Inhaltsverzeichnis

Thematisches Verzeichnis XXI
Allgemeine Literatur zum Arbeitsrecht XXIII
Abkürzungsverzeichnis XXV

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

I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS)..... 3
1. Bundesgesetz über die Zusammenarbeit des Bundes mit den Kantonen im Bildungsraum Schweiz (Bildungszusammenarbeitsgesetz, BiZG) vom 30. September 2016..... 3
2. Partnerschaftsabkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und dem Eureka-Sekretariat..... 3
3. Partnerschaftsabkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der AAL-Vereinigung (AALA)..... 3
4. Rahmenabkommen vom 30. Juni 2015 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Kroatien betreffend die Durchführung des schweizerisch-kroatischen Zusammenarbeitsprogramms zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten innerhalb der erweiterten Europäischen Union (SR 0.973.229.11; AS 2016 3159) 4
5. Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG). Änderung vom 30. September 2016..... 4
6. Notenaustausch vom 28. März 2017 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2017/372 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) 5
7. Notenaustausch vom 28. März 2017 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2017/371 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 zur Aufstel-

lung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands) 5
8. Abkommen vom 7. Dezember 2000 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Italienischen Republik über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich (SR 0.414.994.541; AS 2002 2904). Änderung des Anhangs A des Abkommens 5
9. Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG). Änderung vom 17. Juni 2016 5
10. Seearbeitsübereinkommen, 2006 vom 11. Juni 2014 6
11. Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG). Änderung vom 25. September 2017 6
12. Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG). Änderung vom 16. Dezember 2016 6
13. Abkommen vom 30. Oktober 2014 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen und Berufsattesten der beruflichen Grundbildung. Änderung 6
14. Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA). Änderung vom 17. März 2017 6
15. Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG). Änderung vom 17. März 2017 7
16. Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Integration). Änderung vom 16. Dezember 2017 7
17. Ordnungsbussengesetz (OBG). Änderung vom 18. März 2016 7
18. Verordnung über das Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsmarktstatistik (AVAM-Verordnung). Änderung vom 9. Dezember 2016 8
19. Verordnung der Schulleitung der ETHL über die Weiterbildung und die Fortbildung an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Lausanne (Weiterbildungsverordnung ETHL). Änderung vom 14. Dezember 2016. 8

20. Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1). Änderung vom 30. Juni 2010 (AS 2010 3239; SR 822.221) 8
21. Verordnung des ETH-Rates über die Professorinnen und Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Professorenverordnung ETH). Änderung vom 8. Dezember 2016 8
22. Verordnung über das Schiffspersonal auf dem Rhein. Änderung vom 3. Februar 2017 und Berichtigung vom 7. März 2017 9
23. Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 22. Februar 2017 9
24. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 22. März 2017 9
25. Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 22. Februar 2017 (AS 2017 1657; SR 832.30) 9
26. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 5. April 2017 10
27. Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 20. März 2015 des Medizinalberufegesetzes vom 5. April 2017..... 10
28. Verordnung über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären Medizinalberufen (Medizinalberufeverordnung, MedBV). Änderung vom 5. April 2017..... 10
29. Verordnung über das Register der universitären Medizinalberufe (Registerverordnung MedBG) vom 5. April 2017..... 10
30. Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 10. Mai 2017 10
31. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 2. Juni 2017 10
32. Verordnung über die Gebühren für die Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen gemäss Arbeitsgesetz (GebV-ArG). Änderung vom 10. Mai 2017..... 11

33. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 9. Juni 2017 11
34. Verordnung über das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB-Verordnung). Änderung vom 27. Januar 2016 (AS 2016 575; SR 412.106.1) 11
35. Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV). Änderung vom 28. Juni 2017 11
36. Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung. Änderung vom 19. Juli 2017 11
37. Strahlenschutzverordnung (StSV) vom 26. April 2017 12
38. Verordnung des EDI über die Aus- und Fortbildungen und die erlaubten Tätigkeiten im Strahlenschutz (Strahlenschutz-Ausbildungsverordnung) vom 26. April 2017 12
39. Verordnung des EDI über die Personen- und Umgebungsdosimetrie (Dosimetrieverordnung) vom 26. April 2017 12
40. Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei nichtmedizinischen Anlagen zur Erzeugung ionisierender Strahlung (SnAV) vom 26. April 2017 12
41. Verordnung des EDI über den Umgang mit geschlossenen radioaktiven Quellen in der Medizin (MeQV) vom 26. April 2017 12
42. Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei medizinischen Teilchenbeschleunigeranlagen (Beschleunigerverordnung, BeV) vom 26. April 2017 12
43. Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei medizinischen Röntgensystemen (Röntgenverordnung, RöV) vom 26. April 2017 12
44. Verordnung des EDI über den Umgang mit radioaktivem Material (UraM) vom 26. April 2017 12
45. Verordnung des EDI über die ablieferungspflichtigen radioaktiven Abfälle vom 26. April 2017 13
46. Verordnung über die Gebühren im Strahlenschutz (GebV-StS) vom 26. April 2017 13
47. Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Datenbearbeitung. Änderung vom 16. August 2017 13

48. Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV). Änderung vom 23. August 2017 13
49. Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV). Änderung vom 23. August 2017 13
50. Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV). Änderung vom 30. August 2017 13
51. Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 30. August 2017 14
52. Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV). Änderung vom 15. September 2017 14
53. Verordnung über die Informationssysteme im Berufsbildungs- und im Hochschulbereich (IBH-V) vom 15. September 2017 14
54. Verordnung über Massnahmen gegenüber der Demokratischen Volksrepublik Korea. Änderung vom 18. Oktober 2017 14
55. Verordnung des WBF über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen (MiVo-HF) vom 11. September 2017 14
56. Verordnung über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA-Verordnung, PSAV) vom 25. Oktober 2017 15
57. Verordnung über die Sicherheit von Gasgeräten (Gasgeräteverordnung, GaGV) vom 25. Oktober 2017 15
58. Verordnung zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung, ChemRRV). Änderung vom 25. Oktober 2017 15
59. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 15. November 2017 15
60. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 14. November 2017 16
61. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 22. November 2017
62. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 22. November 2017 16

63. Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV). Änderung vom 27. November 2017 16
64. Verordnung des VBS über das militärische Personal (V Mil Pers). Änderung vom 30. November 2017 16
65. Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV). Änderung vom 22. November 2017 16
66. Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung der Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts, der ordentlichen Richter und Richterinnen des Bundesstrafgerichts und der hauptamtlichen Richter und Richterinnen des Bundespatentgerichts (Richterverordnung). Änderung vom 15. Dezember 2017 16
67. Verordnung des SBFI über die Änderung von Bildungsverordnungen betreffend das Verbot gefährlicher Arbeiten. Änderung vom 24. November 2017 17
68. Vorsorgereglemente von Bund und dezentralen Verwaltungseinheiten. Alle Änderungen vom Bundesrat genehmigt am 10. Mai 2017 17
69. Verfügung Nr. 1 des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung zum Arbeitsgesetz (Internationale Organisationen). Aufhebung vom 26. April 2017 18
70. Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung 18

II. Bundesblatt (BBl) 18
1. Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer vom 17. März 2017 19
2. Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020 vom 17. März 2017 19
3. Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA). Änderung vom 17. März 2017 20
4. Bundesbeschluss über die Genehmigung des Protokolls von 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 17. März 2017 20
5. Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) vom 16. Juni 2017 20
6. Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Änderung vom 16. Juni 2017. 21

7. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016. Entwurf Obligationenrecht (Aktienrecht) 21
8. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV) vom 15. Februar 2017; Entwurf Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) (Weiterentwicklung der IV). Änderung 21
9. Botschaft zur Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» vom 26. April 2017 und Entwurf Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» 21
10. Botschaft zur Förderung der internationalen Mobilität in der Bildung in den Jahren 2018–2020 vom 26. April 2017 und Entwurf Bundesbeschluss über die Förderung der internationalen Mobilität in der Bildung in den Jahren 2018–2020 22
11. Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017 und Entwurf Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) 22
12. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 5. Juli 2017 und Entwurf Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG) 23
13. Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5. Juli 2017 und Entwurf Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) 23
14. Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf vom 16. August 2017 und Entwurf Bundesbeschluss über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf 23
15. Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017 und Entwurf Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz 23

16. Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Bildungsraum Schweiz (ZSAV-BiZ) vom 16. Dezember 2016. Genehmigt durch den Bundesrat am 2. Dezember 2016..... 24
17. Stellungnahme des Bundesrates vom 5. April 2017 zum direkten Gegenentwurf des Nationalrates vom 15. Dezember 2016 zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Privatsphäre»..... 24
18. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 23. Januar 2017 zur Parlamentarischen Initiative Befristete Aufstockung der Anzahl Richterstellen am Bundesverwaltungsgericht. Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 23. Januar 2017. Entwurf zur Verordnung der Bundesversammlung über die Richterstellen am Bundesverwaltungsgericht..... 25
19. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. April 2017 zur parlamentarischen Initiative 16.400 Löhne der ordentlichen Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichtes, der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichtes sowie der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichtes. Ausserordentliche individuelle Anpassungen und Überprüfung des Lohnsystems und Entwurf Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung der Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts, der ordentlichen Richter und Richterinnen des Bundesstrafgerichts und der hauptamtlichen Richter und Richterinnen des Bundespatentgerichts (Richterverordnung) 25
20. Parlamentarische Initiative Löhne der ordentlichen Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichtes, der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichtes sowie der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichtes. Ausserordentliche individuelle Anpassungen und Überprüfung des Lohnsystems. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. April 2017. Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Mai 2017..... 26
21. Parlamentarische Initiative Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 7. September 2017. Entwurf Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs-

rechts (ATSG) (Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten). Stellungnahme des Bundesrates vom 1. November 2017 26
22. Eidgenössische Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer». Vorprüfung 27
23. Eidgenössische Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie». Zustandekommen 27
24. Referendum gegen die Änderung vom 16. Dezember 2016 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Verfehlen der Hälfte des verfassungsmässigen Quorums 27
25. Referendum gegen das Bundesgesetz vom 17. März 2017 über die Reform der Altersvorsorge 2020 28
26. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement. Direkter Gegenentwurf zur Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» 28
27. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) 28
28. Vernehmlassungsverfahren. Departement für - Wirtschaft, Bildung und Forschung. Änderung der Verordnung über die Berufsbildung (BBV) 28
29. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Verordnung über die Reform der Altersvorsorge 2020 28
30. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement. Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2016 (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) 28

III. Initiativen 29
1. Parlamentarische Initiativen 29
2. Motionen 30
3. Postulate 32

IV. Normalarbeitsverträge 33
1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen 33
2. Sonstige Normalarbeitsverträge 37

3. Modell-NAV für die Regelung der 24-Stunden-Betreuung 42
V. Kollektives Arbeitsrecht 43
1. Einsetzung Einigungsstelle für kollektive Arbeitsstreitigkeit bei der sda 43
2. Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz – Europäische Union 43
3. Flankierende Massnahmen: Die vom Bundesrat eingeleiteten Schritte sind zweckmässig 44
4. Arbeitskampf 45
4.1 Streik des ISS-Personals am CERN in Genf 45
4.2 Uber-Fahrer streiken für ihre Rechte 45
4.3 Bauarbeiter demonstrieren für Rente mit 60 45
4.4 Nespresso-Angestellte und ihre Familien - demonstrieren in Lausanne 46
4.5 Widerstand gegen Auslagerung von Arbeitsplätzen bei ABB in Genf 46
4.6 Gewerkschaften protestieren für Arbeitssicherheit bei LafargeHolcim 46
4.7 Internationaler Gewerkschaftsprotest an Glencore-Jahresversammlung 47
4.8 Frauenkonferenz: Unia Frauen bereit für einen Frauenstreik 47
4.9 Streik bei einer Schweizer Versicherung erhält - internationale Auszeichnung 47
4.10 Streiks gehören nicht nur der Geschichte an 47
5. Gesamtarbeitsvertragsrecht 48
5.1 Neuer GAV für das Coiffeurgewerbe 48
5.2 Angestellte von Tankstellenshops profitieren ab dem 1. Februar 2018 von einem nationalen Gesamtarbeitsvertrag 48
5.3 Neuer GAV Coop: Verbesserungen für die Coop-Mitarbeitenden 49
5.4 Temporärarbeit 49
5.5 Gärtner/innen-Delegation übergibt Vereinbarungsvorschlag am JardinSuisse-Hauptsitz 50
5.6 Neuer, allgemeinverbindlicher GAV für den Schaffhauser Gartenbau 50
5.7 Ammann-Belegschaft stimmt Sozialplan zu 50
5.8 Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2017 – Effektiv- und Mindestlöhne sind 2017 um 0,5% bzw. 0,8% gestiegen 51
5.9 Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds 52

B. Mitteilungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) 55
Zusammengestellt von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

Merk- und Informationsblätter des SECO 57
I. Merkblatt Zeitzuschlag von 10% für regelmässige Nachtarbeit . 57
1. Generelles 57
2. Wann ist der Zeitzuschlag für Nachtarbeit geschuldet? 57
3. Wie und wann muss der Zeitzuschlag gewährt werden? 58
4. Ausnahmen vom Zeitzuschlagsobligatorium 59
5. Beispiele 60
6. Sonderfall: Stundenlohn 61
7. Zusammenhang mit anderen Kompensationen 61
II. Wirkung des Vollzugsschwerpunkts der Arbeitsinspektion zu psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz 62
A. Kernpunkte 62
B. Zusammenfassung 64
1. Kontext und Ziel 64
2. Methodologie 65
3. Ergebnisse 66
4. Schlussfolgerungen 67
C. Die einzelnen Kapitel 68
1. Kontext, Ziele, konzeptueller Rahmen und Forschungsfragen 68
1.1 Psychosoziale Risiken: Anlass zu steigender Sorge und eine Herausforderung für die Prävention 69
1.2 Eine wichtige Komponente des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz 71
1.3 Koordinierte Massnahmen für die verstärkte Prävention psychosozialer Risiken 72
1.4 Ziele der Studie 73
1.5 Programmtheorie, Kausalmodell und Forschungsfragen 73
2. Forschungsmethodologie 79
2.1 Frage 1: systematische Analyse der wissenschaftlichen Literatur 79
Erhebung der Daten 79
Analyse der Daten 80
2.2 Frage 2: Einschätzung der Arbeitgebenden zum Vorhandensein psychosozialer Risiken im Unternehmen und Präventionsaktivitäten 80
Erhebung der Daten 80
Auswahl der Stichprobe 82
Analyse der Daten 82

2.3 Frage 3: Wirkung der Inspektionsbesuche 83
Erhebung der Daten 83
Auswahl der Stichprobe 83
Analyse der Daten 84
2.4 Frage 4: Inspektionstätigkeiten der Arbeitsinspektoren 85
Erhebung der Daten und Auswahl der Stichprobe ... 85
Analyse der Daten 87
3. Ergebnisse 87
3.1 Frage 1: systematische Analyse der wissenschaftlichen Literatur 87
Kontext der Intervention der Arbeitsinspektoren 88
Handlungsmechanismen 91
Wirkung der behördlichen Intervention auf die psychosozialen Risiken 92
3.2 Frage 2: Wahrnehmungen und Präventionsaktivitäten der Arbeitgebenden 95
Wahrnehmungen der Arbeitgebenden betreffend die Exposition ihrer Mitarbeitenden gegenüber psychosozialen Risiken 95
Zusammenhänge zwischen wahrgenommenen Risiken und Faktoren, welche die Struktur und die betrieblichen Abläufe des Unternehmens betreffen 96
Grösse der Unternehmen 96
Branche 96
Wirtschafts- und HR-Indikatoren 97
Weitere Merkmale 97
Arten der Massnahmen, die von Unternehmen zur Prävention psychosozialer Risiken eingeführt wurden 98
Zusammenhänge zwischen Präventionsmassnahmen, der Wahrnehmung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, und Faktoren, welche die Struktur und die betrieblichen Abläufe des Unternehmens betreffen 99
Wahrnehmung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind 99
Strukturelle Merkmale 100
Weitere Merkmale 101
Qualitative Ergänzungen 102
Vorstellung Nr. 1: Psychosoziale Risiken = ein individuelles oder zwischenmenschliches Phänomen 102

Vorstellung Nr. 2: Psychosoziale Risiken reguliert man informell 103
Vorstellung Nr. 3: Psychosoziale Risiken = schwierig zu ermittelnde Probleme 104
3.3 Frage 3: Wirkung der Inspektionsbesuche 105
3.4 Frage 4: Inspektionstätigkeiten der Arbeitsinspektoren und –inspektorinnen 107
Von den Inspektoren und Inspektorinnen vorgefundene Schwierigkeiten 107
a) Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem beruflichen Kontext 108
b) Beziehungen zu den Ansprechpersonen 109
c) Unternehmensspezifische Schwierigkeiten 109
d) Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Mitwirkung der Arbeitnehmenden 110
Strategien und Ressourcen der Inspektoren und Inspektorinnen 110
a) Befragung der Inspektoren und Inspektorinnen mittels Online-Fragebogen 110
b) Beobachtungen und Gespräche 111
c) Erfahrungsaustausch 113
4. Diskussion und Empfehlungen 114
4.1 Wissenschaftlicher Kenntnisstand zu Inspektionen psychosozialer Risiken 114
4.2 Wahrnehmungen und Präventionsaktivitäten der Arbeitgebenden im Bereich psychosoziale Risiken. 115
4.3 Wirkung der Inspektionsbesuche 118
4.4 Inspektionstätigkeiten der Arbeitsinspektoren und –inspektorinnen 120
4.5 Schlussfolgerungen und Ausblick 121
Stärker bei der Arbeitsorganisation und -gestaltung ansetzen 122
Die Einbindung der Mitarbeitenden in die Prävention fördern 124
Den Erfahrungsaustausch über die Inspektionstätigkeit unter Inspektoren und Inspektorinnen fortführen und ausbauen 125
Kontinuierliche Anpassung der Inspektionsstrategien an Entwicklungen in der Arbeitswelt 125

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeits-beauftragter (EDÖB) 129
25. Tätigkeitsbericht 2017/2018 des EDÖB, Arbeitsbereich 129
1. Sachverhaltsabklärung zu eRecruiting und Bewerbungsdossiers in der Bundesverwaltung 129
2. Der «saubere Abgang» bei Kündigung der Arbeitsstelle 129
3. Tracking von Mitarbeitenden 130
4. Arbeitszeiterfassung per Fingerabdruck in der Gastronomie 131

C. Rechtsprechung 133
Zusammengestellt und bearbeitet von Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Prof. Dr. JEAN-PHILIPPE DUNAND und Dr. iur. HUBERT FRITSCHI

Bundesgericht

13.01.2017	4A_401/2016		.....	135
18.01.2017	4A_390/2016		.....	139
23.01.2017	8D_1/2016		.....	145
26.01.2017	4A_400/2016	143 III 21	.....	149
02.02.2017	8C_158/2016	143 I 65	.....	154
02.02.2017	4A_372/2016		.....	161
06.02.2017	4A_468/2016		.....	168
15.02.2017	4A_428/2016		.....	173
09.03.2017	4A_625/2016		.....	177
15.03.2017	4A_619/2016		.....	187
16.03.2017	4A_592/2016		.....	196
03.04.2017	8C_319/2016		.....	203
20.04.2017	4A_676/2016 und 4A_674/2016		.....	207
04.05.2017	6B_1199/2016	143 IV 209	.....	215
11.05.2017	4A_662/2016	143 III 290	.....	219
22.05.2017	2C_150/2016		.....	225
31.05.2017	4A_35/2017		.....	235
02.06.2017	4A_699/2016		.....	242
08.06.2017	1B_88/2017		.....	246
15.06.2017	4A_671/2016		.....	250
16.06.2017	4A_55/2017		.....	255
22.06.2017	4A_177/2017		.....	265
23.06.2017	4A_216/2017		.....	268
26.06.2017	4A_92/2017		.....	276
30.06.2017	8C_79/2016 et 8C_87/2016	143 II 443	.....	290

04.07.2017	4A_30/2017		.....	302
04.07.2017	8C_693/2016	143 II 366	.....	309
19.07.2017	4A_10/2017		.....	321
21.07.2017	2C_774/2014	143 I 403	.....	328
24.07.2017	4A_134/2017		.....	347
04.08.2017	4A_706/2016		.....	352
07.08.2017	8C_767/2016, 8C_774/2016, 8D_5/2016		.....	361
08.08.2017	8C_607/2016	143 I 344	.....	365
31.08.2017	4A_661/2016		.....	371
04.10.2017	4A_334/2017		.....	376
01.11.2017	4A_286/2017		.....	381
13.11.2017	2C_850/2016		.....	384
27.11.2017	4A_378/2017		.....	390
30.11.2017	8C_502/2017	144 I 11	.....	396
30.11.2018	4A_296/2017			403
07.12.2017	4A_207/2017		.....	410
12.12.2017	8C_800/2016		.....	425
14.12.2017	4A_96/2017		.....	431
21.12.2017	8C_41/2017		.....	439

Kantone

BE

OGer.	ZK 17 125	09.08.2017	.....	446
OGer.	ZK 17 287	26.09.2017	.....	454
OGer.	ZK 17 418	27.09.2017	.....	463

BL

KGer.	400 16 342	24.01.2017	.....	469

GE

CAPH	CAPH/211/2016	02.12.2016	.....	477
CAPH	CAPH/447/2016	08.12.2016	.....	487
CAPH	CAPH/24/2017	13.02.2017	.....	496
CAPH	CAPH/182/2017	16.11.2017	.....	503
CAPH	CAPH/194/2017	01.12.2017	.....	508

LU

KGer.	5V 16 290	24.03.2017	.....	516
KGer.	5V 17 36	24.05.2017	.....	536

SG

KGer.	BE.2016.32	10.04.2017	.....	544
KGer.	BO.2016.47	09.06.2017	.....	548

TI

CCA	12.2016.96	02.10.2017	.....	554
CCA	12.2017.120	07.11.2017	.....	561

VD

CACI	N 79	10.02.2017	.....	566
CACI	N 221	07.06.2017	.....	571
CACI	N 368	09.08.2017	.....	577
CACI	N 185	28.08.2017	.....	585
CACI	N 556	04.12.2017	.....	594

ZH

OGer.	LA160013	19.01.2017	.....	605
OGer.	UE160149	08.02.2017	.....	614
OGer.	LA160025	28.02.2017	.....	625
OGer.	LA160032	02.03.2017	.....	634
OGer.	LA170010	03.03.2017	.....	640
OGer.	LA160039	09.03.2017	.....	646
OGer.	LA160031	28.04.2017	.....	655
OGer.	LA170005	03.05.2017	.....	665
OGer.	LA170003	05.07.2017	.....	678
OGer.	LA170004	07.07.2017	.....	687
OGer.	LA160043	23.08.2017	.....	693
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 25	15.03.2017	.....	715
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 6	21.09.2017	.....	725
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 5	23.10.2017	.....	732
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 8	23.10.2017	.....	736
AGer.	Entsch.AGer. Nr. 18	27.11.2017	.....	740
Bez.Ger.	EB161620	13.01.2017	.....	748

D. Bibliografie 753
Zusammengestellt von RA lic. iur. THOMAS PIETRUSZAK

E. Verzeichnisse xxx
Gesetzesregister xxx
Stichwortverzeichnis xxx

Thematisches Verzeichnis

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

I. Individualarbeitsrecht
  1. Entstehung des Arbeitsverhältnisses 123–124, 502, 596, 607
    a) Auslegung des Arbeitsvertrages 112, 481–482, 550, 579
    b) Abgrenzung des Arbeitsvertrages von anderen Verträgen 530–531
  2. Pflichten des Arbeitnehmers
    a) Treuepflicht 109, 311, 316–317, 327, 362, 423
    b) Befolgungspflicht 377
    c) Haftung 598
    d) Konkurrenzverbot 248, 362, 601–602
  3. Pflichten des Arbeitgebers
    a) Lohnzahlungspflicht
      aa) im Allgemeinen 274–275, 451–452, 530–531
      bb) besondere Lohnarten und Gratifikation 99–100, 186, 192, 244, 286, 293, 399, 494, 519, 539, 559
      cc) Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung 258–259, 462
      dd) Lohngleichheit zwischen Mann und Frau 169–170
      ee) Überstunden-/Überzeitarbeit 299, 389, 412, 449
    b) Fürsorgepflicht
      aa) Schutz der Persönlichkeit 206–207, 394–395
      bb) Ferien und Freizeit 99–100, 224, 336
      cc) Zeugnis und Referenz 362
      dd) Gleichbehandlung und Gleichstellung 258–259
      ee) Datenschutz 286, 394–395, 583–584
    c) Haftung des Arbeitgebers bei Pflichtverletzungen 423, 473–474
    d) Annahmeverzug des Arbeitgebers 598
  4. Verzicht, Verjährung, Verwirkung 169–170
  5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
    a) Kündigung
      aa) im Allgemeinen 109, 311, 355, 443, 591–592, 598
      bb) missbräuchliche Kündigung 109, 119, 141–142, 155, 206–207, 212–213, 234, 277, 384
      cc) ausserordentliche Kündigung 93, 131, 148, 216, 256, 272, 305–306, 327, 336, 377, 404, 451–452, 457–458, 511–512, 568–569
      dd) Kündigung zur Unzeit 277, 327, 568–569

6. Besondere Einzelarbeitsverhältnisse
a) befristeter Arbeitsvertrag 568–569
b) öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis 109, 131, 155, 160, 164, 169–170, 186, 219–220, 253–254, 258–259, 311
c) Leiharbeit 239
II. Öffentliches Arbeitsrecht
1. Arbeitsschutzrecht
a) Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes 239
b) Arbeits- und Ruhezeit 412, 467–468
2. ausländische Arbeitskräfte 341, 348–349
3. Sozialversicherungsrecht 282
III. Kollektives Arbeitsrecht 141–142, 212–213, 384, 389, 404
IV. Arbeitsgerichtsbarkeit
1. Zuständigkeit 136, 160, 164, 265, 348–349, 370, 467–468, 487, 579, 604
2. Verfahren 123–124, 152, 197–198, 219–220, 253–254, 272, 286, 293, 467–468

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, 2e éd., Bâle 2012, 1965 ss

A. BERENSTEIN/P. MAHON/J.-PH. DUNAND, Labour Law in Switzerland, 2nd ed., Berne 2012

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

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

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

CH. BRUNNER/J.-M. BÜHLER/J.-B. WAEBER/CH. BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail 3e éd., Lausanne 2011

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

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

H.-P. EGLI, Art. 319–362, in: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 2002

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

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

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

TH. GEISER/R. MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Bd. V/2/c, Art. 319–330a, Zürich/Basel/Genf 2006; Art. 330b–355, 361–362, Zürich/Basel/Genf 2013

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AETR	Europäische Übereinkommen über die Arbeit des im internationalen Strassenverkehr beschäftigten Fahrpersonals (SR 0.822.725.22)
AG	Aargau
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AI	Appenzell-Innerrhoden
AI	assurance-invalidité
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (RS 0.142.112.681)
AmtlBull	Amtliches Bulletin
AR	Appenzell-Ausserrhoden
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (SR 822.11)
ArGV 1	Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (SR 822.111)
ArGV 2	Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, SR 822.112)
ArGV 5	Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz (Jugendarbeitsschutzverordnung, SR 822.115)
Art.	Artikel
ARV 1	Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und –führerinnen (Chauffeurverordnung, SR 822.221)
AS	Amtliche Sammlung
ASA-Richtlinie	Richtlinie über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit
ASG	Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz), noch nicht in Kraft
ATF	Arrêt principal du Tribunal Fédéral
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20)
AVE GAV	allgemeinverbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag
AVEG	Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311)
AVG	Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (SR 823.11)
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.0)

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

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CFF	Chemins de fer fédéraux suisses
CHF	Schweizer Franken
CNA	Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents
CNL	Contratto normale di lavoro
CNUIJE	Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (FF 2009 1481)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations; RS 220)
COST	European Cooperation in Science and Technology
CP	Code pénal suisse (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile (RS 272)
CRCT	Chambre des relations collectives de travail
Cst. fédérale	Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101)
CST	compte satellite du tourisme de la Suisse
CTT	Contrat-Type de travail
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
DES	Département de la sécurité et de l'économie de canton de Genève
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DGO	Dienst- und Gehaltsordnung des Zweckverbandes
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.1)
DTF	Decisioni del Tribunale federale
E-	Entwurf
EAK	Eidgenössische Arbeitskommission
EAV	Einzelarbeitsvertrag
EBA	Eidg. Berufsattest
ebd.	ebenda
EBG	Eidg. Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärige Angelegenheiten
EDI	Eidg. Departement des Innern
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFA	Eidg. Fachausweis
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFZ	Eidg. Fähigkeitszeugnis
EG GlG/BL	Baselbieter Einführungsgesetz zum Gleichstellungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössisch
EJPD	Eidg. Justiz- und Polizeidepartement
EKAS	Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit
EL	Ergänzungsleistungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, SR 823.20)
EntsV	Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (SR 823.201)

EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende (Erwerbsersatzgesetz, SR 834.1)
E-OR	Entwurf zum Obligationenrecht
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (SR 834.11)
EPF	Ecole Polytechnique Fédérale
ETH	Eidg. Technische Hochschule
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen (SR 836.2)
FHA	Freihandelsabkommen
FHM	Zürichsee-Fähre Horgen-Meilen AG
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1)
FlaM	Flankierende Massnahmen
FR	Freiburg
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom (Fusionsgesetz; SR 221.301)
FZAKV	Freizügigkeitsabkommen in der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit mit Anhängen, Protokollen und Schlussakte (SR 0.142.112.681)
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GE	Genf
gem.	gemäss
GerG	Gerichtsgesetz des Kantons St. Gallen (GerG; sGS 941.1)
GesBG	Bundesgesetz über die Gesundheitsberufe
GGG/BS	Gesetz des Kantons Basel-Stadt über das Gastgewerbe (563.100)
GL	Glarus
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, SR 151.1)
GPK-N	Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates
GR	Graubünden
GSG	Gewerbliches Schiedsgericht Basel
Hrsg.	Herausgeber
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ILO	International Labour Organisation
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (SR 291)
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JU	Jura
KEG	Kernenergiegesetz (SR 732.1)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (SR 832.10)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents (RS 832.20)

LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, RS 837.0)
LadÖG	Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten, noch nicht in Kraft
LAFam	Loi sur les allocations familiales (RS 836.2)
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (RS 834.1)
LAV	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé (RS 291)
LECCT	Loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application d'une convention collective nationale de travail (RS 221.215.311)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, RS 151.1)
LEH	Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (Loi sur l'Etat hôte, RS 192.12)
LFPr	Loi fédérale sur la formation professionnelle (RS 412.10)
L-GAV	Gesamtarbeitsvertrag im Schweizer Gastgewerbe
lit.	litera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1)
LPers	Loi sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPTP	Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif (RS 818.31)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (RS 823.11)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LTPH/GE	Loi genevoise sur le Tribunal des prud'hommes (GE/E 3 10)
LTr.	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail; RS 822.11)
LU	Luzern
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MBA	Master of Business Administration
Mio.	Millionen
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz, SR 822.14)
Mo	Motion
MWST	Mehrwertsteuer
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OCIRT	office cantonal de l'inspection et des relations du travail
OHG	Opferhilfegesetz (SR 312.5)

OLPD	Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.11)
OLT 2	Ordonnance 2 relative à la loi sur le travail (RS 822.112)
ONUG	Office des Nations Unies à Genève
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
ORC	Ordonnance sur le registre du commerce (RS 221.411)
OTR 1	Ordonnance sur la durée du travail et du repos des conducteurs professionnels de véhicules automobiles (Ordonnance sur les chauffeurs, RS 822.221)
OW	Obwalden
PaRG	Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31)
PBK	paritätische Berufskommission
PG/LU	Gesetz über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Kantons Luzern (SRL 51)
PK	Paritätische Kommission
Po	Postulat
PVO/LU	Verordnung zum Luzerner Personalgesetz (LU/SRL 52)
RHT	réduction de l'horaire de travail
RLG/BS	Baselstädtisches Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (SR BS 811.100)
RPAC	règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du canton de Genève
RS	Recueil systématique
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSDIE	Revue Suisse de droit international et européen
S.	Seite
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen (SR 742.31)
SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1)
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SG	St. Gallen
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund
SH	Schaffhausen
SO	Solothurn
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (SR 311.0)
StPG/FR	Gesetz über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.1)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
StPR/FR	Reglement über das Staatspersonal (FR/SGF 122.70.11)
StR	Ständerat
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVP	Schweizerische Volkspartei
SZ	Schwyz

SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales Europarecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TG	Thurgau
TI	Tessin
Unia	Gewerkschaft
UR	Uri
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, SR 231.1)
USA	United States of America
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)
VBPV-EDA	Verordnung des EDA zur Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.343.3)
VD	Waadt
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11)
VegüV	Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (SR 221.331)
VEP	Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (SR 142.203)
vgl.	vergleiche
VMD	Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (SR 935.011)
VS	Wallis
VUV	Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, SR 832.30)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (SR 142.201)
WAK-S	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates
WBF	Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
WeBiG	Bundesgesetz über die Weiterbildung (Weiterbildungsgesetz), noch nicht in Kraft
z.B.	zum Beispiel
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung (SR 272)

A. Gesetzgebung

Zusammengestellt
von Dr. iur. HUBERT FRITSCH

I. Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS)

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

1. Bundesgesetz über die Zusammenarbeit des Bundes mit den Kantonen im Bildungsraum Schweiz (Bildungszusammenarbeitsgesetz, BiZG) vom 30. September 2016

Gemäss BiZG kann der Bund mit den Kantonen zur Erfüllung der verfassungsmässigen Verpflichtung zur Zusammenarbeit und Koordination im Bildungsbereich eine Vereinbarung abschliessen. Die Zusammenarbeit und die Koordination im Bildungsbereich sollen: die hohe Qualität und die Durchlässigkeit des Bildungsraums Schweiz fördern; eine faktenbasierte und kohärente Bildungspolitik ermöglichen. Die Vereinbarung regelt die Ziele und die Organisation der Zusammenarbeit sowie die Einrichtung und die Führung gemeinsamer Institutionen. Die Kompetenz zum Abschluss der Vereinbarung wird dem Bundesrat übertragen. Der Bundesrat vollzieht das Gesetz. Er erlässt die Ausführungsbestimmungen. Das Gesetz ist am 1. Februar 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 135

2. Partnerschaftsabkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und dem Eureka-Sekretariat

Mit diesem Partnerschaftsabkommen soll die Beteiligung der Schweiz am Programm Eurostars 2 sichergestellt werden, bis die Schweiz Horizon2020 angeschlossen ist. Ein solches Abkommen wird für alle Länder, die weder Mitglieder noch assoziierte Länder von Horizon2020 sind, für die Beteiligung am Programm Eurostars 2 vorausgesetzt. Es definiert die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien im Rahmen des Programms Eurostars 2. Abgeschlossen am 16. Dezember 2016. In Kraft getreten am 16. Dezember 2016. AS 2017, 443

3. Partnerschaftsabkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der AAL-Vereinigung (AALA)

Mit diesem Partnerschaftsabkommen soll die Beteiligung der Schweiz am AuL-Programm sichergestellt werden, bis die Schweiz Horizon2020 angeschlossen ist. Ein solches Abkommen wird für alle Länder, die weder Mitglieder noch assoziierte Länder von Horizon2020 sind, für die Beteiligung am AuL-Programm vorausgesetzt. Es definiert die Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien im Rahmen des AuL-Programms. Abgeschlossen am 16. Dezember 2016. In Kraft getreten am 16. Dezember 2016. AS 2017, 447

4. Rahmenabkommen vom 30. Juni 2015 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Kroatien betreffend die Durchführung des schweizerisch-kroatischen Zusammenarbeitsprogramms zur Verringerung der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten innerhalb der erweiterten Europäischen Union (SR 0.973.229.11; AS 2016 3159)

Das Abkommen ist am 9. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 743

5. Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG). Änderung vom 30. September 2016

Der grösste Teil der Änderung beschlägt die Verwaltungssanktionen. Die zuständige kantonale Behörde nach Art. 7 Abs. 1 lit. d EntsG kann gemäss Art. 9 Abs. 2 EntsG: a. bei Verstössen gegen Art. 1a Abs. 2 EntsG, gegen Art. 3 EntsG oder gegen Art. 6 EntsG eine Verwaltungssanktion aussprechen, die eine Belastung durch einen Betrag bis 5000 Franken vorsieht; b. bei Verstössen gegen Art. 2 EntsG eine Verwaltungssanktion aussprechen, die: 1. eine Belastung durch einen Betrag bis 30 000 Franken vorsieht, oder 2. den betreffenden Unternehmen verbietet, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz ihre Dienste anzubieten; Art. 9 Abs. 2 lit. c bis lit. g EntsG enthalten weitere Sanktionsbestimmungen. Nach Art. 9 Abs. 3 EntsG stellt die Behörde, die eine Sanktion ausspricht, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und dem zuständigen paritätischen Kontrollorgan nach Art. 7 Abs. 1 lit. a EntsG eine Kopie ihres Entscheids zu. Das SECO führt eine Liste der Unternehmen, gegen die in einem rechtskräftigen Entscheid eine Sanktion verhängt worden ist. Diese Liste ist öffentlich. Gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. c EntsG wird mit Busse bis zu 40 000 Franken bestraft, wer einer rechtskräftigen Dienstleistungssperre nach Art. 9 Abs. 2 lit. b, d oder e EntsG nicht Folge leistet. Art. 12 Abs. 2 und 4 EntsG werden aufgehoben. Art. 5 Abs. 4 EntsG legt fest, dass der Erstunternehmer zudem mit den Sanktionen nach Art. 9 Abs. 2 lit. d und g belegt werden kann, wenn er seine Sorgfaltspflichten nach Art. 5 Abs. 3 EntsG nicht erfüllt hat. Art. 9 Abs. 3 EntsG ist nicht anwendbar. Art. 7 Abs. 4^{bis} EntsG bestimmt, dass wenn ein allgemein verbindlich erklärter Gesamtarbeitsvertrag eine Regelung über die Auferlegung von Kontrollkosten vorsieht, die entsprechenden Bestimmungen auch für Arbeitgeber gelten, die Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden. In diesem Fall ist Art. 9 Abs. 2 lit. g EntsG nicht anwendbar. Ebenfalls geändert wurde Art. 360a Abs. 3 OR, wonach die zuständige Behörde den Normalarbeitsvertrag auf Antrag der tripartiten Kommission befristet verlängern kann, wenn wiederholt gegen die Bestimmungen über den Mindestlohn in einem Normalarbeitsvertrag nach Abs. 1 verstossen wird oder Hinweise vorliegen, dass der Wegfall des

Normalarbeitsvertrages zu erneuten Missbräuchen nach Abs. 1 führen kann. Die Referendumsfrist ist am 19. Januar 2017 unbenützt abgelaufen. Die Änderung ist am 1. April 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 2077

6. *Notenaustausch vom 28. März 2017 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2017/372 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands)*

   In Kraft getreten am 28. März 2017. AS 2017, 2425

7. *Notenaustausch vom 28. März 2017 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Verordnung (EU) 2017/371 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Aussengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands)*

   In Kraft getreten am 28. März 2017. AS 2017, 2427

8. *Abkommen vom 7. Dezember 2000 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Italienischen Republik über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich (SR 0.414.994.541; AS 2002 2904). Änderung des Anhangs A des Abkommens*

   Die Änderung ist am 11. April 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3331

9. *Bundesgesetz über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (Arbeitszeitgesetz, AZG). Änderung vom 17. Juni 2016*

   Mit der Teilrevision des Arbeitszeitgesetzes werden die gesetzlichen Grundlagen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung und den aktuellen Bedürfnissen der Akteure des öffentlichen Verkehrs angepasst. Die Hauptthemen der Teilrevision sind die Klärung des Geltungsbereiches des Gesetzes, eine zeitgemässe Flexibilisierung der Höchstarbeitszeit, sinnvolle Pausenregelungen, die Festlegung der Ruhesonntage, die Ausgestaltung der Dokumentation der Arbeitszeiten sowie Bestimmungen für den Störungsfall. Das Arbeitsgesetz vom 13. März 1964 wird darüber hinaus wie folgt geändert: Nach Art. 2 Abs. 1 Bst. b ArG ist es, unter Vorbehalt von Artikel 3a ArG, nicht anwendbar auf Betriebe oder Teile von Betrieben, die der Bundesgesetzgebung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs unterstehen. Art. 2 Abs. 4, Art. 13 und Art. 14 (Ziff. I) der Änderung sind am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Die übrigen Bestimmungen werden zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt. AS 2017, 3595

10. Seearbeitsübereinkommen, 2006 vom 11. Juni 2014

Das Übereinkommen ist am 18. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3663

11. Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG). Änderung vom 25. September 2017

Von den Änderungen betroffen sind insbesondere die Sozialversicherungen. Sofern kein überwiegendes Privatinteresse entgegensteht, dürfen Daten dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) oder den Sicherheitsorganen der Kantone zuhanden des NDB bekannt gegeben werden, wenn eine konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit nach Artikel 19 Absatz 2 des Nachrichtendienstgesetzes vom 25. September 2015 gegeben ist. Das Gesetz ist am 1. September 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 4095

12. Bundesgesetz über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz, BBG). Änderung vom 16. Dezember 2016

Die Änderung betrifft die Art. 52 Abs. 3 Bst. d, 56a, 56b und 59 BBG. Absolvierende von vorbereitenden Kursen auf eidgenössische Prüfungen sollen direkt durch Subventionen des Bundes entlastet werden. Absolvierende von vorbereitenden Kursen auf eidgenössische Prüfungen sind Personen, die Kurse abgelegt haben, die auf eidgenössische Prüfungen vorbereiten. Diese Massnahme wird verbundpartnerschaftlich mitgetragen. Die Gesetzesänderung betrifft einerseits die Verankerung der subjektorientierten Subventionierung der Absolvierenden von vorbereitenden Kursen und andererseits die dafür nötige Schaffung der gesetzlichen Grundlage für die Finanzierung (Kredite). Das Gesetz ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 5143

13. Abkommen vom 30. Oktober 2014 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die gegenseitige Anerkennung von Fähigkeitszeugnissen und Berufsattesten der beruflichen Grundbildung. Änderung

Die Änderung des Abkommens ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 5201

14. Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA). Änderung vom 17. März 2017

Die Änderung knüpft an die vorhandene Ausrichtung des Gesetzes an. Es sind verschiedene punktuelle Anpassungen. Das vereinfachte Abrechnungsverfahren soll auf Anstellungen im Privathaushalt beschränkt werden, da es wiederholt für ungewollte Steuerersparnisse benutzt wird.

Die Kontrollorgane sollen ihre grosse Stärke, nämlich ihre Vernetzung mit spezialisierten Behörden, besser nutzen können und auch Feststellungen ausserhalb des Kontrollgegenstandes an die zuständigen Behörden und Instanzen melden können. Gleichzeitig sollen aber auch sie besser mit Informationen betreffend Schwarzarbeit versorgt werden. Um einen gesamtschweizerisch einheitlicheren Vollzug zu ermöglichen, werden ausserdem die Aufsichtskompetenzen des Staatssekretariats für Wirtschaft gestärkt. Als neue, zusätzliche Ausrichtung werden den Kontrollorganen die Kompetenz eingeräumt, bei Verstössen gegen die Pflicht zur Anmeldung eines neuen Betriebes bei der Unfallversicherung oder bei Verstössen gegen die Aufzeichnungspflicht gemäss Artikel 93 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung selbstständig eine Sanktion auszusprechen. Das Gesetz ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 5521

15. Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG). Änderung vom 17. März 2017

Die jährliche Aufsichtsabgabe bemisst sich gemäss Art. 64c Abs. 2 Bst. a bei den Aufsichtsbehörden neu nach der Zahl der beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtungen sowie nach der Anzahl der aktiven Versicherten und der Anzahl der ausbezahlten Renten. Zudem überwälzen die Aufsichtsbehörden die geschuldete Abgabe auf die von ihnen beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtungen (Art. 64c Abs. 4 BVG). Das Gesetz ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 6337

16. Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Integration). Änderung vom 16. Dezember 2017

Die Änderung des Ausländergesetzes (Integration) hat, unter Berücksichtigung von Art. 121a der Bundesverfassung (BV), eine bessere Ausschöpfung des inländischen Arbeitsmarktpotenzials zum Ziel. Für Personen aus dem Asylbereich soll es leichter werden, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Hierzu wurden die Sonderabgabepflicht für erwerbstätige Personen aus dem Asylbereich sowie die Bewilligungspflicht betreffend die Erwerbstätigkeit von vorläufig Aufgenommenen und anerkannten Flüchtlingen abgeschafft. Nebst den Änderungen im AuG erfolgen ebenfalls Anpassungen zu den Bestimmungen im AsylG, BBG, RPG, IVG, ELG, AVIG. Art. 88 AuG sowie 85, 86, 87, 115 Bst. c, 116a, 117 und die dazugehörige Übergangsbestimmung sind auf den 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Die übrigen Bestimmungen werden zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt. AS 2017, 6521

17. Ordnungsbussengesetz (OBG). Änderung vom 18. März 2016

Mit einer Totalrevision des Ordnungsbussengesetzes soll nun das Ordnungsbussenverfahren ausgeweitet werden, um auch Verstösse gegen

andere Gesetze einfach, rasch und einheitlich sanktionieren zu können. Vorgesehen ist eine Ausweitung auf das Ausländergesetz, das Asylgesetz, das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, das Waffengesetz, das Alkoholgesetz, das Nationalstrassenabgabegesetz, das Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt, das Umweltschutzgesetz, das Lebensmittelgesetz, das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen, das Waldgesetz, das Jagdgesetz, das Bundesgesetz über die Fischerei und das Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden. Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz werden neu ebenfalls im Ordnungsbussengesetz geregelt. Die einzelnen Tatbestände und die jeweiligen Bussen wird der Bundesrat in einer Verordnung festlegen. Die Referendumsfrist für dieses Gesetz ist am 7. Juli 2016 unbenützt abgelaufen. Art. 23 Abs. 1 Bst. e StPO ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Die übrigen Bestimmungen werden zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt. AS 2017, 6559

18. Verordnung über das Informationssystem für die Arbeitsvermittlung und die Arbeitsmarktstatistik (AVAM-Verordnung). Änderung vom 9. Dezember 2016

Neu geregelt wird insbesondere der Teil zu den berechtigten Stellen und zum Datenverkehr mit anderen Stellen sowie zu Betrieb und Finanzierung. Diese Änderung ist am 1. Februar 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 177

19. Verordnung der Schulleitung der ETHL über die Weiterbildung und die Fortbildung an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Lausanne (Weiterbildungsverordnung ETHL). Änderung vom 14. Dezember 2016

Geändert werden v.a. die Bestimmungen zu DAS- und CAS-Weiterbildungs- und Fortbildungsprogrammen sowie diejenigen zu COS-Weiterbildungsprogrammen. Die Änderung ist am 1. März 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 483

20. Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1). Änderung vom 30. Juni 2010 (AS 2010 3239; SR 822.221)

Berichtigung. Art. 11 Abs. 6 ARV1, betrifft nur den französischen Text. AS 2017, 511

21. Verordnung des ETH-Rates über die Professorinnen und Professoren der Eidgenössischen Technischen Hochschulen (Professorenverordnung ETH). Änderung vom 8. Dezember 2016

Der neue Art. 20a regelt das Verhältnis der ETH zu affiliierten Professoren und Professorinnen. Der ETH-Rat kann in- und ausländische Wis-

senschaftlerinnen und Wissenschaftler, die ausserhalb der beiden ETH an in- oder ausländischen Forschungsinstitutionen tätig sind, als affiliierte Professorinnen oder Professoren berufen. Diese sind hauptamtlich an ihrer Heiminstitution tätig und erfüllen in Ergänzung dazu an der ETH ein beschränktes Pensum. Der ETH-Rat schliesst mit der affiliierten Professorin oder dem affiliierten Professor einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag ab. Die Änderung ist am 1. März 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 533

22. Verordnung über das Schiffspersonal auf dem Rhein. Änderung vom 3. Februar 2017 und Berichtigung vom 7. März 2017

Die Änderung ist am 1. Dezember 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 669, 699

23. Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 22. Februar 2017

Eingefügt worden ist Art. 32c VUV zu Flüssiggasanlagen, der in Abs. 1 statuiert, dass Einrichtungen zur Lagerung und zur Nutzung von Flüssiggas so zu erstellen, zu betreiben und in Stand zu halten sind, dass Brände, Explosionen, Flammrückschläge und Vergiftungen vermieden werden und Schäden im Störungsfall begrenzt bleiben. Nebst weiteren Vorschriften ist in Art. 32c Abs. 6 VUV festgehalten, dass die Koordinationskommission Richtlinien zum Arbeitnehmerschutz beim Erstellen von Flüssiggasanlagen, beim Umgang damit, bei der Kontrolle und über die erforderliche fachliche Qualifikation erlässt. Die Änderung ist am 1. April 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 1657

24. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 22. März 2017

Art. 4 Abs. 1 Fussnote 1 VEV wird folgendermassen geändert: Staatsangehörige von Staaten, die in Anhang I der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 aufgeführt sind, unterstehen für die Einreise im Hinblick auf Aufenthalte von höchstens 90 Tagen der Visumpflicht. Anhang 2 erhält die neue Fassung gemäss Beilage zur Änderung. Die Änderung ist am 28. März 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 1683

25. Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung, VUV). Änderung vom 22. Februar 2017 (AS 2017 1657; SR 832.30)

Berichtigung. Art. 32c; Ziff. II 1 und 2. Betrifft nur den italienischen Text. AS 2017, 2291

26. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 5. April 2017

Die Änderung betrifft Anpassungen an den Schengener Grenzkodex und ist am 1. Mai 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 2549

27. Verordnung über die abschliessende Inkraftsetzung der Änderung vom 20. März 2015 des Medizinalberufegesetzes vom 5. April 2017

Die im einzigen Artikel der Verordnung genannten Artikel der Änderung sind am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 2703

28. Verordnung über Diplome, Ausbildung, Weiterbildung und Berufsausübung in den universitären Medizinalberufen (Medizinalberufeverordnung, MedBV). Änderung vom 5. April 2017

Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 2705

29. Verordnung über das Register der universitären Medizinalberufe (Registerverordnung MedBG) vom 5. April 2017

Die Verordnung regelt den Betrieb, den Inhalt und die Nutzung des Registers über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberuferegister). Das Medizinalberuferegister enthält Daten zu den Personen der folgenden universitären Medizinalberufe (Medizinalpersonen): Ärzte; Zahnärzte; Chiropraktoren; Apotheker; Tierärzte. Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 2725

30. Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP). Änderung vom 10. Mai 2017

Die Änderung regelt die Höchstzahl bzw. Berechnung der Aufenthaltsbewilligungen für Staatsangehörige von Rumänien, Bulgarien und Kroatien. Die Änderung ist am 1. Juni 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3093

31. Verordnung über die Einreise und die Visumerteilung (VEV). Änderung vom 2. Juni 2017

Die Änderung enthält eine neue Fassung des Anhangs 2 mit Staaten, deren Staatsangehörige ab dem ersten Tag der Erwerbstätigkeit der Visumpflicht unterliegen. Die Änderung ist am 11. Juni 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3273

32. Verordnung über die Gebühren für die Erteilung von Arbeitszeitbewilligungen gemäss Arbeitsgesetz (GebV-ArG). Änderung vom 10. Mai 2017

In Art. 3 Abs. 2 GebV-ArG werden die Gebühren angepasst. Gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-ArG reduzieren sich die Gebührenansätze gemäss Abs. 2 lit. a GebV-ArG um 25 Prozent, wenn das Gesuch um Erteilung einer Arbeitszeitbewilligung elektronisch eingereicht wird. Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 3345

33. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 9. Juni 2017

Der Anhang der Verordnung des SBFI vom 11. Mai 2015 über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse erhält die neue Fassung. Die Änderung ist am 1. Juli 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3411

34. Verordnung über das Eidgenössische Hochschulinstitut für Berufsbildung (EHB-Verordnung). Änderung vom 27. Januar 2016 (AS 2016 575; SR 412.106.1)

Berichtigung. Art. 11c Abs. 1 Bst. i EHB-Verordnung. Betrifft nur den italienischen Text. AS 2017, 3539

35. Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV). Änderung vom 28. Juni 2017

Die Änderung betrifft den anrechenbaren Arbeitsausfall, welcher sich für jede Abrechnungsperiode um einen Karenztag vermindert (Art. 50 Abs. 2 AVIV). Die Änderung ist am 1. August 2017 in Kraft getreten und gilt bis am 31. Dezember 2018; danach sind alle darin enthaltenen Änderungen hinfällig. AS 2017, 3693

36. Verordnung des WBF über die Ausnahmen vom Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit während der beruflichen Grundbildung. Änderung vom 19. Juli 2017

Die Befreiung von der Bewilligungspflicht für eine Ausnahme vom Verbot der Nacht- oder der Sonntagsarbeit wird auf die berufliche Grundausbildung Hotelkommunikationsfachfrau EFZ/Hotelkommunikationsfachmann EFZ ausgeweitet (Art. 2 Abs. 1 Bst. k). Die Verordnung ist am 15. August 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3821

37. Strahlenschutzverordnung (StSV) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4261

38. Verordnung des EDI über die Aus- und Fortbildungen und die erlaubten Tätigkeiten im Strahlenschutz (Strahlenschutz-Ausbildungsverordnung) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4413

39. Verordnung des EDI über die Personen- und Umgebungsdosimetrie (Dosimetrieverordnung) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4553

40. Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei nichtmedizinischen Anlagen zur Erzeugung ionisierender Strahlung (SnAV) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4637

41. Verordnung des EDI über den Umgang mit geschlossenen radioaktiven Quellen in der Medizin (MeQV) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4655

42. Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei medizinischen Teilchenbeschleunigeranlagen (Beschleunigerverordnung, BeV) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4687

43. Verordnung des EDI über den Strahlenschutz bei medizinischen Röntgensystemen (Röntgenverordnung, RöV) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4715

44. Verordnung des EDI über den Umgang mit radioaktivem Material (UraM) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4753

45. Verordnung des EDI über die ablieferungspflichtigen radioaktiven Abfälle vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4797

46. Verordnung über die Gebühren im Strahlenschutz (GebV-StS) vom 26. April 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4801

47. Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Datenbearbeitung. Änderung vom 16. August 2017

Die Verordnung regelt die Führung einer Sammlung von Daten, die für die Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erforderlich sind (Art. 1 lit. a). Die FINMA nimmt Daten von Personen, deren Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen und dem FINMAG nicht gegeben ist oder deren Gewährsprüfung für den Fall einer künftigen Gewährsposition sicherzustellen ist, in eine Datensammlung auf (Art. 1a Abs. 1). Unter anderem nimmt die FINMA gemäss Art. 3 Abs. 2 folgende Daten in ihre Datensammlung auf: Ausbildung und berufliche Tätigkeit: Aus- und Weiterbildung, berufliche Qualifikationen und Tätigkeiten, Arbeitsort und Arbeitgeber (lit. b); arbeitsrechtliche, administrative und strafrechtliche Massnahmen (lit. h). Die Verordnung ist am 15. September 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 4809

48. Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen (Niederspannungs-Installationsverordnung, NIV). Änderung vom 23. August 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 4981

49. Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV). Änderung vom 23. August 2017

Neu wird die Gesamtzahl der Kontrollen pro Jahr von 27 000 auf insgesamt 35 000 erhöht. Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 5015

50. Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV). Änderung vom 30. August 2017

Art. 7 Abs. 1 WEFV verlangt neu, dass der Mindestbetrag für eine Rückzahlung 10 000 Franken statt 20 000 Franken beträgt. Die Verordnung ist am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 5017

51. Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (BVV 2). Änderung vom 30. August 2017

Die Änderung betrifft die Art. 1 Abs. 5, 1e, 50 Abs. 4bis und 5, 53a, 54b Abs. 3 BVV 2. Materiell betrifft die Änderung das Thema rund um die Wahl der Anlagestrategie in der beruflichen Vorsorge. Die Verordnung ist am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 5021

52. Verordnung über die Berufsbildung (Berufsbildungsverordnung, BBV). Änderung vom 15. September 2017

Die Änderung erfolgt im Rahmen der Änderung des Berufsbildungsgesetzes vom 16. Dezember 2016, welche einerseits die Verankerung der subjektorientierten Subventionierung der Absolvierenden von vorbereitenden Kursen und andererseits die dafür nötige Schaffung der gesetzlichen Grundlage für die Finanzierung (Kredite) schafft. Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 5147

53. Verordnung über die Informationssysteme im Berufsbildungs- und im Hochschulbereich (IBH-V) vom 15. September 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 5215

54. Verordnung über Massnahmen gegenüber der Demokratischen Volksrepublik Korea. Änderung vom 18. Oktober 2017

Unter anderem wird in Art. 2a neu das Verbot der Erteilung von Arbeitsbewilligungen an Staatsangehörige der Demokratischen Volksrepublik Korea eingeführt. Die Verordnung ist am 18. Oktober 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 5249

55. Verordnung des WBF über Mindestvorschriften für die Anerkennung von Bildungsgängen und Nachdiplomstudien der höheren Fachschulen (MiVo-HF) vom 11. September 2017

Die Revision der MiVo-HV verfolgt sogleich verschiedene Ziele. Die Rollen und Zuständigkeiten der verschiedenen Akteure sollen in erster Linie über eine neue Struktur der MiVo-HF klarer abgebildet werden. Für die Erhöhung der Arbeitsmarktorientierung und Stärkung der OdA sollen die Rahmenlehrpläne als zentrales Steuerungsinstrument stärker in den Fokus rücken. Zentrale Änderung im Kontext der Qualitätsentwicklung des Gesamtbereichs ist die Begrenzung der Genehmigung von Rahmenlehrplänen. Spätestens sieben Jahre nach der Genehmigung eines Rahmenlehrplans muss er von der Trägerschaft auf seine Aktualität überprüft und gegebenenfalls angepasst werden. Auch die Anerkennung von Nachdiplomstudien, die nicht auf Rahmenlehrplänen beruhen, wird auf sieben Jahre be-

fristet. Somit werden die Arbeitsmarktorientierung und damit der schnelle Wandel der Nachdiplomstudien berücksichtigt. Schliesslich haben die Neugestaltung des Anhangs der MiVo-HF sowie die klaren Vorgaben bezüglich Genehmigung von Rahmenlehrplänen eine Vereinfachung der Prozesse zur Folge. Neu ist keine aufwendige Anpassung der MiVo-HF mit Vernehmlassung für die Integration eines neuen Bildungsgangs und entsprechend geschütztem Titel notwendig, sondern es bedarf einer Konsultation des Rahmenlehrplans unter Einbezug der Branche, der Kantone und weiterer interessierter Kreise. Die Verordnung ist am 1. November 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 5261

56. Verordnung über die Sicherheit von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA-Verordnung, PSAV) vom 25. Oktober 2017

Gemäss Art. 1 Abs. 1 PSAV regelt diese Verordnung das Inverkehrbringen, die spätere Bereitstellung auf dem Markt sowie die Anforderungen an den Entwurf und die Herstellung von persönlichen Schutzausrüstungen (PSA) nach der Verordnung (EU) 2016/425 (EU-PSA-Verordnung) sowie die Marktüberwachung betreffend diese Produkte. Diese Verordnung ist am 21. April 2018 in Kraft getreten mit Ausnahme von Artikel 3 Absatz 5, welcher am 6. November 2017 in Kraft getreten ist. AS 2017, 5859

57. Verordnung über die Sicherheit von Gasgeräten (Gasgeräteverordnung, GaGV) vom 25. Oktober 2017

Die Verordnung ist am 21. April 2018 in Kraft getreten mit Ausnahme von Artikel 3 Absatz 5, welcher am 6. November 2017 in Kraft getreten ist. AS 2017, 5865

58. Verordnung zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung, ChemRRV). Änderung vom 25. Oktober 2017

Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten mit Ausnahme von Anhang 1.1 Ziff. 2 Abs. 1^{bis} und 2 sowie Anhang 1.7 Ziff. 2.2 und 4.2, welche am 1. Juli 2018 in Kraft getreten sind. Anhang 1.7 Ziff. 1.1 Abs. 2 Bst. c tritt am 1. Januar 2021 in Kraft. AS 2017, 5963

59. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 15. November 2017

Mit der Änderung wurde Art. 88f BPV angepasst und ergänzt. Insbesondere werden zusätzliche Kriterien für die Beteiligung des Arbeitgebers an der Finanzierung der Überbrückungsrente aufgeführt. Art. 116h BPV

enthält die dazugehörigen Übergangsregelungen. Die Verordnung ist am 1. Juli 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 6209

60. Verordnung des SBFI über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse. Änderung vom 14. November 2017

Der Anhang der Verordnung des SBFI vom 11. Mai 2015 über das Verzeichnis der gemäss dem nationalen Qualifikationsrahmen für Abschlüsse der Berufsbildung eingestuften Berufsbildungsabschlüsse erhält eine neue Fassung. Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 6215

61. Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE). Änderung vom 22. November 2017

Die Anhänge 1 und 2 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit erhalten neue Fassungen betreffend Höchstzahlen. Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 6539

62. Bundespersonalverordnung (BPV). Änderung vom 22. November 2017

Mit der Änderung wird unter anderem der Spielraum für Leistungen und Lohnerhöhungen vergrössert bzw. erhöht. Auch wird nun generell die Mitwirkungspflicht von angestellten Personen bei der Eingliederung verlangt. Zudem werden Entschädigungsmodalitäten rund um die Pensionierung angepasst. Die Verordnung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 6737

63. Verordnung des EFD zur Bundespersonalverordnung (VBPV). Änderung vom 27. November 2017

Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 6743

64. Verordnung des VBS über das militärische Personal (V Mil Pers). Änderung vom 30. November 2017

Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 7269

65. Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV). Änderung vom 22. November 2017

Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 7271

66. Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung der Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungs-

gerichts, der ordentlichen Richter und Richterinnen des Bundesstrafgerichts und der hauptamtlichen Richter und Richterinnen des Bundespatentgerichts (Richterverordnung). Änderung vom 15. Dezember 2017

Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 7315

67. *Verordnung des SBFI über die Änderung von Bildungsverordnungen betreffend das Verbot gefährlicher Arbeiten. Änderung vom 24. November 2017*

Die Änderung ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. AS 2017, 7331

68. *Vorsorgereglemente von Bund und dezentralen Verwaltungseinheiten. Alle Änderungen vom Bundesrat genehmigt am 10. Mai 2017*

Wegen der Neuerungen im Scheidungsrecht mussten die Vorsorgereglemente von Bund und dezentralen Verwaltungseinheiten angepasst werden. Bei Scheidung oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft wird das Guthaben zum Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens geteilt. Neu findet eine Teilung auch dann statt, wenn ein Ehegatte zu diesem Zeitpunkt bereits pensioniert oder invalid ist. Von den Änderungen erfasst sind: das Vorsorgereglement für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Bund (VRAB); das Vorsorgereglement vom 6. Dezember 2011 für die Honorarbeziehenden im Vorsorgewerk Bund (VRHB); das Vorsorgereglement des Vorsorgewerks ETH Bereich für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des ETH-Bereichs (VR-ETH 1); das Vorsorgereglement des Vorsorgewerks ETH-Bereich für die Professorinnen und Professoren der ETH (VR-ETH 2); das Vorsorgereglement vom 26. September 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks Swissmedic (VR-Swissmedic); das Vorsorgereglement vom 21. November 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE) (VR-IGE); das Vorsorgereglement vom 20. November 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks der Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) (VR-RAB); das Vorsorgereglement vom 20. November 2007 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Eidgenössischen Hochschulinstituts für Berufsbildung (EHB) (VR-EHB); das Vorsorgereglement vom 12. Dezember 2008 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) (VR-FINMA); das Vorsorgereglement vom 29. Oktober 2008 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks des Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorats (ENSI) (VR-ENSI); das Vorsorgereglement vom 27. November 2008 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden des Vorsorgewerks PUBLICA (VR-PUBLICA) und das Vorsorgeregle-

ment vom 17. September 2012 für die Angestellten und die Rentenbeziehenden im Vorsorgewerk METAS (VR-METAS). Die Änderungen sind rückwirkend auf den 1. Januar 2017 in Kraft getreten. AS 2017, 3279, 3289, 3291, 3301, 3311, 3313, 3315, 3317, 3319, 3321, 3323, 3325

69. Verfügung Nr. 1 des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung zum Arbeitsgesetz (Internationale Organisationen). Aufhebung vom 26. April 2017

Der einzige Artikel hebt die Verfügung Nr. 1 des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung vom 3. März 1967 zum Arbeitsgesetz auf. Die Verfügung ist auf den 1. Juni 2017 aufgehoben worden. AS 2017, 2831

70. Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung

Berufsfeld «Landwirtschaft und deren Berufe» (Änderung); Agrarpraktikerin/Agrarpraktiker EBA (Änderung); Anlagenführerin/Anlagenführer EFZ; Berufsfeld «Landwirtschaft und deren Berufe» (Berichtigung); Agrarpraktikerin/Agrarpraktiker EBA (Berichtigung); Kauffrau/Kaufmann EFZ (Änderung); Carrosseriespenglerin/Carrosseriespengler EFZ; Carrosserielackiererin/Carrosserielackierer EFZ; Detailhandelsassistentin/Detailhandelsassistent EBA (Änderung); Detailhandelsfachfrau/Detailhandelsfachmann EFZ (Änderung); Orthopädieschuhmacherin/Orthopädieschuhmacher EFZ (Änderung); Schuhmacherin/Schuhmacher EFZ (Änderung); Gewebegestalterin/Gewebegestalter EFZ (Änderung); Schuhreparateurin/Schuhreparateur EBA (Aufhebung); Zahntechnikerin/Zahntechniker EFZ; Automobil-Assistentin/Automobil-Assistent EBA; Automobil-Fachfrau/Automobil-Fachmann EFZ; Automobil-Mechatronikerin/Automobil-Mechatroniker EFZ; Gussformerin/Gussformer EFZ; Gusstechnologin/Gusstechnologe EFZ; Medizinproduktetechnologin/Medizinproduktetechnologe EFZ; Bäckerin-Konditorin-Confiseurin/Bäcker-Konditor-Confiseur EFZ; Bäckerin-Konditorin-Confiseurin/Bäcker-Konditor-Confiseur EBA; ICT-Fachfrau/ICT-Fachmann EFZ. AS 2017, 3, 9, 137, 647, 649, 2553, 3545, 3559, 4821, 4827, 4833, 4837, 4869, 4875, 5571, 5773, 5787, 5801, 5815, 5819, 5891, 6569, 6575, 7363

II. Bundesblatt (BBl)

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

1. Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer vom 17. März 2017

Nach Art. 130 Abs. 3ter BV können zur Sicherung der Finanzierung der Alters- und Hinterlassenenversicherung die Sätze der Mehrwertsteuer um höchstens 0,6 Prozentpunkte erhöht werden. Nach Art. 130 Abs. 3^{quater} wird der Ertrag aus den Erhöhungen nach den Absätzen 3 und 3ter vollumfänglich dem Ausgleichsfonds der Alters- und Hinterlassenenversicherung zugewiesen. Weiter umfasst der Bundesbeschluss die Übergangsbestimmung von Art. 196 Ziff. 14 Abs. 6 und 7 BV, wonach zur Sicherung der Finanzierung der Alters- und Hinterlassenenversicherung der Bundesrat gestützt auf Artikel 130 Absatz 3ter die Mehrwertsteuersätze am 1. Januar 2018 wie folgt anhebt: Wenn der Grundsatz der Vereinheitlichung des Referenzalters von Männern und Frauen in der Alters- und Hinterlassenenversicherung und der beruflichen Vorsorge im Gesetz verankert ist: a. den Normalsatz um 0,3 Prozentpunkte; b. den Sondersatz für Beherbergungsleistungen um 0,1 Prozentpunkte. Der Beschluss wird Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. BBl 2017, 2381

2. Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020 vom 17. März 2017

Am 17. März 2017 hat das Parlament die Reform Altersvorsorge 2020 verabschiedet. Sie enthält ein gesamtheitliches Paket von Massnahmen in der 1. und der obligatorischen 2. Säule. Ziel ist es, die finanzielle Stabilität zu sichern und das Rentenniveau beizubehalten. Die Reform der Altersvorsorge 2020 setzt sich aus zwei Vorlagen zusammen: Gesetzesänderung und Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer. Das Bundesgesetz über die Anhebung der Mehrwertsteuersätze für die AHV vom 17. März 2017 sieht in den Art. 1 bis 3 vor, dass zur Sicherstellung der Finanzierung der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) die Mehrwertsteuersätze wie folgt angehoben werden: a. der Normalsatz um 1 Prozentpunkt; b. der reduzierte Satz um 0,3 Prozentpunkte; c. der Sondersatz für Beherbergungsleistungen um 0,5 Prozentpunkte. Der gesamte Ertrag aus der Anhebung der Mehrwertsteuersätze geht an die AHV. Der Bundesbeschluss vom 20. März 1998 über die Anhebung der Mehrwertsteuersätze für die AHV/IV wird aufgehoben. Erwähnenswert ist die Übergangsbestimmung im Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung zum Referenzalter der Frauen: c. Referenzalter der Frauen. Das Referenzalter der Frauen beträgt ab dem 1. Januar des Jahres des Inkrafttretens der Änderung: 64 Jahre und 3 Monate; ab dem 1. Januar des ersten Jahres nach Inkrafttreten der Änderung: 64 Jahre und 6 Monate; ab dem 1. Januar des zweiten Jahres nach Inkrafttreten der Änderung: 64 Jahre und 9 Monate und ab dem 1. Januar des dritten Jahres nach Inkrafttreten der Änderung:

65 Jahre. Weitere Aspekte der Reform sind der flexible Rentenbezug in der AHV, Erwerbstätigkeit ab dem Referenzalter, der flexible Altersrücktritt in der 2. Säule, die erwähnte Zusatzfinanzierung der AHV durch die Mehrwertsteuer gemäss separatem Bundesbeschluss, der Beitrag des Bundes an die Finanzierung der AHV, die Überwachung des finanziellen Gleichgewichts der AHV durch den Bundesrat, die Senkung des BVG-Mindestumwandlungssatzes, Massnahmen im BVG zum Erhalt des Rentenniveaus, Ausgleichsmassnahmen in der AHV, die Verbesserung der Transparenz im Geschäft der beruflichen Vorsorge der Lebensversicherer und das Inkrafttreten. Zahlreiche Gesetze werden angepasst. Die Gesetzesänderung untersteht dem fakultativen Referendum. Die Referendumsfrist läuft vom 28. März bis am 6. Juli 2017. BBl 2017, 2393

3. Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit, BGSA). Änderung vom 17. März 2017

Von der Änderung betroffen sind die Bestimmungen zum Geltungsbereich, zum Verfahren, zu den Kompetenzen der mit der Kontrolle betrauten Personen und zu den Protokollen, zum Abschnitt zur Zusammenarbeit mit anderen Behörden sowie zur Finanzierung. BBl 2017, 2467

4. Bundesbeschluss über die Genehmigung des Protokolls von 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 17. März 2017

Das Protokoll vom 11. Juni 2014 zum Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit wird genehmigt. Der Bundesrat wird ermächtigt, das Protokoll zu ratifizieren. Dieser Beschluss untersteht dem fakultativen Referendum. Ablauf der Referendumsfrist: 6. Juli 2017. BBl 2017, 2485

5. Bundesgesetz über die Anstalt zur Verwaltung der Ausgleichsfonds von AHV, IV und EO (Ausgleichsfondsgesetz) vom 16. Juni 2017

Für die Verwaltung der Ausgleichsfonds der AHV, der IV und der EO besteht nach dem Ausgleichsfondgesetz eine öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit. Die Anstalt organisiert sich selber, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, und führt eine eigene Rechnung. Sie wird nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt. Der Bundesrat bestimmt ihren Sitz. Die Anstalt wird unter der Bezeichnung «compenswiss (Ausgleichsfonds AHV/IV/EO)» / «compenswiss (Fonds de compensation AVS/AI/APG» / «compenswiss (Fondi di compensazione AVS/AI/IPG)» / «compenswiss (Fonds da cumpensaziun AVS/AI/ UCG)» im Handelsregister eingetragen. Gemäss Anhang werden u.a. auch die Art. 27 bis Art. 27c sowie Art. 32d des Bundespersonalgesetzes vom

24. März 2000 geändert. Das Ausgleichsfondsgesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat beschliesst das Inkrafttreten. Die Referendumsfrist ist am 5. Oktober 2017 abgelaufen. BBl 2017, 4219

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

Mit der Änderung will der Bund erreichen, dass Familie und Erwerbstätigkeit oder Ausbildung besser miteinander vereinbar sind. Zu diesem Zweck gewährt der Bund im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung zur Schaffung von familienergänzenden Betreuungsplätzen für Kinder; zur Erhöhung von kantonalen und kommunalen Subventionen für die familienergänzende Kinderbetreuung, wenn dadurch die Drittbetreuungskosten der Eltern reduziert werden können und für Projekte zur besseren Abstimmung des familienergänzenden Betreuungsangebotes auf die Bedürfnisse der Eltern. Die Änderung untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. Die Referendumsfrist ist am 5. Oktober 2017 abgelaufen. BBl 2017, 4235

7. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht) vom 23. November 2016. Entwurf Obligationenrecht (Aktienrecht)

Der Entwurf überführt u.a. die Bestimmungen der VegüV in die Bundesgesetze (Obligationenrecht, Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, Strafgesetzbuch) und setzt damit den Verfassungsauftrag von Art. 95 Abs. 3 BV um. Im Unterschied zum Vorentwurf werden die Bestimmungen der VegüV weitgehend unverändert ins Gesetz überführt. Art. 735c E-OR behandelt unzulässige Vergütungen in der Gesellschaft. BBl 2017, 399, 683

8. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (Weiterentwicklung der IV) vom 15. Februar 2017; Entwurf Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) (Weiterentwicklung der IV). Änderung

Das Ziel der Weiterentwicklung der IV ist gemäss Botschaft eine adäquate und koordinierte Unterstützung von Kindern, Jugendlichen und psychisch erkrankten Versicherten in Zusammenarbeit mit den beteiligten Akteuren, um das Eingliederungspotenzial der Versicherten zu stärken und so ihre Vermittlungsfähigkeit zu verbessern. BBl 2017, 2535, 2735

9. Botschaft zur Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» vom 26. April 2017 und Entwurf Bundesbeschluss über die Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten»

Die Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» wurde am 27. Oktober 2015 eingereicht. Sie verlangt die Aufhebung der von Volk und Ständen am 9. Februar 2014 angenommenen Art. 121a und 197 Ziff. 11 der Bundesverfassung (BV). Der Bundesrat erachtet eine Aufhebung von Art. 121a BV als nicht zielführend. Er lehnt die Initiative ab und verzichtet aufgrund der Rückmeldungen aus der Vernehmlassung darauf, der Bundesversammlung einen direkten Gegenentwurf zur Initiative zu unterbreiten. BBl 2017, 3341, 3357

10. Botschaft zur Förderung der internationalen Mobilität in der Bildung in den Jahren 2018–2020 vom 26. April 2017 und Entwurf Bundesbeschluss über die Förderung der internationalen Mobilität in der Bildung in den Jahren 2018–2020

Der Bund fördert die internationale Mobilität; diese Förderung ist Teil der gemeinsamen Bildungspolitik von Bund und Kantonen. Eine Assoziierung am europäischen Bildungsprogramm «Erasmus+» konnte bis jetzt nicht realisiert werden. Durch eine Schweizer Lösung zur Förderung der internationalen Mobilität in der Bildung 2018–2020 soll mehrjährige Rechts- und Planungssicherheit geschaffen, Kontinuität bei den Fördermassnahmen garantiert und die Weiterentwicklung der Förderpolitik ermöglicht werden. Es gilt dabei erste Entwicklungsschritte zur langfristig engeren Bündelung der Förderung von Austausch und Mobilität auf nationaler und internationaler Ebene einzuleiten. Der Bundesrat beantragt dem Parlament aus diesem Grund einen Gesamtkredit in Höhe von 114,5 Millionen Franken. BBl 2017, 3885, 3923

11. Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017 und Entwurf Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG)

Der vorgelegte Gesetzesentwurf enthält Änderungen namentlich beim Widerrufsrecht, bei der vorläufigen Deckung bei der Verjährung, beim Kündigungsrecht und bei den Grossrisiken. Auch wurden an zahlreichen Stellen Erleichterungen für den elektronischen Geschäftsverkehr durch Zulassung einer anderen Form als der Schriftlichkeit, die den Nachweis durch Text erlaubt, eingeführt. Daneben wurden weniger weitgehende Anpassungen vorgenommen, die sich bei den Arbeiten als sachgerecht erwiesen haben. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind von der vorliegenden Revisionsvorlage insofern betroffen, als sie vom Arbeitgeber gegen diverse Risiken versichert sind, zum Beispiel gegen Unfall. Indirekt sind sie betroffen, wenn die Vorsorgelösung für die berufliche Vorsorge eine Teil- oder Volldeckung durch eine Lebensversicherungsunternehmung beinhaltet. BBl 2017, 5089, 5141

12. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 5. Juli 2017 und Entwurf Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG)

Die Änderung des Gleichstellungsgesetzes verfolgt das Ziel, mit zusätzlichen staatlichen Massnahmen die Lohngleichheit zwischen Frauen und Männern zu verwirklichen. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die fünfzig oder mehr Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen, werden gesetzlich dazu verpflichtet, alle vier Jahre eine Lohngleichheitsanalyse durchzuführen und diese überprüfen zu lassen. BBl 2017, 5507, 5553

13. Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5. Juli 2017 und Entwurf Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG)

Das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen regelt, unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen im medizinischen Bereich durchgeführt sowie DNA-Profile zur Klärung der Abstammung oder zur Identifizierung erstellt werden dürfen. In den letzten Jahren sind die Untersuchungsverfahren wesentlich schneller, günstiger und aussagekräftiger geworden. Zudem werden heute viele Untersuchungen angeboten, die gesetzlich nicht erfasst sind. Die vorgeschlagene Totalrevision trägt dem technischen Fortschritt Rechnung und regelt die genetischen Untersuchungen beim Menschen umfassend. BBl 2017, 5597, 5757

14. Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf vom 16. August 2017 und Entwurf Bundesbeschluss über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf

Der Bundesversammlung wird beantragt, mit einfachem Bundesbeschluss Änderungen in den Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf zu gewährleisten. Die Verfassungsänderungen betreffen unterschiedliche Themen. Für den Kanton Tessin sind insbesondere die Bestimmungen zum Schutz inländischer Arbeitskräfte und zum Inländervorrang (Volksinitiative «Prima i nostri!») zu nennen. BBl 2017, 5849, 5859

15. Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017 und Entwurf Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz

Der vorliegende Gesetzesentwurf hat zum Ziel, den Datenschutz zu stärken, indem die Transparenz der Bearbeitung von Daten und die Kontrollmöglichkeiten der betroffenen Personen über ihre Daten verbessert werden. Zugleich soll das Verantwortungsbewusstsein der für die Bearbeitung Verantwortlichen erhöht werden, beispielsweise indem sie dazu verpflichtet werden, bereits bei der Planung neuer Datenbearbeitungen die Einhaltung der Datenschutzvorschriften zu berücksichtigen. Auch die Aufsicht über die Anwendung und die Einhaltung der eidgenössischen Datenschutznormen soll verbessert werden. Schliesslich soll die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz aufrechterhalten und verbessert werden, namentlich indem die Bekanntgabe von Daten ins Ausland erleichtert und die Entwicklung neuer Wirtschaftszweige im Bereich der Digitalisierung der Gesellschaft gefördert wird, und zwar auf der Basis eines hohen, international anerkannten Schutzstandards. BBl 2017, 6941, 7193

16. Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Bildungsraum Schweiz (ZSAV-BiZ) vom 16. Dezember 2016. Genehmigt durch den Bundesrat am 2. Dezember 2016

Die Vereinbarung regelt die Ziele und die Organisation der Zusammenarbeit von Bund und Kantonen im Bildungsbereich sowie die Einrichtung und die Führung gemeinsamer Institutionen im Sinne von Art. 61a Abs. 2 der Bundesverfassung. Die Zusammenarbeit von Bund und Kantonen dient: dem regelmässigen Dialog über bildungspolitische Fragestellungen; der Identifikation von bildungspolitischen Herausforderungen, denen Bund und Kantone koordiniert begegnen wollen; der Koordination der bildungspolitischen Ziele von Bund und Kantonen; der Erarbeitung gemeinsamer bildungspolitischer Ziele; der Festlegung und Durchführung erforderlicher Grundlagen- und Entwicklungsarbeiten und der Koordination der bildungspolitischen Massnahmen. Die Vereinbarung wird rechtsgültig, wenn die Vereinbarungsparteien sie unterzeichnet haben und das BiZG in Kraft getreten ist. BBl 2017, 365

17. Stellungnahme des Bundesrates vom 5. April 2017 zum direkten Gegenentwurf des Nationalrates vom 15. Dezember 2016 zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Privatsphäre»

Der Gegenentwurf verfolgt grundsätzlich dieselben Ziele wie die Volksinitiative, geht aber materiell nicht über die geltende Rechtslage hinaus. Die WAK-N empfahl ihrem Rat «Nein zur Volksinitiative und Ja zum Gegenentwurf». Der Nationalrat empfiehlt aber mit 80 zu 60 Stimmen bei 55 Enthaltungen die Volksinitiative und den Gegenentwurf zur Annahme und gibt in der Stichfrage dem Gegenentwurf den Vorzug. Am 10. Januar 2017 sistierte die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S) die Diskussion über den Bundesbeschluss und den Gegenent-

wurf und beantragte, es sei vorgängig beim Bundesrat eine Stellungnahme zum Gegenentwurf einzuholen. Der Bundesrat erkennt unverändert keinen Handlungsbedarf in Bezug auf den Schutz der finanziellen Privatsphäre im Steuerrecht. Der Gegenentwurf würde für die grosse Mehrheit der steuerehrlichen Bürgerinnen und Bürger ebenso wenig Vorteile bringen wie die Volksinitiative. Der Bundesrat steht daher auch dem Gegenentwurf ablehnend gegenüber. BBl 2017, 3359

18. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 23. Januar 2017 zur Parlamentarischen Initiative Befristete Aufstockung der Anzahl Richterstellen am Bundesverwaltungsgericht. Stellungnahme des Bundesrates vom 15. Februar 2017 zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates vom 23. Januar 2017. Entwurf zur Verordnung der Bundesversammlung über die Richterstellen am Bundesverwaltungsgericht

Nach dem Entwurf umfasst das Bundesverwaltungsgericht höchstens 65 Vollzeitstellen. Bis zum 31. August 2019 können vorübergehend höchstens 69 Vollzeitstellen besetzt werden. Nach diesem Datum werden ausscheidende Richterinnen und Richter nicht ersetzt, bis nur noch 65 Vollzeitstellen besetzt sind. BBl 2017, 1661, 1673, 1671

19. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. April 2017 zur Parlamentarischen Initiative «16 400 Löhne der ordentlichen Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichtes, der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichtes sowie der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichtes». Ausserordentliche individuelle Anpassungen und Überprüfung des Lohnsystems und Entwurf Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung der Richter und Richterinnen des Bundesverwaltungsgerichts, der ordentlichen Richter und Richterinnen des Bundesstrafgerichts und der hauptamtlichen Richter und Richterinnen des Bundespatentgerichts (Richterverordnung)

Am 16. März 2012 wurden in der Richterverordnung Änderungen am Lohnsystem und am Modell für die Berechnung der Anfangslöhne der Richterinnen und Richter vorgenommen. Diese haben zur Folge, dass einige Richterinnen und Richter, die nach dem Inkrafttreten des neuen Systems gewählt wurden, einen deutlich höheren Lohn erhalten als gleichaltrige Richterinnen und Richter, die bereits seit mehreren Jahren im Amt sind. Diese Ungleichheiten würden bis 2022 anhalten. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats beantragt, ein neues Lohnsystem einzuführen, das eine Abstufung der Löhne nach Alter und Berufserfahrung vorsieht. Dieses neue System gilt nach seinem Inkrafttreten für alle Löhne der ordentlichen Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichtes, der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichtes sowie

der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichtes. Es sind also sowohl die Löhne der amtierenden Richterinnen und Richter als auch jene der künftig gewählten betroffen. Lohnungleichheit wird es somit nicht mehr geben. BBl 2017, 3497, 3511

20. Parlamentarische Initiative «Löhne der ordentlichen Richterinnen und Richter des Bundesstrafgerichtes, der hauptamtlichen Richterinnen und Richter des Bundespatentgerichtes sowie der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichtes». Ausserordentliche individuelle Anpassungen und Überprüfung des Lohnsystems. Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 6. April 2017. Stellungnahme des Bundesrates vom 24. Mai 2017

Der Bundesrat beantragt, dem Entwurf der RK-N für die Änderung der Richterverordnung zuzustimmen. BBl 2017, 3925

21. Parlamentarische Initiative «Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates vom 7. September 2017». Entwurf Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) (Gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten). Stellungnahme des Bundesrates vom 1. November 2017

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) kritisierte in seinem Urteil vom 18. Oktober 2016 bezogen auf einen Fall der Unfallversicherung, dass in der Schweiz eine präzise und detaillierte gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Versicherten fehlt. Im Nachgang zu diesem Urteil stellten die Unfallversicherer die Observation von Versicherten ein. Der parlamentarische Entwurf soll eine klare gesetzliche Grundlage schaffen, die es den Sozialversicherungsträgern ermöglicht, Observationen von Versicherten durchzuführen. Die Verhältnismässigkeit wird durch die Vorgaben zur Durchführung der Observation gewahrt. Die beantragten Observationsmassnahmen können nur ergriffen werden, wenn die Abklärungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden. Der Bundesrat verweist in seiner Stellungnahme darauf, dass der EGMR in seinem Urteil keine Vorgaben gemacht hat, wie die konkreten Modalitäten geregelt sein müssen, sondern nur, welche Punkte geregelt sein müssen, damit das staatliche Handeln vorhersehbar und nicht willkürlich ist. Im Vernehmlassungsentwurf des Bundesrates, welcher der Kommission als Basis für den Kommissionsentwurf diente, hat der Bundesrat diese Kriterien aufgegriffen und sich dabei an bestehenden gesetzlichen Regelungen orientiert, die in anderen Rechtsgebieten den gleichen oder einen ähnlichen Sachverhalt regeln, insbesondere an der StPO. Der Bundesrat unterstützt Eintreten auf die Vorlage und stellt einen abgeänderten Antrag. BBl 2017, 7403, 7417, 7421

22. Eidgenössische Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer». Vorprüfung

Die am 18. Mai 2017 eingereichte Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «Zuerst Arbeit für Inländer» entspricht den gesetzlichen Formen. Die Sammelfrist endet am 13. Dezember 2018. Die Initiative schlägt einen neuen Art. 121b BV vor, nach welchem die Schweiz im Wesentlichen den Zugang von Ausländerinnen und Ausländern zum Arbeitsmarkt einschränkt, sobald die Erwerbslosigkeit in der Schweiz gemäss der Definition der Internationalen Arbeitsorganisation 3,2 Prozent übersteigt. Ist gemäss den Übergangsbestimmungen nach Annahme von Art. 121b BV durch Volk und Stände die Erwerbslosigkeit höher als der Prozentsatz in Art. 121b Abs. 1 BV, so ist nach der Initiative der Zugang von Ausländerinnen und Ausländern zum Arbeitsmarkt sofort einzuschränken. Weiter ist das Freizügigkeitsabkommen drei Monate nach Inkrafttreten von Art. 121b BV zu kündigen, sofern das Abkommen nicht gemäss Art. 121b BV angepasst oder bereits gekündigt ist. BBl 2017, 3933

23. Eidgenössische Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie». Zustandekommen

Die in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs abgefasste eidgenössische Volksinitiative «Für einen vernünftigen Vaterschaftsurlaub – zum Nutzen der ganzen Familie» ist zustande gekommen, da sie die nach Artikel 139 Absatz 1 der Bundesverfassung verlangten 100 000 gültigen Unterschriften aufweist. Von insgesamt 107 455 eingereichten Unterschriften sind 107 075 gültig. BBl 2017, 5473

24. Referendum gegen die Änderung vom 16. Dezember 2016 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Verfehlen der Hälfte des verfassungsmässigen Quorums

Gestützt auf Artikel 66 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR; SR 161.1) teilt die Bundeskanzlei mit, dass für das Referendum gegen die Änderung vom 16. Dezember 2016 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) (BBl 2016 8917) innert der gesetzlichen Referendumsfrist (7. April 2017) bei der Bundeskanzlei weniger als die Hälfte der verfassungsmässig vorgeschriebenen Anzahl gültiger Unterschriften eingereicht worden sind. Die Sammelfrist nach Artikel 141 Absatz 1 der Bundesverfassung und Artikel 59a BPR ist somit unbenützt abgelaufen. BBl 2017, 3214

25. Referendum gegen das Bundesgesetz vom 17. März 2017 über die Reform der Altersvorsorge 2020

Das Referendum gegen das Bundesgesetz vom 17. März 2017 über die Reform der Altersvorsorge 2020 ist zustande gekommen, da es die nach Artikel 141 Absatz 1 der Bundesverfassung verlangten 50 000 gültigen Unterschriften aufweist. BBl 2017, 4873

26. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement. Direkter Gegenentwurf zur Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten»

Die Volksinitiative will die Ergebnisse der Abstimmung vom 9. Februar 2014 rückgängig machen und die Zuwanderungsbestimmungen (Art. 121a BV und Art. 197 Ziff. 11 BV) ersatzlos aus der Verfassung streichen. Der Bundesrat lehnt die Initiative ab und hat sich für einen direkten Gegenentwurf ausgesprochen. Vernehmlassungsfrist: 1. März 2017. BBl 2017, 776

27. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Revision des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)

Vernehmlassungsfrist: 29. Mai 2017. BBl 2017, 1573

28. Vernehmlassungsverfahren. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung. Änderung der Verordnung über die Berufsbildung (BBV)

Vernehmlassungsfrist: 30. Mai 2017. BBl 2017, 1575

29. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Departement des Innern. Verordnung über die Reform der Altersvorsorge 2020

Das Parlament hat anlässlich der Schlussabstimmung vom 17. März 2017 die Reform der Altersvorsorge 2020 angenommen. Die Änderungen der Gesetzesbestimmungen bedingen auch Änderungen auf Verordnungsebene. Aus diesem Grund wurden die Ausführungsbestimmungen in den betroffenen Verordnungen entsprechend angepasst respektive neu erlassen (u.a. AHVV, IVV, ELV, BVV 1, BVV 2, FZV, AVIV). Die Verordnungsänderungen wurden – wie bereits das Bundesgesetz über die Reform der Altersvorsorge 2020 – in einen Mantelerlass integriert. Vernehmlassungsfrist ist der 6. Oktober 2017. BBl 2017, 4287

30. Vernehmlassungsverfahren. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement. Ausführungsbestimmungen zur Änderung des Ausländer-

gesetzes vom 16. Dezember 2016 (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen)

Im Hinblick auf die Umsetzung von Artikel 121a BV hat das Parlament am 16. Dezember 2017 verschiedene Gesetzesänderungen beschlossen, insbesondere im Ausländergesetz (AuG). Diese Änderungen bedürfen teilweise einer Konkretisierung auf Verordnungsebene. Änderung der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA), Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV), Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV), Verordnung über das Gewerbe der Reisenden. Die Vernehmlassungsfrist: 6. September 2017. BBl 2017, 4457

III. Initiativen

1. Parlamentarische Initiativen

Feller: Für eine moderne Sozialpartnerschaft (17.406)
Gschwind: Für eine moderne Sozialpartnerschaft (17.407)
Chiesa: Für eine moderne Sozialpartnerschaft (17.408)
Staatspolitische Kommission SR: Angemessene Bezüge bei den Bundes- und bundesnahen Unternehmen und Anstalten (17.443)
Noser: Steuerliche Belastung aufgrund von Mitarbeiterbeteiligungen bei Startups und Familienunternehmen deutlich reduzieren (17.456)
Friedl: Praktikumsplätze für junge Menschen aus Ländern im Demokratieaufbau schaffen (17.458)
Schmid-Federer: Unterstellung des Pflegepersonals der Pendelmigration in Privathaushalten unter das Arbeitsgesetz (17.472)
Burgherr: Moderne Altersvorsorge für unsere Bundesräte (17.477)
Herzog: Kaufkraftbereinigte Familienzulagen (17.483)
Comte: Für eine angemessene Vertretung der Geschlechter in den Bundesbehörden (17.484)
Finanzkommission NR: Verwendung der aufgrund der Ablehnung der Altersreform 2020 frei werdenden Mittel im Voranschlag 2018 zu Gunsten der AHV (17.496)
Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR: Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung. Verlängerung des Impulsprogrammes des Bundes (17.497)
Kommission für Rechtsfragen SR: Indirekter Gegenentwurf zur Volksinitiative «für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (17.498)

Köppel: Halbierung der Bezüge von Parlamentariern und Parlamentarierinnen (17.505)
Zanetti: Offenlegung der Interessenbindung von Medienschaffenden, die für staatlich finanzierte Medien arbeiten (17.507)
Masshardt: Politische Bildung ist im öffentlichen Interesse (17.516)
Weibel: Flexible BVG-Renten ermöglichen (17.521)
Derder: Vermögenssteuer anpassen und Besteuerung des Arbeitsinstruments aufheben (17.522)

2. Motionen

Fraktion der Schweizerischen Volkspartei: Umfassender Rechenschaftsbericht des Bundesrates über seine Verhandlungen bzw. sein Bemühen um Verhandlungen mit der Europäischen Union über die Umsetzung der MEI (17.3017)
Dobler: Wenn die Schweiz teure Spezialisten ausbildet, sollen Sie auch hier arbeiten können! (17.3067)
Noser: Unabhängiger Lohn- und Pensionskassenvergleich in der Bundesverwaltung (17.3070)
Sozialdemokratische Fraktion: Efta-Freihandelsabkommen mit konkreten Umsetzungsgarantien beim Arbeitsschutz, bei der sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit und bei den Menschenrechten (17.3119)
Quadranti: Berufliche Potenziale von Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen rasch möglichst nutzen können (17.3189)
Mazzone: Abschalten ausserhalb der Arbeitszeit. Den rechtlichen Rahmen für die technologischen Veränderungen am Arbeitsplatz festlegen (17.3201)
Derder: Verantwortung der Internetplattformen in Bezug auf die Unterstellung der Anbieterinnen und Anbieter unter die Sozialversicherungen (17.3226)
Marchand-Balet: Mangel an Pflegepersonal: konkrete Massnahmen für die Vereinbarung von Beruf und Privatleben (17.3237)
Staatspolitische Kommission NR: Ersatz des Status der vorläufigen Aufnahme (17.3270)
Schwaab: Die Arbeitslosenversicherung darf Versicherte nach einer langen Krankheit nicht mehr fallenlassen (17.3383)
Reynard: Schnellstmögliche Assoziierung der Schweiz an «Erasmus+» (17.3416)
Barrile: Arbeitszeiten in den Spitälern. Keine Rückkehr ins Postkutschenzeitalter! (17.3444)
Gschwind: Für stabilere Einkommen in der Landwirtschaft (17.3480)
Graf-Litscher: Nein zur doppelten Strafe für Berufsfahrer und Berufsfahrerinnen! (17.3520)
Bäumle: Ein attraktiver Forschungsplatz dank Startup-Visa für Gründer (17.3578)

Grossen: Fairness für Start-up-Unternehmen und KMUs bei der Arbeitslosenversicherung (17.3580)

Giezendanner: Differenzierter Führerausweisentzug (17.3590)

Mazzone: Zivildienst. Einsatzbetriebe sollen Teilzeiteinsätze ermöglichen (17.3597)

Leutenegger Oberholzer: Mit Lohntransparenz zur Lohngleichheit (17.3613)

Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur SR: Vollassoziierung an Erasmus plus ab 2021 (17.3630)

Maury: Überlebende Partnerinnen sind ganz normale Witwen (17.3679)

Feller: Für eine wirksame Anwendung des Artikels 77 der Arbeitslosenversicherungsverordnung durch das SECO und die Arbeitslosenkassen (17.3701)

Estermann: Spätere Pensionierung des Berufsmilitärs gefährdet Milizsystem! (17.3763)

Reynard: Gesundheit am Arbeitsplatz: Es ist an der Zeit, gegen Mobbing vorzugehen (17.3809)

Marchand-Balet: In allen Berufen die Validierung von Bildungsleistungen fördern (17.3813)

Marchand-Balet: Schaffung einer Plattform für Weiterbildungsangebote (17.3814)

Baumann: Familienzulagen. Für eine faire Lastenverteilung (17.3860)

Bruderer Wyss: Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Lücken im Behindertengleichstellungsrecht schliessen (17.3866)

Vogler: Kundenfreundliche Beitragszahlungen an die Ausgleichskassen (17.3957)

Finanzkommission NR: Aufhebung der Bestimmungen im Bundespersonalgesetz zum Teuerungsausgleich (17.3978)

Reynard: Aktionsplan gegen sexuelle Belästigung (17.3989)

Gysi: Solidaritätsabgabe zugunsten Bildung älterer Arbeitnehmenden (17.4033)

