la recourante. Elle a en revanche considéré comme crédibles les témoignages de W., C. et O., lesquels ont tous affirmé que le niveau d'allemand de l'intimée n'avait pas posé problème auparavant. La Chambre a finalement retenu que la personne engagée pour remplacer l'intimée n'avait que de bonnes connaissances en allemand. Elle a ainsi considéré que le poste occupé par l'intimée ne requerrait pas la maîtrise de la langue allemande et que les lacunes de T. dans cette langue n'étaient à l'évidence pas la cause du licenciement, ses connaissances étant suffisantes pour effectuer sa part de travail dans cette langue.

La Cour constate que les témoins travaillant encore pour la recourante ont tous affirmé que l'intimée n'avait pas assez de compétences en langue allemande pour une secrétaire de direction. B. a toutefois admis que peu de monde connaissait les deux langues à Fribourg. Quant aux employés ayant quitté l'entreprise, ils ont déclaré soit qu'ils ne connaissaient pas les compétences en langue allemande de leur ancienne collègue, soit que la connaissance de l'allemand était un prétexte au licenciement, soit que l'intimée était tout à fait capable de rédiger des courriers en allemand et

qu'elle pouvait obtenir l'aide de ses collègues et vice-versa, les langues ne constituant pas un facteur de qualification.

La Cour fait siens les motifs développés dans le jugement querellé aux termes desquels il a été retenu que la recourante n'avait pas apporté la preuve de son allégation sur les méconnaissances de l'intimée en allemand et qu'au contraire, les indices étaient assez nombreux pour retenir que le poste alors occupé par celle-ci n'exigeait pas une parfaite connaissance de l'allemand. La Cour relève en effet que le document intitulé «*Feedback aux supérieurs*» établis en 2003 par B. au sujet de l'intimée ne contient aucune remarque sur le manque de connaissances linguistiques de l'intimée et n'indique pas qu'un cours était prévu pour pallier ce manque. Par ailleurs, l'intimée travaillait pour la recourante depuis plus de 20 ans, sans que ses connaissances linguistiques n'aient auparavant posé problème à l'accomplissement de ses tâches, ce alors même que la société a toujours eu son siège en Suisse alémanique. En outre, V. et Z., qui travaillent toujours pour la recourante, ont déclaré avoir les mêmes connaissances en allemand que l'intimée. Quant à la personne ayant repris le poste, elle a déclaré avoir de bonnes connaissances en allemand, ce qui montre clairement qu'elle n'est pas bilingue. Par conséquent, la Cour estime que les connaissances en allemand de l'intimée étaient effectivement suffisantes pour l'accomplissement de son travail et ne pouvaient être considérées comme la cause de la résiliation.

bb) La recourante a encore motivé le licenciement en déclarant, dans ses écritures du 19 septembre 2006, que les prestations de T., notées de huit C et de un B sur une échelle de A à D étaient jugées suffisantes mais sans plus, alléguant que celle-ci ne faisait pas preuve d'assez d'engagement. Dans son mémoire d'appel, la recourante a admis que la notation allait de A à E, les qualifications de l'intimée pouvant dès lors être considérées comme remplissant les exigences du poste. Elle a toutefois fait valoir que les opinions des témoins sur le travail de celle-ci étaient divergentes, semblant donc avancer que malgré de bonnes qualifications sur le papier, les collègues ne jugeaient pas le travail comme satisfaisant. Dans son jugement, la Chambre a admis que l'intimée remplissait pleinement les objectifs fixés et qu'elle avait démontré la qualité de ses performances, de sorte que celles-ci ne constituaient pas la cause de son congé.

La Cour est d'avis que la Chambre n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation. Elle relève que tous les employés encore actifs au sein de la succursale de Fribourg étaient également notés avec des B ou des C, ce qui n'a notamment pas empêché V. d'obtenir une promotion. Il ressort en effet de la pièce 107 produite par la recourante que la note B est attribuée lorsque le collaborateur dépasse les attentes et la note C lorsque celui-ci correspond pleinement aux attentes. Selon cette même pièce, l'intimée a été notée avec huit C et un B dans la rubrique «engagement». De même en a-t-il été pour la période du 1^{er} avril 2004 au 31 mars 2005, soit juste avant le licenciement. L'intimée a également produit un certificat intermédiaire de

travail établi en mars 1998 par le directeur de la recourante pour la Suisse romande, lequel atteste de capacités professionnelles accrues, de bonnes connaissances en informatique et d'une sociabilité agréable. Compte tenu de tout ce qui précède, il est bien compréhensible que la Chambre ait douté de la véracité des allégations des témoins V. et Z., l'employeur n'ayant pas été en mesure de confirmer leurs dires par la production de rapports d'évaluation négatifs, voire d'avertissements. En revanche, W., O. et C. ont tous relevé la compétence de leur ancienne collègue de travail. Il ressort de tout ce qui précède que la recourante n'a pas apporté la preuve de l'incompétence de l'intimée, laquelle ne saurait dès lors constituer la cause du congé.

e) aa) Il s'ensuit que l'intimée a présenté des indices suffisants pour faire apparaître comme non réels les motifs invoqués par la recourante (soit la réduction du personnel en raison de la restructuration de l'entreprise, les connaissances insuffisantes en allemand et les mauvaises performances de l'intimée). Cela permet au juge de présumer en fait l'existence d'un congé abusif. De son côté, la recourante n'a pas réussi à fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (cf. ATF 130 III 699 consid. 4.1). Pour ces raisons déjà, le recours doit être rejeté.

De plus et dès ses premières écritures, l'intimée a allégué que le motif réel de son congé résidait dans l'aversion que lui avait portée B., ce que la Chambre a tenu pour établi, considérant en application des articles 336 al. 1 lit. a CO et 2 al. 2 CC que celle-ci avait dès lors été congédiée pour une raison inhérente à sa personnalité, l'attitude de B. ayant été totalement déplacée et confinant au mobbing. A l'appui de son appel du 9 mai 2008, la recourante conteste l'appréciation des témoignages de W., C. et O., estimant que l'attitude de B. n'avait rien de dégradant.

bb) Selon l'art. 336 al. 1 lit. 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. Une norme juridique doit être interprétée en premier lieu selon sa lettre. Lorsque son sens littéral est clair et univoque, l'autorité qui doit l'appliquer est en principe liée (ATF 129 II 353 consid. 3.3). Il ressort expressément du texte de l'art. 336 al. 1 lit. a CO que, pour que le congé puisse être qualifié d'abusif, deux conditions cumulatives doivent être réalisées: il faut d'une part qu'il ait été donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie et, d'autre part, que cette raison n'ait pas un lien avec le rapport de travail ou ne porte pas sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise (ATF 127 III 86 consid. 2a). Cette double exigence, imposée par le législateur, a pour résultat que le Tribunal fédéral n'a jamais eu à trancher la question controversée de savoir si les traits de caractère sont compris dans les raisons inhérentes à la personnalité, car il a toujours été établi que le caractère difficile de l'employé congédié avait un lien avec le rapport de travail ou portait sur un point essentiel un préjudice

grave au travail dans l'entreprise (ATF 127 III 86 consid. 2b; ATF 125 III 70 consid. 2c). On peut d'ailleurs se demander, s'agissant de difficultés relationnelles survenant dans le cadre du travail, si les deux conditions de l'art. 336 al. 1 let. a CO ne sont pas antinomiques, dès lors qu'il paraît difficile de concevoir qu'un salarié soit licencié en raison de ses traits de caractère, sans que ceux-ci n'aient de lien avec le rapport de travail ou ne portent un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Dans un arrêt du 23 septembre 2003 (4C.189/2003), le Tribunal fédéral a estimé que la cause en donne d'ailleurs une nouvelle illustration, puisqu'il a été constaté que la demanderesse a été congédiée en raison de sa forte personnalité, mais qu'il ressort également de l'arrêt attaqué que le comportement et le caractère de celle-ci ont été incontestablement l'une des causes du malaise et de la dégradation du climat de travail au sein de l'équipe. Il apparaît ainsi que, même si la demanderesse n'a pas été la seule responsable de la situation, son caractère difficile et son comportement, à l'origine de son licenciement, avaient à tout le moins un lien avec le rapport de travail, voire portaient sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise, eu égard à l'importance du travail d'équipe dans ce cas.

Il ne faut toutefois pas conclure de ce qui précède qu'en cas de conflits sur le lieu de travail, le licenciement de l'employé apparaissant comme l'élément perturbateur ou la victime ne peut être qualifié d'abusif. La jurisprudence l'admet par le jeu de l'art. 328 CO (F. AUBRY GIRARDIN, Licenciement abusif et jurisprudence récente in SJ 2007 II 51/53). Dans un arrêt du 31 janvier 2000, la Cour de cassation civile du canton de Neuchâtel a jugé que *«Dès l'instant où ce licenciement était intervenu en raison de litiges et d'une incompatibilité d'humeur qui sont en réalité – selon ce qu'a établi la procédure – le fait de l'employeur lui-même, ce dernier abuse de son droit en donnant comme motif de congé des faits dont il est responsable et qui lui sont donc imputables, serait-ce par l'effet de l'article 101 CO. Il n'importe à cet égard que l'employeur ait ignoré le comportement de sa gérante. Cette ignorance est caractéristique d'une violation de son triple devoir de diligence, particulièrement du devoir de surveillance (à ce sujet, voir Engel, op.cit. p. 536 et 744). A preuve le fait que, mis au courant de ce comportement au moins lorsque la recourante a protesté (lettre du 27.7.1998), l'employeur n'a pas cherché à investiguer, mais décidé – en pleine ignorance des circonstances – de se défaire de son employée pour garder la gérante. A preuve aussi le fait que c'est à l'audience seulement que l'employeur semble avoir été «atterré» en apprenant par les témoignages ce qui se passait dans son magasin, alors qu'il aurait dû s'interroger sur les problèmes rencontrés par sa gérante qui reconnaît que 16 personnes y ont travaillé en trois ans.»* (RJV 2000 p. 121 consid. 3a).

cc) En l'espèce, l'intimée a allégué avoir reçu son congé en raison de l'aversion que lui portait le directeur entré en fonction dans le courant de l'année 2003, soit B. (cf. notamment demande en justice du 28 juillet 2006, p. 5). La recourante réfute que la personnalité de l'intimée ait profondé-

ment déplu à son ancien directeur de la succursale de Fribourg, estimant que les manières franches et directes de cet homme en faisait un supérieur compétent et humain. Elle reproche ainsi aux premiers juges d'avoir fausement établi le contraire et reconnu de ce fait le caractère abusif du congé signifié à l'intimée.

De l'aveu même de la recourante dans le cadre de ses explications au licenciement, il y avait bien des différends entre l'intimée et B. Même le témoin V., dont le témoignage est plutôt protecteur envers son employeur, a constaté qu'il existait une tension entre l'intimée et B., tout en estimant pour le surplus que ce dernier était un supérieur convivial. Z. a également confirmé que des rumeurs existaient à ce sujet; elle a ajouté avoir trouvé bizarre, dans un premier temps en tout cas, la manière qu'avait B. d'interpeller les employés par leur prénom et d'utiliser le tutoiement. Quant à W., même s'il n'a pu voir particulièrement comment B. se comportait avec l'intimée, il a déclaré que dans ses relations avec le personnel celui-ci appelait les gens comme un chien «tu viens et on cause». Il a également confirmé que l'intimée s'était confiée à lui au sujet de ces difficultés et qu'elle vivait mal la situation. O., qui est une amie de l'intimée, a déclaré avoir eu le sentiment qu'il y avait du mobbing à l'encontre de celle-ci; elle a précisé son impression en expliquant que B. n'était jamais clair dans ses instructions données à l'intimée, faisait des remarques par derrière, avait mis celle-ci de côté et divisait pour mieux régner. Elle a encore expliqué avoir quitté l'entreprise en raison de problèmes de santé générés par cette ambiance et a confirmé que B. lui aurait dit être quelqu'un qui venait de la terre et ne pas supporter les gens comme l'intimée, qu'il avait qualifiée de «hochnäsig». Elle a ajouté que B. avait été odieux avec l'intimée. Quant à C., présentée par la recourante comme n'étant pas un témoin direct et impartial, elle a pourtant su reconnaître les qualités de B. («*Sinon il était correct et il était présent même pour les problèmes autres que professionnels.*»), ajoutant qu'il est vrai qu'il appelait l'intimée depuis son bureau, manquait de respect, était froid. Si C. a effectivement affirmé ne pas pouvoir dire comment il se comportait avec l'intimée, elle a pu déclarer que le courant ne passait pas entre les deux. Elle a également recueilli les confidences de l'intimée sur cette situation et a affirmé que B. lui aurait dit avoir licencié l'intimée car il ne pouvait pas travailler avec des gens avec qui il ne s'entend pas. Interrogé le 22 mai 2007, B. a nié avoir des difficultés relationnelles avec l'intimée, tout en admettant avoir dit qu'il était un homme de la terre, mais pas de la manière présentée par l'intimée. Il a confirmé la discussion avec O. tout en déclarant ne pas se souvenir des termes exacts utilisés. Il a encore admis que les choses coïnciaient un peu car l'intimée n'acceptait pas le changement, déclarant ensuite qu'elle n'était pas méchante et faisait ce qu'on lui demandait.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour estime qu'il existe des indices convergents pour retenir que l'entente était mauvaise entre B. et l'intimée. Cela ressort de tous les témoignages, à des degrés divers selon la loyauté

de chacun envers la recourante. Il n'en reste pas moins que les tensions sont avérées. Même si B. était de communication directe et appelait plusieurs employés depuis son bureau, les témoignages précités permettent également de retenir que les tensions entre le directeur et l'ancienne secrétaire de direction étaient plus fortes qu'avec les autres collaborateurs. En déterminer la cause reste difficile mais il apparaît que, de l'aveu même de B., cela coïncitait entre eux car selon lui l'intimée n'acceptait pas le changement. Or, il est rappelé que l'intimée a obtenu de très bonnes qualifications pendant toute la période où elle a travaillé pour lui, ayant même été notée par un B pour son engagement. La Cour ne peut dès lors que constater que l'intimée a continué à tout entreprendre pour satisfaire son employeur, même après avoir été déplacée du poste de secrétaire de direction qu'elle occupait depuis de nombreuses années, de sorte que si cela «coïncitait» avec le nouveau directeur, elle n'en était pas responsable. Par conséquent, l'on ne saurait dire que la tension entre l'intimée et B. serait le fruit du comportement de l'intimée. En revanche, de nombreux éléments permettent de considérer que cette tension avait pour origine l'attitude de B., soit notamment sa manière de héler ses collaborateurs, les changements de fonction imposés à l'intimée malgré que le secrétariat de direction n'ait en réalité pas été supprimé après son départ, ses allégations selon lesquelles il serait un homme de la terre et l'intimée «hochnäsig» (propos confirmés par O., dont la discussion a été admise par B. qui a toutefois déclaré ne plus se rappeler des termes exacts), etc. Ainsi, l'employeur a bel et bien licencié la victime d'une mauvaise ambiance de travail et il ressort de ce qui précède que les tensions avaient pour cause le fait que le nouveau directeur n'appréciait pas cette employée. Il n'est au demeurant pas sans intérêt de relever que c'est sur préavis de B. qu'est survenue la libération immédiate de l'obligation de travailler.

La Cour considère dès lors que l'intimée a été congédiée en raison des traits de sa personnalité, sans que ceux-ci n'aient un quelconque lien avec le rapport de travail ou ne portent un préjudice grave à l'accomplissement de celui-ci. Partant, le congé signifié à l'intimée pouvait parfaitement être qualifié d'abusif par la Chambre.

f) Au demeurant, même si l'entreprise n'avait effectivement plus besoin d'une véritable assistante de direction ou même si un nouveau directeur ne peut être astreint à collaborer avec une assistante avec laquelle il ne s'entend pas, le caractère abusif de la résiliation du contrat de la demanderesse découle aussi de la façon dont la recourante a mis fin au contrat, comme cela ressort des éléments suivants pris dans leur ensemble.

Après que cette employée eut été déstabilisée par la façon dont le nouveau directeur l'a traitée, comme cela a été mentionné ci-dessus, le mode de faire utilisé pour le licenciement a violé les égards dus. Cette employée se trouvait dans sa 23^{ème} année au service de cet employeur, dont 16 comme assistante de direction dotée, selon son contrat, de la signature en tant que mandataire commerciale dans le cadre des directives. Le dos-

sier ne révèle pas qu'avant l'arrivée du directeur B. quelqu'un ait eu à se plaindre d'elle ou à l'inverse qu'elle-même émettait des plaintes. Pour signifier le licenciement, le lundi matin 7 mars 2005 il a été indiqué à B. que la séance de travail à laquelle elle devait participer était reportée à 17 heures; lorsqu'elle s'y est présentée, il lui a été signifié que son contrat était résilié pour le 31 août 2005, suite à la restructuration de l'entreprise, et qu'elle était libérée avec effet immédiat de l'obligation de travailler. Il n'a pas été prétendu qu'il y aurait eu un entretien préalable destiné à lui faire part des effets possibles pour elle de la réorganisation, à lui proposer une autre activité ou un déplacement dans un autre lieu d'activités en Suisse de l'entreprise [...], ou à l'avertir que de rapides progrès en allemand étaient désormais une exigence impérative pour le maintien d'un emploi. Il est vrai que la recourante a alors mis à disposition de son employée l'appui de l'entreprise de réinsertion X. mais il s'agissait là d'une conséquence du congé donné et non pas d'un préalable à une résiliation, d'une part, et d'autre part il lui était bien précisé qu'on lui proposait un programme de placement auprès d'une entreprise externe.

Il n'est pas sans intérêt de relever que dans le même processus, à un autre employé, il a été proposé un déplacement à Berne. Il importe à cet égard de relever que la restructuration alléguée ne résultait pas d'une chute de la marche des affaires de l'entreprise dans son ensemble, mais du fait qu'une partie des activités dont s'occupait la succursale de Fribourg passait à celle du Valais et une autre à celle Berne (id.). Il est par ailleurs notoire que lorsque peu de postes doivent être supprimés, il est souvent possible d'éviter des licenciements par le fait des départs survenant dans le cours normal des choses. En l'espèce, le dossier révèle que des départs ont eu lieu dans les mois suivants et surtout qu'en octobre déjà – soit avant même la fin des rapports contractuels avec T. prolongés en raison de l'incapacité de travail de celle-ci jusqu'au 31 janvier 2006 – la défenderesse faisait paraître une annonce pour offrir un poste de «*responsable, après une introduction sérieuse et approfondie, du secrétariat de Direction et du secteur du montage*». Et à entendre le nouveau responsable de la succursale, cette recherche de personnel était en lien avec le départ de B. («*Il avait donné son congé, c'est pourquoi nous avons mis un poste de secrétaire de direction au concours*»).

Le licenciement de cette employée au bénéfice d'une fidélité de longue date, donné sous couvert d'une séance de travail reportée, un lundi soir, effectué sans entretien préalable, sans véritable recherche d'une solution et en la libérant immédiatement de l'obligation de travailler contrevient aux égards dus selon la jurisprudence exprimée dans l'ATF 132 précité.

g) Le recours doit donc être rejeté. La recourante n'ayant pas remis en cause le montant de l'indemnité, le montant alloué sera confirmé.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 15 juin 2009 (Admission du recours interjeté contre l'ordonnance du Président de la Chambre des prud'hommes de la Broye du 5 novembre 2008)

29 I et 2 LACI. Si la caisse de chômage indemnise entièrement le travailleur, elle devient seule créancière de l'employeur: la subrogation est alors totale. En revanche, lorsque la caisse fournit une aide qui se situe en deçà de la prétention du travailleur, celui-ci conserve pour le solde la qualité de créancier à l'égard de son employeur. Dans ce cas, la subrogation est partielle et l'employeur a désormais deux créanciers: le travailleur et la caisse (c. 2.b).

Lorsque la caisse ne prend pas de conclusions, elle est un intervenant accessoire qui se limite à assister une partie, son intérêt juridique devant être reconnu par la subrogation légale prévue par la LACI. Dans ce dernier cas, la caisse ne fait pas valoir de prétention propre susceptible de faire l'objet d'une action en paiement distincte, mais elle soutient les conclusions de la partie qu'elle veut voir triompher (c. 2.c).

Extraits des faits:

Le 17 septembre 2008, l'apprentie A. a ouvert action en paiement contre la société E. SA devant la Chambre des prudhommes de la Broye. Elle a conclu, sous déduction des gains obtenus au cas où elle retrouverait une place d'apprentissage, au versement par la société défenderesse de 51 400 francs en réparation du dommage causé par la résiliation injustifiée de son contrat de formation, et de 6600 francs d'indemnité, la Caisse de chômage SYNA à Villars-sur-Glâne étant subrogée à ses droits à concurrence du montant des indemnités de chômage versées «à l'avenir et jusqu'en juin 2009, relativement aux indemnités versées par E. SA à A. pour les allocations de formation».

Le 15 octobre 2008, la Caisse de chômage SYNA a demandé à la Chambre des prudhommes de la Broye l'autorisation d'intervenir aux côtés de la partie demanderesse. Le 5 novembre 2008, le Président de la Chambre des prudhommes de la Broye a rejeté la requête d'intervention de la Caisse de chômage SYNA. Le 24 novembre 2008, la Caisse de chômage SYNA a recouru auprès de la Cour de céans contre l'ordonnance du Président de la Chambre des prudhommes du 5 novembre 2008 qui lui a été notifiée le 14 novembre 2008. Elle conclut à ce que son intérêt juridique à intervenir aux côtés de la demanderesse soit reconnu et que la procédure soit suspendue jusqu'à droit connu.

Le 13 février 2009, la Chambre des prudhommes de la Broye a rejeté la demande du 17 septembre 2008, dépens à la charge de A.

Extraits des considérants:

2.

a) Un tiers peut participer au procès divisant deux parties, soit de son propre chef, soit parce qu'il y est invité. L'intervention accessoire prévu aux art. 91 ss CPC relève de la participation spontanée. Elle a lieu par une déclaration à l'audience ou par le dépôt d'un mémoire en mains du président du tribunal (art. 92 al. 1 CPC). L'intervenant peut se joindre à une partie en tout état de cause (art. 91 *in fine* CPC), donc également en appel. Il doit rendre vraisemblable – une preuve absolue n'est ainsi pas exigée – un intérêt juridique à ce que le litige soit jugé dans un sens favorable à l'une des parties en particulier (art. 93 al. 2 CPC; Extraits 1979, p. 59). Autrement dit, en cas d'intervention accessoire dépendante, l'intervenant vient assister l'une des parties en cause parce qu'il a intérêt à la voir triompher (DESCHENAUX/CASTELLA, La nouvelle procédure civile fribourgeoise, 1960, p. 69), à défaut de quoi ses droits seraient indirectement compromis (F. HOHL, Procédure civile, tome I, Berne 2001, n. 565). Un intérêt simplement économique n'est pas suffisant.

b) D'après l'art. 29 al. 1 et 2 LACI (RS 837.0), lorsque la caisse verse l'indemnité de chômage parce qu'elle a des doutes quant au droit de son assuré de faire valoir des prétentions de salaire ou d'indemnisation au sens de l'art. 11 al. 3 LACI, elle se subroge au chômeur dans tous ses droits, y compris le privilège légal, jusqu'à concurrence de ses prestations. Cette subrogation légale confère à la caisse qui a versé l'indemnité de chômage la qualité de titulaire de la créance (art. 166 CO; ATF 123 V 75 consid. 2.c et les références). La caisse qui a informé le juge de sa subrogation et fait une déclaration d'intervention devient partie au procès civil et, en vertu du droit fédéral, elle se substitue de plein droit au travailleur à concurrence de l'indemnité qu'elle lui a payée (cf. art. 85 al. 2 CPC). Si la caisse indemnise entièrement le travailleur, elle devient seule créancière de l'employeur: la subrogation est alors totale. En revanche, lorsque la caisse fournit une aide qui se situe en deçà de la prétention du travailleur, celui-ci conserve pour le solde la qualité de créancier à l'égard de son employeur. Dans ce cas, la subrogation est partielle et l'employeur a désormais deux créanciers: le travailleur et la caisse. En cas de subrogation partielle, la caisse de chômage n'a la qualité pour agir que pour la part de la créance qu'elle a acquise et le travailleur conserve la qualité pour agir pour le solde: le travailleur et la caisse agissent alors comme consorts. La caisse doit prendre des conclusions tendant à la condamnation de l'employeur à lui payer le montant de sa créance, le juge étant lié par le principe de disposition (ATF 122 III 20 / JdT 1996 I 600, consid. 4.d). Elle doit comparaître ou être valablement représentée au procès, sinon elle sera considérée comme défaillante. Le travailleur demeure tenu de l'assister et de lui fournir tous les moyens propres à établir l'existence et le montant de sa créance. En cas de rejet de l'action, les dépens devront être mis à la charge de la caisse ou,

en cas de substitution partielle, répartis entre le travailleur et la caisse. La caisse a seule qualité pour recourir si ses conclusions sont rejetées. De son côté, le juge qui a été informé par la caisse de sa subrogation doit citer celle-ci à comparaître en la rendant attentive aux conséquences du défaut de comparution (art. 31 CPC). Il doit veiller à ce qu'elle prenne des conclusions (art. 167 al. 3 CPC). Il doit rendre un jugement à son encontre et non seulement à l'encontre du travailleur en cas de substitution partielle (sur cette question, RFJ 1997 p. 281; F. HOHL, La subrogation de la caisse de chômage et ses effets sur le procès civil, *in*: Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, p. 79 ss, en particulier p. 91 s.; RFJ 2008 p. 368).

c) En l'espèce, la Caisse de chômage SYNA, après avoir fait une déclaration de subrogation par lettre du 15 octobre 2008, a confirmé cette déclaration lors de la séance du 5 novembre 2008 sans pour autant prendre de conclusions. Elle a simplement indiqué qu'il était usuel qu'elle intervienne dans le cadre d'actions en paiement suite à la résiliation immédiate sans justes motifs de contrats de travail, et qu'elle attendait le jugement de la Chambre des prudhommes pour se prononcer sur la suite du dossier de la demanderesse.

La jurisprudence admet, par application analogique de l'art. 55 al. 1 phr. 2 LACI, que la caisse de chômage qui a informé le juge de sa subrogation et fait la déclaration d'intervention devient en principe partie au procès civil, se substituant, en vertu du droit fédéral, de plein droit au travailleur à concurrence de l'indemnité qu'elle lui a payée (cf. art. 85 al. 2 CPC). Si elle prend des conclusions tendant à la condamnation de l'employeur à lui payer le montant de sa créance (art. 167 al. 3 CPC), le juge sera lié par ces conclusions en vertu du principe de disposition (cf. F. HOHL *in*: Mélanges Poudret, p. 91–92). Si elle ne prend pas de conclusions, elle est un intervenant accessoire qui se limite à assister une partie, son intérêt juridique devant être reconnu de par la subrogation légale prévue par la LACI. Dans ce dernier cas, la caisse ne fait pas valoir de prétention propre susceptible de faire l'objet d'une action en paiement distincte (Extraits 1979 p. 59), mais elle soutient les conclusions de la partie qu'elle veut voir triompher en articulant les moyens et en accomplissant les actes qui sont compatibles avec ceux de la partie concernée (Extraits 1968 p. 84).

Le recours doit dès lors être admis dans la mesure où un intérêt juridique à intervenir au procès doit être reconnu à la recourante en sa qualité de caisse de chômage.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 5 octobre 2009 (Rejet du recours interjeté contre le jugement de la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine du 2 décembre 2008)

Le contrat d'enseignement n'est pas défini par la loi. Selon la jurisprudence, il s'agit d'un contrat mixte comportant des éléments du mandat et de la vente. Il se distingue notamment du contrat d'apprentissage par le fait que l'apprenant, qui n'est pas incorporé dans l'organisation du travail de l'enseignant, paie en outre un écolage (c. 2.b).

344 CO. Même si le contrat d'apprentissage apparaît comme un contrat individuel de travail de caractère spécial, il se différencie de celui-ci par le fait que l'élément prépondérant est la formation, et non le travail fourni contre rémunération. Selon la jurisprudence, l'existence d'une relation d'apprentissage de fait doit être admise lorsque l'entreprise et la personne formée ont eu l'intention de conclure un contrat d'apprentissage, mais que les règles légales de forme (cf. 344a CO) n'ont pas été respectées (c. 2.d).

337 CO. Licenciement immédiat pour justes motifs. La gravité objective du motif de licenciement ne suffit pas: il faut encore que le motif invoqué rende effectivement insupportable la continuation du contrat pour la partie qui résilie. La gravité subjective fait défaut si la partie qui résilie le contrat pour justes motifs a tardé à le faire, poursuit les rapports de travail nonobstant des faits connus propres à fonder la résiliation du contrat pour justes motifs, a opté, lors de la survenance de justes motifs, pour une résiliation ordinaire ou pour une autre mesure moins sévère, ou encore lorsque la partie qui résilie le contrat contrevient aux règles de la bonne foi (c. 3.b).

Extraits des faits:

En date du 3 novembre 2006, E. SA (ci-après: la recourante) a passé avec T. (ci-après: l'intimé) un contrat d'apprentissage de charpentier. L'engagement, qui a déjà débuté le 23 août 2006, consistait à achever, en deux ans, la formation professionnelle d'une durée totale de trois ans que T. avait commencée au sein d'une première entreprise. Par courrier du 17 janvier 2007, contresigné par l'intimé et ses parents, la recourante a confirmé à son apprenti la décision, prise d'un commun accord avec ce dernier et la commission d'apprentissage, de mettre un terme à son apprentissage de charpentier. Toutefois, E. SA a convenu avec T. *«d'arrêter les cours théoriques, mais de continuer [la] formation pratique afin d'obtenir au terme des 3 ans un diplôme d'aide charpentier».*

Le 3 juillet 2007, Ea., employé de la recourante qui était le supérieur hiérarchique de T., a licencié ce dernier avec effet immédiat en raison de

divers manquements allégués de l'intimé à ses obligations (mauvaise qualité de travail, retards réguliers, absences injustifiées).

Dans un échange de correspondances qui s'en est suivi, l'intimé a contesté la résiliation immédiate et a indiqué être prêt à reprendre le travail jusqu'au terme du délai de congé ordinaire, tout en précisant qu'il estimait avoir le statut d'aide-charpentier depuis le début 2007 et devoir donc être payé en conséquence. De son côté, la recourante a maintenu la validité du congé immédiat et a indiqué qu'elle s'était référée au contrat d'apprentissage pour le montant du salaire, en y ajoutant de son plein gré une augmentation substantielle à titre d'encouragement, et non pas pour les prestations de son employé.

Par jugement du 2 décembre 2008, la Chambre des Prud'hommes de la Sarine (ci-après: la Chambre) a partiellement admis la demande déposée par T. à l'encontre de E. SA. Elle a dès lors astreint cette dernière à payer à son ancien employé le montant brut de 9926 fr. 30 à titre de salaire et le montant brut de 6969 fr. 25 à titre d'indemnité pour résiliation immédiate injustifiée.

Le 19 janvier 2009, E. SA a déposé un recours en appel à l'encontre du jugement du 2 décembre 2008. Elle conclut à son annulation et au rejet des conclusions de l'intimé, avec suite de frais pour les deux instances.

Extraits des considérants:

2.

a) E. SA reproche d'abord aux premiers juges d'avoir considéré que T. devait être payé comme un ouvrier non qualifié selon la convention collective du second-œuvre romande (ci-après: la CCTSO). Elle fait valoir que le contrat passé entre les parties dès le 18 janvier 2007, suite à la résiliation du contrat d'apprentissage, doit être qualifié de contrat d'enseignement, soumis selon la jurisprudence aux règles du Code des obligations relatives au contrat d'apprentissage.

b) Le contrat d'enseignement n'est pas défini par la loi. Selon la jurisprudence (ATF 132 III 753, JdT 2007 I 239, consid. 2.1) et la doctrine (AMSTUTZ/SCHLUEP, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4^{ème} éd., Bâle 2007, Einl. vor art. 184 ff n^o 398 ss), il s'agit d'un contrat mixte comportant des éléments du mandat et de la vente, qui emporte l'obligation pour l'enseignant de transmettre à l'apprenant, contre rémunération, personnellement ou par le biais de ses auxiliaires, dans des locaux qu'il met à disposition, les connaissances et compétences décrites contractuellement, et de lui mettre à disposition, de manière durable ou temporairement, le matériel d'enseignement. Les règles du mandat lui sont applicables par analogie et il se distingue notamment du contrat d'apprentissage par le fait que l'apprenant, qui n'est pas incorporé dans l'organisation du travail de l'enseignant, paie en outre un écolage (ATF 132 précité et PORTMANN, in Basler Kommentar, op.cit., n^o 19 ad art. 344 CO).

c) En l'espèce, il résulte de la réponse de E. SA en première instance ce qui suit, en relation avec l'absence de T. le 2 juillet 2007: «*L'entreprise E. avait établi un plan de travail pour la première semaine de juillet dans lequel le demandeur était intégré*». De même, dans son recours, E. SA indique: «*Le 14 juillet 2007, Monsieur E. a écrit une lettre à son employé dans laquelle il relevait que le 2 juillet 2007 il ne s'était pas présenté au travail, alors que le travail avait été planifié en tenant compte de sa présence. Cette absence, une nouvelle fois non justifiée, a entraîné de sérieux ennuis dans l'organisation du travail*». Il en découle donc clairement que T. était incorporé dans l'organisation du travail de l'entreprise E. SA, qui planifiait ses chantiers en tenant compte, notamment, de la présence de l'intimé. Conformément à la jurisprudence mentionnée ci-dessus (*supra*, ch. 2b), cet élément exclut qu'on retienne que la relation qui liait les parties ait consisté en un contrat d'enseignement, puisque l'activité de l'intimé était essentiellement pratique (également courrier de la défenderesse du 17 janvier 2007, où E. SA indique: «*... je vous propose d'arrêter les cours théoriques, mais de continuer votre formation pratique...*»).

De plus, il ne résulte pas du dossier que, suite à la résiliation de son contrat d'apprentissage, T. aurait rémunéré E. SA pour être formé. Le paiement d'un écolage, élément caractéristique du contrat d'enseignement (*supra*, ch. 2b), faisant défaut, la conclusion d'un tel contrat ne peut être retenue en l'espèce pour ce motif également.

Compte tenu de ce qui précède, E. SA ne peut donc être suivie lorsqu'elle affirme avoir convenu avec T. un contrat d'enseignement.

d) Reste encore à examiner si le temps consacré par les employés de E. SA, suite à la résiliation du contrat d'apprentissage, pour former T., comme les premiers juges l'ont retenu, doit avoir une incidence. En effet, même si le contrat d'apprentissage apparaît comme un contrat individuel de travail de caractère spécial, il se différencie de celui-ci par le fait que l'élément prépondérant est la formation, et non le travail fourni contre rémunération (ATF 102 V 228); de plus, selon l'ATF 132 précité, l'existence d'une relation d'apprentissage de fait doit être admise lorsque l'entreprise et la personne formée ont eu l'intention de conclure un contrat d'apprentissage, mais que les règles légales de forme (art. 344a CO) n'ont pas été respectées.

En l'espèce, d'une part, il faut relever que les parties ont précisément mis un terme au contrat d'apprentissage qui les liait jusqu'au 17 janvier 2007. Par conséquent, on ne saurait admettre qu'elles ont eu l'intention de conclure par la suite un nouveau contrat d'apprentissage, d'autant que E. a déclaré en première instance: «*Je voyais ça comme une suite de l'apprentissage avec une éventualité, selon l'évolution de la situation, d'une reprise de l'apprentissage*». Au contraire, il découle de ces déclarations que le représentant de la recourante admet que la relation qui liait celle-ci à l'intimé au-delà du 17 janvier 2007 n'était pas un contrat d'apprentissage, même de fait.

D'autre part, la défenderesse, qui a la charge de la preuve à cet égard (art. 8 CC) puisqu'elle entend en déduire le droit de payer moins le demandeur, n'a pas apporté la preuve que l'élément formation était prépondérant dès le 18 janvier 2007. A cet égard, il résulte certes du courrier du 17 janvier 2007, contresigné par T. et ses parents, que ce dernier allait continuer une «*formation pratique afin d'obtenir au terme des 3 ans un diplôme d'aide-charpentier*»; néanmoins, la recourante admet que, comme les premiers juges l'ont retenu, cette formation pratique n'existe pas. De plus, outre les déclarations de son administrateur et du frère de celui-ci, qui travaille aussi en son sein, E. SA n'a fourni aux premiers juges aucun élément probatoire à même de démontrer qu'elle a effectivement, d'une manière prépondérante ou à tout le moins importante, consacré du temps à la formation de T. au-delà du 17 janvier 2007. Au demeurant, les déclarations d'E. et Ea. vont plutôt dans le sens d'une mauvaise qualité de travail de l'intimé, que de la preuve du caractère prépondérant de l'élément formation.

Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que la Chambre a considéré que le temps consacré par E. et Ea. pour former T. dès le 18 janvier 2007 ne peut pas être pris en compte en l'espèce.

e) L'argument de la recourante qui tend à contester la nature juridique du lien qui l'unissait à l'intimé au-delà du 17 janvier 2007 – soit un contrat de travail ordinaire soumis à la CCTSO – doit dès lors être rejeté. Il s'ensuit que le raisonnement des premiers juges selon lequel T. doit être rémunéré comme un ouvrier charpentier non qualifié (classe C de la CCTSO) ne peut qu'être confirmé, compte tenu de l'art. 320 al. 2 CO et de la convention collective précitée de nature impérative (art. 357 al. 1 CO) étendue notamment au canton de Fribourg.

Cette conclusion peut certes paraître sévère, si l'on admet que, comme la recourante le fait valoir, elle a voulu donner à son ancien apprenti une nouvelle chance d'acquérir un peu d'expérience lui permettant, après deux ans, de trouver un emploi comme aide-charpentier. Néanmoins, étant donné l'existence d'une convention collective de travail impérative, en vertu de laquelle un revenu minimal est prévu pour tous les employés du secteur de la charpenterie, il n'est pas possible, une fois la qualification d'apprentissage écartée, d'octroyer un salaire horaire inférieur à celui prévu par la convention, quand bien même les prestations de l'ouvrier non qualifié ne seraient pas à la hauteur des attentes de l'employeur. Au demeurant, en l'espèce, E. SA savait comment T. travaillait lorsqu'elle a décidé de le garder en janvier 2007, après avoir mis un terme, d'un commun accord avec lui, à son apprentissage, de sorte qu'elle ne peut se prévaloir de la mauvaise qualité de ses prestations – fût-elle avérée – pour le payer moins.

3.

a) La recourante conteste encore que la résiliation immédiate des rapports de travail – prononcée le 3 juillet 2007 par Ea., selon la version rete-

nue par la Chambre qui n'est pas contestée en appel – ait été injustifiée. Elle expose que cette résiliation immédiate a été la conséquence d'un cumul d'événements la conduisant à une situation devenue intenable pour elle et qu'elle était justifiée par les nombreux manquements de l'intimé à ses obligations.

b) Selon l'art. 337 al. 1 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. L'art. 337 al. 2 CO précise que sont notamment considérés comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de Celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Un juste motif est donc un fait propre à détruire la confiance qu'impliquent dans leur essence les rapports de travail ou à les ébranler de telle façon que la poursuite du travail ne peut plus être exigée de celui qui a donné le congé (WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., Berne 2008, p. 489 s.).

De jurisprudence constante, la résiliation immédiate pour justes motifs est une mesure exceptionnelle et ultime (*ultima ratio*) qui doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 213, JdT 2004 I 223; JAR 2000 p. 245). Les délais de congé en droit suisse étant courts, l'employeur est tenu en principe de les respecter, la résiliation abrupte ne pouvant intervenir, que dans des situations clairement caractérisées ayant entraîné une perte du rapport de confiance telle que, selon les règles de la bonne foi, il ne peut être exigé de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (ATF 130 III 28 consid. 4.1; ATF 116 II 145, JdT 1990 I 578; VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs du contrat de durée, SJ 2008 II p. 1 ss, 13). La gravité objective du motif de licenciement ne suffit pas: il faut encore que le motif invoqué rende effectivement la continuation du contrat insupportable pour la partie qui résilie (exigence de gravité subjective; ATF n.p. du 26 juin 2006, 4C.154/2006, consid. 2.2; ATF 130 III 28 consid. 4.1). La gravité subjective fait défaut si la partie qui résilie le contrat pour justes motifs a tardé à le faire, poursuit les rapports de travail nonobstant des faits connus propres à fonder la résiliation du contrat pour justes motifs, a opté, lors de la survenance de justes motifs, pour une résiliation ordinaire ou pour une autre mesure moins sévère, ou encore lorsque la partie qui résilie le contrat contrevient aux règles de la bonne foi (sur ces questions, cf. VENTURI-ZEN-RUFFINEN, op.cit. p. 17–21). Savoir s'il y a gravité suffisante dans un cas donné est une question d'appréciation (ATF 127 III 153 consid. 1c). Dans tous les cas, le juge apprécie ainsi librement s'il existe de justes motifs (art. 337 al. 3 *in initio* CO). Il applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Il n'en demeure pas moins que seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Un tel manquement suppose que l'employé ait violé soit l'une de ses obligations au travail, soit son devoir de fidélité. Pour en apprécier la gravité, il faut se référer à des critères objectifs. A cet effet, le juge prendra en considération tous les éléments

du cas particulier, notamment la position et les responsabilités du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (ATF 130 III 28 consid. 4.1).

Si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 précité). Ce dernier doit être explicite et clairement mentionner la sanction du licenciement immédiat en cas de nouveau manquement (WYLER, op.cit., p. 490). En outre, l'art. 9 al. 1 et 2 CCTSO exige, pour un licenciement immédiat, que l'employé enfreigne gravement, malgré un avertissement écrit qui précise qu'il sera renvoyé immédiatement en cas de récidive, les dispositions de la convention collective; néanmoins, l'art. 9 al. 3 CCTSO dispense d'un avertissement écrit dans les cas graves, c'est-à-dire lorsque, selon les règles de la bonne foi, l'on ne peut pas exiger de la partie qui a donné le congé la continuation des rapports de travail. Concernant plus particulièrement le motif pris de la mauvaise prestation de travail et de manquements répétés du travailleur, la jurisprudence considère qu'il ne peut justifier un licenciement immédiat que s'il résulte d'un manquement grave et délibéré, et après avertissement (ATF n.p. du 1^{er} février 2005, 4C.403/2004). De manière générale, la violation persistante et délibérée des instructions de l'employeur, par exemple au sujet de l'horaire de travail, peut justifier un congé immédiat, toutefois après avertissement (ATF n.p. du 27 octobre 2006, 4C.247/2006).

La preuve des faits constitutifs d'un juste motif de résiliation immédiate incombe à la partie qui a signifié le congé conformément à l'art. 8 CC (ATF n.p. du 9 mars 2007, 4C.400/2006, consid. 3.1).

c) En l'espèce, les premiers juges ont retenu ce qui suit: *«s'agissant de la qualité insuffisante du travail de l'employé invoquée par la défenderesse, il convient de relever que celle-ci était au courant des déficiences du demandeur, au moment de l'engagement de celui-ci, dès lors qu'elle avait mis fin au contrat d'apprentissage justement pour ces raisons-là. Les exigences de la défenderesse devaient aussi être appréciées en fonction de la nature et des responsabilités du demandeur. La Chambre de céans relève que celles-ci n'étaient pas particulièrement élevées et que, par conséquent, les manquements ne pouvaient avoir ruiné définitivement le lien de confiance. En outre, il n'est pas établi que ces manquements résultaient d'actes délibérés de la part du travailleur. La défenderesse ne saurait dès lors se prévaloir de ce motif pour justifier un licenciement avec effet immédiat. L'avertissement ne comprenait par ailleurs pas la menace – même implicite – d'un renvoi avec effet immédiat. En effet, l'expression <se séparer> utilisée par la défenderesse faisait bien plus penser à une résiliation dans le délai de congé légal. T. ne pouvait comprendre à quelle sanction il s'exposait en cas de récidive. S'agissant ensuite des nombreuses absences du demandeur dont fait allusion la défenderesse, seule celle du 2 juillet parmi celles citées n'est pas justifiée par un certificat médical. La procédure probatoire n'a pas permis d'établir le réel motif de cette absence. Il y*

a toutefois lieu de relever qu'à cette date, la première résiliation du 18 juin 2007 n'avait pas encore été formellement «annulée» par les parties. Il est donc possible que le demandeur ait pensé de bonne foi que le contrat était valablement rompu, d'autant plus que la défenderesse n'a produit aucun courrier daté d'une date antérieure au 2 juillet mentionnant que le congé donné était nul et qu'elle sommait son employé de venir travailler le lundi 2 juillet. Au vu de ces éléments, le motif des nombreuses absences ne saurait être invoqué valablement par la défenderesse. Quant aux retards réguliers reprochés au demandeur, la défenderesse n'a pas été en mesure de les établir. L'avertissement donné le 11 juin 2007 ne comprenait par ailleurs pas la menace – même implicite – d'un renvoi avec effet immédiat. Finalement, considérant les manquements du demandeur dans leur globalité, ils ne sont pas non plus suffisants pour rompre la relation de travail à un point si fort qu'il était impossible, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de la part de la défenderesse de poursuivre les rapports contractuels jusqu'au terme du délai de congé légal».

d) La Cour relève d'abord que E. SA n'a pas établi, ni même allégué, avoir donné un avertissement écrit à son employé, qui était soumis à la CCTSO (*supra*, ch. 2^o); au contraire, la recourante a uniquement affirmé, par la voix de Ea., avoir signifié oralement à T., le 11 juin 2007, «*que s'il continuait ses retards et ses bêtises sur les chantiers, [elle] allait sûrement se séparer de lui*». Outre le fait que cet avertissement n'est pas suffisamment explicite quant à l'éventualité d'un renvoi avec effet immédiat, comme l'ont relevé les premiers juges, l'art. 9 CCTSO exige, hors cas graves, un avertissement écrit avant de pouvoir renvoyer immédiatement un ouvrier charpentier. En l'espèce, il résulte du raisonnement de la Chambre, retranscrit ci-dessus, que les manquements de T. n'étaient pas particulièrement graves en soi, ce que E. SA ne conteste pas et admet même implicitement, puisque dans son recours elle fait valoir que «*sa décision n'a pas été la conséquence d'un événement isolé, mais bien celle d'un cumul d'événements – avec pour point d'orgue l'absence du 2 juillet 2007 – conduisant la recourante à une situation devenue intenable pour elle et justifiant le licenciement*». Dès lors, déjà en raison de l'absence d'un avertissement écrit, la recourante ne pouvait pas licencier immédiatement T., et c'est donc à juste titre que la Chambre a retenu que le congé sans délai du 3 juillet 2007 était injustifié.

Sur le fond, la recourante ne conteste pas que, comme les premiers juges l'ont retenu, elle était au courant des déficiences de l'intimé dans l'accomplissement de ses tâches; ses exigences et attentes ne pouvaient donc pas être déçues à un point tel que le rapport de confiance aurait été définitivement ruiné par les manquements reprochés à T. en relation avec la qualité de son travail. S'agissant des retards répétés que E. SA fait valoir, les Juges de céans doivent constater que la recourante ne conteste pas en appel ne pas les avoir établis par pièces, mais se borne à indiquer que les déclarations sincères de E. devaient suffire à cet égard; or, si véritable-

ment ces retards injustifiés se sont produits à répétées reprises durant plusieurs mois, la recourante avait tout loisir, afin d'en conserver des preuves, de consigner par écrit les jours précis où T. arrivait en retard, voire de lui faire signer un document où il reconnaissait ses manquements. Si elle ne l'a pas fait, elle doit en tout cas se voir opposer l'échec de leur preuve, des déclarations des représentants de la recourante contestées par l'intimé ne pouvant être suffisantes à cet égard. Enfin, en ce qui concerne les absences injustifiées, la Cour ne peut que confirmer l'appréciation des premiers juges selon lesquels seule l'absence du 2 juillet 2007 n'est pas couverte par un certificat médical, ce qu'E. SA ne conteste pas en appel. Quant aux absences des 14, 15 et 18 juin 2007, elles sont justifiées par un certificat médical établi par le Dr X. le 20 juin 2007; il faut préciser à ce sujet qu'étant donné que le travailleur n'a pas à produire un certificat pour les deux premiers jours de maladie, il n'est pas rare, contrairement à ce que soutient la recourante, qu'un médecin consulté après les deux jours délivre un certificat couvrant toute la période d'absence. Cela étant, une absence injustifiée d'un seul jour étant établie par la recourante et Ea. ayant reconnu que T. lui envoyait en général des SMS lorsqu'il ne venait pas travailler, c'est à juste titre que la Chambre a considéré que ce manquement ne pouvait pas à lui seul justifier la résiliation immédiate.

Au vu de tous les éléments qui précèdent, la Cour partage l'avis des premiers juges, selon lesquels les manquements du demandeur dans leur globalité n'étaient pas suffisants pour rompre la relation de travail à un point si fort qu'il était impossible, selon les règles de la bonne foi, d'exiger de la défenderesse de poursuivre les rapports contractuels jusqu'au terme du délai de congé légal. En outre, elle relève que cette appréciation globale des manquements reprochés à T. contredit le reproche d'E. SA, lorsqu'il affirme que la Chambre aurait pris en compte les comportements de l'intimé de façon individuelle.

e) Le deuxième grief de la recourante doit dès lors être rejeté. C'est à bon droit que les premiers juges ont retenu que le licenciement immédiat prononcé à l'encontre de T. n'était pas justifié.

4.

Dans la mesure où ses griefs sont rejetés et où la recourante ne conteste pas en soi le calcul opéré par les premiers juges, il s'ensuit la confirmation du jugement attaqué, en tant qu'il astreint E. SA à verser à T. la somme brute de 16 895 fr. 55, soit 9926 fr. 30 à titre de salaire et 6969 fr. 25 à titre d'indemnité pour résiliation injustifiée.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg, II^e Cour d'appel civil, Arrêt du 6 octobre 2009 (Admission partielle du recours interjeté contre le jugement de la Chambre des prud'hommes de l'arrondissement de la Sarine du 4 juin 2008)

327a CO. L'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail. Cette règle s'applique aussi aux frais exposés après la fin des relations de travail quand ils découlent de l'exécution de ce dernier. C'est le cas notamment lorsque le travailleur doit recourir aux services d'un avocat pour contrer des accusations portées contre lui, en raison de l'activité qu'il a déployée en conformité avec les instructions de l'employeur. Par contre, si l'employé a violé le contrat ou s'il est coupable d'un acte illicite, en particulier d'une infraction pénale, il n'a pas droit au paiement de ses frais de défense par l'employeur (c. 2.b).

En matière de police des étrangers, non seulement le défaut de l'autorisation imposée par le droit public n'entraîne pas à lui seul la nullité du contrat de travail mais encore il ne constitue pas un motif de résiliation immédiate. Tout employeur connaît ou doit connaître les difficultés d'obtention de l'autorisation nécessaire pour occuper un travailleur étranger. En concluant le contrat de travail sans réserve à cet égard, ou en débutant l'exécution du contrat sans y être autorisé, l'employeur prend le risque de ne pas pouvoir satisfaire aux obligations impératives qui lui incombent (324 CO). Il ne saurait se délier de ces obligations en invoquant comme juste motif sa propre carence (c. 4.b).

Extraits des faits:

Le 2 juin 2004, T. et E. SA ont conclu un contrat de travail portant sur l'engagement de T. en qualité d'agent de sécurité sur appel. Comme l'employé, ressortissant iranien au bénéfice d'une autorisation de séjour pour étudiant, ne disposait d'aucune autorisation de travail, E. SA avait en fait préalablement la demande le 14 mai 2004 au Service de la population et des migrants (ci-après: SPoMi). L'autorisation de travail requise n'a toutefois jamais été délivrée. Le 16 novembre 2004, T., en mission auprès du X. Café à Fribourg, est intervenu à l'encontre de deux clients qui ont déposé plainte pénale contre lui pour lésions corporelles simples. Le 9 décembre 2005, une convention transactionnelle a été conclue, prévoyant le retrait de la plainte contre le versement de 3000 francs aux plaignants sans reconnaissance de responsabilité. Le juge pénal a rayé la cause du rôle. Pour assurer sa défense, T. a fait appel aux services de M^e Z., dont la facture finale s'est élevée à 2983 fr. 95.

En date du 26 avril 2005, le SPoMi a sommé la société E. SA de licencier sans délai T. en raison du rejet de la requête d'autorisation de tra-

vail. Dès lors, T. a été licencié avec effet immédiat le 29 avril 2005. Le 2 novembre 2005, par le biais de son mandataire, T. a invité la société E. SA à prendre en charge ses frais de défense pour les faits survenus dans le cadre de son travail le 16 novembre 2004.

Le 17 mai 2006, T. a saisi la Chambre des prudhommes de l'arrondissement de la Sarine du litige l'opposant à son ancien employeur. En date du 4 juin 2008, le Président de la Chambre des prudhommes de la Sarine a rendu un jugement n'admettant que partiellement la demande de T. et condamnant E. SA à lui verser divers montants. Par mémoire du 28 juillet 2008, T. a déposé un recours contre ce jugement.

Extraits des considérants:

2.

a) Le recourant estime que l'intimée devait prendre en charge ses frais de défense, en particulier ses frais d'avocat (2983 fr. 95), suite à l'altercation du 16 novembre 2004.

b) Selon l'art. 327a CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail. Les frais doivent être en relation directe avec le travail et engagés par l'employé dans l'intérêt de l'employeur (JAR 1996, p. 166). Leur remboursement ne constitue pas un salaire; il ne couvre que les frais effectifs (ATF 115 V 526; ATF 116 II 145/JdT 1990 I 578). Il appartient au travailleur d'apporter la preuve de la nécessité des dépenses, sans que l'employeur ne puisse à cet égard poser des exigences excessives (TERCIER/FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^{ème} éd., Zurich 2009, n° 3513 p. 518). L'art. 327a CO s'applique également aux frais exposés après la fin des relations de travail quand ils découlent de l'exécution de ce dernier. C'est le cas notamment lorsque le travailleur doit recourir aux services d'un avocat pour contrer des accusations portées contre lui, en raison de l'activité qu'il a déployée en conformité avec les instructions de l'employeur (JAR 2005 p. 368; SJ 1988, p. 577; PH. CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Zurich 2009, p. 256–257; R. WYLER, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Berne 2008, p. 282). Par contre, si l'employé a violé le contrat ou s'il est coupable d'un acte illicite, en particulier d'une infraction pénale, il n'a pas droit au paiement de ses frais de défense par l'employeur (AUBERT, *Commentaire romand* 2003, n. 9 art. 327a CO).

c) La Chambre des prudhommes a admis le principe de la prise en charge des frais d'avocat par l'employeur dans le cas d'une affaire liée directement à l'exercice du travail de l'employé, pour autant toutefois que l'activité en question comporte des risques, que les services d'un mandataire soient nécessaires et qu'aucune faute grave ou moyennement grave ne puisse être reprochée à l'employé. En l'espèce, elle a retenu en substance qu'une activité professionnelle en qualité d'agent de sécurité comportait certains risques dès lors que le rôle de celui-ci est de maintenir l'ordre dans

des établissements publics, que sa position est délicate en ce sens que tout usage de la force doit être proportionné aux circonstances et qu'il est ainsi exposé au risque que des clients déposent des plaintes pour lésions corporelles simples ou voies de fait. Les premiers juges ont également admis que la défense des intérêts d'un agent de sécurité par un avocat était nécessaire dans la mesure où cette profession exige un casier judiciaire vierge et que les plaignants, en l'espèce, avaient eux-mêmes mandaté un avocat pour défendre leurs intérêts. Par contre, la Chambre des prudhommes a considéré qu'en vertu de l'art. 8 CC et en application de l'art. 97 CO par analogie, il appartenait au demandeur d'apporter la preuve qu'aucune faute ne lui était imputable. Or en l'espèce, non seulement le déroulement des faits n'avait pas pu être établi mais encore les constats médicaux des plaignants et le montant élevé qui leur avait été versé en échange du retrait de leurs plaintes constituaient des indices de l'agissement fautif du demandeur. Celui-ci n'avait dès lors pas apporté la preuve de l'absence de faute de sa part.

d) Il ressort du rapport d'enquête établi le 31 décembre 2004 suite à la plainte pénale du 16 novembre 2004 pour lésions corporelles simples et voies de fait que, le 16 novembre 2004 vers 2 h 30, T. aurait frappé au visage deux clients d'un bar dont il assurait la sécurité, lesquels étaient pris de boisson. T. a lui-même déposé plainte pénale le 17 novembre 2004 contre les deux clients susmentionnés qui lui auraient donné un coup «au dos et dans les parties». Par la suite, T. a accepté conventionnellement d'indemniser les deux clients en leur versant une somme s'élevant à 3000 francs et s'est engagé à supporter les frais de justice. La convention précise que ce versement ne vaut pas reconnaissance de responsabilité.

Selon l'art. 6 let. b du Concordat du 18 octobre 1996 sur les entreprises de sécurité (RSF 559.6; ci-après: le Concordat), l'agent de sécurité est une personne physique chargée, comme membre d'une entreprise de sécurité, d'assurer des activités de surveillance, de protection ou des transports de sécurité. Les entreprises de sécurité et leur personnel doivent exercer leur activité dans le respect de la législation. L'art. 15 al. 2 du Concordat précise, en particulier, que le recours à la force doit être limité à la légitime défense et à l'état de nécessité au sens du Code pénal suisse.

S'il ne fait pas de doute que l'activité d'agent de sécurité comporte des risques, raison pour laquelle elle est réglée par la loi, elle commande aussi que l'agent soit capable de garder un certain sang-froid, lui imposant de n'avoir recours à la force que dans les cas de légitime défense et d'état de nécessité au sens des art. 15 et 18 CP. Or en l'espèce, la Cour estime que le recourant a agi contrairement aux devoirs imposés par le Concordat, à tout agent de sécurité dans l'exercice de ses fonctions. Il ressort en effet du rapport d'enquête que le 16 novembre 2004 un couple d'amis, clients du X. Café, a été frappé par l'agent de sécurité de l'établissement à la suite d'une «farce» faite dans les toilettes des dames (l'un des clients est entré dans les toilettes réservées aux dames alors que son amie s'y trouvait); le

recourant est immédiatement intervenu, et malgré les explications données par le couple d'amis, les a fait sortir de l'établissement public. Les deux clients expulsés prétendent qu'alors qu'ils quittaient le X. Café, l'agent de sécurité, identifié comme étant T., les a frappés à plusieurs reprises. Les certificats médicaux datés du 16 novembre 2004 et produits par les plaignants durant l'enquête pénale attestent de coups reçus au visage et de douleurs au dos. Le recourant qui a lui-même déposé plainte le 17 novembre 2004 prétend avoir sorti un client « qui avait trop bu » et d'avoir reçu lors de cette intervention des coups de l'amie de la personne prise de boisson, sans indiquer qu'il aurait lui-même donné des coups, ce que contredisent les certificats précités. Le 13 mai 2005, le recourant a été déféré devant le Juge de police pour lésions corporelles simples et voies de fait. Ce n'est qu'après avoir assigné des débats que le Juge de police a reçu du recourant, par le biais de son avocat, une convention transactionnelle signée les 6 et 9 décembre 2005 portant retrait des plaintes pénales moyennant que le recourant prenne à sa charge les frais judiciaires et verse 3000 francs aux deux clients molestés. Le déroulement des faits tel qu'il ressort de la procédure et les termes de la transaction passée après l'ordonnance de renvoi permettent de retenir que le demandeur n'a pas droit au remboursement, par son employeur, de ses frais d'avocat en raison du fait qu'il a eu recours à la force sans être en état de légitime défense et de nécessité au sens du code pénal suisse. Les déclarations en séance de la Chambre des prudhommes du responsable de l'établissement public dans lequel se sont passés les faits du 16 novembre 2004, confortent la conviction de la Cour que le recourant a eu un comportement inadéquat en tant qu'agent de sécurité. Selon ces déclarations: «Lorsque le demandeur a travaillé au X. Café, il y avait chaque fois quelque chose qui se passait. Lorsqu'un client se présentait et qu'il ne plaisait pas au demandeur, soit il le poussait soit il le frappait et c'est moi qui ai décidé finalement qu'il devait partir. Lorsqu'il devait faire sortir quelqu'un, il y avait des bagarres. Il y a eu plusieurs fois des bagarres et la police a dû intervenir à plusieurs reprises».

Le premier grief soulevé par le recourant doit dès lors être rejeté.

(...)

4.

a) Les premiers juges ont admis que l'employeur pouvait résilier le contrat de travail avec effet immédiat parce que le SPoMi refusait d'accorder l'autorisation administrative correspondante. Le recourant conteste ce point de vue.

b) La Cour rappelle préliminairement que, de jurisprudence constante, la résiliation immédiate pour justes motifs est une mesure exceptionnelle et ultime (*ultima ratio*) qui ne doit être admise que de manière restrictive (ATF 130 III 213/JdT 2004 I 223; JAR 2000 p. 245). (...)

La jurisprudence à laquelle se réfèrent les premiers juges (ATF 114 II 279) ne traite pas clairement des effets du contrat de travail qui a été

conclu et en partie exécuté en l'absence d'autorisation de travail (cf. G. AUBERT, *Contrat de travail et autorisation de travail*, in *SJ* 1988, p. 619–624).

En matière de police des étrangers, non seulement le défaut de l'autorisation imposée par le droit public n'entraîne pas à lui seul la nullité du contrat de travail (ATF 122 III 110; 53 1997 p. 149) mais encore il ne constitue pas un motif de résiliation immédiate (JU-TRAV 1998, p. 49; AUBERT in *SJ* 1988, p. 623). En effet, dans la mesure où l'employeur est désireux d'engager un travailleur étranger, il est censé faire lui-même les démarches officielles nécessaires en vue de légaliser le contrat de travail (WYLER, p. 196). S'il ne satisfait pas à cette incombance, qui constitue un acte préparatoire, l'employeur est en demeure et doit le salaire au travailleur qui a offert ses services sans que celui-ci soit tenu de fournir effectivement son travail (art. 91 et 324 al. 1 CO; ATF 114 II 283 consid. 2 b dd; RVJ 1997 p. 189; JAR 1981 p. 135; TERCIER/FAVRE, n° 3491 p. 515; DUC/SUBILIA, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 1998, p. 190, ad art. 324 CO). Certes, le Tribunal fédéral a précisé que le refus d'un permis de travail pouvait constituer un juste motif de résiliation fondé sur l'art. 337b al. 2 CO (pour autant que l'employeur ait rempli ses incombances), ou encore l'avènement d'une condition résolutoire ou la non-réalisation d'une condition suspensive dont les parties auraient pu convenir même tacitement (RVJ 1997 p. 189 précité; WYLER, p. 511). Tel est le cas lorsque les parties, au moment de la conclusion du contrat, conviennent expressément ou tacitement que les effets de ce dernier sont subordonnés à la délivrance de l'autorisation de travail, de sorte que le salarié ne commencera à exécuter sa prestation qu'une fois obtenue cette autorisation. La jurisprudence présume d'ailleurs l'existence d'une telle convention lorsque les deux parties connaissent l'obligation de requérir le permis (AUBERT in *SJ* 1988, p. 621). Toutefois, il est également possible que les parties entendent exécuter le contrat même sans autorisation. On doit assimiler à cette hypothèse celle où les cocontractants, bien qu'ils aient subordonné (formellement) les effets du contrat à l'obtention d'une autorisation, en commencent l'exécution sans avoir requis ou obtenu cette dernière, car le commencement du travail montre qu'ils ont en réalité renoncé à subordonner les effets de leur accord à la délivrance d'une autorisation. Le Tribunal fédéral a jugé en 1960 déjà que, dans le cas où les parties ne subordonnent pas les effets du contrat de travail à l'obtention d'une autorisation, l'employeur ne peut se délier de ses obligations en invoquant l'absence de celle-ci. S'il a résilié le contrat avec effet immédiat, cette résiliation est injustifiée; l'employeur reste tenu de payer le salaire (AUBERT in *SJ* 1988, p. 622, qui cite un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 29.3.1960, C.). Il en va de même lorsque l'employeur ne se rend compte que six semaines après l'entrée en service du travailleur étranger que celui-ci ne dispose pas d'un permis de travail obligatoire; il doit supporter sa négligence et ne peut résilier le contrat avec effet immédiat sans violer les règles de la bonne foi

(dans le même sens: JU-TRAV 1998, p. 49). Tout employeur connaît ou doit connaître les difficultés d'obtention de l'autorisation nécessaire pour occuper un travailleur étranger. En concluant sans réserve à cet égard (ou en commençant l'exécution du contrat sans y être autorisé), l'employeur prend le risque de ne pas pouvoir satisfaire aux obligations impératives qui lui incombent à teneur de l'art. 324 CO. Il ne saurait se délier de ces obligations en invoquant comme juste motif sa propre carence (AUBERT *in* SJ 1988, p. 623).

Dans le cas d'espèce, lorsqu'elle a embauché T., ressortissant iranien au bénéfice d'un permis B délivré par le canton de Zurich, E. SA savait que celui-ci n'était pas au bénéfice d'un permis de travail accessoire en tant qu'étudiant (art. 13 et 32 OLE) et devait connaître les difficultés pour obtenir, dans ce cas, une autorisation de travail. E. SA a tout de même conclu, en date du 2 juin 2004, un contrat avec T. qui a été à son service une dizaine de mois sans être au bénéfice d'une autorisation de travail (l'autorisation de séjour pour étudiants permet de travailler à concurrence de 15 heures par semaine, moyennant autorisation). L'employeur a même renouvelé le 31 mars 2005 le contrat de travail alors que son employé n'était toujours pas autorisé à travailler, ce qui démontre qu'il n'en faisait pas une condition *sine qua non* de l'engagement. Certes, en mai 2004, la société défenderesse a rempli une demande d'exercer une activité lucrative adressée à la Police des étrangers du canton de Zurich, mais elle a assumé le risque d'embaucher en juin 2004 un employé non autorisé à travailler et, malgré l'absence de réponse positive des autorités administratives, est restée inactive jusqu'au 4 avril 2005. A cette date en effet, le SPoMI a adressé un courrier à E. SA concernant l'emploi illégal du recourant, qui exerçait alors son activité depuis environ dix mois sans que la société E. SA ne se soucie de sa situation irrégulière. La société E. SA ne peut se prévaloir de cette situation pour justifier un licenciement immédiat alors qu'il lui appartenait, selon la loi, d'entreprendre les démarches pour régulariser la situation. Ayant accepté les prestations du salarié malgré l'absence d'autorisation, il lui appartient d'en supporter les conséquences, les risques de l'entreprise devant être supportés par l'employeur seul et non par le travailleur (art. 324 CO). Partant, la société E. SA, en demeure, doit verser le salaire du recourant jusqu'au prochain terme de résiliation ordinaire (le contrat étant en l'occurrence résiliable dans un délai d'un mois pour la fin d'un mois) sans que celui-ci, qui a offert ses services, soit tenu d'exécuter sa prestation.

Arrêt communiqué par F. Baumann, greffier au Tribunal cantonal.

Kanton Genf

Chambre des relations collectives de travail de Genève, décision du 22 janvier 2008

Conflit de conventions collectives entre la CCT-cadre du commerce de détail du canton de Genève et la CCNT des boulangers-pâtisseries et son avenant genevois.

Selon la jurisprudence, en vertu de l'unité du contrat de travail, un travailleur ne peut pas être soumis à plus d'une convention collective de travail. Dans le cadre d'une même branche d'activités, deux CCT ne peuvent pas s'appliquer cumulativement. Il convient de déterminer, de cas en cas, quelle est la CCT applicable. Dans le doute, il faut choisir la plus spécifique, soit celle applicable directement à l'entreprise (c. 2).

La convention de la boulangerie et de la pâtisserie est une convention spécifique à une branche qui constitue une *lex specialis* par rapport à la convention-cadre du commerce de détail. Dans ces circonstances, il faut considérer que c'est la convention nationale de la boulangerie-pâtisserie et son avenant genevois qui règlent l'entier des rapports de travail du personnel de vente des boulangeries et des pâtisseries dans le canton de Genève (c. 2).

Question litigieuse:

Par requête du 28 août 2007, l'Association des artisans boulangers pâtisseries du canton de Genève a saisi la Chambre des relations collectives de travail d'une demande tendant à trancher un conflit l'opposant à la Commission paritaire professionnelle du commerce de détail à propos de la convention collective de travail applicable au personnel de vente dans les boulangeries-pâtisseries.

En substance, la requérante soutient que c'est l'avenant genevois de la convention collective nationale de travail de la boulangerie-pâtisserie-confiserie artisanale suisse qui s'applique à son personnel de vente, alors que la partie citée soutient au contraire que c'est la convention collective cadre dans le commerce de détail (ci-après CCT Cadre) qui est applicable.

Considérants:

1.

Le litige porte sur l'interprétation d'une convention collective de travail. La Chambre est en conséquence compétente (art. 9, al. 1 de la loi concernant la Chambre des relations collectives de travail) ci-après CRCT.

2.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en vertu de l'unité du contrat de travail, un travailleur ne peut pas être soumis à plus d'une convention collective de travail (JAR 1997 page 269).

Cette jurisprudence est approuvée par la doctrine qui soutient qu'elle doit être généralisée aux hypothèses où le travailleur pourrait être soumis à deux CCT différentes pour le même type d'activité. Dans l'hypothèse de la coexistence de deux CCT, il n'est pas possible de soutenir que la clause la plus favorable aux travailleurs doit toujours s'appliquer, car un tel raisonnement reviendrait à bouleverser l'équilibre négocié d'une CCT, laquelle représente un tout.

Le cumul de deux CCT dont l'application des clauses les plus favorables ne favorise pas la compréhension du travailleur et de l'employeur quant aux clauses qui leur seraient applicables puisqu'ils devraient procéder à une lecture cumulative de deux CCT dont il n'est pas toujours aisé de dire laquelle contient la clause la plus favorable. En définitive, dans le cadre d'une même branche d'activités, il nous paraît que deux CCT ne peuvent pas s'appliquer cumulativement à un même rapport de travail et qu'un tel cumul n'est pas souhaitable. Il conviendra donc de déterminer, de cas en cas, quelle est la CCT applicable. Dans le doute, il faudra choisir la plus spécifique, soit celle applicable directement à l'entreprise. (RÉMY WYLER, *Droit du travail*, Berne 2002).

La Chambre partage les opinions émises par cet auteur, ainsi que l'opinion du Tribunal fédéral, selon lequel deux CCT ne peuvent pas être appliquées au même rapport de travail.

Dans le cas d'espèce, il s'agira d'examiner si c'est la CCT-cadre du commerce de détail du canton de Genève qui s'applique ou la CCNT des boulangers-pâtisseries et son avenant genevois.

L'application à une telle situation de l'art. 4, al. 2 LECCT doit être ici discutée. Pour rappel, cette disposition légale prévoit que «les clauses de la convention étendue l'emportent sur celles des conventions non étendues, à la réserve des dérogations stipulées en faveur des travailleurs».

Une application stricte de ce principe conduirait la Chambre à décider simplement que les rapports de travail litigieux sont soumis à la convention étendue, soit à la convention-cadre du commerce de détail du canton de Genève, à l'exclusion de la convention nationale des boulangers-pâtisseries et de son avenant genevois.

Toutefois, une telle prise de position conduirait à d'importants inconvénients:

- S'il fallait appliquer dans son intégralité la convention-cadre du commerce de détail, cela impliquerait de nombreux désavantages pour les travailleurs, puisque hormis la disposition qui est à l'origine du présent litige, de nombreuses autres dispositions de cette CCT sont moins favorables que la convention nationale de la boulangerie-pâtisserie et que son avenant genevois.

- Comme relevé ci-dessus, dès lors qu’il n’est pas possible d’appliquer simultanément deux CCT au même rapport de travail, il n’est pas possible de choisir dans chacune des deux CCT quelles sont les dispositions les plus favorables aux travailleurs. Cela conduirait, en effet, à des comparaisons souvent aléatoires entre les dispositions des deux CCT pour déterminer quelle est la clause la plus favorable aux travailleurs.
- Une telle solution conduirait également à une grande insécurité juridique. Il sera rappelé ici qu’aussi bien les travailleurs que les employeurs, souhaitent de la part de la Chambre un éclaircissement qui permette de renseigner de manière utile aussi bien les employés que les patrons sur les dispositions applicables au rapport de travail dans la boulangerie-pâtisserie.
- La CCT du commerce de détail s’applique au personnel de vente. Or, il existe dans les boulangeries et les pâtisseries des employés qui ne sont pas du personnel de vente. Il est exclu d’appliquer aux uns une CCT et aux autres une autre CCT. Cela créerait des inégalités de traitement au sein même de l’entreprise.
- La CCT nationale des boulangeries-pâtisseries règle de manière uniforme dans toute la Suisse les conditions de travail de cette importante branche d’activités. Il est exclu que la signature d’une CCT dans un canton modifie les conditions de travail qui ont été négociées précédemment et qui font l’objet d’une convention nationale réglant tous les rapports de travail de la profession.
- Enfin, la convention de la boulangerie et de la pâtisserie est une convention spécifique à une branche. Il faut la considérer comme une *lex specialis* par rapport à la convention-cadre de détail qui a pour vocation de régler l’ensemble des conditions de travail du personnel de vente dans le canton de Genève.

Dans ces circonstances, la Chambre estime que c’est la convention nationale de la boulangerie-pâtisserie et son avenant genevois qui régissent l’entier des rapports de travail du personnel de vente des boulangeries et des pâtisseries dans le canton de Genève.

Décision communiquée par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Tribunal des prud’hommes de Genève, Jugement du 19 juin 2009

Interprétation du contrat de travail. Si une résiliation durant le temps d’essai donnait droit au versement d’une indemnité équivalente à trois mois de salaire, il est difficilement compréhensible que les parties aient prévu la même indemnité au cas où les rapports de travail étaient résiliés par l’employeur après le temps d’essai. En vertu du principe de la confiance, le contrat conclu ne peut être compris que comme allouant une indemnité de départ de trois mois de salaire, respectivement six

mois, en cas de résiliation durant le temps d'essai ou après celui-ci. Il est usuel dans le secteur bancaire de prévoir une indemnité de départ, versée en sus du salaire dû jusqu'au terme du contrat, donc en sus du salaire dû durant le délai de congé, même si l'employé est libéré de son obligation de travailler (c. 5b).

Extraits des faits:

EX. (Switzerland) SA, dont le siège est situé à Genève, a pour but l'exercice d'une activité bancaire au sens de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne; activité de négociant en valeurs mobilières au sens de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières. Avant d'être un établissement bancaire et inscrite comme telle au Registre du commerce dès octobre 2006, EX. SA (Switzerland) SA (ci-après: la banque) était une société financière, inscrite sous la raison sociale E. SA (Switzerland) SA.

Par contrat écrit daté du 16 décembre 2002, E. SA (Switzerland) SA a engagé T. en qualité de conseiller juridique à compter du 17 mars 2003 pour un salaire annuel brut de 160 000.– servi treize fois l'an. Le contrat signé des deux parties est rédigé en langue anglaise. Selon une traduction certifiée conforme, celui-ci prévoyait un temps d'essai de trois mois, pendant lequel le contrat pouvait être résilié par chacun des parties par écrit dans le respect des dispositions prévues par le Code des obligations suisse. En outre, le contrat prévoyait que «avant la période de trois mois, si une notification intervient, vous recevrez trois mois de salaire en guise de compensation». Le contrat prévoyait également qu'après le temps d'essai, «la notification qui devra être donnée par les parties sera de trois mois. (...)». En outre, était ajouté, ici encore à la main, une phrase supplémentaire, à savoir: «En cas de résiliation par [E], un paquet de départ (en anglais: *severance package*) équivalant à six mois de salaire vous sera payé». Les ajouts manuscrits ont été apportés sur le contrat dactylographié par R., directeur général de E. (Switzerland) SA, à la demande de T. au moment où les conditions d'engagement ont été discutées et convenues. Le dernier salaire annuel brut de T. s'est élevé à fr. 200 712.–.

Le 10 octobre 2008, T. s'est vu signifier oralement son licenciement lors d'un entretien auquel ont assisté, pour la banque, R. et F., avocat. Par lettre du même jour adressée à son employé, E. SA a confirmé à T. sa décision de le licencier pour la prochaine échéance légale, soit pour le 30 avril 2009, à moins qu'il ne désire être libéré plus tôt pour entrer en fonction auprès d'un autre employeur. T. était libéré de son obligation de travailler durant le délai de congé, même s'il lui était demandé de demeurer à disposition de la banque pendant cette période. Son salaire lui serait naturellement versé jusqu'au terme du contrat.

Par lettre du 17 novembre 2008 adressée à l'employé, la banque informait T. du fait que, après une lecture attentive du contrat, il fallait

comprendre les termes *severance package* comme une indemnité forfaitaire de six mois, qui était due quand bien même le délai de congé ne serait que de trois mois. Autrement dit, le contrat ne prévoyait pas qu'en cas de résiliation par la banque une indemnité de six mois de salaire était due en plus du respect d'un délai de congé de trois mois. En définitive, le contrat prendrait donc fin au 31 janvier 2009. La banque se disait prête à réétudier sa position, en particulier à verser trois mois de salaire supplémentaire à T. (soit un salaire jusqu'au 30 avril 2009) au cas où il n'aurait pas retrouvé d'emploi, sans engagement toutefois de sa part dans ce sens.

Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 12 décembre 2009, E. SA (Switzerland) SA a assigné T. en constatation de droit, concluant à ce que le Tribunal constate premièrement que le contrat de travail conclu avec le défendeur prendrait fin au 31 janvier 2009, date jusqu'à laquelle elle restait devoir lui verser son salaire, et deuxièmement qu'un montant supplémentaire équivalant à trois mois de salaire était dû au défendeur.

T. est tombé malade et s'est trouvé dans l'incapacité de travailler du 7 janvier au 15 février 2009 inclus. L'employé a trouvé un nouvel emploi à compter du 1^{er} mars 2009 en qualité de conseiller juridique avec un salaire qui n'est pas inférieur à celui qui était le sien auprès de E. SA.

Par mémoire réponse déposé le 24 février 2009 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, T. a conclu à l'irrecevabilité de la demande en constatation de droit de la banque, subsidiairement à son rejet et à la condamnation de la banque à une amende de procédure. Par ailleurs, T. a formulé à son tour des prétentions à l'encontre de E. SA en paiement de fr. 100 356.– brut à titre d'indemnité de départ (équivalente à six mois de salaire) plus intérêts moratoires à 5% l'an à compter du 1^{er} mars 2009.

A fin mars 2009, E. SA a versé à T. la somme de fr. 2442.65 à titre de treizième salaire au *pro rata* ainsi que la somme de fr. 50 178.– à titre de «indemnité de départ».

Extraits des considérants:

5.

Pour sa part, le demandeur reconventionnel réclame le paiement de fr. 50 178.– équivalent à trois mois supplémentaires de salaire à titre d'indemnité de départ.

a) Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (art. 18 al. 1^{er} CO), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices; cette recherche débouchera sur une constatation de fait. S'il ne parvient pas à établir avec sûreté cette volonté effective, ou s'il constate que l'un des contractants n'a pas compris la volonté réelle exprimée par l'autre, il recherchera le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques; il

résoudra ainsi une question de droit (application du principe de la confiance; ATF 125 III 435, consid. 2a; ATF 122 III 118, consid. 2a; ATF 118 II 342, consid. 1a; ATF 112 II 245, consid. II/1c).

Le juge doit partir de la lettre du contrat et tenir compte des circonstances qui ont entouré sa conclusion (ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 125 III 305, consid. 2b; ATF 115 II 264, consid. 5a). Selon la jurisprudence, il convient de ne pas attacher une importance décisive au sens des mots, même clairs, utilisés par les parties (abandon de la «*Eindeutigkeitsregel*»); même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire et indiscutable à première vue, il peut résulter du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que la lettre ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu (ATF 128 III 212, consid. 2b/bb et 3c, p. 221; ATF du 28 février 2002 en la cause 5C.305/2001, consid. 4b; ATF 127 III 444, consid. 1b; ATF 125 III 305, consid. 2b; ATF du 9 juillet 1998 en la cause 4C.436/1997, consid. 2; ATF du 2 mars 1998 en la cause 4C.24/1997, consid. 1c; CHAPPUIS, *Le texte clair du contrat*, in *Pour un droit pluriel*, 2002; pp. 3 ss). Finalement, et à titre subsidiaire, lorsqu'il subsiste un doute sur leur sens, les dispositions exclusivement rédigées par l'un des co-contractants, ainsi les conditions générales pré-formulées, sont à interpréter en défaveur de leur auteur, conformément à la règle des clauses ambiguës («*in dubio contra stipulatorem*»; «*Unklarheitsregel*») (ATF du 17 septembre 2002 en la cause 5C.134/2002; ATF 122 III 118, consid. 2a; ATF 119 II 368, consid. 4b; ATF 118 II 342, consid. 1a).

Le contrat peut être résilié pour la fin d'un mois moyennant un délai de congé d'un mois pendant la première année de service, de deux mois de la deuxième à la neuvième année de service et de trois mois ultérieurement (art. 335c al. 1 CO). Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit (art. 335c al. 2 CO).

Selon la jurisprudence traditionnelle, le délai de congé au sens de l'art. 336c al. 2 CO ne court pas des la réception de la résiliation; son *dies a quo* se calcule rétroactivement à partir de l'échéance du contrat.

L'article 322 al. 1^{er} CO dispose que l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective.

Selon l'article 339a al. 1 CO, à la fin du contrat, toutes les créances qui en découlent deviennent exigibles.

b) En l'espèce, après audition des parties au sujet des conditions et circonstances d'engagement de T., il appert qu'il n'est pas possible de déterminer la commune et réelle intention des parties puisque chacune d'elles allègue avoir compris une chose différente de son cocontractant.

En particulier, force est de constater que la banque ne semble pas très sûre de la manière dont elle a compris les termes du contrat, prétendant au départ (soit au moment du licenciement) que le délai de congé était de six mois, affirmant ensuite qu'il n'était que de trois mois et le réduisant d'autant pour finalement affirmer, dans sa demande, qu'il était «clair» pour

elle que le délai de congé contractuel était de six mois. Dans la procédure, elle soutient en outre une argumentation qui est contredite par les pièces produites, dont certaines – à savoir des échanges de correspondances entre les parties retranscrivent sa propre manière d’interpréter le contrat différemment de la position prise dans cette procédure.

Dans ces circonstances, la réelle et commune intention des parties est difficile à déterminer. Il y a donc lieu de procéder à une interprétation du contrat selon le principe de la confiance.

En l’espèce, force est de constater que les termes du contrat qui prévoient le versement d’un *severance package*, que les parties s’accordent à traduire et à comprendre comme une indemnité de départ, ne sont pas immédiatement consécutifs aux termes qui prévoient la durée du délai de congé postérieurement au temps d’essai. L’on peut donc considérer que la question de l’indemnité de départ est traitée de manière distincte de celle du délai de congé et qu’il s’agit de clauses ne dépendant pas l’une de l’autre.

Par ailleurs, à la lecture du contrat, il faut voir une similitude entre l’indemnité (équivalente à trois mois de salaire) versée en cas de résiliation du contrat *durant* le temps d’essai (de sept jours) et l’indemnité prévue en cas de résiliation *après* le temps d’essai. Or, si une résiliation durant le délai de congé donnait droit au versement d’une indemnité équivalente à trois mois de salaire, il est difficilement compréhensible que les parties aient prévu la même indemnité (trois mois de salaire) au cas où les rapports de travail étaient résiliés par l’employeur après le délai de congé.

En outre, si telle avait été la volonté des parties, un seul ajout suffisait, et non deux, comme cela ressort du contrat. En vertu du principe de la confiance, le contrat conclu ne peut être compris que comme allouant une indemnité de départ de trois mois de salaire, respectivement six mois, en cas de résiliation durant le temps d’essai ou après celui-ci.

Enfin, l’on ne peut pas comprendre le contrat comme le voudrait la demanderesse principale dans son mémoire de réponse, à savoir que le délai de congé convenu était de six mois correspondant à l’indemnité de départ convenue. En effet, les termes délai de congé et indemnité de départ ne peuvent être compris comme des synonymes par un lecteur de bonne foi. Pour un tel lecteur, il apparaît évident que ces termes ne regroupent pas les mêmes notions.