Sommaruga: Carsharing vor Ort stellt Dienstfahrzeuge für die Bundesangestellten zur Verfügung (17.4034)

Feller: Bekämpfung der Schwarzarbeit. Die Insolvenzentschädigung soll nur ausgerichtet werden, wenn die Beiträge an die Arbeitslosenversicherung einbezahlt wurden (17.4055)

Feller: Arbeitslosenversicherung. Insolvenzentschädigung nur mit Beweis, dass gegenüber dem zahlungsunfähigen Arbeitgeber Lohnforderungen bestehen (17.4056)

Weibel: Die AHV ist keine Bank. Überrissene AHV-Vergütungszinsen senken (17.4234)

Chiesa: Quellensteuer und Sozialabzüge (17.4235)

Derder: Pensionskassen zu Investitionen in Gesellschaften ermutigen, die nicht in der Schweiz börsenkotiert sind (17.4286)

Derder: Attraktive Rahmenbedingungen für einen Risikokapitalfonds nach dem Vorbild des israelischen Yozma-Fonds in der Schweiz schaffen (17.4287)

3. Postulate

Reynard: Prüfung der Zweckmässigkeit einer Besteuerung von Robotern (17.3036)
Reynard: Bewertung der Auswirkungen von Robotern auf das Sozialversicherungssystem (17.3037)
Reynard: Arbeitslosenversicherung. Die unsichere Lage von Forschungsstipendiatinnen und -stipendiaten bekämpfen (17.3038)
Reynard: Die Schaffung einer Rechtspersönlichkeit für Roboter prüfen (17.3040)
Schwaab: Eine Prospektivstudie über die Auswirkungen der Robotisierung in der Wirtschaft auf das Steuerwesen und auf die Finanzierung der Sozialversicherungen (17.3045)
Buttet: Das Dumping im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern bekämpfen: Vorzeigeschülerin Schweiz? (17.3126)
Maury Pasquier: Eine oder mehrere Familienzulagen für in verschiedenen Kantonen erwerbstätige Anspruchsberechtigte (17.3132)
Mazzone: Roboter besteuern: Vorsicht ist besser als Nachsicht (17.3151)
Flach: Spezialistinnen braucht das Land. Das norwegische Modell für die Schweizer Armee (17.3194)
Nantermod: Wer gilt als «selbstständig erwerbend»? (17.3203)
Marchand-Balet: Die berufliche Grundbildung für Spitzensportlerinnen und Spitzensportler fördern. Bundesunterstützung für Lehrbetriebe (17.3207)
Wermuth: Milizsystem stärken, Vereinbarkeit von Familie und Parlament verbessern (17.3210)
Derder: Digitale Wirtschaft: die Arbeitsplätze der Zukunft und Massnahmen für ihre Förderung in der Schweiz identifizieren (17.3222)
Béglé: Anpassung des Bildungswesens macht Robotisierung zur Chance für die Schweiz! (17.3246)
Staatspolitische Kommission NR: Arbeitsmarktintegration von anerkannten Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen (17.3271)
Gysi: Auswirkungen der Digitalisierung auf die Gesundheitsberufe (17.3466)
Hêche: Eine «Taskforce» schaffen zur Unterstützung, Beratung und Förderung des Berufsbildungssystems im Ausland (17.3506)
Schmid-Federer: Nationales Konzept Freiwilligenarbeit (17.3536)
Carobbio Guscetti: Temporär- und Leiharbeit: gegenwärtige Situation und gesetzlicher Rahmen und Entwicklungen (17.3563)
Landolt: Chancen eines Zeitvorsorgesystems (17.3582)

Béglé: Grundbildung und Berufsbildung. Die Schweizer Erfahrungen in den ärmsten Ländern der Welt bekannt machen (17.3595)
Mazzone: Ungleicher Zugang zur Invalidenrente der 2. Säule. Diskriminierungen bekämpfen (17.3602)
Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit: Bessere Absicherung der Freizügigkeitsguthaben (17.3634)
Quadri: Eintrittsabgabe für Grenzgängerinnen und Grenzgänger: Nicht einfach aus Prinzip und ohne die nötigen Abklärungen verwerfen (17.3777)
Feri: Anpassungen im Hinblick auf die Partnerschafts-Gleichstellung bei den Sozialversicherungen (17.3838)
Bertschy: Generationenbilanzierung aktualisieren (17.3884)
Tornare: Teilzeitarbeit: ein Modell der Zukunft unterstützen (17.3936)
Bertschy: Weiterbildung im Kontext des digitalen Wandels. Säule 3w für Weiterbildungen (17.3959)
FDP-Liberale Fraktion: Digitalisierung. Ein neuer Status für den Arbeitsmarkt? (17.4087)
Marchand-Balet: Standortbestimmung und Weiterbildungsplanung für ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (17.4146)
Weibel: «Work smart» heisst auch «build smart». Moderne Arbeitsformen auch in der Bundesverwaltung (17.4233)
Béglé: Status eines Forschungsmentors schaffen, damit pensionierte Forscherinnen und Forscher weiterhin Zugang zu Forschungsgeldern haben (17.4242)

IV. Normalarbeitsverträge

1. Normalarbeitsverträge mit zwingenden Mindestlöhnen

(Stand: 13. September 2018[1])

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) vom 20. Oktober 2010/ Änderung vom 9. Dezember 2016 (Geltung: 1.1.2017–31.12.2019)	SR 221.215.329.4
Basel-Stadt	Normalarbeitsvertrag mit zwingenden Mindest-	215.800

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

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	löhnen für die im Detailhandel Basel-Stadt angestellten Personen (NAV Detailhandel) vom 2. Mai 2017 (Inkrafttreten: 1. Juli 2017)	
Genf	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du gros œuvre (CTT-GO) du 15 décembre 2015 (entrée en vigueur: 1er janvier 2016 ; abrogation entrée en vigueur : 1er juillet 2016)	J 1 50.20
	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du second œuvre (CTT-SO) du 19 décembre 2016 (entrée en vigueur: 1er janvier 2017 ; abrogation entrée en vigueur: 1er avril 2017)	J 1 50.05
	Contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le secteur du commerce de détail (CTT-CD) du 13 juin 2017 (entrée en vigueur: 1er juillet 2017)	J 1 50.17
	Contrat-type de travail des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 18 décembre 2012 (état au 1er janvier 2013) – modification du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs des esthéticiennes (CTT-Esthé) du 19 janvier 2018 (entrée en vigueur: 1er janvier 2018)	J 1 50.16
	Contrat-type de travail de l'économie domestique (CTT-EDom) du 13 décembre 2011 (entrée en vigueur: 1er janvier 2012) – modification du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique (CTT-EDom) du 19 janvier 2018 (entrée en vigueur: 1er janvier 2018)	J 1 50.03
	Contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 26 novembre 2013 (état au 1er janvier 2014) – modification du contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs pour le transport de choses pour compte de tiers (CTT-TCCT) du 19 janvier 2018 (entrée en vigueur: 1er janvier 2018)	J 1 50.18
	Contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 14 mars 2014 (état au 1er avril 2014) – modification du contrat-type de travail des monteurs de stands (CTT-MStands) du 3 mars 2016 (état au 1er avril 2016)	J 1 50.19

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Jura	Contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 7 mars 2017 (entrée en vigueur: 1er avril 2017)	222.153.231
Tessin	Contratto normale di lavoro (CNL) per gli impiegati di commercio nelle fiduciarie dell'11 novembre 2014 / Inkrafttreten: 1. Januar 2015 – modifica (del 12 dicembre 2017)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2014; 6/2018)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio negli studi legali (del 5 febbraio 2015); Inkrafttreten: 1. August 2015 – modifica in vigore il 1° gennaio 2018	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (8/2015) – Foglio ufficiale (102/2017)
	Contratto normale di lavoro per il settore del commercio all'ingrosso (del 10 novembre 2015); Inkrafttreten: 1. Januar 2016 – Änderung: 22.12.2017 (Inkrafttreten: 1. Januar 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (50/2015) (102/2017)
	Contratto normale di lavoro per il settore dell'informatica (del 24 giugno 2014); Inkrafttreten: 1. September 2014 – Contratto normale di lavoro per il settore dell'informatica; proroga (del 23 agosto 2017)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (35/2014) – Bollettino ufficiale delle leggi (43/2017)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nelle agenzie di collocamento e prestito di personale entrato in vigore il 1° giugno 2017 (BU 11/2017 del 17 marzo 2017);	Foglio ufficiale (102/2017)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nel settore della consulenza aziendale (del 13 novembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014 – Änderung: 22. Dezember 2017 (Inkrafttreten: 1. Januar 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013) – Foglio ufficiale (102/2017)
	Contratto normale di lavoro per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica (del 17 dicembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014 – Contratto normale di lavoro per il settore della fabbricazione di computer e prodotti di elettronica e ottica; proroga (del 20 gennaio 2016)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (65/2013) – Bollettino ufficiale delle leggi (2/2016)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contratto normale di lavoro per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti) (del 9 aprile 2014); Inkrafttreten: 1. April 2014 – Contratto normale di lavoro per il settore della vendita (negozi con meno di 10 addetti); modifica e proroga (del 30 gennaio 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (19/2014) – Bollettino ufficiale delle leggi (6/2018)
	Contratto normale di lavoro per i centri fitness (del 14 novembre 2012); Inkrafttreten: 1. Januar 2013; proroga (dell'11 marzo 2015)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (54/2012; 11/2015)
	Contratto normale di lavoro per le aziende di riparazione e/o sostituzione gomme «gommisti» (CNLRSG) (del 13 maggio 2014); Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (27/2014)
	Contratto normale di lavoro per i saloni di bellezza (CNLE) del 24 marzo 2010 / Inkrafttreten: 9. April 2010 / Verlängerung: 11. März 2015 – Contratto normale di lavoro per i saloni di bellezza; modifica e proroga (del 30 gennaio 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (11/2015) – Bollettino ufficiale delle leggi (6/2018)
	Contratto normale di lavoro per gli operatori dei Call Centers (CNLCC) (del 13 novembre 2013); Inkrafttreten: 1. Januar 2014	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (57/2013)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nei call center (del 6 febbraio 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi (7/2018)
	Contratto normale di lavoro per il settore orologiero (del 23 dicembre 2014); Inkrafttreten: 1. Juli 2015	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (62/2014)
	Contratto normale di lavoro per personale delle agenzie di viaggio (del 22 settembre 2015); Inkrafttreten: 1. Januar 2016	Bollettino ufficiale delle leggi e degli atti esecutivi (42/2015)
	Contratto normale di lavoro per gli impiegati di commercio nelle aziende del settore delle altre attività ausiliarie dei servizi finanziari (del 14 marzo 2017)	Bollettino ufficiale delle leggi (11/2017)
	Contratto normale di lavoro nel settore delle attività di pubblicità e ricerche di mercato (del 14 marzo 2017) – Änderung: 22. Dezember 2017 (Inkrafttreten: 1. Januar 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi (11/2017)
	Contratto normale di lavoro per il ramo dei servizi di sicurezza privati (aziende con meno di 10 dipendenti) (del 6 febbraio 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi (7/2018)

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contratto normale di lavoro per il settore delle lavanderie e della pulitura a secco (del 6 febbraio 2018)	Bollettino ufficiale delle leggi (7/2018)
Wallis	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Sektors der industriellen Wartung und Reinigung vom 31. Juli 2013	AB Nr. 33/2013 S. 2060

2. Sonstige Normalarbeitsverträge

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Bund	Normalarbeitsvertrag für die Erzieher in Heimen und Internaten vom 16. Januar 1985; Inkrafttreten: 1. Februar 1985	SR 221.215.324.1
	Normalarbeitsvertrag für milchwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 11. Januar 1984; Inkrafttreten: 1. Februar 1984	SR 221.215.329.2
	Normalarbeitsvertrag für Privatgärtner vom 3. Dezember 1979; Inkrafttreten: 1. Januar 1980	SR 221.215.329.3
	Normalarbeitsvertrag für Assistenzärzte vom 5. Mai 1971; Inkrafttreten: 1. Juli 1971/ geändert: 1. Januar 1973	SR 221.215.328.1
	Normalarbeitsvertrag über Versicherungsleistungen für das beruflich strahlenexponierte Personal vom 22. April 1966; Inkrafttreten: 1. Mai 1966/geändert: 1. Januar 1973	SR 221.215.328.6
	Normalarbeitsvertrag für das Pflegepersonal vom 23. Dezember 1971; Inkrafttreten: 1. Januar 1972	SR 221.215.328.4
Aargau	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 19. November 2008; Inkrafttreten: 1. Januar 2009	SAR 963.374
	Normalarbeitsvertrag über das Arbeitsverhältnis in der Landwirtschaft vom 24. November 2004; Inkrafttreten: 1. Januar 2005	SAR 963.372
Appenzell I. Rh	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse vom 25. September 2000; Inkrafttreten: 1. Oktober 2000	Gesetzessammlung Appenzell I. Rh., 821.001

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Appenzell A. Rh.	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 8. Dezember 1986; Inkrafttreten: 1. Januar 1987	SGS 222.217
Basel-Landschaft	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal vom 15. Dezember 1998 (Stand 1. Januar 2015)	SGS 212.34
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 16. Dezember 1986	SGS 212.31
Basel-Stadt	Normalarbeitsvertrag für Hauspersonal im Kanton Basel-Stadt vom 20. November 1990; Inkrafttreten: 1. Januar 1991/Änderung vom 11. Juli 1995	SG 215.700
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Basel-Stadt vom 15. Juni 1993; Inkrafttreten: 1. Juli 1993	SG 215.600
Bern	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 24. Oktober 2007; Inkrafttreten: 1. Januar 2008	BSG 222.153.21
	Normalarbeitsvertrag für den Hausdienst (NAV Hausdienst) vom 25. April 2007; Inkrafttreten: 1. Juli 2007	BSG 222.153.22
	Normalarbeitsvertrag für den Detailhandel (NAV Detailhandel) vom 15. November 2006; Inkrafttreten: 1. Januar 2007	BSG 222.153.23
Freiburg	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft vom 26. September 1988; Inkrafttreten: 1. Oktober 1988	SGS 222.5.92
	Normalarbeitsvertrag für die Mitarbeiter im Hausdienst vom 7. März 1989; Inkrafttreten: 1. Juli 1989	SGS 222.5.91
Genf	Contrat-type de travail des jeunes gens au pair mineurs (CTT-TPM) du 13 décembre 2011	J 1 50.15
	Contrat-type de travail des travailleurs au pair (CTT-TP) du 13 décembre 2011	J 1 50.12
	Contrat-type de travail de la floriculture (CTT-Flor) du 13 décembre 2011	J 1 50.10
	Contrat-type de travail de l'agriculture (CTT-Agri) du 13 décembre 2011	J 1 50.09

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
	Contrat-type de travail des esthéticiennes du 1.1.2013	J 1 50.16
	Contrat-type de travail des monteurs de stands du 1.4.2014	J 1 50.19
	Contrat-type de travail du commerce de détail du 1.1.2013	J 1 50.17
	Contrat-type de travail pour le transport de choses pour compte de tiers du 1.1.2014	J 1 50.18
Glarus	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 26. April 1988; Inkrafttreten: 1. Januar 1988	SGS VIII C/12/3
	Normalarbeitsvertrag Landwirtschaft vom 4. Dezember 1972; Inkrafttreten: 1. Januar 1973/Änderung: 1. Januar 1980	SGS IX D/7/1
Graubünden	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 7. September 1987; Inkrafttreten: 1. Dezember 1987	BR 535.200
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis am 27. Oktober 1998; Inkrafttreten: 1. Dezember 1998	BR 535.230
	Normalarbeitsvertrag für das Alp- und Hirtschaftspersonal 27. Oktober 1998; Inkrafttreten:1. Dezember 1998	BR 535.250
Jura	Contrat-type de travail pour le personnel d'exploitation et de maison dans l'agriculture du 20 décembre 1995 – 1.7.2016	SGS 222.153.21
	Contrat-type de travail pour travailleurs de l'économie domestique du 6 décembre 1978	SGS 222.153.22
	Contrat-type de travail pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail du 20 juin 2006	SGS 222.153.23
	Contrat-type de travail prévoyant des salaires minimaux pour le personnel au service de la vente dans le commerce de détail (1.1.2014)	SGS 222.153.231
Luzern	Normalarbeitsvertrag für das hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 26. Januar 1990	SRL 854
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 5. Mai 2000	SRL 854a

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Neuenburg	Contrat-type de travail pour l'agriculture (CTT-Agri) du 27 novembre 2002	RSN 225.43
	Contrat-type de travail pour le personnel forestier du 14 octobre 2009	RSN 225.46
	Contrat-type de travail du personnel de vente dans le commerce de détail, du 13 mars 1991	RSN 225.44
	Contrat-type de travail pour les jeunes travailleurs au pair du 13 mars 1991	RSN 225.45
	Contrat-type de travail pour les travailleuses/travailleurs de l'économie domestique du 5 mai 1988	RSN 225.42
Nidwalden	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Juli 1985; Inkrafttreten: 1. Juli 1985	LGS 223.1
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Landwirtschaft (NAV Landwirtschaft) vom 14. April 1997; Inkrafttreten: 1. Juli 1997	LGS 223.2
Obwalden	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 18. Dezember 1973; Inkrafttreten: 1. Januar 1974	GDB 844.1
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 13. Mai 2008; Inkrafttreten: 1. Juni 2008	GDB 844.2
St. Gallen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 25. Februar 1986	SGS 513.1
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 9. Dezember 2003	SGS 513.2
Schaffhausen	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 16. März 1993; Inkrafttreten: 1. April 1993	SHR 221.216
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmende in der Landwirtschaft (NAV LW) vom 6. Dezember 2011; Inkrafttreten: 1. Januar 2012	SHR 221.217

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Solothurn	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer im Hausdienst vom 11. März 1986; Inkrafttreten: 1. April 1986 (zuletzt geändert: 1. Februar 2011)	RRB 821.321
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 10. November 1972 (zuletzt geändert: 1. Februar 2011)	RRB 821.322
Schwyz	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 5. August 1997; Inkrafttreten: 1. Januar 1998	SRSZ 217.111
	Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft vom 26. Juni 2001; Inkrafttreten: 1. Juli 2001 (Änderung vom 7. Dezember 2010 am 1. Januar 2011 in Kraft getreten)	SRSZ 217.112 Änderung: Abl 2010 2714
Thurgau	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 6. Juli 1999; Inkrafttreten: 1. August 1999	RB 221.252
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitsverhältnisse im Kanton Thurgau vom 28. März 2006	RB 221.253
Tessin	Contratto normale di lavoro per il personale di vendita al dettaglio (di seguito CNLV) al 1° gennaio 2015	FU 101/2014 del 19.12.2014
SRL 854a	SRL 854a	SRL 854a
	Normalarbeitsvertrag für landwirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Oktober 1973	RB 20.1321
Waadt	Contrat-type de travail pour chefs-vignerons (ACTT-cv) du 30 mai 1986	RSV 222.53.1
	Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aigle, de Vevey et de Lavaux (ACTT-vavl) du 27 juillet 1994	RSV 222.53.2
	Contrat-type de vignolage pour les districts d'Aubonne, Morges, Nyon et Rolle (ACTT-vamnr) du 27 juillet 1994	RSV 222.53.3
	Contrat-type de travail pour l'agriculture du 1 mars 2006	RSV 222.55.1
	Contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006	RSV 222.105.1

Kanton	NAV für die Berufe	Fundstelle
Wallis	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Ingenieur-, Architektur- und andern Planungsbüros des Kantons Wallis vom 15. September 1982 (Ausgabe 2018)	Kantonales Amtsblatt 2018
	Normalarbeitsvertrag für die Landwirtschaft im Kanton Wallis vom 24. Januar 1973 (Ausgabe 2018)	Kantonales Amtsblatt 2018
	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer vom 1. Januar 1992 (Ausgabe 2017)	Kantonales Amtsblatt 2017
	Normalarbeitsvertrag für die Kellerarbeiter vom 11. April 1972 (Ausgabe 2018)	Kantonales Amtsblatt 2018
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Autotransportunternehmungen (Sachentransporte und Erdbewegungsarbeiten) des Kantons Wallis vom 1. Januar 1993 (Ausgabe 2018)	Kantonales Amtsblatt 2018
	Normalarbeitsvertrag für das Personal der Käsereien vom 10. Februar 1993 (Ausgabe 2018)	Kantonales Amtsblatt 2018
Zug	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis vom 11. Juni 2002	BGS 831.511
	Normalarbeitsvertrag Privathaushalt vom 18. Dezember 1984	BGS 831.521
Zürich	Normalarbeitsvertrag für hauswirtschaftliche Arbeitnehmer (vom 29. Mai 1991); Inkrafttreten: 1. Juli 1991 – letzte Änderung am 3. November 2010. In Kraft seit 1. Januar 2011	LS 821.12 – OS 65, 819; ABl 2010, 2429
	Normalarbeitsvertrag für das landwirtschaftliche Arbeitsverhältnis (vom 2. März 2005) – Dieser Normalarbeitsvertrag ist am 1. April 2005 in Kraft getreten. Er ersetzt den Normalarbeitsvertrag vom 19. März 1986	LS 821.13

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

Der Modell-NAV enthält Vorgaben für die Regelung der Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die im Rahmen einer 24-Stunden-Betreuung hauswirtschaftliche Leistungen für gebrechliche Personen erbringen und dafür in deren Haushalt wohnen. Die Vorlage bie-

tet den Kantonen Unterstützung für die Übernahme dieser Regeln in ihre kantonalen Normalarbeitsverträge. Der Bundesrat hat am 21. Juni 2017 das WBF beauftragt, die Kantone beim Erarbeiten eines Modells für die Ergänzung der kantonalen NAV im Hausdienst zu unterstützen. Im Juni 2019 muss das WBF dem Bundesrat über den Stand der Übernahmen Bericht erstatten.[2]

V. Kollektives Arbeitsrecht

1. Einsetzung Einigungsstelle für kollektive Arbeitsstreitigkeit bei der sda

Das Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) hat am 9. April 2018 die Mitglieder der Eidgenössischen Einigungsstelle für kollektive Arbeitsstreitigkeiten eingesetzt. Die Einigungsstelle vermittelt zwischen der Schweizerischen Depeschenagentur AG sowie der Redaktionskommission sda, syndicom und impressum. Sie wurde auf Ersuchen der Schweizerischen Depeschenagentur AG eingesetzt. Das SECO führt das Sekretariat der Einigungsstelle. Die Eidgenössische Einigungsstelle kann vom WBF von Fall zu Fall und nur auf Ersuchen Beteiligter eingesetzt werden. Die Einigungsstelle ist für Kollektivstreitigkeiten zuständig, die über die Grenzen eines Kantons hinausreichen, bei denen die direkte Verständigung unter den Parteien nicht zum Ziel geführt hat und wenn keine vertragliche paritätische Einigungs- oder Schiedsstelle besteht. Die Einigungsstelle versucht, eine direkte Verständigung unter den Parteien zu erzielen. Gelingt ihr dies nicht, stellt sie einen Vermittlungsvorschlag auf. Das Verfahren vor der Einigungsstelle ist nicht öffentlich, und die Mitglieder unterliegen der Schweigepflicht. Ab Bekanntgabe der Einsetzung der Einigungsstelle gilt für die beteiligten Parteien eine Friedenspflicht von 45 Tagen. Die Verfügung des WBF basiert auf dem Bundesgesetz über die Eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten. Die Einsetzung der Einigungsstelle tritt per sofort in Kraft.[3]

2. Umsetzung der flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr Schweiz–Europäische Union

Die Kontrollintensität im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit bewegte sich im Berichtsjahr weiterhin auf hohem Niveau. Die Kontrollorgane haben in rund 42 000 Betrieben und bei 164 000 Personen die in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen überprüft. Die Vollzugsorgane führen gezielte Kontrollen durch,

---

2 Medienmitteilung des SECO vom 12. Juni 2018.

3 Medienmitteilung des SECO vom 9. April 2018.

die den auf dem Arbeitsmarkt beobachteten Risiken gerecht werden. Das Kontrollvolumen blieb weiterhin hoch: 36% aller entsandten Arbeitnehmer sowie 32% der selbstständigerwerbenden Dienstleistungserbringer aus der EU/EFTA sind im Berichtsjahr auf die Einhaltung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen kontrolliert worden. Zudem wurden im Jahr 2016 etwa 7% aller Schweizer Arbeitsstätten kontrolliert. Die meldepflichtigen Dienstleistungserbringer wurden im Jahr 2016 insbesondere im Baugewerbe und im verarbeitenden Gewerbe überprüft. Bei den Schweizer Betrieben gehörte das Gastgewerbe zu den Branchen mit einem hohen Kontrollumfang. Diese Kontrollen werden vor allem in den Branchen und den Regionen intensiviert, in denen die Vollzugsorgane ein erhöhtes Risiko erkennen. Somit widerspiegeln die im Bericht aufgeführten Verstösse gegen einen allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag (ave GAV) sowie die Unterbietungsquoten gegenüber den üblichen Löhnen nicht die allgemeine Situation auf dem Arbeitsmarkt.[4]

3. Flankierende Massnahmen: Die vom Bundesrat eingeleiteten Schritte sind zweckmässig

Bei den flankierenden Massnahmen (FlaM) handelt es sich bezüglich Umfang, Dynamik und Komplexität um eine sehr anspruchsvolle Thematik. Vor diesem Hintergrund ist die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats (GPK-N) der Ansicht, dass die diesbezüglich vom Bundesrat eingeleiteten Schritte zur Umsetzung der Empfehlungen der Kommission zweckmässig sind. Allerdings erkennt die GPK-N in gewissen Bereichen auch einen Optimierungsbedarf. Am 21. Oktober 2011 hatte die GPK-N ihren Bericht zur Evaluation der Aufsicht über die flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit und deren Wirkungen veröffentlicht. Die Kommission forderte dabei vom Bundesrat im Rahmen von Empfehlung 1 eine klare Steuerungsstrategie. In Empfehlung 2 ersuchte die GPK-N den Bundesrat, die verschiedenen Umsetzungsakteure der FlaM verstärkt zu unterstützen, den Dialog mit ihnen zu suchen und mit ihnen zusammenzuarbeiten. Empfehlung 3 bezog sich auf die Forderung an den Bundesrat und das SECO, sich bei ihrer Kommunikation und ihren Schlussfolgerungen auf aussagekräftige, vollständige, verlässliche und objektive Daten zu stützen. Im September 2012 schloss die Kommission die Inspektion ab. Im Juni 2016 nahm sie die Nachkontrolle wieder auf, nachdem sie diese im Juni 2015 wegen der noch ausstehenden Umsetzung des Artikels 121a der Bundesverfassung (BV) sistiert hatte. Im September 2016 nahm der Bundesrat zum aktuellen Umsetzungsstand der Empfehlungen detailliert Stellung. Im Februar 2017 und somit nach der Einigung der eidg. Räte i.S.d. Umsetzung von Artikel 121a BV liess sich die GPK-N von Vertretern des SECO im Speziellen über jene Massnahmen des Bundesrates informieren,

[4] Medienmitteilung des SECO vom 11. Mai 2017.

welche abhängig von der Umsetzung dieses Verfassungsartikels waren. Der Bundesrat hat verschiedene Massnahmen zur Umsetzung der Empfehlungen getroffen. Insgesamt erkennt die GPK-N keinen konkreten Handlungsbedarf, welcher eine Weiterführung dieser Nachkontrolle rechtfertigen würde. Sie schliesst ihre Nachkontrolle daher mit dem vorliegenden Bericht, welcher am 5. September 2017 veröffentlicht wurde, ab.[5]

4. Arbeitskampf

4.1 Streik des ISS-Personals am CERN in Genf

Die Angestellten der dänischen Firma ISS Facility Services in Genf traten im April 2018 in Streik. Sie sind für die Logistik an der Forschungseinrichtung CERN zuständig. Sie fordern die Einhaltung der geltenden Arbeitsbedingungen sowie Massnahmen für einen besseren Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz und für die Arbeitssicherheit. Da sie oft gefährliche Materialien transportieren müssen, fordern sie spezielle Schulungen sowie einen vom Arbeitgeber zu bezahlenden Arztbesuch pro Jahr. Zudem muss Hinweisen auf eine Asbestbelastung am Arbeitsplatz nachgegangen werden.[6]

4.2 Uber-Fahrer streiken für ihre Rechte

Die Chauffeure des Fahrdienstes Pégase Léman traten im Dezember 2017 in Streik. Die Firma, die exklusiv Uber-Fahrten anbietet, zahlt offenbar keine Sozialversicherungsbeiträge. In der gleichen Situation befinden sich die Fahrer von StarLimoLuxe. Die im Kanton Waadt eingetragenen Unternehmen Pégase Léman und StarLimoLuxe sind in Genf tätig und verleihen ihre Fahrer an Uber, um dessen Kunden zu befördern. Mit den Fahrern wurden Verträge über ein monatliches Entgelt von 3000 Frenken bei einer 48-Stunden-Woche abgeschlossen, was einem Stundenlohn von weniger als 14 Franken entspricht. Die Chauffeure beklagen, dass nicht einmal dieser Lohn ausbezahlt wurde. Der US-Konzern weigert sich seit jeher, seine Fahrer ordentlich anzustellen, obwohl die SUVA Uber in der Schweiz dazu verpflichtet hat.[7]

4.3 Bauarbeiter demonstrieren für Rente mit 60

Die Bauarbeiter machten an einer Demonstration in Zürich deutlich, dass sie für einen Fortbestand der Rente mit 60 kämpfen würden. In einer Streikabstimmung der Gewerkschaft Unia sprachen sich 93% der Bauar-

---

5 Medienmitteilung der GPK-N vom 5. September 2017.
6 Medienmitteilung der Unia vom 4. April 2018.
7 Medienmitteilung der Unia vom 6. Dezember 2017.

beiter für einen Streik aus, sollte der Baumeisterverband nicht Hand für Lösungen bieten.[8]

4.4 Nespresso-Angestellte und ihre Familien demonstrieren in Lausanne

Angestellte von Nespresso und deren Familien demonstrierten vor dem Sitz des Unternehmens in Lausanne für Verhandlungen über das neue Arbeitszeitregime. Die Nestlé-Tochtergesellschaft Nespresso SA – Weltmarktführerin für Kaffeekapseln – kündigte Anfang Mai 2017 die Einführung eines neuen Arbeitszeitregimes an, wobei neu in vier Schichten (4 x 8 Stunden) gearbeitet werden und die Wochenarbeitszeit von 41 auf 43 Stunden erhöht werden soll. Zudem sollen die Beschäftigten jedes zweite Wochenende zwölf Stunden am Stück arbeiten, abwechslungsweise am Tag und in der Nacht.[9]

4.5 Widerstand gegen Auslagerung von Arbeitsplätzen bei ABB in Genf

Die Mitarbeitenden von ABB Sécheron SA brachten an einer Personalversammlung ihre Entschlossenheit zum Ausdruck, für den Erhalt ihrer Arbeitsplätze in Genf zu kämpfen. Sie forderten die Rücknahme des Umstrukturierungsplans der Konzernleitung. Nach insgesamt sechs Tagen kollektiver Konsultation konnten die betroffenen Mitarbeitenden und das Management schliesslich eine Vereinbarung erzielen: Es soll nun beidseitig alles unternommen werden, die Arbeitsplätze in Genf zu sichern.[10]

4.6 Gewerkschaften protestieren für Arbeitssicherheit bei LafargeHolcim

Unter der Ägide der internationalen Gewerkschaftsföderationen IndustriALL Global Union und Bau- und Holzarbeiter Internationale (BHI) haben LafargeHolcim-Mitarbeiter und Gewerkschafter aus allen Kontinenten bei der LafargeHolcim-GV in Dübendorf für ein globales Rahmenabkommen und einen besseren Schutz der Arbeiter protestiert. Allein in den vergangenen zwei Jahren sind mehr als 150 Menschen bei der Arbeit für den Schweizer Zementmulti LafargeHolcim ums Leben gekommen. An der letztjährigen GV (2016) hatte die Führung des LafargeHolcim-Konzerns ihr Wort gegeben, ein globales Rahmenabkommen mit den Gewerkschaften zu unterzeichnen. Das Rahmenabkommen, das in wesentlichen Teilen die Verbesserung der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes regeln sollte, wurde aber noch nicht unterzeichnet.[11]

---

8 Medienmitteilung der Unia vom 23. Juni 2018.
9 Medienmitteilung der Unia vom 15. Mai 2018.
10 Medienmitteilungen der Unia vom 7. und 21. November 2017.
11 Medienmitteilung der Unia vom 8. Mai 2018.

4.7 Internationaler Gewerkschaftsprotest an Glencore-Jahresversammlung

Gewerkschaftsaktivisten aus über zehn Ländern demonstrierten anlässlich der Glencore-Jahreshauptversammlung im Februar 2018 in Zug. Sie forderten von der Glencore-Konzernleitung Verhandlungen auf globaler Ebene, um die Einhaltung der Menschen- und Arbeitsrechte sowie der Umweltvorschriften weltweit sicherzustellen.[12]

4.8 Frauenkonferenz: Unia-Frauen bereit für einen Frauenstreik

Über 100 Unia-Vertreterinnen drückten anlässlich der Unia-Frauenkonferenz 2018 in Neuenburg ihre Bereitschaft zu einem aktiven Kampf für Lohngleichheit und echte Gleichstellung aus. Sie forderten wirksame Massnahmen für Lohngleichheit, gegen sexuelle Gewalt und eine 38-wöchige Elternzeit. Die Unia-Frauen zeigten ihre Entschlossenheit, für 2019 einen Frauenstreik vorzubereiten.[13]

4.9 Streik bei einer Schweizer Versicherung erhält internationale Auszeichnung

Der internationale Gewerkschaftsbund UNI Global Union verlieh 2017 einen «Durchbruch»-Preis für herausragende gewerkschaftliche Aktionen. Die Auszeichnung ging an eine Delegation der Generali-Beschäftigten in Nyon (VD) und die Gewerkschaft Unia. 2016 retteten nämlich die Mitarbeitenden mit Unterstützung der Unia durch einen in der Schweizer Versicherungsbranche beispiellosen Streik fast hundert bedrohte Arbeitsplätze.[14]

4.10 Streiks gehören nicht nur der Geschichte an

2018 sind es 100 Jahre her seit dem landesweiten Streik in der Schweiz. Doch Streiks existieren auch in der Schweiz nicht nur in den Geschichtsbüchern. Auch im 21. Jahrhundert greifen jedes Jahr Tausende zu diesem Mittel des Arbeitskampfes. Dies illustriert das neue Unia-Buch «Streik im 21. Jahrhundert» (Vania Alleva, Andreas Rieger [Hrsg.], Rotpunktverlag). Gemäss der amtlichen Streikstatistik des Bundesamtes für Statistik finden seit der Jahrtausendwende jährlich drei bis zehn Streiks mit durchschnittlich über 6000 Beteiligten statt. In der Realität sind es aber einige mehr, da die offizielle Statistik nur ganztägige Arbeitsniederlegungen zählt. Auch Angestellte in «modernen» Berufen und Branchen greifen zu diesem Kampfmittel. Im Buch «Streik im 21. Jahrhundert» schildern verschiedene Autoren, wie seit der Jahrtausendwende Arbeitskämpfe in der

[12] Medienmitteilung der Unia vom 2. Mai 2018.
[13] Medienmitteilung der Unia vom 1. September 2018.
[14] Medienmitteilung der Unia vom 11. Oktober 2017.

Schweiz eine Renaissance erlebten. Am Beispiel von bekannten Streiks und in Gesprächen mit Gewerkschaftsexponenten schildern sie Strategien und Erfolge, aber auch Probleme und Widrigkeiten bei Arbeitskämpfen, so z.B. bei den SBB-Officine in Bellinzona, bei Novartis in Nyon, bei Merck Serono in Genf, dem Schauspielhaus in Zürich oder dem landesweiten Baustreik, der zur Einführung der Frühpensionierung mit 60 führte.[15]

5. Gesamtarbeitsvertragsrecht

5.1 Neuer GAV für das Coiffeurgewerbe

Der Bundesrat hat den neuen GAV für das Coiffeurgewerbe allgemeinverbindlich erklärt. Damit wird ab 1. März 2018 die Arbeit der knapp 11 000 Branchenangestellten aufgewertet und geschützt. Der GAV bringt deutliche Verbesserungen bei den Löhnen und erlaubt, wirksamer gegen Lohndumping und Scheinselbständigkeit vorzugehen. Die 2017 von den Sozialpartnern beschlossene Vereinbarung sieht die Einführung eines neuen Lohnsystems vor, das die Berufserfahrung honoriert. So beträgt nach dem 5. Berufsjahr nach der Ausbildung der Mindestlohn für Coiffeusen und Coiffeure mit EFZ mindestens 4000 Franken, mit EBA mindestens 3900 Franken. Für Berufsleute ohne anerkannte Ausbildung ist im GAV ein Mindestlohn vorgesehen, der sich ab dem 5. Berufsjahr nach der Ausbildung auf 3800 Franken beläuft.[16]

5.2 Angestellte von Tankstellenshops profitieren ab dem 1. Februar 2018 von einem nationalen Gesamtarbeitsvertrag

Der Verband der Tankstellenshop-Betreiber der Schweiz (VTSS), die Gewerkschaften Unia und Syna sowie der Kaufmännische Verband Schweiz begrüssen den Entscheid des Bundesrats, den neuen GAV für die Tankstellenshops allgemeinverbindlich zu erklären. Sie bedauern, dass im Tessin die verhandelten Mindestlöhne nicht gelten. Der GAV ist am 1. Februar 2018 in Kraft getreten. Neben der Festsetzung von Mindestlöhnen regelt er namentlich die Arbeitszeiten und garantiert eine Reihe von Sozialleistungen, wie die Lohnfortzahlung bei Krankheit oder Mutterschaft. Die Tessiner Angestellten, die vom Lohndumping besonders betroffen sind, kommen allerdings nicht in den Genuss von Mindestlöhnen. Die Vertragsparteien sind aber bestrebt, auch für das Tessin eine Lösung zu finden. Der neue GAV für Tankstellenshops ist der erste allgemeinverbindlich erklärte gesamtschweizerische Gesamtarbeitsvertrag im Detailhandel. Im Kanton Luzern gilt allerdings noch bis Ende 2018 der kantonale GAV,

[15] Medienmitteilung der Unia vom 30. November 2017.
[16] Medienmitteilung der Unia vom 27. Februar 2018.

womit dieser Kanton vorläufig noch vom Geltungsbereich des neuen GAV ausgenommen bleibt.[17]

5.3 Neuer GAV Coop: Verbesserungen für die Coop-Mitarbeitenden

Der neue GAV Coop regelt für die nächsten vier Jahre die Arbeitsbedingungen von 37 000 direktunterstellten Mitarbeitenden der Coop-Gruppe. Der GAV Coop ist einer der ältesten und grössten Gesamtarbeitsverträge der Schweiz. Er ist von den zuständigen Branchengremien der Unia ratifiziert worden und ist am 1. Januar 2018 in Kraft getreten. Zentrale Erneuerungen sind: (1.) Anrecht auf 16 Wochen Mutterschaftsurlaub bei vollem Lohnausgleich ab dem 3. Dienstjahr für Mütter (bisher ab dem 4. Dienstjahr). (2.) Vaterschaftsurlaub von 3 Wochen (bisher 1 Woche). Er gilt auch für Väter, die im Stundenlohn angestellt sind. (3.) Mehr Angestellte können vom Programm finanzieller Beiträge an die Kinderbetreuung für Alleinerziehende («Child Care») profitieren. Neu ist das Programm im GAV verankert. (4.) Verbesserungen bei der Arbeitsplanung oder im Krankheitsfall von Kindern; z.B. die Anerkennung der Reisezeit als Arbeitszeit, eine klar festgeschriebene Frist von 2 Wochen zur Ankündigung von Dienstplänen sowie Freitage bei kranken Kindern auch für Eltern, die nicht im selben Haushalt leben. (5.) Erstmals sind Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit im GAV verankert. (6.) Um psychosozialen Risiken vorzubeugen, ist eine interne Anlaufstelle definiert, die nach Standards der Standesorganisation Avenir Social arbeitet. Damit wird die Gesundheit der Mitarbeitenden mit geeigneten Massnahmen besser geschützt und Stress und Burnout vorgebeugt. (7.) Der Weiterbildungsauftrag umfasst explizit Angebote zum technologischen Wandel (Digitalisierung). (8.) Stärkung der Gewerkschaftsrechte: Neu ist für Gewerkschaftsmitarbeitende keine Einwilligung mehr nötig, um im Betrieb gewerkschaftliche Informationsarbeit leisten zu dürfen. (9.) Der Mindestlohn liegt bei 3900 Franken (x13) für Angelernte. Bei einer dreijährigen Ausbildung liegt er bei 4100 Franken (x13). Zurzeit unterliegen nicht alle Coop-Firmen dem GAV, wodurch nicht alle Mitarbeitenden der Coop-Gruppe die gleichen Vorteile geniessen. Es wird daher angestrebt, noch mehr Mitarbeitende unter den Schutz des GAV zu sstellen.[18]

5.4 Temporärarbeit

Beim GAV Personalverleih handelt sich um den grössten gesamtschweizerischen Gesamtarbeitsvertrag, der die Arbeitsbedingungen von mehr als 300 000 Arbeitnehmenden regelt. In vielen Betrieben wird das Temporärpersonal zu deutlich ungünstigeren Bedingungen angestellt als die festangestellten Arbeitnehmenden. Die vier Arbeitnehmerorganisatio-

[17] Medienmitteilung der Unia vom 12. Dezember 2017.
[18] Medienmitteilung der Unia vom 26. Oktober 2017.

nen, die Vertragsparteien des GAV sind, haben sich daher auf vier Punkte geeinigt, die im Zuge der Verhandlungen für die Erneuerung des GAV Personalverleih verbessert werden müssen, nämlich: (1.) Mindestlöhne in der Maschinenindustrie, der chemischen, pharmazeutischen und grafischen Industrie, der Lebensmittelindustrie und der Luxusgüterindustrie: den Temporärangestellten müssen die gemäss den bestehenden GAV geltenden Arbeitsbedingungen gewährt werden. (2.) Mindestlöhne im öffentlichen und halböffentlichen Sektor (z.B. Gesundheit): Auch hier müssen die Temporärangestellten zu den gleichen Bedingungen wie die festangestellten Arbeitnehmenden beschäftigt und die von den Sozialpartnern unterzeichneten Branchenvereinbarungen eingehalten werden. (3.) Die Mindestlöhne des GAV Personalverleih müssen für alle Arbeitnehmenden, die keinem vorteilhafteren Branchen-GAV unterstellt sind, angehoben sind. (4.) Zudem wird ein Mindestlohn von 5200 Franken für Arbeitnehmende mit einem eidgenössischen Fachausweis oder Diplom angestrebt (bzw. von 5600 Franken in den Hochlohnregionen) und ein solcher von 6000 Franken für Hochschulabsolventen (bzw. von 6500 Franken in den Hochlohnregionen).[19] Im Zuge der Verhandlungen über einen neuen GAV setzte Swissstaffing diese aus. Der GAV läuft noch bis Ende 2018.[20]

5.5 Gärtner/innen-Delegation übergibt Vereinbarungsvorschlag am JardinSuisse-Hauptsitz

Eine Delegation von Gärtnerinnen und Gärtnern hat am Hauptsitz des Arbeitgeberverbands JardinSuisse in Aarau einen Vereinbarungsvorschlag mit der Forderung «keine Löhne unter Fr. 4000!» deponiert.[21]

5.6 Neuer, allgemeinverbindlicher GAV für den Schaffhauser Gartenbau

Fünf Jahre nach dem Streik in Schaffhausen wurden im Berichtsjahr bessere Löhne und Arbeitsbedingungen für Gärtner/innen in einem allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) verankert. In mehreren Kantonen der Romandie hat die Unia bereits GAV mit JardinSuisse abgeschlossen. Der GAV in Schaffhausen bietet nach Ansicht der Unia nunmehr eine Perspektive für die ganze Branche.[22]

5.7 Ammann-Belegschaft stimmt Sozialplan zu

Die Belegschaft von Ammann stimmte dem von der Personalkommission und der Gewerkschaft Unia mit Vertretern der Geschäftsleitung

---

[19] Gemeinsame Medienmitteilung der Gewerkschaften und Arbeitnehmerverbände Unia, Syna, Angestellte Schweiz und Kaufmännischer Verband vom 18. September 2017.

[20] Medienmitteilung der Unia vom 19. März 2018.

[21] Medienmitteilung der Unia vom 7. Juli 2018.

[22] Medienmitteilung der Unia vom 14. Juni 2018.

ausgehandelten Sozialplan mehrheitlich zu. Damit kann dieser unterzeichnet und für die 128 vom Stellenabbau betroffenen Mitarbeitenden angewendet werden. Der ausgehandelte Sozialplan umfasst im Wesentlichen folgende Punkte: (1.) New-/Outplacement: Eröffnung eines Job Centers mit einem externen Dienstleister, individuelle Standortbestimmungen, Bewerbungstraining, Angebot anderer Arbeitsplätze in der Ammann-Gruppe. (2.) Verlängerte Kündigungsfristen für ältere Arbeitnehmende; intensives Betreuungsprogramm und Ermöglichen eines Berufsabschlusses für nicht oder schlecht qualifizierte Arbeitnehmende. (3.) Individuelle Unterstützung für Aus- und Weiterbildungsmassnahmen und bei wirtschaftlichen Härtefällen. (4.) Abgangsentschädigungen für alle Betroffenen und Frühpensionierungslösungen ab dem 60. Altersjahr. (5.) Auslegung und Umsetzung des Sozialplans durch eine paritätisch zusammengesetzte Sozialplankommission. Der Sozialplan gilt bis Ende 2018.[23]

5.8 Gesamtarbeitsvertragliche Lohnabschlüsse für 2017 – Effektiv- und Mindestlöhne sind 2017 um 0,5% bzw. 0,8% gestiegen

Die unterzeichnenden Sozialpartner der wichtigsten Gesamtarbeitsverträge (GAV) in der Schweiz haben für das Jahr 2017 eine nominale Erhöhung der Effektivlöhne (+0,5%) und der Mindestlöhne (+0,8%) beschlossen. Von der Effektivlohnerhöhung wurden 0,1% generell und 0,4% individuell zugesichert. Dies geht aus der Erhebung über die gesamtarbeitsvertraglichen Lohnabschlüsse hervor, die vom Bundesamt für Statistik (BFS) durchgeführt wurde. Im Rahmen der wichtigsten GAV, d.h. der GAV mit mindestens 1500 unterstellten Personen, wurde von den Sozialpartnern für das Jahr 2017 eine nominale Effektivlohnerhöhung von durchschnittlich 0,5% vereinbart. Unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Jahresteuerung 2017 (+0,5%) sind die Reallöhne im GAV-Bereich letztlich nicht gestiegen. Bei den Effektivlohnanpassungen waren etwas mehr als 453 000 Personen betroffen. Das Effektivlohnwachstum betrug 0,3% im sekundären Sektor und 0,5% im tertiären Sektor. Die Lohnanpassungen nach Wirtschaftsabschnitten reichen von +0,3% bis +1%: «Erbringung von sonstigen Dienstleistungen» (+1%), «Erbringung von Finanz- und Versicherungsdienstleistungen» sowie «Verkehr und Lagerei» (+0,9%), «Information und Kommunikation» (+0,6%), «Handel; Instandhaltung und Reparatur von Motorfahrzeugen» (+0,5%), «Baugewerbe» (+0,4%) «verarbeitendes Gewerbe» sowie «Gesundheits- und Sozialwesen» (+0,3%). 2017 gliederte sich die Erhöhung der GAV-Löhne von insgesamt 0,5% in 0,1% generelle und 0,4% individuelle Erhöhungen. Somit wurden lediglich 25% der für Lohnerhöhungen bestimmten Lohnsumme gleichmässig an die betroffenen Personen verteilt. Die generellen Anpassungen sind im tertiären Sektor in der Minderheit (14%), im sekundären Sektor hingegen in der

[23] Medienmitteilung der Unia vom 28. September 2017.

Mehrheit (58%). Die in den wichtigsten GAV festgelegten Mindestlöhne wurden 2017 um 0,8% angehoben. Rund 1 360 000 Personen sind von den Abschlüssen zu den Mindestlöhnen betroffen. Das Mindestlohnwachstum betrug 0,3% im sekundären Sektor und 0,7% im tertiären Sektor. Die stärksten Erhöhungen finden sich in den Wirtschaftsabschnitten «Nicht zuzuordnen» (kaufmännische Angestellte und Verkaufspersonal) (+1,9%), gefolgt von der Branche «Erbringung von sonstigen Dienstleistungen» (+1%). Vier Branchen registrierten ein Nullwachstum.[24]

5.9 Allgemeinverbindlich erklärte GAV und Berufsbildungsfonds

Im Berichtsjahr 2017 wurden nachstehende Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen gefasst, und zwar der Gesamtarbeitsverträge: für Branchen des Ausbaugewerbes in den Kantonen Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn (Verlängerung und Änderung), für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft (Änderung); für die Schweizerische Ziegelindustrie (Verlängerung und Änderung); für den schweizerischen Gerüstbau (Verlängerung); für den Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen (Wiederinkraftsetzung und Änderung); für das Schreinergewerbe (Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug und Zürich (Verlängerung und Änderung); für das Basler Ausbaugewerbe (Änderung); des Ausbaugewerbes der Westschweiz (Wiederinkraftsetzung und Änderung); des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes (Änderung); für das Autogewerbe «Ostschweiz» der Kantone St. Gallen, beider Appenzell und Thurgau (Verlängerung und Änderung); in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (Änderung); für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Änderung); für die Schweizerische Betonwaren-Industrie (Verlängerung und Änderung); für den Gleisbau (Änderung); für das Schweizerische Carrosseriegewerbe (Änderung); für den Gerüstbau (Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Bern, Glarus, Graubünden, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Thurgau, Uri, Zug und Zürich (Änderung); für das schweizerische Metzgereigewerbe (Verlängerung); für das Vorsorgewerk Bund (Anschlussvertrag, Änderung); für das schweizerische Coiffeurgewerbe (Verlängerung); für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR; Änderung); für das Holzbaugewerbe (Verlängerung und Änderung); Vorruhestandsmodell im Schweizerischen Maler- und Gipsergewerbe (Änderung); für das Schweizerische Gewerbe für Decken- und Innenausbausysteme; für die vorzeitige Pensionierung im westschweizerischen Ausbaugewerbe (KVP; Verlängerung); für das Schweize-

[24] Medienmitteilung des Bundesamtes für Statistik 26. Februar 2018.

rische Marmor- und Granitgewerbe (Verlängerung); für die schweizerische Möbelindustrie (Verlängerung); für das Basler Ausbaugewerbe (Verlängerung); für das Schreinergewerbe (Verlängerung und Änderung); für den Personalverleih (Änderung); für das Metallgewerbe Baselland und Basel-Stadt (Verlängerung und Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Bern, Glarus, Graubünden, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, St. Gallen, Thurgau, Uri, Zug und Zürich (Verlängerung). BBl 2017, 155, 1189, 1195, 1465, 1533, 1675, 1823, 1827, 2209, 2489, 2827, 3207, 3209, 3321, 3661, 3667, 3669, 3671, 3839, 3841, 5785, 5823, 6475, 6727, 7687, 7707, 7709, 7711, 7713, 7813, 7825, 7827, 7871. – Ferner: Bundesratsbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung: des Weiterbildungs- und Gesundheitsschutz-Gesamtarbeitsvertrages für das Schreinergewerbe (Wiederinkraftsetzung und Änderung); des Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe (Änderung); des Kollektivvertrages für die vorzeitige Pensionierung im schweizerischen Marmor- und Granitgewerbe (Verlängerung und Änderung); der Vereinbarung über die berufliche Aus- und Weiterbildung im Maler- und Gipsergewerbe (Verlängerung und Änderung); des Standardvertrags der Branchenorganisation Milch; des Weiterbildungs- und Gesundheitsschutz-Gesamtarbeitsvertrages für das Schreinergewerbe (Verlängerung und Änderung). BBl 2017, 755, 3567, 3575, 5557, 7671, 7819. – Ferner: Widerruf der Allgemeinverbindlicherklärung des Berufsbildungsfonds für den Musikfachhandel Schweiz (Allgemeinverfügung). BBl 2017, 3406

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

Zusammengestellt von
Dr. iur. HUBERT FRITSCH

I. Merkblatt Zeitzuschlag von 10% für regelmässige Nachtarbeit[1]

(erstellt am 24.02.2016; letzte Änderung am 5.7.2018)

1. Generelles

Nachtarbeit von längerer Dauer kann für den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gesundheitliche Beeinträchtigungen oder Schäden mit sich bringen. Der Erholungswert des Schlafes ist am Tag nicht derselbe wie in der Nacht. Es ist deshalb wichtig, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die regelmässig nachts arbeiten, zusätzliche Ruhezeiten zu gewähren, damit sie sich von den mit der Nachtarbeit verbundenen Anstrengungen erholen können. Das ArG sieht deshalb einen als zusätzliche Freizeit zu gewährenden Zeitzuschlag von 10% vor.

Seit dem 1. August 2003 ist dieser Zeitzuschlag von 10% für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer obligatorisch.

Der Zeitzuschlag von 10% kann nur in Ausnahmefällen, auf die nachfolgend eingegangen wird, und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Geldleistungen abgegolten werden (Art. 22 ArG und 17 ArGV1). Hingegen muss die für den Zeitzuschlag gewährte Ausgleichsruhezeit bezahlt werden.

Der Zeitzuschlag ist real zu gewähren. Insbesondere wäre es rechtlich nicht zulässig, durch Änderung des Arbeitsvertrages die wöchentliche Arbeitszeit im Umfang des Zeitzuschlags heraufzusetzen, um so dessen effektive Gewährung zu umgehen. Nach Art. 342 des Obligationenrechts hat der Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Anspruch auf den Zeitzuschlag, auf den er rechtsgültig nicht verzichten kann (Art. 341 Abs. 1 OR). Auch eine mit der Heraufsetzung der wöchentlichen Arbeitszeit verbundene Änderungskündigung kommt nicht in Frage. Gemäss Art. 336 OR wäre eine solche Kündigung missbräuchlich, da sie gegeben wird, um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis zu vermeiden.

2. Wann ist der Zeitzuschlag für Nachtarbeit geschuldet?

Aufgrund von Art. 17b Abs. 2 ArG haben Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig Nachtarbeit leisten, Anspruch auf einen Zeitzuschlag von 10% für die in der Nacht geleistete Arbeitszeit.

---

1 https://www.seco.admin.ch > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Merkblätter und Checklisten.

Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit leisten Arbeitnehmende, die in 25 und mehr Nächten pro Kalenderjahr zum Einsatz gelangen (Art. 31 Abs. 1 ArGV1).

Wird vorgesehen, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer während eines Jahres regelmässig nachts arbeiten wird und somit in mindestens 25 Nächten zum Einsatz gelangt, ist der Zeitzuschlag von 10% ab der ersten Nacht geschuldet. Als Beispiele können aufgeführt werden: Nachtwachen in Heimen, Bäcker oder Bäckerinnen, Arbeiterinnen und Arbeiter im ununterbrochenen Betrieb, Pflegeassistentinnen und Pflegeassistenten, die regelmässig zu Nachtarbeit herangezogen werden. Arbeiten Arbeitnehmende aus unvorhergesehenen Gründen im Laufe eines Jahres in weniger als 25 Nächten, so muss der Zeitzuschlag nicht zwingend in einen Lohnzuschlag von 25% umgewandelt werden.

Wenn die Nachtarbeit nicht üblich ist, und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in weniger als 25 Nächten arbeitet (vorübergehende Nachtarbeit) ist ihm oder ihr ein Lohnzuschlag von 25% für die während der Nacht geleistete Arbeit zu bezahlen (Art. 17b Abs. 1 ArG). Wird der Arbeitnehmer wider Erwarten trotzdem in 25 oder mehr Nächten beschäftigt, muss der Lohnzuschlag für die 24 ersten Nächte nicht in einen Zeitzuschlag umgewandelt werden. Hingegen ist ab der 25. Nacht der Zeitzuschlag von 10% geschuldet (Art. 31 Abs. 3 ArGV1).

3. Wie und wann muss der Zeitzuschlag gewährt werden?

- Die Ausgleichsruhezeit ist innerhalb eines Jahres zu gewähren (Art. 17b Abs. 2 ArG).
- Ausserdem muss die dem Zeitzuschlag entsprechende Ausgleichsruhezeit im Rahmen der Zeiterfassung separat ausgewiesen werden (Art. 73 Abs. 1 Bst. h ArGV1). Die Arbeitnehmenden, die nachts arbeiten, müssen durch den Zeitzuschlag in den Genuss von zusätzlicher Ruhezeit kommen.

Unter Berücksichtigung dieser beiden Bedingungen kann die Gewährung des Zeitzuschlages unterschiedlich gestaltet werden. Der Arbeitgeber kann nach Anhörung der Arbeitnehmenden (Art. 48 ArG) die Stundenpläne gestalten. Der Zeitzuschlag kann beispielsweise wie folgt gewährt werden:

- als freie Tage oder Halbtage;
- als zusätzliche Ferien;
- unmittelbar zu Beginn oder am Ende der Nachtschicht. Konkret bedeutet dies, dass bei einer Nachtarbeitszeit von 6½ Stunden (nach Abzug der Pause gemäss Art. 15 ArG) die 39 Minuten Ausgleichsruhezeit, auf welche der Arbeitnehmende Anspruch hat, unmittelbar zu Beginn oder am Ende der Nachtschicht bezogen werden können. Diese 39 Minuten müssen als Ausgleichsruhezeit bei der Zeiterfas-

sung erwiesen werden. Diese Bezugsmöglichkeit ist nur bei regelmässigen Stundenplänen durchführbar.

In Bezug auf die Erfassung der gewährten Ausgleichruhezeit muss daran erinnert werden, dass der Arbeitgeber ein Verzeichnis führen muss, worin die täglichen und die wöchentlichen Arbeitszeiten, die gewährten Ruhetage, die nicht auf einen Sonntag fallen, die Regelung des Zeitzuschlages von 10% für regelmässige Nachtarbeit und die dafür gewährten Ruhezeiten (Art. 73 Abs. 1 ArGV1) aufgeführt sind. Aus dem Verzeichnis muss sowohl der Zeitzuschlag als auch der Zeitpunkt dessen Bezuges ersichtlich sein. Die Form dieses Verzeichnisses ist frei.

Schliesslich ist noch zu erwähnen, dass die zwingende Bestimmung des Zeitzuschlages auf alle Betriebe anwendbar ist, die ihre Arbeitnehmenden regelmässig nachts beschäftigen. Dies gilt auch für die Betriebe, die in den Genuss der Sonderbestimmungen der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz kommen und die ohne öffentliche Bewilligung Arbeitnehmende in der Nacht beschäftigen dürfen.

4. Ausnahmen vom Zeitzuschlagsobligatorium

Das Arbeitsgesetz ist öffentliches Recht und somit zwingendes Recht. Selbst wenn die Arbeitnehmenden ihre Zustimmung dazu geben, ist es nicht gestattet, von der Pflicht, den Zeitzuschlag zu gewähren, abzuweichen. Ausnahmen bilden folgende Fälle:

- Wenn die Nachtarbeit nicht länger als eine Stunde dauert und zu Beginn oder am Ende der Nacht, d.h. während der ersten oder der letzten Stunde des Nachtzeitraumes (23 bis 6 Uhr nach Gesetz oder vom Betrieb um höchstens eine Stunde verschoben nach Art. 10 Abs. 2 ArG) geleistet wird, kann anstelle des Zeitzuschlages ein Lohnzuschlag von 10% ausbezahlt werden (Art. 17b Abs. 2 ArG). Der Grund dafür liegt darin, dass für eine Randstunde, in der Nachtarbeit geleistet wird, kaum sinnvoll nutzbare Ausgleichsruhezeiten anfallen. Diese Möglichkeit kann nur genutzt werden, wenn der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nachts ausschliesslich in Randstunden arbeitet.
- Wenn die durchschnittliche Schichtdauer einschliesslich der Pausen sieben Stunden nicht überschreitet (Art. 17b Abs. 3 Bst. a ArG). Die durchschnittliche Schichtdauer muss aufgrund aller Schichten des Betriebes oder des Betriebsteils, in denen die betroffenen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer eingesetzt werden, berechnet werden. In diesem Fall darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit bei einem Vollpensum 35 Stunden einschliesslich Pausen nicht übersteigen (Art. 32 Abs. 1 Bst. a ArGV1).
- Wenn die Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerinnen, die Nachtarbeit leisten, an nicht mehr als vier Nächten pro Woche zum Einsatz gelangen (Art. 17b Abs. 3 Bst. b ArG). In diesem Fall muss die

Viertagewoche für den ganzen Betrieb oder Betriebsteil gelten und muss einem Vollpensum entsprechen. Zudem darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht mehr als 36 Stunden betragen (Art. 32 Abs. 1 Bst. b ArGV1).

– Wenn aufgrund eines Gesamtarbeitsvertrages oder die analoge Anwendung öffentlich-rechtlicher Vorschriften andere gleichwertige Ausgleichsruhezeiten gewährt werden (Art. 17b Abs. 3 Bst. c ArG). Solche Ausgleichsruhezeiten können vom SECO als gleichwertig anerkannt werden (Art. 17b Abs. 4 ArG), wenn sie spezifisch für die regelmässig geleistete Nachtarbeit gewährt werden und ihre Gesamtdauer mindestens dem Zeitzuschlag von 10% entspricht (Art. 32 Abs. 3 ArGV1).

5. Beispiele

Ein Arbeitnehmer, der in einem Hotel arbeitet, wechselt jede zweite Woche zwischen Nachtarbeit (zwischen 22.00 und 7.00 Uhr, von Montagabend bis zum Samstagvormittag) und Tagesarbeit (zwischen 7.00 und 16.00 Uhr von Montag bis Freitag). Wenn er nachts arbeitet, dauert seine Schicht 9 Stunden oder 8½ Stunden nach Abzug der Pause, wovon 6½ Stunden (zwischen 23.00 und 6.00 Uhr) Nachtarbeit sind. Pro Woche leistet er in diesem Fall 32½ Stunden Nachtarbeit, weshalb er Anrecht auf 3¼ Stunden Zeitausgleich hat. Da er in einem Monat zwei Wochen Nachtarbeit leistet, hat er Anrecht auf 6½ Stunden Ausgleichruhezeit oder 71½ Stunden (auf elf Monate), die er als zusätzliche freie Tage bezieht.

Ein Arbeitnehmer arbeitet in einem Betrieb mit Dreischichtsystem. Die Schichten wechseln wöchentlich von der Tages- über die Abend- zur Nachtschicht. Die Nachtarbeit beginnt um 22.00 Uhr und endet um 6.00 Uhr morgens am nächsten Tag, dies von Montag bis Freitag. In der Woche, in der er Nachtarbeit leistet, arbeitet er 37½ Stunden (40 Stunden, abzüglich 2½ Stunden Pause) wovon 32½ Stunden Nachtarbeit sind (zwischen 23.00 und 6.00 Uhr). Er hat somit Anrecht auf 10% Zeitzuschlag von den 32½ Stunden, also 3¼ Stunden pro Woche, in der er Nachtarbeit leistet. Diese Stunden verwendet er für «Brückentage» zwischen Feiertagen, damit er Ferientage sparen kann.

Ein Bäcker arbeitet an fünf Tagen pro Woche. An drei Tagen beginnt er um 3.00 Uhr und beendet seine Arbeit um 12.00 Uhr. An den zwei übrigen Tagen nimmt er die Arbeit bereits um 2.00 Uhr auf, um sie um 12 .00Uhr zu beenden. Somit arbeitet er während einer Woche 17 Stunden in der Nacht (dreimal zwischen 3.00 und 6.00 Uhr und zweimal zwischen 2.00 und 6.00 Uhr). Somit hat er Anrecht auf 1,7 Stunden Ausgleichsruhezeit pro Woche, d.h. ca. 6,8 Stunden in vier Wochen.

6. Sonderfall: Stundenlohn

Den Zeitzuschlag von 10% muss der Arbeitgeber nicht nur den Mitarbeitenden gewähren, die im Monatslohn angestellt sind, sondern auch denjenigen, die im Stundenlohn arbeiten. Letztere erhalten den Zeitzuschlag von 10% für regelmässige Nachtarbeit als bezahlte arbeitsfreie Zeit. Art. 22 ArG verbietet die Abgeltung der Ausgleichsruhezeit durch Geldleistungen. Der Zeitzuschlag von 10% kann für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die im Stundenlohn angestellt sind, nicht durch einen Lohnzuschlag von 10% ersetzt werden, sondern muss in Form bezahlter Ausgleichsruhezeit gewährt werden.

Arbeitnehmende, deren Dienste vermittelt werden, haben grundsätzlich keinen Arbeitsvertrag mit dem Betrieb, in dem sie arbeiten, sondern mit dem Arbeitsvermittlungsbüro. Letzteres hat dementsprechend sicherzustellen, dass das Arbeitsgesetz eingehalten wird und der Zeitzuschlag von 10% für regelmässige Nachtarbeit gewährt wird.

7. Zusammenhang mit anderen Kompensationen

Manche Arbeitsverträge oder Gesamtarbeitsverträge sehen Kompensationen für Nachtarbeit vor. Falls es sich dabei um einen Zeitzuschlag handelt, kann dieser dem vom ArG vorgesehenen 10%-Zeitzuschlag angerechnet werden. Ist dies nicht der Fall, so muss der Zeitzuschlag von 10% nach ArG für regelmässige Nachtarbeit zusätzlich zu den vertraglichen Kompensationen gewährt werden.

Beispiel: Ein Gesamtarbeitsvertrag sieht für Nachtarbeit einen Lohnzuschlag von 15% vor. Wird ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin regelmässig während der Nacht eingesetzt, so entspricht der Lohnzuschlag von 15% nicht den Anforderungen des ArG, da der Zeitzuschlag von 10% nicht durch Geldleistungen ersetzt werden kann (Art. 22 ArG). In diesem Fall muss der vom Gesetz vorgesehene Zeitzuschlag zusätzlich zu dem vom Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Lohnzuschlag gewährt werden. Die Sozialpartner sind frei, ihre Gesamtarbeitsverträge zu ändern, zu diesem Zweck wurde die dreijährige Übergangsfrist bis zum Inkrafttreten des Zeitzuschlages für regelmässige Nachtarbeit vorgesehen.

II. Wirkung des Vollzugsschwerpunkts der Arbeitsinspektion zu psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz[2]

(Schlussbericht: erstellt am 21.6.2018[3])

A. Kernpunkte

- Das SECO und die kantonalen Arbeitsinspektorate führen von 2014 bis 2018 einen Vollzugsschwerpunkt zu psychosozialen Risiken wie Stress, Belästigung und Gewalt am Arbeitsplatz durch.
- In einer Studie wurde evaluiert, wie sich Inspektionsbesuche auf die Prävention in Unternehmen auswirken. Die Studie basiert auf einem quasiexperimentellen Forschungsdesign. Zwei Gruppen von Unternehmen wurden im Abstand von einem Jahr zweimal befragt. Die erste Gruppe umfasste 185 Betriebe, die einige Tage nach der Befragung Inspektionsbesuch erhielten. Die zweite Gruppe bestand aus 161 vergleichbaren Betrieben, bei welchen kein Inspektionsbesuch stattfand. Die erfassten Daten wurden durch qualitative Informationen wie etwa spontane Kommentare der Befragten, Gespräche mit Inspektoren und Inspektorinnen sowie Beobachtungen bei Inspektionsbesuchen ergänzt. Durch eine systematische Analyse der wissenschaftlichen Literatur wurden die international bestehenden Erfahrungen mit behördlichen Interventionen betreffend psychosozialer Risiken zusammengestellt.
- Die Literaturanalyse ergab, dass Inspektionsbesuche betreffend psychosozialer Risiken eine positive Wirkung haben können, sofern der Kontext förderlich ist und die Inspektoren und Inspektorinnen

---

2 https://www.seco.admin.ch > Publikationen und Dienstleistungen > Arbeit > Arbeitsbedingungen > Studien und Berichte.

3 Die Durchführung der Studie und die Erstellung des Berichts erfolgten durch Rafaël Weissbrodt, wissenschaftlicher Mitarbeiter. Zahlreiche Personen aus dem SECO haben vielfältige Beiträge geleistet, insbesondere Maggie Graf, Anania Hostettler, Stephanie Lauterburg Spori, Margot Vanis, Marc Arial, Samuel Iff, Ralph Krieger, Valentin Lagger, Pascal Richoz, Fabrice Sauthier, Gabriel Verga, Alain Vuissoz und Joseph Weiss. Die Befragung der Unternehmen mittels vorgegebenem Fragekatalog wurde grossteils von Christine Villaret-d'Anna, Tarek Ben Jemia und Marc Huber vorgenommen. Der Bericht wurde von Angelika Eberhardt ins Deutsche übersetzt. Die Studie wurde vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) mit einem Beitrag der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS) finanziert. Das SECO dankt den Unternehmen und den Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen, die die Durchführung der Studie möglich gemacht haben, und Prof. David Giauque vom Institut für politische, historische und internationale Studien der Universität Lausanne für die wissenschaftliche Begleitung.

angemessen ausgebildet wurden sowie über die erforderlichen Ressourcen verfügen. Eine positive Wirkung wurde vorwiegend in den nordischen Ländern nachgewiesen. Diese zeichnen sich aus durch: eine gut entwickelte Sozialpartnerschaft und eine Inspektionspraxis, die auf dem Dialog mit den Arbeitgebenden, Gruppengesprächen mit Arbeitnehmenden, wiederholten Betriebsbesuchen und der Kombination solcher Besuche mit anderen Kommunikations- und Informationskanälen basiert. Die Literaturanalyse zeigt indessen auch, dass die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes und die zunehmende Prekarität in bestimmten Berufsgruppen der Wirkung von Strategien der öffentlichen Hand zur Sensibilisierung der Arbeitgebenden Grenzen setzen.

- Die Unternehmensumfrage zeigt deutlich, dass Inspektionen positiv auf das Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz sowie die Bereitschaft der Arbeitgebenden, psychosoziale Risiken zu vermeiden, wirken. Zudem konnte eine Verbesserung der Kompetenzen der Arbeitgebenden im Umgang mit psychosozialen Risiken festgestellt werden. Im Verhältnis zu den nicht besuchten Unternehmen haben besuchte Betriebe häufiger Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken und zur Unterstützung der Mitarbeitenden eingeführt.
- Die Studie zeigt keine statistisch signifikante Wirkung auf das Ausmass der Mitwirkung der Mitarbeitenden in Belangen der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes. Es wurden auch nicht mehr Präventionsmassnahmen eingeführt, die auf eine optimierte Arbeitsorganisation und -gestaltung fokussieren. Dabei handelt es sich um zwei wichtige Aspekte der Prävention psychosozialer Risiken.
- Der Bericht schliesst mit Überlegungen zur künftigen Stossrichtung für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Sie sollen eine breit angelegte Auseinandersetzung mit der Thematik anstossen und folgende Ziele anstreben:
  a) die Arbeitgebenden veranlassen, für die Prävention stärker bei der Arbeitsorganisation und -gestaltung anzusetzen;
  b) die Einbindung der Mitarbeitenden in die Prävention im Bereich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz fördern;
  c) den Erfahrungsaustausch von Inspektoren und Inspektorinnen über ihre Inspektionstätigkeit fortführen und ausbauen;
  d) die Anpassung der Inspektionsstrategien an die Entwicklungen in der Arbeitswelt fortsetzen.

B. Zusammenfassung

1. Kontext und Ziel

Stress, Belästigung, Gewalt … Zahlreiche Regierungen führen Interventionsprogramme zu diesen «psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz» durch. Da psychosoziale Risiken schwieriger zu fassen sind als andere berufliche Belastungen, stellen sie für Behörden und für Unternehmen eine Herausforderung dar. Es ist für eine wirksame Prävention erforderlich, sich mit der Arbeitsorganisation und -gestaltung zu befassen: Art der Aufgaben, Arbeitsabläufe, Entscheidungsspielraum, Informationsfluss, Vorgesetztenverhalten, Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen, Arbeitsdruck usw. Diese Dimensionen gehören jedoch traditionell nicht zum Kerngeschäft von Experten und Expertinnen für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz oder Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen.

Um eine verstärkte Berücksichtigung der psychosozialen Risiken in der Prävention zu erreichen, führen das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und die kantonalen Arbeitsinspektorate einen Vollzugsschwerpunkt mit Fokus auf psychosoziale Risiken durch. Dieser Vollzugsschwerpunkt wird durch den Interkantonalen Verband für Arbeitnehmerschutz und die Sozialpartner unterstützt. Unter einem «Vollzugsschwerpunkt» versteht man eine gemeinsam durchgeführte Aktion aller Arbeitsinspektionen. Während eines gegebenen Zeitraums fokussiert die Inspektionstätigkeit auf einem präzisen Schwerpunkt (Thema, Branche). Der Schwerpunkt wird vom SECO und den Kantonen gemeinsam festgelegt. Der Vollzugsschwerpunkt zu psychosozialen Risiken hat 2014 begonnen und läuft bis 2018. Mit Weiterbildungen und einem Leitfaden hat das SECO die Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen dabei unterstützt, die psychosozialen Risiken in ihre Inspektionstätigkeit zu integrieren. Den Unternehmen wurde Informationsmaterial zur Prävention psychosozialer Risiken, welches über eine Website zentral zugänglich ist, zur Verfügung gestellt. Schlussendlich hat das SECO an verschiedenen Veranstaltungen teilgenommen, um die Aufmerksamkeit von Arbeitgebenden sowie Experten und Expertinnen für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz auf die Thematik zu lenken. Die Inspektoren wurden aufgefordert, die psychosozialen Risiken bei ihren Inspektionsbesuchen systematisch anzusprechen. Sie sollten die Unternehmen für ihre Verantwortung für den Schutz vor psychosozialen Risiken sensibilisieren, informieren und beraten. Zudem sollten sie kontrollieren, welche Prozesse und Massnahmen von Unternehmen umgesetzt werden, um die Mitarbeitenden vor Angriffen auf die persönliche Integrität (Diskriminierung, Belästigung usw.) zu schützen und sicherzustellen, dass die Arbeitsanforderungen angemessen sind im Verhältnis zu den Fähigkeiten der Arbeitnehmenden. Es ist hingegen nicht Aufgabe der Inspektoren und Inspektorinnen, selbst die psychosozialen Risikofaktoren zu ermitteln; diese Aufgabe obliegt den Arbeitgebenden.

Es gibt nur wenige Studien, welche die Wirkung der behördlichen Tätigkeit beim Schutz vor psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz evaluieren. Keine dieser Studien misst die Wirkung von Inspektionsbesuchen in diesem Bereich. Wenn man wissenschaftliche Daten zur Hand hätte, könnte man ungünstige und förderliche Faktoren für die behördliche Tätigkeit ermitteln und so die Interventionsstrategien optimieren. Aus diesem Grund haben das SECO und die kantonalen Arbeitsinspektorate die Durchführung einer wissenschaftlichen Studie vereinbart, mit der einerseits die Wirkung des Vollzugsschwerpunktes zu psychosozialen Risiken gemessen werden soll und andererseits die Ansatzhebel und die Hindernisse für Inspektoren und Inspektorinnen in diesem Bereich ermittelt werden sollen.

2. Methodologie

Die Evaluation der Wirkung des Vollzugsschwerpunktes wurde durch das SECO in Zusammenarbeit mit dem Institut für politische, historische und internationale Studien der Universität Lausanne durchgeführt. Sie ist Gegenstand einer Doktorarbeit, die sich derzeit in der Schlussphase befindet.

Das Projekt hat mit einer systematischen Analyse der wissenschaftlichen Literatur begonnen. Sie ermöglicht einen Gesamtüberblick über die Forschungsarbeiten im In- und Ausland, die sich mit behördlichen Interventionen im Bereich psychosoziale Risiken befassen. Parallel dazu wurde in zwei Unternehmensgruppen eine telefonische Befragung durchgeführt. Eine Gruppe bestand aus 185 Betrieben, die einige Tage nach dem Telefongespräch Inspektorenbesuch erhalten sollten. Die andere beinhaltete 161 vergleichbare Unternehmen (Branche, Grösse, Struktur ohne/mit Zweigniederlassungen), die zufällig ausgewählt wurden, aber keinen Inspektionsbesuch erhielten. Die Stichprobe deckte die drei Hauptsprachregionen der Schweiz und die Mehrzahl der Wirtschaftsbranchen ab. Ein besonderer Schwerpunkt lag jedoch auf dem tertiären Sektor, welchem die Zielgruppen des Vollzugsschwerpunktes zugehörig sind (Versicherungen, Banken, Einzelhandel, Pflegeeinrichtungen usw.). Das Forscherteam erfasste Informationen über das Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, die Mitwirkung der Arbeitnehmenden, die Bereitschaft der Arbeitgebenden, psychosoziale Risiken zu vermeiden, ihre diesbezüglichen Kompetenzen sowie die umgesetzten Massnahmen zum Schutz vor psychosozialen Risiken. Es wurden zwei Massnahmenkategorien unterschieden. Die eine fasst spezifische Managementmassnahmen zusammen (Unternehmenscharta, Verfahren für den Umgang mit Belästigungen, individuelle vertrauliche Unterstützung usw.), die andere allgemeine Massnahmen, die zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen beitragen (Veränderungen an der Arbeitsorganisation, den Arbeitszeiten oder dem Personalbestand, Verbesserung der Einrichtungen/Hilfsmittel usw.). Die Umfrage erfolgte mittels Fragebogen und wurde ein Jahr später in beiden Grup-

pen wiederholt, um die Entwicklung der Präventionspraxis in den Unternehmen zu messen.

Zusätzlich zu den quantitativen Daten hat das Forscherteam spontane Kommentare der Befragten und ihre Antworten auf offene Fragen erfasst und analysiert. Es hat ebenfalls Gespräche mit Inspektoren und Inspektorinnen geführt und diese bei Inspektionsbesuchen begleitet. Eine Umfrage per Fragebogen wurde bei bestimmten Inspektoren und Inspektorinnen durchgeführt. In einem Workshop diskutierten interessierte Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen eingehend über Fragen, die sich während der Studie ergaben. Diese Erkenntnisse flossen ebenfalls in die Evaluation ein.

3. Ergebnisse

Insgesamt wurden 25 Publikationen in die systematische Literaturanalyse aufgenommen. Bei jenen Studien, die Hinweise auf die Wirksamkeit öffentlicher Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken enthielten, zeigten 4 positive Effekte, 2 eventuell positive Effekte, 4 gemischte Resultate und 10 geringe oder keine Wirkung. Nur einige wenige Studien stützen sich bei ihren Schlussfolgerungen auf quantitative Daten. Die Literaturanalyse macht deutlich, dass Inspektionsbesuche in Unternehmen per se recht wirksam sind. Trotzdem ist die Wirkung dieser Massnahme im Wirtschaftsgefüge insgesamt eher bescheiden. Die immer komplexere Arbeitswelt und die Zunahme atypischer Beschäftigungsformen, die mit beruflichen Risiken im Zusammenhang stehen, sind Hindernisse für behördliche Interventionen, da die neuen Arbeitsformen den Zugang von Inspektoren und Inspektorinnen zu Unternehmen und Arbeitnehmenden erschweren. Die wissenschaftlichen Publikationen weisen zudem darauf hin, dass die Betriebe vorwiegend Massnahmen umsetzten, um die rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten. Dies betrifft allerdings mehr den Bereich der Arbeitssicherheit als die psychosozialen Risiken.

Die in der quantitativen Studie verwendeten multivariaten Regressionsmodelle zeigen, dass die Inspektionen in mehreren Bereichen zu statistisch signifikanten Verbesserungen ($p<,05$) geführt haben. So gab es eine Zunahme von Massnahmen zum systematischen Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, bei der Bereitschaft der Arbeitgebenden, sich der Prävention psychosozialer Risiken anzunehmen, und bei den diesbezüglichen Kompetenzen. Es gibt einen Zusammenhang zwischen Betriebsgrösse und Prävention: Die Ergebnisse sind bei Unternehmen mit mehr als 100 Arbeitnehmenden tendenziell besser als bei kleineren Betrieben. Aufgrund ihrer Ressourcen tun sich grosse Unternehmen de facto leichter, Präventionsmassnahmen zu treffen. Unternehmen mit weniger als 100 Arbeitnehmenden haben sich dagegen verglichen mit ihrer Ausgangssituation stärker verbessert. Bei ihnen hat sich die Wirkung der Inspektionsbesuche am markantesten gezeigt. Besuchte Unternehmen aus

dem tertiären Sektor mit weniger als 100 Mitarbeitenden haben im Vergleich mit nicht besuchten Unternehmen ihren Wert auf der Skala «Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz» um 2,05 Punkte (von 12), auf der Skala «Kompetenzen betreffend psychosozialer Risiken» um 1,55 Punkte und auf der Skala «Handlungsbereitschaft» um 0,93 Punkte verbessert. Ähnliche, aber weniger markante Ergebnisse sind bei Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitenden zu beobachten. Statistisch signifikante Effekte wurden ebenfalls bei besuchten Unternehmen aus der Industrie und dem Baugewerbe mit weniger als 100 Mitarbeitenden festgestellt, und zwar mit einer Zunahme um 1,76 Punkte auf der Skala «Kompetenzen betreffend psychosozialer Risiken» und um 2,43 auf der Skala «Handlungsbereitschaft».

Im Unterschied zu den nicht besuchten Unternehmen haben besuchte Betriebe häufiger bestimmte spezifische Präventionsmassnahmen getroffen: Charta oder Betriebsordnung, Klärung der Rollen für den Umgang mit diesen Problemen ($p<,001$), Anpassung der Aufgaben für bestimmte gestresste Mitarbeitende ($p<,01$), Konfliktlösungsverfahren, individuelles Unterstützungsangebot für Problemsituationen, Einführung eines Arbeitszeiterfassungssystems ($p<,05$).

Die Studie hat hingegen keine statistisch signifikante Wirkung auf der Skala «Mitwirkung der Mitarbeitenden im Bereich Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz» gefunden. Eine mögliche Erklärung dafür könnte sein, dass es schwierig ist, psychosoziale Risiken anzugehen und die Arbeitnehmenden bei einem Betriebsbesuch der Arbeitsinspektion einzubinden. Auch bei Massnahmen, welche die Arbeitsorganisation oder den Arbeitsinhalt betreffen, wurde keine signifikante Wirkung gemessen.

Die qualitative Studie und die Befragung der Inspektoren und Inspektorinnen zeigen, dass diese bei ihren Inspektionsbesuchen überwiegend beratend und weniger kontrollierend vorgegangen sind. Sie haben psychosoziale Risiken bei 96% der Inspektionsbesuche angesprochen und dabei die Arbeitgebenden sensibilisiert sowie über die Konsequenzen dieser Risiken informiert, bezüglich Präventionsmassnahmen beraten und die Einführung entsprechender Massnahmen empfohlen oder mitunter auch angeordnet.

4. Schlussfolgerungen

Die vorliegende Studie ist die erste ihrer Art. Die Ergebnisse belegen eine positive Wirkung der Inspektionsbesuche. Die Studie bestätigt, dass Interventionen der öffentlichen Hand für die Förderung der betrieblichen Prävention nützlich sind, und liefert ermutigende Signale für die Fortführung solcher Massnahmen. Inspektionsbesuche führen eindeutig zu Veränderungen in den Unternehmen. Die Studie zeigt allerdings auch, dass bezüglich der Ansatzpunkte zur Prävention psychosozialer Risiken noch Informations- und Klärungsbedarf besteht. Psychosoziale Risiken werden

von den Arbeitgebenden tendenziell als individuelle Probleme angesehen. Vielfach werden Massnahmen zum Umgang mit auftretenden Problemen getroffen (Weisung, Ansprechstelle bei auftretenden Problemen). Die Merkmale der Arbeitssituation, welche ursächlich für das Auftreten von Problemen sein können (z.B. unklare Schnittstellen), scheinen nur eine marginale Rolle zu spielen. Damit beschränkt sich die Intervention des Betriebs häufig auf freiwillige Unterstützungsmassnahmen und eine mehr oder weniger informelle Bearbeitung von Problemfällen. Wissenschaftliche Studien zeigen tendenziell, dass zur wirksamen Prävention psychosozialer Risiken auf einen organisatorischen, kollektiven und partizipativen Ansatz zurückgegriffen werden sollte, der nicht nur auf die individuelle Unterstützung, sondern auch auf die Optimierung der Arbeitsbedingungen ausgerichtet ist. Es ist für Inspektoren und Inspektorinnen aber nicht immer einfach, diese Themen anzusprechen, da diese in der Hoheit der Unternehmensführung liegen.

Die Prävention von Risiken, einschliesslich psychosozialer Risiken, die aus der Arbeitsorganisation herrühren, ist jedoch kraft Arbeitsgesetz eine Verpflichtung der Arbeitgebenden. Die Nichteinhaltung dieser Verpflichtung kann behördliche und gerichtliche Beschlüsse und sogar Strafen nach sich ziehen. Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben im Übrigen in den letzten Jahren mehrere Entscheide in dieser Richtung gefällt.

Zahlreiche befragte Arbeitgebende gaben an, dass sie Massnahmen zur Verbesserung ihrer Arbeitsorganisation und -umgebung getroffen haben. In der Regel wurde damit beabsichtigt, die Produktivität zu steigern. Meist wird dabei nicht realisiert, dass durch eine bessere Organisation psychische Belastungen abgebaut werden und Arbeitgebende so gleichzeitig einen Beitrag zur Gesundheit ihrer Beschäftigten leisten können. Dieses Präventionspotenzial könnte von den Unternehmen noch besser ausgeschöpft werden.

C. Die einzelnen Kapitel

1. Kontext, Ziele, konzeptueller Rahmen und Forschungsfragen

Die vorliegende Studie untersucht, welche Wirkung die Betriebsbesuche der kantonalen Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen auf die betriebliche Prävention psychosozialer Risiken haben. Gemäss der internationalen wissenschaftlichen Literatur bezieht sich der Begriff psychosoziale Faktoren auf «Aspekte im Zusammenhang mit der Arbeitsorganisation, der Arbeitsgestaltung und dem Management, einschliesslich unter anderem der Arbeitsanforderungen, der organisatorischen Unterstützung, der Aner-

kennung und der zwischenmenschlichen Beziehungen im Unternehmen».[4] Das Konzept der psychosozialen Risiken bezeichnet die Möglichkeit, dass solche Aspekte «die Gesundheit und die Sicherheit beeinträchtigen und Auswirkungen auf das Unternehmen wie krankheitsbedingte Fehlzeiten, Produktivitätsrückgänge oder menschliches Versagen haben». Bei den Dimensionen, die die Arbeitsumgebung positiv oder negativ beeinflussen können, unterscheidet man zum Beispiel die Firmenkultur (Kommunikation, Unterstützung, eindeutige Ziele, …), den Arbeitsinhalt (vielfältige, sinnvolle Arbeit, angemessener Einsatz der Kompetenzen, …), die Arbeitsbelastung und den Arbeitsrhythmus, die Arbeitszeiten, das Mass an Autonomie und Mitwirkung der Beschäftigten, die Qualität der Einrichtungen und der Arbeitsumgebung, die zwischenmenschlichen Beziehungen, die Rolle im Unternehmen (Ambiguitäten oder Rollenkonflikte, …), die Karrieremöglichkeiten (Arbeitsplatzsicherheit, Entwicklungsperspektiven, …) und die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben[5]. Das SECO definiert psychosoziale Risiken in seinen Publikationen als «diejenigen Merkmale der Gestaltung und Organisation von Arbeit und Arbeitsprozessen (einschliesslich der jeweiligen sozialen Kontexte) […], die psychischen oder physischen Schaden verursachen können. Sie stehen in Verbindung mit Problemen wie Stress, Gewalt, Mobbing und Belästigung am Arbeitsplatz»[6].

1.1 Psychosoziale Risiken: Anlass zu steigender Sorge und eine Herausforderung für die Prävention

Psychosoziale Risiken stellen in zahlreichen Industrieländern eine bedeutende Herausforderung für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz dar. Mehrere jüngere Studien des SECO[7] zeigen, dass die Schweiz keine

---

4 Dieses und das folgende Zitat wurden durch das Forscherteam übersetzt und stammen aus Leka, S., Jain, A., et Lerouge, L. (2017). Work-related psychosocial risks: Key definitions and an overview of the policy context in Europe. In L. Lerouge, Hrsg., Psychosocial risks in labour and social security law: A comparative legal overview from Europe, North America, Australia and Japan, S. 1. Springer.

5 Leka et al., Work-related…, op. cit.

6 SECO (2016). Psychosoziale Risiken am Arbeitsplatz: Informationen und Hilfsmittel für die Arbeitsinspektion. Bern: SECO Arbeitsbedingungen.

7 Krieger, R., Graf, M., et Vanis, M. (2015). Ausgewählte Ergebnisse der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2012. www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Studien_und_Berichte.html
Krieger, R., Graf, M., et Vanis, M. (ohne Datum). Sechste Europäische Erhebung über die Arbeitsbedingungen 2015: Ausgewählte Ergebnisse zu den Schweizerischen Arbeitsbedingungen. SECO.
Krieger, R. (2011). Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz ist (nicht) Chefsache! EKAS Mitteilungsblatt, 71, S. 24–27.

Ausnahme bildet und dass Probleme im Zusammenhang mit psychosozialen Risiken bei den Arbeitnehmenden wie den Arbeitgebenden zu vorrangigen Themen geworden sind. Etliche Regierungen haben Initiativen lanciert, mit denen Unternehmen zur Prävention dieser Risiken bewogen werden sollen. Auf europäischer Ebene haben die Sozialpartner mehrere Rahmenabkommen zu Themen wie Stress, Mobbing und Gewalt am Arbeitsplatz abgeschlossen. Diese Themen haben in unterschiedlichem Masse Eingang in bestimmte nationale Gesetzgebungen gefunden. 2012 hat der Ausschuss hoher Arbeitsaufsichtsbeamter eine europäische Kampagne zu psychosozialen Risiken organisiert.[8] Und schlussendlich hat die Mehrzahl der staatlichen Stellen, die mit dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz betraut sind, Informationen, Empfehlungen und Hilfsmittel für Unternehmen sowie Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen ausgearbeitet.

Die Prävention psychosozialer Risiken stellt für die öffentliche Hand wie für Unternehmen eine besondere Herausforderung dar. Im Gegensatz zu Arbeitsunfällen ist es hier de facto schwierig, die genauen Ursachen und Wirkungen zu ermitteln; es besteht im Übrigen auch kein eindeutiger Konsens über ihre Definition oder Lösungen zu ihrer Beseitigung oder Minderung. Die Prävention erfordert häufig das Zusammenwirken mehrerer Akteure (Gruppen von Arbeitnehmenden, Führungskräfte verschiedener Ebenen, Fachpersonen) mit divergierenden Prioritäten und Vorstellungen. Bei den Unternehmen fehlt es noch an Wissen über psychosoziale Risiken; und einige Inspektoren und Inspektorinnen haben noch wenig theoretisches und praktisches Wissen in diesen Belangen.

Schlussendlich ist die Unfallprävention im schweizerischen Recht bis ins letzte Detail reglementiert, die Prävention psychosozialer Risiken jedoch lediglich in den allgemeinen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz erwähnt. Für Arbeitgebende ist es dementsprechend oft schwierig zu wissen, was genau von ihnen erwartet wird. Für Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen wiederum ist es nicht einfach zu ermitteln, was einem Unternehmen empfohlen oder von diesem eingefordert werden kann. Ebenfalls hervorzuheben ist, dass Auslösefaktoren für psychosoziale Risiken teils unternehmensexterner Art sind (z.B. Druck von Auftraggebern, Konjunktur usw.), die sich dem Einfluss des Arbeitgebenden teilweise entziehen. Dass die genaue Abgrenzung der Rolle des Arbeitgebenden schwierig ist, enthebt diesen jedoch nicht von seiner primären Pflicht zur Prävention beruflicher Risiken. Der Umfang dieser Fürsorgepflicht wird im Folgenden in Erinnerung gerufen.

---

8 SLIC (2012), Psychosocial risk assessments: SLIC Inspection Campaign 2012. Final report. The Committee of Senior Labour Inspectors. https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/empl/SLIC%20(public%20access)/Library/08.%20SLIC%20Campaigns/2012_Campaign%20on%20psychosocial%20risks%20at%20work/Psychosocial%20risks%20Campaign_Final%20report.pdf.

1.2 Eine wichtige Komponente des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz

Die Prävention psychosozialer Risiken gehört zu den Pflichten der Arbeitgebenden. Gemäss Artikel 6 des Arbeitsgesetzes ist der Arbeitgebende verpflichtet, die Gesundheit und die persönliche Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen, betriebliche Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen nach Möglichkeit vermieden werden. In seiner Wegleitung weist das SECO zu diesem Artikel[9] darauf hin, dass Gesundheitsschutz die physische wie die psychische Integrität der Arbeitnehmenden umfasst; so kann vom Arbeitgebenden beispielsweise verlangt werden, dass Massnahmen gegen Mobbing oder andere Formen der Belästigung ergriffen werden. In Artikel 2 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz ist ausgeführt, dass sich die Fürsorgepflicht auf die physische und psychische Gesundheit erstreckt, dass eine übermässig starke oder allzu einseitige Beanspruchung zu vermeiden und dass die Arbeit geeignet zu organisieren ist. Die Wegleitung führt zu diesem Artikel die Grundprinzipien auf, die Arbeitgebende unabhängig von den jeweiligen beruflichen Risiken beachten müssen. Es geht darum, Risiken zu vermeiden, unvermeidbare Risiken abzuschätzen und zu minimieren, Risiken möglichst an der Wurzel zu bekämpfen, die Arbeit dem Menschen anzupassen (insbesondere bezüglich Organisation und Gestaltung der Arbeitsplätze und in Bezug auf die Wahl der Einrichtungen, der Arbeits- und Produktionsmethoden), kollektive Massnahmen bezüglich Gesundheitsschutz individuellen Massnahmen vorzuziehen oder auch die individuellen, technischen, organisatorischen und sozialen Faktoren im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz gesamthaft einzubeziehen.

Verschiedene Unternehmen setzen Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken um – häufig aus persönlicher Überzeugung der Geschäftsführung oder im Rahmen einer Personalpolitik, mit der qualifizierte Arbeitskräfte angezogen und gehalten werden sollen. Im Hinblick auf die Häufigkeit und die gravierenden Auswirkungen von psychosozialen Risiken darf ihre Prävention jedoch nicht nur als ein optionales «Plus» bei Vorreiterunternehmen gesehen werden, sondern sollte als wesentliche Komponente der Fürsorgeflicht aller Arbeitgebenden gelten. Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht haben im Übrigen mehrere Entscheide gefällt, mit denen diese gesetzliche Pflicht konkretisiert wird – zum Beispiel betreffend Stress aufgrund eines sehr belastenden Kundenakquisesystems (Urteil des BGer 4C.24/2005 vom 17. Oktober 2005), Gesundheitsschutz im Falle hoher psychischer Belastung (Urteil des BVG A-4147/2016 vom 4. August 2017) und interne Konfliktbeilegungsverfahren (Urteil des BGer 2C_462/2011 vom 9. Mai 2012).

---

9 SECO. Wegleitung zum Arbeitsgesetz und den Verordnungen 1 und 2.

1.3 Koordinierte Massnahmen für die verstärkte Prävention psychosozialer Risiken

Zur Sensibilisierung für diese Verpflichtungen und zur Unterstützung der Unternehmen bei der Weiterentwicklung ihrer Kompetenzen im psychosozialen Bereich haben das SECO und die kantonalen Arbeitsinspektorate mit Unterstützung der Sozialpartner einen Vollzugsschwerpunkt zu diesem Thema lanciert. Unter einem «Vollzugsschwerpunkt» versteht man eine gemeinsam durchgeführte Aktion aller Arbeitsinspektionen. Während eines gegebenen Zeitraums fokussiert die Inspektionstätigkeit auf einem präzisen Schwerpunkt (Thema, Branche). Der Vollzugsschwerpunkt zu psychosozialen Risiken läuft von 2014 bis 2018, aber auch danach bleibt die Prävention psychosozialer Risiken ein Aufgabengebiet für die Arbeitsinspektionen im Rahmen ihrer Alltagsarbeit.

Im Rahmen des Vollzugsschwerpunktes hat das SECO Weiterbildungen für die Inspektoren und Inspektorinnen organisiert und einen Leitfaden für die Inspektion zum Thema psychosoziale Risiken erarbeitet. Den Unternehmen wurde eine entsprechende Dokumentation, insbesondere über eine Website, zur Verfügung gestellt. Schlussendlich hat das SECO an verschiedenen Veranstaltungen teilgenommen, um die Aufmerksamkeit von Arbeitgebenden sowie Experten und Expertinnen für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz auf diese Fragestellungen zu lenken. Die Inspektoren wurden aufgefordert, die psychosozialen Risiken bei ihren Inspektionsbesuchen systematischer anzusprechen, und zwar in einem ersten Schritt durch Information, Sensibilisierung und Beratung der Unternehmen. In einem zweiten Schritt sollen sie überprüfen, welche Prozesse und Massnahmen von Unternehmen umgesetzt werden, um Mitarbeitende vor Angriffen auf die persönliche Integrität (Diskriminierung, Belästigung usw.) zu schützen und sicherzustellen, dass die Arbeitsanforderungen angemessen sind im Verhältnis zu den Fähigkeiten der Arbeitnehmenden.