Par ailleurs, il est usuel dans le secteur bancaire de prévoir une indemnité de départ, versée *en sus* du salaire dû jusqu’au terme du contrat, donc en sus du salaire dû durant le délai de congé, même si l’employé est libéré de son obligation de travailler (ce qui est en plus souvent le cas dans le secteur bancaire) et non pas comprenant, à la manière d’un forfait, le délai de congé et une indemnité complémentaire.

Au vu de ce qui précède, le contrat conclu par les parties ne peut être compris, en vertu du principe de la confiance, que dans le sens que les parties sont convenues d’une indemnité de départ équivalente à six mois de

salaires versées par l'employeur en cas de résiliation de sa part du contrat à verser en plus du salaire dû pendant le délai de congé.

Ainsi, dans la mesure où les parties sont d'accord pour considérer que le contrat de travail a pris fin le 28 février 2009, le délai de congé, calculé rétroactivement, s'est donc écoulé du 1^{er} décembre 2008 au 28 février 2009, indépendamment du fait que l'employeur ait choisi de notifier le licenciement largement avant le terme du délai de congé.

Le demandeur reconventionnel a reçu son salaire jusqu'au terme du contrat ainsi qu'une indemnité de départ, de trois mois de salaire supplémentaire. Ainsi, force est de constater que son ancien employeur reste lui devoir une somme équivalente à trois mois de salaire, soit fr. 50 178.–.

Des intérêts moratoires à 5% l'an seront dus à compter du terme du contrat, soit le 1^{er} mars 2009 comme demandé par T.

Jugement communiqué par M^c W. Gloor, avocat, Genève.

Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 3 mars 2009 (Rejet de l'appel principal et de l'appel incident interjetés contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 23 mai 2008)

Le droit du travail a érigé un droit général à l'égalité de traitement dans les rapports de travail, fondé sur l'art. 328 CO. L'émergence de ce droit à l'égalité de traitement pouvant entrer en conflit avec la liberté contractuelle, l'égalité de traitement n'existera que dans les situations où l'employeur traite collectivement d'une situation, et non dans des situations individuelles qui bénéficient de la liberté contractuelle (c. 3.1).

Dans l'ordre juridique suisse, il n'existe pas de dispositions topiques sur l'allocation d'indemnité de départ en cas de restructuration ou de transfert d'entreprise. Ces indemnités de départ s'apparentent aux gratifications prévues à l'art. 322d CO, à savoir des rétributions spéciales qui s'ajoutent au salaire et accordées à certaines occasions. Elles dépendent du bon vouloir de l'employeur, sous réserve du principe de l'égalité de traitement et du principe de la confiance (c. 3.1).

Une résiliation sous réserve de modification peut également avoir lieu dans le cadre d'un transfert d'entreprise. Le fait que la modification du contrat soit proposée immédiatement après la reprise des rapports de travail ne constitue pas une violation de l'art. 333 CO qui ne contient aucun délai pendant lequel les rapports de travail devraient être maintenus inchangés (c. 4.1–2).

En l'absence d'indices permettant de penser que le nouveau salaire proposé ne correspond pas au prix du marché, le congé ne peut être considéré comme abusif, n'étant pas destiné à imposer une modifica-

tion des conditions de travail qui n'est pas justifiée par les conditions du marché ou la situation économique de l'entreprise (c. 4.2).

Extraits des faits:

Dès le 17 novembre 1986, T. a été engagée auprès de B. en qualité de *customer service assistant*. A la suite de la reprise de cette compagnie aérienne par C., T. est devenue employée de cette dernière, dès le 1^{er} avril 1988. Le dernier salaire mensuel brut de T. pour son activité à 75% auprès de C. était de 6409 fr. en qualité de *duty officer*, poste qu'elle a occupé dès avant l'année 2000. Par courrier du 25 novembre 1999, C. a informé ses employés que les changements intervenus dans le transport aérien nécessitaient qu'elle se réorganise, ce qui impliquait qu'elle procède à des licenciements. Dans une telle hypothèse, les employés concernés recevraient une indemnité à raison de longs rapports de travail, équivalant au salaire mensuel multiplié par le nombre d'années d'ancienneté, plafonné à 26 mois. Lors d'une séance d'information aux collaborateurs du 22 août 2006, C. a annoncé que les services à la clientèle des aéroports de Genève et Zurich seraient transférés à A. pour des motifs économiques. Selon le document intitulé «Agenda Ressources Humaines», il était prévu que les collaborateurs disposeraient d'un délai de réflexion du 11 septembre au 11 octobre 2006 pour accepter le transfert, lequel aurait lieu officiellement le 14 octobre 2006. Du 15 au 31 octobre 2006 aurait lieu la dénonciation des contrats C. pour le 31 janvier 2007, la signature des nouveaux contrats A. déployant ses effets dès le 1^{er} février 2007. Du 14 octobre 2006 au 31 janvier 2007, les conditions salariales de C. resteraient applicables intégralement, étant précisé que A. serait en charge du paiement du salaire dès le 14 octobre 2006.

Le 18 septembre 2006, T. a reçu une proposition de contrat de travail, devant prendre effet le 1^{er} février 2007, pour un poste d'agent *ticketing* à 80%, moyennant un salaire mensuel brut de 4240 fr. Selon la grille salariale de A., le salaire pour un agent *ticketing* à 100% débute à 3950 fr., avec une augmentation de 45 fr. par an jusqu'au maximum de 14 ans, soit 4580 fr. (ce qui représente 3664 fr. à 80%). Pour le poste de *duty officer* occupé par T. au sein de C. avant son transfert, la grille salariale interne de A. indique deux salaires, dont le plus élevé débute à 4550 fr., avec une augmentation de 45 fr. par an jusqu'au maximum de 14 ans, soit 5180 fr. (ou 3885 fr. au taux de 75% auquel T. était occupée auprès de C.). Le 14 octobre 2006, les services *ticketing* de C. aux aéroports de Genève et Zurich ont été transférés à A., qui a émis les fiches de salaire dès le mois de novembre 2006. Le 16 octobre 2006, prenant acte de l'accord de T. quant au transfert de son contrat de travail auprès de A. dès le 14 octobre 2006, celle-ci a résilié «[son] contrat de travail C.» pour le 31 janvier 2007 et lui a adressé une nouvelle proposition de contrat de travail, identique à la première.

Le 30 octobre 2006, en l'absence d'accord de T. dans le délai imparti quant à cette proposition, A. a «résilié [son] contrat de travail C.» pour le 31 janvier 2007. Le 21 novembre 2006, T. a fait opposition à son licenciement, qu'elle a qualifié d'abusif, et elle a réclamé à ce titre une indemnité fondée sur l'art. 336a CO. T. a par ailleurs réclamé le paiement d'une indemnité de départ conformément à la pratique suivie par C., qui était connue de tous et faisait donc partie des conditions de travail des employés de cette compagnie aérienne. A. a contesté le caractère abusif du congé le 1^{er} décembre 2006 et elle a nié le caractère institutionnalisé de la pratique C. invoquée, indiquant que celle-ci avait parfois accordé certains avantages liés à l'ancienneté au moment où les rapports de travail avaient pris fin, mais que plus aucun avantage de cette nature n'avait été accordé depuis le 11 septembre 2001.

Par demande déposée au greffe de la Juridiction des prud'hommes le 18 juin 2007, T. a assigné A. en paiement des sommes de 44 590 fr. 20 net, à titre d'indemnité pour licenciement abusif et de grave atteinte à sa personnalité, représentant 6 mois de salaire, y compris l'ensemble des prestations dues, et de 128 180 fr. brut, à titre d'indemnité de départ, représentant, compte tenu de son ancienneté, 19 fois son salaire mensuel de base, sommes auxquelles devaient s'ajouter les intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 janvier 2007.

Par jugement du 23 mai 2008, le Tribunal a condamné A. à payer à T. la somme brute de 128 180 fr., plus intérêts moratoires au taux de 5% l'an dès le 31 janvier 2007. Le Tribunal a débouté T. de sa demande d'indemnité à titre de licenciement abusif et de grave atteinte à sa personnalité. En revanche, le Tribunal a considéré que des cas individuels répétés démontraient une pratique suivie par C. d'allouer en cas de licenciements économiques des indemnités de départ, calculées dans la plupart des cas sur la base du salaire mensuel multiplié par les années d'ancienneté. Ainsi T. aurait dû bénéficier du même traitement que les autres employés licenciés pour motifs économiques et recevoir une indemnité de départ équivalant à un mois de salaire (6409 fr.), multiplié par le nombre d'années d'ancienneté (20 ans), ce droit n'étant soumis à aucune autre condition supplémentaire.

Par acte expédié le 27 juin 2008 au greffe de la Juridiction des prud'hommes, E. – soit la nouvelle raison sociale de A. dès le 14 mars 2008 – appelle du jugement du Tribunal des prud'hommes du 23 mai 2008. E. conclut à l'annulation de ce jugement et à ce que T. soit déboutée de toutes ses conclusions. T. a répondu à l'appel et formé un appel incident le 18 août 2008.

Extraits des considérants:

3.

Sur appel principal, l'appelante conteste devoir verser une indemnité à l'intimée. Selon celle-ci, une telle indemnité aurait toutefois toujours été

versée par C. aux employés en cas de licenciement consécutif à une réorganisation de la société, pratique qui est opposable à l'appelante en vertu de l'art. 333 CO.

3.1 Le droit du travail a érigé un droit général à l'égalité de traitement dans les rapports de travail, fondé sur l'art. 328 CO (REHBINDER, Commentaire bernois, n. 8 *ad* art. 328 CO; WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., 2008, p. 743). L'émergence de ce droit à l'égalité de traitement pouvant entrer en conflit avec la liberté contractuelle, l'égalité de traitement n'existera que dans les situations où l'employeur traite collectivement d'une situation, et non dans des situations individuelles qui bénéficient de la liberté contractuelle (WYLER, *op.cit.*, p. 743). Dans tous les cas où l'employeur apporte un traitement collectif à ses employés, le principe de l'égalité de traitement doit être reconnu. Ce principe interdit à l'employeur de placer arbitrairement et sans motif justifié certains travailleurs dans une situation moins favorable que la majorité des travailleurs se trouvant dans une situation comparable; il n'interdit, en revanche, pas à l'employeur d'avantager de manière arbitraire et sans motif objectivement justifié certains travailleurs pour autant qu'ils soient nettement minoritaires en nombre (WYLER, *op.cit.*, p. 743). L'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le traitement collectif pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites.

Aux termes de l'art. 333 al. 1 CO, si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, même contre le gré de l'acquéreur, à moins que le travailleur ne s'y oppose.

Les indemnités à raison des longs rapports de travail, aussi appelées indemnités de départ sont régies par l'art. 339b CO. Elles sont octroyées si le travailleur est âgé d'au moins 50 ans révolus au moment où les rapports de travail prennent fin et si le rapport de travail a duré au minimum 20 ans.

Dans l'ordre juridique suisse, il n'existe pas de dispositions topiques sur l'allocation d'indemnité de départ en cas de restructuration ou de transfert d'entreprise. Ces indemnités de départ s'apparentent aux gratifications prévues à l'art. 322d CO, à savoir des rétributions spéciales qui s'ajoutent au salaire et accordées à certaines occasions. Elles dépendent du bon vouloir de l'employeur, sous réserve du principe de l'égalité de traitement et du principe de la confiance (ATF 131 III 615 consid. 5.2.; 129 III 276 consid. 2).

Selon le principe de la confiance, le juge doit rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi par son destinataire en fonction de l'ensemble des circonstances; il s'agit d'une question de droit (interprétation dite objective; cf. ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1). Par ailleurs, le principe de la confiance permet

d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 130 III 417 consid. 3.2).

Au regard du principe de la confiance, si les critères de sélection de l'employeur ne sont pas clairement reconnaissables par les employés, le doute doit profiter à ces derniers. L'employeur qui traite d'une situation collective doit donc clairement déterminer et communiquer aux travailleurs les critères d'attribution ou de réduction des prestations en cause. On retient généralement qu'une série de prestations est soumise au principe de l'égalité de traitement (gratification, attribution de prestations découlant d'un plan social, protection accordée aux femmes enceintes, attribution d'indemnités ou autres avantages sociaux, y compris en matière de prévoyance professionnelle, mise au bénéfice d'une assurance perte de gain, traitement des employeurs en matière d'horaire de travail, traitement des employés dans le cadre d'un licenciement collectif, etc.), alors que d'autres situations relèvent de traitements individuels et ne sont pas soumises au principe de l'égalité (fixation de la quotité du salaire, augmentation ou diminution du salaire, fixation d'avantages individuels, clause de prohibition de concurrence, etc.) (WYLER, *op.cit.*, p. 744; ATF 129 III 276 consid. 3.1).

3.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelante a repris les services de *ticketing* de C. le 14 octobre 2006 et qu'à cette date, l'intimée était employée de celle-ci. L'appelante a dès lors repris le contrat de travail de l'intimée, avec tous les droits et les obligations qui en découlent. Il n'est pas davantage contesté que le contrat de travail de l'intimée ne prévoit pas le versement d'une indemnité de départ. Il convient dès lors de déterminer si une telle indemnité correspond à une pratique dont l'intimée peut se prévaloir.

Il ressort des témoignages recueillis dans le cadre de la présente procédure que les employés licenciés lors d'une restructuration ont reçu une indemnité au moment de leur licenciement, qu'il s'agisse de la restructuration consécutive à la reprise, en 1988, de B. par C. ou des restructurations intervenues en 2000 et en 2001. L'appelante n'a par ailleurs pas démontré que les indemnités versées présentaient un caractère exceptionnel par l'audition, par exemple, de témoins licenciés à la suite d'une restructuration et qui auraient déclaré ne pas avoir reçu d'indemnité. Selon l'appelante, les enquêtes n'ont permis de mettre en évidence l'existence que de 7 cas seulement en 20 ans, lesquels correspondent toutefois à l'ensemble des témoignages recueillis.

De plus, contrairement à ce que soutient l'appelante, le fait que certains témoignages se rapportent à des indemnités versées en 1988 ne suffit pas, du simple fait de leur ancienneté, à rejeter l'existence d'une pratique qui devrait déployer des effets actuellement, mais tend au contraire à démontrer que les versements intervenus ultérieurement, en 2000 et 2001, s'inscrivent dans une continuité. L'appelante soutient également que le fait

qu'aucune indemnité n'ait été versée entre 1988 et 2000 ne permettrait pas de retenir l'existence d'une pratique. Cet argument n'est toutefois pas pertinent dans la mesure où il n'est pas établi qu'une restructuration se serait produite entre ces deux dates, de sorte que C. n'avait pas, dans l'intervalle, à verser d'indemnité.

L'appelante soutient par ailleurs que le versement d'indemnités aurait été effectué en application de l'art. 339b CO et cite à ce propos les cas de M. et L. (ainsi que d'un dénommé S., lequel n'a toutefois jamais été entendu dans le cadre de la présente procédure). Si certains des employés qui ont reçu une indemnité remplissaient les conditions de cette disposition, tel n'est toutefois pas le cas de l'ensemble des témoins entendus et il ne peut donc être affirmé qu'une prime n'était versée que si les conditions de cette disposition étaient réunies.

Outre les témoignages recueillis dans le cadre de la présente procédure, l'existence d'une pratique en vigueur chez C. ressort également de son courrier du 25 novembre 1999 selon lequel les employés licenciés à la suite de la réorganisation envisagée recevraient une indemnité à raison de longs rapports de travail, équivalant au salaire mensuel multiplié par le nombre d'années d'ancienneté. Il n'est nullement indiqué que cette indemnité serait discutée au cas par cas.

Il est également intéressant de relever que C. Lyon a aussi prévu, lors de la restructuration de 2006, le versement d'une indemnité de licenciement d'un mois de salaire brut par année d'ancienneté. Si le droit français n'est pas identique à la législation suisse en matière du droit du travail, il s'agit là néanmoins d'un élément pouvant être retenu comme indice confirmant l'existence d'une pratique générale de l'intimée.

N. a, certes, affirmé qu'il avait été précisé aux employés, d'abord oralement, puis par écrit qu'ils ne percevraient pas d'indemnité, ce qui n'est toutefois corroboré par aucun autre témoignage ou pièce, de sorte que son affirmation n'a pas, à elle seule, une force probante suffisante. Ce témoignage est, en outre, contredit par l'affirmation de l'appelante elle-même selon laquelle elle n'a jamais évoqué le versement d'une indemnité dans le cadre des informations qui ont été fournies aux employés, lesquels ne pouvaient donc pas s'attendre à un tel versement. De plus, le fait qu'aucun employé n'ait évoqué la question du versement d'une indemnité n'est pas pertinent dans la mesure où il était dû même en l'absence d'assurance expresse en la matière et qu'il appartenait à l'appelante d'en informer les employés si elle souhaitait s'écarter de sa pratique. Et même si l'appelante n'avait pas connaissance de la pratique de C., cette ignorance ne peut justifier une inégalité de traitement en défaveur de l'intimée dans la mesure où elle a repris tous les droits et obligations découlant des rapports de travail avec les employés transférés.

Quant à O., selon lequel des indemnités étaient versées au cas par cas par C., il est employé en qualité de directeur du service des ressources humaines depuis le 1^{er} septembre 2007 seulement, soit postérieurement aux

faits de la présente cause, de sorte que son témoignage n'est pas déterminant pour connaître la pratique qui était alors en vigueur et qui a pu changer depuis. Il est certes employé de C. depuis 1989 déjà, mais il n'a pas indiqué qu'il travaillait déjà dans ce service auparavant ou qu'il aurait une connaissance particulière, du fait des fonctions qu'il occupait, de la pratique en la matière.

Enfin, le fait qu'aucun employé n'ait reçu d'indemnité dans le cadre de la présente restructuration ne permet pas d'affirmer qu'il n'y a pas eu de violation du principe de l'égalité puisque si les employés ont été traités de la même manière, ils ont en revanche tous bénéficié d'un traitement défavorable par rapport aux autres employés placés dans la même situation lors des précédentes restructurations.

Ainsi, au vu de ce qui précède, l'existence d'une pratique en vigueur chez C. relative au versement d'une indemnité en cas de licenciement à la suite d'une restructuration doit être admise. L'intimée a bien été licenciée dans le cadre de la restructuration opérée par l'appelante à la suite de la reprise des services *ticketing* de C., vu son refus des nouvelles conditions de travail proposées, et elle a ainsi droit à l'indemnité habituellement versée aux employés en pareille circonstance.

Quant à la manière dont la prime était calculée, les déclarations des témoins ont varié puisque certains ont reçu une prime correspondant au nombre d'années d'ancienneté multiplié par leur dernier salaire, alors que pour d'autres, la prime était inférieure.

Il ressort à ce propos de la circulaire de C. du 25 novembre 1999 ainsi que de celle relative à un projet de licenciement de personnel par C. à Lyon, dont on peut considérer qu'elles formalisent la pratique en la matière et concrétisent la règle générale applicable, que l'indemnité correspond à un mois de salaire brut par année d'ancienneté. L'appelante relève que I. n'a reçu, en 2006, qu'une indemnité équivalent à 6 mois de salaire, alors qu'elle était employée auprès de C. depuis 1985 et elle soutient donc que l'indemnité versée à l'intimée devrait être calculée de la même manière. I. n'appartenait toutefois pas au service *ticketing* qui a été transféré à l'appelante, mais dans le secteur administratif et sa situation n'est ainsi pas comparable à celle de l'intimée. La preuve que sa situation n'est pas comparable découle par ailleurs directement du fait qu'elle a reçu une indemnité lors de son licenciement en octobre 2006, sans avoir rien négocié, alors que l'intimée n'a, elle, rien reçu. Les motifs pour lesquels elle a obtenu une prime et sur quelle base celle-ci a été calculée ne sont pas connus; elle avait en outre déjà obtenu une indemnité en 1988. Ce cas particulier ne peut donc être généralisé.

Il doit ainsi être admis, en l'absence d'accord contraire, que l'indemnité doit être calculée en multipliant le nombre d'années d'ancienneté de l'intimée par son dernier salaire, soit la somme brute de 128 180 fr. fixée par le Tribunal, dont le jugement sera ainsi confirmé sur ce point.

4.

Sur appel incident, l'intimée réclame le versement d'une indemnité de 44 590 fr. pour licenciement abusif et atteinte grave à sa personnalité.

4.1 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 de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est toutefois limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère des cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est pas exhaustive et un abus du droit de mettre un terme au contrat de travail peut également se rencontrer dans d'autres situations, qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux cas expressément envisagés à l'art. 336 CO (ATF 132 III 115 consid. 2.1 p. 116/117; 131 III 535 consid. 4.1 et 4.2 p. 537/538).

Lorsque la résiliation par une partie est fonction du refus par l'autre partie d'accepter une modification des conditions de travail, on est en présence d'un congé-modification («*Änderungskündigung*»). Le congé-modification au sens étroit se caractérise par le fait qu'une partie résilie le contrat, mais accompagne sa déclaration de l'offre de poursuivre les rapports de travail à des conditions modifiées. En revanche, dans le congé-modification au sens large, les deux actes juridiques ne sont pas immédiatement couplés; une partie reçoit son congé parce qu'elle n'a pas accepté une modification des obligations contractuelles (ATF 123 III 246 consid. 3 p. 248/249).

En principe, le congé-modification n'est pas abusif car, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable (cf. ATF 123 III 246 consid. 3a et b p. 249 s.; plus récemment arrêt 4C.177/2003 du 21 octobre 2003, consid. 3.2). L'adaptation d'un contrat de travail aux exigences variables de l'économie ou de l'entreprise doit notamment être possible et admissible, de sorte que la résiliation sous réserve de modification ne saurait apparaître dans tous les cas comme abusive (ATF 123 III 246 consid. 3b p. 250; ATF 4C.209/2002 du 28 novembre 2002, consid. 2.1).

Il y a cependant abus lorsque la résiliation sert de moyen de pression pour imposer au partenaire contractuel une modification défavorable de ses conditions de travail, alors que ni les conditions du marché ni la situation économique de l'entreprise ne l'imposent (ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72; 123 III 246 consid. 3b p. 250 s.). L'abus réside dans le fait que le congé est prononcé sans justification matérielle, pour un motif qui n'est pas digne d'être protégé. Le congé donné pour imposer des conditions de travail dépourvues de toute justification économique pour l'entreprise s'avère au moins aussi abusif que le licenciement aux seules fins d'empêcher la naissance de prétentions qui dépendent de la durée des rapports de travail (ATF 123 III 246 = JdT 1998 I, p. 300).

En elle-même, la mesure de la réduction du salaire n'est pas déterminante (cf. ATF 123 III 246 consid. 4 p. 251); celui dont le revenu est considéré comme beaucoup trop élevé n'a pas à être mieux protégé que celui dont le salaire n'est que légèrement trop haut. En revanche, la question se pose de savoir si le salaire proposé était conforme à d'éventuels revenus minimaux prévus conventionnellement ou légalement (ATF 4C.282/2006 du 1^{er} mars 2007, consid. 4.2).

Une résiliation sous réserve de modification peut également avoir lieu dans le cadre d'un transfert d'entreprise (ATF 114II 349, consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 1996, SARB 1997, p. 236, à propos de l'art. 333a CO; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^{ème} éd., 2006, n. 8 *ad art.* 333 CO).

Conformément à l'art. 8 CC, la preuve du caractère abusif du licenciement incombe à celui à qui le congé a été donné (sous réserve de l'exception de l'art. 336 al. 2 litt. b CO). S'agissant des motifs fondant un licenciement abusif, le fardeau de la preuve du motif réel appartient travailleur. Toutefois cette preuve est difficile à rapporter. Aussi, le juge peut présumer l'existence d'un congé abusif lorsque le travailleur parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur (STREIF/VON KAENEL, *op.cit.*, n. 16 *ad art.* 336 CO; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, 2001, n. 1.8 *ad art.* 336 CO et les réf. citées).

4.2 En l'espèce, l'intimée soutient que l'appelante ne pouvait lui proposer un nouveau contrat de travail avec un salaire inférieur de 40% à celui qu'elle obtenait auparavant. Le fait de proposer un salaire inférieur n'est toutefois pas suffisant, à lui seul, pour considérer que le congé était abusif; il faut encore qu'il ne corresponde pas aux conditions du marché.

C. proposait des salaires supérieurs, mais le fait qu'elle ait dû transférer son service *ticketing* à une entreprise tierce pour des raisons économiques, ce qui n'est pas contesté, tend précisément à démontrer qu'il n'était pas rentable. G., directeur de la succursale de Genève de A., entendu à titre de renseignement, a par ailleurs affirmé que A. avait fixé les nouveaux salaires en s'efforçant de tenir compte du marché, de l'ancienneté au sein de C. et de l'expérience acquise. Il a en outre précisé que le salaire de T. au sein de C. ne correspondait pas aux salaires du marché et qu'il n'avait pas été possible de lui proposer un salaire supérieur à celui qui lui avait été proposé, pour des questions d'équité vis-à-vis des autres collaborateurs de A. Ces explications apparaissent pertinentes et crédibles pour expliquer les nouvelles conditions contractuelles proposées à l'intimée.

L'intimée soutient également que l'appelante aurait pu lui offrir un salaire supérieur compte tenu du fait qu'elle n'était pas liée par sa grille de salaire, comme le montre le cas de P. qui obtient un salaire de 6600 fr. pour un poste de *duty officer*, équivalent à celui qu'elle occupait au sein de C. Le salaire qui a été offert à l'intimée, pour un poste différent, était toutefois lui aussi supérieur à celui prévu par la grille salariale de l'appelante et

l'intimée ne peut donc en tirer aucun argument. De plus, P. obtient un salaire de 6600 fr. pour un poste de *duty officer* à 100% alors que l'intimée percevait 6409 fr. pour le même poste auprès de C., mais à 75%, ce qui indique que la rémunération de ce poste a également été réduite de manière importante. Il sera par ailleurs relevé que l'opportunité de la décision de l'appelante de confier le poste de *duty officer* à P. plutôt qu'à l'intimée ne peut être revue par la Cour et l'intimée n'a pas indiqué, en tout état, qu'elle aurait souhaité augmenter son taux d'occupation à 100%. Enfin, il n'est pas démontré que l'intimée aurait eu les qualifications nécessaires pour occuper le poste de *deputy station manager*, à 100%, offert à Q.

Enfin, si la modification du contrat a été proposée immédiatement après la reprise par l'appelante des rapports de travail, cela ne suffit pas à constituer une violation de l'art. 333 CO, qui ne contient aucun délai pendant lequel les rapports de travail devraient être maintenus inchangés et durant lequel aucune modification ne pourrait intervenir, le principe selon lequel, comme tout contrat, le contrat de travail n'est pas immuable, étant applicable. Les conditions salariales offertes par C. étaient, au demeurant, garanties jusqu'à fin janvier 2007, soit jusqu'au moment où les rapports de travail pouvaient prendre fin.

Ainsi, en l'absence d'indices permettant de penser que le salaire proposé à l'intimée ne correspondait pas au prix du marché, son congé ne peut être considéré comme abusif dans la mesure où il n'était pas destiné à lui imposer une modification de ses conditions de travail qui n'était pas justifiée par les conditions du marché ou la situation économique de l'entreprise.

Enfin, le fait de proposer à un employé un salaire inférieur à celui qu'il percevait auparavant, mais qui correspond au prix du marché, ne saurait violer les droits de la personnalité dudit employé.

Le jugement dont est appel sera donc confirmé sur ce point.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 3 juin 2009 (Rejet de l'appel et déclaration d'irrecevabilité de l'appel incident interjetés contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 29 août 2008)

121 I-II LDIP. Le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail. S'il accomplit habituellement son travail dans plusieurs Etats, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur (c. 3.2–3).

Dans un groupe de sociétés, il est possible qu'une société apparaisse comme l'employeur et qu'elle prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe. Un tel procédé est admissible pour autant qu'il ait été

prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail (art. 333 al. 4 CO). De ce que les sociétés formant partie d'un groupe de sociétés ont une personnalité juridique propre, il découle en principe que seules peuvent agir pour l'une des sociétés les personnes qui ont le pouvoir de la représenter, respectivement qui occupent la position d'organes au sein de ladite société et agissent pour elle (c. 4.2.2.2).

Extraits des faits:

Par demande déposée au greffe de la juridiction des prud'hommes le 8 mai 2002, T. a assigné E. HOLDING SA en paiement de 1 871 150 fr., plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} juillet 2001, soit 580 500 fr. à titre de résiliation immédiate injustifiée, 1 064 250 fr. à titre de bonus, pour la période du 1^{er} novembre 1999 au 31 août 2001, 46 400 fr. à titre d'indemnités pour vacances non prises, 170 000 fr. à titre de frais de déménagement de Singapour à Paris et 10 000 fr. pour le remboursement des billets d'avion de retour. Il exposait encore avoir été engagé par E. HOLDING SA à Genève, qui était donc son employeur, et se prévalait de l'application du droit suisse. E. HOLDING a contesté tant sa légitimation passive que l'ensemble des prétentions formulées.

Par jugement du 29 août 2008, le Tribunal des prud'hommes a débouté T. des fins de sa demande, déniait à E. HOLDING sa légitimation passive.

Par acte déposé le 1^{er} octobre 2008, T. appelle de cette décision et reprend ses conclusions de première instance. Subsidièrement, il demande à la Cour d'appel des prud'hommes de reconnaître la légitimation passive de E. HOLDING et de renvoyer la cause aux premiers juges afin qu'ils statuent sur ses prétentions. T. considère que E. HOLDING, M.E. SA et E. SP. SA ne font qu'un, étant des consorts, et que prétendre le contraire relèverait de l'abus de droit et de la mauvaise foi. En réponse, E. HOLDING a conclu au déboutement de l'appelant et a formé un appel incident, afin que la Cour dise que la demande était irrecevable, la compétence de la juridiction des prud'hommes n'étant pas donnée au regard du droit de Singapour, seul applicable en l'espèce.

Extraits des considérants:

3.

3.1 L'appelant a choisi, en 2002, après avoir quitté Singapour pour s'installer en France, de plaider sa cause à Genève en se prévalant de l'art. 343 al. 1 CO, dont la teneur a été depuis lors remplacée et précisée par l'art. 24 LFors; il avait donc exprimé le choix du domicile de la société qu'il tient pour cocontractante. Cela étant, tant l'art. 343 al. 1 CO que la LFors, qui régissent la compétence à raison du lieu en matière civile, ne sont pas applicables lorsque le litige est de nature internationale (art. 1 al. 1

LFors a contrario), ce qui est manifestement le cas en l'espèce, de sorte que son choix est, de ces points de vue, inopérant.

3.2 En vertu de l'aspect international du présent litige, le juge doit contrôler d'office la question du droit applicable, en fonction de la loi du for, singulièrement de la LDIP (RS 291; ATF 133 III 323 consid. 2.1). Cette question se pose tant à l'égard de la légitimation passive de l'intimée que des conséquences liées à la résiliation du contrat de travail.

(...)

3.2.3 En l'espèce, le for invoqué en définitive par l'appelant est celui de l'art. 121 al. 2 LDIP, qui prévoit comme rattachement avec la Suisse le droit de l'établissement, du domicile ou de la résidence habituelle de l'employeur.

En partant de l'hypothèse que l'intimée pourrait, au vu des faits allégués par l'appelant, avoir été son employeur, la compétence peut être *prima facie* attribuée aux autorités suisses puisque son siège est à Genève, de sorte que c'est à bon droit que le Tribunal s'est saisi du dossier. Ceci n'est toutefois que le premier acte. Il convient ensuite de déterminer quelles sont les parties liées par les relations de travail, puis de définir le droit applicable à cette relation et enfin, cas échéant, d'examiner l'implication d'une société-mère par rapport aux actes de ses filiales.

Cette manière de procéder respecte le principe de double pertinence rappelé ci-dessus, qui impose de ne statuer que sous l'angle de la vraisemblance au stade de la compétence, en procédant à un examen *prima facie*, puis de reprendre les questions posées en jugeant du fond.

3.3 Ceci posé, il y a lieu de constater que l'appelant est manifestement lié par un contrat de travail, même si celui-ci n'a pas été finalisé par un document écrit circonstancié, un tel contrat pouvant comme en l'espèce résulter d'un accord oral et d'actes concluants, la question demeurant de savoir avec laquelle, ou lesquelles, des entités du groupe E. ce contrat a été passé et, en conséquence, si la société que l'appelant a choisi de citer, une holding dont le siège est en Suisse, est liée par ledit contrat, qui portait sur l'engagement d'un *CEO* et *Managing Director* d'une société filiale, dont le siège était à Singapour, ou si seule celle-ci est concernée.

3.3.1 Factuellement, il est établi que l'appelant, après avoir suivi un stage de deux mois à Genève afin de se familiariser avec l'esprit et la culture du groupe auquel il appartenait désormais, a ensuite déployé son activité uniquement pour le compte de la société de Singapour, sur le marché local et pour deux autres pays d'Asie. Toutes les relations financières, sans exception après le stage susvisé, se sont développées avec la société de Singapour. Celle-ci payait son salaire, ainsi que, pour ainsi dire, tous ses frais. En allait ainsi de son loyer, de sa voiture – et de celle de son épouse – de ses frais de téléphone privé, de sa carte de crédit et de ses frais de voyage, voire de l'ensemble de ses loisirs (golf, repas). L'appelant émergeait donc exclusivement à la comptabilité de la société de Singapour. Or, celle-ci est une société indépendante, dont l'actionnaire est une holding de parti-

cipation. E. SP. SA avait pour but la distribution des produits fabriqués en Suisse, par une autre société, également indépendante de la holding. Son indépendance n'était limitée que par des questions liées à la marque, aux produits et à l'image de E., et ce sur une base contractuelle négociée avec M. E. SA, mais sans rapport avec la holding. E. HOLDING n'intervient donc qu'en tant qu'elle détient les actions de E. SP. SA, mais ce simple fait – par ailleurs normal s'agissant d'une holding de participation au sein d'un groupe de sociétés – n'implique pas que les rapports de travail remontent jusqu'à elle; elle n'a donc aucune emprise sur les employés de ses filiales. En conséquence, l'indépendance de la société asiatique permet de tenir pour établi que les filiales géraient seules leur personnel, sous réserve du choix des dirigeants, choix n'impliquant cependant pas la création d'un rapport de droit entre ceux-ci et la holding. Cette question est résumée par l'attestation des réviseurs, qui précise que la holding ne possédait aucun employé et ne versait aucun salaire.

3.3.2 Par ailleurs, en tant que *CEO* et *Managing Director*, l'appelant se situait au plus haut de la hiérarchie de E. SP. SA et son engagement ne pouvait que résulter de la volonté du conseil d'administration de cette entité. Dès lors, il était naturel que les pourparlers, puis la confirmation de l'engagement de l'appelant, soient le fait du président de son conseil d'administration. Or, dans le cas d'espèce, celui-ci était simultanément aussi le président du conseil d'administration de la holding. Cette double appartenance, connue de l'appelant, par ailleurs non insolite, n'était pas de nature à créer une confusion dans l'esprit d'un haut dirigeant bénéficiant d'une très importante expérience professionnelle, quel que fût le papier à en-tête utilisé. Ces pourparlers ont été clairement menés et n'étaient nullement susceptibles de faire naître une quelconque confusion. Ainsi, tant la lettre sur papier à en-tête de l'intimée du 10 août 1999 que la confirmation d'engagement du 22 octobre 1999 utilisant le même véhicule usaient d'un texte identique, sans équivoque, mentionnant expressis verbis la qualité de *CEO* et *Managing director* de E. Singapore de l'appelant et définissait à trois pays d'Asie son domaine d'activité. C'est faire injure à sa propre intelligence et à sa grande expérience que de plaider un vice de la volonté ou une mécompréhension de l'appelant. Il apparaît en conséquence qu'aucun élément ne pouvait permettre à l'appelant de considérer de bonne foi qu'il était lié à une autre société qu'à celle de Singapour.

3.3.3 A titre superflète, la question de l'attitude adoptée par l'intimée sera décrite ci-dessous, afin d'examiner si elle a exercé, dans les faits, des prérogatives appartenant typiquement à un employeur.

A ce sujet, la holding ne versait pas de salaire et ne retenait pas de cotisations sociales, ce qui a permis au contrôleur de gestion de E. SP. SA, le témoin M., de dire sa certitude que l'appelant était un employé de sa société, laquelle versait son salaire et acquittait ses frais, notamment son loyer et ses dépenses de carte de crédit. Cette conviction s'appuyait également sur le fait que, d'une part, E. SP. SA avait aussi sollicité son permis de travail

et répondait de lui face aux autorités fiscales de Singapour et que, d'autre part, l'appelant n'était pas subordonné à la holding.

La lettre de M. E. SA du 8 novembre 2000 émanant de B. ne permet pas une autre conclusion. Cette missive enjoignait à l'appelant de faire approuver au préalable toutes décisions ou changements majeurs impliquant la société de Singapour par B. lui-même, soit par le président de ladite société. Le papier à lettre utilisé n'impliquait nullement la holding, puisqu'il s'agissait de celui d'une société tierce, indépendante. En définitive, il apparaît au vu du dossier que la société-mère n'est jamais apparue comme une société ayant une emprise sur l'une ou l'autre de ses filiales, s'agissant notamment des questions liées à l'exécution des contrats de travail individuels. Il ne peut donc lui être reproché une attitude ambiguë.

3.4 L'ensemble des considérations qui précèdent est convergent et force à reconnaître que la relation de travail dont se prévaut l'appelant concerne exclusivement la filiale de Singapour et aucunement l'intimée, sous réserve, ce qui sera examiné ci-après, d'une éventuelle consorité qui lierait ces deux sociétés.

4 La relation de travail étant admise entre l'appelant et E. SP. SA, il convient désormais, pour résoudre l'ultime question du présent litige, de revenir au droit applicable. Lorsque, comme en l'espèce, les cocontractants ne sont pas convenus de celui-ci (cf. art. 116 et 121 al. 3 LDIP), le contrat de travail est alors régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121 al. 1 LDIP).

4.1 Dans la présente cause, à l'exception du stage initial qui s'est déroulé à Genève, l'exécution du contrat n'a donc pas nécessité la présence de l'appelant en Suisse, où il n'était pas censé accomplir la moindre tâche. De fait, son activité était totalement destinée au marché asiatique, englobant trois pays mais trouvant une base logistique et une prépondérance à Singapour.

Il apparaît donc, *prima facie* toujours, que le travailleur accomplissait habituellement son travail à Singapour, dont le droit devrait être applicable.

Au vu toutefois des arguments plaidés, il convient encore de se demander si la cause ne devrait pas être jugée au regard du fait que l'activité du travailleur se développait dans plusieurs Etats. En effet, à teneur de l'art. 121 al. 2 *in principio* LDIP, dans cette éventualité, le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat de l'établissement de l'employeur. Or, selon les thèses en présence, il pourrait y avoir soit application du droit suisse, à supposer que l'employeur soit l'intimée, en raison d'une consorité avec ses filiales – ce qui reste à examiner ci-après –, soit application du droit singapourien, pour autant que l'employeur ne soit que E. SP. SA.

4.2 L'appelant soutient que l'intimée était son employeur, et possède donc la légitimation passive, en raison du lien de consorité qui existe entre elle et sa filiale asiatique, alors que l'intimée se prévaut de l'indépendance entre ces deux entités.

4.2.1 Dans la règle, en droit suisse, seul peut être partie au procès celui qui est personnellement titulaire d'un droit ou contre lequel un droit est exercé à titre personnel. L'absence de légitimation active ou passive doit conduire à un déboutement, sans examen de la réalisation des éléments objectifs de la prétention litigieuse. Cette question, qui doit être examinée d'office et librement par le juge (ATF 4C.353/2004 consid. 2.1; ATF 126 III 59 consid. 1a; ATF 108 II 216, JdT 1983 I 361 consid. 1; BERTOSSA ET ALII, op.cit., note n. 4 ad art. 1 LPC), correspond à l'aspect subjectif du droit déduit en justice et relève du droit de fond, étant donné qu'elle a trait au fondement matériel de l'action (SJ 1995 p. 212, 214; voir également: ATF 4C.353/2004; ATF 130 III 417 consid. 3.1; 126 III 59 consid. 1a p. 63; 125 III 82 consid. 1a p. 83).

4.2.2.1 Le considérant qui précède suppose donc que la société-mère, holding de participation, et sa filiale de Singapour ne soient pas indépendantes. Selon la jurisprudence helvétique, on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas des entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, lequel, économiquement, ne fait qu'un avec elle; on doit dès lors admettre, à certains égards, que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes (principe de la transparence [Durchgriff]; ATF 121 III 319 consid. 5a/aa p. 321 et les arrêts cités; cf. également ATF 132 III 489 consid. 3.2 p. 493, 737 consid. 2.3 p. 742; 128 II 329 consid. 2.4 p. 333). Ainsi, l'indépendance juridique entre l'actionnaire unique et la société anonyme ne peut pas être invoquée dans un but qui ne mérite pas la protection de la loi, comme par exemple pour éluder un contrat (ATF 113 II 31 consid. 2c p. 36) ou une prohibition de concurrence ou encore pour contourner une interdiction (arrêt 4C.327/2005 du 24 novembre 2006 consid. 3.2.4; CHAPPUIS, L'abus de droit en droit suisse des affaires, in *L'abus de droit – Comparaisons franco-suisse*, 2001, p. 93). En bref, l'indépendance juridique d'une société anonyme à actionnaire unique est la règle et ce n'est qu'exceptionnellement, soit en cas d'abus de droit, qu'il pourra en être fait abstraction (ATF 113 II 31 consid. 2c p. 36; HOVAGEMYAN, *Transparence et réalité économique des sociétés*, 1994, p. 25, n° 8), étant précisé que l'atteinte manifeste à des intérêts légitimes est une catégorie d'abus de droit (CHAPPUIS, op.cit., p. 92).

4.2.2.2 Dans un groupe de sociétés, il est possible qu'une société apparaisse comme l'employeur et qu'elle prête ses employés à d'autres sociétés du même groupe (DRUEY/VOGEL, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zurich 1999, p. 245 ss; GEISER/UHLIG, *Arbeits-*

verhältnisse im Konzern, in RJB 2003 p. 757 ss, n. 3.22 p. 774). Un tel procédé est admissible, pour autant qu'il ait été prévu expressément ou tacitement dans le contrat de travail (art. 333 al. 4 CO). De ce que les sociétés formant partie d'un groupe de sociétés ont une personnalité juridique propre, il découle en principe que seules peuvent agir pour l'une de ces sociétés les personnes qui ont le pouvoir de la représenter, respectivement qui occupent la position d'organes au sein de ladite société et agissent pour elle (DRUEY/VOGEL, op.cit., p. 239 s.).

4.2.3 En droit de Singapour, selon les pièces produites, la Loi sur les entreprises traite chaque société comme une entité légale distincte et au-delà s'applique la *common law*, aux termes de laquelle, notamment, il n'existe pas de principe selon lequel toutes les sociétés d'un groupe seraient constituées en unité, chacune exerçant une responsabilité propre. La solution de ce problème est donc identique, quel que soit le droit applicable.

4.2.4 En l'espèce, la holding et la société asiatique sont deux entités juridiques distinctes et il n'a pas été prouvé que l'indépendance juridique des personnes morales ait été invoquée abusivement par l'intimée (ATF 117 II 501 consid. 8b; ATF 113 II 31 = JdT 1988 I 20 consid. 2c). Cette indépendance doit donc être reconnue, n'étant constitutive d'aucun abus de droit. Il était par ailleurs parfaitement reconnaissable à l'appelant qu'il était engagé par la filiale et les tentatives de plaider une confusion qui justifieraient une interprétation des intentions des uns et des autres ne trouvent aucun fondement en l'espèce, de sorte que la problématique de la mauvaise foi ne sera pas abordée.

4.2.5 Il s'ensuit que la relation de travail a été nouée avec la société de Singapour et que l'intimée ne possède pas la légitimation passive.

La décision entreprise sera par conséquent confirmée.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

*Cour d'appel des prud'hommes de Genève, Arrêt du 1^{er} décembre 2009
(Admission de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes de Genève du 30 juin 2008)*

Le travailleur clandestin a, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, exactement les mêmes droits, dans le domaine du droit du travail, qu'un travailleur suisse ou étranger, en possession d'une autorisation de travail (c. 4.1).

324 CO. Nécessité pour le travailleur d'offrir ses services à l'employeur pour fonder son droit au salaire durant le délai de congé? A teneur de la loi et de la jurisprudence, il incombe à l'employeur de solliciter, auprès de l'autorité compétente, l'autorisation de séjour pour prise d'activité lucrative du candidat à l'embauche. Ne disposant pas d'autorisation de travail, du fait de l'omission fautive de

l'employeur, l'on ne saurait exiger du travailleur clandestin qu'il offre encore à celui-ci ses services durant le délai de congé non respecté. Permettre dans de telles circonstances à l'employeur fautif d'exciper de la non-offerte de services par le travailleur équivaldrait à lui accorder une prime pour l'embauche d'une main-d'œuvre clandestine. L'employeur ne saurait exciper de sa propre turpitude pour en déduire un droit (c. 5.3-4).

Extraits des faits:

T., ressortissant brésilien, ancien ouvrier dans les usines Fiat au Brésil, né en 1960, a été engagé, le 15 septembre 2008, par E., et ce en qualité de tôlier. Il n'est pas titulaire d'un certificat de capacité. Les parties sont convenues d'un salaire mensuel de Fr. 3500.-, pour un plein temps (41 H), réparti sur 5½ jours (lundi à samedi matin). Le contrat, conclu a été conclu oralement, et pour une durée indéterminée. Les rapports de travail ont commencé le lundi 22 septembre 2008. Lors de son engagement, T. ne disposait pas d'un permis de séjour, ni d'une autorisation pour prise d'activité lucrative en Suisse («permis B»). E. n'a pas sollicité, préalablement à l'entrée au service de cet employé, la délivrance d'une autorisation de travail. T. a travaillé chez E. jusqu'à fin octobre 2008 en tout cas.

Fin octobre 2008, E. a déclaré à T. qu'il n'avait plus besoin de venir travailler, en tout cas plus pour le moment, car il aurait fait l'objet d'une dénonciation; on lui reprocherait d'employer un travailleur au noir. Sur ce, T. est resté à son domicile; il a téléphoné, à plusieurs reprises, à E., courant novembre 2008, lui offrant ses services. Ce dernier n'en a plus voulu.

Par acte déposé au Greffe de la Juridiction des Prud'hommes en date du 22 janvier 2009, T. a assigné E. en paiement de Fr. 6437.90, soit de Fr. 1270.- à titre de «salaire de septembre 2008», de Fr. 799.- à titre de «salaire [solde] d'octobre 2008», de Fr. 548.95 à titre de «vacances», de Fr. 548.95 à titre de «d'allocation de fin d'année» [13^{emc}], de Fr. 1521.- à titre de «salaire de novembre 2008» et de Fr. 1750.- à titre de «délai de congé» (sic), le tout avec intérêts moratoires 5% dès le 15 novembre 2008.

Par jugement du 30 juin 2009, le Tribunal a condamné E. à payer à T. la somme de Fr. 1008.20 bruts, avec intérêts 5% l'an dès le 15 novembre 2008.

Par mémoire de son syndicat, déposé au greffe de la Juridiction des prud'hommes en date du 23 juillet 2009, T. a formé appel contre le jugement du Tribunal.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Le travailleur employé au noir («le clandestin») a, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, exactement les mêmes droits, dans le

domaine du droit du travail, qu'un travailleur suisse ou étranger, en possession d'une autorisation de travail (ATF 122 III 110 = JdT 1996 I 618; 134 III 136; TC FR JAR 2007 p. 396; CAPH Gr. 3 du 12.2.2008 *Byt[...]*; cf. art. 14 let. a de la loi fédérale sur le travail au noir du 17.6.2005 [LTN; RS 822.41]; NIEDERÖST, «Sans-Papiers in der Schweiz», in Uebersax/Rudin/Yar/Geiser, *Ausländerrecht*, Bâle, 2009, pp. 392 ss)

4.2 Cette jurisprudence entend, ce faisant, couper court aux tentatives d'employeurs peu scrupuleux de recourir, à bon compte, à de la main-d'œuvre clandestine, en provenance du Tiers-Monde, réputée sans droits, utilisée pour concurrencer, par des coûts de production inférieurs, les entreprises qui respectent la loi et payent les salaires prévues par les CCT applicables à la branche.

4.3 En se séparant de le l'appelant sans préavis – les Fr. 1700.– prétendument versés couvrent exactement (au tarif convenu) la prétendue période travaillée du 1^{er} au 15 octobre 2008 – l'intimé est manifestement parti de l'idée que parce que clandestin, son employé ne pouvait pas prétendre à la protection usuelle prévue par le droit du travail.

4.4 L'intimé se trouve également dans l'erreur lorsqu'il pense qu'il incombe au travailleur étranger de lui exhiber «son permis de travail».

4.5 La situation est la suivante: à teneur de la loi, l'employeur ne doit pas engager un travailleur étranger d'un pays non membre de l'UE/AELE, sans que ce dernier n'ait obtenu, au préalable, une autorisation de séjour et de travail («Permis B»). S'il passe outre, il le fait à ses risques et périls; il s'expose, en particulier, à des sanctions administratives et pénales (cf. art. 116, 117 LEtr; ATF 6B_184/2009 du 20.5.2009).

4.6 A teneur de la loi et de la jurisprudence, il incombe à l'employeur de solliciter, auprès de l'autorité compétente (OCP/Service de la main-d'œuvre étrangère), l'autorisation de séjour pour prise d'activité lucrative du candidat à l'embauche (cf. art. 11 al. 3 et art 18 let. b de la loi fédérale sur les étrangers [LEtr, RS 142.20]; KLAUS, «Ausländische Personen als Arbeitnehmende» in: U/R/Y/G, *Ausländerrecht*, op.cit., p. 844).

4.7 Cette démarche comporte, comme sous l'ancien régime de l'Ordonnance sur la limitation des étrangers (OLE), l'obligation, pour l'employeur, de remettre à l'autorité compétence un contrat de travail écrit pour examen des conditions de travail offertes (cf. art. 22 al. 2 OASA, RS 142.201).

4.8 Enfin, l'intimé n'est pas crédible quand il affirme avoir pensé, lors de l'engagement, avoir affaire à un ressortissant portugais; pour un portugais de la métropole, le parler brésilien est facilement reconnaissable. Un Brésilien parle le portugais avec un accent d'outre-Atlantique, à l'instar d'un Texan l'anglais, ou d'un Québécois le français.

5.

5.1 Lorsque l'employeur se sépare du travailleur sans respecter le préavis – en lui disant qu'il n'avait plus besoin de lui et qu'il pouvait «rester à la maison» – l'on se trouve dans une situation voisine à celle d'un

renvoi immédiat (art. 337 CO). L'employeur doit au travailleur congédié de la sorte le salaire jusqu'à l'échéance du délai de congé non respecté (art. 337 c al. 1 CO par analogie; cf. aussi art. 324 CO).

5.2 Reste à savoir si, dans un tel cas de figure le travailleur doit encore offrir ses services, c'est-à-dire mettre l'employeur en demeure d'acceptation au sens de l'art. 324 CO – pour fonder son droit au salaire durant le préavis.

5.3 Or, ne disposant pas d'autorisation de travail, du fait de l'omission fautive de l'employeur, l'on ne saurait exiger du travailleur clandestin qu'il offrît encore à celui-ci ses services durant le préavis non respecté (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2006, N. 11 *ad* art. 324. CO).

5.4 Permettre à l'employeur fautif d'exciper de la non-offerte de services par le travailleur durant le préavis non respecté équivaldrait à lui accorder une prime pour l'embauche d'une main-d'œuvre clandestine. L'employeur ne saurait exciper de sa propre turpitude pour en déduire un droit (PORTMANN, *Basler Kommentar*, 2007, N. 28 *ad* art. 320 CO; CAPH, Gr. 3 du 12.2.2008 *Byt[...]*, cons. 2.2).

5.5 Par ailleurs, la Cour est convaincue que l'appelant dit vrai lorsqu'il affirme avoir offert, à plusieurs reprises, ses services, par téléphone, durant le préavis non respecté.

5.6 Lorsque, comme en l'espèce, les rapports de travail, conclus pour une durée indéterminée, ont duré plus d'un mois, et que donc la période d'essai légale a pris fin, la partie qui choisit de mettre un terme au contrat doit respecter un préavis d'un mois pour la fin d'un mois. (cf. art. 335c al. 1 CO; art. 47.1 et art. 48.4 CCT carrosserie).

5.7 En l'occurrence, les rapports de travail, dénoncés après le 22 octobre 2008, mais avant fin octobre 2008, ont pris fin le 30 novembre 2008 (préavis 1 mois pour la fin d'un mois).

5.8 Vu ce qui précède, l'intimé doit à l'appelant le salaire afférant à la période du 22 septembre 2008 au 30 novembre 2008.

Arrêt communiqué par M^e W. Gloor, avocat, Genève.

Kanton Graubünden

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 21. April 2009 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Plessur vom 21. Oktober 2008)

Ausrichtung des Lohns, OR 323; fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, OR 337. Liegt eine Verletzung der Lohnzahlungspflicht mit wiederholtem Verzug bzw. beharrlicher Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung vor, rechtfertigt dies grundsätzlich eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer. Stets sind jedoch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. So ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes um so eher zu verneinen, je früher das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder ordentliche Kündigung enden würde, was – wie vorliegend gegeben – besonders dann gilt, wenn ohnehin bereits die Frist einer vorangegangenen ordentlichen Kündigung läuft (E. 3.c, d und db).

Sachverhalt:

PD Dr. med. X. stellte per 15. September 2006 Dr. med. Y. als Spezialarzt für Ophthalmologie FEBO ein. Am 11. Oktober 2006 unterzeichneten die Parteien den von Dr. med. Y. verfassten schriftlichen Arbeitsvertrag und vereinbarten einen fixen Lohnanteil von brutto Fr. 10 000.– und einen variablen Lohnanteil abhängig von dem in der eigenen Sprechstunde erzielten Umsatz, wobei die Abrechnung und Auszahlung monatlich zu erfolgen hatte. Des Weiteren sah der Vertrag eine anteilmässige Entschädigung für die ärztlichen und technischen Leistungen von Dr. med. Y. bei Operationen vor. Mit Schreiben vom 9. Mai 2007 löste PD Dr. med. X. das Arbeitsverhältnis mit Dr. med. Y. per 31. August 2007 auf. Am 29. Juni 2007 teilte Dr. med. Y. seinem Arbeitgeber in einem Gespräch mit, dass er einer Freistellung per 30. Juni 2007 zustimmen würde. PD Dr. med. X. hielt jedoch an der Einhaltung der Kündigungsfrist fest. Mit Schreiben vom 30. Juni 2007 machte Dr. med. Y. seinen Arbeitgeber darauf aufmerksam, dass sein Lohn gemäss Arbeitsvertrag per Ende des jeweiligen Monats fällig sei und setzte ihm eine Frist bis zum 6. Juli 2007, um den fälligen Lohn mit sämtlichen Lohnbestandteilen zu überweisen. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Frist kündigte er die unverzügliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses an. In der Folge überwies Dr. med. Y. den Fixlohn für den Monat Juni 2007 am 4. Juli 2007 und den variablen Lohn für den Monat Mai 2007 am 6. Juli 2007. Die Zahlung des variablen Lohnes für den Monat Juni 2007 entrichtete der Arbeitgeber nicht innert der gesetzten Frist. Ausserdem waren die Entschädigungen für die Beteiligung an Operationen ausstehend. Als Reaktion darauf kündigte Dr. med. Y. die Arbeits-

stelle fristlos und teilte PD Dr. med. X. am 8. Juli 2007 telefonisch mit, dass er definitiv nicht mehr zur Arbeit erscheinen werde.

Am 1. Oktober 2007 instanzierte Dr. med. Y. beim Vermittleramt des Kreises B. gegen PD Dr. med. X. eine Klage betreffend Forderungen aus dem Arbeitsvertrag im Gesamtbetrag von Fr. 22 790.85. Mit Prozesseingabe vom 24. Dezember 2007 prosequierte der Kläger die Klage an das Bezirksgericht Plessur. Dabei reduzierte er sein Rechtsbegehren auf Bezahlung von Fr. 19 668.40. Mit Urteil vom 21. Oktober 2008 wies das Bezirksgericht Plessur die Klage ab. Gegen dieses Urteil liess Dr. med. Y. am 29. Januar 2009 die Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären.

Aus den Erwägungen:

3.

a) Nach Art. 337 Abs. 1 OR können Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden darf; hierüber entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 2 und 3 OR). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und Lehre stellen hohe Anforderungen an die Schwere des wichtigen Grundes. Nur besonders schwere Pflichtverletzungen rechtfertigen eine fristlose Kündigung. Bei leichteren oder mittleren Vertragsverletzungen liegt ein Grund nur vor, wenn diese trotz Verwarnung wiederholt vorkamen. Unzumutbar ist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses immer dann, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien derart gestört ist, dass die sofortige und fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses als einziger Ausweg erscheint. Die fristlose Kündigung ist erst zulässig, wenn einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann, das Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung aufzulösen oder bei fester Vertragsdauer deren Ende abzuwarten. Hinzu kommt, dass im gekündigten Arbeitsverhältnis praxisgemäss strengere Anforderungen zu stellen sind, bis die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angenommen wird. Die fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses ist ein Notventil und ist als solches zurückhaltend zu handhaben. Sie soll Ausnahmecharakter haben (vgl. zum Ganzen BGE 116 II 142; 117 II 560; 130 III 213 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2005 [4C.246/2005]; STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2c, 3. Aufl., Zürich 1996, N 3 f. zu Art. 337 OR; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 2 f. zu Art. 337 OR).

b) Im vorliegenden Fall hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber am 8. Juli 2007 mitgeteilt, dass er definitiv nicht mehr zur Arbeit kommen

werde. Somit hat er das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Als Grund für sein Verhalten gab er an, dass der Arbeitgeber trotz vorgängiger Aufforderung unter Androhung einer fristlosen Kündigung seiner Lohnzahlungspflicht nicht innert der anberaumten Frist nachgekommen sei. Auch verwies er (erstmalig in der Prozesseingabe) ergänzend auf angebliche weitere Pflichtverletzungen des Arbeitgebers. Der Berufungsbeklagte hingegen bestreitet, seine vertraglichen Verpflichtungen verletzt zu haben. Es treffe zu, dass einzelne Vorkommnisse zu Irritationen zwischen den Parteien geführt hätten. Die Unstimmigkeiten seien allerdings auf das Verhalten des Berufungsklägers zurückzuführen. Eine tiefgreifende Zerstörung der Vertrauensgrundlage unter den Parteien habe aber nicht vorgelegen. Seiner Lohnzahlungspflicht sei er stets nachgekommen und auch ein Verzug müsse verneint werden.

c) Gemäss geltender Lehre und Rechtsprechung kann die erhebliche Verletzung der Lohnzahlungspflicht einen wichtigen Grund darstellen, der eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Erforderlich ist ein wiederholter Verzug oder eine beharrliche Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung, so dass dem Arbeitnehmer als letztes Mittel nur die fristlose Kündigung bleibt (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 9 zu Art. 337 OR und N 3 zu Art. 323 OR; PORTMANN in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 7 zu Art. 323 OR; REHBINDER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI 2/2/2, Bern 1992, N 10 zu Art. 337 OR). Der wichtige Grund ist immer in einer zweistufigen Prüfung zu ermitteln. Zum einen muss der Grund an sich geeignet sein, eine ausserordentliche Kündigung zu rechtfertigen, d.h. er muss einen typischen Kündigungssachverhalt – wie beispielsweise die erhebliche Verletzung der Lohnzahlungspflicht – betreffen. Zum anderen sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und zusammen mit den Interessen der Vertragsparteien vollständig und widerspruchsfrei zu würdigen und abzuwägen (REHBINDER, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR). Nachfolgend ist somit zu prüfen, ob der Berufungsbeklagte seine Lohnzahlungspflicht verletzt hat, und im Bejahungsfall, ob diese Verletzung in casu die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigte. Bei der Überprüfung der geltend gemachten Verletzung der Lohnzahlungspflicht geht es einzig um den fixen und den variablen Lohnbestandteil. Die ebenfalls vertraglich vereinbarte Entschädigung für Operationen kann keinesfalls Grund für die fristlose Kündigung gewesen sein, da diese vom Arbeitnehmer während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses nie eingefordert wurde. Der Berufungskläger hatte auf deren Auszahlung verzichtet.

ca) Gestützt auf Art. 323 Abs. 1 OR ist dem Arbeitnehmer der Lohn Ende jeden Monats auszurichten, soweit nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind. Demnach haben die Parteien die Möglichkeit durch Abrede oder Übung beliebige Zahlungstermine festzulegen. Gemäss Arbeitsvertrag vereinbarten die Parteien vorliegend eine

Entlöhnung bestehend aus einem fixen und einem variablen Lohnanteil sowie eine Entschädigung für Operationen. Es wurde festgehalten, dass die Abrechnung und Auszahlung monatlich zu erfolgen haben. Der Berufungsbeklagte machte geltend, die Zahlungen seien entsprechend der zwischen den Parteien gehandhabten Usanz ausgerichtet worden. Danach sei der fixe und insbesondere der variable Lohnbestandteil immer erst im Laufe des Folgemonats bzw. manchmal sogar erst zwei Monate später ausgerichtet worden, zumal sich letzterer auf die jeweiligen Umsatzzahlen stütze. Dies sei vom Berufungskläger nie beanstandet oder bemängelt worden und er sei damit gar ausdrücklich einverstanden gewesen. Der Berufungskläger behauptet seinerseits, die Parteien hätten eine klare und unzweideutige vertragliche Vereinbarung über den Zeitpunkt der jeweiligen Lohnzahlungen getroffen. Von November 2006 bis März 2007 habe sich die Praxis durchgesetzt, dass der variable Lohn wie auch der Fixlohn zu Beginn des Folgemonates ausbezahlt worden sei. Die Umsatzbeteiligungen seien just, nachdem der Berufungsbeklagte das Arbeitsverhältnis aufgelöst hatte, verspätet ausbezahlt worden. Erst nach Eintreten von Zahlungsschwierigkeiten des Berufungsbeklagten zu Beginn des Jahres 2007 habe er sich bereit erklärt, vorläufig auf die sofortige Zahlung der variablen Lohnbestandteile zu verzichten. Diese Konzession, die offensichtlich eine Abweichung der klaren vertraglichen Regelung darstelle, habe er nach der Kündigung widerrufen, da er keinen Grund mehr gehabt habe, die Konzession aufrecht zu erhalten.

cb) Im Arbeitsvertrag wurde hinsichtlich des Auszahlungstermins keine Unterscheidung zwischen fixem und variablem Lohnanteil gemacht, sondern es wurde für beide Fälle vereinbart, dass die Abrechnung und Auszahlung monatlich zu erfolgen habe. Des Weiteren wurde im Vertrag für die Abrechnung auf das Modell des früheren Arbeitgebers des Berufungsklägers, namentlich auf die Abrechnungen der Monate April und Mai 2005 verwiesen. Aus letzteren ergeht, dass der fixe und variable Lohn jeweils zusammen abgerechnet wurde. Auch wenn diese Abrechnungen kein Datum enthalten, ist davon auszugehen, dass die Auszahlungen spätestens anfangs des Folgemonates erfolgt sind, zumal für den fixen Lohnanteil kein Grund für ein weiteres Zuwarten bestand. Daraus lässt sich schliessen, dass die Parteien im Arbeitsvertrag zumindest sinngemäss vereinbart haben, dass sowohl der fixe als auch der variable Lohnbestandteil jedenfalls auf Beginn des Folgemonates ausbezahlt seien. Dass dies auch tatsächlich möglich war, insbesondere auch der variable Lohnanteil bereits zu Beginn des Folgemonates berechnet werden konnte, zeigen die Lohnzahlungen der Monate November 2006 bis März 2007.

Da somit von einem vertraglich vereinbarten Zahlungstermin auszugehen ist, kommt – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – die gesetzliche Regelung von Art. 322a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 323 Abs. 3 OR, wonach ein Anteil am Geschäftsergebnis auszurichten ist, sobald dieses festgestellt ist, spätestens jedoch sechs Monate nach Ablauf des

Geschäftsjahres, nicht zur Anwendung. Selbst wenn nicht von einem vereinbarten Zahlungstermin auszugehen wäre, würde die Norm in casu nicht zur Anwendung gelangen. Art. 322a OR regelt den Anteil am Geschäftsergebnis, worunter auch eine Umsatzbeteiligung fällt. Der Anteil am Geschäftsergebnis bestimmt sich nach dem Gesamterfolg des Unternehmens (PORTMANN, a.a.O., N 1 und 3 zu Art. 322a OR). Vorliegend haben die Parteien aber nicht eine Beteiligung am Gesamterfolg des Unternehmens vereinbart. Der variable Lohn resp. die Umsatzbeteiligung von Dr. med. Y. bezieht sich ausschliesslich auf seinen in der eigenen Sprechstunde erzielten Umsatz. Von einer Beteiligung am gesamten Umsatz der Praxis X./Y. und somit am Unternehmen ist jedoch keine Rede.

(...)

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Berufungskläger nach Auftreten der Zahlungsschwierigkeiten wohl bereit war, auf die vertragsgemässe Zahlung des variablen Lohnanteils zu verzichten, dieses Angebot jedoch nach Erhalt der Kündigung im Mai 2007 rechtmässig zurückgezogen hat. Demnach hatte der Berufungsbeklagte zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung sowohl den fixen als auch den variablen Lohnanteil jeweils in den ersten Tagen des Folgemonates zu entrichten.

cd) Als Dr. med. Y. seinen Arbeitgeber am 30. Juni 2007 aufforderte, den fälligen Lohn mit sämtlichen Lohnbestandteilen bis zum 6. Juni 2007 zu bezahlen, waren der Fixlohn für den Monat Juni 2007 sowie die variablen Löhne der Monate Mai und Juni 2007 ausstehend. PD Dr. med. X. bezahlte sodann den Fixlohn für den Monat Juni 2007 und den variablen Lohnanteil für den Monat Mai 2007. Den variablen Lohnanteil für den Monat Juni 2007 entrichtete er jedoch nicht innert der bis zum 6. Juli 2007 angesetzten Frist. Zur Begründung stützte sich PD Dr. med. X. auf den durch den Berufungskläger im Juni 2007 geleisteten Militärdienst und die damit verbundene EO-Abrechnung. Da die EO-Abrechnung im vorliegenden Fall jedoch in keinem Zusammenhang mit der Ermittlung des Umsatzes und damit mit der Berechnung des variablen Lohnanteils steht, vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Auch die Begründung, die Berechnung des variablen Lohnanteils nehme jeweils einige Zeit in Anspruch und könne erst nach Vorliegen der Umsatzzahlen vorgenommen werden, ist nicht stichhaltig. So war es dem Berufungsbeklagten doch in den Monaten November 2006 bis März 2007 möglich, den variablen Lohnanteil jeweils auf Anfang des Folgemonats zu entrichten. Andere Gründe, warum er den variablen Lohn des Monats Juni 2007 nicht vertragsgemäss – also zu Beginn des Folgemonats und damit innert der vom Berufungskläger gesetzten Frist – bezahlt hat, bringt der Berufungsbeklagte nicht vor. Nach dem Gesagten kann somit festgehalten werden, dass PD Dr. med. X. seine Lohnzahlungspflicht verletzt hat. In einem zweiten Schritt gilt es nun zu prüfen, ob diese Verletzung der Lohnzahlungspflicht die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen vermag.

d) Wie bereits ausgeführt (siehe vorne Erw. 3.c), stellt die Verletzung der Lohnzahlungspflicht einen wichtigen Grund dar, der eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt, wenn ein wiederholter Verzug oder eine beharrliche Zahlungsverweigerung trotz Fristansetzung vorliegt. Des Weiteren sind die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und zusammen mit den Interessen der Vertragsparteien vollständig und widerspruchsfrei zu würdigen und abzuwägen. So ist u.a. in Betracht zu ziehen, wie lange der Kündigende andernfalls an das Arbeitsverhältnis gebunden wäre. Je eher das Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder ordentliche Kündigung enden würde, desto eher ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu verneinen. Das gilt besonders dann, wenn ohnehin bereits die Frist einer vorangegangenen ordentlichen Kündigung läuft (REHBINDER, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR).

da) Der Berufungskläger bringt vor, er habe ab Mai 2007, nachdem er die ordentliche Kündigung erhalten habe, mehrfach die zeitgerechte Bezahlung seines Lohnes eingefordert. Sodann habe er dem Berufungsbeklagten mit Schreiben vom 30. Juni 2007 eine letzte Nachfrist zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten gesetzt. Der fristlose Weggang sei aufgrund der mehrfachen mündlichen Abmahnungen und der schriftlichen Fristansetzung gerechtfertigt. Dem ist entgegen zu halten, dass der Arbeitgeber nach der schriftlichen Aufforderung durch den Arbeitnehmer mit Ausnahme des variablen Lohnes für den Monat Juni 2007 alle offenen Lohnforderungen umgehend beglichen hat. Und auch die Bezahlung des variablen Lohnanteiles stellte er ausdrücklich in Aussicht und wollte diesen keineswegs verweigern. Dies ergibt sich u.a. aus einem (zwar erst nach der fristlosen Kündigung geschriebenen) Schreiben vom 8. August 2008. Der Berufungsbeklagte hat somit auf das Schreiben des Berufungsklägers vom 30. Juni 2007 durchaus reagiert und damit bekundet, dass er gewillt war, den Lohn im Rahmen der bisherigen Abmachungen zu bezahlen. Von einer wiederholten oder längeren und beharrlichen Zahlungsverweigerung, welche eine fristlose Kündigung im Sinne einer «ultima ratio» rechtfertigen würde, kann somit keinesfalls gesprochen werden.

db) Auch aufgrund der weiteren Umstände ist die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung zu verneinen. Das bereits durch den Arbeitgeber ordentlich gekündigte Arbeitsverhältnis hätte noch bis zum 31. August 2007 und somit nur noch gut 8 Wochen gedauert, wobei für diese Zeit sowohl der Berufungskläger als auch der Berufungsbeklagte Ferien geplant hatten. Der Berufungskläger hätte somit effektiv noch 5 Wochen in den Augenarztpraxen seines Arbeitgebers arbeiten müssen und die Zusammenarbeit mit dem Berufungsbeklagten hätte lediglich noch 4 Wochen gedauert. Die Verfehlung des Arbeitgebers durch die Verletzung seiner Lohnzahlungspflicht kann im vorliegenden Fall jedoch nicht als so schwerwiegend eingestuft werden, als dass es dem Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar gewesen wäre, den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten. Wäre die rechtzeitige Bezahlung des variablen Lohnanteils für Dr. med. Y.

tatsächlich von solch immenser Bedeutung gewesen, hätte er bereits früher, nachdem die variablen Lohnanteile der Monate April und Mai 2007 nicht rechtzeitig ausbezahlt worden waren, zusätzlich zu den mündlichen «Reklamationen» weitere Massnahmen treffen können und müssen. Insbesondere aber die Tatsache, dass der Berufungskläger noch im Februar 2007 aufgrund der finanziell angespannten Situation die für die Buchhaltung zuständige Zeugin E. anwies, die Bezahlung der Umsatzbeteiligung zurückzustellen, zeigt, dass die verspätete Ausbezahlung des variablen Lohnanteils Juni 2007 nicht zu einer unzumutbaren Situation führte. Von einem tiefgreifend erschütterten oder zerstörten Vertrauensverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer, welches die Grundlage eines Arbeitsverhältnisses bildet, kann demnach nicht die Rede sein. Auch angesichts der Position und des festen Patientenstammes des Berufungsklägers steht die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses in keinem Verhältnis zur Verfehlung des Arbeitgebers. Eine fristlose Kündigung aufgrund der Verletzung der Lohnzahlungspflicht ist folglich im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 19. Mai 2009 (teilweise Aufhebung des Urteils des Bezirksgericht Surselva vom 23. Januar 2008)

Behauptet der Arbeitgeber, die erste Lohnabrechnung sei falsch, die zweite, nachgereichte aber richtig, trägt er dafür die volle Beweislast. Zum gleichen Ergebnis würde man bei analoger Anwendung von OR 330b I lit. d gelangen, wonach der Arbeitgeber den Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über die Höhe des Lohns und allfällige Lohnzuschläge zu informieren hat. Bringt der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt vor, dass in Wirklichkeit ungünstigere Arbeitsbedingungen vorliegen, als er dies dem Arbeitnehmer mitgeteilt hat, trägt er dafür die volle Beweislast. Er muss entweder die Unrichtigkeit seiner Mitteilung nachweisen und ihr damit die Beweiskraft entziehen (Gegenbeweis) oder unmittelbar die abweichenden wirklichen Arbeitsbedingungen nachweisen (Beweis des Gegenteils) (E. 2.d.cc).

OR 327a I. Auslagenersatz. Von Vertrauensspesen kann gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber die Bereitschaft zeigt, sich ohne Nachkontrolle mit allgemeinen Notizen und Angaben des Arbeitnehmers zufrieden zu geben (E. 3.c).

Sachverhalt:

Die X. Investments und Y. schlossen am 20. Januar 2006 einen Arbeitsvertrag ab. Danach sollte Y. vom 1. bis 31. Dezember 2006 zu 50% als Kundenberaterin bei der X. Investments tätig sein. Das Salär wurde auf

jährlich Fr. 39 000.– brutto festgelegt. Bei der genannten Summe handelte es sich um einen Vorschuss, den Y. monatlich ausbezahlt erhielt. Das definitive Salär für das Jahr 2006 beinhaltete eine Erfolgsbeteiligung und sollte daher nach dem Jahresabschluss ausgerechnet und beglichen werden. Am 31. Dezember 2006 endete das Arbeitsverhältnis zwischen der X. Investments und Y. Im Anschluss kam es zwischen den Parteien über Forderungen der Arbeitnehmerin aus dem Arbeitsverhältnis zum Streit.

Mit Vermittlungsbegehren vom 8. März 2007 instanziierte Y. beim Kreispräsidenten Ilanz eine Forderungsklage gegen X. Das Bezirksgericht Surselva hielt mit Urteil vom 23. Januar 2008 die Klage teilweise gut und verpflichtete X. zur Zahlung von Fr. 17 880.10. X. legte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

2.

b. Am 5. Januar 2007 übergab X. Y. ein handschriftliches Dokument mit dem Titel «Lohnabrechnung Y.». Gemäss dieser Abrechnung stand der Berufungsbeklagten für das Jahr 2006 ein Lohn von insgesamt Fr. 54 096.– zu. Unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Akontozahlungen von Fr. 39 000.– ergab dies einen Restlohnanspruch von Fr. 15 096.–, der von Y. vor dem Bezirksgericht Surselva eingeklagt wurde. Die Vorinstanz gelangte im angefochtenen Urteil zur Erkenntnis, der Beklagte müsse sich auf dieser Abrechnung vom 5. Januar 2007 behaften lassen, hiess die Forderung von Fr. 15 096.– abzüglich Sozialleistungen gut und sprach der Klägerin dementsprechend einen Betrag von Fr. 14 182.70 zu.

Während somit die Berufungsbeklagte und die Vorinstanz die Abrechnung vom 5. Januar 2007 für massgeblich erachten, macht der Berufungskläger vorliegend im Wesentlichen geltend, bei der erwähnten Abrechnung habe es sich lediglich um einen Entwurf bzw. eine Übersicht der bis zum 5. Januar 2007 bekannten Zahlen gehandelt, nicht aber um die vertraglich erforderliche definitive Jahresrechnung. Massgebend sei vielmehr die von ihm am 24. Februar 2007 erstellte Abrechnung. Daraus sei ersichtlich, dass die Berufungsbeklagte Anspruch auf Ausrichtung eines Lohns von insgesamt Fr. 42 753.10 habe. Nachdem Fr. 39 000.– bereits vorschussweise geleistet worden seien, verbleibe ein Anspruch von Fr. 3753.10.

Unter diesen Umständen ist nachfolgend zu prüfen, ob die Vorinstanz die Abrechnung vom 5. Januar 2007 zu Recht als verbindlich erachtete und entgegen der Ansicht des Berufungsklägers darauf und nicht auf die Abrechnung vom 24. Februar 2007 abstellte.

(...)

d/bb. Stellt die Lohnabrechnung vom 5. Januar 2007 rechtlich gesehen ein Schuldbekenntnis dar, so bedeutet das aufgrund des Gesagten zunächst, dass diese Abrechnung keinen Einfluss auf den materiellen Bestand

der Lohnforderung hat. Es steht dem Berufungskläger daher frei, vorzubringen, die Abrechnung vom 5. Januar 2007 sei falsch bzw. nur die Abrechnung vom 24. Februar 2007 gebe den materiellen Bestand der Lohnforderung korrekt wieder. Eine Korrektur der ursprünglichen Lohnabrechnung kann ihm in diesem Sinn nicht verwehrt werden. Indessen obliegt die Beweislast für die Berechtigung der vorgenommenen Korrekturen dem Berufungskläger, so dass nachfolgend zu prüfen ist, ob ihm dieser Beweis gelungen ist.

cc. Zu demselben Ergebnis, nämlich dass vorliegend der Berufungskläger zu beweisen hat, dass die zweite Abrechnung korrekt bzw. die erste Abrechnung falsch ist, würde man im Übrigen auch bei einer analogen Anwendung von Art. 330b Abs. 1 lit. d OR gelangen. Nach dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses schriftlich über die Höhe des Lohns und allfällige Lohnzuschläge zu informieren. Mit der Erteilung dieser Information gibt der Arbeitgeber eine Wissenserklärung ab. Bringt der Arbeitgeber zu einem späteren Zeitpunkt vor, dass in Wirklichkeit ungünstigere Arbeitsbedingungen vorliegen, als er dies dem Arbeitnehmer mitgeteilt hat, trägt er dafür die volle Beweislast. Er muss entweder die Unrichtigkeit seiner Mitteilung nachweisen und ihr damit die Beweiskraft entziehen (Gegenbeweis) oder unmittelbar die abweichenden wirklichen Arbeitsbedingungen nachweisen (Beweis des Gegenteils) (vgl. WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, N 28 f. zu Art. 330b OR).

e. Die Differenz in den Lohnabrechnungen resultiert einerseits aus einer Korrektur der Erfolgsbeteiligung betreffend den Pool Y. für das 2. Semester 2006 und andererseits aus einem Abzug von Fr. 967.10 für Mehrwertsteuern.

(...)

cc. Unter diesen Umständen hat der Berufungskläger weder begründete Zweifel an der Richtigkeit der Abrechnung vom 5. Januar 2007 zu erwecken vermocht noch den Nachweis erbracht, dass die Abrechnung vom 24. Februar 2007 korrekt ist.

f. Zusammenfassend ergibt sich, dass X. Y. gemäss massgeblicher Lohnabrechnung vom 5. Januar 2007 Fr. 14 182.70 (Fr. 15 096.– minus Sozialversicherungsabgaben von 6,05%) schuldet. Abzüglich der unbestrittenen bereits bezahlten Fr. 1563.55 ergibt sich daher ein Betrag von Fr. 12 619.15 netto, den der Berufungskläger der Berufungsbeklagten zu leisten hat. Zudem hat er die auf den zugesprochenen Nettolohn entfallenden Sozialversicherungsabgaben an die entsprechenden Institutionen zu entrichten. Die Klage von Y. wurde in diesem Punkt somit zu Recht gutgeheissen und das angefochtene Urteil ist entsprechend zu bestätigen.

3.

a. Y. fordert von X. im Weiteren die Begleichung einer Spesenrechnung für das Jahr 2006 über den Betrag von Fr. 5260.95. Die Vorinstanz

hiess diese Forderung von Y. gut und sprach ihr den eingeklagten Betrag zu, wogegen sich der Berufungskläger vorliegend wehrt.

b. Nach Art. 327a Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstandenen Auslagen zu ersetzen. Die Notwendigkeit wie auch die Höhe der einzelnen Auslagen hat der Arbeitnehmer, vorliegend also Y., zu beweisen (Art. 8 ZGB; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 327a OR).

Vorliegend ist der Berufungsbeklagten der Beweis für die geltend gemachten Spesen nicht gelungen. Zwar dürfen an den Nachweis der Spesen, insbesondere deren Höhe, keine allzu hohe Anforderungen gestellt werden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 327a OR). Doch genügt es nicht, wenn sich eine Arbeitnehmerin in der Prozesseingabe darauf beschränkt, lediglich die Höhe der Spesen zu behaupten und eine eigens verfasste Zusammenstellung angeblicher Spesen einzureichen, ohne die in der Zusammenstellung erwähnten Quittungen und Rechnungen ins Recht zu legen. Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand der Berufungsbeklagten, sie habe diese Dokumente ohne Kopien anzufertigen dem Berufungskläger zugestellt, ist unbehelflich, zumal diese Behauptung in der Prozesseingabe noch nicht erhoben worden war und es darüber hinaus versäumt wurde, rechtzeitig die Edition der Quittungen und Rechnungen zu verlangen, um der Obliegenheit zur Beweisführung nachzukommen.

c. Nicht gefolgt werden kann der Argumentation der Vorinstanz im angefochtenen Urteil, dass vorliegend von Vertrauensspesen auszugehen sei, bei welchen kein detaillierter Nachweis erbracht werden müsse, dass der Beklagte die Angaben der Klägerin in der vorgelegten Form grundsätzlich akzeptiert habe sowie dass er sich nicht gegen die Behauptung der Klägerin gewehrt habe, sie habe im Jahr zuvor Spesen in etwa der gleichen Grössenordnung ausbezahlt erhalten.

Von Vertrauensspesen kann gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber die Bereitschaft zeigt, sich ohne Nachkontrolle mit allgemeinen Notizen und Angaben des Arbeitnehmers zufrieden zu geben (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 zu Art. 327a OR). Vorliegend wurde in Ziff. 6 Abs. 6 lit. e des Arbeitsvertrages vom 20. Januar 2006 nun aber ausdrücklich festgehalten, dass Spesen gegen Quittung und Rechnung vergütet werden. Diese vertragliche Abmachung steht der Annahme, dass vorliegend von Vertrauensspesen auszugehen ist, klar entgegen, zumal die Pflicht zum Nachweis der Spesen durch Rechnungen und Quittungen trotz der freundschaftlichen Beziehungen zwischen den Parteien noch anfangs 2006 ausdrücklich festgehalten wurde. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz ergibt sich zudem aus den vom Berufungskläger eingelegten Akten, dass er die Spesenrechnung bereits am 10. Januar 2007 und am 26. Februar 2007 als absurd und unbrauchbar zurückgewiesen hatte. Unter diesen Umständen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte die Angaben der Klägerin in der vorgelegten Form grundsätzlich akzeptierte. Die Aussage, wonach die Höhe der Spesen jener des Vorjahres entspreche, stützt

sich sodann allein auf eine Behauptung der Klägerin, welche diese erstmals anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und somit verspätet vorbrachte. Der Lohnausweis von Y. für das Jahr 2005 weist zudem keine Spesenzahlungen aus. Im Übrigen könnte aus den Spesen für das Jahr 2005 aber auch deshalb nichts für jene im Jahr 2006 abgeleitet werden, weil für das Jahr 2005 andere Vertragsgrundlagen galten.

d. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Klägerin den Nachweis für die geltend gemachten Spesen nicht erbracht hat, weshalb das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt aufzuheben und die Berufung gutzuheissen ist.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 17. August 2009 (Bestätigung des Urteil des Bezirksgerichts Hinterrhein vom 3. Dezember 2008)

Ein Konkurrenzverbot ist nur dann formgültig vereinbart, wenn der Arbeitnehmer den ganzen Wortlaut der Klausel, der deren Inhalt in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht sowie die Folgen einer allfälligen Verletzung wiedergibt, eigenhändig unterzeichnet. Ein Globalverweis auf ein anderes Schriftstück genügt dem Schriftformerfordernis nach OR 340 I nicht, da der Schutzzweck der Bestimmung nicht erfüllt wäre. Dies gilt auch bei einem Verweis auf einen Gesamtarbeitsvertrag (E. 2.cc und 3.bb).

Die Tarifautonomie besteht nur in gewissen Grenzen. So müssen die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages als minder-rangiges Recht das zwingende staatliche Recht beachten (OR 358). Die autonome Satzungs-gewalt der Verbände (OR 356 I) wäre zweifellos überdehnt, wollte man einer Konkurrenz-klausel allein durch die Aufnahme in den normativen Teil eines Gesamtarbeitsvertrages Geltung für die Einzelvertragsparteien verschaffen (E. 3.b/aa und bb).