Das Gesamtkonzept des Vollzugsschwerpunktes beschreibt mehrere Ziele[10]. Erstens geht es um die Verbesserung des Kenntnisstands und der Kontrollpraxis bei Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen betreffend psychosoziale Risiken, damit sie ihrerseits die Arbeitgebenden bei der Weiterentwicklung ihrer Kenntnisse unterstützen können. Zweitens werden Geschäftsführungen und Arbeitnehmende im Rahmen einer systematischen Kontrolle betreffend Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz oder eines Betriebsbesuchs sensibilisiert. Drittens kann die Situation der Arbeitnehmenden dank der Analyse von Schwachstellen in der Arbeitsgestaltung und -organisation durch den Betrieb mit konkreten Massnahmen verbessert werden.

[10] SECO (2013). Vollzugsschwerpunkt «Psychosoziale Risiken am Arbeitsplatz 2014–2018»: Gesamtkonzept und Massnahmen. Bern: SECO Eidgenössische Arbeitsinspektion.

1.4 Ziele der Studie

Der Vollzugsschwerpunkt wird zur Begleitung seiner Umsetzung und zur Beobachtung der Ergebnisse kontinuierlich evaluiert. Diese Evaluation umfasst drei Teile: 1) eine Evaluation der Outputs, das heisst der Aktivitäten der kantonalen Arbeitsinspektorate im Rahmen des Vollzugsschwerpunktes (z.B. Anzahl der Inspektionsbesuche, bei denen psychosoziale Risiken angesprochen wurden), 2) eine Evaluation der Medienberichterstattung (Auswertung von Publikationen zum Vollzugsschwerpunkt) und 3) die Messung der Wirkung (oder der Outcomes) des Vollzugsschwerpunktes. Die vorliegende Studie befasst sich ausschliesslich mit dem dritten Teil. Sie misst die Veränderungen in Unternehmen infolge von Inspektionsbesuchen, ermittelt förderliche Faktoren und Hindernisse für diese Besuche und untersucht, wie sich der Vollzugsschwerpunkt in die Interventionspraxis der Arbeitsinspektoren einfügt.

1.5 Programmtheorie, Kausalmodell und Forschungsfragen

Um die Wirkung der Betriebsbesuche der Arbeitsinspektion zum Schutz vor psychosozialen Risiken am Arbeitsplatz zu messen, ist es wichtig, das Zusammenwirken verschiedener in diesem Kontext bedeutsamer Faktoren zu klären. Es wird dabei beschrieben, auf welche Art und Weise die behördliche Massnahme, konkret die Arbeitsinspektion, wirken soll. Welche Probleme sollen gelöst werden? Welches sind die Zielgruppen, deren Verhalten geändert werden soll? Mit welchen Massnahmen soll Wirkung erzielt werden? Durch welche institutionellen Akteure sollen sie umgesetzt werden? Durch welche Mechanismen sollen sie Wirkung zeigen? Welche Ergebnisse werden erwartet? Die Antworten helfen, die gemessenen Ergebnisse zu interpretieren und zu erklären, weshalb eine spezifische Massnahme eine bestimmte Wirkung gezeigt hat.

Die dem Vollzugsschwerpunkt «Psychosoziale Risiken am Arbeitsplatz» zugrunde liegenden Annahmen werden neben dem genannten Gesamtkonzept[11] in mehreren Dokumenten beschrieben. Die Forscher der vorliegenden Studie stützten sich auf das Dossier des SECO für Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen[12] sowie auf eine Präsentation, die beim Netzwerk Psychische Gesundheit Schweiz NPG gehalten wurde.[13] Auf dieser Grundlage lässt sich die Programmtheorie wie folgt beschreiben:

Die Inspektoren und Inspektorinnen sprechen psychosoziale Risiken im Rahmen ihrer Inspektionsbesuche an, vorwiegend bei den ASA-Systemkontrollen. Sie sensibilisieren und informieren die Unternehmen

11 SECO, Vollzugsschwerpunkt, op. cit.
12 SECO, Psychosoziale Risiken, op. cit.
13 Vanis, M. (2017). Psychosoziale Risiken in der Arbeitsinspektion. Präsentation beim Netzwerk Psychische Gesundheit Schweiz, Bern, 30.11.2017.

über ihre gesetzliche Verantwortung, psychosoziale Risiken und deren Konsequenzen für die Gesundheit. Durch ihre Intervention sollen die Unternehmen zur Wahrnehmung ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren Mitarbeitenden und zur Ergreifung von gesundheitsfördernden Massnahmen veranlasst werden. Die Inspektoren und Inspektorinnen fördern bei ihren Ansprechpersonen ein grundlegendes Verständnis über psychosoziale Risiken und klären sie über die Voraussetzungen für den angemessenen Umgang mit diesen Risiken auf. Ziel ist es nicht, spezifische Massnahmen vorzuschreiben, sondern die Verantwortlichen davon zu überzeugen, dass es sinnvoll ist, aktiv zu werden. Wenn es allerdings offenkundig ist, dass psychosoziale Risiken vorliegen und die Verantwortlichen keine Notwendigkeit für deren Prävention sehen, kann es notwendig sein, Massnahmen oder sogar ein technisches Gutachten anzuordnen.

Um sich eine Vorstellung von der Situation im Unternehmen zu machen, befragen die Inspektoren und Inspektorinnen die Arbeitgebenden über ihr Engagement für die Gesundheit der Mitarbeitenden. Mithilfe offener Fragen erkunden sie, welche Prozesse und Massnahmen eingeführt wurden, um die Arbeitnehmenden vor Angriffen auf die persönliche Integrität (Diskriminierung, Belästigung usw.) zu schützen und um sicherzustellen, dass die Arbeitsanforderungen in einem angemessenen Verhältnis zu den Kapazitäten der Arbeitnehmenden stehen (Prävention von Stress, Überforderung oder im Gegenteil Eintönigkeit). Sie überprüfen, inwieweit psychosoziale Risiken in die ASA-Konzepte der Unternehmen integriert sind. Sie ermitteln Indikatoren, die auf psychosoziale Risiken hinweisen, indem sie zum Beispiel mit den Arbeitgebenden sprechen, HR-Daten prüfen, die Räumlichkeiten begehen und die Mitarbeitenden befragen.

Die Ermittlung der Risikofaktoren obliegt den Arbeitgebenden. Die Inspektoren und Inspektorinnen fordern eine solche Gefährdungsermittlung, wenn sich die Indizien für psychosoziale Beeinträchtigungen häufen. Sie beraten das Unternehmen und zeigen dabei, wie man psychosoziale Risiken ermitteln und die ersten Präventionsmassnahmen ergreifen kann. Sie informieren darüber, welche Fachstellen Unterstützung bieten können. Es ist hingegen nicht ihre Aufgabe, selbst eine Risikobeurteilung vorzunehmen. Und sie können im Fall von Konflikten auch nicht die Rolle des Schiedsrichters einnehmen.

Auf der Grundlage dieser Beschreibung, wie der Vollzugsschwerpunkt seine Wirksamkeit entfalten soll, haben wir ein Kausalmodell, d.h. eine Darstellung der angenommenen Beziehungen zwischen den zu untersuchenden Variablen, erarbeitet und uns dabei auf den Ansatz der so genannten «realistischen Evaluation» gestützt, der von Prof. RAY PAWSON der Universität Leeds in England[14] entwickelt wurde. Mit diesem Strömungsmodell soll

[14] Pawson, R., 2006. Evidence-Based Policy: A Realist Perspective. SAGE Publications.

der Prozess, mit dem eine behördliche Interventionsmassnahme Ergebnisse generiert, in Abhängigkeit vom Kontext und den Wirkmechanismen dargestellt werden. Der Begriff «Mechanismen» bezeichnet dabei unsichtbare Prozesse, die erklären, wie die Zielgruppen in einem gegebenen Kontext durch die Infrastruktur und die Ressourcen einer Intervention zur Fassung von Beschlüssen und zu spezifischen Verhaltensweisen veranlasst werden. Um zu verstehen, wie der Vollzugsschwerpunkt wirkt, muss man also den Kontext analysieren, in dem die Inspektoren und Inspektorinnen tätig sind, sowie die Mechanismen, durch welche die Inspektionsbesuche das Verhalten der Arbeitgebenden beeinflussen sollen.

Das Kausalmodell umfasst fünf Dimensionen, die in römischen Ziffern nummeriert sind:

I. Interventionsmassnahme, die im Rahmen der Studie untersucht wird: Die Forschung konzentriert sich auf systemorientierte Inspektionsbesuche, die kraft der EKAS Richtlinie 6508 über den Beizug von Arbeitsärzten und anderen Spezialisten der Arbeitssicherheit (so genannte ASA-Richtlinie) durchgeführt werden. Bei diesen Besuchen geht es darum, das im Unternehmen eingerichtete System zum Management von Sicherheit und Gesundheitsschutz zu prüfen. Die Inspektoren sprechen psychosoziale Risiken auch bei ihren Interventionen infolge von Beschwerden oder Problemmeldungen an. Hierbei handelt es sich um besonders heikle Situationen; nach Diskussion mit dem Vorstand des Interkantonalen Verbands für Arbeitnehmerschutz wurde dieser Kontrolltyp aus der Studie ausgeschlossen. Gleichwohl wurden manche dieser Interventionen infolge einer Anzeige, die mitunter als ASA-Besuche dargestellt werden, in die Studie eingeschlossen, ohne dass das Forscherteam notwendigerweise darüber informiert war.

II. Handlungsmechanismen: Gemäss der oben dargelegten Programmtheorie zielen die Inspektionsbesuche auf die Sensibilisierung der Arbeitgebenden und die Kontrolle der Managementverfahren in Bezug auf psychosoziale Risiken im Unternehmen ab. Grundsätzlich wären auch andere Mechanismen möglich – zum Beispiel Abschreckung und Sanktionen. Diese werden jedoch in den Dokumenten zum Vollzugsschwerpunkt nur in geringem Masse angesprochen.

III. Outcomes: Hierbei handelt es sich um die messbare Wirkung der Inspektionsbesuche auf die Arbeitgebenden. Zunächst einmal könnte man erwarten, dass die Arbeitgebenden vermehrt psychosoziale Risiken als solche wahrnehmen, zum Beispiel nachdem auf Verlangen der Inspektoren oder Inspektorinnen eine Gefährdungsermittlung durchgeführt wurde. Ausserdem dürften sich aufgrund der Sensibilisierung durch die Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen und der von ihnen abgegebenen Informationsmittel die Kompetenzen und die Bereitschaft zur Prävention psychosozialer Risiken bei den Arbeitgebenden verbessern. Schlussendlich dürften die Inspektionsbesuche die Unternehmen ebenfalls dazu veranlassen, zunehmend Massnahmen zum Schutz vor psychosozialen Risiken zu

ergreifen. Auch die Art dieser Massnahmen (z.B. individuelle versus organisatorische) lässt sich mit dem Ablauf der Inspektionsbesuche (z.B. je nach Art der Empfehlungen oder Forderungen der Inspektoren und Inspektorinnen) sowie mit Kontextfaktoren (z.B. sozial dominante Vorstellungen von den Ursachen psychosozialer Risiken und von den entsprechenden Präventionsmassnahmen) erklären. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Auswirkungen des Vollzugsschwerpunktes für die Arbeitnehmenden nicht untersucht werden, obwohl sie deren Endnutzniesser sind. De facto sind die Einflussfaktoren für die Gesundheit von Arbeitnehmenden zu zahlreich und ihre Wechselbeziehungen zu komplex, als dass sie in dieser Studie Berücksichtigung finden könnten.

IV. Unternehmensinterner Kontext: Die hier aufgeführten Elemente reflektieren die Einschätzung der Arbeitgebenden, wie sehr ihre Mitarbeitenden psychosozialen Risiken ausgesetzt sind. Zum unternehmensinternen Kontext gehören auch die Bereitschaft, sich der Thematik anzunehmen, und die Kompetenzen im Umgang damit (bereits bestehende Kompetenzen und Bereitschaft, bereits umgesetzte Massnahmen). Es handelt sich ebenfalls um Faktoren im Zusammenhang mit der Struktur und den betrieblichen Abläufen des Unternehmens. So zeigt etwa die wissenschaftliche Literatur, dass die Prävention psychosozialer Risiken umso ausgeprägter ist, je grösser das Unternehmen ist, je systematischer das Management von Sicherheit und Gesundheitsschutz betrieben wird und je mehr die Mitarbeitenden in Präventionsmassnahmen einbezogen sind. Man kann davon ausgehen, dass die Risikowahrnehmung ebenfalls von der Branche, der Finanzkraft eines Unternehmens, seiner Internationalität (multinational oder rein national) oder auch von den Verhältnissen im Bereich Personalmanagement (z.B. krankheitsbedingte Fehlzeiten und Personalfluktuation) abhängig ist.

V. Unternehmensexterner Kontext: Diese Faktoren betreffen das Umfeld, in dem die Unternehmen und die Inspektoren und Inspektorinnen tätig sind. Die Art und Weise, wie die Prävention psychosozialer Risiken im Gesetz geregelt ist, hat Einfluss auf den Umgang der verschiedenen Akteure mit der Thematik. Die Ressourcen, die Prioritäten und die Organisation der Arbeitsinspektorate haben Auswirkungen auf die Anzahl und den Typ der besuchten Unternehmen, die angesprochenen Themen usw. Je nach ihren Kompetenzen, ihrer Berufslaufbahn und ihren Interessenschwerpunkten unterscheiden sich die Inspektoren und Inspektorinnen wahrscheinlich in der Art und Weise, wie sie psychosoziale Risiken in ihre Inspektionsbesuche einbinden. Ausserdem kann man davon ausgehen, dass die Präventionaktivitäten der Arbeitgebenden auch von den Merkmalen ihrer Branche abhängen, zum Beispiel der Wettbewerbsintensität, Schwierigkeiten bei der Personalrekrutierung oder dem Handlungsspielraum gegenüber den Auftraggebern. Auch das von den Sozialpartnern an den Tag gelegte Interesse und das Engagement beeinflussen sicherlich die Arbeit der Inspektoren und Inspektorinnen sowie die Reaktionen der Unterneh-

men. Schlussendlich ist die Fähigkeit eines Arbeitgebenden zur Ergreifung von Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken wahrscheinlich teilweise auch davon abhängig, ob es Unterstützungsangebote von privaten Dienstleistern oder der öffentlichen Hand gibt.

(…)

Das Kausalmodell postuliert, dass die Kontextelemente (Rubriken IV und V) Einfluss darauf haben können, wie die Inspektoren und Inspektorinnen intervenieren, welche Massnahmen sie fordern und welche messbaren Ergebnisse in der Praxis erzielt werden. Umgekehrt könnte der Vollzugsschwerpunkt auch Auswirkungen auf bestimmte Kontextfaktoren wie etwa die Mitwirkung der Mitarbeitenden oder das Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz (ASGS), die von den kantonalen Arbeitsinspektoraten festgelegten Prioritäten, die Kompetenzen der Inspektoren und Inspektorinnen, die Einstellung der Sozialpartner oder auch das Unterstützungsangebot für Unternehmen haben. (…) Ausgehend von diesem Modell wurden die folgenden vier Forschungsfragen formuliert:

F1: Was ist der aktuelle wissenschaftliche Kenntnisstand zur Inspektion betreffend Schutz vor psychosozialen Risiken?

Bei dieser einleitenden Frage geht es um die fünf Dimensionen des Kausalmodells. Mit dieser Frage lässt sich die Studie im Rahmen der untersuchten Inspektionspraxis auf internationaler Ebene einordnen. Hierbei geht es darum, zu erfassen, welche Inspektionsansätze in Bezug auf psychosoziale Risiken in den Industrieländern entwickelt wurden und mit welchen Resultaten, und dies unter Berücksichtigung des Kontextes und der umgesetzten Handlungsmechanismen.

F2: Wie schätzen die Arbeitgebenden das Vorhandensein von psychosozialen Risiken ein und was wird zur Prävention getan?

Bei dieser Frage geht es um Rubrik «IV. Unternehmensinterner Kontext» im Kausalmodell. Will man die Wirkung von Inspektionsbesuchen verstehen, so muss man wissen, wie die Arbeitgebenden sich in Bezug auf die Prävention psychosozialer Risiken positionieren, wenn sie noch nicht besucht wurden. Hierzu wurden vier Unterfragen entwickelt:

a) Welchen psychosozialen Risiken sind die Mitarbeitenden aus Sicht der Arbeitgebenden ausgesetzt?
b) In welchem Masse hängt diese Wahrnehmung der Exposition gegenüber psychosozialen Risiken mit Faktoren zusammen, die mit der Struktur und den betrieblichen Abläufen des Unternehmens verknüpft sind?
c) Welche Arten von Massnahmen ergreifen die Unternehmen zur Prävention psychosozialer Risiken?
d) Wie hängen die betrieblichen Präventionsmassnahmen, die Einschätzung der Arbeitgebenden bezüglich vorhandener Risikofaktoren, die Struktur und die betrieblichen Abläufe des Unternehmens zusammen?

F3: Welche Auswirkungen haben Inspektionsbesuche auf die Wahrnehmungen und die Präventionsaktivitäten von Arbeitgebenden betreffend psychosoziale Risiken?

Das Hauptmotiv der Studie ist die Messung der Wirksamkeit des Vollzugsschwerpunktes. Bei dieser Frage geht es im Wesentlichen um Dimension III des Kausalmodells (Outcomes in Bezug auf die Prävention psychosozialer Risiken). Sie steht ebenfalls im Zusammenhang mit Dimension IV (unternehmensinterner Kontext), insofern als die Inspektionsbesuche nicht nur in Bezug auf psychosoziale Risiken Wirkung zeigen könnten, sondern ebenfalls beim Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz sowie der Mitwirkung der Arbeitnehmenden.

F4: Wie integrieren die Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen die psychosozialen Risiken in ihre berufliche Tätigkeit?

Wenn man versteht, wie die Inspektoren und Inspektorinnen bei ihrer Arbeit mit psychosozialen Risiken umgehen, hilft dies beim Verständnis und der Interpretation der Resultate von Inspektionsbesuchen. Gemäss der oben dargelegten Programmtheorie sind die Inspektoren und Inspektorinnen de facto die Haupttreiber von Veränderungen bei den Arbeitgebenden im Rahmen des Vollzugsschwerpunktes – und nicht die Berufsverbände, Gewerkschaften, ASA-Branchenlösungen oder Fachpersonen für Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. Mittels Interaktionen zwischen Inspektoren oder Inspektorinnen und Arbeitgebenden müssen Letztere dazu veranlasst werden, ihre Fürsorgepflicht in puncto Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz für ihre Mitarbeitenden wahrzunehmen. Generell zeigen Forschungsarbeiten über «Amtsträger der ersten Reihe» (das heisst Staatsbedienstete im direkten Kontakt mit der Öffentlichkeit), dass diese durch die Anwendung ihres Ermessensspielraums einen beträchtlichen Einfluss auf die Umsetzung behördlicher Massnahmen haben.[15]

Diese Frage wird durch zwei Unterfragen präzisiert:

a) Mit welchen Schwierigkeiten sind die Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen konfrontiert, wenn sie bei ihren Inspektionsbesuchen psychosoziale Risiken ansprechen?
b) Wie und mit welchen Ressourcen gehen sie mit diesen Schwierigkeiten um, um ihre Ziele zu erreichen?

Frage 4a befasst sich vorwiegend mit Kontextelementen, die den Dimensionen IV und V des Kausalmodells entsprechen. Frage 4b bezieht sich vornehmlich auf die Dimension II (Handlungsmechanismen).

In der Folge präsentiert der Bericht die Forschungsmethodologie (Kap. 2) und die Ergebnisse (Kap. 3). Als Schlussfolgerung werden in Kapitel 4 die Haupterkenntnisse der Studie zusammengefasst und mögliche

[15] Buffat, A. (2016), «La bureaucratie de guichet ou les défis des contacts avec les usagers du service public», in Giauque, D., Emery, Y. (Hrsg.), L'acteur et la bureaucratie au XXI^{e} siècle, Presses de l'Université de Laval, S. 141–167.

Stossrichtungen für die Weiterentwicklung der Prävention psychosozialer Risiken in schweizerischen Unternehmen vorgestellt.

2. Forschungsmethodologie

Die Wirkungsmessung des Vollzugsschwerpunktes wurde vom SECO in Zusammenarbeit mit Prof. DAVID GIAUQUE vom Institut für politische, historische und internationale Studien (IEPHI) der Universität Lausanne durchgeführt. Sie ist Gegenstand einer Doktorarbeit in Politik- und Sozialwissenschaften des Forschers des vorliegenden Berichts.

Die Studie stützt sich auf den Einsatz mehrerer Methoden: systematische Analyse der wissenschaftlichen Literatur, Erhebungen mittels Fragebogen, Beobachtungen vor Ort sowie Einzel- und Gruppengespräche. Die Entscheidung für eine gemischte Methodologie (Methodenmix) erklärt sich aus den mit der Studie verfolgten Zielen, d.h. einerseits der Wirkungsmessung – was einen quantitativen Ansatz erfordert – und andererseits dem Verstehen der Wirkprozesse – was die Erfassung von qualitativen Informationen erfordert. Der Schwerpunkt wurde vorrangig auf die Erfassung quantitativer Daten gelegt; der qualitative Studienteil und die Literaturanalyse wurden parallel dazu durchgeführt. (…).

2.1 Frage 1: systematische Analyse der wissenschaftlichen Literatur

Erhebung der Daten

Zur Beantwortung der ersten Frage betreffend die Erfahrungen auf internationaler Ebene wurde – basierend auf dem oben dargelegten realistischen Ansatz[16] – eine systematische Analyse der wissenschaftlichen Publikationen vorgenommen.

Zur Ermittlung relevanter Publikationen wurde eine Schlagwortliste erstellt, die dann zur Recherche nach entsprechenden Artikeln in den folgenden drei bibliographischen Datenbanken verwendet wurde: «Web of Science Core Collection» (auf Englisch, Französisch, Deutsch, Italienisch und Spanisch), MEDLINE (alle Sprachen) und Psycinfo (alle Sprachen). Die Recherche wurde auf die Jahre 2000 bis 2015 eingeschränkt; die Auswahl der Artikel erfolgte zwischen September und Dezember 2015.

Zusätzlich wurde eine ergänzende manuelle Recherche in den Bibliographien der ausgewählten Artikel, den Inhaltsverzeichnissen und Indizes von Fachzeitschriften, auf der Suchmaschine Google Scholar und durch direkte Kontaktaufnahme mit mehreren Forschern und Forscherinnen durchgeführt. Es wurden alle Publikationen aufgenommen, bei denen es direkt oder indirekt um die Tätigkeit von Arbeitsinspektoren und

[16] Das Vorgehen ist umfassend beschrieben in: Weissbrodt, R., Giauque, D., 2017. Labour inspections and the prevention of psychosocial risks at work: A realist synthesis. Safety Science 100, 110–124.

-inspektorinnen im Zusammenhang mit psychosozialen Risiken oder Stress bei der Arbeit geht.

Analyse der Daten

Der Inhalt der ausgewählten Artikel wurde mittels eines Datenextraktionsformulars zusammengefasst, das folgende Rubriken umfasst: Beschreibung der untersuchten Intervention, Kontext, Handlungsmechanismen und Wirkung. Der Inhalt einer jeden Rubrik wurde durch thematische Codierung in Unterkategorien gegliedert. Danach wurde berechnet, wie häufig die verschiedenen Codes erscheinen und anschliessend Kontingenztafeln erstellt, welche die Beziehungen unter diesen Codes untersuchen.

Wurden in einem Artikel die Outcomes einer Intervention dargelegt, so wurden sie entweder als positiv, eventuell positiv, gemischt oder gering bewertet. Zudem wurden sie ausgehend von einer Wirkskala mit 7 Stufen kategorisiert: 1) Änderung des Kenntnisstandes im Unternehmen, 2) Änderung der Einstellungen im Unternehmen, 3) Veränderungen bei den Anstrengungen des Unternehmens zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen, 4) Verbesserung der Sicherheit von Fertigungstechnologien und -prozessen, 5) Reduzierung der beruflichen Risikoexposition, 6) Rückgang der arbeitsbedingten Unfallzahlen und Gesundheitsbeeinträchtigungen, 7) Verbesserung des Gesundheitszustands (einschliesslich Rückgang der krankheitsbedingten Fehlzeiten)[17].

2.2 Frage 2: Einschätzung der Arbeitgebenden zum Vorhandensein psychosozialer Risiken im Unternehmen und Präventionsaktivitäten

Erhebung der Daten

Für die Fragen 2 und 3 stützte sich die Untersuchung auf den quantitativen Hauptteil der Studie. Hierzu wurde eine Befragung von zwei Gruppen von Unternehmen durchgeführt. In den Unternehmen der einen Gruppe wurde einige Tage danach eine Arbeitsinspektion durchgeführt, in der anderen Gruppe jedoch nicht. Ein Jahr später wurden die Unternehmen für eine zweite Befragung kontaktiert, um die Wirkung der Inspektionsbesuche zu messen. Zur Ermittlung der Wahrnehmungen und der Präventionaktivitäten der Arbeitgebenden (Forschungsfrage Nr. 2) wurden die Daten aus der ersten Befragung genutzt. Für die Messung der Wirkung des Vollzugsschwerpunktes (Forschungsfrage Nr. 3) diente der Vergleich der Antworten aus beiden Erhebungen als Grundlage.

---

[17] Hansen, T., Lidsmoes, L.C., Laursen, P., Mathiassen, L., Jensen, A.-M., Suhr Raby, C., et al., 2015. Psychosocial working environment: Workplace Inspection of the psychosocial working environment in the Nordic countries. Nordic Council of Ministers, Copenhagen. http://norden.divaportal.org/smash/get/diva2:795004/FULLTEXT01.pdf

Die Daten wurden mithilfe eines Fragebogens erhoben. Die Fragen richteten sich an die Person, die sich im Unternehmen am besten mit Fragen der Arbeitssicherheit und -gesundheit auskennt; in neun von zehn Fällen handelte es sich um eine Person aus der Geschäftsführung oder eine höhere Führungskraft. Es wurden zwei Optionen angeboten (telefonisch oder schriftlich), um die Ausschöpfungsquote zu maximieren. Die Beantwortung des Fragebogens dauerte ungefähr 30 Minuten. Die Erhebung mittels Fragebogen wurde von vier Interviewern mit Master in Humanwissenschaften, die für das SECO arbeiten, durchgeführt; sie wurden auf die Methodologie der Erhebung geschult und während der gesamten Studie betreut.

Der Fragebogen enthält fast 120 Fragen: 11 zum Unternehmen (Status, demographische Daten usw.) und zur Ansprechperson (Identität und Funktion), 10 zum Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, 3 zur formalen Vertretung der Mitarbeitenden in diesem Bereich, 19 zu den von den Ansprechpersonen wahrgenommenen psychosozialen Risikofaktoren, 51 zum Umgang mit psychosozialen Risiken, 8 zur wirtschaftlichen Situation und zu HR-Indikatoren und einige abschliessende Fragen. Die Teilnehmer konnten mit Nein, Eher nein, Eher ja oder Ja antworten. Bei 10 offenen Fragen konnten detailliertere Informationen erfasst werden. Zwei Drittel der Fragen wurden massgeschneidert erstellt, um die Wahrnehmungen der Arbeitgebenden und die von ihnen ergriffenen Massnahmen eingehend zu untersuchen. Der übrige Drittel wurde aus den europäischen Unternehmenserhebungen über neue und aufkommende Risiken (ESENER) von 2009 und 2014[18] sowie aus der französischen Erhebung «Conditions de travail» (Arbeitsbedingungen) von 2013[19] übernommen.

Der Fragebogen wurde durch professionelle Übersetzer übersetzt; die Fachbegriffe wurden durch SECO-Mitarbeitende geprüft, die auf Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz spezialisiert sind. Das Instrumentarium und das Vorgehen wurden in einer Pilotphase getestet. In diesem Rahmen wurde der Fragebogen bei 12 west- und deutschschweizerischen Unternehmen getestet; 9 waren von Inspektoren und Inspektorinnen vorgeschlagen worden, die einen Inspektionsbesuch dort planten, und die übrigen 3 wurden spontan durch das Forschungsteam kontaktiert. Der Fragebogen wurde den an der Pilotphase teilnehmenden Inspektoren und Inspektorinnen zur Durchsicht und allfälligen Kommentierung zugesendet.

---

18 Erhebungen der Europäischen Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz: www.osha.europa.eu.

19 Erhebung der französischen Direktion für Forschungsförderung, Studien und Statistik (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques): www.dares.travail-emploi.gouv.fr.

Im Verlauf der Befragung haben sich zahlreiche Befragte zu ihren Vorstellungen von der Prävention psychosozialer Risiken geäussert und so auch qualitative Informationen geliefert. Hierbei handelte es sich entweder um Antworten auf offene Fragen oder um spontane Kommentare. Diese Angaben wurden von den Interviewenden so vollständig wie möglich transkribiert. Sämtliche quantitativen und qualitativen Antworten wurden in der REDCap-Anwendung, einer sicheren internetbasierten Plattform für das Management von Forschungsdatenbanken[20], erfasst.

Auswahl der Stichprobe

Die Hälfte der Stichprobe bestand aus Unternehmen, die von Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen aus der ganzen Schweiz vorgeschlagen worden waren (Interventionsgruppe). Diese hatten das Forscherteam ungefähr ein Jahr lang im Voraus über alle von ihnen geplanten Inspektionsbesuche informiert, so dass die Unternehmen vor dem Besuch kontaktiert werden konnten. Die Stichprobe deckte die drei Hauptsprachregionen und die Mehrzahl der Wirtschaftsbranchen ab, wobei ein besonderer Schwerpunkt auf dem tertiären Sektor lag, in dem die Zielgruppen des Vollzugsschwerpunktes zu finden sind. Die andere Hälfte der Stichprobe bestand aus Unternehmen, die vom Forscherteam aus dem Betriebs- und Unternehmensregister des Bundes ausgewählt wurden (Kontrollgruppe); diese Teilstichprobe wurde so geschichtet, dass sie mit den besuchten Unternehmen im Hinblick auf die Branche, die Grösse, die Struktur (eine oder mehrere Niederlassungen) und die Zugehörigkeit zu einem internationalen Konzern (ja/nein) vergleichbar ist.

Analyse der Daten

Ausgehend von den Antworten auf die erste Befragung wurden mithilfe von Faktorenanalysen mehrere Messskalen erstellt. Diese Analysen, die mit der Software Stata[21] durchgeführt wurden, ergaben sieben Skalen (…).

Für jede Skala wurde ein Wertebereich von 0 bis 12 berechnet. Auf eine Abstufung, die an schulische Bewertungsskalen erinnert hätte (z.B. 1–6 oder 1–10), wurde absichtlich verzichtet, um Assoziationen mit guten, mittelmässigen oder ungenügenden Noten zu vermeiden. Solche Wertungen sind aufgrund der Studie nicht möglich. Hierzu wären Referenzwerte nötig, die definieren, was «gut», «mittelmässig» oder «unge-

[20] Harris, P.A., Taylor, R., Thielke, R., Payne, J., Gonzalez, N., Conde, J.G., 2009. Research electronic data capture (REDCap) – A metadata-driven methodology and workflow process for providing translational research informatics support. Journal of Biomedical Informatics 42, 377–381.

[21] StataCorp, 2015. Stata Statistical Software: Release 14. College Station, TX: StataCorp LP.

nügend» ist. Dazu hätten die Skalen dann zuvor auch bereits in anderen Unternehmenserhebungen genutzt worden sein müssen, damit Vergleiche möglich gewesen wären. Es wäre ebenfalls notwendig gewesen, Zusammenhänge zwischen den Ergebnissen und dem tatsächlichen Niveau des Gesundheits- und Sicherheitsmanagements in der betrieblichen Praxis zu belegen. Diese Skalen wurden jedoch spezifisch für die vorliegende Studie entwickelt und noch nicht in anderen Forschungsarbeiten verwendet. Aus diesem Grund werden die Ergebnisse nicht als absolute Werte, sondern ausschliesslich relativ verwendet, zum Beispiel für Vergleiche je nach Unternehmensgrösse.

Zur Analyse der Beziehungen zwischen der Art und Weise, wie die Ansprechpersonen die Exposition ihrer Mitarbeitenden gegenüber psychosozialen Risiken wahrnehmen (Expositionsskalen) einerseits, und den betrieblichen und strukturellen Variablen des Unternehmens andererseits wurde auf statistische Methoden der multiplen Regression zurückgegriffen. Bei den Präventionsskalen wurde gleichermassen vorgegangen (…).

Zusätzlich zu diesen quantitativen Analysen wurden die qualitativen Materialien (Kommentare der Ansprechpersonen und Antworten auf offene Fragen) transkribiert, strukturiert und ins Französische übersetzt (für die deutsch- und italienischsprachigen Unternehmen). Diese wurden dann mit der Software RQDA (R qualitative data analysis) thematisch kodiert. Durch die Analyse der Erscheinungshäufigkeit der verschiedenen Codes und anhand von Kommentarauszügen konnte ein Bild davon erstellt werden, welche Vorstellung die Befragten von der Prävention psychosozialer Risiken haben.

2.3 Frage 3: Wirkung der Inspektionsbesuche

Erhebung der Daten

Die Untersuchungen zu dieser Frage stützten sich auf die quantitativen Daten, die bei Unternehmen im Rahmen der ersten Erhebung und dann der zweiten ein Jahr später erhoben wurden. Beide Male wurde derselbe Fragebogen verwendet. Bei der zweiten Befragung wurden in den besuchten Unternehmen drei zusätzliche Fragen gestellt: sSie wurden gefragt, ob psychosoziale Risiken bei dem Besuch durch den Arbeitsinspektor oder die Arbeitsinspektorin angesprochen worden seien, ob sie durch den Besuch neue Erkenntnisse zu diesem Thema gewonnen hätten und ob sie veranlasst worden seien, Präventionsmassnahmen zu ergreifen.

Auswahl der Stichprobe

Die Stichprobe war dieselbe wie bei der Forschungsfrage Nr. 2, minus ein paar Unternehmen, die zwischen den beiden Befragungen den Betrieb eingestellt oder eine Teilnahme an der zweiten Erhebung abgelehnt hatten. Ein paar Abgänge sind auch darauf zurückzuführen, dass manche

Unternehmen der Kontrollgruppe zwischen den beiden Befragungen Inspektorenbesuch erhalten haben, obwohl dies für sie nicht hätte der Fall sein sollen.[22] Diese wurden aus den Analysen ausgeschlossen. Hatte ein Unternehmen Zweigniederlassungen in mehreren Kantonen, so wurden diese auch dann ausgeschlossen, wenn sie nicht selbst, sondern eine andere Niederlassung des Konzerns kontrolliert worden war. In solchen Unternehmen gibt es oft zentralisierte Prozesse für das Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz oder das Personalwesen; deshalb können die Schlussfolgerungen einer Inspektion in einer Zweigniederlassung an die Zentrale gehen und von dort aus Wirkung auf die anderen Niederlassungen entfalten. Dieses Phänomen hat übrigens auch bei der Zusammenstellung der Kontrollgruppe Schwierigkeiten bereitet. Mehrere Zielbranchen des Vollzugsschwerpunktes sind de facto durch eine starke Marktkonzentration gekennzeichnet, d.h., dass wenige grosse Unternehmen erhebliche Marktanteile halten (typischerweise im Einzelhandel, bei Banken und Versicherungen); da die Mehrzahl dieser Unternehmen während des Studienverlaufs Inspektionsbesuch erhielt, gestaltete es sich mitunter schwierig, ähnliche, aber nicht besuchte Unternehmen für die Kontrollgruppe zu finden.

(…)

Analyse der Daten

Die Analyse erfolgte anhand von neun Skalen, von denen sechs bereits zur Beantwortung der Forschungsfrage Nr. 2 verwendet worden waren: Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, Mitwirkung der Arbeitnehmenden, allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen und die drei Typen der wahrgenommenen Exposition. Mithilfe von Faktorenanalysen wurden zwei zusätzliche Skalen erstellt – eine für die Evaluation der Bereitschaft der Arbeitgebenden zur Prävention psychosozialer Risiken und eine andere zur Messung der diesbezüglichen Kompetenzen im Unternehmen. Zur Erstellung der Kompetenzskala wurden sechs Fragen verwendet, die bei der Untersuchung von Frage Nr. 2 bei der Skala «spezifisches Management von psychosozialen Risiken und Information» einbezogen worden waren (ausreichende Information über psychosoziale Risiken verfügbar, Nutzung von Dokumenten über psychosoziale Risiken, Schulungen zu psychosozialen Risiken für Arbeitnehmende und für Führungskräfte, Beizug von Spezialisten und Spezialistinnen für psychosoziale Risiken, Information der Arbeit-

[22] Es wurde darauf verzichtet, den 30 kantonalen und kommunalen Inspektoraten mitzuteilen, welche Unternehmen für die Kontrollgruppe ausgewählt worden waren. Dies hätte beachtlichen administrativen Mehraufwand bedeutet und nicht verhindert, dass einer dieser Betriebe, zum Beispiel wegen einer Anzeige, von einem Inspektor oder einer Inspektorin besucht wird. Die Auswahl der zu besuchenden Unternehmen ist kein Vorrecht des SECO, sondern der Inspektorate.

nehmenden über psychosoziale Risiken). Dementsprechend wurde letztere Skala von 17 auf 11 Fragen gekürzt und in «spezifisches Management von psychosozialen Risiken» umbenannt. Tabelle 4 führt die Fragen auf, mit denen die zwei zusätzlichen Skalen und die geänderte Skala erstellt wurden. Diese Änderungen wurden vorgenommen, um durch die Unterscheidung mehrerer Wirkungstypen eine möglichst feine Messung der Ergebnisse des Vollzugsschwerpunktes zu erreichen.

(…)

Die Wirkung der Inspektionsbesuche (unabhängige Variable) wurde auf jeder der neun Skalen mittels multipler Regressionsanalysen ermittelt. Anhand dieser Analysen liess sich für jedes bei der zweiten Befragung gemessene Ergebnis (abhängige Variable) die Wirkung des Inspektionsbesuchs unter Berücksichtigung des ursprünglichen Ergebnisses evaluieren. Es wurden dieselben Analysen mit Unterscheidung nach vier Unternehmenskategorien reproduziert: Unternehmen des tertiären Sektors mit weniger als 100 Arbeitnehmenden und mehr als 100 Arbeitnehmenden sowie dieselbe Unterscheidung für Unternehmen des sekundären Sektors (Industrie und Baugewerbe).

In ähnlicher Weise wurden schliesslich multiple Regressionsanalysen zur Evaluation des Einflusses der Inspektionsbesuche auf ungefähr zwanzig separat betrachtete Präventionsmassnahmen genutzt.

2.4 Frage 4: Inspektionstätigkeiten der Arbeitsinspektoren

Erhebung der Daten und Auswahl der Stichprobe

Die Untersuchung zur vierten Forschungsfrage stützt sich auf eine gemischte Methodologie (Methodenmix). Hierbei wurden die Inspektoren und Inspektorinnen befragt, die Inspektionstätigkeit beobachtet, individuelle Selbstkonfrontationsgespräche geführt und ein Erfahrungsaustausch durchgeführt.

Der an die Inspektoren und Inspektorinnen gerichtete Fragebogen ist mit der Haupterhebung bei den Unternehmen verknüpft. Für jeden Betrieb, der von einem Inspektor oder einer Inspektorin angekündigt und von den Forschern kontaktiert worden war, erhielt der Inspektor oder die Inspektorin einige Wochen nach dem Besuch im Unternehmen einen kurzen Onlinefragebogen. Hierbei wurden seine/ihre Eindrücke von den Ansprechpersonen und vom Ablauf des Inspektionsbesuchs erfasst. Der Fragebogen umfasste im Wesentlichen 12 Punkte mit Aussagen zur Einstellung der Ansprechpersonen, zum Inspektionsstil und zur Art der eventuell vom Unternehmen geforderten Massnahmen (…). Für jede Aussage musste der Inspektor oder die Inspektorin seinen/ihren Zustimmungsgrad auf einer Skala von 0 (trifft gar nicht zu) bis 100 (trifft völlig zu) angeben.

Der Fragebogen enthielt keine offenen Fragen über Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken, die bei Inspektionsbesuchen ge-

fordert wurden. Um dennoch Informationen hierüber einzuholen, wurde ein Erfahrungsaustausch mit zwanzig interessierten Inspektoren und Inspektorinnen organisiert. Dieser dauerte 1,5 Stunden und fand während der vom SECO organisierten Nationalen Tagung der Arbeitsinspektion am 28. Juni 2016 statt. Zunächst bat das Forscherteam die ungefähr 100 Teilnehmenden während des Plenumsteils der Tagung, mindestens zwei Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken zu notieren, die sie bei Inspektionsbesuchen empfohlen oder gefordert hatten. Diese Informationen wurden am Ende des Plenumsteils eingesammelt und je nach Art der angegebenen Massnahmen thematisch in vier Kategorien eingeteilt. Am Erfahrungsaustausch wurden die Teilnehmenden in vier Gruppen aufgeteilt, von denen jede eine Massnahmenkategorie erhielt und folgende Fragen beantworten sollte: Welche Gemeinsamkeiten bestehen zwischen den Massnahmen dieser Kategorie? Unter welchen Umständen sind sie sinnvoll? Welchen Nutzen bringen sie für die Unternehmen? Welche Wirkung können sie für die Prävention psychosozialer Risiken haben? Welche Hindernisse stehen ihrer Umsetzung entgegen? Die Antworten wurden dann diskutiert.

Schlussendlich wurde eine ergonomische Analyse der Inspektorenarbeit bei Inspektionsbesuchen durchgeführt. Auf die Beobachtungen folgte unmittelbar oder einige Tage später ein individuelles Selbstkonfrontationsgespräch. Dabei bat das Forscherteam den Inspektor oder die Inspektorin Auszüge aus den Beobachtungsnotizen zu kommentieren und sein/ihr Vorgehen zu erläutern, um nicht beobachtbare Dimensionen der Arbeit festhalten zu können. Zudem wurde ein Gesprächsleitfaden mit elf Fragen ausgearbeitet, welcher sich mit folgenden Themen befasste: Umstände, unter denen die Inspektoren und Inspektorinnen sich mit psychosozialen Risiken befassen, ihre Vorgehensweisen, die Art der im Unternehmen geforderten Massnahmen und welche Schwierigkeiten sie bei ihrer Tätigkeit erleben. Zu den Gesprächen wurden Notizen gemacht. Schlussendlich wurden die Inspektoren und Inspektorinnen gebeten, ihren Besuchsbericht an das Forscherteam zu übermitteln. Die Stichprobe wurde auf freiwilliger Grundlage zusammengestellt. Das Forscherteam hat die für Inspektionen verantwortlichen Personen gebeten, interessierte Inspektoren und Inspektorinnen zu melden; Parallel dazu wurden einige Personen, mit denen die Forscher bereits in Beziehung standen, kontaktiert. Dabei wurde versucht, eine gewisse Diversität im Hinblick auf die Sprachregionen, die ursprüngliche Ausbildung der Inspektoren und Inspektorinnen, ihre Erfahrung (Jahre) in diesem Berufsfeld und den Typ des kontrollierten Unternehmens widerzuspiegeln.

Analyse der Daten

Die Antworten aus dem Fragebogen wurden mit deskriptiven Statistiken und bivariaten Assoziationstests ausgewertet. Die von den Workshop-Teilnehmenden genannten Massnahmen wurden in Kategorien gegliedert und gezählt. Der Austausch während des Workshops wurde in einer Synthese zusammengefasst. Die Beobachtungsnotizen zur Inspektionstätigkeit, die Notizen zu Gesprächen mit Inspektoren und Inspektorinnen und die Inspektionsberichte wurden transkribiert und mit folgenden thematischen Codes versehen: Ziele der Inspektion, Ressourcen und Schwierigkeiten für die Inspektoren und Inspektorinnen, deren Kompetenzen und Strategien, die Wirkung der Inspektion auf das Unternehmen, Erschwernisse für die Inspektoren und Inspektorinnen (Müdigkeit, Stress usw.). Die deskriptiven Statistiken und die bivariaten Assoziationstests wurden mit der Software Stata ausgeführt.

(…)

3. Ergebnisse

Dieses Kapitel fasst die Ergebnisse der vier Forschungsfragen zusammen. Im Sinne einer einfachen Lektüre wird weder auf die statistischen Analysen noch auf die in der systematischen Analyse der wissenschaftlichen Literatur zitierten Autoren im Detail eingegangen. Diese Informationen finden sich in mehreren wissenschaftlichen Artikeln, die sich derzeit in der Evaluations- und Veröffentlichungsphase befinden.

3.1 Frage 1: systematische Analyse der wissenschaftlichen Literatur

Die Ergebnisse der systematischen Literaturanalyse wurden 2017 in der Zeitschrift Safety Science[23] veröffentlicht. Das vorliegende Kapitel liefert eine grobe Zusammenfassung davon. Nach Abschluss des Recherche- und Auswahlprozesses wurden 25 Publikationen in die Analyse einbezogen (24 englische und 1 französische). Drei Viertel davon datieren aus den Jahren 2010 bis 2015, die übrigen aus dem Zeitraum 2004 bis 2009. Fast die Hälfte stammt aus nordischen Ländern, ungefähr ein Drittel aus anderen europäischen Ländern und der Rest aus Australien oder Québec. Dies zeigt, dass die Berücksichtigung psychosozialer Risiken durch die öffentliche Hand und die Forschung in diesem Bereich eher jüngere Trends darstellen; sie haben sich in erster Linie in Europa, insbesondere in Skandinavien entwickelt. Lediglich drei Artikel stützen sich bei ihren Schlussfolgerungen auf die Analyse quantitativer Daten; die übrigen nutzen qualitative Daten oder basieren auf Expertenmeinungen. Zudem befassten sich nur fünf der analysierten Publikationen spezifisch mit der Evaluation der Wir-

[23] Weissbrodt und Giauque, op. cit.

kung behördlicher Interventionen im Bereich psychosoziale Risiken; dieses Forschungsthema steckt nach wie vor in den Kinderschuhen.

Kontext der Intervention der Arbeitsinspektoren

Die wissenschaftliche Literatur beschreibt in erster Linie das rechtliche, institutionelle und sozioökonomische Umfeld, in dem sich die Tätigkeit der Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen betreffend psychosoziale Risiken vollzieht. Man müsste übrigens den Plural verwenden und von «Umfeldern» sprechen, weil die Unterschiede zwischen den Ländern so zahlreich sind. Gemäss einem Bericht des (europäischen) Ausschusses hoher Arbeitsaufsichtsbeamter von 2012[24] müssen die Inspektionsmethoden betreffend psychosoziale Risiken an den nationalen Kontext angepasst sein. Aufgrund dieser Heterogenität ist eine Verallgemeinerung der lokal gemessenen Resultate nur in begrenztem Masse möglich. Gewisse Länder legen den Schwerpunkt vornehmlich auf die Prävention psychosozialer Risiken, andere auf Entschädigungen mittels eines Versicherungssystems; wieder andere setzen bevorzugt auf den Rechtsweg für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. In manchen Ländern kontrollieren die Inspektoren und Inspektorinnen vor allem die Managementprozesse für psychosoziale Risiken in den Unternehmen, wohingegen sie in anderen Ländern an der Risikobeurteilung mitwirken und bei den umzusetzenden Massnahmen beraten. Schlussendlich sind zwischen den Ländersystemen auch Unterschiede dahingehend festzustellen, ob sie eher auf Untersuchungen individueller Arbeitnehmerbeschwerden oder auf der Evaluation der Arbeitsorganisation und -gestaltung basieren. Die psychosozialen Dimensionen der Arbeitsumgebung bilden in den nordischen Ländern ein prioritäres Thema; in Dänemark und Finnland haben die Regierungen quantitative Stressreduktionsziele aufgestellt.[25] In mehreren skandinavischen Ländern evaluieren die Inspektoren und Inspektorinnen psychosoziale Risiken; gleichwohl scheint Dänemark das einzige Land zu sein, in welchem die Inspektoren und Inspektorinnen solche Evaluationen routinemässig vornehmen. Ausserdem sind diese Länder, im Vergleich mit dem Rest Europas, durch einen stark strukturierten Arbeitsmarkt und eine enge Zusammenarbeit zwischen Sozialpartnern und Regierung gekennzeichnet; psychosoziale Risiken sind Gegenstand unterschiedlicher Rahmenabkommen, mit denen die Prävention dieser Risiken in den Unternehmen verstärkt wird.

Über die oben genannten Unterschiede hinaus zeigt die wissenschaftliche Literatur gemeinsame Trends. So stellt ein Drittel der analysierten Publikationen fest, dass zahlreiche Länder keine spezifischen Geset-

24 SLIC, op. cit.
25 Hansen et al., op. cit.

zesbestimmungen für psychosoziale Risiken haben – und hierzu gehört auch die Schweiz. Gemäss manchen Autoren stellt dies jedoch kein grösseres Hindernis dar, insofern als psychosoziale Risiken durch allgemeine Klauseln zum Schutz der Arbeitnehmenden abgedeckt sind – zum Beispiel in der Schweiz durch Artikel 6 des Arbeitsgesetzes. Gemäss der Auffassung anderer hingegen steigt durch den Mangel an präzisen gesetzlichen Grundlagen das Risiko, dass Arbeitgebende Rechtsmittel gegen Entscheide von Inspektoren oder Inspektorinnen einlegen. Manche Autoren und Autorinnen erwähnen Widerstände vonseiten der Arbeitgebenden gegen Gesetzgebungsinitiativen zu psychosozialen Risiken oder Massnahmenschwerpunkten, die sich auf strukturelle oder organisatorische Ursachen psychosozialer Risiken beziehen.

Ein weiterer gemeinsamer Trend besteht in der schrittweisen Erweiterung des Interventionsfeldes der Behörden – eine Konsequenz aus der zunehmend komplexer werdenden Arbeitswelt. Während sich das staatliche Handeln ursprünglich auf die Prävention von Belästigungen und Gewalt fokussierte, pflegt es heute ein umfassenderes Verständnis psychosozialer Risiken, indem es zahlreiche Risikofaktoren (Arbeitszeiten, Kommunikation, geistige und emotionale Belastung, zeitliche Anforderungen usw.) einbezieht. Diese Entwicklung birgt auch für die Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen Schwierigkeiten. Sie haben häufig einen technischen Hintergrund und sind aufgrund ihrer ursprünglichen Ausbildung nur wenig mit psychosozialen Belangen vertraut. Aus diesem Grund haben sich zahlreiche Regierungen – mithilfe von Schulungen, Dokumenten und anderen Unterstützungsformen – um den diesbezüglichen Kompetenzaufbau bei Inspektoren und Inspektorinnen bemüht. Ausserdem sind Veränderungen beim Rekrutierungsprofil für die Arbeitsinspektion festzustellen – mit einer ausgeprägteren Ausrichtung auf akademische Profile und Qualifikationen in Humanwissenschaften. Bestimmte Autoren und Autorinnen sind der Auffassung, dass es angesichts der Veränderungen in der Arbeitswelt erforderlich ist, eine Strategie für eine stärkere Professionalisierung des Berufsstands zu entwickeln; dies wiederum erfordert eine Stärkung der Aus- und Weiterbildung und mehr Austausch zur Berufspraxis zwischen Inspektoren und Inspektorinnen.

Mehreren Autoren und Autorinnen zufolge sind psychosoziale Risiken eng mit dem sozioökonomischen Kontext verknüpft. Etliche Publikationen verweisen hierzu auf Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt (Zunahme prekärer Arbeitsverhältnisse, flexible Beschäftigungsformen und kleine Unternehmen) in zahlreichen Industrieländern (Deutschland, Australien, Frankreich, Norwegen, Québec, Vereinigtes Königreich, Schweden,

Europäische Union)[26], die zu einer Schwächung der Arbeitssicherheits- und -gesundheitssysteme führen und den Zugang zu Unternehmen für Inspektoren und Inspektorinnen erschweren.[27]

Die Ressourcen und die Unterstützung, die für die Arbeitsinspektorate zur Verfügung stehen, wurden in mehreren Studien untersucht. Artikel aus Schweden und Dänemark behandeln die politische Unterstützung, die den für Arbeitsgesundheit zuständigen Behörden in diesen Ländern zur Verfügung steht oder stand; diese Unterstützung manifestierte sich etwa in einer Zunahme der Personalressourcen in den Inspektoraten, zumindest über einen gewissen Zeitraum. Umgekehrt verweisen Publikationen aus verschiedenen Ländern auf ungenügende und sogar abnehmende Ressourcen, die den Inspektoren und Inspektorinnen eine angemessene Ausübung ihrer Arbeit in einem immer komplexeren Kontext erschweren. Die Autoren und Autorinnen sind sich übrigens einig, dass die Berücksichtigung psychosozialer Risiken die Ressourcen der Inspektorate zusätzlich belastet; de facto erfordert die Untersuchung dieser Risiken mehr Zeit und Aufwand als klassische physische Risiken.

Ein letztes Kontextelement betrifft die Merkmale der Unternehmen, die Inspektionsbesuche und im breiteren Sinne die Prävention psychosozialer Risiken erschweren oder vereinfachen können. Die am häufigsten genannten Bremsschuhe sind mangelnde Kenntnisse und Ressourcen, vor allem in kleinen Unternehmen. Es werden noch weitere Hindernisse in den analysierten Publikationen genannt, etwa Passivität oder Widerstand be-

---

26 Frick, K., 2014. The 50/50 implementation of Sweden's mandatory systematic work environment management. Policy Pract. Health Saf. 12, 23–46. Leka, S., Van Wassenhove, W., Jain, A., 2015. Is psychosocial risk prevention possible? Deconstructing common presumptions. Saf. Sci. 71, 61–67. Quinlan, M., 2007. Organisational restructuring/downsizing, OHS regulation and worker health and wellbeing. Int. J. Law Psychiat. 30, 385–399. Saksvik, P.Ø., Tvedt, S.D., NytrØ, K., Andersen, G.R., Andersen, T.K., Buvik, M.P., Torvatn, H., 2007. Developing criteria for healthy organizational change. Work Stress 21, 243–263; Stadler, P., Splittgerber, B., 2014. Psychosocial risks at work – an inspection campaign of the German labour authorities. ASU International. Toukas, D., Delichas, M., Toufekoula, C., Spyrouli, A., 2015. The role of labour inspectorates in tackling the psychosocial risks at work in Europe: problems and perspectives. Saf. Health Work. Walters, D., Johnstone, R., Frick, K., Quinlan, M., Baril-Gingras, G., Thébaud-Mony, A., 2011. Regulating Workplace Risks: A Comparative Study of Inspection Regimes in Times of Change. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK.

27 Eine Bilanz der Situation in der Schweiz, auf welche die Forscher in den Schlussfolgerungen zurückkommen, Vgl. Mattmann, M., Walther, U., Grank, J., und Marti, M. (2017). Die Entwicklung atypisch-prekärer Arbeitsverhältnisse in der Schweiz. SECO Publikation Arbeitsmarktpolitik No 48. https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsmarkt/Informationen_Arbeitsmarktforschung/entwicklung_atypisch_prekaererarbeitsverhaeltnisse.html.

stimmter Arbeitgebender in Bezug auf psychosoziale Risiken, mangelnde Bereitschaft oder Kompetenzen der Manager, organisatorische Veränderungen, eine Firmenkultur, die auf kurzfristige quantitative Ergebnisse abzielt – wohingegen das systematische Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz langfristige Investitionen braucht –, oder auch mangelnder Einbezug von Personalvertretern und -vertreterinnen oder ungenügende Zusammenarbeit mit Gewerkschaften. Umgekehrt wird die Prävention erleichtert, wenn die Firmenkultur hierfür günstig ist und wenn sie von der Geschäftsführung gefördert, von Personen mit Entscheidungsbefugnissen und einschlägigen Kompetenzen umgesetzt, in Zusammenarbeit mit den Mitarbeitenden durchgeführt und durch regelmässige Kommunikation unterstützt wird. Eine dänische Studie zeigt, dass die Wirkung von Inspektoren und Inspektorinnen grösser ist, wenn sich im Unternehmen eine Schlüsselperson bereits mit dem Thema auseinandergesetzt und Lösungen für die Prävention von psychosozialen Risiken angedacht hat und den Inspektionsbesuch dann nutzt, um diese umzusetzen.[28] Die wichtigsten Gründe für die Ergreifung von Massnahmen scheinen gesetzliche Verpflichtungen, Anforderungen von Kunden und der Wunsch zur Vermeidung von Imageschäden zu sein. Die Absicht, krankheitsbedingte Fehlzeiten zu reduzieren und die Produktivität zu verbessern, scheint dagegen nur eine marginale Rolle zu spielen, ebenso wie die Angst vor Strafen vonseiten der Arbeitsinspektion.

Mehreren Autoren und Autorinnen zufolge setzen Unternehmen bevorzugt auf individuelle und vor allem kurative Massnahmen – zulasten von Massnahmen der Primärprävention. Gemäss der europäischen Unternehmenserhebung über neue und aufkommende Risiken[29] nennen befragte Unternehmen am häufigsten Massnahmen wie die Organisation von Schulungen für die Mitarbeitenden und die Ernennung von Kontaktpersonen für den Fall von Problemen. Allerdings enthielten die analysierten Publikationen nur sehr wenige Informationen über die tatsächlich in der Praxis umgesetzten Präventionsmassnahmen.

Handlungsmechanismen

Die Handlungsmechanismen bezeichnen die Prozesse, über welche die Inspektionsbesuche ihre Wirkung entfalten sollen. Der in der wissen-

28 Starheim, L., 2014. Displacements in organisations' responses to the inspections of their psychosocial working environment, In: O. Broberg, N.F., P. Hasle, P.L. Jensen, A. Kabel, M.E. Larsen, T. Weller (Ed.), 11th International Symposium on Human Factors in Organisational Design and Management and 46th Annual Nordic Ergonomics Society, Copenhagen, pp. 573–579.

29 EU-OSHA (2012). Management of psychosocial risks at work: An analysis of the findings of the European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER). https://osha.europa.eu/en/node/6748/file_view.

schaftlichen Literatur am häufigsten belegte Mechanismus ist der Dialog zwischen Inspektoren oder Inspektorinnen und Arbeitgebenden, Arbeitnehmenden und Personalvertretern oder -vertreterinnen, d.h. im breiteren Sinne zwischen Behörden und Sozialpartnern. Die Verhandlungen zwischen Inspektoren und Inspektorinnen und den Geschäftsführenden spielen eine zentrale Rolle für die Entwicklung eines gemeinsamen Verständnisses psychosozialer Risiken. Die Inspektoren und Inspektorinnen bemühen sich, eine positive Dynamik zu schaffen, indem sie in den verschiedenen Bereichen des Unternehmens Informationen verteilen. Sie sensibilisieren die Arbeitgebenden, informieren sie, tragen zur Weiterentwicklung ihrer Kompetenzen bei und fördern eine freiwillige Umsetzung der gesetzlichen Bestimmungen. Hierzu geben sie Ratschläge, verteilen Dokumente und Hilfsmittel; sie können ebenfalls den Beizug von Dienstleistern empfehlen oder vorschreiben. Die Inspektoren und Inspektorinnen streben häufig eine langfristige Verbesserung und weniger eine nur auf kurze Sicht angelegte Konformität an, was bedingt, dass die Unternehmen mehrfach besucht werden müssen. Die Inspektoren und Inspektorinnen nutzen zeitgebundene Strategien, indem sie zum Beispiel den Arbeitgebenden Zeit geben, ihre Forderungen zu verinnerlichen und umzusetzen und dabei gleichzeitig den Druck zugunsten einer tatsächlichen Umsetzung erhöhen. Gemäss den analysierten Studien greifen die Inspektoren und Inspektorinnen indessen nur selten auf Abschreckung und einen direktiven Inspektionsstil zurück; für gewisse Autoren und Autorinnen hat Abschreckung gleichwohl positive Effekte.

Schlussendlich vermerken zahlreiche Publikationen, dass sich die Behörden eher auf die Kontrolle der Managementprozesse im Bereich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz konzentrieren und nicht auf den substantiellen Inhalt (d.h. die Risiken und die eingeführten Massnahmen). Mehrere Autoren und Autorinnen äussern sich kritisch über diesen auf Managementsystemen beruhenden Ansatz; de facto birgt er das Risiko einer formalen Konformität, die Mankos in der Praxis verschleiert.[30]

Wirkung der behördlichen Intervention auf die psychosozialen Risiken

Von den 25 Publikationen enthielten 18 Angaben zur Wirkung der untersuchten Interventionen. Davon ergaben 4 positive Auswirkungen, 2 eventuell positive Auswirkungen, 4 gemischte Resultate und 8 geringe oder keine Wirkung. Dabei ist im Hinterkopf zu behalten, dass nur einige wenige Studien sich bei ihren Schlussfolgerungen auf quantitative Daten stützen. Die Wirkung von Inspektionen scheint von ihrem Kontext und den

[30] Walters, D., Johnstone, R., Frick, K., Quinlan, M., Baril-Gingras, G., Thébaud-Mony, A., 2011. Regulating workplace risks: A comparative study of inspection regimes in times of change. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK.

umgesetzten Handlungsmechanismen abzuhängen. Diesbezüglich ergeben sich aus der wissenschaftlichen Literatur zwei grosse «Konstellationen»; eine ist mit positiven Resultaten assoziiert, die andere nicht.

Zunächst einmal zeigen Studien, die in nordischen Ländern mit ihren stark strukturierten Sozialpartnerschaften durchgeführt wurden, positive Ergebnisse, insbesondere in Dänemark und Norwegen[31]. Die Inspektoren und Inspektorinnen stützen ihre Intervention hier auf einen Dialog mit den Arbeitgebenden, Gruppengespräche mit Arbeitnehmenden, wiederholte Besuche und die Kombination von Betriebskontrollen und anderen Kommunikations- und Informationskanälen. Die Mitwirkung der Mitarbeitenden ist sehr gut entwickelt; die Unternehmen müssen Arbeitnehmervertreter und -vertreterinnen für Belange der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes haben, und die Sozialpartner können Abkommen über die Arbeitsumgebung abschliessen. Gemäss den allgemeinen Klauseln über Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz müssen die Arbeitgebenden die psychosozialen Risiken evaluieren, einen Aktionsplan entwickeln und Experten oder Expertinnen beiziehen, wenn es ihnen an Kenntnissen mangelt. Ergänzend wurden für bestimmte Problemstellungen (z.B. Belästigung) spezifische gesetzliche Bestimmungen erlassen. Psychosoziale Risiken sind in allen nordischen Ländern ein prioritäres Thema. Die Inspektionen sind primär auf die Risikofaktoren ausgerichtet, d.h., dass der Schwerpunkt auf die Dimensionen der Arbeitsumgebung gelegt wird, die gemäss der wissenschaftlichen Forschung erwiesenermassen Probleme für die Gesundheit darstellen, wie zum Beispiel Zeitdruck, Mobbing, Gewalt, atypische Arbeitszeiten usw. Prioritär kontrolliert werden hier das Gesundheits-, das Sozial- und das Bildungswesen sowie die öffentliche Verwaltung. Für die Inspektoren und Inspektorinnen werden Grund- und Weiterbildungen betreffend psychosoziale Risiken angeboten; spezialisierte Inspektoren und Inspektorinnen, die mitunter in Expertennetzwerken organisiert sind, beraten ihre weniger erfahrenen Kollegen und Kolleginnen. Schlussendlich haben die Behörden Leitlinien, Checklisten und strukturierte Leitfäden für Interviews mit den Arbeitnehmenden erstellt. Es wurden auch Onlinefragebögen konzipiert; in bestimmten Fällen nutzen die Inspektoren und Inspektorinnen diese, um wahrgenommene Belastungen einer zufälligen Stichprobe von Beschäftigten zu erheben und zu quantifizieren. Trotz dieser verschiedenen Initiativen berichten mehrere Autoren und Autorinnen, dass psychosoziale Risiken bei Inspektionsbesuchen nach wie vor eher ein Randthema darstellen; nur zwischen 1% und 16% der von Inspektoren und Inspektorinnen geforderten Massnahmen entfallen auf Forderungen nach Verbesserungen in diesem Bereich.

Eine zweite Reihe von Arbeiten zeigt, dass im Kontext zunehmender Flexibilität und Prekarität der Arbeit Interventionsstrategien, die auf

31 Hansen et al., op. cit.

der Sensibilisierung von Unternehmen basieren, eine eher begrenzte Wirkung haben. Dieser Ansatz findet sich insbesondere in einer Publikation, die sich angesichts der aktuellen Entwicklungen in der Arbeitswelt mit vorhandenen Inspektionssystemen auseinandersetzt.[32] Das Autorenteam dieser Publikation präsentiert eine kritische Evaluation der politischen Ansätze im Bereich Sicherheit und Arbeitsgesundheit von Australien, Frankreich, Québec, Schweden und dem Vereinigten Königreich. Hier werden mehrere Massnahmen kombiniert, zum Beispiel Inspektionsbesuche, die Förderung von Managementsystemen für Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit (einschliesslich psychosozialer Risiken) und alternative Methoden für Unternehmen, die mit herkömmlichen Kontrollmitteln nur schwer zu erreichen sind (zum Beispiel kleine Unternehmen am unteren Ende der Untervergabe- und Beschaffungskette). Die Bedeutung der Inspektionsbesuche wird durch verschiedene Fallstudien belegt. Es gibt hingegen nur wenige Belege für die Wirksamkeit von Förderstrategien und Initiativen, mit denen schwer zu erreichende Unternehmen angesprochen werden sollen. Gemäss diesem Autorenteam ist die Wirksamkeit des Ansatzes, der auf Managementsysteme für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz setzt, noch nicht eindeutig erwiesen. Sie meinen, dass die Behörden in den fünf untersuchten Ländern keine ausreichend klare Herangehensweise umgesetzt und auch keine ausreichenden Mittel eingesetzt haben, damit der «Systemansatz» tatsächlich Früchte tragen könnte. Ihnen zufolge müssten die Inspektoren und Inspektorinnen den Schwerpunkt stärker auf den substantiellen Arbeitsinhalt als auf die Kontrolle von Managementverfahren legen. Die Behörden müssten ebenfalls Massnahmen einführen, um die Mitwirkung der Arbeitnehmenden bei der Prävention beruflicher Risiken zu steigern und Strategien zu entwickeln, mit denen sich die Konsequenzen der Veränderungen in der Arbeitswelt bewältigen lassen.

Zusammengefasst ergeben die wissenschaftlichen Publikationen ein uneinheitliches Bild betreffend die Wirkung von Inspektionen im Bereich psychosoziale Risiken. Positive Effekte scheinen möglich, sofern sich der Kontext dafür eignet und entsprechende Aus- und Weiterbildungen der Inspektoren und Inspektorinnen und adäquate Ressourcen gegeben sind. Den Inspektoren und Inspektorinnen gelingt es recht gut, die Arbeitgebenden während ihrer Inspektionsbesuche zu überzeugen, aber auf makroökonomischer Ebene scheint die Präventionspolitik ihre Ziele nicht zu erreichen. Eine mögliche Erklärung könnte sein, dass die Inspektoren und Inspektorinnen nur einen Bruchteil der Unternehmen kontrollieren können – und vielleicht gerade nicht diejenigen, wo die Arbeitsbedingungen am miserabelsten sind. In jedem Fall sind die Daten, anhand derer sich die Wirksamkeit von Inspektionen evaluieren lässt, nach wie vor sehr begrenzt, was den Nutzen der durch das SECO durchgeführten Studie bestätigt.

[32] Walters et al., op. cit.

3.2 Frage 2: Wahrnehmungen und Präventionsaktivitäten der Arbeitgebenden

Die Untersuchung dieser Frage stützt sich auf die erste Erhebung mittels Fragebogen. Die Darstellung der Ergebnisse erfolgt nach den 4 Unterfragen wie oben erwähnt. Es geht, wie bereits ausgeführt, darum, zu ermitteln, wie die Arbeitgebenden die Exposition ihrer Mitarbeitenden gegenüber psychosozialen Risiken wahrnehmen, welche Faktoren im Zusammenhang mit der Struktur und den betrieblichen Abläufen der Unternehmen mit diesen Wahrnehmungen verknüpft sind, welche Massnahmen die Unternehmen ergreifen und mit welchen Faktoren diese assoziiert sind. Die Ergebnisse werden in einer wissenschaftlichen Publikation in der Zeitschrift Relations Industrielles/Industrial Relations[33] besprochen. (…)

Von 692 kontaktierten Betrieben erklärten sich 404 zur Teilnahme bereit (Ausschöpfungsquote: 58,4%). Bei der Stichprobe entfielen 11,4% auf Mikrounternehmen (1–9 Arbeitnehmende), 42,6% auf Unternehmen mit 10–99 Beschäftigten und 46,0% auf Unternehmen ab 100 Beschäftigten. 36,1% sind Dienstleistungsunternehmen (Banken, Versicherungen usw.), 26,5% Betriebe aus dem Handel, der Hotellerie/Gastronomie und der Transportbranche, 19,3% Unternehmen aus der Industrie und dem Baugewerbe, 13,4% aus dem Gesundheits- und Sozialwesen und 4,7% aus dem Bereich öffentliche Verwaltung und Bildung/Lehre (einschliesslich Privatschulen). Diese Zahlen spiegeln die Verteilung der von Inspektoren und Inspektorinnen besuchten Unternehmen während des Studienzeitraums wider, nicht aber das schweizerische Wirtschaftsgefüge, das insbesondere einen grossen Anteil Klein- und Kleinstunternehmen umfasst.

Wahrnehmungen der Arbeitgebenden betreffend die Exposition ihrer Mitarbeitenden gegenüber psychosozialen Risiken

Die Faktorenanalysen ergaben drei Expositionskomplexe (…). Die befragten Arbeitgebenden sind der Auffassung, dass Stress aufgrund von Zeitdruck und Arbeitsbelastung das bedeutendste psychosoziale Risiko ist, dem ihre Mitarbeitenden ausgesetzt sind (Median von 6,7 auf einer 12-Punkte-Skala). Angriffe auf die persönliche Integrität wie Belästigung, Diskriminierung, Gewalt usw. halten sie für eine Randerscheinung (Median: 1,0 von 12). Die übrigen Risikofaktoren (belastende Arbeitszeiten, schwierige Kunden, mangelhafte Kommunikation, Arbeitsplatzunsicherheit, Schwierigkeiten, eine gute [hochqualitative] Arbeit zu erbringen, usw.) befinden sich im Mittelfeld (Median: 3,4 von 12). Eine ähnliche Ab-

---

33 Weissbrodt, R., Arial, M., Graf, M., Ben Jemia, T., Villaret D'Anna C., & Giauque, D. (2018). Prévenir les risques psychosociaux : étude exploratoire des perceptions et pratiques des employeurs. Relations industrielles/Industrial relations, 73(1), 174–203.

stufung findet sich in Erhebungen bei Arbeitnehmenden, zum Beispiel in der Schweizerischen Gesundheitsbefragung[34]; es scheint hier somit Übereinstimmung zwischen den Wahrnehmungen von Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zu geben.

(…)

Zusammenhänge zwischen wahrgenommenen Risiken und Faktoren, welche die Struktur und die betrieblichen Abläufe des Unternehmens betreffen

Die multiplen Regressionsanalysen zeigen statistisch signifikante Beziehungen zwischen der Wahrnehmung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, und der Struktur des Unternehmens (Grösse, Branche, Zugehörigkeit zu einem internationalen Konzern, wirtschaftliche Lage, HR-Indikatoren, Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz).

Grösse der Unternehmen

Verglichen mit Unternehmen mit 10 bis 99 Arbeitnehmenden erwähnen die Befragten in Mikrounternehmen (1–9 Beschäftigte) eine deutlich geringere Stressexposition aufgrund der Arbeitsbelastung (durchschnittlich fast 3 Punkte weniger auf einer Skala von 12) und eine leicht geringere Exposition gegenüber «anderen psychosozialen Risikofaktoren» (–0,8 Punkte). Bei dem Risiko von Angriffen auf die persönliche Identität hingegen gibt es keinen signifikanten Unterschied. Unternehmen, mit mehr als 100 Beschäftigten haben leicht höhere Werte auf den drei Skalen der wahrgenommenen Exposition (durchschnittlich 0,81 Punkte mehr auf der Skala «Stress/Arbeitsbelastung», 0,60 Punkte mehr auf der Skala «Angriffe auf die persönliche Integrität» und 0,77 Punkte mehr auf der Skala «andere psychosoziale Risikofaktoren»). Diese Daten weisen Kohärenz mit Erhebungen bei Arbeitnehmenden[35] auf. Dies bedeutet jedoch nicht, dass psychosoziale Risiken kleine Unternehmen nicht betreffen würden.[36]

Branche

Bei der «wahrgenommenen Exposition gegenüber Stress/Arbeitsbelastung» sind keine signifikanten Branchenunterschiede festzustellen. Der komplexe Charakter des Konzepts Stress und die allgemeine Intensivierung der Arbeit erklären wahrscheinlich, dass Unternehmen aus ver-

34 Krieger et al., Ausgewählte Ergebnisse…, op. cit.

35 Krieger et al, Sechste Europäische Erhebung…, op. cit.

36 Pour un point sur le stress dans les très petites entreprises, voir Loriol, M., & Sall, D. (2014). La gestion du stress dans les TPE. La Revue des Conditions de Travail, ANACT, 1(1), 56–63.

schiedenen Sektoren sich von diesem Phänomen betroffen fühlen. Es gibt jedoch eine Assoziation zwischen der Branche und der «wahrgenommenen Exposition gegenüber Angriffen auf die Integrität»: Der sekundäre Sektor und die Gruppe «Handel, Hotellerie/Gastronomie, Transport» haben um 0,5 bis 0,8 Punkte niedrigere Werte als Dienstleistungsunternehmen (Banken, Versicherungen, Ingenieurs- oder Architekturbüros usw.). Der Wert der «wahrgenommenen Exposition gegenüber anderen psychosozialen Risikofaktoren» ist in den Gruppen «Handel, Hotellerie/Gastronomie, Transport», «Verwaltung, öffentliche/private Bildung» und «Gesundheits- und Sozialwesen» im Verhältnis zu Dienstleistungsunternehmen tendenziell höher (0,6 bis 1,4 Punkte). (…)

Zum Vergleich: Gemäss der Schweizerischen Gesundheitsbefragung[37] gibt es bei der Häufigkeit der von den Arbeitnehmenden genannten psychosozialen Belastungen fast keine statistisch signifikanten Branchenunterschiede; nur der Sektor «Hotellerie/Gastronomie» hebt sich durch signifikant höhere Werte ab. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es bei der vorliegenden Studie nicht um die Ermittlung von Branchenunterschieden ging; die Zusammensetzung der Stichprobe ermöglicht keine Verallgemeinerung dieser Ergebnisse für das schweizerische Wirtschaftsgefüge insgesamt.

Wirtschafts- und HR-Indikatoren

Unternehmen mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten haben um 0,4–0,7 Punkte höhere Werte auf den Skalen für «Angriffe auf die Integrität» und «andere Risikofaktoren», nicht aber für «Stress aufgrund der Arbeitsbelastung». Die Arbeitgebenden, die eine Exposition gegenüber Stress und «anderen psychosozialen Risikofaktoren» nennen, berichten tendenziell von einer höheren Personalfluktuation und grösseren Rekrutierungsproblemen als die anderen (zwischen 0,8 und 1,4 Punkte).

Weitere Merkmale

Die Zugehörigkeit zu einem internationalen Konzern ist mit einer leicht niedrigeren wahrgenommenen Exposition gegenüber Angriffen auf die Integrität (–0,5 Punkte) assoziiert, und dies unabhängig von der Grösse, der Branche und den übrigen einbezogenen Variablen. Dies lässt sich nicht aus den Daten oder der wissenschaftlichen Literatur erklären.

Schlussendlich ist festzustellen, dass die Exposition gegenüber dem Risiko von Angriffen auf die Integrität in Unternehmen mit guten Ergebnissen auf der Skala für das Arbeitssicherheit- und Gesundheits-

[37] Krieger et al., Ausgewählte Ergebnisse…, op. cit.; Marquis, J.F. (2014). Arbeit und Gesundheit: Ergebnisse der Schweizerischen Gesundheitsbefragung 2012. BFS Aktuell. Neuchâtel: Bundesamt für Statistik.

Management als höher angesehen wird: Eine Zunahme um 1 Punkt auf der Managementskala entspricht einer Zunahme von 0,1 Punkten auf der Expositionsskala (und umgekehrt). Dieses Ergebnis lässt sich möglicherweise durch einen Sensibilisierungseffekt für diese Probleme erklären. In Unternehmen mit einem gut entwickelten Managementsystem für berufliche Risiken sind die Kompetenzen im Bereich Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz in der Regel grösser; ein Managementsystem dieses Typs bildet im Übrigen ein günstiges Terrain für formale Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken, die häufig das Risiko von Angriffen auf die Integrität betreffen. Bestimmte Befragte haben ebenfalls angegeben, dass sie konkrete Fälle von Belästigung oder Gewalt veranlasst hätten, sich strukturierter mit der Prävention von beruflichen Risiken zu befassen.

Arten der Massnahmen, die von Unternehmen zur Prävention psychosozialer Risiken eingeführt wurden

Die Kategorie «spezifisches Management von psychosozialen Risiken und Information» umfasst die Vorkehrungen, die vorwiegend der Definition einer Unternehmenspolitik und interner Prozesse sowie der Information von Führungskräften und Personal hierüber entspricht. Der Schwerpunkt liegt vor allem auf der Unterstützung der mit Problemsituationen konfrontierten Personen – durch Beratung, Information, ein offenes Ohr und Verfahren bei konkreten Vorkommnissen. Die von diesen Verfahren erfassten Fälle betreffen in erster Linie Angriffe auf die Integrität (Mobbing oder sexuelle Belästigung, Konflikte, Gewalt oder traumatisierendes Erlebnis). Die Kommentare der Befragten bestätigen diesen weitgehend eher individuell und zwischenmenschlich orientierten anstatt organisatorischen Ansatz bei der Prävention psychosozialer Risiken.

Die Kategorie «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen» umfasst Massnahmen zur Arbeitsorganisation und -gestaltung. Sie haben mehrheitlich eine kollektive Reichweite. Durch sie können die Ressourcen der Beschäftigten für die Bewältigung beruflicher Belastungen gesteigert werden, womit sie Auswirkungen auf die tatsächliche Arbeitstätigkeit haben können.

Gemäss den Faktorenanalysen haben zwei Variablen schliesslich einen besonderen Status: die Flexibilität der Arbeitszeiten und die Erfassung der Arbeitszeit. Diese beiden sehr häufigen Massnahmen haben weder einen statistischen Zusammenhang mit dem Ergebnis auf der Skala «spezifisches Management von psychosozialen Risiken und Information» noch mit dem auf der Skala «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen». Beide können jedoch zur Gesundheit der Beschäftigten beitragen, da sie die Erreichung einer guten Work-Life-Balance und die Kontrolle betreffend die Einhaltung von gesetzlichen Arbeitszeitbestimmungen erleichtern. Möglicherweise sehen die befragten Arbeitgebenden flexible Arbeitszeiten eher als Mittel zur Anpassung des Personalbestands an den Produk-

tionsbedarf und die Erfassung der Arbeitszeiten als Verwaltungsformalität an, anstatt diese als Präventionsmassnahmen zu erachten.

Zusammenhänge zwischen Präventionsmassnahmen, der Wahrnehmung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, und Faktoren, welche die Struktur und die betrieblichen Abläufe des Unternehmens betreffen

Die Studie zeigt, dass es nicht ausreicht, sich eines Risikos bewusst zu sein, damit Verbesserungsmassnahmen umgesetzt werden. Das Gefühl, dass die Beschäftigten psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, scheint zweitrangig zu sein. Die Prävention spiegelt vor allem die Grösse des Unternehmens, die Branche, das allgemeine Niveau in Sachen Arbeitssicherheit- und Gesundheitsmanagement und den Mitwirkungsgrad der Mitarbeitenden wider.

(…)

Wahrnehmung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind

Die Zusammenhänge zwischen der Wahrnehmung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, und den Massnahmen zur Prävention sind gering. Manche Arbeitgebende handeln, obwohl sie die Exposition gering einstufen. Andere geben an, dass ihre Mitarbeitenden zahlreichen psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, ergreifen aber wenige Massnahmen. Eine Ausnahme bildet die Einschätzung, dass Mitarbeitende Angriffen auf die persönliche Integrität ausgesetzt sind. In diesem Fall gibt es einen signifikanten Zusammenhang zwischen der wahrgenommenen Exposition gegenüber solchen Persönlichkeitsverletzungen und Massnahmen zum «spezifischen Management von psychosozialen Risiken und Information». Einer Zunahme um 1 Punkt auf der Expositionsskala entspricht einer Zunahme um 0,2 Punkte auf der Präventionsskala. Bei den «anderen psychosozialen Risikofaktoren» wie zum Beispiel Stress gibt es dagegen keinen signifikanten Zusammenhang mit den Präventionsmassnahmen. Das Fehlen eines Zusammenhangs zwischen der Einschätzung, dass Mitarbeitende psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, und den Massnahmen zur Prävention lässt vermuten, dass keine systematische Prävention betrieben wird. Während in zahlreichen Ländern die Ermittlung von psychosozialen Risikofaktoren (Gefährdungsermittlung) und die Ableitung passender Massnahmen Kernstück der Prävention sind, scheint diese Vorgehenspraxis bei psychosozialen Risiken in der Schweiz noch wenig verbreitet zu sein.

Anhand der qualitativen Daten konnten mehrere Fälle unterschieden werden, in denen die Unternehmen sich für exponiert halten, aber wenig handeln: Bestimmten Arbeitgebenden fehlt es an der Bereitschaft zu handeln, anderen an den Mitteln, wieder andere meinen, dass psychosozia-

le Risiken in erster Linie private Probleme sind, und manche regeln diese Risiken eher informell anstatt durch strukturierte Präventionsmassnahmen. Bei denjenigen, die trotz der Einschätzung, dass ihre Mitarbeitenden nur im geringen Mass psychosozialen Risiken ausgesetzt sind, aktiv werden, handelt es sich vorwiegend um Geschäftsführende von grossen Dienstleistungsunternehmen mit einer gut entwickelten HR-Politik.

Auch bei den Massnahmen zur «allgemeinen Verbesserung der Arbeitsbedingungen» gibt es keinen signifikanten Zusammenhang mit der Einschätzung der Arbeitgebenden, wie sehr ihre Mitarbeitenden psychosozialen Risiken ausgesetzt sind. Die Kommentare der Befragten zeigen, dass Massnahmen zur allgemeinen Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Unternehmen verbreiteter sind als spezifische Managementmassnahmen zum Schutz vor psychosozialen Risiken (…). Allgemeine Verbesserungen der Arbeitsbedingungen werden nicht prioritär zum Schutz der Gesundheit vor psychosozialen Risiken ergriffen, sondern im Bestreben um eine kontinuierliche Verbesserung oder aus operativen Gründen. Dabei ist gleichwohl zu berücksichtigen, dass eine der Variablen dieser Skala – die Umsetzung von organisatorischen Massnahmen zur Minderung des Drucks – signifikant mit dem Ergebnis auf der Skala «Stress/Arbeitsbelastung» assoziiert ist. Abgesehen von dieser Ausnahme scheinen die befragten Unternehmen jedoch keine Verbindung zwischen der Prävention psychosozialer Risiken und materiellen oder organisatorischen Massnahmen herzustellen. Für etliche Autoren und Autorinnen der einschlägigen Literatur erfordert die Verbesserung der psychischen Gesundheit am Arbeitsplatz eine Veränderung der Bedingungen, unter denen die Beschäftigten arbeiten. Die vorliegende Studie legt nahe, dass diese Auffassung in den Unternehmen noch wenig verbreitet ist.

Strukturelle Merkmale

Die strukturellen Merkmale (Betriebsgrösse, Branche und nationale oder internationale Ausrichtung) stehen im Zusammenhang mit der Prävention. Die Assoziationen zwischen strukturellen Merkmalen und Prävention betreffen vor allem das «spezifische Management von psychosozialen Risiken». Bezüglich der «allgemeinen Verbesserung der Arbeitsbedingungen» gibt es nur einen branchenspezifischen Zusammenhang mit dem Wert auf dieser Skala. Die Gruppe «Handel, Hotellerie/Gastronomie und Transport» hat im Vergleich mit «anderen Dienstleistungsunternehmen» einen niedrigeren (–0,7 Punkte) Wert auf dieser Skala. Damit wird die Annahme gestützt, dass dieser zweite Typ von Präventionsmassnahmen einen Sonderstatus einnimmt.

Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitenden scheinen häufiger Massnahmen zu treffen, welche das «spezifische Management von psychosozialen Risiken und Information» betreffen (durchschnittlich +1,1 Punkte). Gleiches gilt für Betriebe, die einem internationalen Konzern angehö-

ren (+0,6 Punkte); dies erklärt sich vielleicht aus der Präventionstätigkeit, die in der Schweiz weniger strukturiert ist als in anderen europäischen Ländern[38]. In der wissenschaftlichen Literatur wird dieser Zusammenhang zwischen der Prävention beruflicher Risiken und Betriebsgrösse häufig bestätigt. Dies gilt vor allem für die formale und strukturierte Top-down-Prävention und weniger für die «Sicherheit in Action», d.h.die konkrete und in der Alltagsarbeit beobachtbare Präventionstätigkeit[39]. De facto ist ein positiver Zusammenhang zwischen der Beschäftigtenzahl und dem Wert auf der Skala «spezifisches Management von psychosozialen Risiken und Information» (was der formalen Prävention ähnelt) festzustellen. Dies gilt aber nicht für die Skala «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen», die eher der «Sicherheit in Action» entspricht.

In Bezug auf Unterschiede zwischen Branchen zeigt sich die Prävention psychosozialer Risiken im sekundären Sektor (–1,75 Punkte) und in der Gruppe «Handel/Hotellerie/Gastronomie/Transport» (–1,0 Punkte) als weniger entwickelt als bei den «anderen Dienstleistungsunternehmen». Dies steht im Einklang mit den Ergebnissen der ESENER-Erhebung[40].

Weitere Merkmale

Keine der Variablen betreffend die wirtschaftliche Lage und die HR-Indikatoren ist signifikant mit den Präventionswerten assoziiert. Der Wert auf der Skala betreffend das Arbeitssicherheit- und Gesundheitsschutz-Management ist hingegen positiv mit dem Wert auf der Skala «spezifisches Management von psychosozialen Risiken und Information» korreliert: Eine Zunahme um 1 Punkt auf der einen ist mit einer Zunahme um 0,3 Punkte auf der anderen assoziiert. Dieses Ergebnis erklärt sich wahrscheinlich aus dem aktuell dominanten Modell betreffend die Regulierung psychosozialer Risiken, bei dem die Behörden für die Unternehmen Anreize bieten, diese Risiken in ein umfassendes System für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz einzubinden. Die Mitwirkung der Mitarbeitenden schliesslich steht in einem positiven Zusammenhang mit den beiden Präventionsergebnissen «spezifisches Management von psychosozialen Risiken und Information» und «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen»: Ein zusätzlicher Punkt auf der Mitwirkungsskala entspricht einer Erhöhung um 0,4–0,5 Punkte bei den Präventionswerten. Dieses Ergebnis

38 EU-OSHA (2016). Second European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER-2): Overview Report: Managing Safety and Health at Work. https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/second-european-survey-enterprises-new-and-emerging-risks-esener.

39 Pinder, J., Gibb, A., Dainty, A., Jones, W., Fray, M., Hartley, R. et al. (2016). Occupational safety and health and smaller organisations: research challenges and opportunities. Policy and Practice in Health and Safety, 14(1), 34–49.

40 EU-OSHA, Management of psychosocial…, op. cit.

steht im Einklang mit verschiedenen wissenschaftlichen Studien, die die Bedeutung der Mitwirkung für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz belegen.[41]

Qualitative Ergänzungen

Die Analyse der qualitativen Daten, u.a. spontane Kommentare der Befragten, liefern drei wichtige Ergänzungen betreffend ihre Vorstellungen von psychosozialen Risiken und deren Prävention.

Vorstellung Nr. 1: Psychosoziale Risiken = ein individuelles oder zwischenmenschliches Phänomen

Es hat den Anschein, dass ein grosser Anteil der Befragten psychosoziale Risiken als ein individuelles oder zwischenmenschliches Phänomen ansieht, und zwar im Hinblick auf deren Ursachen (private Probleme, individuelle Sensibilität), deren Manifestation (Bestehen oder nicht von bekannten «Fällen» im Unternehmen) und die Mittel des Unternehmens für den Umgang damit (individuelle Massnahmen). Dieses Ergebnis ist umso interessanter, als es bei einem Drittel der Befragten spontan aufkam, obwohl im Fragebogen keine spezifische Frage zu diesem Thema enthalten war. Die folgenden zwei Auszüge veranschaulichen diese Vorstellung:

Der Befragte meint, dass psychosoziale Risiken keine bedeutende Problematik im Zusammenhang mit der Arbeit sind, solange sie nur in ganz seltenen Fällen auftreten (z.B. erlitt eine Sekretärin nach dem Tod ihres Mannes ein Burnout). Der Ansprechpartner meint vielmehr, dass diese psychosozialen Probleme mit persönlichen Themen im Zusammenhang stehen. Mehr und mehr Leute gehen zu Psychologen, um sich behandeln zu lassen (Unternehmen 460, Reinigungssektor).

Der Befragte gibt an, dass man bei den psychosozialen Risiken schon ein bisschen Angst habe, wie weit das noch führen könne. Wo hört die Verantwortung des Arbeitgebenden auf? Z.B. wenn man eine Mitarbeiterin zwischen Standorten versetzt und sie dann total verstört ist: Ist das die Verantwortung des Arbeitgebenden oder sind die Leute immer weniger belastbar? Welche Rolle spielen ausserberufliche Faktoren und die individuelle Empfindlichkeit? Die Mitarbeitenden sagen, man würde sie stressen und versetzen und ihre Arbeitszeiten ändern usw. Die Führungskräfte wiederum sagen, es sei nicht einfach, Teams zu managen, die Leute wollten immer alles, keine Nachtdienste mehr machen usw. In diesem Zusammenhang spricht man psychosoziale Risiken nicht frontal an, organisiert keine Ständeversammlung der psychosozialen Risiken ... Aber man ist sich be-

41 Walters, D. (2011). Worker representation and psycho-social risks: A problematic relationship? Safety Science, 49(4), 599–606. EU-OSHA, Second European Survey…, op. cit.

wusst, dass durch psychosoziale Risiken bedingte Absenzen zunehmen und dass diese Leute wirklich krank sind (auch wenn jemand anders in derselben Situation anders reagiert hätte) (Unternehmen 077, Gesundheitssektor).

Dieses individualisierende Bild von den Ursachen psychosozialer Risiken findet sich auch in der Art und Weise, wie die Mehrheit der Befragten die Prävention dieser Risiken sieht. Hier beobachtet man eine Tendenz, die psychosozialen Risiken vor allem unter dem Gesichtspunkt der Sekundärprävention (Ermittlung von Fällen und Eingreifen, um die Verschlimmerung der Symptome zu verhindern) und der Tertiärprävention (kurative Intervention) anstatt der Primärprävention (im Vorfeld bei den Risikofaktoren ansetzen) anzugehen. Der Schwerpunkt liegt ebenfalls auf Massnahmen, mit denen eher die individuellen als die kollektiven Ressourcen gestärkt werden sollen. Beispiel:

Wir haben eine Mitarbeiterin in Konfliktprävention geschult; sie ist unsere Vertrauensperson. Es gibt Schulungen für schwierige Gespräche und Konflikte. Man müsste die Vorgesetzten ein bisschen mehr auf psychosoziale Risiken schulen. Das wurde aufgrund des Gesetzes und in Reaktion auf konkrete Fälle gemacht (Unternehmen 118, Finanzsektor).

Wir haben sechs Monate lang Yoga-Stunden und Gymnastikmatten für alle bezahlt; die Hälfte ging auf die Arbeitszeit. Nach sechs Monaten muss man etwas anderes machen, weil das Interesse nachlässt (Unternehmen 084, Sozialwesen)

Vorstellung Nr. 2: Psychosoziale Risiken reguliert man informell

Es ist festzustellen, dass eine bedeutende Anzahl von Befragten sich die Prävention psychosozialer Risiken als einen informellen Regulierungsprozess der Arbeitsbeziehungen und möglicherweise aufkommenden Probleme im Alltagsgeschäft vorstellt. Solche Bemerkungen formulierte fast die Hälfte der Befragten. Dies steht im Zusammenhang mit dem vorigen Punkt: Diese Personen scheinen zu meinen, dass die Primärprävention psychosozialer Risiken – wobei sie diesen Ausdruck so nicht verwenden – vor allem über die Politik der offenen Tür und die unmittelbare Lösung von Problemen erfolgt. Dies hört man zum Beispiel bei den folgenden Kommentaren heraus:

Der Befragte meint, wesentlich seien gute Beziehungen am Arbeitsplatz, das Arbeitsklima. Er persönlich ginge jeden Tag einmal bei allen Mitarbeitenden vorbei, was eine direkte Kommunikation und einen informellen Austausch ermögliche, womit ermittelt werden könne, was vor Ort los sei, und womit gleichzeitig Top-down-Informationen gegeben werden könnten. Er meint, die Manager seien «dürr»: Sie würden die Theorie, aber nicht die Praxis beherrschen. Zudem hätten die Manager kein Vertrauen in diejenigen, die sich mit der Praxis auskennen. Dabei müssten sie Demut zeigen und auch das Know-how der Leute vor Ort kennen. Man

müsste die Manager darauf schulen, dass sie die Kommunikation zwischen denen, die die Arbeit vor Ort kennen, und den Entscheidungsträgern berücksichtigen. Die Verfahren und Dokumente betreffend Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz reichen nicht aus, um eine sachdienliche und effektive Prävention zu leisten oder einen Unfall zu erklären. Kommunikation und das «menschliche Feeling» müssten auch gegeben sein (Unternehmen 477, Logistiksektor).

Es gibt keine institutionalisierten Massnahmen gegen psychosoziale Risiken. Das Thema ist im Unternehmen nicht dokumentiert. Die Ansprechperson hat psychosoziale Risiken nie mit der externen ASA-Fachperson angesprochen. Die Probleme werden informell geregelt, z.B. durch ein gemeinsames Bier nach der Arbeit (Unternehmen 202, Baugewerbe).

Vorstellung Nr. 3: psychosoziale Risiken = schwierig zu ermittelnde Probleme

Fast 15% der Befragten haben spontan angemerkt, das Haupthindernis bestünde darin, dass die Ermittlung psychosozialer Risiken schwierig sei. Genau die Ermittlung gilt jedoch als Vorbedingung für das Handeln. Sie meinen, es sei nicht einfach, Probleme, und vor allem individuelle Probleme, ausreichend früh zu erkennen, um eingreifen zu können. Beispiele:

Das Haupthindernis für die Prävention psychosozialer Risiken ist, dass sie sehr schwierig festzustellen sind, weil die Mitarbeitenden nicht immer darüber sprechen (Unternehmen 223, Architekturbüro).

Psychosoziale Risiken sind schwieriger zu managen. Die Haupthindernisse sind, dass das viel Kommunikation mit dem Team erfordert und dass man nicht immer alles sieht. Aber ich nehme mir die Zeit, um mit meinen Assistentinnen zu sprechen. Die Prävention psychosozialer Risiken ist nicht so schwierig, wenn man sich genug mit dem Thema befasst (Unternehmen 038, Apotheke).

Zu berücksichtigen ist dabei, dass nur wenige Befragte sich zur Ermittlung von Risikofaktoren (z.B. Stressquellen) geäussert haben. Dabei ist diese Gefährdungsermittlung ein zentrales Element der Prävention, das in zahlreichen Ländern durch die öffentliche Hand gefördert wird. Gemäss der Aufgabenverteilung zwischen Betrieb und Arbeitsinspektion, welche dem Vollzugsschwerpunkt zu psychosozialen Risiken zugrunde liegt, fällt die Ermittlung der Risikofaktoren in den Aufgabenbereich der Unternehmen. Aufgabe der Inspektoren und Inspektorinnen ist es zu prüfen, ob der Arbeitgebende systematische Vorkehrungen zur Prävention psychosozialer Risiken getroffen hat, so beispielsweise, ob systematisch psychische Belastungsfaktoren ermittelt werden. Ist dem nicht so, beraten sie den Betrieb, damit dieser die notwendigen Schritte unternehmen kann.