Sachverhalt:

Anfangs 1994 stellte X. den Y. als Operator für die Wartung, Füllung und Reinigung ihrer Verpflegungsautomaten ein. In der schriftlichen Vertragsbestätigung vom 3. Januar 1994 wurden einzelne Punkte wie Lohn und Arbeitszeiten geregelt, im Übrigen aber verabredet, dass die Festanstellung von Y. dem Gesamtarbeitsvertrag zwischen der Arbeitgeberin und der Gewerkschaft A., Sektion B., unterliege. Ab 1. Mai 1996 wurde der Arbeitnehmer im Aussendienst eingesetzt, als Verkaufsverantwortlicher für den Kanton Graubünden plus angrenzende Regionen. Y. kündigte das Arbeitsverhältnis am 27. Dezember 2005 per 31. März 2006. Danach trat er eine Stelle bei der C. an. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses machte die X. gegenüber Y. geltend, seine neue Tätigkeit bei der C. stelle eine Verletzung des Konkurrenzverbots dar, welches ihn gemäss Kollektiv-

arbeitsvertrag während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber der früheren Arbeitgeberin binde.

Mit Vermittlungsbegehren vom 18. Mai 2007 instanziierte X. beim Kreispräsidenten Thusis gegen Y. eine Forderungsklage. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung erstellte der Vermittler den folgenden Leitschein: «Klägerisches Rechtsbegehren: Der Beklagte sei unter Vorbehalt der Geltendmachung und gerichtlichen Durchsetzung von weiteren Schadenersatzforderungen und weiterer Forderung aus Konventionalstrafe zu verpflichten, der Klägerin wegen Verletzung des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbotes für den Zeitraum vom 1. April 2006 bis zum 10. Juli 2007 eine Konventionalstrafe von Fr. 46 600.– zu bezahlen ...». X. prosequierte den Leitschein an das Bezirksgericht Hinterrhein. Mit Urteil vom 3. Dezember 2008 wies das Bezirksgericht Hinterrhein die Klage ab. Das Gericht war zur Erkenntnis gelangt, dass kein formgültig vereinbartes Konkurrenzverbot vorliegt. Gegen dieses Urteil liess X. Berufung zu Händen des Kantonsgerichts von Graubünden erklären.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Berufungsklägerin verlangt in ihrer Berufung in erster Linie die Feststellung, dass die Konkurrenzverbotsabrede zwischen den Parteien formgültig vereinbart worden sei.

a/aa. Der handlungsfähige Arbeitnehmer kann sich gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen (Art. 340 Abs. 1 OR). Wie sich dem Wortlaut von Art. 340 Abs. 1 OR entnehmen lässt, bedarf die Vereinbarung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots der Schriftform. Diese bezweckt, den Arbeitnehmer vor Übereilung zu schützen und ihm die Tragweite der ihm auferlegten Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit bewusst zu machen (ADRIAN STAEHELIN/FRANK VISCHER, Zürcher Kommentar zu den Art. 319–362 OR, 3. A., Zürich 1996, N 8 zu Art. 340 OR; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N 5 zu Art. 340 OR). Um den Arbeitnehmer von einer unbedachten Verpflichtung abzuhalten, ist ihm eine klare Vorstellung über das Ausmass der Einschränkung seiner wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten zu vermitteln. Zur Verstärkung des Schutzes des Arbeitnehmers war wiederholt gar die öffentliche Beurkundung verlangt worden. Dies wurde vom Parlament abgelehnt. Die Schriftform ist aber im Katalog der zum Schutz des Arbeitnehmers unveränderlichen Bestimmungen gemäss Art. 362 OR aufgeführt (PETER BOHNY, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Zürich 1989, S. 87, mit weiteren Hinweisen).

Die Einhaltung der Schriftform bzw. deren Schutzfunktion verlangt, dass der Arbeitnehmer allen objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten schriftlich zustimmt. Beim Konkurrenzverbot sind vom Arbeitnehmer somit nicht nur die Verpflichtungserklärung selbst, sondern namentlich auch die Art der verbotenen Tätigkeit, die Dauer des Verbots, der geografische Geltungsbereich sowie die Sanktionen, welche eine allfällige Verletzung des Verbots nach sich zieht, zu unterzeichnen (BOHNY, a.a.O., S. 87 f.; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR; MATTHIAS W. RICKENBACH, Die Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, Bern 2000, S. 140).

bb. Eine Konkurrenzverbotsabrede muss nicht im Arbeitsvertrag selbst enthalten sein (MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar zu den Art. 331–355 OR, Bern 1992, N 7 zu Art. 340 OR). Eine Vereinbarung in einem separaten Schriftstück ist grundsätzlich zulässig, allerdings nur, sofern die Schriftform erfüllt ist, das heisst sofern die Konkurrenzklausel selbst mit allen wesentlichen Bestandteilen unterzeichnet ist. Wird im unterzeichneten Arbeitsvertrag auf ein separates Dokument, bspw. auf allgemeine Arbeitsbedingungen oder ein Anstellungsreglement, verwiesen, das aber seinerseits nicht unterzeichnet ist, ist die Formvorschrift nach Ansicht des überwiegenden Teils der Lehre und der Rechtsprechung nicht eingehalten, da das Ausmass der Verpflichtung für den Arbeitnehmer zu wenig abschätzbar ist (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR; REHBINDER, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR; RICKENBACH, a.a.O., S. 139 f.; CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Bern 2001, S. 19, mit weiteren Hinweisen; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. A., Basel 2005, S. 294; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2. A., Bern 2008, S. 597; JEAN-FRITZ STÖCKLI, Allgemeine Arbeitsbedingungen, Bern 1979, S. 134 ff.; Urteile des Arbeitsgerichts Zürich vom 4. März 1981 [publ. in: JAR 1983, S. 214 ff.], vom 2. Mai 1991 sowie vom 30. Oktober 1998 [zu den letzten beiden Urteilen vgl. NEERACHER, a.a.O., S. 19 Fn. 113]). Dies gilt auch bei einem Verweis auf einen Gesamtarbeitsvertrag (BOHNY, a.a.O., S. 88; JEAN-FRITZ STÖCKLI, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 191 f.). Begründet wird diese Formstrenge mit den sehr einschneidenden Auswirkungen von Wettbewerbsverboten und der daraus abgeleiteten Warn- bzw. Schutzfunktion des Schriftformerfordernisses (REHBINDER, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR; NEERACHER, a.a.O., S. 19; WYLER, a.a.O., S. 597). Die Bestimmung von Art. 340 Abs. 1 OR geht somit über die Schriftformerfordernisse des Art. 13 OR hinaus. Die übliche Warnfunktion der Schriftform wird verstärkt, indem die Verpflichtungserklärung des Arbeitnehmers selbst schriftlich zu sein hat (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR). In diesem Zusammenhang kann auch auf die zutreffenden Ausführungen in Erwägung 6 des angefochtenen Urteils verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

Eine weniger strenge Ansicht vertreten einerseits STAEHELIN/VISCHER im Zürcher Kommentar. Sie argumentieren, der Schriftform sei Genüge getan, wenn der schriftliche Einzelarbeitsvertrag auf ein dem Arbeitnehmer übergebenes Reglement oder Mitarbeiterhandbuch verweise, in welchem das Konkurrenzverbot festgelegt wird. Im Hinblick auf die sog. Ungewöhnlichkeitsregel wird jedoch verlangt, dass die Konkurrenzverbotsklausel im entsprechenden Dokument durch Fettdruck oder auf andere Weise hervorgehoben wird (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR). Andererseits vertritt BRÜHWILER die Ansicht, die Bezugnahme im unterzeichneten Arbeitsvertrag auf eine Konkurrenzverbotsklausel in einem beigefügten Anstellungsreglement, das dem Arbeitnehmer nachweisbar zur Kenntnis gebracht und von den Parteien als Vertragsbestandteil anerkannt worden sei, genüge für die Einhaltung der Formvorschrift (JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. A., Bern 1996, N 2 zu Art. 340 OR).

cc. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Konkurrenzverbot nach herrschender Lehre und Rechtsprechung nur dann formgültig vereinbart ist, wenn der Arbeitnehmer den ganzen Wortlaut der Klausel, der deren Inhalt in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht sowie die Folgen einer allfälligen Verletzung wiedergibt, eigenhändig unterzeichnet. Ein Globalverweis auf ein anderes, nicht unterzeichnetes Schriftstück genügt dem Schriftformerfordernis nicht, da damit der Schutzzweck der Bestimmung nicht erfüllt wäre.

b/aa. Vorliegend befindet sich – als einziges von Y. unterzeichnetes Dokument – eine Vertragsbestätigung vom 3. Januar 1994 in den Akten. Dass Y. sich zur Beachtung eines irgendwie gearteten Konkurrenzverbots verpflichtet, wird darin mit keinem Wort festgehalten. Die Vertragsbestätigung selbst enthält somit keine rechtsgültig vereinbarte Konkurrenzverbotsklausel.

bb. Zu beachten ist, dass die erwähnte Bestätigung einen allgemeinen Verweis beinhaltet, die Festanstellung von Y. unterliege dem Gesamtarbeitsvertrag mit der Gewerkschaft A., Sektion B. Nach den Darlegungen der Berufungsklägerin enthielt dieser Gesamtarbeitsvertrag ein Konkurrenzverbot. Aufgrund der Ausführungen in Erwägung 2a liegt allerdings keine formgültig vereinbarte Konkurrenzklausel vor, wenn diese in einem separaten, nicht unterzeichneten Dokument festgehalten ist, selbst wenn im unterzeichneten Vertrag auf dieses verwiesen wird. Somit fehlt es vorliegend an einem unterschriftlichen Einverständnis von Y. zu einer Konkurrenzverbotsklausel einschliesslich Konventionalstrafe.

Die Berufungsklägerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf einen Bundesgerichtsentscheid vom 7. Januar 2005, worin das Gericht die Schriftlichkeit als gegeben erachtete, wenn der Arbeitsvertrag unterzeichnet ist und in diesem auf die Gültigkeit eines nicht unterschriebenen Reglements verwiesen wird (4C.407/2004, E. 3.1). Dieser Entscheid betraf allerdings den Ausschluss einer Überstundenentschädigung nach Art. 321c

Abs. 3 OR und ist deshalb nicht einfach auf eine Konkurrenzverbotsklausel übertragbar. Das Konkurrenzverbot stellt für den Arbeitnehmer eine schwere Belastung dar (ARTHUR HAEFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, 2. A., Bern 1975, S. 41). Es ist mit erheblichen Auswirkungen auf das nachvertragliche wirtschaftliche Fortkommen und daher mit viel einschneidenderen Konsequenzen verbunden als die Wegbedingung der gesetzlichen Überstundenentschädigung. Wie bereits dargelegt, dient das Erfordernis der Schriftlichkeit dazu, dem Arbeitnehmer die Konsequenzen eines Konkurrenzverbots unmissverständlich und in ihrer vollen Tragweite aufzuzeigen. Daher verlangt Art. 340 Abs. 1 OR auch, dass die Verpflichtungserklärung als solche schriftlich zu sein hat, was, wie in Erwägung 2a/bb dargelegt, über die Schriftformerfordernisse des Art. 13 OR hinausgeht. Anders als in dem vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall genügt es daher eben gerade nicht, wenn die Erklärung auf mehreren Schriftstücken verkündet, aber nur eines davon unterzeichnet worden ist.

cc. Hinzu tritt vorliegend der Umstand, dass der Gesamtarbeitsvertrag, auf den in der Vertragsbestätigung verwiesen wird, nicht im Recht liegt, und daher weder nachgewiesen ist, dass dieser ein Konkurrenzverbot enthielt, noch wie dessen genauer Wortlaut war. Existenz, Inhalt und Folgen der Konkurrenzverbotsklausel aus dem Jahr 1994 sind somit unbekannt, und es ist nicht nachgewiesen, dass diese tatsächlich den von der Berufungsklägerin behaupteten Wortlaut aufwies. Selbst wenn man den weniger formstrengen Ansichten von STAEHELIN/VISCHER und BRÜHWILER folgen würde, wäre daher vorliegend nicht nachgewiesen, dass ein Konkurrenzverbot formgültig vereinbart wurde. Mangels Aktenkundigkeit des massgeblichen Gesamtarbeitsvertrages ist nämlich nicht ersichtlich, ob die Konkurrenzklausel darin besonders hervorgehoben war. Sodann steht nicht fest, ob der Gesamtarbeitsvertrag dem Arbeitnehmer übergeben bzw. zur Kenntnis gebracht und von den Parteien als Vertragsbestandteil anerkannt wurde. In diesem Sinn ist völlig unklar, ob sich Y. im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Tragweite seiner Verpflichtung aus dem Konkurrenzverbot bewusst werden konnte, was aber selbst nach Ansicht der Berufungsklägerin entscheidend wäre, damit der Schutz des Arbeitnehmers gewährleistet ist.

dd. Aktenkundig sind vorliegend lediglich ein Kollektivarbeitsvertrag zwischen der X. und der Gewerkschaft A., der gemäss dessen Art. 31 vom 1. Januar 2003 bis am 31. Dezember 2005 in Kraft war, sowie ein mit «Anhang zum Gesamtarbeitsvertrag» betitelt Dokument, nach dessen Art. 31 in Kraft vom 1. Januar 2006 bis zum 31. Dezember 2008. Diese Schriftstücke enthalten ein Konkurrenzverbot. Es ist indessen klar, dass es sich bei den entsprechenden Versionen des Gesamtarbeitsvertrages nicht um die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültige Fassung handelt. In jedem Fall wurden aber auch diese Konkurrenzverbote nicht formgültig vereinbart, fehlt es doch an einer im Sinne von Art. 340 Abs. 1 OR form-

gültigen Zustimmung von Y. zu den entsprechenden Klauseln. So wurden weder die erwähnten Dokumente selbst vom Arbeitnehmer unterzeichnet noch wurde in einem anderen von Y. unterzeichneten Schriftstück darauf verwiesen. Abgesehen davon wäre auch hier die Aushändigung an den Arbeitnehmer nicht bewiesen. Das – unadressierte – Schreiben der X. auf der ersten Seite von KB 59 stammt jedenfalls vom 27. Oktober 2003 und stimmt daher offensichtlich nicht mit dem daran angehängten Dokument auf den Seiten 2 und 3 des KB 59, dem erwähnten Anhang zum Gesamtarbeitsvertrag, überein, wird darin doch festgehalten, die Versammlung der Arbeitnehmer habe diese Vereinbarung am 29. November 2005 angenommen.

Die Berufungsklägerin macht in diesem Zusammenhang geltend, es sei von einer dynamischen Verweisung auszugehen, dass heisst vom Willen der Parteien, dass auch die zukünftigen Änderungen eines Gesamtarbeitsvertrages gelten sollen (WOLFGANG PORTMANN/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2007, Nr. 1110). Die Anwendung dieses Grundsatzes setzt indes naturgemäss einen Konsens der Parteien über die Anwendbarkeit bzw. Verbindlichkeit des ursprünglichen Gesamtarbeitsvertrages voraus, was vorliegend in Bezug auf die Konkurrenzverbotsklausel gerade nicht der Fall ist. Diese wurde durch den Globalverweis auf den (inhaltlich unbekannt) Gesamtarbeitsvertrag nicht rechts- bzw. formgültig vereinbart, so dass sich die Frage der dynamischen Verweisung gar nicht stellen kann. Gerade in Bezug auf ein Konkurrenzverbot dürfte die Anwendbarkeit dieses Prinzips im Übrigen aber höchst zweifelhaft sein, bedarf die Änderung einer Konkurrenzklausel doch ebenfalls der Schriftform (Art. 12 OR; REHBINDER, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR).

(...)

c. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es vorliegend infolge Nichteinhaltung der Schriftform an einer rechtsgültigen Vereinbarung eines Konkurrenzverbots zwischen Y. und der Berufungsklägerin mangelt. Folge davon ist, dass die Verbotsabrede nichtig ist (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 4 zu Art. 340 OR; REHBINDER, a.a.O., N 7 zu Art. 340 OR). Die Berufung erweist sich in diesem Punkt somit als unbegründet.

3.

a. Neben der indirekten Bindung von Y. an die Konkurrenzverbotsklausel im Gesamtarbeitsvertrag durch dessen individuelle Übernahme in der Vertragsbestätigung vom 3. Januar 1994 beruft sich die Berufungsklägerin auch auf eine direkte Vertragsbindung. Sie führt aus, das Konkurrenzverbot sei in einem sogenannten Firmenvertrag zwischen der Gewerkschaft und der Klägerin geregelt worden. Die normativen Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages würden nun mit dessen Inkrafttreten Teil des Einzelarbeitsvertrages und wirkten zwingend und unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen ein, ohne dass diese in den Einzelarbeitsvertrag übernommen werden müssten. Y. sei freiwilliges Mitglied

der Gewerkschaft gewesen. Das Konkurrenzverbot gelte für ihn daher in jedem Fall, und Formvorschriften könnten gar nicht verletzt sein.

b/aa. Ein Konkurrenzverbot kann grundsätzlich zu den Inhaltsnormen eines Gesamtarbeitsvertrages gehören (WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar zum OR I, Art. 1–529 OR, 4. A., Basel 2007, N 2 zu Art. 357 OR; JEAN-FRITZ STÖCKLI, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 191). Durch einen Gesamtarbeitsvertrag stellen Arbeitgeber oder deren Verbände und Arbeitnehmervverbände gemeinsam Bestimmungen über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf (Art. 356 Abs. 1 OR). Die Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages über Abschluss, Inhalt und Beendigung der einzelnen Arbeitsverhältnisse gelten während der Dauer des Vertrages unmittelbar für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können nicht wegbedungen werden, sofern der Gesamtarbeitsvertrag nichts anderes bestimmt (Art. 357 Abs. 1 OR). Die Befugnis der Koalitionen, durch Gesamtarbeitsvertrag die Arbeitsbedingungen zu regeln, ist allerdings nicht unbeschränkt. Die sog. Tarifautonomie besteht nur in gewissen Grenzen. So müssen die normativen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages als minderrangiges Recht das zwingende staatliche Recht beachten (PORTMANN, a.a.O., N 8 zu Art. 357 OR). In diesem Sinn hält Art. 358 OR ausdrücklich fest, dass das zwingende Recht des Bundes und der Kantone den Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages vorgeht.

Inwieweit das Arbeitsvertragsrecht zwingend ist, ergibt sich aus der Auflistung in Art. 361 und Art. 362 OR (JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar zu den Art. 356–360 OR, Bern 1999, N 6 zu Art. 358 OR). Gerade im Hinblick auf das in den Art. 340 ff. OR geregelte Konkurrenzverbot enthält das OR mehrere Vorschriften, von denen durch Gesamtarbeitsvertrag weder zu Ungunsten des Arbeitgebers noch zu Ungunsten des Arbeitnehmers (Art. 340b Abs. 1 und 2 OR, vgl. Art. 361 Abs. 1 OR) bzw. von denen lediglich nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf (Art. 340 Abs. 1 OR, Art. 340a Abs. 1 OR und Art. 340c OR, vgl. Art. 362 Abs. 1 OR). In Art. 361 Abs. 2 OR und 362 Abs. 2 OR wird wiederholt, dass Abreden sowie Bestimmungen von Normalarbeitsverträgen und Gesamtarbeitsverträgen, die von den angeführten Vorschriften zu Ungunsten des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers (Art. 361 OR) bzw. zu Ungunsten des Arbeitnehmers (Art. 362 OR) abweichen, nichtig sind.

bb. Aus dem soeben Ausgeführten wird ersichtlich, dass gestützt auf Art. 362 Abs. 1 OR die in Art. 340 Abs. 1 OR geregelten Voraussetzungen des Konkurrenzverbots in einem Gesamtarbeitsvertrag nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden dürfen. Zu diesen Voraussetzungen gehört auch die Schriftform. Deren Einhaltung ist formelle Gültigkeitsvoraussetzung und daher für die rechtsgültige Vereinbarung eines Konkurrenzverbots unabdingbar (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 4 zu Art. 340 OR; CHRISTOPH SENTI, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot: Grund-

lagen und Gerichtsentscheide, in: Jusletter vom 27. August 2007, Rz. 15; BOHNY, a.a.O., S. 87).

Ein Gesamtarbeitsvertrag kann somit nicht an Stelle der vom Bundesrecht geforderten Schriftlichkeit treten und die Formvorschrift ausser Kraft setzen. So hält auch STÖCKLI fest, dass die autonome Satzungsgewalt der Verbände zweifellos überdehnt wäre, wollte man einer Konkurrenzklausel allein durch die Aufnahme in den normativen Teil eines Gesamtarbeitsvertrages Geltung für die Einzelvertragsparteien verschaffen. Nach dem Wortlaut von Art. 340 OR sei es nämlich allein der handlungsfähige Arbeitnehmer, der sich zu entsprechendem Verhalten verpflichten könne (JEAN-FRITZ STÖCKLI, Der Inhalt des Gesamtarbeitsvertrages, Bern 1990, S. 191). Selbst wenn ein Konkurrenzverbot oder gewisse Aspekte eines solchen Verbots in einem Gesamtarbeitsvertrag geregelt werden können, braucht es daher eine individuelle Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer im Einzelarbeitsvertrag oder als separate Vereinbarung, damit das Verbot Gültigkeit erlangt. In diesem Sinne ist auch die Äusserung von STAEHELIN/VISCHER im Zürcher Kommentar zu verstehen, ein Konkurrenzverbot könne «daher» nicht durch Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag festgelegt werden (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR). Die unmittelbare Wirkung eines Konkurrenzverbots auf alle einem Gesamtarbeitsvertrag unterstellten Arbeitnehmer würde dem mit der Schriftform verbundenen Schutzgedanken zuwider laufen und mangels Individualisierung eine erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen. Wie bereits mehrfach ausgeführt, erfordert der Schutzgedanke, der mit der Schriftform verbunden ist, dass dem Arbeitnehmer die Tragweite der ihm auferlegten Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit bewusst gemacht wird; mit anderen Worten sollen klare Verhältnisse geschaffen werden. Bei einer Regelung im Gesamtarbeitsvertrag weiss ein Arbeitnehmer je nachdem aber nicht einmal, ob für ihn in seiner Funktion das Konkurrenzverbot gilt oder nicht. Entsprechende Klarheit wird in dieser Situation selbstverständlich auch dadurch nicht geschaffen, dass die Gewerkschaft die Arbeitnehmenden über einen Gesamtarbeitsvertrag informiert oder dass die Versammlung der Arbeitnehmer einer entsprechenden GAV-Klausel zustimmt.

c. Unter diesen Umständen kann der Argumentation der Berufungsklägerin, das Konkurrenzverbot sei für Y. auch ohne individuelle Vereinbarung, allein durch die unmittelbare Wirkung des fraglichen Gesamtarbeitsvertrages verbindlich, nicht gefolgt werden. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

Indem das Gericht die Arbeitgeberin zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses nach OR 330a I verpflichtete, obwohl der Arbeitnehmer nur die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung nach OR 330a II verlangt hatte, verletzte es die Dispositionsmaxime gemäss ZPO/GR 119, wonach das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangte (E. 2.b).

Sachverhalt:

Am 5. Dezember 2006 schloss die X. als Arbeitgeberin mit Y. als Arbeitnehmer einen befristeten Arbeitsvertrag ab. Dieser wurde jedoch am 2. Januar 2007 fristlos aufgelöst. Im Anschluss kam es zwischen den Parteien über Forderungen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis zum Streit.

Mit Vermittlungsbegehren vom 24. Juli 2008 instanzierte Y. beim Kreispräsidenten Oberengadin eine Forderungsklage gegen die X. Nach erfolglos verlaufener Sühneverhandlung wurde am 3. Oktober 2008 der folgende Leitschein ausgestellt: «Klägerisches Rechtsbegehren: (1.) Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag in Höhe von Fr. 3960.– zu bezahlen. (2.) Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung ... zuzustellen.» Das Bezirksgerichtspräsidium Maloja erkannte mit Urteil vom 18. Juni 2009 wie folgt: «(1.) Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 2560.– zu bezahlen. (2.) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger ein Arbeitszeugnis, welches sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht, auszustellen ...». Gegen diesen Entscheid liess die X. mit Eingabe vom 11. September 2009 beim Kantonsgericht von Graubünden Beschwerde erheben, wobei sie u.a. das folgende Rechtsbegehren stellte: «Die Beschwerdeführerin sei zu verpflichten, dem Beschwerdegegner eine Arbeitsbestätigung im Sinne von Art. 330a Abs. 2 OR auszustellen.»

Aus den Erwägungen:

2.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist einzig die Ziff. 2 des angefochtenen Urteils, wonach die Beschwerdeführerin verpflichtet wurde, dem Beschwerdegegner ein Arbeitszeugnis auszustellen, welches sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über seine Leistungen und sein Verhalten ausspricht. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, der Beschwerdegegner habe lediglich die Ausstellung einer sogenannten Arbeitsbestätigung gemäss Art. 330a Abs. 2 OR beantragt, welche – im

Gegensatz zum Arbeitszeugnis gemäss Art. 330a Abs. 1 OR – ausschliesslich Auskunft über die Dauer der Anstellung und die ausgeübte Funktion, nicht aber über seine Leistungen und sein Verhalten gebe. Trotzdem habe die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses verpflichtet, womit sie gegen die Dispositionsmaxime im Sinne von Art. 119 ZPO verstossen habe.

a) Sowohl dem Leitschein wie auch der Prozesseingabe vom 27. Oktober 2008 ist zu entnehmen, dass Y. jeweils einzig die Ausstellung einer Arbeitsbestätigung, nicht aber eines Arbeitszeugnisses, beantragte. Wie aus dem sich bei den Akten befindlichen Plädoyer hervorgeht, blieb dieses Begehren auch anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung vom 18. Juni 2008 unverändert. Auch der Beschwerdegegner selbst hält in seiner Beschwerdeantwort fest, dass er lediglich eine Arbeitsbestätigung im Sinne von Art. 330a Abs. 2 OR von seinem ehemaligen Arbeitgeber verlangt habe. Die Diskrepanz zwischen der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses anstelle einer Arbeitsbestätigung beruhe offensichtlich auf einem Versehen der Vorinstanz. Damit ist unbestritten, dass der Antrag des Klägers im vorinstanzlichen Verfahren bloss auf Ausstellung einer Arbeitsbestätigung lautete.

b) Ungeachtet des klägerischen Antrags verpflichtete die Vorinstanz die Arbeitgeberin zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. Dazu führte sie unter Erwägung 6.a) in ihrem Entscheid aus, der Kläger habe ausserdem beantragt, die Beklagte sei zur Ausstellung einer Arbeitsbestätigung zu verpflichten. Unter Erwägung 6.c) hält sie alsdann fest, der Kläger habe mit Schreiben vom 3. September 2007 und vom 4. Oktober 2007 die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses verlangt. Dies trifft so jedoch nicht zu. Im Schreiben vom 3. September 2007 des Rechtsvertreters von Y. an die X. ist neben den gemäss Auffassung des Arbeitnehmers noch offenen Lohnzahlungen einzig von der Ausstellung einer «Bescheinigung über dessen Tätigkeit» die Rede. Was darunter zu verstehen ist, wird nicht näher ausgeführt. Auch im Schreiben vom 4. Oktober 2007 wird dieser Punkt nicht weiter thematisiert. Vielmehr wird die X. erneut an die noch ausstehende Lohnzahlung erinnert und gebeten, ihrer Pflicht nachzukommen. Somit steht fest, dass auch in den Akten – obwohl vorliegend einzig das klar formulierte Rechtsbegehren massgebend sein kann – keinerlei Hinweise für ein Begehren um Ausstellung eines Arbeitszeugnisses zu finden sind. Indem die Vorinstanz die Beschwerdeführerin dennoch zur Ausstellung eines Arbeitszeugnisses verpflichtete, verletzte sie die in Art. 119 ZPO statuierte Dispositionsmaxime, wonach das Gericht einer Partei weder mehr noch anderes zusprechen darf, als sie selbst verlangt hat. In diesem Punkt stimmt denn auch der Beschwerdegegner zu und beantragt ebenfalls eine entsprechende Änderung des angefochtenen Urteils.

c) Die Anerkennung der Beschwerde führt nicht dazu, dass das betreffende Rechtsbegehren als gegenstandslos abgeschrieben werden kann. Vielmehr ist die Beschwerde gutzuheissen und die Ziffer 2 des Ur-

teils des Bezirksgerichtspräsidiums Maloja vom 18. Juni 2009 entsprechend abzuändern (vgl. hierzu auch das Urteil 5A_26/2009 des Bundesgerichts vom 15. September 2009, E. 9). Demzufolge ist die X. zu verpflichten, Y. eine Arbeitsbestätigung im Sinne von Art. 330a Abs. 2 OR auszustellen.

Kantonsgericht von Graubünden, Urteil vom 18. November 2009 (Bestätigung des Urteils des Kreispräsidenten Davos vom 27. Mai 2009)

Nicht hinreichend substantiierte Willkürüge (E. 3.a und 3.c).

Stellt der Berufsbildungsfonds dem Betrieb die Aufforderung zur Selbstdeklaration betreffend Beitragsbemessung uneingeschrieben zu und – nachdem seitens des Betriebes keine Reaktion erfolgte – auch die Einschätzungsverfügung uneingeschrieben, misslingt ihm damit der Beweis, dem Betrieb das Verfahren erklärt und ihn zur Selbstdeklaration aufgefordert zu haben. Da es sich vorliegend um kein öffentlichrechtliches, sondern ein zivilrechtliches Verfahren handelt, trifft den Berufsbildungsfonds als Kläger die Beweislast (E. 3.a und 4.a).

Sachverhalt:

Der Berufsbildungsfonds des X. (nachfolgend: X.) verfolgt das Ziel, die Entwicklung der Berufe in der Autogewerbebranche und den Unterhalt eines umfassenden Systems der beruflichen Grundbildung weiterzuführen. Der Bundesrat erklärte den Berufsbildungsfonds X. per 1. Juni 2007 allgemein verbindlich. Damit ist jeder Betrieb, der branchentypische Arbeitsverhältnisse aufweist, zur Bezahlung von Beiträgen verpflichtet. Die Fondsbeiträge setzen sich zusammen aus einem Beitrag pro Betrieb und aus einem zusätzlichen Beitrag gemäss der gesamten Anzahl der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der branchentypischen Berufe. Berechnet werden die Beiträge gestützt auf eine Selbstdeklaration der betroffenen Betriebe. Nachdem Y. das ihm zugestellte Deklarationsformular nicht retournierte, nahm die X. eine eigene Einschätzung seines Betriebs vor und legte die Anzahl der Betriebsmitarbeiter auf fünf fest. Gestützt darauf stellte sie ihm den Betrag von Fr. 430.40 (Fr. 150.– als Grundbetrag pro Betrieb sowie Fr. 50.– pro Mitarbeiter) in Rechnung. Trotz mehrmaliger Mahnung beglich Y. diese Rechnung jedoch nicht, weshalb die X. am 24. Oktober 2008 die Betreuung über den besagten Betrag zuzüglich Zins, Mahngebühren und Verzugsschaden einleitete. Dagegen erhob Y. am 27. Oktober 2008 Rechtsvorschlag.

Am 11. Februar 2009 erhob die X. beim Kreispräsidenten Davos Klage gegen Y. Dieser beantragte in seiner Prozessantwort die Abweisung der Klage, eventualiter die Abweisung der Klage, soweit sie Fr. 150.– übersteige. Der Kreispräsident Davos erkannte mit Urteil vom 27. Mai

2009 wie folgt: «(1.) Die Klage wird abgewiesen, soweit sie den vom Beklagten anerkannten Betrag von Fr. 150.– übersteigt. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 150.– zu bezahlen. (2.) In der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes Davos vom 27. Oktober 2008 wird die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 150.– gewährt.» Gegen dieses Urteil liess die X. beim Kantonsgericht von Graubünden Beschwerde einreichen.

Aus den Erwägungen:

3.

Die Beschwerdeführerin rügt in verschiedenen Punkten eine Verletzung des Willkürverbots im Sinne von Art. 9 BV. Ausgehend von den vorstehend beschriebenen Prämissen ist daher vorgängig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Begründung der Willkürüge im Einzelnen erfüllt sind.

a) Zunächst macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe ihr unterstellt, im vorliegenden Fall kein rechtsstaatliches Verfahren eingehalten zu haben, weshalb die Klage grundsätzlich abzuweisen sei. Dabei habe die Vorinstanz darauf verzichtet auszuführen, wonach sich ihrer Meinung nach ein «rechtsstaatliches» Verfahren grundsätzlich auszeichne und insbesondere auf welche rechtliche Grundlage sie ihr Urteil überhaupt stütze. Allein schon aufgrund der fehlenden gesetzlichen Grundlage des Entscheids sei die Willkürlichkeit des vorinstanzlichen Urteils und damit eine Verletzung von Art. 9 BV erstellt.

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass ihre Vorhalte in erster Linie nicht die Frage der Willkür im Sinne von Art. 9 BV betreffen, sondern der Begründungspflicht und damit des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Da eine diesbezügliche Rüge jedoch nicht ausdrücklich erhoben wurde, ist darauf nicht weiter einzugehen. Soweit Willkür gerügt wird, ist vorab festzustellen, dass der Vorderrichter – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – begründet hat, weshalb er ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren nicht als ausgewiesen betrachtet. So führte er unter Erwägung 3 seines Urteils aus, es frage sich, ob das Vorgehen des Klägers rechtsstaatlichen Ansprüchen genüge, wenn dieser die Aufforderung zur Selbstdeklaration uneingeschrieben zustelle und, wenn keine Reaktion erfolge, eine Einschätzungsverfügung erlasse, auch diese nicht eingeschrieben zustelle und gestützt darauf die Vollstreckung verlange. Der Nachweis, dass dem Beklagten das Verfahren erklärt worden sei, dass dieser zur Selbstdeklaration aufgefordert worden sei, dass dieser die Deklaration verweigert habe und dass eine Einschätzung erfolgt sei, obliege dem Kläger. In der heutigen Lage könne der Kläger den Nachweis offenbar nicht erbringen, ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren durchgeführt zu haben, so dass die Klage grundsätzlich abzuweisen sei. Der Vorderrichter lege damit dar, inwiefern er im Verhalten der Beschwerdeführerin eine

Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze erachtete. Insoweit erweist sich die Willkürüge daher als unbegründet. Eine andere Frage ist, ob der Vorderrichter aufgrund des dargelegten Verfahrensablaufs willkürfrei den Schluss ziehen durfte, es sei ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren durch die Klägerin nicht erwiesen. Hierbei geht es um eine Beweiswürdigung von Tatsachen (Verfahrensablauf). Der daraus gezogene Schluss ist das Ergebnis dieser Tatsachenwürdigung. Allerdings handelt es sich dabei nur um ein Zwischenergebnis. Unter dem Gesichtspunkt der Willkür massgebend ist – wie bereits dargelegt wurde – jedoch nicht das Zwischenergebnis, sondern das im Urteil erkannte Schlussergebnis. Es ist daher vielmehr zu prüfen, ob auch der Entscheid des Vorderrichters, wonach er der Klägerin Fr. 150.– und nicht den von ihr beantragten Betrag von Fr. 435.– zusprach, unhaltbar ist. Dazu äussert sich die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe jedoch nicht. Ihre Willkürüge ist demnach in diesem Punkt nicht hinreichend substantiiert, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist. Abgesehen davon ist der angefochtene Entscheid, wie nachstehend noch aufzuzeigen sein wird, im Ergebnis weder unangemessen noch rechtswidrig.

(...)

c) Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, die Annahme der Vorinstanz, wonach der Beschwerdegegner ihre Forderung teilweise anerkannt habe, sei völlig unzutreffend. Die Vorinstanz stütze sich dabei auf das Schreiben von Y. vom 30. Januar 2009. Daraus könne jedoch in keinem Fall eine Schuldanerkennung abgeleitet werden, die ein diesbezügliches gerichtliches Verfahren obsolet erscheinen lassen würde. So stelle der Beschwerdegegner einzig die Behauptung auf, dass er grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich des allgemeinverbindlich erklärten Berufsbildungsfonds falle. Er habe einzig ausgeführt, dass er, sollte er dennoch beitragspflichtig sein, in jedem Falle nur einen geringeren als den geforderten Betrag bezahlen müsste. Über eine genaue Summe, die er anerkennen würde, schweige sich das Schreiben jedoch aus. Die Erwägungen der Vorinstanz würden sich als grundlegend falsch und unhaltbar erweisen. Insofern liege auch hier eine willkürliche Beweiswürdigung und somit eine Verletzung von Art. 9 BV vor, weshalb das angefochtene Urteil auch aus diesem Grund aufzuheben sei.

Auch in diesem Punkt ist die vorgebrachte Willkürüge nicht hinreichend substantiiert, weil mit der vorgebrachten Begründung nicht dargetan wird, inwiefern dadurch auch der Entscheid der Vorinstanz unhaltbar sein soll. Dies umso mehr, als sich eine Schuldanerkennung der Gegenpartei im Ergebnis nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin auswirkt. Bleibt einzig die Annahme, dass der dargelegte Einwand der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit ihrer Rüge betreffend Auferlegung der Verfahrens- und Parteikosten zu verstehen ist. Die Beschwerdeführerin wendet diesbezüglich ein, der Beschwerdegegner habe offensichtlich nie begründete Einsprache gegen die Veranlagung erhoben, weshalb sie zu Recht den vollen Betrag entsprechend der Anlageverfügung eingeklagt habe. Erst im

Laufe des Verfahrens habe sich herausgestellt, dass es sich bei der vom Beschwerdegegner geführten Firma um einen Einmann-Betrieb handle. Dabei wäre es ihm ein Leichtes gewesen, dies bereits vorgängig zu substantiieren. Es sei somit offensichtlich, dass es rechtlich unzulässig sei, ihr die gesamten Verfahrens- und Parteikosten aufzuerlegen, selbst wenn ihr aufgrund der neuen Erkenntnis nur ein Teilbetrag der eingeklagten Forderung zugesprochen werde. Mit dieser Begründung macht die Beschwerdeführerin zwar geltend, das Ergebnis des vorinstanzlichen Urteils sei willkürlich. Allerdings führt sie nicht auf, welche Gesetzesbestimmungen bei der Kostenverteilung in Verletzung von Art. 9 BV willkürlich angewendet worden sein sollen. Auch dies gehört jedoch entsprechend der Willkürüge vor Bundesgericht zur Substantiierungspflicht (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 2P.107/2003 vom 7. August 2003 E. 2; NAY, ZPO und GVG des Kantons Graubünden, Anm. 1 zu Art. 233 ZPO). Somit kann auch auf diesen Punkt mangels hinreichender Substantiierung nicht eingetreten werden.

4.

a) Abgesehen von den fehlenden formellen Voraussetzungen ist die Beschwerde jedoch auch materiell unbegründet. Indem die Vorinstanz zur Begründung ausführt, die Klägerin habe gegenüber dem Beklagten kein rechtsstaatliches Verfahren durchgeführt, verkennt sie, dass es sich vorliegend nicht um ein öffentlichrechtliches, sondern um ein zivilrechtliches Verfahren handelt. Massgebend sind daher nicht öffentlichrechtlichen Verfahrensvorschriften, wie sie eine Behörde zu beachten hat, sondern vielmehr die zivilprozessualen Verfahrensvorschriften. Im Zivilverfahren hat die Klägerin ihren Klageanspruch darzutun und zu beweisen. Mit anderen Worten obliegt ihr der Beweis, dass der Beklagte für das Jahr 2008 einen Betrag von Fr. 400.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) schuldet. Voraussetzung dafür ist, dass der Beklagte nebst dem Beitrag für seinen Betrieb in Höhe von Fr. 150.– im Jahre 2008 auch fünf Mitarbeiter beschäftigte, was einen zusätzlichen Beitrag von Fr. 50.– pro Mitarbeiter zur Folge hätte. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, es habe sich erst im Verlaufe des Verfahrens herausgestellt, dass es sich bei der vom Beschwerdegegner geführten Firma um einen Einmann-Betrieb handle. Mit dem Begriff «Verfahren» kann offensichtlich nicht das vorliegende Beschwerdeverfahren gemeint sein, sondern vielmehr das Verfahren vor dem Vorderrichter, zumal der entsprechende Einwand von Y. offensichtlich bereits vor der Vorinstanz vorgebracht wurde. Die Beschwerdeführerin stellt damit nicht in Abrede und sie bringt insbesondere auch keinen (Gegen-)Beweis dafür, dass der Beschwerdegegner im Jahre 2008 auch tatsächlich fünf Mitarbeiter beschäftigte. Präsentierte sich der Sachverhalt im Zeitpunkt der Urteilsfällung durch den Vorderrichter derart, dass Y. im Jahre 2008 keine Mitarbeiter beschäftigte, was selbst von der Klägerin unbestritten blieb, so hat er dieser folgerichtig bloss Fr. 150.– und nicht die

von ihr beantragten Fr. 400.– zuzüglich Mehrwertsteuer zugesprochen. Insoweit erweist sich die Beschwerde somit als unbegründet.

(...)

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde mangels hinreichender Substantiierung nicht einzutreten ist (Erwägung 3). Selbst wenn aber darauf eingetreten würde, wäre ihr gemäss der vorstehenden Erwägung 4 kein Erfolg beschieden.

Kanton Luzern

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 20. Januar 2009 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts des Kantons Luzern vom 11. September 2008)

Wird ein GAV aufgrund eines Antrages aller Vertragsparteien durch die zuständige Behörde (AVEG 7) allgemeinverbindlich erklärt, gelten dessen Bestimmungen auch für die am Vertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und -nehmer (AVEG 1 und 4 I). Vorliegend konnte daher nicht durch schriftlichen Arbeitsvertrag zuungunsten der Arbeitnehmerin vom monatlichen Mindestbruttolohn gemäss Art. 10 und 11 des allgemeinverbindlich erklärten Landes-Gesamtarbeitsvertrages für das Gastgewerbe (L-GAV) abgewichen werden (E. 3.1.1).

Die Saldoerklärung – die i.c. im Übrigen von der Unterschrift der Arbeitnehmerin nicht abgedeckt war – umfasst nur Ansprüche, von denen die Arbeitnehmerin Kenntnis hatte oder deren Erwerb sie zumindest für möglich hielt (E. 3.1.2).

Der Arbeitgeber hat als Teil seiner Fürsorgepflicht der Arbeitnehmerin eine Bescheinigung über den Verdienst zu Händen der zuständigen deutschen Behörden auszustellen (E. 2 und 4).

Sachverhalt:

Die Klägerin arbeitete vom 1. November 2007 bis Ende März 2008 als «SEFA-Praktikantin» im Betrieb des Beklagten. Mit Klage vom 18. März 2008 verlangte sie vom Beklagten die Bezahlung von Fr. 9050.– für fehlenden Lohn. Mit Urteil vom 11. September 2008 verpflichtete das Arbeitsgericht des Kantons Luzern den Beklagten zur Zahlung von Fr. 6742.– an die Klägerin und zur Ausstellung der Bescheinigung über den Verdienst für die Deutsche Arbeitslosenkasse. Der Beklagte appellierte gegen das Urteil.

Aus den Erwägungen:

2.

Das Arbeitsgericht erwog im angefochtenen Urteil, die Klägerin habe in Deutschland die Ausbildung zur Restaurantfachfrau mit Erfolg bestanden. Diese Ausbildung sei gleichwertig mit derjenigen in der Schweiz, weshalb sie für die Monate November und Dezember 2007 einen Mindestlohn von Fr. 3661.– und für die Monate Januar bis März 2008 einen solchen von Fr. 3730.– beanspruchen könne. Dem gesamten Mindestlohnanspruch von Fr. 18 512.– stehe die Abrechnung des Beklagten mit einem Bruttolohn von Fr. 11 770.– entgegen, weshalb Letzterer die Differenz von

Fr. 6742.– brutto nachzuzahlen habe. Als Teil seiner Fürsorgepflicht habe der Beklagte der Klägerin zudem die Bescheinigung über den Verdienst zu Händen der zuständigen deutschen Behörden auszustellen. (...)

3.

Zur Begründung seiner Appellation trägt der Beklagte vor, die Klägerin habe einen rechtsgültigen Arbeitsvertrag unterschrieben. Er sei aufgrund des Betriebsergebnisses nicht in der Lage, die Forderung zu bezahlen. Die Klägerin habe die Schlussabrechnung per Saldo aller Ansprüche unterschrieben.

In der Appellationsantwort macht die Klägerin geltend, sie habe den Arbeitsvertrag nur unterschrieben, weil sie ohne ihre Unterschrift überhaupt kein Geld bekommen hätte. Die Endabrechnung sei nach ihrer Unterschrift verändert worden, indem der Zusatz «Saldo aller Ansprüche» erst nach ihrer Unterschrift hinzugefügt worden sei.

3.1 Der Beklagte bestreitet sinngemäss die Anwendung des Landes-Gesamtarbeitsvertrages für das Gastgewerbe (L-GAV).

3.1.1 Wird ein nur gerade zwischen den beteiligten Arbeitgebern und -nehmern wirkender Gesamtarbeitsvertrag (vgl. Art. 357 Abs. 1 OR betreffend den persönlichen Geltungsbereich) aufgrund eines Antrages aller Vertragsparteien durch die zuständige Behörde (Art. 7 AVEG [Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311]) allgemeinverbindlich erklärt, gelten die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages auch für die am Vertrag nicht beteiligten Arbeitgeber und -nehmer (Art. 1 und 4 Abs. 1 AVEG). Die allgemein verbindlichen Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrages stellen objektives Zivilrecht dar (LGVE 1989 I Nr. 15 mit weiteren Hinweisen auf die Lehre). Als solches werden sie vom Richter von Amtes wegen angewandt (§ 99 Abs. 1 ZPO). Der Bundesrat hat die Allgemeinverbindlicherklärung des Landes-Gesamtarbeitsvertrages (L-GAV) des Gastgewerbes letztmals mit Beschluss vom 17. Dezember 2007 bis 31. Dezember 2011 verlängert (BBl 2007 VIII 8693). Dem L-GAV unterstehen demnach alle Arbeitgeber und Mitarbeiter in gastgewerblichen Betrieben. Darunter fallen alle Anbieter von gastgewerblichen Leistungen, die allgemein zugänglich sind und die üblicherweise gegen Entgelt angeboten werden. Für das zu beurteilende Arbeitsverhältnis sind somit die Bestimmungen des L-GAV anwendbar. Artikel 10 und 11 L-GAV garantieren sämtlichen unterstellten Mitarbeitern einen monatlichen Mindestbruttolohn, wovon zu Ungunsten des Arbeitnehmers auch nicht mittels einem schriftlichen Arbeitsvertrag abgewichen werden kann.

Der Beklagte bestreitet nicht, dass die Klägerin eine Fachausbildung abgeschlossen hat, die derjenigen in der Schweiz gleichwertig erscheint. Folglich hat die Klägerin Anspruch auf den Mindestlohn für Mitarbeiter mit Berufslehre (beruflicher Grundbildung) oder gleichwertiger Ausbildung, welcher für die Monate November und Dezember 2007 Fr. 3661.– und ab Januar 2008 Fr. 3730.– betrug. Die Differenz zwischen dem gesam-

ten Mindestlohnanspruch von Fr. 18 512.– und dem zwischen den Parteien abgerechneten Bruttolohn beträgt unbestrittenermassen brutto Fr. 6472.–. Dieser Betrag ist der Klägerin zuzusprechen.

3.1.2 Daran ändert nichts, dass auf dem Lohnblatt 2008 der Passus «Saldo aller Ansprüche» eingefügt ist. Einerseits wird die Saldoerklärung von der Unterschrift der Klägerin nicht abgedeckt und andererseits sind derartige Erklärungen gemäss Bundesgericht einschränkend auszulegen (BGE 102 III 47 E. 3 f.) und umfassen nur Ansprüche, von denen der Gläubiger Kenntnis hatte oder deren Erwerb er zumindest für möglich hielt (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. Zürich 2006, N 7 zu Art. 341 OR), was aber nicht dargetan ist.

4.

Die Verpflichtung zur Ausstellung der Bescheinigung über den Verdienst (Deutsche Arbeitslosenkasse) blieb unangefochten, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

Ingesandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 17. Februar 2009 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 10. Juni 2008)

OR 337. Bei bereits ausgesprochener ordentlicher Kündigung sind erhöhte Ansprüche an eine fristlose Entlassung zu stellen. Die Wichtigkeit des Grundes muss umso grösser sein, je näher das Ende des Arbeitsverhältnisses liegt. Mangels eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots ist zudem während der Freistellung die Treuepflicht nicht mehr so gross wie während des Arbeitsverhältnisses, da der Arbeitgeber mit der Freistellung klar auf die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer verzichtet hat. I.c. stellte die einmalige Coiffeurleistung an eine Kundin des Arbeitgebers kein so gravierendes, treuwidriges Verhalten dar, welches eine weitere Zusammenarbeit verunmöglicht hätte (E. 4.2.3).

Führt die Verschärfung der Treuepflicht nach OR 321a zu einem nachvertraglichen Konkurrenzverbot, bedarf diese Abänderung der schriftlichen Form nach OR 340. Ein allgemeiner Verweis im Arbeitsvertrag auf andere Reglemente (i.c. GAV) genügt dafür nicht (E. 5.2.1 und 5.2.3).

Sachverhalt:

Mit Arbeitsvertrag vom 17. November 2000 wurde die Klägerin ab diesem Datum im Geschäft der Beklagten als Coiffeuse angestellt. Mit Schreiben vom 14. November 2006 kündigte die Beklagte der Klägerin fristlos.

Mit Klage vom 5. Januar 2007 verlangte die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von Fr. 5213.35 als Lohn während der Kündigungsfrist, Fr. 6800.– als Entschädigung für die fristlose Entlassung, Fr. 6400.– Superbonus, Fr. 900.– als Umsatzbeteiligung und Fr. 900.– als Trinkgelder, insgesamt somit Fr. 20 213.35. Zudem verlangte sie die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses. In seinem Urteil vom 10. Juni 2008 verneinte das Arbeitsgericht das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur fristlosen Entlassung. Die Klägerin habe die Beklagte bis zur fristlosen Entlassung nicht konkurrenziert, indem sie Kunden als Coiffeuse bedient habe. Insgesamt sprach es der Klägerin Fr. 18 625.30 zu. Zudem verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin ein Arbeitszeugnis auszustellen. Die Beklagte appellierte gegen das Urteil.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Aufgrund des Beweisverfahrens stellte die Vorinstanz fest, dass bis zum Zeitpunkt ihrer fristlosen Entlassung die Klägerin lediglich in einem Fall auf privater Basis Coiffeurdienstleistungen erbracht habe. Allerdings habe diese bediente Zeugin klar ausgesagt, dass sie nur noch die Coiffeurleistungen der Beklagten in Anspruch genommen hätte, wenn die Klägerin weiterhin dort tätig gewesen wäre, weil sie nur noch von ihr habe bedient werden wollen. Deshalb stelle diese Zeugin keine Kundin der Beklagten mehr dar. Mangels überschneidenden Kundenkreises habe die Klägerin die Beklagte in diesem Falle nicht konkurrenziert. Aufgrund der Tatsache, dass die Initiative für diese Coiffeurleistung bei der Zeugin gewesen sei, die Klägerin die angebotene Entschädigung zurückgewiesen habe, ein ausserhalb des Coiffeurgewerbes liegender Kontakt (die Klägerin suchte die Zeugin im Zusammenhang mit der Organisation ihrer Hochzeit auf) gegeben gewesen sei und die Zeugin ausdrücklich nicht mehr bei der Beklagten Coiffeurdienstleistungen in Anspruch habe nehmen wollen, sowie des Faktums des gekündigten Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt dieser Dienstleistung könne im Verhalten der Klägerin kein wichtiger Grund für eine fristlose Auflösung erblickt werden.

4.2 Was die Beklagte gegen diese Erwägungen vorträgt, vermag – soweit ihre Vorbringen überhaupt eine rechtsgenügende Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen darstellen – an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Die eigene Definition des Kundenkreises nach Art. 19.1 GAV, die behauptete Entgeltlichkeit der Coiffeurleistung bei der Zeugin S., ein falsch zitierter Bundesgerichtsentscheid sowie das behauptete Wissen der Klägerin, dass sie während der Freistellung keine konkurrenzierende Tätigkeiten ausüben dürfe, vermögen die einmalige Coiffeurleistung nicht als dermassen schädigendes und treuwidriges Verhalten darzustellen, das eine fristlose Entlassung rechtfertigen würde.

4.2.1 Konkurrenzierendes Tätigwerden kann nur dort bejaht werden, wo der Arbeitnehmer dem gleichen oder teilweise gleichen Kundenkreis gleichartige Leistungen anbietet, wie er sie seinem Arbeitgeber schuldet (STAEHELIN/VISCHER, Zürcher Komm., N 49 zu Art. 321a OR und N 19 f. zu Art. 340 OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 10 zu Art. 321a OR). Als Kundenkreis ist die Gesamtheit derjenigen Personen zu verstehen, die mit einer gewissen Regelmässigkeit in Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber stehen und als einigermassen beständiger Faktor seiner Umsatzberechnung betrachtet werden dürfen, d.h. auch Kunden, die weiterhin zum Arbeitgeber in einer Geschäftsbeziehung stehen wollen (CHRISTOPH NEERACHER, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Schriften zum Schweizerischen Arbeitsrecht, Heft 49, Bern 2001, S. 21). Nachdem die Zeugin S. aber klar aussagte, dass sie nicht mehr zur Beklagten ins Geschäft gegangen sei, weil die Klägerin dort nicht mehr tätig gewesen sei, stellte sie keine Kundin der Beklagten mehr dar. Entgegen der Behauptung der Beklagten ergibt sich auch aus Art. 19.1 GAV keine andere Definition des Kundenkreises. In diesem Artikel wird lediglich festgehalten, wem die Geschäftskunden, wirtschaftlich gesehen, gehören. Weitere Beweise für die weiterbestandene Kundenzugehörigkeit der Zeugin S. trägt die Beklagte in der Appellation nicht vor.

4.2.2 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kann auch unentgeltliche, konkurrenzierende Tätigkeit gegen die Treuepflicht nach Art. 321a OR verstossen. Dass die Klägerin die angebotene Entschädigung zurückgewiesen habe, würdigte die Vorinstanz hier aber zugunsten der Klägerin und verneinte u.a. auch deswegen einen wichtigen Grund. Die neue Behauptung der Beklagten, die Bedienung der Zeugin S. sei als entgeltlich zu betrachten, ist von der Klägerin bestritten und durch nichts nachgewiesen. Zudem stellte die Beklagte der Zeugin S. zu diesem Thema keine Ergänzungsfragen. Weitere Ausführungen, dass auch die unentgeltliche Bedienung eine schwere Treuepflichtverletzung darstellen müsse, macht die Beklagte nicht.

4.2.3 Nur weil die Vorinstanz einen Bundesgerichtsentscheid falsch zitiert hat, ändert dies nichts an der unbestrittenen Lehrmeinung und Praxis des Bundesgerichts, dass bei einer bereits ausgesprochenen ordentlichen Kündigung erhöhte Ansprüche an eine fristlose Entlassung zu stellen sind (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 2 zu Art. 337 OR S. 736). Die fristlos entlassene Person muss ein Verhalten an den Tag gelegt haben, welches dem kündigenden Arbeitgeber verunmöglicht, das Arbeitsverhältnis noch bis zum Ende der Kündigungsfrist aufrecht zu erhalten. Die Wichtigkeit des Grundes muss umso grösser sein, je näher das Ende des Arbeitsverhältnisses liegt (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Komm. zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005, N 12 zu Art. 337 OR). Die einmalige Coiffeurleistung an der Zeugin S. – mehr konnte die Beklagte nicht beweisen – stellte kein solch treuwidriges Verhalten dar, das eine weitere Zusammenarbeit verunmöglicht hätte. Mangels eines nachvertraglichen

Konkurrenzverbots ist zudem während der Freistellung die Treuepflicht nicht mehr so gross wie während des Arbeitsverhältnisses, da der Arbeitgeber mit der Freistellung klar auf die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer verzichtet hat (ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Arbeitsrecht in der Praxis, Bd. 19, Zürich 2000, S. 210 Ziff. 7.2.2).

(...)

4.3 Zusammenfassend konnte die Beklagte in der Appellation nicht beweisen, dass die Klägerin konkurrenzierende Tätigkeiten während ihrer Freistellung bis zur fristlosen Auflösung ausgeführt hat. Damit fehlt ein wichtiger Grund für die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach Art. 337 OR.

5.

5.1 Die Vorinstanz stellte fest, die Beklagte könne sich auch nicht auf Art. 19.4 GAV berufen, der ein Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 OR darstelle. Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots hätte der Schriftform bedurft und zwar in dem Sinne, dass das Konkurrenzverbot hätte unterzeichnet sein müssen. Eine blosser Bezugnahme auf anderweitige Regelungen wie etwa das Anstellungsreglement genüge dafür nicht. Da die Einhaltung der Schriftform für das Konkurrenzverbot nach Art. 362 Abs. 1 OR zwingend sei, seien abweichende Abreden z.B. in Gesamtarbeitsverträgen nichtig. Aber selbst wenn von der Wirksamkeit dieses gesamtarbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots nach Art. 19.4 GAV auszugehen wäre, wäre diese Bestimmung nach Art. 340c Abs. 2 OR entfallen, da das Arbeitsverhältnis durch die Beklagte gekündigt worden sei, ohne dass ihr die Klägerin dazu einen Anlass gegeben hätte. Abgesehen davon habe zudem keiner der befragten Zeugen bestätigt, die Klägerin hätte ihn vor Ablauf eines halben Jahres nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses Mitte November 2006 abgeworben. Die blosser Mitteilung an Kunden, man verlasse die Stelle und mache sich selbständig, ohne aber die eigenen Dienste anzupreisen, sei zulässig. Gleiches gelte für das Anschreiben von Kunden des bisherigen Arbeitgebers, sofern nicht Kundenlisten mitgenommen würden. Zudem habe sich aus den Zeugenaussagen ergeben, dass die Klägerin im Zeitpunkt der verschiedenen Kontaktaufnahmen noch gar nicht gewusst habe, ob sie in Zukunft selbständig oder unselbständig tätig sein würde und wo dies der Fall sein werde. Eine Abwerbung hätte aber impliziert, dass den Kunden Mitteilung darüber gemacht worden wäre. Mangels Nachweis der Abwerbung von Kunden könne ihr auch keine Treuepflichtverletzung nach Art. 321a OR vorgeworfen werden.

(...)

5.2.1 Auch wenn, wie die Beklagte behauptet, Art. 19.4 GAV nicht die konkurrenzierende Tätigkeit, sondern bloss die Kommunikation einschränken wollte, so stellt dies nach Lehre und Rechtsprechung ebenfalls ein Konkurrenzverbot dar. Denn als arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot ist jede Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu qualifi-

zieren, worin sich der Arbeitnehmer verpflichtet, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitgeber nicht in bestimmter Hinsicht in Wettbewerb zu treten (CHRISTOPH NEERACHER, a.a.O., S. 3). Art. 19.4 GAV verbietet dem Arbeitnehmer nicht die einfache Kommunikation mit den bisherigen Kunden, sondern klar die Mitteilung über das neue Arbeitsverhältnis und den neuen Arbeitsort. Damit werden bereits die Vorbereitungshandlungen zu einem konkurrenzierenden Verhalten verboten. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, bedarf ein solches Konkurrenzverbot der Schriftlichkeit in dem Sinne, als diese Klausel vom Arbeitnehmer zu unterzeichnen ist. Ein allgemeiner Verweis im Arbeitsvertrag auf andere Reglemente (wie z.B. GAV) genügt dafür nicht (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 5 zu Art. 340 OR; STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 8 zu Art. 340 OR). Da die Beklagte für den Bestand dieses Konkurrenzverbots keine weiteren Beweise anbietet, kann sie keine Rechte gegen die Klägerin aus Art. 19.4 GAV ableiten.

(...)

5.2.3 Die Treuepflicht nach Art. 321a OR ist eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers zur richtigen Erfüllung seiner Hauptleistung (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 6 f. zu Art. 321a OR). Sie dauert, solange das Arbeitsverhältnis erfüllt wird, und endet mit dem ordnungsgemässen Ablauf des Einzelarbeitsvertrags, aber auch mit der unberechtigten fristlosen Auflösung durch den Arbeitgeber (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 33 zu Art. 321a OR). Die gesetzliche Regelung der Treuepflicht ist dispositives Recht und kann durch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden (STAEHELIN/VISCHER, a.a.O., N 36 zu Art. 321a OR). Wenn die Verschärfung der Treuepflicht aber zu nachvertraglichen Pflichten führt, bedarf diese Abänderung der Formvorschrift des Konkurrenzverbots nach Art. 340 OR (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 17 zu Art. 321a OR). Die Beklagte behauptet, Art. 19.4 GAV stelle eine Abänderung (Verschärfung) der Treuepflicht nach Art. 321a OR dar. Art. 19.4 GAV enthält zwar konkrete Treuepflichten, allerdings erst für die Zeit nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Da diese ein Konkurrenzverbot darstellen, wäre für die Verbindlichkeit zwischen den Parteien eine schriftliche Vereinbarung nötig gewesen, was aber nicht nachgewiesen ist.

Ingesandt von F. Felder, Obergerichtsschreiber

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 4. Januar 2009 (teilweise Aufhebung des Urteils des Kreisgerichts vom 17. Juni 2009)

Der Bundesfeiertag ist arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt (BV 110 III). Da der Bundesgesetzgeber für (höchstens acht) weitere Feiertage im Jahr, welche die Kantone den Sonntagen gleichstellen können (ArG 20a I), im Gegensatz zum Bundesfeiertag jedoch keine Lohnzahlungspflicht festgeschrieben hat, haben Angestellte im Stundenlohn – abgesehen vom Bundesfeiertag – keinen Anspruch auf anteilmässigen Lohnersatz, den im Monatslohn angestellte Arbeitnehmer für auf Feiertage fallende Tage regelmässig erhalten, ohne dafür tatsächlich arbeiten zu müssen (E. III. 2.2, 2.7, 2.8.1 und 2.8.2).

Auch lässt sich für Angestellte im Stundenlohn aus Art. 7 lit. d UNO-Pakt I, wonach die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen – u.a. die Vergütung gesetzlicher Feiertage – anerkennen, kein individualrechtlicher Anspruch auf Entschädigung der vom kantonalen Gesetzgeber bestimmten Feiertage ableiten (E. III.2.8.6).

Sachverhalt:

Am 1. November 2005 schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin und die Klägerin als Arbeitnehmerin einen Temporärarbeits- respektive Rahmenvertrag ab. Als Arbeitspensum wurden 20% bis maximal 50% vereinbart. Die Klägerin erklärte sich darin bereit, für das Einzelunternehmen der Beklagten bei einem Kunden auf einzelne Einsätze begrenzte Arbeit zu leisten. Für jeden Einsatz innerhalb des Rahmenvertrags sollte ein separater Einsatzvertrag abgeschlossen werden. Bezüglich Ferien und Feiertagen wurde vereinbart, dass die Klägerin eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8,33% erhalte, welche im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen sei und in den Lohnabrechnungen jeweils separat ausgewiesen werde. Als Stundenlohn wurde von Montag bis Freitag Fr. 20.–, samstags, sonntags sowie an Feiertagen Fr. 22.– vereinbart. Gemäss den im Recht liegenden Lohnabrechnungen wurden der Klägerin vom Oktober 2005 bis zum März 2006 Stundenlöhne von Fr. 20.– respektive Fr. 22.–, vom Juni 2006 bis zum Dezember 2006 solche von Fr. 20.50 respektive Fr. 22.50, im Jahr 2007 solche in der Höhe von Fr. 21.– respektive Fr. 23.– und im Jahr 2008 solche von Fr. 21.50 respektive Fr. 23.50 ausbezahlt. Die Lohnabrechnungen wiesen jeweils einen Feriengeldsaldo von Fr. 0.– und einen Feriensaldo von 0 Tagen aus. Ausserdem war die Mitteilung angebracht, dass der

Feriengeldanteil von 8,33% gemäss Teilzeitarbeitsvertrag im Lohn inbegriffen sei. Da die von der Klägerin mitbetreute Patientin in ein Pflegeheim eintreten musste, kündigte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 25. Juni 2008 auf den 31. Juli 2008.

Mit Klage vom 12. Februar 2009 gelangte die Klägerin ans damalige Arbeitsgericht. Das Kreisgericht wies mit Urteil vom 17. Juni 2009 die klägerische Forderung auf Abgangs- und Ferienentschädigung ab und schützte die Forderung auf Feiertagsentschädigung im Umfang von Fr. 2030.45. Die Beklagte erhob gegen diesen Entscheid Berufung beim Kantonsgericht.

Aus den Erwägungen:

III.

2.

2.1 Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Beklagte der Klägerin eine Feiertagsentschädigung schuldet und – falls dem so ist – ob diese schon (gültig) bezahlt worden ist.

2.2 Von vornherein verworfen werden kann die Argumentation der Beklagten, sie habe der Klägerin bei Arbeitseinsätzen an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen einen Zuschlag von Fr. 2.– je Stunde bezahlt, weshalb keine Feiertagsentschädigung mehr geschuldet sei. Beim von der Beklagten bezahlten Zuschlag handelt es sich um eine Entschädigung für tatsächlich geleistete Arbeit (der Zuschlag wurde nur für jene Stunden entrichtet, während denen die Klägerin an einem Samstag, Sonntag oder Feiertag effektiv tätig war). Eingeklagt ist jedoch eine andere Forderung: Der Ersatz des anteilmässigen Lohns, welchen eine im Monatslohn angestellte Arbeitnehmerin für auf Feiertage fallende Tage regelmässig erhält, ohne dafür tatsächlich arbeiten zu müssen.

(...)

2.4.1 Nicht gefolgt werden kann der Beklagten, wenn sie vorbringt, die Feiertagsentschädigung sei bereits im Stundenlohn inbegriffen gewesen.

2.4.2 Der Temporärarbeitsvertrag enthält in seiner Ziff. 10.3 zwar die Formulierung «Die Angestellte erhält eine Ferien- und Feiertagsentschädigung von 8,33%, welche im vereinbarten Stundenlohn inbegriffen ist und in den Lohnabrechnungen jeweils separat ausgewiesen wird», doch war schon in den Einsatzbestätigungen – berechtigterweise – nur noch die Rede davon, dass der Ferienanteil von 8,33% im Teilzeitlohn inbegriffen sei. Letzteres entspricht der Formulierung auf den Lohnabrechnungen. Bei diesen 8,33% handelt es sich um den Ferienlohn bei vier Wochen Ferien (vgl. BGE 129 III 664 E. 7.3 S. 674; Entscheid des Bundesgerichts 4C.301/2001 vom 21. Februar 2002 E. 3e; GVP 1990 Nr. 49 = JAR 1992 180; JAR 1996 149; FALKNER, Ferienentschädigung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, in: AJP 2004 944; STAEHELIN, Zürcher Kommentar,

V2c, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 329d N 2; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 329d N 10). Wenn aber schon die Ferienentschädigung 8,33% beträgt, so kann darin unmöglich auch – worauf allenfalls die Formulierung im Temporärarbeitsvertrag schliessen lassen könnte – noch die Feiertagsentschädigung inbegriffen sein. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass der vom Spixetextverband St. Gallen zur Verfügung gestellte Musterarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn mit 20 Tagen Ferienanspruch einen Anteil von 14,5% für die Ferienentschädigung ausweist. In diesem Zuschlag sind offensichtlich – im Unterschied zu den von der Beklagten verwendeten Verträgen – nicht nur die erwähnten 20 Ferientage, sondern auch die Feiertage eingeschlossen.

(...)

2.4.4 Damit steht fest, dass die Beklagte der Klägerin keine Feiertagsentschädigung bezahlt hat. Falls Feiertage grundsätzlich auch bei Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn entschädigungspflichtig sind, wäre der von der Klägerin vorliegend geltend gemachte Anspruch berechtigt.

2.5 Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass – falls auch Arbeitnehmerinnen im Stundenlohn Anspruch auf eine Feiertagsentschädigung haben und diese Entschädigung in Form eines Zuschlags zum ausbezahlten Stundenlohn zu entrichten ist – auch die Feiertagsentschädigung nur unter den Voraussetzungen mit dem Stundenlohn abgegolten werden kann, welche von der Rechtsprechung für die Ferienlohnabgeltung entwickelt worden sind. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, welche eine davon abweichende Regelung rechtfertigen würden.

2.6 Der Vorinstanz kann gefolgt werden, wenn sie ausführt, im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt dränge sich eine Feiertagsentschädigung in Form eines Zuschlags zum Stundenlohn auf (und nicht eine Abgeltung dadurch, dass der im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmerin an jedem Feiertag, der auf einen Werktag fällt, im Verhältnis zu ihrem Beschäftigungsgrad eine pro rata Zahlung geleistet wird oder dadurch, dass Teilzeitangestellten, welche regelmässig nur an bestimmten Wochentagen arbeiten, dieser Tag voll vergütet wird, wenn er auf einen Feiertag fällt; vgl. dazu BYRNE-SUTTON, *Le contrat de travail à temps partiel*, Genfer Diss., Zürich 2001, 146 f.).

2.7 Gemäss Art. 110 Abs. 3 BV ist der Bundesfeiertag arbeitsrechtlich den Sonntagen gleichgestellt und bezahlt (vgl. auch Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über den Bundesfeiertag [SR 116]). Dies gilt auch für Angestellte im Stundenlohn (JAR 2003 281 Ziff. 99; PORTMANN/PETROVIC, in: Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], *Arbeitsgesetz*, Bern 2005, Art. 20a N 12). Damit steht fest, dass der Klägerin bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zusteht.

2.8.1 Gemäss Art. 20a Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11, *Arbeitsgesetz*) können die Kantone neben dem Bundesfeiertag acht weitere Feiertage im Jahr den

Sonntagen gleichstellen. Diese Kompetenz hat der Kanton St. Gallen in Art. 1^{bis} des Einführungsgesetzes zum eidgenössischen Arbeitsgesetz (sGS 511.1) ausgeschöpft.

2.8.2 Für diese von den Kantonen den Sonntagen gleichgestellten Feiertage hat der Bundesgesetzgeber keine Lohnzahlungspflicht festgeschrieben. Den Kantonen ist es wegen der Privatrechtshoheit des Bundes verwehrt, diesbezügliche Vorschriften zu erlassen (BGE 76 I 305, 76 I 321; BONER, Teilzeitarbeit, Zürcher Diss., Bern 1985, 91 f.; BYRNE-SUTTON, 143; REHBINDER, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 329 N 15; PORTMANN/PETROVIC, Art. 20a N 17; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 22, Art. 329 N 14 S. 415). Bei Angestellten im Stundenlohn besteht daher, falls – wie im vorliegend zu beurteilenden Fall – auch Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsverträge keine diesbezüglichen Regelungen enthalten und keine Übung (Art. 322 Abs. 1 OR) behauptet oder ersichtlich ist, nach innerstaatlichem Recht keine Lohnzahlungspflicht für die durch kantonale Feiertage ausfallende Arbeitszeit (JAR 1996 149; BJM 1972 179; BYRNE-SUTTON, 145; BONER, 92 Fn. 4; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002, N 165; BK-REHBINDER, Art. 329 N 15; PORTMANN/PETROVIC, Art. 20a N 18; ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 10; STREIFF/VON KAENEL, Art. 329 N 14 S. 415).

2.8.3 Art. 7 lit. d des internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1, UNO-Pakt I) lautet wie folgt: Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die insbesondere gewährleistet wird (...) Arbeitspausen, Freizeit, eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage. Zum Teil wird die Meinung vertreten, aus dieser Bestimmung könnten Angestellte im Stundenlohn direkt einen Anspruch auf Vergütung gesetzlicher Feiertage gegenüber ihren Arbeitgebern ableiten (JAR 2003 281 Ziff. 92 ff.; BYRNE-SUTTON, 145 f.; PORTMANN/PETROVIC, Art. 20a N 19; a.M. ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 8; offen gelassen bei STREIFF/VON KAENEL, Art. 324a/b N 22 und Art. 329 N 14, S. 415 unten). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden.

2.8.4 In BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 11 f. und 121 V 246 E. 2 S. 248 ff. hielt das Bundesgericht allgemein fest, der UNO-Pakt I enthalte in seinen Art. 6–15 einen Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, zu deren vollen Verwirklichung sich jeder Vertragsstaat unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten und mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen sowie durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, verpflichte (Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I). Die von der Schweiz mit diesem Pakt eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen hätten insofern programmatischen Charakter; die Vorschriften des Paktes richteten sich – anders als die direkt anwendbaren Garantien des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2, UNO-Pakt II) – nicht an den Einzelnen, sondern an die Gesetzgeber der

Vertragsstaaten, welche die Vertragsbestimmungen als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten hätten (so die Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden Pakten, BBl 1991 I 1193 und 1202). In BGE 122 I 101 E. 2a S. 103 wiederholte das Bundesgericht, der UNO-Pakt I habe programmatischen Charakter, richte sich an den Gesetzgeber und begründe grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte des Einzelnen (vgl. auch BGE 126 I 240 E. 2c S. 242 f. und den Entscheid 2P.77/2000 des Bundesgerichts vom 30. November 2000 E. 5c).

Konkret stellte das Bundesgericht fest, aus Art. 7 lit. b (sichere und gesunde Arbeitsbedingungen; Entscheid 2A.221/2006 des Bundesgerichts vom 27. April 2006 E. 2), Art. 9 (Recht auf Soziale Sicherheit; BGE 121 V 246 E. 2e S. 250; Entscheid 2P.77/2000 des Bundesgerichts vom 30. November 2000 E. 5e), Art. 11 Abs. 1 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard; BGE 122 I 101 E. 2a S. 103) und Art. 13 Abs. 2 lit. b und c UNO-Pakt I (allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit des höheren Fach- und Berufsschulwesens respektive des Hochschulunterrichts; BGE 130 I 113 E. 3.3 S. 123, 126 I 240 E. 2d S. 244 und E. 3 S. 247, 120 Ia 1 E. 5d S. 12 f) lasse sich kein individualrechtlicher Anspruch ableiten.

In BGE 121 V 246 E. 2e S. 250 erwähnte das Bundesgericht obiter, das in Art. 8 Abs. 1 lit. a UNO-Pakt I festgeschriebene Recht, Gewerkschaften zu bilden respektive einer Gewerkschaft beizutreten, stelle ein justiziables Individualrecht dar (bestätigt in BGE 126 I 240 E. 2c S. 143, 125 III 277 E. 2d S. 281). Ob das in Art. 8 Abs. 1 lit. d UNO-Pakt I festgeschriebene Streikrecht einen individualrechtlichen Anspruch darstellt, liess das Bundesgericht offen (BGE 125 III 277 E. 2e S. 282).

MALINVERNI (Les Pactes dans l'ordre juridique interne, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 71 ff., 76) ist der Auffassung, auch die Art. 7 lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit), Art. 13 Abs. 1 lit. a (unentgeltlicher Grundschulunterricht), Art. 13 Abs. 3 (freie Schulwahl), Art. 13 Abs. 4 (Schaffung und Leitung von Bildungseinrichtungen) und Art. 15 UNO-Pakt I (Kunst- und Wissenschaftsfreiheit) seien justizierbar.

2.8.5 Bezüglich der direkten Anwendbarkeit von Art. 7 UNO-Pakt I führen KÜNZLI/KÄLIN (Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowak [Hrsg.], Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl., Basel 1997, 105 ff., 119) aus, die Effektivität dieses Rechts hänge in besonderem Masse vom Stand der Gesetzgebung ab, da es sich überwiegend in privatwirtschaftlichen Bereichen verwirklichen müsse. Staatliche Massnahmen zur vollen Verwirklichung dieses Rechts müssten sich deshalb vor allem darauf konzentrieren, in einer Arbeitsschutzgesetzgebung zumindest Minimalansprüche zu konkretisieren, deren persönlicher Anwendungsbereich möglichst umfassend ausgestaltet sei. KÜNZLI/KÄLIN (S. 119 f.) vertreten die Auffassung, lit. a (i) (gleiches Entgelt für gleich-

wertige Arbeit) und in eingeschränkterem Masse lit. c von Art. 7 UNO-Pakt I (gleiche Aufstiegsmöglichkeiten) seien einer gerichtlichen Beurteilung zugänglich. Bezüglich lit. a (i) verweisen sie dabei auf Ziff. 5 der Allgemeinen Bemerkung 3 von 1990 (Anhang III des Dokuments E/1991/23; Zugang über das Dokumentenarchiv tb.ohchr.org) des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (nachfolgend Ausschuss), welcher vom Wirtschafts- und Sozialrat der UNO mit der Überwachung der Paktanwendung durch die Vertragsstaaten betraut worden ist. Der Ausschuss hält hier fest, der UNO-Pakt I enthalte eine Anzahl Bestimmungen, so die Art. 3, 7 lit. a (i), 8, 10 Abs. 3, 13 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 und Abs. 4, 15 Abs. 3, welche in vielen nationalen Rechtsordnungen als für die direkte Anwendung durch gerichtliche Organe geeignet erschienen. Auf diese Aufzählung nahm der Ausschuss auch in Ziff. 10 der Allgemeinen Bemerkung 9 von 1998 (Dokument E/C.12/1998/24) wieder Bezug. In Ziff. 11 der Allgemeinen Bemerkung 9 weist der Ausschuss sodann darauf hin, dass der UNO-Pakt I nicht ausschliesse, dass seine Bestimmungen direkt anwendbar seien. In Ziff. 10 seiner Schlussfolgerungen vom 7. Dezember 1998 (Dokument E/C.12/1/Add.30) zum ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 18. September 1996 (Dokument E/1990/5/Add.33) weist der Ausschuss ebenfalls darauf hin, dass nicht davon ausgegangen werden könne, der UNO-Pakt I enthalte ausschliesslich Vorschriften programmatischer Natur, welche nicht unmittelbar anwendbar seien.

Im erwähnten ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I wurde in Ziff. 193 f. darauf hingewiesen, dass die Vergütung von Feiertagen in der Schweiz ausser für den Bundesfeiertag nicht obligatorisch sei. Bei im Monatslohn Angestellten finde sie in der Regel dennoch statt, nicht jedoch bei im Stundenlohn Angestellten (ausser dies sei vertraglich ausdrücklich vorgesehen), welche nur den Bundesfeiertag entschädigt erhielten. Auf diese Darlegung der Rechtslage in der Schweiz ging der Ausschuss in seinen Schlussfolgerungen nicht ein. Auch bezüglich der analogen Rechtslage in Liechtenstein machte der Ausschuss keine Bemerkungen (Dokument E/C.12/LIE/CO/1).

In Ziff. 214 des zweiten und dritten Berichts der Schweiz zur Umsetzung des UNO-Pakts I vom 17. Juli 2009 wird erneut erwähnt, der Bundesfeiertag werde allen Angestellten einschliesslich Beschäftigten im Stundenlohn vergütet. Die übrigen (kantonalen) Feiertage finden in diesem Bericht keine Erwähnung mehr.

2.8.6 Unter Berücksichtigung dessen, dass Bundesrat und Parlament davon ausgingen, die Vorschriften des UNO-Paktes I gewährten dem Einzelnen, grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte (BB1 1991 I 1202; BGE 120 Ia 1 E. 5c S. 12), dass die Formulierung von Art. 7 UNO-Pakt I («Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen an, durch die

insbesondere gewährleistet wird ...») nur eine Aufforderung an die beteiligten Staaten zur Konkretisierung der nachfolgend umschriebenen Arbeitsbedingungen enthält (ZK-STAEHELIN, Art. 329 N 8; KÜNZLI/KÄLIN, 119), dass Art. 7 lit. d UNO-Pakt I vom Ausschuss nicht ausdrücklich zu den direkt anwendbaren Bestimmungen gezählt wird und dass der Ausschuss die Darlegungen der Schweiz und Liechtensteins betreffend der Rechtslage für die Ferienentschädigung von Angestellten im Stundenlohn kommentarlos zur Kenntnis genommen hat, kann Art. 7 lit. d UNO-Pakt I kein individualrechtlicher Anspruch mit dem Inhalt, dass den Angestellten im Stundenlohn die vom kantonalen Gesetzgeber bestimmten Feiertage zu entschädigen wären, entnommen werden.

Auch kann eine solche Entschädigungspflicht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, nicht deshalb bejaht werden, weil die Beklagte geltend gemacht hatte, sich nach den Besoldungslisten richten zu wollen, gemäss welchen ein Zuschlag für 9 Feier-/Ruhetage gewährt werde. Nachdem ihr in anderem Zusammenhang auseinandergesetzt worden ist, dass diese Listen nicht Vertragsbestandteil geworden sind, kann sie dabei nicht behaftet werden.

2.9 Nach dem Gesagten steht der Klägerin einzig bezüglich des Bundesfeiertags ein Entschädigungsanspruch zu. Dieser ist grundsätzlich als Zuschlag zum vereinbarten Stundenlohn zu bestimmen. Da die Vergütung im vorliegenden Fall im Nachhinein erfolgt, kann der Zuschlag auf der gesamten von der Beklagten bezahlten Bruttolohnsumme (ohne den Zuschlag für die Ferienentschädigung) erfolgen. Diese beträgt Fr. 54 615.10.

Der Zuschlag für neun Feiertage beträgt gemäss der nicht zu beanstandenden Berechnung der Vorinstanz 3,87%. Entsprechend beträgt die für den Bundesfeiertag geschuldete Entschädigung 0,43%. Demgemäss schuldet die Beklagte der Klägerin noch eine Entschädigung von Fr. 234.85.

3.

Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 234.85 Entschädigung für den Bundesfeiertag zu bezahlen.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 20. Januar 2009 (Aufhebung des Urteils des Kreisgerichts vom 25. Oktober 2007)

OR 357b I. Die von den Vertragsparteien des LMV für dessen Vollzug bestellten und in Vereinsform organisierten lokalen paritätischen Berufskommissionen sind als materiell Berechtigte oder Prozessstandschafter aktivlegitimiert, den gemeinsamen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen des LMV auch gegenüber einem Aussenseiter gerichtlich durchzusetzen. Stellen sie somit anlässlich ihrer Kontrolltätigkeit im Betrieb eines Aussenseiters Verletzungen von allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des LMV fest und auferlegen sie

dem Betroffenen deshalb eine Konventionalstrafe sowie die Bezahlung der Kontroll- und Verfahrenskosten, so sind sie berechtigt, diese Forderungen in eigenem Namen gerichtlich geltend zu machen (E. II. 2 und III. 4.b und 5).

Sachverhalt:

Der Beklagte ist als Einzelunternehmer im Bereich der Ausführung von Armierungsarbeiten tätig. Bis am 5. Oktober 2007 hatte er seinen Geschäftssitz unter der Firma «A. B., Armierungen» im Kanton R. Die Firma wurde an diesem Datum infolge Geschäftsaufgabe im Handelsregister des Kantons R gelöscht. Seit dem 26. Oktober 2007 ist er mit der Firmenbezeichnung «A. B. Armierungen» und Geschäftssitz an seinem Wohnort in S im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Am 12. Mai 2005 liess die Paritätische Berufskommission (PBK) Bauhauptgewerbe des Kantons U in V eine Baustellenkontrolle durchführen, bei der auch Arbeitnehmer des Beklagten einer Überprüfung unterzogen wurden. Im Anschluss daran beantragte diese Kommission der nach dem Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe (LMV) örtlich zuständigen PBK R (Klägerin), beim Beklagten wegen vermuteter Verstössen gegen diesen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) eine Lohnbuchkontrolle durchzuführen. Diese beschloss am 29. Mai 2005 die Kontrolle und gab die Prüfung, bezogen auf den Zeitraum vom 1.12.02–31.3.03 und vom 1.10.03–30.6.05, am 12. Juli 2005 extern bei der XY Unternehmensberatungs- und Prüfungsgesellschaft in Auftrag. Diese führte die Prüfung am 10. November 2005 durch und verfasste zuhanden ihrer Auftraggeberin einen Bericht, in welchem sie diverse Verletzungen der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen feststellte. Die Klägerin räumte dem Beklagten in der Folge die Gelegenheit zu einer Stellungnahme ein. Am 3. Juli 2006 beschloss sie gestützt auf die Bestimmungen des LMV, dem Beklagten die Kosten der externen Kontrolle (Fr. 15 365.30) und die der Kommission entstandenen Verfahrenskosten (Fr. 2120.–) aufzuerlegen sowie über ihn eine Konventionalstrafe von Fr. 110 000.– zu verhängen. Die Zahlung sollte bis am 4. August 2006 an die Klägerin geleistet werden.

Nachdem der Beklagte die verlangte Zahlung nicht erbracht hatte, setzte die Klägerin ihre Forderung am 30. August 2006 beim Betreibungsamt Z in Betreibung. Gegen den am 4. September 2006 ausgestellten Zahlungsbefehl erhob der Beklagte gleichentags Rechtsvorschlag. Nach Durchführung des Vermittlungsverfahrens klagte die Klägerin beim Kreisgericht. Das angerufene Gericht wies die Klage am 25. Oktober 2007 mangels Aktivlegitimation der Klägerin ab. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

2.

a) Parteien eines GAV können gemäss Art. 357b Abs. 1 OR vereinbaren, dass ihnen in den von Art. 357b Abs. 1 lit. a und b OR umrissenen Bereichen ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung des Vertrages zusteht und ihnen zu diesem Zweck nach 357 Abs. 1 lit. c OR ein Recht auf Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen zukommt. Bei allgemeinverbindlich erklärten GAV erstreckt sich dieser Anspruch auch auf Aussenseiter (Art. 1 und 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG; SR 221.215.311; BGer 4A_300/2007 vom 6.5.08 E. 1 mit Hinweisen). Es ist dabei zulässig, dass die Vertragsparteien im GAV für die gemeinsame Durchführung im Sinne von Art. 357b OR ein Organ in der Form eines Vereins schaffen und diesem die Durchführung übertragen (BGE 134 III 541 E. 4.3 S. 545 f.).

Die Klägerin als von den Parteien des LMV zum Zweck von dessen Vollzug gegründeter Verein (Art. 76 Abs. 1 LMV) ist damit als juristische Person partei- (Art. 52 f. i.V.m. 60 ZGB; Art. 38 Abs. 1 ZPO; vgl. BGer, a.a.O., E. 4.2 und 4.3 S. 544 ff.) und prozessfähig (Art. 54 ZGB; Art. 39 Abs. 1 ZPO; BSK ZGB I-HUGUENIN, N 2 zu Art. 54/55 ZGB; BGE 134 III 541 E. 4.2 S. 545). Dass der Beklagte vorbringt, die Klägerin verletze den Vereinszweck, indem sie in eigenem Namen klage, ändert nichts.

(...)

III.

2.

Zwischen den Parteien ist zu Recht unumstritten, dass die eingeklagten Betreffnisse (Konventionalstrafe sowie Kontrollkosten in Form der Kosten der externen Kontrolle und der Verfahrenskosten) gestützt auf Art. 357b OR sowie die allgemeinverbindlichen Bestimmungen des LMV (Art. 76 Abs. 4 lit. e und Art. 79 LMV) erhoben werden dürfen und dabei auch gegenüber einem Aussenseiter geltend gemacht werden können (vgl. auch BGer 4A_300/2007 vom 6.5.08 E. 1 und 5). Die Klägerin macht diese Forderung in eigenem Namen geltend und betrachtet sich folglich als aktivlegitimiert, auch wenn sie stellenweise angibt, namens und auftrags der Vertragsparteien handeln zu dürfen. Sie argumentiert dabei zweigleisig. Sie bezieht sich einerseits auf den soweit allgemeinverbindlichen Art. 76 Abs. 1 LMV und erblickt darin eine ausdrückliche Ermächtigung zur Prozessführung in eigenem Namen. Im Hinblick auf die Konventionalstrafe vertritt sie zudem die Auffassung, sie wäre auch aktivlegitimiert, wenn sie diesbezüglich als indirekte Stellvertreterin oder als Organ der Vertragsparteien zu betrachten wäre. Andererseits weist sie auf die ebenfalls allgemeinverbindlich erklärten Art. 76 Abs. 4 lit. e Ziff. 2 und 4 i.V.m. Art. 79 Abs. 2 lit. b und c sowie Art. 79 Abs. 5 LMV hin. Sie schliesst aus diesen Bestimmungen, dass es sich bei der geltend gemachten Forderung um ei-

nen ihr selber zustehenden Anspruch handelt. Schliesslich argumentiert die Klägerin, ihre Aktivlegitimation sei auch aus Praktikabilitätsgründen zu bejahen.

Der Beklagte hält die Aktivlegitimation der Klägerin nicht für gegeben. Die aus Art. 357b OR fliessenden Ansprüche stehen seiner Meinung nach ausschliesslich den Parteien des LMV zu, und sie müssten diese denn auch als notwendige Streitgenossen gemeinsam verfolgen. Die Zuerkennung eigener Ansprüche und auch die allfällige Abtretung von Ansprüchen durch die Vertragsparteien oder die Einräumung eines eigenen Klagerechts widerspreche Art. 357b Abs. 1 lit. c OR. Die Bestimmungen des LMV stünden mit diesen Vorgaben auch im Einklang. Es sei der Klägerin in diesem Zusammenhang ausschliesslich gestattet, im Namen der Parteien des LMV als Stellvertreterin zu handeln. Sie selber betone, dass sie auftrags und namens der Vertragsparteien tätig werde. Auch eine in einem GAV enthaltene Vollmacht könne daran nichts ändern. Vorliegend lasse der LMV aber ohnehin nur ein Handeln der Klägerin in fremdem Namen zu und verlange zu diesem Zweck noch zusätzlich die Ausstellung separater Vollmachten. Diesen Vorgaben würden die vorliegenden Vollmachten auch entsprechen. Hätte die Klägerin ein eigenes Recht an der eingeklagten Forderung, bedürfte sie keiner Vollmacht. Für das Zulassen der Vorgehensweise der Klägerin sprechen nach Auffassung des Beklagten auch keine Praktikabilitätsgründe.

3.

a) Dem erwähnten BGE 134 III 541 ff. lag der Sachverhalt zugrunde, dass die PBK Wallis des Ausbaugewerbes gegen ein Maler-/Gipsergeschäft auf Feststellung der Unterstellung unter den allgemeinverbindlichen GAV des Ausbaugewerbes der Westschweiz geklagt hatte. Vor dem Bundesgericht argumentierte das beschwerdeführende Unternehmen, die PBK sei vor dem Hintergrund der Bestimmung von Art. 357b OR und des fraglichen GAV nicht aktivlegitimiert. Art. 357b Abs. 1 OR gewähre nur den Parteien des GAV ein Klagerecht, und sie seien im Prozess notwendige Streitgenossen. Die Parteien seien nicht berechtigt, ihr Klagerecht auf einen Dritten wie die Klägerin zu übertragen (BGer, a.a.O. E. 3 und 4). Das Bundesgericht kommt in seinem Entscheid aber nicht nur zum bereits erwähnten Schluss, dass die Vertragsparteien im GAV für die gemeinsame Durchführung im Sinne von Art. 357b OR ein Organ in der Form eines Vereins schaffen und diesem die Durchführung übertragen können. Es geht auch davon aus, dass die Parteien diesem Organ im GAV Rechte übertragen können (BGer, a.a.O., E. 4.3 i.V.m. 4.1; a.M. STREIFF/VON KAENEL, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 6. A., N 5 zu Art. 357b OR). Zu prüfen ist damit an erster Stelle, ob die Vertragsparteien die fraglichen Rechtspositionen im LMV auf die Klägerin übertragen haben. Zweitens ist zu erörtern, ob der LMV der Klägerin immerhin die Stellung einer Prozessstandschafterin einräumt (ZK-ALBRECHT/VISCHER, N 18 zu Art. 357a und N 13 zu Art. 357b OR [Aktivlegitimation im Rahmen der durch den

GAV eingeräumten Kompetenzen]; vgl. auch BK-STÖCKLI, N 98 zu Art. 356, N 5 zu Art. 357a und N 14 zu Art. 357b OR sowie PORTMANN/STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, Rz. 216 [Aktivlegitimation aufgrund Vollmacht im GAV] – das wäre ohne Weiteres zulässig, nachdem ein allgemeinverbindlich erklärter GAV Bundesrecht darstellt und eine gesetzliche Grundlage damit vorliegt – bzw. das Institut der gemeinsamen Durchführung nach Art. 357b OR gar weitergehend verlangt, dass der durch einen GAV eingesetzten PBK zumindest die Stellung einer Prozessstandschafterin zukommt (so ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 13 zu Art. 357b OR, vgl. BGer, a.a.O. E. 4.2).

Aus der bisherigen Praxis des Bundesgerichts können in diesem Zusammenhang keine eindeutigen Schlüsse gezogen werden. In BGE 134 III 541 ff. wurde nicht weiter diskutiert, ob eine Prozessstandschaft von Gesetzes wegen zu bejahen wäre. Die frühere Bundesgerichtspraxis enthält dazu ebenfalls keine Hinweise. In BGE 118 II 528 E. 4 S. 534 (vgl. auch BGer 4C.191/2006 vom 17.8.06 E. 3) wurde sodann die Frage der Aktivlegitimation von PBK allgemein offengelassen. Diese Praxis ist insoweit überholt, als BGE 134 III 541 ff. die auf die Bestimmungen eines GAV gestützte eigene Prozessführung zulässt. Ob aber im Bereich des LMV die Aktivlegitimation gegeben ist, wurde bis jetzt nicht ausdrücklich entschieden. Das Bundesgericht hat hier zwar in mehreren neueren Fällen mit Sachurteilen entschieden, dies aber ohne auf die von den Parteien selber nicht aufgeworfene Frage der Aktivlegitimation, sei dies unter dem Aspekt eigener Ansprüche der PBK oder jenem der Prozessstandschaft, konkret einzugehen (BGer 4P.194/2004 vom 24.11.04 [Aufhebung einer Konventionalstrafe wegen zu Unrecht bejahter Unterstellung]; BGer 4C.60/2007 vom 28.6.07 [Verurteilung eines Personalverleihers zur Duldung einer Lohnbuchkontrolle]; BGE 134 III 11 ff. [Begehren auf Zahlung von Konventionalstrafe und Kontroll-, Neben- und Verfahrenskosten; Rückweisung zur Prüfung der vorinstanzlich verneinten Unterstellung]; BGE 134 III 399 [Verurteilung zur Zahlung von Konventionalstrafe]). Das Bundesgericht wendet zwar das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 Bundesgerichtsgesetz [BGG; SR 173.110]). Es behält sich aber grundsätzlich vor, nur die korrekt geltend gemachten Rügen (Art. 42 Abs. 2 BGG) zu prüfen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; vgl. zur früheren Situation Art. 55 Abs. 1 lit. c und 63 Bundesrechtspflegegesetz [OG]). Aus der von den Parteien und dem Kreisgericht diskutierten kantonalen Praxis ergeben sich kaum weitere Hinweise. Effektiv einschlägig ist lediglich der Entscheid des Kantonsgerichts B (ZGGVP 2001, S. 142 f.), welcher als einziger den LMV zum Gegenstand hat und dabei die Aktivlegitimation der PBK aufgrund einer im LMV enthaltenen Vollmacht bejaht. Ob diese Erkenntnisse übernommen werden können, muss sich nachfolgend zeigen.

b) Bei den fraglichen GAV-Normen über die Rechtsstellung der Klägerin handelt es sich im Verhältnis der Vertragsparteien um schuldrechtli-

che Bestimmungen, mit welchen sog. indirekt-schuldrechtliche Bestimmungen im GAV umgesetzt werden (STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 356 OR). Schuldrechtliche Bestimmungen werden nach allgemeiner Auffassung nach den für Verträge geltenden Regeln ausgelegt (BGE 127 III 318 E. 2a S. 322). Hier geht es aber um die Anwendung eines all-gemeinverbindlichen und somit die Wirkung eines Gesetzes aufweisenden GAV gegen einen Aussenseiter. Gleich wie bei den sog. normativen Bestimmungen muss hier grundsätzlich nach den für Gesetze geltenden Grundsätzen ausgelegt werden. Der Wille der am Abschluss des GAV beteiligten Parteien ist aber ein gewichtigeres Auslegungselement als jener des Gesetzgebers bei der Gesetzesinterpretation, weil die Grundlage letztlich doch vertraglich ist. Wird nach vertragsrechtlichen Grundsätzen auf den Parteiwillen abgestellt, so ist zum Schutz des Vertrauens der nicht an der Normsetzung Beteiligten zu fragen, ob der so ermittelte Parteiwille auch vor dem Ergebnis einer Auslegung nach den für Gesetze geltenden Regeln standhält (BGE 133 III 213 E. 5.2 S. 218 f.; vgl. weiter BGE 130 V 18 E. 4.2 S. 30; BGE 130 V 309 E. 5.1.2 S. 314 f.; ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 122 f. zu Art. 356 und N 161 zu Art. 356b OR; STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 15 zu Art. 356 OR).

Dabei ist von folgender Regelung auszugehen: Der LMV sieht in seinem ersten Teil (Allgemeine Bestimmungen; Zweiter Teil: Arbeitsvertragliche Bestimmungen; Dritter Teil: Vollzugs- und Schlussbestimmungen) unter dem Titel des Vollzugs vor, dass die Vertragsparteien für Anwendung und Durchsetzung besorgt sind. Dazu wird auf die Art. 75–79 LMV und somit auf die Vollzugsbestimmungen des LMV verwiesen (Art. 12 LMV). Die angesprochenen Vollzugsbestimmungen gliedern sich, soweit im vorliegenden Zusammenhang von Belang, in eine Bestimmung über die Zuständigkeit für Anwendung und Durchsetzung des LMV (Art. 75 LMV), eine Norm über Bestellung, Befugnisse, Aufgaben und Verfahren der lokalen PBK (Art. 76 LMV) sowie eine Bestimmung zum Sanktionsregime bei Verletzungen des LMV (Art. 79 LMV). In Art. 75 Abs. 1 LMV werden die Vertragsparteien des lokalen GAV für die Anwendung und Durchsetzung des LMV als zuständig erklärt. In Art. 75 Abs. 2 LMV wird ihnen zu diesem Zweck der Erlass der Regelung nach Art. 76 ff. LMV auferlegt. In diesem Zusammenhang sind gemäss Art. 76 Abs. 1 LMV erstens lokale PBK zu bestellen. Über deren Kompetenzen spricht sich zunächst ebenfalls Art. 76 Abs. 1 LMV aus, weitere Aussagen finden sich in Art. 76 Abs. 2, 3 und 4 LMV. Art. 76 Abs. 1 LMV bestimmt in einem allgemeinverbindlich erklärten Passus, dass die lokalen PBK ausdrücklich ermächtigt sind, den LMV während dessen Gültigkeit zu vollziehen. Der anschliessende, nicht allgemeinverbindlich erklärte Art. 76 Abs. 2 LMV verpflichtet die Vertragsparteien des LMV, den lokalen PBK die erforderlichen Vollmachten zur Vertretung des gemeinsamen Anspruchs gemäss Art. 357b OR zu erteilen. Offensichtlich gestützt auf diese Bestimmung wurden die erwähnten Vollmachten ausgestellt. Die Vollmachten beinhalten das Recht der Kläge-

rin, alle Handlungen, welche für die Wahrnehmung und Durchsetzung der gemäss dem LMV übertragenen Aufgaben erforderlich sind, im Namen der Vertragsparteien vorzunehmen. Explizit eingeschlossen ist die allfällige gerichtliche Durchsetzung der Bestimmungen des LMV. Auf die im Einzelnen zu besorgenden Aufgaben geht der wiederum soweit vorliegend relevant allgemeinverbindliche Art. 76 Abs. 3 LMV ein. Gemäss lit. a dieser Bestimmung hat die lokale PBK die Aufgabe, auftrags und namens der LMV-Parteien die arbeitsvertraglichen Bestimmungen des LMV inklusive Anhänge und Zusatzvereinbarungen durchzusetzen, sofern im LMV oder in einer anderen Vereinbarung keine andere Lösung getroffen wurde. Lit. b sodann enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von konkreten Aufgaben der lokalen PBK. Insbesondere obliegt ihr nach Art. 76 Abs. 3 lit. b Ziff. 1 LMV die Durchführung von gemeinsamen Lohnkontrollen und Untersuchungen über die Arbeitsverhältnisse im Betrieb. An die vorgesehene Kontrolltätigkeit knüpft der ebenfalls allgemeinverbindliche Art. 76 Abs. 4 LMV unter dem Titel des Verfahrens an. Diese Bestimmung enthält unter anderem nähere Ausführungen zur Kontrolltätigkeit (Art. 76 Abs. 4 lit. a–d LMV) und sieht vor, dass die lokale PBK nach Abschluss der Untersuchung einen schriftlichen Beschluss fasst, in welchem unter anderem festzuhalten ist, ob neben der Feststellung der Verletzung des LMV eine Verwarnung oder eine Sanktion ausgesprochen wird und wie die Kontroll- und Verfahrenskosten verlegt werden (Art. 76 Abs. 4 lit. e LMV). Im gleichfalls soweit relevant allgemeinverbindlichen Art. 79 LMV hält Abs. 2 im Einklang damit fest, dass die PBK berechtigt ist, eine Verwarnung auszusprechen, eine Konventionalstrafe bis Fr. 50 000.– zu verhängen, die Neben- und Verfahrenskosten der fehlbaren Partei aufzuerlegen und die vom LMV bei Schwarzarbeit vorgesehenen Sanktionen zu verhängen. Art. 79 Abs. 5 LMV sieht schliesslich vor, dass eine verhängte Konventionalstrafe innert 30 Tagen an die PBK zu bezahlen ist. Dabei wird angeordnet, dass die PBK den Betrag für Vollzug und Durchsetzung des LMV verwendet.

4.

a) Der Wortlaut der allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen lässt kein abschliessendes Urteil darüber zu, ob die Vertragsparteien der Klägerin eigene Ansprüche eingeräumt haben. In diese Richtung weist zunächst der Wortlaut von Art. 79 Abs. 2 i.V.m. Art. 76 Abs. 4, insbesondere lit. e, und von Art. 79 Abs. 5 LMV: Die PBK entscheidet über die Kontrollen und führt diese im Rahmen eines Verfahrens durch, an dessen Ende sie sich über eine allfällige Sanktion, insbesondere eine Konventionalstrafe, und die Tragung der entstandenen Kontroll- und Verfahrenskosten ausspricht. Die Konventionalstrafe ist an die PBK zu bezahlen, welche diese nicht einfach an die Vertragsparteien weiterzuleiten hat, sondern den Betrag für Vollzug und Durchsetzung des LMV verwendet. Art. 76 Abs. 1 LMV sagt nichts Gegenteiliges. Die Ermächtigung zum Vollzug schliesst das Vorliegen eigener Ansprüche nicht aus, sondern lässt die Frage offen.

Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV scheint dann aber doch von einem Ausschluss eigener Ansprüche auszugehen, wenn dort gesagt wird, dass die PBK den LMV auftrags und namens der Vertragsparteien durchsetzt. Diese Aussage wird aber gleich im Anschluss erheblich relativiert, indem andere Lösungen im LMV oder einer anderen Vereinbarung vorbehalten werden. Das Einräumen eigener Ansprüche wäre in diesem Sinn eine mögliche andere Lösung. Beizufügen bleibt, dass wohl Art. 76 Abs. 2 LMV eher gegen das Vorliegen eigener Ansprüche der PBK sprechen würde. Diese Bestimmung ist aber nicht allgemeinverbindlich, und es kann durchaus Gründe geben, für diese Frage zwischen Verbandsmitgliedern und Aussenseitern zu differenzieren. Im Übrigen ergäbe sich aus der ebenfalls nicht allgemeinverbindlichen Bestimmung des Art. 79 Abs. 4 LMV wieder ein gegenteiliger Anhaltspunkt, wenn dort von der «Durchsetzung von Konventionalstrafen der paritätischen Berufskommission» die Rede ist.

Die systematische Auslegung führt ebenfalls zu keinem eindeutigen Ergebnis. Man kann wohl argumentieren, Art. 76 Abs. 1 lit. b LMV konkretisiere die allgemeinere Bestimmung von Art. 76 Abs. 1 lit. a LMV, und das Verfahren mit seinen Zuständigkeiten und Sanktionsmöglichkeiten schliesse sodann an Art. 76 Abs. 1 lit. b LMV an. Das lässt aber die Frage nach dem Inhalt des Vorbehalts anderweitiger Lösungen in Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV weiterhin offen. Ohnehin lässt sich auch argumentieren, dass sich Art. 76 Abs. 3 LMV nur auf die Kontrollen, nicht aber die Sanktionen bezieht.

Entscheidend erscheint somit, ob nach Sinn und Zweck der Regelung den PBK eigene Ansprüche eingeräumt werden sollen bzw. ob triftige Gründe dafür sprechen, vom Wortlaut der allgemeinverbindlichen Bestimmungen abzuweichen, wenn man diesen (vgl. Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV) im Unterschied zur vorstehend geäußerten Auffassung als klar betrachten würde. Das ist zu bejahen. Der Vollzug des LMV wurde von den Vertragsparteien an die als Vereine organisierten PBK übertragen. Es versteht sich, dass diesen zur Erfüllung der Aufgaben die entsprechenden finanziellen Mittel zukommen müssen. Eine finanzielle Verflechtung zwischen den Verbänden und den PBK liefe dem Vollzugauftrag gleichzeitig zuwider. Es sind keine Hinweise ersichtlich, dass solches in Betracht gezogen worden wäre. Verflechtungen könnten auch den angestrebten, von der Verbandsebene grundsätzlich abgekoppelten autonomen Vollzug bei Meinungsverschiedenheiten gefährden. Was vor diesem Hintergrund den Anspruch auf die Konventionalstrafe anbelangt, so lässt sich festhalten, dass die PBK erst über deren Festlegung und Einforderung entscheiden und die entsprechenden Gelder dann für die Zwecke des Vollzugs verwenden können. In der Sache beinhaltet das nicht ein blosses Inkasso, wie aus dem Wortlaut von Art. 79 Abs. 5 LMV auch herausgelesen werden könnte, sondern die Übertragung eines Anspruchs durch die Parteien mit der Auflage eines bestimmten Verwendungszwecks. Die Vertragsparteien sollten mit Bestimmtheit keinen direkten Zugriff auf die verhängten Konventio-

nalstrafen haben; sie sind lediglich als einzige Vereinsmitglieder in den jeweiligen PBK vertreten. Insofern ist Art. 79 Abs. 5 LMV letztlich unpräzise formuliert und entspricht eine dogmatisch mögliche Einordnung als blosses Einziehungsrecht nicht den wirklichen Gegebenheiten. Das Gesagte gilt umso mehr für die Kontroll- und Verfahrenskosten. Diese fallen aufgrund des Vollzugauftrags bei den PBK selber an und entsprechen eigenem Aufwand. Die Verneinung eines entsprechenden Anspruchs würde nur dazu führen, dass die Vertragsparteien diese Kosten im internen Verhältnis rückvergüten müssten. Ein solcher administrativer Aufwand kann aber mit der allgemeinverbindlich erklärten Regelung nicht bezweckt worden sein.

Es ist davon auszugehen, dass der vorstehend dargestellte Sinn und Zweck der Regelung im Übrigen auch dem objektiven Parteiwillen entspricht. Welche Bedeutung ein übereinstimmender subjektiver Parteiwille hätte, kann dahingestellt bleiben, da keine entsprechenden Behauptungen formuliert wurden. Insgesamt ist auch im Hinblick auf den Parteiwillen der Wortlaut der Regelungen in Art. 76 Abs. 2 und Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV zu relativieren. Diese Formulierungen sind missverständlich und nicht juristisch-technisch zu verstehen, wie auch die nachfolgenden Ausführungen zur Frage der Prozessstandschaft zeigen. Ohne Bedeutung bleibt damit auch das eigene Vorbringen der Klägerin, sie handle namens und auftrags der Vertragsparteien, das nicht im juristisch-technischen Sinn zu verstehen ist. Dabei handelt es sich im Vergleich zu ihrem übrigen Vorbringen um einen nicht auflösbaren Widerspruch, der nicht weiter zu beachten ist.

b) Für die Frage, ob die Klägerin jedenfalls auch als Prozessstandschafterin aktivlegitimiert wäre, muss wiederum vom Wortlaut des LMV ausgegangen werden. In diese Richtung deutet Art. 76 Abs. 1 LMV. Verstärkt wird dieser Eindruck auch durch den Umstand, dass die Begriffe des Vollzugs und der Durchsetzung in den allerdings nicht allgemeinverbindlich erklärten Art. 12 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 1 LMV synonym gebraucht werden. Die Durchsetzung eines Anspruchs beinhaltet aber allgemein auch dessen gerichtliche Geltendmachung. Wieder ist aber auch auf Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV hinzuweisen. Eine Prozessstandschaft scheint dort ausgeschlossen zu werden, wenn gesagt wird, dass die PBK den LMV auftrags und namens der Vertragsparteien durchsetzt. Diese Aussage wird aber wie schon erwähnt gleich im Anschluss erheblich relativiert, indem andere Lösungen im LMV oder einer anderen Vereinbarung vorbehalten werden. Auch die nicht allgemeinverbindlich erklärte Bestimmung von Art. 76 Abs. 2 LMV spricht formal gegen die Möglichkeit einer Prozessstandschaft. Insofern ist die Ausgangslage angesichts der unklaren Tragweite der allgemeinverbindlichen Bestimmungen und des Einflusses der nicht allgemeinverbindlichen Bestimmungen auch hier insgesamt nicht eindeutig. Im Hinblick auf die Systematik der Regelung kann sodann auf das bereits Gesagte verwiesen werden, so dass auch für das Problem der

Prozessstandschaft Sinn und Zweck der Regelung ausschlaggebend sein müssen.

Auch hier ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die PBK autonom über die Durchführung von Kontrollen und die Verhängung bzw. Höhe einer allfälligen Konventionalstrafe entscheiden und den festgesetzten Betrag auch vereinnahmen dürfen. Die Zuerkennung der Berechtigung, dann auch einen Prozess in eigenem Namen führen zu dürfen, wäre insofern folgerichtig. Das gilt auch deshalb, weil ein Zustimmungserfordernis bzw. die Notwendigkeit einer Vollmachterteilung durch die beteiligten Verbände das Funktionieren des Systems wegen Meinungsverschiedenheiten im Einzelfall beeinträchtigen könnte. Dafür spricht auch die Vollmachtsregelung von Art. 76 Abs. 2 LMV und deren konkrete Handhabung durch die Verbände. Die Formulierung dieser Bestimmung weist mit ihrer verpflichtenden Form eher darauf hin, dass die Verbände die umfassende Zuständigkeit der PBK bekräftigen wollten. Sie räumten denn auch gestützt darauf eine unbeschränkte und für den Zeitraum der Laufzeit des LMV geltende Vollmacht auch zur gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen ein. Sie manifestierten damit deutlich, dass sie der Klägerin freie Hand lassen und sich bei der Erfüllung von deren Aufgaben nicht weiter einmischen wollten. Vor diesem Hintergrund ist nicht einsichtig, weshalb die PBK lediglich als indirekte Stellvertreterinnen auftreten können sollen, wie das der Wortlaut von Art. 76 Abs. 3 lit. a LMV und auch die konkreten Vollmachten eigentlich nahe legen würden. Sinn und Zweck der Regelung und auch dem objektiven Parteiwillen entspricht es eher, ein umfassendes Recht zum Auftreten in eigenem Namen anzunehmen. Insofern ist die im LMV verwendete Terminologie nicht technisch zu verstehen und ergibt sich das Prozessführungsrecht der Klägerin als Ausfluss aus ihren Kompetenzen gemäss LMV.

c) Beim vorstehenden Ergebnis muss nicht weiter auf die in der Literatur vertretene Ansicht, wonach sich eine Prozessstandschaft auch bereits aus dem Gesetz ergibt (ZK-VISCHER/ALBRECHT, N 13 zu Art. 357b OR), eingegangen werden.

5.

Die Aktivlegitimation der Klägerin für den vorliegenden Prozess ist somit zu bejahen. Das bedeutet auch, dass der weitere Einwand des Beklagten, wonach schon das interne Verfahren irregulär gewesen sei, nicht weiter zu berücksichtigen ist.

Dieses Ergebnis hat zur Folge, dass die Berufung gutzuheissen und die Streitsache antragsgemäss zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, weil die Klage im Ergebnis unvollständig behandelt wurde und die Parteien nicht wegen einer faktischen Verkürzung des Instanzenzugs Nachteile erleiden sollen (Art. 227 Abs. 3 ZPO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, a.a.O., N 3a und b zu Art. 227 ZPO).

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 31. März 2009 (teilweise Aufhebung des Urteils des Kreisgerichts vom 24. November 2006)

Kinderzulagen nach kantonalem Kinderzulagengesetz stellen keine Vorschriften dar, die dem Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Anspruch auf Erfüllung nach OR 342 II verschaffen. Der Umstand, dass die Familienausgleichskasse die Auszahlung an den Arbeitgeber delegieren kann, ändert nichts an der kantonalen öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur des Anspruches auf Kinderzulagen, weshalb die Beurteilung auch nicht in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt (E. II. 1.3). Monatliche vorbehaltlose Auszahlungen eines Betrags im Rahmen einer üblichen Entlohnung erwecken den Anschein eines vereinbarten Festlohns. Hätte es sich um blossе Akontozahlungen oder Vorschüsse handeln sollen, wäre ein eindeutiger Vorbehalt anzubringen gewesen (E. III. 2.5).

Das Abwerben von Kunden der Arbeitgeberin verletzt grundsätzlich die arbeitsvertragliche Treuepflicht gemäss OR 321a. Sie ist dann nicht verletzt, wenn ein Arbeitnehmer rund zwei Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses damit beginnt, die von ihm zu Beginn des Arbeitsverhältnisses unentgeltlich in die Arbeitgeberfirma eingebrachten Mandanten wieder für sich zu gewinnen. Steht die Rechtsverletzung durch ein in einem schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis stehendes Organ zur Diskussion, ist getrennt zu prüfen, ob die Treuepflicht des Arbeitnehmers (OR 321a) und/oder des Verwaltungsratsmitglieds (OR 717) verletzt ist (E. III. 5.3 und 5.4).

Sachverhalt:

Der Kläger sowie B., C. und D. waren alle im Versicherungsbereich tätig. Sie entschlossen sich, unter einem gemeinsamen Marktauftritt aktiv zu werden. Zu diesem Zweck stellte B. die bislang von ihm gehaltene Aktiengesellschaft XX. AG (Beklagte) zur Verfügung. Es kam in der Folge zwischen den Parteien über verschiedene Punkte zum Streit.

Aus den Erwägungen:

II.

1.3 Nicht zuständig ist das Kantonsgericht ferner bezüglich der Beurteilung der vom Kläger ausdrücklich eingeklagten Kinderzulage. Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts beschränkt sich auf Zivilstreitigkeiten. Nach Art. 342 Abs. 2 OR steht dem Arbeitnehmer zwar ein zivilrechtlicher Anspruch auf Erfüllung zu, wenn dem Arbeitgeber durch Vorschriften des Bundes oder der Kantone über die Arbeit oder die Berufsbildung eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung auferlegt wird und diese Inhalt des Einzelarbeitsvertrages sein könnte. Die Kinderzulagen nach dem kantonalen

Kinderzulagengesetz (KZG; sGS 371.1) stellen jedoch keine solchen Vorschriften dar (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, Art. 342 N 5 S. 458). Konkret richtet sich der Anspruch des Arbeitnehmers nach kantonalem Recht gegen die Familienausgleichskasse des Arbeitgebers (Art. 16 KZG; Art. 26–28 KZG, Art. 31 Abs. 1 lit. a KZG). Zwar kann die Familienausgleichskasse die Auszahlung an den Arbeitgeber übertragen, soweit sie diese nicht selber vornimmt (Art. 32 lit. a KZG). Der Umstand, dass die Familienausgleichskasse die Auszahlung an den Arbeitgeber delegieren kann, ändert aber nichts an der kantonalen öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur des Anspruches auf Kinderzulagen, weshalb die Beurteilung auch nicht in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fällt.

(...)

III.

2.5 Eine schriftliche Lohnvereinbarung und damit ein auszulegender schriftlicher Wortlaut liegen nicht vor. Anknüpfungspunkt der Ermittlung des Vertragsinhaltes muss damit das Verhalten der Parteien bilden. Aus dem Lohnausweis, der von C. unterzeichnet ist, sowie dem vom Kläger selber zu Händen der Sozialversicherungsanstalt unterzeichneten Lohnausweis kann geschlossen werden, dass dem Kläger monatlich Fr. 11 600.– (brutto) ausgerichtet wurden. Für das Jahr 2004 liegen Lohnabrechnungen im Recht, wonach dem Kläger monatlich ein Betrag von Fr. 12 500.– (brutto) ausgerichtet wurde. C. und D. erhielten die gleichen Zahlungen. Da es unüblich ist, dass Arbeitnehmer bereits erhaltenen Lohn später in einer Endabrechnung zurückzahlen müssen, wäre ein eindeutiger Vorbehalt anzubringen gewesen, wenn es sich um blosse Akontozahlungen oder Vorschüsse gehandelt hätte. Die Lohnabrechnungen weisen jedoch keinen solchen Vorbehalt auf. Die Abrechnungen erwecken damit eindeutig den Anschein, es sei ein Fixum von monatlich Fr. 12 500.– (brutto) vereinbart worden. Der Kläger und Arbeitnehmer durfte unter diesen Umständen darauf vertrauen, es handle sich beim monatlich ausgerichteten Betrag um das definitive Entgelt für seine in diesem Zeitraum erbrachte Arbeitsleistung, zumal der unter dem Titel Lohn ausgerichtete Betrag den Rahmen einer üblichen Entlohnung nicht sprengte. Im Übrigen kann aus dem Umstand, dass auch C. sowie D. im Jahre 2004 monatlich den gleichen Betrag bezogen, abgeleitet werden, es sei eine Entlohnung in der genannten Gröszenordnung auch in deren Selbstverständnis zumindest erwartet worden. Zur Relativierung wird zwar von der Beklagten vorgebracht, die beiden hätten diese Zahlungen bewusst als Akontozahlungen aufgefasst. Sie bringt aber nicht vor, diese hätten tatsächlich einen Teil ihres Lohnes zurückerstattet, wie dies vom Kläger nun verlangt wird. Die Beklagte kann im Übrigen auch keine Angaben zur genauen Berechnungsgrundlage machen, auf der mit den beiden Genannten ein definitiver Lohnanspruch hätte berechnet werden können, sondern ändert bei der Schilderung ihres «Bezugsrechtssystems» mehrmals die Berechnungsgrundlagen. Rechtlich ordnet sie das System als Provisionslohn ein, obwohl die Entschädigung nicht bloss um-

satzabhängig ist, sondern der Arbeitnehmer auch (anteilmässig) mit den vollen Betriebskosten belastet werden soll. Im Ergebnis läuft die Berechnung darauf hinaus, dass der Arbeitnehmer als Entlohnung einen Teil des Nettobetriebsergebnisses erhält. Die Beklagte übersieht dabei, dass es nicht zulässig wäre, die Entlohnung der Arbeitnehmer vollständig vom Geschäftsergebnis abhängig zu machen. Ebenso unzulässig ist es, Arbeitnehmern Gemeinkosten der Arbeitgeberin zu übertragen und ihnen nur die Differenz zu den persönlich generierten Umsätzen auszuzahlen. Damit würde das Geschäftsrisiko vollständig auf die Arbeitnehmer verteilt, was im Rahmen eines Arbeitsvertrags unzulässig ist.

2.6 Der Vereinbarung eines Fixlohnes steht übrigens weder die Gewinn- und Verlustbeteiligung, von der zwischen den Unternehmensgründern die Rede war, noch die diskutierte Regelung von sogenannten Bezugsrechten, über die sie sich nicht definitiv einigen konnten, entgegen. Zum einen ist nicht ausgeschlossen, dass die Unternehmensgründer davon ausgingen, dass nach Auszahlung der fixen Löhne von monatlich Fr. 12 500.– (brutto) ein Gewinn zu verteilen wäre. Gerade der Umstand, dass der Entwurf zu einem Aktionärsbindungsvertrag mögliche Dividenden erwähnte, spricht somit für ein festes Monatslohn. Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, wie je hätte ein Gewinn anfallen können, wenn die Gesellschafter die ganzen anfallenden Einnahmen nach Abzug der Kosten unter sich als Lohn verteilt haben wollten. Jedenfalls hat es die Beklagte unterlassen, konkrete Angaben über das Verhältnis zwischen Lohn und Gewinnausschüttung zu machen. Zum anderen bedeutet auch eine allfällige Verlustbeteiligung nicht, dass unter dem Titel «Lohn» ausgerichtete Zahlungen zwingend als Akontozahlungen zu betrachten wären. Vielmehr gilt es zwischen Arbeitsverhältnis einerseits und Gesellschafterverhältnis andererseits zu unterscheiden. Dass die Unternehmensgründer unter sich geregelt haben wollten, wie viel ein jeder von ihnen aus der Beklagten beziehen darf und sich über die Gewinn- und Verlustbeteiligung einigen wollten, ist nachvollziehbar. Ziel der gewählten Struktur war es ja gerade, die aktienrechtlichen Vorschriften über Gewinn- und Verlustabbuchung zu umgehen, beziehungsweise gewisse Bezüge direkt unter den Gesellschaftern auszugleichen. Aus diesem gesellschaftsrechtlichen Anliegen kann aber nicht geschlossen werden, der Kläger habe davon ausgehen müssen, dass ihm als arbeitsrechtliche Entlohnung monatlich Fr. 12 500.– (brutto) auf blosses Zusehen hin ausbezahlt werden sollen, obwohl in den Lohnunterlagen keine entsprechenden Vorbehalte angebracht wurden.

2.7 Eine Auslegung des Verhaltens der Beklagten und des Klägers vor dem Hintergrund der konkreten Umstände ergibt somit, dass angenommen werden muss, als Entlohnung für die Arbeit des Klägers bei der Beklagten sei ein monatliches Fixum vereinbart worden. Daran vermag auch die vom Kläger am 5. September 2004 für das Geschäftsjahr 2003 erstellte und von allen Firmengründern am 10. September 2004 akzeptierte Tabelle, wonach er im Jahre 2003 zu viel bezogen habe, nichts zu ändern.

Daraus ist zwar ersichtlich, dass die Bezüge des Klägers gemäss der damals noch übereinstimmenden Ansicht aller Firmengründer gegenüber den anderen zu hoch ausgefallen waren. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, es sei kein Fixlohn vereinbart worden beziehungsweise es sei vereinbart gewesen, solche Ungleichheiten durch Lohnrückzahlungen auszugleichen. Dies zeigt sich etwa daran, dass zur Beurteilung, ob zu viel oder zu wenig bezogen wurde, nicht bloss der ausbezahlte Lohn massgebend war. Vielmehr wurde dem Kläger persönlich weiterer Zusatzaufwand belastet, insbesondere die Kosten für das Leasing-Fahrzeug von insgesamt Fr. 23 492.10, aber auch Fr. 10 000.– für Buchführungs- und Beratungsaufwand sowie Fr. 4016.60 Spesen.

2.8 Der Gesamtverlust von Fr. 53 080.60 wurde im Übrigen gleichmässig auf alle Mitglieder verteilt und als «Verlustanteil in AG stehenbleibend, berechnet» bezeichnet. Auch diese Vorgehensweise lässt den Schluss zu, dass der Verlust nicht durch Rückzahlungen von Lohnkontozahlungen beseitigt werden sollte, sondern in der Beklagten stehen blieb, was einen Ausgleich auf anderer Stufe – nämlich zwischen den Gesellschaftern beziehungsweise Unternehmensgründern – impliziert. Es ist offensichtlich, dass sich die Unternehmensgründer – schon aus aktienrechtlichen Überlegungen – darüber einig werden mussten, wie der Verlust auszugleichen war. Dies hat aber keinen direkten Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger.

2.9 Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass aus dem Umstand, dass die Einzelheiten des Arbeitsverhältnisses zwischen der Beklagten einerseits und den Unternehmensgründern andererseits nie klar und verbindlich geregelt wurden und zumindest im Jahre 2003 offensichtlich Beträge ausbezahlt wurden, welche der Geschäftsgang der Beklagten nicht verkraftete, nicht gefolgert werden kann, bei den arbeitsrechtlich begründeten monatlichen Zahlungen habe es sich um blossе Akontozahlungen gehandelt. Vielmehr muss aus dem Verhalten der Parteien geschlossen werden, dass ein monatlicher Fixlohn vereinbart war, der ab 1. Januar 2004 Fr. 12 500.– (brutto) betrug. Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass das Arbeitsverhältnis bis Ende 2004 dauerte und dem Kläger der Lohn der letzten drei Monate verweigert wurde, weil man ihm vorhielt, er habe bereits zu viel bezogen. Nachdem es sich nach dem Gesagten nicht um blossе Akontozahlungen im Hinblick auf eine erfolgsbeziehungsweise umsatzabhängige definitive Entlöhnung handelte, schuldet die Beklagte dem Kläger noch insgesamt drei Monatslöhne à Fr. 12 500.– (brutto). Der Kläger fordert allerdings ausdrücklich den Nettolohn plus Kinderzulagen. Die Beurteilung der Kinderzulagen fällt nicht in die Zuständigkeit der Zivilgerichte (vgl. oben E. II/1.3). (...)

(...)

5.3 Das Abwerben von Kunden der Arbeitgeberin verletzt grundsätzlich die arbeitsvertragliche Treuepflicht des Art. 321a OR (BSK OR I-PORTMANN, Art. 321a N 6; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321a N 4 Ziff. 3,

N 7 Fallgruppe 3; REHBINDER, Art. 321a N 3; STAEHELIN, Art. 321a N 39). Dasselbe gilt für das die Arbeitgeberin konkurrierende Tätigwerden für einen Dritten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (BSK OR I-PORTMANN, Art. 321a N 9, 20; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321a N 4 Ziff. 6; REHBINDER, Art. 321a N 5, 12; STAEHELIN, Art. 321a N 13; GEISER, 189 ff.). Die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist keine unbegrenzte. Sie findet ihre Grenzen in den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers und ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung (BSK OR I-PORTMANN, Art. 321a N 17; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321a N 2 S. 125; REHBINDER, Art. 321a N 9; STAEHELIN, Art. 321a N 8).

Vorliegend steht fest, dass der Kläger noch während der Dauer des Arbeitsvertrags damit begann, Mandanten von der Beklagten abzuwerben. Er hat die Beklagte also, während er noch für diese angestellt war, konkurriert beziehungsweise ihr Mandanten abgeworben. Die arbeitsvertragliche Treuepflicht hat grundsätzlich jedenfalls bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Bestand (GEISER, 101). Unwidersprochen blieb die Behauptung des Klägers, er habe sich nur an «seinen Mandantenstamm» gewendet, den er unentgeltlich in die Beklagte eingebracht habe. Schon allein der Umstand, dass der Kläger nur Mandanten abgeworben hat, die er als Mitglied des Aktionärskonsortiums unentgeltlich und im Hinblick auf eine gemeinsame Geschäftstätigkeit in die Beklagte eingebracht hatte, spricht gegen eine Treuepflichtverletzung seinerseits (vgl. auch das bei AUBERT, Quatre Cents Arrêts sur le Contrat de Travail, Lausanne 1984, Nr. 65, zusammengefasste Urteil, wonach die Mitteilung einer Coiffeuse an Freunde und Kunden, die sie schon vor Annahme der Stelle besass, dass sie eine neue Stelle antrete, unbedenklich sei; STREIFF/VON KAENEL, Art. 321a N 7 S. 132 unten). Für den Aufbau dieses Mandantenstamms sind der Beklagten keinerlei Kosten entstanden und sie hat die Einbringung auch nicht abgegolten. Die Versicherungsnehmer scheinen denn auch nur formell Kunden der Beklagten gewesen zu sein, die Betreuung erfolgte nach wie vor durch ihre (bisherigen) Berater. Der einzige Grund, warum die Versicherungsnehmer Mandanten der Beklagten waren, ist, dass sie von ihren bisherigen Beratern in diese eingebracht worden waren. Die viel stärkere Beziehung hatten sie jedoch (nach wie vor) zum einzelnen Berater, zu dem sie ein Vertrauensverhältnis aufgebaut hatten. Aus der Tatsache, dass der Kläger bisher von ihm betreute Kunden in die Beklagte einbrachte, ohne dafür entschädigt zu werden, und er diese Kunden weiterhin betreute, muss geschlossen werden, dass keine Treuepflichtverletzung seinerseits vorliegt, wenn er zwei Wochen, bevor sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten beendet war, damit begann, diese Mandanten weiter/wieder für sich zu gewinnen. Kommt hinzu, dass sich der Kläger, B., C. und D. auf der Ebene der einfachen Gesellschaft einig waren, dass ein ausscheidender Gesellschafter seinen Mandantenstamm wieder selber betreuen kann. Die Entwürfe für einen Gesellschaftsvertrag respektive Aktionärsbindungsvertrag sprechen diesbezüglich eine deutliche Sprache. Bei der vorliegenden Kon-

stellation kann ausserdem berücksichtigt werden, dass, falls der Kläger, B., C. und D. ihren Mandantenstamm in die einfache Gesellschaft eingebracht hätten, sie diesen im Rahmen der Liquidation wieder hätten zurücknehmen dürfen, da davon auszugehen wäre, dass der Mandantenstamm bloss zum Gebrauch (quoad usum) hätte eingebracht werden sollen. Für die Erfüllung des Gesellschaftszwecks des Konsortiums war es nicht notwendig, dass dieses ein absolut geschütztes Recht am Kundenstamm erhielt. Vielmehr genügte es, wenn die Erträge aus dem Kundenstamm in die gemeinsame Geschäftstätigkeit einfließen.

5.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger unter den gegebenen besonderen Umständen seine arbeitsrechtliche Treuepflicht gegenüber der Beklagten nicht verletzt hat, wenn er bereits rund zwei Wochen vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses damit begonnen hat, die von ihm unentgeltlich in die Beklagte eingebrachten Mandanten wieder für sich zu gewinnen. Daran ändert auch nichts, dass er gleichzeitig noch Verwaltungsrat der Beklagten war. Steht eine Verletzung der Treuepflicht eines in einem schuld- und gesellschaftsrechtlichen Doppelverhältnis stehenden Organs zur Diskussion, ist getrennt zu prüfen, ob die Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) und des Verwaltungsratsmitglieds (Art. 717 OR) verletzt ist (BGE 130 III 213 E. 2.1 S. 217). Da im vorliegenden Verfahren wie gesehen die organrechtliche Treuepflicht nicht zu beurteilen ist, ist auch die Stellung des Klägers innerhalb der Aktiengesellschaft nicht von Bedeutung.

5.5 Der Kläger schuldet somit der Beklagten bereits mangels Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht keinen Schadenersatz aus ihr entgangenen Courtageeinnahmen im Januar 2005. Berufung und Widerklage erweisen sich in diesem Punkt als unbegründet und sind abzuweisen.

6.1 Zusammenfassend ist die Widerklage in teilweiser Gutheissung der Berufung im Betrag von Fr. 56 173.95 zu schützen und im Mehrbetrag abzuweisen. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit Fr. 31 006.50 und der Kläger hat der Beklagten Fr. 56 173.95 zu bezahlen. Da keine Partei im Prozess eine Verrechnungserklärung abgegeben hat (die Beklagte machte ihre Forderung nicht einredeweise, sondern widerklageweise geltend) und zwei sich gegenüberstehende Forderungen nicht von Gesetzes wegen miteinander verrechnet werden, ist mit dem vorliegenden Urteil jeder Partei der ihr von der anderen Partei geschuldete Betrag zuzusprechen.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 20. Juli 2009 (teilweise Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts vom 3. Dezember 2008)

Verleiht eine GmbH (Verleiher) ihren Geschäftsführer, der gleichzeitig beherrschender Gesellschafter der GmbH ist, an eine andere Gesellschaft (Einsatzbetrieb) und kündigt diese nach einiger Zeit den Vertrag mit der GmbH – dies durch persönliche Übergabe des Kündi-

gungsschreibens an den Geschäftsführer der GmbH –, kann dieser seine Lohnforderungen mangels Passivlegitimation nicht beim Einsatzbetrieb geltend machen. Passivlegitimiert wäre der GmbH (Verleiher). Auch wenn vorliegend offenbar bezweckt wurde, eine direkte Vertragsbeziehung zwischen der verliehenen Person und dem Einsatzbetrieb zu vermeiden, ist indessen diese Umgehung – selbst wenn die verliehene Person als eigentliche Arbeit zu qualifizierende Leistungen erbracht hätte – nicht unzulässig, wenn – wie vorliegend – ein vom Gesetz eigens dafür zur Verfügung gestellter Weg über einen Personalverleihvertrag beschritten wird (AVG 12 ff. und 22) (E. III.3.c).

Sachverhalt:

Am 1./22. Februar 2007 schloss die Genossenschaft B mit der – das Management, die Planung und Realisierung von Software Projekten im Auftrag Dritter betreibenden – C-AG in X einen Rahmenvertrag betreffend Dienstleistungen und zur Verfügung stellen von Personal/Fachkräften ab. Mit Einzelvertrag Dienstleistungen (Typ «Personalverleih») vom 5./14. Juni 2007 verlieh die C-AG der Genossenschaft B ihren Mitarbeiter A zu einem Stundenhonorar von Fr. 174.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) für die Zeit vom 1. Juli 2007 bis 31. Dezember 2008.

Am 3. Dezember 2007 wurde die – Finanz- und Administrativ-Dienstleistungen bezweckende – D-GmbH im Handelsregister eingetragen, mit A als beherrschendem Gesellschafter und Geschäftsführer. Am gleichen Tag schloss die Genossenschaft B mit der D-GmbH einen – mit jenem mit der C-AG identischen – Rahmenvertrag betreffend Dienstleistungen und zur Verfügung stellen von Personal/Fachkräften ab. Vom 3. Dezember 2007 datiert schliesslich auch der Einzelvertrag Dienstleistungen (Typ «Beratung»), mit welchem die D-GmbH der Genossenschaft B A zu einem Stundenhonorar von Fr. 167.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) für die Zeit vom 1. Dezember 2007 bis 31. Dezember 2008 auslieh. Mit Schreiben vom 27. Februar 2008 an die D-GmbH (dem Geschäftsführer A am 3. März 2008 persönlich übergeben) kündigte die Genossenschaft B den Einzelvertrag Dienstleistungen vom 3. Dezember 2007 auf den 31. März 2008. A bot daraufhin der Genossenschaft B seine Arbeitskraft auch über den 31. März 2008 hinaus an.

Mit Eingabe vom 26. März 2008 klagte A gegen die Genossenschaft B beim Arbeitsgericht auf Zahlung eines Lohnes von Fr. 29 392.00 brutto für den darauf folgenden Monat April 2008 (22 Tage à 8 h à Fr. 167.–). Die Beklagte bestritt die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts und beantragte mit Antwort vom 29. Mai 2008 die Abweisung der Klage, soweit darauf überhaupt eingetreten werden könne. Nach Durchführung der Hauptverhandlung trat das Arbeitsgericht am 3. Dezember 2008 auf die

Klage nicht ein. Der Kläger erhob gegen den Entscheid Berufung beim Kantonsgericht mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Der Kläger begründet seine Forderung mit Lohnansprüchen aus einem Arbeitsvertrag, der zwischen den Parteien zustande gekommen sei (Art. 319 ff., 322 Abs. 1 OR). Folgerichtig hat er beim sachlich zuständigen Arbeitsgericht geklagt (Art. 10 aZPO).

Nach Auffassung der Beklagten bestand kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, sondern ein Beratungsvertrag zwischen ihr und der D-GmbH. Zur Geltendmachung von Ansprüchen aus diesem Vertragsverhältnis, so die Beklagte, sei der Kläger nicht aktivlegitimiert und zu deren Beurteilung das Arbeitsgericht sachlich nicht zuständig.

Die Vorinstanz kam – der Beklagten folgend – zum Schluss, dass der Kläger in keinem Vertragsverhältnis zur Beklagten gestanden, sondern die D-GmbH Vertragspartei der Beklagten gewesen sei. Der Kläger sei nicht aktivlegitimiert; auf die Klage werde nicht eingetreten. Eine Abgrenzung Arbeitsvertrag/Auftrag erübrige sich; der D-GmbH bleibe es unbenommen, allfällige Ansprüche gegen die Beklagte vor Kreisgericht einzuklagen.

2.

Der Vorinstanz ist im Wesentlichen beizupflichten. Es geht nicht um die inhaltliche Qualifikation des Einzelvertrags Dienstleistungen (Typ «Beratung») vom 3. Dezember 2007, sondern vorweg um die Frage, ob die Parteien überhaupt einen – sei es als Arbeits- oder als Beratungsvertrag (Auftrag) zu qualifizierenden – Vertrag abgeschlossen haben.

Von einem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien, miteinander einen Vertrag einzugehen, kann nun aber keine Rede sein. Der Kläger bestreitet nicht nur nicht, sondern führt sogar selber aus, dass die Beklagte mit ihm «nicht direkt kontrahieren wollte». Stellt man unter diesen Umständen auf die Willensäusserungen ab, so kann aufgrund der schriftlichen Verträge vom 3. Dezember 2007 – andere Willensäusserungen werden nicht behauptet und sind nicht ersichtlich – nur auf ein Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der D-GmbH geschlossen werden. Die Beklagte durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Kläger den Vertrag nicht für sich, sondern als Geschäftsführer namens der eigens zum Zweck dieses Vertrags gegründeten D-GmbH unterzeichnete. Was der Kläger selber wollte, ist unter diesen Umständen irrelevant; die Vorinstanz war, entgegen der Auffassung des Klägers, nicht gehalten, «den wirklichen Willen des Klägers zu ergründen».

3.

Näher zu prüfen ist indessen der vom Kläger weiter vorgebrachte Einwand, in casu stelle das Vorgehen über die D-GmbH eine «Rechtsum-

gehung» dar; das Vorschieben einer juristischen Person sei rechtsmissbräuchlich. Dazu fällt was folgt in Betracht:

a) Als Gesetzesumgehung oder «rechtsgeschäftlichen Schleichweg» bezeichnet man Fälle, in denen die Vertragsparteien ein an sich erlaubtes Rechtsgeschäft schliessen, um einen von der Rechtsordnung verpönten wirtschaftlichen und rechtlichen Erfolg zu erzielen oder vom Gesetz aufgestellte Schutzvorschriften zu umgehen. Ob eine Gesetzesumgehung vorliegt, ist eine Frage der Auslegung der umgangenen Norm. Will eine Vorschrift – nämlich die umgangene Norm – nur eine bestimmte Art und Weise des Vorgehens regeln, ohne den angestrebten Erfolg als solchen zu verbieten, so bedeutet die Wahl eines anderen Mittels, durch das sich der gleiche Zweck ebenfalls erreichen lässt, keine unzulässige Umgehung; anders verhält es sich, wenn die umgangene Norm nicht nur den in ihr selber genannten Weg zu einem bestimmten Ziel, sondern dieses Ziel selbst verpönt (GUHL/KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., § 15 N 33 und 35 [S. 135 f.] mit Hinweisen).

b) Der Kläger bringt vor, die Beklagte hätte in Wirklichkeit einen Arbeitsvertrag abschliessen wollen, wobei sie «mögliche Nachteile aus einem Arbeitsverhältnis, die sich gemäss Art. 319 ff. OR ergeben könnten, durch Zwischenschaltung einer GmbH zu vermeiden suchte»; die juristische Person sei «vorgeschoben» worden, «um sich den Pflichten zu entziehen, die sich aus einem Arbeitsverhältnis ergeben».

c) Von einer Gesetzesumgehung kann hier nicht gesprochen werden. Zwar trifft es zu, dass die D-GmbH und die Beklagte bezweckten, eine direkte Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger persönlich und der Beklagten aus was für Gründen auch immer zu vermeiden. Vermieden wurde damit u.a. auch – darin kann dem Kläger beigespflichtet werden – die Begründung vertragstypischer Rechte und Pflichten zwischen den Parteien, welche bei einem unmittelbar zwischen dem Kläger und der Beklagten abgeschlossenen Vertrag zum Tragen gekommen wären. Diese Umgehung ist indessen – selbst wenn er als eigentliche Arbeit zu qualifizierende Leistungen erbracht hätte – nicht unzulässig, wenn wie hier ein vom Gesetz eigens dafür zur Verfügung gestellter Weg über einen Personalleihvertrag (Art. 12 ff., 22 AVG; SR 823.11) beschritten wird.

Der Personalverleih bzw. die Arbeitnehmerüberlassung (Zurverfügungstellen von Personal/Fachkräften; Betreffnis B des Rahmenvertrags) bedeutet eine Zweiteilung der Arbeitgeberrolle. Als Verleiher ist der Arbeitgeber im Sinne des Zivilrechts (hier: D-GmbH) durch einen Einzelarbeitsvertrag mit einem Arbeitnehmer (hier: Kläger) verbunden. Durch einen zweiten, den sogenannten Verleihvertrag, überlässt er diesen Arbeitnehmer einem Dritten, dem Einsatzbetrieb (hier: Beklagte). Der Arbeitnehmer ist damit den Weisungen des Einsatzbetriebs unterstellt, was die Erbringung seiner Leistung, die Festlegung der Modalitäten seiner Arbeit und die Wahl der anzuwendenden Mittel und Verfahren betrifft. Arbeitsvertraglich ist und bleibt er jedoch nur dem Verleiher verbunden, von dem

er seinen Lohn erhält. Aus diesen Dreiecksverhältnissen, die auf zwei Verträgen beruhen, ergibt sich eine weitgehende, aber nicht vollständige Übertragung der Weisungsbefugnis an den Einsatzbetrieb, was auch das Unterscheidungsmerkmal des Personalverleihs darstellt (LUC THÉVENOZ, Temporäre Arbeit und Personalverleih in: Schweizerische Juristische Kartothek [SJK] Karte 772, 1).

Der Kläger ist – wenn denn der Einzelvertrag Dienstleistungen (Typ «Beratung») vom 3. Dezember 2007, was nach wie vor offen bleiben mag, überhaupt Arbeit (und nicht bloss Beratung) zum Gegenstand hatte – seiner Rechte als Arbeitnehmer daher keineswegs verlustig gegangen; nur kann er sie nicht von der Beklagten als Dritter (Entlehnerin), sondern muss sie von der D-GmbH als Arbeitgeberin (Verleiherin) einfordern.

Liegt aber keine Gesetzesumgehung vor, so kann die Frage, ob der Kläger, der bei eben dieser Umgehung tatkräftig mitgewirkt hatte, daraus etwas zu seinen Gunsten hätte ableiten können oder – wegen widersprüchlichen Verhaltens – nicht, offen gelassen werden.

4.

Nach dem Gesagten steht dem Kläger gegen die Beklagte keine Forderung zu, weder aus Arbeitsvertrag (mangels Passivlegitimation; passivlegitimiert wäre nicht die Beklagte, sondern die D-GmbH), noch aus dem Einzelvertrag Dienstleistungen vom 3. Dezember 2007 (mangels Aktivlegitimation; aktivlegitimiert wäre nicht der Kläger, sondern die D-GmbH).

5.

Was schliesslich die sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz betrifft, so wäre sie gegeben gewesen, soweit – was offen gelassen wurde – Ansprüche aus Arbeitsvertrag eingeklagt wurden; sie fehlte nur zur Beurteilung von Ansprüchen der D-GmbH.

Ziffer 1 des Urteilsdispositivs ist daher dahingehend zu ergänzen, dass die Klage abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 18. September 2009 (Bestätigung des Entscheids des Kreisgerichtspräsidenten vom 15. Juli 2009)

Mit dem Rückzug der Anfechtungsklage wird das Massnahmeverfahren, in welchem die provisorische Wiedereinstellung für die Dauer des Hauptverfahrens beantragt worden war (GIG 10 III), gegenstandslos. Das Verfahren ist als erledigt abzuschreiben (E. II.2).

Vorliegend hätte ohnehin kein Anspruch auf provisorische Wiedereinstellung bestanden, da dem Beschwerdegrund keine geschlechtsspezifische Diskriminierung beizumessen war. Durch GIG 10 wird nämlich im Unterschied zur obligationenrechtlichen Racheekündigung gemäss OR 336 I lit. d nicht jede missbräuchlich gekündigte Partei, sondern nur diejenige geschützt, die sich über eine geschlechtsbezogene Dis-

kriminierung – namentlich über die Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit – beklagt, was i.c. aber nicht gegeben war (E. III.2).

Sachverhalt:

Am 19. Dezember 2008 kündigte die B-AG das mit A bestehende Arbeitsverhältnis auf den 30. April 2009. Mit Klage 15. April 2009 leitete A beim Arbeitsgericht ein Verfahren betreffend Kündigungsanfechtung nach Art. 10 GIG und Forderung ein. Einem gleichzeitig gestellten Massnahmegesuch, dem sich die B-AG widersetzte, entsprach der Kreisgerichtspräsident vorerst mit superprovisorischer Verfügung vom 23. April 2009, indem er die Beklagte verpflichtete, die Klägerin für die Dauer des Verfahrens wieder einzustellen und ihr, soweit keine Freistellung erfolgt, eine zu ihrer Tätigkeit ab dem 2. Juli 2008 gleichwertige Arbeit zuzuweisen. Nach Durchführung einer Verhandlung und Vornahme einer Beweiserhebung wies der Kreisgerichtspräsident das Massnahmegesuch mit Entscheid vom 15. Juli 2009 dann aber ab, unter Aufhebung der dringlichen Verfügung vom 23. April 2009. Mit Eingabe vom 27. Juli 2009 erhob die Klägerin gegen den Massnahmeentscheid vom 15. Juli 2009 Rekurs beim Einzelrichter des Kantonsgerichts und erneuerte ihr Massnahmebegehren; am 31. Juli 2009 reichte sie eine nachträgliche Eingabe ein. In ihrer Antwort vom 10. August 2009 trug die Beklagte auf kostenfällige Abweisung des Rekurses an und stellte das Gesuch, die provisorische Wiedereinstellung der Klägerin mit sofortiger Wirkung aufzuheben; am 13. August 2009 reichte sie sodann eine nachträgliche Eingabe ein, worin sie darauf hinwies, dass die Klägerin Mitte August eine neue Stelle angetreten habe. Mit Eingabe vom 19. August 2009 bestätigte die Klägerin diesen Sachverhalt, hielt jedoch dafür, das Verfahren dürfe gleichwohl nicht einfach abgeschlossen werden; sie ersuchte um Vormerknahme von der Klageänderung in der vor Kreisgericht hängigen Hauptsache und änderte das Rekursbegehren dahingehend ab, dass der Entscheid des Vorderrichters vom 15. Juli 2009 aufzuheben und die Wiedereinstellung gemäss der dringlichen Verfügung vom 23. April 2009 für die Dauer vom 1. Mai 2009 bis und mit 31. Juli 2009 zu bestätigen sei.

Aus den Erwägungen:

II.

2.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Anordnung der provisorischen Wiedereinstellung der Klägerin für die Dauer des Verfahrens betreffend Kündigungsanfechtung (Art. 10 Abs. 3 GIG). Mit dem impliziten Rückzug der Anfechtungsklage gemäss Klageänderung ist das Massnahmeverfahren gegenstandslos ge-

worden. Wird ein Verfahren gegenstandslos, ist es als erledigt abzuschreiben (Art. 83 lit. c ZPO); was die Klägerin in casu dagegen einwenden lässt, ist nicht zu hören.

(...)

III.

Für den Fall, dass das Verfahren, der klägerischen Auffassung gemäss, trotz Gegenstandslosigkeit des Massnahmebegehrens nicht einfach abgeschrieben werden dürfte, ist im Folgenden noch über den streitigen Anspruch (provisorische Wiedereinstellung) als solchen zu befinden. Dazu fällt was folgt in Betracht:

1.

Wird die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, wie im vorliegenden Fall, als diskriminierend angefochten, so kann das Gericht für die Dauer des Verfahrens die provisorische Wiedereinstellung anordnen, wenn es als wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind; und diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn die Kündigung ohne begründeten Anlass auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung oder auf die Anrufung der Schlichtungsstelle oder des Gerichts durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer folgt (Art. 10 Abs. 1 und 3 Satz 2 GIG).

In casu erfolgte die Kündigung weder auf eine Anrufung der Schlichtungsstelle noch auf eine Anrufung des Gerichts. Zu prüfen bleibt, ob sie auf eine innerbetriebliche Beschwerde über eine Diskriminierung erfolgte und – gegebenenfalls – ob diese Beschwerde begründeten Anlass zur Kündigung gab.

2.

Unter den Tatbestand der innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung subsumiert die Klägerin ihre behaupteten Ersuchen um Lohnerhöhung vom 2. Juli, 18. Juli und 5. November 2007. Die Beklagte hält dagegen, die Klägerin habe sich zu keiner Zeit über eine Diskriminierung durch die Arbeitgeberin beschwert oder eine Erhöhung ihres Lohnes im Allgemeinen gefordert. Der Vorderrichter folgte der Argumentation der Beklagten; er verneinte den Tatbestand der innerbetrieblichen Beschwerde über eine Diskriminierung schon deshalb, weil die Klägerin ihre Begehren nicht mit einer Geschlechterdiskriminierung begründet habe.

Dem Vorderrichter ist beizupflichten. Bei der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs «Beschwerde über eine Diskriminierung» ist zunächst davon auszugehen, dass es sich bei der geschlechtsbezogenen diskriminierenden Kündigung gemäss Art. 10 Abs. 1 GIG um eine besondere Art, um einen Anwendungsfall der missbräuchlichen Kündigung handelt (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 336 OR). Ähnlich wie bei Art. 336 Abs. 1 lit. d OR geht es auch im Gleichstellungs-gesetz darum, dass die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer vertragliche oder gesetzliche Ansprüche geltend gemacht hat. Im Unterschied zur obligationenrechtlichen Rache-kündigung wird durch

Art. 10 GIG jedoch nicht jede missbräuchlich gekündigte Partei, sondern nur diejenige geschützt, die sich über eine geschlechtsbezogene Diskriminierung – namentlich über die Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit – beklagt (PHILIPP NORDMANN, Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes, 190, mit Beispielen ausnahmslos geschlechtsbezogen begründeter Beschwerden). Die Regelung bezweckt, der – in der Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes begründeten – Zurückhaltung der Frau entgegenzuwirken, ihren Anspruch auf Gleichbehandlung geltend zu machen. Der Kündigungsschutz beginnt, wenn die Arbeitnehmerin sich innerbetrieblich beim Arbeitgeber, einem Vorgesetzten oder einem anderen zuständigen Organ über eine mögliche Diskriminierung beklagt (Botschaft zum Gleichstellungsgesetz vom 24. Februar 1993; BBl 1993 I 1248 ff., 1307, 1309).

Es ist also, entgegen der Auffassung der Klägerin, sehr wohl erforderlich, dass der Beschwerdegrund (hier implizit, der Lohn sei zu tief) erstens von ihr selber subjektiv als geschlechtsspezifische Diskriminierung empfunden und dann zweitens dem Arbeitgeber auch entsprechend mitgeteilt worden ist; in einem solchen Fall würde es – selbst wenn keine Diskriminierung vorlag – sogar genügen, wenn sie nur in guten Treuen angenommen hätte, sie würde diskriminiert (KATHRIN KLETT, Schutz vor Rachekündigungen, in Ivo Schwander/René Schaffhauser [Hrsg.], Das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, 161 ff., 173). Was aber nicht angeht ist, die Beschwerde über einen Missstand, dem im Zeitpunkt des innenbetrieblichen Vorbringens keinerlei geschlechtsspezifische Dimension beigemessen wird, im Zusammenhang mit einer später eingebrachten Kündigungsanfechtung und Lohnnachforderungsklage gleichsam mit Wirkung ex tunc in eine Beschwerde über eine Diskriminierung gemäss Art 10 Abs. 1 GIG umzufunktionieren.

3.

Vorliegend macht die Klägerin nicht nur nicht geltend, ihre Beschwerden bzw. die behaupteten Begehren um Lohnerhöhung damals geschlechtsbezogen begründet zu haben, sie behauptet nicht einmal, sie habe sich wenigstens subjektiv gegenüber Mitarbeitern des anderen Geschlechts im Betrieb der Beklagten lohnmassig benachteiligt gefühlt.

Dass eine Befragung der Klägerin diesbezüglich zu anderen Ergebnissen führen würde, ist nicht anzunehmen, deren Einvernahme als Partei daher entbehrlich.

4.

Der Rekurs wäre damit für den Fall, dass das Verfahren trotz Gegenstandslosigkeit des Massnahmebegehrens nicht abzuschreiben, sondern noch über Ziff. 1 des Rekursbegehrens in der Fassung gemäss Eingabe vom 19. August 2009 zu entscheiden wäre, als unbegründet abzuweisen.

Absichtliche Täuschung bei Abschluss eines Arbeitsvertrags, OR 28. Im Rahmen der Bewerbung besteht ausnahmsweise eine Mitteilungspflicht, wenn der Bewerber für die betreffende Arbeitsstelle absolut ungeeignet ist, die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausgeschlossen oder doch erheblich behindert ist. Unterlässt er diese Pflicht, liegt eine absichtliche Täuschung vor. Keine Mitteilungspflicht besteht hingegen selbst bei einschlägigen Vorstrafen, da die Vorstrafe den Bewerber bei der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten nicht behindert (E. III.1.3).

Gutgläubige Erbringung der Arbeitsleistung OR 320 III (E. III.1.5).

OR 324. Will sich der freigestellte Arbeitnehmer selbständig machen, muss er sich den Vorteil der besseren Vorbereitung bzw. des früheren Starts in die selbständige Tätigkeit anrechnen lassen (E. III.2.2 und 2.4).

Die Gegenseitigkeit der Verrechnungsforderung mit der Hauptforderung muss im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung oder – bei einer Verrechnungserklärung im Prozess – im Zeitpunkt des Entscheids des Gerichts gegeben sein. Massgebend für die Bestimmung des unverrechnbaren Umfangs der Lohnschuld (OR 323b II) ist das betriebsrechtliche Existenzminimum gemäss SchKG 93 (E. III.3.3 und 3.4).

Sachverhalt:

Am 25. Januar 2005 unterzeichneten A und der Kläger mit der Firma XY in Z je einen mit «Geheimhaltungserklärung, Vermittlungs- und Honorarvereinbarung» überschriebenen Vertrag. Der Kläger wurde dabei als «Käufer», A als «Verkäufer» und «Inhaber der M AG» bezeichnet, die Firma XY jeweils als «Vermittler». Sodann wurde zwischen dem Kläger, der beabsichtigte, einen kleineren Industriebetrieb entweder vollständig oder mehrheitlich zu erwerben, und A, der für die in seinem Alleineigentum stehenden Aktien der M AG (Beklagte) und der P AG, Buchs, einen Käufer suchte, ein Kontakt vermittelt. Am 19. Mai 2005 unterzeichneten A als Verkäufer und der Kläger als Käufer eine mit «Letter of Intent» überschriebene Vereinbarung. Darin erklärten A und der Kläger im Wesentlichen die Absicht, die Aktien der Beklagten und der P AG zu verkaufen respektive zu kaufen. Gemäss § 9 der Vereinbarung sollte diese enden, falls der Kläger binnen acht Wochen die Finanzierungszusage nicht erbringen würde. Diese Frist wurde in der Folge dreimal verlängert. Der Kaufvertrag über die Aktien kam nicht zustande. Am 22. Juni 2005 schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin, vertreten von A, und der Kläger als Arbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab. Die Anstellung des Klägers erfolgte als Geschäftsführer der M-Gruppe. Als Arbeitsbeginn wurde der 1. Juli 2005 vereinbart. Die Arbeitszeit sollte 20 Stunden, verteilt auf fünf

Wochentage, betragen. Den Jahreslohn legten die Parteien auf Fr. 155 500.– brutto, entsprechend dreizehn Mal Fr. 11 961.50 brutto, fest. Die Probezeit betrug drei Monate, die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit zwei Monate. A teilte dem Kläger am 23. Dezember 2005 mit, er möchte aufgrund des Nichtzustandekommens des Kaufvertrags über die Aktien der Beklagten und der P AG das Anstellungsverhältnis auflösen, was der Kläger als ordentliche Auflösung des Arbeitsvertrags per Ende Februar 2006 interpretierte. In der Folge wurde das Arbeitsverhältnis bis Ende März verlängert. Für die Beklagte wurde die Verlängerungsvereinbarung von A's Tochter B, die im Handelsregister ab dem 8. März 2006 als einzelzeichnungsberechtigt für die Beklagte eingetragen war, unterzeichnet. Am 31. März 2006 schlossen die Beklagte als Arbeitgeberin, vertreten von B, und der Kläger als Arbeitnehmer einen unbefristeten Arbeitsvertrag ab. Die Anstellung des Klägers erfolgte als Berater der Geschäftsleitung der M-Gruppe. Als Arbeitsbeginn wurde der 1. April 2006 vereinbart. Die Arbeitszeit sollte 20 Stunden, verteilt auf fünf Wochentage, betragen. Den Jahreslohn legten die Parteien auf Fr. 155 500.– brutto, entsprechend dreizehn Mal Fr. 11 961.50 brutto, fest. Die Probezeit betrug drei Monate, die Kündigungsfrist nach Ablauf der Probezeit sechs Monate. Der Kläger bemühte sich weiter, von A die Aktien der Beklagten und der P AG zu erwerben. Am 11. November 2006 verstarb A. Die Aktien der Beklagten und der P AG gingen gemäss Ehevertrag vom 15. Dezember 1993 im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung auf seine Witwe über. Am 21. November 2006 fanden unter deren Leitung Universalversammlungen beider Gesellschaften statt, wobei B je als einzige Verwaltungsrätin gewählt wurde. Ebenfalls am 21. November 2006 kaufte B sämtliche Aktien der beiden Gesellschaften von ihrer Mutter. Der Kläger wurde am 9. Januar 2007 als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer beider Gesellschaften im Handelsregister eingetragen.

Mit Schreiben vom 24. April 2007 kündigte die Beklagte, vertreten durch B, das mit Vertrag vom 31. März 2006 geschlossene Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist von sechs Monaten und stellte den Kläger per sofort frei. Am 14. Mai 2007 wurde der Kläger im Handelsregister gelöscht. In der Folge weigerte sich die Beklagte, dem Kläger den Lohn von April bis Oktober 2007, den (anteiligen) 13. Monatslohn 2007, die Kosten gemäss Kostenübernahmeerklärung, vom Kläger für die Monate März und April geltend gemachten Spesen und von diesem behauptete Überstunden zu bezahlen. Mit Schreiben vom 27. November 2007 erklärte die Beklagte infolge Irrtum und Täuschung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ex tunc. Mit Klage vom 27. September 2007 machte der Kläger die Streitsache direkt beim Kreisgericht anhängig. Der Entscheid wurde am 16. Januar 2009 im Dispositiv an die Parteien versandt. Der Versand des begründeten Urteils erfolgte am 3. März 2009. Die Beklagte erhob gegen diesen Entscheid Berufung beim Kantonsgericht.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

1.1 Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe ihr im Verlaufe der Vertragsverhandlungen unzutreffende Angaben gemacht und wesentliche Informationen vorenthalten. Sie habe sich bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 22. Juni 2005 in einem Grundlagenirrtum befunden und sei vom Kläger getäuscht worden. Deshalb habe sie den Vertrag angefochten, weshalb er nach ihrer Auffassung ex tunc, also rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, dahingefallen sei.

Den Grundlagenirrtum beziehungsweise die Täuschung sieht die Beklagte darin, dass ein Lebenslauf des Klägers, den die Firma XY im Rahmen der Vermittlung der Beklagten an A faxte, bezüglich der Dauer des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der S AG falsche Angaben enthielt. Gemäss dortigen Angaben war der Kläger vom Februar 2000 bis zum Januar 2003 bei der S AG tätig, während er in Tat und Wahrheit am 9. September 2002 fristlos entlassen wurde. Die Beklagte bringt vor, es sei dem Kläger vorgeworfen worden, seine damalige Arbeitgeberin und eine Kundin in strafrechtlich relevanter Weise geschädigt zu haben. Der Kläger sei beschuldigt worden, sich in erheblichem Umfang unrechtmässig bereichert und sich anvertrautes Geld angeeignet zu haben. Er habe sich verpflichtet, den einvernehmlich festgestellten Schaden von Fr. 433 927.– bis zum 11. September 2002 zu begleichen und diverse Gegenstände zurückzugeben. Sodann habe sich der Kläger in einer weiteren Vereinbarung mit der S AG verpflichtet, weitere Fr. 51 132.75 für durch ungerechtfertigt bezogene Spesen sowie weitere verursachte Kosten zu bezahlen. Sodann habe der erwähnte Lebenslauf auch bezüglich der Dauer der Anstellung bei der T AG nicht der Wahrheit entsprochen, indem dadurch, dass dort nur aufgeführt worden sei, dass er seit Februar 2003 bei der T AG arbeite, der Eindruck erweckt worden sei, der Kläger sei in ungekündigter Stellung bei der T AG tätig. Auch habe der Kläger in einem Faxschreiben an A vom 16. Juni 2005 mitgeteilt, sein Dienstverhältnis mit der T AG befinde sich auf den 1. Juli 2005 in Auflösung. Tatsächlich sei das Arbeitsverhältnis bereits am 31. Juli 2004 beendet worden.

Der Kläger behauptet, in seinem gesamten Bewerbungsdossier hätten sich auch die Arbeitsbestätigung der S AG und das Arbeitszeugnis der T AG befunden. Über das unerfreuliche Ende seiner Anstellung bei der S AG habe er A vor Anstellungsbeginn und B spätestens im Februar 2006 informiert. Bezüglich der Zeit nach seinem Ausscheiden aus der T AG will der Kläger für ungenannte Klienten der T AG, insbesondere eine nicht weiter bezeichnete «bekannte Zürcher Unternehmerfamilie» tätig gewesen sein, weshalb er diese Tätigkeit der Übersicht halber unter dem Punkt T AG aufgeführt habe.

1.2 Die Anfechtung eines Vertrags wegen Irrtums oder Täuschung hat binnen eines Jahres seit der Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung zu erfolgen (Art. 31 OR). Nach der allgemeinen Beweislastregel des Art. 8 ZGB hat derjenige das Einhalten der Frist zu beweisen, der den Vertrag anfechten will, vorliegend die Beklagte. Zu beachten ist, dass die Einrede der Täuschung unverjährbar ist, sofern die Getäuschte – wie vorliegend – ihre Leistung noch nicht erbracht hat (Art. 60 Abs. 3 OR; BGE 127 III 83 E. 1a S. 85 m.w.H.).

Die Beklagte behauptet, sie habe am 23. November 2007 (gemäss Klageantwort) oder am 25. November 2007 (gemäss Duplik) diejenigen Unterlagen anonym zugestellt erhalten, welche gezeigt hätten, dass der Kläger hinsichtlich der Zeitpunkte der Auflösung der Arbeitsverhältnisse mit der S AG und der T AG unwahre Angaben gemacht habe. Sodann habe sie unmittelbar, am 27. November 2007, die Anfechtung erklärt.

Der Kläger bringt wie gesehen vor, er habe A schon vor seiner Anstellung darüber informiert und B die entsprechenden Dokumente spätestens im Februar 2006 anlässlich eines Gesprächs betreffend seinen Ehescheidungsprozess selber übergeben, da seine Frau die fristlose Entlassung bei der S AG im Rahmen dieses Verfahrens gegen ihn verwendet habe. Dies wird von der Beklagten bestritten. Das behauptete Gespräch habe im Herbst 2006 stattgefunden und es sei in diesem Zusammenhang weder über die vorhergehenden Arbeitsverhältnisse des Klägers gesprochen worden, noch seien entsprechende Dokumente ausgehändigt worden.

Die beklagte Behauptung, wonach sie ihren Irrtum erst am 23. November 2007 entdeckt haben will, kann unter diesen Umständen – für die angeblich am 23. oder 25. November 2007 anonym erfolgte Zustellung der Dokumente fehlt jeglicher Beweis (beispielsweise Zustellcouvert; Eingangsstempel; Zeugenaussage eines Angestellten der Beklagten, der allenfalls das Couvert geöffnet hat) – nicht als bewiesen erachtet werden. Damit misslingt der Beklagten der ihr obliegende Beweis, dass die Verwirkungsfrist des Art. 31 Abs. 1 OR eingehalten ist. Ihre Vorbringen betreffend Irrtum und das ex tunc Dahinfallen des Arbeitsvertrags sind bereits deshalb nicht zu hören. Sie sowie die Ausführungen zur Täuschung erweisen sich im Übrigen auch materiell als unbegründet.

1.3 Damit von einem Grundlagenirrtum ausgegangen werden kann, muss der Irrende (subjektiv) den irrtümlich vorgestellten Sachverhalt im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet haben und der Irrende muss den vorgestellten Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (objektiv) als eine notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet haben dürfen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich 2008, N 779 ff.). Bei der Prüfung, ob bestimmte Eigenschaften oder Fähigkeiten eines Arbeitnehmers verkehrswesentlich oder nur für den betreffenden Arbeitgeber wesentlich sind, kann auf die Frage zurückgegriffen werden, ob der Arbeitnehmer verpflichtet

gewesen wäre, auf das Fehlen dieser Eigenschaften oder Fähigkeiten von sich aus aufmerksam zu machen, auch wenn der Arbeitgeber nicht nach ihnen fragt. In diesen Fällen verletzt er seine im Rahmen der Bewerbung bestehende Mitteilungspflicht (REHBINDER, Berner Kommentar, VI/2/2/1, Bern 1985, Art. 320 N 32). Eine Mitteilungspflicht besteht in der Regel nicht (PORTMANN; in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar OR I, 4. Aufl., Basel 2007, Art. 320 N 13; BK-REHBINDER, Art. 320 N 32). Sie besteht ausnahmsweise, wenn der Bewerber für die betreffende Arbeitsstelle absolut ungeeignet ist, die vertragsgemässe Arbeitsleistung praktisch ausgeschlossen oder diese doch erheblich behindert ist (BGE 132 II 161 E. 4.2 S. 166; ZR 100 [2001] Nr. 68; BSK-PORTMANN, Art. 320 N 13; BK-REHBINDER, Art. 320 N 32; STAEHELIN, Zürcher Kommentar V2c, Art. 319–330a, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 320 N 34; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 328b N 11). Dies ist der Fall, wenn er die fragliche Arbeitsleistung mangels entsprechender Fähigkeiten überhaupt nicht erbringen kann, wenn er zur Arbeitsleistung infolge chronischer Leiden, schwerer oder ansteckender Krankheit nicht imstande ist oder wenn ein Konkurrenzverbot den vorgesehenen Arbeitseinsatz behindert (BGE 132 II 161 E. 4.2 S. 167; BSK-PORTMANN, Art. 320 N 13; BK-REHBINDER, Art. 320 N 32). Keine Mitteilungspflicht besteht hingegen selbst bei einschlägigen Vorstrafen, denn die Vorstrafe behindert den Bewerber nicht an der Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten (BK-REHBINDER, Art. 320 N 32; a.M. BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl., Bern 1996, Art. 320 N 8b). Das Bundesgericht hat in BGE 132 II 161 bezüglich solcher (hängiger) Verfahren eine Offenbarungspflicht bejaht, bei denen die konkret absehbare Gefahr einer Arbeitsplatzverhinderung oder doch das erhebliche Risiko einer wesentlichen Verminderung der Arbeitsleistung besteht (im zu beurteilenden Fall ein Tötungsdelikt).

Gemäss dieser Lehre und Rechtsprechung traf den Kläger vorliegend keine Mitteilungspflicht bezüglich seines unrühmlichen Abgangs bei der S AG. Weder kam es damals zu einer strafrechtlichen Verurteilung des Klägers, noch ist ersichtlich, inwiefern ihn dieser Umstand bei der Tätigkeit bei der Beklagten hätte behindern sollen und er deshalb für die Stelle absolut ungeeignet war. Dass auch die Beklagte nicht von einer Ungeeignetheit des Klägers für die Stelle ausging, zeigt allein schon die Tatsache, dass sie das Arbeitsverhältnis mit ihm einmal verlängerte und es anschliessend erneuerte. Es mag zutreffen, dass die Vorgänge, welche zur fristlosen Entlassung des Klägers bei der S AG geführt haben, ein eher schiefes Licht auf diesen werfen und man sich durchaus fragen kann, ob er charakterlich für die Stelle bei der Beklagten geeignet war. Allein darauf kommt es nicht an, denn objektiv hat ihn sein früheres Verhalten während seiner Tätigkeit bei der Beklagten nicht behindert. Entsprechend kann – angenommen, der Kläger habe A entgegen der Behauptung der Beklagten nicht ohnehin informiert – nicht von einem Grundlagenirrtum der Beklagten ausgegangen

werden. Dasselbe gilt auch für die unwahren Angaben bezüglich des Zeitpunkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der T AG.

(...)