3.3 Frage 3: Wirkung der Inspektionsbesuche

Zur Messung der Wirkung des Vollzugsschwerpunktes wurde verglichen, wie sich die Ergebnisse der Unternehmen zwischen den beiden Befragungsrunden entwickelt haben, und dabei zwischen besuchten und nicht besuchten Betrieben unterschieden. Von den 404 Unternehmen der ersten Erhebung haben 346 auch an der zweiten teilgenommen, wobei 185 davon in der Zwischenzeit von einem Arbeitsinspektor oder einer -inspektorin besucht (Interventionsgruppe) und 161 nicht besucht (Kontrollgruppe) worden waren. 58 Unternehmen nahmen aus folgenden Gründen nicht mehr an der zweiten Befragung teil: Firmenschliessungen, Unternehmen der Kontrollgruppe erhielten trotzdem Inspektionsbesuch, Weigerung.

(…)

Abbildung 4 (nicht publ.) zeigt, dass besuchte Unternehmen im Vergleich mit anderen ihr Ergebnis auf folgenden Skalen verbessert haben: «Kompetenzen betreffend psychosoziale Risiken» (+1,34 Punkte von 12), «Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz» (+1,24 Punkte), «Handlungsbereitschaft für die Prävention psychosozialer Risiken» (+1,04 Punkte) und «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen» (+0,60 Punkte).

Abbildung 5 (nicht publ.) veranschaulicht, dass besuchte Unternehmen aus dem tertiären Sektor mit weniger als 100 Mitarbeitenden ihr Ergebnis im Vergleich mit den nicht besuchten Unternehmen auf den Skalen «Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz» (+2,05 Punkte), «Kompetenzen betreffend psychosoziale Risiken» (+1,55 Punkte) und «Handlungsbereitschaft» (+0,93 Punkte) verbessert haben. Die Änderungen bei den Dimensionen Mitwirkung, Management von psychosozialen Risiken und Verbesserung der Arbeitsbedingungen sind dagegen statistisch nicht signifikant. Ähnliche, aber weniger markante Ergebnisse sind bei den Unternehmen aus dem tertiären Sektor mit mehr als 100 Mitarbeitenden zu beobachten (Abbildung 6 [nicht publ.]).

In den besuchten Unternehmen aus dem sekundären Sektor mit weniger als 100 Mitarbeitenden sind die Kompetenzen in Bezug auf den Umgang mit psychosozialen Risiken (+1,76 Punkte) gestiegen. Sie zeigen zudem eine grössere Handlungsbereitschaft (+2,43). Bei Unternehmen aus dem sekundären Sektor mit mehr als 100 Mitarbeitenden konnte keine statistisch signifikante Wirkung der Inspektion festgestellt werden. Hierfür gibt es zwei mögliche Erklärungen. Einerseits könnten sich nicht besuchte Unternehmen dieser Kategorie einfach selbst verbessert haben. Dies steht eventuell im Zusammenhang mit ihrer Grösse, denn bekanntermassen gilt: Je grösser ein Unternehmen ist, desto mehr kann es in ein strukturiertes Vorgehen zur Prävention beruflicher Risiken investieren; diese Betriebe haben aber vielleicht auch von verschiedenen Sensibilisierungsaktionen profitiert, die parallel zum Vollzugsschwerpunkt stattfanden, zum Beispiel

durch bestimmte ASA-Branchenlösungen oder die Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit. Andererseits bildeten diese Unternehmen eine sehr kleine Gruppe (11 besuchte Betriebe und 12 nicht besuchte), die für statistisch signifikante Ergebnisse wahrscheinlich zu klein war.

Insgesamt wird deutlich, dass sich besuchte Unternehmen stärker verbessert haben als nicht besuchte, und dies vorwiegend beim Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, bei der Handlungsbereitschaft für die Prävention psychosozialer Risiken und bei den Kompetenzen betreffend psychosoziale Risiken.

Es gibt einen Zusammenhang zwischen Grösse und Prävention, was belegt wird durch tendenziell bessere Ergebnissen (höhere Werte auf der jeweiligen Skala) bei Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitenden. De facto können grosse Unternehmen dank ihrer Ressourcen einfacher Präventionsmassnahmen durchführen; ausserdem haben diese Unternehmen in der Regel formellere Managementverfahren. Kleinere Unternehmen haben dafür einen grösseren Verbesserungsspielraum, und in der Tat hat sich bei ihnen die Wirkung von Inspektionen am markantesten gezeigt.

Für die beiden Präventionsskalen «spezifisches Management von psychosozialen Risiken» und «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen» ist kein signifikanter Unterschied zwischen besuchten und nicht besuchten Unternehmen festzustellen. Bei der Skala«allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen» ist zwar eine geringe Wirkung zu beobachten, wenn man alle Unternehmen berücksichtigt (…). Diese verschwindet jedoch, wenn man jede durch ihre Grösse und ihre Branche definierte Unternehmenskategorie separat betrachtet. (…)

Obwohl für diese globalen Präventionswerte kaum eine Wirkung der Inspektionsbesuche auszumachen ist, stellt man bei separater Betrachtung hingegen eine signifikante Wirkung bei fünf der betrachteten Präventionsmassnahmen fest: Diese Massnahmen wurden in besuchten Unternehmen häufiger eingeführt als in der Kontrollgruppe. Vier gehören zur Skala «spezifisches Management von psychosozialen Risiken», und zwar Erstellung einer Charta oder einer Betriebsordnung ($p<,001$), Klärung der Rollen für das Management von psychosozialen Risiken ($p<,001$), Konfliktlösungsverfahren ($p<,05$) und individuelles Unterstützungsangebot bei Schwierigkeiten ($p<,05$). Auf der Skala «allgemeine Verbesserung der Arbeitsbedingungen» erscheint noch eine fünfte Massnahme, und zwar die Anpassung der Aufgaben für bestimmte gestresste Mitarbeitende ($p<,01$). Eine signifikante Wirkung der Inspektionsbesuche ist ebenfalls bei der Einführung eines Zeiterfassungssystems ($p<,05$) festzustellen; diese Variable gehört jedoch zu keiner der beiden Präventionsskalen betreffend psychosoziale Risiken.

Dagegen wurde weder bei der Mitwirkung der Mitarbeitenden beim Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, bei den Massnahmen betreffend die Arbeitsorganisation oder den Arbeitsinhalt noch bei der Einschätzung der

Arbeitgebenden bezüglich der Exposition ihrer Mitarbeitenden gegenüber psychosozialen Risiken eine statistisch signifikante Wirkung der Inspektionsbesuche gemessen. Diese Ergebnisse erklären sich insbesondere aus der Art und Weise, wie die Inspektoren und Inspektorinnen die psychosozialen Risiken bei ihren Inspektionsbesuchen angesprochen haben. Dies wird im nächsten Kapitel behandelt.

Schlussendlich haben 75,9% der Befragten in den kontrollierten Unternehmen angegeben, der Inspektor oder die Inspektorin habe das Thema psychosoziale Risiken angesprochen. 47,2% erwähnen, dass das Unternehmen dank dieses Besuchs seine Kenntnisse in diesem Bereich ausbauen konnte, und 34,2% heben hervor, dass das Unternehmen auf den Besuch hin Massnahmen zur Prävention dieser Risiken eingeleitet habe.

3.4 Frage 4: Inspektionstätigkeiten der Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen

Dieser Abschnitt fasst die Ergebnisse der Befragung von Inspektoren und Inspektorinnen mittels eines Onlinefragebogens, eines Erfahrungsaustausches, Beobachtungen der Inspektionstätigkeit und Gesprächen mit den Inspektoren und Inspektorinnen zusammen.

Von ungefähr 140 aktiven Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen in der Schweiz haben 70 dem Forscherteam mindestens einen geplanten Betriebsbesuch angekündigt; auf 5 davon entfielen 25% der angekündigten Besuche. Von den 29 kantonalen oder kommunalen Arbeitsinspektoraten haben 21 an der Studie teilgenommen. Insgesamt wurden 287 Betriebsbesuche angekündigt. Die Inspektoren und Inspektorinnen haben den Fragebogen in 275 Fällen beantwortet, wovon 2 wegen fehlender Werte ausgeschlossen wurden. Die psychosozialen Risiken wurden bei 96,0% der Betriebsbesuche angesprochen und die Inspektoren und Inspektorinnen haben in 50,8% der Fälle Massnahmen gegen diese Risiken gefordert.

(…)

Dieses Kapitel präsentiert im Folgenden zunächst die Schwierigkeiten und Probleme, welche die Inspektoren und Inspektorinnen bei ihren Besuchen vorfinden, und dann die Strategien und Ressourcen, die sie zu deren Bewältigung und zur Erreichung ihrer Ziele einsetzen.

Von den Inspektoren und Inspektorinnen vorgefundene Schwierigkeiten

(…)

Die Inspektoren und Inspektorinnen thematisierten nur selten die inhärente Komplexität der psychosozialen Risiken; sie sagten mehrheitlich aus, dass sie sich mit dem Thema wohlfühlen. Dies lässt sich durch mehrere Faktoren erklären. Zunächst veranstaltet das SECO Schulungen, die etwa von der Hälfte der Inspektoren und Inspektorinnen besucht werden, und hat dann einen Leitfaden herausgegeben, der aufzeigt, wie dieses Thema

bei einer Inspektion angesprochen werden kann; zudem wurden mehrere Informationsbroschüren zu psychosozialen Themen verteilt. Eine zweite Erklärung findet sich im Umgang der Inspektoren und Inspektorinnen mit dem Thema: Sie haben vom SECO Anweisung erhalten, die Unternehmen zu informieren und zu prüfen, ob ein Managementsystem für psychosoziale Risiken vorhanden ist, nicht aber selbst zu evaluieren, ob Risikofaktoren vorliegen. Gerade diese Evaluation ist schwierig, ebenso wie die Definition eines akzeptablen Risikoniveaus. Die vom SECO vorgeschlagene Vorgehensweise entspricht der gängigsten Praxis auf dem europäischen Kontinent – Kontrolle der Prozesse für das Management psychosozialer Risiken – und unterscheidet sich vom nordischen Modell, bei dem Inspektoren und Inspektorinnen den Inhalt und die Umsetzung der Risikobeurteilung durch das Unternehmen überprüfen. Schlussendlich erklärt sich dieses Ergebnis vielleicht auch durch einen Selektionseffekt. Die Hälfte der schweizerischen Inspektoren und Inspektorinnen haben an der quantitativen Studie teilgenommen. Es ist möglich, dass die Übrigen sich mit psychosozialen Risiken weniger wohlfühlen und diese Aspekte nicht oder kaum in ihre Tätigkeit haben einfliessen lassen; ein bedeutender Teil der Inspektoren und Inspektorinnen, die nicht an der Studie teilnahmen, haben übrigens auch nicht an den oben genannten Schulungen teilgenommen.

In diesem Abschnitt werden die vier Hauptkategorien der Schwierigkeiten, die von Inspektoren und Inspektorinnen vorgefunden wurden, detaillierter vorgestellt.

a) Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem beruflichen Kontext

Die Beobachtungen und Gespräche legen nahe, dass die Bedingungen für eine Intervention betreffend die psychosoziale Gesundheit weniger günstig sind als bei den physischen Arbeitsbedingungen. Gemäss ihren Angaben tun sich die Inspektoren und Inspektorinnen de facto schwer, die Sozialpartner zu mobilisieren; einige stehen unter Druck vonseiten der Arbeitgebenden oder haben Anweisung von ihren Vorgesetzten erhalten, die Interventionen in bestimmten Sektoren zu mässigen. Zeitmangel wird ebenfalls regelmässig hervorgehoben. Vage Risiken wie psychosoziale Risiken anzugehen, ist zeitintensiv; und dabei handelt es sich nur um ein Thema unter vielen, die zu behandeln sind. Dementsprechend muss eine Auswahl getroffen werden. Wenn sie Prioritäten setzen sollen, streben die Inspektoren und Inspektorinnen langfristige Veränderungen an. Mehrfache Besuche bei einem Unternehmen bedeuten allerdings, dass andere während dieser Zeit gar nicht besucht werden; dies kann im Widerspruch zu den quantitativen Zielen stehen, die für die Inspektionen im Rahmen der Leistungsvereinbarungen mit der EKAS festgelegt sind.

Durch Zeitdruck wird der professionelle Austausch zwischen Inspektoren und Inspektorinnen verknappt. Etliche sagen, es mangele ihnen an Zeit, um Kollegen und Kolleginnen zu treffen oder Betriebsbesuche im

Tandem durchzuführen. Im Hinblick auf das breite Themenspektrum Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz lassen sich Lücken in manchen Bereichen nicht vermeiden. Wenn Inspektionen hin und wieder zu zweit durchgeführt würden, liessen sich dadurch solche Mankos beheben und gegenseitige Lerneffekte fördern. Mehrere Befragte würden auch gerne «Gegenbesuche» mit Kollegen oder Kolleginnen aus anderen Kantonen durchführen. Solche Besuche sind nach wie vor selten und erfolgen nur auf persönliche Initiative der Inspektoren und Inspektorinnen, sofern die jeweilige Direktion zustimmt.

Mehrfach bemängelten die Inspektoren und Inspektorinnen, dass spezifische Bestimmungen zu psychosozialen Risiken im Arbeitsgesetz fehlen. Sie meinen, dass es aufgrund der allgemeinen Fürsorgeplicht (Art. 6 des Arbeitsgesetzes und Art. 2 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz) nicht möglich ist, Massnahmen einzufordern, sondern dass nur Empfehlungen abgegeben werden können – vor allem in Bezug auf organisatorische Dimensionen der Arbeit. Die Studie zeigt, dass die Inspektoren und Inspektorinnen in der Tat bei psychosozialen Risiken weniger häufig Massnahmen einfordern als bei anderen Themen im Bereich Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz; möglicherweise hängt dies bei einigen von ihnen auch damit zusammen, dass psychosoziale Risiken ein eher neues Thema sind.

b) Beziehungen zu den Ansprechpersonen

Oft genannt wurden Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Beziehungen zu den Ansprechpersonen: die Einstellung der Unternehmensvertreter und -vertreterinnen (Passivität, Infragestellung von Äusserungen des Inspektors bzw. der Inspektorin, Kritik, Aggressivität), nötige Sicherstellung der Vertraulichkeit bei einer Arbeitnehmerbeschwerde (um ihn/sie nicht in Schwierigkeiten zu bringen), Probleme bei der Bewertung der Verlässlichkeit der Antworten und der Aufrichtigkeit der gesprochenen Personen, Übermass an durch das Unternehmen bereitgestellten Informationen usw. Dabei ist die Qualität der Beziehung zwischen Inspektor bzw. Inspektorin und Arbeitgebenden im Bereich psychosoziale Risiken besonders wichtig, denn es ist notwendig, eine gemeinsame Vorstellung von diesen Risiken zu entwickeln, um das Unternehmen zum Ergreifen von Massnahmen veranlassen zu können.

c) Unternehmensspezifische Schwierigkeiten

Insgesamt sprechen Inspektoren und Inspektorinnen die psychosozialen Risiken in Unternehmen, die keine «Grundlage» im Bereich Arbeitssicherheit haben, nicht oder nur selten an. Sie berücksichtigen ebenfalls die wirtschaftliche Situation und die Grösse des Betriebes und verweisen häufig auf den im Verwaltungsrecht verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

d) Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Mitwirkung der Arbeitnehmenden

Diese Schwierigkeiten betreffen die Mitwirkung der Arbeitnehmenden beim Management von Arbeitssicherheit und -gesundheit im Allgemeinen und beim Inspektionsprozess im Besonderen. Mehrere Inspektoren und Inspektorinnen hoben hervor, dass es Hindernisse für den Austausch mit den Mitarbeitenden gibt. So waren zum Beispiel die Mitarbeitenden über den Besuch der Arbeitsinspektion nicht informiert oder es nahm kein Personalvertreter bzw. keine Personalvertreterin an der Inspektion teil. Manche Inspektoren und Inspektorinnen haben mit Mitarbeitenden diskutiert, aber unterstrichen, dass dies nicht einfach gewesen sei, vor allem in Anwesenheit des Arbeitgebenden. Schlussendlich gaben mehrere an, dass dieses Thema bei der Aus- und Weiterbildung nur wenig behandelt werde. Zur Evaluierung der Situation in Bezug auf die Prävention psychosozialer Risiken im Unternehmen müssen die Inspektoren und Inspektorinnen jedoch die Erfahrungen und Wahrnehmungen der Arbeitnehmenden nutzen können, was Kontakt mit ihnen voraussetzt.

Strategien und Ressourcen der Inspektoren und Inspektorinnen

a) Befragung der Inspektoren und Inspektorinnen mittels Onlinefragebogen

Nach dem Betriebsbesuch erhielten die Inspektoren und Inspektorinnen einen Onlinefragebogen zugeschickt. Die Antworten zeigen, dass ihnen wohl dabei war, psychosoziale Risiken anzusprechen: Der Median beträgt 87 auf einer Skala von 0 (trifft gar nicht zu) bis 100 (trifft völlig zu). Sie hielten ihre Ansprechpersonen im Allgemeinen für aufrichtig (Median: 85 von 100) und fanden ihre Haltung wenig abwehrend (13 von 100). Sie meinen, dass diese Ansprechpersonen genug Entscheidungsspielraum haben, um die von den Inspektoren und Inspektorinnen geforderten Massnahmen zu ergreifen (85 von 100); ihre Kenntnisse über psychosoziale Risiken wurden allerdings als recht gering bewertet (67 von 100).

Die Inspektoren und Inspektorinnen sind überwiegend beratend (85 von 100) und wenig direktiv (30 von 100) vorgegangen. Die geforderten Massnahmen waren meist formaler Art (77 von 100); in geringerem Masse handelte es sich um praktische Massnahmen (41 von 100) oder Massnahmen zum Arbeitsinhalt oder zur Arbeitsorganisation (55 von 100). Insgesamt haben die Inspektoren und Inspektorinnen ihre Erwartungen eher allgemein (77 von 100) anstatt detailliert (61 von 100) formuliert.

Die Inspektoren und Inspektorinnen haben in der Hälfte der Unternehmen Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken gefordert. Öfter erfolgte dies bei Unternehmen mit Problemen wie Stress, zu hoher Arbeitsbelastung oder mangelhafter Kommunikation oder auch, wenn die Ansprechpersonen sich verschlossen oder wenig kompetent zeigten. Bei prob-

lematischen Unternehmen scheinen die Inspektoren und Inspektorinnen also häufiger Massnahmen gefordert zu haben. Tendenziell haben sie ihre Forderungen jedoch vor allem bei den Unternehmen detailliert formuliert, in denen Offenheit, die erforderlichen Kompetenzen und Ressourcen gegeben waren – vor allem bei grossen Unternehmen und solchen mit einer guten wirtschaftlichen Situation. Bei sehr kleinen Unternehmen wurden die Massnahmen hingegen öfter allgemein formuliert.

Im Grossen und Ganzen werden psychosoziale Risiken gemäss den Analysen auf zwei Arten angesprochen. Am häufigsten wurde beratend vorgegangen und formale Massnahmen wurden gefordert (Verfahren, Betriebsordnung, Charta usw.). Ganz allgemein geht es bei diesen Massnahmen einerseits darum, abzustecken, was akzeptables Verhalten im Unternehmen ist, und andererseits darum, die Arbeitnehmenden zu unterstützen, die sich in Problemsituationen befinden (Belästigungen, Gewalt usw.). Die Inspektoren und Inspektorinnen fordern von den Verantwortlichen ebenfalls eine schriftliche Verpflichtung zur Verhinderung solcher Situationen ein. Mit dieser Vorgehensweise scheinen die Inspektoren und Inspektorinnen sich wohlzufühlen. In Unternehmen, die sich in einer mittelmässigen oder eher schlechten wirtschaftlichen Situation befinden, wenden sie einen etwas stärker beratenden Inspektionsstil an. Eine Minderheit der Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen wählt die zweite Vorgehensweise, ein direktives Herangehen mit genauen und praktischen Forderungen, insbesondere zum Arbeitsinhalt und zur Arbeitsorganisation. Diese Vorgehensweise wird bei eher leicht objektivierbaren Problemen, für die es präzise gesetzliche Grundlagen gibt (z.B. Arbeitszeiten und physische Arbeitsumgebung), gewählt. Sie wird anscheinend häufiger in Unternehmen verwendet, die über ein gutes Kompetenzniveau im Umgang mit psychosozialen Risiken verfügen und bereits spezifische Managementmassnahmen eingeführt haben. Dies ist bei multinationalen Unternehmen häufiger der Fall als bei lokal ausgerichteten Firmen.

b) Beobachtungen und Gespräche

Die Studie ermöglichte einen Vergleich zwischen den Strategien, die in Bezug auf psychosoziale Risiken und auf andere Dimensionen von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz zum Einsatz kommen. Im ersteren Fall haben die Inspektoren und Inspektorinnen eher die Managementprozesse geprüft, Fragen zu den Arbeitsbedingungen gestellt, Argumente im Hinblick auf die Gesundheit und die Anfälligkeit des Unternehmens ins Feld geführt. Sie haben eher die Bemühungen betont als Lücken moniert und eine Annäherung an ihre Ansprechpersonen versucht, indem sie sich auf Augenhöhe begaben, ihnen Beispiele nannten und sie zur Äusserung ihrer Meinung bewogen. Bei klassischeren Themen haben die Inspektoren und Inspektorinnen eher die Einrichtungen in Augenschein genommen und mitunter sogar die Arbeitnehmenden beobachtet; sie haben häufiger Mass-

nahmen gefordert, Fristen gesetzt und einen Zeitplan eingefordert. Argumentiert wurde in der Regel mit gesetzlichen Bestimmungen und der Verantwortung. Diese Feststellungen weisen Analogien mit den Vorgehensweisen auf, von denen in nordischen Publikationen berichtet wird, wonach die Inspektoren und Inspektorinnen sich bemühen, mit den Arbeitgebenden eine gemeinsame Auffassung von den zu lösenden psychosozialen Problemen und einen Konsens über die zu ergreifenden Massnahmen zu entwickeln, wenn dabei auch manchmal Kompromisse eingegangen werden müssen.[42] Die in der vorliegenden Studie beobachteten Herangehensweisen unterscheiden sich allerdings in einem grundlegenden Punkt von dem Vorgehen, das in diesen Publikationen beschrieben wird: Hier haben die Inspektoren und Inspektorinnen psychosoziale Risiken selten als Risikofaktoren thematisiert. In den allermeisten Fällen sprachen sie allgemein über psychosoziale Risiken und schienen in kleinen Schritten vorzugehen, um sich einen Gesamteindruck zu verschaffen.

Im Übrigen haben die Inspektoren und Inspektorinnen die organisatorischen oder sozioökonomischen Ursachen der psychosozialen Risiken wenig thematisiert. Bestimmte Arbeitgebende brachten spontan wirtschaftliche Schwierigkeiten oder erhebliche strukturelle Entwicklungen in ihrer Branche zur Sprache. Obwohl es sich dabei um bedeutende Stressfaktoren handelt, nutzten die Inspektoren und Inspektorinnen diese Informationen scheinbar nicht, um das Unternehmen zu Massnahmen zu veranlassen. Die Erklärung dafür könnte sein, dass diese Faktoren sich dem Einflussbereich der Inspektoren und Inspektorinnen wie auch ihrer Ansprechpersonen entziehen.

Die Inspektoren und Inspektorinnen äusserten sich wenig zu den Ressourcen und Kompetenzen, die sie zum Einsatz bringen. Unterstützung durch direkte Vorgesetzte sowie Kollegen und Kolleginnen wurden jedoch einige Male genannt. Die Inspektoren und Inspektorinnen scheinen sich überwiegend auf die im Rahmen ihrer ursprünglichen Ausbildung und ihrer Berufslaufbahn individuell entwickelten Kompetenzen zu stützen. Die Mehrzahl von ihnen hat in der Vergangenheit in Unternehmen gearbeitet. Ein Inspektor hat indessen unterstrichen, dass ihm wohl dabei sei, das Thema psychosoziale Risiken anzusprechen, weil es bei einer Schulung behandelt worden sei. Diese Stellungnahme unterstreicht, wie wichtig die Aus- und Weiterbildung der Inspektoren und Inspektorinnen ist.

Mit einer Ausnahme hat ansonsten kein Inspektor und keine Inspektorin bei einem Unternehmen empfohlen oder von diesem gefordert, psychosoziale Risiken in die Gefährdungsermittlung gemäss ASA-Richtlinie einzubeziehen. Dieser Sachverhalt ist wichtig, weil es gemäss dem aktuell international dominierenden Ansatz in Sachen Prävention psychosozialer Risiken von höchster Bedeutung ist, dass die Arbeitgebenden

[42] Zum Beispiel Hansen et al., op. cit.

psychosoziale Risiken in ihre Evaluation der beruflichen Risiken insgesamt einbeziehen.

c) Erfahrungsaustausch

Während des Erfahrungsaustauschs unter Inspektoren und Inspektorinnen nannten die Teilnehmenden ungefähr 50 Massnahmen, die sie bei Inspektionsbesuchen eingefordert hatten.

(…)

Die erste Kategorie betrifft die Ernennung einer «Vertrauensperson», die den Mitarbeitenden zur Verfügung steht. Die Teilnehmenden des Erfahrungsaustausches erachteten diese Massnahme als sachdienlich, wenn der Inspektor oder die Inspektorin ein konfliktbelastetes Arbeitsklima feststellt, und zusätzlich, wenn er oder sie es mit Arbeitnehmenden zu tun hat, die private Probleme haben. Auf diese Weise können Probleme im Unternehmen deutlich gemacht werden – wenn auch in anonymer Form. Vertrauenspersonen haben ebenfalls beratende Funktion bei den Arbeitgebenden. Die Teilnehmenden nannten auch Hindernisse, insbesondere die Kosten für die Unternehmen sowie mangelnde Wirksamkeit, etwa, wenn die Arbeitnehmenden Angst haben, sich an diese Instanz zu wenden oder – im Fall einer externen Vertrauensperson – wenn die Distanz zur Geschäftsführung zu gross ist. Die Inspektoren und Inspektorinnen sollten die Bedingungen prüfen, unter welchen diese Vertrauensstellen kontaktiert werden.

Die zweite Kategorie betrifft die Abgabe einer formellen Absichtserklärung der Geschäftsführung und die Einführung von Managementprozessen, die den Mitarbeitenden aufzeigen, an wen man sich bei Belästigungen, Gewalt oder anderen Angriffen auf die Integrität wenden kann. Die Teilnehmenden halten diese Massnahme bei Unternehmen einer gewissen Grösse (mehr als 10–20 Personen) für sinnvoll, wenn bislang keine Massnahmen eingeführt und nur geringe Kenntnisse über psychosoziale Risiken gegeben sind. Der Nutzen solcher Prozesse liegt darin, dass die betroffenen Personen die Möglichkeit erhalten, angemessen zu reagieren. Zudem haben sie präventive Wirkung, da hierdurch Regeln für die Interaktion der Mitarbeitenden festgelegt werden. Gemäss den Teilnehmenden ist dies ein erster Schritt, der das Unternehmen zur Einführung weiterer Massnahmen veranlassen kann. Als Hindernisse nannten die Teilnehmenden vor allem das Risiko, einen «Papiertiger» zu erschaffen. Solche Prozesse können ebenfalls zu einer Suche nach Schuldigen anstatt einer wirklichen Prävention führen.

Die dritte Kategorie betrifft die gesetzlich geforderte Gefährdungsermittlung, v.a. durch die Einbindung der psychosozialen Risiken. Die Teilnehmenden meinen, dass dies nur gerechtfertigt ist, wenn die übrigen Gefährdungen bereits ermittelt sind; mit den psychosozialen Risiken anzufangen, wäre zu kompliziert. Wenn sich das Unternehmen einen Gesamtüberblick über die Arbeitsbelastungen verschafft, so können angemessene Massnahmen definiert und umgesetzt werden. Dies erfordert jedoch Hilfs-

mittel und Kompetenzen, die selbst in grossen Strukturen häufig fehlen. Die Inspektoren und Inspektorinnen äusserten Zweifel, ob die Unternehmen in der Lage sind, solche Ansätze eigenständig durchzuführen.

Die vierte Kategorie umfasst Massnahmen zur Änderung materieller oder organisatorischer Aspekte (z.B. Ausrichtung von Überwachungskameras, Arbeitszeitenorganisation usw.) oder zur Verbesserung der Kommunikation und der Firmenkultur. Diese Massnahmen werden in den Fällen als sachdienlich erachtet, in denen Inspektoren und Inspektorinnen konkrete Probleme feststellen und sich auf eindeutige gesetzliche Grundlagen beziehen können. Das Unternehmen erfährt durch diese Massnahme, dass Kommunikation und die Mitwirkung der Mitarbeitenden effiziente Mittel zur Behebung psychosozialer Risiken darstellen. Wenn Inspektoren und Inspektorinnen es schaffen, dies zu vermitteln, können sie zu einem Kulturwandel beitragen. Das Haupthindernis liegt in der mangelnden Akzeptanz dieser Art von Diskurs bei den Arbeitgebenden.

Die letzte Kategorie schliesslich umfasst Massnahmen betreffend die Information im Unternehmen (z.B. Verteilung von Broschüren über psychosoziale Risiken).

4. Diskussion und Empfehlungen

Dieses letzte Kapitel fasst die Ergebnisse für die vier Forschungsfragen (…) zusammen. Es schliesst mit Denkanstössen dafür, wie sich das aktuelle Instrumentarium zur Prävention psychosozialer Risiken durch die Behörden und in den Unternehmen vervollständigen lässt.

4.1 Wissenschaftlicher Kenntnisstand zu Inspektionen psychosozialer Risiken

Die erste Forschungsfrage betrifft den derzeitigen Kenntnisstand zur Inspektionspraxis im Bereich psychosoziale Risiken, die Modalitäten und die Wirksamkeit von Inspektionen. Gemäss der systematischen Literaturanalyse kann die Intervention von Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen positive Wirkung auf die Prävention psychosozialer Risiken haben, wenn sich der Kontext dafür eignet und wenn entsprechende Aus- und Fortbildung und adäquate Ressourcen gegeben sind. Insgesamt gibt es noch sehr wenige wissenschaftliche Daten, anhand derer sich die Wirksamkeit von Inspektionen betreffend psychosoziale Risiken evaluieren lässt.

Studien aus nordischen Ländern zeigen positive Effekte, wenn die Inspektionstätigkeit auf dem Dialog mit den Arbeitgebenden, Einzel- und Gruppengesprächen mit Arbeitnehmenden, wiederholten Betriebsbesuchen und der Kombination von Inspektionen mit anderen Kommunikations- und Informationskanälen beruht. Diese Ergebnisse sind allerdings im Kontext eines stark strukturierten Arbeitsmarktes und eines gut entwickelten dreigliedrigen Ansatzes zu sehen. Umgekehrt unterstreichen Studien der Euro-

päischen Union, aus Australien und Québec die Grenzen von Interventionsstrategien, die hauptsächlich auf die Sensibilisierung der Arbeitgebenden abzielen. Die Inspektionsbesuche sind auf der Ebene von Einzelunternehmen anscheinend recht wirksam. Auf makroökonomischer Ebene jedoch scheint die öffentliche Politik ihre Ziele nicht zu erreichen.

Mehreren internationalen Publikationen zufolge bildet der zunehmende Einsatz von atypischen Beschäftigungsformen (Personalverleih, Untervergabe, Arbeit auf Abruf, Freelance-Arbeit usw.), die für Arbeitgebende durch grössere Flexibilität und für Arbeitnehmende durch geringere Sicherheit gekennzeichnet sind, ein Hindernis für behördliche Massnahmen. Diese Beschäftigungsformen komplizieren de facto die Unterstellungsverhältnisse zwischen Auftraggebenden und Auftragnehmenden – zwischen und innerhalb von Unternehmen. Dies erschwert die Festlegung, wem die Verantwortung für den Schutz der Arbeitnehmenden zukommt. Mangels wissenschaftlicher Studien über die Situation in der Schweiz ist schwer zu sagen, inwieweit die Feststellung zu diesen Schwierigkeiten sich auf die Schweiz übertragen lässt.

Gemäss der wissenschaftlichen Literatur konzentrieren sich die wirksamsten Interventionen zur Prävention von Stress am Arbeitsplatz unabhängig von behördlichen Massnahmen nicht nur auf die Stärkung der individuellen Ressourcen, sondern auch auf die Reduzierung beruflicher Risikofaktoren und eine angemessene Arbeitsgestaltung und -organisation. Die Unternehmen setzen jedoch bevorzugt auf individuelle und zwischenmenschliche, vorwiegend kurative Massnahmen, und dies zulasten von Interventionen im Bereich Primärprävention, die vorgelagert bei der Gestaltung der Arbeit und Arbeitsorganisation ansetzen. Die vorliegende Studie liefert interessante Daten zu diesem Thema, zu dem es nach wie vor nur wenige Untersuchungen gibt. Diese Daten werden im folgenden Abschnitt zusammengefasst.

4.2 Wahrnehmungen und Präventionsaktivitäten der Arbeitgebenden im Bereich psychosoziale Risiken

Das Ziel dieses Teils der Studie bestand darin zu ermitteln, wie die Arbeitgebenden das Vorhandensein von psychosozialen Risiken für ihre Mitarbeitenden einschätzen und welche Arten von Massnahmen sie umsetzen. Das Forscherteam hat sich ebenfalls damit befasst, wie diese Wahrnehmung und Massnahmen einerseits sowie bestimmte Merkmale in Bezug auf die Struktur und die betrieblichen Abläufe der Unternehmen andererseits zusammenhängen.

Stress, und zwar in Verbindung mit Zeitdruck und Arbeitsbelastung, wird von den Arbeitgebenden am häufigsten als problematisch empfunden; Angriffe auf die Integrität werden selten als Problem wahrgenommen. Andere psychosoziale Risikofaktoren wie Kommunikationsprobleme, die Qualität der Arbeit, belastende Arbeitszeiten, Konflikte, Arbeitsplatz-

unsicherheit usw. liegen im Mittelfeld. Eine ähnliche Abstufung findet sich in Erhebungen bei Arbeitnehmenden.

Je grösser das Unternehmen ist, desto häufiger wird das Vorhandensein dieser Risiken genannt; das bedeutet jedoch nicht, dass kleine Unternehmen von diesen Problemen verschont bleiben. In bestimmten Wirtschaftsbranchen nennen die Befragten mehr Risiken als in anderen. Diese Unterschiede finden sich jedoch so nicht in den Ergebnissen der schweizerischen Gesundheitsbefragung, die bei Arbeitnehmenden durchgeführt wurde (mit Ausnahme der Branche Hotellerie/Gastronomie, die durch höhere Risikowerte gekennzeichnet ist). Schlussendlich scheinen Arbeitgebende mit einer gut entwickelten Managementpraxis in Gesundheitsbelangen eher für das Risiko «Angriffe auf die Integrität» der Mitarbeitenden sensibilisiert zu sein.

Die vorliegende Studie legt nahe, dass in den befragten Unternehmen zwei Arten von Präventionsmassnahmen eingesetzt werden. Die eine betrifft das spezifische Management von psychosozialen Risiken, das darauf abzielt, Personen in Problemsituationen durch Beratung, Information, ein offenes Ohr und Verfahren für Fälle von Belästigung, Konflikte, Gewalt oder traumatisierende Erlebnisse zu unterstützen. Die zweite Kategorie umfasst materielle oder organisatorische Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, die in der Regel kollektive Reichweite haben. Solche Verbesserungen sind verbreiteter als spezifische Managementmassnahmen. Durch sie lassen sich die Ressourcen der Beschäftigten für die Bewältigung beruflicher Belastungen steigern, womit sie Auswirkungen auf die effektive Arbeitstätigkeit haben. Die Arbeitgebenden treffen diese Massnahmen nicht primär zur Prävention psychosozialer Risiken, sondern zur Steigerung der Produktivität. Der Zusammenhang zwischen den getroffenen Präventionsmassnahmen und der Einschätzung der Geschäftsführung, welchen psychosozialen Risiken ihre Mitarbeitenden ausgesetzt sind, ist im Allgemeinen nur schwach. Bestimmte Arbeitgebende handeln, obwohl sie die Exposition nur gering einstufen. Andere haben eine hohe Risikowahrnehmung, ergreifen aber wenige Massnahmen. Die Präventionsaktivitäten hängen stark zusammen mit der Struktur des Unternehmens (Grösse, Branche, Zugehörigkeit zu einem internationalen Konzern) und seinen betrieblichen Abläufen (Mitwirkungsmöglichkeiten der Mitarbeitenden und Management von beruflichen Risiken insgesamt).

Zahlreiche wissenschaftliche Publikationen belegen, dass psychosoziale Risiken eng mit der Arbeitsorganisation und -gestaltung verknüpft sind. Diese Vorstellung von Prävention findet sich in den Aussagen der befragten Arbeitgebenden jedoch selten. Es stimmt zwar, dass diese oftmals Interesse für das Thema psychosoziale Risiken zeigen. Manche gaben an, sie wollten gerne ihre Beschäftigten schützen. Andere erwähnten, dass sie sich dank des Fragebogens über die Bedeutung des Themas bewusst geworden seien. Wieder andere sagten, sie würden gerne Beratung in Anspruch nehmen, und die Mehrzahl bat um die Zusendung der Studiener-

gebnisse. Ihre Aussagen zeigen gleichwohl, dass sie sich psychosoziale Risiken eher als individuell bedingte anstatt durch die Arbeitsumgebung verursachte Phänomene vorstellen, und dies sowohl im Hinblick auf die Ursachen als auch die Mittel zum Umgang damit. Nur sehr wenige Befragte haben sich zur Ermittlung der Risikofaktoren geäussert. Gemäss der wissenschaftlichen Literatur erfordert jedoch die Prävention von Stress zum Beispiel eine vorherige Ermittlung der Ursachen und zwar nicht nur in Bezug auf das Individuum, sondern auch auf die Arbeitsorganisation und -gestaltung. Eine systematische Literaturanalyse zur Stressprävention am Arbeitsplatz aus dem Jahr 2007[43] unterscheidet etwa drei Interventionstypen. Streng individuelle Interventionen betreffen die Steigerung der Fähigkeit einer Person zur Bewältigung von Stressfaktoren durch die Beeinflussung ihrer Wahrnehmung von Situationen oder die Entwicklung ihrer Ressourcen; sie umfassen ebenfalls Rehabilitations- oder Unterstützungsprogramme für Beschäftigte. Rein organisatorische Interventionen zielen auf die Reduzierung von arbeitsbedingten Stressfaktoren und die Mitwirkung der Mitarbeitenden bei der Suche nach Lösungen ab. Gemischte Interventionen schliesslich setzen vorrangig auf die Primärprävention von Problemen im Zusammenhang mit der Arbeitsorganisation und -umgebung und integrieren dabei gleichzeitig auf das Individuum ausgerichtete Massnahmen. Gemäss den Beobachtungen des Autorenteams wirken individuelle Interventionen zwar auf der persönlichen, nicht aber auf der organisatorischen Ebene. Organisatorische oder gemischte Interventionen dagegen sind auf beiden Ebenen wirksam. Dies spricht für einen ganzheitlichen Ansatz, welcher die beruflichen Risikofaktoren reduziert und die persönlichen Ressourcen zu deren Bewältigung stärkt. Ähnliche Feststellungen wurden in anderen Literaturanalysen gemacht.[44] Verschiedene Autoren und Autorinnen meinen im Übrigen, dass die Prävention psychosozialer Risiken vor allem darin besteht, den Beschäftigten die Möglichkeit zur Erbringung einer hochqualitativen Arbeit zu geben.[45] Psychisches Leiden entsteht demnach durch organisatorische Mängel, die Produktionsschwierigkeiten verursachen, welche wiederum die Fähigkeit der Beschäftigten beeinträchtigen, ihre Arbeit gemäss ihren eigenen Werten und ihrer Auffassung von «gut gemachter Arbeit» zu erbringen. Aus diesem Gesichtspunkt erfordern Masnahmen gegen psychosoziale Risiken einen Austausch über die betrieblichen Abläufe

43 LaMontagne, A. D., Keegel, T., Louie, A. M., Ostry, A., & Landsbergis, P. A. (2007). A Systematic Review of the Job-stress Intervention Evaluation Literature, 1990–2005. International Journal of Occupational and Environmental Health, 13(3), 268–280.

44 Zum Beispiel: Montano, D., Hoven, H., & Siegrist, J. (2014). Effects of organisational-level interventions at work on employees' health: a systematic review. BMC Public Health, 14(1).

45 Petit, J., & Dugué, B. (2012). Psychosocial risks: acting upon the organisation by ergonomic intervention. Work, 41, 4843–4847.

im Unternehmen, die Ziele der Arbeit und die Art und Weise, wie die Qualität der Arbeit evaluiert wird. Es geht darum, die Arbeitsumstände zu verändern und damit den Handlungsspielraum der Beschäftigten zu vergrössern, um gleichzeitig die Produktionsqualität zu verbessern und einen Beitrag zum Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz zu leisten.

Summa summarum belegt dieser Teil der Studie, dass in der Prävention noch ein grosses Entwicklungspotenzial steckt. Einerseits decken spezifische Massnahmen für das Management psychosozialer Risiken, die überwiegend bei den Abläufen, der Information und der individuellen Unterstützung ansetzen, das Feld nur teilweise ab, weil sie sich auf Angriffe auf die persönliche Integrität konzentrieren. Andererseits scheinen die Arbeitgebenden organisatorische und materielle Verbesserungsmassnahmen nicht mit dem Ziel der Prävention psychosozialer Risiken, sondern eher mit Blick auf die Produktivität umzusetzen. Obwohl die wissenschaftliche Literatur den Nutzen eines ganzheitlichen Ansatzes, inklusive Massnahmen betreffend die Arbeitsorganisation, belegt, findet sich diese Auffassung von Prävention in den Unternehmen nach wie vor selten.

Die Äusserungen bestimmter Ansprechpersonen legen nahe, dass es einen internen oder externen Auslöser braucht, um die Geschäftsführung zur Auseinandersetzung mit arbeitsbedingten Ursachen und diesbezüglichen Präventionsmassnahmen – und dies nicht nur im Sinne von Massnahmen des gesunden Menschenverstandes, eines offenen Ohrs für das Personal und Unterstützung im Fall von Problemen – zu veranlassen. Die Leiterin eines Spitex-Vereins etwa berichtete, dass ein Burnout-Fall bei ihnen zu einer strukturierten Auseinandersetzung unter Beizug von Fachpersonen geführt habe. Gleichzeitig gab der Geschäftsführer einer Baufirma an, dass Beschwerden von Mitarbeitenden und eine Arbeitsinspektion ihn veranlasst hätten, seine Vorgehensweise in Frage zu stellen. Diese Beispiele legen nahe, dass die Intervention von Dritten – Inspektoren und Inspektorinnen oder Spezialisten und Spezialistinnen für Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – eine Vorbedingung sein kann, damit Arbeitgebende (insbesondere in KMU) sich der Probleme bewusst werden. Gleiches gilt für die Analyse und Prävention dieser Probleme.

Dank der erfassten Daten zur Wahrnehmung der Arbeitgebenden zum Vorhandensein von psychosozialen Risiken lässt sich ein besseres Verständnis für den Kontext der Interventionsarbeit von Inspektoren und Inspektorinnen sowie für die Wirkung ihrer Besuche gewinnen. Eine Synthese hierzu findet sich im folgenden Abschnitt.

4.3 Wirkung der Inspektionsbesuche

Verglichen mit nicht besuchten Betrieben haben besuchte Unternehmen ihr Management von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz und ihre psychosozialen Kompetenzen statistisch signifikant verbessert. Die betreffenden Arbeitgebenden bezeugen grössere Handlungsbereitschaft,

nachdem sie Inspektorenbesuch erhalten hatten. Diese Wirkung ist im tertiären Sektor in unterschiedlichem Masse bei Firmen unterschiedlicher Grösse und im sekundären Sektor bei Unternehmen mit mehr als 100 Mitarbeitenden zu beobachten. Im sekundären Sektor war die Anzahl der Befragten in Unternehmen mit weniger als 100 Beschäftigten zu klein, um statistisch signifikante Effekte beobachten zu können. Die Resultate deuten jedoch in dieselbe Richtung.

Die Ergebnisse machen deutlich, dass Inspektionsbesuche tendenziell bestimmte Faktoren im Zusammenhang mit dem allgemeinen Management beruflicher Risiken verstärken. Dies gilt insbesondere für die Management-Review, die Dokumentation, die Gefährdungsermittlung und die Umsetzung bestimmter Sicherheits- und Gesundheitsmassnahmen. Im Rahmen der aktuell vorherrschenden Auffassung von der Prävention psychosozialer Risiken werden diese in ein globales Managementsystem für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz integriert. Die Studie hat ebenfalls gezeigt, dass die Kenntnisse der Arbeitgebenden über Massnahmen zur Prävention psychosozialer Risiken, die Information der Mitarbeitenden und in gewissem Masse der Beizug externer Unterstützung – der sich gleichwohl nach wie vor sehr auf die Hilfe für Personen in Problemsituationen konzentriert – durch Inspektionen verstärkt werden konnten. Diese Resultate stimmen mit anderen Studien überein, die bereits belegt haben, dass Inspektionen betreffend psychosoziale Risiken in erster Linie einen Sensibilisierungseffekt haben.[46]

Die Inspektionsbesuche hatten dagegen keinen statistisch signifikanten Effekt auf die Wahrnehmung der Arbeitgebenden bezüglich der Exposition ihrer Mitarbeitenden gegenüber psychosozialen Risiken. Im Prinzip hätten die Inspektionen dazu führen können, dass die Arbeitgebenden ihre Evaluierung nach oben (Bewusstwerdung über die Risiken) oder nach unten korrigieren (Schutzwirkung infolge des Besuchs umgesetzter Massnahmen). Die Analysen zeigen jedoch keinerlei Trend, weder in die eine noch in die andere Richtung. Die qualitativen Daten machen deutlich, dass Inspektoren bzw. Inspektorinnen und Unternehmen psychosoziale Risiken nur selten als Risikofaktoren thematisieren. So bilden etwa Gefährdungsermittlungen, bei denen psychosoziale Aspekte einbezogen werden, nach wie vor die Ausnahme in den Präventionsaktivitäten der Arbeitgebenden wie auch bei den Forderungen von Inspektoren und Inspektorinnen. Dies könnte die fehlende Wirkung auf die Expositionswahrnehmung erklären.

Im Vergleich mit den nicht besuchten Unternehmen zeigt sich bei den besuchten Betrieben keine signifikante Änderung auf der Skala «spezifisches Management psychosozialer Risiken». Positive Effekte sind hingegen dann festzustellen, wenn bestimmte Variablen dieser Skala separat be-

46 Z.B. Walters et al., op. cit.

rücksichtigt werden. So führten die Besuche etwa zu einer Zunahme der Anzahl Unternehmen, die eine Charta oder eine Betriebsordnung erarbeitet, die Rollen für den Umgang mit psychosozialen Risiken geklärt, ein Konfliktlösungsverfahren verfasst oder Mitarbeitenden in Problemsituationen individuelle Unterstützung angeboten haben. Zu beobachten ist auch, dass mehr Unternehmen ein Arbeitszeiterfassungssystem eingeführt haben, was sicherlich auf die Revision des diesbezüglichen Artikels in Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz zurückzuführen ist.

Die Inspektionsbesuche hatten keine signifikante Wirkung auf der Skala für die «Mitwirkung der Mitarbeitenden bei Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz». Der Einbezug der Beschäftigten ist jedoch eine wichtige Bedingung für eine wirksame Prävention und Inspektion betreffend psychosozialer Risiken, denn ihre Sichtweise als Betroffene trägt wesentlich zu einer vollständigeren Erfassung der Risikofaktoren bei. Zudem erleichtert der Einbezug der Mitarbeitenden die Ausarbeitung von passenden Verbesserungsmassnahmen für die jeweilige Tätigkeit. Schlussendlich verleiht sie den Arbeitnehmenden eine aktive Rolle bei der Verbesserung der Unternehmensperformance und der Arbeitsbedingungen. Die Mitwirkung kann eine direkte Form annehmen, wenn die Mitarbeitenden im Alltagsgeschäft in Diskussionen und Massnahmen betreffend Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz einbezogen werden; sie kann aber auch indirekt über Personalvertretungsstrukturen erfolgen.

Die Besuche hatten keine signifikante Wirkung auf die Häufigkeit von Verbesserungsmassnahmen betreffend die Arbeitsorganisation (Personalbestand, Arbeitszeitgestaltung usw.) oder der Arbeitsumgebung. Diese Feststellung erklärt sich wahrscheinlich aus der Auffassung, psychosoziale Risiken seien überwiegend ein individuelles Phänomen (…), und aus der Art und Weise, wie Inspektoren und Inspektorinnen diese Risiken angehen.

4.4 Inspektionstätigkeiten der Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen

Die letzte Forschungsfrage betraf die Art und Weise, wie die Inspektoren und Inspektorinnen das Thema psychosoziale Risiken bei ihren Inspektionsbesuchen behandeln. Es ging insbesondere darum, die Strategien zu ermitteln, die angesichts auftretender Schwierigkeiten eingesetzt werden. Die ermittelten Ergebnisse ermöglichen ein besseres Verständnis von der Wirkung des Vollzugsschwerpunktes, die im vorherigen Abschnitt zusammengefasst ist.

Die Inspektoren und Inspektorinnen haben psychosoziale Risiken bei der grossen Mehrheit der Besuche thematisiert. Ihre Ansprechpersonen zeigten eine insgesamt konstruktive Haltung, aber es mangelte ihnen noch an Kenntnissen in diesem Bereich. Bei ungefähr jedem zweiten besuchten Unternehmen wurden Massnahmen gefordert. Die Art und Weise, wie sie formuliert wurden, hing von der Offenheit und den Kompetenzen der Ansprechperson sowie den Ressourcen des Betriebs ab. Die Inspektoren und

Inspektorinnen sind meistens beratend vorgegangen. Ihre Forderungen betrafen vorwiegend die Einführung von Managementprozessen; Arbeitsinhalt und -organisation wurden nur in geringem Masse behandelt. Die Inspektoren und Inspektorinnen thematisierten psychosoziale Risiken selten als Risikofaktoren. In den allermeisten Fällen sprachen sie allgemein über psychosoziale Risiken und schienen in kleinen Schritten vorzugehen, um sich einen Gesamteindruck zu verschaffen.

Die Schwierigkeiten, die bei der Arbeit der Inspektoren und Inspektorinnen auftraten, hatten meist eher mit dem Tätigkeitskontext zu tun als mit der Komplexität, die psychosozialen Risiken inhärent ist. Als Schwierigkeiten werden insbesondere genannt: Zeitmangel und fehlender Austausch unter Kollegen und Kolleginnen, mangelnde Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern, Druck durch bestimmte Unternehmen, Anweisungen der Verwaltung zugunsten eines Business-friendly-Ansatzes, das Kompetenzniveau in den besuchten Unternehmen, das Abwägen zwischen Quantität und Qualität der Betriebsbesuche oder auch die Schwierigkeit, den Follow-up der Inspektionsbesuche zu leisten. Daneben wurden weitere Faktoren aufgeführt, etwa mangelnde gesetzliche Bestimmungen für psychosoziale Risiken, die emotionale Belastung im Kontakt mit den Ansprechpersonen oder auch Probleme, bei Inspektionsbesuchen die Arbeitnehmenden zur Mitwirkung zu bewegen.

4.5 Schlussfolgerungen und Ausblick

Die vorliegende Studie ist die erste ihrer Art. Die Ergebnisse belegen die positive Wirkung der Inspektionsbesuche. Sie bestätigen, dass Interventionen der öffentlichen Hand in diesem Bereich sachdienlich sind, und liefern ermutigende Signale für die Zukunft. Die Äusserungen der befragten Arbeitgebenden bestätigen indessen, dass noch eine Divergenz zwischen ihren Vorstellungen von psychosozialen Risiken und der von den Behörden geförderten Auffassung besteht. Psychosoziale Risiken werden tendenziell als individuelle oder zwischenmenschliche Probleme angesehen, für deren Auftreten die Arbeit nur eine marginale Rolle spielt. Damit beschränkt sich die Intervention der Arbeitgebenden häufig auf Unterstützungsmassnahmen und ein mehr oder weniger informelles Management von Problemfällen. Es wird noch einige Anstrengungen brauchen, um an dieser Auffassung etwas zu ändern. Die im Folgenden erörterten Denkansätze für die zukünftige Stossrichtung betreffen vier Bereiche: 1) die Stärkung eines verhältnisorientierten Ansatzes, d.h. eine Fokussierung auf die Gestaltung der Arbeit und der Arbeitsorganisation bei der Prävention psychosozialer Risiken, 2) die Ermutigung zum aktiven Einbezug der Mitarbeitenden in die Prävention, 3) die kontinuierliche Weiterentwicklung der Kompetenzen der Inspektoren und Inspektorinnen dank eines Erfahrungsaustauschs über die Inspektionstätigkeit und 4) eine laufende Anpassung der Inspektionsstrategien an die Entwicklungen der Arbeitswelt. Der

Denkansatz Nr. 1 bezieht sich zwar spezifisch auf psychosoziale Risiken, aber Nr. 2–4 haben eine grössere Reichweite. Eine Lehre aus der vorliegenden Studie ist in der Tat, dass auch an den allgemeinen Bedingungen der Inspektionstätigkeit gearbeitet werden muss, damit die Inspektoren und Inspektorinnen auf dem Terrain der psychosozialen Risiken wirksam tätig werden können.

Gemäss der Literaturanalyse empfehlen eine Reihe von Autoren und Autorinnen eine stärkere Einbindung der psychosozialen Risiken in die Gesetzgebung. Mehrere Inspektoren und Inspektorinnen haben sich gleichfalls in diesem Sinne geäussert. Gleichwohl bestand das Ziel der Studie nicht darin, die rechtlichen Aspekte der Prävention psychosozialer Risiken zu untersuchen, sondern die Wirkung des Vollzugsschwerpunktes zu messen. Im breiteren Kontext der Evaluation einer behördlichen Massnahme ist die Berücksichtigung der Gesetzgebung aber natürlich ein wichtiges Element. Die Einhaltung einer gesetzlichen Bestimmung ist übrigens der von Arbeitgebenden am häufigsten genannte Grund für die Einführung von Arbeitsschutzmassnahmen[47]. Ob die bestehende Gesetzgebung eine wirksame Prävention ermöglicht, bleibt – insbesondere angesichts der steigenden Komplexität in Unterstellungsverhältnissen zwischen Arbeitnehmenden und Auftraggebenden – offen.

Stärker bei der Arbeitsorganisation und -gestaltung ansetzen

Eines der Ziele im Gesamtkonzept des Vollzugsschwerpunktes zur Prävention psychosozialer Risiken (…) bestand in der Verbesserung der Situation der Beschäftigten, indem konkrete Massnahmen eingeführt werden, die sich aus der Analyse der Schwachpunkte in der Arbeitsgestaltung und -organisation herausgestellt haben. Die Studie zeigt, dass die Arbeitgebenden durch die Besuche sensibilisiert, ihre Kompetenzen erweitert und sie zur Umsetzung von Managementmassnahmen für Problemsituationen veranlasst werden konnten. In puncto Arbeitsorganisation und -gestaltung wurden jedoch bei den besuchten Unternehmen keine signifikanten Verbesserungen gemessen. Die besuchten Unternehmen scheinen also vor allem ihre Handlungsfähigkeit bei Problemfällen anstatt ihre Fähigkeit zur Ergreifung vorgelagerter Massnahmen weiterentwickelt zu haben.

Es gibt Massnahmen, die zu einer grösseren Berücksichtigung von Arbeitsinhalt und -organisation bei der Prävention psychosozialer Risiken in der Schweiz beitragen könnten. Die Behörden müssten Kernthemen definieren, mit welchen die Inspektoren und Inspektorinnen psychosoziale Risiken angehen können, um mehr als eine reine Kontrolle der Dokumentation zu machen. Psychosoziale Risiken sind nur eines der

[47] Steiger-Sackmann, S. (2013). Recht – Hindernis oder Stütze für zeitgemässe Präventionsarbeit? EKAS Mitteilungsblatt, 77, S. 18–19.

zahlreichen Themen, die durch die Inspektoren und Inspektorinnen kontrolliert werden müssen. Dabei soll nicht von ihnen verlangt werden, sie sollten mehr Zeit auf dieses Thema verwenden. Vielmehr sollten sie den Schwerpunkt stärker auf organisatorische Faktoren legen, die gleichzeitig mit psychosozialen Risiken und anderen beruflichen Risiken im Zusammenhang stehen. Dies könnte zum Beispiel durch eine eingehendere Prüfung bestimmter Risikofaktoren erfolgen, die vom Inspektor bzw. der Inspektorin je nach Unternehmen ausgewählt werden, oder durch die Bereitstellung von Fallstudien, mit denen funktionale oder dysfunktionale Beispiele für die Arbeitsorganisation veranschaulicht werden. Möglich wären auch eine verstärkte Betonung der organisationsspezifischen Punkte im ASA-Referenzleitfaden (Organisationssystem, Aus-/Weiterbildung, Gefährdungsermittlung, Mitwirkung) und sowie die systematischere Integration der psychosozialen Risiken in die Gefährdungsermittlung, die von den Unternehmen gefordert wird. Es gibt unzählige Evaluationsinstrumente, vom allereinfachsten bis zum allerkompliziertesten. Ihr Einsatz durch Nichtfachleute ergibt nicht zwangsläufig eine strenge Analyse der psychosozialen Risikofaktoren. Der Vorteil ihrer Verwendung bestünde darin, dass Geschäftsführungen und Arbeitssicherheitsspezialisten und -spezialistinnen dahingehend unterstützt würden, Arbeitsinhalt und -organisation als potenzielle Risikofaktoren für psychosoziale Risiken wahrzunehmen.

Seitens der Arbeitgeber- und Gewerkschaftsverbände wäre es sinnvoll, die Unterstützung für Arbeitgebende und Arbeitnehmende zu verstärken – zum Beispiel mithilfe von ASA-Branchenlösungen oder durch den Beizug von Fachpersonen –, damit diese einfacher strukturierte Präventionsverfahren umsetzen können. Zahlreiche Unternehmen verbessern regelmässig die Arbeitsorganisation und das Arbeitsumfeld in ihrem Betrieb. Damit verfolgen sie in der Regel das Ziel, die Bedingungen für die Produktion zu optimieren. Sie sind sich dabei aber nicht bewusst, dass solche Veränderungen – je nachdem, wie sie durchgeführt werden – auch die Gesundheit ihrer Beschäftigten verbessern können. Hier besteht ein grosses Potenzial für die Prävention, das nur ausgeschöpft werden muss. Bei der grossen Mehrheit der schweizerischen Unternehmen handelt es sich um KMU. Eine jüngere Publikation[48] macht die Grundsätze deutlich, die bei der Konzeption von Präventionsprogrammen für diese Art von Betrieben zu berücksichtigen sind. Die Kenntnis dieser Grundsätze ist sowohl für Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen als auch für Beratungsbüros und mit Branchenlösungen beauftragte Organe sinnvoll. Dabei geht es vor allem darum, den erforderlichen Zeitaufwand für die Arbeitgebenden zu mi-

[48] Hasle, P., Kvorning, L., Rasmussen, C., Smith, L., und Flyvholm, M. (2014). A Model for Design of Tailored Working Environment Intervention Programmes for Small Enterprises. Safety and Health at Work, 3, S. 181–91.

nimieren und Methoden zu nutzen, bei denen Kritik an dem oder der jeweiligen Arbeitgebenden vermieden wird. Des Weitern geht es darum, über persönliche Vertrauenspersonen (z.B. Fachkollegen und -kolleginnen, Mitarbeitende oder Berater bzw. Beraterinnen aus der Arbeitsinspektion) Unterstützung zu leisten, weniger auf schriftliche Verfahren, sondern mehr auf den persönlichen Dialog und die Solidarität zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zu setzen. Das Forscherteam empfiehlt übrigens, Fragen des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz in andere Managementbelange einzubeziehen, bereits anerkannte und akzeptierte Risiken als Ausgangspunkt zu nehmen, den Ehrgeiz in puncto systematisches Management in vernünftigen Grenzen zu halten und dieses auf die bestehende Praxis aufzubauen.

Die Einbindung der Mitarbeitenden in die Prävention fördern

Den Arbeitnehmenden stehen Mitspracherechte in allen Fragen des Gesundheitsschutzes, der Arbeitszeitorganisation und der Gestaltung der Stundenpläne, der Nachtarbeit und der Sicherheit zu (Art. 48 des Arbeitsgesetzes, Art. 6 und 6a der Verordnung über die Unfallverhütung). Das Mitwirkungsgesetz regelt die Arbeitnehmervertretung in Unternehmen mit mindestens fünfzig Beschäftigten. Abgesehen von der gesetzlichen Dimension wird durch mehrere der vorangehend genannten Studien belegt, dass eine positive Korrelation zwischen der Mitwirkung der Arbeitnehmenden und der Prävention beruflicher Risiken besteht.[49] Wenn man die Mitarbeitenden in die Prävention einbindet, kann man von der Erfahrung der Arbeitnehmenden profitieren, um wirksame und der Tätigkeit angepasste Präventionsmassnahmen umzusetzen. Die Mitwirkung fördert die Akzeptanz dieser Massnahmen bei den Mitarbeitenden erheblich und ist eine Bedingung für die Entwicklung einer Kultur der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes.

Manche Arbeitsinspektorate nutzen erfolgreich partizipative Inspektionstechniken, zum Beispiel setzen sie strukturierte Einzel- und Gruppengespräche mit einer Stichprobe von Arbeitnehmenden ein. Solche Methoden werden vorwiegend zur Kontrolle im Bereich der psychosozialen Risiken verwendet. Es wäre gut, wenn es einen Austausch über solche Inspektionspraktiken gäbe und sie mit Anpassungen je nach lokalem Kontext auch in anderen Kantonen zur Anwendung kämen. Die Art und Weise, wie die Mitwirkung bei einem Inspektionsbesuch genutzt werden kann, könnte ebenfalls in Wegleitungen, Empfehlungen zu bewährten Ansätzen und Schulungen behandelt werden.

[49] Walters, D., Worker representation…, op. cit.; EU-OSHA, Zweite europäische Erhebung, op. cit.

Den Erfahrungsaustausch über die Inspektionstätigkeit unter Inspektoren und Inspektorinnen fortführen und ausbauen

Die Arbeitsinspektion ist ein anspruchsvoller Beruf, der vielfältige Fach- und Sozialkompetenzen und eine gute Kenntnis der Arbeitswelt erfordert. Gleichzeitig handelt es sich um eine einsame Tätigkeit, bei der es an Gelegenheiten für den Austausch und die Interaktion mit Kollegen und Kolleginnen mangeln kann. Aus diesem Grunde haben das SECO und die kantonalen Arbeitsinspektorate verschiedene Plattformen für den Meinungs- und Erfahrungsaustausch eingerichtet: Jahreskonferenz der Arbeitsinspektion, Schulungen für Inspektoren und Inspektorinnen, Berufsverbände usw.

Abgesehen von diesen formellen Strukturen stellen der Austausch und die praktische Zusammenarbeit im Alltag einen wesentlichen Treiber für den Auf- und Ausbau solcher Kompetenzen dar. Sachdienlich ist ein solches Vorgehen vor allem dann, wenn es um neue und komplexe Themenstellungen – wie es die psychosozialen Risiken sind – geht. Das SECO ermutigt die kantonalen Inspektorate, bei der Intensivierung dieser Art des Austauschs eine aktive Rolle zu übernehmen – und zwar nicht nur beim Thema psychosoziale Risiken, sondern auch in anderen Interventionsbereichen. Im Rahmen der verfügbaren Ressourcen könnte eine solche Intensivierung durch Betriebsbesuche im Tandem, die in manchen Kantonen bereits praktiziert werden, durch Gegenbesuche zwischen Kollegen und Kolleginnen aus unterschiedlichen Kantonen, durch punktuelle Betreuung durch Spezialisten und Spezialistinnen aus dem SECO bei Betriebsbesuchen zu spezifischen Problemstellungen, durch regionale oder nationale Themengruppen, durch Erfahrungsaustausche usw. erfolgen.

Kontinuierliche Anpassung der Inspektionsstrategien an Entwicklungen in der Arbeitswelt

Mehreren internationalen wissenschaftlichen Publikationen[50] zufolge ist die Arbeitswelt durch eine Zunahme flexibler Beschäftigungsformen gekennzeichnet (z.B. Personalverleih, Arbeit auf Abruf oder als Freelance), die weniger Schutz gegen berufliche Risiken bieten. Die Untervergabe und die Auslagerung von Aufgaben resultieren in einer höheren Anzahl kleiner Unternehmen. Wirtschaftskrisen, Sparpolitik und Entwicklungen des Arbeitsmarkts führen zu einer Erosion der wirtschaftlichen und sozialen Anreize für eine Regulierung von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz.

[50] Frick, K., op. cit.; Leka et al., Is psychosocial risk, op. cit.; Quinlan, M., Organisational restructuring, op. cit.; Quinlan, M., Johnstone, R., McNamara, M. (2009), Australian Health and Safety Inspectors' Perceptions and Actions in Relation to Changed Work Arrangements, Journal of Industrial Relations, 51(4), S. 557–573; Saksvik et al., op. cit.; Stadler, P., et Splittgerber, B., op. cit.; Toukas et al., op. cit.; Walters et al., op. cit.

Der internationale Experte für Arbeitsmarkt Prof. DAVID WEIL etwa spricht von fissured workplace[51] in Bezug darauf, dass grosse Unternehmen eine zunehmende Zahl von Aufgaben an kleine Unternehmen auslagern, wie etwa die Küche in Restaurants, das Housekeeping in Hotels oder die Fördertechnik in Logistikzentren. Ihm zufolge hat diese Entwicklung negative Auswirkungen auf die Arbeitsplatzsicherheit, das Einkommensniveau, die Karriereperspektiven und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz. In gleicher Weise macht ein Bericht aus dem Jahr 2011 im Auftrag der Europäischen Kommission[52] deutlich, dass die Entwicklung der für die «New Economy» charakteristischen Arbeitsregime die traditionellen Schutzmechanismen für Arbeitnehmende schwächt. Prekäre oder atypische Beschäftigungsverhältnisse stellen erhöhte – physische wie psychosoziale – berufliche Risiken dar[53].

Gemäss den verfügbaren Statistiken ist diese Entwicklung in unserem Land nicht sehr ausgeprägt. Den Zahlen der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE)[54] zufolge hat die Schweiz einen gut funktionierenden Arbeitsmarkt. Verglichen mit der Europäischen Union mit ihren 28 Ländern ist der Anteil Erwerbstätiger höher (+11,0%), ebenso wie der Anteil der Erwerbstätigen mit tertiärer Ausbildung (+7,9%). Die Arbeitslosenquote nach Definition der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) ist niedriger (–3,7%) ebenso wie die Jugendarbeitslosigkeit gemäss ILO (– 10,3%) und der Anteil der Langzeitarbeitslosen gemäss ILO (–9,5%). Der Anteil der Selbständigerwerbenden ist niedriger als in der EU der 28 (–1,6%) und ist zwischen 2011 und 2017 stabil geblieben. Der Anteil der Freelancer (Selbstständigerwerbende ohne Beschäftigte) beträgt 6,5% und ist zwischen 2004 und 2016 stabil geblieben. Der Anteil der Teilzeitarbeitnehmenden ist höher als in der Europäischen Union (+18,2 %). Im Zusammenhang mit der zunehmenden Präsenz von Frauen auf dem Arbeitsmarkt ist der Anteil der Teilzeitarbeit in der Schweiz kontinuierlich gestiegen, zwischen 1991 und 2017 von 29,5% auf 36,6%.

Gleichwohl legen mehrere Indikatoren eine gewisse Flexibilisierung auf dem Arbeitsmarkt nahe. Gemäss der SAKE ist der Anteil der Arbeitnehmenden mit unbefristetem Vertrag zwischen 2001 und 2017 von 93,0% auf 91,0% leicht zurückgegangen. Der Anteil der Unterbeschäftigten ist bei den ansässigen Schweizern und Schweizerinnen zwischen 2004 und 2009 von 5,7% auf 6,6% und bei den niedergelassenen Ausländern

51 http://www.fissuredworkplace.net.

52 Walters, D., (2011). Contract to assess the potential impact of emerging trends and risks on labour inspection methodologies in the domain of occupational health and safety (the NERCLIS* Project). Final report. Cardiff University.

53 Giudici, F., Lepori, A., und Marazzi, Ch. (2017). Beeinflussen atypische Arbeitsformen die Gesundheit?? Die Volkswirtschaft, 4, 46–49.

54 Erhebung des Bundesamts für Statistik: https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erhebungen/sake.html.

von 6,0% auf 6,8% gestiegen. Von 2010 bis 2017 haben diese Zahlen bei den Schweizern und Schweizerinnen von 5,8% auf 6,9% und bei den niedergelassenen Ausländern von 7,0% auf 8,5% zugenommen. Gemäss einem Bericht des SECO über die Entwicklung von flexiblen und prekären Arbeitsverhältnissen[55] ist der Anteil prekärer und atypischer Beschäftigung zwischen 2004 und 2009 von 2,3% auf 2,9% angestiegen. Er ist zwischen 2010 und 2016 (zwischen 2,2% und 2,5%) relativ stabil geblieben, aber aufgrund einer Neuparametrierung der Erhebung können diese Zahlen nicht mit dem vorherigen Zeitraum verglichen werden. Der Anteil der Arbeitnehmenden auf Abruf ist zwischen 2001 und 2009 von 5,2% auf 6,6% gestiegen; seit 2010 variiert er um die 5,1%, aber auch hier sind diese Werte nicht mit dem vorherigen Analysezeitraum vergleichbar. Gemäss der Beobachtungsstelle für Beschäftigung der Westschweiz und des Tessins (Observatoire Romand et Tessinois de l'Emploi) ist der Anteil der temporären Mitarbeiter landesweit zwischen 1995 und 2014 von 0,7% auf 2,6% gestiegen. Die Anzahl gewerkschaftlich organisierter Beschäftigter ist zurückgegangen – zwischen 2003 und 2015 von 781 694 auf 737 850[56]. Die Anzahl der Erwerbstätigen, die von zu Hause aus Telearbeit leisten, hat sich zwischen 2001 und 2015 fast vervierfacht: 2015 leisteten 21% der Erwerbstätigen zumindest gelegentlich Telearbeit[57].

Diese Entwicklungen sind für die Beschäftigten nicht notwendigerweise negativ; sie bergen sowohl Vorteile als auch Risiken. Gleichwohl zeugen sie von einer zunehmenden Komplexität der Arbeitswelt und damit auch der Intervention durch Arbeitsinspektionen. Als Reaktion darauf empfehlen die Autoren des von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Berichts[58] die Anpassung der Inspektionsstrategien auf die folgende Weise:

- Schulung der Inspektoren und Inspektorinnen für die Veränderungen in der Arbeitswelt und die betrieblichen Abläufe in Unternehmen, um in Kenntnis der Sachlage argumentieren zu können;
- intensivierte Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Spezialisten und Spezialistinnen für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz sowie mit unkonventionellen Akteuren, die für die prekärsten Unternehmen und Beschäftigtengruppen als Anlaufstellen fungieren können;

55 Mattmann et al., op. cit., S. 10.

56 Statistik des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, erhältlich auf der Website des Bundesamts für Statistik: https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/gesamtarbeitsvertraege-sozialpartnerschaft/gewerkschaften.html.

57 Froidevaux, Y. (2016). Teleheimarbeit in der Schweiz, 2001–2015. Neuchâtel: Bundesamt für Statistik.

58 Walters, D., Contract to assess…, op. cit.

- Entwicklung von IT-Tools für Erfassung, Analyse und Austausch von Informationen zwischen Inspektoraten und anderen Akteuren (IT intelligence).

In der Schweiz gehen mehrere jüngere Initiativen in die Richtung der Vorschläge oben. So dürfte zum Beispiel die Einführung eines neuen eidgenössischen Fachausweises «Spezialistin/Spezialist für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz», der sich insbesondere an die Arbeitsinspektoren und -inspektorinnen richtet, eine bessere Einbindung der Entwicklungen in der Arbeitswelt und der hierdurch entstehenden Herausforderungen für die Gesundheit der Erwerbsbevölkerung in die Aus-/Weiterbildung der Akteure in der Prävention beruflicher Risiken ermöglichen. Bei der Zusammenarbeit zwischen Arbeitsinspektion und anderen Akteuren sind gemeinsame Interventionen bestimmter Arbeitsinspektorate und kantonaler Dienststellen für Berufsbildung zu Gesundheits- oder Sicherheitsproblemen betreffend junge Arbeitnehmende zu nennen. Darüber hinaus ermöglicht die Entwicklung von IT-Tools für das Management von Inspektionsbesuchen (z.B. die Plattform CodE, die von den kantonalen Inspektoraten und dem SECO genutzt wird, sowie die Datenbank der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit) einen einfacheren Informationsaustausch zwischen den Vollzugsorganen. Zudem wurde ein interkantonales Koordinationsverfahren eingeführt, um bei Mängelfeststellungen in Unternehmen, die in mehreren Kantonen tätig sind, einheitlich zu reagieren.

Abschliessend kann man sagen, dass die Zusammenarbeit zwischen dem SECO, den kantonalen Inspektoraten, den Sozialpartnern und den Spezialisten und Spezialistinnen für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz dank des Vollzugsschwerpunktes zu psychosozialen Risiken intensiviert werden konnte. Die vorliegende Studie belegt, dass diese Anstrengungen sich ausgezahlt haben und ihre Fortführung sich lohnen würde.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB)

25. Tätigkeitsbericht 2017/2018 des EDÖB, Arbeitsbereich[59]

1. Sachverhaltsabklärung zu eRecruiting und Bewerbungsdossiers in der Bundesverwaltung

Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung eRecruiting konnte mit dem Nachrichtendienst des Bundes eine Lösung für die Aufbewahrung und Löschung von Informationen aus elektronischen Bewerbungsdossiers gefunden werden.

Auch beim Nachrichtendienst des Bundes (NDB) kann man sich auf offene Stellen elektronisch bewerben. Im Rahmen einer Sachverhaltsabklärung stellten wir fest, dass die Praxis des NDB in Bezug auf die Aufbewahrung und Löschung von Bewerbungsdossiers teilweise nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprach. Unter Einbezug des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) konnte eine einvernehmliche Lösung gefunden werden, die sowohl die speziellen Bedürfnisse des Nachrichtendienstes als auch den Persönlichkeitsschutz der Bewerbenden berücksichtigt.

2. Der «saubere Abgang» bei Kündigung der Arbeitsstelle

Arbeitgeber sollten im Sinne der Transparenz den Umgang des Personals mit Informatikmitteln in einem Reglement festlegen und darin aufzeigen, wer welche Rechte und Pflichten hat. Dies verhindert Konflikte während und nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und erleichtert ein geordnetes Verlassen des Arbeitsplatzes.

Wir erhielten zahlreiche schriftliche und mündliche Anfragen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern zur Frage, wie bei Verlassen der Arbeitsstelle in Bezug auf die Sperrung von Informatikmitteln wie personalisiertem E-Mail-Account oder Serverzugang rechtlich korrekt vorzugehen ist: Was muss bei der Sperrung des E-Mail-Kontos beachtet werden? Bis wann muss eine Sperrung des Serverzugangs und der Passwörter erfolgen? Was gilt für private Daten des Arbeitnehmers wie private E-Mails, Fotos und Texten usw.?

---

[59] www.edoeb.admin.ch > Dokumentation > Tätigkeitsberichte > 25. Tätigkeitsbericht 2017/2018.

Wir empfahlen den Rechtssuchenden, die anwendbaren Grundsätze in einem betriebsinternen Reglement über die Nutzung von Informatikmitteln festzuhalten und der Belegschaft so zugänglich zu machen und durch Schulungen zu vertiefen. Zusammenfassend empfehlen wir folgendes Vorgehen:

- Vor dem Austritt soll der Arbeitnehmer die noch laufenden Geschäfte und E-Mails an die vom Arbeitgeber bezeichnete Person übergeben und quittieren.
- Der austretende Mitarbeiter erhält die Möglichkeit, seine privaten E-Mails und andere Dokumente auf privaten Datenträgern wie zum Beispiel USB-Sticks zu speichern und von den Servern des Arbeitgebers zu löschen.
- Spätestens am letzten Arbeitstag werden das E-Mail-Konto des austretenden Mitarbeiters sowie alle anderen EDV-Konten gesperrt und nach einer gewissen Zeit gelöscht.
- Im einem Todesfall wird das E-Mail-Konto des Verstorbenen sofort gesperrt und die Daten werden gesichert. Anschliessend sollten die privaten E-Mails und sonstigen privaten Daten des Verstorbenen unter Beizug von dessen Angehörigen nach dem Vieraugenprinzip ausgesondert werden.
- Absender, die E-Mails an die gesperrte Adresse senden, werden automatisch informiert, dass die Empfängeradresse hinfällig geworden ist. In der automatischen Antwort wird eine geeignete Ersatz-E-Mail-Adresse der Firma angegeben. Es erfolgt keine automatische Weiterleitung an eine andere E-Mail-Adresse des Unternehmens.

Die Beachtung dieser Grundsätze trägt wesentlich dazu bei, dass die Privatsphäre und Geschäftsgeheimnisse der Vertragspartner gewahrt bleiben.

3. Tracking von Mitarbeitenden

Navigationsgeräte in Geschäftsfahrzeugen und andere Geräte mit GPS-Funktion scheinen immer häufiger zur Überwachung von Mitarbeitenden eingesetzt zu werden. Wir erhielten im Berichtsjahr mehrere Anfragen von Betroffenen. Diese Art der Überwachung ist nur zulässig, wenn sowohl die Rahmenbedingungen des Datenschutzrechts als auch des Arbeitsrechts berücksichtigt werden.

Über unsere Hotline wandten sich mehrere Personen an uns, die sich bei der Arbeit mit einer Überwachung durch Navigationsgeräte und sonstige Ortungssysteme konfrontiert sahen. Zumeist waren es Aussendienstmitarbeitende, deren Geschäftsfahrzeuge mit Navigationsgeräten ausgerüstet werden sollten oder bereits entsprechend bestückt waren. Auch Smartphones können zur Ortung eingesetzt werden.

Ein Arbeitgeber kann ein berechtigtes Interesse daran haben, seine Mitarbeitenden beziehungsweise deren Fahrzeuge zu lokalisieren, bei-

spielsweise um Einsätze der Aussendienstmitarbeitenden effizienter zu planen oder um den tatsächliche Zeitaufwand eines Einsatzes bei einem Kunden zu erfassen. Wichtig ist, dass er die betroffenen Mitarbeiter umfassend über die eingesetzten Technologien sowie seine Interessen und die Zwecke informiert, die er mit der Bearbeitung der gesammelten Daten erreichen will. Die Bearbeitung ist zulässig, sofern die Grundsätze der Rechtmässigkeit, Zweckgebundenheit, Verhältnismässigkeit, Transparenz und von Treu und Glauben eingehalten werden. Dabei muss der Arbeitgeber vor allem darauf achten, dass sich die Bearbeitung auf Daten beschränkt, die für die Abwicklung des Arbeitsverhältnisses oder für den Geschäftszweck tatsächlich relevant sind. Vor diesem Hintergrund dürfen die technischen Möglichkeiten, weitere Informationen, wie die gewählte Route oder die Geschwindigkeit der Firmenfahrzeuge zu erheben, nicht unbesehen ausgeschöpft werden.

Einer besonderen Rechtfertigung bedarf auch die Überwachung in Echtzeit und nach Arbeitsende: Eine Echtzeitlokalisierung kann auf eine profilbildende Verhaltensüberwachung hinauslaufen, welche eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Diese Art der Überwachung ist auch durch das Arbeitsrecht untersagt, wenn die Interessen des Arbeitgebers ebenso durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden können.

Für eine Überwachung von Geschäftsautos und geschäftlichen Mobiltelefonen, die auch privat benutzt werden dürfen, besteht nach Arbeitsende in aller Regel keine gesetzliche Grundlage. Deshalb muss sichergestellt werden, dass der Arbeitgeber nach Arbeitsende keinen Zugriff mehr auf die Ortungsdaten hat.

4. Arbeitszeiterfassung per Fingerabdruck in der Gastronomie

Biometrische Zeiterfassungs- und Zutrittssysteme werden immer häufiger auch in der Gastronomie eingesetzt. Weil Daten wie Fingerabdrücke als besonders schützenswert einzustufen sind, sollte ihr Einsatz sorgfältig und restriktiv erfolgen.

Biometrische Zeiterfassungs-, Zutritts- oder Kassensysteme, bei denen die Mitarbeitenden sich mit ihrem Fingerabdruck identifizieren müssen, sind weit verbreitet – so auch in der Gastronomie. Teilweise wird sogar der Abschluss oder die Weiterführung eines Arbeitsvertrags davon abhängig gemacht, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer mit der Erfassung ihres Fingerabdrucks einverstanden ist. Mehrere Betroffene haben sich deshalb im Berichtsjahr über die Hotline an uns gewandt.

Biometrische Daten wie Fingerabdrücke sind untrennbar mit einer Person verbunden und können bei Verlust nicht einfach ersetzt werden. Im Umgang mit solch sensiblen Daten gelten deshalb erhöhte Sicherheitsanforderungen. Insbesondere dürfen sie nur bearbeitet werden, soweit dies für den vorgesehenen Zweck erforderlich ist. Um zu verhindern, dass biometrische Daten der Mitarbeitenden an unberechtigte Dritte gelangen, sollten

die Daten nicht zentral auf einem Server, sondern ausschliesslich lokal gespeichert werden, zum Beispiel auf einem Badge, der gleichzeitig mit dem Fingerabdruck eingelesen werden muss. Mit Blick auf die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips kann es sich empfehlen, statt eines kompletten Fingerabdrucks lediglich einen Extrakt davon zu bearbeiten.

Um den Mitarbeitenden das Recht auf Selbstbestimmung zu gewähren, erscheint es wünschenswert, ihnen Alternativen zur biometrischen Zeiterfassung zur Verfügung zu stellen. Ob ein Arbeitgeber eine Anstellung an die Bedingung knüpfen darf, dass eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer der Erfassung des Fingerabdrucks zustimmt, ist vorab eine Frage des Arbeitsrechts. Angestellte, die sich im Einzelfall gegen die Einführung biometrischer Zeiterfassungssysteme wehren wollen, können sich an ein Arbeitsgericht wenden.

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 13 janvier 2017, Doss.-No 4A_401/2016 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 3 mai 2016)

Art. 336a CO. Indemnité pour licenciement abusif. Le juge fixe l'indemnité en équité (art. 4 CC), compte tenu de toutes les circonstances. Le juge doit se fonder, entre autres éléments, sur la gravité de la faute de l'employeur, l'éventuelle faute concomitante de l'employé, son âge, sa situation au sein de l'entreprise, sa position sociale et la situation sur le marché du travail. Le juge tiendra aussi compte des effets économiques du licenciement pour le travailleur et l'employeur. En ce qui concerne le comportement des parties, il s'agira notamment d'observer, s'agissant de l'attitude de l'employeur, si celui-ci a permis à l'employé de s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement ou si, ayant connaissance de querelles au sein de l'entreprise, il a pris diverses mesures pour protéger la personnalité de ses employés (c. 6.2.1).
En l'espèce, les critères pris en compte par la Cour d'appel ne sont en soi pas critiquables, notamment en ce qui concerne les conséquences économiques du licenciement pour un employé âgé de 58 ans, la prise en compte de la situation économique de la société employeuse et l'absence de faute de l'employé.
La cour cantonale a par contre omis de mentionner d'autres circonstances permettant de comprendre que, même si l'employeuse a commis une faute en licenciant son employé par représailles, son comportement dénote qu'elle a aussi agi dans l'intérêt du demandeur. En particulier, l'autorité précédente n'a pas tenu compte du fait que l'employeuse a à l'époque fait le choix d'engager, dans le cadre d'une réintégration professionnelle, un employé alors âgé de 55 ans et qu'elle a pris des mesures pour remédier au conflit opposant l'employé à son supérieur hiérarchique. Il se justifie, pour tenir compte des circonstances non retenues par la cour cantonale, de réduire le montant de l'indemnité de quatre mois à deux mois de salaire (c. 6.3).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 30 décembre 2010, X. SA (ci-après: l'employeuse) a engagé, dans le cadre d'une réintégration professionnelle, Z. (ci-après: l'employé), en qualité de gérant technique au sein de sa suc-

cursale de Vevey, pour un salaire de 6'500 fr. bruts payé en douze fois l'an. L'employé a débuté son activité le 17 janvier 2011. Il a été retenu que, dans un premier temps, les rapports de travail se sont bien déroulés, puis que l'ambiance au sein de l'entreprise s'est détériorée. L'employé a souffert de la mauvaise ambiance de travail et du contexte général de pression dans lequel se trouvait l'équipe; sa santé psychique s'est dégradée et il a été victime d'un épisode dépressif sévère entraînant une incapacité de travail totale. Il a été en incapacité de travail du 29 avril au 13 mai 2013, puis à compter du mois de juillet, à 100%; un essai de reprise à 50% a été tenté en septembre 2013, mais s'est soldé par un échec puisque l'employé s'est retrouvé en incapacité de travail totale en octobre. Le 7 mai 2013, l'employé a pu s'entretenir avec l'administrateur délégué (B.) de la société employeuse des difficultés qu'il rencontrait avec son supérieur hiérarchique. Il s'est alors plaint d'une violation de son droit au respect de sa personnalité. Le 30 mai 2013, un second entretien a eu lieu avec la directrice des ressources humaines et son assistante. Il a alors été prévu d'entamer une médiation entre l'employé et son chef d'équipe. Finalement, la médiation n'a pas pu être mise sur pied, tant en raison de la distance séparant les bureaux de la directrice des ressources humaines (à Genève) du lieu de travail de l'employé (Vevey) que des absences de ce dernier. A. a toutefois eu un entretien avec l'administrateur délégué au sujet des plaintes émises par l'employé et il lui a été demandé de changer son comportement vis-à-vis de celui-ci, «en étant un peu plus à l'écoute».

L'employé a été licencié le 21 octobre 2013, avec effet au 31 décembre 2013. Sur demande de l'avocat de l'employé, l'employeuse a indiqué, par courrier du 5 novembre 2013, qu'elle avait été contrainte de mettre fin à la relation contractuelle dans le cadre de la réorganisation complète du service de gérance de Vevey ainsi que pour des raisons économiques.

Par demande du 12 août 2014, l'employé a conclu à ce que la société employeuse soit condamnée à lui verser le montant de 61'569 fr. (intérêts en sus), correspondant à 39'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif, 20'000 fr. à titre d'indemnité pour tort moral et 2'569 fr. à titre de dommages-intérêts. Par jugement du 22 juin 2015, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a rejeté la demande de l'employé. Par arrêt du 3 mai 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a admis partiellement l'appel formé par l'employé et, statuant à nouveau, a condamné la société défenderesse à payer au demandeur le montant de 26'000 fr., intérêts en sus. En substance, la cour cantonale a confirmé que l'employé n'avait pas été victime de mobbing au sens où l'entend la jurisprudence. La Cour tranché le litige en retenant que les motifs du congé avancés par l'employeuse n'étaient pas les motifs réels du licenciement, mais que celui-ci avait été prononcé parce que l'employé avait fait valoir de bonne foi des prétentions (soit son droit à la protection de sa personnalité) résultant de son contrat de travail (art. 336 al. 1 let. d CO). En consé-

quence, elle a considéré que l'employeuse devait verser à l'employé une indemnité équitable correspondant à quatre mois de salaire.

La société employeuse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal du 3 mai 2016.

Extraits des considérants:

6.

Dans un dernier grief, la recourante revient sur le montant de l'indemnité accordé par la cour cantonale à l'employé sur la base de l'art. 336a al. 1 CO.

6.1 L'autorité précédente explique que, pour fixer une indemnité correspondant à quatre mois de salaire, elle a notamment tenu compte de la manière dont s'est déroulé le licenciement de l'employé (à savoir durant une incapacité totale de travail), du fait que l'employé n'a pas pu s'exprimer à ce propos, de l'absence de faute de l'employé, de son âge (58 ans) au moment du licenciement, de la durée des rapports de travail (3 ans), ainsi que des conséquences économiques pour l'employé et de la capacité financière de l'employeuse (société importante en Suisse romande).

La recourante soutient que, en fixant une indemnité aussi importante, l'autorité précédente s'est fondée sur plusieurs critères dénués de toute pertinence et qu'elle a ainsi abusé de son pouvoir d'appréciation. Elle explique que les rapports de travail n'ont duré que trois ans, que l'employé étant en incapacité de travail depuis avril 2013, elle ne pouvait faire autrement que de le licencier pendant une période d'incapacité de travail, que, puisque l'employé était malade, elle ne pouvait lui signifier son congé lors d'un entretien, que les conséquences économiques du licenciement pour l'employé ne sont pas démontrées et que la situation financière de la société employeuse ne représente pas un fait dont il s'agit de tenir compte dans le cadre de la fixation du montant de l'indemnité.

Dans ces conditions, la recourante considère que le montant de l'indemnité est disproportionné et qu'il ne saurait excéder un mois de salaire brut, soit une indemnité maximale de 6'500 fr.

6.2 Aux termes de l'art. 336a al. 2 CO, l'indemnité est fixée par le juge, compte tenu de toutes les circonstances.

6.2.1 Il est de jurisprudence que le juge doit se fonder, entre autres éléments, sur la gravité de la faute de l'employeur, l'éventuelle faute concomitante de l'employé, son âge, sa situation au sein de l'entreprise, sa position sociale et la situation sur le marché du travail (ATF 119 II 157 consid. 2b p. 161).

En ce qui concerne la faute de l'employeur, il résulte de la casuistique tirée de la jurisprudence en matière de congés de représailles que l'indemnité se situe le plus souvent entre quatre et six mois de salaire (arrêts 4C.177/2003 du 21 octobre 2003 consid. 3.5; 4C.86/2001 du 28 mars 2002 consid. 1 et les arrêts cités; sur le constat, entre autres auteurs, cf.

REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2e éd. 2014, no 15 ad art. 336a CO).

Le juge tiendra aussi compte des effets économiques du licenciement (pour les deux parties), ce qui présuppose de prendre en considération également la situation économique de l'employeur (arrêt 4C.86/2001 déjà cité consid. 1d et l'arrêt cité).

En ce qui concerne le comportement des parties (dont le juge tiendra également compte), il s'agira notamment d'observer, s'agissant de l'attitude de l'employeur, si celui-ci a permis à l'employé de s'exprimer sur les motifs ayant conduit au licenciement (arrêt 4C.86/2001 déjà cité consid. 1e) ou si, ayant connaissance de querelles au sein de l'entreprise, il a pris diverses mesures pour protéger la personnalité de ses employés (cf. supra consid. 3.1.1). Cette dernière circonstance ne représente toutefois qu'un critère parmi d'autres permettant d'apprécier l'attitude de l'employeur, de sorte que, dans ce contexte (art. 336 al. 1 let. d et 336a CO), il n'est pas nécessaire de savoir si l'employeur a pris toutes les mesures exigées par l'art. 328 CO.

6.2.2 Le juge, usant de son pouvoir d'appréciation, fixera en équité (art. 4 CC) le montant de l'indemnité au sens de l'art. 336a CO.

Le Tribunal fédéral n'intervient que si la décision attaquée s'écarte sans raison des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, si elle s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle, ou à l'inverse, si elle n'a pas tenu compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; il sanctionne 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 (arrêt 4A_348/210 du 8 octobre 2010 consid. 6.5 non publié in ATF 136 III 552 et les arrêts cités).

6.3 En l'espèce, les critères pris en compte par la Cour d'appel ne sont en soi pas critiquables, notamment en ce qui concerne les conséquences économiques du licenciement pour un employé âgé de 58 ans, la prise en compte de la situation économique de la société employeuse et l'absence de faute de l'employé.

La cour cantonale a par contre omis de mentionner d'autres circonstances permettant de comprendre que, même si l'employeuse a commis une faute en licenciant son employé par représailles, son comportement dénote qu'elle a aussi agi dans l'intérêt du demandeur. En particulier, l'autorité précédente n'a pas tenu compte du fait que l'employeuse a à l'époque fait le choix d'engager, dans le cadre d'une réintégration professionnelle, un employé alors âgé de 55 ans et qu'elle a pris des mesures pour remédier au conflit opposant l'employé à son supérieur hiérarchique (sans qu'il soit ici nécessaire de déterminer si les démarches entreprises étaient suffisantes au regard de l'art. 328 al. 1 CO).

Enfin, on peut inférer des constatations cantonales que la société employeuse aurait vraisemblablement pu motiver le congé litigieux (donné le

21 octobre 2013, soit après la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. b CO) par son besoin de disposer d'un collaborateur pouvant occuper son poste à 100% (objectif que semble d'ailleurs avoir poursuivi l'employeuse en engageant, durant cette période, un stagiaire, avec lequel elle a rapidement conclu un contrat de durée indéterminée).

Le moyen soulevé par la recourante est donc fondé sur ce point.

Le cas d'espèce révèle diverses circonstances favorables à l'employeuse; dans ce sens, il diffère (au moins dans une certaine mesure) des précédents relatifs aux congés de représailles et le montant fixé par la cour cantonale (quatre mois de salaire) ne peut être confirmé. Il se justifie, pour tenir compte des circonstances non retenues par la cour cantonale, de réduire le montant de l'indemnité à l'équivalent de deux mois de salaire, soit une somme de 13'000 fr.

7.

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile doit être partiellement admis et qu'il convient dès lors de prononcer que l'employeuse versera à l'intimé une indemnité d'un montant (net) de 13'000 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1er janvier 2014 (ce dernier point n'étant pas contesté). (…)

Tribunal fédéral, Arrêt du 18 janvier 2017, Doss.-No 4A_390/2016 (Irrecevabilité du recours en matière civile et rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjetés contre l'arrêt rendu le 19 mai 2016 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)

Art. 322a CO. Participation au résultat de l'exploitation. Le travailleur dispose d'un droit aux renseignements et d'un droit de regard dans les livres comptables de l'employeur. Ce droit de nature matérielle peut être mis en œuvre dans une procédure indépendante ou dans une action échelonnée. Lorsque des données sont indispensables pour établir la prétention du travailleur et que l'employeur fait valoir un intérêt justifié au maintien du secret, il faut ménager ces deux intérêts, ce qui peut être fait par la désignation d'un expert indépendant. Cas échéant, la fourniture d'une attestation du réviseur aux comptes permet d'éviter la désignation d'un expert (c. 2.3.1).
L'art. 156 CPC enjoint le tribunal d'ordonner les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires. Les livres comptables peuvent constituer un élément du secret d'affaires (c. 2.3.2). Le juge doit donc procéder à une pesée des intérêts et déterminer la mesure la plus adéquate. En l'espèce, l'autorité précédente n'a pas versé dans l'arbitraire en niant un intérêt prépondérant de l'employeuse à conserver des données secrètes, alors qu'il lui suffit de communiquer deux données brutes dont la révélation

n'apparaît pas susceptible de causer un préjudice, et qu'elle ne conteste pas avoir convenu d'un mode de rémunération impliquant d'autoriser l'accès à ses livres comptables (c. 2.5).

Extraits des faits:

B. a travaillé au service de l'entreprise A. SA du 6 décembre 2011 au 31 juillet 2013. Le contrat de travail prévoyait un salaire fixe et un «plan bonus» en fonction des résultats de l'entreprise. En décembre 2012, des objectifs ont été définis quant au chiffre d'affaires total et à l'«EBITDA», soit le bénéfice avant déduction des intérêts, impôts, amortissements et provisions (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization, réd.). L'employeuse a refusé de verser au prénommé un bonus pour le premier semestre de l'année 2013.

Le 7 avril 2014, l'employé a actionné son ancienne employeuse devant le Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz (NE). Il concluait au paiement de 5'000 fr. «valeur minimale» à titre de bonus pour le premier semestre 2013. Au préalable, il requérait que l'employeuse soit invitée à produire ses comptes consolidés bouclés au 30 juin 2013 et qu'un délai de 10 jours lui soit ensuite imparti pour chiffrer sa conclusion en paiement. Le 5 septembre 2014, le Tribunal civil a rendu une ordonnance de preuves dans laquelle, notamment, il admettait l'audition des témoins T1. et T2. (ch. 2 du dispositif), réservait à ce stade l'audition du témoin T3. (ch. 3) et invitait l'employeuse à produire dans les 10 jours les «éléments comptables ou tout autre document utile relatifs au calcul du bonus» (ch. 4). Saisi d'un recours de l'employeuse, le Tribunal cantonal neuchâtelois a annulé le chiffre 4 du dispositif précité et renvoyé la cause au premier juge pour qu'il rende une nouvelle décision dans le sens des considérants. En substance, l'autorité de recours a jugé qu'en vertu de l'art. 156 CPC, il convenait de prendre des mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte aux secrets d'affaires de l'employeuse. La mesure la plus adéquate était d'autoriser l'avocat de la partie adverse à accéder aux éléments comptables utiles au calcul de l'éventuel bonus, la consultation devant se faire au greffe du tribunal sans possibilité de faire des copies; l'avocat devait en outre être soumis à un devoir de confidentialité envers son client. Faisant suite à cet arrêt de renvoi, le Tribunal civil a rendu le 20 octobre 2015 une ordonnance complémentaire qui reprenait en substance les mesures prescrites par l'autorité de recours, mais omettait de mentionner le devoir de confidentialité de l'avocat. L'employeuse a recouru pour ce motif et requis des mesures de protection supplémentaires, consistant notamment à écarter l'employé de certaines auditions et des plaidoiries finales et à lui communiquer uniquement le dispositif du jugement final. Le Tribunal cantonal a partiellement admis le recours sur la question du devoir de confidentialité et renvoyé la cause au premier juge pour compléter l'ordonnance en ce sens.