1.5 Kommt hinzu, dass selbst wenn sich die Beklagte auf einen Irrtum oder eine Täuschung berufen könnte, sie damit nicht die von ihr angestrebte Auflösung des Arbeitsverhältnisses ex tunc erreichen könnte.

Art. 320 Abs. 3 OR als *lex specialis* zu Art. 20 Abs. 1 OR bestimmt, dass die Folgen der Ungültigkeit des Einzelarbeitsvertrags im Vollzugsstadium ex nunc eintreten, also in dem Zeitpunkt, da sich eine Partei auf die Ungültigkeit beruft (BGE 132 III 242 E. 4.2 S. 245; BK-REHBINDER, Art. 320 N 47; ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 27).

Anwendungsvoraussetzung von Art. 320 Abs. 3 OR ist, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gutgläubig erbracht hat. Ob dies der Fall war, ist im vorliegenden Fall strittig. Der Kläger stützt sich dabei auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 242, gemäss dem es am Erfordernis der Gutgläubigkeit für die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses nur dann fehle, wenn dem Arbeitnehmer positive Kenntnis von der Ungültigkeit des Vertrags nachgewiesen werden kann (BSK-PORTMANN, Art. 320 N 24; BK-REHBINDER, Art. 320 N 47; ZK-STAEHELIN, Art. 320 N 31). Dies sei nicht der Fall. Die Beklagte hat von diesem Bundesgerichtsentscheid zwar Kenntnis genommen, findet ihn aber nicht überzeugend. Der Sozialschutz von Art. 320 Abs. 3 OR solle nur demjenigen Arbeitnehmer zukommen, der den Grund der Auflösung des Vertrags nicht selber bösgläubig gesetzt habe. Als bösgläubig gelte insbesondere auch jener, der die Auflösung durch unwahre Angaben von seiner Seite (Täuschung) verursacht habe (STREIFF/VON KAENEL, Art. 320 N 11). Zudem würde der Ansatz des Bundesgerichts im praktischen Ergebnis auf eine Unterscheidung nach juristischer Ausbildung des Arbeitnehmers hinauslaufen (HARTMANN, Rückabwicklung und «faktisches Vertragsverhältnis» bei ungültigen Arbeitsverträgen, in: ZBJV 143 [2007] 277 ff., 284). Ausserdem verweist die Beklagte darauf, dass der Kläger im Verlaufe seiner Ausbildung bei der HSG auch juristische Kurse besucht habe und sein Vater Rechtsanwalt sei. Selbst wenn man der Rechtsauffassung des Bundesgerichts folgen sollte, wäre darum die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR im Fall des Klägers ausgeschlossen.

Der Auffassung der Beklagten kann nicht gefolgt werden. So scheint sie insbesondere zu übersehen, dass im vom Bundesgericht entschiedenen Fall der Arbeitnehmer seine Arbeitgeberin durch Vorlage eines gefälschten Arbeitszeugnisses im Sinne von Art. 28 OR getäuscht hatte und das Bundesgericht die Argumentation des kantonalen Gerichts, wonach sich ein Arbeitnehmer, der die Auflösung des Vertrags durch Täuschung im Sinne von Art. 28 OR verursacht habe, nicht in den Genuss von Art. 320 Abs. 3 OR kommen könne (BGE 132 III 242 E. 4.2.2 S. 245), explizit verworfen hat. Bezüglich des Arguments, dass der Ansatz des Bundesgerichts faktisch auf eine unterschiedliche Behandlung zwischen juristisch ausgebildeten

und anderen Arbeitnehmern hinauslaufen würde, ist einerseits festzuhalten, dass das Bundesgericht die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR bewusst weit fassen wollte, und dass andererseits juristisch nicht ausgebildeten Arbeitnehmern der gute Glaube mittels Aufklärung ohne Weiteres genommen werden kann. Schliesslich ist die beklagte Auffassung abwegig, wonach der Kläger wegen seiner während seines Wirtschaftsstudiums besuchten juristischen Kurse und weil sein Vater als Anwalt tätig ist, im vorliegenden Fall nicht gutgläubig im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts war.

Damit steht für den vorliegenden Fall – die Beklagte hat sich erst auf die Ungültigkeit des Arbeitsvertrags berufen, als dieser nach Ablauf der Kündigungsfrist bereits beendet war – fest, dass die Berufung der Beklagten auf die Ungültigkeit des Arbeitsvertrags keinen Einfluss auf die aus diesem geschuldeten Leistungen mehr hatte.

2.

2.1 Die Beklagte vertritt die Auffassung, dass sich der Kläger anrechnen lassen muss, was er während seiner Freistellung anderweitig verdient hat respektive absichtlich zu verdienen unterlassen hat. Sie habe ihn mit dem Kündigungsschreiben und der damit verbundenen Freistellung darauf aufmerksam gemacht, dass er verpflichtet sei, sich umgehend um eine neue Anstellung zu bemühen. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht habe. Er wäre aber in der Lage gewesen, ab dem 1. Mai 2007 monatlich zwischen Fr. 20 000.– und Fr. 25 000.– netto zu verdienen.

Der Kläger behauptet, während der Zeit seiner Freistellung nicht untätig gewesen zu sein. Er habe sowohl bei der XX Consulting wie auch, zu einem nicht genannten Zeitpunkt, bei namhaften Personalvermittlern in Frankfurt und Hamburg sein Bewerbungsdossier hinterlegt. Kaderstellen im obersten Management seien aber nicht einfach zu finden. Dazu sei zu berücksichtigen, dass ihm die Beklagte im Kündigungsschreiben verboten habe, sie zu konkurrenzieren. Sodann habe ihm die Beklagte kein Zeugnis ausgehändigt, was die Stellensuche ebenfalls erschwere. Ausserdem sei seine Freundin in einem nicht näher bezeichneten Zeitpunkt während der Freistellung schwanger geworden, womit die Arbeitssuche auch geographisch eingeschränkt gewesen sei. Nichtsdestotrotz sei er aber nicht untätig geblieben und habe sich namentlich auf den Eintritt in die Selbständigkeit vorbereitet, die er nach seiner Freistellung am 1. November 2007 aufgenommen habe.

2.2 Die Pflicht des Freigestellten, sich den anderweitig erzielten respektive den absichtlich zu erzielen unterlassenen Lohn anrechnen zu lassen, wird teils in analoger Anwendung von Art. 324 Abs. 2 OR (BRÜHWILNER, Art. 324 N 10; ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 22, 33; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324 N 13 S. 267), teils in analoger Anwendung von Art. 337c Abs. 2 bejaht (BGE 118 II 139 E. 1b S. 142; offen gelassen in BGE 128 III 271 E. 4a/bb S. 281 f.). Entgegen der Auffassung der Beklag-

ten hat die analoge Anwendung der einen oder anderen Norm jedoch keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung. Die Beweislast für den anderweitigen Verdienst respektive für den unterlassenen Ersatzverdienst liegt beim Arbeitgeber, vorliegend bei der Beklagten (BRÜHWILER, Art. 337c N 9; BSK-PORTMANN, Art. 324 N 13; BK-REHBINDER, Art. 324 N 20; REHBINDER, Berner Kommentar, VI/2/2/2, Bern 1992, Art. 337 N 5; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324 N 13 S. 266 unten, Art. 337 N 7 S. 774). Dennoch hat der Arbeitnehmer den Nachweis zu erbringen, dass er sich aktiv um eine Stelle bemüht hat (BRÜHWILER, Art. 337c N 9; BK-REHBINDER, Art. 337c N 5; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337c N 7 S. 774).

Der Lohnanspruch entfällt, wenn ein Arbeitnehmer aus Bequemlichkeit die Stellensuche unterlässt oder eine zumutbare Beschäftigung nicht annimmt (BRÜHWILER, Art. 324 N 10; BSK-PORTMANN, Art. 324 N 13; BK-REHBINDER, Art. 324 N 18 f., Art. 337c N 5; ZK-STAEHELIN, Art. 324 N 34; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 331–355, 3. Aufl., Zürich 1996, Art. 337c N 10; STREIFF/VON KAENEL, Art. 324 N 13 S. 266). Wer sich ohnehin selbständig machen wollte, ist nicht verpflichtet, während der Freistellung nochmals eine unselbständige Anstellung anzunehmen. Er muss sich aber den Vorteil der besseren Vorbereitung oder früheren Starts der selbständigen Tätigkeit anrechnen lassen (ZR 84 [1985] Nr. 124; BRÜHWILER, Art. 337c N 9; BK-REHBINDER, Art. 337c N 5; ZK-STAEHELIN, Art. 337c N 11; STREIFF/VON KAENEL, Art. 337c N 7 S. 775).

2.3 Dass der Kläger – wovon die Beklagte ausgehen will – bereits eine Woche nach seiner Freistellung eine Stelle gefunden haben sollte, bei welcher er zwischen Fr. 20 000.– und Fr. 25 000.– netto hätte verdienen sollen, erscheint als abwegig. Tatsache ist aber auch, dass sich die klägerischen Bemühungen um eine neue Stelle als äusserst dürftig erweisen. Seinem Vorbringen, Kaderstellen im obersten Management seien nicht einfach zu finden, ist entgegenzuhalten, dass es ihm einerseits nicht nur zumutbar gewesen wäre, eine Stelle im obersten Management anzunehmen, sondern dass durchaus auch eine Stelle in einer tieferen Hierarchieebene, allenfalls in einer grösseren Gesellschaft, in Frage gekommen wäre. Andererseits zeigt die E-Mail des Klägers an XX Consulting, dass sich der Kläger ohnehin nicht nur eine Kaderstelle im obersten Management hätte vorstellen können, sondern dass er auch einen Wiedereinstieg ins Projektgeschäft ins Auge fasste. Dass die Stellensuche ohne Zeugnis der letzten Arbeitsstelle erschwert ist, erscheint als glaubwürdig, der Kläger legt jedoch nicht dar, dass er sich um ein solches Zeugnis bemüht hätte. Was seine behauptete geographische Gebundenheit wegen der während der Freistellung eingetretenen Schwangerschaft seiner Freundin angeht, ist anzumerken, dass sich eine solche Gebundenheit einerseits nicht ohne Weiteres ergibt und andererseits beim Kläger wohl auch tatsächlich nicht gegeben war, ist doch nicht ersichtlich, warum er sonst gemäss seinen Behauptungen sein Bewerbungsdossier bei zwei Personalvermittlern in Frankfurt und Hamburg hinterlegt haben will, insbesondere wenn diejenige

Personalvermittlerin in Frankfurt auch ein Büro in Zürich, diejenige in Hamburg solche in Frankfurt oder München hätte. Entscheidend ist aber, dass der Kläger sich gemäss eigenen Angaben auf den 1. November 2007 selbständig gemacht hat. Dies korrespondiert mit einem Schriftverkehr mit dem Amt für Volkswirtschaft des Fürstentums Liechtenstein. Der Kläger hat in einer E-Mail vom 3. September 2007 ausgeführt, er möchte per 1. November 2007 sein Gewerbe als Selbständiger wieder aufnehmen. Ein entsprechender Rahmenvertrag mit einem ersten Klienten werde gerade verhandelt und komme ab dem 1. November 2007 zum Tragen.

2.4 Insgesamt erscheint es aufgrund dieser Umstände jedenfalls als angemessen, den dem Kläger während der Freistellung zustehenden Lohn um zwei Monatslöhne zu kürzen respektive ihm den entsprechenden Betrag an den ihm zustehenden Lohn anzurechnen. Dass er früher wieder eine zumutbare Stelle gefunden hätte, erscheint als wenig wahrscheinlich. Hingegen muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich spätestens ab dem Zeitpunkt nicht mehr ernsthaft um eine Stelle bemüht hat, als er sich dazu entschlossen hat, wieder selbständig zu werden. Wenn der Kläger nun während dieser Zeit seine selbständige Tätigkeit vorbereitet hat, schuldet ihm die Beklagte dafür keinen Lohn mehr, denn die für die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit notwendigen Vorbereitungen erfordern einige Zeit und diese hätte der Kläger nicht aufbringen können, wäre er nicht freigestellt gewesen. Der oben zitierten E-Mail vom 3. September 2007 kann entnommen werden, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt bereits Vertragsverhandlungen führte. Entsprechend ist davon auszugehen, dass der Kläger spätestens seit anfangs September 2007 seinen geplanten Wiedereinstieg in die Selbständigkeit in die Tat umzusetzen begann und Zeit und Ressourcen darin investierte. Ab anfangs September 2007 schuldet die Beklagte dem Kläger darum keinen Lohn mehr.

2.5 Damit schuldet die Beklagte dem Kläger noch den Lohn von April bis August 2007, also fünf Mal Fr. 11 961.50, entsprechend Fr. 59 807.50. Entsprechend ist auch der 13. Monatslohn nur bis zum August 2007, also für acht Monate geschuldet. Daraus stehen dem Kläger Fr. 7974.35 (Fr. 11 961.50 : 12 × 8) zu.

(...)

3.

3.1 Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger von ihr Fr. 194 929.50 zu viel an Spesen bezogen hat und will diesen Betrag mit dem Betrag verrechnen, der dem Kläger aus seinem Arbeitsvertrag zusteht. Der Kläger bringt einerseits vor, die Verrechnungsforderung stehe der Beklagten nach einer Abtretung an B gar nicht mehr zu und bestreitet andererseits den Vorwurf des ungerechtfertigten Spesenbezugs. Die Beklagte wendet gegen das erstere Vorbringen ein, sie habe die Verrechnung bereits vor erster Instanz erklärt; soweit sich Forderungen des Klägers und der Beklagten gegenüber ständen, trete damit die Verrechnungswirkung rückwirkend ein. Die am 21. November 2008 erfolgte Abtretung tangiere die

zuvor abgegebene Verrechnungserklärung daher nicht. Die Wirkung der Abtretung der Forderung von der Beklagten an B beschränke sich auf nicht bereits zuvor durch Verrechnung erloschene Forderungen der Beklagten gegenüber dem Kläger. Der Kläger wiederum hält diese Ansicht für irrig. Jede Verrechnung setze die Gegenseitigkeit der zu verrechnenden Forderungen voraus; die Beklagte sei aber bezüglich der abgetretenen Forderung gar nicht mehr Gläubigerin des Klägers. Die Beklagte habe über einen Prozessgegenstand verfügt.

3.2 Damit die Verrechnungslage eintritt, müssen nach Gesetz und Lehre (vgl. statt vieler GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, N 3200 ff.) folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Es müssen zwei Forderungen existieren, diese müssen gegenseitig und gleichartig sein, die Verrechnungsforderung muss fällig und klagbar sein und die Verrechnung darf weder durch Gesetz noch Vertrag ausgeschlossen sein. Die Verrechnung tritt gemäss Art. 124 Abs. 1 OR nur ein, wenn der Schuldner dem Gläubiger zu erkennen gibt, dass er von seinem Verrechnungsrecht Gebrauch machen will. Vorliegend sind – neben dem Bestand der Verrechnungsforderung – nur die Voraussetzungen der Gegenseitigkeit und des gesetzlichen Verrechnungsausschlusses strittig.

3.3 Die Beklagte hat gegenüber dem Kläger erstmals in einem Schreiben vom 25. Mai 2007 die Verrechnung mit allfälligen Lohnansprüchen geltend gemacht. Sie machte damals Gegenforderungen in der Höhe von Fr. 66 719.96 geltend. In ihrer Klageantwort vom 11. Februar 2008 hat die Beklagte dann erklärt, der Kläger habe Fr. 194 929.50 ungerechtfertigt bezogen, stellte diese Bezüge zur Verrechnung mit allfälligen Guthaben des Klägers und erhob im Restbetrag Widerklage. Durch die am 21. November 2008 erfolgte Abtretung dieser Forderung hat die Beklagte zumindest ihre Aktivlegitimation bezüglich der Widerklage verloren. Die Vorinstanz hätte sie, wenn sie denn darauf überhaupt eingetreten wäre, ohne Weiteres abzuweisen gehabt. Ebenso klar ist, dass die Gegenseitigkeit der Verrechnungsforderung mit der Hauptforderung seit dem 21. November 2008 nicht mehr gegeben ist. Es stellt sich die Frage, ob die Gegenseitigkeit im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung oder – bei einer Verrechnungserklärung im Prozess – im Zeitpunkt des Entscheids des Gerichts gegeben sein muss.

Es gilt, dass die Voraussetzungen der Verrechnung im Zeitpunkt der Verrechnungserklärung respektive des Eintreffens der Erklärung beim Verrechnungsgegner gegeben sein müssen (BGE 132 III 342 E. 4.2 S. 350; AEPLI, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 120 N 11, 23, Art. 124 N 19). Entsprechend entfalten die von der Beklagten abgegebenen Verrechnungserklärungen im vorliegenden Prozess ihre Wirkung auch dann, wenn die Verrechnungsforderung von der Beklagten inzwischen abgetreten worden ist.

3.4 Art. 323b Abs. 2 OR enthält für Lohnforderungen ein gesetzliches Verrechnungsverbot, soweit diese pfändbar sind. Nicht vom Verrech-

nungsverbot erfasst sind Entschädigungen für Auslagenersatz (ZK-STAEHELIN, Art. 323b N 10). Soweit die Beklagte ohne Begründung «fest[hält], dass Art. 323b OR nicht zur Anwendung gelangt», ist ihre Rechtsauffassung unrichtig. Massgebend für die Bestimmung des unverrechnbaren Umfangs der Lohnschuld ist das betriebsrechtliche Existenzminimum gemäss Art. 93 SchKG (BRÜHWILER, Art. 323b N 8; BSK-PORTMANN, Art. 323b N 3; BK-REHBINDER, Art. 323b N 9; ZK-STAEHELIN, Art. 323b N 12). Entscheidend ist der Zeitpunkt der Fälligkeit des Lohnes, nicht der tatsächlichen Auszahlung (BK-REHBINDER, Art. 323b N 10; ZK-STAEHELIN, Art. 323b N 12). Die Beweislast für den Ausschluss der Verrechnung trägt der Arbeitnehmer (BK-REHBINDER, Art. 323b N 17; ZK-STAEHELIN, Art. 323b N 14).

3.5 Der Kläger beziffert sein Existenzminimum nach Art. 93 SchKG für die Zeit von April bis Oktober 2007 auf Fr. 12 208.40 monatlich, also rund Fr. 250.– mehr als er monatlich brutto verdiente. Die Beklagte anerkennt die Berechnung des Klägers nicht. Dass sein Auto ein Kompetenzgut wäre (vgl. das Kreisschreiben der kantonalen Aufsichtsbehörde für Schuldbetreibung und Konkurs über die Berechnung über die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums [Notbedarf] nach Art. 93 SchKG vom November 2000, Ziff. 4.4.5), legt der Kläger nicht dar und davon kann, da er in diesem Zeitpunkt nicht erwerbstätig war, auch nicht ausgegangen werden. Ein Zuschlag für «AHV und Steuern» kann ebenfalls nicht gewährt werden. Für die AHV ist ein solcher ohnehin nicht zulässig, zumal die Beklagte für die Zeit, während der sie dem Kläger Lohn schuldet, AHV-Beiträge abzuliefern hat. Für die Steuern kann der Zuschlag nicht gewährt werden, weil einerseits unklar ist, wie viel der Kläger mit Wohnsitz im Fürstentum Liechtenstein dafür geltend macht (den Betrag von Fr. 1000.– macht er für AHV und Steuern geltend) und der Kläger andererseits nicht nachweist, dass er seine laufenden Steuern – deren Anrechnung an das Existenzminimum ohnehin umstritten ist (vgl. Ziff. 10 des neuen Kreisschreibens [vom Dezember 2008]) – regelmässig bezahlt hat (GVP 2002 Nr. 108). Bezüglich der übrigen Beträge, insbesondere der behaupteten Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau und das Kind hat der Kläger wohl die Existenz solcher Forderungen nachgewiesen, nicht aber, dass diese Beträge einerseits dazu dienen, der unterstützten Person das unumgänglich Notwendige zu verschaffen und dass er andererseits diese Beträge tatsächlich bezahlt (BGE 121 III 20, 111 III 13). Sodann könnten dem Kläger im Rahmen seines Existenzminimums für sich alleine auch keine Wohnkosten inklusive Nebenkosten von rund Fr. 4140.– für eine 4.5 Zimmerwohnung mit zwei Garagen und einem Aussenparkplatz zugestanden werden, zumal der Kläger die Wohnung zu 40 bis 50% geschäftlich genutzt hat und von der Beklagten dafür monatlich Fr. 2000.– eingeklagt hat. Entsprechend sind die Wohnkosten um Fr. 2000.– zu reduzieren und die Nachzahlung der Nebenkosten, für welche der Kläger Fr. 107.80 monatlich

geltend macht, auch nur zur Hälfte (Fr. 53.90) dem klägerischen Existenzminimum zuzurechnen.

Das klägerische Existenzminimum beträgt entsprechend Fr. 3438.15 monatlich (Grundbetrag Fr. 1100.-; Wohnkosten Fr. 2083.90; Krankenkasse und Unfallversicherung Fr. 254.25), allenfalls Fr. 8821.15 (mit den behaupteten Unterhaltsbeiträgen von Fr. 5383.-). Vorliegend kann auf die genaue Bestimmung des Existenzminimums verzichtet werden, insbesondere kann darauf verzichtet werden, dem Kläger Gelegenheit zu geben, Zahlungsnachweise für die behaupteten Unterhaltsbeiträge nachzuliefern und nachzuweisen, dass die Beträge dazu dienten, den Unterhaltsberechtigten das unumgänglich Notwendige zu verschaffen, da die beklagte Verrechnungsforderung nicht so gross ist, dass unzulässigerweise auch nur in den höheren der beiden Beträge eingegriffen werden müsste (nachfolgend E. 4).

(...)

4.

4.1 Zusammenfassend ergibt sich Folgendes:

Die Beklagte schuldet (vgl. oben E. 2.5) dem Kläger Fr. 59 807.50 (Lohn), Fr. 7974.35 (13. Monatslohn) und Fr. 12 102.80 (Spesen). Die gemäss dem geschuldeten Bruttobetrag von insgesamt Fr. 67 781.85 zu bestimmenden Beiträge an die Sozialversicherungen sind von der Beklagten abzuführen und die Verrechnung hat auf dem resultierenden Nettobetrag zu erfolgen.

Der Beklagten steht gegenüber dem Kläger eine Verrechnungsforderung von Fr. 28 811.33 zu. Bezüglich der Lohnforderungen besteht im Umfang von Fr. 17 190.75 (fünf Mal Fr. 3438.15), allenfalls maximal Fr. 44 105.75 (fünf Mal Fr. 8821.15) ein Verrechnungsverbot nach Art. 323b Abs. 2 OR (vgl. vorne E. 3.5).

4.2 Die Forderungen für Spesen von Fr. 12 102.80 und für den Nettolohn von Fr. 60 150.35 abzüglich der Verrechnungsforderung von Fr. 28 811.33 unterschreiten das maximale Existenzminimum von Fr. 44 105.75 um knapp Fr. 700.-. Vorliegend spielt dies jedoch keine Rolle, denn Ersatzforderungen für absichtlich zugefügten Schaden dürfen unbeschränkt verrechnet werden (Art. 323b Abs. 2 OR). Unter diese Bestimmung fallen neben vorsätzlichen unerlaubten Handlungen auch absichtliche Vertragsverletzungen (BK-REHBINDER, Art. 323b N 15; ZK-STAEHELIN, Art. 323b N 15; STREIFF/VON KAENEL, Art. 323b N 6). Zumindest im Betrag von Fr. 4318.20 (Hotelaufenthalt in Frankreich Ende Mai 2007) muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger, indem er anfangs April 2007 die Buchung mittels Firmenkreditkarte vorgenommen hat und den Aufenthalt, obwohl dieser erst einen Monat nach seiner Freistellung erfolgte, nicht stornierte respektive nicht sicherstellte, dass das Hotel die Abrechnung über seine private Kreditkarte vornahm, seine arbeitsvertraglichen Pflichten absichtlich verletzt hat und der Beklagten dadurch einen Schaden zugefügt hat. Mindestens im Betrag von Fr. 4318.20

kann somit durch Verrechnung in das Existenzminimum des Klägers eingegriffen werden. Ob auch seine weiteren Bezüge welche zur Verrechnungsforderung geführt haben, absichtliche Schädigungen der Beklagten darstellen, kann offen gelassen werden.

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 19. November 2009 (teilweise Aufhebung des Urteils des Kreisgerichtspräsidiums vom 30. Januar 2009)

OR 357b I lit. c. Gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung des GAV, Kontrolle. Zu ihrem Schutz haben Aussenseiter die Möglichkeit, von den zuständigen Behörden die Einsetzung eines von den Vertragsparteien des GAV unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen (AVEG 6 I). Verzichtet der Aussenseiter-Arbeitgeber im Kontrollverfahren darauf, die Einsetzung eines unabhängigen Kontrollorgans zu fordern, kann er dies nicht im Zivilverfahren über den Beweisantrag einer Expertise nachholen (E. II.6).

Kontrollbestimmungen können nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn Verbandsmitglieder und Aussenseiter gleich behandelt werden (AVEG 5 I). Bei Verletzung der Gleichbehandlungspflicht ist die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde verpflichtet, von Amtes wegen oder auf Anzeige hin die Allgemeinverbindlicherklärung aufzuheben (E. III.2.1).

Eine Verletzung der Jahresarbeitszeit gemäss GAV liegt bei unterjähriger Beschäftigungsdauer nur vor, wenn bereits die unterjährig geleistete Arbeit die maximale Jahresarbeitszeit nach GAV überschritten hat (E. III.3.1).

Sachverhalt:

Die Kläger waren Vertragsparteien des bis Ende September 2007 gültigen, allgemeinverbindlich erklärten Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend LMV). Die Paritätische Berufskommission für das Bauhauptgewerbe (nachfolgend PBK) war gemäss Art. 76 und 79 LMV – die insoweit allgemeinverbindlich erklärt wurden – ermächtigt, den LMV im lokalen Vertragsgebiet zu vollziehen und dabei namentlich in den unterstellten Betrieben Kontrollen über dessen Einhaltung durchzuführen oder durchführen zu lassen sowie gegebenenfalls Sanktionen auszusprechen und Kontroll- sowie Verfahrenskosten aufzuerlegen. Die Beklagte betreibt im der PBK unterstellten Gebiet ein Bauunternehmen; dem Schweizerischen Baumeisterverband gehört sie nicht an und sie hat auch keine Anschlussklärung zum LMV abgegeben. Im Auftrag der PBK führte die H-GmbH im Sommer 2006 bei der Beklagten eine Lohnkontrolle über den Zeitraum 1. Januar 2004 bis 31. Dezember 2005 durch. Die Beklagte verzichtete damals darauf, die Bestellung eines besonderen, von

den Vertragsparteien des LMV unabhängigen Kontrollorgans im Sinne von Art. 6 Abs. 1 AVEG zu verlangen. In ihrem Kontrollbericht vom 17. Juli 2006 stellte die H-GmbH verschiedene angebliche Verstösse gegen allgemeinverbindlich erklärte Bestimmungen des LMV fest (Überschreitung der Jahresarbeitszeit [Art. 24 LMV], Vorenthalten der Überstundenentschädigung [Art. 53 LMV], Nichtaufführen der Lohnklassen auf den Lohnabrechnungen [Art. 43 Abs. 1 LMV], Unterschreitung der Mindestlöhne [Art. 41 Abs. 2 LMV in der Fassung gemäss den diesbezüglich allgemeinverbindlich erklärten Zusatzvereinbarungen 2004 und 2005 zum LMV vom 17. November 2003 und vom 22. November 2004] und Nichtabführen der Beiträge an den Vollzugs- und den Bildungsfonds [Art. 8 LMV]). Gestützt darauf auferlegte die PBK der Beklagten eine Konventionalstrafe von Fr. 7600.– sowie Kontroll- und Verfahrenskosten von Fr. 5157.–.

Die Beklagte anerkannte diese Anordnung der PBK nicht, worauf die Kläger beim damaligen Kreisgerichtspräsidium Klage erhoben. Am 23. November 2007 wies die Vorinstanz die Klage ab, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dem mittlerweile nicht mehr gültigen LMV komme keine Nachwirkung zu. Die Kläger erhoben gegen diesen Entscheid Berufung ans Kantonsgericht. Mit Entscheid vom 23. Juni 2008 wurde die Berufung gutgeheissen und die Streitsache zur Prüfung der Frage, ob und wenn ja in welchem Umfang die geltend gemachte Forderung ausgewiesen sei, an die Vorinstanz zurückgewiesen. Die Vorinstanz prüfte alsdann die Angemessenheit der Konventionalstrafe und schützte mit Entscheid vom 30. Januar 2009 die Klage vollständig. Die Beklagte erhob gegen diesen Entscheid Berufung ans Kantonsgericht.

Aus den Erwägungen:

II.

6.

Bezüglich der von der Beklagten im vorliegenden Verfahren beantragten «Expertise betr. die bisher behandelten Verstösse» respektive der «Expertise (...) zur (...) Richtigkeit der Sachdarstellung der Berufungsklägerin, die im Gegensatz zu den Parteibehauptungen der Berufungsbeklagten (...) stehen», ist ausserdem Folgendes anzumerken. Zu ihrem Schutz haben Aussenseiter die Möglichkeit, von den zuständigen Behörden die Einsetzung eines von den Vertragsparteien des Gesamtarbeitsvertrags unabhängigen Kontrollorgans zu verlangen (Art. 6 Abs. 1 AVEG). Damit soll verhindert werden, dass Aussenseiter gegen ihren Willen der verbandlichen Kontrolle unterstellt werden (STÖCKLI, Berner Kommentar, VI/2/2/3, Bern 1999, Art. 356b N 92 f., Art. 357a N 17; VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, V2c, Art. 356–360f OR, 4. Aufl., Zürich 2006, Art. 356b N 165 f.; ANDERMATT et al. [Hrsg.], Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009 [nachfolgend: SGB-Handbuch], Art. 1–21 AVEG N 206). Gemäss dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 AVEG kann dieses Be-

gehren «jederzeit» gestellt werden. Das Kantonsgericht St. Gallen hat in einem Entscheid vom 28. August 1989 (JAR 1990 421) festgehalten, dass die Ausübung dieses Rechts unter dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB, also dem Rechtsmissbrauchsverbot, steht. Ein Rechtsmissbrauch könne bei qualifizierter Verzögerung in der Rechtsausübung vorliegen. Im erwähnten Fall verneinte das Kantonsgericht St. Gallen einen Rechtsmissbrauch durch die Aussenseiter-Arbeitgeberin, welche – in einem Verfahren, bei dem es um den Kontrollanspruch überhaupt ging und noch keine Kontrolle stattgefunden hatte – erst zeitgleich mit ihrer Berufung ein Begehren auf Einsetzung eines besonderen, unabhängigen Kontrollorgans verlangt hatte. Ob die Beklagte vorliegend – nachdem sie den Kontrollanspruch der Kläger nicht bestritten und die Kontrolle widerspruchslos über sich hat ergehen lassen – nach wie vor ein entsprechendes Begehren stellen könnte, oder ob ein solches bis spätestens zum Beginn der Kontrolle gestellt werden müsste, kann offen gelassen werden, da die Stellung eines solches Begehrens auch im vorliegenden Prozess nie behauptet wurde. Verzichtet aber eine Aussenseiter-Arbeitgeberin im Kontrollverfahren darauf, das ihr aus Art. 6 Abs. 1 AVEG zustehende Recht auszuüben, so kann sie dies nicht im Zivilverfahren nachholen. Der Beweisantrag auf Erstellung einer Expertise wäre daher selbst dann abzuweisen, wenn er nicht verspätet vorgebracht worden wäre.

7.

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Kontrollbericht sei eine blosser Parteibehauptung, über die Beweis abzunehmen sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Kontrollbericht ist ohne Weiteres ein Beweismittel, das grundsätzlich geeignet ist, die der Beklagten zur Last gelegten LMV-Verletzungen zu beweisen. Bezüglich des Beweiswerts solcher Berichte führte das Kantonsgericht Graubünden in seinem Urteil vom 9. März 1989 (JAR 1990 443) aus, sie unterständen der freien Beweiswürdigung, im Einzelfall könne ihnen jedoch aufgrund der konkreten Umstände ein erhöhter Beweiswert zukommen. Aufgrund der Rahmenbedingungen (Kontrollstelle ist eine paritätische Organisation [respektive – im vorliegenden Fall – von einer solchen eingesetzt]; Bericht verfasst durch neutrale Stelle mit Spezialkenntnissen; Zustandekommen nach Einsichtnahme in die von den Betroffenen eingereichten Unterlagen) sei ein gewisses Mass an Objektivität und Zuverlässigkeit garantiert (BK-STÖCKLI, Art. 357a N 6; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl., Zürich 2006, Art. 357b N 5; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 17; SGB-Handbuch, Art. 357b N 49). Dem kann prinzipiell zugestimmt werden. Wie es sich mit dem vorliegenden Kontrollbericht verhält, ist nachfolgend (E. III/2.3) zu untersuchen.

III.

1.

Wie gesehen hat das Kantonsgericht die erste Berufung gutgeheissen und im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zu-

rückgewiesen. In E. III/6 des Berufungsentscheids wurde festgehalten, es sei zu prüfen, ob und wenn ja in welchem Umfang die geltend gemachte Forderung ausgewiesen sei. Die Vorinstanz hat sich jedoch in ihrem Entscheid einzig mit der Frage auseinandergesetzt, ob die von der PBK verhängte Konventionalstrafe der Höhe nach angemessen sei. Die Frage, ob die behauptete Forderung überhaupt bestehe, übergang die Vorinstanz. Dies ist vorliegend nachzuholen. Von einer nochmaligen Rückweisung aus «erzieherischen Gründen» ist abzusehen (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Art. 227 N 3c).

2.

2.1 Parteien eines korporativen Gesamtarbeitsvertrags können gemäss Art. 357b Abs. 1 OR vereinbaren, dass ihnen in den von Art. 357b Abs. 1 lit. a und b OR umrissenen Bereichen ein gemeinsamer Anspruch auf Einhaltung des Vertrages zusteht und ihnen zu diesem Zweck nach Art. 357b Abs. 1 lit. c OR ein Recht auf Kontrolle, Kautionen und Konventionalstrafen zukommt. Bei allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen erstreckt sich dieser Anspruch auch auf Aussenseiter (Art. 1 und 4 Abs. 1 AVEG; Entscheid des Bundesgerichts 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 1). Die allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags werden auch im Verhältnis zu Aussenseitern zum Bundesprivatrecht gerechnet (BGE 118 II 528 E. 2a S. 531; Entscheid des Bundesgerichts 4A_300/2007 vom 6. Mai 2008 E. 1; BK-STÖCKLI, Art. 356b N 88, Art. 357b N 11; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Zürich 2006, Art. 357 N 2). Dies gilt auch für die Normen betreffend Konventionalstrafe, weshalb bei der Bestimmung derselben entgegen der Auffassung der Beklagten nicht die Grundsätze des Strafrechts oder die Untersuchungsmaxime gelten.

Kontrollbestimmungen können nur allgemeinverbindlich erklärt werden, wenn Verbandsmitglieder und Aussenseiter gleich behandelt werden (Art. 5 Abs. 1 AVEG; BK-STÖCKLI, Art. 356b N 96). Würde diese Gleichbehandlungspflicht verletzt, wäre die für die Allgemeinverbindlicherklärung zuständige Behörde verpflichtet, von Amtes wegen oder auf Anzeige hin die Allgemeinverbindlicherklärung aufzuheben (BK-STÖCKLI, Art. 356b N 88). Die Beklagte ist mit ihrer – ohnehin nicht substantiiert vorgetragenen – Behauptung, die Kläger würden in ständiger Praxis in der Regel nur gegen Aussenseiter vorgehen, um diese zu schädigen, nicht zu hören. Verhielte es sich tatsächlich so, wäre der LMV nicht allgemeinverbindlich erklärt worden respektive die Beklagte hätte die Möglichkeit gehabt, diesen Sachverhalt der zuständigen Behörde zu unterbreiten und eine Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit zu beantragen.

2.2 Zu Recht unbestritten ist, dass die eingeklagten Betreffnisse (Konventionalstrafe sowie Kontrollkosten in Form der Kosten der externen Kontrolle und der Verfahrenskosten) gestützt auf Art. 357b OR sowie die allgemeinverbindlichen Bestimmungen des LMV (Art. 76 Abs. 4 lit. e und Art. 79 LMV) grundsätzlich erhoben werden dürfen und auch gegenüber einem Aussenseiter geltend gemacht werden können. Ebenso unbestritten

ist, dass die von den Parteien des LMV zum Zweck von dessen Vollzug gegründete PBK (Art. 76 Abs. 1 LMV) ermächtigt war, zu beschliessen, die Beklagte zu kontrollieren respektive die H-GmbH mit der Kontrolle und der Erstellung eines Kontrollberichts zu beauftragen. Weiter war die PBK ermächtigt, nach Abschluss der Untersuchung festzustellen, dass der LMV verletzt worden sei sowie eine Sanktion auszusprechen (Art. 76 Abs. 4 und Art. 79 LMV; vgl. BK-STÖCKLI, Art. 357a N 4).

2.3 Wie gesehen hat die Beklagte die Durchführung der Kontrolle durch eine von den Parteien des LMV unabhängige Kontrollstelle nicht verlangt. Insoweit ist sie mit ihren nicht weiter substantiierten Vorbringen, wonach die gewählte Kontrollstelle in keiner Weise unabhängig sei, sondern die Aufträge in vollkommener Abhängigkeit zu einem grossen Teil vom Gesamtarbeitsvertragskartell erhalte und bloss Funktionärin dieses Kartells sei, nicht zu hören. Bezeichnend ist denn auch, dass in der beklag-tischen Stellungnahme vom 15. August 2006 zum Kontrollbericht keinerlei derartige Vorwürfe erhoben worden sind. Ausserdem wird der gewählten Kontrollstelle die fachliche Kompetenz selbst von der Beklagten nicht abgesprochen. Der Kontrollbericht selbst ist angemessen gegliedert und enthält sowohl den Auftrag wie auch eine Beschreibung der Vorgehensweise des Prüfers und im Anhang übersichtliche Tabellen, auf die im Text verwiesen wird. Abträglich ist dem Kontrollbericht, dass er die von der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht detailliert bezeichnet. Zudem stützt er sich bei der Berechnung der Überstunden des einzigen im Monatslohn angestellten Arbeitnehmers auf die Soll-Stunden nach SAZ (Sektionaler Arbeitszeitkalender nach Art. 29 LMV), obwohl Art. 29 LMV nicht allgemeinverbindlich erklärt ist und nicht klar ist, ob und in welcher Weise diese von den Soll-Stunden nach den allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen des GAV abweichen. Dies ist jedoch im hier interessierenden Zusammenhang letztlich nicht von Bedeutung. Insgesamt erscheint der Kontrollbericht als taugliche Grundlage zur Beurteilung, ob und inwiefern der Gesamtarbeitsvertrag durch die Beklagte verletzt wurde. Er ist schlüssig und nachvollziehbar und es bestehen keine Indizien, welche grundsätzlich gegen dessen Zuverlässigkeit sprechen. Es ist davon auszugehen, dass der dem Kontrollbericht zugrunde gelegte Sachverhalt mit den der Kontrollstelle zur Verfügung gestellten Unterlagen und den ihr erteilten Auskünften übereinstimmt. Gegenteiliges wurde von der Beklagten denn auch in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2006 und im anschliessenden Zivilverfahren nicht behauptet. Vor diesem Hintergrund kommt dem vorliegenden Kontrollbericht ein erheblicher Beweiswert zu. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass der Kontrollbericht auf dem Sachverhalt fusst, wie er aus von der Beklagten zur Verfügung gestellten Unterlagen hergeleitet werden musste. Es ist daher gerechtfertigt, von der Beklagten – wenn sie nachträglich einen davon abweichenden Sachverhalt behauptet – zu verlangen, dass sie diesen nachweist. Nachfolgend ist auf die einzelnen der Beklagten vorgeworfenen LMV-Verletzungen einzugehen.

3.

3.1 Der Beklagten wird vorgeworfen, gegen Art. 24 LMV verstossen zu haben (jährliche Arbeitszeit Jahrestotalstunden; Kontrollbericht). Dieser Vorwurf erweist sich als ungerechtfertigt. Die Beklagte beschäftigte in der Kontrollperiode keinen Arbeitnehmer länger als ein Jahr. Eine Verletzung der Jahresarbeitszeit würde somit nur vorliegen, wenn bereits die unterjährig geleistete Arbeit die maximale Jahresarbeitszeit überschreiten würde, was aber von den Klägern nicht behauptet wird. Sie stützen ihre Vorwürfe vielmehr darauf, dass sie die nach Art. 24 LMV zulässige Jahresarbeitszeit anteilmässig den jeweiligen Anstellungsdauern gegenüberstellen. Diese Vorgehensweise ist ungeeignet, der Beklagten eine Verletzung der jährlichen Arbeitszeit vorzuwerfen. Hätten die Parteien des LMV vereinbaren wollen, dass auch unterjährige Arbeitsverhältnisse (anteilmässig) in den Anwendungsbereich von Art. 24 LMV fallen, hätten sie dies explizit vereinbaren müssen. Es kann nämlich nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass Derartiges tatsächlich hätte vereinbart werden sollen. Einerseits ist die Baubranche saisonalen Schwankungen ausgesetzt, so dass eine anteilmässige Aufteilung der Jahresarbeitszeit auf unterjährige Perioden nur bedingt Sinn machen würde. Andererseits haben die Parteien des LMV nur die Jahresarbeitszeit und die wöchentliche Höchstarbeitszeit geregelt (Art. 25 ff. LMV). Hätten auch Maxima betreffend andere Zeitperioden vereinbart werden sollen, hätte dies explizit erfolgen müssen. Der Sektoriale Arbeitszeitkalender gemäss Art. 29 LMV kommt auf die Beklagte mangels Allgemeinverbindlichkeit dieser Bestimmung nicht zur Anwendung; dass die Beklagte gegen einen betrieblichen Arbeitszeitkalender nach Art. 30 LMV verstossen hätte, wird von den Klägern nicht behauptet.

(...)

3.6 Zusammenfassend ergibt sich nachvollziehbar aus dem Kontrollbericht, dass die Feststellung, die Beklagte habe sich nicht an bestimmte allgemeinverbindlich erklärte LMV-Bestimmungen gehalten, grösstenteils berechtigt ist. Sie wird durch die Beklagte nicht widerlegt. Einzig der Vorwurf der Verletzung der Jahresarbeitszeit ist unhaltbar. Damit war die PBK berechtigt, eine Konventionalstrafe zu verhängen.

4.

4.1 Umstritten ist sodann die Bemessung der in Anwendung von Art. 79 Abs. 2 LMV auferlegten Konventionalstrafe. Gemäss dem allgemeinverbindlich erklärten Teil von Art. 79 Abs. 3 LMV ist die Konventionalstrafe in erster Linie so zu bemessen, dass der fehlbare Arbeitgeber von künftigen Verletzungen des LMV abgehalten wird. Die Höhe der Konventionalstrafe bemisst sich in Würdigung der gesamten Umstände kumulativ nach Kriterien, wie der Höhe der vom Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern vorenthaltenen geldwerten Leistungen, der Verletzung der nichtgeldwerten gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, ob eine einmalige oder mehrmalige Verletzung (inkl. Rückfall) vorliegt, nach der Schwere der Verletzung der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen, nach der Grösse des

Betriebs, danach, ob der fehlbare Arbeitgeber, der in Verzug gesetzt wurde, seinen Verpflichtungen bereits ganz oder teilweise nachgekommen ist und nach dem Umstand, ob die Arbeitnehmer ihre individuellen Ansprüche gegenüber einem fehlbaren Arbeitgeber von sich aus geltend machen.

Gemäss dem Bundesgericht sind bei der Bemessung der Konventionalstrafe in erster Linie die Schwere der Vertragsverletzung sowie das Verschulden und der Zweck, Vertragsverletzungen zu bestrafen und künftige Verletzungen zu verhindern, zu berücksichtigen, während das Ausmass der Bereicherung des fehlbaren Arbeitgebers und die Schädigung der Arbeitnehmer, deren Ansprüche aus Einzelarbeitsvertrag durch die Konventionalstrafe nicht konsumiert sind, eher von untergeordneter Bedeutung sind (BGE 116 II 302 E. 3 S. 304; vgl. auch BK-STÖCKLI, Art. 357a N 74, Art. 357b N 11; ZK-VISCHER/ALBRECHT, Art. 357a N 90). Übermässige Konventionalstrafen sind ermessensweise herabzusetzen (Art. 163 Abs. 3 OR). Das muss erst recht gelten, wenn der Richter damit wie im vorliegenden Fall, wo die Höhe der Konventionalstrafe von einer Partei einseitig bestimmt und nicht im gegenseitigen Einvernehmen festgelegt worden ist, nicht in die Vertragsfreiheit der Parteien eingreift, die Konventionalstrafe mit anderen Worten gestützt auf objektives Zivilrecht ausgesprochen wird, bei dessen Vereinbarung die betroffene Partei nicht mitgewirkt hat (BGE 116 II 302 E. 4 S. 304 = JAR 1991 363; JAR 1987 324, S. 328 f. E. 7; BK-STÖCKLI, Art. 357a N 77).

4.2 Die PBK ging bei der Bemessung der Konventionalstrafe davon aus, die Beklagte habe ihren Arbeitnehmern geldwerte Ansprüche von Fr. 19 152.– vorenthalten. Ausserdem erwog die PBK, dass sich die Beklagte bislang wenig um die Einhaltung des LMV gekümmert habe, dass es sich um eine erstmalige Kontrolle gehandelt habe, dass die Stellungnahme auf wenig Einsicht schliessen lasse, dass die festgestellten Verstösse als schwer einzustufen seien, dass die den Arbeitnehmern vorenthaltene Summe unter den vorliegenden Umständen als hoch zu bezeichnen sei und dass keine Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass einzelne Arbeitnehmer ihre Ansprüche selbst geltend machen würden. In Würdigung dieser Umstände setze die PBK die Konventionalstrafe auf Fr. 7600.– fest, was rund 40% der nach Berechnungen im Kontrollbericht den Arbeitnehmern vorenthaltenen Gelder beträgt. Zusätzlich überband die PBK der Beklagten die Kontrollkosten von Fr. 5157.– (Prüfungsbericht Fr. 3357.– und Verfahrenskosten Fr. 1800.–). Die Vorinstanz verwies auf diese Erwägungen der PBK – diese hielten einer Überprüfung stand.

4.3 Die LMV-Verletzung der Beklagten kann insgesamt nicht mehr als leicht bezeichnet werden, insbesondere die Verletzungen der Vorschriften betreffend Mindestlöhne und Überstundenentschädigung wiegen schwer. Bezüglich dieser beiden Verletzungen kann auch nicht mehr von einem leichten Verschulden ausgegangen werden, da die entsprechenden Bestimmungen klar sind und teilweise nicht nur im LMV, sondern auch im Gesetz verankert sind (Art. 321c OR). Hingegen ist zu berücksichtigen,

dass es sich bei der Beklagten um einen Kleinstbetrieb handelt, dass erstmals LMV-Verletzungen festgestellt und gerügt wurden und sie beispielsweise bezüglich der Beiträge an den Vollzugs- und Bildungsfonds sofort eine Änderung versprach. Bei der Beurteilung der Vermögensinteressen kann mit der PBK und der Vorinstanz davon ausgegangen werden, dass diese rund Fr. 19 000.– betrogen. Der Umstand, dass vorliegend eine Verletzung der Jahresarbeitszeit verneint wurde, hat darauf keinen Einfluss, da es sich dabei nicht um einen vermögenswerten Anspruch gehandelt hat. Selbst wenn mit der Beklagten davon ausgegangen würde, sie hätte sich bei der Einstufung von R tatsächlich geirrt, würde sich dieser Betrag lediglich um rund Fr. 2700.– verringern und selbst wenn sie K noch eine Nachzahlung wegen Verletzung der Mindestlohnvorschriften geleistet hat, wie sie es bereits in der Stellungnahme vom 16. August 2006 angekündigt hatte, würde sich dieser Betrag insgesamt um lediglich rund Fr. 4900.– verringern. Die den Arbeitnehmern vorenthaltenen Beträge bleiben unter Berücksichtigung des Kontrollzeitraums und der wenigen Arbeitnehmer, auf die sie sich verteilen, nicht unerheblich. Die Tatsache, dass die Beklagte nebst dem Betriebsinhaber – wenn überhaupt – nur sehr wenige Arbeitnehmer beschäftigt, kann nicht zur Annahme führen, es bestehe keine Wiederholungsgefahr. Aus dem Kontrollbericht ist ersichtlich, dass die Beklagte Arbeitnehmer rasch einstellte und wieder entliess. Mit der Konventionalstrafe kann somit nach wie vor erreicht werden, dass die Beklagte künftige LMV-Verletzungen unterlässt. Insgesamt erscheint unter diesen Umständen eine Konventionalstrafe von Fr. 5000.– als angemessen.

Hingegen bleibt es bei der Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme der Kontroll- und Verfahrenskosten der PBK von insgesamt Fr. 5157.– (Fr. 1800.– Verfahrenskosten PBK und Fr. 3357.– Prüfbericht). Die Beklagte hat damit den Klägern insgesamt Fr. 10 157.– (statt der von der Vorinstanz geschützten Fr. 12 757.–) zu bezahlen.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 23 février 2009 (Admission partielle de l'appel principal et de l'appel joint interjetés contre la décision du Préteur du district du Léventine du 19 mai 2008. A noter que le recours en matière civile interjeté par AP 1 contre cet arrêt a été rejeté par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 30 septembre 2009 4A_168/2009)

Application de la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés. On peut interpréter les catégories de «chefs d'établissement» et de «directeurs» au sens de l'article 2 CCNT 1998 à la lumière de l'art. 9 OLT1. Il faut examiner de cas en cas la question de savoir si un travailleur exerce une fonction dirigeante élevée étant entendu que la notion doit être interprétée de manière restrictive (c. I.6.2).

21 I et II CCNT 1998. Lorsque l'employeur omet de tenir un registre des heures de travail, le contrôle de la durée du temps de travail tenu par le collaborateur sera admis comme moyen de preuve en cas de litige. La jurisprudence n'assimile cependant pas à un «contrôle» les simples allégations du travailleur qui ne sont pas rendues vraisemblables par des éléments concrets (c. I.7.2).

Ritenuto in fatto:

AP 1 è stata assunta il 1° giugno 2004 dalla AA 1 (in seguito AA 1), in qualità di aiuto cucina e pulizia per la capanna del Laghetto del ..., con riserva di assegnazione di ulteriori mansioni. Il contratto di lavoro, concluso con scadenza al 10 ottobre 2004, prevedeva la corresponsione di un salario di fr. 40.– netti al giorno per un'attività al 50% e fr. 80.– al giorno per un'attività al 100%, da svolgersi in assenza del responsabile. Di fatto le è stato tuttavia corrisposto uno stipendio mensile lordo di fr. 3000.–.

Il 1° giugno 2005, le parti hanno dipoi sottoscritto un altro contratto di lavoro di durata determinata fino al 30 settembre 2005 – AP 1 aveva tuttavia già iniziato a lavorare il 27 maggio 2005, preparando la capanna dopo la chiusura invernale e provvedendo all'apertura il giorno successivo – in base al quale quest'ultima è stata assunta quale responsabile della capanna. Il contratto indicava una retribuzione di fr. 5000.– mensili lordi.

Alla scadenza del rapporto contrattuale, AA 1 ha rilasciato a AP 1 un certificato attestante che quest'ultima è stata alle sue dipendenze «quale cameriera della capanna ...», svolgendo il suo lavoro con senso di responsabilità, serietà e impegno.

Con petizione 8 settembre 2006, AP 1 si è rivolta alla Pretura del Distretto di Leventina per chiedere la condanna di AA 1 al pagamento di fr. 49 496.80 oltre interessi per pretese salariali (fr. 34 648.– a titolo d'indennità per ore straordinarie, fr. 8182.– per giorni di riposo non goduti, fr. 1666.– per vacanze non godute e fr. 5000.– per giorni festivi non concessi e non compensati).

Con sentenza 19 maggio 2008, il Pretore ha accolto parzialmente la petizione. Con appello 6 giugno 2008 l'attrice chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di accogliere la petizione per l'importo di fr. 49 496.80 oltre interessi, protestando ripetibili di prima e seconda sede.

Con osservazioni 9 luglio 2008 la parte appellata postula la reiezione del gravame e, con appello adesivo di medesima data, chiede la riforma del giudizio sulle ripetibili nel senso di aumentarle a fr. 5000.–.

Considerato in diritto:

I. Sull'appello principale

6.

Il Pretore, esaminando la portata dell'accordo sottoscritto dalle parti, ha rilevato che AP 1 è stata impiegata quale responsabile della capanna del Laghetto del ..., assumendo una funzione direttiva all'interno della struttura e diventandone gestore. Gerente, intestataria delle licenze necessarie al funzionamento del rifugio era per contro la signora R., il cui ruolo era tuttavia limitato alla messa a disposizione del diploma e a una presenza sporadica presso l'esercizio pubblico. Il primo giudice ha anche aggiunto che le mansioni dell'attrice sono state da lei stessa descritte nella lettera 8 dicembre 2005, da lei inviata alla convenuta, nella quale sottolineava di aver lavorato come responsabile della capanna. Ha quindi ritenuto che l'attrice rivestiva la funzione di «dirigente» a norma dell'art. 2 CCNL, con conseguente esclusione dell'applicazione della Convenzione collettiva in discussione, ciò in considerazione dell'autonomia di cui poteva godere nel gestire, come meglio credeva, la capanna, potendo disporre liberamente del proprio tempo e di un appartamento nell'edificio stesso. Il Pretore ha pertanto escluso che il rapporto contrattuale esistito tra le parti potesse essere assoggettato al CCNL 98 e quindi l'applicabilità delle norme relative alle ore straordinarie (art. 15 CCNL), ai giorni di riposo (art. 16 CCNL), alle vacanze (art. 17 CCNL) e ai giorni festivi (art. 18 CCNL), sulle quali l'attrice ha fondato le proprie pretese.

6.1 L'appellante contesta le predette considerazioni, rilevando che il primo giudice si sarebbe limitato «unicamente ad una disamina superficiale e letterale, nonostante l'ampio materiale probatorio prodotto», enfatizzando la qualifica generica di «responsabile» contenuta nel contratto. Ella svolgeva invece, a suo dire, «tutte le mansioni quotidiane, di routine, atte al buon funzionamento della capanna», quali sono l'occuparsi «dei pernottamenti dei clienti, dell'ordine di ricevimento della merce per il ristorante,

della pulizia, dei lavori in cucina e anche del servizio tavoli», senza «però alcun potere di prendere decisioni di rilevanza». Le risultanze processuali dimostrerebbero che le funzioni dirigenziali erano di spettanza rispettivamente di M. – che sarebbe, a suo dire, il gestore a norma della legge sugli esercizi pubblici – e della gerente R. Il CCNL 98, benché non menzionato nel contratto di lavoro, sarebbe dunque applicabile, non avendo avuto AP 1 alcun ruolo di dirigente a norma dell'art. 2 CCNL 98, ma la funzione di «lavoratrice dipendente tuttofare». A ragione.

6.2 Secondo l'art. 1 n. 1 CCNL 98 sottostanno alla convenzione collettiva tutti i datori di lavoro e collaboratori, che svolgono un'attività in un'azienda del settore alberghiero e della ristorazione le cui prestazioni sono aperte al pubblico e fornite dietro pagamento. L'art. 2 CCNL 98 stabilisce tuttavia che ad esso non sottostanno, tra gli altri, il dirigente d'azienda (gerente) e i direttori. Il Commentario del CCNL 98 (in <http://www.l-gav.ch/italiano/vertrag/htm>, ad art. 2) rinvia a tal proposito all'art. 9 OLL 1 (RS 822.111), secondo il quale esercita un ufficio direttivo elevato chiunque, sulla base della sua posizione nell'azienda e tenuto conto delle dimensioni della stessa dispone di un ampio potere decisionale in affari importanti o può influenzare decisioni di grande rilevanza e quindi esercitare un'influenza durevole sulla struttura, l'andamento degli affari e lo sviluppo dell'azienda o di una parte di essa. La questione a sapere se un dipendente possa essere considerato come esercitante un ufficio direttivo elevato non può essere risolta secondo regole generali, ma va esaminata di caso in caso in base alle peculiarità della singola fattispecie, ritenuto che la norma deve in ogni caso essere interpretata restrittivamente (GEISER/VON KAENEL/WYLER, Commentaire de la loi sur le travail, Berna 2005, ad art. 3 Legge sul lavoro, m. 20–22; DTF 126 III 337 consid. 5 con rif.).

6.3 Nel caso di specie, la capanna ... – direttamente raggiungibile tramite una teleferica – è considerata esercizio pubblico a norma della legislazione in materia (GARBANI, Commentario alla LEP, Bellinzona 2005, n. 5.8 pag. 46–47). Il contratto di lavoro sottoscritto dalle parti il 1° giugno 2005 attribuisce all'attrice la «mansione» di «responsabile» di capanna; indica inoltre quale «posto di lavoro» il «Ristorante ...». Il fatto che l'attrice sia designata dal contratto quale «responsabile» – funzione che lei stessa ha ribadito con scritto 8 dicembre 2005 alla convenuta – non permette ancora di concludere che abbia esercitato una funzione dirigente elevata a norma delle disposizioni menzionate. Più che le mansioni indicate nel contratto contano in effetti le responsabilità realmente esercitate in seno all'azienda (DTF 126 III 337 consid. 5b). L'istruttoria ha permesso di accertare che l'attrice non beneficiava di uno stipendio particolarmente elevato. Dalle distinte di salario prodotte in edizione dalla convenuta il 1° giugno 2007, risulta che l'attrice percepiva contrattualmente – per un'occupazione a tempo pieno – un salario netto di fr. 4225.65 mensili [fr. 5000.– ./ fr. 252.50 (contributi AVS) ./ fr. 50.– (contributi AD) ./ fr. 136.– (contributi LAINF) ./ fr. 218.35 (contributi secondo pilastro) ./

fr. 117.50 (contributi IPG)]. L'importo di fr. 5000.– netti, versato ogni mese dalla convenuta, di cui si è detto sopra (consid. 1), non può essere preso come base di riferimento: come ammesso dall'attrice, esso era infatti comprensivo di acconti per prestazioni lavorative eccedenti rispetto alla pattuizione contrattuale («vacanze, ecc ...»). AP 1 non aveva inoltre un potere decisionale su affari importanti. Non era né gestore (ai sensi dell'art. 75 Regolamento sugli esercizi pubblici) né tantomeno gerente (ai sensi dell'art. 53 Legge sugli esercizi pubblici) dell'esercizio pubblico (GARBANI, op.cit., n. 28.1–28.4 pag. 116–119). Dagli atti emerge infatti che gestore era M. – amministratore unico di AA 1 – mentre la funzione di gerente era attribuita a R. L'attrice non disponeva dunque di alcun potere di rappresentanza nei confronti delle autorità. Tantomeno aveva competenze nella ricerca e nell'assunzione del personale. E' vero che essa godeva di una certa libertà nel gestire le mansioni quotidiane necessarie al buon funzionamento della capanna, segnatamente nell'occuparsi dei pernottamenti dei clienti, dell'ordine di ricevimento della merce per il ristorante, della pulizia, dei lavori di cucina e del servizio ai tavoli; è però altrettanto vero che era controllata nel suo operare dalla gerente R., che saliva alla capanna quantomeno nei suoi giorni di libero. Né poteva essere altrimenti, considerato che l'attrice non era gerente né tantomeno gestore dell'esercizio pubblico a norma di legge. Significativo del ruolo di «collaboratrice» priva della necessaria autonomia (WYLER, *Droit du travail*, Berna 2008, n. 4. pag. 127–128; GARBANI, op.cit., n. 53.3 pag. 186; sentenza inedita del 30 novembre 2004 del Tribunale federale nella causa inc. 4C.266/2004 consid. 4.4) e non certo di dirigente elevata è per finire il certificato di lavoro rilasciato il 1° ottobre 2005 all'attrice, al termine del contratto di lavoro, attestante che AP 1 è stata alle dipendenze di AA 1 «quale cameriera».

Ne consegue che, nella misura in cui postula la non applicazione dell'art. 2 CCNL 98 – non essendo date le premesse per ritenere che essa rivestisse la funzione di dirigente dell'azienda (gerente) o direttrice – l'appello va accolto. Le pretese dell'attrice vanno pertanto esaminate con riferimento alle norme del CCNL 98.

7.

L'attice ha rivendicato il pagamento di 976 ore straordinarie, per complessivi fr. 34 648.–. Il Pretore ha respinto la pretesa, evidenziando che agli atti non vi è alcun conteggio delle ore effettive di lavoro prestate dalla dipendente. L'ammontare delle ore supplementari, prosegue il primo giudice, non si può semplicemente determinare con calcoli fondati sugli orari di apertura della capanna. Le peculiarità del lavoro, che comporta una grande elasticità e vede alternarsi momenti di calma assoluta a momenti molto intensi, rendono, a suo dire, impossibile effettuare una stima attendibile. L'attrice, rileva ancora il Pretore, era cosciente di questo aspetto al momento della sottoscrizione del contratto, avendo già lavorato la stagione precedente (2004) presso la capanna ..., seppur con altre mansioni ed un'altra retribuzione.

7.1 L'appellante contesta le predette considerazioni, rilevando che il primo giudice non ha tenuto conto dell'art. 21 n. 2 CCNL 98, che dispone che il datore di lavoro deve registrare l'orario di lavoro effettivo e i riposi e che se egli non adempie a questi obblighi, in caso di controversie verrà ammesso il controllo del lavoratore (art. 21 n. 3 CCNL 98). Vista l'assenza di controllo da parte della datrice di lavoro, secondo la ricorrente occorre fondarsi «sul controllo dell'appellante le cui ore sono state puntualmente riportate ed esposte». Ribadisce pertanto le pretese già fatta valere in petizione. L'appellata contesta nuovamente le richieste in oggetto, ribadendo in particolare che l'appellante non ha segnalato situazioni di lavoro eccedente quanto stabilito sulla base del contratto.

7.2 L'onere della prova relativo alle ore supplementari prestate è a carico del lavoratore (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4^a ed., Zurigo 2006, n. 16 ad art. 321c CO).

Egli è tenuto a dimostrare la necessità del lavoro straordinario se è in grado di provare che il datore di lavoro era al corrente delle ore supplementari da lui effettuate e non ha mosso alcuna obiezione (DTF 86 II 155 consid. 2; BREGNARD-LUSTENBERGER, Überstunden und Überzeitarbeit, Berna 2006, pag. 2006). Qualora egli abbia svolto il lavoro straordinario di sua spontanea iniziativa, egli deve provare di averne tempestivamente dato comunicazione al datore di lavoro onde ottenere la sua approvazione (esplicita o per atti concludenti), per non esporsi al rischio di un mancato riconoscimento dell'attività svolta (DTF 116 I 69 consid. 4b). Il datore di lavoro ha infatti un interesse evidente ad essere informato in tempi brevi della necessità di eseguire ore di lavoro al di là del tempo inizialmente pattuito (DTF 129 III 271).

Se il lavoratore ha dimostrato di aver svolto delle ore supplementari – che potrebbero essere riconosciute in ragione di quanto testé esposto – e non è più possibile provare il numero esatto delle ore effettuate, il giudice potrà stimarlo in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO (DTF 128 III 271 consid. 2b/aa). Il dipendente dovrà nondimeno allegare e provare, nella misura del possibile, tutte le circostanze che permettono di apprezzare il numero di ore supplementari eseguite, poiché la conclusione per cui le ore supplementari sono state effettivamente svolte deve imporsi al giudice con una certa forza.

L'art. 21 n. 2 CCNL 98 – come in precedenza l'art. 82 n. 2 CCNL 92 – obbliga il datore di lavoro a registrare l'orario di lavoro effettivo. In assenza di tale registrazione – mentre l'art. 82 n. 5 CCNL 92 obbligava il datore di lavoro a provare che le ore supplementari reclamate dal lavoratore non erano dovute, con vera e propria inversione dell'onere della prova (TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, Losanna 2006, n. 1.21 ad art. 321c CO, con riferimenti giurisprudenziali) – l'art. 21 n. 3 CCNL 98 attribuisce comunque al controllo della durata del tempo di lavoro tenuto dal lavoratore valenza probatoria e non solo di allegazione di parte (sentenze inedite del Tribunale federale del 20 maggio

2005 nella causa inc. 4C.7/2004 consid. 2.2.3; 23 settembre 2008 nella causa 4A_86/2008 consid. 4.2; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6^a ed., n. 10 ad art. 321c CO). La giurisprudenza non ha però riconosciuto essere un «controllo» ai sensi del predetto art. 21 n. 3 CCNL 98 la semplice allegazione di causa nella quale il lavoratore si è limitato a sostenere di aver eseguito un numero complessivo di ore straordinarie, senza offrire alcun elemento atto a rendere verosimile la sua tesi (CCC 9 aprile 2003, inc. n. 16.2002.89 consid. 5).

7.3 Nel caso di specie, non risulta dagli atti che l'attrice abbia segnalato situazioni di lavoro che imponevano l'effettuazione di ore straordinarie, ciò benché ci fosse la disponibilità della convenuta di inviare del personale in caso di bisogno. L'unica richiesta formulata da AP 1 concerneva l'invio di una persona che potesse permetterle di effettuare i giorni di riposo, di cui si dirà sotto. Già per questo motivo le pretese dell'attrice devono essere respinte, dovendosi ritenere l'accettazione senza riserve del salario che le è stato versato mensilmente quale rinuncia al versamento di un'indennità per ore supplementari.

A titolo abbondanziale si rileva che comunque non vi è agli atti neppure la prova che l'attrice abbia eseguito ore supplementari rispetto a quanto pattuito contrattualmente. Essa si limita in sede d'appello a fare riferimento al quantitativo delle ore straordinarie «pretese ed esposte in petizione» e a riproporre il calcolo già presentato in tale sede; non indica tuttavia – in assenza di un controllo eseguito dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 21 n. 2 CCNL 98 – il supporto probatorio del proprio controllo. Del resto anche in sede di replica e di conclusioni l'attrice si era limitata ad indicare la necessità di «fondarsi sul controllo dell'attrice le cui ore sono riportate ed esposte dettagliatamente in petizione». In petizione l'attrice aveva sostenuto che il suo orario di lavoro «andava dall'apertura alla chiusura (07:00–22:00), ovvero si estendeva sull'arco di 15 ore lavorative giornaliere», con «presenza sul posto di lavoro costante, giornaliera ed ininterrotta». Considerate le 15 ore giornaliere sull'arco di 7 giorni lavorativi a settimana, essa sosteneva di aver prestato almeno 105 ore lavorative a settimana, per cui deducendo le «44 ore ex art. 15 n. 2 CCNL 98» indicava gli straordinari in 61 ore a settimana, computando poi 976 ore straordinarie (61 ore × 4 settimane × 4 mesi). Nessuna prova agli atti conferma la presenza «costante, giornaliera ed ininterrotta» dichiarata dall'attrice. Neppure le schede giornaliere di apertura della capanna – che per altro riportano orari di apertura diversi dagli orari lavorativi indicati dall'attrice in petizione – possono costituire valida prova dell'asserito lavoro ininterrotto. D'altronde F., assunto in sede d'interrogatorio formale, su richiesta dell'attrice, ha attestato che il ristorante della capanna serviva la colazione, se c'erano persone che avevano dormito e veniva riaperto dalle ore 11.00 in avanti. Il teste, oltre a non aver indicato l'orario di chiusura e le eventuali pause tra il pranzo e la cena, ha comunque precisato di non essere sicuro dell'orario della predetta riapertura. L'attrice non ha dunque reso verosimile l'esecuzione delle ore

straordinarie da lei sostenute e neppure ha fornito – al di là di proprie sommarie allegazioni – elementi probatori utili per un giudizio a suo favore. La decisione del Pretore, su questo punto, merita conferma, ma per motivi diversi.

(...)

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 25 juin 2009 (Admission partielle de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano, 1^e section, du 27 novembre 2008)

337d CO. Lorsque la volonté d'abandon d'emploi ne résulte pas d'une déclaration express de l'employé, il faut se demander si l'employeur pouvait, de bonne foi, déduire cette volonté des circonstances objectives du cas d'espèce. Ne constitue pas un abandon d'emploi le fait de remettre les habits de travail ainsi que les clés de l'entreprise et de quitter le poste de travail pendant 4 jours après une altercation avec le gérant de l'entreprise et le refus de celui-ci de s'entretenir avec l'employé pour discuter des nouvelles conditions de travail (c. 2).

Ritenuto in fatto:

Con contratto 16 marzo 2006 AO 1 ha assunto dal 31 marzo 2006 AP 1 in qualità di operatrice nell'alimentazione vegetariana, con uno stipendio di fr. 2800.– lordi mensili. La dipendente ha quindi lavorato, unitamente alla collega ..., alla preparazione di cibi della cucina giapponese nei punti vendita della datrice di lavoro. Con scritto 5 settembre 2007 quest'ultima ha rescisso con effetto immediato il contratto di lavoro, adducendo che 3 settembre 2007 la lavoratrice avrebbe abbandonato in maniera ingiustificata l'impiego. Il 14 settembre 2007 l'avv. RA 2, patrocinatrice della lavoratrice, ha contestato il licenziamento in tronco testé citato, precisando che la sua cliente «conferma, come già verbalmente espresso, la propria disponibilità a riprendere immediatamente l'impiego» e pregando la datrice di lavoro di confermarle «come e quando la signora AP 1 potrà ricominciare a lavorare». Ella ha altresì sollecitato il pagamento dei salari arretrati.

Con istanza 25 ottobre 2007 AP 1 ha adito la Pretura del Distretto di Lugano chiedendo la condanna di AO 1 al versamento di complessivi fr. 9177.60 netti oltre interessi per stipendi arretrati da agosto a novembre 2007 e fr. 6883.20 quale indennità. Statuendo con sentenza 27 novembre 2008 il Pretore ha accolto l'istanza limitatamente a fr. 2447.40 oltre interessi.

Con atto di appello 5 dicembre 2008 l'istante chiede la riforma del querelato giudizio nel senso di accogliere integralmente l'istanza. Con

osservazioni 22 dicembre 2008 la convenuta chiede la reiezione del gravame.

Considerato in diritto:

1.

Il Pretore ha ritenuto che AP 1, abbandonando il 3 settembre 2007 l'impiego senza alcuna valida giustificazione, ha rescisso il rapporto di lavoro con effetto immediato. Di conseguenza, egli ha riconosciuto all'istante unicamente lo stipendio fino all'interruzione del rapporto di lavoro, ossia quello relativo al mese di agosto e ai primi due giorni di settembre 2007.

2.

L'appellante contesta di aver abbandonato in maniera ingiustificata il proprio posto di lavoro.

2.1 Il Pretore ha ritenuto che la lavoratrice aveva chiaramente espresso la propria volontà di abbandonare per sempre il posto di lavoro, aveva perduto la propria assenza per alcuni giorni e non aveva dimostrato che il suo comportamento fosse dettato da una reazione emotiva. L'istante contesta anzitutto che la circostanza di aver abbandonato per qualche giorno il posto di lavoro possa significare che essa volesse abbandonare definitivamente il proprio impiego. Ella ritiene, semmai, che tale breve lasso di tempo suffragi la sua tesi. Tant'è che solo quattro giorni dopo, il 7 settembre 2007, si sarebbe ripresentata offrendo la propria prestazione lavorativa. L'appellante critica, inoltre il primo giudice laddove questo ha ritenuto che tale circostanza si sarebbe verificata verosimilmente solo dopo aver ricevuto lo scritto 5 settembre 2007 con il quale la datrice di lavoro le comunicava la rescissione del contratto di lavoro. Se la propria intenzione fosse stata quella di terminare il rapporto di lavoro definitivamente, allora ella non si sarebbe presentata sul posto di lavoro il 7 settembre 2007.

2.2 Il Tribunale federale ha spiegato che qualora la volontà di voler abbandonare il posto di lavoro non risulti da una dichiarazione espressa del lavoratore, occorre esaminare se ciò emerga dal suo comportamento, ovvero da atti concludenti. In tale ipotesi, la domanda da porsi è quella di sapere se il datore di lavoro poteva, tenuto conto delle circostanze, comprendere oggettivamente e in buona fede che il lavoratore voleva lasciare l'impiego (sentenza inc. 4C.303/2005 del 1° dicembre 2005, consid. 2.2 con riferimenti). Secondo la giurisprudenza, qualora l'assenza ingiustificata del lavoratore sia di corta durata (ad esempio qualche giorno dopo la fine delle vacanze), il datore di lavoro non può dedurre dalle circostanze che il dipendente abbia abbandonato l'impiego. Tale circostanza può, semmai, giustificare una rescissione immediata del rapporto di lavoro da parte del datore di lavoro solo dopo avviso di voler riprendere l'attività o di presentare un certificato medico attestante l'inabilità lavorativa. Al contrario, qualora si è in presenza di un'assenza che si estende su più mesi, il datore

di lavoro può in genere considerare tale comportamento come un rifiuto di proseguire la relazione lavorativa, anche se il lavoratore offre poi in un secondo tempo i suoi servizi (DTF 121 V 277 consid. 3a e 108 II 301 consid. 3b; più recentemente 4C.303/2005 del 1° dicembre 2005 consid. 2.2, inc. 4C.370/2001 del 14 marzo 2002, consid. 2a, inc. 4C.143/1999 del 24 agosto 1999, consid. 2a). Lo stesso dicasi, in principio, qualora il rifiuto all'impiego sia di breve durata ma preceduto da un'esigenza di presenza chiaramente formulata dal datore di lavoro (DTF 108 II 301 consid. 3b). Nelle situazioni intermedie, occorre decidere sulla base del principio dell'affidamento alla luce delle circostanze concrete (sentenza inc. 4C.303/2005 del 1° dicembre 2005, consid. 2.2 con riferimenti).

Il Tribunale federale ha negato che l'abbandono dell'impiego significasse una rescissione immediata da parte del lavoratore in un caso in cui quest'ultimo aveva abbandonato bruscamente il posto di lavoro dopo un violento alterco con il datore di lavoro, portando con sé materiale e effetti personali, alcuni documenti che gli avrebbero permesso di calcolare la sua partecipazione alla cifra d'affari e dichiarando che non sarebbe più tornato. Egli si era poi recato dal proprio medico che gli aveva attestato un'incapacità lavorativa per poi ripresentarsi sul posto di lavoro dopo mezz'ora-un'ora, presentare tale certificato, il calcolo della sua partecipazione alla cifra d'affari e le chiavi. Tre giorni dopo l'alterco il lavoratore si era poi ripresentato dal datore di lavoro offrendo il proprio impiego. Egli aveva rinnovato tale sua intenzione il terzo giorno successivo. Da parte sua, il datore di lavoro aveva rifiutato la disponibilità del lavoratore, sostenendo che egli lo aveva minacciato fisicamente e che aveva abbandonato di sua spontanea volontà il posto di lavoro. Il Tribunale federale ha tuttavia ritenuto che il datore di lavoro non poteva ragionevolmente reputare che il comportamento e la dichiarazione del lavoratore in occasione dell'alterco corrispondessero alla decisione di quest'ultimo di abbandonare definitivamente l'impiego. Essi erano invero chiaramente dettati dalla collera e dall'agitazione (sentenza Tribunale federale 7 dicembre 1999, consid. pubblicato in: JAR 2000, 227 seg.).

2.3 Come spiegato sopra, qualora la volontà di voler abbandonare il posto di lavoro non risulti da una dichiarazione espressa del lavoratore, occorre chiedersi se il datore di lavoro poteva, tenuto conto delle circostanze, comprendere oggettivamente e in buona fede che il lavoratore voleva lasciare l'impiego. Nella fattispecie, nello scritto 5 settembre 2007 della datrice di lavoro essa menziona l'abbandono dell'impiego avvenuto il 3 settembre 2007 e rinvia, al riguardo, all'art. 337d CO. Se non che, non va dimenticato che essa informa la lavoratrice che «di conseguenza è sospesa con effetto immediato dalle sue funzioni e il contratto di lavoro viene rescisso, le non percepirà più il salario eventuali vacanze e tredicesima verranno incluse nel provvedimento di sospensione». La datrice di lavoro ha quindi notificato alla lavoratrice un licenziamento in tronco e, quindi, tale procedere esclude forzatamente che essa abbia potuto intendere

l'abbandono del posto di lavoro come una rescissione da parte della lavoratrice.

2.4 Che la datrice di lavoro non potesse ragionevolmente intendere il comportamento della lavoratrice come abbandono definitivo del posto di lavoro emerge in ogni caso anche dalle ulteriori risultanze processuali. Dall'istruttoria è emerso che venerdì 31 agosto 2007 è sorto un alterco tra l'istante e la sua collega, ..., da una parte, e il gerente della datrice di lavoro, ..., dall'altra. Le due dipendenti avevano infatti affermato che a causa dell'apertura del nuovo punto vendita a ... avrebbero avuto difficoltà a sostenere i ritmi di lavoro e chiedevano l'assunzione di un nuovo dipendente. La teste ... ha al riguardo dichiarato che «il sig. ... si arrabiò e la conseguenza fu che sia io che la signora AP 1 andammo a casa». Da parte sua la convenuta ha asserito che «a ragione il responsabile della ditta si mostrò irritato dall'ingerenza delle dipendenti (soprattutto della signora AP 1). Trattasi infatti di richieste che il datore di lavoro può ascoltare ma non è tenuto ad accettarle». Il lunedì successivo, 3 settembre 2007, le lavoratrici si sono poi recate nuovamente sul posto di lavoro chiedendo «al sig. ... di poter discutere quello che era successo il venerdì precedente. Al fine di poter discutere con il sig. ... giungemmo al posto di lavoro alle 7.50 ossia 10 minuti prima dell'inizio del lavoro effettivo. Ciò nonostante il sig. ... ci disse che non potevamo discutere perché doveva iniziare il lavoro, in conseguenza di ciò sia io sia la signora AP 1 siamo andate a casa: non ci sentivamo di lavorare in quelle condizioni e siamo noi due ad aver deciso di andarcene a casa. Noi abbiamo detto al sig. ... che se non potevamo risolvere il problema avremmo lasciato il lavoro e non saremmo più tornate. Così abbiamo effettivamente fatto lasciando in negozio sia gli abiti di lavoro sia le chiavi del negozio stesso». L'istante ha poi affermato che in tale occasione il gerente aveva aggiunto che non le sarebbe più stato garantito il posto di lavoro a tempo pieno. Il Pretore ha al riguardo ritenuto che la riduzione del tempo lavorativo non è emersa dagli atti. Egli dimentica, tuttavia, che la convenuta non ha negato tale circostanza, limitandosi ad affermare che «il cambiamento degli orari deciso dal datore di lavoro serviva per meglio organizzare il lavoro ed evitare che si dovesse lavorare in modo stressato. Tale orario (spezzato) permetteva di seguire meglio le esigenze dei clienti e le necessità di avere sempre cibi freschi da vendere». In sede di interrogatorio formale, poi, la lavoratrice ha confermato che il gerente le disse che avrebbe lavorato con un orario ridotto. Il 7 settembre successivo la lavoratrice si è poi presentata nuovamente sul posto di lavoro, confermando la propria disponibilità all'impiego. Tale circostanza è stata ammessa dalla datrice di lavoro, che ha tuttavia rifiutato tale offerta.

2.5 Nelle circostanze descritte l'abbandono del posto di lavoro da parte delle dipendenti era dettato dall'impossibilità, da parte delle stesse, di poter discutere con il gerente sulle modalità del loro impiego. Al contrario del gerente, che ha negato qualsiasi colloquio affermando che bisognava iniziare a lavorare, le stesse hanno dimostrato la loro disponibilità al collo-

quiu, presentandosi sul posto di lavoro il 3 settembre 2007 dieci minuti prima dell'orario di apertura del punto vendita. Le lavoratrici hanno sì abbandonato di conseguenza il posto di lavoro, ma alla datrice di lavoro non poteva sfuggire che tale abbandono era riconducibile proprio all'impossibilità di discutere le modalità lavorative. La datrice di lavoro non poteva essere certa che tale abbandono significava la volontà, da parte delle lavoratrici, di rescindere il rapporto di lavoro. È vero che esse hanno affermato che se non potevano risolvere il problema avrebbero lasciato il lavoro e non sarebbero più tornate, e che poi hanno effettivamente abbandonato il negozio lasciando sia gli abiti di lavoro sia le chiavi, ma nelle circostanze descritte alla datrice di lavoro non poteva essere evidente che tale atteggiamento non fosse riconducibile alla rabbia e allo sconforto delle lavoratrici, alle quali era negata la benché minima possibilità di discutere le nuove condizioni di lavoro. Al riguardo si ricorda che il datore di lavoro ha sì diritto di impartire a lavoratore delle direttive. Nella fattispecie, tuttavia, le modifiche prospettate dalla datrice di lavoro concernevano l'ampiezza dell'occupazione della lavoratrice e l'imposizione di un orario spezzato, di modo che rappresentavano un'inammissibile modifica unilaterale del contratto di lavoro. Poco importa, al riguardo, che come asserito dalla datrice di lavoro essa avesse acquistato dei macchinari per velocizzare la preparazione dei bocconcini. Alla luce di quanto sin qui illustrato, infine, l'assenza della lavoratrice fino al 7 settembre 2009, ovvero durante quattro giorni, non poteva ragionevolmente essere intesa dalla datrice di lavoro come la certezza della sua volontà di porre fine definitivamente al rapporto di lavoro. Ne consegue che la lavoratrice, abbandonando il posto di lavoro, non ha rescisso in maniera immediata il contratto di lavoro.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 13 novembre 2009 (Admission partielle de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano, 1^e section, du 4 mai 2009)

La distinction entre contrat de travail (319ss CO) et contrat de société simple (530ss CO) n'est pas toujours aisée. Le critère de la subordination est l'élément de distinction déterminant: alors que le travailleur est tenu de se conformer aux instructions de son employeur, les associés se situent sur le même niveau hiérarchique et prennent en principe d'un commun accord les décisions concernant la société. La subordination et la codécision s'excluent réciproquement (c. 2.1).

Le contrat de travail est qualifié de «contrat de travail partiaire» lorsque la rémunération du travailleur dépend en tout ou partie du résultat économique de l'activité exercée. Selon la convention conclue entre

les parties, la rémunération due au travailleur sera calculée selon l'art. 322a CO ou l'art. 322b CO (c. 2.1 et 3).

Ritenuto in fatto:

AO 1 è stata titolare della L. sita in via ... a ... fino al mese di aprile 2007 quando la L. ha cessato la propria attività a seguito di difficoltà economiche. A metà settembre 2007, AO 1 – dopo un breve periodo di lavoro presso C. – ha ripreso l'attività presso la L. Dagli atti risulta che la ripresa dell'attività è stata possibile grazie al finanziamento di AP 1 ammontante a circa fr. 26 000.–/27 000.–. Con l'inizio della nuova attività è stato stipulato un nuovo contratto di locazione con il proprietario dell'immobile; quale conduttrice è stata indicata AP 1. Dagli atti risulta pure che, a partire dal 15 settembre 2007, AO 1 ha percepito per la propria attività complessivamente fr. 3176.55. In un paio di occasioni la distinta degli incassi mensili, riportante l'importo percepito da AO 1, con la dicitura «acc. su stipendio» e «acc. stipendio», risulta sottoscritta da AP 1. Nel mese di marzo 2008, AO 1 ha dovuto riconsegnare le chiavi della L., essendole addebitato il mancato rendimento dell'attività.

Con istanza 26 maggio 2008, AO 1 si è rivolta alla Pretura del Distretto di Lugano per chiedere la condanna di AP 1 al pagamento di fr. 20 276.35 oltre interessi e il rigetto definitivo dell'opposizione al PE n. ... dell'UE di Lugano.

Con sentenza 4 maggio 2009, il Pretore ha accolto parzialmente l'istanza condannando la convenuta a pagare a AO 1 l'importo di fr. 19 323.45 oltre interessi al 5% dal 30 aprile 2008, rigettando per tale importo l'opposizione al PE n. ... dell'UE di Lugano e condannando la convenuta a rifondere all'istante fr. 500.– a titolo di parziali ripetibili.

Con appello 14 maggio 2009, AP 1 chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di respingere l'istanza, protestando ripetibili di prima e seconda sede.

Considerato in diritto:

2.