L'employeuse a alors présenté des réquisitions devant le Tribunal civil, exigeant en substance qu'un avocat soit nommé au profit de l'employé, que ce dernier soit écarté de diverses auditions et de la plaidoirie de la partie adverse et qu'il n'ait accès qu'au dispositif du jugement. Par ordonnance du 15 mars 2016, le Tribunal civil a rejeté ces réquisitions (ch. 1 du dispositif), maintenu l'audition des témoins T1. et T2. (ch. 2) et réservé l'audition du témoin T3. (ch. 3). Il a en revanche admis la réquisition de l'employé «au sens des considérants» (ch. 4), l'employeuse devant ainsi déposer au greffe du tribunal dans les 10 jours «les comptes consolidés et révisés pour le premier semestre 2013 ou tout autre document utile relatif au calcul du bonus pour cette période, étant précisé qu'une attestation du réviseur portant sur le chiffre d'affaires et l'EBITDA pourrait s'avérer suffisante». Le ch. 5 du dispositif précise encore que l'accès à ces documents sera limité au demandeur personnellement, qui pourra les consulter au greffe du tribunal sans possibilité d'en faire des copies ou des photos. Saisi d'un recours de l'employeuse, le Tribunal cantonal neuchâtelois a confirmé cette ordonnance par arrêt du 19 mai 2016.

L'employeuse (ci-après: la recourante) saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile et d'un recours constitutionnel subsidiaire tendant tous deux à l'annulation de l'arrêt précité et au renvoi de la cause «à l'autorité inférieure pour nouvelle décision au sens des considérants». Sur requête de la recourante, l'effet suspensif a été accordé par ordonnance présidentielle du 19 juillet 2016.

Extraits des considérants:

2.

2.1 La recourante dénonce une application arbitraire de l'art. 156 CPC. En substance, elle reproche à l'autorité de recours d'avoir arbitrairement nié le préjudice que pouvait lui causer la révélation de données comptables relevant du secret d'affaires, sachant qu'elle est affiliée à une société-mère cotée en bourse. L'autorité de recours se serait mise en contradiction avec ses deux précédentes décisions entrées en force de chose jugée, lesquelles ordonnaient des mesures adéquates pour protéger ses intérêts. L'intimé aurait renoncé à se faire représenter par un avocat dans le seul but de contourner la protection mise en place. Il conviendrait donc que celui-ci se désigne un nouvel avocat, qu'il soit mis à l'écart des auditions et plaidoiries et qu'il ne puisse recevoir le jugement final motivé, afin d'éviter qu'il n'obtienne par ce biais des informations couvertes par le secret d'affaires.

2.2 L'art. 9 Cst. prohibe l'arbitraire. Selon la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait envisageable ou même préférable. Le Tribunal fédéral n'admet le grief d'arbitraire que lorsque la décision attaquée est manifestement insoutenable, se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, viole gra-

vement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. La décision doit être arbitraire dans son résultat, et pas seulement dans sa motivation (ATF 136 III 552 consid. 4.2).

2.3.

2.3.1 L'art. 322a CO prévoit que lorsque le contrat confère au travailleur le droit à une part du bénéfice ou du chiffre d'affaires ou une autre forme de participation au résultat de l'exploitation, l'employeur doit fournir les renseignements nécessaires au travailleur ou, à sa place, à un expert désigné en commun ou par le juge; l'employeur doit autoriser le travailleur ou l'expert à consulter les livres de comptabilité dans la mesure où le contrôle l'exige (al. 2). Si une participation aux bénéfices a été convenue, une copie du compte de résultat doit être remise au travailleur qui en fait la demande (al. 3).

Le travailleur dispose ainsi d'un droit aux renseignements et d'un droit de regard dans les livres comptables de l'employeur. Ce droit de nature matérielle peut être mis en œuvre dans une procédure indépendante ou dans une action échelonnée (THOMAS PIETRUSZAK, in Kurzkommentar OR, [Honsell éd.] 2014, nos 11 et 13 ad art. 322a CO; cf. aussi ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 2006, n°14 ad art. 322a CO).

Certains commentateurs notent que lorsque des données sont indispensables pour établir la prétention du travailleur et que l'employeur fait valoir un intérêt justifié au maintien du secret, il faut ménager ces deux intérêts (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n°12 ad art. 322a CO et STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, p. 318 s. n. 10, qui se réfèrent à un arrêt bâlois publié in BJM 2005 p. 221 ss et JAR 2005 p. 327 ss), ce qui peut être fait par la désignation d'un expert indépendant (REHBINDER/STÖCKLI, ibidem; cf. aussi GABRIEL AUBERT, in Commentaire romand, 2e éd. 2012, n°2 ad art. 322a CO). Cas échéant, la fourniture d'une attestation du réviseur aux comptes permet d'éviter la désignation d'un expert (AUBERT, ibidem). D'aucuns réservent les mesures de protection de l'art. 156 CPC (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 319 n. 10; cf. aussi JÜRGEN BRÖNNIMANN, in Berner Kommentar, 2012, n°8 in fine ad art. 156 CPC).

L'art. 156 CPC enjoint le tribunal d'ordonner les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires. Certains auteurs mentionnent les livres comptables comme élément du secret d'affaires (CHRISTIAN LEU, in Schweizerische Zivilprozessordnung, [Brunner et alii éd.] 2e éd. 2016, n°9 ad art. 156 CPC; HANS SCHMID, in Kurzkommentar ZPO, [Oberhammer et alii éd.] 2e éd. 2014, n°2 ad art. 156 CPC).

Dans l'affaire précitée où l'employeuse refusait de produire ses livres de comptes (supra consid. 1.1), la cour de céans a dû contrôler sous l'angle de l'arbitraire l'application d'une règle de procédure cantonale prescrivant

des mesures dans l'administration des preuves afin de sauvegarder des secrets d'affaires ou «d'autres intérêts jugés prépondérants». Son analyse peut se résumer ainsi: l'art. 322a al. 2 CO obligeait l'employeuse à permettre à la salariée de consulter ses livres de comptabilité dans la mesure nécessaire. En l'occurrence, les documents requis étaient nécessaires pour fixer le montant dû à la salariée. Cette nécessité découlait du mode de fixation de la rémunération prévue par le contrat, mode que l'employeuse avait accepté et dont elle devait subir les conséquences. L'unique intérêt invoqué pour s'opposer à la production de pièces comptables était le risque que des concurrents débauchent ses collaborateurs en prenant connaissance de leurs revenus. Outre que ce risque paraissait assez théorique, il ne pouvait contrebalancer l'intérêt de l'employée à obtenir la rémunération convenue (arrêt précité 4A_195/2010 consid. 2.2 et 2.3).

2.3.2 Dans ce précédent, la cour de céans n'a pas exclu de prendre en compte l'intérêt de l'employeur à sauvegarder des secrets (contra BRÖNNIMANN, op. cit., n°7 s. ad art. 156 CPC), mais a constaté que l'employeuse ne justifiait aucunement d'un intérêt qui puisse l'emporter sur l'intérêt de la travailleuse à fixer le montant de sa rémunération, l'employeuse devant assumer les conséquences d'un mode de rémunération auquel elle avait consenti.

Dans le cas présent, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le rapport précis entre les art. 322a al. 2 CO et 156 CPC. Il apparaît en effet que la décision attaquée, dont les motifs sont résumés ci-dessous (consid. 2.4), est clairement exempte d'arbitraire (consid. 2.5).

2.4 Les juges cantonaux ont retenu, sans susciter de critiques sur ce point, que les parties avaient convenu d'un bonus lié aux résultats de la recourante et que le calcul dudit bonus nécessitait de connaître le chiffre d'affaires et l'EBITDA de la recourante afférents au premier semestre 2013. Ils ont ensuite observé qu'en vertu de l'art. 322a CO, l'intimé avait le droit de s'assurer de l'exactitude des montants communiqués à ce titre. Des changements étaient survenus postérieurement aux arrêts déjà rendus: l'intimé était désormais réputé se satisfaire d'une attestation remise par le réviseur des comptes, dès lors qu'il n'avait pas recouru contre l'ordonnance réservant une telle possibilité. Dans sa réponse au recours, il avait même consenti à ce que les éléments comptables soient communiqués uniquement au Tribunal civil et à ce que cette autorité procède elle-même au calcul du bonus. Forts de ces éléments, les juges cantonaux proposaient une solution pragmatique, à savoir que la recourante était invitée à fournir l'attestation de son réviseur au sujet du chiffre d'affaires et de l'EBITDA. Ils ne discernaient pas quel préjudice la révélation de ces données pourrait causer à la recourante; dans la mesure où elles se rapportaient au premier semestre 2013, elles ne permettaient pas de tirer des conclusions sur les activités et la marche des affaires actuelles de l'employeuse. Dans l'hypothèse peu vraisemblable où l'employeuse viendrait à refuser cette solution, elle devrait alors produire les pièces comptables nécessaires à

l'établissement du chiffre d'affaires et de l'EBITDA, la consultation de ces pièces devant être faite selon les modalités prévues par l'ordonnance. Pour le surplus, les juges ne voyaient aucun motif d'imposer un avocat à l'employé contre son gré. Celui-ci n'avait pas non plus à être écarté de l'audition des témoins T2. et T3. L'employeuse avait déjà allégué les faits que ces témoins devaient établir; ces faits étaient donc déjà connus de l'employé. Le Tribunal civil veillerait à ce que ne soient pas posées des questions sortant du cadre du procès. Quant au témoin T1., il devait être questionné sur des éléments précis concernant le paiement de bonus en 2013, et non pas sur la situation financière générale de l'entreprise. Enfin, le représentant de l'employeuse pouvait cas échéant refuser de collaborer en rendant vraisemblable un intérêt supérieur à garder le secret d'affaires. Dès lors que l'employé était autorisé à participer à l'administration des preuves, il n'y avait pas de raison de le priver des débats et de la motivation du jugement.

2.5 Selon les considérants de l'arrêt attaqué, la recourante peut, à choix, produire une attestation de son réviseur quant à son chiffre d'affaires et à son EBITDA relatifs au premier semestre 2013, ou déposer au greffe les documents comptables permettant d'établir ces deux données. Une telle décision, qui ménage les intérêts du travailleur et de l'employeuse, est clairement exempte d'arbitraire. L'exigence de produire les pièces comptables est subsidiaire, et se restreint aux éléments nécessaires à l'établissement des deux données litigieuses. En guise d'intérêt prépondérant, la recourante se borne à faire valoir qu'elle est affiliée à une société-mère cotée en bourse et que les comptes étant consolidés, le public ne pourra pas «faire la ventilation entre les diverses sociétés du groupe». Ce faisant, elle ne répond pas aux arguments des juges cantonaux selon lesquels les deux données litigieuses, qui concernent le premier semestre 2013, ne permettent pas de tirer des conclusions sur les activités et la marche actuelles de l'entreprise. Une telle réflexion est au demeurant exempte d'arbitraire. La recourante ne conteste pas davantage l'affirmation selon laquelle la production d'une attestation par son réviseur ne devrait pas poser de problème pratique. L'autorité précédente ne s'est pas mise en contradiction avec ses décisions précédentes, puisqu'elle a relevé des éléments nouveaux. Enfin, concernant la requête d'écarter l'intimé des auditions de certaines personnes, le recours ne contient aucune motivation destinée à contrer l'analyse des juges cantonaux, de sorte qu'il est irrecevable sur ce point.

En bref, l'autorité précédente n'a pas versé dans l'arbitraire en niant un intérêt prépondérant de l'employeuse à conserver des données secrètes, alors qu'il lui suffit de communiquer deux données brutes dont la révélation n'apparaît pas susceptible de causer un préjudice, et qu'elle ne conteste pas avoir convenu d'un mode de rémunération impliquant d'autoriser l'accès à ses livres comptables.

Cela étant, on ne peut ignorer que l'autorité précédente a confirmé le dispositif de l'ordonnance du 15 mars 2016 alors que la solution retenue est plus nuancée, à savoir que la recourante doit principalement fournir une attestation de son réviseur sur le chiffre d'affaires et l'EBITDA, subsidiairement déposer au greffe les pièces comptables nécessaires à l'établissement de ces deux données. Toutefois, le dispositif d'une décision doit s'interpréter à la lumière des considérants de fait et de droit de celle-ci. La recourante ne se plaint au demeurant pas de cette divergence entre les considérants et le dispositif confirmé. A cela s'ajoute qu'il reviendra à un tribunal d'appliquer l'ordonnance telle qu'interprétée par l'autorité de recours, ce qui exclut tout risque d'insécurité. Il n'y a ainsi pas matière à modifier le dispositif confirmé par l'autorité précédente.

Tribunal fédéral, Arrêt du 23 janvier 2017, Doss.-No 8D_1/2016 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre le jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 26 janvier 2016)

Fonction publique. Deux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique (c. 5.1).
Tout changement d'affectation n'ouvre pas la voie d'un recours à l'autorité judiciaire. Un changement d'affectation d'un fonctionnaire constitue une décision attaquable lorsqu'il est susceptible de porter atteinte aux droits de la personnalité de l'employé, y compris le droit au respect de sa vie familiale, ou encore lorsqu'il est de nature à porter atteinte à la considération à laquelle il peut prétendre au regard notamment de ses aptitudes. Il en va de même quand le changement d'affection représente une sanction déguisée et constitue de ce fait un acte attaquable (c. 5.2).
En l'espèce, l'employée n'a pas été nommée pour exercer son activité de conseillère en orientation à un endroit précis. Elle pouvait au contraire se voir indiquer un autre lieu d'activité même en l'absence d'un comportement disciplinairement fautif de sa part. Un tel changement était tout à fait normal et pouvait être effectué à chaque rentrée sco-

laire, la fonction de l'intéressée impliquant qu'elle soit disposée à changer de lieu de travail. Dès lors, la mesure contestée, même si elle a pour origine une situation conflictuelle, présente un caractère interne, qui n'ouvre pas la voie d'un recours (c. 5.4).
Le fait de séparer deux collaboratrices dont les relations sont tendues peut parfaitement se justifier par l'intérêt du service et la protection des collaborateurs, y compris des personnes intéressées. C'est un moyen adéquat de régler un conflit au sein d'un service (c. 5.5).

Extraits des faits:

A. est fonctionnaire au service de l'Etat de Genève. Elle travaille, avec un taux d'activité de 70%, au service de l'Office pour l'orientation, la formation professionnelle et continue (OFPC). Cet office dépend du Département de l'instruction publique, de la culture et du sport. Durant l'année scolaire 2014-2015, le temps de travail de A. était réparti entre une activité à 45% dans les locaux de l'OFPC et une activité à 25% dans trois permanences, à savoir le service B., le service C. et un atelier de transition professionnelle situé à D..

Le 23 avril 2015, la prénommée a eu une altercation dans les locaux de l'OFPC avec une collègue de travail, E. Le 20 mai 2015 elle a été entendue à ce sujet par F., directeur de l'OFPC. Par courriel du 23 juin 2015, celui-ci a adressé à A. une remise à l'ordre en lui enjoignant d'adopter à l'avenir un comportement respectueux à tous égards. En outre, comme E. demandait que les deux employées fussent éloignées l'une de l'autre, le directeur informait A. que dès la prochaine rentrée scolaire elle reprendrait la permanence H. à 60%. Pour le 10% restant, elle pourrait partager son temps entre le Centre de la transition professionnelle (CTP) G. et la consultation au service C. Par lettre du 26 juin 2015 adressée à F., A. a contesté tout manquement de sa part. Elle a contesté le déplacement de son lieu d'affectation, faisant notamment valoir que cette situation nouvelle poserait des problèmes pratiques dans la mesure où elle devait suivre un traitement dentaire de longue durée dans un cabinet proche de son lieu de travail actuel. Elle ajoutait que de toute façon elle risquait de revoir E. lors des nombreuses réunions communes à toutes les personnes travaillant dans des cycles, de sorte que la mesure d'éloignement manquerait son but. Après un nouvel échange de correspondance, le directeur de l'OFPC a confirmé la mesure prise par lettre du 19 août 2015, en précisant qu'il ne s'agissait pas d'un changement d'affectation, mais d'une rotation normale des permanences au sein d'un même service.

A. a recouru devant la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève. Elle a conclu, principalement, à l'annulation de la décision attaquée et à ce qu'aucune mesure ne soit prise à son encontre en raison de l'altercation du 23 avril 2015. Par arrêt du 26 janvier 2016, la Chambre administrative a déclaré le recours irrecevable

au motif que la mesure contestée ne constituait pas une décision, mais un acte d'organisation interne, non sujet à recours.

Contre ce jugement, A. forme un recours constitutionnel subsidiaire.

Extraits des considérants:

4.

Saisi d'un recours constitutionnel subsidiaire, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la décision attaquée; il ne peut rectifier ou compléter les constatations de fait de l'autorité précédente que si les faits ont été établis en violation des droits constitutionnels (art. 118 LTF en corrélation avec l'art. 116 LTF), soit arbitrairement, ce qu'il appartient à la partie recourante d'exposer et de démontrer de manière claire et circonstanciée (art. 117 et 106 al. 2 LTF; ATF 141 I 36 consid. 1.3 p. 41; 136 I 332 consid. 2.1 p. 334).

5.

5.1 La décision comme acte juridique a pour objet de régler la situation d'administrés en tant que sujets de droit et donc, à ce titre, distincts de la personne étatique ou, en d'autres termes, extérieurs à l'administration. On oppose dans ce contexte la décision à l'acte interne ou d'organisation, qui vise des situations à l'intérieur de l'administration; l'acte interne peut avoir des effets juridiques, mais ce n'en est pas l'objet, et c'est pourquoi il n'est en règle générale pas susceptible de recours. Deux critères permettent généralement de déterminer si on a affaire à une décision ou à un acte interne. D'une part, l'acte interne n'a pas pour objet de régler la situation juridique d'un sujet de droit en tant que tel et, d'autre part, le destinataire en est l'administration elle-même, dans l'exercice de ses tâches. Ainsi, un acte qui affecte les droits et obligations d'un fonctionnaire en tant que sujet de droit, par exemple la fixation de son salaire, d'indemnités diverses ou encore de sanctions disciplinaires, est une décision. En revanche, un acte qui a pour objet l'exécution même des tâches qui lui incombent en déterminant les devoirs attachés au service, telles que la définition du cahier des charges ou des instructions relatives à la manière de trancher une affaire, est un acte interne juridique (ATF 136 I 323 déjà cité consid. 4.4 p. 329 s. et les nombreuses références citées; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd. 2016, n. 874 ss p. 195 s.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, n. 802 s. p. 275 s.; MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3e éd. 2011, p. 189 ss). Lorsque le fonctionnaire s'oppose à un acte de ce type, ce sont les mesures disciplinaires ou autres moyens de contrainte ressortissant aux règles régissant les rapports internes qui sont susceptibles de s'appliquer (MOOR/POLTIER, ibidem).

5.2 Tout changement d'affectation n'ouvre pas la voie d'un recours à l'autorité judiciaire. Un changement d'affectation d'un fonctionnaire constitue une décision attaquable lorsqu'il est susceptible de porter atteinte aux

droits de la personnalité de l'employé, y compris le droit au respect de sa vie familiale, ou encore lorsqu'il est de nature à porter atteinte à la considération à laquelle il peut prétendre au regard notamment de ses aptitudes (ATF 108 Ib 419 consid. 2a p. 421). Il en va de même quand le changement d'affection représente une sanction déguisée et constitue de ce fait un acte attaquable (voir p. ex. arrêts 2P.93/2004 du 15 octobre 2004; 2P.216/2006 du 28 février 2007; 2A.55/1995 du 18 décembre 1995; VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, Conflits et fonction publique: instruments, in Conflits au travail, 2015, p. 160).

5.3 Dans l'affaire qui a donné lieu à l'ATF 136 I 323, susmentionné, le Tribunal fédéral a considéré que la mutation d'un chef de brigade de la police judiciaire genevoise au commissariat de la police avec un nouveau cahier des charges sans véritable adéquation avec ses aptitudes, certes sans modification de salaire, mais à l'avenir sans charge de commandement, était une mesure qui était soumise à un contrôle judiciaire, indépendamment de tout caractère disciplinaire. La mesure relevait non seulement de l'organisation des services de police, mais était également susceptible d'affecter la situation juridique du fonctionnaire de police en tant que titulaire de droits et d'obligations à l'égard de l'Etat. Son objet allait au-delà de l'exécution des tâches qui incombe au fonctionnaire dans sa sphère d'activité habituelle ou des instructions qui lui sont données dans l'exercice de ses tâches.

5.4 En l'espèce, la recourante ne prétend pas que le changement de son lieu d'activité professionnelle constitue une sanction déguisée. Il n'est pas non plus allégué que ce changement ne répondrait pas à ses aptitudes. Le cas d'espèce se distingue clairement des faits qui sont à la base de l'ATF 136 I 323. En effet, la recourante garde la même fonction de psychologue-conseillère en orientation au sein du même office, exécute les mêmes tâches qu'auparavant dans sa sphère d'activité habituelle et perçoit le même traitement. Comme cela ressort des constatations du jugement attaqué, qui lient le Tribunal fédéral, elle n'a pas été nommée pour exercer son activité de conseillère en orientation à un endroit précis. Elle peut au contraire se voir indiquer un autre lieu d'activité (qui n'implique pas, en l'espèce, un changement de domicile ni un déménagement) même en l'absence d'un comportement disciplinairement fautif de sa part. Selon ces mêmes constatations, un tel changement est tout à fait normal et peut être effectué à chaque rentrée scolaire, la fonction de l'intéressée impliquant qu'elle soit disposée à changer de lieu de travail. Aussi bien doit-on admettre, à l'instar de la juridiction cantonale, que la mesure contestée, même si elle a pour origine une situation conflictuelle, présente un caractère interne, qui n'ouvre pas la voie d'un recours.

5.5 Au demeurant, et comme l'ont relevé les premiers juges par une argumentation subsidiaire, la mesure prise à l'encontre de la recourante n'était pas injustifiée. Le fait de séparer deux collaboratrices dont les relations sont tendues peut parfaitement se justifier par l'intérêt du service et la

protection des collaborateurs, y compris des personnes intéressées. C'est un moyen adéquat de régler un conflit au sein d'un service (voir à ce sujet VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, op. cit, p. 159). Au regard de cet intérêt, il importe peu de départager les torts entre la recourante et E. Un tel changement, au surplus, n'a rien de stigmatisant, dès lors que, selon le jugement attaqué, le cahier des charges des collaborateurs de l'office prévoit que ceux-ci peuvent être déplacés au sein des différentes institutions scolaires au gré des besoins institutionnels. Il est ainsi évident qu'un examen au fond ne conduirait pas à remettre en cause la décision du chef de l'OFPC.

Tribunal fédéral, Arrêt du 26 janvier 2017, Doss.-No 4A_400/2016 (Confirmation de l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 7 juin 2016 et de l'arrêt incident du 30 avril 2015), in: ATF 143 III 21

Art. 336c Abs. 1 lit. c OR; Anfangszeitpunkt der Schwangerschaft als Zeitraum des Kündigungsschutzes.
Der Beginn einer Schwangerschaft im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR fällt mit der (natürlichen) Befruchtung der Eizelle zusammen, nicht mit deren Einnistung (E. 2).
Art. 336c al. 1 let. c CO; point de départ de la grossesse en tant que période de protection contre les congés.
Le début d'une grossesse au sens de l'art. 336c al. 1 let. c CO coïncide avec la fécondation (naturelle) de l'ovule, non avec son implantation (consid. 2).

Extraits des faits:

A.

A.a Entre le 3 décembre 2009 (...) et le 31 mars 2011, X. (ci-après: l'employée) a été engagée, dans un premier temps, par la Clinique A. SA, puis par la Clinique B. Sàrl en qualité de secrétaire et de réceptionniste. Les deux sociétés (SA et Sàrl; ci-après: les employeuses) sont liées par un contrat de société simple. L'employée recevait un salaire de 4'875 fr. brut par mois (treizième salaire compris). Il est établi que l'employée a reçu son congé le 24 janvier 2011, avec effet au 31 mars 2011. Le 21 mars 2011, l'employée a contesté le motif du licenciement et, par courrier du 5 mai 2011, elle a informé son employeuse de ce qu'elle était enceinte. A cet égard, il a été retenu que la conception de l'enfant (ou fécondation de l'ovule; Befruchtung) a eu lieu avant le 31 mars 2011 à minuit. L'enfant est né le 23 décembre 2011.

A.b L'employée est d'avis que le début de sa grossesse doit être fixé (au plus tard) au 31 mars 2011, que, partant, elle peut bénéficier de la période de protection prévue en cas de grossesse (art. 336c al. 1 let. c CO), que, en tenant compte d'une période de 16 semaines après l'accouchement,

la fin des rapports de travail est ainsi reportée au 30 avril 2012 et qu'elle a droit au salaire convenu jusqu'à cette date.

Les employeuses soutiennent que le début de la grossesse correspond à l'implantation (ou nidation; Einnistung) de l'oeuf dans l'utérus (cette étape intervenant, selon les constatations cantonales, six à sept jours après la fécondation), qu'au 31 mars 2011 l'employée n'était donc pas encore enceinte, qu'elle ne peut bénéficier de la période de protection de l'art. 336c al. 1 let. c CO (en lien avec l'art. 336c al. 2, 2e phrase, CO) et que le contrat a pris fin le 31 mars 2011.

B.

B.a Le 9 janvier 2012, l'employée a déposé une demande en paiement contre les employeuses devant le Tribunal des prud'hommes. Elle a conclu à ce que celles-ci soient condamnées à lui verser le montant de 63'375 fr. (4'875 fr. x 13) à titre de salaire du 1er avril 2011 au 30 avril 2012.

B.b La procédure a été limitée à la question de la fin des rapports de travail.

Par jugement du 15 octobre 2014, le Tribunal des prud'hommes a reconnu que la grossesse était antérieure au 31 mars 2011 à minuit et retenu que la fin des rapports de travail devait être fixée au 30 avril 2012.

La Cour de justice, par arrêt du 30 avril 2015 (soit la décision incidente qui tranche la question litigieuse), a confirmé le jugement de première instance et, par arrêt du 9 juin 2015, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours formé par les employeuses, au motif qu'il s'agissait d'une décision préjudicielle et que les conditions d'un recours immédiat (art. 93 al. 1 let. b LTF) n'étaient pas réalisées.

B.c Par jugement du 7 janvier 2016, le Tribunal des prud'hommes a condamné conjointement et solidairement les employeuses à verser à leur partie adverse le montant de 57'565 fr. et elle les a invitées à opérer les déductions sociales et légales usuelles.

Par arrêt du 7 juin 2016, la Cour de justice a confirmé ce jugement. (...)

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile formé par les défenderesses contre cet arrêt.

Extrait des considérants:

2.

Il s'agit exclusivement de déterminer le dies a quo de la période de grossesse, en tant que période de protection contre les congés prévue à l'art. 336c al. 1 let. c CO (en lien avec l'art. 336c al. 2, 2e phrase, CO). Les défenderesses considèrent que cette période débute au moment de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus, alors que la demanderesse soutient qu'elle correspond au jour où l'ovule est fécondé.

Il s'agit en l'espèce de trancher le litige exclusivement dans la perspective d'une fécondation naturelle. La question du point de départ d'une grossesse induite par une fécondation in vitro (cf. art. 2 let. c de la loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée [LPMA]; RS 810.11) peut rester ouverte.

2.1 Il résulte de l'art. 336c al. 1 let. c CO que 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.

2.1.1 Cette disposition ne contient aucune indication sur le début de la période de grossesse. Dans le Message, le législateur l'a désigné en faisant référence à la conception de l'enfant (ou, autrement dit, à la fécondation de l'ovule), le Conseil fédéral précisant qu'il n'y a pas de «certitude immédiate sur le moment de la conception» (Message du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire «pour la protection des travailleurs [...] et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail» [...], FF 1984 II 574, 630 ch. 620.9; sur l'équivalence entre les notions de «fécondation» et de «conception», cf., entre autres auteurs, STÉPHANIE PERRENOUD, La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen, 2015, n. 39 p. 5). Cette incertitude ne concerne toutefois que la détermination du moment précis de la conception et on ne saurait en tirer un quelconque argument pour remettre en question le critère de la conception (fécondation) auquel se réfère expressément le législateur.

2.1.2 La doctrine unanime reconnaît que le début de la grossesse coïncide avec la fécondation (PERRENOUD, op. cit., p. 5, et les nombreux auteurs cités aux notes 49 et 50; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 689; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2014, n°12 ad art. 336c CO; JÜRG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag: Kommentar, 3e éd. 2014, n°4 ad art. 336c CO; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n°34 ad art. 336c CO; implicitement: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7e éd. 2012, n°9 ad art. 336c CO; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2e éd. 2014, n°4 ad art. 336c CO, qui, faisant pourtant référence à la fécondation de l'ovule [Befruchtung der Eizelle] emploient également dans ce contexte – de manière erronée – le terme de «nidation»).

2.2 A noter que la notion de grossesse (en particulier son point de départ) contenue à l'art. 336c al. 1 let. c CO revêt un sens différent de celle utilisée dans le Code pénal (art. 118-120 CP). Pour le droit pénal, la grossesse débute non pas au moment de la fécondation, mais lors de l'implantation de l'ovule fécondé dans l'utérus (ou nidation). En matière pénale, l'interprétation donnée à la notion de grossesse (et en particulier à son point de départ) a pour but de ne pas soumettre au champ d'application des art. 118 ss CP les méthodes contraceptives faisant obstacle à la nidation de l'ovule fécondé (PERRENOUD, op. cit., p. 6; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 3e éd. 2010, n°11 ad art. 118 CP).

2.3 C'est ainsi à juste titre que la cour cantonale a considéré que, dans un cas d'application de l'art. 336c al. 1 let. c CO, la grossesse débutait au moment de la fécondation de l'ovule (conception de l'enfant) et non, comme pour l'infraction pénale réprimée à l'art. 118 CP, au moment de l'implantation.

Les arguments des recourantes, qui visent à rattacher le début de la grossesse au moment de l'implantation, n'infirment pas cette interprétation.

2.3.1 On ne saurait les suivre lorsqu'elles tentent de tirer argument du fait que «ni le Conseil fédéral, ni les auteurs de doctrine ne se sont en réalité prononcés sur la distinction scientifique entre le moment de la fécondation de l'ovule et celui de son implantation dans l'utérus».

Force est en effet de constater que le Conseil fédéral a explicitement fait référence à la conception (ou fécondation). Dans le Message adressé au Parlement, il n'avait alors aucune raison de fournir des éclaircissements supplémentaires sur les étapes postérieures (comme celle de l'implantation).

Quant à l'argument selon lequel les auteurs de doctrine, en ne se prononçant pas expressément «sur la distinction scientifique» entre le moment de la fécondation et celui de l'implantation, auraient été dans l'impossibilité d'entreprendre un «choix motivé», il est hors de propos. Il demeure en effet que les auteurs, ayant identifié la volonté du législateur, ont relevé que le moment déterminant était celui de la conception (ou fécondation).

2.3.2 Les recourantes insistent sur un passage de l'expertise judiciaire dans lequel son auteur signale que ce n'est qu'une fois que l'oeuf fécondé s'est implanté dans l'utérus «qu'une femme peut être considérée comme enceinte et qu'un test de grossesse peut être positif». Elles estiment que l'expert a ainsi, avec «une clarté aveuglante», défini le début de la grossesse et que «le bon sens et la sécurité juridique commandent de faire correspondre la date du début d'une grossesse au sens de l'art. 336c al. 1 let. c CO avec celle retenue par la médecine».

Cet argument, basé sur cette unique affirmation de l'expert judiciaire, ne convainc pas.

Contrairement à ce que prétendent les recourantes, il n'est pas clairement établi que le corps médical attribuerait à la notion de grossesse un sens différent de celui donné par le législateur à l'art. 336c al. 1 let. c CO. L'avis de l'expert judiciaire ne permet pas de l'affirmer puisqu'il est ambigu à cet égard. S'il fait référence à l'implantation dans l'utérus, il laisse également entendre que le corps médical fixe le point de départ au moment de la fécondation, notamment pour calculer le terme de la grossesse (cf. également PERRENOUD, op. cit., p. 5 et le renvoi au Dictionnaire médical cité à la note n. 49).

Il n'est quoi qu'il en soit pas nécessaire, ni même souhaitable, de faire correspondre le début de la grossesse dans les différents domaines

(médecine, droit civil et droit pénal) évoqués dans la présente affaire, vu les contextes différents dans lesquels la notion de grossesse s'inscrit:

- Pour la médecine, il importe, d'une part, d'établir scientifiquement l'existence d'une grossesse (ce qui, selon les constatations cantonales, ne peut être fait qu'à partir de l'implantation, date à laquelle il est possible de détecter une hormone spécifique dans l'urine ou le sang de la femme enceinte) et, d'autre part (dans la perspective d'établir le déroulement de la grossesse), d'en fixer le terme en partant de la fécondation (en moyenne le 14e jour à partir des dernières règles [calcul en semaines de grossesse]) ou du premier jour des dernières règles (calcul en semaines d'aménorrhée).
- Pour l'art. 336c al. 1 let. c CO, il ne s'agissait pas pour le législateur de reprendre le moment auquel il était possible, d'un point de vue scientifique, d'établir l'état de grossesse, mais bien de désigner le début de la période de protection au moyen d'un critère reconnaissable pour les destinataires concernés. Le législateur a alors fixé le début de la protection au moment de la fécondation, ce rattachement (comme celui, intimement lié, basé sur l'aménorrhée) étant notoirement utilisé dans la pratique des médecins, en particulier en vue de communiquer à la femme enceinte (en faveur de laquelle le législateur a rédigé la disposition légale) le terme (projeté) de son accouchement.
- Pour le droit pénal, le critère de l'implantation a été retenu afin de permettre la sanction de l'interruption de grossesse (au sens de l'art. 118 CP) tout en excluant de la portée de cette infraction les méthodes de contraception alors connues.

2.3.3 Enfin, les avis doctrinaux dont se prévalent les recourantes ne leur sont d'aucune aide. Le premier ouvrage, duquel les recourantes tirent un avis favorable à leur thèse, ne fait que mentionner «le début de la grossesse qu'il est facile d'établir avec les moyens scientifiques actuels» (BRUNNER ET AL., in Commentaire du contrat de travail, 3e éd. 2004, n°9 ad art. 336c CO). Les auteurs n'indiquent toutefois pas comment déterminer ce point de départ et on ne saurait, même de manière implicite, inférer du passage mis en évidence par les recourantes l'expression d'un quelconque avis sur la question litigieuse.

En ce qui concerne le second commentaire cité, les recourantes s'appuient sur l'affirmation selon laquelle «la femme est protégée contre un licenciement dès qu'elle est enceinte, soit dans tous les cas dès qu'elle est en mesure de l'annoncer» (SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, n°41 ad art. 336c CO p. 598). Force est toutefois de constater que, dans le passage contenant cet extrait, les auteurs ne visent pas spécifiquement le point de départ de la protection, mais qu'ils indiquent quand la femme (enceinte) est tenue d'informer son employeur. En ce qui concerne le point de départ, les auteurs ont d'ailleurs affirmé, quelques lignes plus haut dans un pas-

sage ignoré par les recourantes, qu'il coïncidait avec la date de la conception (SUBILIA/DUC, op. cit., n°39 ad art. 336c CO).

2.3.4 Dans une dernière critique, les recourantes tentent de démontrer que le rattachement au critère de la fécondation (dies a quo de la période de grossesse) serait source d'insécurité ou d'instabilité juridique. A cet égard, elles évoquent la possibilité qu'un ovule fécondé ne parvienne pas à s'implanter dans l'utérus pour mettre en évidence qu'une femme pourrait alors revendiquer le fait d'être juridiquement en état de grossesse, alors qu'elle ne l'aurait jamais été d'un point de vue médical.

L'argumentation est sans consistance. D'une part, les recourantes partent de la prémisse – erronée (cf. supra consid. 2.3.2) – que, de l'avis du corps médical, le début de la grossesse ne peut être que rattaché à l'implantation. D'autre part, elles reconnaissent qu'il s'agit là, dans la perspective d'une fécondation naturelle (cf. supra consid. 2 2e par.), d'un raisonnement purement théorique (puisqu'elles n'expliquent pas comment la femme concernée pourra prouver que son ovule a été fécondé, mais qu'il n'a pas pu s'implanter), impropre à démontrer que l'intention du législateur serait différente de celle qui a été reprise de manière unanime par la doctrine.

Il n'y a donc pas lieu de s'attarder sur les diverses explications fournies par les recourantes dans cette perspective.

Leurs critiques se révèlent dès lors mal fondées. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 février 2017, Doss.-No 8C_158/2016 (Confirmation du jugement de la Chambre administrative de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 19 janvier 2016), in: ATF 143 I 65

Art. 8 Abs. 1, Art. 9 und Art. 26 BV; aArt. 23A des Gesetzes des Kantons Genf vom 21. Dezember 1973 über Gehälter und verschiedene Leistungen des Staatspersonals, der Judikative und der Spitalangestellten.
Die befristete Beibehaltung einer Entschädigung von 8,3% des Jahresgehaltes («14. Monatslohn») zu Gunsten nur der Ärzte öffentlicher Genfer Spitäler (eingestuft ab Klasse 27 und mit hierarchischen Verantwortlichkeiten ausgestattet), welche aArt. 23A des Gesetzes den oberen Besoldungskategorien des Kantons Genf zugestand, verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht (E. 5).
aArt. 23A des Gesetzes hat keine wohlerworbenen Rechte zu Gunsten der diese Entschädigung erhaltenden Besoldungsgruppen geschaffen (E. 6).
Art. 8 al. 1, art. 9 et art. 26 Cst.; ancien art. 23A de la loi du canton de Genève du 21 décembre 1973 concernant le traitement et les diverses

prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait).
Le maintien temporaire en faveur des seuls médecins des hôpitaux publics genevois (colloqués à partir de la classe 27 et exerçant des responsabilités hiérarchiques) de l'indemnité de 8,3% du salaire annuel («14e salaire») accordée par l'ancien art. 23A LTrait aux cadres supérieurs du canton de Genève ne viole pas le principe de l'égalité de traitement (consid. 5).
L'ancien art. 23A LTrait n'a pas créé de droits acquis en faveur des cadres bénéficiaires de l'indemnité (consid. 6).

Extraits des faits:

A.

A.a A. est directeur de l'établissement B. Sa fonction est colloquée en classe 28. Elle entrait dans le champ d'application de l'ancien art. 23A de la loi [du canton de Genève] du 21 décembre 1973 concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait; rs/GE B 5 15). Cette disposition était ainsi libellée:

Dès le 1er janvier 2009 et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle évaluation des fonctions, les cadres dès la classe 27 exerçant des responsabilités hiérarchiques peuvent percevoir une indemnité, égale à 8,3% de leur salaire annuel, versée en 13 mensualités. Le traitement, indemnité incluse, ne peut dépasser le montant correspondant à la classe 33, position 21, de l'échelle des traitements. Le Conseil d'Etat fixe par règlement la liste des bénéficiaires.

A.b Cette disposition est entrée en vigueur le 1er janvier 2009. Le même jour, une modification du règlement d'application du 17 octobre 1979 de la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (RTrait; rs/GE B 5 15.01) est entrée en vigueur, dont l'annexe contenait une «liste des fonctions de cadres supérieurs, classe 27 et plus, avec responsabilités hiérarchiques». Cette liste énumérait les fonctions concernées de médecins de l'hôpital C. et de cadres supérieurs de l'administration cantonale.

A.c L'art. 23A LTrait a été abrogé par la loi 11328 du 29 janvier 2015 intitulée «Loi modifiant la loi concernant le traitement et les diverses prestations alloués aux membres du personnel de l'Etat, du pouvoir judiciaire et des établissements hospitaliers (LTrait) (Suppression du 14e salaire des cadres supérieurs, dans un esprit de partage et de solidarité)». Parallèlement à cette abrogation, cette loi a introduit dans la LTrait un art. 23B ainsi libellé:

Art. 23B Personnel médical (nouveau)

Dès l'entrée en vigueur de la loi 11328, du 29 janvier 2015, et jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle évaluation des fonctions mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2017, les médecins de l'hôpital C. dès la classe 27 exerçant des responsabilités hiérarchiques peuvent percevoir une indemnité, égale à 8,3% de leur salaire annuel, versée en 13 mensualités.

Le traitement, indemnité incluse, ne peut dépasser le montant correspondant à la classe 33, position 14, de l'échelle des traitements. Le Conseil d'Etat fixe par règlement la liste des bénéficiaires.

La loi 11328 a été publiée dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (FAO) du 6 février 2015. Par arrêté du 25 mars 2015, paru dans la FAO du 27 mars 2015, le Conseil d'Etat a constaté l'expiration du délai référendaire et promulgué la loi qui est entrée en vigueur le lendemain.

A.d Par décision du 20 avril 2015, le Conseil d'Etat a informé A. qu'en exécution de la nouvelle réglementation l'indemnité de 8,3% serait supprimée à partir du mois d'avril 2015. Cette décision était déclarée exécutoire nonobstant recours.

B.

A. a recouru contre cette décision en demandant son annulation. Par arrêt du 19 janvier 2016, la Cour de justice de la République et canton de Genève (Chambre administrative) a rejeté son recours.

C.

A. forme un recours en matière de droit public dans lequel il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et au rétablissement en sa faveur de l'indemnité de 8,3% sans interruption dès le 1er avril 2015.

Le Conseil d'Etat conclut au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

Extrait des considérants:

5.

5.1 Invoquant les art. 8 et 9 Cst., le recourant soutient que la distinction entre les médecins de l'hôpital C. exerçant des responsabilités hiérarchiques et qui continuent (dès la classe de traitement 27) à bénéficier de l'indemnité et les autres cadres précédemment concernés par l'art. 23A LTrait ne repose sur aucun motif objectif. Selon lui, cette distinction viole le principe de l'égalité de rémunération et procède de critères de différenciation arbitraires.

5.2 De la garantie générale de l'égalité de traitement de l'art. 8 al. 1 Cst. découle l'obligation de l'employeur public de rémunérer un même travail avec un même salaire. Dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire, les autorités disposent d'une grande marge d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne les questions d'organisation et de rémunération. La juridiction saisie doit observer une retenue particulière lorsqu'il s'agit non

seulement de comparer deux catégories d'ayants droit mais de juger tout un système de rémunération (ATF 129 I 161 consid. 3.2 p. 165); elle risque en effet de créer de nouvelles inégalités (ATF 123 I 1 consid. 6b p. 8).

La question de savoir si des activités doivent être considérées comme identiques dépend d'appréciations qui peuvent se révéler différentes. Dans les limites de l'interdiction de l'arbitraire et du principe de l'égalité de traitement, les autorités sont habilitées à choisir, parmi les multiples éléments pouvant entrer en considération, les critères qui doivent être considérés comme déterminants pour la rémunération des fonctionnaires. Le droit constitutionnel n'exige pas que la rémunération soit fixée uniquement selon la qualité du travail fourni, voire selon des exigences effectivement posées. Les inégalités de traitement doivent cependant être raisonnablement motivées, et donc apparaître objectivement défendables. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il reconnu que l'art. 8 Cst. n'était pas violé lorsque les différences de rémunération reposaient sur des motifs objectifs tels que l'âge, l'ancienneté, l'expérience, les charges familiales, les qualifications, le genre et la durée de la formation requise pour le poste, le temps de travail, les horaires, le cahier des charges, l'étendue des responsabilités ou les prestations (ATF 141 II 411 consid. 6.1.1 p. 418; ATF 139 I 161 consid. 5.3.1 p. 166; ATF 138 I 321 consid. 3.3 p. 324; VINCENT MARTENET, L'égalité de rémunération dans la fonction publique, PJA 1997 p. 828 s.).

D'autres circonstances, qui n'ont pas trait à la personne ou à l'activité de l'employé, peuvent également justifier, à tout le moins temporairement, des différences de salaire, comme une situation conjoncturelle rendant plus difficile le recrutement du personnel (arrêt 2P.10/2003 du 7 juillet 2003 consid. 3.3) ou des contraintes budgétaires de la collectivité publique (arrêts 2P.70/2004 du 17 janvier 2005 consid. 2 et 3; cf. aussi arrêt 8C_969/2012 du 2 avril 2013 consid. 2.2 et MARTENET, op. cit., p. 836 ss).

5.3

5.3.1 Comme le rappelle l'arrêt attaqué, le législateur cantonal, lorsqu'il a adopté l'ancien art. 23A LTrait, avait pour objectif principal de favoriser la motivation des hauts fonctionnaires de l'administration, qui n'était pas jugée suffisante, faute d'une rémunération adéquate, alors même qu'ils apportaient des compétences dont l'Etat avait besoin (Mémorial du Grand Conseil genevois, Séance du jeudi 13 novembre 2008 à 20h30, 56e législature – 4e année – 1re session – 2e séance, disponible sur www.ge.ch/grandconseil/memorial/seances/560401/2/ [consulté le 27 janvier 2017]).

5.3.2 Le jugement attaqué expose également, en les résumant, les motifs qui ont conduit à l'adoption de la loi 11328:

A l'origine se trouve un projet de loi déposé par un groupe de députés le 3 décembre 2013 (PL 11328). Il ressort de l'exposé des motifs à l'appui de ce projet que, lors de l'adoption de l'art. 23A LTrait, les conséquences financières n'avaient pas été correctement évaluées, ce d'autant qu'une baisse d'impôts avait été votée dans la foulée. La diminution des recettes

fiscales qui s'en était suivie, associée au ralentissement économique et à la hausse de la dette cantonale, avait entraîné une dégradation des finances du canton et un équilibre budgétaire difficilement atteignable. Le maintien d'un «14e salaire» au mérite pour des cadres supérieurs de la fonction publique ne se justifiait ainsi plus, ce d'autant que les autres employés de l'Etat se trouvaient également dans une situation difficile et ne bénéficiaient d'aucun privilège de ce type (document accessible sur www.ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11328.pdf [consulté le 27 janvier 2017]).

Le 2 décembre 2014, la commission ad hoc du Grand Conseil chargée d'étudier le PL 11328 a rendu son rapport et adopté un PL 11328 amendé. Ce dernier prévoyait le maintien de l'indemnité de 8,3% pour les cadres en fonction, sauf en cas de changement d'affectation si les conditions à son octroi n'étaient plus réunies, situation dans laquelle le versement cessait le deuxième mois après ce changement ou l'entrée en vigueur de la loi. Il précisait que les cadres nouvellement engagés ne devaient plus bénéficier de cette indemnité. Le versement de celle-ci concernait principalement les cadres de l'hôpital C. et, parmi ceux-ci, majoritairement les médecins qui travaillaient soixante heures ou plus par semaine et n'étaient ainsi pas dans une position comparable aux personnes travaillant quarante heures par semaine. Face à la concurrence qu'exerçaient le secteur privé et d'autres cantons sur les salaires des médecins occupant de hauts postes à responsabilité, et à la nécessité reconnue de disposer de compétences pointues à l'hôpital C., les parlementaires reconnaissaient que le maintien de l'indemnité litigieuse en faveur des médecins était un moyen de garder les cadres médecins ayant de telles compétences à l'hôpital C. et de continuer ainsi à y offrir des soins de qualité (rapport accessible sur www.ge.ch/grandconseil/data/texte/PL11328A.pdf [consulté le 27 janvier 2017]).

Lors de la séance du 29 janvier 2015, le Grand Conseil a examiné le PL 11328 et adopté la loi 11328. L'indemnité de 8,3%, qui devait initialement être octroyée de manière circonstanciée et n'était pas, à proprement parler, conçue comme un «14e salaire» mais accordée sur la base du constat selon lequel la progression des salaires entre les basses classes et celles plus élevées était trop faible, avait été distribuée de manière trop généreuse, même en faveur de personnes n'en remplissant pas toujours les conditions. Bien qu'une part non négligeable de cette indemnité eût été attribuée à l'hôpital C., non pour des cadres supérieurs exerçant des fonctions hiérarchiques, mais pour compenser les différences de salaire des médecins par rapport à la pratique des autres hôpitaux et du secteur privé, il convenait néanmoins d'éviter que ceux-ci ne quittent le canton, raison pour laquelle l'indemnité en cause devait être conservée en leur faveur jusqu'à l'élaboration d'une nouvelle grille salariale, plus adéquate (Mémorial du Grand Conseil genevois, Séance du jeudi 29 janvier 2015 à 20h30, 1re législature – 2e année – 1re session – 8e séance, disponible

sur www.ge.ch/grandconseil/memorial/seances/010201/8/ [consulté le 12 janvier 2017]).

5.4 Il ressort de cet exposé des travaux préparatoires que le maintien de l'indemnité en cause en faveur des seuls médecins au service de l'hôpital C. (à partir de la classe 27 et avec responsabilités hiérarchiques) répond avant tout à un souci du législateur de garder au service de l'établissement des médecins disposant des meilleures compétences médicales et, par la même, d'assurer la qualité des soins d'un hôpital public de pointe. Cette exigence de qualité vise également à assurer le recrutement de médecins en restant attractif par rapport aux autres établissements hospitaliers ou à la pratique médicale privée. De tels motifs apparaissent objectivement défendables au regard du principe de l'égalité de traitement. Certes, un haut niveau de qualité du service public en général mérite, lui aussi, d'être garanti. Le législateur a toutefois estimé, implicitement et a contrario, que les difficultés de recrutement seraient moindres pour les hauts fonctionnaires de l'administration générale et il n'y a pas de raison de mettre en doute cette opinion. Il a également été tenu compte du temps de travail hebdomadaire des médecins hospitaliers. D'autre part, l'écart de rémunération – même s'il n'est pas négligeable – demeure néanmoins compatible avec l'art. 8 al. 1 Cst. et ce d'autant plus qu'il s'agit de fonctions différentes (voir par exemple ATF 138 I 321 consid. 6 p. 330; pour une casuistique, voir l'arrêt 8C_991/2010 du 28 juin 2011 consid. 5.5). Outre les difficultés de recrutement, les raisons budgétaires invoquées et le fait que la différence d'avec des médecins de l'hôpital C. est limitée dans le temps – dans l'attente d'une nouvelle grille salariale – sont également des éléments susceptibles d'être pris en considération pour justifier la différence de traitement critiquée (supra consid. 5.2).

On ajoutera que le droit fédéral connaît également des critères de différenciation liés aux contraintes du marché de l'emploi. Ainsi, l'art. 15 al. 4 de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1) permet le versement de suppléments au salaire – dans la présence affaire, il s'agit bien d'un tel supplément – afin d'adapter celui-ci notamment au marché régional de l'emploi, à l'infrastructure locale ou aux besoins spécifiques de la branche (voir à ce sujet JASMIN MALLA, in Bundespersonalgesetz [BPG],2013, nos 141 ss ad art. 15 LPers).

5.5

5.5.1 Le recourant fait valoir qu'il dirige une prison surpeuplée, qu'il est au bénéfice d'une formation universitaire complète doublée d'un certificat en droits de l'homme et qu'il travaille parfois près de 70 heures par semaine. Par rapport à un médecin de l'hôpital C., il se dit victime d'une inégalité de traitement injustifiée.

5.5.2 Dans le domaine de la rémunération des emplois publics, un certain schématisme, propre à assurer l'égalité de traitement entre agents est toutefois nécessaire, car il prend également en considération les caractéristiques générales de la fonction et du statut et ne se fonde pas uniquement

sur les prestations individuelles du fonctionnaire. En l'occurrence, ce schématisme, qui consiste ici à traiter de la même manière tous les cadres supérieurs de l'administration générale est acceptable et n'aboutit pas à un résultat incompatible avec le droit à l'égalité. Quant à la différence d'avec les médecins de l'hôpital C., elle ne résulte pas tant, on l'a vu, des responsabilités assumées que des difficultés de recrutement pour des postes qui impliquent des compétences élevées dans un domaine particulier. Vus sous cet angle, les motifs invoqués ici, liés aux particularités de la fonction du recourant et à sa formation, ne sont pas déterminants.

5.6 En conclusion, le grief tiré d'une inégalité de traitement doit être écarté.

6.

6.1 Invoquant les art. 9 Cst. (principe de la bonne foi) et 26 Cst. (garantie de la propriété), le recourant fait valoir que selon l'ancien art. 23A LTrait, l'indemnité devait être versée au moins jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle évaluation des fonctions. Toute suppression anticipée porterait atteinte à ses droit acquis.

6.2 Les prétentions pécuniaires des agents de la fonction publique, qu'il s'agisse de prétentions salariales ou relatives aux pensions, n'ont en règle générale pas le caractère de droits acquis. Les rapports de services sont régis par la législation en vigueur au moment considéré. L'Etat est en effet libre de revoir en tout temps sa politique en matière de salaire et d'emploi et les personnes qui entrent à son service doivent compter avec le fait que les dispositions réglant son statut puissent faire l'objet ultérieurement de modifications (ATF 134 I 23 consid. 7.5 p. 39 et les arrêts cités). Des droits acquis ne naissent dès lors en faveur des agents de la fonction publique que si la loi fixe une fois pour toutes les situations particulières et les soustrait aux effets des modifications légales ou lorsque des assurances précises ont été données à l'occasion d'un engagement individuel (ATF 134 I 23 précité consid. 7.1 p. 35 s. et les arrêts cités).

6.3 Comme on l'a vu, l'ancien art. 23A LTrait instituait une réglementation transitoire destinée à valoriser certains postes afin de les rendre plus compétitifs par rapport au secteur privé. Cette disposition doit être comprise dans ce sens que l'indemnité est due au plus tard jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle grille des salaires. Le fait que le législateur avait prévu cette réglementation temporaire ne signifie pas qu'elle s'imposait au titre de droits acquis. En d'autres termes, on ne peut pas inférer du texte de cette ancienne disposition qu'elle était soustraite à toute modification légale. Rien n'empêchait le législateur de la modifier ou de l'abroger, surtout en considération du fait qu'il s'agissait d'un régime voulu temporaire par ses auteurs et que le nouveau système de rémunération n'avait toujours pas été mis en vigueur depuis 2009. Le recourant ne peut donc pas se prévaloir d'une situation acquise. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 2 février 2017, Doss.-No 4A_372/2016 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 3 mai 2016)

Art. 337 CO. Lorsque l'employeur communique une résiliation extraordinaire pour justes motifs, les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour même où le congé est communiqué, peu importe qu'il soit justifié ou injustifié, que son exercice soit jugé tardif par la suite en procédure ou qu'il ait été donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun. Le travailleur n'a ni à protester contre le licenciement injustifié, ni à continuer à offrir ses services (c. 5.1.2).
Lorsque l'employeur opte pour la résiliation ordinaire, la voie de la résiliation extraordinaire, qui serait fondée sur les mêmes circonstances que celles qui avaient motivé la résiliation ordinaire, n'est plus possible; un tel congé immédiat serait dépourvu d'effet, le contrat prenant fin à l'échéance du délai ordinaire et le juge n'ayant pas à examiner l'existence de justes motifs. Inversement, s'il opte pour la résiliation extraordinaire, il perd définitivement le droit à la résiliation ordinaire. S'il réalise tardivement que la résiliation est dépourvue de justes motifs, il ne peut pas unilatéralement invalider sa déclaration. La résiliation extraordinaire étant un acte formateur, le juge ne peut pas non plus convertir une telle résiliation qui se révélerait injustifiée en une réalisation ordinaire (c. 5.2).
En l'espèce, la suspension provisoire de travail sans salaire prononcée à l'encontre de l'employé ne correspond à aucune fin de contrat de travail prévue par le droit privé suisse. Il y a lieu d'admettre, en l'absence d'accord de l'employé avec cette mesure, qu'elle équivaut à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO (c. 6.1).

Extraits des faits:

Selon contrat de travail du 20 juillet 2009, X. (l'employé) a été engagé en qualité d'auxiliaire par le Royaume de Z. (l'employeur), pour le Consulat général de Z. à Genève. L'employé a fait l'objet d'une première décision disciplinaire le 15 novembre 2010 par laquelle il a été suspendu de ses fonctions du 1er janvier au 31 mars 2011 pour faute très grave: il avait soustrait le nouveau passeport d'une ressortissante de l'Etat Z. afin de le lui remettre personnellement et en mains propres en dehors du Consulat, après avoir pris contact à plusieurs reprises avec elle à son numéro de téléphone privé et lui avoir proposé de déjeuner ensemble; il avait également pris des vacances non autorisées. Le 2 octobre 2012, des faits similaires sont survenus: l'employé a utilisé des données personnelles d'une ressor-

tissante de l'Etat Z. pour lui envoyer un SMS et lui téléphoner, présentant ses excuses à propos d'une erreur (la perforation du passeport de sa fille mineure) dont il avait déjà demandé pardon dans les locaux du Consulat, au point que l'intéressée s'est plainte de son insistance déplacée.

X. a été convoqué dans le bureau du Consul le même jour et a eu un autre entretien avec celui-ci le 15 octobre 2012.

Par décision du 30 janvier 2013, qui lui a été notifiée le 31 janvier 2013, l'employé a été informé de l'ouverture d'une enquête disciplinaire à son encontre à raison des faits du 2 octobre 2012 et suspendu provisoirement de ses fonctions et de tout droit à son salaire durant toute la période de l'enquête disciplinaire. L'employé a été déclaré incapable de travailler dès le lendemain de sa suspension provisoire, soit le 1er février 2013, et ce jusqu'au 31 décembre 2013. Il n'a reçu aucune indemnité de la sécurité sociale de l'Etat Z. pendant sa suspension provisoire. Au terme de l'enquête disciplinaire, l'employé a été licencié avec effet immédiat par son employeur selon résolution du 12 septembre 2013, qui lui a été notifiée le 17 septembre 2013. Alors que l'enquêteur avait proposé le transfert forcé de l'employé, avec ou sans changement de lieu de résidence, le Consulat général de Z. a considéré, au vu des résultats de l'enquête, que le travailleur s'était rendu coupable d'une faute grave consistant dans l'utilisation indue de la documentation ou information à laquelle il avait eu accès dans l'exercice de ses fonctions, rendant impossible la poursuite des rapports de travail. L'employé n'a pas non plus perçu d'indemnité de la sécurité sociale de l'Etat Z. après son licenciement.

Par courrier du 22 octobre 2013 adressé à son employeur, l'employé a invoqué le caractère abusif du congé et a réclamé le paiement d'une somme de 63'673 fr.25, dont 21'065 fr.40 à titre d'indemnité pour licenciement abusif et 29'257 fr.15 à titre de salaire du 1er février au 17 septembre 2013.

Par demande du 6 juin 2014, modifiée sur requête du Tribunal le 25 juin 2014, l'employé a conclu à la délivrance d'un certificat de travail et au paiement de 37'029,60 euros bruts à titre de salaire du 1er février au 30 novembre 2013, de 20'440,80 euros bruts à titre d'indemnité pour licenciement abusif, de 2'858,60 euros bruts à titre d'indemnité pour jours de vacances non pris en nature et de 16'000 euros nets à titre d'indemnité pour tort moral. Par jugement du 7 août 2015 rendu en procédure simplifiée, le Tribunal des prud'hommes a notamment condamné le défendeur à verser à l'employé demandeur le montant de 9'671,55 euros (ch. 2), le paiement des charges sociales et légales usuelles étant à la charge de l'employeur (ch. 3). Statuant sur l'appel de l'employé par arrêt du 3 mai 2016, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement attaqué sur ce point.

Contre cet arrêt, l'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

2.

A titre préliminaire, il sied de relever que, à supposer que le demandeur ait exercé des fonctions dans l'exercice de la puissance publique, le défendeur, par son Consulat, n'a pas invoqué son immunité de juridiction. D'ailleurs, par la clause n°10 du contrat de travail, il a expressément accepté la juridiction des tribunaux du canton de Genève.

3.

En ce qui concerne le droit applicable au litige, la cour cantonale ne l'a pas examiné, faute d'appel joint de l'Etat intimé. Celui-ci se prévaut de l'application de la procédure disciplinaire de l'Etat Z.

L'employeur intimé fait valoir qu'en vertu du droit de l'Etat Z., soit de l'Accord du 3 décembre 2007 de la Table Générale de Négociations de l'Administration Générale de l'Etat sur les conditions de travail du personnel de l'Etat à l'étranger, aucune sanction disciplinaire ne peut être prononcée à raison d'une faute grave ou très grave sans respecter la procédure disciplinaire prévue par l'Accord et que l'autorité compétente peut prononcer la suspension provisoire d'emploi et de salaire si de justes motifs le commandent. Il soutient que ces dispositions du droit de l'Etat Z., dont le seul objectif est de garantir les droits de l'employé, ont été adoptées dans l'intérêt exclusif des employés, en particulier la suspension de traitement durant la procédure disciplinaire, qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public suisse (art. 17 LDIP) et que d'ailleurs des dispositions du droit public suisse prévoient aussi la suspension provisoire avec réduction ou suppression du salaire.

Dès lors que l'employeur se prévaut de la procédure disciplinaire du droit de l'Etat Z., en tant qu'elle permet une suspension provisoire sans salaire, exclusivement en faveur de l'employé, il n'y a pas lieu d'examiner une éventuelle contrariété avec l'ordre public suisse. Il suffit de constater que, même si cette procédure de l'Etat Z. devait être plus favorable à l'employé, celui-ci ne s'en prévaut pas et qu'en aucun cas, l'art. 337 CO ne peut être considéré comme moins favorable. D'ailleurs, la clause n°7 du contrat, qui se réfère à l'Accord dont se prévaut l'intimé, déclare applicable, à titre principal, la réglementation du contrat de travail du droit suisse.

Il s'ensuit que la cause doit être examinée au regard du droit suisse.

4.

A raison des faits survenus le 2 octobre 2012, l'employé a été suspendu de ses fonctions et de tout droit à son salaire pendant l'enquête disciplinaire, par décision du 30 janvier 2013, qui lui a été notifiée le 31 janvier 2013. A l'issue de l'enquête, par résolution du 12 septembre 2013, qui lui a été notifiée le 17 septembre 2013, l'employé a été licencié avec effet immédiat pour faute grave, rendant impossible la poursuite des rapports de travail.

Il faut donc qualifier, selon le droit privé suisse applicable, cette fin du contrat de travail.

5.

Pour ce faire, il convient de rappeler préalablement les règles et principes jurisprudentiels applicables à la résiliation du contrat de travail en droit privé suisse.

5.1 La résiliation signifiée par l'employeur peut être une résiliation ordinaire ou une résiliation extraordinaire, les conséquences attachées à ces deux types de résiliation étant différentes.

5.1.1 La résiliation ordinaire (art. 335 CO) est valable sans indication de motif; même si la partie qui résilie le contrat doit motiver sa décision si l'autre partie le demande (art. 335 al. 2 CO), le refus de motiver n'empêche pas le congé de produire tous ses effets; l'attitude de la partie qui résilie sera cependant appréciée par le juge, notamment lorsqu'il s'agira de se prononcer sur le caractère abusif du congé (art. 336 CO; ATF 121 III 60 consid. 3b et 3c).

Lorsque l'employeur notifie une résiliation ordinaire du contrat, le contrat prend fin au terme du délai de congé, soit au jour pour lequel l'employeur a fixé la fin des rapports de travail (art. 335c al. 1 CO).

L'employé a évidemment droit au paiement de son salaire jusqu'à la fin. L'employeur peut toutefois le libérer de son obligation de travailler dès le moment où le congé lui a été signifié et jusqu'au terme du délai de congé, à condition de lui payer son salaire jusqu'à cette date (PIERRE TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 3030 p. 407).

En cas de dénonciation hors délai et terme de résiliation, la résiliation n'est pas nulle, mais elle est reportée au terme de congé le plus rapproché (arrêt 4A_556/2012 du 9 avril 2013 consid. 4.3).

5.1.2 La résiliation extraordinaire pour justes motifs de l'art. 337 CO doit être motivée: elle doit indiquer quels sont ces justes motifs. La motivation écrite sur demande de l'autre partie est une prescription d'ordre, qui n'a pas d'incidence sur la validité de la résiliation (TERCIER ET AL., op. cit., n. 3109 p. 419). En procédure, il est toujours possible d'invoquer encore d'autres circonstances qui existaient au moment de la résiliation, mais qui n'avaient pas pu être invoquées parce qu'elles n'étaient pas ou ne pouvaient pas être connues de l'auteur de la résiliation (ATF 142 III 579 consid. 4.3; 124 III 25 consid. 3c).

Sont notamment des justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (art. 337 al. 2 CO).

L'employeur qui résilie le contrat de travail en invoquant de justes motifs doit agir sans tarder, sous peine de déchéance. Il s'agit-là d'une condition d'exercice du droit de résilier pour justes motifs de l'art. 337 al. 1 CO. Les circonstances du cas concret déterminent le laps de temps dans lequel on peut raisonnablement attendre de l'employeur qu'il prenne la décision de résilier le contrat immédiatement. De manière générale, la

jurisprudence considère qu'un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est suffisant pour réfléchir et prendre des renseignements juridiques, étant précisé que les week-ends et jours fériés ne sont pas pris en considération (ATF 138 I 113 consid. 6.3.2; 93 II 18). Si l'état de fait appelle des éclaircissements, il faut tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant précisé que l'employeur qui soupçonne concrètement l'existence d'un juste motif doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures que l'on peut raisonnablement attendre de lui pour clarifier la situation (ATF 138 I 113 consid. 6.3.3; arrêts 4A_559/2016 du 18 janvier 2017 consid. 4.1; 4A_251/2015 du 6 janvier 2016 consid. 3.2.2, in SJ 2016 I p. 421).

Lorsque l'employeur communique une résiliation extraordinaire pour justes motifs (art. 337 CO), les rapports de travail cessent en fait et en droit le jour même où le congé est communiqué, peu importe qu'il soit justifié ou injustifié (TERCIER ET AL., op. cit., n. 3110 p. 419 et n. 3116 p. 419/420), que son exercice soit jugé tardif par la suite en procédure (arrêts 4C.291/2005 du 13 décembre 2005 consid. 3 et 4; 4C.348/2003 du 24 août 2004 consid. 3.3) ou qu'il ait été donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 596; cf. consid. 5.4 ci-dessous). Le travailleur n'a ni à protester contre le licenciement injustifié, ni à continuer à offrir ses services.

Si les conditions de l'art. 337 al. 1 CO ne sont pas remplies, le travailleur a droit à des indemnités pécuniaires à charge de l'employeur (art. 337c al. 1 à 3 CO). Tout d'abord, il a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ordinaire (art. 337c al. 1 CO; ATF 125 III 14 consid. 2b et c), sous déduction de ce qu'il a épargné par suite de la cessation du contrat de travail, ainsi que du revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou du revenu auquel il a intentionnellement renoncé (art. 337c al. 2 CO). Ensuite, l'employé peut avoir droit à une indemnité supplémentaire, que le juge doit fixer en tenant compte de toutes les circonstances et qui ne peut pas dépasser le montant correspondant à six mois de salaire (art. 337c al. 3 CO); le juge doit tenir compte notamment d'une faute concomitante du travailleur (ATF 121 III 64 consid. 3c). En principe, cette indemnité couvre le tort moral subi par le travailleur (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 408). Ce n'est que dans des cas particulièrement graves, dans lesquels l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO serait insuffisante, qu'une indemnité pour tort moral peut être allouée en sus (arrêt 4A_218/2012 du 24 juillet 2012 consid. 2.3).

5.2 La résiliation du contrat de travail est une déclaration unilatérale de volonté sujette à réception, par laquelle une partie communique à l'autre sa volonté de mettre fin au contrat et qui prend effet au moment où elle est parvenue au cocontractant, conformément au principe de la réception (ATF 133 III 517 consid. 3.3). La partie exerce par là un acte formateur, qui est irrévocable (ATF 128 III 129 consid. 2a; arrêt 4A_556/2012 du 9 avril

2013, consid. 4.2), sous réserve d'une révocation par accord des parties (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 503 s. et p. 596).

Ainsi, lorsque l'employeur opte pour la résiliation ordinaire, la voie de la résiliation extraordinaire, qui serait fondée sur les mêmes circonstances que celles qui avaient motivé la résiliation ordinaire, n'est plus possible; un tel congé immédiat serait dépourvu d'effet, le contrat prenant fin à l'échéance du délai ordinaire et le juge n'ayant pas à examiner l'existence de justes motifs (ATF 137 I 58 consid. 4.3.2; 123 III 86 consid. 2b).

Inversement, s'il opte pour la résiliation extraordinaire, il perd définitivement le droit à la résiliation ordinaire (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 594). S'il réalise tardivement que la résiliation est dépourvue de justes motifs, il ne peut pas unilatéralement invalider sa déclaration (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 596). La résiliation extraordinaire étant un acte formateur, le juge ne peut pas non plus convertir une telle résiliation qui se révélerait injustifiée en une réalisation ordinaire (à l'inverse de ce qui est le cas en matière de résiliation de rapport de service relevant du droit public, cf. ATF 137 I 58 consid. 4.3.3).

5.3 La question de savoir si le congé – ordinaire ou extraordinaire – signifié est abusif est examinée dans une seconde étape.

Un tel examen présuppose que le travailleur ait formé opposition au congé ordinaire par écrit auprès de l'autre partie, au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé (art. 336b al. 1 CO) et qu'il se plaigne en procédure d'un motif de résiliation abusive de son contrat (art. 336 CO).

Le caractère abusif du congé n'affecte pas sa validité, le travailleur n'ayant pas de droit à la réintégration (JEAN-PHLIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 9 ad art. 336 CO). Il n'entraîne qu'une obligation d'indemniser conformément à l'art. 336a CO, l'indemnité correspondant au plus à six mois de salaire (art. 336a al. 2 CO). Si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, le travailleur peut faire valoir sa prétention à une indemnité en ouvrant action dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption (art. 336b al. 2 CO).

Lorsque le congé immédiat tardif ou injustifié (art. 337 al. 1 CO) présente également le caractère d'un congé abusif (art. 336 CO), le juge n'allouera qu'une seule indemnité, fondée sur l'art. 337c al. 3 CO (ATF 121 III 64 consid. 2).

5.4 Il sied encore de préciser que le congé ordinaire donné pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (art. 336c CO) est nul (art. 336c al. 2, 1e phrase, CO); il ne peut pas être converti et l'employeur qui persiste dans son intention de mettre fin au contrat doit renouveler sa manifestation de volonté une fois la période achevée (ATF 128 III 212 consid. 3a). Si le congé a été donné avant l'une de ces périodes et que le délai de congé n'a pas expiré avant cette période, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période (art. 336c al. 2 CO); le travailleur qui entend faire valoir une prétention de

salaire pour la période correspondante est tenu d'offrir ses services pour la durée ainsi prolongée (ATF 115 V 437).

En revanche, le congé extraordinaire immédiat, même donné pendant une période de protection de l'art. 336c CO, est exclusivement régi par les art. 337 ss CO, peu importe que celui-ci s'avère en définitive tardif ou injustifié (arrêt 4C.413/2004 du 10 mars 2005 consid. 2.4; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, op. cit., n. 14 ad art. 336c CO; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 594).

6.

6.1 La suspension provisoire de travail sans salaire prononcée à l'encontre de l'employé ne correspond à aucune fin de contrat de travail prévue par le droit privé suisse. Il y a lieu d'admettre, en l'absence d'accord de l'employé avec cette mesure, qu'elle équivaut à une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'art. 337 al. 1 CO. En effet, elle y correspond tant par ses conditions que par ses effets: la suspicion d'une faute très grave a été reprochée à l'employé; il a été démis de ses fonctions avec effet immédiat; il n'avait pas à continuer à offrir ses services, vu l'attitude de l'employeur; il a été privé de tout salaire immédiatement.

C'est à raison que la cour cantonale a admis que l'employeur avait trop tardé avant de prononcer la suspension pour faute grave, puisqu'il s'est écoulé près de quatre mois entre les faits survenus le 2 octobre 2012 et la suspension qu'il a communiquée le 31 janvier 2013. Elle a toutefois méconnu les conséquences légales attachées à ce retard. L'employeur ayant notifié une suspension de travail sans salaire tardive, la condition d'exercice du droit de résilier immédiatement pour justes motifs n'est pas réalisée et cela entraîne pour l'employeur l'obligation de payer les indemnités prévues par l'art. 337c al. 1 à 3 CO.

Il en découle que la cour cantonale ne pouvait pas convertir ce congé immédiat tardif en congé ordinaire, prenant fin au 30 novembre 2013; un congé immédiat communiqué est irrévocable. La cour cantonale ne pouvait pas non plus, au motif que l'employé n'aurait pas pu offrir ses services en raison de sa maladie, appliquer l'art. 324a CO. Qu'il soit tardif, justifié ou injustifié, le congé immédiat met fin aux rapports de travail; l'incapacité ultérieure du travailleur est sans incidence; il n'a plus à offrir ses services.

Il s'ensuit qu'il est superflu de vérifier si les justes motifs retenus par la cour cantonale étaient suffisamment graves et donc d'examiner les griefs formulés à cet égard par le recourant, l'invocation tardive des justes motifs faisant déjà échec à l'existence des conditions de l'art. 337 al. 1 CO. Il est également inutile d'examiner l'objection que le recourant tire d'une résiliation abusive au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO, prétendument signifiée dans un contexte de mobbing, puisque les indemnités des art. 336a et 337c CO ne peuvent pas être cumulées, seules celles de l'art. 337c CO entrant en ligne de compte.

6.2 Partant, la cause doit être retournée à la cour cantonale pour fixation des conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate du 31 janvier

2013, dont les conditions n'étaient pas réalisées, conformément à l'art. 337c al. 1 à 3 CO. Il lui appartiendra de chiffrer le montant auquel l'employé a droit en vertu de l'art. 337c al. 1 CO. Il lui incombera d'examiner également, au vu des circonstances du cas concret, si l'employé a droit à l'indemnité de l'art. 337c al. 3 CO, étant précisé qu'une telle indemnité couvre, hormis les cas particulièrement graves, un éventuel tort moral.

Tribunal fédéral, Arrêt du 6 février 2017, Doss.-No 4A_468/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 23 juin 2016)

Art. 340 al. 2 CO. La validité de la clause de prohibition de concurrence est soumise à la condition que l'utilisation des renseignements (comme la connaissance de la clientèle) est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Cette norme n'exige toutefois pas la preuve d'un dommage effectif (c. 4.1).
Art. 340b al. 2 CO. Si la clause de non-concurrence est transgressée par le travailleur, l'employeur peut exiger notamment le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat (art. 340b al. 2 CO). La clause pénale est soumise aux dispositions des art. 160 ss CO. En application de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur. Le salaire annuel du travailleur constitue la limite supérieure de la clause pénale (c. 6.1).
En l'espèce, il sied de ne pas perdre de vue que les rapports de travail ont eu une longue durée (près de 10 ans) et que l'employé avait le statut de cadre. Celui-ci a obtenu, à sa demande, que son contrat prenne fin un mois et quelques jours après avoir donné son congé, alors que le préavis contractuel de résiliation était de trois mois (art. 335c al. 1 CO). L'employé, engagé par une entreprise concurrente, a utilisé pour ce nouvel employeur la connaissance de la clientèle qu'il avait acquise dans son précédent emploi, alors que son ancien employeur lui avait expressément rappelé, le lendemain même du jour où il a donné sa démission, l'existence de la prohibition. Il faut admettre que l'employé a de la sorte commis une faute grave. D'un autre côté, il sied de considérer que l'ancien employeur n'a pas apporté la preuve des importantes pertes financières qu'il a alléguées en procédure. Tout bien

pesé, la peine conventionnelle, arrêtée à cinq mois de salaire, n'est pas excessive (c. 6.3).

Extraits des faits:

Par contrat de travail de durée indéterminée du 22 juin 2004, Z. SA (ci-après: l'employeuse ou la société), à..., a engagé dès le 5 juillet 2004 X. (le travailleur) en qualité de conseiller en personnel à sa succursale de..., pour un salaire mensuel brut de 5'500 fr. versé treize fois l'an.

A l'art. 4, l'accord prévoyait une clause portant sur le secret professionnel et une obligation de confidentialité. A l'art. 5 était stipulée une clause de non-concurrence ayant le contenu suivant: «Pendant toute la durée du présent contrat et pendant deux ans après l'expiration de celui-ci, le collaborateur s'engage à ne pas faire concurrence à l'employeur en exerçant une activité similaire, soit directement, soit indirectement, soit en son nom, soit pour le compte d'un tiers comme associé ou en quelque autre qualité et ce en raison du caractère spécifique de l'activité de l'employeur et de l'intérêt légitime pour cette société d'éviter que ses méthodes puissent être copiées. Le collaborateur déclare expressément avoir eu son attention attirée sur la validité de la clause de non-concurrence ci-dessus valable dans le canton de Genève et les cantons limitrophes». Le contrat contenait, à l'art. 6, une clause pénale dont la teneur est la suivante: «Toute violation des obligations stipulées aux articles 4 et 5 du présent contrat entraînera le paiement à l'employeur d'une indemnité de 6 mois du dernier salaire. Tous droits de celui-ci à des dommages-intérêts complémentaires et à la cessation immédiate et totale des actes de concurrence sont réservés». Selon l'art. 13 du contrat, le travailleur déclarait notamment avoir compris le sens exact de la clause de non-concurrence et de la clause pénale, sur lesquelles son attention avait été particulièrement attirée. A partir du 1er janvier 2008, X. a occupé le poste de «Branch Manager» dans le secteur «Watch Technology», puis a été nommé «Branch Director» le 1er janvier 2010, son salaire mensuel ayant été porté à 7'600 fr.

Par courrier du 24 février 2014, le prénommé a résilié le contrat de travail du 22 juin 2004, sans mentionner d'échéance. Il relevait avoir eu la chance de «négocier le contrat A. et de le porter à bout de bras, de négocier le contrat B. et de le développer et, entre autres satisfactions de gagner la confiance de la société C.». Il expliquait sa décision de donner son congé par l'absence de perspectives d'évolution et par le fait que depuis plus de deux ans, son projet de coordinateur de «Watch Technology» ne semblait pas convaincre sa hiérarchie. Le travailleur remerciait néanmoins «très sincèrement» l'employeuse et ses collègues, actuels et passés, pour tout ce qu'il avait appris et pour les moments extraordinaires partagés avec eux pendant près de dix ans. Le 25 février 2014, l'employeuse a fait savoir au travailleur que son contrat prendrait fin le 31 mai 2014, échéance ordinaire de l'accord, et lui a rappelé ses obligations contractuelles concernant le se-

cret professionnel et la clause de non-concurrence. Par courriel du 28 mars 2014, le travailleur a informé l'employeuse du fait que son activité pour celle-ci prendrait fin le 31 mars 2014, dans la mesure où il allait débuter un nouvel emploi chez un tiers dès le 1er avril 2014. Il a été retenu que les parties sont convenues de mettre un terme à leurs relations contractuelles au 31 mars 2014.

Par contrat de travail du 26 mars 2014, U. SA (ci-après: U.) a engagé le travailleur dès le 1er avril 2014 en qualité de chef d'agence, division manager horlogerie, pour un salaire mensuel brut de 10'000 fr. versé douze fois l'an. L'accord contient une clause de non-concurrence et une clause pénale libellées de manière similaire à celles figurant dans l'accord du 22 juin 2004. Par pli du 12 mai 2014 adressé au travailleur, la société a déclaré avoir appris que ce dernier avait été engagé par une entreprise concurrente, soit U., et que, compte tenu de la clause de prohibition de concurrence figurant dans le contrat du 22 juin 2004, il était invité à verser à la société, dans les dix jours, la somme de 45'600 fr. correspondant à six mois de son dernier salaire (7'600 fr. x 6).

Ayant obtenu une autorisation de procéder le 28 novembre 2014, la société (demanderesse) a ouvert action contre le travailleur (défendeur) devant le Tribunal des prud'hommes de Genève, concluant à ce qu'il soit condamné à lui verser le montant de 45'600 fr. avec intérêts. Par jugement du 11 novembre 2015, le Tribunal des prud'hommes a condamné le défendeur à payer à la demanderesse la somme nette de 38'000 fr. avec intérêts. Le Tribunal des prud'hommes a admis la validité de la clause de non-concurrence invoquée par la demanderesse et sa violation par le défendeur. Qualifiant de relativement grave la faute commise par le travailleur, il a réduit la peine conventionnelle due à la demanderesse, qu'il a fixée à cinq mois de salaire. Saisie d'un appel du défendeur, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève l'a rejeté par arrêt du 23 juin 2016 et a confirmé le jugement du 11 novembre 2015.

Le travailleur exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

4.

Le recourant nie que, par sa connaissance de la clientèle de l'intimée, il ait pu lui causer un préjudice sensible au sens de l'art. 340 al. 2 CO. Même si une clause pénale a été convenue, poursuit-il, le travailleur doit pouvoir démontrer que son ancien employeur n'a pas subi de préjudice sensible.

4.1 La validité de la clause de prohibition de concurrence est soumise à la condition que l'utilisation des renseignements (comme la connaissance de la clientèle) est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible (art. 340 al. 2 in fine CO). Cette norme n'exige pas la preuve d'un dom-

mage effectif (arrêt 4C.163/1993 du 9 décembre 1993 consid 2b; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 724).

4.2 Dans l'arrêt déféré (cf. consid. 3.2.1), l'autorité cantonale a jugé que les connaissances de la clientèle acquises par le défendeur auprès de la demanderesse étaient d'autant plus susceptibles de causer à celle-ci un préjudice qu'il travaille au sein de U. également dans le secteur horloger. En outre, il a une connaissance actuelle de la clientèle de la demanderesse, en particulier des travailleurs cherchant à être placés au sein des entreprises horlogères et des besoins des employeurs potentiels avec lesquels il a admis avoir noué des contacts particuliers.

4.3 Le recourant ne démontre pas que la probabilité que l'intimée soit exposée à un préjudice sensible est exclue in casu. Pour le reste, afin de faire justice du moyen, il suffit de renvoyer à la motivation susmentionnée de la cour cantonale (art. 109 al. 3 LTF).

5.

Pour le recourant, la clause de prohibition de concurrence litigieuse limiterait de façon excessive sa liberté personnelle (art. 27 al. 2 CC). Il ne disconvient pas qu'il avait un emploi dans une banque en France avant que l'intimée ne l'engage à Genève. C'est cependant arbitrairement que la cour cantonale aurait retenu qu'il aurait pu trouver à nouveau un emploi dans le domaine bancaire. Il fait valoir qu'il a travaillé près de dix ans au service de l'intimée et n'a ainsi aucun réseau en Suisse auprès des banques.

5.1 A teneur de l'art. 340a al. 1, 1re phrase, CO, la prohibition doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique du travailleur contrairement à l'équité.

Pour admettre le caractère excessif d'une interdiction de concurrence est déterminant le point de savoir si la prohibition compromet l'avenir économique du travailleur d'une manière qui ne peut se justifier par les intérêts de l'employeur (ATF 130 III 353 consid. 2 p. 355 et les références).

5.2 La cour cantonale a considéré que le défendeur, qui avait travaillé auparavant dans le domaine bancaire, aurait été en mesure de trouver un emploi dans un autre secteur que celui du placement en personnel.

5.3 En l'espèce, le recourant a admis qu'il avait travaillé pour une banque en France avant d'entrer au service de l'intimée. Il n'y a ainsi nul arbitraire à constater qu'il peut retrouver un emploi dans le secteur bancaire à Genève, lequel, dans la Cité de Calvin, est notoirement très important. La nécessité d'avoir un cercle relationnel peut se révéler utile pour obtenir un emploi de haut cadre bancaire, membre de la direction générale. Or le recourant n'a jamais allégué ni prouvé qu'il exerçait une telle fonction avant de travailler pour l'intimée.

Il n'apparaît donc pas que la clause de prohibition en question restreigne la liberté du recourant d'une manière incompatible avec l'art. 27 al. 2 CC.

6.

Le recourant fait grief à la cour cantonale d'avoir méconnu l'art. 163 al. 3 CO en allouant à l'intimée une indemnité équivalente à cinq mois de salaire. A l'en croire, elle aurait dû tenir compte du fait que les rapports de travail ont pris fin le 31 mars 2014, si bien que l'intimée n'a pas eu à assumer le paiement du salaire jusqu'au terme ordinaire du contrat, à savoir le 31 mai 2014. Il affirme que la peine conventionnelle devrait être réduite à l'équivalent d'un mois maximum de son dernier salaire.

6.1 Si la clause de non-concurrence est transgressée par le travailleur, l'employeur peut exiger notamment le paiement de la peine conventionnelle prévue par le contrat (art. 340b al. 2 CO).

La clause pénale est soumise aux dispositions des art. 160 ss CO (arrêt 4A_466/2012 déjà cité, consid. 6.1). En application de l'art. 163 al. 3 CO, le juge doit réduire le montant de la peine conventionnelle dont la quotité est excessive. (ATF 133 III 43 consid. 3.3 p. 48, 201 consid. 5.2 p. 209 et les références).

Dans l'application de l'art. 163 al. 3 CO et donc dans l'usage de son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC) de la réduction des peines conventionnelles excessives, le juge doit observer une certaine réserve. Une intervention du juge dans le contrat ne se justifie que si le montant de la peine fixé est si élevé qu'il dépasse toute mesure raisonnable, au point de n'être plus compatible avec le droit et l'équité. Pour juger du caractère excessif de la peine conventionnelle, il ne faut pas raisonner abstraitement, mais, au contraire, prendre en considération toutes les circonstances concrètes de l'espèce. Il y a ainsi lieu de tenir compte notamment de la nature et de la durée du contrat, de la gravité de la faute et de la violation contractuelle, de la situation économique des parties, singulièrement de celle du débiteur. (arrêt 4A_268/2016 du 14 décembre 2016, consid. 5.1 non destiné à la publication; ATF 133 III 201 consid. 5.2 p. 209 s. et l'arrêt cité).

Le salaire annuel du travailleur constitue la limite supérieure de la clause pénale (arrêt 4A_466/2012 déjà cité, ibidem).

6.2 La cour cantonale a pris en considération, en défaveur du défendeur, qu'il a travaillé dix ans au service de la demanderesse où il occupait une position de cadre, que l'employeuse a accepté de mettre un terme aux relations contractuelles le 31 mars 2014 alors que le contrat arrivait normalement à échéance le 31 mai 2014 et qu'il a immédiatement commencé à travailler pour un concurrent de la demanderesse, alors que cette dernière lui avait rappelé son obligation de respecter la prohibition de concurrence par courrier du 25 février 2014. En faveur du travailleur, l'autorité cantonale a tenu compte que la demanderesse n'a pas apporté la preuve du préjudice qu'elle a allégué, ce qui l'a amenée, suivant les premiers juges, à réduire à cinq mois du dernier salaire la peine conventionnelle fixée par le contrat de travail à six mois du dernier salaire.

6.3 En l'espèce, il sied de ne pas perdre de vue que les rapports de travail ont eu une longue durée (près de 10 ans) et que le recourant avait le statut de «Branch Director», soit de cadre.

Le recourant a obtenu, à sa demande, que son contrat prenne fin un mois et quelques jours après avoir donné son congé, alors que le préavis contractuel de résiliation était de trois mois (art. 335c al. 1 CO). Quoi qu'il en pense, cet élément constitue une faveur que lui a octroyée l'intimée, puisque cet accord sur le terme de résiliation du contrat lui a permis de commencer sa nouvelle activité dès le début du mois suivant.

Le recourant, engagé par une entreprise concurrente de l'intimée, a utilisé pour ce nouvel employeur la connaissance de la clientèle qu'il avait acquise dans son précédent emploi, alors que l'intimée lui avait expressément rappelé, le lendemain même du jour où il a donné sa démission, l'existence de la prohibition. Il faut admettre, comme dans l'arrêt 4A_466/2012 déjà cité, que le recourant a de la sorte commis une faute grave.

D'un autre côté, il sied de considérer que l'intimée n'a pas apporté la preuve des importantes pertes financières qu'elle a alléguées en procédure.

Tout bien pesé, la peine conventionnelle, arrêtée à cinq mois de salaire, n'est pas excessive.

Le moyen n'a pas de consistance.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 février 2017, Doss.-No 4A_428/2016 (Irrecevabilité du recours en matière civile et rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjetés contre le jugement rendu le 9 juin 2016 par la Chambre civile du Tribunal cantonal du canton du Valais)

Art. 19 al. 4 LSE. Savoir quel sens donner à l'expression «emploi ininterrompu» ne saurait constituer une question juridique de principe au sens de l'art. 74 al. 2 let. a LTF. Les termes utilisés par le législateur ne présentent pas une incertitude caractérisée telle qu'elle devrait impérativement être levée par le Tribunal fédéral, alors que la valeur litigieuse pour un recours en matière civile n'est pas atteinte. Quant à savoir si la constellation de faits du cas concret peut être qualifiée d'emploi ininterrompu au sens de l'art. 19 al. 4 LSE, ceci ne constitue pas non plus une question juridique de principe (c. 1.1.2).
Art. 2 al. 2 CC. La jurisprudence fédérale s'est déjà exprimée sur le fait que l'interdiction générale de la fraude à la loi trouve application dans le domaine du travail intérimaire. Il est toutefois clair que prévoir des contrats de travail intérimaire successifs ne signifie pas encore nécessairement qu'il y ait intention d'éluder la loi. Pour déterminer s'il y a abus de droit (ou fraude à la loi), il faut apprécier l'ensemble des faits de la cause, notamment la durée des missions successives, la cause et la durée des périodes d'inoccupation entre deux engagements

successifs, l'identité de la ou des entreprises locataires de services, ainsi que l'éventuelle intention de l'employeur d'éluder les dispositions concernant la protection contre les congés ou la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail (c. 1.1.2).

Extraits des faits:

Par contrat du 11 juin 2012, X. a été engagé par Z. SA (ci-après: l'agence de placement ou l'employeuse) pour une mission de durée indéterminée en qualité d'aide-sanitaire auprès de A. Sàrl. Cette mission s'est terminée le 27 juillet 2012. Six autres contrats de mission à durée indéterminée s'en sont suivis. L'employé a travaillé du 20 août au 21 décembre 2012, du 7 janvier au 8 mai 2013, du 13 mai au 26 juillet 2013, du 18 août au 20 décembre 2013 et du 13 janvier au 24 juillet 2014. Les interruptions correspondent aux vacances de A. Sàrl. La septième et ultime mission de durée indéterminée auprès de cette même entreprise a débuté le 18 août 2014 et s'est achevée le 29 août 2014, après que l'employeuse eut signifié sa résiliation le 26 août 2014. Le contrat y relatif a été signé le 1er septembre 2014.

Le 24 septembre 2014, l'employé a saisi l'autorité de conciliation du Tribunal du travail du canton du Valais, puis a porté l'action devant ledit tribunal en concluant au paiement, par Z. SA, d'un montant brut de 5'793 fr. correspondant au salaire de septembre 2014. Il faisait valoir qu'en vertu de la convention collective de travail (CCT) pour la location de services du 15 juillet 2011, le délai de congé pour les contrats de durée indéterminée était de 30 jours dès le septième mois, s'agissant d'une mission ininterrompue dans la même entreprise cliente. L'employeuse a produit un contrat-cadre de travail signé le 10 janvier 2014. Statuant par jugement du 6 octobre 2015, le Tribunal du travail a rejeté la demande. Il a considéré en substance que la relation de travail liant l'employé à l'agence de placement pouvait être qualifiée d'emploi ininterrompu jusqu'à la fin de la sixième mission. L'employeuse avait d'ailleurs respecté un délai de résiliation de 30 jours pour mettre un terme à cette dernière. Cela étant, la septième et ultime mission avait été proposée dans des circonstances qui constituaient un motif objectif de conclure un nouveau contrat de durée déterminée [sic], dès lors qu'en juin 2014, l'agence de placement n'était pas sûre de pouvoir proposer un nouveau contrat à l'employé, qui avait du reste eu vent de rumeurs selon lesquelles les employés temporaires ne seraient pas réengagés après les vacances d'août. Ce dernier contrat se distinguait ainsi des précédents et le délai de résiliation de 2 jours, applicable jusqu'à la fin du troisième mois selon le contrat-cadre précité, avait été respecté. Le 18 janvier 2016, l'employé a déféré cette décision au Tribunal cantonal du canton du Valais, qui a rejeté son recours par jugement du 9 juin 2016. En substance, le Tribunal cantonal, analysant le cas sous l'angle de la loi fédérale sur le

service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11), a considéré que le délai de congé avait été respecté. L'employeuse n'avait pas agi dans le but d'éluder cette loi et l'employé, à cette époque, était inscrit auprès d'autres agences de placement.

L'employé saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile et d'un recours constitutionnel subsidiaire à l'issue desquels il conclut à ce que l'employeuse intimée soit condamnée à lui payer 5'793 fr. bruts.

Extraits des considérants:

1.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours dont il est saisi (ATF 139 III 252 consid. 1.1).

1.1 Le recourant admet que la valeur litigieuse n'atteint pas le seuil de 15'000 fr. requis en matière de droit du travail (art. 74 al. 1 let. a LTF en lien avec l'art. 51 al. 1 let. a LTF). Il plaide que le recours en matière civile serait néanmoins recevable au motif que la contestation soulèverait une question juridique de principe au sens de l'art. 74 al. 2 let. a LTF.

(…)

1.1.2 En l'espèce, le recourant expose en substance que la jurisprudence n'a jamais tranché la question de savoir si la prohibition des contrats en chaîne s'applique dans le cadre de la location de services et, dans l'affirmative, à quelles conditions. Elle ne se serait au surplus pas penchée sur la notion d'emploi ininterrompu au sens de la LSE pour des missions de durée indéterminée, comme celles qu'il a successivement effectuées auprès de la même entreprise locataire de services et qui se sont interrompues uniquement durant les vacances de celle-ci.

Le recourant était lié à l'agence de placement par un contrat-cadre et des contrats de mission successifs de durée indéterminée, dont il ne conteste pas qu'ils étaient régis par l'art. 19 LSE et ses dispositions d'application (art. 48 et 49 de l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services; OSE, RS 823.111); ce régime prévaut sur celui du Code des obligations. Selon l'art. 19 al. 4 LSE, le contrat de travail peut, pendant les six premiers mois de service, être résilié par les deux parties moyennant un délai de congé de deux jours au moins durant les trois premiers mois d'un emploi ininterrompu (let. a) et de sept jours au moins entre le quatrième et le sixième mois d'un emploi ininterrompu (let. b). Ces délais sont applicables, dans la mesure où ni le contrat-cadre du 10 janvier 2014 ni la CCT précitée (supra let. B) n'ont prévu de délais plus longs (cf. ESTELLE MATHIS-ZWYGART, L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire, 2012, p. 55). Dès le septième mois d'un emploi ininterrompu, les délais de résiliation prévus par l'art. 335c CO trouvent application (ATF 141 V 365 consid. 4.3 p. 370), à savoir un mois pendant la première année de service, la CCT ne prévoyant pas de délai divergent (art. 335c al. 2 CO; MA-

TILE/ZILLA, Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services [art. 12-39 LSE], 2010, p. 112).

Savoir quel sens donner à l'expression «emploi ininterrompu» figurant à l'art. 19 al. 4 LSE ne saurait constituer une question juridique de principe. Les termes utilisés par le législateur ne présentent pas une incertitude caractérisée telle qu'elle devrait impérativement être levée par le Tribunal fédéral, alors que la valeur litigieuse pour un recours en matière civile n'est pas atteinte. Quant à savoir si la constellation de faits du cas concret peut être qualifiée d'emploi ininterrompu au sens de l'art. 19 al. 4 LSE, ceci ne constitue pas non plus une question juridique de principe, à la lumière des principes évoqués plus haut (consid. 1.1.1).

S'agissant de la question de savoir s'il peut y avoir abus de droit, respectivement fraude à la loi (cf. arrêt 4A_609/2012 du 26 février 2013 consid. 3), à conclure des contrats de travail successifs dans le domaine de la location de services, de telle manière que l'emploi ne puisse pas être qualifié d'ininterrompu au sens de l'art. 19 al. 4 LSE et que le délai de congé soit réduit d'autant, il s'agit de préciser ce qui suit. La jurisprudence fédérale s'est déjà exprimée sur le fait que l'interdiction générale de la fraude à la loi (art. 2 al. 2 CC) trouve application dans le domaine du travail intérimaire (cf. ATF 119 V 46 consid. 1c; 117 V 248 consid. 3b/bb; arrêt 9C_445/2007 du 4 avril 2008 consid. 3.5), comme dans celui du contrat de travail régi par les dispositions du CO (ATF 129 III 618 consid. 6.2; arrêts 2P.26/2007 du 28 juin 2007 consid. 3.6; 4C.22/2000 du 27 juin 2000 consid. 2c, publié in Praxis 2001 N. 31 p. 197). Dans ce contexte, la cour de céans a également précisé quel poids revêt le fait qu'il s'agit d'un contrat intérimaire, qui est une forme précaire d'emploi (cf. ATF 117 V 248 consid. 3b/bb). Il est ainsi clair que prévoir des contrats de travail intérimaire successifs ne signifie pas encore nécessairement qu'il y ait intention d'éluder la loi. Certes, le Tribunal fédéral ne s'est pas directement exprimé dans un cas en lien avec l'art. 19 LSE. Ceci n'apparaît toutefois pas essentiel. Il n'a pas non plus indiqué si la notion de contrats en chaîne abusifs devait uniquement se comprendre comme une succession de contrats de durée déterminée ou s'il était possible de considérer au même titre des contrats de durée indéterminée, successivement résiliés et réactivés après une brève interruption. Toutefois, la question qui se pose est au premier chef celle de l'abus de droit ou fraude à la loi, qui implique d'apprécier au regard des faits de la cause, notamment de la durée des missions successives, de la cause et de la durée des périodes d'inoccupation entre deux engagements successifs, de l'identité de la ou des entreprises locataires de services, si l'intention de l'employeur était d'éluder les dispositions concernant la protection contre les congés ou la naissance de prétentions juridiques dépendant d'une durée minimale des rapports de travail. Dans une telle situation, étroitement dépendante des circonstances de l'espèce, il ne saurait y avoir question juridique de principe ouvrant la voie du recours en matière civile en dépit d'une valeur litigieuse insuffisante. Le fait que le

recourant estime représenter un cas typique de fraude à la loi de l'employeur ne change rien à ce qui précède. En effet, il n'apparaît pas que l'instance inférieure soit appelée à trancher de nombreux cas présentant les mêmes caractéristiques.

Il s'ensuit que le recours en matière civile est irrecevable.

Bundesgericht, Urteil vom 9. März 2017, Doss.-Nr. 4A_625/2016 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Bern vom 28. September 2016)

Fristlose Entlassung eines Lastwagenchauffeurs wegen grober Verkehrsregelverletzung, Art. 337 OR. Straftaten, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, dessen Kunden oder Dritter begeht, können einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgeblich auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere auf die Schwere der Straftat und darauf, ob diese unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat (E. 6.2).
Vorliegend hatte der Arbeitnehmer aufgrund der groben Verkehrsregelverletzung und des dadurch verursachten Unfalls auch aus arbeitsrechtlicher Sicht eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung begangen. Sein Fehlverhalten wirkte sich unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus. Insgesamt erscheinen die Voraussetzungen einer fristlosen Entlassung nach Art. 337 OR als gegeben (E. 6.3, 8).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer) wurde von der B. GmbH (Beklagte, Beschwerdegegnerin) mit Arbeitsvertrag vom 17. Juni 2013 unbefristet als Lastwagenchauffeur angestellt. Am 13. Mai 2014 um ca. 07:35 Uhr fuhr der Kläger mit dem Lastwagen der Beklagten mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11 km/h über ein Stoppsignal hinaus auf die Strasse und kollidierte mit einem korrekt fahrenden Personenwagen. Der Lenker des Personenwagens wurde verletzt und musste in Spitalpflege gebracht werden; sein Wagen erlitt einen Totalschaden. Nach dem Unfall kümmerte sich der Kläger um den verletzten Lenker des Personenwagens, rief die Polizei und die Ambulanz. Anschliessend informierte er die Beklagte. Die vom Kläger gerufene Polizei entzog ihm vor Ort den Führerausweis.

Noch am selben Tag kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. Die fristlose Kündigung erfolgte zunächst mündlich und wurde gleichentags schriftlich bestätigt. Als Begründung gab die Beklagte an, dass infolge des vom Kläger verschuldeten Unfalls eine Person verletzt worden sei und somit das Ansehen des Unternehmens Schaden genommen habe. Zudem sei

dem Kläger gemäss Auskunft der Polizei der Führerausweis mit sofortiger Wirkung entzogen worden. Die seitens der Beklagten unternommenen Bemühungen, den Kläger als Magaziner bei einer anderen Firma zu beschäftigen, seien erfolglos geblieben, da kein freier Platz vorhanden gewesen sei. Im eigenen Betrieb sei ebenfalls kein Angebot zur Verfügung gestanden.

Mit Entscheid der Kommission für Administrativmassnahmen im Strassenverkehr des Kantons Freiburg vom 20. Mai 2014 erhielt der Kläger seinen von der Polizei entzogenen Führerausweis provisorisch zurück. Der Kläger wurde anschliessend mit Strafbefehl vom 16. Mai 2015 von der Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland wegen grober Verkehrsregelverletzung schuldig gesprochen und zu einer bedingten Geldstrafe und einer Verbindungsbusse verurteilt. Gestützt darauf verfügte die genannte Kommission für Administrativmassnahmen am 27. Mai 2015 einen Führerausweisentzug von drei Monaten.

Mit Klage vom 17. Juli 2015 erhob der Kläger Klage am Regionalgericht Berner Jura-Seeland und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den anteilsmässigen Lohn für die Zeit vom 15. Mai bis zum 31. Juli 2014 in der Höhe von Fr. 3'651.70 zu bezahlen. Die Beklagte sei sodann zu verpflichten, ihm den vom Lohn abgezogenen Vorschuss bezüglich Kostenbeteiligung für den durch den Unfall vom 13. Mai 2014 entstandenen Schaden am Lastwagen in der Höhe von Fr. 1'550.–, die zu Unrecht auf den Monatslöhnen Juli und Oktober 2013 abgezogenen Beträge in der Höhe von Fr. 1'050.60 und die nicht ausgerichtete Pauschalentschädigung für Telefonkosten in der Höhe von Fr. 100.– zu bezahlen. Im Weiteren sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Entschädigung für die ungerechtfertigte fristlose Entlassung in der Höhe von drei Monatslöhnen, insgesamt Fr. 12'700.–, zu bezahlen. Schliesslich sei die Beklagte anzuweisen, ein neues «Arbeitszeugnis» zu Gunsten des Klägers auszustellen.

Mit Entscheid vom 4. März 2016 kam der Gerichtspräsident des Regionalgerichts zum Schluss, dass die am 13. Mai 2014 ausgesprochene fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt gewesen sei. Er verpflichtete die Beklagte, dem Kläger den anteilsmässigen Lohn für die Zeit vom 15. Mai 2014 bis 31. Juli 2014 von brutto Fr. 3'651.70 zu bezahlen (Dispositivziffer 1) und ihm die sozialversicherungsrechtlichen Abzüge im Betrag von Fr. 156.05 zurückzuerstatten (Dispositivziffer 2). Der Gerichtspräsident verweigerte aber dem Kläger eine Entschädigung aus ungerechtfertigter Entlassung im Sinne von Art. 337c Abs. 3 OR. Sodann verurteilte der Gerichtspräsident die Beklagte, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung entsprechend dem Wortlaut der Arbeitsbestätigung vom 31. Mai 2014 auszustellen, jedoch ohne den im Dispositiv spezifizierten Passus bezüglich dem Unfall vom 13. Mai 2014 (Dispositivziffer 3). Soweit weitergehend wies er die Klage ab (Dispositivziffer 4).

Dagegen erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Bern und beantragte, ihm sei die Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR von drei Monatslöhnen in der Höhe von total Fr. 12'700.– zuzusprechen. Die Beklagte verlangte demgegenüber in der Anschlussberufung, die Klage sei abzuweisen und es sei davon «Akt zu nehmen und zu geben», dass sie die Ziffern 2 und 3 des erstinstanzlichen Urteils anerkenne.

Mit Entscheid vom 28. September 2016 stellte das Obergericht fest, dass die Ziffern 2 und 3 des erstinstanzlichen Entscheids bezüglich den sozialversicherungsrechtlichen Abzügen und der Arbeitsbestätigung in Rechtskraft erwachsen seien. Entgegen der Auffassung der Erstinstanz kam das Obergericht alsdann zum Schluss, dass ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung vom 13. Mai 2014 vorliege. Dementsprechend wies das Obergericht die Berufung des Klägers ab, hiess die Anschlussberufung der Beklagten gut und hob die Dispositivziffer 1 des erstinstanzlichen Entscheids vom 4. März 2016 auf.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen und beantragt, es sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung vom 13. Mai 2014 eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung im Sinne von Art. 337 OR sei. Die Beschwerdegegnerin sei zu verurteilen, dem Beschwerdeführer den anteilsmässigen Lohn für die Zeit vom 15. Mai bis zum 31. Juli 2014 in der Höhe von Fr. 3'651.70 und eine Entschädigung von drei Monatslöhnen in der Höhe von Fr. 12'700.– zu bezahlen. Die Parteikosten der Vorinstanzen seien der Beschwerdegegnerin vollumfänglich aufzuerlegen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen und der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Vor Bundesgericht ist einzig streitig, ob die Voraussetzungen für die fristlose Entlassung des Beschwerdeführers am 13. Mai 2014 durch die Beschwerdegegnerin gegeben sind.

3.2 Nach Art. 337 OR kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen jederzeit fristlos auflösen (Abs. 1). Als wichtiger Grund gilt jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf (Abs. 2). Über das Vorhandensein solcher Umstände entscheidet das Gericht nach seinem Ermessen (Abs. 3).

Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein,

die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist und anderseits auch tatsächlich dazu geführt haben. Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, müssen sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sein. Zu berücksichtigen ist sodann auch die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 142 III 579 E. 4.2). Je kürzer diese Dauer ist, umso gewichtiger muss der angeführte Grund sein, um zur fristlosen Entlassung zu berechtigen (Urteil 4C.95/2004 vom 28. Juni 2004 E. 2). Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2).

Derartige Ermessensentscheide der Vorinstanz überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 137 III 303 E. 2.1.1 S. 305; Urteil 4A_521/2016 vom 1. Dezember 2016 E. 2.2.2; je mit Hinweisen).

4.

Die Vorinstanz erwog, bezüglich der Natur und Schwere der Verfehlung des Beschwerdeführers sei festzuhalten, dass vorliegend eine grobe Verletzung der Verkehrsregeln im Überfahren eines Stoppsignals mit einem Lastwagen mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11 km/h bestehe, was zur Verletzung der aus dem Arbeitsvertrag fliessenden Pflichten geführt habe. Die Erstinstanz habe das Verschulden des Beschwerdeführers als erheblich qualifiziert. Wie der Beschwerdeführer anlässlich des Parteiverhörs an der Hauptverhandlung vor der Erstinstanz zum Unfallhergang ausgeführt habe, habe er auf der Kreuzung zunächst nach rechts und nach links geschaut und sei daraufhin, als er niemanden gesehen habe bzw. keine Autolichter habe erkennen können, weitergefahren. Er habe nicht ganz angehalten, sondern nur gebremst. Das Stoppsignal am Boden habe er gesehen. Der Beschwerdeführer habe damit, so die Vorinstanz, das Stoppsignal wissentlich und willentlich und somit vorsätzlich überfahren und dabei das entgegenkommende Fahrzeug übersehen. Ein schweres Verschulden sei folglich zu bejahen.

Diese Verfehlung des Beschwerdeführers sei nicht nur im strafrechtlichen Sinne, wie dem Strafbefehl zu entnehmen sei, sondern auch in Bezug auf die Verletzung seiner arbeitsrechtlichen Pflichten als schwer einzustufen: Nach dem Unfall mit Personen- und Sachschaden sei umgehend ein Führerausweisentzug durch die Polizei erfolgt. Bis zum Entscheid der Ent-

zugsbehörde habe die Abnahme des Ausweises durch die Polizei die Wirkung eines Entzugs. Dies bedeute, dass die betroffene Partei nach der Führerausweisabnahme kein Fahrzeug der betreffenden Kategorie mehr führen dürfe. Diese vorgezogene Entzugswirkung führe im konkreten Fall insbesondere auf der Stelle dazu, dass der Beschwerdeführer kein Fahrzeug der betreffenden Kategorie mehr führen dürfe. Dies wiederum habe die umgehende Arbeitsuntauglichkeit des Beschwerdeführers im Betrieb der Beschwerdegegnerin nach sich gezogen, da Letztere den Beschwerdeführer ausschliesslich als Chauffeur im Betrieb einzusetzen vermochte. Die Verfehlung des Beschwerdeführers führe somit unweigerlich zu einer sofortigen Arbeitsuntauglichkeit. Das strafrechtlich relevante Verhalten wirke sich somit unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus, was eine fristlose Kündigung rechtfertigen könne. Dem Beschwerdeführer sei demzufolge auch im arbeitsrechtlichen Sinne anzulasten, dass er durch sein Verhalten die Erfüllung seiner vertraglichen Hauptleistungspflicht, nämlich die Leistung der Arbeit i.S.v. Art. 321 OR, verunmöglicht habe. Das Überfahren des Stoppschildes, das Verursachen eines Unfalls mit Personen- und Sachschaden sowie die daraus resultierende Folge des Führerausweisentzugs habe die wesentlichen Grundlagen der vertraglichen Bindung derart erschüttert, dass unter den gegebenen Umstände eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als objektiv nicht mehr zumutbar erscheine.

Der Arbeitsvertrag vom 17. Juni 2013 enthalte eine Klausel, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG; SR 741.01) zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne. Es habe dem Beschwerdeführer somit bewusst sein müssen, dass sein Verhalten die entsprechende Rechtsfolge, d.h. die fristlose Kündigung, nach sich ziehen könnte. Insofern erscheine auch aus subjektiver Sicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als nicht mehr zumutbar.

Schliesslich seien der Beschwerdegegnerin auch keine milderen Mittel als die Kündigung zur Verfügung gestanden: Eine Versetzung des Beschwerdeführers an einen anderen Arbeitsplatz oder in einen anderen Betriebsteil seien an der fehlenden Ausbildung des Beschwerdeführers bzw. wegen Fehlens eines entsprechenden Angebots gescheitert. Sodann hätte eine Änderungskündigung oder eine Abmahnung den Beschwerdeführer nicht wieder arbeitstauglich gemacht.

Zusammenfassend hielt die Vorinstanz fest, die Beschwerdegegnerin habe im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung einen Angestellten beschäftigt, der aufgrund des selbstverschuldeten Hindernisses keine vertragsgemässe Arbeitsleistung mehr habe erbringen können. Insofern sei es der Beschwerdegegnerin sowohl aus objektiver wie auch aus subjektiver Sicht nicht mehr zumutbar gewesen, das Vertragsverhältnis weiterhin aufrecht zu erhalten. Folglich sei zu diesem Zeitpunkt ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen.

5.

5.1

5.1.1 Dagegen bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliege, nicht alle Elemente des Einzelfalls bewertet. Die Vorinstanz setze sich mit der Stellung und Verantwortung des Beschwerdeführers in keiner Weise auseinander, ohne dies zu begründen. Es gehe nicht an, den Beruf des Beschwerdeführers ausser Acht zu lassen. Er habe während des gesamten Verfahrens auf die inhärenten Risiken, die mit der Arbeitstätigkeit des Berufschauffeurs verbunden seien, aufmerksam gemacht; insbesondere auf das Risiko gegen das Strassenverkehrsgesetz zu verstossen oder in einen Unfall verwickelt zu sein. Es stelle sich die Frage, ob ein Arbeitgeber jemanden fristlos entlassen könne, wenn sich ein inhärentes Berufsrisiko verwirkliche.

5.1.2 Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat sich die Vorinstanz sehr wohl mit seiner Stellung und Verantwortung als Berufschauffeur sowie dem von ihm geltend gemachten «inhärenten Berufsrisiko» auseinandergesetzt. Sie ist lediglich zu einem anderen Schluss als der Beschwerdeführer gelangt: Die Vorinstanz erwog nämlich, die Verfehlung des Beschwerdeführers könne nicht, wie es der Beschwerdeführer geltend mache, durch das «stark erhöhte Risiko von Verkehrsunfällen» bzw. dem «inhärenten Berufsrisiko» bei Berufschauffeuren bagetellisiert werden. Denn gerade Berufschauffeure müssten aufgrund ihrer Erfahrung und des klar erhöhten Betriebsrisikos ihres Fahrzeuges besonders aufmerksam sein und an ihr Verhalten dürften diesbezüglich besonders strenge Anforderungen gestellt werden.

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe die «Stellung und Verantwortung» und das inhärente Berufsrisiko eines Berufschauffeurs nicht berücksichtigt und damit nicht alle Elemente des Einzelfalls bei der Prüfung des wichtigen Grunds für eine fristlose Kündigung bewertet, ist damit unbegründet.

5.2

5.2.1 Der Beschwerdeführer rügt sodann, dem Umkehrschluss der Vorinstanz, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der kurzen Anstellungsdauer habe erwarten können, dass der Beschwerdeführer seine Arbeit mängelfrei ausführe, könne nicht gefolgt werden. Grundsätzlich solle jeder Arbeitnehmer seine Arbeit so weit wie möglich mängelfrei ausführen, umso mehr bei einem langjährigen Anstellungsverhältnis, wo weitere Kenntnisse verlangt würden als bei eher kurzen Vertragsverhältnissen.

5.2.2 Die Vorinstanz erwog, in Lehre und Rechtsprechung sei anerkannt, dass die Anforderungen an die Arbeitsleistungen einen milderen Massstab erforderten, wenn sich ein Arbeitnehmer über eine jahrelange Dauer des Arbeitsverhältnisses bei seiner Arbeit bewährt habe. Im Umkehrschluss bedeute dies für das vorliegende unterjährige Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers, dass in Bezug auf die Anforderungen an die Ar-

beitsleistungen des Beschwerdeführers ein eher strenger Massstab anzuwenden sei. Die Beschwerdegegnerin hätte demnach vom Beschwerdeführer erwarten dürfen, dass dieser seine Arbeit mängelfrei ausführe.

Die Erwägung der Vorinstanz, dass bei der Beurteilung der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers ein «eher strenger Massstab» anzuwenden sei, stellt der Beschwerdeführer nicht in Frage. Er hält bloss entgegen, dass auch im langjährigen Arbeitsverhältnis mängelfreie Arbeitsleistung erwartet werden kann. Damit ist vorliegend nichts gewonnen und es hat bei der Überlegung der Vorinstanz sein Bewenden.

5.3 Der Beschwerdeführer widerspricht dem Argument der Vorinstanz, dass die Beschwerdegegnerin sechs Wochen Lohn hätte zahlen müssen «ohne jede Arbeitsleistung» seitens des Beschwerdeführers. Der Führerausweis sei dem Beschwerdeführer [durch die Polizei] provisorisch entzogen worden. Am 20. Mai 2014 sei ihm der Ausweis wieder ausgehändigt worden. In der Folge hätte der Beschwerdeführer problemlos bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterarbeiten können.

Auch diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden: Die Vorinstanz legte im Zusammenhang mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses des Beschwerdeführers dar, dass vorliegend das Stadium der Probezeit bereits überschritten sei. Es gelte die einmonatige Kündigungsfrist auf das Ende des Monats i.S.v. Art. 335c Abs. 1 OR. Im Folgenden erwog die Vorinstanz: «Der Arbeitsvertrag hätte im konkreten Fall noch 6 Wochen gedauert, während denen der Lohn weiter geschuldet gewesen wäre und zwar allenfalls auch ohne entsprechende Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer».

Nach dem Gesagten erwog die Vorinstanz nicht, dass die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer sechs Wochen Lohn hätte zahlen müssen «ohne jegliche Arbeitsleistung». Vielmehr führte sie einzig aus, dass der Beschwerdeführer im genannten Zeitraum «allenfalls», also möglicherweise, aufgrund des Führerausweisentzuges keine Arbeitsleistung erbringen könnte. Inwiefern die Vorinstanz damit Recht verletzt hätte, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, gegen Art. 337 OR verstossen zu habe, indem sie die Pflichtverletzung des Beschwerdeführers als so schwer bewertet habe, dass eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sei. Dem Beschwerdeführer werde vorgeworfen, er habe ein Stoppsignal überfahren. Man könne nicht erwarten, dass ein Berufsfahrer sämtliche Manöver von Dritten antizipiere und nie ein Fehler geschehe. Dem Beschwerdeführer könne nicht einmal ein Vertrauensbruch gegenüber seiner Arbeitgeberin vorgeworfen werden, der eine Fortführung der vertraglichen Beziehung unzumutbar machen würde. Er habe alles Mögliche gemacht, um die Arbeitgeberin schadlos zu halten. So habe er korrekt reagiert, sowohl nach dem Unfall als auch gegenüber seiner Arbeitgeberin. Der Beschwerdegegnerin seien sodann mildere Mittel als die fristlose Kündigung zur Verfügung ge-

standen. In Anbetracht der kurzen ordentlichen Kündigungsfrist von einem Monat sei es für die Beschwerdegegnerin schliesslich durchaus zumutbar gewesen, den Arbeitsvertrag unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zu kündigen. Der kurzen Anstellungsdauer werde von Gesetzes wegen bereits mit einer kurzen Kündigungsfrist von einem Monat Rechnung getragen. Umso mehr als es sich bei einer fristlosen Kündigung um eine ultima ratio handle, die entsprechend restriktiv anzuwenden sei.

6.2 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten der Mitarbeiter, des Arbeitgebers, aber auch von Kunden oder Dritten begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung bilden können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere auf die Schwere der Straftat (Urteile 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.1; 4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 5; je mit Hinweisen) und ob die Straftat unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat (Urteil 4C.89/1995 vom 22. Februar 1996 E. 4b publ. in: JAR 1997 S. 198 ff. insb. S. 200).

6.3 Der Beschwerdeführer wurde von der Beschwerdegegnerin als Lastwagenchauffeur angestellt. Als Berufschauffeur muss der Beschwerdeführer aufgrund seiner Erfahrung und des klar erhöhten Betriebsrisikos seines schweren Fahrzeuges bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung, also dem Warentransport mit einem Lastwagen für die Beschwerdegegnerin, im Strassenverkehr besonders aufmerksam sein. Sodann können von ihm von Berufs wegen überdurchschnittliche Kenntnisse des Strassenverkehrsrechts verlangt werden (Urteil 8C_751/2015 vom 9. Februar 2016 E. 7.1).

Bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung überfuhr der Beschwerdeführer nach den unbestrittenen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz mit einem Lastwagen vorsätzlich ein Stoppsignal mit einer Geschwindigkeit von mindestens 11km/h. Dabei übersah er den entgegenkommenden, korrekt fahrenden Personenwagen, was zur Kollision mit letzterem führte. Mit seinem riskanten Verhalten hat er damit nicht nur eine abstrakte Gefahr geschaffen, sondern einen Unfall mit einem Verletzten verursacht, welcher in der Folge durch die Ambulanz in Spitalpflege gebracht werden musste und dessen Personenwagen einen Totalschaden erlitt (anders in Urteil 4C.122/2005 vom 4. Juli 2005 E. 2.1.2). Dafür wurde der Beschwerdeführer in strafrechtlicher Hinsicht wegen einer groben Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG verurteilt.

Wer sich als Berufschauffeur bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung mit einem Lastwagen über eine wichtige Verkehrsvorschrift wie ein Stoppsignal vorsätzlich hinwegsetzt und in der Folge mit einem korrekt fahrenden Personenwagen kollidiert, begeht in arbeitsrechtlicher Hinsicht eine schwere Sorgfaltspflichtverletzung. Sein Fehlverhalten wirkte sich also unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus.

Diese Verfehlung des Beschwerdeführers ist objektiv geeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage, nämlich dass sich der Beschwerdeführer als Berufschauffeur bei Verrichtung seiner Arbeitsleistung an die Regeln des Strassenverkehrs hält und sich nicht vorsätzlich über wichtige Verkehrsregeln hinwegsetzt, so tiefgreifend zu erschüttern, dass es der Beschwerdegegnerin als Arbeitgeberin nicht mehr zuzumuten war, den Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen.

Daran vermag auch die kurze Kündigungsfrist von nur einem Monat nichts zu ändern: Die beschriebene Verfehlung des Beschwerdeführers ist gewichtig genug, sodass es für die Beschwerdegegnerin nicht mehr zumutbar war, ihn bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zu beschäftigen; zumal nach den unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz eine Versetzung des Beschwerdeführers an einen anderen Arbeitsplatz bzw. Betriebsteil im Unternehmen der Beschwerdegegnerin aufgrund der fehlenden Ausbildung des Beschwerdeführers bzw. wegen des Fehlens eines entsprechenden Angebots nicht möglich war. Inwiefern andere mildere Mittel zur Verfügung gestanden wären, legt der Beschwerdeführer nicht rechtsgenüglich dar, indem er lediglich behauptet, dass solche milderen Mittel bestehen würden.

Sodann ist es zwar als lobenswert hervorzuheben, dass sich der Beschwerdeführer nach dem Unfall korrekt verhalten hat, insbesondere dem verletzten Lenker des Personenwagens geholfen, die Ambulanz und Polizei umgehend benachrichtigt sowie seine Arbeitgeberin informiert hat. Dies vermag jedoch entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers am genannten Ergebnis nichts zu ändern, denn das für den Kündigungsgrund massgebende Verhalten manifestierte sich bereits vorher und konnte durch das spätere, vorbildliche Verhalten des Beschwerdeführers nicht mehr aufgewogen werden.

Schliesslich ist es nicht zielführend, wenn der Beschwerdeführer vor Bundesgericht vorbringt, dass von einem Berufsfahrer nicht erwartet werden könne, dass dieser sämtliche Manöver von Dritten antizipiere und nie ein Fehler geschehe. Es geht vorliegend nicht darum, wie der Beschwerdeführer insinuiert, dass ein Dritter ein «Manöver» gemacht hätte, das er als Berufsfahrer hätte antizipieren müssen, damit kein «Fehler» passiere. Im Gegenteil: Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer als Berufsfahrer mit einem Lastwagen vorsätzlich ein Stoppsignal mit einer Geschwindigkeit von mind. 11km/h überfahren, weshalb es zu einem Unfall mit einem korrekt fahrenden Personenwagen gekommen ist.

7.

7.1 Der Beschwerdeführer argumentiert, dass die Vorinstanz eine rechtlich nicht durchsetzbare Klausel aus dem Arbeitsvertrag bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Fortführung des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt habe. Es gehe nicht an, dass eine solche Klausel herangezogen würde, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Ansonsten stünde es den Arbeitgebern frei, die Arbeitsverträge so zu gestalten, dass eine fristlo-

se Kündigung schnell gerechtfertigt werden könne, was dem Ziel des Missbrauchsschutzes diametral zuwiderlaufe.

7.2 Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, der Arbeitsvertrag vom 17. Juni 2013 enthalte eine Klausel, wonach jegliche schwere fahrlässige Widerhandlung gegen das SVG zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers führen könne. Solche Klauseln, die den wichtigen Grund im Sinne des Gesetzes ausdehnen oder einschränken würden, könnten für den Richter Bedeutung als Konkretisierung dessen erlangen, was aus der Sicht der Parteien als zumutbar oder unzumutbar angesehen werde. Der Richter könne dies bei der Abwägung der beidseitigen Interessen berücksichtigen. Folglich sei der Klausel, auch wenn sie rechtlich nicht durchsetzbar sei, zu entnehmen, was aus der Sicht der Parteien als unzumutbar für die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses angesehen werden durfte. Es habe dem Beschwerdeführer damit bewusst sein müssen, dass sein Verhalten die entsprechende Rechtsfolge, d.h. die fristlose Kündigung, nach sich ziehen könne. Insofern erscheine auch aus subjektiver Sicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als nicht mehr zumutbar.

7.3 Art. 337 Abs. 1 und 2 OR legen die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung absolut zwingend fest (Art. 361 Abs. 1 OR; Urteil 4A_115/2010 vom 14. Mai 2010 E. 2.3). Konkretisieren die Parteien im Einzel-, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag die Gründe, die zu einer fristlosen Kündigung führen, ist das Gericht an eine solche Klausel nicht gebunden, denn die Parteien sind nicht befugt, das dem Gericht durch Art. 337 Abs. 3 OR eingeräumte Ermessen durch vertragliche Definitionen zu beschränken (Urteil 4A_84/2011 vom 15. April 2011 E. 4). Das Gericht kann daher eine fristlose Kündigung als gerechtfertigt ansehen, obschon die Parteien die fristlose Kündigung aus diesem Grund im Vertrag ausgeschlossen haben (vgl. BGE 89 II 30 E. 5a S. 36). Umgekehrt kann das Gericht eine fristlose Kündigung, die nach Vertrag zulässig sein soll, als ungerechtfertigt betrachten (BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, 3. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 337 OR; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 337 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2014, N. 43 zu Art. 337 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLF, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl. 2012, N. 26 zu Art. 337 OR).

Solche vertraglichen Klauseln, die den wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung konkretisieren, können dem Gericht immerhin bei der Beurteilung der gesamten Umstände des konkreten Einzelfalls helfen, welche Vorkommnisse aus der Sicht der Parteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als zumutbar oder unzumutbar erscheinen lassen (vgl. Urteile 4A_84/2011 vom 15. April 2011 E. 4; 4C.149/2002 vom 12. August 2002 E. 1.1; je mit Hinweisen).

An diese Rechtsprechung hat sich die Vorinstanz mit ihren – zu Unrecht – kritisierten Erwägungen gehalten. Sie sind bundesrechtlich nicht zu bestanden.

8.

Zusammenfassend ist die oben beschriebene Verfehlung des Beschwerdeführers objektiv geeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage so tiefgreifend zu erschüttern, dass es der Beschwerdegegnerin nicht mehr zuzumuten war, den Arbeitsvertrag bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Es lag damit ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR für eine fristlose Kündigung vor. Die Vorinstanz erkannte dies zu Recht.

Nach dem Gesagten braucht auf die weitere Erwägung der Vorinstanz, dass der provisorische Entzug des Führerausweises durch die Polizei (Art. 54 Abs. 3 SVG) und die damit einhergehende (zumindest bis zur Rückgabe des Führerausweises durch das Strassenverkehrsamt bestehende) Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers als Berufschauffeur einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellt, nicht eingegangen zu werden. Ebenso braucht nicht beurteilt zu werden, ob aufgrund der Straftat des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin ein Imageschaden entstanden ist.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 mars 2017, Doss.-No 4A_619/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 27 septembre 2016)

Art. 319 CO. L'employeur est la personne au service de laquelle le travail est fourni et qui, en tant que telle, a conclu le contrat de travail avec le travailleur. Il est question de groupe de sociétés (Konzern), lorsque plusieurs sociétés juridiquement indépendantes sont réunies sous une direction économique unique; en principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère). Il est de jurisprudence que, dans un groupe de sociétés également, les rapports de travail ne sont noués en principe qu'avec une seule société (c. 7.2).
En l'espèce, des indices déterminants démontrent que le contrat de travail a bien été conclu avec la société-fille et non avec la société-mère. En effet, la société-fille: était désignée expressément comme employeur du travailleur qui en était un cadre dirigeant ; s'est régulièrement acquittée des salaires et des bonus; s'est engagée à conclure une police d'assurance médicale ; a notifié à l'employé le congé abrupt par l'intermédiaire de son administrateur président. Ne sont, en revanche, pas décisifs les actes suivants de la société-mère: l'indication à une société émettrice de carte de crédit que l'employé était son «managing director»; l'octroi au travailleur d'un prêt gratuit pour lui permettre d'acheter ses propres actions ; les contacts hebdomadaires par courriels entre le président du conseil d'administration et l'employé. De même, il n'est en rien significatif que l'employé devait développer en

Suisse le réseau d'affaires de la société-mère. C'est le propre de tous les employés des sociétés appartenant à un groupe d'œuvrer à la bonne santé financière dudit groupe (c. 7.3.2-3).
Art. 16 al. 1 CO. Lorsque la loi ne subordonne pas la conclusion du contrat à l'observation d'une forme particulière (art. 11 al. 1 CO), une telle exigence peut néanmoins résulter de la convention des parties. La présomption posée par l'art. 16 CO, selon laquelle la forme réservée est une condition de la validité du contrat, peut être renversée par la preuve que les parties ont renoncé, après coup, à la réserve de la forme, que ce soit expressément ou par actes concluants (c. 7.3.1.2).

Extraits des faits:

Y. Inc. est une société de droit canadien active dans le domaine de la gestion de fortune et dont le siège est à Toronto (Canada); son conseil d'administration est présidé par M., N. en étant en 2006 vice-président (Vice-Chairman) et directeur général (Managing Director).

A.Y. SA, qui est la société-fille de Y. Inc., a été inscrite le 8 août 2006 au Registre du commerce de Genève. N. en a été administrateur président du 8 août au 18 décembre 2006, puis administrateur dès cette date jusqu'au 7 décembre 2007; M. lui a succédé comme administrateur président le 18 décembre 2006.

Le 10 juillet 2006, Y. Inc. a adressé, sur son papier à en-tête, une lettre rédigée en anglais à X. (le travailleur), alors domicilié à Lausanne (VD), portant la signature de N., en tant que vice-président de ladite société canadienne. Cet écrit de quatre pages, portant la référence «Employment Agreement «, comportait, à la première page, le passage suivant:

«Comme convenu lors de notre conversation téléphonique du mardi 27 juin, ce document sert de contrat provisoire entre Y. Inc. et vous jusqu'à ce que notre nouvelle filiale à Genève, (A.Y. SA), soit juridiquement créée et inscrite au Registre du commerce de Genève. Il est accepté et compris que dès que cela sera raisonnablement possible après la date de création mais au plus tard le 31 août 2006 ce contrat provisoire sera remplacé par un contrat de travail formel régi par le droit suisse» (traduction libre de l'anglais). Sous l'intitulé «Role & Mandate», il était précisé, à la même page, que le travailleur était en particulier chargé de développer des opérations en Suisse au profit de Y. Inc. à partir d'un bureau sis à Genève, voire à partir d'autres villes de ce pays, et de recruter des conseillers en investissement pour les marchés de Genève et Zurich. A la deuxième page, était désignée comme employeur (Employer) du travailleur A.Y. SA, à Genève, la société-mère Y. Inc. se réservant le droit d'attribuer le contrat de travail à une autre unité légale sous le contrôle de Y. (under control of Y.) pour refléter des changements futurs dans l'organisation. Le travailleur était engagé avec le titre (Title) de «Vice-Chairman, Managing Director» de A.Y. SA. Le supérieur du travailleur, auquel il devait rapporter (Reporting), était

désigné comme le «Vice-Chairman and Managing Director, Global Private Client Group» de Y. Inc., à Toronto. Sous le titre «Commencement, duration and termination», il était prévu que le contrat devait prendre effet entre le 1er septembre 2006 et le 1er novembre 2006, que sa durée n'était pas fixée (open) et que dans le cas où une partie contractante entendait mettre fin à l'accord (terminate the agreement), les normes légales du droit suisse, notamment celles relatives au délai de congé, seraient applicables (the statutory Swiss notice requirements and other legal standards governing employment termination). Toujours à la deuxième page, le salaire annuel de base du travailleur était arrêté à 350'000 Fr. Des bonus pouvaient aussi lui être versés en espèces ou sous forme d'actions de Y. Inc. A la troisième page, il était spécifié, au regard du libellé «Share Purchase Loan», qu'un prêt sans intérêt pour acheter de telles actions pouvait être consenti au travailleur. Ce dernier devait s'abstenir de faire concurrence, directement ou indirectement, à A.Y. SA ou à d'autres sociétés du groupe Y. Inc. A cette même page, en regard du sous-titre «Benefits», A.Y. SA s'engageait à conclure pour le travailleur une police d'assurance couvrant ses frais médicaux et dentaires. A la dernière page, il était prévu une élection de droit en faveur du droit suisse, et singulièrement des dispositions du code suisse des obligations.

Le travailleur n'a signé ultérieurement aucun accord écrit. Le travailleur a allégué avoir pris ses fonctions au sein de A.Y. SA le 1er octobre 2006. Il a été constaté qu'il a travaillé pour A.Y. SA tout d'abord seul, puis avec un assistant. Il était en contact hebdomadaire par courriels avec M., dont il ne recevait pas d'instructions, mais qu'il informait de son activité.

A.Y. SA s'est régulièrement acquittée du salaire convenu dans la lettre du 10 juillet 2006. Il a été constaté que la société-fille suisse était approvisionnée par la société-mère canadienne, tant que le chiffre d'affaires généré par A.Y. SA ne lui permettait pas de couvrir elle-même ses frais généraux, comprenant les salaires de ses collaborateurs. Le 18 décembre 2006, X. a été inscrit au Registre du commerce de Genève comme administrateur vice-président de A.Y. SA; cette fonction a été radiée le 23 avril 2009.

Par lettre du 21 avril 2009 de M., agissant comme président (Chairman) de A.Y. SA, qui a été communiquée au travailleur seulement le 17 juin 2009, ladite société a licencié celui-ci avec effet immédiat pour justes motifs (for just cause), faisant notamment valoir qu'il avait ignoré nombre de courriels et de voice mails du premier nommé en rapport avec la perte de deux millions de dollars américains subie par A.Y. SA.

Par demande déposée le 22 septembre 2009 devant la Juridiction des prud'hommes de Genève, le travailleur (demandeur) a ouvert action contre A.Y. SA et Y. Inc., concluant à ce qu'elles soient condamnées solidairement à lui payer 250'000 fr. avec intérêts à titre d'indemnité pour congé immédiat injustifié, 524'829 fr. en tout avec les mêmes intérêts à titre de salaire durant le délai de congé, de divers bonus et d'indemnité pour jours

de vacances non pris, 255'000 fr. pour expectative manquée et non-exécution de l'obligation d'offrir un prêt non rémunéré pour l'acquisition d'actions, et 10'000 fr. pour non-respect par l'employeur de l'obligation de conclure un contrat de couverture de frais et soins médicaux. Le travailleur a soutenu que A.Y. SA était son employeur immédiat, alors que Y. Inc. était son employeur médiat. A la suite de la faillite de A.Y. SA, prononcée le 4 novembre 2009, le Tribunal des prud'hommes, par jugement du 11 janvier 2010, a suspendu la cause. Le 15 octobre 2010, la créance du travailleur a été admise définitivement en troisième classe de l'état de collocation, à hauteur de 1'054'572 fr.30; aucun créancier de la masse en faillite de A.Y. SA n'a demandé la cession des droits de la masse. La reprise de cause ayant été ordonnée, Y. Inc., par réponse déposée le 31 mars 2011, a conclu au déboutement du demandeur, faute pour elle d'avoir la légitimation passive. Par jugement du 5 août 2011, le Tribunal des prud'hommes a débouté le travailleur des fins de sa demande. Cette autorité a retenu que la société canadienne défenderesse n'était ni formellement, ni matériellement l'employeur du demandeur, si bien qu'elle n'a pas la qualité pour défendre. Le 13 novembre 2011, le travailleur a appelé de ce jugement. Il a conclu principalement à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause aux premiers juges; subsidiairement, il a repris ses conclusions de première instance dirigées contre Y. Inc. Par arrêt du 17 septembre 2016, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement du 5 août 2011. La cour cantonale a retenu que Y. Inc. n'était pas l'employeur du travailleur.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt précité.

Extraits des considérants:

2.

L'intimée Y. Inc. a son siège au Canada, si bien que la cause revêt un caractère international (ATF 131 III 76 consid. 2).

Saisi d'un recours en matière civile, le Tribunal fédéral doit contrôler d'office la question du droit applicable, laquelle se résout selon la loi du for, soit en l'occurrence la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; ATF 137 III 481 consid. 2.1).

Il résulte du dossier (cf. la demande du 16 septembre 2009 ch. 33 et 34 p. 6, et la réponse du 31 mars 2011, p. 4) que les parties au litige se sont référées expressément, quant au fond, au droit interne suisse. Les instances cantonales qui ont examiné l'affaire, ont fait application de ce même droit. A considérer l'attitude des parties en l'espèce, il faut conclure qu'il est intervenu, à un certain moment, une élection de droit, tacite mais consciente, en faveur du droit suisse (art. 116 et 132 LDIP; ATF 130 III 417 consid. 2.2.1 p. 423 et les références).

3.

Est seule litigieuse en l'état la question de la qualité pour défendre (légitimation passive) de l'intimée n°1 au procès ouvert par le recourant le 22 septembre 2009 en paiement de diverses prétentions qu'il déduit de la résiliation avec effet immédiat, injustifiée à ses yeux, de rapports de travail qu'il affirme avoir noués avec la société canadienne en question.

La cour cantonale, à l'instar du Tribunal des prud'hommes, a considéré que la société canadienne n'a pas la qualité pour défendre.

La qualité pour agir (communément qualifiée de légitimation active, Aktivlegitimation; cf. arrêts 4A_357/2016 du 8 novembre 2016 consid. 3.1.3.2, destiné à la publication; 4A_404/2016 du 7 décembre 2016 consid. 2; JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. II, 1990, n°1.3.2.4 ad art. 43 OJ, p. 114) ou la qualité pour défendre (communément qualifiée de légitimation passive, Passivlegitimation) relève du fondement matériel de l'action; elle appartient au sujet (actif ou passif) du droit invoqué en justice et son absence entraîne, non pas l'irrecevabilité de la demande, mais son rejet (ATF 128 III 50 consid. 2b/bb p. 55 et les références). Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la qualité pour agir et la qualité pour défendre (art. 57 CPC; ATF 130 III 550 consid. 2 p. 551 s.; 126 III 59 consid. 1a p. 63), mais, lorsque le litige est soumis à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), dans les limites des faits allégués en temps utile par les parties et prouvés, c'est-à-dire en se tenant au cadre que celles-ci ont assigné au procès (ATF 118 Ia 129 consid. 1 p. 130; arrêt 4A_145/2016 du 19 juillet 2016 consid. 4.1).

La qualité pour défendre appartient à l'obligé (sujet passif) du droit litigieux; ainsi le débiteur d'une créance a la qualité pour défendre au procès ayant pour objet cette créance (FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome I, 2e éd. 2016, ch. 764 et 765 p. 136 s.).

(…)

7.

Le recourant affirme que la Chambre des prud'hommes, en ne retenant pas qu'il a été lié à l'intimée n°1 par un contrat de travail, a transgressé les art. 319 ss CO. Comme indices que les plaideurs ont noué un contrat de travail, il fait valoir en vrac qu'il n'a passé aucun contrat de travail écrit avant le 31 août 2006 avec A.Y. SA (contrairement à ce que prévoyait l'écriture du 10 juillet 2006 que lui a adressée l'intimée n°1), que l'intimée n°1 a elle-même admis l'existence d'un contrat de travail les liant dans une procédure judiciaire ouverte au Canada, que l'intimée n°1 lui a attribué une carte de crédit «corporate» en ayant précisé dans la formule d'inscription qu'il était son «managing director», que le recourant recevait des instructions de divers organes de l'intimée n°1, que celle-ci pouvait résilier le contrat directement, qu'elle pouvait fournir un prêt gratuit au travailleur pour l'achat de ses actions, que le travailleur participait à un plan de santé propre à l'intimée n°1, que cette dernière réglait les salaires et bonus et que

le travailleur devait développer le réseau d'affaires et de commerce pour la société canadienne.

7.1 L'existence d'un contrat, à l'instar de son contenu, se détermine par l'interprétation des déclarations de volonté des parties.

Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier le contenu d'un contrat, il y a lieu 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.

Le juge doit rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective), le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 132 III 268 consid. 2.3.2, 626 consid. 3.1 p. 632; 131 III 606 consid. 4.1). Constituent des indices en ce sens non seulement la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais encore le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat ou de faits postérieurs à celle-ci, en particulier le comportement ultérieur des parties établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes (ATF 118 II 365 consid. 1; 112 II 337 consid. 4a p. 342 s.). L'appréciation de ces indices concrets par le juge, selon son expérience générale de la vie, relève du fait (ATF 118 II 365 consid. 1 p. 366/367). Si sa recherche aboutit à un résultat positif, le juge parvient à la conclusion que les parties se sont comprises. Cette constatation lie le Tribunal fédéral (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elle ne soit manifestement inexacte (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst.

Si le juge ne parvient pas à déterminer la volonté réelle et commune des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat (ATF 131 III 280 consid. 3.1 p. 286) – ce qui ne ressort pas déjà du simple fait qu'elle l'affirme en procédure, mais doit résulter de l'administration des preuves (arrêt 4A_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1 et les arrêts cités) –, il doit recourir à l'interprétation normative (ou objective), à savoir rechercher leur volonté objective, en déterminant le sens que, d'après les règles de la bonne foi, chacune d'elles pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre (application du principe de la confiance; ATF 132 III 268 consid. 2.3.2 p. 274/275, 626 consid. 3.1 p. 632). Ce principe 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 p. 424 et les arrêts cités). La détermination de la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance, est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; pour la trancher, il faut cependant se fonder sur le contenu de la manifestation de volonté et sur les circonstances, lesquelles relèvent du fait. Les circonstances déterminantes à cet égard sont uniquement celles qui ont précédé ou ac-

compagné la manifestation de volonté, mais non pas les événements postérieurs (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 p. 67 et les arrêts cités).

Ces règles d'interprétation valent également pour déterminer avec qui un contrat a été conclu (arrêt 4A_564/2014 du 11 février 2015 consid. 3.1).

Le fardeau de l'allégation et le fardeau de la preuve de l'existence et du contenu d'une volonté subjective sont à la charge de la partie qui s'en prévaut (ATF 121 III 118 consid. 4b et les références; arrêt 4A_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1).

7.2 Le contrat individuel de travail est un contrat dont l'existence dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives, soit une prestation de travail ou de services, un élément de durée, un rapport de subordination juridique et un salaire (cf. art. 319 al. 1 CO; cf. p. ex. WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 20 à 22; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n°8 ad art. 319 CO).

L'employeur est la personne au service de laquelle le travail est fourni et qui, en tant que telle, a conclu le contrat de travail avec le travailleur (arrêt 4A_564/2014 du 11 février 2015 déjà cité, consid. 3.2 in initio et 3.4.1 in initio avec les références doctrinales; PIERRE TERCIER ET AL., Les contrats spéciaux 5e éd. 2016, ch. 2721 p. 366; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 35).

Il est question de groupe de sociétés (Konzern), à l'exemple du groupe Y., lorsque plusieurs sociétés juridiquement indépendantes sont réunies sous une direction économique unique; en principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère) (ATF 137 III 550 consid. 2.3.1 p. 552 et la référence de doctrine; 130 III 213 consid. 2.2.1 p. 217).

Il est de jurisprudence que, dans un groupe de sociétés également, les rapports de travail ne sont noués en principe qu'avec une seule société (ATF 130 III 213, ibidem; arrêts 4A_564/2014 du 11 février 2015 consid. 3.2; 4C.62/2006 du 21 avril 2006 consid. 3.3.2). Cette jurisprudence est approuvée en doctrine (ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, 2004, p. 70; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 35 in fine; DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, op. cit., n°83 ad art. 319 CO; GEISER/UHLIG, Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, in ZBJV 2010/146 p. 1ss, spéc. p. 14).

7.3 En l'espèce, les premiers juges, à la page 12 du jugement du 5 août 2011, ont retenu que «la réelle et commune intention des parties était d'établir une seule relation contractuelle entre le demandeur et la société suisse» (i.e. la société faillie).

En fonction d'indices qu'elle a énumérés brièvement au considérant 3.2 de l'arrêt attaqué, la cour cantonale a retenu que les plaideurs n'avaient pas la volonté réelle et concordante de se lier contractuellement.

La cour cantonale ayant été à même d'arrêter la volonté réelle des parties dans le cadre d'une interprétation subjective, le Tribunal fédéral

doit se limiter à contrôler si cette juridiction est parvenue arbitrairement à ce résultat.

Mais un point de droit doit être tranché préalablement.

7.3.1

7.3.1.1 Le recourant soutient que les parties étaient convenues, dans la lettre que l'intimée n°1 a envoyé au recourant le 10 juillet 2006, d'une réserve quant à la forme écrite pour la conclusion future d'un contrat avec la société-fille A.Y. SA au plus tard le 31 août 2006. Comme aucun accord écrit n'a été passé avec A.Y. SA, le contrat de travail provisoire, noué avec la société-mère, soit l'intimée n°1, serait resté applicable.

D'après l'arrêt attaqué, à la première page de la lettre en cause, il est écrit qu'après la création de la société-fille A.Y. SA à Genève et son inscription au registre du commerce, le contrat de travail provisoire avec l'intimée n°1 sera remplacé au plus tard le 31 août 2006 par «un contrat de travail formel régi par le droit suisse» (traduction libre de l'anglais).

L'expression «contrat de travail formel» doit de bonne foi être comprise comme se rapportant à un accord écrit.

Il a été constaté que le recourant n'a signé ultérieurement aucun accord, que ce soit avec la société-fille ou la société-mère.

7.3.1.2 Lorsque la loi ne subordonne pas la conclusion du contrat à l'observation d'une forme particulière (art. 11 al. 1 CO) – ce qui est le cas du contrat de travail (art. 320 al. 1 CO) –, une telle exigence peut néanmoins résulter de la convention des parties (cf. art. 16 al. 1 CO). Convenir d'une forme spéciale selon cette norme ne requiert aucune forme particulière et l'accord peut résulter d'actes concluants (ATF 139 III 160 consid. 2.6 les références). La présomption posée par l'art. 16 CO, selon laquelle la forme réservée est une condition de la validité du contrat, peut être renversée par la preuve que les parties ont renoncé, après coup, à la réserve de la forme, que ce soit expressément ou par actes concluants (INGEBORG SCHWENZER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 6e éd. 2015, n°10 ad art. 16 CO).

7.3.1.3 In casu, le recourant a commencé à travailler à Genève dans les bureaux de A.Y. SA le 1er octobre 2006. Tout au long de son activité au profit du groupe Y., soit pendant plus de deux ans et demi, il n'a pas réclamé de l'intimée n°1 ou de sa société-fille l'envoi d'un contrat de travail écrit, lequel n'a jamais été établi.

Il faut déduire du comportement concluant adopté par les parties entre octobre 2006 et juin 2009 qu'elles ont renoncé tacitement à l'exigence de la forme conventionnelle réservée dans l'écriture du 10 juillet 2006.

7.3.2 C'est N. qui a signé la lettre du 10 juillet 2006, en qualité de vice-président (Vice-Chairman) de l'intimée n°1. Mais, dès l'instant où le prénommé a également été administrateur président de A.Y. SA du 8 août 2006 (date de l'inscription de celle-ci au Registre du commerce de Genève) au 18 décembre 2006, puis en a été administrateur dès cette date jusqu'au

7 décembre 2007, on ne saurait affirmer qu'il n'avait pas la volonté d'agir pour la société-fille lorsqu'il a écrit la lettre en question (cf. sur l'importance de l'organe agissant: arrêt 4A_564/2014 du 11 février 2015 déjà cité, consid. 3.4.1 et les références).

A la deuxième page de la lettre du 10 juillet 2006, A.Y. SA, à Genève, est désignée expressément comme employeur (futur) du recourant. Celui-ci était engagé comme «Vice-Chairman, Managing Director» de A.Y. SA, dont il était ainsi un cadre dirigeant. Il s'agit là d'indices déterminants, qui démontrent que le recourant avait la volonté réelle de se lier contractuellement à A.Y. SA, et non à l'intimée n°1.

A cela s'ajoute que le recourant devait travailler à partir d'un bureau à Genève, voire à partir d'autres villes de Suisse, singulièrement Zurich. Il n'a pas été constaté que le travailleur se soit rendu une seule fois au Canada entre le 1er octobre 2006 et le 17 juin 2009, date à laquelle la résiliation immédiate de son contrat de travail lui a été signifiée.

A.Y. SA, et non l'intimée n°1, s'est régulièrement acquittée du salaire en francs suisses convenu dans l'écriture du 10 juillet 2006. Il est sans importance à cet égard que A.Y. SA ait reçu des fonds de sa société-mère pour payer cette rémunération.

Le supérieur du travailleur, auquel il devait rapporter (Reporting), était le «Vice-Chairman and Managing Director, Global Private Client Group» de l'intimée n°1, soit N. Mais ce dernier était aussi administrateur de A.Y. SA de sa création jusqu'au 7 décembre 2007. De toute manière, le critère de la subordination doit être relativisé pour les dirigeants comme l'était le recourant, la subordination étant alors essentiellement organisationnelle (arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.6.1, rés. in JdT 2012 II 198).

C'est enfin M., se présentant en tant qu'administrateur président (Chairman) de A.Y. SA, qui a communiqué au travailleur le congé abrupt.

7.3.3 Les moyens que le recourant fait valoir à l'encontre de cette appréciation de la volonté subjective n'y changent rien.

Peu importe qu'à l'occasion d'une procédure judiciaire ouverte au Canada à l'encontre du recourant, visant à obtenir des dommages-intérêts punitifs, l'intimée n°1 a soutenu dans un acte judiciaire qu'elle a été employeuse de ce dernier. Il peut s'agir d'une tactique judiciaire mise en place dans le cadre d'une demande de réparation étrangère au droit suisse. Du reste, l'intimée n°1 a produit une demande déposée ultérieurement auprès de l'autorité canadienne, où elle ne prétend plus avoir été l'employeuse du recourant.

Il n'est pas décisif que l'intimée n°1 a indiqué à une société émettrice de carte de crédit que le recourant était son «managing director», car la société-mère pouvait vouloir simplifier la gestion des dépenses engendrées par les dirigeants des sociétés appartenant au groupe.

Si le recourant était en contact hebdomadaire par courriels avec le président du conseil d'administration de l'intimée n°1 M., il a été constaté

(art. 105 al. 1 LTF) qu'il ne recevait pas d'instructions du précité, ni d'aucun autre organe de la société-mère.

L'intimée n°1 ne s'était pas réservée le droit de mettre un terme au contrat de travail, comme l'a retenu arbitrairement la cour cantonale en p. 2 de l'arrêt cantonal, laquelle a mal compris la lettre en anglais du 10 juillet 2006, mais de déplacer, selon les besoins du groupe, le lieu de travail du recourant dans une autre unité légale du groupe.

Que l'intimée n°1 puisse accorder au travailleur un prêt gratuit pour lui permettre d'acheter ses propres actions (Share Purchase Loan) ne signifie pas qu'elle était son employeur. En effet, ce mécanisme n'a rien à voir avec l'octroi de stock options, soit d'options d'achat dont l'actif sous-jacent est l'action de la société employeuse.

C'est la société-fille A.Y. SA qui s'était engagée à conclure pour le recourant une police d'assurance médicale, et nullement la société-mère.

Quoi qu'en dise le recourant, les salaires et les bonus du travailleur ont été acquittés par A.Y. SA.

Il n'est en rien significatif que le recourant devait développer en Suisse le réseau d'affaires de la société-mère. C'est le propre de tous les employés des sociétés appartenant à un groupe d'oeuvrer à la bonne santé financière dudit groupe.

(…)

11.

En définitive, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en retenant que l'intimée n°1 n'a pas passé de contrat de travail avec le recourant, de sorte qu'elle n'a pas la qualité pour défendre dans le procès ouvert par le travailleur le 22 septembre 2009 devant la juridiction prud'homale genevoise. (…)

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 mars 2017, Doss.-No 4A_592/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 6 juillet 2016 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud)

Qualification du contrat. Distinction entre contrat de travail (art. 319 CO) et contrat de mandat (art. 394 CO). Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (c. 2.1).

Activité de consultant. Dans le cas d'espèce, ni le délai de résiliation prévu dans le contrat, ni les dénominations utilisées par les parties

pour désigner la rémunération, ni l'exigence d'une lettre pour mettre un terme aux relations contractuelles ou la formulation de celle-ci n'apparaissent comme des éléments décisifs en faveur d'un contrat de travail (c. 2.2.2).
L'art. 394 al. 2 CO, prescrit d'appliquer les règles du mandat aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. Cela ne signifie nullement qu'en cas de doute au sujet de la qualification juridique d'un contrat donné, il faudrait nécessairement trancher en défaveur du mandat (c. 2.2.3).

Extraits des faits:

Le 1er mai 2009, Z. SA (ci-après: Z. ou la société) a conclu avec X. un contrat libellé comme suit:

«Contrat-cadre d'assistance

Entre: La société Z. S.A. ayant son siège Avenue..., CH..., ci-après le mandant, et Monsieur X., ci-après le consultant.

Fonction: Consultant dans les domaines pétroliers et parapétroliers du réseau Z. avec des missions ponctuelles de remplacement des expatriés ou de renfort aux agences Z./....

Début du contrat: 3 mai 2009.

Rotations: Quatre semaines de travail / quatre semaines de congés.

Durée du contrat-cadre: Un an renouvelable chaque année.

Préavis: Chacune des parties est libre de rompre le contrat à tout moment par simple courrier, avec un préavis de un (1) mois à compter de la date de la notification.

Rémunération: EUR 750 net par jour, depuis date de départ aéroport jusqu'à la date de retour aéroport d'origine, payable à la fin de chaque mission.

Hôtel, billets d'avion: Tous les frais pour la mission et pendant la mission seront à la charge de Z. SA, comme billets d'avion en classe économique, hôtel ou mise à disposition d'un logement meublé, visas et taxes éventuelles, voitures pour les déplacements pendant la mission.

Assurance: Les frais pour une assurance tous risques pendant les missions y compris le rapatriement seront remboursés par Z. SA.»

Selon son curriculum vitae, établi le 3 octobre 2009, X. exerçait depuis octobre 2007 l'activité de Logistics Consultant for the On- and Offshore Industry in West Africa. Auparavant, il avait travaillé pour différentes sociétés, telles A. en tant que Business Unit Manager Algeria & Tunisia, B. SA en tant qu'Operations Manager Chad/Cameroon/Equatorial Guinea Country Manager Cameroonet C. en tant que Member of the Management. Dans le cadre de son activité pour Z., X. envoyait à la société, par courrier électronique, ses plannings annuels, indiquant en alternance, par tranche de quatre semaines, ses plages de disponibilité (« on ») et de repos (« off »). Son planning 2012 prévoyait ainsi qu'il était disponible du

28 décembre 2011 au 25 janvier 2012. Z. ne lui a confié aucune mission durant cette période. X. a toutefois fait savoir à la société, le 5 janvier 2012, qu'il se considérait alors «en service rémunéré».

Par la suite, X. a exécuté trois missions pour Z. en 2012, soit du 21 février au 26 mars, du 20 avril au 19 mai et du 13 juin au 13 juillet. Un problème similaire à celui du début d'année s'est posé pour la période du 8 août au 5 septembre 2012, durant laquelle le planning indiquait une plage de disponibilité. Z. souhaitait confier à X. une mission du 15 août au 15 septembre 2012. Se référant au planning, l'intéressé a refusé, tout en proposant que la mission se déroulât du 19 août au 6 septembre 2012. Z. lui a alors demandé de décaler la date de son retour, ce que X. a exclu, invoquant des obligations privées.

Le 4 octobre 2012, Z. a mis fin au contrat pour le 9 novembre 2012. Cette résiliation a donné lieu à un échange de correspondance entre les parties. X. l'a finalement acceptée le 10 février 2013. Si les montants liés à la dernière mission, effectuée du 4 octobre au 9 novembre 2012, n'étaient pas litigieux, les parties n'ont pu résoudre leur différend à propos de l'éventuelle rémunération afférente aux périodes durant lesquelles X., à disposition de Z. selon son planning, n'avait pas reçu de mission.

Le 8 avril 2014, X. a saisi le Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte d'une demande tendant au versement par Z. de divers montants aux titres de salaire net et de remboursement de frais pour l'année 2012, de salaire net de janvier à mars 2013, et de salaire net afférent aux vacances 2013. Il demandait en outre qu'il soit constaté que le contrat ayant lié les parties est un contrat de travail, qu'il soit ordonné en conséquence à Z. de procéder à toutes les démarches requises en vue d'annoncer l'existence dudit contrat de travail aux assurances sociales et que Z. soit condamnée à payer aux assurances sociales, avec effet rétroactif au 1er mai 2009, toutes les charges sociales dues à l'employé. Par jugement du 30 juin 2015, le tribunal a rejeté la demande. En substance, il a considéré que les parties étaient liées par un contrat de mandat et que le demandeur devait être débouté de ses autres conclusions, dépendant toutes de la prémisse erronée selon laquelle il s'agirait d'un contrat de travail. L'appel déposé par X. contre ce jugement a été rejeté le 6 juillet 2016 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

X. interjette un recours en matière civile, concluant principalement à la réforme de l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

2.

Invoquant les art. 18 et 319 CO, le recourant est d'avis que la cour cantonale a violé le droit fédéral en qualifiant le contrat entre les parties de mandat, et non de contrat de travail.

2.1 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3 p. 219). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (objektive Vertragsgestaltung), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2 p. 496). La dénomination d'un contrat n'est pas déterminante pour évaluer sa nature juridique (art. 18 al. 1 CO; ATF 129 III 664 consid. 3.1 p. 667).

Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2).

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination (ATF 125 III 78 consid. 4 p. 81; 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46 et consid. 1a/bb in fine p. 47), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel, et dans une certaine mesure économique. Le travailleur est assujetti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêt précité du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et les arrêts cités). Pour sa part, le mandataire doit certes suivre les instructions du mandant, mais il agit indépendamment et sous sa seule responsabilité, tandis que le travailleur se trouve au service de l'employeur. D'autres indices peuvent également aider à la distinction, tels l'élément de durée propre au contrat de travail, alors que le mandat peut n'être qu'occasionnel (arrêt précité du 21 mars 2006 consid. 3.3.2 et les références citées), le fait que les conditions de temps et de lieu dans lesquelles le travail doit être exécuté soient fixées dans le contrat (arrêt 4C.276/2006 du 25 janvier 2007 consid. 4.4.1), la mise à disposition des instruments de travail et le remboursement des frais (même arrêt consid. 4.5.1) ainsi que l'indépendance économique; ce dernier critère doit toutefois être relativisé, dès lors qu'une dépendance économique peut exister dans d'autres types de contrats que le contrat de travail, d'une part, et qu'elle n'existe pas nécessairement dans tous les contrats de travail, d'autre part (même arrêt consid. 4.6.1).

Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (arrêt 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.2). En principe, des ins-

tructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la manière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat (cf. arrêt 4C.216/1994 du 21 mars 1995 consid. 1a; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, n°4 ad art. 319 CO p. 3 s.).

Le critère de la subordination doit être relativisé en ce qui concerne les personnes exerçant des professions typiquement libérales ou ayant des fonctions dirigeantes. Comme l'indépendance de l'employé est beaucoup plus grande, la subordination est alors essentiellement organisationnelle (arrêt 4A_194/2011 du 5 juillet 2011 consid. 5.6.1). Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge par l'employeur du risque de l'entreprise (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4e éd. 2006, n°33 ad art. 319 CO; cf. aussi REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, n°44 ad art. 319 CO); le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré (arrêt 4A_602/2013 du 27 mars 2014 consid. 3.2).

Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si le travail est effectué de manière dépendante ou indépendante (ATF 129 III 664 consid. 3.2 p. 668; 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46).

2.2

2.2.1 Le recourant soutient que les rapports entre les parties relèvent du contrat de travail à temps partiel sur appel. Il observe que le contrat lui-même mentionne une activité de consultant avec des «missions ponctuelles de remplacement des expatriés ou de renfort aux agences», lesquelles seraient caractéristiques d'un tel contrat. Invoquant une constatation inexacte des faits au sens de l'art. 97 al. 1 LTF, il reproche à la cour cantonale, dans ce contexte, de ne pas avoir repris intégralement les témoignages du directeur général et d'un directeur financier de l'intimée, lesquels démontreraient qu'il a effectué des remplacements et pallié à une surcharge de travail. Par ailleurs, selon le recourant, le contrat, conclu pour un an et renouvelable chaque année, était de durée indéterminée et tant le moment que la durée de sa prestation étaient définis par l'intimée, ce qui serait typique du travail sur appel.

Au contraire de l'examen auquel la cour cantonale a procédé, la thèse du recourant, fondée sur quelques éléments choisis, fait abstraction de l'ensemble des circonstances permettant de qualifier le contrat, ce qui n'est pas admissible (cf. consid. 2.1 in fine). Au surplus, certains faits que le recourant invoque se heurtent à l'appréciation des preuves opérée par les juges précédents et la critique qu'il développe à ce sujet, de nature appellatoire, est dépourvue de toute démonstration d'arbitraire. Après avoir retenu que le recourant exerçait une activité de consultant et offrait donc des pres-

tations de conseil, l'autorité cantonale a exclu ainsi qu'il ait effectivement remplacé des «collègues absents», comme il le prétendait.

2.2.2 A lire le recours, la cour cantonale aurait, à tort, nié l'existence d'un rapport de subordination d'un point de vue tant organisationnel, temporel, personnel qu'économique.

A ce propos, le recourant invoque toute une série de faits dont il ne démontre pas qu'ils auraient été écartés ou admis de manière arbitraire par les juges précédents. Ainsi en est-il notamment de l'association du nom du recourant à celui de l'intimée sur les courriels envoyés depuis l'adresse attribuée à l'intéressé ou encore de l'interdiction qui aurait été signifiée à ce dernier d'engager du personnel sur place si cela était nécessaire pour mener à bien la mission confiée. La cour de céans s'en tiendra dès lors aux faits établis par la cour cantonale (cf. consid. 1.2).

Selon l'arrêt attaqué, le recourant exerçait une activité de consultant, qui correspond à celle décrite par le directeur financier de l'époque de la structure de Z. en Angola. D' après les déclarations de celui-ci, l'intimée a eu recours aux services du recourant notamment pour «analyser les dossiers en vue de rattraper le retard dans la facturation et dans la clôture de dossiers»; «(au) vu de son expérience en matière de management, (le recourant) établissait des points de situation et proposait des actions correctives»; «(il) donnait à Z. l'overview de sa mission dans les pays, soit sous forme de rapports écrits, soit lors de séances au niveau de la direction»; «(la) direction examinait ses propositions et décidait de les suivre ou non, étant précisé qu'il n'y avait pas de processus formalisé à ce sujet». Certes, le recourant ne choisissait pas le lieu de ses missions et le contenu de celles-ci faisait l'objet d'instructions données par l'intimée. Le courriel du 7 août 2012, que le recourant reproche vainement à la cour cantonale de n'avoir cité que partiellement, ne contient d'ailleurs rien d'autre que des instructions sur la teneur de la mission de consultant. Cela étant, une fois sur place, le recourant organisait son travail comme il l'entendait. On ne décèle pas dans les éléments qui précèdent ceux qui dénoteraient l'existence d'un contrat de travail, tels que la surveillance, les ordres et instructions influant sur l'objet et l'organisation du travail et instaurant un droit de contrôle de l'employeur.

Le contrat liant les parties prévoyait un système de rotations, sur la base du principe suivant: quatre semaines de travail suivies de quatre semaines de congés. La cour cantonale a retenu que le recourant établissait lui-même son planning annuel, sur lequel figuraient en alternance ses plages de disponibilité et de repos. Le recourant ne le remet pas en cause. Il est vrai que, dans ce cadre-là, la liberté du consultant était toute relative, puisque sa marge de manoeuvre se limitait à choisir entre des dates situées à quelques jours d'intervalle, l'alternance ayant été définie assez précisément dans le contrat. Il n'en demeure pas moins qu'aucun horaire de travail n'était stipulé, pas plus qu'un nombre d'heures de travail n'était défini, ce qui ne plaide pas en faveur d'un contrat de travail.

Selon le contrat litigieux, la rémunération du recourant était fixée en fonction du nombre de journées passées en mission à l'étranger, et non en fonction des heures ou des jours effectivement travaillés. Le recourant disposait ainsi de son temps à sa guise. Il convient de relever en outre que, selon une constatation de l'arrêt attaqué liant la cour de céans, le contrat en cause n'imposait pas non plus au recourant de fournir ses prestations exclusivement à l'intimée. Ajoutés à l'absence de surveillance et d'instructions relatives à l'organisation du travail, ces éléments corroborent l'existence d'un mandat.

La cour cantonale a également vu un indice du mandat dans la fin de non-recevoir signifiée par le recourant pour des motifs privés, lorsque l'intimée lui a demandé en août 2012 d'assumer une mission à des dates partiellement différentes de celles figurant dans son planning. Selon le recourant, son refus se conçoit tout aussi bien dans le cadre d'un contrat de travail sur appel, de sorte qu'il ne constituerait pas un critère décisif pour exclure un contrat de travail. La question peut rester ouverte, dès lors que la qualification des rapports liant les parties peut être tranchée indépendamment de toute réflexion relative à la légitimité de ce refus.

Le recourant est d'avis que son «licenciement» est la démonstration du rapport de subordination auquel il était soumis. Son raisonnement repose toutefois sur l'hypothèse selon laquelle la résiliation était motivée par le refus susmentionné qu'il a opposé à l'intimée en août 2012. Or, la cour cantonale ne constate rien de tel, ce qui lie le Tribunal fédéral.

Certes, comme l'autorité précédente l'a relevé, certains éléments plaident en faveur d'une activité dépendante. Ainsi en est-il du remboursement de frais prévu dans le contrat litigieux, incluant les frais d'une assurance tous risques pendant les missions, y compris le rapatriement. Il s'agit là toutefois d'un critère secondaire dont on ne saurait faire grief à la cour cantonale d'avoir mésestimé la portée. La régularité du versement de la rémunération est également un indice d'une activité dépendante. En l'espèce, la rémunération ne se présentait toutefois pas comme un montant fixe, mais elle était fonction du nombre de jours passés en mission à l'étranger ainsi que des frais effectifs du recourant; au surplus, elle n'était pas versée chaque mois, mais à la fin de chaque mission. On ne saurait dès lors tenir cet élément pour déterminant quant à l'existence d'un contrat de travail.

Au surplus, ni le délai de résiliation prévu dans le contrat, ni les dénominations utilisées par les parties pour désigner la rémunération, ni l'exigence d'une lettre pour mettre un terme aux relations contractuelles ou la formulation de celle-ci n'apparaissent comme des éléments décisifs en faveur d'un contrat de travail, parmi toutes les circonstances du cas particulier. Que le recourant ait offert ses services à l'intimée lorsqu'il s'est trouvé dés oe uvré pendant des périodes « on «selon son planning, soit la première fois du 28 décembre 2011 au 25 janvier 2012 et la seconde fois après la notification de la résiliation, ne signifie pas non plus qu'il s'agisse

d'un contrat de travail. Dans un courrier du 11 janvier 2013, l'intimée a d'ailleurs contesté devoir une quelconque rémunération pour des missions qui n'avaient jamais eu lieu, comme la cour cantonale l'a constaté d'une manière qui lie le Tribunal fédéral.

2.2.3 Le recourant soutient enfin qu'en cas de doute au sujet de la qualification juridique d'un contrat donné, il faudrait trancher en défaveur du mandat, compte tenu de sa subsidiarité dérivant de l'art. 394 al. 2 CO.

Rien de tel ne peut être déduit de cette norme, laquelle prescrit d'appliquer les règles du mandat aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. En l'espèce, la cour cantonale a jugé précisément qu'il n'y avait pas d'indices suffisants en faveur d'un contrat de travail et, conformément à l'art. 394 al. 2 CO, elle a soumis le contrat aux règles du mandat.

2.3 En résumé, les juges précédents se sont fondés sur l'ensemble des circonstances du cas et ont tenu compte de critères pertinents, de sorte qu'ils n'ont pas enfreint le droit fédéral en retenant l'existence d'un contrat de mandat.

Il ne saurait leur être reproché d'en avoir tiré les conclusions qui s'imposaient, à savoir le rejet des prétentions du recourant conditionnées par l'existence d'un contrat de travail. Les griefs tirés d'une violation des art. 324, 329d et 335c CO s'en trouvent privés d'objet.

Tribunal fédéral, Arrêt du 3 avril 2017, Doss.-No 8C_319/2016 (Rejet du recours constitutionnel subsidiaire interjeté contre le jugement de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative, du 8 mars 2016)

Statut du personnel communal renvoyant au CO à titre de droit public supplétif. L'application du droit privé supposait l'existence d'une lacune dans la réglementation communale. Le seul fait que la disposition en cause est sujette à interprétation et que la cour cantonale adopte une solution défendable au regard du pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral ne justifie pas la constatation de l'existence d'une lacune et l'application du droit fédéral comme droit supplétif (c. 5).
Art. 321c CO. Heures supplémentaires. En droit privé, le salaire normal au sens de l'art. 321c al. 3 CO comprend, sauf accord écrit contraire, tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizième salaire (c. 5). Il n'existe toutefois pas d'obligation pour une commune d'appliquer le même régime juridique. Le statut de la fonction publique peut en effet être organisé librement par les collectivités publiques. Ce statut qui, pour être en général globalement plus favorable, peut comporter par rapport au Code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points (c. 6).

Extraits des faits:

A. a été engagé par la Commune de B. en qualité de cantonnier à partir du 3 février 1992. Dès le 1er janvier 1996, il est devenu secrétaire de la commune. Le 1er septembre 2007, il a été nommé chef du secteur voirie du service Transport Voirie et Espaces verts (STVE). A partir du 1er octobre 2012, parallèlement à son activité de chef de secteur, il a occupé la fonction de suppléant du chef de service du STVE.

Par décision du 15 septembre 2014, la commune a résilié les rapports de service du prénommé pour le 31 décembre 2014. Cette décision a fait l'objet de recours successifs, tout d'abord devant la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative (arrêt du 8 mars 2016; cause ATA/211/2016), puis devant le Tribunal fédéral. Celui-ci a constaté que la procédure cantonale avait été entachée d'un vice qui devait entraîner d'emblée l'annulation du jugement entrepris, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. En conséquence, il a renvoyé la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision (arrêt du 9 décembre 2016; cause 8C_318/2016).

Entre-temps, par lettre du 11 novembre 2014, A. a demandé à la commune de lui fournir un relevé précis des heures supplémentaires qui lui avaient été payées depuis le début des rapports de travail. Il faisait valoir que celles-ci avaient été payées en fonction d'un traitement annuel basé sur douze mois et non «sur les treize mois contractuels». Le 8 décembre 2014, la commune lui a répondu que le relevé demandé n'était pas nécessaire attendu que selon les dispositions réglementaires, les heures supplémentaires étaient rétribuées uniquement en fonction du traitement de base augmenté de l'allocation de vie chère, à l'exclusion du treizième salaire. A. a recouru devant la Chambre administrative de la Cour de justice, laquelle l'a déboute par arrêt du 8 mars 2016.

A. forme un recours en matière de droit public, subsidiairement un recours constitutionnel subsidiaire.

Extraits des considérants:

2.

La question est de savoir si le paiement des heures supplémentaires doit ou non inclure une part de treizième salaire.

(…)

4.

4.1

4.1.1 Sous le titre «Éléments du traitement», l'art. 47 du Statut du personnel de la Ville de B. (ci-après: le statut), dans sa version de 2008, prévoit ceci:

Le traitement comprend:

a) le traitement de base;

b) l'allocation de vie chère complémentaire au traitement de base, calculée en fonction de l'indice genevois des prix à la consommation;

c) un treizième mois de salaire, représentant un douzième du salaire brut (salaire de base ajouté de l'allocation de vie chère).

4.1.2 L'art 48 traite de la «Grille des traitements de base». Il prévoit ce qui suit:

Le traitement annuel de base des membres du personnel au sens des articles 6a) à 6d) est fixé conformément à la grille annexée au présent statut dont elle fait partie intégrante.

(...)

La grille des traitements est adaptée chaque année à l'évolution de l'indice genevois des prix à la consommation par l'incorporation de l'allocation de vie chère versée l'année précédente.

4.1.3 Enfin, l'art. 56 règle la «Compensation des heures supplémentaires». Il est ainsi libellé:

Les heures supplémentaires, accomplies en sus de la durée normale de travail, sont en principe compensées, au plus tard dans un délai de six mois, par des congés d'une durée équivalente.

La compensation en temps est exclue si elle perturbe le bon fonctionnement du service, de l'avis du chef dudit service. Dans ce cas, chaque heure supplémentaire non compensée donne droit à une rétribution égale au 2088ème du traitement annuel.

Si les heures sont effectuées après la fin de l'horaire de travail et jusqu'à 22 heures, ainsi que le samedi, elles donnent droit à une majoration horaire de 50%; si elles sont effectuées de 22 à 7 heures, ainsi que les dimanches et jours fériés, elles donnent droit à une majoration horaire de 100%.

(...)

4.2 Les premiers juges ont considéré que le statut de 2008 utilisait indistinctement les termes de «traitement» (par exemple aux art. 12, 15, 35, 39, 43 44, 46, etc.), de «traitement de base» (art. 47 let. a), de «traitement annuel» (art. 56), de «traitement entier» (art. 61 let. a), de «traitement net» (art. 61 let. b), de «traitement intégral» (art. 62), de «dernier traitement mensuel» (art. 65), de «dernier traitement du défunt» (art. 66) ou encore de «traitement mensuel de base» (art. 101). Compte tenu de ces différents qualificatifs, une interprétation littérale du statut ne fournissait pas de réponse à la question posée. Aussi bien la juridiction cantonale a-t-elle procédé à une interprétation systématique, historique et téléologique pour parvenir à la conclusion que le traitement annuel de l'art. 56 correspondait au traitement annuel de base (augmenté de l'allocation de vie chère) selon l'art. 48. Elle en a conclu que le treizième salaire n'est pas pris en compte dans la rétribution des heures supplémentaires.

4.3 Le recourant conteste l'interprétation faite par les premiers juges. Il y oppose une interprétation littérale. Invoquant l'art. 9 al. 1 Cst. il soutient que les juges cantonaux ont procédé à une interprétation insoutenable

des dispositions du statut. Selon lui, le texte clair du statut conduit à considérer que la notion de traitement annuel au sens de l'art. 56 fait référence au traitement défini à l'art. 47 et englobe donc le treizième mois de salaire selon la lettre c de cette dernière disposition.

(…)

4.5 Cela dit, les critiques du recourant ne sont toutefois pas de nature à démontrer le caractère insoutenable de l'argumentation de la cour cantonale. Le recourant oppose sa propre interprétation à celle des premiers juges. Vu la diversité et aussi l'imprécision des termes utilisés par les auteurs du statut pour qualifier la rémunération des employés, il ne saute pas immédiatement aux yeux que l'art. 56 doive forcément s'interpréter à la seule lumière de l'art. 47. En outre, comme le relèvent les premiers juges, l'art. 47 ne définit pas de manière exhaustive le traitement; il vient s'y ajouter, conformément au chapitre 2 du statut, diverses indemnités, gratifications et primes, telle par exemple la prime de progression. Enfin, si l'on met l'accent sur le terme «annuel» figurant à l'art. 56, il n'est pas déraisonnable de considérer que cette disposition réglementaire peut aussi bien être mise en relation avec le traitement annuel défini par la grille des fonctions, augmenté de l'allocation de vie chère (art. 48), qu'avec le traitement selon l'art. 47. Le recourant, au demeurant, a occupé des années durant une fonction de cadre au sein de l'administration communale et il était donc censé connaître parfaitement les règles statutaires en matière de personnel. Or, bien qu'il ait été indemnisé pour un nombre important d'heures supplémentaires, sur une très longue période de surcroît, il ne paraît jamais avoir remis en cause l'application par la commune de l'art. 56 du statut avant que ses rapports de service ne soient résiliés.

On notera enfin que dans sa version de 2016 (entrée en vigueur le 19 septembre 2016; document accessible à l'adresse https://www.B.ch/node/266), le statut prévoit désormais que les heures supplémentaires sont rétribuées en fonction «de la somme du traitement de base et de l'allocation de vie chère complémentaire selon l'article 47 let. a et b du présent statut» (la lettre c relative au treizième salaire n'étant pas mentionnée). On ne saurait toutefois y voir une intention de limiter le montant de la rétribution horaire par rapport à la situation antérieure. Il semble bien plus que le législateur communal ait eu pour souci de clarifier une situation qui pouvait jusqu'alors prêter à confusion en confirmant de manière explicite cette fois le sens qu'il entendait jusqu'alors donner aux dispositions en cause.

Le grief d'arbitraire doit par conséquent être écarté.

5.

Le recourant se prévaut de la jurisprudence applicable en droit privé, qui devrait s'appliquer à titre supplétif par le renvoi de l'art. 113 du statut.

Selon cette disposition, pour tous les cas non expressément prévus par le présent statut du personnel, les dispositions du Code des obligations s'appliquent à titre de droit public supplétif. Il est vrai d'autre part qu'en

droit privé, le salaire normal au sens de l'art. 321c al. 3 CO comprend, sauf accord écrit contraire, tous les éléments composant la rémunération obligatoirement due par l'employeur, y compris le treizième salaire (arrêt 4A_352/2010 du 5 octobre 2010 consid. 3.1; JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [éds], 2013, n. 30 ad art. 321c CO). L'application du droit privé supposerait toutefois l'existence d'une lacune dans la réglementation cantonale. Le seul fait que la disposition en cause est sujette à interprétation et que la cour cantonale adopte une solution défendable au regard du pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral ne justifie pas l'application du droit fédéral comme droit supplétif (ATF 139 I 57 consid. 5.1 p. 59; 138 I 232 consid. 6.1 p. 238).

6.

C'est en vain également que le recourant se plaint d'une violation du principe d'égalité au motif qu'il n'existerait aucune raison objective de faire coexister des statuts différents (de droit public et de droit privé) en matière de rémunération d'heures supplémentaires. Le statut de la fonction publique peut en effet être organisé librement par les collectivités publiques. Ce statut qui, pour être en général globalement plus favorable, peut comporter par rapport au Code des obligations des contraintes plus sévères sur certains points (ATF 139 I 57 consid. 5.1 p. 60 et les arrêts cités; STEPHANIE PERRENOUD, L'évolution historique du droit de la relation de travail, in Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Dunand/Mahon/Perrenoud [éds], 2016, p. 201 sv).

Bundesgericht, Urteil vom 20. April 2017, Doss.-Nr. 4A_676/2016 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Schwyz vom 18. Oktober 2016)

Passivlegitimation eines Einzelunternehmers nach Konkurs der Arbeitgeberin, Art. 330b, 333 und 337a OR. Unterlässt es ein Einzelunternehmer als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH als Arbeitgeberin, die Arbeitnehmer über die Veräusserung der GmbH und deren nachträglichen Konkurs zu informieren, so gilt er unter Umständen als Arbeitgeber und ist für Forderungen der Arbeitnehmer passivlegitimiert – dies insbesondere dann, wenn der Einzelunternehmer die Arbeitnehmer nach dem Konkurs weiterhin unter seiner Leitung auf von ihm akquirierten Projekten arbeiten lässt und die Lohnzahlungen von ihm entrichtet werden. Für den Betriebsübergang nach Art. 333 OR genügt, wenn der Betrieb vom Übernehmer tatsächlich weitergeführt wird. Auch wenn bei dieser Konstellation ein Betriebsübergang verneint würde, muss sich ein Einzelunternehmer die Passivlegitimation für Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis entgegenhalten lassen, wenn er mitverantwortlich dafür war, dass die

Projekte weiterhin über eine konkursite GmbH als Arbeitgeberin abgewickelt werden, ohne die Arbeitnehmer darüber zu informieren. Schliesslich ist es nach Art. 330b OR Sache des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer über Änderungen betreffend die Namen der Vertragsparteien binnen Monatsfrist schriftlich zu orientieren. Ansonsten würde der Arbeitnehmerschutz aus Art. 337a OR in unzulässiger Weise umgangen. Wenn der Einzelunternehmer, nachdem er über einen Konkurs informiert ist, weiterhin Arbeit für sich in Anspruch nimmt, dann muss er auch bereit sein, das vertraglich Geschuldete dafür zu bezahlen (E. 3.1 und 3.2).

Sachverhalt:

B. (Kläger und Beschwerdegegner) schloss am 11. Oktober 2012 mit der A1.a. Akkord GmbH mit Sitz in U. einen Arbeitsvertrag als Baufachmann ab. Deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer war A.a. (Beklagter und Beschwerdeführer). Dieser war bereits seit dem 24. März 1997 Inhaber der Einzelfirma a.A. Akkordunternehmung (nachfolgend: Einzelfirma oder Einzelunternehmen). Am 4. September 2014 wurde die A1.a. Akkord GmbH auf E. als einzigen Gesellschafter und Geschäftsführer (nachfolgend: Geschäftsführer) übertragen, in F. GmbH umbenannt und der Sitz nach V. verlegt. Das Bezirksgericht Höfe eröffnete am 5. November 2014 den Konkurs über die F. GmbH (nachfolgend: die GmbH) und stellte diesen mit Verfügung vom 15. Dezember 2014 mangels Aktiven ein. Der Kläger kündigte sein Arbeitsverhältnis mit an die A.a. Akkordunternehmung GmbH addressiertem Schreiben vom 24. Februar 2015 fristlos per 25. Februar 2015.

Am 22. Mai 2015 reichte der Kläger beim Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe gegen A.a. als Inhaber der a.A. Akkordunternehmung eine unbegründete Klage ein und verlangte vom Beklagten Fr. 29'616.- nebst Zins unter Vorbehalt weiterer Ansprüche. Mit Urteil vom 6. November 2015 hiess der Einzelrichter die Klage im Umfang von Fr. 25'396.30 brutto und Fr. 322.60 netto, je nebst Zins, gut. Die vom Beklagten erhobene Berufung behandelte das Kantonsgericht Schwyz zusammen mit einer Berufung, die in einem Parallelverfahren gegen einen anderen Arbeitnehmer angestrengt worden war, und wies beide Berufungen mit Urteil vom 18. Oktober 2016 ab.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt der Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben und die Sache an dieses, eventuell an das Bezirksgericht, zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Eventuell sei die Klage abzuweisen. Sein Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wies das Bundesgericht mit Präsidialverfügung vom 24. Januar 2017 ab.

Aus den Erwägungen:

1.

Es ist unbestritten, dass der Beschwerdegegner sowie der andere Arbeitnehmer im Parallelverfahren (nachfolgend: die Arbeitnehmer) die Arbeitsanweisungen stets vom Beschwerdeführer erhalten haben und die Lohnzahlungen durch dessen Einzelunternehmen gezahlt wurden – auch nach der Sitzverlegung der GmbH und der Konkurseröffnung. Die Arbeitnehmer hatten sich auf den Standpunkt gestellt, im massgebenden Zeitpunkt (Januar bis April 2015) sei die Einzelfirma beziehungsweise der Beschwerdeführer persönlich als deren Inhaber infolge einer Betriebsübernahme ihr Arbeitgeber gewesen. Ihnen seien die Umstände der Umfirmierung und des Konkurses nie bekannt gegeben worden. Auch nach dem Konkurs der GmbH habe es keine Änderung gegeben. Sie hätten ihren Lohn von der Einzelfirma erhalten und auf Anweisung des Beschwerdeführers für diese Unternehmung gearbeitet.

1.1 Das Bezirksgericht erkannte, der Beschwerdeführer habe den Arbeitnehmern auch nach dem 4. September 2014 Arbeit zugewiesen und Weisungen erteilt. Weil er ab diesem Zeitpunkt nicht mehr für die GmbH habe tätig sein können, habe das Arbeitsverhältnis spätestens ab diesem Zeitpunkt nicht mehr mit der GmbH bestanden. Weil er sich weiterhin als Arbeitgeber präsentiert habe und die Lohnzahlungen von seinem Einzelunternehmen geleistet worden seien, sei ab dem 4. September 2014 von einem Arbeitsverhältnis zwischen den Arbeitnehmern und dem Einzelunternehmen respektive dem Beschwerdeführer persönlich auszugehen. Die Arbeitsverhältnisse hätten offensichtlich bei Eintritt des Konkurses der GmbH nicht mehr bestanden. Mangels Kenntnis der Umstände durch die Arbeitnehmer sei auch keine konkludente Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit dem Einzelunternehmen erfolgt und die Arbeitsverhältnisse seien nicht vor dem 4. September 2014 übergegangen. Da der Begriff des Betriebsüberganges im Sinne von Art. 333 Abs. 1 OR weit auszulegen sei, sei von einem Übergang der Arbeitsverhältnisse auszugehen. In der Person des Beschwerdeführers habe eine rechtliche Verbindung zwischen dem alten und dem neuen Arbeitgeber bestanden. Die Arbeitnehmer hätten, da sich ihre Klagen gegen den neuen Arbeitgeber richteten, den Übergang der Arbeitsverhältnisse offensichtlich nicht abgelehnt.

1.2 Der Beschwerdeführer, der an der Verhandlung vor dem Bezirksgericht anwaltlich vertreten war, aber nicht selbst an der Verhandlung teilgenommen hatte, focht diese Begründung vor der Vorinstanz an. Dabei machte er namentlich geltend, er sei auch nach seinem Ausscheiden für die GmbH tätig gewesen und habe die Arbeitnehmer beaufsichtigt und Anweisungen gegeben. Er habe seit jeher mit seiner Einzelfirma Aufträge akquiriert und diese an die GmbH als Subunternehmerin weitergeleitet. Die Löhne habe er über das Konto seiner Einzelfirma direkt an die Angestellten der GmbH gezahlt. Mangels Unfallversicherung für Angestellte habe die

Einzelfirma gar keine Personen im Angestelltenverhältnis beschäftigen können. Er sei als blosser Beauftragter der GmbH nicht über die Konkurseröffnung informiert gewesen. Nach Kenntnisnahme durch Mitteilung von Dritten habe er den neuen Geschäftsführer und Gesellschafter der GmbH mit diesem Umstand konfrontiert. Dieser habe ihm versichert, die Geschäfte könnten auch nach Einstellung des Konkursverfahrens weiter abgewickelt werden. Der Beschwerdeführer habe beabsichtigt, den Angestellten der GmbH eine Übergangslösung zu bieten und sie in eine am 19. Januar 2015 neu gegründete Aktiengesellschaft zu übernehmen, was inzwischen geschehen sei. Die Aktiengesellschaft operiere als eigenständige Bauunternehmung mit den ehemaligen Angestellten der GmbH unter Leitung des neuen Geschäftsführers und Gesellschafters der GmbH und mit dem Beschwerdeführer als stillem Aktionär. Das Konkursverfahren sei zufolge dessen Einstellung mangels Aktiven gar nie in das Stadium gelangt, in welchem die Arbeitsverhältnisse hätten aufgelöst werden können.

1.3 Die Vorinstanz betrachtete die entsprechenden Vorbringen im Wesentlichen als neu und unzulässig, während sie gestützt auf die bezirksgerichtlichen Feststellungen zu denselben Schlüssen gelangte wie das Bezirksgericht. Auch sämtliche tatsächlichen Ausführungen des Beschwerdeführers zur Zulässigkeit der fristlosen Kündigung qualifizierte die Vorinstanz als neu und damit unzulässig. Sie liess die zulässigen rechtlichen Ausführungen nicht als Berufungsbegründung genügen. Mangels hinreichender Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid erachtete sie die Berufung insoweit als unbegründet.

2.

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, die kantonalen Instanzen hätten den Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt.

Sein damaliger Vertreter habe anlässlich der Verhandlung einzig eine für die vom Beschwerdegegner geltend gemachten Forderungen relevante vertragliche Verbindung zwischen diesem und dem Beschwerdeführer bestritten und ausgeführt, der Beschwerdeführer sei Inhaber des Einzelunternehmens und seit dem 4. September 2014 nicht mehr Gesellschafter der GmbH, weshalb er nicht passivlegitimiert sei. Für den Fall, dass das Gericht anderer Ansicht sein sollte, werde die Forderung des Beschwerdegegners als unsubstanziiert angesehen. Dies habe der damalige Vertreter des Beschwerdeführers mit den Ausführungen ergänzt, das Einzelunternehmen des Beschwerdeführers habe nie Personal beschäftigt. Massgebend sei, dass der Arbeitsvertrag mit der A1.a. GmbH geschlossen worden sei, einer eigenständigen juristischen Person. Die geltend gemachten Arbeitsleistungen würden bestritten.

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Einzelrichter habe ihm in seiner Urteilsbegründung namentlich entgegengehalten, er habe nicht dargelegt, auch nach Ausscheiden aus der GmbH noch für diese tätig und handlungsbevollmächtigt gewesen zu sein, und nicht bestritten, dass die Lohnzahlungen trotz Fristansetzung des Beschwerdegegners immer

schleppender erfolgt seien und er diesem immer weniger Arbeit zugewiesen habe und dass der Beschwerdegegner am 9. Dezember 2014 den ausstehenden Novemberlohn 2014 und am 5. Februar 2015 die ausstehenden Löhne für Dezember 2014 und Januar 2015 abgemahnt habe. Auch habe der Beschwerdeführer nicht bestritten, dass er dem Beschwerdegegner nicht genügend Arbeit zugewiesen habe, und nur pauschal, dass dieser im Januar und Februar 2015 Arbeit für den Beschwerdeführer geleistet habe.

Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, angesichts der offensichtlich weitgehend unvollständigen, ja grösstenteils unterbliebenen Ausführungen und Stellungnahmen seines damaligen Vertreters hätte der Einzelrichter grösste Zweifel an der Vollständigkeit der Vorbringen haben müssen. Das zeigten die Vorhalte des Einzelrichters betreffend die unterlassenen Behauptungen und Bestreitungen anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung. Insoweit sei der Untersuchungsgrundsatz nach Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO i.v.m. Art. 55 Abs. 2 ZPO verletzt worden.

2.1 Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime nach Art. 247 Abs. 2 lit. b ZPO geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben (vgl. Art. 56 ZPO), die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 S. 575 mit Hinweis). Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (BGE 125 III 231 E. 4a S. 239). Wenn die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sind, soll und muss sich das Gericht Zurückhaltung auferlegen wie im ordentlichen Prozess (BGE 141 III 569 E. 2.3 S. 575 ff. mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_387/2016 vom 26. August 2016 E. 4.1).

2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die anwaltliche Vertretung werde in der Lehre und der Botschaft lediglich als eines von mehreren Kriterien genannt, anhand welcher der Richter unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu entscheiden habe, wie weit seine Fragepflicht gehe, beziehungsweise wann diese auszuüben sei. Die anwaltliche Vertretung per se könne daher nicht zum Ausschluss der Fragepflicht führen. Wenn für den Richter offensichtlich sein müsse, dass die Parteivorbringen klar unvollständig seien, dürfe er eine anwaltlich vertretene Partei nicht einfach in ihr Verderben rennen lassen. Dies verstiesse gegen Treu und Glauben, würde anwaltlich vertretene Parteien gegenüber den nicht vertretenen Parteien wesentlich benachteiligen und das Gesetz seines Sinnes entleeren. Die Fragepflicht komme nicht nur bei einem eigentlichen Versehen des Rechtsvertreters zum Tragen. Insbesondere bei unbegründet eingereichten

Klagen würden selbst anwaltlich vertretene Parteien unter Umständen überfordert, wenn von ihnen verlangt werde, ad hoc zu sämtlichen Behauptungen der klagenden Partei fundiert Stellung zu nehmen. Das Korrektiv zu diesem prozessrechtlich angelegten Machtgefälle zwischen dem Kläger und dem Beklagten bilde eben die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Da der Einzelrichter trotz der offensichtlich mangelhaften Vorbringen weder eine Instruktionsmassnahme angeordnet noch seine Frage- und Hinweispflicht ausgeübt habe, spiele das prozessuale Machtgefälle voll zu Lasten des Beschwerdeführers. Dass die Vorbringen seines Vertreters krass unvollständig gewesen seien, werde durch die Erwägungen der Vorinstanz, der Einzelrichter habe das Verfahren nicht auf die Frage der Passivlegitimation beschränkt und die Vorbringen des Beschwerdegegners zur Höhe der Lohnforderungen seien hinreichend substanziiert gewesen, weshalb der damalige Vertreter des Beschwerdeführers in der Lage gewesen wäre, diese ebenfalls zu bestreiten, nur noch offensichtlicher.