L'appellante contesta pure il fatto che il Pretore abbia ritenuto dati i presupposti per l'esistenza di un contratto di lavoro. Il primo giudice avrebbe, a suo dire, sorvolato sui quattro elementi essenziali per definire l'esistenza di un contratto di lavoro – la prestazione lavorativa, il rapporto di dipendenza, l'elemento temporale e lo stipendio – e si sarebbe basato in modo «inammissibile» su una «mera prova/indizio (acc. su stipendio)» per propendere «per la costruzione di un contratto di lavoro tra le parti». Ribadisce che saremmo in presenza di una società semplice e che, quindi, all'istante non sarebbe dovuto alcun salario.

2.1 Il contratto di lavoro, ai sensi dell'art. 319 CO, è quello con il quale il lavoratore si obbliga verso un datore di lavoro a fornire, in una condizione di subordinazione, dei servizi contro il pagamento di un salario, per un tempo determinato o indeterminato. Dalla predetta definizione di contratto di lavoro, la dottrina e la giurisprudenza hanno dedotto quattro elementi costitutivi essenziali – per altro evocati anche dall'appellante – e meglio, una prestazione personale di lavoro; la messa a disposizione, da parte del lavoratore, del suo tempo per una durata determinata o indeterminata; un rapporto di subordinazione tra datore di lavoro e lavoratore; un salario (TOBLER/FAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, *Arbeitsrecht*, Losanna 2006, n. 1.1 ad art. 319 CO). A norma dell'art. 530 cpv. 1 CO, la società semplice è invece un contratto, col quale due o più persone si riuniscono per conseguire con forze o mezzi comuni uno scopo comune. La distinzione tra i due contratti non è sempre facile; alcuni elementi costitutivi del contratto di lavoro si ritrovano in effetti anche nel contratto di società. L'apporto del socio può infatti consistere anche nella sola prestazione di lavoro (art. 530 cpv. 1 CO). Il lavoratore mette poi il suo tempo a disposizione del datore di lavoro, mentre i soci si riuniscono per conseguire uno scopo comune; per il lavoratore la prestazione personale di lavoro, durante un certo periodo, costituisce l'oggetto di uno scambio, le due parti avendo interessi opposti (contratto sinallagmatico), mentre l'attività dei soci costituisce un contributo fornito nell'interesse comune. Sebbene la nozione di tempo, nell'ambito del contratto di lavoro, prevalga su quella della realizzazione dell'obiettivo comune, a volte risulta difficile distinguere i fatti per definire chiaramente l'importanza di questi due fattori (AUBERT, *Le contrat de travail partiaire*, in SJZ 1983 pag. 171) Per quanto attiene alle modalità di remunerazione, certo, il lavoratore è di regola retribuito periodicamente indipendentemente dagli introiti della ditta, ciò che non è di principio il caso per il socio. La remunerazione del lavoratore può tuttavia essere, in tutto o in parte, in funzione del risultato dell'attività; siamo in tal caso in presenza di un contratto di lavoro parziario («*Partiarischer Arbeitsvertrag*», «*contrat de travail partiaire*»), nel quale il lavoratore ha un diritto di controllo sui libri contabili e sui conti della società (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht*, Basilea 2005, n. 9 ad art. 319 CO; AUBERT, op.cit., loc.cit; JAR 1998 pag. 115). Il criterio di distinzione determinante è comunque costituito dalla subordinazione. Mentre il lavoratore è tenuto ad osservare le istruzioni del datore di lavoro, i soci sono di principio al medesimo livello e prendono assieme le decisioni riguardanti la società; subordinazione e condivisione delle decisioni si escludono reciprocamente (AUBERT, op.cit., loc.cit; JAR 1998 pag. 115).

2.2 Per quanto qui concerne, la deposizione testimoniale di O. assume particolare rilievo. In essa si trova infatti conferma – come rettamente evidenziato dall'istante nelle osservazioni all'appello – che la costituzione di una società era semmai prevista solo in una seconda fase («in futuro») e che «i soci sarebbero stati l'istante e la convenuta». Questa fase però non si

è concretizzata, in ragione del mancato rendimento della L. e dell'obbligo fatto a AO 1 di restituire le chiavi. Dalla medesima deposizione traspare che, nella fase che precedeva l'auspicata futura costituzione della società, gli accordi prevedevano che «tutti i guadagni sarebbero andati all'istante», questo perché si sapeva «che all'inizio l'attività non avrebbe reso un granché». Una simile affermazione trova conferma nelle dichiarazioni dell'istante, là dove, in sede di interrogatorio formale, ha attestato il diniego di O. al pagamento di un salario mensile di fr. 3000.–, ma l'accordo del medesimo alla deduzione dello «stipendio dall'incasso mensile»; deduzione che AO 1 ha poi messo in atto, trattenendo per sé l'intero utile mensile della L. e facendo sottoscrivere alla convenuta i «resoconti mensili» attestanti che gli importi così dedotti erano costitutivi di stipendio.

Già sulla base di quanto precede si può ritenere che, nella fase iniziale dei loro rapporti, le parti non avevano inteso costituire una società semplice, ma stipulare un contratto di lavoro parziario, nel quale era previsto che l'istante avrebbe percepito quale «stipendio» l'intero utile mensile della L. Certo, come rettamente rilevato dal Pretore, nello svolgimento delle attività AO 1 godeva di ampia autonomia, dettata dal fatto che sia AP 1, sia O., erano digiuni di conoscenze nel settore delle lavanderie; l'istante non era dunque sottoposta a particolari vincoli organizzativi nello svolgimento delle attività. La subordinazione dell'istante alla convenuta – e quindi l'esistenza di un contratto di lavoro – si appalesa tuttavia in modo inequivocabile nell'imposizione fatta dalla seconda, per il tramite di O., alla prima, di restituire le chiavi della L. Fossimo stati in presenza di una società semplice – come preteso dalla convenuta – lo scioglimento della società sarebbe intervenuto per il consenso reciproco (art. 545 cpv. 1 n. 4 CO), con precisa definizione dei rapporti di dare e avere tra le parti, e non per imposizione unilaterale di una parte sull'altra. A ragione il primo giudice ha evidenziato che l'imposizione della restituzione delle chiavi ha configurato il licenziamento e quindi lo scioglimento unilaterale del rapporto di lavoro da parte della convenuta. Tale atto, come detto, ha posto fine anche al progetto di costituzione della «futura» società tra le parti. Nella misura in cui postula il riconoscimento di un rapporto di società semplice e nega l'esistenza di un contratto di lavoro, l'appello cade dunque nel vuoto.

3.

Il Pretore, nel determinare l'ammontare del salario mensile dovuto all'istante, è partito dalla considerazione secondo cui non vi sarebbero elementi istruttori dai quali poter desumere un consenso delle parti su una determinata somma di salario. Egli ha quindi rilevato che, in assenza di un contratto collettivo nello specifico campo delle lavanderie, così come di qualsiasi altro accertamento circa il salario in uso presso altre lavanderie, appare equo far capo alle norme del contratto normale di lavoro del personale domestico vigenti nel 2007 (CNL). Ha quindi ritenuto equo un salario mensile di fr. 3000.– netti. A torto.

Come detto, invero ci troviamo in presenza di un contratto di lavoro parziario e meglio di un contratto individuale di lavoro, a cui risultano applicabili gli art. 322a e 322b CO e che, in quanto tale, può soggiacere alle convenzioni collettive e ai limiti salariali da esse fissati (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 2 ad art. 322a CO; AUBERT, op.cit., pag. 171 e 174). Il primo giudice ha tuttavia rettamente evidenziato che nello specifico campo delle lavanderie non esiste un contratto collettivo. Il CNL per il personale domestico – al quale il Pretore, partendo dall'errato presupposto dell'assenza di un accordo tra le parti sull'ammontare dello stipendio, fa in ogni caso riferimento nel suo giudizio in equità – è applicabile solo ai rapporti di lavoro esistenti tra economie domestiche private e lavoratori occupati in modo preponderante nel servizio in casa (art. 2 n. 1 CNL); ciò che non è manifestamente il caso nella fattispecie ora in esame.

Per stabilire quale salario sia dovuto all'istante ci si deve pertanto attenere agli accordi intervenuti tra le parti. Come detto (sopra, consid. 2.2), le parti hanno pattuito che all'istante – in attesa della costituzione della futura società – doveva essere corrisposto, in guisa di stipendio, l'intero utile mensile dell'attività della L. Nessuna prova vi è agli atti – l'onere della prova incombando all'istante (art. 8 CC) – che le parti avessero concordato uno stipendio fisso più elevato rispetto agli utili mensili della L. finiti nelle tasche dell'istante nelle circostanze anzidette. La dicitura «acc. su stipendio» e «acc. stipendio», riportata dai doc. C e D, non permette, da sola, di ritenere l'esistenza di un tale accordo. Gli importi percepiti dall'istante per il periodo lavorativo 15 settembre 2007–27 marzo 2008, quantificati dal Pretore in fr. 3176.55, costituiscono l'intero utile dell'attività della L. per quel periodo. Si può dunque ritenere che per il periodo in questione AO 1 ha percepito l'intero salario pattuito dalle parti e che null'altro le è dovuto.

Essendo il licenziamento intervenuto il 27 marzo 2008 – con immediata cessazione dell'attività lavorativa di AO 1 – a ragione il primo giudice ha ritenuto che esso, a norma dell'art. 335c CO, ha esplicato i suoi effetti per il 30 aprile 2008. Dagli atti emerge che dopo la partenza dell'istante la L. è rimasta aperta ed ha continuato la propria attività. Non è dato di sapere quale sia stato l'utile della L. nel periodo 29 marzo 2008–30 aprile 2008. Per economia di giudizio si rinuncia a rinviare l'incarto al primo giudice per ulteriori accertamenti su questo punto (cfr. sentenza non pubblicata del Tribunale federale 3 settembre 2009, inc. 4A_522/2008 consid. 3.3). L'assenza della contabilità della L., che parrebbe non essere stata stilata, per la «breve e scarsa attività svolta» (cfr. lettera 12 agosto 2008 del patrocinatore della convenuta alla Pretura), rende per altro difficili detti accertamenti. Appare comunque equo, in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO (CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, Ginevra 2009, ad art. 322a CO, pag. 126), calcolare l'utile del periodo in questione in fr. 500.–, corrispondente all'utile medio mensile percepito nel periodo di attività dell'istante (fr. 3176.55: 6.5 mesi). Lo scoperto della pretesa salariale

dell'istante va dunque fissato in fr. 500.– lordi, dai quali andranno dedotti gli oneri da riversare alle assicurazioni sociali. Nella misura in cui contesta l'onere imposto dal Pretore alla convenuta di versare all'istante fr. 19 323.45 per pretese salariali, l'appello merita parziale accoglimento. La decisione del primo giudice dovrà pertanto essere riformata nel senso di accogliere l'istanza limitatamente all'importo di fr. 500.–, con conseguente rigetto definitivo dell'opposizione al PE n. ... dell'UE di Lugano per tale importo. Ritenuta la soccombenza preponderante, l'istante dovrà versare alla convenuta parziali ripetibili per la prima e la seconda sede.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e Chambre civile, Arrêt du 14 décembre 2009 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano, 2^e section, du 9 juin 2009)

337 CO. Le licenziement immédiat implique la fin immédiate non seulement du contrat de travail mais également de la couverture de l'assurance perte de gain en cas de maladie. Une maladie survenant après la notification du congé immédiat n'est donc pas couverte. (c. 5.1).

Les parties peuvent convenir, même par actes concluants, que l'employeur révoque le licenziement immédiat et le remplace par un licenziement ordinaire pour autant que le procédé ne soit pas utilisé pour contourner les normes de protection contre les licenziements (c. 5.1).

341 CO. Le simple écoulement du temps pendant le délai de prescription ne peut être interprété comme une renonciation du travailleur à ses prétentions salariales. L'ouverture d'une action par le travailleur plus de trois ans après les faits litigieux ne saurait être qualifiée d'abusive (c. 5.2).

Ritenuto in fatto:

AO 1 è stato alle dipendenze di AP 1 a far tempo dal 1° giugno 2003 quale responsabile della produzione. Con lettera datata 21 febbraio 2004 (recte 21 febbraio 2005), AP 1 ha scritto a AO 1 «le confermiamo la disdetta del rapporto di lavoro dal 18 febbraio 2005 che lei ha rifiutato di accettare e firmare», dichiarando, tra l'altro, di revocargli, «con decorrenza immediata» il diritto «di fare ingresso nell'azienda». In data 24 febbraio 2005 si è verificato «un caso di malattia» relativo a AO 1, che AP 1 ha notificato all'A., a motivo della copertura assicurativa garantita da quest'ultima in caso di malattia dei dipendenti. Dopo aver sottoposto AO 1 a due perizie mediche fiduciarie, che hanno riconosciuto il lavoratore to-

talmente inabile al lavoro, tra l'altro per disturbi di natura psichice, A. ha versato al datore di lavoro – dopo un periodo di attesa di 30 giorni – indennità di malattia per 90 giorni e meglio complessivi fr. 17 632.– per il periodo dal 26 marzo 2005 al 23 giugno 2005. Dagli atti emerge che vi è poi stato uno scambio epistolare – tra il 12 luglio 2005 e il 26 ottobre 2005 – tra AP 1 ed i RA 1, nel quale quest'ultimo ha sollecitato il versamento, al lavoratore da parte del datore di lavoro, quanto meno delle indennità di malattia versate da A. Con lettera 7 maggio 2008, il RA 1 ha chiesto a AP 1 di versare a AO 1 le indennità giornaliere di malattia per il periodo dal 24 febbraio 2005 al 23 giugno 2005, per complessivi fr. 23 508.70. Con scritto 27 maggio 2008, AP 1 ha risposto di non avere «alcuna intenzione di versare alcun tipo di importo al sig. AO 1, in quanto non ha alcun diritto ad esso».

Con istanza 2 giugno 2008, AO 1 si è rivolto alla Pretura del Distretto di Lugano per chiedere la condanna di AP 1 al pagamento dell'importo di fr. 23 508.70 oltre interessi «per mercedi e salari».

Con sentenza 9 giugno 2009, il Pretore ha accolto parzialmente l'istanza condannando la convenuta a versare a AO 1 l'importo di fr. 22 333.35 oltre interessi al 5% dal 24 giugno 2005, come pure fr. 1400.– a titolo di ripetibili.

Con appello 22 giugno 2009, AP 1 chiede la riforma del giudizio impugnato nel senso di respingere integralmente l'istanza e condannare AO 1 a rifonderle ripetibili di prima e di seconda sede.

Considerato in diritto:

5.

Il Pretore, come detto, ha ritenuto che in assenza di qualsivoglia grave motivo giustificante il licenziamento in tronco, il provvedimento adottato dalla convenuta risulta assolutamente ingiustificato. In applicazione dell'art. 337c cpv. 1 CO, il primo giudice ha quindi riconosciuto all'istante il diritto a percepire il salario come se si fosse trattato di un licenziamento ordinario. Il Pretore ha per finire accolto parzialmente la pretesa dell'istante, evidenziando che era comunque già limitata – dallo stesso richiedente – al periodo dal 24 febbraio 2005 al 23 giugno 2005 (30 giorni di carenza e 90 giorni di indennità perdita di guadagno).

5.1 In vero dagli atti e dalle circostanze del procedimento in oggetto traspare che le parti hanno di fatto rinunciato alla risoluzione immediata del contratto. Giuridicamente, la revoca del licenziamento in tronco o la sua trasformazione in una risoluzione ordinaria sono ammissibili, purché non siano utilizzati per aggirare le norme che assicurano la protezione contro le disdette (WYLER, *Droit du travail*, 2^a ed., Berna 2008, pag. 506; REHBINDER, *Berner Kommentar*, n. 1 in fine ad art. 337c CO; STAEHLIN, *Zürcher Kommentar*, n. 38 ad art. 337 CO e n. 22 ad art. 337c CO). Non è contestato che la malattia di AO 1 si è verificata in data 24 febbraio 2005 –

quindi posteriormente al licenziamento in tronco – e che AP 1 ha comunque notificato il caso di malattia ad A. Giova ricordare che il licenziamento in tronco determina la fine immediata anche delle coperture assicurative legate al contratto di lavoro (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, *Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht*, Basilea 2005, n. 5 ad art. 337 CO). Con la notifica del caso di malattia di AO 1 ad A ... il datore di lavoro ha ammesso, quanto meno per atti concludenti, di aver rinunciato al licenziamento in tronco e di aver accettato la validità del contratto almeno per il periodo durante il quale era garantita la copertura assicurativa. Del resto la rinuncia a contestare il licenziamento in tronco – attestata dal teste S., segretario sindacale che conduceva le trattative con la convenuta per conto dell'istante – era sorretta dalla conferma data da A. di accettazione del caso e dalla convinzione che le indennità versate dall'assicurazione sarebbero state girate al dipendente e quindi da una protrazione di validità del contratto di lavoro per il periodo durante il quale A. avrebbe versato le indennità giornaliere di malattia. Sbaglia d'altronde palesemente l'appellante quando sostiene che il pagamento delle indennità di malattia sarebbe «assolutamente slegato da ogni considerazione relative al contratto di lavoro» e che le indennità sarebbero state «pagate in virtù di un rapporto esistente con la ditta, senza riguardo al contratto di lavoro». Già si è detto che l'interdipendenza del contratto di lavoro con il contratto d'assicurazione d'indennità giornaliera di malattia è tale per cui la cessazione del primo determina la fine immediata anche delle coperture assicurative garantite dal secondo, nel senso che malattie posteriori alla fine del contratto di lavoro non sono più coperte. Ma va aggiunto che il lavoratore non è estraneo al rapporto assicurativo, non fosse altro che per il fatto che le prestazioni assicurative sono versate per la sua malattia e che egli deve acconsentire – come ha fatto – a sottoporsi alle perizie mediche (fiduciarie) necessarie a stabilire il suo stato di salute. In altri termini, diversamente da quanto vorrebbe l'appellante, l'assicurazione in questione non è di certo stata pattuita per permettere al datore di lavoro di lucrare sulle condizioni di salute del dipendente, ma per garantire al lavoratore ancora legato contrattualmente al datore di lavoro di percepire lo stipendio nonostante l'impedimento, senza gravare sul datore di lavoro. La notifica della malattia di AO 1 ad A. da parte di AP 1, non può dunque che essere interpretata quale rinuncia del datore di lavoro alla disdetta immediata notificata prima dell'insorgere della malattia.

Già per questi motivi l'appello, nella misura in cui postula che il contratto di lavoro non abbia esplicitato effetti dopo il 18 febbraio 2005 – giorno della notifica della disdetta – si avvera infondato. Il fatto poi che il lavoratore abbia rinunciato a far valere le sue pretese fino al 31 luglio 2005 – giorno che il Pretore, vista la malattia, ha rettamente ritenuto quale scadenza ordinaria del contratto di lavoro – è privo di rilievo.

5.2 A titolo abbondanziale si evidenzia che, come rettamente rilevato dal Pretore, la convenuta non ha in ogni caso comprovato l'esistenza di

validi motivi per il licenziamento in tronco. L'appellante non indica del resto l'esistenza negli atti di prove attestanti i pretesi validi motivi, limitandosi a lamentare il fatto che l'istante avrebbe atteso «tre anni, cinque mesi e quattro giorni» a contestare l'infondatezza del licenziamento. Secondo l'appellante, detto comportamento del lavoratore, sarebbe «lesivo del dovere di diligenza e fedeltà» e comporterebbe un ribaltamento sul dipendente «dell'onere definitivo della prova». A torto.

Il Pretore ha giustamente ricordato che l'onere della prova relativo all'esistenza di una causa grave giustificante il licenziamento in tronco è a carico del datore di lavoro (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 13 ad art. 337 CO). D'altro canto, dal semplice decorso del tempo in pendenza di prescrizione non può essere dedotta una rinuncia alla pretesa salariale o un suo esercizio abusivo (TOBLER/FRAVRE/MUNOZ/GULLO EHM, *Arbeitsrecht*, Losanna 2006, n. 1.10 ad art. 341 CO; DTF 126 III 337 consid. 7b, 110 II 273). Né del resto il fatto che l'istante non abbia impugnato il licenziamento abusivo può essere ritenuto come circostanza sufficiente a ritenere l'abuso di diritto. In effetti traspare dagli atti che la contestazione non è stata fatta valere da AO 1 essendo egli convinto che AP 1 gli avrebbe per lo meno «girato» le indennità versate da A. D'altro canto, palesemente abusivo è semmai il comportamento della convenuta. Ciò nella misura in cui si è comportata come se il contratto esistesse, notificando la malattia del lavoratore all'assicurazione e incassando le prestazioni dell'assicurazione; trattenendo poi per sé le prestazioni e sostenendo in causa, a distanza di tre anni, di fronte alla legittime pretese del lavoratore, che a quest'ultimo non è dovuto alcunché in quanto il contratto di lavoro era stato in precedenza risolto con effetto immediato. Le argomentazioni dell'appellante si rivelano pertanto infondate e temerarie.

6.

A motivo di quanto sopra esposto, l'appello, palesemente infondato e temerario, va quindi respinto. La pretesa salariale di AO 1 per il periodo dal 24 febbraio 2005 al 23 giugno 2005 va pertanto confermata nella misura – non oggetto di contestazione – stabilita dal Pretore.

Arrêt communiqué par E. Epiney-Colombo, Présidente de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin.

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 28 janvier 2009 (A noter que le recours en matière civile interjeté par la défenderesse contre ce jugement a été rejeté par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 29 juin 2009 4A_251/2009)

Critères de distinction entre le contrat d'engagement des voyageurs de commerce (347ss CO) et le contrat d'agence (418a ss CO). Le voyageur de commerce et l'agent sont tous deux des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle. Le critère essentiel de distinction réside dans le fait que l'agent exerce sa profession à titre indépendant, de sorte qu'il n'est pas intégré dans l'organisation de l'entreprise du mandant, tandis que le voyageur de commerce se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur (c. II.b).

337 CO. Le dépôt d'une plainte pénale par l'employeur et les soupçons sérieux qu'il pourrait nourrir à l'endroit du travailleur ne suffisent pas pour fonder un motif de renvoi immédiat, car il s'agit de circonstances unilatérales qui ne dispensent pas celui qui invoque les justes motifs d'établir la réalité objective des faits dont il se prévaut. De plus, lorsqu'une condamnation pénale n'a aucun rapport avec la relation de travail, elle appartient à la sphère privée du travailleur. Elle ne constitue donc pas un motif de licenciement immédiat, dans la mesure où elle n'est pas publique et ne porte pas gravement atteinte à la réputation ou au fonctionnement de l'entreprise (c. III.c).

Extraits des faits:

Le 22 décembre 2003, les parties ont signé le document suivant:

«(...) [...]

CONTRAT DE CONSEILLER/ERE [...]

1. Le présent contrat d'agence est conclu entre [...] SA (ci-après «[...]» ou «Société»), Route [...] à [...] et le/la conseillère.

2. Le/La conseiller/ère est considéré/e comme agent stipulateur conformément à l'article 418a du Code des Obligations (ci-après «CO»). A ce titre, le/la conseiller/ère s'engage à conclure des affaires au nom de et pour le compte de [...] sans être lié/e envers la Société par un contrat de travail.

3. Le/La conseiller/ère prend connaissance du fait que, du point de vue des assurances sociales, il n'est pas considéré en qualité d'indépendant. Dès lors, les cotisations d'assurances sociales dues par le/la conseiller/ère sont déduites des commissions du/de la conseiller/ère lorsque le montant des commissions annuelles dépasse 2000 fr. (après déduction d'un

forfait pour les frais). Le cas échéant, ce montant sera adapté en fonction des modifications des dispositions légales.

4. Le/La conseiller/ère ne recevra les commissions mentionnées dans le programme de commissions qu'après réception auprès de la société du paiement intégral des articles vendus.

5. Le programme de commissions peut être modifié à tout moment par [...]. Le nouveau programme sera communiqué par écrit au/à la conseiller/ère trente jours avant son entrée en vigueur.

6. En sa qualité d'agent, le/a conseiller/ère veille aux intérêts de [...] avec la diligence requise d'un/une bon/ne commerçant/e. Son souci primordial est de garantir un service à la clientèle irréprochable. Le/La conseiller/ère s'engage à respecter les stratégies commerciales et les actions de promotion développées par [...]. Le/La conseiller/ère dispose de l'entière liberté d'organiser son activité et de gérer son emploi du temps.

7. En tant qu'indépendant/e, le/la conseiller/ère exerce son activité à ses propres risques et n'a pas droit au remboursement de frais ou débours résultant de l'exercice normal de son activité.

8. Ce contrat d'agence n'est pas exclusif. Le/La conseiller/ère est par conséquent libre d'exercer une autre activité ou de travailler au service d'une autre société.

9. Le/La conseiller/ère [...] utilisera le nom «[...]» conformément aux dispositions pertinentes du manuel du/de la conseiller/ère.

10. Le/La conseiller/ère s'engage à présenter les produits [...] de façon loyale et dans le respect de la loi. Le/La conseiller/ère déclare connaître les dispositions légales concernant le démarchage à domicile et l'obligation d'informer les clients de leur droit de révocation d'une vente dans un délai de sept jours (art. 40a–40f CO). Le non-respect de la présente disposition constitue un motif de résiliation du présent contrat.

11. En sa qualité d'agent indépendant, le/la conseiller/ère de [...] veillera à obtenir l'autorisation nécessaire à exercer le commerce itinérant (carte rose) conformément à la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le commerce itinérant et son ordonnance d'exécution du 4 septembre 2002.

12. Le présent contrat est conclu pour une durée indéterminée. Il peut être résilié par écrit en tout temps par chacune des parties moyennant un préavis de dix (10) jours.

13. Le droit pour les deux parties de résilier le contrat pour justes motifs au sens de l'article 418r CO est réservé.

14. Les parties reconnaissent qu'à l'échéance du présent contrat elles n'auront plus aucune prétention réciproque. En particulier, l'agent déclare qu'il conclut le présent contrat en pleine connaissance de cause du fait qu'une résiliation conformément aux dispositions des chiffres 7, 13 et 15 est possible et qu'il renonce à tout dédommagement de clientèle à la fin du contrat. Les parties partent du principe que la constitution de la clientèle est pleinement dédommée par les commissions et que la société apporte, par

son travail de développement et son activité de marketing, la contribution décisive au développement de la clientèle de base.

15. Le présent contrat entre en vigueur dès sa signature par le/a conseiller/ère et [...].

16. [...] s'engage à traiter les données personnelles de ses conseillers/ères et des clients conformément aux exigences de la Loi fédérale sur la protection des données. Le/la conseiller/ère en fera de même pour les données personnelles de sa clientèle.

17. Le présent contrat est soumis au droit suisse. Tout litige résultant de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat sera soumis aux tribunaux compétents de Fribourg (Suisse). (...).

Le demandeur percevait des commissions dont le montant variait en fonction de son activité.

Par lettre signature du 10 juin 2005, la défenderesse a adressé au demandeur le courrier suivant:

«(...) Monsieur,

Nous nous référons à notre entretien du 9 juin 2005 dont nous confirmons la teneur comme suit. Pour les raisons que nous avons évoquées, nous mettons un terme immédiat, soit au 9 juin 2005, au contrat de Conseiller qui vous liait à notre société. Par conséquent, vous n'occupez plus de position dans la structure [...]. Vous n'êtes dès lors plus habilité à prendre des contacts professionnels avec des représentant(e)s de notre Société, tant dans les structures de distribution (conseillères et conseillers) que dans les structures opérationnelles (l'ensemble du personnel [...]). Votre décompte final au 9 juin 2005 sera établi à la date habituelle des décomptes de provisions. Nous vous rendons attentif à votre devoir de diligence envers [...] ainsi que sur votre devoir de ne pas divulguer à des tiers des informations relatives à notre Société. Si vous détenez des documents concernant [...] et dont nous sommes propriétaires ou/et auteurs, vous êtes priés de les restituer d'ici au 23 juin 2005. Dans la mesure où des dispositions légales ou contractuelles ou ce qui précède ne serait pas respecté, nous nous réservons de poursuivre la voie légale. (...).

Le demandeur est tombé malade; par certificat médical du 7 octobre 2005, le docteur B., psychiatre et psychothérapeute FMH, a attesté qu'il était en incapacité de travail à 100% pour la période du 9 juin 2005 au 30 novembre 2005. Le 6 octobre 2005, la Caisse cantonale vaudoise de chômage a demandé à la défenderesse de remplir une attestation d'employeur concernant l'activité du demandeur. Le 14 octobre 2005, la défenderesse lui a répondu qu'elle n'avait pas à remplir une telle attestation, ne se considérant pas comme l'employeur du demandeur.

Par demande du 9 février 2006, le demandeur a ouvert action contre la défenderesse concluant au paiement d'un montant de 221 692 fr. Par jugement incident du 3 août 2006, l'intervenante Caisse cantonale de chômage a été autorisée à intervenir dans le procès pour prendre contre la défenderesse une conclusion en paiement de 4453 fr. 70. Après qu'une

requête en déclinatoire de la défenderesse a été rejetée par jugement incident du 5 septembre 2006, l'intervenante a déposé sa demande complémentaire le 6 février 2007, concluant au paiement par la défenderesse de la somme de 4453 fr. Le demandeur a augmenté ses conclusions et conclu au paiement par la défenderesse de la somme de 280 002 fr. A l'audience préliminaire du 20 novembre 2007, une transaction partielle est intervenue, la défenderesse payant à la Caisse cantonale de chômage la somme de 4453 fr. 70 et l'intervenante a été déclarée hors de cause et de procès.

Extraits des considérants:

I.

a) Se fondant sur le contrat conclu avec la défenderesse, qu'il qualifie de contrat de travail, le demandeur plaide que son licenciement immédiat est injustifié et abusif. Il réclame le paiement de son salaire pendant son incapacité de travail, une indemnité pour licenciement immédiat injustifié et une indemnité complémentaire pour tort moral ainsi qu'une indemnité pour vacances non prises.

b) Pour sa part, estimant qu'il s'agit d'un contrat d'agence, la défenderesse dénie toute prétention au demandeur et conclut principalement à l'irrecevabilité de l'action, subsidiairement, au rejet des conclusions prises par le demandeur.

II.

a) Préalablement il convient de qualifier le contrat conclu entre les parties.

La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (ATF 131 III 217 consid. 3, SJ 2005 I 437; ATF 129 III 664 consid. 3.1, rés. in JT 2004 I 60; arrêt du Tribunal fédéral du 28 juin 2006 dans la cause 4C.66/2006 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^{er} 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, JT 2006 I 568; ATF 131 III 606 consid. 4.1, rés. in JT 2006 I 126; ATF 129 III 664 consid. 3.1, rés. in JT 2004 I 60; ATF 129 III 118, consid. 2.5, JT 2003 1144).

Pour interpréter une clause contractuelle selon le principe de la confiance, il convient de partir en premier lieu du texte de ladite clause. En règle générale, les expressions et termes choisis par les cocontractants devront être compris dans leur sens objectif. Un texte clair prévaudra en principe,

dans le processus d'interprétation, contre les autres moyens d'interprétation. Toutefois, il ressort de l'article 18 alinéa 1^{er} CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. En effet, même si la teneur d'une clause contractuelle paraît être à première vue claire, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que son texte ne restitue pas le sens de l'accord convenu (ATF 131 III 606 consid. 4.2, JT 2006 I 126; ATF 130 III 417 consid. 3.2, JT 2004 I 268 et les arrêts cités). Ainsi, le juge peut également prendre en considérations d'autres éléments tels que le comportement des parties, y compris leurs déclarations, avant, pendant et après la conclusion de la convention, de même que les projets de contrat, la correspondance échangée, les usages régnant dans le commerce et les affaires, ainsi que le but du contrat pour les deux parties (WINIGER, Commentaire romand, nn. 32 ss ad art. 18 CO; GAUSCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 8^{ème} éd.; nn. 1212 ss). Les circonstances survenues postérieurement à la conclusion du contrat ne permettent pas de procéder à une telle interprétation, mais constituent, le cas échéant, un indice de la volonté réelle des parties (ATF 129 III 675 consid. 2.3, JT 2004 I 66; ATF 118 II 365 consid. 1, JT 1993 I 362; ATF 107 II 417 consid. 6, JT 1982 I 167).

b) 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^{er} CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (AUBERT, Commentaire romand, n. 1 ad art. 319 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., n. 1 ad art. 319 CO; WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., pp. 57 ss).

Par le contrat d'agence, l'agent s'engage à titre permanent à négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou à en conclure en leur nom et pour leur compte sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a al. 1^{er} CO). Sur le plan juridique, l'agent dispose d'une indépendance qui le distingue du travailleur, soumis à l'employeur par une relation de subordination (DREYER, Commentaire romand, n. 1 ad art. 418a CO; TERCIER/FAVRE/CONUS, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., n. 5699, p. 863; arrêt du Tribunal fédéral du 3 février 2006 dans la cause 4C.359/2005; ATF 129 III 664, rés. in JT 2004 I 60, consid. 3.2 et l'arrêt cité).

En pratique, il est difficile de distinguer entre l'agent et le voyageur de commerce, qui n'est autre qu'un travailleur lié par un contrat individuel de travail de caractère spécial, car tous deux exercent une fonction économique identique. A la différence de l'agent, le voyageur de commerce est lié aux instructions et directives de son employeur. Il peut toutefois se

révéler très libre dans l'organisation de ses trajets et de son temps. A l'inverse, un agent indépendant peut être lié par un contrat contraignant en matière de planification et de fourniture de rapports. Dans le cas précis, le critère de la subordination doit donc être relativisé. Au vu des difficultés pouvant survenir dans l'utilisation du critère de subordination, la doctrine a énuméré un certain nombre de critères additionnels permettant d'écarter une activité indépendante au profit d'un rapport de travail. Globalement énumérés, ces critères peuvent être résumés comme suit: prise en charge du risque économique de l'entreprise, position hiérarchique du travailleur, fourniture par l'employeur du matériel nécessaire à l'exécution du travail, obligation de rendre compte, existence d'un droit aux vacances, d'un temps de repos, d'un horaire de travail, existence d'un temps d'essai et/ou d'un délai de congé, prise en charge des frais de représentation par l'employeur, paiement des cotisations sociales, existence de locaux propres à l'agent, utilisation de papier à en-tête propre à l'agent, inscription au registre du commerce de l'agent, matériel publicitaire propre à l'agent, montant de la provision, existence d'une pluralité de mandants (WYLER, op.cit, pp. 64–65 et les références citées à la note infrapaginale n. 96; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, *Le contrat de travail*, Code annoté, n. 1.1 ad art. 344 CO). Le mode de rémunération n'est pas décisif (SJ 1955 pp. 311 ss, spéc. p. 315; BURNAND, *Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle selon l'art. 418u CO*, thèse Lausanne 1977, p. 27).

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'exposer récemment les critères de distinction d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce (art. 347 ss CO) et d'un contrat d'agence (art. 418a ss CO) (ATF 129 III 664, rés. in JT 2004 I 60). De par la loi, le voyageur de commerce s'engage à négocier ou à conclure des affaires hors de l'établissement pour le compte d'un commerçant tenu de le rémunérer (art. 347 al. 1^{er} CO; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, op.cit., n. 3954, p. 592). Tout comme un travailleur, il se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur. L'agent et le voyageur de commerce sont tous deux des représentants qui doivent établir ou maintenir la liaison entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle (ATF 129 III 664, consid. 3.2, rés. in JT 2004 I 60). Le critère essentiel de distinction réside dans le fait que l'agent exerce sa profession à titre indépendant, de sorte qu'il n'est pas intégré dans l'organisation de l'entreprise du mandant, tandis que le voyageur de commerce se trouve dans un rapport juridique de subordination à l'égard de son employeur (WYLER, op.cit., p. 64 et les références citées à la note infrapaginale n. 94). Parmi les éléments impliquant un lien de subordination, on peut mentionner les limitations imposées au voyageur de commerce d'organiser son travail comme il l'entend et de disposer de son temps à sa guise, alors que l'agent jouit d'une grande liberté à cet égard; à la différence de l'agent, le voyageur de commerce est lié aux instructions et directives de son employeur; l'obligation d'adresser des rapports périodiques à la maison représentée est aussi caractéristique du lien de subordination

dans lequel se trouve le voyageur de commerce. Le fait de visiter un certain nombre de clients ou celui d'avoir à justifier un chiffre d'affaires minimum sont aussi des indices permettant d'en déduire l'existence d'un contrat d'engagement des voyageurs de commerce (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 1.2 ad art. 347 CO). En tous les cas, il convient de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier et de ne pas s'arrêter à une éventuelle désignation erronée des parties. En ce domaine en effet, la dénomination utilisée par les parties pour qualifier leurs relations contractuelles a d'autant moins d'importance qu'il peut être particulièrement tentant de déguiser la nature véritable de la convention pour éluder certaines dispositions légales impératives (ATF 129 III 664 consid. 3.2, rés. in JT 2004 I 60).

c) En l'espèce, la défenderesse, qui soutient que la réelle et commune intention des parties était de se lier par un contrat d'agence et non de travail, se prévaut de la terminologie du contrat, en particulier de la dénomination d'agent et des références aux articles 418a et 418r CO. A teneur dudit contrat, le demandeur était rémunéré exclusivement sur la base de commissions (art. 4); il disposait d'une entière liberté pour s'organiser et gérer son emploi du temps (art. 6); il exerçait son activité à ses propres risques (art. 7); il était libre de travailler dans un autre secteur ou au service d'une autre société (art. 8). Aussi explicite soit-il, le texte du contrat n'est pas décisif. Au-delà des termes utilisés, il faut considérer les circonstances de fait qui entourent le contenu de ce contrat et la réalité de son exécution. Seul un examen détaillé des circonstances du cas particulier permet de qualifier les relations contractuelles liant les parties.

La défenderesse soutient en particulier que l'activité du demandeur ne doit pas être considérée comme un emploi à plein temps. Elle estime que, s'il est vrai que la possibilité du demandeur d'exercer des occupations annexes se trouvait réduite du fait qu'il cherchait à développer un volume d'affaires très important pour augmenter le revenu que lui versait la défenderesse, ceci ne saurait inférer qu'il était employé à plein temps. Elle plaide de surcroît que le demandeur ne devait effectuer des tâches administratives que durant huit heures hebdomadaires, et qu'il animait simplement des groupes à côté, fixant librement son emploi du temps. A cet égard, le témoin R., qui occupe la même position que le demandeur, a certes estimé à huit heures par semaine, en moyenne, les tâches d'ordre administratif; elle a toutefois précisé que c'était sans compter les réunions. On ne saurait inférer de ce qui précède que le demandeur ne travaillait pas à plein temps pour la défenderesse, mais simplement qu'une partie de son activité était purement administrative. Il est établi que le demandeur, en tant que «leader», consacrait son activité à plein temps pour la défenderesse et n'exerçait pas d'autre occupation; peu importe dès lors, qu'il n'ait pas eu à respecter un horaire précis.

La défenderesse plaide également qu'il n'y avait pas de hiérarchie au sens fonctionnel du terme. Il est établi que le demandeur occupait une posi-

tion dirigeante, puisqu'il supervisait quelque cent nonante personnes, composant près de quinze groupes. En outre, il est avéré que les membres de ces groupes étaient liés contractuellement à la défenderesse; le demandeur ne pouvait pas résilier le contrat de ses conseillers et n'avait aucune influence sur leur rémunération. Ces éléments mettent en évidence la structure hiérarchisée de la défenderesse et attestent d'un rapport de subordination entre elle et les collaborateurs.

La défenderesse soutient encore que le demandeur était indépendant, notamment parce qu'il recevait des conseils limités à des considérations de politique commerciale générale de sa part et que ces conseils n'ont rien de caractéristique d'une situation de dépendance; toutefois, cela n'est pas allégué ni prouvé et ne saurait ainsi être retenu.

Il convient en revanche de retenir que le demandeur ne se comportait pas en indépendant. Il n'a pas sollicité son inscription au registre du commerce, ni ne disposait de sa propre infrastructure; il n'a pas fourni lui-même du matériel et il n'est pas allégué, ni même établi, qu'il utilisait son propre papier à en-tête ou encore qu'il ait eu son matériel publicitaire propre. De plus, au regard des institutions de l'AVS, comme l'a révélé l'expertise, il a été assimilé à une personne exerçant une activité lucrative dépendante. Le fait que les conseillers de la défenderesse soient rémunérés à la commission ne constitue pas un critère décisif.

La défenderesse relève finalement que les conseillers peuvent facilement mettre fin au contrat qui les lie à elle et que le demandeur exerçait son activité à ses propres risques. Toutefois, au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, ces éléments ne sont que des indices qui ne sauraient être à eux seuls déterminants.

Sur le vu de ce qui précède, il faut conclure que le demandeur exerçait une activité subordonnée et dépendante, par définition incompatible avec un contrat d'agence, et que le contrat en cause correspondait à un contrat de travail au sens des articles 319 et suivants CO.

III.

a) Selon l'article 337 alinéa 1^{er} 1^{ère} phrase CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat de travail en tout temps pour de justes motifs. Doivent notamment être considérées comme tels toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive (arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2008 dans la cause 4A_454/2007 consid. 2.1; ATF 130 III 213 consid. 3.1, JT 2004 I 223; ATF 127 III 351 consid. 4a, rés. in JT 2001 I 369; WYLER, op.cit., p. 490; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 7 in fine ad art. 337 CO et les références citées à la note infrapaginale n. 5). D'après la jurisprudence, les faits invoqués à l'appui d'un renvoi immédiat doivent avoir entraîné la perte du rapport de confiance qui consti-

tue le fondement du contrat de travail. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2008 dans la cause 4A_454/2007 précité consid. 2.1; ATF 130 III 213 consid. 3.1; JT 2004 I 223; ATF 129 III 380 consid. 2.1). Il ne suffit pas que les rapports de confiance entre les parties soient subjectivement détruits. Encore faut-il qu'objectivement, selon les règles de la bonne foi, l'on ne puisse plus attendre de la partie qui a donné le congé la continuation des rapports de travail jusqu'à l'échéance du contrat (AUBERT, op.cit., n. 2 ad art. 337 CO).

La notion de justes motifs est une notion de droit, examinée librement par le juge (ATF 108 II 444, rés. in JT 1983 I 219), lequel applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Le juge doit prendre en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des manquements (arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2008 dans la cause 4A_454/2007 consid. 2.1; ATF 130 III 28 consid. 4.1, rés. in JT 2004 I 63; ATF 127 III 351 consid. 4a, rés. in JT 2001 I 369; ATF 116 II 145 consid. 6a, JT 1990 I 578; AUBERT, op.cit., n. 3 ad art. 337 CO; WYLER, op.cit., p. 491). Le comportement des cadres doit être apprécié avec une rigueur accrue en raison du crédit particulier et de la responsabilité que leur confère leur fonction dans l'entreprise. L'employeur a en effet un intérêt particulier à pouvoir se fier à la rectitude absolue du travailleur lorsque celui-ci exerce une fonction à responsabilités où il devrait être à même d'agir seul, sans le contrôle de son employeur (ATF 130 III 28 consid. 4.1, rés. in JT 2004 I 63; arrêt du Tribunal fédéral du 13 septembre 2002 dans la cause 4C.178/2002 consid. 1.1; ATF 127 III 86 consid. 2c, rés. in JT 2001 I 160; STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag, Praxiskommentar* 319–362 OR, 6^{ème} éd., n. 8 ad art. 337 CO; STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, n. 8 ad art. 321a CO et n. 22 ad art. 337 CO; REHBINDER, *Berner Kommentar*, n. 8 ad art. 337 CO). En principe, seuls les motifs invoqués par l'employeur au moment du licenciement immédiat sont déterminants pour apprécier le caractère justifié ou injustifié du congé. Sous certaines conditions restrictives, l'employeur peut néanmoins, pour justifier un congé immédiat, se prévaloir des circonstances qui existaient au moment de la déclaration de licenciement, mais qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître (arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2006 dans la cause 4C.23/2006 consid. 4.1; ATF 127 III 310 consid. 4a, rés. in JT 2001 I 367 et les réf. citées). Il faut néanmoins en principe que ce nouveau motif se trouve en étroite corrélation avec le motif déjà invoqué ou qu'il forme un tout avec ce dernier, étant précisé que la validité des motifs indiqués pour justifier une résiliation immédiate doit de manière générale être appréciée selon les règles de la bonne foi (ATF 121 III 467 consid. 4b et 5a, rés. in JT 1996 I 381 et les arrêts cités). Ainsi, dans un tel

cas, il faut se demander si les circonstances antérieures, non invoquées au moment du licenciement immédiat, auraient pu conduire l'employeur, s'il les avait connues, à admettre que le rapport de confiance était rompu et à résilier le contrat de travail avec effet immédiat. Cependant, des faits postérieurs au licenciement immédiat ne sauraient être pris en considération (arrêt du Tribunal fédéral du 4 mai 2006 dans la cause 4C.23/2006, consid. 4.1; ATF 127 III 310 consid. 4a, rés. in JT 2001 I 367 et les réf. citées).

b) Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail (ATF 130 III 213 consid. 3.1, JT 2004 I 223; ATF 130 III 28 consid. 4.1, rés. in JT 2004 I 63; ATF 127 III 351 consid. 4a, rés. in JT 2001 I 369), comme par exemple le devoir de fidélité (ATF 121 III 467 consid. 4d, rés. in JT 1996 I 381).

D'autres incidents peuvent aussi justifier une résiliation immédiate (ATF 129 III 380 consid. 2.2). En général, une manifestation de malhonnêteté caractérisée suffit à rompre définitivement les rapports de confiance entre les parties. Il en va ainsi des détournements, des soustractions d'objets ou des vols, des mensonges et de la falsification de pièces, des capacités de travail simulées, des indiscretions visiblement dommageables, de la concurrence faite à l'employeur, de l'acceptation de pots-de-vin, des comportements violents comme les injures, les menaces ou les voies de fait ou encore des infractions suffisamment graves commises au détriment de tiers (AUBERT, op.cit., n. 6 ad art. 337 CO). En revanche, les autres manquements du salarié, comme les arrivées tardives, les courtes absences, les vacances prolongées unilatéralement, le refus d'exécuter une tâche assignée ou une exécution négligente ou insatisfaisante du travail constituent en général des manquements de gravité moyenne, voire légère, de sorte qu'ils ne justifient un licenciement immédiat qu'après un ou plusieurs avertissements (AUBERT, op.cit., n. 7 ad art. 337 CO et les réf. citées).

C'est à l'employeur qu'il incombe de prouver l'existence de justes motifs (arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2008 dans la cause 4A_454/2007, consid. 2.1; ATF 130 III 213 consid. 3.2 in fine, JT 2004 I 223; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 13 ad art. 337 CO).

Le dépôt d'une plainte pénale par l'employeur et les soupçons sérieux qu'il pourrait nourrir à l'endroit du travailleur ne suffisent pas pour fonder un motif de renvoi immédiat, car il s'agit de circonstances unilatérales qui ne dispensent pas celui qui invoque les justes motifs d'établir la réalité objective des faits dont il se prévaut. De manière générale, celui qui résilie en se fondant sur un soupçon ou une forte suspicion prend le risque de ne pas pouvoir démontrer que ledit soupçon ou ladite suspicion s'est finalement avéré justifié. Un licenciement immédiat ne peut être justifié lorsque, au terme de la procédure probatoire civile, il s'avère que le reproche est finalement infondé, même si les circonstances permettaient de retenir le soupçon ou la forte suspicion. En outre, lorsqu'une condamnation pénale n'a aucun rapport avec la relation de travail, elle appartient à la sphère

privée du travailleur. Elle ne constitue donc pas un motif de licenciement immédiat, dans la mesure où elle n'est pas publique et ne porte pas gravement atteinte à la réputation ou fonctionnement de l'entreprise (WYLER, op.cit., p. 495 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 1818, 1819 et 1821).

d) La défenderesse a motivé en l'occurrence le licenciement immédiat du demandeur par des soupçons de harcèlement sexuel.

Avant les éléments datant du mois de mai 2005, portés à la connaissance des autorités pénales, aucune suspicion de harcèlement sexuel n'avait été évoquée par la défenderesse. Les plaintes émanant de certaines conseillères en été 2004, suite à une présentation d'articles au lac [...], n'avaient aucun rapport avec le comportement intime du demandeur. Elles avaient uniquement trait à son style de management, de «coaching», et aux appréciations qu'il portait sur certaines de ses collègues.

L'enquête pénale a, quant à elle, révélé que les événements du mois de mai 2005 s'étaient déroulés en dehors du cadre professionnel, après une séance, dans la voiture du demandeur, que les protagonistes étaient pour l'essentiel consentantes et que leur attitude était pour le moins équivoque.

Dans ces circonstances, la défenderesse n'a pas établi l'existence de justes motifs de licenciement immédiat.

Faisant une application analogique au contrat d'agence, la défenderesse estime également qu'elle avait le devoir de protéger ses collaborateurs, en particulier ses conseillères, et par conséquent qu'elle devait licencier le demandeur, conformément à l'article 328 CO qui prévoit que l'employeur protège et respecte dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur [...], et qu'en particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement [...]. Elle soutient que si elle n'avait pas réagi, cela aurait pu lui être reproché.

A cet égard, il convient de préciser que selon la jurisprudence, l'obligation de l'article 328 alinéa 1^{er} CO impose à l'employeur de prendre des mesures adéquates si la personnalité du travailleur fait l'objet d'atteintes notamment de la part des autres membres du personnel (ATF 127 III 351, rés. in JT 2001 I 369). En l'espèce, l'on constate d'abord que les actes reprochés au demandeur ont eu lieu en dehors de son travail, soit dans le cadre de sa sphère privée, et qu'ensuite la défenderesse, devant prendre une mesure adéquate, aurait dû à tout le moins d'abord établir la réalité des faits avant de procéder au licenciement immédiat du demandeur. Elle ne peut par conséquent se fonder sur l'article 328 CO pour justifier le licenciement immédiat du demandeur.

Jugement communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 27 février 2009 (A noter que le recours en matière civile interjeté par la demanderesse contre ce jugement a été rejeté par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 6 avril 2010 4A_245/2009)

328 CO. Le mobbing se distingue par son caractère sournois. Les propos et agissements hostiles se cachent sous des attitudes qui ont souvent l'apparence de la normalité: les attaques ne sont pas virulentes, mais au contraire de faible intensité. Seule la répétition de ces actes leur donne un caractère hostile. Si l'exclusion de la victime de son poste de travail est souvent le but recherché par les auteurs du harcèlement psychologique, elle ne constitue pas un élément nécessaire à son existence (c. III.a).

Constituent, par exemple, des propos et agissements hostiles: empêcher la victime de s'exprimer et de communiquer; l'isoler; la déconsidérer et la ridiculiser; lui attribuer de nouvelles tâches sans même la consulter; lui donner des tâches nettement inférieures ou nettement supérieures à ses compétences pour la discréditer (c. III.a).

Depuis quelques années, les accusations de mobbing sont devenues fréquentes, la jurisprudence tend à se multiplier et le phénomène a été reconnu par les tribunaux. L'examen de la jurisprudence indique cependant que les exigences en matière de preuve sont strictes, le faisceau d'indices exigé par le Tribunal fédéral devant être non seulement convergent, mais aussi probant (c. III.a).

Extraits des faits:

Par demande du 26 septembre 2001, T. a conclu, avec dépens, que la Commune de [...] soit reconnue sa débitrice d'un montant de 200 000 fr., plus intérêt. Par jugement du 1^{er} décembre 2004, la Cour civile a rejeté les conclusions prises par la demanderesse. Le 4 mai 2005, la demanderesse a recouru en nullité contre ce jugement auprès de la Chambre des recours du Tribunal cantonal. Par arrêt du 4 juillet 2005, celle-ci a rejeté ce recours. La demanderesse a déposé contre cet arrêt un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral, où elle a conclu à l'annulation de l'arrêt attaqué, invoquant l'arbitraire, l'interdiction du formalisme excessif et un défaut de motivation.

Par arrêt du 21 février 2006, le Tribunal fédéral a admis le recours de la demanderesse et annulé l'arrêt attaqué (arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2006 dans la cause 4P.329/2005). Il a en particulier considéré ce qui suit: «3.4 (...) l'art. 4 al. 2 CPCND institue une exception dans les causes soumises à la maxime des débats permettant au juge de tenir compte de faits ressortant d'une expertise, même si ceux-ci n'ont pas été allégués par les parties. (...) 3.5 (...) la Chambre des recours ne pouvait, sans tomber dans l'arbitraire, confirmer la décision de la Cour civile qui excluait

l'existence d'actes de harcèlement psychologique contrairement aux conclusions de l'expertise, au motif que l'experte s'était fondée sur des faits résultant des seules déclarations de la demanderesse, qui n'étaient ni alléguées ni prouvées. Si les juges éprouvaient des doutes au sujet des conclusions de l'expertise, il leur appartenait, conformément à la jurisprudence précitée (cf. supra consid. 3.2), d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper leurs hésitations. Ils ne pouvaient se retrancher derrière une application stricte de la maxime des débats, alors qu'il s'agissait d'apprécier le bien-fondé d'une expertise écrite, dans un cas où le législateur cantonal a lui-même laissé, par le biais de l'art. 4 al. 2 CPCND, la possibilité au juge de s'écarter du principe de l'allégation. (...)».

Parallèlement au recours en nullité cantonal, la demanderesse a interjeté un recours en réforme au Tribunal fédéral contre le jugement de la Cour civile. Par arrêt du même jour, le Tribunal fédéral a admis le recours en réforme, annulé le jugement de la Cour civile et renvoyé la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants (arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2006 dans la cause 4C.201/2005). Il a notamment estimé ce qui suit: «3. (...) il n'y a pas lieu d'entrer plus avant sur l'éventuel caractère abusif du congé donné en raison de l'incapacité de travail de la demanderesse. Il n'est toutefois pas exclu qu'un tel abus puisse être admis (cf. ATF 125 III 70 consid. 2a p. 72 s.), si les juges retiennent, après investigations complémentaires, que l'ancienne boursière a été victime de mobbing à l'origine de l'atteinte à sa santé durant son activité auprès de la défenderesse (cf. arrêt 4P.32912005 précité). (...). 6.3 (...) Dans les rapports externes, la solution est celle du concours d'actions, ce qui signifie que la victime peut en principe agir contre un seul des responsables et exiger de lui la réparation de tout le préjudice (cf. art. 144 CO). En d'autres termes, la responsabilité d'une personne n'est pas diminuée à l'égard du lésé du fait qu'un tiers se trouve aussi responsable du même dommage. La distinction entre solidarité parfaite et imparfaite n'a pas d'incidence sur l'étendue de la responsabilité des différents débiteurs du lésé. Celui-ci peut rechercher chacun d'eux aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement désintéressé (consid. 2.1.2 non publié de l'ATF 131 III 606; ATF 114 II 342 consid. 2b). La personne recherchée ne peut en principe opposer le fait qu'un tiers répond également du même dommage (ATF 130 III 591 consid. 5.5.1 et les arrêts cités). Ce principe ne souffre d'exceptions que lorsque le fait du tiers interrompt la relation de causalité adéquate entre l'acte du défendeur et le dommage ou lorsqu'il peut engager le lésé conformément à l'art. 44 al. 1 CO; tel est le cas lorsque la faute provient d'un auxiliaire dont le lésé répond en vertu de l'art. 101 al. 1 CO (ATF 131 III 591 consid. 5.5.1; consid. 5a non publié de l'ATF 125 III 223). Selon ces principes, il n'appartient pas au lésé de démontrer, en cas de concours d'actions, que la personne qu'il recherche est seule responsable du dommage. En rejetant les prétentions en dommages-intérêts de la demanderesse, parce qu'il n'était pas établi que la défenderesse serait la seule respon-

sable de l'invalidité de son ancienne boursière ni quelle serait la part de responsabilité de chacun des deux employeurs, la cour cantonale a donc méconnu les règles régissant le concours d'actions dans le cadre des rapports externes. Par ailleurs, les faits retenus ne font apparaître aucune circonstance qui permettrait d'en inférer que le comportement de la banque pourrait avoir rompu le lien de causalité adéquate entre les actes constitutifs de harcèlement psychologique dont les juges admettent l'existence dans leur argumentation subsidiaire et l'invalidité de l'ancienne boursière. Enfin, comme la banque n'est pas un auxiliaire de la demanderesse, cette dernière n'a pas à répondre de ses actes en vertu de l'art. 101 al. 1 CO. (...).

A l'occasion d'une audience d'instruction et de conciliation tenue le 5 septembre 2006 par le Juge instructeur, les parties se sont réformées pour alléguer des faits en relation avec la violation de l'article 328 CO, préten due par la demanderesse et en relation avec le dommage prétendu. Dans son procédé complémentaire du 6 novembre 2006, la demanderesse a aug menté, avec suite de frais et dépens, les conclusions de sa demande, «à concurrence de CHF 240 000.– (deux cent quarante mille francs) avec intérêts [...]».

Dans le cadre de l'instruction complémentaire, après réforme, une expertise comptable a été confiée à J., expert-comptable diplômé. Celui-ci a déposé son rapport le 29 février 2008. A la suite du dépôt de ce rapport, la demanderesse a réduit, par courrier du 9 avril 2008, ses conclusions au montant de 220 000 fr. avec intérêts. Par ailleurs, une expertise médicale a été confiée au docteur X., spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie L'expert a déposé son rapport le 23 juillet 2008.

Extraits des considérants:

I.

a) La demanderesse soutient que son licenciement est abusif au sens de l'article 336 CO (cf. infra consid. II). Elle fait également valoir que son invalidité actuelle est la conséquence de la violation par la défenderesse de ses obligations contractuelles (cf. infra consid. III). Elle lui reproche en substance des actes de harcèlement psychologique, communément appelés «mobbing». La demanderesse estime dès lors que la responsabilité de la défenderesse est engagée et peut faire l'objet de prétentions en réparation dans le cadre d'une action civile.

La défenderesse conteste tout comportement de harcèlement à l'égard de la demanderesse et prétend que celle-ci a été licenciée en raison de graves fautes professionnelles.

b) La Cour civile est amenée à statuer à la suite d'un arrêt de renvoi du Tribunal fédéral. Celui-ci ayant été prononcé le 21 février 2006 – soit antérieurement au 1^{er} janvier 2007, date de l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) – c'est la loi fédérale

d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (ci-après: OJ) qui trouve application. L'article 66 alinéa 1^{er} OJ prévoit que l'autorité cantonale est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. La juridiction cantonale n'est donc libre de sa décision que sur les points qui n'ont pas été tranchés par l'arrêt de renvoi ou dans la mesure où elle se fonde sur des faits complémentaires établis postérieurement à cet arrêt (ATF 133 III 201 consid. 4.2, rés. in JT 2008 I 106; ATF 131 III 91, rés. in JT 2004 I 444; POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, volume II, 1990, n. 1.3.2 ad art. 66 OJ).

II.

Dans son premier jugement, la Cour civile a considéré que le licenciement ne constituait pas un congé-modification abusif au sens de l'article 336 alinéa 1^{er} lettre d CO. Ce point n'a pas été remis en cause par le Tribunal fédéral (arrêt du 21 février 2006 dans la cause 4C.201/2006 consid. 3) et est définitivement acquis.

En revanche, le Tribunal fédéral, tout en considérant qu'il n'y avait «pas lieu d'entrer plus avant sur l'éventuel caractère abusif du congé donné en raison de l'incapacité de travail de la demanderesse» n'a «toutefois pas exclu qu'un tel abus puisse être admis (...), si les juges retiennent, après investigations complémentaires, que l'ancienne boursière a été victime de mobbing à l'origine de l'atteinte à sa santé durant son activité auprès de la défenderesse (...)» (arrêt du 21 février 2006 dans la cause 4C.201/2006 consid. 3). Peut en effet être abusif le congé qui intervient à la suite d'une baisse des prestations du travailleur qui est la conséquence d'un mobbing (ATF 125 III 70 consid. 2a). Il y a dès lors lieu d'examiner si la demanderesse a été victime de harcèlement psychologique; dans la négative, un licenciement abusif sera d'emblée exclu.

III. a) Les actes de mobbing sont prohibés par l'article 328 alinéa 1^{er} in initio CO, qui dispose que 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'employeur qui n'empêche pas que son employé subisse des actes de mobbing contrevient à cette disposition (arrêt du Tribunal fédéral du 20 mars 2006 dans la cause 4C.320/2005 consid. 2.1; ATF 125 III 70 consid. 2a). La protection prévue par cette disposition est particulièrement importante en raison du rapport de subordination, lequel peut engendrer une dépendance psychologique et économique du travailleur qui pourrait l'empêcher de réagir aux atteintes à sa personnalité, de peur de représailles (WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., p. 291).

Le législateur fédéral n'a pas consacré de disposition légale spécifique au harcèlement psychologique sur le lieu de travail. Cette notion demeure donc en droit suisse le résultat de commentaires doctrinaux et de décisions jurisprudentielles (DUNAND, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, RJN 2006, pp. 13 ss, spéc. pp. 18 s.).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le harcèlement psychologique se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 c. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral du 31 mai 2005 dans la cause 4C.109/2005 consid. 4; WYLER, *op.cit.*, p. 323). Cette définition, qui est assez large, est susceptible d'être affinée et précisée. Il est utile de se pencher sur ses diverses composantes (DUNAND, *op.cit.*, p. 20).

Le mobbing se distingue par son caractère sournois. Les propos et agissements hostiles se cachent sous des attitudes qui ont souvent l'apparence de la normalité: les attaques ne sont pas virulentes, mais au contraire de faible intensité. Seule la répétition de ces actes leur donne un caractère hostile. La victime est souvent placée dans une situation où chaque acte pris individuellement, auquel un témoin a pu assister, peut éventuellement être considéré comme supportable alors que l'ensemble des agissements constitue une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle de la personne visée (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.1 arrêt du Tribunal fédéral du 31 mai 2005 dans la cause 4C.109/2005 consid. 4; DUNAND, *op.cit.*, pp. 20 ss; WAEBER, *Le mobbing ou harcèlement psychologique au travail, quelles solutions?*, in *AJP* 1998, pp. 792 ss spéc. p. 795).

Un auteur (LEYMANN, *Mobbing, la persécution au travail*, Paris 1996, pp. 28–29) a proposé une liste d'agissements constitutifs de harcèlement psychologique, dont on donnera les exemples suivants: empêcher la victime de s'exprimer (l'interrompre constamment) et de communiquer; l'isoler; la déconsidérer et la ridiculiser auprès de ses collègues; lui attribuer de nouvelles tâches sans même la consulter; lui donner des tâches nettement inférieures ou nettement supérieures à ses compétences pour la discréditer (DUNAND, *op.cit.*, p. 20). Il peut également s'agir d'actes banals, comme ne pas saluer quelqu'un, l'interrompre, ne pas tenir compte de ce qu'il dit ou terminer une conversation au moment où il veut y prendre part (WAEBER, *op.cit.*, p. 795).

Ce n'est pas l'intensité des actes ou propos, mais le caractère répétitif qui fonde le caractère répréhensible du mobbing (arrêt du Tribunal fédéral du 20 juin 2003 dans la cause 2P.207/2002 consid. 4.3.2; DUNAND, *op.cit.*, p. 21).

Plus que les intentions du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant. On sait que le harcèlement a souvent des conséquences graves. Il provoque non seulement une réduction significative, puis un anéantissement de la capacité de travail, mais aussi des souffrances importantes qui entraînent des problèmes médicaux, sociaux et familiaux, pouvant amener à la dépression, aux idées suicidaires, aux toxico-dépendances et à l'invalidité

(DUNAND, op.cit., p. 23). Si l'exclusion de la victime de son poste de travail est souvent le but recherché par les auteurs du harcèlement psychologique, elle ne constitue ainsi pas un élément nécessaire à son existence (WAEBER, op.cit., p. 792).

Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, le cas échéant sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant d'un rapport de travail, ou encore du fait qu'un supérieur hiérarchique n'aura pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral du 24 novembre 2006 dans la cause 4C.237/2006 consid. 3 et la référence citée; WYLER, op.cit., p. 323).

Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents, mais aussi garder à l'esprit qu'il peut n'être qu'imaginaire ou même être allégué abusivement pour tenter de se protéger contre des remarques et mesures pourtant justifiées (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 c. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral du 20 mars 2006 dans la cause 4C.320/2005 consid. 2.1; arrêt du Tribunal fédéral du 11 août 2005 dans les causes 2P.57 et 58/2005 consid. 6.2.1; WYLER, op.cit., p. 323). Depuis quelques années, les accusations de mobbing sont devenues fréquentes, la jurisprudence tend à se multiplier et le phénomène a été reconnu par les tribunaux. L'examen de la jurisprudence indique que les exigences en matière de preuve sont strictes, le faisceau d'indices exigé par le Tribunal fédéral devant être non seulement convergent, mais aussi probant. D'ailleurs, tout conflit interpersonnel au sein d'une entreprise ne relève pas nécessairement du mobbing (WYLER, op.cit., p. 324).

La violation des obligations prévues à l'article 328 CO entraîne la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO) de l'employeur pour le préjudice matériel et/ou, aux conditions fixées par l'article 49 alinéa 1^{er} CO, pour le tort moral causé au travailleur (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.3; ATF 130 III 699 consid. 5.1, rés. in JT 2006 I 193; DUNAND, op.cit., p. 39). Pour justifier l'allocation d'une indemnité pour tort moral fondée sur l'article 49 alinéa 1^{er} CO, il ne suffit pas que le tribunal constate une violation de l'article 328 CO; il faut encore que l'atteinte ait une certaine gravité objective et qu'elle ait été ressentie par la victime, subjectivement, comme une souffrance morale suffisamment forte pour qu'il apparaisse légitime qu'une personne dans ces circonstances s'adresse au juge pour obtenir réparation (arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 2007 dans la cause 4A_128/2007 consid. 2.3; ATF 130 III 699 consid. 5.1, rés. in JT 2006 I 193; DUNAND, op.cit., p. 42).

b) Dans son premier jugement, la Cour civile a notamment estimé ce qui suit par rapport aux actes de harcèlement dont la demanderesse se dit victime:

«Il ressort de l'expertise [...] plusieurs comportements répétitifs et d'une certaine durée imputables à la défenderesse, qui, s'ils étaient établis, seraient constitutifs de mobbing. Ces comportements n'apparaissent en revanche pas dans la procédure et n'ont jamais été allégués par la demanderesse. (...) En conséquence, il y a lieu d'écarter les conclusions de l'expert, qui admet que la demanderesse a été victime de mobbing, dans la mesure où elles sont uniquement fondées sur des faits résultant des seules déclarations de la demanderesse.»

Dans l'arrêt rendu à la suite du recours de droit public (arrêt du Tribunal fédéral du 21 février 2006 dans la cause 4P.329/2005, consid. 3.4 et 3.5), le Tribunal fédéral a considéré qu'en application de l'article 4 alinéa 2 CPC, il y avait lieu «de tenir compte de faits ressortant d'une expertise, même si ceux-ci n'ont pas été allégués par les parties» et que «si les juges éprouvaient des doutes au sujet des conclusions de l'expertise, il leur appartenait, (...), d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper leurs hésitations».

A la suite des deux arrêts du Tribunal fédéral du 21 février 2006 (4P.329/2005 et 4C.201/2005), les parties se sont réformées pour alléguer des faits en relation avec la violation de l'article 328 CO prétendue par la demanderesse et en relation avec le dommage prétendu. Dans le cadre de l'instruction complémentaire, des preuves complémentaires ont été ordonnées et administrées, des témoins ont été entendus et deux expertises effectuées.

Dans son rapport, l'expert X. confirme l'existence de troubles invalidants dont souffre la demanderesse et du lien de causalité entre les actes éventuellement constitutifs de harcèlement et l'invalidité. En particulier, l'expert réfute les allégations de la défenderesse selon lesquelles la demanderesse souffrirait d'un certain nombre d'affections psychologiques voire psychiatriques antérieures ou indépendantes de celles résultant de la détérioration des relations de travail – ce dont la défenderesse a pris acte dans son mémoire de droit.

En revanche, l'expert X. ne se prononce pas sur la réalité des actes de mobbing. Il relève certes que la demanderesse n'a jamais présenté et ne présente pas un contact faussé avec la réalité, induisant des troubles du jugement, mais considère qu'un complément d'enquête et des preuves complémentaires sont nécessaires pour confirmer ou infirmer les conclusions de la doctoresse B. et les opinions des médecins traitants qui ont eu à examiner la demanderesse, au sujet des mauvais traitements subis. L'expert précise encore qu'«un complément d'enquête et des preuves complémentaires – demandées par le Tribunal fédéral et nécessaires, à [son] avis – prouveront si oui ou non le harcèlement psychologique a été réel ou pas». Il résulte ainsi de l'expertise X. que l'expertise B. et les opinions des

médecins traitants ayant examiné la demanderesse ne suffisent pas à faire la preuve de l'existence d'actes de harcèlement et qu'en définitive, celle-ci doit ressortir de l'appréciation des preuves complémentaires apportées, soit essentiellement des témoignages.

Il s'agit par conséquent d'apprécier les faits relevés dans l'expertise B. à la lumière des preuves apportées dans le cadre de l'instruction complémentaire. Il en ressort ce qui suit:

- il est établi que la demanderesse n'a pas été informée qu'elle allait devoir collaborer avec un comptable et a été mise devant le fait accompli. La légitimité de l'intervention de L., bon connaisseur du fonctionnement des bourses communales, est toutefois avérée, compte tenu du caractère toujours plus complexe des comptes pour laquelle la demanderesse n'avait plus le niveau nécessaire. En outre, il n'est pas établi que la défenderesse ait cherché à évincer la demanderesse pour placer L. à son poste. En définitive, le fait de ne pas avoir informé la demanderesse de l'intervention d'un soutien est certes maladroît, mais ne constitue pas pour autant un acte de harcèlement;
- des tensions entre L. et la demanderesse sont avérées. Il en va de même entre la secrétaire municipale et la demanderesse, auxquelles la Municipalité a demandé de rétablir une meilleure communication. Il n'y a cependant pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail (cf. supra consid. III/a);
- pour le surplus, l'instruction complémentaire n'a pas permis d'établir que la demanderesse aurait été insensiblement mise à l'écart. La situation s'est détériorée en raison de l'attitude agressive de la demanderesse à l'égard des collègues municipaux du témoin G. et c'est du fait de ces tensions que tout le monde s'est éloigné l'un de l'autre. Il est certes regrettable qu'aucune mesure n'ait été prise de part et d'autre pour réduire ces tensions, le témoin G. ayant cependant joué le rôle de tampon et cherché à arranger les choses. Cela ne suffit cependant pas à constituer du harcèlement, tel que défini par la jurisprudence.

On pourrait en revanche voir un acte visant à isoler la demanderesse dans le fait que celle-ci n'a plus été convoquée à l'établissement du budget. Toutefois, il ressort de l'instruction complémentaire que c'est la Commission des finances – qui n'est pas l'auxiliaire de l'employeur – qui a demandé que celle-ci ne soit plus convoquée afin d'éviter des tensions. De même, si la demanderesse n'a plus été invitée aux sorties de fin d'année de la Municipalité, elle n'a toutefois pas été empêchée d'y participer. Il semble au demeurant que cela s'explique par le fait que la demanderesse avait «arrêté de cotiser à la cagnotte». Enfin, la demanderesse n'a plus pu prendre le courrier concernant la bourse communale à la poste. Ces quelques indices – trouvant au reste le plus souvent une explication – sont insuffisants pour établir le mobbing;

- au nombre des actes de harcèlement, l'expert B. relève encore l'«intervention directe de l'employeur auprès du médecin traitant pour vérifier un certificat médical». L'instruction complémentaire a effectivement permis d'établir une intervention de la défenderesse auprès du médecin traitant de son employée; les circonstances en sont toutefois inconnues. Une telle intervention se justifie du fait de l'absence prolongée de la demanderesse. Au demeurant, il est vraisemblable que le courrier de la défenderesse au D^f D. du 19 septembre 2000 constitue l'intervention dont il est question ici. Si tel devait être le cas, on constate au contraire un réel souci de la défenderesse de ne pas porter atteinte à la santé de la demanderesse;
- enfin, l'instruction complémentaire n'a pas permis d'établir les autres agissements énumérés dans l'expertise B., soit qu'«à de nombreuses reprises, M^{me} T. s'est vu refuser le droit à des explications. Son travail a été critiqué sans qu'elle puisse se justifier. Elle a subi des menaces verbales. Sa présence a été ignorée. Elle s'est vue régulièrement rejetée. Diverses propositions ou remarques écrites de sa part n'ont simplement pas été prises en considération», ni que «M^{me} T. s'est trouvée à plusieurs reprises humiliée devant des tiers. Le fait de lui retirer certaines tâches pouvait laisser croire à des manquements de sa part» ou encore que «M^{me} T. s'est vu retirer certaines tâches sans explication. Elle a été empêchée d'accomplir une tâche pour se le voir reprocher ensuite. Elle n'a pas reçu de consignes suffisantes à l'accomplissement de certaines tâches et s'est ainsi vue poussée à l'erreur».

Comme on l'a vu, le licenciement de la demanderesse ne constitue pas un congé-modification abusif (cf. premier jugement). La demanderesse soutient que le contrat qui lui a été remis pour signature le 27 mars 2000 constitue en outre un acte de harcèlement. Dans son premier jugement, la Cour civile a considéré que la décision de la Municipalité n'était pas matériellement injustifiée puisqu'elle pensait de bonne foi qu'une activité à 60% ne correspondait pas au taux d'activité réel de sa boursière. Elle se fondait sur la présence de la demanderesse au bureau communal qui ne correspondait pas à un taux d'activité de 60%. D'un autre côté, il est prouvé que la demanderesse exécutait globalement toutes ses tâches, quand bien même elle avait parfois du retard. L'instruction complémentaire n'a pas remis en cause cette appréciation, les témoins se contentant d'expliquer que la demanderesse avait ressenti durement le court délai qui lui était laissé pour signer. Dès lors, en souhaitant adapter la relation contractuelle à la réalité, la défenderesse n'a pas exercé du mobbing en soumettant à la demanderesse ce contrat à signer dans un délai relativement bref.

Enfin, le refus de donner du travail à la demanderesse lorsqu'elle s'est présentée à son ue à un employeur le 9 septembre 2000 est en théorie susceptible de constituer une atteinte à la personnalité. Dans le cas d'espèce toutefois, il est établi, sur la base du témoignage de S., que la

mise en congé de la demanderesse est dangement du système informatique de la commune. La défenderesse avait ainsi un motif valable, qui justifiait objectivement la mise en congé de sa boursière. L'audition des témoins lors de l'instruction complémentaire n'a apporté aucun élément de nature à infirmer cette appréciation, le témoin W. s'étant borné à expliquer que la demanderesse avait ressenti très fortement cet événement. On peut dès lors reprendre l'appréciation de la Cour civile qui, dans son premier jugement, a relevé que, quand bien même cette mise en congé a été très douloureusement ressentie par la demanderesse et qu'elle n'était pas très adroite de la part de la défenderesse, on ne saurait rendre cette dernière responsable du fait que l'état de santé de la demanderesse a brusquement empiré depuis cet épisode.

Au surplus, à l'époque, la demanderesse n'a pas parlé au témoin Y. d'actes de mobbing ou du fait qu'elle serait disqualifiée dans son travail. En outre, le reproche de harcèlement n'a jamais été évoqué durant la période où la demanderesse a travaillé au service de la défenderesse, ni même pendant les premiers mois de son arrêt maladie en 2000. Dans un courrier adressé le 13 septembre 2000 à la défenderesse, le conseil de la demanderesse a en particulier mentionné que «compte tenu du climat de travail qui paraît quelque peu détérioré, sans que M^{me} T. sache pourquoi, je dois attirer votre attention sur le fait que ma cliente ne tolérera aucune pression, ni aucune démarche pouvant être assimilée à ce que l'on appelle aujourd'hui du «mobbing». A cette lecture, il apparaît que le harcèlement psychologique était alors évoqué par la demanderesse elle-même comme une éventualité future à prévenir.

c) En conclusion, les actes reprochés à la défenderesse ne constituent pas un faisceau d'indices convergent et probant au sens exigé par la jurisprudence (cf. WYLER, op.cit., p. 324) qui permette de retenir l'existence d'actes de harcèlement. La défenderesse n'ayant pas violé ses obligations contractuelles, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la question de la quotité du dommage. Pour les motifs qui précèdent, la demande introduite le 26 septembre 2001 par la demanderesse doit être rejetée.

Jugement communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement du 11 mars 2009

328 CO. Egalité de traitement. Même si une indemnité de licenciement n'est pas prévue dans le contrat de travail initial liant les parties, lorsque, dans les faits, une majorité de collaborateurs est mis au bénéfice d'un «package» indépendamment du motif de leur licenciement, le travailleur qui en est exclu peut objectivement et de bonne foi inférer des circonstances que son contrat a été implicitement modifié en ce

sens qu'il a droit à une indemnité de licenciement, à l'instar des autres employés qui se sont trouvés dans une situation semblable (c. I.b.cc).

En l'espèce, une grande majorité des employés de la défenderesse licenciés pour suppression de poste durant les années qui ont précédé le congé donné au demandeur ont touché une indemnité, que cette suppression de poste soit intervenue dans le cadre ou non d'une restructuration générale. Dans la mesure où aucun élément ne devait conduire le demandeur à considérer que cette pratique allait changer ou ne le concernait pas, il y a lieu d'admettre qu'il était en principe fondé à penser qu'il toucherait, vu son ancienneté dans l'entreprise et les motifs de son licenciement, une telle indemnité (c. I.c.aa).

Une indemnité de départ, tout comme l'indemnité à raison de longs rapports de travail fondée sur l'art. 339b CO, remplit un but de prévoyance; elle vise aussi à récompenser la fidélité du travailleur à l'égard de son employeur. Elle n'est ainsi pas accordée en tant que contre-prestation pour le travail accompli et ne vise pas à rémunérer l'activité du travailleur, ni ne présente le caractère de dommages-intérêts. Elle n'est donc pas soumise aux cotisations des assurances sociales (c. I.d).

339 I CO. Si les créances découlant du contrat de travail deviennent exigibles dès le jour suivant la fin des rapports de travail au sens de l'art. 339 al. 1 CO, faisant donc en principe débiter le compte des intérêts moratoires sans qu'il soit nécessaire d'interpeller le débiteur, rien n'empêche le créancier de mettre en demeure son débiteur pour une date ultérieure (c. I.e).

Extraits des faits:

Le demandeur T. a été engagé par la défenderesse E. SA en qualité de Senior Scientist, Technical Support DSG à partir du 1^{er} avril 1991, selon contrat du 24 janvier 1991. Le demandeur était responsable du marketing scientifique pour une ligne de produits. En 2004, le demandeur occupait la position de Manager au département [...], intégré dans le département marketing pour l'Europe. Il a exercé les mêmes activités, dont les modalités ont évolué, durant ses treize années au service de la défenderesse et a eu régulièrement de deux à cinq personnes sous ses ordres, devant lui-même en référer à un supérieur hiérarchique.

La défenderesse a mis fin au contrat de travail du demandeur par courrier du 15 novembre 2004, avec effet au 28 février 2005. Cette lettre précisait que son poste avait été supprimé et qu'une indemnité de départ d'un salaire mensuel de base lui serait versée, en reconnaissance de son ancienneté; le demandeur allègue que cette indemnité lui a été «allouée». La fiche de salaire du demandeur de février 2005 indique que celui-ci a perçu 16 762 fr. 20 de salaire brut pour ce mois, plus un montant de 2793 fr. 70 à titre de treizième salaire. Il cumulait alors treize ans et dix

mois de services au profit de la défenderesse. La lettre de licenciement du 15 novembre 2004 fait savoir au demandeur qu'il bénéficierait en outre d'un service d'outplacement d'une durée de trois mois. La société mandataire pour ce service, qui a effectivement été fourni, a facturé ses prestations plus de 15 000 francs. Sur quinze candidats (y compris le demandeur) envoyés dans ledit service d'outplacement, neuf ont annoncé avoir retrouvé du travail, dont le demandeur. Ce dernier a en effet pris un nouvel emploi dès le 1^{er} juin 2005. Le poste du demandeur a été supprimé en raison du transfert aux Etats-Unis de diverses activités de marketing jusqu'alors mises en œuvre au sein de la défenderesse, en Europe.

Par demande du 9 août 2005, T. a pris la conclusion suivante, avec suite de frais et dépens: «E. SA est la débitrice de T. et lui doit immédiat paiement de la somme de CHF 163 429.50 avec intérêt à 5% dès le 22 avril 2005.»

Une expertise judiciaire a été ordonnée au sujet de la pratique des indemnités de départ en cas de licenciement sans faute de la part de l'employé dans la société défenderesse. Elle a été confiée à D., expert comptable à Lausanne, qui a déposé son rapport le 12 janvier 2007. La défenderesse a allégué en entier dans la présente cause un rapport d'expertise judiciaire rendu le 10 septembre 2007 par le même expert D. dans le procès ouvert par une employée licenciée en même temps que le demandeur, R., contre la défenderesse.

Extraits des considérants:

I.

a) Le demandeur réclame à la défenderesse le versement d'une indemnité d'ancienneté à la suite de son licenciement du 15 novembre 2004 pour le 28 février 2005. Il invoque l'égalité de traitement découlant du droit de la personnalité du travailleur, qui lui donne selon lui le droit d'obtenir un montant équivalent à trois semaines de salaire par année de travail au service de la défenderesse, par référence à la pratique de cette dernière de verser une telle indemnité aux employés se trouvant dans la même situation que lui, c'est-à-dire licenciés pour cause de suppression de poste après dix ans ou plus d'ancienneté.

Il convient de relever qu'il n'y a pas lieu d'envisager en l'espèce le versement d'une indemnité pour longs rapports de travail au sens de l'article 339b CO, dès lors que les rapports de travail ayant lié les parties n'ont pas duré vingt ans ou plus. Une telle indemnité n'est d'ailleurs pas réclamée.

b) S'agissant d'une indemnité devant aider le demandeur à supporter les conséquences d'un licenciement intervenu sans sa faute et fondée sur l'égalité de traitement, on relèvera tout d'abord qu'en principe le contrat de travail reste en droit suisse un acte individuel dominé par la liberté contractuelle, notamment en matière de rémunération au sens large, de telle sorte

que des différences non objectivement justifiées entre salariés d'une même entreprise, tenant le cas échéant à la simple habileté de certains dans la négociation, ne sont pas forcément inadmissibles (ATF 129 III 276, c. 3.1, JT 2003 1346, JAR 2003, p. 221; WYLER, *Droit du travail*, 2^e éd., p. 733). Toutefois, lorsqu'il s'agit de prestations sociales, de bonus et de primes, la doctrine et, en partie, la jurisprudence, ont émis quelques réserves et posé certaines limites à la discrimination entre les employés d'un même employeur (ATF 129 III 276 précité, c. 3.1, JT 2003 I 346, JAR 2003, p. 221; WYLER, *op.cit.*, pp. 735 ss). Une tendance à reconnaître un droit général à l'égalité de traitement, sous certaines conditions, a même vu le jour dans la doctrine (WYLER, *op.cit.*, p. 743, avec les références).

aa) Ainsi, pour MANFRED REHBINDER, le principe d'égalité de traitement en droit du travail trouve son fondement dans l'obligation pour l'employeur de préserver la personnalité de l'employé. Ce principe est violé lorsqu'un employé est arbitrairement placé dans une moins bonne position que des cas semblables au sien, par un traitement différent, pour des motifs non objectifs, dont la pertinence se détermine le cas échéant selon les usages. Peuvent être comparées seulement les situations de travailleurs de la même exploitation, dont les différences de traitement apparaissent disproportionnées au regard du sens et du but de la mesure discriminante prise par l'employeur. Seule est répréhensible la dépréciation par rapport à une majorité de cas comparables. Le principe d'égalité de traitement cède le pas à la liberté contractuelle en matière de conclusion du contrat, en raison de la liberté de conclure et du fait que des rapports de travail doivent exister pour permettre l'application de l'article 328 CO. Les cas où l'égalité de traitement peut le plus fréquemment être lésée sont les instructions données aux travailleurs, les prestations sociales (gratifications, avantages divers), les licenciements et les salaires, notamment lors des augmentations générales de ceux-ci. Des différenciations fondées sont admissibles, comme le refus de gratification pour les employés licenciés ou en grève ou des avantages salariaux pour les travailleurs mariés ou depuis une longue durée au service de l'entreprise (REHBINDER, *Berner Kommentar*, nn. 8 et 9 ad art. 328 CO; voir aussi REHBINDER, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 15^e éd., n. 226).

Selon ADRIAN STAEHELIN, qui étudie le problème sous l'angle des gratifications de l'article 322d CO, le principe de la bonne foi permet à l'employé de considérer, en l'absence d'accord contraire, qu'il sera placé dans la même position que les autres travailleurs et qu'il obtiendra une gratification, lorsque l'employeur décide de manière générale de l'allocation d'une telle gratification. Dans ce cas naît un droit pour le travailleur, fondé sur le principe de l'égalité de traitement. Ce dernier principe, en matière de gratification, trouve à la fois sa source et son complément dans l'interdiction des discriminations portant atteinte à la personnalité du travailleur selon l'article 328 CO. En ce domaine, l'égalité de traitement doit être regardée comme une convention tacitement conclue entre le travailleur

et l'employeur. Son étendue est cependant limitée, puisqu'elle n'interdit pas à l'employeur d'opérer des distinctions selon des motifs raisonnables et pertinents, par exemple en fonction de l'âge, de la durée du service, des prestations et de la position de l'employé dans l'exploitation. L'égalité de traitement n'interdit pas de récompenser un seul ou quelques employés. Un traitement inégalitaire ne peut être sanctionné que s'il entraîne une dépréciation blessante de la personnalité du travailleur (STAEHELIN, op.cit., n. 13 ad art. 322d CO).

Pour ULLIN STREIFF et ADRIAN VON KAENEL, lorsque la majorité du personnel perçoit une gratification, le refus de cette prestation à un seul, en l'absence de reproches sérieux sur son travail, viole le principe de la bonne foi et celui de l'égalité de traitement. Ce dernier principe protège toutefois les particuliers seulement contre une discrimination arbitraire par rapport à la majorité, lorsque la gratification n'a pas fait l'objet d'un accord. L'employeur reste cependant libre de privilégier certains employés ou de convenir de son allocation pour certains employés et pas d'autres, par exemple l'octroi du treizième salaire seulement pour les travailleurs à plein temps (STREIFF/VON KAENEL, op.cit., nn. 5 et 6 ad art. 322d CO).

Pour GABRIEL AUBERT, ainsi que CHRISTIANE BRUNNER, JEAN-MICHEL BÜHLER, JEAN-BERNARD WAEBER et CHRISTIAN BRUCHEZ, le principe de l'égalité de traitement interdit les disparités de traitement chicanières et sans justification plausible, qui portent atteinte à la personnalité selon l'article 328 CO (AUBERT, Commentaire romand, nn. 5 et 7 ad art. 322d CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 5 ad 322d CO).

Pour JEAN-LOUIS DUC et OLIVIER SUBILIA, l'égalité de traitement interdit de discriminer un travailleur donné sans motif. Même le fait de privilégier certains travailleurs, sans qu'ils se trouvent objectivement dans une situation différente de leurs collègues, porte atteinte aux droits de la personnalité de ces derniers (DUC/SUBILIA, op.cit., pp. 173 et 174).

Daniel Meyer a consacré une thèse au principe d'égalité de traitement en droit du travail. A son sens, ce principe trouve application en matière de prestations gracieuses de l'employeur (MEYER, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im schweizerischen Arbeitsrecht*, 1976, p. 298). Selon lui, l'égalité de traitement a son origine théorique dans le devoir d'interpréter les normes à la lumière de l'ancien article 4 de la Constitution fédérale (désormais art. 8 de la Constitution de 1999 – RS 101), en vertu de l'effet horizontal des droits fondamentaux, ainsi que dans un principe général d'équité. C'est ensuite l'article 328 CO qui constitue l'ancrage en droit positif du principe, alors que la bonne foi doit être appliquée concurremment avec l'égalité de traitement pour la solution de questions concrètes (MEYER, op.cit., p. 155). Dès que le motif d'une prestation gracieuse provient du rapport de travail (à l'inverse de l'exemple du petit patron touché par la maladie d'un employé et qui lui fait une libéralité personnelle), il y a place pour appliquer le principe de l'égalité de traitement, quand une telle

allocation est laissée à la totale discrétion de l'employeur, mais à plus forte raison lorsque celui-ci octroie ce type de prestations selon certains critères bien définis. Même dans le cas où seulement une minorité de travailleurs touchent une gratification, lorsqu'il s'agit de les récompenser pour leurs prestations, il y a un risque d'atteinte à la personnalité du travailleur. L'égalité de traitement donne à l'employé discriminé par rapport à la majorité sans raison pertinente un droit à toucher l'indemnité allouée aux autres (MEYER, op.cit., pp. 301 à 303).

Pour CHRISTIANE BRUNNER, JEAN-MICHEL BÜHLER, JEAN-BERNARD WAEBER et CHRISTIAN BRUCHEZ, lorsque des indemnités de départ sont fixées ou qu'un plan social est adopté, les travailleurs peuvent en inférer que ces décisions à caractère général emportent une modification tacite de leur contrat à leur avantage (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 8 ad 328 CO).

Pour RÉMY WYLER, le principe d'égalité de traitement ne peut exister que dans des cas où l'employeur traite collectivement une situation. Il n'intervient qu'en cas de sous-évaluation blessante d'un employé, lorsque celui-ci est placé arbitrairement et sans motif justifié dans une situation moins favorable que la majorité des travailleurs se trouvant dans une situation comparable. Dans des situations où l'employeur décide unilatéralement du traitement collectif, il doit respecter le principe de l'égalité de traitement, même si ce traitement est différencié en fonction des groupes ou catégories de travailleurs. Si les critères de sélection de l'employeur ne sont pas clairement reconnaissables par les employés, le doute doit leur profiter. L'employeur doit donc clairement déterminer et communiquer aux travailleurs les critères d'attribution ou de réduction des prestations en cause, notamment en ce qui concerne l'attribution d'indemnités et autres avantages sociaux (WYLER, op.cit., pp. 743 et 744).

bb) La jurisprudence cantonale a depuis un certain temps déjà appliqué nombre de ces principes, considérant par exemple comme abusif et contraire à la bonne foi de refuser une gratification à un employé dont le contrat cessait quelques jours avant la date de versement de celle-ci, sans faute de sa part; de même, si une indemnité est généralement octroyée aux employés démissionnaires, il est contraire à l'égalité de traitement de la refuser à un seul sans motifs liés à son comportement; il est cependant licite de refuser une gratification à un employé défaillant dans ses services, à condition que le reproche ne soit pas feint (Basler Juristische Mitteilungen [BJM] 1977, pp. 282 ss, spéc. p. 284). En cas de silence de son contrat concernant les prestations supplémentaires de l'employeur, le travailleur peut déduire de l'égalité de traitement qu'il ne sera pas moins bien traité que ses collègues de travail. Ainsi, lorsqu'un employé est licencié pour des motifs de restructuration quelques mois avant une autre restructuration d'envergure accompagnée d'un plan social, qui avait été décidée avant son propre licenciement, il y a violation de l'égalité de traitement à ne pas le mettre au bénéfice d'un régime semblable (JAR 1999, p. 193, c. 3.2, 4.3,

6.2, décision bâloise). A l'inverse, même si le contrat et la fiche de paie prévoient une gratification facultative, il est contraire à l'égalité de traitement d'en octroyer une à un employé alors qu'aucun de ses collègues n'en a touché (JAR 1994, p. 145, décision genevoise). Si une gratification est accordée usuellement dans l'établissement où œuvre le travailleur qui a reçu une gratification l'année précédente, ce dernier a également droit à celle-ci pour l'année courante, car seul est déterminant le fait que la majorité de ses collègues en perçoivent une (JAR 1995, p. 304, décision bâloise).

Lorsqu'un employé, dans le cadre d'une restructuration, se voit proposer un poste ne correspondant pas à ses qualifications et, devant son refus de l'accepter, est licencié, il a droit aux mêmes conditions de départ que ses collègues licenciés purement et simplement (JAR 2002, p. 213, c. 3, décision genevoise). Lorsque trois employés du même département sont licenciés à la suite de la fermeture de ce dernier avec une indemnité de départ, laquelle, non prévue dans le contrat de travail, est gracieuse, et alors même que l'employeur précise en la versant qu'il n'entend pas éveiller l'impression d'octroyer un tel droit à l'avenir pour ses employés, le fait de ne pas verser d'indemnité à l'un des employés pour le motif qu'il a été en long arrêt maladie et qu'il n'a de surcroît pas partagé la surcharge de travail de ses collègues liée à la fermeture du département viole l'égalité de traitement (JAR 2002, p. 219, décision bernoise).

cc) Pour le Tribunal fédéral, il n'est en soi pas illicite pour un employeur de décider lui-même des critères jugés pertinents pour les gratifications qu'il alloue, cela faisant partie de l'autonomie privée et de la liberté contractuelle (ATF 129 III 276 précité, c. 3.1, JT 2003 I 346). Selon la doctrine toutefois, il ne faudrait pas évaluer subjectivement la pertinence des motifs de refus d'une gratification, mais objectivement, puisqu'il s'agit d'une discrimination; certains critères de fixation de la gratification sont admissibles, comme l'âge, l'ancienneté, le niveau de salaire, la situation familiale, et d'autres non, comme le sexe, la nationalité, l'appartenance politique ou l'orientation sexuelle (STAEHELIN, Berner Kommentar., n. 13 ad art. 322d CO; WYLER, op.cit., p. 745). Enfin, pour le Tribunal fédéral, il découle de l'interprétation *contra stipulatorem* des clauses obscures (*Unklarheitsregel*) que si l'employeur n'est pas clair dans la rédaction des dispositions contractuelles concernant une gratification (en l'occurrence un treizième salaire), on doit allouer celle-ci en cas de doute (arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} février 1991, c. 4a et 4c, in JAR 1995, p. 214).

En ce qui concerne plus précisément l'égalité de traitement, le Tribunal fédéral a d'abord considéré que la doctrine déduit de l'obligation qui incombe à l'employeur de protéger la personnalité de son employé (art. 328 CO), ainsi que des règles générales sur la protection de la personnalité, (art. 28 CC ss) que le devoir de respecter l'égalité de traitement entre travailleurs d'une même entreprise est un principe général. Il faut toutefois prendre en considération le fait que même une décision subjective

et arbitraire de l'employeur ne représente une atteinte à la personnalité, et donc une contravention à l'interdiction de discrimination, que si elle laisse transparaître une sous-évaluation de la personnalité du travailleur qui soit blessante pour ce dernier. Une telle sous-évaluation ne peut être donnée que si l'employé est placé dans une situation clairement moins avantageuse qu'un grand nombre d'autres employés; elle n'est pas donnée lorsque l'employeur favorise simplement quelques employés. Dans tous les cas, le fait que l'employeur favorise certains de ses employés peut avoir pour conséquence que des employés qui ne bénéficient pas du même traitement puissent, selon les principes de la bonne foi, conclure à une modification tacite, en leur faveur, de leur contrat de travail. Dans une telle situation, l'employeur doit leur accorder aussi le traitement censé favoriser certains employés uniquement parce qu'en vertu du principe de la bonne foi, ce sont ces conditions qui paraissent avoir été convenues (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007 dans la cause 4A_63/2007, c. 4.2; ATF 129 III 276 précité, c. 3.1, JT 2003 I 346).

Le Tribunal fédéral a ultérieurement complété sa jurisprudence en considérant que, au regard du principe de l'égalité de traitement, l'employeur est libre de déterminer ou de convenir, selon les circonstances, des critères d'inclusion ou d'exclusion de certaines catégories de travailleurs dans le traitement collectif, pour autant que ces critères soient reconnaissables, qu'ils ne soient pas arbitraires, ne violent pas le respect de la personnalité et ne soient pas illicites. Au regard du principe de la confiance, si les critères de sélection de l'employeur ne sont pas clairement reconnaissables par les employés, le doute doit profiter à ces derniers. L'employeur qui traite d'une situation collective doit donc clairement déterminer et communiquer aux travailleurs les critères d'attribution ou de réduction des prestations en cause. Toujours selon le principe de la confiance, le juge doit rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi par son destinataire en fonction de l'ensemble des circonstances (interprétation dite objective). On peut ainsi imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007 dans la cause 4A_63/2007, précité, c. 4.2 et 4.3).

Ainsi, même si une indemnité de licenciement n'est pas prévue dans le contrat de travail initial liant les parties, lorsque, dans les faits, une majorité de collaborateurs est mis au bénéfice d'un «package» indépendamment du motif de leur licenciement (sous réserve toutefois de la résiliation pour faute) le travailleur qui en est exclu peut objectivement et de bonne foi inférer des circonstances que son contrat a été implicitement modifié en ce sens qu'il a droit à une indemnité de licenciement, à l'instar des autres employés qui se sont trouvés dans une situation semblable. Le caractère éventuellement facultatif de cette gratification doit céder le pas devant le principe de l'égalité de traitement des travailleurs, lorsqu'il apparaît qu'un grand nombre de ceux-ci, placés dans la même situation, bénéficient d'une

indemnité de départ, ce qui a pour effet de rendre celui qui en est privé victime d'une discrimination injustifiée, soit d'une sous-évaluation de sa personnalité, d'autant plus blessante quand son travail a toujours donné satisfaction au cours d'une longue période (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007 dans la cause 4A_63/2007, précité, c. 4.4 et 4.5).

Dans ce contexte, il n'est pas déterminant que l'employeur considère sa politique d'octroi d'indemnités comme contraignante ou non, ni d'examiner si ce type de gratification tombe sous le coup de l'article 322d CO, dans la mesure où le caractère facultatif de toute gratification trouve ses limites dans les principes de l'égalité de traitement et de la confiance (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007 dans la cause 4A_63/2007, précité, c. 3.2 et 4.1).

Dans la cause, proche de la présente espèce, qui fait l'objet de la jurisprudence évoquée ci-dessus, où il s'agissait d'un plan d'indemnités de licenciement («severance plan») qui n'avait pas été communiqué officiellement par l'employeur à son personnel, mais dont les employés avaient connaissance, qu'ils en aient eux-mêmes bénéficié ou qu'ils aient su que l'un ou l'autre collègue en avait profité, le Tribunal fédéral a considéré que, au regard des principes développés plus haut, le travailleur privé de l'indemnité de départ avait été discriminé. L'employeur avait invoqué en vain le fait qu'il ne s'était pas engagé contractuellement au versement d'une indemnité de licenciement, qu'aucun règlement d'entreprise ne prévoyait une telle indemnisation et que le programme d'indemnités était un document purement interne, non communiqué aux employés; il n'était pas parvenu à établir que le versement du «package» n'était pas systématique, mais surtout qu'à partir de 2001 la direction avait réservé cette faculté aux seuls licenciements pour restructuration et suppression de poste, ce qu'il aurait été libre de faire. Le Tribunal fédéral avait toutefois écarté cette dernière argumentation en précisant qu'elle était contrecarrée par l'application du principe de la confiance, en rapport avec la modification tacite des conditions du contrat, et l'obligation de l'employeur d'informer clairement et précisément ses collaborateurs d'une modification des critères d'octroi de l'indemnité de licenciement, ce qui n'avait pas été fait (arrêt du Tribunal fédéral du 6 juillet 2007 dans la cause 4A_63/2007, précité, c. 4.4 et 4.5).

c) aa) En l'espèce, il est établi que de nombreux collègues du demandeur, tant supérieurs qu'inférieurs au niveau hiérarchique, ont touché une indemnité de départ en cas de licenciement sans faute de leur part, et même parfois lorsque leur employeur n'était plus satisfait de leurs services.

Certes, trois cent huitante-trois personnes ont quitté la défenderesse et huitante et une B. SA entre 1997 et 2005, et une cinquantaine de collaborateurs seulement ont touché une indemnité de départ, à dire d'expert. Toutefois, sur ces centaines d'employés, seuls onze n'ont pas touché d'indemnité de départ après une suppression de poste d'après l'expert, ce qui est réellement déterminant lorsqu'il s'agit d'évaluer non pas l'ensemble des

départs, mais seulement ceux ayant fait suite à une suppression de poste on ne saurait donc parler d'une «exception» du seul fait qu'une cinquantaine d'indemnités ont été versées sur plus de quatre cents départs. On notera qu'au demeurant tous les collaborateurs dont le poste a été supprimé sans versement d'indemnité, à l'exception d'Y., avaient moins de dix ans de service (au maximum huit). Ils n'entrent donc pas en ligne de compte pour déterminer l'existence d'une pratique visant à octroyer une indemnité de départ aux employés ayant accompli plus de dix ans de travail au profit de la défenderesse. On relèvera enfin que la situation de ces onze travailleurs, cités nommément par l'expert, est également dûment décrite dans le rapport d'expertise déposé dans la cause divisant R. d'avec la défenderesse et produit dans le présent dossier.

Il convient donc de se concentrer sur les collaborateurs qui ont touché une indemnité. L'expert recense quarante-neuf cas entre 1995 et 2005, soit quatre entre 1995 et 1996 – dont l'indemnité et le nombre d'années de service ne sont pas précisés –, vingt-cinq lors des restructurations de 2003 et 2005, qui ont tous reçu une indemnité calculée d'après un barème de trois semaines de salaire par année de service après plus de cinq ans au service de la défenderesse, et vingt employés indemnisés en dehors de ces restructurations. En particulier s'agissant de ces derniers, le rapport principal de l'expert est peu clair: (...). En outre, les chiffres qui précèdent ne correspondent pas entièrement à ceux du rapport du 10 septembre 2007 du même expert. L'expertise judiciaire doit ainsi être complétée et précisée par ses annexes et le reste des faits de la cause.

En effet, selon l'article 243 CPC, le juge apprécie librement la valeur et la portée des expertises. Ce n'est que s'il statue contrairement aux conclusions d'une expertise qu'il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction. Selon la jurisprudence, il ne saurait en outre, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert (ATF 130 I 337, c. 5.4.2, JT 2005 195; ATF 128 I 81, c. 2, JT 2004 IV 55; BOSSHARD, L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge, in RSPC 2007, p. 321 ss, spéc. p. 325, avec les références). Par ailleurs, dans l'hypothèse où le juge est confronté à plusieurs expertises judiciaires et se rallie aux conclusions de l'une d'elles, il est tenu de motiver son choix (BOSSHARD, loc. cit., et la jurisprudence citée). (...).

La première constatation qui s'impose est que la défenderesse avait pour pratique d'allouer des indemnités de départ en cas de suppression de poste [...], mais aussi dans certains cas de préretraite, de départs volontaires ou de licenciements pour cause de mécontentement de l'employeur, étant rappelé que les employés qui n'ont rien touché à la suite de la suppression de leur poste avaient globalement travaillé pour de courtes durées. (...).

Au vu de ces chiffres, on constate qu'une grande majorité des employés de la défenderesse licenciés pour suppression de poste durant les années qui ont précédé le congé donné au demandeur, ont touché une in-

demnité, que cette suppression de poste soit intervenue dans le cadre ou non d'une restructuration générale. Aucun élément ne devait conduire l'intéressé à considérer que cette pratique allait changer ou ne le concernait pas. Le Tribunal admet dès lors qu'il était en principe fondé à penser qu'il toucherait, vu son ancienneté dans l'entreprise et les motifs de son licenciement, une telle indemnité.

bb) S'agissant du montant de l'indemnité, le raisonnement à tenir n'est pas différent. Les vingt-cinq collaborateurs touchés par les restructurations de 2003 et de 2005 ont tous perçu deux ou trois semaines de salaire par année de service, selon leur ancienneté. A propos des vingt-quatre autres collaborateurs, les conclusions de l'expert sont imprécises, de sorte qu'il faut se référer aux annexes et au rapport du 10 septembre 2007, qui concordent sur le plan des indemnités versées. (...).

En résumé, dans trente-cinq cas sur quarante-neuf (...), les indemnités de licenciement versées ont correspondu au barème invoqué par le demandeur; dans six cas elles ont été substantielles, dans cinq cas elles n'ont pas suivi ledit barème, mais concernaient des employés de moins de dix ans de service, et dans quatre cas, enfin, les indemnités ont été inférieures pour des collaborateurs à l'ancienneté de plus de dix ans. Peu importe donc que, dans quelques cas, des employés licenciés aient reçu moins voire rien du tout, comme Y.: quelles que soient les raisons ayant conduit à ne pas leur appliquer le traitement commun, ils étaient en réalité nettement moins nombreux que ceux qui ont bénéficié de celui-ci.

Peu importe aussi que la défenderesse ait peut-être songé à réduire sa pratique en la matière, à la limiter aux cadres supérieurs, voire à ne plus allouer de telles indemnités qu'en cas de restructuration décidée par le groupe avec un budget ad hoc: rien n'indique qu'elle ait établi une nouvelle pratique systématique au moment du licenciement du demandeur. La défenderesse n'a pas démontré non plus qu'elle aurait informé clairement et précisément ses collaborateurs d'une modification des critères d'octroi de l'indemnité de licenciement, ce qui aurait été nécessaire pour que cette modification fût opposable au demandeur selon le Tribunal fédéral.

On doit donc retenir que le contrat du demandeur avait été implicitement modifié et qu'il était fondé, selon le principe de la confiance, à admettre que son congé pour suppression de poste lui donnait droit à une indemnité calculée selon le barème précité, ce d'autant plus qu'il a été licencié en même temps que trois autres personnes, de manière groupée. Peu importe que l'expert judiciaire ait conclu qu'il n'y avait pas de «système défini» pour les indemnités hors restructuration. Ce n'est en effet pas ce qui ressort de l'analyse des chiffres qu'il fournit lui-même. La question d'une obligation de payer incombant à la défenderesse sur la base de sa pratique dans des cas similaires relève d'ailleurs du droit, sans que le Tribunal soit lié à cet égard d'une quelconque manière par les considérations émises dans l'expertise.

cc) La défenderesse estime que le licenciement du demandeur et de ses collègues au mois de novembre 2004 était un licenciement individuel et que la jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'égalité de traitement, qui s'appliquerait uniquement aux licenciements «traités de manière collective», n'est pas déterminante en l'espèce; elle en veut pour preuve que les licenciements de 2003 et de 2005 rentrent dans cette catégorie et qu'elle a effectivement à cette occasion respecté scrupuleusement l'égalité de traitement. La défenderesse interprète cependant la notion de «situation collective» de manière trop restrictive, tout en se fondant sur une seule opinion de doctrine (WYLER). Le Tribunal fédéral entend par cette expression la présence d'une majorité de collaborateurs mis au bénéfice d'un «package», à savoir un ensemble d'individus placés dans une situation semblable au sein de la même exploitation, et non pas chaque vague de licenciements groupés pour elle-même, de manière cloisonnée.

La défenderesse soutient ensuite que le demandeur n'a en rien subi une sous-évaluation blessante de sa personnalité, car il aurait été licencié en même temps que trois autres personnes et a bénéficié d'un outplacement et d'une indemnité d'un mois de salaire. Elle perd ici de vue que la sous-évaluation de la personnalité du travailleur ressort déjà du simple fait qu'il a été moins bien traité que la majorité de ses collègues placés dans la même situation que lui. Il n'y a donc pas besoin d'établir en sus que les conditions du licenciement ont été particulièrement méprisantes.

Au demeurant, la pertinence de la justification du droit à un traitement égal, fondé par le Tribunal fédéral et la doctrine sur l'article 328 CO et l'interdiction de porter atteinte à la personnalité du travailleur, est particulièrement mise en lumière par la présente espèce: il y a quelque chose de choquant à voir la défenderesse invoquer, pour justifier son refus en 2004, un changement de pratique par rapport à un nombre considérable de cas traités en 2003, sachant qu'en 2005 elle a en réalité prévu une nouvelle restructuration garantissant aux collaborateurs licenciés sans faute de leur part, quelle que soit d'ailleurs leur position dans la hiérarchie, des indemnités sur la base du barème prétendument dépassé et qu'elle a refusé d'appliquer au demandeur. La moindre élégance aurait été de régler alors les cas litigieux de R. et du demandeur en les incluant a posteriori dans ce nouveau plan.

La défenderesse considère en troisième lieu que l'expertise judiciaire démontre que les départs liés à des suppressions de postes ont tous fait l'objet de solutions individuelles qui ne peuvent pas avoir d'incidence sur la situation contractuelle du demandeur. Elle insiste sur les cinq exceptions relevées dans le rapport du 10 septembre 2007 et le cas de Y., qui démontreraient l'absence d'une pratique constante et surtout le fait que la défenderesse octroyait des indemnités à titre exceptionnel seulement aux cadres dirigeants et aux responsables commerciaux selon des critères cohérents qu'elle avait parfaitement le droit de fixer.

Les détails de chaque indemnité allouée, dont les conditions précises – parfois après négociation – n'étaient pas forcément connues dans l'entreprise, ne sont toutefois pas déterminants. L'essentiel est la présence d'une pratique clairement avérée de verser des indemnités correspondant à trois semaines de salaire par année de service pour la majorité des personnes dans la même situation que le demandeur.

d) Fondé sur son droit à une égalité de traitement résultant de l'interdiction de porter atteinte à sa personnalité (art. 328 CO) par un traitement discriminatoire, le demandeur doit donc recevoir une indemnité de départ de trois semaines de salaire par année d'ancienneté dans le groupe de la défenderesse. En arrondissant cette ancienneté à treize ans, on aboutit à trente-neuf semaines de salaire (13×3), à multiplier par le salaire hebdomadaire du demandeur. Ce salaire se monte à 4190 fr. 50, chiffre obtenu en divisant le dernier salaire annuel, treizième salaire compris, par cinquante-deux semaines ($13 \times 16\,762$ fr. [dernier salaire mensuel de février 2005]: 52). L'indemnité due est donc de 163 429 fr. 50 (39×4190 fr. 50).

Le demandeur a toutefois perçu d'ores et déjà une indemnité d'un mois de salaire, qu'il a alléguée en procédure, sans qu'à son propos un treizième salaire *pro rata temporis* soit allégué. Il convient donc de déduire du montant ci-dessus la somme de 16 762 fr., ce qui correspond à 146 667 fr. 50 (163 429 fr. 50–16 762 fr. 20).

Il n'est pas nécessaire de déduire de la somme qui précède les cotisations d'assurances sociales. En effet, cette indemnité, tout comme l'indemnité à raison de longs rapports de travail de l'article 339b CO, remplit un but de prévoyance; elle vise aussi à récompenser la fidélité du travailleur à l'égard de son employeur. Elle n'a ainsi pas été accordée en tant que contre-prestation pour le travail accompli et ne vise pas à rémunérer l'activité du travailleur, ni ne présente le caractère de dommages et intérêts (FAVRE/MUNOZ/TOBLER, op.cit., n. 1.1 ad art. 339b CO; Duc, Les effets de la résiliation du contrat de travail dans le domaine des assurances sociales, in *Le droit du travail en pratique*, Journée 1990 de droit du travail et de la sécurité sociale, p. 100; CCIV, B. et Caisse de chômage S. c. N. SA, 30 mai 2002).

e) Des intérêts moratoires à 5% l'an, faute de convention contraire (art. 104 CO), sont dus sur cette indemnité. Par lettre du 22 mars 2005, le conseil du demandeur a imparti un délai au 22 avril 2005 à la défenderesse pour procéder à un nouveau calcul de l'indemnité d'ancienneté de son mandant et s'acquitter en ses mains de la somme de 163 429 fr. 50. Si les créances découlant du contrat de travail deviennent exigibles dès le jour suivant la fin des rapports de travail au sens de l'article 339 alinéa 1^{er} CO, faisant donc en principe débiter le compte des intérêts moratoires sans qu'il soit nécessaire d'interpeller le débiteur (arrêt du Tribunal fédéral du 29 mars 2006 dans la cause 4C.414/2005, c. 6), rien n'empêche le créancier de mettre en demeure son débiteur pour une date ultérieure. Cela est possible dans la mesure où les deux dispositions légales qui prévoient ex-

pressément une mise en demeure sans interpellation sont de nature dispositive (VENTURI, Commentaire romand, n. 4 ad art. 213 CO; TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., n. 5171). Le demandeur ne réclame d'ailleurs des intérêts moratoires que depuis son interpellation au 22 avril 2005. Ainsi, le point de départ de l'intérêt moratoire doit être fixé au 23 avril 2005, soit le lendemain du jour suivant l'échéance de la mise en demeure (THÉVENOZ, Commentaire romand, n. 9 ad art. 104 CO, avec les références citées; SPAHR, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in RVJ 1990, p. 351 ss, spéc. p. 368–369).

Jugement communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour civile, Jugement préjudiciel du 7 avril 2009

128 ch. 3 in fine CO. Prescription des actions des travailleurs. La doctrine s'accorde unanimement à dire que seules les créances de salaire, en argent ou en nature, ou qui ont ce caractère, sont soumises à la prescription quinquennale (c. II.a).

327a CO. Il convient de n'assimiler au salaire que ce qui est inclus dans la rémunération du travailleur pour ses services. Le remboursement des frais professionnels ne consiste pas en un échange entre le travail ou les services du travailleur et la somme d'argent versée. Il est donc soumis au délai ordinaire de dix ans prévu à l'art. 127 CO (c. II.c). Le délai commence à courir à la fin du mois pour lequel les frais sont dus (c. III.d).

Question litigieuse:

A l'audience préliminaire du 10 septembre 2008, les parties ont convenu de disjoindre l'instruction d'une question préalable libellée comme il suit: «Dans l'hypothèse où le contrat devrait être qualifié de contrat de travail, les prétentions relatives au remboursement des frais professionnels sont-elles ou non prescrites, et dans l'affirmative, depuis quand?»

Extraits des considérants:

I.

(...) La question préjudicielle soulevée par les parties porte sur l'éventuelle prescription d'une partie des prétentions du demandeur, dans l'hypothèse où le contrat liant les parties entre 1993 et 2001 devrait être qualifié de contrat de travail. Elle est nettement circonscrite et sa résolution est de nature à simplifier le litige.

II.

a) Selon l'art. 327a al. 1 CO (Code des obligations, RS 220), l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien.

En vertu de l'art. 127 CO, toutes les actions se prescrivent par dix ans, lorsque le droit civil fédéral n'en dispose pas autrement. L'art. 128 ch. 3 *in fine* CO prévoit toutefois que les actions des travailleurs pour leurs services se prescrivent par cinq ans. En tant qu'exception à l'art. 127 CO, cette norme doit être interprétée restrictivement (ATF 132 III 61, JT 2007 I 257; ATF 123 III 120, rés. in JT 1997 I 612 et les réf. citées). L'énumération des créances soumises au délai de prescription de cinq ans figurant à l'art. 128 CO est exhaustive (PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 15 ad art. 128 CO; DÄPPEN, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., n. 13a ad art. 128 CO). En ce qui concerne les créances des travailleurs, la doctrine s'accorde unanimement à dire que seules les créances de salaire (Lohnanspruch), en argent ou en nature, ou qui ont ce caractère, sont soumises à la prescription quinquennale (REHBINDER, Berner Kommentar, n. 30 ad art. 341 CO; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, n. 19 ad art. 341 CO; DÄPPEN, op.cit., n. 13 ad art. 128 CO; REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, 3^{ème} éd., n. 7 ad art. 341 CO; BELLI, Kommentar zum schweizerischem Privatrecht, n. 13 ad art. 128 CO; BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, n. 10 ad art. 341 CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3^{ème} éd., n. 3 ad art. 341 CO, pp. 321–322; WYLER, Droit du travail, 2^{ème} éd., p. 592). Le caractère salarial ou non de certaines créances est cependant controversé. Tel est en particulier le cas de la créance en remboursement des frais professionnels de l'art. 327a CO.

b) Une partie de la doctrine classe le remboursement des frais dans les créances qui n'ont pas de caractère salarial (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op.cit., n. 3 ad art. 341 CO, pp. 321–322; PORTMANN, Basler Kommentar, 4^{ème} éd., n. 8 ad art. 341 CO; TERCIER/FAVRE/EIGENMANN, Les contrats spéciaux, 4^e éd., n. 3518, p. 519, qui considèrent que le remboursement des frais ne constitue pas un salaire partiel et donc que l'art. 128 ch. 3 CO ne s'applique pas). Les autres auteurs considèrent que le remboursement des frais est une créance de nature salariale soumise à la prescription quinquennale (REHBINDER, op.cit., n. 30 ad art. 341 CO; STAEHELIN, op.cit., n. 19 ad art. 341 CO, qui assimile le remboursement des frais à une rémunération au sens large; WYLER, op.cit., p. 592; PICHONNAZ, op.cit., n. 20 ad art. 128 CO; CARUZZO, La rémunération du travailleur et le remboursement des frais, n° 649, p. 269; BRÜHWILER, op.cit., n. 10 ad art. 341 CO; DÄPPEN, op.cit., n. 13 ad art. 128 CO; BERTI, op.cit., n. 13 ad art. 128 CO et STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n. 8 ad art. 341 CO et n. 8 ad art. 327a CO se rallient à la même opinion par référence aux auteurs précités).

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt ancien, a estimé que les prestations contractuelles dues selon l'art. 9 al. 2 de l'ancienne loi fédérale du 13 juin 1941 sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce (ci-après LEVC) étaient soumises à la prescription quinquennale (ATF 75 II 370, JT 1950 I 402). Cependant, l'art. 9 al. 2 LEVC concernait le paiement du salaire et non le remboursement des frais. En 1987, l'Arbeitsgericht de Zurich a retenu la prescription quinquennale pour le remboursement des frais dus en application de l'art. 327a CO sans toutefois motiver sa décision (JAR 1990 p. 127), la question litigieuse étant celle de savoir si le travailleur (dirigeant) avait renoncé à ces prétentions.

La Cour civile a, pour sa part, considéré que le remboursement des frais et dépenses ne constituait pas le paiement d'un salaire partiel et que la prescription quinquennale ne s'appliquait donc pas (Civ. A. c. X. SA du 19 mars 2004). Saisi d'un recours contre ce jugement, le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question, ayant constaté que la demanderesse avait de toute façon interrompu la prescription, même quinquennale (TF 4C.24/2005 du 17 octobre 2005).

c) Sur le plan systématique, le remboursement des frais figure parmi les obligations de l'employeur (art. 322 ss CO) mais sous un titre marginal différent de celui consacré au salaire (ch. VI. Instruments de travail, matériels et frais: art. 327 ss CO) tout comme la disposition relative à la délivrance d'un certificat de travail (art. 330a CO); tout le monde s'accorde pour dire que le droit à cette délivrance se prescrit par dix ans (WYLER, op.cit., p. 365 et les réf. citées à la note infrapaginale n. 1286). Du reste, dans l'analyse de ces dispositions, la doctrine distingue l'obligation principale de l'employeur de payer le salaire en contre-prestation principale des services du travailleur (p.ex.: WYLER, op.cit., chap. 5, pp. 153 ss) des autres obligations de l'employeur (WYLER, op.cit., chap. 6, pp. 279 ss) parmi lesquelles figure l'obligation de rembourser les frais (WYLER, op.cit., pp. 282 ss). La doctrine insiste également sur la nécessité de séparer strictement la prétention du travailleur au remboursement des frais de la prétention au salaire; en particulier, la première n'est pas soumise aux règles sur la garantie de salaire de l'art. 323b CO (STAEHELIN, op.cit., n. 10 ad art. 327a CO). En outre, le devoir de l'employeur de rembourser les frais constitue un aspect de son devoir de protéger la personnalité du travailleur (REHBINDER/PORTMANN, op.cit., n. 1 ad art. 327a CO; PORTMANN, op.cit., n. 1 ad art. 327a CO).

Ainsi que cela a été exposé ci-dessus, l'art. 128 ch. 3 CO doit être interprété restrictivement (ATF 132 III 61, JT 2007 I 257; ATF 123 III 120, rés. in JT 1997 I 612 et les réf. citées). Seules les créances qui sont la contrepartie du travail ou des services fournis par le travailleur, et les créances qui en découlent, doivent être soumises au délai de prescription quinquennal (PICHONNAZ, op.cit., n. 15 ad art. 128 CO). Dès lors, il convient de n'assimiler au salaire que ce qui est inclus dans la rémunération du travailleur pour ses services. Le remboursement des frais professionnels ne

consiste pas en un échange entre le travail ou les services du travailleur et la somme d'argent versée. Il est d'ailleurs soumis à un régime très différent du salaire. Il ne s'agit en fait que de compenser une impense liée à la prestation en nature du travailleur. Un tel remboursement ne peut dès lors être assimilé à une partie du salaire. Le fait que les frais soient en général versés au même moment que le salaire ne modifie pas cette appréciation. En effet, la date de paiement ne constitue qu'une modalité du remboursement et on ne peut en inférer une quelconque conclusion sur sa nature. Il convient en conséquence de retenir le délai de prescription prévu par l'art. 127 CO.

III.

a) Selon l'art. 341 al. 2 CO, les dispositions générales en matière de prescription sont applicables aux créances découlant du contrat de travail. L'art. 130 al. 1 CO prévoit que la prescription court dès que la créance est exigible, soit dès le moment où son paiement peut être exigé, au plus tard à la fin du contrat (art. 339 al. 1 CO).

En vertu de l'art. 327c al. 1 CO, le remboursement des frais a lieu en même temps que le paiement du salaire sur la base du décompte établi par le travailleur, à moins qu'un délai plus court ne soit convenu ou usuel. L'établissement du décompte est une incombeance du travailleur (ATF 131 III 438 consid. 5.2, JT 2006 I 35). Selon le Tribunal fédéral, cette incombeance tombe si le remboursement des frais fait l'objet d'un forfait convenu entre l'employeur et le travailleur. Le délai de prescription commence donc à courir dès l'échéance prévue pour le remboursement, soit usuellement à la fin du mois concerné (CARUZZO, op.cit., n° 649, p. 269).

b) Le demandeur soutient que, dans la mesure où la nature du contrat est litigieuse – contrat de travail ou contrat d'agence –, le délai de prescription de ses prétentions, notamment en remboursement de ses frais professionnels ne saurait commencer aussi longtemps qu'un tribunal n'aura pas reconnu l'existence d'un contrat de travail.

Le contrat signé par les parties les 24 juin et 24 août 1993 prévoit que les frais sont entièrement à la charge du demandeur. Aucun accord particulier n'a donc été passé concernant l'exigibilité éventuelle desdits frais. A priori, la règle ordinaire prévue à l'art. 327c al. 1 CO est applicable. A l'appui de son raisonnement, le demandeur cite dans son mémoire de droit l'avis d'un auteur (STREIFF/VON KAENEL, op.cit., n. 4 ad art. 329c CO) et les jurisprudences auxquelles cet auteur fait référence. Ces décisions ne remettent toutefois pas en cause l'application de l'art. 327c al. 1 CO. En effet, le premier arrêt, rendu par l'Obergericht du canton de Lucerne le 27 avril 2000 (JAR 2001 p. 349), ne concerne ni la prescription des frais ni le cas où la nature du contrat est contestée. Le second, rendu par l'Arbeitsgericht du canton de Zurich le 5 juin 2001 (ZR 2002 n° 69), traite de prétentions relatives aux vacances alors que les parties pensaient être liées par un contrat de mandat. Pour le tribunal zurichois, la créance est devenue exigible à la fin des rapports de travail (art. 339 al. 1 CO). Aucune

des décisions précitées n'affirme que le point de départ de la prescription pour l'indemnité pour vacances non prises, et a fortiori celui pour le remboursement des frais, serait la date du jugement reconnaissant l'existence d'un contrat de travail.

c) Le demandeur soutient encore que le délai de prescription ne saurait commencer à courir avant la fin des rapports contractuels. Il se fonde sur une jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de droit aux vacances (arrêt du 28 juin 2006 dans l'affaire 4C.66/2006). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral indique que le droit aux vacances qui n'ont pas été prises effectivement pendant les rapports de travail doit être converti, à la fin des rapports de travail, en une indemnité, dans la mesure seulement où ce droit n'est pas «prescrit». Conformément à l'art. 339 al. 1 CO, cette prétention est exigible dès la fin des rapports de travail. Il résulte de cette décision que le droit aux vacances qui n'ont pas été prises et qui ne sont pas prescrites à la fin des rapports de travail se transforme alors en une nouvelle prétention pécuniaire soumise à un nouveau délai de prescription de cinq ans.

Cette jurisprudence n'est toutefois pas applicable *mutatis mutandis* à la créance en remboursement des frais professionnels. En effet, cette dernière est de nature pécuniaire et la fin des rapports de travail n'a aucune conséquence sur dite nature. Dès lors, on ne saurait soutenir que les effets juridiques associés à cette créance, tels que la prescription, devraient être modifiés à la fin des rapports de travail. Une telle solution aurait pour effet de créer une nouvelle source d'extinction et de création des obligations. Cela n'est par ailleurs soutenu ni par la jurisprudence ni par la doctrine. En conséquence, la nature de la créance en remboursement n'étant pas modifiée par la fin des rapports de travail, les règles ordinaires restent applicables à ses effets juridiques associés.

d) Comme évoqué précédemment, l'art. 327c al. 1 CO prévoit que le remboursement des frais a lieu en même temps que le paiement du salaire, soit, selon l'art. 323 al. 1 CO, à la fin de chaque mois si des délais plus courts ou d'autres termes de paiement ne sont pas prévus par accord, ou ne sont pas usuels, et sauf clause contraire d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. L'art. 130 al. 1 CO précise que la prescription court dès que la créance est devenue exigible. Les termes de l'art. 341 al. 1 CO en vertu desquels le travailleur ne peut pas renoncer pendant la durée du contrat de travail et durant le mois qui suit la fin de celui-ci aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ne modifient pas le point de départ du délai de prescription. L'alinéa 2 du même article prévoit en effet que les dispositions générales en matière de prescription sont applicables. Par ailleurs, l'art. 327c al. 1 CO ne figure pas parmi les dispositions impératives prévues aux art. 361 et 362 CO. En outre, le silence du travailleur ne signifie pas renonciation (TF 4C.66/2006 du 28 juin 2006; JAR 2001 p. 349). Dès lors, le délai de prescription des frais commence à la fin du mois pour lequel les frais sont dus.

En l'espèce, le remboursement des frais pouvait être demandé dès la fin du mois durant lequel ils avaient été acquittés par le demandeur. La créance associée était donc exigible dès la fin du mois en question, qui représente par ailleurs le point de départ du délai de prescription.

Jugement communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 5 octobre 2009 (Rejet du recours interjeté contre le jugement rendu le 3 mars 2009 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Pour savoir si l'on est en présence d'un contrat de voyageur de commerce soumis aux règles des art. 347ss CO, et non d'un contrat individuel de travail «classique», il faut déterminer si le travailleur exerce son activité en dehors des locaux de son employeur, à tout le moins s'il l'exerce de manière prépondérante, soit pour plus de la moitié de son temps de travail, à l'extérieur (c. 3).

322b CO. Contrat de travail ordinaire dans lequel le travailleur est rémunéré à la commission sur les commandes conclues avec des clients, à raison de 23% sur le chiffre d'affaires, avec un salaire fixe minimum garanti de 1500 fr., y compris un forfait pour frais. Il s'agit, en réalité, d'une rémunération qui consiste exclusivement en un droit à une commission, le salaire fixe minimum garanti ne se juxtaposant pas au droit à la commission comme c'est parfois le cas, mais constituant une avance sur provisions devant, le cas échéant, s'imputer sur la somme des commissions réalisées durant la période correspondante. En pareille hypothèse, doit être appliquée, par analogie, la réglementation protectrice relative à la rémunération des voyageurs de commerce, savoir l'art. 349a al. 2 CO, selon lequel, lorsque le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision, celle-ci doit constituer une rémunération «convenable» des services du voyageur de commerce (c. 3).

Au sens de l'art. 349a al. 2 CO, une rémunération est convenable si elle assure au travailleur un revenu qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales (c. 3).

Extraits des faits:

Par jugement du 3 mars 2009, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne a prononcé que E. doit payer à T. un complément de salaire d'un montant brut de 8364 fr. 15, sous déduction des charges sociales usuelles. Les premiers juges ont considéré que le salaire fixe de 1500 francs que la défenderesse avait versé au demandeur

pour son activité de voyageur de commerce ne constituait pas une rémunération convenable, qu'elle n'avait pas non plus établi que les maigres commissions qu'elle lui avait allouées s'expliquaient par un manque de résultats de sa part, qu'en conséquence, vu l'activité qu'il avait déployée durant la période considérée, il était juste de lui accorder une rémunération de 3500 fr. par mois, sous déduction des montants déjà perçus et des cotisations sociales usuelles.

Par acte du 7 juillet 2009, la défenderesse a recouru contre ce jugement et conclu à sa réforme en ce sens que l'action du demandeur est rejetée.

Extraits des considérants:

3.

La recourante conteste avoir employé l'intimé à son service en qualité de voyageur de commerce, soutenant l'avoir embauché en vertu d'un contrat individuel de travail «classique» au sens des art. 319 ss CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220). Elle prétend qu'il n'y a pas lieu de compléter le salaire qu'elle lui a versé, celui-ci résultant d'un «accord librement consenti entre parties» et le droit suisse ne prévoyant pas de salaire minimum.

Pour savoir si l'on est en présence d'un contrat de voyageur de commerce soumis aux règles des art. 347 ss CO, il faut déterminer si le travailleur exerce son activité en-dehors des locaux de son employeur, à tout le moins s'il l'exerce de manière prépondérante – soit pour plus de la moitié de son temps de travail – à l'extérieur. N'est pas considéré comme un voyageur de commerce le travailleur qui exerce son activité principalement à l'intérieur de l'entreprise et qui ne voyage à l'extérieur qu'occasionnellement (cf. PORTMANN, Basler Kommentar, n. 2–3 ad art. 347, p. 2084; STREIFF/VON KAENEL, Praxis Kommentar, n. 2 ad art. 347, p. 961).

Selon l'état de fait du jugement, l'intimé exerçait son activité principalement dans les locaux de la recourante, où il effectuait de la prospection par téléphone pour le compte de celle-ci. La quinzaine de jours qu'il a passée «sur la route» ne suffit manifestement pas à en faire un voyageur de commerce. De même, la période du Comptoir suisse au mois de septembre 2008, même si l'activité des collaborateurs s'exerçait hors des locaux de l'entreprise recourante, ne saurait valoir comme activité de voyageur de commerce, du moment qu'elle se déroulait autour d'un stand de l'employeur. C'est par conséquent à tort que le tribunal a retenu que les parties étaient liées par un contrat de voyageur de commerce. Les prétentions de l'intimé doivent être examinées au regard des règles relatives au contrat de travail, plus spécialement au regard de l'art. 322b CO qui régit la rémunération versée sous forme de provision.

Selon l'accord conclu entre parties, l'intimé devait être payé à la commission sur les commandes conclues avec des clients, à raison de 23%

sur le chiffre d'affaires. Toutefois, il avait droit à un salaire fixe minimum garanti de 1500 francs, y compris un forfait pour frais. Le montant des commissions auxquelles les affaires conclues lui donnaient droit n'a jamais dépassé ce minimum garanti au cours de son engagement au service de la recourante. On se trouve par conséquent en présence d'une rémunération qui a consisté exclusivement en un droit à une commission, le salaire fixe minimum garanti ne se juxtaposant pas au droit à la commission comme c'est parfois le cas (cf. ATF 128 III 174), mais constituant une avance sur provisions devant, le cas échéant, s'imputer sur la somme des commissions réalisées durant la période correspondante (cf. ATF 129 III 118; CARRUZZO, *Le contrat individuel de travail*, n. 4 ad art. 322 b, p. 133). En pareille hypothèse, doit être appliquée la réglementation protectrice relative à la rémunération des voyageurs de commerce, savoir l'art. 349 a al. 2 CO, selon lequel, lorsque le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision, celle-ci doit constituer une rémunération «convenable» des services du voyageur de commerce (cf. PORTMANN, *op. cit.*, n. 1 ad art. 322b, p. 1808; STREIFF/VON KAENEL, *op. cit.*, n. 5 ad art. 322b, p. 224).

Au sens de la disposition précitée, une rémunération est convenable si elle assure au travailleur un revenu qui lui permette de vivre décemment, compte tenu de son engagement au travail, de sa formation, de ses années de service, de son âge et de ses obligations sociales (cf. ATF 129 III 664 c. 6; CARRUZZO, *op. cit.*, n. 1 ad art. 322b, p. 129).

Manifestement, comme les premiers juges l'ont retenu à bon droit, la rémunération versée à l'intimé en l'espèce n'était pas convenable. La cour de céans confirme sur ce point les motifs, complets et convaincants, que les premiers juges ont développés [dans leur] jugement et qui valent également pour la qualification de contrat individuel de travail retenue en l'espèce (art. 471 al. 3 CPC). Quant au montant de la rémunération qui peut en l'occurrence être considérée comme convenable, le revenu de 3500 fr. par mois pour l'activité que l'intimé a déployée, compte tenu de son âge et de son expérience, sans compter la rémunération qui était servie aux autres collaborateurs de l'entreprise qui accomplissaient peu ou prou le même travail que l'intéressé, il apparaît correct et correspond à ce que le représentant de la recourante considérait comme adéquat. Le recours doit par conséquent être rejeté également sur ce point.

Arrêt communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 2 novembre 2009 (Rejet du recours interjeté contre le jugement incident rendu le 11 février 2009 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne)

La LFors ne régit que la compétence à raison du lieu pour les tribunaux étatiques. Il en résulte que les conventions d'arbitrage sont va-

lables nonobstant les fors impératifs de la LFors. Ainsi, le siège du tribunal arbitral ne doit pas obligatoirement être prévu au lieu d'un for impératif et les parties au contrat de travail peuvent au contraire le choisir librement (c. 3a).

Les prétentions découlant d'un contrat de travail couvertes par une disposition impérative de la loi et pour lesquelles l'art. 341 al. 1 CO institue une protection particulière, ne sont pas à la libre disposition du travailleur au sens de l'art. 5 du concordat sur l'arbitrage (C-Arb), de sorte qu'une clause arbitrale conclue avant le mois suivant la fin des rapports de travail est nulle en ce qui concerne ces prétentions (c. 3b).

Extraits des faits:

Par jugement incident du 11 février 2009, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a rejeté la requête de déclinatoire déposée par la défenderesse E. SA dans le cadre de l'action ouverte par T. en date du 10 juin 2008. Le premier juge a notamment rejeté l'exception d'arbitrage et considéré que le lieu habituel de travail de T. était à Lausanne, ce qui justifiait le rejet de l'exception d'incompétence à raison du lieu.

E. SA a recouru contre ce jugement, en concluant à sa réforme en ce sens que sa requête de déclinatoire est admise et l'intimé éconduit d'instance.

Extraits des considérants:

3.

a) La recourante soutient que la clause compromissoire prévoyant la compétence d'un tribunal arbitral ayant siège à Berne est valable et que l'art. 24 LFors (loi fédérale du 24 mars 2000 sur les fors en matière civile; RS 272) ne rend pas cette clause inopérante.

La LFors ne régit que la compétence à raison du lieu (art. 1 al. 1 LFors) pour les tribunaux étatiques. A son article 1 alinéa 3, le projet du Conseil fédéral sur la LFors prévoyait que «la présente loi n'affecte en rien la liberté des parties de convenir d'un tribunal arbitral pour autant qu'elles n'éluent pas, ce faisant, un for impératif». Lors des débats devant les Chambres fédérales, cette disposition a été retirée (DONZALLAZ, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, 2001, n. 16 ad art. 1^{er} LFors, p. 117). La doctrine majoritaire en a conclu que les conventions d'arbitrage étaient valables nonobstant les fors impératifs de la LFors. Il en découle que le siège du tribunal arbitral ne doit pas obligatoirement être prévu au lieu d'un for impératif et que les parties peuvent au contraire le choisir librement (DASSER, Kommentar GestG, Müller/Wirth Hrsg, 2001, n. 75 ad art. 1^{er} LFors, p. 55; MEYER, Basler Kommentar, 2001, n. 20 ad

art. 1 LFors, p. 36; GASSER, *Kommentar GestG*, Kellerhals/von Werdt/Güngerich Hrsg, 2001, n. 43 ad art. 1^{er} LFors, p. 12; KELLERHALS, «Bemerkungen zum Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen», in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, 2000, p. 224; POUDRET, «L'arbitre n'a pas de for», in *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, pp. 227 ss; contra INFANGER, *Basler Kommentar*, 2001, n. 27 ad art. 2 LFors, pp. 46–47 et références, qui se fonde sur le but de l'art. 2 LFors et relève son grave affaiblissement par la solution majoritaire). Tel est en particulier le cas en matière de bail commercial, même sous l'empire de la LFors (KELLERHALS, *op.cit.*, p. 224, note infrapaginale 46 et référence à HIGI, *Zürcher Kommentar*, n. 69 ad art. 274a CO), dès lors que l'article 274c CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) admet l'arbitrage pour les baux commerciaux (LCHAT, *Le bail à loyer* 2^{ème} éd., 2008, p. 135).

Ces considérations, fondées sur les travaux parlementaires, s'appliquent également à la règle de l'art. 24 LFors en matière de droit du travail (STREIFF/VON KAENEL, *Arbeitsvertrag*, 6^{ème} éd., 2006, n. 8 ad art. 343 CO, p. 922; BALZ GROSS, *Kommentar GestG*, Müller/Wirth Hrsg, 2001, n. 8 ad art. 24 LFors, note infrapaginale 4, p. 594). Les avis contraires de la doctrine relative à l'art. 343 al. 1 CO (STAEHELIN/VISCHER, *Zürcher Kommentar*, 1996, n. 4 ad art. 343 CO, p. A 822 et références; AUBERT, *L'arbitrage en droit du travail*, *Bulletin ASA* 1/2000, pp. 5 et 6 et références), repris par WYLER (*Le droit du travail*, 2^{ème} éd., 2008, p. 626 et référence) – sur lequel s'est fondé le premier juge – ne sont plus d'actualité, vu la claire volonté du législateur de la LFors.

Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner si la clause compromissoire en cause viole l'art. 24 LFors. Toutefois, cela ne signifie pas encore que le recours doive être admis.

b) En effet, l'art. 5 C-Arb (Concordat du 27 août 1969 sur l'arbitrage; RSV 278.91), qui régit l'arbitrage interne dans tous les cantons de Suisse (STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n. 8 ad art. 343 CO, p. 922), dispose que l'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi.

Or, l'art. 341 al. 1 CO dispose que le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. La doctrine est partagée sur le point de savoir si cette disposition ôte aux parties la libre disposition d'un droit au sens de l'art. 5 C-Arb, ce qui exclurait le choix de la voie arbitrale pendant les rapports de travail et le mois qui suit la fin de ceux-ci.

REHBINDER le nie pour le motif que l'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas au travailleur une renonciation par transaction et que le procès est soumis à la maxime de disposition dans laquelle les parties, à la différence du droit de la filiation, déterminent librement l'objet du litige. La procédure arbitra-

le n'a en outre pas à respecter les principes de l'art. 343 CO, cette question relevant exclusivement de la compétence cantonale (REHBINDER, *Berner Kommentar*, 1992, n. 10 et 22 ad art. 343 CO, pp. 306–307 et 317); JOLIDON considère que, dès lors que l'arbitrage interne est du ressort du droit cantonal, les litiges en matière de contrat de travail sont arbitrables (JOLIDON, *Commentaire du concordat suisse de l'arbitrage*, 2004, p. 165).

PORTMANN est du même avis en relevant qu'en matière internationale, l'arbitrage en matière du droit du travail est autorisé et en précisant que la procédure arbitrale doit respecter les principes de l'art. 343 CO (PORTMANN, *Basler Kommentar*, 4^{ème} éd., 2007, n. 21 et 22 ad art. 343 CO, p. 2062).

STAEHELIN doute de l'arbitrabilité des litiges en matière de droit du travail, en relevant que, si la libre disposition du droit n'est pas enlevée, elle est néanmoins restreinte notamment par l'art. 341 al. 1 CO. Il l'admet pour autant que les principes posés par l'art. 343 CO s'appliquent à la procédure arbitrale, afin de ne pas priver cette disposition de toute substance (STAEHELIN/VISCHER, *op.cit.*, n. 4 ad art. 343 CO, p. A 822). C'est également l'avis d'AUBERT, qui limite toutefois, dans le *Commentaire romand*, cette application à la gratuité de la procédure pour les litiges dont la valeur litigieuse est inférieure à 30 000 fr. (*op.cit.*, pp. 5–6; *Commentaire romand*, 2003, n. 6 ad art. 343 CO, p. 1809).

STREIFF et VON KAENEL nient l'arbitrabilité des litiges relatifs à des dispositions impératives de la loi pendant le délai de l'art. 341 al. 1 CO. Ils considèrent que cette règle enlève au travailleur la libre disposition de ces droits, et que la possibilité d'y renoncer par transaction n'est pas déterminante, dès lors que celle-ci n'est licite qu'en présence de concessions de l'autre partie. En revanche, pour les prétentions qui ne sont pas protégées par une disposition impérative et dès la fin de la période de protection de l'art. 341 al. 1 CO, la voie de l'arbitrage est possible pour autant que le droit cantonal le permette (STREIFF/VON KAENEL, *op.cit.*, n. 8 ad art. 343 CO, p. 922 et références).

VISCHER est d'avis qu'il convient de traiter de manière identique les clauses de prorogation de for et les clauses arbitrales, savoir la nullité de celles conclues à l'avance, et l'admissibilité de l'accord conclu après la naissance du différent (art. 21 LFors; VISCHER, *der Arbeitsvertrag*, 3^{ème} éd., *Schweizerisches Privatrecht VII/4*, 2005, p. 387).

Les avis de REHBINDER et de JOLIDON n'apparaissent pas convainquants. En effet, la validité de la renonciation du travailleur à des prétentions découlant d'une disposition impérative de la loi est subordonnée à l'existence d'une contrepartie de la part de l'employeur (ATF 118 II 58, c. 2b; ATF 110 II 168, c. 3b, JT 1985 I 28); il n'y a donc pas libre disposition de ces droits et, au surplus l'on ne saurait faire dépendre la validité d'une clause arbitrale d'une appréciation anticipée de l'issue du litige. Quant à la maxime de disposition applicable au procès en matière de conflit de travail, elle n'est pas déterminante, dès lors que la majeure partie

des procès intervient après l'échéance du délai de l'art. 341 al. 1 CO et que, puisque les actions partielles sont en principe licites (cf. POUURET/HALDY/TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., 2002, n. 2 ad art. 76 CPC, p. 139 et références), on ne saurait, si un procès intervenait en cours de contrat, en déduire une renonciation du travailleur à d'autres prétentions.

Les avis de PORTMANN, STAEHELIN et AUBERT doivent être appréciés avec retenue, car ils n'évoquent pas le changement important entraîné par l'entrée en vigueur de la LFors qui a entraîné l'abrogation l'art. 343 al. 1 aCO prévoyant un for impératif. Tant l'avis de STAEHELIN que celui d'AUBERT dans son article paru dans le Bulletin ASA, insistent sur le respect des droits conférés au travailleur par l'art. 343 aCO, en particulier s'agissant du for. PORTMANN est quant à lui muet sur ce changement. Or, comme on l'a vu au considérant a) ci-dessus, le législateur a exclu l'application du for impératif de l'art. 24 LFors aux conventions d'arbitrage. L'entrée en vigueur de la LFors a ainsi supprimé toute protection du travailleur pour les litiges dont la valeur litigieuse dépasse 30 000 francs. Cet amoindrissement des droits du travailleur affaiblit la solution préconisée par ces auteurs.

On ne saurait suivre l'avis de VISCHER, dès lors qu'il n'est pas fondé sur l'art. 341 al. 1 CO en ce qui concerne les prétentions découlant du contrat de travail qui ne sont pas protégées par une disposition impérative de la loi ou d'une convention collective de travail et que le droit vaudois ne prévoit pas une telle restriction pour ces prétentions lorsque leur valeur litigieuse dépasse 30 000 fr. (art. 3 al. 1 LJT a contrario).

L'avis de STREIFF et de VON KAENEL recueille l'approbation de la cour de céans. Il y a lieu d'admettre en effet que les prétentions découlant d'un contrat de travail couvertes par une disposition impérative de la loi et pour lesquelles l'art. 341 al. 1 CO institue une protection particulière, ne sont pas à la libre disposition du travailleur au sens de l'art. 5 C-Arb, de sorte qu'une clause arbitrale conclue avant le mois suivant la fin des rapports de travail est nulle en ce qui concerne ces prétentions.

En l'espèce, l'intimé réclame au fond la rémunération d'heures supplémentaires, prétention couverte par l'art. 341 al. 1 CO (ATF 105 II 39, JT 1979 I 608) et le paiement de vacances non prises, qui est régi par l'art. 329d CO disposition impérative (al. 2 et 3, art. 361 CO) et relativement impérative (al. 1; art. 362 CO). La clause arbitrale litigieuse, signée pendant le délai de protection de l'art. 341 al. 1 CO est en conséquence sans effets en ce qui concerne ces prétentions.

Le recours doit ainsi être rejeté.

Arrêt communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Chambre des recours, Arrêt du 8 décembre 2009 (Admission partielle du recours principal et rejet du recours par voie de jonction interjetés contre le jugement rendu le 21 août 2009 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois)

4 LEg. Harcèlement sexuel. La LEg ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel, qui peut être tenu notamment de réparer le tort moral de la victime en vertu des art. 41 ss CO. La LEg a introduit un droit supplémentaire qui permet au juge de condamner l'employeur à verser à la victime une indemnité, indépendamment du préjudice subi (c. 3).

5 LEg. Les indemnités que le travailleur peut faire valoir contre l'employeur en vertu de l'art. 5 al. 2 à 4 LEg peuvent l'être cumulativement à d'autres indemnités en dommages-intérêts ou en tort moral (5 al. 5 LEg). C'est par conséquent à tort que les premiers juges ont imputé les 4000 fr. obtenus par la victime du harcèlement de l'auteur des faits au plan pénal (c. 6).

Extraits des faits:

Par contrat de travail écrit de durée indéterminée du 9 décembre 2003, E. SA (ci-après: la défenderesse), a engagé T. (ci-après: la demanderesse) en qualité d'aide-gouvernante à temps complet à partir du 1^{er} mars 2004. Le salaire mensuel brut était fixé à 3650 fr., pour une durée de travail hebdomadaire de 42 heures. En 2007, le salaire mensuel brut, 13^{ème} salaire compris, était de 4441 fr. 70. Le lieu de travail, tant qu'ont duré les relations entre parties, a été l'hôtel X., à [...]. Le 11 septembre 2007, la demanderesse a déposé plainte pénale pour atteinte à l'intégrité sexuelle à l'encontre de son subordonné, L. Elle a alors notamment fait valoir qu'entre fin 2006 et le 10 septembre 2007, ce dernier avait eu à plusieurs reprises des comportements déplacés à son encontre. Par certificat médical du 18 septembre 2007, le D^r Z. a fait état de l'incapacité de travail totale de la demanderesse du 11 au 19 septembre 2007.

Par lettre du 12 novembre 2007, remise en mains propres, la défenderesse a signifié son congé à la demanderesse pour le 31 décembre 2007, précisant qu'elle agissait ainsi «après une longue réflexion et étant donné la fin de la saison». Elle y mentionne avoir «beaucoup apprécié son travail, même si c'était parfois un peu difficile en raison de situations stressantes». Pour le surplus, la demanderesse a été immédiatement libérée de son obligation de travailler. Par lettre recommandée du 16 novembre 2007, T. a contesté son licenciement, arguant du fait que les motifs invoqués étaient fallacieux.

Par demande du 19 février 2008, T. a conclu, avec suite de frais et dépens, au versement par la défenderesse de la somme de 26 650 fr. 20,

avec intérêt, soit 13 325 fr. 10 à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 13 325 fr. 10 à titre d'indemnité pour harcèlement sexuel. Par jugement du 18 novembre 2008, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois a libéré L. des accusations de tentative de viol et de contrainte sexuelle et pris acte du retrait de la plainte déposée par T., suite à l'aboutissement d'une transaction judiciaire.

Par jugement directement motivé du 21 août 2009, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé que la défenderesse E. SA est la débitrice de la demanderesse T. de 2000 fr., plus intérêt. Les premiers juges ont rejeté la prétention d'indemnité pour licenciement abusif formulée par la demanderesse, considérant qu'aucun indice ne donnait à penser que l'intéressée serait toujours au service de la défenderesse indépendamment de l'épisode du 10 septembre 2007 et du dépôt d'une plainte pénale à l'encontre de L. Ils ont par contre admis sa prétention en versement d'une indemnité pour défaut de protection de l'employé au sens de l'art. 328 CO, considérant que la défenderesse, en tant qu'employeur, devait supporter les conséquences de la prise en compte clairement défailiante par la supérieure hiérarchique de la demanderesse de l'important problème dont cette dernière lui avait fait part. Au vu des circonstances et en vertu de l'art. 5 al. 3 LEg, ils ont retenu que le dommage subi par la demanderesse pouvait être chiffré, ex aequo et bono, à un montant de 6000 fr., dont ils ont déduit, en application de l'art. 49 al. 1 in fine CO, la somme de 4000 fr. que s'était engagé à verser l'auteur du dommage à la demanderesse selon transaction judiciaire du 18 novembre 2008, aboutissant à un montant final de 2000 francs.

Par acte motivé du 8 septembre 2009, T. a recouru contre ce jugement, concluant, sous suite de dépens, à sa réforme en ce sens que l'intimée E. SA est reconnue sa débitrice d'un montant de 12 000 francs. Par mémoire motivé du 30 octobre 2009, E. SA a conclu, sous suite de dépens, au rejet du recours et, par voie de jonction, à la réforme du jugement en ce sens qu'elle n'est débitrice d'aucun montant en faveur de la recourante.

Extraits des considérants:

3.

Aux termes de l'art. 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. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes. La mention expresse de la protection contre le harcèlement sexuel a été complétée lors de l'introduction de la LEg (loi sur l'égalité du 24 mars 1995; RS 151.1) (ATF 126 III 395 c. 7b/aa p. 397; sur l'étendue du devoir de protection de l'employeur, cf. ég. ATF 132 III 257 c. 5). Les remarques

sexistes et les commentaires grossiers ou embarrassants entrent dans la définition du harcèlement sexuel. Bien que l'art. 4 LEg ne se réfère qu'à des cas d'abus d'autorité, la définition englobe tous les comportements importuns de caractère sexuel, soit également ceux qui contribuent à rendre le climat de travail hostile, par exemple des plaisanteries déplacées (ATF 126 III 395 précité c. 7b/bb p. 397).

Selon l'art. 5 al. 3 LEg, lorsque la discrimination porte sur un cas de harcèlement sexuel, le tribunal peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, à moins que celui-là ne prouve qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir ces actes ou y mettre fin. L'indemnité est fixée compte tenu de toutes les circonstances et calculée sur la base du salaire moyen suisse. Aux termes de l'art. 5 al. 4 in fine LEg, ladite indemnité n'excédera pas le montant correspondant à six mois de salaire. Il sied de relever que la LEg ne traite que de la responsabilité de l'employeur et non de celle de l'auteur du harcèlement sexuel, qui peut être tenu notamment de réparer le tort moral de la victime en vertu des art. 41 ss CO. La LEg a introduit à l'art. 5 al. 3 un droit supplémentaire, lequel permet au juge de condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité, indépendamment du préjudice subi. L'employeur peut se libérer en démontrant qu'il a pris les mesures que l'expérience commande, qui sont appropriées aux circonstances et que l'on peut équitablement exiger de lui pour prévenir le harcèlement sexuel ou y mettre fin. Si l'employeur prouve qu'il a rempli son devoir de diligence, il ne peut être condamné au versement de ladite indemnité (ATF 126 III 395 c. 7b/cc pp. 397 s. et les références citées).

4.

Par son recours par voie de jonction, la défenderesse soutient en substance qu'on ne peut lui reprocher aucun manquement et qu'elle n'avait pas d'autre mesure à prendre pour éviter un harcèlement sexuel. Autrement dit, elle invoque la preuve libératoire de l'art. 5 al. 3 LEg.

Il ressort du procès-verbal d'audition du témoin G., gouvernante au sein de la défenderesse, que celle-ci a admis qu'en juillet 2007, la demanderesse s'était plainte à elle d'attouchements. Le témoin, qui indique n'avoir pas cru la demanderesse, n'a entrepris aucune démarche, sous réserve d'avoir dit au dénommé L. d'avoir un comportement adéquat à l'égard de l'intéressée. Il apparaît ainsi que la demanderesse a signalé un incident avec le prénommé en juillet 2007 à sa responsable, mais que celle-ci n'en a pas même averti la direction. La demanderesse a parlé d'attouchements, ce qu'a confirmé le témoin G., ce qui aurait dû amener la défenderesse à une prise en charge sérieuse de la problématique. Dès lors que la gouvernante G. n'a elle-même pas cru la demanderesse, qu'elle s'est contentée d'une remarque adressée à L. et qu'elle n'a pas avisé la direction, on ne saurait retenir que la défenderesse a mis en place des mesures suffisantes pour prévenir un harcèlement sexuel, tel celui que L. a par la suite

commis au détriment de la demanderesse en septembre 2007. Le moyen libératoire de l'art. 5 al. 3 LEg n'est donc pas réalisé.

C'est ainsi à juste titre que les premiers juges sont entrés en matière sur l'allocation d'une indemnité au sens de l'art. 5 al. 3 LEg.

5.

La recourante principale prétend que la quotité de l'indemnité à laquelle elle a droit selon l'art. 5 al. 3 LEg, arrêtée à 6000 fr. par les premiers juges, doit être fixée à 12 000 francs.

Le montant de l'indemnité se calcule compte tenu de toutes les circonstances et sur la base du salaire moyen en Suisse. Elle ne peut selon l'art. 5 al. 4 LEg excéder six mois de salaire (cf. BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN, Commentaire de la loi sur l'égalité, Lausanne 2000, nn. 40 et 41 ad art. 5 LEg, pp. 144 s.). En l'espèce, la recourante a été engagée en 2003 et percevait un salaire mensuel brut de quelque 4400 fr., y compris le 13^{ème} salaire. Le harcèlement sexuel à l'origine de la demande d'indemnité s'est passé le 10 septembre 2007, sous la forme de caresses et d'immobilisation forcées. Au vu de ces éléments, une indemnité de 6000 fr., soit un montant légèrement supérieur au salaire moyen en Suisse en 2006, qui était de 5674 fr. (cf. Annuaire statistique de la Suisse 2009, p. 107), apparaît équitable. La décision des premiers juges ne saurait être critiquée à cet égard. Le grief est infondé.

6.

La recourante principale reproche par ailleurs aux premiers juges d'avoir imputé sur les 6000 fr. d'indemnité le montant de 4000 fr. de tort moral qu'elle a obtenu au plan pénal à l'encontre de L. dans la transaction passée avec celui-ci le 18 novembre 2008.

La critique est fondée. En effet, les indemnités que le travailleur peut faire valoir contre l'employeur en vertu de l'art. 5 al. 2 à 4 LEg, donc y compris l'indemnité prévue à l'al. 3, peuvent l'être cumulativement – donc en plus – à d'autres indemnités en dommages-intérêts ou en tort moral, que réserve l'art. 5 al. 5 LEg (cf. ATF 133 II 257 c. 5.3 pp. 261 s.; BIGLER-EGGENBERGER/KAUFMANN, op.cit., nn. 24 in fine et 43 ad art. 5 LEg, pp. 140 et 146). C'est par conséquent à tort que les premiers juges ont imputé les 4000 fr. obtenus par la demanderesse de l'auteur des faits au plan pénal. Son recours doit ainsi être partiellement admis en ce sens qu'un montant de 6000 fr. lui est alloué à titre d'indemnité.

Arrêt communiqué par V. Midili, première greffière adjointe.

Kanton Zürich

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19. November 2007; in: ZR 109 (2010) Nr. 31

Arbeitsvertragsstatut, IPRG 121 I. Arbeitsvertragsrecht im Konzern, OR 319 ff. Der Arbeitsvertrag unterliegt dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (lex loci laboris). Das Arbeitsvertragsrecht enthält keine Bestimmung zum Konzern, ein eigentliches gesetzlich normiertes Konzernarbeitsrecht gibt es in der Schweiz nicht. Arbeitgeberin ist im schweizerischen Recht jene Partei, welche als solche den Vertrag abgeschlossen hat (E. III.A.4.c und d).

Sachverhalt:

Nachdem der Kläger seit dem 1. November 1994 bei einer deutschen juristischen Person tätig gewesen war, schloss diese am 12. Januar 1995 mit dem Kläger einen Anstellungsvertrag. Am 30. März 1995 gründete diese deutsche juristische Person sodann in der Schweiz eine Aktiengesellschaft als ihre Tochtergesellschaft, die Beklagte. Zum Verwaltungsrat wurde der Kläger gewählt, der als einziges Mitglied des Verwaltungsrates Einzelunterschrift führte. Nach der Gründung der Beklagten wurde der Lohn des Klägers durch die Beklagte ausbezahlt, welche auch die monatlichen Lohnabrechnungen und den jährlichen Lohnausweis für die Steuerbehörden jeweils ausstellte. Am 29. März 2006 kündigte die deutsche juristische Person den mit dem Kläger am 12. Januar 1995 abgeschlossenen Dienstvertrag fristlos. Sodann wurde anfangs April 2006 der Kläger als Verwaltungsrat der Beklagten abgewählt. Wegen der fristlosen Entlassung erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage, die indessen von der Vorinstanz mangels Passivlegitimation der Beklagten abgewiesen wurde. Hiergegen erklärte der Kläger die Berufung.

Aus den Erwägungen:

III.

A.

4.

b) Unbestrittenermassen war der Kläger einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer der Beklagten. Auf dieses gesellschafts- und schuldrechtliche Doppelverhältnis braucht vorliegend aber nicht weiter eingegangen zu werden. Der Kläger hat nie gegen seine Abwahl als Verwaltungsrat anfangs April 2006 opponiert. Er leitet aus seinem Verwaltungsratsmandat hier auch keine Rechte ab und er macht diesbezüglich gegenüber der Be-

klagen keine Forderungen geltend. Er gründet seine geltend gemachten Forderungen einzig auf seine Stellung als Geschäftsführer bei der Beklagten und stützt sich dabei auf das Arbeitsvertragsrecht.

c) Die Muttergesellschaft hat ihren Sitz in Deutschland und die Tochtergesellschaft den ihren in der Schweiz. Es liegt somit ein internationaler Konzern vor. Gemäss Art. 121 Abs. 1 IPRG untersteht ein Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Auch wenn der Kläger noch gewisse Tätigkeiten, die von den Parteien nicht näher konkretisiert worden sind, im Ausland verrichtet hat, so kann vorliegend doch davon ausgegangen werden, dass der gewöhnliche Arbeitsplatz des Klägers sich hier in der Schweiz befunden hat, so dass vorliegend schweizerisches Recht zur Anwendung kommt. Die Parteien haben denn auch nie die Anwendung einer anderen Rechtsordnung geltend gemacht.

d) Im vorliegenden Verfahren geht es einzig und allein um die Beantwortung der Frage: War die Muttergesellschaft oder die Tochtergesellschaft, die Beklagte, die Arbeitgeberin oder waren beide Gesellschaften gleichzeitig Arbeitgeberinnen des Klägers?

Arbeitsverträge im Konzern werden entweder mit dem herrschenden, mit einem abhängigen Unternehmen oder allenfalls mit beiden geschlossen (ROLAND VON BÜREN, *Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens*, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VIII/6, 2. Aufl., 2005, Basel/Genf/München, S. 400 und S. 404; ROMAN HEIZ, *Das Arbeitsverhältnis im Konzern – Ausgewählte individualarbeitsrechtliche Aspekte*, Diss. St. Gallen, 2004, S. 38). Es geht somit um die Funktion der Arbeitgeberin und um die Stellung des Arbeitnehmers im Konzern, wovüber bereits einige Lehrmeinungen bestehen. In jedem Arbeitsverhältnis muss auf Seiten der Arbeitgeberin eine Person als Vertragspartnerin auftreten. Beim Konzern fragt sich nun, welche der verschiedenen Konzerngesellschaften jeweils die Arbeitgeberin ist (THOMAS GEISER/KAI-PETER UHLIG, *Arbeitsverhältnisse im Konzern*, in: *ZBJV*, Bd. 139, 2003, S. 758; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, *Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte*, Zürich, 1999, S. 238). Arbeitgeberin ist jene Person, die Anspruch auf die Leistung des Arbeitnehmers hat und entsprechend auch aus dem Arbeitsverhältnis bzw. dem Arbeitsvertrag verpflichtet ist (BGE 4C.158/220, Urteil vom 20. August 2002). Die Beantwortung der Frage, wer innerhalb eines Konzerns als Arbeitgeberin auftritt oder als solche anzusehen ist, ist nicht nur wichtig, sondern von zentraler und entscheidender Bedeutung, weil sich nur dann Rechte und Pflichten aus einem Arbeitsvertrag korrekt zuordnen lassen (VON BÜREN, a.a.O., S. 404; HEIZ, a.a.O., S. 225). Es lassen sich nämlich die gegenseitigen Rechte und Pflichten nicht ohne Bestimmung der Arbeitgeberin festlegen. Die Festlegung, welche Konzerngesellschaft als Arbeitgeberin anzusehen ist, ist z.B. mit Bezug auf die Frage der Aktiv- und Passivlegitimation im Falle eines Prozesses – wie vorliegend – von prozessentscheiden-

der Bedeutung. Die Bestimmung der Arbeitgeberin ist auch mit Bezug auf das Kündigungsrecht von entscheidender Bedeutung, weil nur die formelle Arbeitgeberin eine Kündigung aussprechen kann. Wurde der Arbeitsvertrag mit der Konzerntochter geschlossen, so kann nur diese die Kündigung aussprechen, ebenso kann nur die Muttergesellschaft gültig kündigen, wenn der Arbeitsvertrag mit ihr abgeschlossen worden ist (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 288 f.; VON BÜREN, a.a.O., S. 414; FRANK VISCHER, *Der Arbeitsvertrag*, 3. Aufl., Basel/Genf/München, S. 65; HEIZ, a.a.O., S. 109). Wenn sich im Konzern die Frage nach den Vertragsparteien beziehungsweise nach der rechtlichen Arbeitgeberin stellt, ist für deren Beantwortung vorab die Feststellung entscheidend, mit welcher Konzerngesellschaft ein Arbeitsvertrag geschlossen wurde (HEIZ, a.a.O., S. 225). Dabei kann aber nicht einfach auf die Parteibezeichnungen in einem allfälligen schriftlichen Arbeitsvertrag abgestellt werden (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 764). Da die im schriftlichen Arbeitsvertrag genannte Arbeitgeberin durch konkludentes Verhalten der Parteien – etwa im gegenseitigen Einverständnis erfolgende Aufnahme der Arbeitstätigkeit bei einer anderen Konzerngesellschaft – formlos ganz oder teilweise ausgewechselt werden kann, darf nicht ohne Weiteres auf die Parteien des schriftlichen Arbeitsvertrages abgestellt werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitsvertrag einen Vorbehalt der Schriftform für Änderungen vorsieht (DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 240). So dann sind auch Vertragsverhältnisse mit mehreren Konzerngesellschaften nicht auszuschliessen. Besonderheiten könnten sich des Weitern daraus ergeben, dass der Arbeitnehmer nicht notwendigerweise in jener Konzerngesellschaft arbeitet, von der er auch angestellt worden ist (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 764). So kann eine Muttergesellschaft mit einem Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abschliessen, in dem von vornherein der Einsatz des Arbeitnehmers in einer Tochtergesellschaft vorgesehen ist, und diesen auf dieser vertraglichen Grundlage in eine Tochtergesellschaft entsenden (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 773). Ebenso kann sich der Arbeitnehmer gegenüber der einen Konzerngesellschaft verpflichten, gewissen anderen Konzerngesellschaften Leistungen zu erbringen (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 771). Die vertragliche Bindung besteht dann in beiden Fällen ausschliesslich mit der jeweiligen Vertragspartei, unabhängig davon, wo der Arbeitnehmer im Konzern eingesetzt wird (BGE 4C.158/2002, Urteil vom 20. August 2002). Das Arbeitsvertragsrecht enthält indessen keinerlei Bestimmungen zum Konzern, ein eigentliches gesetzlich normiertes Konzernarbeitsrecht gibt es in der Schweiz nicht (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 765; HEIZ, a.a.O., S. 31; RETO SCHILTKNECHT, *Arbeitnehmer als Verwaltungsräte abhängiger Konzerngesellschaften, Ein Beitrag zur Rechtstellung und zivilrechtlichen Haftung des Arbeitnehmer-Verwaltungsrates*, Diss. BE, 1997, S. 29), wovon – wie aufgezeigt – auch der Kläger ausgeht. GEISER/UHLIG weisen darauf hin, dass bei praktisch allen Streitigkeiten aus einem Arbeitsverhältnis in einem Konzern immer als Erstes zu klären ist, welche Konzerngesellschaft nun eigentlich Arbeitgeberin ist (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 767). Bei der

Bestimmung der Vertragsparteien im Konzern ist beim Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht anders vorzugehen als bei anderen Verträgen. Welche Parteien am Arbeitsverhältnis beteiligt sind, bestimmt sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln. Die Auslegung des Arbeitsvertrages hat in erster Linie nach dem tatsächlichen übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien zu erfolgen. Dafür müssen die konkreten mit dem Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarungen analysiert werden (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 767). Nur wenn kein solcher Wille festgestellt werden kann, ist eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip vorzunehmen. Dabei ist der Arbeitsvertrag auf dem Hintergrund des Konzerns und der Vorgeschichte früherer Arbeitsverträge mit beteiligten Konzerngesellschaften auszulegen (BGE 4C.158/2002, Urteil vom 20. August 2002). Es ist somit in erster Linie nach dem tatsächlichen Willen der Parteien zu fragen, und deren Erklärungen sind falls nötig nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. In diesem Zusammenhang ist die Arbeitgeberin immer aufgrund einer Gesamtbetrachtung zu eruieren, wobei die vertraglichen Vereinbarungen letztendlich massgebend sind (HEIZ, a.a.O., S. 40 und S. 225). Arbeitgeberin ist im schweizerischen Recht jene Partei, welche als solche den Vertrag abgeschlossen hat. Es kommt also grundsätzlich gar nicht darauf an, wer den wirtschaftlichen Nutzen aus der Arbeit zieht, vielmehr kommt der Arbeitsvertrag nur mit jener Person zustande, in deren Namen der Vertrag abgeschlossen worden ist (GEISER/UHLIG, a.a.O., S. 768 f.). Will eine Muttergesellschaft einen Arbeitsvertrag in Stellvertretung für die Tochtergesellschaft abschliessen, dann muss sie nach den allgemeinen Regeln der Stellvertretung vorgehen (DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 239). Zur Bestimmung der Arbeitgeberin im Konzern hat nach ROMAN HEIZ die Auszahlung des Lohnes wenig Aussagekraft, da es sich dabei auch allein um die technische Abwicklung von Zahlungsvorgängen im Konzern oder um interne Abrechnungen handeln kann. Die Lohnzahlung kann im Konzern ohne Weiteres auch im Auftrag der einzelnen Unternehmen konzernweit durch ein anderes Konzernunternehmen erledigt werden. Der eigentliche Schuldner des Lohns steht aufgrund der Auszahlung keineswegs fest. Es gilt der Grundsatz von Art. 68 OR, wonach der Schuldner (Arbeitgeber) nur dann verpflichtet ist, persönlich zu leisten, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Dies ist bei der Lohnzahlung nicht der Fall. Wer die Tätigkeit des Arbeitnehmers letztlich finanziert, ist daher ohne Belang für die rechtsgeschäftliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses (HEIZ, a.a.O., S. 39). Der eigentliche Schuldner des Lohns braucht im Konzern nicht identisch zu sein mit demjenigen, der die Auszahlung des Entgeltes vornimmt. Die Art der Abwicklung von Lohnzahlungen im Konzern ist nicht konstitutiv für die zugrunde liegende Verpflichtung, auch wenn sie allenfalls als Indiz dafür brauchbar ist. Die Abwicklung der Lohnzahlung ist aber in jedem Fall in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen (HEIZ, a.a.O., S. 86, S. 225, S. 228 und S. 233; DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 240). Auch die Tatsache, von welcher Konzerngesellschaft über die Sozialversi-

cherungsbeiträge abgerechnet wird oder von welcher Gesellschaft allenfalls die Betreuung in Personalbelangen erfolgt, lässt sich nicht allzu viel über die Arbeitgeberenschaft ableiten. Kombiniert untereinander und zusammen mit anderen Faktoren kommt jedoch auch den genannten Faktoren im Einzelfall bei der Bestimmung derjenigen Konzerngesellschaft, die als materielle Arbeitgeberin anzusehen ist, Bedeutung zu (DRUEY/VOGEL, a.a.O., S. 240 f.). Im vorliegenden Fall ist zudem zu beachten, dass die Ausübung einer Verwaltungsratsstätigkeit in der Tochtergesellschaft Bestandteil eines Arbeitsvertrages mit einer Muttergesellschaft sein kann, war der Kläger doch alleiniger Verwaltungsrat der Tochtergesellschaft. Die Ausübung des Verwaltungsratsmandates in der Tochtergesellschaft bildet in einem solchen Fall die Hauptpflicht des Arbeitnehmers, nämlich seine Arbeitspflicht gegenüber seiner Arbeitgeberin, der Muttergesellschaft (vgl. dazu SCHILTKNECHT, a.a.O., S. 41 ff.). Der als Verwaltungsrat eingesetzte Arbeitnehmer kann in einem Arbeitsverhältnis zur Muttergesellschaft stehen, ohne dass noch zusätzlich ein Arbeitsvertrag mit der Tochtergesellschaft notwendig wäre (MÜLLER, a.a.O., S. 11 f.). Abschliessend ist noch darauf hinzuweisen, dass für finanzielle Ansprüche des Arbeitnehmers im Konzern grundsätzlich seine tatsächliche Arbeitgeberin haftet, mit der er ausdrücklich oder konkludent einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat (HEIZ, a.a.O., S. 189).

e) aa) Wie bereits erwähnt, hat der Kläger die Beklagte zivilgerichtlich belangt, wobei er seine verschiedenen Geldforderungen ihr gegenüber aus dem Arbeitsvertragsrecht herleitet. Bei dieser Sachlage ist es Sache des Klägers, substantiiert zu behaupten und dann auch rechtsgenügend zu beweisen, dass er mit der Beklagten einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, aus dem sich rechtsgenügend ergibt, dass die Beklagte seine Arbeitgeberin und er deren Arbeitnehmer war.