2.3 Vereinzelt wird entgegen der herrschenden Lehre und Rechtsprechung (vgl. zu dieser die Hinweise bei ANDREAS LIENHARD, Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, S. 239 Rz. 528 und Fn. 839 f.; vgl. auch CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2013, S. 162 f. Rz. 445 ff.) in der Tat die Auffassung vertreten, im vereinfachten Verfahren im Sinne von Art. 247 Abs. 2 ZPO führe die anwaltliche Vertretung nicht zu einer restriktiven Anwendung der eingeschränkten Untersuchungsmaxime und habe keinen Einfluss auf die materielle Prozessleitung (LIENHARD, a.a.O., S. 244 Rz. 538; ANDREAS LIENHARD/CLAUDIA M. MORDASINI-ROHNER, Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime, in: AJP 2015 S. 1635 ff., 1641). Begründet wird diese Auffassung mit dem Zweck der Untersuchungsmaxime, welche eine sozial schwächere Partei in besonders sensiblen Materien schützen wolle (LIENHARD/MORDASINI-ROHNER, a.a.O., S. 1641), beziehungsweise der Tatsache, dass allein durch die anwaltliche Vertretung nicht garantiert sei, dass dieser Zweck erreicht werde (LIENHARD, a.a.O., S. 240 ff. Rz. 529 ff.). Die Frage braucht indessen nicht vertieft zu werden:

2.3.1 Entscheidend ist nicht, ob der Vortrag des damaligen Rechtsvertreters des Beschwerdeführers objektiv vollständig war, sondern ob ernsthafte Zweifel an der Vollständigkeit aufkommen mussten. Das ist hier nicht der Fall. Die Arbeitnehmer leiteten ihre Ansprüche daraus ab, dass sie die Arbeitsanweisungen stets vom Beschwerdeführer erhalten haben und die Lohnzahlungen durch dessen Einzelunternehmen gezahlt wurden – auch nach Ausscheiden des Beschwerdeführers aus der GmbH und der Konkurseröffnung, von der sie nichts gewusst hatten. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ging darauf nicht ein, sondern legte das Gewicht auf die fehlende Passivlegitimation, die er mit der fehlenden vertraglichen Verbindung zu seinem Klienten und der rechtlichen Eigenständigkeit der

GmbH, mit welcher der Arbeitsvertrag geschlossen worden war, begründete. Er wies nach Darstellung des Beschwerdeführers darauf hin, dieser sei seit dem 4. September 2014 nicht mehr Gesellschafter der GmbH, und machte geltend, die Klage des Beschwerdegegners richte sich gegen die GmbH. Ein derartiges Aussageverhalten ist in sich konsistent, wenn der Beschwerdeführer nach seinem Ausscheiden nicht mehr für die GmbH tätig war. Dies passt zur behaupteten rechtlichen Eigenständigkeit der GmbH. Mit dem Ausscheiden des Beschwerdeführers aus der GmbH wird eine Trennung von dieser thematisiert. Daher musste das Gericht nicht damit rechnen, die Angaben könnten in Bezug auf eine Tätigkeit für die GmbH unvollständig sein.

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bestritt für den Fall, dass die Passivlegitimation bejaht werde, den eingeklagten Betrag als unbegründet und unsubstanziiert. Er hat diesen Aspekt in seinen Ausführungen also mitberücksichtigt, und ihm war bewusst, dass diese vor Gericht hinreichend zu substanziieren sind. Waren aber die Ausführungen der Gegenpartei ausreichend, um eine substanziierte Bestreitung zu ermöglichen, und machte der Rechtsvertreter davon keinen Gebrauch, deutet dies nicht darauf hin, dass seine Vorbringen unvollständig waren, sondern darauf, dass er den von der Gegenpartei aufgestellten Behauptungen konkret nichts entgegenzusetzen hatte.

2.3.2 Dass der Beschwerdeführer die beklagte Partei ist, macht ihn sodann nicht zur sozial schwächeren, die in besonders sensiblen Materien geschützt werden müsste. Es ist der Beschwerdeführer als ehemaliger Inhaber der GmbH, der mit der Veräusserung seiner Anteile sein Geschäftsmodell verändert hat (inzwischen hat er dieses nach seinen eigenen Angaben als stiller Teilhaber einer Aktiengesellschaft erneut auf eine neue Basis gestellt). Nun will er die Arbeitnehmer, die wie bisher Arbeit geleistet haben, ohne über den Eigentümerwechsel (oder den Konkurs) informiert worden zu sein, für ihre Ansprüche auf die mittellose GmbH verweisen.

3.

Aber auch wenn man die von der Vorinstanz zurückgewiesenen Noven zulassen wollte, würde dies dem Beschwerdeführer nichts nützen. Denn selbst wenn er nach seinem Ausscheiden weiter für die GmbH tätig gewesen und dabei nicht über die Konkurseröffnung informiert worden sein sollte, hat er nach Kenntnis der Konkurseröffnung nicht etwa den Beschwerdegegner darüber informiert, sondern nach seinen eigenen Angaben Rücksprache mit dem neuen Geschäftsführer der GmbH genommen und die Weiterabwicklung der Geschäfte über die konkursite GmbH verabredet. Damit stellt sich einerseits die Frage, ob darin ein Betriebsübergang zu sehen wäre (vgl. E. 3.1 hiernach). Aber auch davon unabhängig könnte sich der Beschwerdeführer der Haftung gegenüber den Arbeitnehmern nicht entziehen (vgl. E. 3.2 hiernach).

3.1 Der Beschwerdeführer hat den Beschwerdegegner, ohne ihn vom Ausscheiden aus der GmbH und deren Konkurs zu informieren, weiter un-

ter seiner Leitung für die Abwicklung der von ihm akquirierten Projekte arbeiten lassen. Mit Blick auf die Frage, ob ein Betriebsübergang nach Art. 333 OR stattgefunden hat, genügt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wenn der Betrieb vom Übernehmer tatsächlich weitergeführt wird (BGE 137 III 487 E. 4.4 S. 493; 132 III 32 E. 4.1 S. 37; je mit Hinweis). Ob der Wille der Parteien auf einen Übergang der Arbeitsverhältnisse gerichtet war, spielt dagegen keine Rolle (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 8 zu Art. 333 OR S. 842).

3.2 Aber selbst wenn man davon ausgehen wollte, der Beschwerdeführer habe nach seinem Austritt aus der GmbH den Betrieb nicht übernommen, sondern sei weiter für die GmbH tätig gewesen, würde dies nichts ändern. Wird der Arbeitgeber zahlungsunfähig, so kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen, sofern ihm für seine Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird (Art. 337a OR). Auch unabhängig von den Pflichten, die sich aus Treu und Glauben und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in der konkreten Situation ergeben, ist es Sache des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer über Änderungen betreffend die Namen der Vertragsparteien binnen Monatsfrist schriftlich zu orientieren (Art. 330b Abs. 1 lit. a und Abs. 2 OR), hier also sowohl über die Änderung der Firma nach dem Ausscheiden des Beschwerdeführers als auch nach Konkurseröffnung (Zusatz «in Liquidation»). Haben sich der Beschwerdeführer und der neue Geschäftsführer dazu entschlossen, die Projekte weiter über die konkursite GmbH als Arbeitgeberin abzuwickeln, ohne den Beschwerdegegner über die Hintergründe zu informieren, verhalten sie sich treuwidrig, denn der Arbeitnehmerschutz (Art. 337a OR) wird in unzulässiger Weise umgangen. De facto würden nämlich sämtliche Ansprüche des Beschwerdegegners allein vom Goodwill des Beschwerdeführers abhängen. Denn diesem gegenüber vermöchte der Beschwerdegegner seine Ansprüche mangels Vertrags, der GmbH gegenüber mangels Aktiven nicht durchzusetzen. Eine derartige Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses ist nicht schutzwürdig. Wenn der Beschwerdeführer, nachdem er über den Konkurs informiert war, die Arbeit des Beschwerdegegners weiter für sich in Anspruch nimmt, dann muss er auch bereit sein, das vertraglich geschuldete dafür zu bezahlen (Art. 319 OR), zumal die Zahlungen jeweils direkt von ihm (beziehungsweise vom Einzelunternehmen) an die Arbeitnehmer erfolgten. Auch steht es ihm nicht zu, die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung in Zweifel zu ziehen. Denn dass er oder der Geschäftsführer der konkursiten GmbH bereit gewesen wären, für die Forderungen des Beschwerdegegners aus dem Arbeitsverhältnis Sicherheit (Art. 337a OR) zu leisten, zeigt er nicht rechtsgenüglich auf. Da der Beschwerdegegner für die Projekte des Beschwerdeführers gearbeitet hat, ohne über die Veränderungen in der GmbH informiert zu sein, und da der Beschwerdeführer nach Kenntnis des Konkurses das weitere Vorgehen mit dem Geschäftsführer besprochen haben will, ist es Sa-

che des Beschwerdeführers und des Geschäftsführers, ihr gegenseitiges Verhältnis zu bereinigen. Gegenüber dem Beschwerdegegner kann der Beschwerdeführer daraus nichts ableiten.

4.

Die Beschwerde ist insgesamt abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. (…)

Bundesgericht, Urteil vom 4. Mai 2017, Doss.-Nr. 6B_1199/2016 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. August 2016), in: BGE 143 IV 209

Berufsgeheimnis des Vertrauensarztes eines Arbeitgebers; Art. 321 StGB.
Der Vertrauensarzt, der von einem Arbeitgeber eingesetzt wird, um die Arbeitsfähigkeit eines Arbeitnehmers zu beurteilen, untersteht dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB (E. 1.2).
Gestützt auf die Ermächtigung des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis zuzustellen, darf der Vertrauensarzt dem Arbeitgeber keine über den Rahmen von Art. 328b OR hinausgehende Information erteilen (E. 2.3).

Secret professionnel du médecin-conseil d'un employeur; art. 321 CP.
Le médecin-conseil que l'employeur a désigné pour évaluer la capacité de travail d'un employé est soumis au secret professionnel selon l'art. 321 ch. 1 CP (consid. 1.2).
Sur la base de l'autorisation donnée par l'employé de remettre à l'employeur un certificat médical, le médecin-conseil ne peut donner à l'employeur aucune information sortant du cadre de l'art. 328b CO (consid. 2.3).

Sachverhalt:

A.

Am 30. Mai 2013 kündigte A., Verwaltungsrat der B. AG, das Arbeitsverhältnis mit C. per Ende November 2013. Nachdem sich C. am 3. Juli 2013 wegen Differenzen mit A. in ärztliche Behandlung begab, wurde ihm mehrmals eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert, letztmals bis zum 12. September 2013. Die B. AG verlangte sodann eine vertrauensärtzliche Untersuchung, welche von X., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, am 9. September 2013 durchgeführt wurde. Am Folgetag versandte X. eine «Vertrauensärztliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit» von C. an die B. AG. Die Staatsanwaltschaft wirft X. vor, seine Geheimhaltungspflicht verletzt zu haben, zumal der Umfang und der Detail-

lierungsgrad der Beurteilung den Rahmen eines Zeugnisses über eine vertrauensärztliche Untersuchung bei Weitem sprenge.

B.

Das Bezirksgericht Zürich erklärte X. am 18. November 2015 der Verletzung des Berufsgeheimnisses schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 160.-. Dagegen erhob X. Berufung. Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte das erstinstanzliche Urteil am 30. August 2016.

C.

X. führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, er sei freizusprechen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten ist.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Der Beschwerdeführer rügt, er sei weder therapeutisch noch diagnostisch für C. tätig gewesen, sondern als Gutachter. Als solcher übe er nicht den Beruf des Arztes aus und unterstehe demnach nicht dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Auch geniesse er nicht das Vertrauen, welches ein Patient seinem behandelnden Arzt entgegenbringe. Der Beschwerdeführer verweist dabei auf verschiedene Lehrmeinungen, welche seinen Standpunkt belegen würden.

Die Vorinstanz erwägt diesbezüglich, dass Tatsubjekt von Art. 321 StGB nicht nur der therapeutisch tätige Arzt sei, sondern jede Person, die über einen medizinischen Hochschulabschluss verfüge. Dies umfasse auch Ärzte, die bloss diagnostisch oder als medizinische Experten tätig sind. Mithin unterstehe auch der Vertrauensarzt eines Arbeitgebers dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB. Dies ergebe sich sowohl aus dem weit gefassten Wortlaut als auch aus der ratio legis der Strafbestimmung und werde auch in der Lehre so vertreten.

1.2 Nach dem vom Beschwerdeführer erwähnten Basler Kommentar gelten als Ärzte im Sinne von Art. 321 StGB die nach Absolvierung eines medizinischen Hochschulstudiums staatlich approbierten oder in Ausbildung begriffenen Personen, die therapeutisch oder diagnostisch an Menschen tätig sind. Die Geheimhaltungspflicht entstehe aus der ärztlichen Behandlung als solcher. Nicht erforderlich sei deshalb, dass ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient bestanden habe. Dem Berufsgeheimnis verpflichtet sei daher auch der Amts- oder Anstaltsarzt ebenso wie der Rechtsmediziner oder Pathologe (NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. Aufl. 2013, N. 9 zu Art. 321 StGB). MANUEL STENGEL hält in diesem Zusammenhang fest, dass es sich bei den vom Vertrauensarzt erarbeiteten Ergebnissen und den diesen zugrundeliegenden Informationen grundsätzlich um geheimnisgeschütztes

Wissen handle. Die Informationen seien nicht öffentlich bekannt und der Arbeitnehmer habe ein schützenswertes Interesse, diese geheim zu halten. Der vom Arbeitgeber eingesetzte Vertrauensarzt unterstehe demnach dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB (MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2014, S. 146 f.).

Sowohl der Arzt, der vom Patienten selber aufgesucht wird, als auch der Vertrauensarzt, der von einem Arbeitgeber eingesetzt wird, werden wegen ihrer berufsspezifischen Kenntnisse und Fähigkeiten in Anspruch genommen. Auch der vom Arbeitgeber eingesetzte Vertrauensarzt muss über umfassende Informationen über den Gesundheitszustand des Exploranden verfügen, um der ihm übertragenen Aufgabe sachgerecht nachkommen zu können. Der Arbeitnehmer, der zu einer vertrauensärtzlichen Untersuchung aufgeboten wird, darf darauf vertrauen, dass diese Informationen nicht ohne Weiteres an den Arbeitgeber weitergeleitet werden. Mithin ist – entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers – auch der von einem Arbeitgeber eingesetzte Vertrauensarzt dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstellt. Ob und in welchem Umfang der Arzt dem Arbeitgeber berichten darf, hängt davon ab, ob er seitens des Arbeitnehmers vom Geheimnis entbunden worden ist.

2.

2.1 Nach Art. 321 Ziff. 2 StGB ist der Täter nicht strafbar, der das Geheimnis aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten offenbart. Der Beschwerdeführer rügt, C. habe ihn ermächtigt, dem Arbeitgeber ein ärztliches Zeugnis zuzustellen. Er habe C. mitgeteilt, dass er die Entbindungserklärung für seine Untersuchung benötige. Dass die Entbindungserklärung nicht nur die Untersuchung, sondern auch das Verfassen und Versenden eines Berichtes an den Arbeitgeber umfasse, habe C. verstanden. Die Exploration sei ausführlich und derart umfassend gewesen, dass die Grundlagen für ein umfassendes Gutachten vorlagen. C. habe sehen können, wie er sich laufend Notizen von der Exploration machte, und habe nie nachgefragt, welche Informationen er für den Bericht verwenden werde. C. habe bereitwillig Auskunft erteilt und sich der Verwertung seiner Angaben in einem Bericht nicht widersetzt. Die von C. unterzeichnete Entbindung sei umfassend gewesen. Der Beschwerdeführer macht geltend, er erstelle auch Gutachten zuhanden von Versicherungen und habe dafür stets dasselbe Formular verwendet. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass dieses unzureichend sei. Ihm zu unterstellen, er habe in seiner gesamten bisherigen Berufstätigkeit stets in Kauf genommen, das Berufsgeheimnis zu verletzen, mache aber keinen Sinn. Die Vorinstanz sei nicht darauf eingegangen, dass ein ärztliches Zeugnis im Sprachgebrauch auch ein medizinisches Gutachten darstellen könne. Der Auftraggeber, mithin der Arbeitgeber, habe keine Angaben hinsichtlich des Ausmasses des erwarteten Zeugnisses gemacht und es sei derselbe Preis wie bei Versicherungsfällen vereinbart worden. Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei für ihn klar gewesen, dass dasselbe Vorgehen wie bei Versicherungsfällen erwarten worden sei.

2.2 Die Vorinstanz erwägt in diesem Zusammenhang, es folge aus Art. 328b OR, dass der Arbeitgeber vom Vertrauensarzt nur diejenigen Angaben erheben darf, welche die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Dazu gehören Tatsache, Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit sowie die Antwort auf die Frage, ob es sich um eine Krankheit oder einen Unfall handelt. Die Diagnose dürfe indes nicht erhoben werden. Der Vertrauensarzt dürfe dem Arbeitgeber so weit Auskunft erteilen, als er vom Arztgeheimnis befreit ist, was in der Regel durch den Wunsch des Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber ein Arztzeugnis zuzustellen, konkludent in dem durch Art. 328b OR abgesteckten Rahmen erfolge. Nach dem Praxisleitfaden der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Verbindung der Schweizer Ärzte und Ärztinnen (nachfolgend: Praxisleitfaden SAMW/FMH) habe das Arbeitsunfähigkeitszeugnis festzuhalten, seit wann die Arbeitsunfähigkeit bestehe, wie lange sie dauern werde, ob sie vollständig oder teilweise sei und ob die Behandlung wegen Krankheit oder Unfall erfolge. Der Praxisleitfaden SAMW/FMH halte ausdrücklich fest, dass das Arbeitsunfähigkeitszeugnis an den Arbeitgeber keine Diagnose zu enthalten habe und der Arbeitgeber keinen Anspruch habe, diese zu erfahren. Auch das Manual der Schweizerischen Gesellschaft für Vertrauens- und Versicherungsärzte weise explizit darauf hin, dass in das Arbeitsunfähigkeitszeugnis zuhanden eines Arbeitgebers oder eines Versicherers nur die unbedingt erforderlichen Angaben aufzunehmen seien. Es handle sich hierbei um die Personalien des Betroffenen, den Begriff Arbeitsunfähigkeit, ob es sich um Krankheit oder Unfall handle, Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit, Grad derselben, Ausstellungsdatum des Zeugnisses, Stempel und Unterschrift des Arztes. Vom Arztzeugnis zuhanden eines Arbeitgebers zu unterscheiden sei das umfassendere ärztliche Gutachten. Vorliegend habe C. den Beschwerdeführer nicht umfassend vom Berufsgeheimnis befreit. Er habe ihn nur ermächtigt, der Arbeitgeberin einen üblichen arbeitsrechtlichen Bericht zuzustellen, welcher ausschliesslich Angaben darüber enthalte, ob und in welchem Umfang eine Arbeitsunfähigkeit bestehe, wie lange diese dauern werde und inwiefern die allfällige gesundheitliche Einschränkung einen konkreten Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit habe. Der Beschwerdeführer habe den Tatbestand von Art. 321 StGB objektiv erfüllt, indem er der Arbeitgeberin weitergehende Informationen zukommen gelassen habe.

2.3 C. ermächtigte den Beschwerdeführer schriftlich, «zuhanden von Kostenträger (Krankenkasse, Unfallversicherung, IV, Taggeldversicherung, Behörden etc.) sowie Drittpersonen (Arbeitgeber etc.) ärztliche Zeugnisse zu verfassen». Die Entbindung erfolgte im Rahmen einer vertrauensärztlichen Untersuchung, die von der Arbeitgeberin verlangt worden war. Die Annahme der Vorinstanz, dass diese Erklärung keine über den Rahmen von Art. 328b OR hinausgehende Information der Arbeitgeberin erlaubte, ist nicht zu beanstanden. Auch die blosse Ausstellung eines

Zeugnisses bedarf einer eingehenden Untersuchung und der Mitwirkung des Exploranden. Die Einwände des Beschwerdeführers, die Untersuchung sei umfassend gewesen und C. habe gegen die Weitergabe von Informationen an die Arbeitgeberin nicht opponiert, sind somit belanglos. Ebenso unbeachtet müssen die Abmachungen zwischen dem Beschwerdeführer und der Arbeitgeberin bleiben, zumal Letztere nicht über das Geheimnis ihres Arbeitnehmers verfügen darf. Ob der Beschwerdeführer auch im Rahmen seiner früheren Gutachtertätigkeit das Berufsgeheimnis verletzte, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und würde ohnehin nur die Frage des Vorsatzes betreffen. Objektiv ist der Tatbestand der Verletzung des Berufsgeheimnisses erfüllt. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 11. Mai 2017, Doss.-Nr. 4A_662/2016 (Bestätigung des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2006 und des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Oktober 2016.), in: BGE 143 III 290

Art. 75 BGG; Eintretensvoraussetzungen; Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs. Ausnahmefall der Anfechtung eines obergerichtlichen Rückweisungsentscheids durch direkte Beschwerde gegen den nachfolgenden erstinstanzlichen Endentscheid, wenn ein erneutes kantonales Rechtsmittel von vornherein nutzlos wäre (E. 1.1-1.7).

Art. 75 LTF; conditions de recevabilité; épuisement des instances cantonales. Possibilité exceptionnelle de contester une décision de renvoi émanant d'un tribunal supérieur par un recours direct contre la décision finale consécutive du juge de première instance, lorsqu'un nouveau recours cantonal serait d'emblée inutile (consid. 1.1-1.7).

Sachverhalt:

A.

A.a B. (Arbeitnehmer 1, Kläger 1, Beschwerdegegner 1) und C. (Arbeitnehmer 2, Kläger 2, Beschwerdegegner 2) schlossen am 2. April 1996 rückwirkend per 1. Januar 1996 je zwei neue Arbeitsverträge mit der A. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin) ab. Es wurden sämtliche früheren Verträge aufgehoben und die neuen Verträge auf unbestimmte Zeit, erstmals kündbar auf den 31. März 2001, abgeschlossen. Nach den Verträgen sollten die beiden Kläger die Funktionen als Verwaltungsräte ihrer Arbeitgeberin versehen und zudem Vorsitzender (Kläger 1) bzw. stellvertretender Vorsitzender (Kläger 2) der Geschäftsleitung sowie Handelsreisende sein.

A.b Seit anfangs 1998 verschlechterte sich das Verhältnis der Parteien. Die Arbeitgeberin plante eine Neuorganisation, welche für die Arbeit-

nehmer diverse Veränderungen in den Aufgaben, Kompetenzen und der Einflussnahme auf die Geschäftsführung mit sich brachten, mit denen diese nicht einverstanden waren.

A.c Mit Schreiben vom 27. Oktober 1998 kündigten die Arbeitnehmer ihre Anstellungsverträge fristlos.

A.d Die Arbeitgeberin hielt mit Schreiben vom 3. November 1998 fest, dass die Arbeitnehmer zur fristlosen Auflösung der Arbeitsverträge nicht berechtigt gewesen seien.

B.

B.a Am 28. Dezember 2000 gelangte der Kläger 1 an das Arbeitsgericht Zürich mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 1'325'099.90 (zuzüglich Zins und abzüglich Sozialabzüge) zu bezahlen, unter Vorbehalt der Nachklage. Am 9. Februar 2001 reichte auch der Kläger 2 Klage ein mit dem Rechtsbegehren, es sei die Beklagte zur Zahlung von Fr. 585'545.15 (zuzüglich Zins und abzüglich Sozialabzüge) zu verpflichten. Nach Durchführung einer Sühneverhandlung wurden die beiden Verfahren vereinigt.

B.b Mit Urteil vom 31. März 2005 hiess das Arbeitsgericht die Klagen teilweise gut und verurteilte die Beklagte, dem Kläger 1 Fr. 52'034.35 netto (nebst Zins) sowie dem Kläger 2 Fr. 16'624.60 netto (nebst Zins) zu bezahlen. Das Gericht erwog, dass die fristlose Kündigung der Kläger aus berechtigtem Grund erfolgt war, hielt indes dafür, die Kündigung sei zu spät erklärt worden.

B.c Das Obergericht des Kantons Zürich wies mit Beschluss vom 21. September 2006 unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils vom 31. März 2005 das Verfahren zur Fortsetzung bzw. Ergänzung im Sinne der Erwägungen an die Erstinstanz zurück. Das Obergericht gelangte zum Schluss, dass die fristlose Auflösung der Arbeitsverträge durch die Kläger gerechtfertigt war und auch rechtzeitig erklärt wurde.

B.d Das Arbeitsgericht Zürich hiess darauf die Klagen mit Urteil vom 10. Oktober 2016 teilweise gut und verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von Fr. 1'145'060.15 netto an den Kläger 1 sowie von Fr. 405'364.05 netto an den Kläger 2 (jeweils zuzüglich Zins und abzüglich Sozialabzüge).

C.

C.a Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte im Wesentlichen die Aufhebung des Rückweisungsbeschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2006 und des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Oktober 2016 sowie die Abweisung der Klagen.

Die Beschwerdeführerin begründet zunächst, weshalb sie direkt den erstinstanzlichen Entscheid in Verbindung mit dem Rückweisungsentscheid des Obergerichts anficht. In der Sache beanstandet sie namentlich, dass das Obergericht im Urteil vom 21. September 2006, an welches das Arbeitsgericht gebunden war, die fristlose Kündigung der Beschwerdegegner als rechtzeitig qualifiziert hat.

C.b Mit Eingabe vom 11. Januar 2017 teilt die Beschwerdeführerin unter Beilage der Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Januar 2017 mit, dass das von ihr beim Obergericht anhängig gemachte Berufungsverfahren sistiert wurde bis zum Entscheid des Bundesgerichts über das vorliegende Beschwerdeverfahren.

Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde ein und weist sie ab.

Aus den Erwägungen:

1.

Die vorliegende Beschwerde hat eine Zivilsache zum Gegenstand (Art. 72 BGG). Sie richtet sich indes nicht direkt gegen den Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts (Art. 75 BGG), sondern gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) des erstinstanzlichen kantonalen Gerichts, dessen erstes Urteil vom oberen kantonalen Gericht aufgehoben wurde und das im Sinne der Erwägungen des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2006 die Schadenersatzansprüche der Beschwerdegegner aus gerechtfertigter fristloser Kündigung ihrer Arbeitsverträge festsetzte.

1.1 Die Beschwerde ist nach Art. 75 Abs. 1 BGG zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen. Entscheiden diese nach dem Grundsatz von Art. 75 Abs. 2 BGG als Rechtsmittelinstanzen, ist die Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs unerlässliche Voraussetzung für die Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht. Es gilt das Prinzip der double instance im Zivilrecht – ausgenommen die in Art. 75 Abs. 2 lit. a-c BGG genannten Fälle, die vorliegend nicht in Betracht fallen (BGE 141 III 188 E. 4.1; BGE 139 III 252 E. 1.6 S. 255; BGE 138 III 41 E. 1.1; BGE 137 III 424 E. 2.1). Der Begriff der Letztinstanzlichkeit bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug nicht nur formell durchlaufen werden soll, sondern dass die Rügen, die dem Bundesgericht unterbreitet werden, soweit möglich schon vor Vorinstanz vorgebracht werden müssen (BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 4A_647/2015 / 4A_649/2015 vom 11. August 2016 E. 5.2.2, nicht publ. in BGE 142 III 557; 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 1; 4A_94/2014 vom 1. Juli 2014 E. 1 und 3.2). Art. 75 Abs. 2 BGG verlangt sodann – ebenso wie Art. 80 Abs. 2 BGG für die Beschwerde in Strafsachen und Art. 86 Abs. 2 BGG für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten –, dass ein oberes kantonales Gericht als Vorinstanz entscheiden muss (vgl. zum Begriff BGE 136 II 470 E. 1.1 S. 473; BGE 135 II 94 E. 4.1 S. 97; BGE 134 I 125 E. 3.5 S. 135). Nach der Botschaft des Bundesrates vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege soll ein Rechtsstreit nicht vor das Bundesgericht getragen werden können, ohne dass er zuvor von einer höchsten kantonalen Instanz beurteilt worden ist, weshalb den Kantonen verwehrt ist, als zweite Instanz ein unteres kantonales Gericht einzusetzen (BBl 2001 4310 zu Art. 71 Abs. 2).

1.2 Die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs war altrechtlich für die staatsrechtliche Beschwerde in Art. 86 Abs. 1 (AS 1992 294) bzw. Art. 87 (BS 3 555) des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG) vorgesehen; danach war die Beschwerde nur gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig, d.h. es mussten alle ordentlichen oder ausserordentlichen Rechtsmittel ergriffen worden sein, mit denen die gerügte Rechtsverletzung beanstandet werden konnte (BGE 120 Ia 61 E. 1a; BGE 110 Ia 136 E. 2a S. 137; MESSMER/IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, 1992, S. 192 Rz. 137; WALTER KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl. 1994, S. 326 ff.). Vom Grundsatz der Erschöpfung wurde nach der Praxis indes ausnahmsweise abgesehen, wenn das Durchlaufen der kantonalen Instanzen eine leere, zwecklose Formalität gewesen wäre (KÄLIN, a.a.O., S. 328 f.). Als praktisch wichtigster Ausnahmefall wurde auf das Erfordernis der Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs verzichtet, wenn eine untere Instanz nach Weisungen der Rechtsmittelinstanz entschieden hatte (BGE 114 Ia 263 E. 2c S. 266; BGE 106 Ia 229 E. 4 S. 236; BGE 105 Ia 54 E.1a S. 56; je mit Hinweisen, vgl. auch BGE 118 Ia 341 E. 2e S. 346). Ob eine unmittelbare Anfechtung des erstinstanzlichen Endentscheids auch unter der Geltung des BGG zulässig sein könnte, wenn in der Beschwerde an das Bundesgericht ausschliesslich Rügen vorgebracht werden, die im oberinstanzlichen Zwischenentscheid verbindlich entschieden worden sind, hat das Bundesgericht bisher offengelassen (Urteil 5A_413/2013 vom 30. August 2013 E. 3.3.2).

1.3 Nach geltendem Recht lässt das Bundesgericht die Beschwerde im Anschluss an erstinstanzliche Endentscheide ausnahmsweise zu, wenn diese in der Sache nicht mehr beanstandet werden, aber die Kostenregelung oberer kantonaler Gerichte in Rückweisungsentscheiden angefochten wird (BGE 142 II 363 E. 1.1 S. 366; BGE 137 V 57 E. 1.1; BGE 135 III 329 E. 1.2.2 S. 333; BGE 133 V 645 E. 2.2 S. 648). Dass die Beschwerde gegen die Kosten von Rückweisungsentscheiden noch gegen den Endentscheid erhoben werden kann, ist dadurch begründet, dass die direkte, separate Anfechtung der Kostenregelung des Rückweisungsentscheides nicht zulässig ist; denn der Kostenentscheid in der Rückweisung wird als Zwischenentscheid qualifiziert. Das Bundesgericht soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers wenn möglich nur einmal mit einer Sache befassen, weshalb es Zwischenentscheide nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 BGG und Art. 93 BGG an die Hand nimmt (BGE 142 II 363 E. 1.3 S. 366 mit Hinweisen). Die Kostenregelung in einem Zwischenentscheid kann danach nur unter der Voraussetzung angefochten werden, dass sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG), was praktisch nicht zutrifft. Die Kostenregelung in Rückweisungsentscheiden kann deshalb erst im Anschluss an den Endentscheid mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. Wenn in diesem Fall

der erstinstanzliche Entscheid von keiner der Parteien in der Sache angefochten wird, kann die Beschwerde unmittelbar im Anschluss an den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden. Dabei muss die Beschwerdefrist gegen die erstinstanzliche Entscheidung im Nachgang zum Rückweisungsentscheid eingehalten werden (BGE 142 V 551 E. 3.3.2 S. 558; BGE 142 II 363 E. 1.3 S. 367 f.).

1.4 Entscheide, in denen die obere kantonale Instanz als Rechtsmittelinstanz eine Vorfrage abweichend von der ersten Instanz entscheidet und das Verfahren zur weiteren Beurteilung an die erste Instanz zurückweist, sind Zwischenentscheide. Sie können – sofern sie nicht die Zuständigkeit oder den Ausstand zum Gegenstand haben (Art. 92 BGG) – nur direkt mit Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden, wenn sie entweder einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder unter der doppelten Voraussetzung, dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Da das Bundesgericht grundsätzlich die Sache nur einmal in Kenntnis sämtlicher Vorentscheide beurteilen soll, ist die zweite Voraussetzung einschränkend zu verstehen (BGE 138 III 94 E. 2.2). Selbst wenn die Voraussetzung namentlich des aufwändigen oder kostspieligen Beweisverfahrens gegeben ist, ist denn auch die im Rückweisungsentscheid unterlegene Partei nicht verpflichtet, zur Verhinderung eines Rechtsverlusts direkt gegen den Rückweisungsentscheid Beschwerde zu erheben. Sie kann nach Art. 93 Abs. 3 BGG, wenn sie von der Beschwerde keinen Gebrauch macht, derartige Zwischenentscheide durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechten, sofern sie sich auf dessen Inhalt auswirken (vgl. für die fakultative Anfechtung schon nach OG: BGE 127 III 351 E. 1a S. 353 mit Hinweisen).

1.5 Die Gründe für die Anfechtbarkeit von Kostenregelungen in Zwischenentscheiden im Anschluss an erstinstanzliche Endentscheide sprechen auch für die Anfechtung anderer Rückweisungsentscheide oberer kantonaler Gerichte im Anschluss an den erstinstanzlichen Endentscheid, soweit in der Beschwerde ausschliesslich diese in Frage gestellt werden. Der Rückweisungsentscheid ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht nur für die erste Instanz verbindlich, sondern er kann auch von der rückweisenden Instanz später nicht mehr in Frage gestellt werden (BGE 135 III 334 E. 2 S. 335 mit Hinweisen). Dies gilt namentlich auch für Rückweisungsentscheide, die von oberen kantonalen Gerichten auf Rechtsmittel nach der ZPO ergehen (Urteil 4A_646/2011 vom 26. Februar 2013 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 139 III 190). Werden daher in einem kantonalen Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Endentscheid nur die Erwägungen im früheren Rückweisungsentscheid der oberen kantonalen Instanz angefochten, fehlt der beschwerdeführenden Partei das Rechtsschutzinteresse am Rechtsmittel und die obere kantonale Instanz tritt darauf gar nicht ein

(vgl. die Sachverhalte in den Urteilen 4A_646/ 2011 vom 26. Februar 2013 und 5A_413/2013 vom 30. August 2013). Von der durch den früheren Rückweisungsentscheid belasteten Partei aber zu verlangen, ein kantonales Rechtsmittel zu ergreifen, das von vornherein nutzlos ist, würde eine leere, zwecklose Formalität bedeuten. Soweit sich die Rügen daher ausschliesslich gegen den früheren Rückweisungsentscheid der oberen kantonalen Instanz richten, muss die Beschwerde an das Bundesgericht gegen diesen früheren Zwischenentscheid direkt im Anschluss an den erstinstanzlichen Endentscheid zulässig sein.

1.6 Die Beschwerdeführerin rügt – ausschliesslich –, dass die fristlose Kündigung durch die Beschwerdegegner als gerechtfertigt und rechtzeitig qualifiziert worden ist. Diese Frage ist im Obergerichtsentscheid vom 21. September 2006 auf Rechtsmittel gegen den erstinstanzlichen Entscheid vom 31. März 2005 entschieden worden. Insofern ist der Instanzenzug materiell erschöpft. Denn es ist unbestritten, dass sowohl die erste Instanz wie das Obergericht nach dem hier noch anwendbaren alten Zürcher Prozessrecht an den Entscheid dieser Frage gebunden sind. Der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2006 hat sich auf den Endentscheid des Arbeitsgerichts Zürich vom 10. Oktober 2016 ausgewirkt (Art. 93 Abs. 3 BGG). Das Arbeitsgericht war nach diesem Rückweisungsentscheid verpflichtet, die Rechtsgültigkeit der fristlosen Kündigung seiner – neuen – Entscheidung zugrunde zu legen. Das Arbeitsgericht hat den Beschwerdegegnern folgerichtig gestützt auf Art. 337b OR Schadenersatzansprüche aus gerechtfertigter Auflösung des Arbeitsverhältnisses zugesprochen. Deren Höhe wird von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt.

1.7 Die Beschwerdegegner haben gegen das erstinstanzliche Urteil kein kantonales Rechtsmittel ergriffen; die Vorinstanz hat das von der Beschwerdeführerin vorsorglich anhängig gemachte Berufungsverfahren sistiert. Vor der Vorinstanz ist damit kein Rechtsmittelverfahren hängig, dessen Ausgang den erstinstanzlichen Entscheid des Arbeitsgerichts beeinflussen könnte. Da sich die Beschwerde ausschliesslich gegen die Erwägungen im Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. September 2006 richtet, mit dem die Rechtmässigkeit der fristlosen Kündigung der Beschwerdegegner abschliessend beurteilt worden ist, und keine weiteren Rügen gegen den arbeitsgerichtlichen Entscheid vom 10. Oktober 2016 erhoben werden, sind die Voraussetzungen für die Anfechtung dieses Zwischenentscheids durch direkte Beschwerde gegen den erstinstanzlichen Endentscheid des Arbeitsgerichts erfüllt. Die Beschwerde ist insoweit zulässig. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 22. Mai 2017, Doss.-Nr. 2C_150/2016 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts des Kantons Freiburg vom 6. Januar 2015)

Entsendung; Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und unbewilligte Sonntagsarbeit; «geringfügige Verstösse gegen Art. 2 EntsG» i.S.v. Art. 9 EntsG sowie Verhältnismässigkeit einer einjährigen Dienstleistungssperre nach Art. 9 EntsG.
Nach Art. 9 EntsG kann die zuständige kantonale Behörde bei geringfügigen Verstössen gegen Artikel 2 EntsG eine Verwaltungsbusse aussprechen. Der «geringfügige Verstoss» gegen solche Vorschriften entspricht dem «leichten Fall», wie er vor Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Sinne eines Strafmilderungsgrundes etwa in Art. 251 Ziff. 2 StGB verankert war. Massgebend hierfür ist die Gesamtheit der objektiven und subjektiven Tatumstände. Wenn eine ausländische Arbeitgeberin, die Bauarbeiter in die Schweiz entsendet, aufgrund knapper Termine auf die Einhaltung der Höchstarbeitzeitvorschriften und das Sonntagsarbeitsverbot verzichtet, nimmt sie einen Verstoss gegen Art. 2 EntsG in Kauf. Das Verhalten der Arbeitgeberin ist in einem hypothetischen Quervergleich mit typischen Verstössen gegen Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit (Art. 2 Abs. 1 lit. b EntsG) nicht so unbedeutend, dass von einem geringfügigen Verstoss die Rede sein könnte (E 3.3.3).
Im Einklang mit der Richtlinie 96/71/EG hat der Gesetzgeber in Art. 9 EntsG zusätzlich das Instrument der Dienstleistungssperre eingeführt, womit der Einhaltung der gemäss Art. 2 EntsG im öffentlichen Interesse liegenden Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes Nachachtung verschafft werden soll. Eine einjährige Dienstleistungssperre wegen Verletzungen gegen Höchstarbeitzeitvorschriften und das Sonntagsarbeitsverbot erweist sich angesichts dessen, dass die Sanktion bis zu fünf Jahre betragen kann und der Verstoss gegen Vorschriften von Art. 2 EntsG von den Beteiligten offenbar in Kauf genommen wurde, als verhältnismässig (E. 4.2.2).

Sachverhalt:

X. BV (nachfolgend: X.) ist eine Gesellschaft mit Sitz in den Niederlanden. Im Juni 2012 entsandte sie zwei Arbeitnehmer auf eine Baustelle in U. Die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Freiburg sprach wiedererwägungsweise (vgl. angefochtenes Urteil, Sachverhalt A.) wegen Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und unbewilligter Sonntagsarbeit gegenüber X. eine Busse von Fr. 2'400.- aus und untersagte ihr für die Dauer eines Jahres, in der Schweiz ihre Dienste anzubieten.

Mit Urteil vom 6. Januar 2016 wies das Kantonsgericht des Kantons Freiburg die von X. geführte Beschwerde ab und bestätigte die angefochtene Verfügung.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 12. Februar 2016 an das Bundesgericht beantragt X., das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Freiburg vom 6. Januar 2016 sei aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe im angefochtenen Urteil Bundesrecht verletzt (Art. 95 lit. a BGG), weil sie zu Unrecht den – unbestrittenermassen erst- und einmaligen – Verstoss der Beschwerdeführerin gegen die Arbeitszeitvorschriften gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) bzw. gemäss Art. 19 ArG bei ihrem Einsatz im Juni 2012 als nicht geringfügige Verletzung von Art. 2 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (SR 823.20; EntsG; im Urteilszeitpunkt: Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne) qualifiziert habe. Die Vorinstanz habe es des Weiteren unterlassen, die gegen die Beschwerdeführerin verhängte Dienstleistungssperre auf ihre Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen; das angestrebte Ziel hätte mithin auch mit einer weniger einschränkenden Massnahme erreicht werden können. Die gegen sie verhängte und mit dem angefochtenen Urteil bestätigte Dienstleistungssperre von einem Jahr stelle zudem einen unzulässigen Eingriff in ihre verfassungsrechtlich garantierte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar.

2.1 Zur Abfederung der Auswirkungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) auf den Arbeitsmarkt hat der schweizerische Gesetzgeber so genannte flankierende Massnahmen erlassen. Diese bezwecken namentlich den Schutz vor Sozial- und Lohndumping und sollen für die hiesigen Anbieter und diejenigen der EU/EFTA-Staaten, die von der beschränkten Dienstleistungsfreiheit des Freizügigkeitsrechts profitieren, gleiche Bedingungen («gleich lange Spiesse») schaffen (Urteile 2C_625/2016 vom 12. Dezember 2016 E. 1.5, zur Publ. vorg.; 2C_81/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 1.2; Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6392).

2.2 Die Schweiz ist bereits unter international privatrechtlichen Gesichtspunkten grundsätzlich befugt, ungeachtet des materiellen Rechts,

welchem ein spezifischer Arbeitsvertrag in kollisionsrechtlicher Hinsicht untersteht, zwecks Verhinderung von Sozial- und Lohndumping ihre eigenen Lohn- und Arbeitsbedingungen zur Anwendung zu bringen (Art. 18 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [IPRG; SR 291]; BGE 138 III 750 E. 2.5 S. 754; 135 III 162 E. 3.2.2 S. 167; 129 III 618 E. 5.1 S. 621 f.; 122 III 110 E. 4d S. 114 f.). Diese Befugnis wurde im Verhältnis zur EU hinsichtlich entsandter Arbeitnehmer ausdrücklich in Art. 22 Abs. 2 des Anhangs I zum FZA verankert, wonach die Art. 17 und Art. 19 Anhang I FZA sowie darauf abgestützte Massnahmen innerstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für die im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen entsandten Arbeitnehmer unberührt lassen. Als flankierende Massnahme zum FZA hinsichtlich der entsandten Arbeitnehmer hat die Schweiz am 1. Juni 2004 das EntsG in Kraft gesetzt (Urteil 2C_714/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 3.1; WOLFGANG PORTMANN, Handbuch Bilaterale Verträge I & II Schweiz EU, 2007, S. 368; FRIEDERIKE V. RUCH, Expatriates – Inpatriates, Handbuch zur Entsendung von Mitarbeitern, 2002, S. 136; JÜRG MARCEL TIEFENTHAL, Flankierende Massnahmen zum Schutz des Schweizerischen Arbeitsmarktes, Diss. Zürich 2008, S. 7). Soweit darin Begriffe des auf europäischer Ebene entwickelten Vorbildes – Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 018 vom 21. Januar 1997 S. 1-6 – herangezogen werden, wird die unionsrechtliche Rechtsprechung, wie sie vor der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens (21. Juni 1999) bestand, mitberücksichtigt (Art. 22 Abs. 2 Anhang I zum FZA in Verbindung mit Art. 16 Abs. 2 FZA; BGE 140 II 447 E. 4.3 S. 450); neuere Entscheide des EuGH zieht das Bundesgericht im Interesse einer parallelen Rechtslage heran, soweit keine triftigen Gründe hiergegen sprechen (BGE 141 II 1 E. 2.2.3 S. 5 f.; 139 II 393 E. 4.1 S. 397 ff. mit Hinweisen). Davon nicht abgedeckte Aspekte können bei der historischen Auslegung des innerstaatlichen EntsG als ein Auslegungselement unter anderen gewichtet werden (BGE 133 III 180 E. 3.5 S. 184; Urteil 2C_586/2015 vom 9. Mai 2016 E. 2.1, nicht publ. in BGE 142 II 307; BERNHARD RÜTSCHE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosse Inspirationsquelle?, in: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung: Praxis, Legitimität und Methodik – Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, 2014, S. 13; vgl. zum Ganzen HANSJÖRG SEILER, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 150/2014, S. 275 f., S. 304 ff.).

2.3 Der Einsatz in der Schweiz von Arbeitnehmern von Unternehmen mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland kann vertraglich sehr unterschiedlich ausgestaltet werden (vgl. die Übersicht in RUCH, a.a.O., S. 112 ff.). Vom sachlichen Anwendungsbereich des EntsG wird nur die Entsendung

im eigentlichen Sinn erfasst, bei welcher ein Arbeitgeber mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, damit diese, für einen bestimmten Zeitraum, auf Rechnung und unter Leitung dieses Arbeitgebers und im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen diesem Arbeitgeber und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung in der Schweiz erbringen (Art. 1 Abs. 1 lit. a EntsG) oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb in der Schweiz arbeiten, der zur Unternehmensgruppe dieses Arbeitgebers gehört (Art. 1 Abs. 1 lit. b EntsG; BGE 140 II 447 E. 4.6 S. 453); abzugrenzen ist die Entsendung insbesondere vom (soweit aus dem Ausland erbracht, verbotenen) Personalverleih (Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [AVG; SR 823.11]; PORTMANN, a.a.O., S. 369; RUCH, a.a.O., S. 117). Gemäss Art. 2 EntsG in der vorliegend massgeblichen zeitlichen Fassung müssen die Arbeitgeber den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a OR insbesondere im Bereich der Arbeits- und Ruhezeit vorgeschrieben sind. Zu den Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. b EntsG gehören Regelungen über die ordentliche Dauer der Arbeit und deren Verteilung, die Überstunden-, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit, die Ruhezeit und die Pausen sowie die Reise- und Wartezeiten (Art. 2 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [EntsV; SR 823.201]). Die gesetzlichen Grundlagen über die Überstunden-, Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit finden sich vorab in den Art. 9 ff. des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG; SR 822.11) und dem massgeblichen Verordnungsrecht.

3.

3.1 Die Vorinstanz ist im angefochtenen Urteil ohne weitere Ausführungen davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin im Sinne von Art. 1 EntsG zu qualifizieren ist, die im Umfang des gesetzlich vorgegebenen Zeitraums und im Rahmen eines zwischen ihr und dem Leistungsempfänger bestehenden Vertrages Arbeitnehmer zwecks Erbringung einer Arbeitsleistung auf ihre Rechnung und unter ihrer Leitung in die Schweiz entsandt hat; Anhaltspunkte dafür, dass diese rechtliche Würdigung nicht zutreffen sollte, wurden von der Beschwerdeführerin nicht in das Verfahren eingebracht. Die Beschwerdeführerin bestreitet des Weiteren ausdrücklich nicht, dass die entsandten Arbeitnehmer anlässlich ihres Arbeitseinsatzes in U. mehr als 50 Wochenstunden gearbeitet haben, und für den Arbeitseinsatz am Sonntag keine Bewilligung eingeholt wurde. Die im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren strittigen Punkte be-

schränken sich vorab auf die Auslegung und Anwendung von Art. 9 EntsG.

3.2 Art. 9 EntsG in der zeitlich massgebenden Fassung lautet wie folgt:

«Art. 9 [EntsG]

1. Die Kontrollorgane melden jeden Verstoss gegen dieses Gesetz der zuständigen kantonalen Behörde.
2. Die zuständige kantonale Behörde nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe d kann:

a. bei geringfügigen Verstössen gegen Artikel 2 und bei Verstössen gegen die Artikel 3 und 6 eine Verwaltungsbusse bis 5000 Franken aussprechen; Artikel 7 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes vom 22. März 1974 ist anwendbar;

b. bei Verstössen gegen Artikel 2, die nicht geringfügig sind, bei Verstössen im Sinne von Artikel 12 Absatz 1 oder bei Nichtbezahlung rechtskräftiger Bussen dem betreffenden Arbeitgeber verbieten, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz seine Dienste anzubieten;

c. dem fehlbaren Arbeitgeber die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegen.

3. Die Behörde, die eine Sanktion ausspricht, stellt der zuständigen Bundesbehörde eine Kopie ihres Entscheides zu. Diese führt eine Liste der Arbeitgeber, die Gegenstand einer rechtskräftigen Sanktion gewesen sind. Diese Liste ist öffentlich.»

Die Bestimmung weist einen extraterritorialen Aspekt auf, weil der Normadressat von Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG (der Arbeitgeber) regelmässig eine Person mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland ist (vgl. Art. 1 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG in Verbindung mit Art. 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht [VStrR; SR 313.0]; siehe in rechtsvergleichender Hinsicht auch zur Regelung in Deutschland KOBERSKI/ASSHOFF/WINKLER/EUSTRUPP, Kommentar zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz / Mindestbedingungengesetz, 3. Aufl. 2011, N. 15 zu § 21 AEntG, N. 20 zu § 23 AEntG, und zur damit zusammenhängenden Problematik der grenzüberschreitenden Vollstreckung Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung [EU] Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems [«IMI-Verordnung»], ABl. L 159 vom 28. Mai 2014, S. 11-31). Dies ist unter dem Gesichtspunkt des Territorialitätsprinzips zum Vornherein nicht zu beanstanden, findet Art. 9 EntsG doch ausschliesslich auf Sachverhalte Anwendung, die sich in der Schweiz zugetragen haben (vgl. Art. 1 EntsG; BGE 133 II 331 E. 6.1 S. 341), und beschränken sich die darin vorgesehenen Rechtsfolgen auf das schweizerische Staatsgebiet.

3.3 Die Rüge, die Vorinstanz hätte bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des «geringfügigen» Verstosses gegen Art. 2 EntsG deswegen nicht auf die in BGE 140 II 447 entwickelte Rechtsprechung abstellen können, weil in jenem Fall eine wiederholte und grobe Verletzung von Sicherheitsvorschriften zu einer Dienstleistungssperre von zweieinhalb Jahren geführt habe, während hier nur ein erstmaliger Verstoss gegen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften vorliege, ist unbegründet.

3.3.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut. Ist der Text unklar bzw. nicht restlos klar und bleiben verschiedene Interpretationen möglich, muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden. Dabei sind alle anerkannten Auslegungselemente zu berücksichtigen. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen (BGE 140 I 305 E. 6.1 S. 310; 140 II 80 E. 2.5.3 S. 87). Von Bedeutung sind insbesondere der Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie der Sinnzusammenhang, in dem die Norm steht. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Auch eine verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenzen aber am klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 138 II 440 E. 13; 137 III 217 E. 2.4.1 S. 221 f.; 131 II 697 E. 4.1 S. 702 f.).

3.3.2 Auszugehen ist davon, dass der Wortlaut des unbestimmten Gesetzesbegriffs des geringfügigen Verstosses (im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG) gegen Vorschriften von Art. 2 EntsG unklar und im Präjudiz BGE 140 II 447 E. 4.6 S. 453 nicht restlos geklärt wurde. Der geringfügige Verstoss gegen solche Vorschriften (Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG) entspricht dem «leichten Fall», wie er bereits vor Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches im Sinne eines Strafmilderungsgrundes etwa in Art. 251 Ziff. 2 StGB, Art. 123 Ziff. 1 Abs. 2 StGB oder in Art. 116 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20) verankert war (vgl. BGE 135 IV 130 E. 5.3.4 S. 136 f.; Urteil 6B_794/2016 vom 6. Januar 2017 E. 4.3.3). Ausschlaggebend dafür, ob der unbestimmte Rechtsbegriff des «leichten Falles» bzw. des «geringen Verstosses» erfüllt ist und somit ein Strafmilderungsgrund vorliegt, ist die Gesamtheit der objektiven und subjektiven Tatumstände (BGE 127 IV 59 E. 2a/bb S. 61; Urteil 6S.334/2006 vom 7. Dezember 2006 E. 2; ANDREAS ZÜND, Kommentar zum Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 116 AuG).

3.3.3 Anlässlich des Arbeitseinsatzes im Juni 2012 wurden die Liefertermine nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin so kurzfristig angesetzt, dass eine Einhaltung der Höchstarbeitzeitvorschriften und des Sonntagsarbeitsverbots (etwa durch Einplanung von Zeit- oder Personalressourcen) zum Vornherein erkennbar als ausgeschlossen erschien (Beschwerdeschrift, Ziff. 4, S. 4: «Die Beschwerdeführerin bestritt und bestreitet nicht, dass ihre Mitarbeiter anlässlich des hier interessierenden Arbeitseinsatzes in U. mehr als 50 Wochenstunden gearbeitet haben und dass sie es auch übersah, für den Arbeitseinsatz am Sonntag eine Ausnahmebewilligung einzuholen. Sie legte in ihren Eingaben jedoch einlässlich dar, dass die Nichteinhaltung der höchstzulässigen Arbeitszeit zur Einhaltung des Liefertermins notwendig war und dass sie im Allgemeinen beim Auftreten von unerwarteten Problemen keine Möglichkeit hat, rasch weitere Mitarbeiter aus den Niederlanden zur Hilfe in die Schweiz zu schicken oder, wie die Vorinstanzen fordern wollten, Mitarbeiter gar auf Vorrat einzuplanen.»), was darauf schliessen lässt, dass der Verstoss gegen Vorschriften im Sinne von Art. 2 EntsG von den Beteiligten in Kauf genommen wurde. Das Verhalten der Beschwerdeführerin erscheint somit in einem hypothetischen Quervergleich mit typischen Verstössen gegen Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit (Art. 2 Abs. 1 lit. b EntsG) als nicht so unbedeutend, dass von einem geringfügigen Verstoss die Rede sein könnte. Das in der Beschwerdeschrift vorgetragene Argument, ein Verstoss gegen Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeit (Art. 2 Abs. 1 lit. b EntsG) könne zum Vornherein nicht so schwer wiegen wie ein solcher gegen Vorschriften über Arbeitssicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz (Art. 2 Abs. 1 lit. d EntsG; vgl. dazu BGE 140 II 447 E. 4.5 S. 452, E. 5.2 S. 453 f.), trifft schon deswegen nicht zu, weil beide Rechtsgutverletzungen vom Gesetzgeber auch in strafrechtlicher Hinsicht unter Strafe gestellt worden sind (Art. 59 ArG) und die Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten letztlich auch der Arbeitssicherheit dienen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe es unterlassen, die ihr gegenüber verhängte Dienstleistungssperre (von einem Jahr) auf ihre Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts zu überprüfen, die im Rahmen der flankierenden Massnahmen zu berücksichtigen seien. Selbst falls die Dienstleistungssperre zur Erreichung des durch das Gesetz angestrebten Ziels geeignet sei, hätten keine Anhaltspunkte dafür vorgelegen, dass sich die Beschwerdeführerin bei künftigen Einsätzen nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten würde, weshalb die angeordnete Massnahme über dieses Ziel hinausschiesse und als unverhältnismässig zu qualifizieren sei. Bei der Auslegung der Schwere des der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Verstosses gegen die minimalen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften hätte auch die innerstaatliche Sanktions-

ordnung berücksichtigt werden müssen, nach welcher bei einem erstmaligen Verstoss gegen arbeitsrechtliche Vorschriften zunächst eine Verwarnung (Art. 51 Abs. 1 ArG) auszusprechen und erst bei einer weiteren Missachtung der Anordnungen eine Anzeige bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde wegen Verletzung der Strafnormen gemäss Art. 59 ff. ArG zu erstatten sei.

4.2 Die Beschwerdeführerin rügt demzufolge nur sinngemäss, aber mit genügender Deutlichkeit, die für die Dauer eines Jahres angeordnete Dienstleistungssperre schränke sie in ihrer aktiven Dienstleistungsfreiheit ein und die auferlegte Dienstleistungssperre würde sie gegenüber innerstaatlichen schweizerischen Anbietern diskriminieren.

4.2.1 Art. 5 FZA räumt einem Dienstleistungserbringer (einschliesslich Gesellschaften) gemäss Anhang I das Recht ein, Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, deren tatsächliche Dauer 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet; gemäss Art. 17 Anhang I FZA sind Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet, untersagt (siehe dazu Urteil des EuGH vom 12. November 2009 C-351/08 *Grimme*, Slg. 2009 I-10777, Randnr. 41). Die kurzzeitige aktive Dienstleistungsfreiheit (so STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, S. 1318) ist somit insofern liberaler ausgestaltet als die Freizügigkeitsrechte, als dafür im Abkommen ein eigentliches Beschränkungsverbot stipuliert worden ist (THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD/ISABEL KÖLLIKER/RACHEL LIECHTI-MCKEE/MATTHIAS OESCH/TETYANA PAYOSOVA/DANIEL WÜGER, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 2014, S. 331). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die kurzzeitige aktive Dienstleistungsfreiheit schrankenlos wäre: Nach Art. 19 Anhang I FZA darf der Aufnahmestaat während dieser Zeit den Dienstleistungserbringern nach Massgabe der Anhänge I bis III des Abkommens nur nicht weniger günstige Bedingungen auferlegen, als sie für seine eigenen Angehörigen gelten (zit. Urteil des EuGH *Grimme*, Randnr. 42). Anerkannt ist, dass die kurzzeitige aktive Dienstleistungsfreiheit nur innerhalb der Schranken ausgeübt werden kann, welche das innerstaatliche Recht insbesondere zur Verhinderung von Sozial- und Lohndumping vorsieht (ausdrücklich Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA; BGE 140 II 447 E. 4.4 S. 452). Auszugehen ist davon (siehe Art. 22 Abs. 2 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 16 FZA), dass die Richtlinie 96/71/EG in Art. 5 die Mitgliedstaaten verpflichtet, geeignete (Abhilfe-)Massnahmen für den Fall der Nichteinhaltung dieser Richtlinie vorzusehen. Diese Bestimmung wurde auf ausdrückliche Anregung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses im Verlaufe des Gesetzgebungsprozesses eingeführt und fand die Zustimmung der Kommission (siehe der geänderte Vorschlag der Kommission vom 15. Juni 1993 für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung

von Dienstleistungen [COM/93/225/final], S. 4, S. 15). Die Wahl des geeigneten Instruments fällt in die Zuständigkeit der einzelnen Staaten; das Instrument hat jedoch wirksam, verhältnismässig und abschreckend zu sein und demjenigen zu entsprechen, welches auch im Falle rein innerstaatlicher Sachverhalte bei Verstössen gegen innerstaatliches Recht angewendet wird (zur inhaltlich unveränderten Rechtslage Mitteilung der Kommission vom 4. April 2006, Leitlinien für die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen [COM/2006/159/final], S. 12).

4.2.2 In Übereinstimmung mit der Richtlinie 96/71/EG zu Grunde liegenden Zielsetzung hat der Gesetzgeber in Art. 9 EntsG über die Möglichkeit hinaus, geringfügige Verstösse gegen Art. 2 EntsG mit einer Busse zu ahnden, das Instrument der Dienstleistungssperre eingeführt, womit der Einhaltung der gemäss Art. 2 EntsG im öffentlichen Interesse liegenden Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes Nachachtung verschafft werden soll; eine Busse allein verfügt deswegen nicht über dieselbe abschreckende Wirkung, weil diese grundsätzlich einfach in das für den Arbeitseinsatz geleistete Entgelt eingerechnet und (als preiserhöhendes Element) hingenommen werden könnte. Die im öffentlichen Interesse des Arbeitnehmerschutzes liegende Dienstleistungssperre von nur einem Jahr erweist sich angesichts dessen, dass die Sanktion bis zu fünf Jahre betragen kann und der Verstoss gegen Vorschriften von Art. 2 EntsG von den Beteiligten offenbar in Kauf genommen wurde (oben, E. 3.3.3), als eine zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignete und den Umständen angepasste, verhältnismässige (Abhilfe-)Massnahme.

4.2.3 Entgegen den Ausführungen in der Beschwerdeschrift wird die Beschwerdeführerin durch die verhängte (zeitlich beschränkte) Dienstleistungssperre auch nicht diskriminiert (Art. 2 FZA; vgl. dazu ausführlich BGE 140 II 447 E. 4.5 S. 452). Soweit sich die Beschwerdeführerin als Dienstleistungserbringerin auf diese Bestimmung berufen kann, ist ihr entgegenzuhalten, dass nach der im Interesse einer parallelen Rechtslage zu berücksichtigenden Rechtsprechung (oben, E. 2.2) Art. 2 FZA zwar vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung handelt, aber nicht generell und absolut jede Ungleichbehandlung von Staatsangehörigen einer der Vertragsparteien, die sich im Hoheitsgebiet der anderen Partei aufhalten, verbietet, sondern nur Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit, und das auch nur, soweit die Situation dieser Staatsangehörigen in den sachlichen Anwendungsbereich der Bestimmungen der Anhänge I bis III dieses Abkommens fällt (Urteil des EuGH vom 15. Juli 2010 C-70/09 *Hengartner* und *Gasser*, Slg. 2010 I-7233, N. 39). Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Schweiz nicht dem Binnenmarkt der Union beigetreten ist, mit dem alle Hindernisse beseitigt werden sollen, um einen nationalen Markt zu schaffen, der unter anderem die (vollständige) Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit umfasst (Urteil 9C_479/2008 vom 30. Dezember 2008 E. 6.2; ebenso zit. Urteil des EuGH *Hengartner* und *Gasser*, N. 41). In Be-

achtung dieser Vorgaben ist keine unzulässige Ungleichbehandlung mit innerstaatlichen Arbeitgebern auszumachen. Das innerstaatliche Recht sieht insbesondere für (vorsätzliche) Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit administrative (Art. 51 ff. ArG) und strafrechtliche (Art. 59 Abs. 1 lit. b ArG) Sanktionen vor, weshalb der Vorwurf einer Diskriminierung in diesem Punkt unbegründet ist. Die geltend gemachte Stufenfolge, welche nach Ansicht der Beschwerdeführerin im innerstaatlichen Recht bei Verstössen gegen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips zwingend, für Staatsangehörige der EU jedoch gar nicht zur Anwendung komme – administrative Verwarnung (Art. 51 Abs. 1 ArG), Verfügung unter Strafandrohung im Sinne von Art. 292 StGB (Art. 51 Abs. 2 ArG), Anzeige beim Strafrichter (Art. 59 ff. ArG) – findet im ArG keine Stütze; die administrativen Massnahmen im Sinne von Art. 51 ff. ArG sind nicht in dem Sinne gegenüber den strafrechtlichen Bestimmungen von Art. 59 ff. ArG subsidiär, als dass nach innerstaatlichem Recht die Eröffnung einer Strafverfolgung erst nach (erfolgloser) Ergreifung verwaltungsrechtlicher Massnahme möglich wäre (vgl. MÜLLER/MADUZ, Kommentar zum Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. Aufl. 2017, N. 3 zu Vorbem. zu Art. 59-62 ArG; anders noch zit. Botschaft ArG, BBl 1960 II 1008 f. und dazu MOREILLON/MATHIEU, Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, N. 1 zu Art. 59 ArG). Vielmehr besteht entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nach innerstaatlichem Recht die Möglichkeit, die (vorsätzliche) Verletzung von Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeit auch ohne vorgängige administrative Verwarnung strafrechtlich zu ahnden. Zutreffend ist freilich, dass das Verbot, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz Dienste anzubieten (Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG in der hier zeitlich anwendbaren Fassung) nur gegenüber ausländischen Arbeitgebern verhängt werden kann. Insoweit wird die Beschwerdeführerin wegen ihrer Staatsangehörigkeit schlechter behandelt als inländische Arbeitgeber, die in gleicher Weise gegen gegen das Arbeitsgesetz verstossen haben. Indessen bestehen zwischen Unternehmen, die in dem Staat niedergelassen sind, in dessen Hoheitsgebiet die Dienstleistung erbracht wird, und Unternehmen, die in einem anderen Staat niedergelassen sind und Erwerbstätige in den erstgenannten Staat entsenden, um dort eine Dienstleistung zu erbringen, objektive Unterschiede. Diese Unterschiede rechtfertigen unterschiedliche Massnahmen, um die Einhaltung der massgebenden Rechtsvorschriften kontrollieren zu können, sowie verhältnismässige Sanktionen, um die Einhaltung dieser Regeln zu gewährleisten (BGE 140 II 447 E. 5.4; Urteil des EuGH vom 3. Dezember 2014 C-315/13, *De Clercq*, Rdnr. 63 ff.). Die Ungleichbehandlung zwischen in- und ausländischen Arbeitgebern lässt sich damit rechtfertigen und verstösst deshalb nicht gegen Art. 2 FZA (BGE 140 II 447 E. 5.5 und 5.6). Die Beschwerde erweist sich daher auch in diesem Punkt als unbegründet.

5.

Ist die angeordnete Dienstleistungssperre von einem Jahr im Lichte der bundesgesetzlichen Vorschrift von Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG (wie dargelegt) gesetzesmässig, kann eine dagegen erhobene Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, insbesondere der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), angesichts der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen nicht gutgeheissen werden (Art. 190 BV; zum Anwendungsgebot BGE 136 II 120 E. 3.5.1 S. 130; siehe PIERRE TSCHANNEN, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, S. 54). Die Beschwerde erweist sich insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 31 mai 2017, Doss.-No 4A_35/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 5 décembre 2016 par la II^e^ Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg)

Art. 337 CO. Une résiliation immédiate met fin au contrat de travail en fait et en droit le jour même où elle est communiquée, qu'elle soit justifiée ou non, et qu'elle intervienne ou non pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (c. 4.1).
Art. 337d CO. L'abandon d'emploi survient lorsque le travailleur refuse consciemment, de façon intentionnelle et définitive, d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail qui lui a été confié. En ce cas, le contrat prend fin immédiatement, sans qu'une déclaration expresse soit nécessaire. Cette hypothèse doit être distinguée de celle où l'employeur invoque un juste motif de résiliation en raison de la demeure du travailleur (c. 4.2).
Art. 337 CO. L'absence injustifiée du travailleur – moyennant avertissement selon les circonstances – peut constituer un juste motif de résiliation par l'employeur (c. 4.3). En l'espèce, en ne se présentant pas aux deux entrevues qui devaient permettre d'organiser son travail jusqu'à l'échéance du contrat, l'employée a commis des manquements suffisamment graves pour que l'employeuse soit fondée à mettre un terme immédiat aux rapports de travail (c. 4.5).

Extraits des faits:

X. (ci-après: l'employée) a été engagée en qualité de professeur d'italien par la société Z. SA (ci-après: l'employeuse). Après avoir donné des cours d'été dans cet établissement du 1^er^ au 26 juillet 2013, l'employée y a enseigné de manière hebdomadaire dès la rentrée scolaire 2013, soit dès le 9 septembre 2013. Les parties ont signé un contrat de travail le 7 octobre 2013. L'employée s'est trouvée en incapacité de travail totale du 9 octobre 2013 au 13 janvier 2014, date de son accouchement. Elle a été remplacée par une personne engagée le 9 octobre 2013. Par courriel du 12 février

2014, l'employée a fait part à l'employeuse de son souhait de prendre un congé sans solde à l'issue de son congé maternité et de reprendre son activité professionnelle le 1er juillet 2014, comme aucune place n'était disponible à la crèche pour son enfant jusqu'à l'été. L'employeuse a accédé à cette demande le 17 février et a confirmé son accord le 20 mars 2014.

Par courriel du 22 avril 2014, l'employeuse a informé l'employée de sa décision de ne pas renouveler son contrat de travail, invoquant la nouvelle organisation mise en place suite à sa volonté de ne pas reprendre son activité à la fin du congé maternité et de bénéficier d'un congé sans solde jusqu'au 30 juin 2014. Par lettre recommandée du même jour, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le 31 juillet 2014. Le 15 mai 2014, l'employeuse a notifié une nouvelle résiliation pour le 31 août 2014, comme la précédente ne respectait pas le délai de protection prévu par l'art. 336c al. 1 let. c CO en cas de maternité. Le 30 mai 2014, l'employée a initié une procédure contre l'employeuse (cf. ci-dessous).

Le 12 juin 2014, l'employeuse a convoqué l'employée à un entretien fixé le 1er juillet 2014, dans le but d'organiser son temps de travail pour les mois de juillet et août 2014. Par courriel du 15 juin 2014, l'employée a fait part de son incompréhension et requis des explications au sujet de la reprise du travail le 1er juillet 2014, indiquant qu'elle pensait être libérée de toute prestation de travail puisqu'une personne la remplaçait. L'employeuse lui a répondu le 16 juin 2014 qu'elle ne l'avait à aucun moment exonérée de cette obligation, de sorte que l'employée restait tenue d'exercer son activité pour laquelle elle demeurait salariée durant les mois de juillet et août 2014; l'entretien du 1er juillet 2014 était donc maintenu. Par courriels des 17 et 18 juin 2014, l'employée a réitéré sa demande d'explications quant à l'entretien du 1er juillet 2014 en soutenant à nouveau qu'elle n'avait plus à fournir une quelconque prestation de travail, tandis que l'employeuse maintenait pour sa part qu'elle ne l'avait pas libérée de son obligation de travailler. La travailleuse ne s'est pas rendue à l'entretien. Par courrier du 1er juillet 2014, l'avocate de l'employeuse lui a signifié un avertissement pour abandon de poste et a fixé un second entretien pour le 3 juillet suivant, tout en l'avisant des conséquences en cas de récidive.

L'employée a maintenu, dans un courriel du 2 juillet 2014, qu'elle était libérée de toute obligation de fournir un travail dès lors que l'employeuse ne lui avait pas versé de salaire depuis la période de son congé sans solde. Le même jour, l'avocate de l'employeuse lui a confirmé tant son obligation de fournir sa prestation de travail que de se présenter à ce deuxième entretien, ce que l'intéressée n'a néanmoins pas fait.

Par courrier recommandé du 7 juillet 2014, l'employeuse a résilié le contrat de travail de l'employée avec effet immédiat pour juste motif, en se référant aux deux rendez-vous que celle-ci n'avait pas honorés et à l'avertissement qui lui avait été signifié.

En date du 18 mars 2015, l'employée a déposé une demande devant le Tribunal des prud'hommes de..., concluant en substance à ce que ledit Tribunal constate qu'elle avait été licenciée de façon discriminatoire le 15 mai 2014, qu'il annule le congé donné le 7 juillet 2014 et condamne l'employeuse à lui verser 17'200 fr. de salaire pour la période du 22 avril au 31 août 2014, plus 24'000 fr. d'indemnité pour licenciement discriminatoire, correspondant à six mois de salaire. L'employeuse a conclu reconventionnellement au versement d'un montant correspondant à une semaine de salaire. Statuant par jugement du 16 novembre 2015, le Tribunal des prud'hommes a considéré que les motifs du congé signifié le 15 mai 2014 étaient abusifs et discriminatoires au sens de l'art. 3 al. 1 et 2 LEg (loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes; RS 151.1); en vertu de l'art. 5 al. 2 LEg, il a condamné l'employeuse à verser une indemnité de 4'100 fr. plus intérêts à l'employée. Admettant en revanche que la résiliation avec effet immédiat signifiée le 7 juillet 2014 était justifiée, il a rejeté pour le surplus les prétentions de l'employée. L'employée a appelé de ce jugement. L'employeuse a déposé un appel joint. Par arrêt du 5 décembre 2016, le Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté l'appel principal dans la mesure de sa recevabilité et admis l'appel joint. Considérant que le congé donné avec effet immédiat le 7 juillet 2014 était justifié et qu'il annulait la résiliation ordinaire du 15 mai 2014, le Tribunal a entièrement rejeté la demande de l'employée. Il a confirmé le jugement entrepris, l'employée devant quant à elle verser 1'000 fr. à l'employeuse à titre de répétition de l'indu.

L'employée a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile visant à ce que l'employeuse soit condamnée à lui verser 32'800 fr. nets avec intérêts.

Extraits des considérants:

3.

L'employeuse a notifié un premier congé le 22 avril 2014 pour le 31 juillet 2014. Celui-ci était nul de par la loi dès lors qu'il était prononcé au cours des seize semaines suivant l'accouchement survenu le 13 janvier 2014 (art. 336c al. 1 let. c et al. 2 CO).

Après l'expiration de cette période de protection, une deuxième résiliation a été notifiée par pli du 15 mai 2014 pour le 31 août 2014. Quels que fussent ses griefs quant à la validité du congé et quant à l'échéance du contrat, l'employée restait tenue de fournir ses services dès la fin de son congé non payé – soit dès le 1er juillet 2014, selon l'arrêt attaqué – jusqu'à la fin du mois d'août. L'intéressée objecte que les parties s'étaient tacitement entendues sur un congé sabbatique à durée indéterminée, respectivement qu'elle pouvait de bonne foi penser qu'elle était déliée de son obligation de travailler. Ces griefs seront examinés plus loin (consid. 4.4).

L'employée a ensuite fait défaut aux deux rendez-vous que l'employeuse lui avait successivement fixés les 1er et 3 juillet 2014. Cette

dernière a alors résilié le contrat avec effet immédiat par courrier du 7 juillet 2014. L'employée plaide qu'elle doit être indemnisée pour ce congé injustifié et qu'il faut de surcroît tenir compte du caractère discriminatoire du congé signifié le 15 mai 2014.

4.

4.1 Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1). Constituent notamment 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 (al. 2). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas il ne peut considérer comme tel le fait que le travailleur a été sans sa faute empêché de travailler (al. 3).

Une telle résiliation met fin au contrat en fait et en droit le jour même où elle est communiquée, qu'elle soit justifiée ou non, et qu'elle intervienne ou non pendant une période de protection contre les licenciements en temps inopportun (ATF 117 II 270 consid. 3b; arrêts 4A_372/2016 du 2 février 2017 consid. 5.1.2 et 5.4; 4C.413/2004 du 10 mars 2005 consid. 2.4; dans le même sens s'agissant de la protection conférée par l'art. 10 LEg: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, p. 1152 n. 3; ADRIAN VON KAENEL, Die Entschädigung aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung nach Art. 337c Abs. 3 OR, 1996, p. 135-137).

Déterminer les motifs du congé est une question de fait (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 702 i.f.). Savoir s'il repose sur de justes motifs au sens de l'art. 337 CO relève du droit (arrêt 4A_419/2015 du 19 février 2016 consid. 2.1.1).

4.2 En l'occurrence, l'autorité précédente a analysé le congé du 7 juillet 2014 comme une «résiliation avec effet immédiat pour abandon de poste basée sur l'art. 337d CO». Elle a ainsi considéré que le motif du congé résidait dans le fait que l'employée ne s'était pas présentée aux deux rendez-vous fixés par l'employeuse.

L'employée objecte notamment qu'il s'agit d'un congé-rétorsion au sens de l'art. 10 LEg, permettant à l'employeuse de mettre un terme au contrat sans respecter ses obligations; celle-ci aurait exigé une prestation de travail par esprit de chicane, en réaction à la procédure déclenchée par l'employée. Pour autant, l'employée ne plaide pas que la cour cantonale aurait versé dans l'arbitraire en retenant que le congé était dû à ses défections aux entretiens fixés; il n'y a ainsi pas matière à rediscuter cette constatation de fait. Doit tout au plus être examinée la question juridique de savoir si ce double défaut constitue un juste motif de congé.

Cela étant, la cour cantonale évoque un abandon d'emploi au sens de l'art. 337d CO, qui est réalisé lorsque le travailleur refuse consciemment, de façon intentionnelle et définitive, d'entrer en service ou de poursuivre l'exécution du travail qui lui a été confié. En ce cas, le contrat prend fin immédiatement, sans qu'une déclaration expresse soit nécessaire;

l'employeur a le droit à une indemnité. Cette hypothèse doit être distinguée de celle où l'employeur invoque un juste motif de résiliation en raison de la demeure du travailleur (ATF 121 V 277 consid. 3a; 112 II 41 consid. 2). En l'occurrence, la cour cantonale n'a pas examiné si les conditions de l'art. 337d CO étaient réalisées, mais si le congé signifié par l'employeuse était sous-tendu par de justes motifs, ce à quoi elle a répondu par l'affirmative, sur la base des circonstances concrètes. L'employée conteste l'existence de justes motifs. C'est donc ce point précis qu'il convient d'examiner.

4.3 Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat. Un manquement moins grave ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement. Par manquement du travailleur, on entend généralement la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, portant sur le devoir de travailler ou le devoir de fidélité (ATF 130 III 28 consid. 4.1; 117 II 72 consid. 3).

L'absence injustifiée du travailleur – moyennant avertissement selon les circonstances – peut constituer un juste motif de résiliation par l'employeur (cf. ATF 108 II 301 consid. 3b p. 303).

Si le congé immédiat est injustifié, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé. Le juge peut en outre lui allouer une indemnité dont il fixera librement le montant en fonction des circonstances, mais qui ne pourra pas excéder six mois de salaire du travailleur (art. 337c al. 1 et 3 CO).

4.4 En l'occurrence, l'employée a fait défaut à deux rendez-vous successifs qui étaient destinés à organiser son travail entre la fin de son congé non payé et l'échéance du contrat résilié par l'employeuse.

L'employée tente de justifier ses manquements par deux arguments principaux: d'une part, elle conteste que les parties aient convenu d'une date précise pour la fin du congé non payé; d'autre part, elle soutient qu'elle pouvait de bonne foi se croire libérée du devoir de travailler.

Concernant l'accord sur une reprise du travail le 1er juillet 2014, l'employée fait observer qu'une telle date n'apparaît dans aucune des correspondances. Elle relève ainsi que dans son courriel du 17 février 2014, elle proposait de «reprendre [s]on travail à partir des cours d'été» sans faire référence à la date précitée; l'employeuse s'est ensuite contentée d'indiquer que sa remplaçante assurerait les cours «jusqu'à la fin de l'année scolaire». L'arrêt attaqué précise toutefois que l'année scolaire 2014 s'achevait à la fin juin 2014, et l'employée ne s'attache pas à démontrer en quoi cette constatation serait insoutenable. Elle ne prétend pas que la date du début des cours d'été lui était inconnue, et pour cause puisqu'elle en avait déjà donnés en 2013. Pour le surplus, l'employée ne prétend pas avoir proposé un congé non payé à durée indéterminée, de sorte qu'on ne voit pas comment l'employeuse aurait pu tacitement donner

son accord. Une telle conclusion ne s'impose pas même en tenant compte des extraits de correspondances invoqués par l'employée, qui figurent pour l'essentiel dans le jugement de première instance. Rien n'indique d'ailleurs que l'employée se soit prévalue d'un congé non payé à durée indéterminée lorsque l'employeuse lui a fixé un rendez-vous pour organiser son travail entre le 1er juillet et le 31 août 2014.

L'employée objecte ensuite qu'elle pouvait de bonne foi penser être déliée de son obligation de travailler, comme l'employeuse lui avait fait savoir que sa remplaçante assurerait l'enseignement des cours et qu'il était préférable pour les élèves de ne pas changer à nouveau de professeur pour les cours d'été. Cela étant, les premiers juges ont constaté que le cahier des charges de l'employée allait au-delà du seul enseignement de l'italien et incluait d'autres tâches que l'employée aurait pu exercer. L'autorité d'appel a jugé irrecevable le grief y relatif présenté par l'employée, en ajoutant par surabondance que la confection d'un livre de grammaire – tâche que l'employeuse disait vouloir confier à l'employée – entrait dans ledit cahier. L'employée ne formule pas de grief recevable contre cette double argumentation, ce qui exclut toute discussion. Il s'ensuit que le seul fait de confier l'enseignement de l'italien à la remplaçante de l'employée ne signifiait pas de facto que cette dernière était libérée du devoir de fournir des prestations en contrepartie de son salaire. Au demeurant, l'employeuse lui a rappelé son obligation de travailler à non moins de trois reprises, dans le cadre des correspondances ayant précédé les entrevues manquées des 1er et 3 juillet 2014. Lorsqu'elle objecte qu'elle ignorait à quelle tâche distincte de l'enseignement elle devait être affectée, l'employée ne convainc pas d'avantage. En effet, lesdites entrevues avaient précisément pour but d'organiser son travail. Quand bien même elle avait initié peu avant une procédure de conciliation consécutive au congé du 15 mai 2014, l'employée ne pouvait pas présupposer, sans même l'avoir entendue, que la partie adverse agissait par pur esprit de chicane et n'avait en réalité aucune tâche à lui confier. Quoi qu'elle en dise, l'employée ne se trouvait pas non plus dans une situation comparable à celle jugée dans l'affaire 4C.155/2005 du 6 juillet 2005, où la travailleuse avait refusé un changement d'affectation qui l'aurait réduite du poste de vendeuse à temps partiel à celui de préposée à la propreté. Quant au moyen tiré du fait que «le lien salarial» aurait été rompu auparavant, l'on ne sait exactement – faute de précision de l'employée à cet égard – s'il faut y voir l'expression d'une crainte de ne pas être rémunérée pour l'activité qu'elle devait déployer en juillet et août 2014, ce qui revêtirait un aspect antinomique puisque l'employée soutient parallèlement qu'elle était au bénéfice d'un congé non payé de durée indéterminée. Quoi qu'il en soit, il faudrait lui objecter que l'employeuse avait précisé qu'elle verserait son salaire durant ce laps de temps. Peu importe, dès lors, que la caisse de pension ait fait état de la sortie de l'assurée dans un courrier du 28 mai 2014 (cf. jgt de première instance, p. 10), sans expliquer que cette opération était due au congé non

payé et qu'il serait procédé à une réinscription à l'issue dudit congé. Pour le surplus, l'employée ne prétend pas que la partie adverse aurait été en retard dans le paiement de salaires échus (ATF 120 II 209 consid. 6a p. 212), ce qui prive définitivement son argument de tout fondement.

4.5 L'employée objecte encore qu'elle «n'aurait jamais fait mine de quitter son poste», respectivement qu'elle n'aurait pas opposé à l'employeuse un refus définitif de reprendre le travail. Il ne s'agit toutefois pas de savoir si l'employée a réalisé toutes les conditions d'un abandon de poste au sens de l'art. 337d CO, mais bien de déterminer si l'employeuse disposait d'un juste motif de mettre fin au contrat avec effet immédiat. Or, tel était bien le cas. En effet, l'employeuse a convoqué l'employée le 1er juillet 2014, premier jour après l'expiration du congé non payé, afin de discuter de l'organisation du travail jusqu'à la fin du contrat. L'employée n'avait objectivement pas de raison de considérer qu'elle était libérée de son obligation de travailler; qui plus est, elle avait obtenu l'assurance qu'elle toucherait son salaire. Elle ne s'est néanmoins pas présentée, ne serait-ce que pour prendre connaissance des intentions de l'employeuse, et a persisté après avoir reçu un avertissement en bonne et due forme. L'état de fait ne permet pas d'inférer qu'elle aurait été empêchée sans sa faute de se présenter aux deux entretiens, ni qu'elle aurait été empêchée sans sa faute de travailler pendant ces deux mois.

En définitive, la cour cantonale n'a pas enfreint le droit fédéral en retenant que l'employée était tenue de fournir ses services du 1er juillet au 31 août 2014 et qu'en ne se présentant pas aux deux entrevues qui devaient permettre d'organiser son travail jusqu'à l'échéance du contrat, l'employée a commis des manquements suffisamment graves pour que l'employeuse soit fondée à mettre un terme immédiat aux rapports de travail.

4.6 Le congé immédiat a été signifié pour de justes motifs, notion qui entre dans celle, plus large, de motif justifié au sens de l'art. 10 al. 1 LEg (GABRIEL AUBERT, in Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, 2011, n°37 ad art. 10 LEg; VON KAENEL, op. cit., p. 136 note 495). Le congé reposant sur un motif justifié, une des conditions cumulatives pour obtenir la protection conférée par l'art. 10 LEg fait défaut (RIEMER-KAFKA/ÜBERSCHLAG, in Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd. 2009, n°14 ad art. 10 LEg). Pour cette raison déjà, toute annulation du congé fondée sur cette disposition est exclue (cf. aussi consid. 4.1), tout comme l'octroi d'une indemnité pour congé-rétorsion (art. 10 al. 1 et 4 LEg).

En outre, compte tenu de l'effet immédiat du congé signifié le 7 juillet, les griefs relatifs au délai de congé sont privés d'objet.

4.7 L'employée prétend encore que le licenciement du 15 mai 2014 serait discriminatoire au sens de l'art. 3 al. 1 et 2 LEg et justifierait l'octroi d'une indemnité fondée sur l'art. 5 al. 2 LEg. A l'appui de sa thèse, elle se contente de citer un bref extrait du jugement de première instance qui concluait au caractère discriminatoire dudit congé et ne s'attache pas vérita-

blement à expliquer en quoi l'autorité précédente aurait violé l'art. 5 LEg en considérant qu'une telle indemnité ne pouvait pas être prononcée dans ce cas de figure. Le grief, insuffisamment motivé, est partant irrecevable.

4.8 Finalement, il est vain de discuter d'autres moyens de fait invoqués par la recourante, faute pour ceux-ci d'être relevants ou déterminants.

5.

Le contrat de travail ayant pris fin à réception de l'avis de résiliation immédiate du 7 juillet 2014, se pose la question de savoir si la recourante a droit au salaire dans l'intervalle compris entre le 1er juillet et la date de réception.

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; ATF 132 III 406 consid. 2.6; 115 V 437 consid. 5a; arrêt 4C.230/2005 du 1er septembre 2005 consid. 3.1). Partant, force est d'admettre, à l'instar des juges fribourgeois, que l'employée n'a droit à aucune rémunération pendant le laps de temps précité, durant lequel elle n'a fourni aucune prestation.

Bundesgericht, Urteil vom 2. Juni 2017, Doss.-Nr. 4A_699/2016 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts St. Gallen vom 26. Oktober 2016)

Rechtsfolgen einer ungültigen Aufhebungsvereinbarung. Wird von einer ungültigen Aufhebungsvereinbarung ausgegangen, gilt zu eruieren, ob die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis, wenn sie Kenntnis von der Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung gehabt hätte, den Arbeitnehmer ordentlich oder fristlos entlassen hätte. Je nachdem kann der Arbeitnehmer entweder seinen Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist verlangen, oder Schadenersatz und eine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 1 und 3 OR, wobei die Beweislast, dass die Arbeitgeberin eine fristlose Kündigung ausgesprochen hätte, in diesem Fall beim Arbeitnehmer liegt (E. 2.2).
Alleine aus der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis nach dem Aufhebungsvertrag per sofort beendigt werden sollte, kann nicht auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die fristlose Kündigung geschlossen werden. Zu prüfen ist vielmehr, welche Schutzbestimmungen durch den unzulässigen Aufhebungsvertrag umgangen werden (E. 2.3).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmerin; Beschwerdeführerin) arbeitete seit dem 1. September 2011 als Geschäftsführerin in einer Coiffeur-Filiale der B. GmbH (Arbeitgeberin; Beschwerdegegnerin) in U. Am Morgen des 26. August 2014 kam es zwischen ihr und dem Geschäftsführer der Arbeit-

geberin zu einer verbalen Auseinandersetzung, die von den anderen Angestellten und auch von der Kundschaft wahrgenommen werden konnte. In einem nahegelegenen Café, wohin sich die Streitenden daraufhin begaben, setzte der Geschäftsführer handschriftlich eine Vereinbarung auf. Gemäss dieser wurde das Arbeitsverhältnis unter «Einhaltung des Restferienguthabens» per sofort aufgelöst. Unmittelbar im Anschluss packte die Arbeitnehmerin auf Anweisung des Geschäftsführers ihre persönlichen Sachen, gab den Schlüssel ab und verliess die Filiale. Sie wurde vom Arzt ab dem 28. August 2014 zu 100% arbeitsunfähig geschrieben.

Nach erfolgloser Schlichtung gelangte die Arbeitnehmerin an das Kreisgericht St. Gallen und verlangte Fr. 27'970.- nebst Zins. Das Kreisgericht sprach ihr Fr. 9'044.30 nebst Zins zu. Mit Berufung an das Kantonsgericht St. Gallen verlangte sie von der Arbeitgeberin Fr. 22'698.25, während diese mit Anschlussberufung die Abweisung der Klage beantragte. Am 26. Oktober 2016 wies das Kantonsgericht sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung ab.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Arbeitnehmerin dem Bundesgericht, den Entscheid des Kantonsgerichts aufzuheben, und sie wiederholt das vor Kantonsgericht gestellte Begehren.

Aus den Erwägungen:

1.

(…)

1.2 Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substanziiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18).

2.

Die Vorinstanz erachtete die Aufhebungsvereinbarung für ungültig. Sie hielt fest, gemäss Lehre und Rechtsprechung sei unklar, wie im Falle einer unzulässigen Aufhebungsvereinbarung zu verfahren sei. Sie hielt im zu beurteilenden Fall die Annahme der Nichtigkeit der Kündigung aus praktischen Überlegungen nicht für sachgerecht. Für die Frage, ob nach den Bestimmungen von Art. 337 ff. OR (fristlose Kündigung) oder nach Art. 336 ff. OR (ordentliche Kündigung) zu verfahren sei, stellte das Kantonsgericht darauf ab, was die Beschwerdegegnerin ursprünglich beabsich-

tigt habe. In der Parteibefragung habe sich der Geschäftsführer dahingehend geäussert, er habe beabsichtigt, ordentlich zu kündigen und die Beschwerdeführerin während der Kündigungsfrist in eine andere Filiale (in V.) zu versetzen, was nachvollziehbar erscheine. Da die Beschwerdeführerin indessen nicht in V. habe arbeiten wollen – wobei ihr die Existenz einer entsprechenden Klausel im Arbeitsvertrag zum damaligen Zeitpunkt aber womöglich gar nicht bewusst gewesen sei – sei es zum Aufhebungsvertrag gekommen. Dieser sei ungültig gewesen, weil er nur einen beschränkten Interessenausgleich beinhaltet und der Beschwerdeführerin keine Bedenkzeit eingeräumt habe. Da dem Arbeitnehmer der Nachweis obliege, dass eine fristlose Kündigung angestrebt gewesen sei, und dieser Beweis nicht erbracht werden könne, sei von einer ordentlichen Kündigung auszugehen, so dass die Bestimmungen von Art. 336 ff. OR zur Anwendung gelangten. Die Vorinstanz sprach der Beschwerdeführerin Fr. 4'200.- Lohnfortzahlung September 2014, Fr. 4'200.- als Entschädigung für missbräuchliche Kündigung (Art. 336a OR) sowie Fr. 644.30 Überstundenentschädigung zu.

2.1 Die Beschwerdeführerin hält die Folgerung, wonach die Auflösungsvereinbarung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten sei, nicht für nachvollziehbar. Es müsse von einer fristlosen Kündigung (Art. 337c OR) ausgegangen werden. Mit der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses seien sämtliche negativen Wirkungen einer fristlosen Kündigung eingetreten: Die Arbeitnehmerin sei von einem Tag auf den anderen völlig unbegründet ohne Arbeitsverhältnis und ohne Einkünfte dagestanden. Sie sei am Boden zerstört gewesen und habe sich zunächst orientieren müssen und keine Gelegenheit gehabt, während einer ordentlich laufenden Kündigungsfrist mit Lohnsicherheit nach einer neuen Anstellung zu suchen. Sie weist auf die gravierenden Konsequenzen hin, welche die Aufhebungsvereinbarung für sie gehabt habe (Einstellung der Taggeldzahlungen durch die Arbeitslosenkasse für 60 Tage, Notwendigkeit, sich Geld zu leihen und das Auto zu verkaufen). Soweit sie dabei aber über die Feststellungen im angefochtenen Entscheid hinausgeht, ist sie mangels substanziierter Sachverhaltsrüge nicht zu hören.

2.2 Die Vorinstanz ging trotz der Ungültigkeit des Aufhebungsvertrages nicht von einer Nichtigkeit der Kündigung aus. In diesem Punkt wird der angefochtene Entscheid vor Bundesgericht von keiner Partei beanstandet, so dass auf die Frage nach einem allfälligen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses (vgl. RUDOLPH, Aufhebungsvertrag im Arbeitsrecht: Königsweg mit Absturzgefahr, in: Plädoyer 2017 1 S. 32 ff. 35) nicht zurückzukommen ist. Ob eine ordentliche oder eine fristlose Kündigung anzunehmen ist, beurteilt sich danach, ob der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, wenn er Kenntnis von der Ungültigkeit der Aufhebungsvereinbarung gehabt hätte, ordentlich oder fristlos aufgelöst hätte. Je nachdem kann der Arbeitnehmer entweder seinen Lohn bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist verlangen, oder Schadenersatz und eine Entschädigung nach

Art. 337c Abs. 1 und 3 OR, wobei die Beweislast, dass der Arbeitgeber eine fristlose Kündigung ausgesprochen hätte, in diesem Fall beim Arbeitnehmer liegt (Urteile des Bundesgerichts 4A_364/2016 vom 31. Oktober 2016 E. 3.2; 4A_495/2007 vom 12. Januar 2009 E. 4.3.1.2 mit Hinweisen; VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, SPR, Bd. VII/4, 4. Aufl. 2014, S. 358 f. § 24 Rz. 201; PORTMANN, Der Aufhebungsvertrag im Individualarbeitsrecht, in: Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme: Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, 2002, S. 369).

2.3 Alleine aus der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis nach dem Aufhebungsvertrag per sofort beendigt werden sollte, kann nicht auf die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die fristlose Kündigung geschlossen werden. Zu prüfen ist vielmehr, welche Schutzbestimmungen durch den unzulässigen Aufhebungsvertrag umgangen werden (PORTMANN, a.a.O., S. 368 f.). Im Einklang mit der zitierten Lehre und Rechtsprechung (vgl. E. 2.2 hiervor) hat die Vorinstanz auf die ursprüngliche Absicht der Arbeitgeberin abgestellt. Den Nachweis, dass eine fristlose Kündigung beabsichtigt gewesen wäre, sah sie nicht als erbracht an. Mit dieser Argumentation setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander. Insoweit ist die Beschwerde nicht rechtsgenüglich begründet (Art. 42 Abs. 2 BGG; BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Im übrigen hat die Vorinstanz die ordentliche Kündigung als missbräuchlich angesehen und dabei (und damit auch bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 336a OR) berücksichtigt, dass der Geschäftsführer versuchte, die Beschwerdeführerin dazu zu bringen, mit einer Saldoklausel auf verschiedene ihr zustehende Ansprüche zu verzichten. Damit hat die Beschwerdeführerin auch bei Annahme einer ordentlichen Kündigung Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 336a Abs. 1 OR), wobei die in Art. 336a Abs. 2 OR (missbräuchliche ordentliche Kündigung) und in Art. 337c Abs. 3 OR (ungerechtfertigte fristlose Entlassung) geregelten «Entschädigungen» in ihrer Rechtsnatur übereinstimmen und denselben Zweck verfolgen (BGE 123 III 391 E. 3a S. 391 mit Hinweis). Bei Annahme einer ordentlichen Kündigung stehen der Beschwerdeführerin zudem, wie sie selbst anerkennt, dieselben Ansprüche zu, die sie bei einer ungerechtfertigten fristlosen Entlassung nach Art. 337c Abs. 1 OR als Ersatz dessen verlangen könnte, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendigt worden wäre. Insoweit stellen sich im zu beurteilenden Fall unabhängig von der Qualifikation der Kündigung weitgehend dieselben Fragen.

3.

Die Beschwerdeführerin beanstandet, sie habe vor Kreisgericht geltend gemacht, es sei ihr nicht der volle Arbeitsmonat September 2011 ausbezahlt, sondern ein Teil des Lohnes zurückgehalten worden. Die Arbeitgeberin habe ein Lohnsystem gehabt, welches den Lohn vom 20. des Vormonats bis zum 20. des Auszahlungsmonats berechnet habe. Die Beschwerdeführerin habe ihre Stelle am 1. September angetreten, weshalb ihr im September lediglich

ein Teil des Lohnes ausbezahlt worden sei – bis 20. September, insgesamt Fr. 2'672.75. Im Oktober 2011 sei ihr dann der Lohn vom 20. September 2011 bis 20. Oktober 2011 ausbezahlt worden usw. Im August 2014 sei schliesslich der Lohn für die Zeit vom 20. Juli 2014 bis 20. September [sic] 2014 ausbezahlt worden. Nachdem die Aufhebungsvereinbarung am 26. August 2016 [sic] unterzeichnet worden sei, seien ihr noch Fr. 763.65 ausbezahlt worden – bis 26. August 2016 [sic]. Es werde nicht, wie von der Vorinstanz ausgeführt, verlangt, ihr Lohn für die Periode 21. bis 31 August 2011 zuzusprechen, jedoch sei der volle Lohn vom 1. September 2011 bis 30. September 2014 zu bezahlen. Es bestehe ein Restanspruch von Fr. 763.65.

3.1 Die Beschwerdeführerin hat nach ihren eigenen Angaben vor Kreisgericht geltend gemacht, es sei ihr nicht der volle Arbeitsmonat September 2011 ausbezahlt, sondern ein Teil des Lohnes zurückgehalten worden. Entsprechend hat die Vorinstanz Feststellungen dazu getroffen, welche Lohnzahlungen die Beschwerdeführerin zu Beginn ihres Arbeitsverhältnisses erhalten hat. Gestützt darauf hat sie den erhobenen Vorwurf für unbegründet erachtet. Über die Auszahlungen am Ende des Arbeitsverhältnisses fehlen Feststellungen im angefochtenen Entscheid. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass sie die entsprechenden Behauptungen schon vor der Vorinstanz prozesskonform erhoben hätte. Daher können sie nicht berücksichtigt werden (vgl. E. 1.2 hiervor).

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 juin 2017, Doss.-No 1B_88/2017 (Rejet du recours en matière pénale interjeté contre la décision de l'Office régional du Ministère public du Bas-Valais du 9 février 2017)

La demande de récusation d'un inspecteur de l'emploi ne doit pas être adressée au Ministère public cantonal, mais à l'autorité administrative compétente soit, dans le canton du Valais, au Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail. En effet, les inspecteurs de l'emploi ne sauraient être assimilés à des policiers ou à des autorités de poursuite pénale quand bien même ils disposent de pouvoirs d'investigations importants dans le cadre des contrôles et des enquêtes qu'ils sont chargés d'effectuer (c. 3).