Der Kläger führte zwar aus, es sei rechtsmissbräuchlich, wenn die Beklagte nun behaupte, dass sie nicht mehr seine Arbeitgeberin sei. Damit behauptet der Kläger indirekt, die Beklagte sei seine Arbeitgeberin gewesen. Er unterlässt es aber, substantiiert dazulegen, wann, wie, wo und mit wem er einen entsprechenden Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen hat. Von einem entsprechenden schriftlichen Arbeitsvertrag zwischen ihm und der Beklagten war nie die Rede. Er macht aber nicht geltend, es sei zwischen ihm und der Beklagten stillschweigend oder konkludent ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden. Ein solcher Vertragsschluss hätte erst nach dem 5. Mai 1995 erfolgen können, nachdem die Beklagte ihre Rechtspersönlichkeit erlangt hatte. Nach diesem Zeitpunkt war er aber alleiniger Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat der Beklagten mit Einzelunterschrift. Er hätte den fraglichen Arbeitsvertrag somit als Vertreter der Beklagten mit sich selbst abschliessen müssen, was einem unzulässigen Selbstkontrahieren gleichgekommen wäre. Auf diese Problematik braucht vorliegend indessen nicht weiter eingegangen zu werden, weil keine ausreichend substantiierten Behauptungen bezüglich eines entspre-

chenden Arbeitsvertragsabschlusses zwischen dem Kläger und der Beklagten vorliegen. Nur wenn der Kläger klar und deutlich dargelegt hätte, wann, wo, wie und mit wem der betreffende Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen worden wäre, hätte die Beklagte darauf auch entsprechend antworten und Stellung nehmen können. Der Kläger hat nur wiederholt geltend gemacht, die Beklagte sei die Schuldnerin seiner Lohnansprüche. Er hat aber nie dargelegt, wann er einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen hat, im Gegenteil erklärte er ausdrücklich, es sei von ihm nie vorgebracht worden, es sei von einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten die Rede.

bb) Der Kläger brachte aber wiederholt vor, die Beklagte habe ihm immer den Lohn ausbezahlt, weshalb sie auch vorliegend passivlegitimiert sei. Darauf wird nachfolgend näher einzugehen sein.

cc) Der Kläger führte aus, er sei seit 1. November 1994 für die im Mai 1995 gegründete Beklagte als Verwaltungsrat und Geschäftsführer tätig gewesen. Gegen diese habe er wegen seiner fristlosen Entlassung finanzielle Ansprüche eingeklagt.

Diese Behauptung ist insofern nicht ganz korrekt, weil die Beklagte erst am 5. Mai 1995 ihre Rechtspersönlichkeit erlangte, und der Kläger deshalb erst ab diesem Datum für die Beklagte tätig sein konnte. Unbestritten blieb seitens der Beklagten, dass der Kläger seit ihrer Gründung bis zu seiner Entlassung als Verwaltungsrat und seiner Kündigung als Geschäftsführer für sie tätig war. Wie bereits oben ausgeführt, kann der Kläger allein aus diesem Umstand noch nicht ableiten, dass deshalb die Beklagte seine Arbeitgeberin war, kann der Arbeitsvertrag doch auch in einem solchen Fall mit der Muttergesellschaft abgeschlossen worden sein.

(...)

ee) (...) Wie schon gesagt, hat der Kläger nach der Gründung der Beklagten bei derselben die Doppelfunktion als Verwaltungsrat und Geschäftsführer bis zu seiner Kündigung bzw. Entlassung im März/April 2006 ausgeübt. Dies änderte aber nichts am Inhalt des Anstellungsvertrages, den der Kläger mit der Muttergesellschaft am 12. Januar 1995 abgeschlossen hat. Er blieb weiterhin Schuldner der versprochenen Leistungen der Muttergesellschaft gegenüber und diese blieb weiterhin Gläubigerin gegenüber dem Kläger mit Bezug auf die klägerischen Vertragsverpflichtungen. Durch die Aufnahme seiner Tätigkeit bei der Beklagten erfolgte somit kein Parteiwechsel. Die Muttergesellschaft blieb weiterhin die Arbeitgeberin des Klägers. Dass eine solche Regelung in einem Konzern ohne Weiteres möglich ist, wurde bereits aufgezeigt. (...)

Der Vorwurf des Klägers, das vorinstanzliche Urteil und dessen Argumentation sei in diesem Punkte falsch und unhaltbar, die Vorinstanz gehe von einem falschen Sachverhalt aus und sie habe die Beweislast falsch verteilt, verfängt indessen bei dieser Sachlage nicht, weil der Kläger dem vorinstanzlichen Urteilsinhalt ausdrücklich zustimmt, dass der ursprüngliche, am 15. Januar 1995 mit der Muttergesellschaft schriftlich

abgeschlossene Arbeitsvertrag und das dadurch begründete Arbeitsverhältnis nie abgeändert worden ist. Damit blieb die Muttergesellschaft als Arbeitgeberin dem Kläger als Arbeitnehmer gegenüber weisungsbefugt und der Kläger gegenüber der Muttergesellschaft als seine Arbeitgeberin deren Schuldner mit Bezug auf seine Tätigkeit als Verwaltungsrat und Geschäftsführer bei der Beklagten. Diese arbeitsrechtliche Rechtsbeziehung zwischen der Muttergesellschaft und ihm hat der Kläger auch im Berufungsverfahren erneut und wiederholt bestätigt und bekräftigt, die Entscheidungs- und Weisungsbefugnis bezüglich seiner Lohnzahlungen sei der Muttergesellschaft obliegen. Die Muttergesellschaft entscheide letztlich; die Muttergesellschaft habe insbesondere die Lohnhöhe, die Ferienregelung sowie sämtliche Anstellungsbedingungen festgelegt und diesbezüglich Weisungen erteilt; die Verhältnisse seien mehr oder weniger von der Holdinggesellschaft bestimmt worden; der Muttergesellschaft sei die Weisungsbefugnis obliegen; die Muttergesellschaft habe die Weisungen erteilt; die Lohnanpassung sei der Muttergesellschaft zugestanden und die Muttergesellschaft habe seine Arbeitsberichte genehmigt. Damit ist aber aufgrund der klägerischen Ausführungen rechtsgenügend erstellt, dass nicht – wie vom Kläger behauptet – die Beklagte, sondern die Muttergesellschaft die Arbeitgeberin des Klägers seit dem 1. November 1994 bis zu seiner Entlassung als Verwaltungsrat bzw. Auflösung seines Arbeitsverhältnisses war.

ff) Es blieb unbestritten, dass der Lohn dem Kläger nach Antritt seiner Stelle bei der Beklagten bis zu seiner Entlassung bzw. Kündigung im März/April 2006 regelmässig von der Beklagten ausbezahlt wurde und dass diese auch die monatlichen Lohnabrechnungen und die jährlichen Lohnausweise für die Steuererklärungen ausgestellt hat. Entgegen der Meinung des Klägers ging auch die Vorinstanz von diesem unbestrittenen Sachverhalt aus, und sie hat sich damit auch auseinandergesetzt. Sie erwog aber zutreffend, weitere Ausführungen dazu, wann eine entsprechende Vereinbarung zwischen wem getroffen worden sei und was sie genau zum Gegenstand gehabt habe, seien dagegen ausgeblieben. Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen, lauten doch die entsprechenden Ausführungen des Klägers lediglich wie folgt: Es habe bewusst und absichtlich die Vereinbarung bestanden, dass nur die Beklagte ihn entschädige; zwischen der Muttergesellschaft und ihm sei vereinbart worden, dass sämtliche Lohn- und lohnähnlichen Ansprüche von der noch zu gründenden Beklagten bezahlt würden, und die Beklagte habe während mehr als elf Jahren aus eigener Verpflichtung und mit seinem Willen und demjenigen der Muttergesellschaft sämtliche Lohn- und lohnähnlichen Ansprüche von ihm befriedigt. Trotz der vorinstanzlichen Beanstandung hat es der Kläger aber auch im Berufungsverfahren unterlassen, substantiiert darzulegen, wann, wo, wie und mit welchen Personen eine solche Vereinbarung getroffen worden ist. Mangels gehöriger Substantiierung konnte sich natürlich auch die Beklagte dazu nicht ausreichend äussern.

Dem Anstellungsvertrag kann lediglich die Art und die Höhe der Vergütung entnommen werden. Dass die Vergütung in Schweizer Franken ausbezahlt wurde, ist nichts Aussergewöhnliches, weil der Kläger seine Tätigkeit praktisch ausschliesslich bei einer Schweizer Firma und in der Schweiz ausübte. Daraus kann er vorliegend nichts zu seinen Gunsten herleiten. Auch der Vorbehalt von Schweizer Recht verhilft dem Kläger hier nicht weiter, weil mit Bezug auf alle Arbeitnehmer in der Schweiz die zwingenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen, wie z.B. Mindestlohn, Sozialleistungen, Ferienregelungen etc., angewendet und eingehalten werden müssen. Dem Anstellungsvertrag vom 15. Januar 1995 kann somit nicht entnommen werden, dass die Beklagte den Lohn des Klägers ausbezahlen werde. Die angebliche, vom Kläger behauptete Vereinbarung zwischen ihm, der Beklagten und der Muttergesellschaft kann mangels rechtsgenügender Substantiierung durch den Kläger nicht nachvollzogen werden. Darauf braucht aber hier nicht weiter eingegangen zu werden, weil sich aus den vorliegenden Akten mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, dass die Muttergesellschaft dem Kläger gegenüber immer Lohnschuldnerin geblieben ist und auch der Kläger von diesem Sachverhalt ausgehen musste, weil seine jeweiligen Lohnerhöhungen aufgrund der vorliegenden Akten nicht mit der Beklagten, sondern mit der Muttergesellschaft geregelt wurden. Wie bereits erwähnt, hat der Kläger ausdrücklich eingestanden, dass nicht die Beklagte, sondern die Muttergesellschaft jeweils die Höhe seines Lohnes bestimmt hat.

[Es wird der Inhalt von drei Briefen der Muttergesellschaft an den Kläger zwischen dem 6. Dezember 2000 und dem 7. November 2003 dargelegt, die sich mit der Gehaltentwicklung und der Gehaltssteigerung beim Kläger befassen.]

Der Kläger hat den Inhalt dieser drei Briefe nicht angefochten und auch nicht in Frage gestellt, und zwar weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren. Daraus erhellt aber mit hinreichender und auch rechtsgenügender Sicherheit, dass die Muttergesellschaft gegenüber dem Kläger die Lohnschuldnerin war, hat er sich doch selber in seinen Lohnfragen an sie gewendet und hat sie seine jeweiligen Lohnerhöhungen bestimmt und festgelegt, weshalb er aus der Tatsache, dass ihm der Lohn effektiv von der Beklagten ausbezahlt wurde, nichts zu seinen Gunsten herleiten kann; insbesondere ergibt sich daraus nicht, dass die Beklagte seine Arbeitgeberin war. Bei dieser Sachlage kann – entgegen der Meinung des Klägers – auch nicht angenommen werden, durch die Lohnzahlung habe die Beklagte ihre eigene Schuldpflicht mit Bezug auf die Lohnforderung des Klägers anerkannt. Den aufgeführten Schreiben kann nicht entnommen werden, dass der Kläger als Geschäftsführer und Verwaltungsrat im Namen der Beklagten über seine zukünftigen Lohnforderungen gegenüber der Beklagten verhandelt hat. Dies hat der Kläger denn auch gar nie behauptet. Vielmehr ergibt sich aus dem aufgezeigten Wortlaut der Briefe, dass der Kläger sich bezüglich der Lohnfragen in eigenem Namen an die Muttergesellschaft

gewendet hat und dass diese mit dem Kläger persönlich darüber korrespondierte und nicht mit der Beklagten. Der Umstand, dass die Beklagte und nicht die Muttergesellschaft dann jeweils den zwischen der Muttergesellschaft und dem Kläger ausgehandelten Lohn auszahlte, änderte am Arbeitsverhältnis zwischen der Muttergesellschaft und dem Kläger nichts. Diese Lohnauszahlungsabwicklung beruhte auf einer internen Regelung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft und hatte keinen Einfluss auf den Arbeitsvertrag zwischen der Muttergesellschaft und dem Kläger. Wie bereits oben ausgeführt, ist es in einem Konzern auch nichts Aussergewöhnliches, wenn nicht die Mutter-, sondern die Tochtergesellschaft dem bei ihr Tätigen den Lohn auszahlt. Aus diesem Grunde braucht vorliegend denn auch nicht weiter auf die unterschiedlichen Parteibehauptungen eingegangen zu werden, ob und wie die Mutter- und die Tochtergesellschaft untereinander diese Lohnzahlung und deren Ausgleich geregelt haben.

gg) Bezüglich der Kündigung machte der Kläger widersprüchliche Aussagen. Einerseits erklärte er, die Muttergesellschaft habe die Kündigung ausgesprochen, an anderer Stelle führte er aus, die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis fristlos aufgelöst. Aktenmässig belegt ist indessen, dass es die Muttergesellschaft war, welche den Kläger fristlos entlassen hat. Der Kläger hat nie substantiiert geltend gemacht, die Muttergesellschaft sei hierzu gar nicht berechtigt gewesen, vielmehr hätte dies nur durch die Beklagte erfolgen können. Er hat lediglich die materiellen Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung bestritten. Wie schon dargelegt, kann lediglich die Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis kündigen. Dies wird denn auch vom Kläger indirekt anerkannt, indem er ausführte, die Muttergesellschaft habe mit der Kündigung ein sehr weitgehendes Weisungsrecht in Anspruch genommen. Weisungsberechtigt ist aber nur die Arbeitgeberin, es wäre denn, dass sie dieses Recht an die Beklagte delegiert hätte, was indessen vom Kläger nicht behauptet wurde. Im Gegenteil gestand er selber ein, dass er Weisungen von der Muttergesellschaft entgegengenommen habe, und dass die Muttergesellschaft sein Arbeitsangebot abgelehnt habe.

hh) Aufgrund dieser Ausführungen steht fest, dass aus dem Umstand, dass die Beklagte dem Kläger während mehr als elf Jahren den Lohn ausbezahlt hat, nicht der Schluss gezogen werden kann, die Beklagte habe eine eigene Schuldpflicht mit Bezug auf die Lohnzahlung gegenüber dem Kläger anerkannt und sie sei dadurch seine Arbeitgeberin geworden. Der Kläger hat auch nie geltend gemacht, die Beklagte habe sich irgendwann und irgendwie als seine Arbeitgeberin ausgegeben. Somit kann ihr auch kein Rechtsmissbrauch entgegengehalten werden, wenn sie nun im vorliegenden Verfahren geltend macht, sie sei nicht die Arbeitgeberin des Klägers gewesen, weshalb sie bezüglich seiner Forderungen auch nicht passivlegitimiert sei.

ii) Aufgrund all dieser Erwägungen ergibt sich zusammenfassend, dass trotz der Lohnauszahlung durch die Beklagte an den Kläger nicht diese, sondern die Muttergesellschaft die Arbeitgeberin des Klägers vom

1. November 1994 bis zu seiner Entlassung bzw. Kündigung im März/ April 2006 während der ganzen Zeit war, weshalb er seine arbeitsrechtlichen Forderungsansprüche an diese zu richten hat, weil die Beklagte ihm gegenüber keine Lohnverpflichtungen hatte. Damit steht aber auch fest, dass die Vorinstanz zu Recht die Passivlegitimation der Beklagten verneint und die Hauptklage abgewiesen hat. Entsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 22. September 2009, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009 Nr. 22

OR 349a. Ein angemessener Lohn für Handelsreisende ist auch für Telefonverkäufer im Innendienst erforderlich. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb derjenige, der dieselbe Tätigkeit im Betrieb ausführt, schlechter gestellt werden sollte als der im Aussendienst Beschäftigte. Ein angemessener Lohn liegt dann vor, wenn er dem Handelsreisenden erlaubt, anständig zu leben.

Sachverhalt:

Der beklagte Arbeitnehmer wurde für den Telefonverkauf von Wein in den Geschäftsräumen der Klägerin angestellt. Dafür sollte er eine Verkaufsprovision erhalten. Die Klägerin bezahlte ihm während 11 Monaten jeweils netto Fr. 4000.–, obwohl die erzielten Provisionen im Durchschnitt bei rund Fr. 940.– pro Monat lagen. Nach der Beendigung verlangte die Klägerin den zuviel bezahlten Lohn retour.

Aus den Erwägungen:

Die Klage wäre indessen auch aus einem anderen Grund abzuweisen. Das schweizerische Arbeitsrecht anerkennt zumindest für Handelsreisende in Art. 349a Abs. 2 OR ausdrücklich, dass die Entschädigung zwar ausschliesslich in einer variablen Komponente, nämlich der Provision bestehen darf, jedoch muss diese dem Handelsreisenden ein angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit gewähren.

Ob diese Bestimmung ausschliesslich für Handelsreisende gilt, oder ob sie auch für andere Arbeitsverträge analog angewendet werden darf, ist nicht unumstritten. Der grössere Teil der Lehre wendet diesen Grundsatz für das gesamte Arbeitsvertragsrecht an (u.a. THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Leistungslohn, AJP/PJA 2001 S. 382–393, 387; BaK-PORTMANN, N 1 zu Art. 322b OR; BK-REHBINDER, N 8 zu Art. 349a OR; CHRISTOPH SENTI, Die Abgrenzung zwischen Leistungslohn und Gratifikation, AJP/PJA 2002, S. 669–681; DANIEL LEU, Variable Vergütungen für Manager und Verwaltungsräte,

S. 83), wobei er nur dann gelten kann, wenn die Gefahr besteht, dass die Vereinbarung einer variablen Komponente zu einer ungenügenden Zahlung führt (PETER REINERT, Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP/PJA 2009, S. 2009, S. 3 ff.).

Zwar ist nicht zweifelhaft, dass historisch gesehen Art. 349a Abs. 2 OR auf die Handelsreisenden beschränkt war, denn die Bestimmung wurde aus dem Bundesgesetz über das Anstellungsverhältnis der Handelsreisenden übernommen, ohne dass der Gesetzgeber über eine Verallgemeinerung zu diskutieren Anlass fand. Eine solche würde auch der evident ablehnenden Haltung des Gesetzgebers gegenüber Mindestlöhnen widersprechen (CONRADIN CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Bern 2007, Rz. 233). Ein Analogieschluss kommt indessen in Frage, wenn der zu beurteilende Sachverhalt wertungsmässig demjenigen entspricht, den das Gesetz mit einer ausdrücklichen Regelung erfasst hat und die *lex specialis* sich mithin als zu eng erweist (a.a.O., Rz. 234, teleologische Lücke, a.a.O., Fn. 322).

Als 1971 die auszulegende Bestimmung ins Obligationenrecht übernommen worden war, gab es ausser den Handelsreisenden schlicht keine andern Berufsgruppen, wo solche Regelungen wie vollständig oder mehrheitlich erfolgsabhängige Löhne, bekannt gewesen wären. Es bestand gar kein Handlungsbedarf. Telefonverkäufer, Call-Agents etc. waren damals noch unbekannt. Heute sind solche Tätigkeiten vermutlich häufiger anzutreffen als diejenige des klassischen Handelsreisenden. Dazu kommt die allgemeine Bewegung hin zu vermehrt leistungsabhängigen Löhnen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb derjenige, der dieselbe Tätigkeit unter einem Dach ausführt, schlechter gestellt werden sollte als der im Aussendienst Beschäftigte. Die Besserbehandlung des Handelsreisenden vermag heute nicht mehr zu überzeugen, umso mehr, als diese Bestimmung ja nicht dazu da ist, dem Handelsreisenden einen bestimmten Mindestlohn zu beschaffen, sondern ihn vor Ausbeutung zu schützen (ARV 2006, S. 111, Urteil des Bundesgerichts vom 2. November 2005).

Art. 349a Abs. 2 OR ist deshalb auch auf gleiche Arbeitsverhältnisse im Innendienst anzuwenden (AGVE 2005, S. 29–31).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt dann ein angemessenes Entgelt vor, wenn es dem Handelsreisenden erlaubt, anständig zu leben. Dabei ist seinem Arbeitseinsatz, seiner Ausbildung, seinen Dienstjahren, dem Alter und seinen sozialen Verpflichtungen Rechnung zu tragen (BGE 129 III 664, 670 E. 6.1). Entscheidend ist in jedem Fall nicht der tatsächliche Verdienst, sondern der Verdienst, der bei angemessenen Anstrengungen erzielbar gewesen wäre. Unter dem angemessenen Lohn wird ein objektiver Begriff verstanden. Massgebend muss sein, was für die Leistung des Arbeitnehmers auf dem Markt im Minimum bezahlt werden muss, ohne gerade Lohndumping zu betreiben. Dieser Markt richtet sich nebst der Art der erbrachten Arbeit und dem Arbeitseinsatz zweifellos auch nach der Erfahrung und den Qualifikationen des betroffenen Mitarbeiters.

Das Bundesgericht hielt weiter fest, die konkreten Lebenshaltungskosten eines Arbeitnehmers seien irrelevant, da sonst ein Arbeitnehmer durch die Erhöhung seiner Lebenshaltungskosten faktisch sein Mindesteinkommen erhöhen könnte. Zudem soll eine gewisse Relation des angemessenen Lohnes zum Marktwert der Leistung bestehen, weil die in einer Branche geltenden Usanzen als Leitlinie mitberücksichtigt werden sollen (PETER REINERT, a.a.O., S. 4; BGE 129 III 664, 670 E. 6.1).

Im vorliegenden Fall erzielte der Beklagte bei einer vollzeitlichen Tätigkeit einen durchschnittlichen Lohn von weniger als Fr. 1000.–. Dass ein solcher Lohn nicht einmal ansatzweise das Existenzminimum einer Familie decken kann, bedarf keiner näheren Begründung. Somit ist ein Fall von Art. 349a Abs. 2 OR klar gegeben. Hinsichtlich der Höhe erachtete das Bundesgericht beispielsweise einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3830.– als angemessen, wobei eine berufliche Unerfahrenheit und fehlende soziale Verpflichtungen gegeben waren (BGE 129 III 670).

Dem Beklagten wurde Fr. 4000.– ausbezahlt, wobei hier bereits das Feriengeld, der 13. Monatslohn, Kinderzulagen und Spesen mit eingeschlossen waren. Bei dieser Sachlage übersteigt der ausbezahlte Lohn das angemessene Entgelt im Sinne von Art. 349a Abs. 2 OR ohne Zweifel nicht, so dass sich auch von da her keine Rückzahlungspflicht begründen lässt und die Klage auch gestützt auf Art. 349a Abs. 2 OR abzuweisen ist.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 24. November 2009, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009 Nr. 3

OR 322d; unklare Bonusvereinbarung. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt, die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat diesfalls einen vollen Bonusanspruch.

Sachverhalt:

Gemäss Arbeitsvertrag schuldet die Beklagte dem Kläger einen Bonus in der Höhe von Fr. 30 000.– bei vollständiger Erreichung der gesetzten Ziele. Im Weiteren sind drei Komponenten ausschlaggebend, nämlich zwei auf die finanziellen Ergebnisse ausgerichtete Voraussetzungen sowie aus drei bis fünf persönlichen Zielerreichungen, welche jedes Jahr ausgehandelt werden. Der Bonus für die persönliche Zielerreichung ist auch zu bezahlen, wenn die finanziellen Ziele nicht erreicht werden.

Aus den Erwägungen:

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beklagte im Arbeitsvertrag verpflichtet hat, dem Kläger bei Zielerreichung einen Bonus zu bezahlen. Die Parteien vereinbarten diesbezüglich keine weiteren Voraussetzungen. Gemäss der Bonusregelung ist der Bonus auch im Austrittsjahr pro rata geschuldet. Ob der vereinbarte Bonus als Lohn oder als Gratifikation zu qualifizieren ist, kann daher offen gelassen werden.

Zieldefinition

Die Zieldefinition ist grundsätzlich eine Obliegenheit der Arbeitgeberin. Dem Arbeitnehmer darf es nicht zum Nachteil gereichen, wenn die Arbeitgeberin es unterlässt, die für die Entstehung des Bonusanspruches massgebenden Ziele festzusetzen bzw. zu konkretisieren. Der Arbeitnehmer, der eine nicht unterdurchschnittliche Leistung erbringt, hat diesfalls einen vollen Bonusanspruch (C. CRAMER, Der Bonus im Arbeitsvertrag, Diss. Basel, Bern 2007, Rz. 155).

Die Beklagte beruft sich auf den Wortlaut des Arbeitsvertrages, in dem von «set objectives» die Rede ist, und geht selber davon aus, dass die für den Bonus massgebenden Ziele nicht vereinbart, sondern festgesetzt werden mussten. Sie anerkennt somit, dass die Zielsetzung eine ihrer Obliegenheiten als Arbeitgeberin war. Zur Definition der Ziele für die einzelnen Geschäftsjahre wird nachfolgend Stellung genommen.

Zu den Leistungen des Klägers ist allgemein festzuhalten, dass die Beklagte nie behauptet hat, dass der Kläger unterdurchschnittlich gearbeitet hat. Zwar wurde behauptet, dass unter der Geschäftsleitung des Klägers nie schwarze Zahlen geschrieben und die jeweiligen Budgetziele verfehlt worden seien. Nicht substantiiert wurde hingegen, inwiefern dies auf unterdurchschnittliche Leistungen des Klägers zurückzuführen sei bzw. was dem Kläger diesbezüglich konkret vorgeworfen wird. Bemerkenswert ist, dass die Beklagte auch im Zusammenhang mit dem Scheitern eines Projektes die Anstrengungen des Klägers anerkannte. Nach Aussagen des Rechtsvertreters der Beklagten sollte dieses Projekt die Beklagte als Start-up-Unternehmen auf solide Basis stellen. Gerade das Scheitern dieses Projektes wird aber nicht dem Kläger persönlich vorgeworfen. Ebenso wenig werden ihm konkrete Verfehlungen allgemeiner Natur vorgeworfen. Die vom Rechtsvertreter der Beklagten erwähnten wiederholten Sorgfaltspflichtverletzungen durch den Kläger wurden – mit Ausnahme der Übergabe eines Sportanlasses und der Organisation eines Turniers, auf die unten im Rahmen des Bonusanspruches für das jeweils massgebende Jahr zurückzukommen ist – nicht näher substantiiert.

Zielsetzung und Zielerreichung in den Jahren 2005 und 2006

Der Rechtsvertreter des Klägers behauptete in seiner Klageschrift zwar, dass die Parteien für jedes Jahr die Erreichung bestimmter Hauptziele in Aussicht gestellt und mündlich besprochen hätten. Gestützt darauf berechnete er einen mutmasslichen Bonusanspruch des Klägers für die

Jahre 2005 und 2006. Diese mündlichen Zielfestsetzungen wurden vom Rechtsvertreter der Beklagten auch bestritten. Dieser behauptete jedoch nicht, andere Ziele festgesetzt zu haben. Es gilt somit als unbestritten, dass die Beklagte ihrer Obliegenheit, die Ziele zu definieren, nicht nachgekommen ist. Eine unterdurchschnittliche Leistung des Klägers ist aus den oben dargestellten Gründen nicht anzunehmen. Die Beklagte schuldet dem Kläger daher für die Jahre 2005 und 2006, grundsätzlich den vollen, vertraglich vereinbarten Bonus. Der Kläger macht für das Jahr 2005 nur einen Teil davon geltend, und zwar Fr. 25 000.–. Für das Jahr 2006 macht er hingegen den vollen Bonus in der Höhe von Fr. 30 000.– geltend. Die Beklagte schuldet dem Kläger diese Beträge.

Für die Jahre 2007 und 2008 kam das Gericht zum selben Ergebnis.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 1. Dezember 2009, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009 Nr. 21

**OR 340c. Bei Prüfung der materiellen Voraussetzungen einer Real-
exekution ist die Konkurrenzsituation zwischen der alten und neuen
Arbeitgeberin des Arbeitnehmers entscheidend. Vorliegend ist das
Interesse der alten Arbeitgeberin, die konkurrenzierende Tätigkeit des
Arbeitnehmers zu verhindern, zwar begründet, gegenüber dem Inte-
resse des Arbeitnehmers, seine Stelle beim neuen Arbeitgeber behalten
zu können, jedoch nicht überragend. Damit sind die materiellen Vor-
aussetzungen für die Real-
exekution des Konkurrenzverbotes nicht
erfüllt.**

Berechnung des Streitwertes bei einem Konkurrenzverbot.

Sachverhalt:

Der Beklagte war als Filialleiter für eine Temporärfirma tätig. Der Arbeitsvertrag enthielt ein gültiges Konkurrenzverbot mit einer Real-
exekution. Eine Woche nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses trat der Beklagte eine Stelle bei einer Konkurrenzfirma an.

Aus den Erwägungen:

Die Parteien haben schriftlich vereinbart, dass die Klägerin bei Über-
tretung des Konkurrenzverbotes zusätzlich zur Konventionalstrafe die Auf-
hebung des vertragswidrigen Zustandes verlangen könne. Zwar haben sie
dabei nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die Klägerin den Beklagten zum
Verlassen der neuen Stelle zwingen könne, doch im Fall der Verletzung
eines allgemeinen Konkurrenzverbotes ist keine andere Lösung denkbar.
Die formelle Voraussetzung der Real-
erfüllung ist somit erfüllt. Materiell
ist insbesondere die Konkurrenzsituation zwischen der Klägerin und der

neuen Arbeitgeberin des Beklagten entscheidend: Die X. AG ist – wie erwähnt – wesentlich kleiner und bietet im Kanton Zürich deutlich weniger Stellen als die Klägerin an. Daran hat sich seit Aufnahme der konkurrierenden Tätigkeit durch den Beklagten nichts geändert. Zudem blieb die Aussage des Beklagten unbestritten, wonach jede grössere Baufirma gleichzeitig mit drei bis fünf, im Herbst bis zu zehn Personalberatungen fix zusammenarbeitet. Das heisst, selbst wenn der Beklagte wieder Kontakt mit Kunden der Klägerin haben sollte, bedeutet dies nicht, dass die Klägerin diese Kunden verliert. Das Interesse der Klägerin, die konkurrierende Tätigkeit des Beklagten zu verhindern, ist somit zwar begründet, jedoch gegenüber dem Interesse des Beklagten, seine Stelle bei der X. AG zu halten, nicht überragend. Zudem wurde kein krasser Verstoss gegen Treu und Glauben seitens des Beklagten dargelegt bzw. genügend substantiiert. Zwar besteht aufgrund des zeitlichen Zusammenhanges zwischen den Kündigungen durch den Beklagten, Herrn S. und Frau G. der Verdacht, dass es sich dabei um eine konzertierte Aktion handelte. Gerade die Abwerbung der Y. AG führte die Klägerin selber jedoch vor allem auf Herrn S. zurück, welcher diesen Kunden bei der Klägerin betreut habe und bei dessen Abwerbung federführend gewesen sei. Eine gezielte, treuwidrige Abwerbung von anderen Kunden durch den Beklagten oder durch die drei ehemaligen Mitarbeiter der Klägerin zusammen wurde nicht behauptet.

Die materielle Voraussetzung für die Realexekution des Konkurrenzverbotes ist somit nicht erfüllt, weshalb die Klage diesbezüglich abzuweisen ist.

Berechnung des Streitwertes bei einem Konkurrenzverbot:

Für die Bemessung der Verfahrenskosten ist der Streitwert festzulegen. Vorliegend beinhalten nicht alle zu beurteilenden Begehren der Klägerin eine Geldleistung, weshalb der Streitwert zu schätzen ist. Die Klägerin liess ihre Klage mit Fr. 253 000.– beziffern (Konventionalstrafe und Realexekution je Fr. 96 617.–, vorsorgliche Massnahme Fr. 60 000.–). Der Rechtsvertreter des Beklagten bezifferte sie hingegen mit Fr. 99 000.– (Konventionalstrafe Fr. 39 000.–, Realexekution und vorsorgliche Massnahme je Fr. 30 000.–). Sind sich die Parteien nicht einig, bestimmt das Gericht den Streitwert nach freiem Ermessen. In der Regel ist der höhere Betrag massgebend (§ 22 Abs. 2 ZPO). In Bezug auf die Bezahlung der Konventionalstrafe geht die Klage auf eine Geldleistung, weshalb sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren der Klägerin richtet (die Klägerin verlangt unter diesem Titel Fr. 96 617.–). Das Begehren auf (zunächst durch vorsorgliche Massnahme zu gewährende) Realexekution beziffert die Klägerin mit Fr. 96 617.–, wie die Konventionalstrafe selber. Dieser Streitwert ist durchaus angemessen, entspricht doch die Höhe der Konventionalstrafe in etwa dem wirtschaftlichen Interesse, das der Arbeitgeber dem Konkurrenzverbot beimisst. Darin enthalten ist jedoch auch der Streitwert der beantragten vorsorglichen Massnahme: Dabei geht es näm-

lich um die Durchsetzung der Realexekution während der Dauer des Verfahrens, nicht um ein zusätzliches Begehren der Klägerin.

Zusammenfassend ist von einem Streitwert in der Höhe von Fr. 194 234.– (je Fr. 96 617.– für die Konventionalstrafe und die Realexekution) auszugehen. Die klagende Partei unterliegt mit Fr. 132 880.35, die beklagte Partei mit Fr. 60 353.65. Daher sind die Gerichtskosten und Prozessentschädigungen zu $\frac{2}{3}$ der klagenden Partei und zu $\frac{1}{3}$ der beklagten Partei aufzuerlegen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 15. Dezember 2009, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2009 Nr. 4

OR 322d. Vorliegend wurde der Bonus nur für die ersten beiden Jahre definiert, für die Folgejahre schwieg sich der Vertrag zum Thema völlig aus. Da trotz des schlechten Jahresabschlusses alle übrigen Mitarbeiter einen Bonus erhielten, kann dem Kläger in Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht einfach überhaupt kein Bonus zugesprochen werden.

Sachverhalt:

Der Kläger war vom April 2000 bis September 2003 für die Beklagte als Senior Analyst tätig. Er erhielt neben dem jährlichen Fixlohn im Juli 2000 einen Bonus für das Jahr 1999 als Abgeltung des ihm bei seiner ehemaligen Arbeitgeberin entgangenen Bonus. Für die Jahre 2000 und 2001 erhielt er ebenfalls einen Bonus. Alle drei bewegten sich in der Grössenordnung von Fr. 800 000.–. Für 2002 wurde dem Kläger kein Bonus ausgerichtet. Im ersten Verfahren wurde der Bonusanspruch abgewiesen. Nach einer Rückweisung durch das Obergericht wurde der Prozess erneut mit einem Beweisverfahren durchgeführt. Vertraglich war dem Kläger der Bonus für 1999 garantiert worden. Für die Jahre 2000 und 2001 wurde der Bonus ebenfalls explizit mit der zulässigen Bedingung statuiert, dass der Kläger im Zeitpunkt der Auszahlung noch angestellt sein müsse bzw. nicht selber gekündigt habe. Die schriftliche Mitteilung enthielt zudem einen Freiwilligkeitsvorbehalt. Für die Jahre ab 2002 schwieg sich der Vertrag zum Thema Bonus völlig aus. Gemäss Obergericht war im neuen Verfahren abzuklären, ob für die Geschäftsjahre ab 2002 bezüglich Boni ein qualifiziertes Schweigen vorliege und wenn nicht, ob diesfalls eine Lücke in der Vereinbarung vorliege, die gegebenenfalls durch richterliche Vertragsergänzung zu schliessen wäre.

Aus den Erwägungen (nach durchgeführtem Beweisverfahren):

So wurde klar ersichtlich, dass der Kläger unter gewissen Bedingungen auch ab dem Jahr 2002 mit einem Bonus hat rechnen können, bekamen

doch ausser ihm und dem Branch Manager in Zürich trotz des schlechten und klar negativen Jahresabschlusses 2002 alle Mitarbeiter einen, wenn auch gegenüber den Vorjahren stark reduzierten Bonus. Insofern ist der Beklagten der Hauptbeweis eines qualifizierten Schweigens der beidseitigen Vertragsmeinungen bezüglich Bonus für das Jahr 2002 nicht gelungen. Es wurde vertraglich zwar weder schriftlich noch mündlich festgelegt, dass der Kläger Anspruch auf einen Bonus für das Jahr 2002 haben wird, es sind jedoch beide Parteien davon ausgegangen, dass dies effektiv so sein wird. Die Beklagte, welche damit rechnete, dass die Zweigniederlassung in Zürich nach der Rekrutierungs- und Aufbauphase durchaus Gewinn- bzw. Einnahmepotential haben wird, und auch der Kläger, welcher wohl kaum die X.-Bank verlassen hätte, wenn er nicht bei der Beklagten weiterhin mit einem Bonus in einer gewissen Höhe hätte rechnen können. Dem Kläger war allerdings durchaus bewusst, dass der Wechsel von der X.-Bank zu einem Startup-Unternehmen auch ein Risiko darstellen kann.

Der Kläger selber räumte ein, dass Geschäftsergebnis und Arbeitsleistung für die Festlegung eines Bonus relevant sind. Dies gilt übrigens umso mehr vorliegend, weil dem Bonus hier auch nach Meinung des Obergerichts Gratifikationscharakter zukommt. Geschäftsergebnis und Entwicklung der Märkte könnten vorliegend ohne Weiteres auch zu einem Nullbonus für das Jahr 2002 führen, was für den (in seiner Position hauptverantwortlichen für die Zweigniederlassung Zürich) Branch Manager der Fall war. Es ist jedoch auch zu erwähnen, dass Letzterer für das Jahr 2002 immer noch einen Lohn in einem sehr hohen sechsstelligen Bereich erzielte.

Da trotz des schlechten Jahresabschlusses alle übrigen Mitarbeiter für das Jahr 2002 einen Bonus erhielten, kann dem Kläger in Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht einfach überhaupt kein Bonus zugesprochen werden. Es darf jedoch bei der Bemessung desselben berücksichtigt werden, dass mindestens nach dem Zeugen Y. die Leistungen des Klägers unter den Erwartungen blieben und dass insbesondere die Verhandlungen mit dem Kläger über seine Versetzung nach London scheiterten. Letzteres offensichtlich vor allem, weil der Kläger einerseits zu hohe finanzielle Erwartungen hatte, und er andererseits zu wenig Flexibilität zeigte, was man in dieser Branche und bei diesem sehr hohen Gehaltslevel einfach aufweisen muss.

Bei der Bemessung der Höhe des Bonus 2002 rechtfertigt es sich, vom Durchschnittsbonus für die Niederlassung in der Schweiz auszugehen (ca. Fr. 150 000.–) und diesen Betrag um einen Drittel zu kürzen, weil der Kläger der Beklagten in ihrem Sinne nicht mehr zur Verfügung stand (sog. Zukunftsdrittel). Die Bonusklage ist daher im Umfang von Fr. 100 000.– brutto gutzuheissen, nebst Zins.

Aktive Konkurrenzierung während der Anstellung, OR 321a III. Verteilt der Arbeitnehmer private Visitenkarten für Gebäudereinigung in verschiedene Haushaltungen und offeriert auf den Visitenkarten einen gegenüber seinem Arbeitgeber tieferen Preis, kann diese Verhaltensweise nicht mehr als blosser Vorbereitungshandlung zu einer späteren Selbständigkeit des Arbeitnehmers aufgefasst werden, sondern stellt eine klare Konkurrenzierung des Arbeitgebers dar. Die fristlose Entlassung war daher gerechtfertigt.

Sachverhalt:

Der Kläger war seit Juni 2006 für die Beklagten als Fensterreiniger tätig. Als die Beklagten erfuhren, dass der Kläger Flyer mit seinen eigenen Visitenkarten verteilte, entliessen sie ihn fristlos.

Aus den Erwägungen:

Der Kläger hat unbestrittenermassen während des laufenden Arbeitsverhältnisses mit den Beklagten private Visitenkarten für Gebäudereinigung (Gebrüder ...) in verschiedene Haushaltungen verteilt und sich so als selbständiger Unternehmer für eine potentielle Kundschaft angepriesen. Auch wenn dies allenfalls nicht an aktuelle Kunden der Beklagten gegangen sein sollte und auch wenn keine Aufträge für den Kläger privat daraus resultiert haben sollten, stellt diese Handlung des Klägers eine klare Konkurrenzierung der Beklagten dar, zumal der Kläger auf seiner Visitenkarte einen gegenüber der beklagtischen Firma tieferen Preis offerierte. Diese Verhaltensweise des Klägers kann nicht mehr als blosser Vorbereitungshandlung zu einer späteren Selbständigwerdung des Klägers aufgefasst werden, sondern stellt bereits aktives Konkurrenzieren dar. Der Kläger hat mit diesem unverfrorenen Verhalten seine arbeitsrechtliche Treuepflicht gegenüber der Beklagten in krasser Weise verletzt (Art. 321a OR). Dem Kläger wurde gemäss seiner Behauptung der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass der eine Beklagte wusste, und zwar schon seit Januar oder August 2007, dass der Kläger private Visitenkarten zwecks Fensterreinigung zur eigenen Kundengewinnung verwende. Dieser Beweis ist dem Kläger nicht gelungen. Die von ihm hiezu beantragte persönliche Befragung kann nicht zu seinen Gunsten angewendet werden (§ 149 Abs. 3 ZPO), und zur Beweisaussage kann er nicht zugelassen werden. Andere Beweismittel wurden vom Kläger keine genannt.

Die vom Kläger betriebene Konkurrenzierung und krasse Verletzung seiner Treuepflicht berechtigen die Beklagten ohne weiteres zu einer fristlosen Entlassung des Klägers, welche sie übrigens rechtzeitig ausgesprochen

haben. Eine vorgängige Verwarnung muss hier nicht erfolgen (vgl. STREIFF/VON KAENEL, a.a.O., N 3 und 4 zu Art. 321a OR sowie N 5e zu Art. 337 OR). Die am Montag, 3. Dezember 2007, ausgesprochene fristlose Entlassung erweist sich demnach als gerechtfertigt. Bei diesem Ausgang ist nicht mehr zusätzlich zu untersuchen, ob der Kläger überdies noch den Beklagten vorgelegte Quittungen manipuliert hat. (...)

Den Beklagten wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass ihnen durch die konkurrenzierende Tätigkeit des Klägers ein Schaden von Fr. 2500.– entstanden ist. Diesen Hauptbeweis haben sie nicht angetreten, weshalb die Widerklage abzuweisen ist.

D. Bibliografie

Zusammengestellt von
PIA BUSER, MLaw

Bibliografie des schweizerischen Arbeitsrechts im Jahre 2009

Siehe die Rezensionen zu Publikationen dieser Bibliografie in ArbR 2010.

I. Umfassende Darstellungen

- a) GEISER, THOMAS/HÄFLIGER, BENEDIKT: Entwicklungen im Arbeitsrecht, in: SJZ 2009, 335–341.
- b) GEISER, THOMAS/MÜLLER, ROLAND: Arbeitsrecht in der Schweiz, 2. Auflage Bern 2009.
- c) SCHÜRER, HANS UELI: Arbeit und Recht, 10. Auflage Zürich 2009.

II. Kommentare

- a) CARRUZZO, PHILIPPE: Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 341 du Code des Obligations, Genève 2009.
- b) MÜLLER, ROLAND A.: ArG Kommentar, 7. Auflage Zürich 2009.

III. Übergreifende Darstellungen und Sammelbände

- a) EHRENZELLER, BERNHARD/FURER, HANS/GEISER, THOMAS (HRSG.): Die Mitwirkung in den Betrieben – Gerichtspraxis, Erfahrungen und Sicht der Sozialpartner, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, St. Gallen 2009.
- b) KUHN, MICHAEL: Rechtliches Risikomanagement für Beschäftigungsverhältnisse – Wie Risiken aus Beschäftigungsverhältnissen erkannt, minimiert, transferiert und kontrolliert werden können, Zürich 2009.
- c) LEPORI TAVOLI, LUISA: Mindestlöhne im schweizerischen Recht, Bern 2009.
- d) PÄRLI KURT: Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009.
- e) ROSENTHALER, FELICIAN L.: Der Arbeitnehmer im Stiftungsrat einer Pensionskasse, Basel 2009.

IV. Individualarbeitsrecht

1. Pflichten des Arbeitnehmers

- a) CARRANZA, CARLOS JAICO/MICOTTI, SÉBASTIEN: Les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing, in: Jusletter vom 2. Februar 2009.
- b) MANGOLD, PATRICK: Le travailleur exerçant une fonction dirigeante élevée au sens de l'article 3 lettre d LTr, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 393–408.
- c) MOESCH, PASCAL: La prohibition de concurrence, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 337–348.
- d) MÜLLER, ROLAND/RIEDER, STEFAN: Retentionsrecht des Arbeitnehmers – Konsequenzen für den Arbeitgeber, in: AJP 2009, 267–274.
- e) RUDOLPH, ROGER: Kontakte zu Kunden des alten Arbeitgebers nach einem Stellenwechsel – Eine rechtliche Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung der Eigenheiten der Finanzbranche, in: ARV 2009, 93–110.
- f) SUBILIA, OLIVIER: Les divers empêchements de travailler, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 73–114.
- g) VON KAENEL, ADRIAN: Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, in: ARV 2009, 1–9.

2. Pflichten des Arbeitgebers

- a) CARRON, VINCENT: Mobbing et demeure de l'employeur, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 115–140.
- b) DANTHE, MARIE-GISÈLE: Les limites qu'institue l'article 328 CO au droit de l'employeur de donner des directives et de contrôler l'activité du travailleur, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 163–180.
- c) GILLON LUKE H.: Responsabilité de l'entrepreneur en cas de violation de la Loi sur les travailleurs détachés par les sous-traitants, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 515–538.
- d) MÜLLER, ROLAND A.: Rolle der Arbeitgeber bei Unterdeckung, in: SZS 2009, 573–392.
- e) PORTMANN, WOLFGANG: Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, in: FS Eugen Bucher, Bern 2009, 581–609.

3. Lohnfragen

- a) AUBERT, DAVID: Le droit au salaire en cas d'absence pendant la grossesse et la période d'allaitement, in : Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 141–162.
- b) BARTHOLD, BEAT M./WIDMER, MARC: Regulierung der variablen Vergütung? Eine Bewertung der schweizerischen Regulierungsbestrebungen im Vergütungsbereich, in: AJP 2009, 1389–1397.
- c) BERSIER, ERIC: Les diverses méthodes d'évaluation et de comparaison des salaires, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 381–392.
- d) BORNOZ, NATHALIE: Les critères de distinction entre les diverses rémunérations accessoires, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 37–54.
- e) GEISER, THOMAS: Boni zwischen Privatrecht und öffentlichem Interesse, in: recht 2009, 115–127.
- f) HETTICH, PETER/BOSSHARD, DELIA: «Schluss mit goldenen Fallschirmen für Magistraten» – Zu den Grenzen gesetzgeberischer Freiheit bei Lohnkürzungen, in: AJP 2009, 1527–1533.
- g) REINERT, PETER: Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: AJP 2009, 3–11.

4. Vertragsänderung und Übergang des Arbeitsverhältnisses

- a) AUBERT, DAVID: La modification du contrat de travail et plus spécifiquement du règlement d'entreprise, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 21–36.
- b) MÜLLER, MARTIN L.: Sozialpläne bei Umstrukturierungen, in: AJP 2009, 939–953.

5. Kündigung

- a) CARRON, VINCENT: Fin des rapports de travail et droit aux indemnités de chômage; retraite anticipée et prestations volontaires de l'employeur, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 663–686.
- b) DUNAND, JEAN-PHILIPPE: La résiliation du contrat de travail: enjeu majeur du droit du travail (2007–2008), in: La pratique de l'avocat 2009, Bern 2009, 355–376.

- c) GENIER MÜLLER, SANDRA: Fixation des vacances pendant le délai de congé, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 209–226.
- d) GÉTAZ KUNZ, VALENTINE: La suspension du délai de congé selon l'article 336c alinéa 2 CO, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 309–336.
- e) KÄLIN, THOMAS/KIRCHHOFF, KERSTIN: Massenentlassung – ein chronologischer Überblick, in: Jusletter vom 5. Oktober 2009.
- f) RUDOLPH, ROGER: Aktuelle Fragen im Arbeitsrecht: Neuere Entwicklungen zum sachlichen Kündigungsschutz, in: TREX 2009, 152–156.
- g) SATTIVA SPRING, CHRISTINE: Le licenciement abusif pour des motifs non énumérés à l'article 336 CO, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 275–308.
- h) SATTIVA SPRING, CHRISTINE: Quelle nature juridique pour le plan social?, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 247–274.

V. Geschlechtergleichheit

- a) CHAVANNE, MICHEL: La qualité pour agir des organisations fondée sur l'article 7 LEg et la promotion du principe de l'égalité, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 365–380.
- b) UEBERSCHLAG, JAKOB: Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 3 Abs. 2 GlG) – Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Rechts, Zürich 2009.

VI. Besondere Arbeitsverhältnisse

- a) HEINZER, BORIS: Le double statut de l'administrateur-travailleur en droit privé, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 349–364.
- b) MARKARIAN, FRANÇOISE: La protection des données du sportif professionnel, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 181–208.

VII. Kollektives Arbeitsrecht

- a) ANDERMATT, ARTHUR ET AL.: Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009.

- b) CHAVANNE, MICHEL: Offices de conciliation en matière de prévention des conflits collectifs, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 573–590.
- c) DANTHE, MARIE-GISÈLE: Evaluation de l’approche de la conciliation et de l’arbitrage dans le domaine des conflits collectifs, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 591–612.
- d) MANGOLD, PATRICK: Possibilités d’intervention en justice des syndicats, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 823–838.
- e) MOESCH, PASCAL: La protection internationale contre les mesures antisyndicales prises par l’employeur, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 539–556.
- f) PORTMANN, WOLFGANG: Einzelvergleich oder Gruppenvergleich? Eine Standortbestimmung zu einem Problem des kollektiven Arbeitsrechts, in: ARV 2009, 185–198.
- g) UDRY, PATRICK: Pour être licite, la grève doit-elle avoir été déclarée par un syndicat?, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 557–572.
- h) WIDMER, CORINNE: Die Auslegung der Bestimmungen zum persönlichen Geltungsbereich eines Gesamtarbeitsvertrages, dargestellt anhand des Gesamtarbeitsvertrages für Basler Pharma-, Chemie- und Dienstleistungsunternehmen vom 28. April 2008, in: BJM: 2009, 65–92.

VIII. Öffentliches Arbeitsrecht

- a) CEROTTINI, ERIC: Collaboration et communications au sens des articles 11 et 12 LTN, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 455–488.
- b) KNECHT, RETO P.: Lohnkürzungen und Soldzulagen bei Bundesangestellten, in: SJZ 2009, 437–442.
- c) PORTMANN, WOLFGANG: Wenn der Stress am Arbeitsplatz zu gross wird, in: NZZ vom 14. Januar 2009.
- d) RUDOLPH, ROGER: Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), in: ARV 2009, 1–11.
- e) STIEGER, PETER: Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Bern 2009.

IX. Arbeitsgerichtsbarkeit und Rechtsprechung

- a) ABEGG, ANDREAS: Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis, in: Jusletter vom 12. Oktober 2009.
- b) AUBERT, GABRIEL: Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral, I^{er} Cour de droit civil, du 3 février 2009, recours en matière civile (4A_509/2008; contexte similaire: 4A_511/2008) – Rapport entre la gratification et le salaire, in: ARV 2009, 120–124.
- c) CARRANZA, CARLOS JAICO/MICOTTI SÉBASTIEN: Besprechung von BGer 4A_2/2008 – Whistleblowing, secret bancaire, licenciement abusive, in: AJP 2009, 115–117.
- d) GEISER, THOMAS: Ausgewählte neuere Rechtsprechung zum Arbeitsrecht, in: AJP 2009, 131–141.
- e) GÉTAZ KUNZ, VALENTINE: Cassius Belly et clauses compromissaires pathologiques, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 887–908.
- f) GILLON, LUKE H.: La procédure en droit du travail devant les autorités fribourgeoises, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 791–802.
- g) GLOOR, WERNER: Besprechung von BGE 134 III 570 – Immunité de juridiction et contrat de travail: le cas du diplomate de facto, employé local d'une Mission diplomatique, in: ARV 2009, 24–33.
- h) GLOOR WERNER: Commentaire de l'ATF 134 III 570, I^{er} Cour de droit civil, arrêt du 9 juillet 2008 (4A_214/2008) – Immunité de juridiction et contrat de travail: le cas du diplomate de facto, employé local d'une Mission diplomatique, in: ARV 2009, 24–33.
- i) GLOOR WERNER: Commentaire de l'ATF 135 III 162, I^{er} Cour de droit civil, arrêt du 16 décembre 2008 (4A_319/2008) – Conditions de travail du personnel privé des diplomates en Suisse, in: ARV 2009, 209–218.
- j) GREMPER, PHILIPP: Besprechung von BGE 135 III 349 ff., in: AJP 2009, 1186–1190.
- k) HEINZER, BORIS: La fin des rapports de service et le contentieux en droit fédéral de la fonction publique, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 409–440.
- l) KOLLER, THOMAS/MAUERHOFER, MARC ANDRÉ: Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahr 2007, in: ZBJV 2009, 891–915.
- m) LANTER, MARKUS: Gerichtliche Kontrolle von Verfügungen über leistungsabhängige Lohnanteile von Bundespersonal, in: AJP 2009, 1518–1526.
- n) PIETRUSZAK, THOMAS: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 2. Dezember 2008, I. zivilrechtliche Abteilung, Beschwerde in

Zivilsachen (4A_291/2008) – Zulässiger Lohnabzug am Jahresende wegen aufgelaufener Minusstunden? Missbräuchliche Kündigung wegen fehlender Suche nach anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten?, in: ARV 2009, 124–128.

- o) RUDOLPH, ROGER: Besprechung des Urteils des Bundesgerichts vom 12. November 2009, Strafrechtliche Abteilung, Beschwerde in Strafsachen (6B_536/2009) – Zulässigkeit einer Videoüberwachung am Arbeitsplatz (Art. 6 Abs. 4 ArG; in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 ArGV 3), in: ARV 2009, 19–22.
- p) SCHERRER, URS/LUDWIG, KAI: Besprechung von BGE 134 III 625, II. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 25. September 2008, Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (9C_547/2007) – Zulässigkeit des Ausscheidens aus einem Verein infolge stillschweigender vertraglicher Einigung (GAV FAR), in: ARV 2009, 297–301.
- q) WENIGER, CATHERINE: Les recours au Tribunal fédéral, les notions de décisions finales. Partielle et préjudicielle, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 803–822.

X. Europäisches und Internationales Recht

- a) DELLI, CHANTAL: Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel 2009.
- b) EPINEY, ASTRID/ZBINDEN, PATRIZIA: Arbeitnehmerentsendung und FZA Schweiz–EG, in: Jusletter vom 31. August 2009.
- c) MAUTE, WOLFGANG/STOLZ, TABEA: Grenzüberschreitende Aspekte aus sozial- und steuerrechtlicher Sicht, in: STR 2009, 66–84.
- d) SCHWEIZER, PHILIPPE: Droit du travail – Droit international privé et fors, arbitrage, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 839–886.

XI. Sozialversicherungsrecht

- a) BERSIER, ERIC: Transfert d’entreprise et prévoyance professionnelle, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 687–702.
- b) BONARD, ALINE: Le statut de l’administrateur-travailleur au regard des assurances sociales, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 725–742.

- c) BORNOZ, NATHALIE: Restructurations économiques et liquidation partielle de l'institution de prévoyance, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 703–724.
- d) HÄBERLI, CHRISTOPH/HUSMANN, DAVID: Krankentaggeld – Schnittstellen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: plädoyer 3/09.
- e) HALBEISEN, ANDREA/RUDOLPH, ROGER: Kurzarbeit und Kurzarbeitsentschädigung, in: TREX 2009, 290–293.
- f) KROPF, FABIENNE: La levée du privilège de recours de l'employeur en présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire au sens de l'article 75 alinéa 3 LPG, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 635–662.
- g) PETER, ERICH: Unterdeckung und Sanierung – Rechte und Pflichten der Vorsorgeeinrichtung, in: AJP 2009, 783–802.
- h) RABAGLIO, ORLANDO: Das AHV-Beitragsrecht für Selbständigerwerbende – Die verkannte Steuer. Ein Streifzug durch Rechtsetzung und Rechtsprechung, in: TREX 2009, 282–285.
- i) RIEMER, HANS MICHAEL: Berührungspunkte zwischen beruflicher Vorsorge und Arbeitsrecht, in: SZS 2009, 116–122.
- j) RIEMER, HANS MICHAEL: Pensionskassensanierung und laufende Renten, in: SZS 2009, 593–596.
- k) RUBIN, BORIS: Maternité et obligations imposées par l'assurance chômage – cohérence matérielle en droit social, in: ARV 2009, 277–288.
- l) RÜEGG, MARKUS: Praxisleitfaden zur Koordination von Erwerbsausfall-Leistungen bei (mutmasslichen und tatsächlichen) Krankheitsfaktoren nach Unfall – Materielle und formelle Koordination gegenwärtiger und nachträglicher Taggeld- und Rentenleistungen, in: AJP 2009, 23–32.
- m) WALSER, HERMANN: Sanierungsmassnahmen von Vorsorgeeinrichtungen und die Rechtsstellung der beruflich noch aktiven Versicherten, in: SZS 2009, 597–607.
- n) WELLS, ALEXIA: Détachement, application du droit suisse en termes d'assurances sociales, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 743–764.
- o) WENIGER CATHERINE: Responsabilité civile de l'employeur et du travailleur, subrogation des assureurs sociaux et recours, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 615–634.

XII. Verschiedenes

- a) DÄNIKER, DANIEL: Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten?, in: GesKR 2009, 378–388.

- b) EHRENSTRÖM, PHILIPPE: Responsabilité sociale de l'entreprise et droit du travail: questions choisies, in: Jusletter vom 23. Februar 2009.
- c) GEISER, THOMAS: Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit, in: FS Eugen Bucher, Bern 2009, 205–220.
- d) GENIER MÜLLER, SANDRA: La responsabilité pénale de l'employeur à raison des agissements de l'employé (et réciproquement?), in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 909–930.
- e) HEINZER, BORIS: L'imposition des travailleurs étrangers expatriés en Suisse: examen d'un cas pratique, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 489–514.
- f) HUGENTOBLER, MARKUS: Datenschutzfalle Assessment Center, in: AJP 2009, 153–156.
- g) MARIN, KATJA: Respect des droits des travailleurs dans le cadre d'une reprise d'actifs et de passifs, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 227–246.
- h) MARKARIAN, FRANÇOISE: La continuation des activités du travailleur après la déclaration de faillite de l'employeur: dettes dans la masse ou dettes de la masse?, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 767–788.
- i) PETER, ERICH: Unterdeckung und Sanierung – Minder-/Nullverzinsung und Rentnerbeiträge, in: AJP 2009, 1411–1419.
- j) RYTER, FILIPPO: Les plans d'intéressement: aspects de droit du travail et droit fiscal, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 55–72.
- k) UDRY, PATRICK: Appel à des spécialistes de la sécurité au travail, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 441–454.
- l) WYLER, RÉMY: La responsabilité personnelle de l'organe en droit du travail, in: Wyler (Hrsg.), Panorama en droit du travail, Bern 2009, 3–20.

E. Verzeichnisse

Gesetzesregister

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>1. ArG (Arbeitsgesetz, BG über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11)</i>		<i>8. AVIG (Arbeitslosenversicherungsgesetz, BG über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, SR 837.0)</i>	
15	209	2	474
17b	230–231	29	474
20a	549	<i>9. AVV (Arbeitsvermittlungsverordnung, Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.111)</i>	
58	268	48a	456
<i>2. ArGV 1 (Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111)</i>		<i>10. BewG (BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, SR 211.412.41)</i>	
9	598	7	256
32	230–231	<i>11. BGG (Bundesgerichtsgesetz, BG über das Bundesgericht, SR 173.110)</i>	
<i>3. ArGV 2 (Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz [Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen], SR 822.112)</i>		66	346
8a	445	72	286
<i>4. ArGV 3 (Verordnung zum Arbeitsgesetz [Gesundheitsvorsorge], SR 822.113)</i>		74	283
26	378	92	352
<i>5. AuG (BG über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20)</i>		93	294, 352
91	387–388	<i>12. BPG (Bundespersonalgesetz, SR 172.220.1)</i>	
<i>6. AVEG (BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311)</i>		2	286
1	542	4	213
4	542	6	213
5	590	12	213
6	590	20	422
7	542	<i>13. BV (Bundesverfassung, SR 101)</i>	
<i>7. AVG (Arbeitsvermittlungsgesetz, BG über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, SR 823.11)</i>		5	392
12	387–388, 570–571	16	370
20	415, 456	27	392
22	570–571	110	410–411, 549
		<i>14. DSG (Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1)</i>	
		12	378

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>15. FZA (Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681), Anhang I</i>		328	213, 264, 290–291, 341, 378, 442, 498, 628, 637–638
7	256	328b	294, 378
		329a	409
		329d	277, 410–411
		330a	370, 535
		330b	523
<i>16. GIG (Gleichstellungsgesetz, BG über die Gleichstellung von Frau und Mann, SR 151.1)</i>		333	498, 507–508
3	203	334	459
4	662	335b	383
5	203, 662	335c	459
10	574–575	336	223, 264, 271–272, 318–319, 341, 370, 442, 462, 574–575
		336a	223, 318–319
<i>17. IPRG (BG über das Internationale Privatrecht, SR 291)</i>		336b	383
116	334	336c	238–239, 334
121	246, 334, 507–508, 666	337	246, 301, 306, 329–330, 365, 375, 477, 517, 544, 613, 617
		337b	306
<i>18. OR (Obligationenrecht, SR 220)</i>		337c	290–291, 375
28	578	337d	301, 604
32	334	339	637–638
41	318–319, 662	339b	637–638
49	165	340	527, 544
97	290–291	340a	453
127	650	340c	313, 453, 679
128	409, 650	341	223, 613, 657–658
319	608–609, 666	342	565
320	578	343	283, 348, 462
321a	422, 544, 565, 683	344	477
321c	431	344a	477
321e	422	347	617, 655
322a	608–609	349a	655, 675
322b	608–609, 655	356	527
322d	182, 498, 677, 681	357b	555–556, 590
323	517	358	527
323b	578	361	223
324	459, 485, 513–514, 578	418	617
324a	456	530	608–609
326a	410–411	717	565
327a	453, 485, 523, 650	<i>19. SBBG (BG über die Schweizerischen Bundesbahnen, SR 742.31)</i>	
		15	286

Artikel	Seite	Artikel	Seite
<i>20. SchKG (BG über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1)</i>		<i>22. VEP (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, SR 142.203)</i>	
82	375	4	256
93	578	<i>23. VG (Verantwortlichkeitsgesetz, BG über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten, SR 170.32)</i>	
219	343	8	422
250	283	<i>24. ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210)</i>	
297	343	2	277, 318–319, 431
321	283	8	462
<i>21. UWG (BG gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241)</i>		28	378
2	437		
5	437		
6	437		
14	437		

Stichwortverzeichnis

1. Stichwörter in deutsch (in Klammern in französisch)

A

Abgangsentschädigung 76, 79, 82
absichtliche Täuschung 578
abstrakte Normenkontrolle 392
Abwerben, von Kunden 565
AHV-Revision 62
Akontozahlung 565
Aktionär 431
Allgemeinverbindlicherklärung, eines
GAV (convention collective de travail
étendue) 399–400, 415, 456, 542,
555–556, 590
Allgemeinverbindlicherklärungen vom
Bundesrat erklärt, Übersicht 102–108
Allgemeinverbindlicherklärungen vom
EVD genehmigt, Übersicht 108–114
Alters-, Hinterlassenen- und Invaliden-
versicherung 61–65, 95
Altersteilzeit 41
Analogie 453, 523
angemessener Lohn 675
Arbeit, gleichwertige 574–575
Arbeitgeber
– Aussenseiter- 555–556, 590
– beteiligter 268, 542
– öffentlicher 213, 341
Arbeitgeberverband 268
Arbeitnehmer(in)
– betagter 442
– beteiligter 268
– der SBB Cargo 286
– Verzug 238–239
Arbeitnehmererfindung 10
Arbeitnehmerforderung 4
Arbeitnehmerprivileg 343
Arbeitnehmerverband 268
Arbeitsbedingungen 523
Arbeitsbestätigung 535
Arbeitsfähigkeit 301
Arbeitsgericht 6–9
Arbeitsgesetz 51–53
Arbeitskämpfe 97–98
Arbeitsleistung, gutgläubige Erbringung
der 578

Arbeitslosenquote 23
Arbeitslosenversicherung 69–71, 95
Arbeitslosigkeit 22–23
Arbeitsmarkt 21–22
Arbeitsstelle, Verlassen der 301
Arbeitsunfähigkeit 219, 453, 456
Arbeitsverhältnis, s. auch Arbeitsvertrag
– Beendigung 223
– Übertragung 238–239
Arbeitsvertrag(es)
– Abschluss eines 578
– befristeter 459
– mit Stundenlohn 459
Arbeitsvertragsstatut 666
Arbeitszeit 25–26, 445
– Konzern- 666
– nicht entschädigungspflichtige 209
Arbeitszeitbestimmungen 52
Arbeitszeitgesetz 53
Arbeitszeitsystem, betriebliches 230–231
Arbeitszeugnis 370, 535
Armutsbekämpfung 60–61
Arzt 277, 301
Arztzeugnis 301
Auslagenersatz 523
Ausländerstatistik 84–86
Ausländische Arbeitnehmer 84–88
Ausrichtung, des Lohns 517
Aussenseiter 555–556, 590
Austrittsvereinbarung 82

B

Bauhauptgewerbe 97, 101
Beendigung, des Arbeitsverhältnisses 223
befristeter Arbeitsvertrag 459
Berechnung des Streitwertes 679
Berufliche Vorsorge 67–68, 95
Berufsbildungsfonds 537
Berufsbildungsgesetz 56
Berufsmaturität 56
Berufs- und Weiterbildung 54–60
Berufungskommission, paritätische 555–
556
Beschaffungswesen, öffentliches 12–13
Beschäftigungsdauer, unterjährige 590
Bescheinigung, über den Verdienst 542

Beschwerdelegitimation 268
Betreibung 343
betriebsrechtliche(s)
– Angelegenheit 283
– Existenzminimum, 578
Betriebsteil 399–400
– abgrenzbarer 230–231
Beweis des Gegenteils 523
Beweislast 523, 537
Bewerbung 578
Bilaterale Abkommen 26–28
Bildungsabkommen 28
Bologna-Reform 54–56
Bonus 24, 95, 677, 681
Branche 268
Bruttoinlandprodukt 21–22, 26
Bruttomedialohn 24
Bundesfeiertag 549
Bundespatentgericht 9–10
Bundespersonalgesetz 77–79
Bundespersonalpolitik 76–80

C

Chancengleichheit 41–46
Coiffeurgewerbe 101

D

Datenschutz 378
Dauernacharbeit 51–52
deutsche Behörde 542
Dienstrecht, kantonales 80–84
Digitaler Strafregistrauszug 49
Diskriminierung nach dem Geschlecht
574–575
Dispositionsmaxime 535
Disziplinarmaßnahme 213
Doppelbesteuerungsabkommen 26–27

E

Effektivlöhne 98–99
Einheit, organisatorische 399–400
Einsatzbetrieb 456, 570–571
Einschätzungsverfügung 537
Einsprache 223
einvernehmliche Beendigung des
Arbeitsverhältnisses 442
Einzelsicherung (assurance indivi-
duelle) 415

Eisenbahnbereich, sicherheitsrelevante
Tätigkeit 52–53
entgangener Gewinn (gain manqué)
290–291
Entlassung, s. Kündigung
Entschädigung
– sui generis (indemnité sui generis)
290–291
– wegen missbräuchlicher Kündigung
223, 264
Entsendung 32
Ergänzungsleistungen 65
erhöhte Fürsorgepflicht 442
Erwerbsausfallversicherung, kollektive
(assurance collective couvrant la perte
de gain) 415
Erwerbsersatzordnung 65
Existenzminimum, betriebsrechtliches
578
Expertise 590

F

Familienausgleichskasse 565
Familienzulagengesetz 66
Feiertag 549
Ferienanspruch (droit aux vacances) 48,
409
Ferienlohn 277
Flankierende Massnahmen 31–37
Flugzeugbesatzung 51
Forschung und Innovation 11–12
Freihandelsabkommen 27–28
Freistellung 343, 544, 578
Freizügigkeitsabkommen (accord sur la
libre circulation) 29–31, 256
Fremdarbeiterregelung 86–88
Fumoir 392
Fürsorgepflicht 213, 341, 370, 442, 542

G

Gastronomiegewerbe 49, 100
GAV 399–400, 415, 456, 527, 542,
555–556, 590
Gegenbeweis 523
Gemeinwesen, Kostenpflicht des 346
Gerichtskosten 346
Gesamtarbeitsvertrag, s. GAV
Gesamtarbeitsverträge, Übersicht 102–
114

Gesamtarbeitsvertragsrecht 98–102
Geschäftsführer 431
Geschäftsgeheimnis 264
Geschlechterdiskriminierung 574–575
Gewerkschaft 94–97
Gewinn, entgangener (gain manqué)
290–291
Gleichbehandlung der Geschlechter 41–
46
Gleichbehandlungsgrundsatz 681
Gleichstellung 42–44
gleichwertige Arbeit 574–575
Globalverweis 527
Grenzgänger (frontalier) 256
gutgläubige Erbringung der Arbeitslei-
stung 578

H

Handelsreisender 675
Hausangestellte 32–34, 37
Herkunftsortsprinzip 12–13
HIV/AIDS 37–38

I

illoyales Verhalten 264
inaktive Pikettdienstzeit 445
Individualarbeitsrecht 40–49
Initiativen 13–15
Internationale Arbeitskonferenz 37, 96
Internationale Arbeitsorganisation 13,
37–39, 96
Internationale Beziehungen 26–40
IV-Revision 63–64, 95

J

Jahresarbeitszeit 590
Jugendarbeitslosigkeit 4, 23, 80
Justizreform 6–11

K

Kinderbetreuung 45–46
Kinderzulage 565
kollektive Erwerbsausfallversicherung
(assurance collective couvrant la perte
de gain) 415
Kollektives Arbeitsrecht 94–114
Kollokationsklage 283
Konflikt zwischen Mitarbeitern 213
Konjunkturdaten 21–22

Konjunkturlage 21–22
Konkurrenzierung, während der Anstel-
lung 683
Konkurrenzklause 527
Konkurrenzverbot (nachwirkendes) 453,
527, 544, 679
Konsultation, der Arbeitnehmersvertretung
223
Kontingente 87–88
Kontrollorgan 590
Konventionalstrafe 555–556
Konzern 666
Konzernarbeitszeit 666
Korruptionsbekämpfung 26, 79
Kostenlosigkeit, des Verfahrens 283
Kostenpflicht, des Gemeinwesens 346
Krankenversicherung 72–73
Krankheit 219, 301, 456
Kulturschaffende 62–63
Kündigung
– fristlose (résiliation immédiate) 301,
306, 517, 544, 683
– gewerkschaftsfeindliche 96
– missbräuchliche 46–47, 223, 264, 341,
370, 383, 442, 574–575
– nichtige 219
– ordentliche (licenciement ordinaire)
213, 219, 370, 453, 544
– ungerechtfertigte fristlose 290–291
– während der Schwangerschaft
(pendant la grossesse) 238–239
Kündigungsfrist, verkürzte 383
Kündigungsgespräch 264
Kurzarbeitsentschädigung 70–71

L

Landesmantelvertrag 399–400, 456
Leistungsortsprinzip 12–13
lex loci laboris 666
Lohn (salaire) 209, 238–239, 542, 565,
570–571, 578
– Abrechnung 277, 523
– Akontozahlung 565
– angemessener 675
– Anspruch 343
– Ausrichtung 517
– Ferienlohn 277
– gleicher für gleichwertige Arbeit 574–
575

– Stundenlohn 459
Lohnentwicklung 24–25
Lohndiskriminierung 42–44
Lohngleichheit 42–44
Lohndumping 30, 31, 102
Lohnfortzahlung, bei Krankheit 456
Lohnsumme 399–400
Lohnzahlungspflicht 517, 549
Lugano-Übereinkommen, revidiertes
10–11

M

Mahnung 213
Massenentlassung 223
Massnahme, vorsorgliche 437
Massnahmeverfahren 574–575
Maximalfrist 459
Meinungsäusserungsfreiheit 370
Mindestbruttolohn 542
Mindestlöhne 31–36, 96, 98–102
Mischunternehmen 399–400
missbräuchliche Kündigung (s. Kündigung)
Missstand, Hinweis auf einen 370
Mitteilungspflicht 578
Mitwirkungsgesetz 80
Motionen 15–21

N

Nachlassstundung 343
Nachlassvertrag mit Vermögens-
abtretung 283
Nachtarbeit 230–231
Nominallöhne 25
Normalarbeitsvertrag 32–36
Normalarbeitsverträge, Übersicht 88–94
normative Bestimmungen des GAV 527
Normenkontrolle, abstrakte 392

O

öffentlicher Arbeitgeber 213, 341
öffentlichrechtliches Verfahren 537
öffentliches Arbeitsrecht 49–94
öffentliches Dienstrecht der Kantone
80–84
Organ 565
organisatorische Einheit 399–400

P

paritätische Berufungskommission 555–
556
Parlamentarische Initiativen 14–15
Passivlegitimation 570–571
Passivrauchen 49–50, 392
Pausen 209
Pensionskasse des Bundes 78–79
Person, verliehene 570–571
Personalrecht des Bundes 76–80
Personalverleihunternehmen (entreprise
locataire de services) 415, 570–571
Personenfreizügigkeit 28–31
Persönlichkeitsrechte, Verletzung der
(atteinte aux droits de la personnalité)
290–291
Persönlichkeitsschutz 378
Persönlichkeitsverletzung 264, 442
Pikettendienst 209
Pikettdienstzeit, inaktive 445
Postulate 15–21
Probezeit 370, 383
provisorische Wiedereinstellung 574–575
Prozessstandschafter 555–556
Psychologieberufegesetz 59

R

Rachekündigung 574–575
Rauchen 392
Raucherraum 392
Realexekution 679
Reallöhne 25
Recht, des Staates 666
Rechtsausübung, schonende 442
Rechtsmissbrauch (abus de droit)
238–239
Reformprojekte 3–13
Rüge 213

S

Saldoerklärung 542
Schadenersatz (dommages-intérêts)
290–291
Scheinselbständigkeit 36–37
Schichtdauer 230–231
schonende Rechtsausübung 442
Schriftformerfordernis 213, 527, 544
Schuldbetreibung und Konkurs 4–5
Schuldnerverzug (demeure) 238–239

Schwangerschaft 238–239
Schwarzarbeit 53–54
Seeschiffahrt 38–39
Selbständigkeit 578, 683
Selbstdeklaration 537
solidarische Haftung (*responsabilité solidaire*) 238–239
Sonntag 549
Sozialdumping 30, 31
Soziale Sicherheit 60–61
Sozialpartner 268
Sozialpartnerschaft 94–97
Sozialplanpflicht 5
Sozialversicherungsabkommen 73–75
Sperrfrist 219
Spesen, Vertrauensspesen 523
Stabilisierungsmassnahmen 3–4
Standesinitiativen 14
Stagiaires 39–40
Streik 97–98
Streitwert, Berechnung 679
Streitwertgrenze 283
Stundenlohn 459, 549

T

Taggeld 70–71
Tarifautonomie 527
Tarifeinheit 399–400
Tariflöhne (siehe Mindestlöhne)
Täuschung, absichtliche 578
Teilzeitarbeit 40–41, 81
Telefonverkäufer 675
Temporärbranche 101
Temporärfirma 456
Treuepflicht 370, 442, 544, 565

U

Überstunden 431
Übertragung, des Arbeitsverhältnisses
(*transfert des rapports de travail*) 238–
239
Überwachung, per Video 378
Unfall 219
Unfallversicherung 71–72, 95
unlauterer Wettbewerb 437
unterjährige Beschäftigungsdauer 590

V

Vaterschaftsurlaub 42, 78
Ventilklausel 28, 87
Verband 268
Verbandsmitglieder 590
Verfahren, Kostenlosigkeit 283
Verfahrenskosten 555–556
Verhalten, illoyales 264
Verjährung (*prescription*) 409
Verlassen, der Arbeitsstelle 301
Verleiher (*baillieur de services*) 415, 570–
571
Verletzung
– der Persönlichkeitsrechte (*atteinte aux
droits de la personnalité*) 290–291
– einer Vertragspflicht (*violation d'une
obligation contractuelle*) 290–291
verliehene Person 570–571
Vermögensabtretung, Nachlassvertrag
mit 283
Verrechnungserklärung 578
Vertrauensspesen 523
Vertrauensverhältnis 341
Verwaltungsgerichtsbarkeit (*juridiction
administrative*) 286
Verwaltungsrat 81, 431, 565
Verwarnung 213
Verwirkung 223, 431
Verzug, der Arbeitnehmerin (*demeure de
la travailleuse*) 238–239
Videoüberwachung 378
Volksinitiativen 13
Vorbereitungshandlung zu einer späteren
Selbständigkeit 683
Vorschuss 565
vorsorgliche Massnahme 437
Vorstrafe 578

W

Weiterbildung 59, 80
Weiterbildungskosten 453
Wettbewerb, unlauterer 437
Whistleblowing 46–47, 96
wichtiger Grund 517, 544
Wiedereinstellung, provisorische 574–575
Willkürzüge 537
Wirtschaftsfreiheit 392
Wirtschaftszweig 268
Working poor 46, 61

Z

Zeitzuschlag 230–231

Zeugnis

– Arbeitszeugnis 370, 535

– Arztzeugnis 301

Zuständigkeit 565

2. Stichwörter in französisch (der französisch- und italienisch- sprachigen Urteile)

A

abandon d'emploi 604

abus

– d'alcool 271–272

– de droit 238–239

accord de résiliation 165

accord sur la libre circulation 256

âge de la retraite 356

agence 617

analogie 313, 422, 655

ancienneté 203

apprentissage 477

arbitrage 657–658

associé 608–609

assurance

– collective couvrant la perte de gain
415

– individuelle 415

– vieillesse 356

atteinte aux droits de la personnalité 290–
291, 306

autorisation de travail 513–514

avertissement 246, 329–330

B

bailleur de services 387–388, 415

biliguisme 203

bonne foi 477, 604, 637–638

bonus 182, 294

C

caisse de chômage 474

certificat d'arrêt de travail 334

chaîne de contrats de location 387–388

chiffre d'affaires 655

chômage, caisse de 474

clandestin, travailleur 513–514

codécision 608–609

commission 655

concordat sur l'arbitrage 657–658

concurrence, interdiction de 313

conditions de travail 604

confiance

– principe de la 493–494, 498

– rapport de 329–330

congé, voir «licenciement»

contrat

– d'agence 617

– d'apprentissage 477

– d'enseignement 477

– de location de services 387–388

– de travail partiaire 608–609

– de voyageur de commerce 617, 655

– mixte 477

contrôle de la durée du temps de travail
598

convention d'arbitrage 657–658

convention collective

– de travail 192, 491

– de travail étendue 415

– nationale de travail 491, 598

D

décision

– préjudicielle 352

– sur la compétence 352

délai

– de congé 334, 493–494, 513–514

– de prescription 613

– de réflexion 246, 365

demeure de la travailleuse 238–239

départ, indemnité de 493–494, 498

devoir de diligence 387–388

diligence, devoir de 387–388

domicile ou résidence habituelle de
l'employeur 507–508

dommages-intérêts 290–291, 318–319,
422, 637–638, 662

droit

– aux vacances 409

– de l'Etat de l'établissement de
l'employeur 246

E

écologie 477
égalité
– de traitement 637–638
– principe de l' 498
– salariale entre femmes et hommes 203
élection de droit 334
enseignement, contrat d' 477
entreprise locataire de services 415
étranger 513–514
étrangers, police des 485
expert judiciaire 324

F

femme enceinte 196
fériés, jour fériés 410–411
fidélité 637–638
frais 313, 485, 650, 655
frontalier 256

G

gain manqué 290–291
gratification 182, 498
gravité
– objective 477
– subjective 477
grossesse 238–239
groupe de sociétés 507–508

H

harcèlement
– psychologique 324, 628
– sexuel 324, 662
heures de travail, registre des 598

I

incapacité de travail 334, 410–411
indemnité 662
– à raison de longs rapports de travail
637–638
– de départ 493–494, 498, 637–638
– de licenciement 637–638
– sui generis 290–291
infraction pénale 485
interdiction de concurrence 313

J

jours
– fériés 410–411

– rémunérés 410–411
juridiction administrative 286
juste motif 246, 306, 329–330, 375, 477,
617

L

lex specialis 491
licenciement
– abusif 271–272, 318–319, 462, 498
– durant le temps d'essai 493–494
– immédiat 246, 290–291, 306, 329–
330, 365, 375, 477, 485, 613, 617
– ordinaire 238–239, 271–272, 334, 356,
637–638

M

maladie 613
maxime inquisitoire sociale 348, 462
mobbing 324, 628
moyen de preuve 598

N

négligence grave 422
nullité du contrat de travail 485

P

personnalité
– atteinte aux droits de la 290–291
– du travailleur 271–272, 462
plainte pénale 617
police des étrangers 485
pouvoirs de représentation 334
prescription 409, 613, 650
prestation de travail 246, 271–272
prétentions salariales 613
preuve, moyen de 598
prévoyance professionnelle 356
principe
– de la confiance 493–494
– de l'égalité 498
provision 655

R

rapport de confiance 329–330
registre des heures de travail 598
rémunération 608–609
– convenable 655
– des voyageurs de commerce 655
– du travailleur pour ses services 650

réparation morale 165
résidence habituelle de l'employeur 507–508
résiliation, voir «licenciement»
responsabilité du travailleur 422
retraite, âge de la 356

S

salaire 182, 203, 498, 513–514, 650
– aux pièces 410–411
– égalité salariale entre femmes et hommes 203
– fixe minimum garanti 655
secteur bancaire 493–494
séjour, autorisation de 513–514
services transfrontaliers 387–388
sexuel, harcèlement 324, 662
société simple 608–609
solidarité 238–239
subordination 608–609, 617
subrogation 474
supplément de salaire 182
suppression de poste 637–638
système de prime 182

T

temps d'essai 493–494
tort moral 662
transfert
– d'entreprise 498
– des rapports de travail 238–239
travail
– autorisation de 513–514
– aux pièces 410–411
– incapacité de 334, 410–411
– partiaire 608–609
travailleur
– âge 271–272
– clandestin 513–514
– étranger 485
travailleuse enceinte 196
tribunal arbitral 657–658

V

vacances 410–411
violation d'une obligation contractuelle 290–291
voyageur de commerce 617, 655