Extraits des faits:

Le 12 novembre 2015, l'inspecteur de l'emploi B. s'est rendu avec un collègue au Bouveret pour procéder à un contrôle du chantier de construction d'une villa à ossature bois sur une parcelle dont C. et A. sont propriétaires. Il a constaté la présence sur place de cinq travailleurs détachés estoniens, dont la mission n'avait pas été annoncée, et d'un ressortissant rou-

main occupé au pavage de la route d'accès à la villa, qui ne disposait d'aucune autorisation de travail.

Le 23 décembre 2015, A. a sollicité la récusation de l'inspecteur B. en raison de son comportement sur les lieux et de divers manquements aux règles de procédure.

Le 20 janvier 2016, le Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail n'est pas entré en matière aux motifs que les règles de procédure avaient été en tout point respectées et que le comportement des deux inspecteurs, lors de leur passage sur le chantier, était en parfaite adéquation avec la situation constatée. Le 11 mars 2016, A. a réitéré sa demande de récusation en raison des menaces que l'inspecteur B. avait prétendument proférées le jour même par téléphone à son égard et qui venaient s'ajouter aux autres motifs déjà évoqués. Le 17 mai 2016, le Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail lui a répondu qu'il n'y avait pas lieu d'entrer en matière parce que les inspecteurs de l'emploi ne rendaient ni ne préparaient de décisions au sens de l'art. 10 la loi cantonale sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RS/VS 172.6) et que leur mission consistait à consigner leurs constatations dans un procès-verbal et à le communiquer aux autorités spéciales mentionnées à l'art. 9 de la loi fédérale sur le travail au noir (LTN; RS 822.41). Il l'informait du fait qu'il procéderait aux vérifications prévues par la loi et a joint en annexe une convocation pour le 31 mai 2016. A l'issue de cette audition, A. a renouvelé sa demande de récusation de l'inspecteur B.. Elle en a précisé les motifs dans les déterminations sur les conclusions du rapport de l'inspection cantonale de l'emploi qu'elle a adressées le 30 janvier 2017 à l'Office régional du Ministère public du Bas-Valais. Le 9 février 2017, le Ministère public s'est déclaré incompétent pour statuer sur une éventuelle requête de récusation d'un inspecteur du Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail.

Par acte du 13 mars 2017, A. a déposé un recours en matière pénale contre cette décision en demandant au Tribunal fédéral principalement de renvoyer le dossier au Ministère public pour instruction et décision sur sa requête de récusation et subsidiairement d'admettre celle-ci, sous suite de frais et dépens.

Extraits des considérants:

2.

Le Ministère public s'est déclaré incompétent pour statuer sur la requête de récusation de l'inspecteur B. aux motifs que les inspecteurs du Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail ne sont pas considérés comme des policiers au sens de l'art. 15 CPP, sont soumis à la loi fédérale sur le travail au noir et à la loi cantonale sur la pro-

cédure et la juridiction administratives et n'appliquent donc pas les principes du code de procédure pénale.

Le recourant conteste cette appréciation. Il estime que les inspecteurs de l'emploi effectuent leur mission en qualité d'autorité de poursuite pénale au sens de l'art. 17 CPP, relevant qu'ils disposent de pouvoirs d'investigation très proches de ceux de la police au vu de l'art. 7 LTN, qu'ils sont la seule autorité à écouter le travailleur étranger et qu'en vertu de l'art. 69 al. 2 de la loi cantonale sur le travail (LcTr; RS/VS 822.1), ils participent à la procédure pénale subséquente en qualité de dénonciateurs.

3.

Sont des autorités de poursuite pénale au sens de l'art. 12 CPP la police, le ministère public et les autorités pénales compétentes en matière de contraventions. Il revient à la Confédération et aux cantons de désigner celles de leurs autorités qui assumeront les fonctions des autorités pénales ainsi que d'en arrêter la dénomination (art. 14 al. 1 CPP). La notion de police au sens de l'art. 15 CPP se comprend de manière fonctionnelle. Il appartient aux cantons de définir les autorités ou les personnes qui revêtent cette qualité ou qui disposent de compétences de police. La législation d'exécution doit être claire à ce sujet (ANDREAS J. KELLER, in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Strafprozessordnung (StPO), 2016, n. 2 ad art. 15 CPP, p. 130). En Valais, les fonctions de police judiciaire sont exercées par la police cantonale et la police communale (cf. art. 4 et 5 de la loi valaisanne d'application du Code de procédure pénale suisse [LACPP; RS/VS 312.0]). L'art. 1 er al. 3 LACPP réserve la législation cantonale spéciale. Ainsi, l'art. 29 de la loi valaisanne sur la chasse dispose que les membres assermentés du service et les agents de police ont qualité de fonctionnaires de la police judiciaire (al. 1) et que, pour la poursuite des infractions, ils appliquent les dispositions du Code de procédure pénale concernant la police judiciaire et l'instruction, ainsi que celles du règlement d'exécution de la loi sur la police cantonale traitant des modes d'intervention (al. 2). La loi cantonale sur la pêche connaît une réglementation analogue (art. 16 al. 3). On cherche en revanche en vain pareille disposition dans la loi valaisanne d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir (LALDétLTN; RS/VS 823.1) qui permettrait d'assimiler les inspecteurs de l'emploi à des agents de police.

L'Inspection cantonale de l'emploi est l'organe de contrôle cantonal en matière de travail au noir selon la loi fédérale sur le travail au noir (art. 8 let. b de l'ordonnance de la loi d'application de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de la loi fédérale sur le travail au noir) et exerce les compétences de contrôle dévolues au Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail (art. 4 al. 3 LALDétLTN). A ce titre, il établit les rapports de contrôle et d'enquête et les transmet aux autorités spéciales compétentes (let. a). Il transmet au Ministère public, dans le cadre de l'application de la LTN, les dossiers relatifs à des infractions poursuivies d'office

(let. b). Les inspecteurs de l'emploi ne sont pas des agents de la force publique et ne sont pas habilités à prendre des mesures portant atteinte à la liberté des personnes contrôlées (art. 7 al. 2 LTN; Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002, FF 2002 p. 3417) même si, dans le cadre de leur mission, ils peuvent pénétrer dans une entreprise ou dans tout autre lieu de travail pendant les heures de travail des personnes qui y sont employées, exiger les renseignements nécessaires des employeurs et des travailleurs, consulter ou copier les documents nécessaires, contrôler l'identité des travailleurs ainsi que les permis de séjour et de travail (art. 7 al. 1 let. a à e LTN).

Une compétence du ministère public sur la base de l'art. 59 al. 1 let. a CPP aurait pu être envisagée si l'inspecteur de l'emploi agissait sur mandat du procureur à l'instar de la police, ce qui n'est pas le cas. Les inspecteurs de l'emploi effectuent leur mission en toute indépendance et en dehors de toute procédure pénale. Tant le Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail que le Procureur ont retenu qu'ils n'étaient pas soumis aux règles du code de procédure pénale mais à celles de la LPJA dans l'exécution de leur mission pour ce qui concerne l'établissement des faits et la recourante ne parvient pas à démontrer en quoi cette constatation serait arbitraire et contraire au droit. La poursuite et la sanction des infractions aux règles de la loi sur les travailleurs détachés et de la loi sur le travail au noir constatées par les inspecteurs de l'emploi relèvent de la compétence du Service de protection des travailleurs et des relations du travail (art. 4 al. 1 et 15 LALDétLTN). Cela étant, les inspecteurs de l'emploi ne sauraient être assimilés à des policiers ou à des autorités de poursuite pénale quand bien même ils disposent de pouvoirs d'investigations importants dans le cadre des contrôles et des enquêtes qu'ils sont chargés d'effectuer et doivent pour ce motif pouvoir être récusés (cf. arrêt 1C_33/2013 du 19 mai 2014 consid. 3.4, qui concernait l'Office de l'inspection et des relations du travail du canton de Genève). Le recourant ne démontre pas davantage que les inspecteurs de l'emploi, à l'instar de l'Office vétérinaire cantonal (cf. art. 52 al. 2 de la loi valaisanne d'application de la loi fédérale sur la protection des animaux [LALPA; RS/VS 455.1]), puissent être assimilés à une autorité pénale compétente en matière de contravention au sens de l'art. 17 CPP. L'art. 68 al. 1 LcTr confie au Service de protection des travailleurs et des relations du travail la tâche de réprimer les contraventions prévues par la législation fédérale et cantonale et leurs dispositions d'exécution. Il importe à cet égard peu que les inspecteurs de l'emploi puissent participer à la procédure pénale subséquente en qualité de dénonciateurs, et non en qualité de partie plaignante comme indiqué à tort sur la page de garde du dossier, en vertu de l'art. 69 LcTr.

Cela étant, en se déclarant incompétent pour statuer sur la demande de récusation de l'inspecteur de l'emploi B., le Ministère public n'a pas violé le droit fédéral ni fait une interprétation arbitraire du droit cantonal. Contrairement à ce que semble croire la recourante, cela ne signifie pas que

la récusation d'un inspecteur de l'emploi ne puisse pas être demandée, mais la requête doit être adressée à l'autorité administrative compétente soit, à première vue, au Service cantonal de protection des travailleurs et des relations du travail.

Tribunal fédéral, Arrêt du 15 juin 2017, Doss.-No 4A_671/2016 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel, Cour d'appel civile, du 25 octobre 2016)

Lorsque l'employeur résilie le contrat de travail du travailleur, les prétentions de celui-ci sont soumises, selon les cas, à un délai de prescription ou à un délai de péremption. Le délai de prescription est interrompu (art. 135 ch. 2 CO), respectivement le délai de péremption est respecté (art. 64 al. 2 CPC), lorsque l'employé ouvre action en justice (c. 2.1).
Art. 5 al. 3 Cst. fédérale. Les parties ne doivent subir aucun préjudice en raison d'une indication inexacte des voies de droit. Seul peut toutefois bénéficier de la protection de la bonne foi celui qui ne pouvait pas constater l'inexactitude de la voie de droit indiquée, même avec la diligence qu'on pouvait attendre de lui. Il s'agit d'un principe général, dont le champ d'application n'est pas limité aux lois le consacrant expressément. Cependant, une fausse indication ne saurait créer une voie de droit inexistante (c. 3.2.1).
In casu, l'indication d'un délai d'un mois pour réintroduire la demande avec effet à la date du premier dépôt de l'acte ne satisfait pas aux conditions de l'art. 63 CPC. L'indication erronée de ce délai ne saurait avoir pour effet de créer une possibilité de litispendance rétroactive qui n'existe pas légalement. Les conditions pour une protection de la bonne foi ne sont pas réalisées. C'est donc à tort que la cour cantonale a considéré que la nouvelle demande avait été déposée en temps utile (c. 3.2.2).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 31 octobre 2011, Z. a été engagé en qualité d'employé logistique pour une durée indéterminée par X. SA. L'employeuse a résilié le contrat le 28 janvier 2012, avec effet au 31 mars 2012. Ultérieurement, par courrier du 16 mars 2012, elle a admis le report du terme de la résiliation ordinaire au 30 avril 2012 en raison d'arrêts-maladie de l'employé. L'employé ayant adressé un courrier électronique injurieux aux représentants de l'employeuse dans la nuit du 20 au 21 mars 2012, celle-ci a résilié le contrat de travail avec effet immédiat le 21 mars 2012.

Par requête du 12 mars 2012, déposée donc avant que ne lui soit notifiée la résiliation immédiate de son contrat de travail, l'employé (demandeur), agissant seul, a requis le «Tribunal des prud'hommes «de Neuchâtel de condamner son employeuse (défenderesse) au paiement de six mois de salaire à titre d'indemnité pour licenciement abusif et, subsidiairement, au paiement de dommages-intérêts pour préjudice moral. Cette requête a été traitée comme une requête de conciliation. La procédure de conciliation ainsi introduite s'est poursuivie. Dans sa détermination du 26 mars 2012 sur la requête de conciliation, la défenderesse a indiqué qu'elle avait depuis lors licencié le demandeur avec effet immédiat le 21 mars 2012, si bien qu'elle a contesté la prétention de l'employé relative aux salaires de mars et avril 2012. L'audience de conciliation tenue le 26 avril 2012 a porté sur l'ensemble des circonstances de la rupture du contrat de travail. La conciliation ayant échoué, la Chambre de conciliation du Littoral et du Val-de-Travers a délivré à l'employé le 26 avril 2012 une autorisation de procéder portant sur les montants de 24'000 fr. bruts (six mois de salaire) à titre d'indemnité pour licenciement abusif, de 4'500 fr. nets pour le salaire du mois de mars 2012 et de 3'700 fr. bruts pour le salaire du mois d'avril 2012, soit au total 32'200 fr.

Par requête succincte adressée le 1er mai 2012 au Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, l'employé a conclu à la condamnation de son employeuse à lui payer le montant total de 34'211 fr.35. La procédure ordinaire étant applicable à la cause, l'employé a été invité par le juge à déposer une demande conforme à l'art. 221 CPC, dans un délai au 31 mai, prolongé par la suite au 25 juin 2012 (art. 132 al. 1 CPC), sous peine d'irrecevabilité de sa demande. L'employé, probablement assisté sur le plan juridique, a déposé sa demande le 22 juin 2012, concluant au paiement de 32'200 fr., comme devant la Chambre de conciliation. Statuant sur appel contre la décision incidente du Tribunal régional du 22 août 2012, qui avait admis la recevabilité de la demande, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois a déclaré celle-ci irrecevable par arrêt du 5 mars 2013, les exigences de l'art. 221 CPC, applicables à la rédaction de la demande en procédure ordinaire, n'étant pas remplies. La cour cantonale a toutefois précisé au demandeur qu'il disposait d'un délai d'un mois à compter de la notification de l'arrêt pour introduire une nouvelle demande valable en la forme (art. 63 CPC).

Par l'intermédiaire d'un mandataire, l'employé a déposé une nouvelle demande le 9 avril 2013 devant le Tribunal régional, dans laquelle il a modifié ses conclusions et leur fondement: se basant sur la résiliation immédiate prétendument injustifiée du 21 mars 2012, il réclame les montants de 9'323 fr. 85 bruts pour licenciement immédiat injustifié (la première résiliation étant nulle, car intervenue pendant une période de protection légale) et de 11'100 fr. nets (trois mois de salaire à titre d'indemnité selon l'art. 337c al. 3 CO), avec intérêts. La valeur litigieuse étant ainsi réduite à moins de 30'000 fr., il a invoqué l'application de la procédure simplifiée

des art. 243 ss CPC et la dispense de frais judiciaires. La procédure a été limitée à la question de la recevabilité de cette demande. L'employeuse défenderesse a conclu à l'irrecevabilité de cette nouvelle demande, dès lors qu'elle avait été modifiée par rapport à la demande initiale et que cela entraînait le remplacement de la procédure ordinaire par la procédure simplifiée.

Par décision du 6 novembre 2015, le Tribunal régional a admis la recevabilité de la demande. En bref, il a considéré que les conditions de l'art. 227 CPC, applicable par analogie, étaient réalisées, un lien de connexité existant entre les prétentions puisqu'elles découlent toutes du même rapport de travail; il a exclu l'application de l'art. 63 CPC. Statuant sur l'appel de la défenderesse par arrêt du 25 octobre 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal neuchâtelois l'a rejeté et a confirmé la décision précitée du 6 novembre 2015. Elle a examiné d'abord si les conditions de l'art. 227 CPC étaient remplies, ce qu'elle a admis, a exclu ensuite que l'art. 63 CPC puisse s'appliquer et, enfin, a considéré que, dans son arrêt du 5 mars 2013, elle avait appliqué à tort l'art. 63 CPC en lieu et place de l'art. 132 CPC; la cour cantonale a donc admis l'application de cette disposition, qui peut l'être plusieurs fois, à défaut de quoi le demandeur serait exposé à ne plus pouvoir invoquer l'art. 336b al. 2 CO, et ce de manière contraire à la bonne foi.

La défenderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 25 octobre 2016, concluant à sa réforme en ce sens que la demande du 9 avril 2013 soit déclarée irrecevable.

Extraits des considérants:

2.

Lorsque l'employeur résilie le contrat de travail du travailleur, les prétentions de celui-ci sont soumises, selon les cas, à un délai de prescription ou à un délai de péremption.

2.1 Le délai de prescription est interrompu (art. 135 ch. 2 CO), respectivement le délai de péremption est respecté (art. 64 al. 2 CPC; arrêt 4A_560/2015 du 20 mai 2016 consid. 4.1.2; ATF 130 III 515 consid. 3 p. 517), lorsque l'employé ouvre action en justice. Sous réserve des exceptions prévues par les art. 198 et 199 CPC, l'action doit être ouverte par une requête de conciliation (art. 197 CPC); celle-ci crée aussi la litispendance (art. 62 al. 1 CPC; sur les notions d'ouverture d'action et de litispendance, cf. ATF 142 III 782 consid. 3.1.3). En cas d'échec de la conciliation, l'autorité de conciliation délivre une autorisation de procéder (ATF 139 III 273 consid. 2.1); le demandeur doit suivre en cause en introduisant sa demande devant le tribunal dans le délai de péremption fixé par l'art. 209 al. 3 et 4 CPC. Il s'agit d'un délai de péremption d'instance, qui est soumis aux règles de calcul du CPC; à son échéance, l'autorisation de procéder,

qui est une condition de recevabilité de la demande, est périmée (art. 59 CPC; ATF 139 III 273 consid. 2.1).

En règle générale, le délai de péremption d'instance est de trois mois à compter de la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 CPC). Ce délai de péremption d'instance est sauvegardé, et la litispendance perdure, si la demande est introduite en temps utile devant le tribunal, et ce même si l'une ou l'autre des conditions de recevabilité de celle-ci ne sont pas réunies. Si elle est affectée d'un vice de forme, le tribunal fixe un délai à son auteur pour la rectifier (art. 132 al. 1 CPC).

2.2 Le tribunal statue sur la recevabilité de la demande et, si le délai de péremption d'instance n'est pas respecté ou d'autres conditions de recevabilité ne sont pas réunies, il prononce l'irrecevabilité de la demande (art. 59 al. 1 CPC; ATF 139 III 273 consid. 2).

Lorsque le tribunal a prononcé l'irrecevabilité de la demande, il est dessaisi de la cause (ATF 139 III 120 consid. 2). Sa compétence relativement à celle-ci s'est éteinte; il ne peut donc plus modifier sa décision, sauf lorsqu'il est saisi d'une demande de révision (art. 328 ss CPC), d'une requête d'interprétation ou de rectification (art. 334 CPC) ou encore d'une requête de restitution de délai (art. 148 CPC) (ATF 139 III 120 consid. 2). En principe, seules les décisions sur le fond (Sachentscheide) sont revêtues de l'autorité de la chose jugée (matérielle); les décisions d'irrecevabilité ont tout au plus l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne la question de recevabilité tranchée (ATF 115 II 187 consid. 3a; 134 III 467 consid. 3.2).

2.3 En vertu de l'art. 63 al. 1 et 2 CPC, si la demande est retirée par le demandeur ou si elle est déclarée irrecevable pour cause d'incompétence du tribunal ou encore si elle n'a pas été introduite selon la procédure prescrite, le demandeur dispose d'un délai d'un mois dès le retrait ou le prononcé d'irrecevabilité pour la réintroduire devant le tribunal ou l'autorité de conciliation compétent, avec pour effet que l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de la demande (sur le point de départ de ce délai, cf. ATF 138 III 610 consid. 2). Cette règle de litispendance rétroactive a pour effet que le délai de prescription ou de péremption du droit matériel est interrompu, respectivement sauvegardé à la date du dépôt de la demande initiale. Contrairement à ce qui prévalait sous l'empire de l'art. 139 aCO, l'art. 63 CPC ne s'applique pas lorsque font défaut d'autres conditions de recevabilité; les vices de forme doivent être rectifiés dans le délai imparti par le tribunal (art. 132 al. 1 CPC; ATF 141 III 481 consid. 3; arrêt 5A_39/2016 du 19 avril 2016 consid. 2).

2.4 Le prononcé d'irrecevabilité entraîne la cessation de la litispendance, avec effet rétroactif (cf. art. 63 al. 1 in fine CPC). Il n'a pas d'effet direct sur les délais de prescription ou de péremption du droit matériel. Le délai de prescription a été interrompu par la requête de conciliation (art. 135 ch. 2 CO), sans égard à la suite de la procédure, et un nouveau délai de prescription, de même durée que celui qui a été interrompu (art. 137

al. 1 CO), recommence à courir dès que la juridiction saisie clôt la procédure (art. 138 al. 1 CO). En ce qui concerne le délai de péremption, la fin de la litispendance entraîne indirectement la perte du droit si le délai de péremption du droit matériel a expiré dans l'intervalle; ce sera souvent le cas lorsque le délai de péremption prévu par le droit matériel est de courte durée (ATF 140 III 561 consid. 2.2.2.4).

3.

3.1 En l'espèce, par décision du 22 août 2012, le tribunal régional avait admis la recevabilité de la demande du 22 juin 2012. La Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a toutefois réformé cette décision et déclaré cette demande irrecevable par arrêt du 5 mars 2013. Cet arrêt n'a pas fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral.

Il s'ensuit que la procédure introduite par la requête de conciliation du 12 mars 2012 est terminée, la litispendance ayant cessé. Le délai de péremption d'instance de trois mois (art. 209 al. 3 CPC) et, partant, l'autorisation de procéder délivrée au demandeur le 26 avril 2012, étaient donc périmés à la date du 9 avril 2013.

3.2 L'art. 63 al. 1 et 2 CPC ne s'applique pas en l'espèce, comme l'a d'ailleurs reconnu la cour cantonale. Etant dessaisie de la cause par son arrêt d'irrecevabilité du 5 mars 2013, la cour cantonale ne pouvait pas modifier cet arrêt et en quelque sorte substituer au délai de l'art. 63 CPC, qu'elle avait imparti, un nouveau délai de l'art. 132 CPC pour restaurer la litispendance de la procédure initiale qui avait cessé.

Il reste toutefois à examiner si, en raison de l'indication de la possibilité de réintroduire la demande dans le délai d'un mois figurant dans l'arrêt du 5 mars 2013, le demandeur devrait être protégé dans sa bonne foi.

3.2.1 On déduit du principe général de la bonne foi consacré à l'art. 5 al. 3 Cst. que les parties ne doivent subir aucun préjudice en raison d'une indication inexacte des voies de droit. Seul peut toutefois bénéficier de la protection de la bonne foi celui qui ne pouvait pas constater l'inexactitude de la voie de droit indiquée, même avec la diligence qu'on pouvait attendre de lui (ATF 138 I 49 consid. 8.3.2; 134 I 199 consid. 1.3.1). Il s'agit d'un principe général, dont le champ d'application n'est pas limité aux lois le consacrant expressément (cf. not. art. 49 LTF; ATF 123 II 231 consid. 8b; 119 IV 330 consid. 1c; 118 Ia 241 consid. 3c).

Cependant, une fausse indication ne saurait créer une voie de droit inexistante (ATF 129 III 88 consid. 2.1 in fine; 119 IV 330 consid. 1c; arrêts 4D_82/2012 du 30 octobre 2012 consid. 2.2; 5A_545/2012 du 21 décembre 2012 consid. 5.1).

3.2.2 In casu, l'indication d'un délai d'un mois pour réintroduire la demande avec effet à la date du premier dépôt de l'acte ne satisfait pas aux conditions de l'art. 63 CPC. L'indication erronée de ce délai ne saurait avoir pour effet de créer une possibilité de litispendance rétroactive qui n'existe pas légalement. Les conditions pour une protection de la bonne foi

ne sont pas réalisées. C'est donc à tort que la cour cantonale a considéré que la nouvelle demande avait été déposée en temps utile.

Par ailleurs, les conditions d'une restitution de délai au sens de l'art. 148 CPC ne sont pas remplies.

3.3 Il s'ensuit que la demande déposée le 9 avril 2013 doit être déclarée irrecevable.

La question de savoir si la procédure de conciliation introduite le 12 mars 2012 et l'échec de la conciliation en audience du 26 avril 2012 a porté également sur la résiliation immédiate du contrat de travail est donc sans pertinence. Il en va de même du grief de violation de l'art. 227 CPC soulevé par la recourante.

Toute nouvelle demande devra être précédée d'une tentative de conciliation.

Tribunal fédéral, Arrêt du 16 juin 2017, Doss.-No 4A_55/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 24 août 2016)

Le directeur d'une société anonyme se trouve lié avec celle-ci par un double rapport, obligationnel (en vertu du droit du travail) et organique (en vertu du droit des sociétés). Il en résulte que l'organe qui a une position d'employé doit respecter à la fois le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) et le devoir de fidélité d'une personne qui s'occupe de la gestion instauré par l'art. 717 CO. De ce double rapport, il peut résulter qu'un contrat conclu avec un dirigeant de la société peut être qualifié de contrat avec soi-même (s'il est contractant comme organe et employeur d'un côté, comme travailleur de l'autre), qui sera nul selon la nature de l'affaire. Il n'y a cependant pas de contrat avec soi-même si la société anonyme qui conclut le contrat est représentée par un supérieur hiérarchique du directeur partie audit contrat (c. 4.2).

Dans certains domaines d'activité, il est usuel que les cadres, qui disposent de secrets d'affaires ou qui sont en contact avec la clientèle, soient libérés de l'obligation de travailler (c. 5.2.3.1). En principe, le travailleur doit se laisser imputer le salaire qu'il a pu obtenir auprès d'un autre employeur alors qu'il a été libéré de l'obligation de travailler. Cela signifie que l'accord sur l'octroi au travailleur d'indemnités prévues par un autre contrat pendant la période où il est libéré de l'obligation de travailler constituerait une faveur injustifiée par rapport aux conditions du marché du point de vue de l'employeur, laquelle serait reconnaissable pour le travailleur (question non approfondie) (c. 5.2.3.2).

Extraits des faits:

X. SA (ci-après: X.) – anciennement X1. SA, puis X2. SA – est une société anonyme sise à Fribourg. L'art. 17 des statuts de X. prévoit que les membres du conseil d'administration – qui sont au nombre de trois ou plus – sont élus pour une année.

Entre 2002 et 2013, Z. a exercé une fonction exécutive et/ou dirigeante dans sept sociétés, actives dans le domaine de la santé, non cotées en bourse. Il a notamment été directeur pendant quatre ans de P.M.C. L. SA (ci-après: L.). Le 8 juin 2010, à 18 h., une réunion s'est tenue entre notamment G., E., A., K. et Z. A cette occasion, une convention d'actionnaires a été conclue entre G., F. et E. en vue de l'assemblée générale de X. prévue pour le lendemain 9 juin 2010. Ces actionnaires déclaraient coordonner leurs droits de vote pour en particulier refuser d'approuver le rapport et les comptes 2009, refuser la décharge au conseil d'administration (à l'exception de G., libre de son vote), réélire A. et K. au conseil d'administration et ne pas réélire C., I. J. et M. au conseil d'administration (G. se réservant toutefois le droit de voter librement en faveur de M.). F. a confié à Z. la mission de mettre en place un dispositif de sécurité durant l'assemblée générale fixée au lendemain. A l'issue de l'assemblée générale, le conseil d'administration de X. était ainsi composé de A., K. et M.

Ledit conseil d'administration s'est immédiatement réuni et a décidé, par deux voix – M. s'étant abstenu –, de nommer K. en qualité d'administrateur délégué, de suspendre de ses fonctions C., ainsi que sa collaboratrice, et de nommer Z. en qualité de directeur opérationnel (Chief Executive Officer, CEO). Il a été retenu que Z. n'a pas pris part à cette séance du conseil d'administration; il a débuté son activité de CEO pour X. le 9 juin 2010. Le 11 juin 2010, à la suite de discussions avec Z. et K., O. SA (ci-après: O.) a été mandatée pour examiner certaines questions relatives à la gestion de X. pour la période de 2007 à 2010. Le conseil d'administration s'est à nouveau réuni le 15 juin 2010. Lors de cette séance du conseil d'administration, Z. a uniquement participé aux discussions concernant des questions financières, puis s'est retiré. Z. a participé en qualité d'invité aux séances du conseil d'administration tenues les 25 juin 2010 et 30 juin 2010. Le 1er juillet 2010, le conseil d'administration a décidé de reporter au 16 août 2010 l'assemblée générale extraordinaire prévue le 28 juillet 2010, afin de disposer du rapport final de O.; derechef, Z. a participé à cette séance en qualité d'invité.

Les administrateurs K. et A., représentant X., ainsi que Z., ont signé un document, daté du 5 juillet 2010 et intitulé «contrat de travail», dont le contenu est le suivant:

«(...)

PREAMBULE

Les relations de travail entre les parties au présent contrat sont régies par différents documents énumérés ci-dessous qui font tous partie intégrante du présent contrat de travail. Le but de ce document est de préciser les modalités de collaboration. En cas de divergence, les règles du présent contrat prévalent sur celles des autres documents énumérés à l'art. 9 ci-dessous.

CONTRAT DE TRAVAIL

Art. 1 Début et durée des rapports de travail

Le début des rapports de travail est fixé au 9 juin 2010. Il n'y a pas de temps d'essai. Le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée. Le délai de résiliation est de 6 mois calendaires. Demeurent réservées les dispositions de l'article 337 CO (résiliation immédiate pour justes motifs).

Art. 2 Degré d'activité

Le collaborateur est engagé pour exercer une activité à 95% en moyenne annuelle.

Art. 3 Salaire

Le salaire mensuel brut de base est fixé à CHF 24'000.– versé 12 fois l'an. Forfait mensuel de CHF 1'500.– à titre de frais de représentation. En sus des frais forfaitaires de représentation, des frais effectifs de représentation seront remboursés sur présentation des justificatifs. Si des dérogations devaient être nécessaires, elles seront soumises à l'accord préalable du conseil d'administration. Forfait mensuel de CHF 1'500.– à titre de frais de véhicule, pour l'utilisation de votre véhicule privé.

Art. 4 Participation

La participation est calculée sur la base de l'EBITDA (de X.). Le taux de participation est calculé sur la base de l'année 2009. Il est dès lors fixé à 1.15% et représente un minimum de CHF 100'000.–.

Art. 5 Fonction

Le collaborateur est engagé en qualité de chief executive officer (CEO). Les activités peuvent évoluer dans le temps et être fixées dans un cahier des tâches. Le travail comprend les obligations usuelles mentionnées dans les conditions cadre de travail. (...)

Art. 13 Entrée en vigueur

Le présent contrat de travail entre en vigueur le 9 juin 2010.

(...)».

Il a été retenu que le contrat d'un précédent directeur de X. prévoyait également un délai de résiliation de six mois. Z. a été inscrit le 12 août 2010 au registre du commerce du canton de Vaud en qualité de directeur de X. avec signature collective à deux.

En été 2010, Z., A. et K. ont publié une déclaration sur le site internet de la société X., destinée aux actionnaires, par laquelle ils ont communiqué les graves manquements de l'ancienne direction, et notamment de C., constatés par O. dans son rapport intermédiaire. Lors d'une séance du 11 août

2010, le conseil d'administration de X. a notamment décidé de reporter au 6 septembre 2010 l'assemblée générale extraordinaire qui devait avoir lieu le 16 août 2010; Z. est uniquement intervenu en fin de séance, concernant des questions financières. Le 17 août 2010, jour où le rapport de O. a été transmis à K., A. et Z., X. a déposé plainte pénale contre C. pour gestion déloyale, faux dans les titres, blanchiment d'argent et corruption active d'agents publics étrangers. Il a été retenu que cette plainte a abouti à un refus de suivre.

Le 23 août 2010, K. et A., pour X., ainsi que Z. ont signé un document intitulé «avenant n°1 à votre contrat de travail». Ce document prévoyait une modification de l'art. 3 du contrat du 5 juillet 2010 en ce sens que, dès le 1er août 2010, un acompte de participation sur bonus de 8'000 fr. était versé mensuellement, les autres conditions demeurant inchangées. Z. a donné sa démission par lettre du 31 août 2010. Le 3 septembre 2010, K. et A., représentant X., d'une part, dite la «Société «, Z., d'autre part, dit «l'Employé «, ont signé un document intitulé «accord de séparation», prévoyant notamment ce qui suit: (...)

1. Les rapports de travail entre la Société et l'Employé prendront fin le 3 septembre 2010.
2. La Société versera à l'Employé d'ici au 15 septembre 2010 au plus tard un montant de CHF 210'000.– correspondant à la somme (i) du salaire mensuel brut de base de CHF 24'000.–, (ii) des deux forfaits mensuels de frais de CHF 1'500.– chacun, (iii) de l'acompte mensuel sur le bonus de CHF 8'000.– pour la période de 6 mois calendaires correspondant au délai de résiliation contractuel prévu à l'article 1 du contrat de travail. (...).
3. La Société versera à l'Employé, d'ici au 15 septembre 2010 au plus tard, le montant correspondant au salaire dû pour les 6 jours de vacances non pris par l'Employé entre le commencement des rapports de travail et la date de fin de ceux-ci, soit un montant arrondi à CHF 7'000.–.
4. La Société versera à l'Employé, d'ici au 15 septembre 2010 au plus tard, le montant correspondant au solde impayé à ce jour des décomptes de salaires et frais établis et à établir par la Société pour la période du 9 juin au 3 septembre 2010, représentant un montant arrondi de CHF 32'500.– (selon décomptes joints).
5. Les paiements dus à l'Employé selon les chiffres 2, 4 et 5 ci-dessus seront acquittés par la Société au 15 septembre 2010. Pour le cas où tout ou partie des montants dus ne serait pas dûment acquitté par la Société à cette date, le montant correspondant portera intérêts au taux de 10% p. a. depuis le 16 septembre 2010 jusqu'à la date du versement effectif. (...)
9. Reconnaissant que l'Employé a travaillé pour le compte de la Société pendant une période mouvementée durant laquelle diverses procédures ont été introduites par des tiers à l'encontre de la Socié-

té et de ses organes, la Société s'engage à indemniser l'Employé pour tout dommage qu'il pourrait subir du fait d'une procédure existante ou future et, en particulier, à couvrir l'ensemble des frais d'avocat et de procédure que l'Employé pourrait encourir dans le cadre de telles procédures. Par ailleurs, la Société s'engage à ne pas intenter une quelconque action ou procédure à l'encontre de l'Employé en rapport avec son travail pour le compte de la Société ou à un autre titre, l'Employé reconnaissant pour sa part n'avoir plus aucune prétention ou créance à l'égard de la Société, à l'exception des prétentions découlant des dispositions du présent accord.

(...)».

Au cours de l'assemblée générale extraordinaire tenue le 6 septembre 2010, les actionnaires ont élu sept administrateurs, soit C., P., Q., R., I. S. et J.

Par pli du 16 septembre 2010, Z. a imparti un délai au 22 septembre 2010 à X. pour lui verser les sommes de 210'000 fr., 7'000 fr. et 32'500 fr. X. a opposé une fin de non-recevoir, si bien que Z. lui a fait notifier le 30 septembre 2010 une poursuite portant sur un total de 249'500 fr. avec intérêts et ayant pour cause les chiffres 1, 4 et 5 de l'accord de séparation du 3 septembre 2010. La poursuivie ayant fait opposition totale, le créancier a obtenu la mainlevée provisoire, par décision du 2 décembre 2010, à concurrence de 249'500 fr. avec intérêts à 10% l'an dès le 16 septembre 2010. Par demande du 31 décembre 2010 adressée à la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois, X. (demanderesse) a ouvert action en libération de dette contre Z. (défendeur). Par jugement du 18 mars 2015, la Cour civile a rejeté l'action en libération de dette et prononcé que la demanderesse devait payer au défendeur la somme de 249'500 fr. plus intérêts. Statuant par arrêt du 24 août 2016 sur l'appel de la demanderesse, qui reprenait ses conclusions de première instance, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois l'a rejeté et a confirmé le jugement de la Cour civile, dont elle a adopté les motifs.

X. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

Extraits des considérants:

3.

Dans son recours en matière civile, la recourante a réduit ses prétentions, puisqu'elle ne reprend plus ses conclusions en paiement de 64'226 fr. 90 en capital à titre d'enrichissement illégitime, voire de dommages-intérêts. Qu'il lui en soit donné acte.

4.

4.1 La recourante s'en prend au raisonnement de la cour cantonale, qui a retenu qu'un CEO (directeur opérationnel) ne revêt pas la qualité

d'organe de la société anonyme. Elle fait valoir qu'un tel directeur est bien un organe formel, qui doit se voir appliquer notamment les art. 678, 717 et 754 CO et, par analogie, le régime du contrat avec soi-même en cas de conflit d'intérêts.

4.2 Il est incontestable que les directeurs de la société anonyme qui dépendent directement du conseil d'administration, à l'instar du CEO, sont des personnes qui s'occupent de la gestion (art. 754 al. 1 CO). Ce point n'est toutefois pas déterminant. En effet, c'est par la figure juridique de la double représentation, respectivement du contrat avec soi-même, que la recourante entend déduire la nullité de l'accord de séparation «du 3 septembre 2010. En vain.

Le directeur d'une société anonyme se trouve lié avec celle-ci par un double rapport (obligationnel en vertu du droit du travail) et organique (en vertu du droit des sociétés), à telle enseigne que l'organe qui a une position d'employé doit respecter à la fois le devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO) et le devoir de fidélité d'une personne qui s'occupe de la gestion instauré par l'art. 717 CO (ATF 140 III 409 consid. 3.1 p. 412; 130 III 213 consid. 2.1 p. 216 s., 128 III 129 consid. 1 p. 131 s.). Ainsi, l'employé qui a une position d'organe ne peut pas défendre ses intérêts d'employé à l'encontre de la société anonyme de la même manière que tout autre employé, parce que sa position, du point de vue du droit des sociétés, l'oblige à sauvegarder les intérêts de la société (ATF 128 III 129 consid. 1a/aa p. 132). De cette double position, il peut résulter qu'un contrat conclu avec un dirigeant de la société peut être qualifié de contrat avec soi-même (s'il est contractant comme organe et employeur d'un côté, comme travailleur de l'autre), qui sera nul selon la nature de l'affaire (ROLF WATTER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5e éd. 2016, n°15 ad art. 726 CO). Il n'y a cependant pas de contrat avec soi-même si la société anonyme qui conclut le contrat est représentée par un supérieur hiérarchique du directeur partie audit contrat (PETER/CAVADINI, in Commentaire romand, Code des obligations II, 2008, n°12 ad art. 717 CO; WATTER/ROTH PELLANDA, in Basler Kommentar, op. cit., n°17 ad art. 717 CO). C'est précisément le cas en l'espèce, dès l'instant où la recourante, lorsqu'elle a signé le contrat du 3 septembre 2010 sur la base duquel l'intimé déduit ses prétentions comme travailleur, était représentée en tant qu'employeuse par ses deux administrateurs K. et A.

5.

La recourante soutient ensuite que les deux administrateurs précités se trouvaient en conflit d'intérêts à l'égard de la société anonyme et que l'accord de séparation qu'ils ont conclu, à l'avantage exclusif de l'intimé, est invalide, car il porte un préjudice économique à ladite société. Aux yeux de la recourante, ces deux administrateurs n'ont pas agi dans l'intérêt social déjà avant la passation du contrat de séparation. Et de citer en vrac singulièrement une tentative d'émission d'un emprunt convertible, la commande à O. d'un rapport d'audit à charge du précédent management, la

diffusion de communications discréditant le précédent management et le dépôt d'une plainte pénale contre un ancien membre du conseil d'administration. En particulier, alors que le conseil d'administration de la société était insuffisamment pourvu en membres avec deux seuls administrateurs, K. et A. auraient cherché à conserver le contrôle de la société en émettant un emprunt convertible et auraient repoussé à plusieurs reprises la tenue d'une assemblée générale extraordinaire sous de mauvais prétextes. Peu importerait qu'à la période critique, soit entre le 15 juin et le 6 septembre 2010, le cours de l'action X. était au plus haut, car l'intérêt social implique l'augmentation à long terme de la valeur de la société. De plus, l'accord de séparation était excessivement à l'avantage de l'intimé en le libérant avec effet immédiat de l'obligation de travailler, alors qu'il a retrouvé sans délai un emploi à plein temps auprès d'une société dont A. est actionnaire et administrateur. L'intimé ne pouvait ignorer l'existence d'un tel conflit d'intérêts, de sorte qu'il ne serait pas de bonne foi. La recourante infère de ces considérations que le contrat de séparation est invalide et que les prétentions que l'intimé fonde sur cet accord doivent être intégralement rejetées.

5.1 Dans la mesure où la recourante entend déduire la nullité du contrat de la circonstance que le conseil d'administration n'était composé que de deux membres, il sied de relever que le Tribunal fédéral a déjà constaté dans plusieurs arrêts où elle était partie que la composition du conseil d'administration, non conforme aux statuts de la société, reste sans influence sur le pouvoir de représentation (Vertretungsmacht) que la société fait connaître à l'extérieur par le moyen du registre du commerce (arrêts 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 consid. 3.1.4; 4A_617/2013 du 30 juin 2014 consid. 5.2; 4A_151/2014 du 14 octobre 2014 consid. 4.1.1; cf. aussi 4A_357/2007 du 8 avril 2008 consid. 4.2).

5.2 Il convient maintenant de rechercher si les deux administrateurs K. et A. ont agi à l'encontre de l'intérêt de la société lorsqu'ils ont signé l'accord de séparation du 3 septembre 2010 et si ce supposé conflit d'intérêts était connu de l'intimé ou reconnaissable par lui.

5.2.1 Selon l'art. 718a al. 1 CO, les personnes autorisées à représenter la société ont le droit d'accomplir au nom de celle-ci tous les actes que peut impliquer le but social. Cette disposition a avant tout pour but de protéger les tiers de bonne foi. Au nombre des actes que peut impliquer le but social, il faut non seulement englober ceux qui sont utiles à la société ou usuellement nécessaires à son activité, mais aussi ceux qui ont trait à des affaires inhabituelles qui rentrent toutefois dans le but social, c'est-à-dire qui n'en sont pas manifestement exclus. Les actes de représentation qui n'ont plus de lien avec le but social ne sauraient lier la société (ATF 116 II 320 consid. 3a p. 323; arrêts déjà cités 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 consid. 3.2.1; 4A_357/2007 du 8 avril 2008, ibidem).

Lorsqu'il y a un conflit entre l'intérêt de la personne morale et celui de l'organe qui agit au nom de celle-ci, il faut partir du principe que,

d'après la volonté présumée de la société, l'autorisation de représentation exclut implicitement les opérations qui révèlent un comportement du représentant contraire à ses devoirs ou aux intérêts de la société. Une limitation tacite de l'autorisation de représentation ne peut être opposée aux tiers de bonne foi. Le conflit d'intérêts ne peut limiter le pouvoir de représentation que si ladite restriction était reconnaissable pour les tiers ou si elle aurait au moins dû être reconnue par ces derniers en prêtant l'attention nécessaire (ATF 126 III 361 consid. 3a p. 363; arrêts 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 consid. 3.2.1; cf. aussi 4A_232/2008 du 27 mars 2009 consid. 4.1.1 et 4C.93/2007 du 13 août 2007 consid. 2.3.1 et leurs références). Si aucun conflit d'intérêts au sens susrappelé n'est reconnaissable, la partie contractante peut se fier au pouvoir de représentation indiqué au registre du commerce. L'attention que l'on est en droit d'exiger de la partie contractante pour détecter un éventuel conflit d'intérêts est fonction de la nature de l'acte juridique conclu (arrêts déjà cités 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 consid. 3.2.1 et 4A_232/2008 du 27 mars 2009 consid. 4.1.2).

5.2.2 Ce qui est déterminant, comme le Tribunal fédéral l'a déjà mentionné dans l'arrêt précité 4A_459/2013 concernant la recourante, c'est qu'un conflit d'intérêts porte précisément sur l'acte juridique dont l'invalidité est invoquée. Dans ladite procédure, il était question d'une reconnaissance de dette émise le 3 septembre 2010 pour des honoraires d'avocat. La juridiction fédérale n'a pas examiné si les deux administrateurs K. et A. agissaient à l'encontre des intérêts de la société depuis le 9 juin 2010 (date de l'assemblée générale où trois autres administrateurs n'avaient pas été réélus), mais si la signature de la reconnaissance de dette du 3 septembre 2010 était à ce moment-là dans l'intérêt de la société, ce qu'elle a admis à défaut de preuves contraires. Il convient donc de vérifier si l'intimé pouvait reconnaître l'existence d'un conflit d'intérêts quand l'accord de séparation du 3 septembre 2010 a été conclu.

5.2.3 La société recourante voit un abus du pouvoir de représentation dans le sens où, par une entente secrète, les deux administrateurs K. et A. auraient agi de concert avec l'intimé pour lui porter préjudice (cf. à propos de la collusion, ROGER ZÄCH, Berner Kommentar, 2e éd. 2014, n°14 ad art. 38 CO; WATTER, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6e éd. 2015, n°2 ad art. 38 CO; LE MÊME, Die Verpflichtung der AG durch rechtsgeschäftliches Handeln ihrer Stellvertreter, Prokuristen und Organe speziell bei sog. «Missbrauch der Vertretungsmacht», thèse Zurich 1985, ch. 58), de sorte que le conflit d'intérêts serait évident. Se pose ainsi la question de savoir si le contrat de séparation était conforme aux usages du marché et n'avantageait pas unilatéralement l'intimé, comme le prétend la recourante.

5.2.3.1 La recourante fait d'abord valoir que l'on ne voit pas l'intérêt de la société à ce que l'intimé ait été libéré de l'obligation de travailler par l'accord de séparation. Elle invoque que les rapports de travail n'ont duré que trois mois environ, que le préavis de résiliation de six mois était parti-

culièrement long, que le salaire était élevé (24'000 fr. par mois, plus divers frais, participations et bonus), que l'intimé occupait un poste clé, essentiel pour la bonne continuité des projets en cours, et qu'il ne devait aucune contre-prestation pour avoir été libéré du devoir de travailler.

Dans certains domaines d'activité, il est usuel que les cadres, qui disposent de secrets d'affaires ou qui sont en contact avec la clientèle, soient libérés de l'obligation de travailler (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 362). Il résulte des constatations de la cour cantonale que l'intimé, en sa qualité de CEO de la société, a eu des contacts avec d'importants clients étrangers. Il n'y a ainsi rien d'insolite à ce qu'il ait été libéré de son obligation de travailler pendant le délai de congé.

Au cours de cette période où l'intimé n'était pas tenu de travailler, l'employeur lui devait toutes les prestations contractuelles, peu importe leur importance, et cela sans qu'il ait à fournir aucune contre-prestation. La recourante ne prétend pas que le contrat de travail du 5 juillet 2010 et l'avenant du 23 août 2010 aient été entachés de nullité. On ne discerne au demeurant pas les raisons qui rendraient nulle la conclusion de ces accords. Enfin, il a été constaté que le contrat de travail d'un précédent directeur de la recourante prévoyait aussi un délai de résiliation de six mois.

5.2.3.2 Pour étayer le grief que le contrat de séparation est excessivement favorable à l'intimé, la recourante allègue qu'en plus d'avoir reçu toutes les prestations contractuelles, ce dernier a repris, immédiatement après avoir été libéré de l'obligation de travailler, sa précédente activité pour L., rémunérée à plein temps, société dont A. est actionnaire et administrateur. Ainsi, les administrateurs K. et A. auraient accordé à l'intimé pendant le délai de résiliation de six mois un «double salaire «. Offrir un tel «cadeau «à l'intimé démontrerait clairement que l'accord de séparation porte atteinte aux intérêts de la recourante. Elle se prévaut dans ce cadre d'un établissement incomplet, respectivement arbitraire, des faits par l'autorité cantonale. Elle affirme, en se référant aux allégués 10, 11 et 12 de sa demande et à la pièce 103 produite à leur appui, que l'intimé a travaillé contre rémunération auprès de L. avant, pendant et après la période litigieuse. Elle cite à ce propos le premier paragraphe du ch. 1 let. b du jugement de première instance, qui a la teneur suivante: «Le 29 avril 2009, le défendeur Z. a été inscrit au registre du commerce du canton de Genève comme directeur avec signature individuelle de (L.) et il a exercé cette fonction jusqu'au 28 mars 2013, avec pouvoir de signature collective à deux dès le 26 mars 2012. Il a perçu un salaire pour cette activité». La recourante soutient que la cour cantonale n'a constaté ni la période exacte de la fonction de l'intimé auprès de L., ni le fait qu'il a été rémunéré.

Il est vrai que le travailleur doit se laisser imputer le salaire qu'il a pu obtenir auprès d'un autre employeur alors qu'il a été libéré de l'obligation de travailler (ATF 128 III 212 consid. 3b/cc p. 220, 271 consid. 4a/bb p. 281). Cela signifie que l'accord sur l'octroi au travailleur d'indemnités prévues par un autre contrat pendant la période où il est libéré de

l'obligation de travailler constituerait une faveur injustifiée par rapport aux conditions du marché du point de vue de l'employeur, laquelle serait reconnaissable pour le travailleur. Mais le grief ne peut prospérer pour des raisons procédurales.

L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). L'instance d'appel dispose ainsi d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit. En particulier, le juge d'appel contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance (art. 157 CPC en relation avec l'art. 310 let. b CPC) et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus. Il incombe toutefois au recourant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF142 III 413 consid. 2.2.4 p. 416 s.; 138 III 374 consid. 4.3.1 p. 375 avec les références).

Au considérant 5.4 de l'arrêt déféré, la cour cantonale a rappelé les motifs développés par les premiers juges pour admettre la validité de l'accord de séparation du 3 septembre 2010. Elle a ensuite constaté que la recourante n'a pas critiqué cette appréciation. Cette constatation relative aux faits procéduraux lie en principe le Tribunal fédéral. La recourante ne taxe pas d'arbitraire cette constatation de la cour cantonale et n'expose singulièrement pas qu'elle a invoqué dans la procédure d'appel concrètement, en se référant au dossier de la cause, des griefs à propos de doubles rémunérations du travailleur pendant la période où il a été libéré de l'obligation de travailler. Cette question ne peut donc être examinée.

Il en va de même pour l'objection de la recourante selon laquelle, avec l'accord de séparation du 3 septembre 2010, non seulement a été garanti le salaire fixé par le contrat de travail (plus divers frais et bonus), mais en plus un intérêt moratoire exorbitant de 10% l'an pour le cas où le paiement n'interviendrait pas au terme prévu (ch. 5 dudit accord), outre l'engagement de dédommager l'intimé dans le cas d'un procès ouvert par la société à son encontre (ch. 9 dudit accord). Là encore, la recourante ne dit pas qu'elle a invoqué en appel, avec rapport à des pièces du dossier, l'invalidité du contrat de séparation en ce qui concerne les clauses contractuelles précitées.

Bundesgericht, Urteil vom 22. Juni 2017, Doss.-Nr. 4A_177/2017 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau vom 22. Februar 2017)

Fristlose Entlassung einer Kassiererin aufgrund Diebstahls. Straftaten, welche die Arbeitnehmerin im Rahmen ihrer Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten des Arbeitgebers begeht, können einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung i.S.v. Art. 337 OR ohne vorgängige Verwarnung sein. Allerdings sind jeweils die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Das Entwenden von Handelswaren des Arbeitgebers ist als schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht der Arbeitnehmerin zu qualifizieren; dabei ist der geringe Wert des Diebesguts unerheblich. Nach der Rechtsprechung ist auch ein geringfügiger Diebstahl geeignet, das Vertrauensverhältnis zu zerstören, woran die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses nichts ändert. Entwendet eine Kassiererin zwei Packungen Vollkorncracker und zwei Packungen Aufschnitt, so ist dieser Diebstahl als eine schwere Verfehlung zu werten, die eine fristlose Entlassung rechtfertigt (E. 2.2.1, 2.2.2 und 2.3).

Sachverhalt:

A. (Arbeitnehmerin, Klägerin, Beschwerdeführerin) war seit 2004 als Kassiererin der B. (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdegegnerin) tätig.

Am 4. November 2014 wurde der Arbeitnehmerin, anlässlich einer Mitarbeiterkontrolle am Ausgang der Filiale, der Diebstahl von zwei Packungen Vollkorncracker und zwei Packungen Aufschnitt vorgeworfen. Die Waren wurden in ihrer privaten Handtasche unter einer Zeitung gefunden. Der Filialleiterin gegenüber erklärte sie, dass sie die Waren eigentlich bezahlen wollte, es aber vergessen habe.

Am 5. November 2014 wurde die Arbeitnehmerin zu einem Gespräch mit dem Regionalleiter des Sicherheitsdienstes berufen und ihr wurde gleichentags gekündigt. Die fristlose Kündigung erfolgte zunächst mündlich und wurde am 6. November 2014 schriftlich bestätigt.

Am 15. Juni 2015 erhob die Arbeitnehmerin Klage beim Bezirksgericht Aarau und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 27'592.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 6. November 2014 zu bezahlen.

Mit Urteil vom 7. Juni 2016 wies das Bezirksgericht Aarau die Klage ab und kam zum Schluss, dass die fristlose Kündigung auch für einen geringfügigen Diebstahl gerechtfertigt sei.

Die dagegen erhobene Berufung vom 21. November 2016 wies das Obergericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 22. Februar 2017 ab. Es stellte fest, dass die Klägerin am 4. November 2014 den Aufschnitt sowie die Vollkorncracker vor dem Verlassen der Filiale absichtlich nicht bezahlt

hatte. Es erwog sodann, dass der Diebstahl – insbesondere zu Lasten der Arbeitgeberin – einen schwerwiegenden Verstoss gegen die Treuepflicht der Arbeitnehmerin dargestellt und das Vertrauensverhältnis zerrüttet habe.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Arbeitnehmerin dem Bundesgericht, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau vom 22. Februar 2017 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr Fr. 27'592.– zuzüglich Zinsen zu 5% seit dem 6. November 2014 zu bezahlen. Eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die fristlose Kündigung zu Unrecht für zulässig erachtet, worin eine Verletzung von Art. 337 und Art. 337c OR zu erblicken sei.

2.1 Sie erhebt ausdrücklich keine Willkürrüge hinsichtlich der vorinstanzlichen Feststellung, wonach sie die fraglichen Lebensmittel mit Absicht nicht bezahlt habe. Sie stellt die erfolgte Beweiswürdigung in ihrer weiteren Beschwerdebegründung dennoch verschiedentlich in Frage, ohne jedoch eine hinreichende Sachverhaltsrüge zu erheben. Sie wirft der Vorinstanz zudem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vor, zeigt mit ihren Ausführungen jedoch nicht auf, inwiefern es ihr verunmöglicht worden wäre, ihren Standpunkt in das Verfahren einzubringen (Art. 106 Abs. 2 BGG).

Folglich bleibt einzig streitig, ob eine Verletzung von Art. 337 Abs. 3 OR vorliegt. Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorliege, die konkreten Umstände des Falls nicht nach Massgabe der von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätze geprüft. Ihrer Ansicht nach ist eine fristlose Kündigung unverhältnismässig und eine erste Verwarnung hätte genügt.

2.2

2.2.1 Nach der Rechtsprechung zu Art. 337 OR ist eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nur bei besonders schweren Verfehlungen des Arbeitnehmers gerechtfertigt. Diese müssen einerseits objektiv geeignet sein, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgreifend zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertrags nicht mehr zuzumuten ist und anderseits auch tatsächlich dazu geführt haben (BGE 142 III 579 E. 4.2 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist sodann die verbleibende Zeit bis zur ordentlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Ob die dem Arbeitnehmer vorgeworfene Pflichtverletzung die erforderliche Schwere erreicht, lässt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt von den konkreten Um-

ständen des Einzelfalles ab (BGE 142 III 579 E. 4.2 mit Hinweisen). Das Gericht entscheidet darüber nach seinem Ermessen (Art. 337 Abs. 3 OR).

Derartige Ermessensentscheide der Vorinstanz überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 137 III 303 E. 2.1.1 S. 305; 130 III 28 E. 4.1 S. 31; je mit Hinweisen).

2.2.2 In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass Straftaten, welche der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit oder auch im Privatleben zu Lasten des Arbeitgebers begeht, einen wichtigen Grund für eine fristlose Entlassung ohne vorgängige Verwarnung sein können. Allerdings kommt es auch in diesen Fällen massgebend auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere auf die Schwere der Straftat (Urteile 4C.114/2005 vom 4. August 2005 E. 2.1; 4C.112/2002 vom 8. Oktober 2002 E. 5; je mit Hinweisen) sowie darauf, ob die Straftat unmittelbare Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat (Urteil 4C.89/1995 vom 22. Februar 1996 E. 4b).

Das Entwenden von Handelswaren des Arbeitgebers ist als schwerwiegender Verstoss gegen die Treuepflicht des Arbeitnehmers zu qualifizieren (Urteile 4C.400/2006 vom 9. März 2007 E. 3.2; 4C.51/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2.3); dabei ist der geringe Wert des Diebesguts unerheblich (Urteil 4A_228/2015 vom 29. September 2015 E. 5). Nach der Rechtsprechung ist auch ein geringfügiger Diebstahl geeignet, das Vertrauensverhältnis zu zerstören, woran die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses nichts ändert (Urteil 4A_228/2015 vom 29. September 2015 E. 5).

2.3 Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass im zu beurteilenden Fall keine Umstände vorliegen, die die Schwere der Treuwidrigkeit entscheidend zu relativieren vermögen.

Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, sie habe als Kassiererin keine besondere Vertrauensstellung inne, verkennt sie, dass sie gerade als Stellvertreterin der Arbeitgeberin für die Kontrolle des Warenhandels verantwortlich ist und daher in einem besonderen Vertrauensverhältnis steht. Die Beschwerdeführerin trug als Kassiererin die Verantwortung für einen reibungslosen Verkaufsabschluss und Zahlungsverkehr an der Kasse. Zu ihrem Aufgabenbereich gehörten unter anderem das Bedienen der Kasse, die Bedienung von Kunden, das Sicherstellen des Geldflusses sowie das Erstellen der Kassenabrechnung. Diesen besonderen Aufgaben und der Treuepflicht entsprechend ist es offenkundig, dass ihr die Beschwerdegegnerin im besonderen Masse vertrauen musste. Der erfolgte Diebstahl be-

deutet eine schwere Verfehlung im Kernbereich ihrer Aufgaben und rechtfertigte eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung.

Im Übrigen berücksichtigte die Vorinstanz die fallspezifischen Umstände – wie beispielsweise die Anstellungsdauer – rechtsgenüglich. Sie erwog ohne Verletzung von Bundesrecht, dass obwohl das Arbeitsverhältnis bereits mehr als zehn Jahre gedauert hatte und es sich um ein einmaliges Verfehlen handelte, der Beschwerdeführerin von Vornherein bekannt gewesen sei, dass laut internem Betriebsreglement bei Diebstahl fristlos gekündigt wird.

Die Grundlage für das Vertrauensverhältnis wurde in schwerwiegender Weise gestört und die Fortsetzung des Arbeitsvertrags war der Beschwerdegegnerin demnach nicht mehr zuzumuten.

2.4 Der Vorinstanz ist somit keine Ermessensmissbrauch vorzuwerfen, wenn sie in der konkreten Situation zum Schluss kam, die Beschwerdeführerin habe eine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen, die eine fristlose Kündigung auch ohne vorgängige Verwarnung rechtfertigte. Die Rüge, die Vorinstanz habe Art. 337 und Art. 337c OR verletzt, ist unbegründet.

Bundesgericht, Urteil vom 23. Juni 2017, Doss.-Nr. 4A_216/2017 (Bestätigung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 23. März 2017)

Vertraglich vereinbarter Bonus mit Lohncharakter, Art. 322 OR; stillschweigender Bonus-Verzicht i.S.v. Art. 6 OR abgelehnt. Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten und wird ein Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt, so gilt dieses Stillschweigen nach Art. 6 OR als Annahme des Antrags. Die besondere Natur des Geschäfts wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist. Dies trifft bei einem von der Arbeitgeberin angebotenen Verzicht auf den Bonus über Fr. 40'000.– für ein bestimmtes Jahr nicht zu, handelt es sich dabei doch um ein für den Arbeitnehmer nachteiliges Geschäft. Demnach darf insoweit nur von einer stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers ausgegangen werden, wenn er nach den Umständen nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären. Das Vorliegen solcher Umstände hat die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin zu beweisen (E. 5.2).

Sachverhalt:

B. (Kläger, Beschwerdegegner) war vom 1. Juli 2010 bis 31. Juli 2013 bei der C. AG, heute A. AG (Beklagte, Beschwerdeführerin), als Ge-

schäftsführer angestellt. Der Arbeitsvertrag vom 22. September 2009 enthielt unter anderem folgende Bestimmungen:

«6. Gehalt

Der Mitarbeiter erhält ein monatliches Bruttosalär von CHF 18'000.00 im Jahre 2010 und CHF 19'000.00 im Jahre 2011 sowie eine Spesenpauschale von CHF 1'000.00 pro Monat zur Deckung von Kleinspesen (unter CHF 50.00) und Repräsentationskosten. (...)

7. Jahresendzulage / Bonus

Die Jahresendzulage (13. Monatslohn) beträgt 1/12 des jährlichen Lohnes ohne Zulagen und wird mit dem Dezemberlohn überwiesen.

Bonusregelung:

2010: CHF 23'333.00

2011: CHF 40'000.00

Spätestens bis 31.12.2011 wird die Bonusregelung zwischen den Parteien neu definiert.»

Der Kläger reichte am 27. Juni 2014 beim Richteramt Olten-Gösgen Klage gegen die Beklagte ein und beantragte, diese sei zu verpflichten, ihm den Bonus für das Jahr 2011, das heisst den Betrag von Fr. 40'000.–, nebst Zins seit 1. August 2013 zu bezahlen und auf dem Betrag von Fr. 40'000.– die gesetzlichen und vertraglichen Sozialabgaben zu entrichten. Das Amtsgericht wies die Klage mit Urteil vom 1. Dezember 2015 ab.

Dagegen erhob der Kläger Berufung an das Obergericht des Kantons Solothurn. Dieses hiess mit Urteil vom 23. März 2017 die Berufung des Klägers gut. Es hob das Urteil des Amtsgerichts auf und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger Fr. 40'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 1. August 2013 zu bezahlen und auf dem Betrag von Fr. 40'000.– die gesetzlichen und vertraglichen Sozialversicherungsabgaben zu entrichten. Sodann verteilte es die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens neu.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und in Bestätigung des Urteils des Amtsgerichts sei die Klage des Beschwerdegegners vollumfänglich abzuweisen.

Auf die Einholung von Vernehmlassungen wurde verzichtet.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Parteien trafen in Ziffer 7 ihres Arbeitsvertrags vom 22. September 2009 eine «Bonusregelung» für die Jahre 2010 und 2011. Bezüglich dem hier strittigen Bonus für das Jahr 2011 hielten sie einzig fest: «2011: CHF 40'000.00».

Der Begriff des Bonus wird im Obligationenrecht nicht definiert. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob der für das Jahr 2011 vereinbarte Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes

im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist (vgl. BGE 142 III 381 E. 2; 141 III 407 E. 4.1).

Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet. Freiwilligkeit ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe des Bonus ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe des Bonus nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag kann daher keine Gratifikation sein (BGE 142 III 381 E. 2.1; 139 III 155 E. 3.1; je mit Hinweisen).

3.2 Ob der Bonus für das Jahr 2011 in einem gewissen Masse von Willen der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin abhängt, ist durch Auslegung des Arbeitsvertrags vom 22. September 2009 zu ermitteln. Ziel der Vertragsauslegung ist es in erster Linie, den übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung beruht auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist (BGE 142 III 239 E. 5.2.1).

Kann der tatsächliche Wille der erklärenden Partei nicht festgestellt werden, so ist ihre Erklärung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Die Partei hat danach ihre Erklärung so gelten zu lassen, wie sie von der Adressatin nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 142 III 239 E. 5.2.1).

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 142 III 671 E. 3.3). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1).

4.

4.1 Die Erstinstanz erkannte bezüglich der Auslegung des Arbeitsvertrages vom 22. September 2009, dass die Bonuszahlung über Fr. 40’000.– freiwillig sei und nach Ermessen erfolge. Es handle sich daher beim Bonus 2011 um eine Gratifikation. Da sie einmalig ausgerichtet worden sei, könne daraus nicht auf einen Lohnanspruch geschlossen werden. Der Beschwerdegegner verfüge daher weder aus Leistungslohn noch aus Gratifikation über einen Anspruch.

Die Vorinstanz teilte diese Auffassung nicht. Sie erwog, der Wortlaut der Bestimmung über den Bonus sei eindeutig und klar. Ziffer 7 des Arbeitsvertrages enthalte für die Jahre 2010 und 2011 eine unmissverständliche Bonusregelung. Irgendwelche Voraussetzungen, von denen die Auszahlung des betragsmässig festgelegten Bonus abhängig wären, würden nicht aufgeführt. Auch ein Hinweis auf ein allfälliges Ermessen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Ausrichtung des Bonus fehle. Dass der Bonus im Vertrag nicht unter Ziffer 6 (Titel: Gehalt) zusammen mit dem Lohn geregelt werde, spreche nicht gegen einen voraussetzungslosen Anspruch. Unter der gleichen Ziffer 7 wie der Bonus sei auch der 13. Monatslohn erwähnt, bei dem es sich ebenfalls um einen unbedingten Anspruch handle. Ausdrücklich offen gelassen und damit nicht geregelt hätten die Parteien den Bonus für die Zeit ab dem Jahr 2012. Dieser Hinweis auf ein neues Bonusreglement ab dem Jahr 2012 unterstreiche die bedingungslose Zusicherung des Bonus für die Jahre 2010 und 2011. Da der Bonus auch nach Auffassung des Beschwerdegegners ab 2012 leistungsabhängig – und damit anders als derjenige für die Jahre 2010 und 2011 – ausgestaltet werden sollte, mache es auch durchaus Sinn, den Bonus bereits für die beiden ersten Jahre – obwohl es sich um einen fixen Betrag handle – gesondert auszuweisen. Die Parteien hätten ja einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen. Die Beschwerdeführerin könne daher entgegen der Auffassung der Erstinstanz aus dem Umstand, dass die Parteien den Bonus in Ziffer 7 des Vertrages geregelt hätten, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Die ersten Kontakte im Hinblick auf die Anstellung des Beschwerdegegners bei der Beschwerdeführerin seien offenbar, so die Vorinstanz weiter, über eine Personalvermittlungsfirma erfolgt. Der Beschwerdegegner habe bei der Erstinstanz das zu einer Person angefertigte Personalienblatt dieser Firma eingereicht. In Bezug auf das Salär bei seiner damaligen Arbeitgeberin enthalte das Blatt folgende Bemerkung: «CHF 220’000 plus Bonus bis 70’000 = 290’000, plus Geschäftsauto. Grundsätzlich verhandelbar, aber da kein Druck zu wechseln auch nicht sehr bereit hier grosse Abstrich zu machen». Das Total von Fr. 290’000.– entspreche in etwa dem Gehalt inkl. Jahresendzuschlag und Bonus gemäss dem Arbeitsvertrag bei der Beschwerdeführerin (13 x Fr. 19’000.– + Fr. 40’000.– = Fr. 287’000.–). Die Entstehungsgeschichte des Arbeitsvertrags deute somit in die gleiche Richtung wie dessen Wortlaut, wonach der Bonus für die Jahre 2010 und 2011 voraussetzungslos geschuldet sei.

Beim Verhalten nach Vertragsabschluss falle auf, dass der Beschwerdegegner, dem als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin die operative Führungsverantwortung obliege, den vorliegend umstrittenen Bonus für das Jahr 2011 weder budgetiert noch nachträglich in der Jahresrechnung aufgeführt habe. Unmittelbare Reaktionen auf den Lohnausweis 2011 und die Lohnabrechnung, die keinen Bonus enthielten, seien ebenfalls nicht erfolgt. All diese Umstände würden in der Tat darauf hindeuten, dass der Beschwerdegegner die Bonusregeln anders als gemäss dem Wortlaut des Ver-

trages geregelt, verstanden haben könnte. Solche Unterlassungen könnten aber genauso gut auch Ausdruck des von der Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner mehrfach vorgeworfenen Ungenügens und seiner Fehlleistungen sein. Aktenkundig sei eine E-Mail des Beschwerdegegners vom 2. März 2012 an den Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin, mit welcher er die Bonusfrage thematisierte. In seiner Antwort bemerke der Verwaltungsratspräsident: «Bei dem durch Ihre Fehlleistungen entstandenen Schaden erwarte ich einen freiwilligen Bonus-Verzicht». Diese Antwort spreche sehr dafür, dass der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin von einem Anspruch des Beschwerdegegners auf den Bonus ausgehe, wie sich dies aus dem Wortlaut des Arbeitsvertrags ergebe. Stünde die Ausrichtung des Bonus im Ermessen der Arbeitgeberin oder seien die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt, wäre kein «freiwilliger Verzicht» nötig.

Das Verhalten der Parteien nach Vertragsschluss sei somit mehrdeutig. Rückschlüsse auf die Willenslage bei Vertragsabschluss sei deshalb nicht möglich. Erst recht dürfe nicht daraus geschlossen werden, dass die Parteien etwas anders wollten, als dem Wortlaut und der Systematik der vertraglichen Regelung entnommen werden könne. Daran vermöge auch nichts zu ändern, dass dem Beschwerdegegner für das Jahr 2010 ebenfalls nicht der gemäss Vertrag vorgesehene Bonus von Fr. 23'333.–, sondern nur ein reduzierter Betrag ausbezahlt worden sei. Seine Begründung, er habe auf den Betrag von Fr. 2'333.– verzichtet, weil er relativ geringfügig gewesen sei und er das Verhältnis mit dem Verwaltungsratspräsidenten nicht bereits zu Beginn seines Arbeitsverhältnisses trüben wollte, sei durchaus plausibel.

4.2 Dagegen argumentiert die Beschwerdeführerin, die Erstinstanz habe sich im Gegensatz zur Vorinstanz für die Auslegung des Arbeitsvertrags nicht nur auf den Wortlaut abgestützt, sondern «unzählige weitere Komponenten» berücksichtigt. Sodann sei allein schon aus der Begriffsverwendung «Bonus» ersichtlich, dass es sich nicht um ein «Gehalt» handle, sondern um eine freiwillige variable Zusatzentschädigung. Aus diesem Grund sei der Bonus auch nicht unter dem Titel «Gehalt» geregelt, sondern unter dem Titel «Jahresendzulage/Bonus». Alsdann sei der Beschwerdegegner als oberster operativer Chef und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin für die gesamte Budgetierung zuständig gewesen und er habe die Kosten von Fr. 40'000.– [für den Bonus für das Jahr 2011] nicht budgetiert. Er habe auch später nicht «reklamiert». Sodann habe er bezüglich dem Bonusanspruch per 2010 nicht auf dem Betrag beharrt. Dies lasse keine andere Schlussfolgerung zu, als dass der Beschwerdegegner durch sein eigenes und aktenmässiges Verhalten klarerweise den «Tatbeweis» erbracht habe, dass auch ihm von allem Anfang an klar gewesen sei, dass es dem tatsächlichen und übereinstimmenden Willen beider Parteien entsprochen habe, dass auch für die Jahre 2010 und 2011 ein Bonus nicht vorbehaltlos geschuldet sei. Die Vorinstanz habe auf aktenwidrige und geradezu

willkürliche Art und Weise bezüglich all diesen Sachverhaltskomponenten keinerlei Gewichtung und Abwägung vorgenommen. Die Schlussforderung der Vorinstanz basiere auf einer unrichtigen Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG.

4.3 Die Vorinstanz unterschied mit ihren Erwägungen nicht klar zwischen der subjektiven Auslegung nach dem Willensprinzip und der objektivierten Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Im Rahmen des nachträglichen Verhaltens der Parteien erwog sie, es könne nicht geschlossen werden, dass die Parteien etwas anders gewollt hätten, als dem Wortlaut und der Systematik der vertraglichen Regelung entnommen werden könne. Sie prüfte damit, ob der Beschwerdeführerin der Nachweis gelinge, dass sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend verstanden hätten, dass der Bonus für das Jahr 2011 «nicht vorbehaltlos» geschuldet wäre. Dies verneinte sie. Sie stellte mithin keinen übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien fest.

Inwiefern die Vorinstanz dabei in Willkür verfallen wäre, wird von der Beschwerdeführerin nicht rechtsgenüglich dargetan, indem sie dem Bundesgericht die bereits vor der Vorinstanz darlegten Umstände wiederholt und ihre eigene Beweiswürdigung unterbreitet sowie die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz pauschal als «willkürlich» bezeichnet. Darauf ist nicht einzutreten (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen).

4.4 Da ein übereinstimmender tatsächlicher Wille nicht festgestellt werden konnte, interpretierte die Vorinstanz den Arbeitsvertrag nach dem Vertrauensprinzip und erkannte, dass der Bonus von Fr. 40'000.– für das Jahr 2011 «voraussetzungslos» geschuldet sei. Sie erwog also mit anderen Worten, dass der Beschwerdegegner die Regelung im Arbeitsvertrag so verstehen durfte und musste, dass dieser Bonus nicht im Ermessen der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin stehe und damit als Teil des Lohnes nach Art. 322 OR zu qualifizieren sei.

4.5 Diese zutreffende Auslegung vermag die Beschwerdeführerin mit ihrer sinngemässen Rüge einer Verletzung des Vertrauensprinzips nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen:

Zunächst ist es nicht zutreffend, dass sich die Vorinstanz für die Auslegung nur auf den Wortlaut des Arbeitsvertrages abgestützt und die anderen «unzähligen weiteren Komponenten» nicht beachtet hätte. Vielmehr berücksichtigte sie neben dem Wortlaut des Vertrags auch dessen Systematik und Entstehungsgeschichte. Soweit die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die Vorinstanz das nachträgliche Parteiverhalten des Beschwerdegegners nicht berücksichtigt habe, verkennt sie, dass für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip das nachträgliche Parteiverhalten keine Rolle spielt und daher zu Recht unberücksichtigt blieb (vgl. Erwägung 3.2). Diese Rüge geht fehl.

Sodann kann einzig gestützt auf die Begriffsverwendung «Bonus» im Arbeitsvertrag vom 22. September 2009 entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht geschlossen werden, dass

es sich dabei um eine «freiwillige variable Zusatzentschädigung» handelt. Wie erwähnt (vgl. Erwägung 3.1), wird der Begriff des Bonus im Obligationenrecht nicht definiert, weshalb im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein vereinbarter Bonus als Gratifikation im Sinne von Art. 322d OR oder als Teil des Lohnes im Sinne von Art. 322 OR zu qualifizieren ist.

Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin auch aus dem Umstand nichts für sich abzuleiten, dass der Bonus im Arbeitsvertrag nicht unter Ziffer 6 («Gehalt»), sondern unter der Ziffer 7 («Jahresendzulage/Bonus») geregelt wurde. Wie schon die Vorinstanz zutreffend erwog, ist unter der gleichen Ziffer 7 wie der Bonus auch der 13. Monatslohn geregelt, bei dem es sich unbestrittenermassen um einen unbedingten Anspruch handelt.

4.6 Nach dem Gesagten ist das Auslegungsresultat der Vorinstanz, dass es sich beim Bonus des Beschwerdegegners über Fr. 40'000.– für das Jahr 2011 um einen Teil des Lohns handelt, bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

5.

5.1 Für den Fall, dass dem Beschwerdegegner per 2011 ein Bonus über Fr. 40'000.– zugestanden werde, argumentiert die Beschwerdeführerin, dass der Beschwerdegegner aufgrund seines Stillschweigens nach dem Erhalt des E-Mails des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin vom 2. März 2012 auf den Bonusanspruch per 2011 verzichtet habe. Der vorliegende Fall würde sich auf der allerobersten Unternehmensleitungsebene «abwickeln». Eine solche Kommunikation und die daraus abzuleitende Verlässlichkeit sei in rechtlicher Hinsicht unter die «besondere Natur des Geschäfts» oder unter «andere Umstände» nach Art. 6 OR zu subsumieren. Deshalb sei das erwiesene Stillschweigen des Beschwerdegegners auf die Aufforderung des Verwaltungsratspräsidenten hin, wonach der Beschwerdegegner bitte unverzüglich und schriftlich mitteilen möchte, falls er trotz des von ihm zu verantwortenden katastrophalen Geschäftsergebnisses die Auszahlung eines Bonus fordere, als Annahme dieses Angebots auf einen solchen Bonusverzicht zu qualifizieren. Damit habe die Vorinstanz Art. 6 OR verletzt.

5.2 Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten und wird ein Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt, so gilt dieses Stillschweigen nach Art. 6 OR als Annahme des Antrags. Die besondere Natur des Geschäfts wird im Arbeitsrecht angenommen, wenn der Antrag für den Empfänger nur vorteilhaft ist (Urteile 4A_131/2015 vom 14. August 2015 E. 2.1; 4A_216/2013 vom 29. Juli 2013 E. 6.3; je mit Hinweisen). Dies trifft bei dem dem Beschwerdegegner angebotenen Verzicht auf den Bonus über Fr. 40'000.– für das Jahr 2011 nicht zu, handelt es sich dabei doch nicht um ein für den Beschwerdegegner nur vorteilhaftes, sondern im Gegenteil um ein für ihn bloss nachteiliges Geschäft.

Demnach darf insoweit nur von einer stillschweigenden Zustimmung des Beschwerdegegners ausgegangen werden, wenn er nach den Umstän-

den nach Treu und Glauben gehalten ist, eine mögliche Ablehnung ausdrücklich zu erklären. Das Vorliegen solcher Umstände hat die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin zu beweisen (Urteile 4A_90/2016 vom 25. August 2016 E. 6.2; 4A_131/2015 vom 14. August 2015 E. 2.1; vgl. für solche möglichen Umstände: MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 2014, N. 5 zu Art. 341 OR).

5.3 Die Vorinstanz erwog, der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin habe in seiner Antwort vom 2. März 2012 auf die E-Mail des Beschwerdegegners Folgendes ausgeführt: «Der genannte Anstellungsvertrag wurde von uns nicht in allen Details ausformuliert. Treu und Glauben gerade auch bezüglich Geben und Nehmen war eine wichtige Basis in unseren Verhandlungen. Bei Ihnen für unsere Verhältnisse Topverdienst (inkl. Personalvorsorge) setzten wir auch eine ebensolche Topleistung mit den entsprechenden Ergebnissen voraus. Wenn Sie nun der Meinung sind, dass Ihr zu verantwortendes katastrophales Resultat nach all dem Besprochenen und Geschehenen trotzdem vertraglich die Auslösung des Bonus garantiert, bitte ich Sie mir unverzüglich und schriftlich mitzuteilen, dass Sie die Auszahlung fordern. Gehen Sie davon aus, dass ich unsere Vereinbarung gut gelesen und geprüft habe. Eine Schonfrist in Ihrem Sinne, dass sie für das Resultat Ihrer Handlung keine Verantwortung zu übernehmen haben, vereinbarten wir nie. Bei dem durch Ihre Fehlleistung entstandenen Schaden erwarte ich einen freiwilligen Bonus-Verzicht. Auf weitere Auslegungskonstruktionen sollten wir klugerweise verzichten.» Dass der Beschwerdegegner auf diese Antwort nicht reagiert habe, so die Vorinstanz weiter, könne nicht als «konkludente Zustimmung» gedeutet werden. Es bestehe grundsätzlich keine Antwortpflicht, was selbst dann gelte, wenn die andere Seite einseitig erklärt habe, bei Stillschweigen werde Einverständnis angenommen. Dazu komme, dass der Tonalität der Antwort des Verwaltungsratspräsidenten zufolge kaum anzunehmen gewesen wäre, dass er bereit gewesen wäre, eine andere Auffassung zu akzeptieren. Der Beschwerdegegner habe sich damals noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befunden. Zu beachten sei auch, dass ein Verzicht auf arbeitsrechtliche Ansprüche nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden dürfe. Dass der Beschwerdegegner bei der Unterzeichnung des neuen Bonusreglements am 31. Januar 2013 den für das Jahr 2011 noch offenen Betrag von Fr. 40’000.– nicht angesprochen habe, könne ihm ebenfalls nicht zum Nachteil gereichen, sei es doch dabei nur um den Bonus des Jahres 2012 gegangen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei deshalb nicht von einem Verzicht auf den Bonus [über Fr. 40’000.– für das Jahr 2011] durch «konkludentes Verhalten» auszugehen.

5.4 Dieser überzeugenden Würdigung vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Ausführungen nicht beizukommen. Sie beruft sich einzig darauf, dass das Schweigen des Beschwerdegegners nach dem E-Mail des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin vom 2. März 2012 als Annahme des Angebots auf einen Verzicht auf den Bonus für das Jahr

2011 zu qualifizieren sei, weil sich das vorliegende Arbeitsverhältnis auf der «allerobersten Unternehmensleitungsebene» abgespielt habe.

Es ist zwar zutreffend, dass der Beschwerdegegner als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin angestellt wurde und sich die vorgängige Kommunikation zwischen ihm und dem Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin auf der «allerobersten Unternehmensleitungsebene abspielte». Allein gestützt auf diesen Umstand darf aber aus dem Schweigen des Beschwerdegegners auf die Offerte des Beschwerdeführerin für einen Verzicht auf den Bonus für das Jahr 2011 nicht auf dessen stillschweigende Zustimmung geschlossen werden. Denn auch auf der obersten Führungsebene eines Unternehmens besteht grundsätzlich keine Pflicht des Arbeitnehmers ein Angebot auf einen Bonusverzicht ausdrücklich abzulehnen. Weitere Umstände, gestützt auf welche geschlossen werden müsste, dass der Beschwerdegegner im vorliegenden Einzelfall nach Treu und Glauben gehalten gewesen wäre, die Ablehnung ausdrücklich zu erklären, werden von der Beschwerdeführerin nicht dargetan und sind im vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt nicht ersichtlich. Damit vermag die Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, dass der Beschwerdegegner durch sein blosses Schweigen auf das E-Mail des Verwaltungsratspräsidenten die Offerte auf einen Bonusverzicht angenommen und somit auf den Bonus verzichtet hätte.

Da nach dem Gesagten kein Verzicht auf den Bonus für das Jahr 2011 angenommen werden kann, braucht nicht beurteilt zu werden, ob der Beschwerdegegner als Arbeitnehmer überhaupt auf seinen Bonus mit Lohncharakter verzichten könnte (vgl. Urteil 4A_187/2015 vom 29. September 2015 E. 6.2.2.2 mit Hinweisen, nicht. publ. in BGE 141 III 489).

6.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. (…)

Tribunal fédéral, Arrêt du 26 juin 2017, Doss.-No 4A_92/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 12 janvier 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 336 CO. Licenciement considéré comme abusif en raison d'une conjonction de plusieurs éléments, concernant la manière dont le congé a été signifié et les motifs qui ont conduit les employeuses à licencier l'employée (c. 2.4). Selon l'expérience générale de la vie, le licenciement assorti d'une libération immédiate de l'obligation de travailler, restitution immédiate des clés avec interdiction d'accéder aux locaux, mesures de surveillance pour récupérer les effets personnels et interdiction de prendre contact avec le personnel est de nature à faire

naître chez les autres employés le soupçon que le licenciement se fonde sur des motifs graves, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas de raisons particulières liées par exemple à des données sensibles ou à un risque de perte de clientèle (c. 2.5.2). Est de même abusif, le fait de vouloir se débarrasser à tout prix d'une employée, par convenance personnelle, sans parvenir à démontrer l'existence de manquements professionnels de sa part (c. 2.7).
Il n'y a aucune contradiction à considérer qu'un congé est abusif notamment en raison de l'atteinte portée aux droits de la personnalité du travailleur, mais que l'atteinte en question n'est pas grave au point qu'elle ne puisse pas être réparée par la seule indemnité de l'art. 336a CO – qui peut aller jusqu'à six mois de salaire (c. 2.5.4).
Art. 336a CO. L'autorité cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant que la quotité de l'indemnité allouée par les premiers juges (50'000 fr.), qui correspondait à un peu moins de quatre mois du salaire brut moyen perçu par l'employée (13e salaire compris), était appropriée aux circonstances, tenant en particulier équitablement compte de la longue durée pendant laquelle l'employée avait travaillé pour l'une des employeuses (20 ans) puis pour les deux (3 ans), de son âge lors du congé (49 ans), du fait qu'il lui avait été difficile de retrouver un emploi à cet âge à la suite de son licenciement et du fait qu'elle n'avait commis aucune faute (c. 3.3).

Extraits des faits:

Les deux associations dénommées A. et B. exploitent chacune un établissement médico-social (EMS) dans le canton de Genève. Chacune est dotée d'un bureau exécutif composé des cinq mêmes membres. L. assume la présidence des deux bureaux; M. est l'un des quatre autres membres.

Z. (ci-après: la directrice), née en 1964, a travaillé pour A. dès le 1er novembre 1991. Jusqu'au 31 juillet 2010, elle était responsable des activités hôtelières, responsable technique et chargée de la sécurité. En août 2010, elle a été directrice ad interim. Les deux associations l'ont ensuite engagée comme directrice des EMS dès le 1er septembre 2010, moyennant un salaire mensuel brut de 12'337 fr. 10.

La directrice, qui avait recruté l'ensemble du personnel pour un EMS qui devait s'ouvrir en mars 2011, a décidé de licencier plusieurs employés en période probatoire, dont elle estimait qu'ils n'avaient pas montré les compétences requises. Ces licenciements n'ont pas été contestés par les intéressés.

M. s'est toutefois opposé au licenciement d'une de ces personnes, qu'il avait recommandée alors qu'elle était au chômage et sans formation. Reclassée dans un autre poste, cette employée a été licenciée ultérieurement par un autre membre des bureaux, à la suite d'une suspicion de vol.

C'est à cette période que les relations entre la directrice et M. ont commencé à se dégrader. Celui-ci n'appréciait pas la manière dont elle traitait le personnel. N. a été directeur adjoint des deux résidences – poste qui n'existait pas précédemment – du 1er septembre 2010 au 31 août 2011. Alors que ses relations avec la directrice étaient cordiales au début de leur collaboration, elles se sont dégradées au début de l'année 2011 en raison de visions divergentes sur la gestion du personnel. N. estimait que la directrice manquait d'empathie, était directive, irrespectueuse et agressive dans sa manière de s'exprimer, tant envers lui qu'envers d'autres employés, raison pour laquelle il a demandé la cessation de ses rapports de travail. Au mois de décembre 2011, trois membres des bureaux exécutifs, dont la présidente L., ont écrit à la directrice qu'ils allaient poursuivre leur collaboration avec elle dans un climat de totale confiance. Ils ont souligné l'importance de son engagement et ses qualités humaines qui permettaient «de créer une atmosphère chaleureuse et dynamique donnant une excellente ambiance», ce qui permettait au personnel d'assurer sa mission «de la manière la plus agréable possible».

Un nouveau directeur adjoint a été engagé en septembre 2011 pour remplacer N. Il ne répondait pas à toutes les compétences demandées, notamment au niveau comptable, et avait une personnalité difficile. La directrice s'est plainte de son manque de compétence auprès des bureaux exécutifs dès le mois de décembre 2011. L'intéressé a néanmoins été maintenu dans ses fonctions jusqu'en novembre 2013, la directrice étant priée de collaborer avec son adjoint. Lors d'un comité, M. s'est à nouveau emporté contre la directrice, en lui reprochant d'avoir publiquement dit au directeur adjoint qu'il ne savait pas travailler et d'avoir tenu des propos humiliants à son égard. Au mois d'octobre 2013, trois infirmières se sont plaintes de la sévérité de leur supérieur hiérarchique auprès de la directrice. Celle-ci leur a proposé de prendre quelques jours de repos avant la tenue d'une réunion avec leur supérieur. A la suite de cette proposition, les employées ont été en arrêt de travail pour maladie pendant deux mois. La directrice, avec le soutien de sa hiérarchie, les a licenciées à la fin de la période de protection, car elle avait besoin que tout le personnel soit présent.

M. s'est opposé à ces licenciements car il estimait que ces personnes étaient compétentes et qu'elles avaient été licenciées à cause de leur mésentente avec la directrice. Il s'est derechef emporté contre celle-ci lors d'une séance.

O. a été engagé comme nouveau directeur adjoint le 1er décembre 2013. Le lendemain de son arrivée, il a confié à sa collègue de bureau qu'il estimait devoir vérifier le travail de la directrice. Il a systématiquement contesté les positions de cette dernière lors des réunions de cadres. La directrice s'est plainte de l'attitude de son adjoint auprès de sa hiérarchie. Après une semaine d'activité, elle a pré-rempli un document d'évaluation indiquant que le directeur adjoint ne connaissait pas le fonctionnement des EMS, ne prenait pas le temps de demander comment les choses fonction-

naient, travaillait trop vite, était «un peu trop disponible» comme il arrivait avant 7h et partait après 18h, brûlait les étapes en vue de son intégration et travaillait de façon trop indépendante, en électron libre. De son point de vue, il devait prendre un nouveau départ, sa mission et son rôle n'ayant pas été clairement compris. La répartition des responsabilités devait être rapidement validée. La présidente des bureaux exécutifs a convoqué les deux intéressés pour leur signifier qu'ils devaient travailler ensemble et se répartir les tâches. Deux séances ont eu lieu en présence notamment de P., qui avait recruté le sous-directeur, afin de mettre au point un mode de fonctionnement et de répartition des tâches. Selon la présidente, certains seulement des reproches formulés par la directrice à l'encontre de O. se sont confirmés par la suite.

Le 15 janvier 2014, P. a indiqué à la directrice que ses supérieurs voulaient absolument que la collaboration fonctionne avec O. L'intéressée a répété que cela serait difficile et a proposé la tenue d'une réunion. Le 16 janvier en fin d'après-midi, elle a été convoquée par P. pour un entretien agendé le lendemain à 8h30. Lors de cette entrevue qui s'est tenue en présence du prénommé, de la présidente L. et d'un autre membre des bureaux exécutifs, la directrice a été licenciée avec effet au 31 juillet 2014, en étant libérée immédiatement de son obligation de travailler. Elle a dû restituer ses clés et l'accès aux EMS lui a été interdit. Le jour même, L. a annoncé le licenciement de la directrice à tous les cadres des résidences par la lecture d'un communiqué. Le 20 janvier 2014 à 18h30, la directrice congédiée a pu se rendre à l'une des résidences pour récupérer ses effets personnels, escortée par M. et un autre membre des bureaux exécutifs. Quant aux autres effets personnels restés dans l'autre résidence, ils lui ont été restitués. Elle n'a pas pu prendre congé des résidents ou des cadres des deux résidences.

Requises par la directrice de motiver son licenciement, les deux associations ont répondu par pli du 18 février 2014, en invoquant une rupture du lien de confiance consécutive à plusieurs manquements dans la gestion du personnel et dans sa collaboration avec le dernier directeur adjoint. Entendue dans la procédure évoquée ci-dessous, la présidente des bureaux a confirmé que le licenciement de la directrice était dû à une perte de confiance liée à ses lacunes en gestion du personnel et au fait que O. était la troisième personne avec laquelle elle ne pouvait s'entendre. En mai-juin 2014, M. a confié à O. qu'il cherchait depuis le printemps 2013 à «éjecter» la directrice.

Celle-ci a souffert d'un syndrome anxio-dépressif en réaction à son licenciement. Elle a été en incapacité de travail totale du 17 janvier au 31 juillet 2014, puis en incapacité partielle durant les mois d'août (50%) et septembre 2014 (30%). Elle a recouvré sa pleine capacité le 1er octobre 2014. Les deux associations ont versé un dernier salaire complet en septembre 2014. La directrice congédiée a occupé un nouvel emploi de directrice adjointe dans un EMS du 1er octobre au 31 décembre 2014. Son

contrat a pris fin sans qu'aucun reproche ait été formulé à son égard, étant précisé que son poste d'adjointe de direction venait d'être créé et n'avait pas été maintenu pour des raisons organisationnelles. Elle n'a pas retrouvé d'emploi depuis lors.

Après avoir saisi l'autorité de conciliation le 23 septembre 2014 et obtenu une autorisation de procéder, la directrice (ci-après: l'employée) a assigné les deux associations (ci-après: les employeuses) devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, par demande du 10 décembre 2014. Elle concluait au paiement de 17'193 fr. 25 à titre de solde de salaire ainsi qu'à des indemnités de 74'022 fr. 60 en raison du congé abusif et de 12'337 fr. 10 pour le tort moral subi. Elle requérait en outre la délivrance d'un certificat de travail conforme au projet annexé à sa demande. Par jugement du 3 mars 2016, le Tribunal des prud'hommes a condamné les employeuses, prises conjointement et solidairement, à verser à l'employée la somme nette de 67'193 fr. 25, plus intérêts, et à lui remettre un certificat de travail dans le sens des considérants. Statuant le 12 janvier 2017 sur appel des employeuses, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice genevoise a condamné celles-ci, prises conjointement et solidairement, à verser à l'employée la somme nette de 50'000 fr. à titre d'indemnité pour licenciement abusif et la somme brute de 13'861 fr. 05 à titre de solde de salaire – sous réserve des déductions sociales, légales et usuelles –, le tout avec intérêts.

Les employeuses ont interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

2.

2.1 Le litige porte sur le point de savoir si le licenciement de l'employée est abusif.

2.2

2.2.1 Selon le principe posé à 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 prévaut la liberté de la résiliation, de sorte que, pour être valable, un congé n'a en principe pas besoin de reposer sur un motif particulier (ATF 131 III 535 consid. 4.1 p. 538). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre fin unilatéralement au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (art. 336 ss CO). L'art. 336 al. 1 et 2 CO énumère les cas dans lesquels la résiliation est abusive. Cette liste n'est pas exhaustive; elle concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit. Un congé peut donc se révéler abusif dans d'autres situations que celles énoncées par la loi; elles doivent toutefois apparaître comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément envisagées (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.2 p. 538).

L'abus de la résiliation peut découler non seulement des motifs du congé, mais également de la façon dont la partie qui met fin au contrat exerce son droit. Même lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Elle ne peut en particulier jouer un double jeu et contrevenir de manière caractéristique au principe de la bonne foi. Ainsi, un comportement violant manifestement le contrat, tel qu'une atteinte grave au droit de la personnalité dans le contexte d'une résiliation, peut faire apparaître cette dernière comme abusive. En revanche, un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (ATF 132 III 115 consid. 2.1-2.3; 131 III 535 consid. 4.2).

N'est pas abusif le congé donné à l'encontre d'un collaborateur dont le caractère difficile a fait naître une situation conflictuelle sur le lieu de travail, et intervient après que l'employeur a pris toutes les mesures nécessaires pour tenter de résoudre le conflit. S'il s'abstient d'agir ou ne prend que des mesures insuffisantes, l'employeur enfreint son devoir d'assistance et commet un abus en licenciant l'employé. Est ainsi abusive la résiliation signifiée à un travailleur en raison de sa mésentente avec le chef de service, sans avoir cherché à désamorcer le conflit (ATF 132 III 115 consid. 2.2 et 5.1; 125 III 70 consid. 2c). De même, est abusif le licenciement prononcé par un employeur dont il est avéré qu'il voulait se débarrasser à tout prix d'un collaborateur et a agi par pure convenance personnelle, sans parvenir à démontrer l'existence de manquements professionnels de la part de l'employé (arrêt 4A_203/2007 du 10 octobre 2007 consid. 3 et 7).

Le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (cf. art. 157 CPC). L'appréciation du caractère abusif du licenciement suppose l'examen de toutes les circonstances du cas d'espèce (ATF 132 III 115 consid 2.5 et les références citées).

2.2.2 En application de l'art. 8 CC, c'est en principe à la partie qui a reçu son congé de démontrer que celui-ci est abusif. La jurisprudence a toutefois tenu compte des difficultés qu'il peut y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui donne le congé. Le juge peut ainsi présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau. Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 p. 703; arrêts 4A_217/2016 du 19 janvier 2017 consid. 4.1).

2.2.3 Pour dire si un congé est abusif, il faut se fonder sur son motif réel. Déterminer le motif d'une résiliation est une question de fait (ATF 136 III 513 consid. 2.3 in fine p. 515), que le Tribunal fédéral ne revoit

qu'aux conditions restrictives rappelées ci-dessus (consid. 1.2 supra). En revanche, savoir si le congé repose sur de justes motifs au sens de l'art. 337 CO relève du droit (arrêt 4A_419/2015 du 19 février 2016 consid. 2.1.1).

2.3 En l'espèce, la cour cantonale a tenu le raisonnement résumé ci-dessous.

2.3.1 Si la décision de libérer immédiatement un travailleur de son obligation de travailler n'était pas critiquable sur le principe, celle concernant l'employée avait uniquement pour but de l'empêcher de communiquer avec les autres collaborateurs; pour cette même raison, l'employée avait été accompagnée dans ses déplacements jusqu'à son départ des locaux. Or cette surveillance n'était pas justifiée puisque l'intéressée n'avait pas accès à des données pouvant être considérées comme sensibles; contrairement à l'employé d'une banque qui pourrait tenter de s'approprier les clients de la banque avant son départ, on ne pouvait guère imaginer que l'employée ait pu détourner la clientèle des EMS dans lesquels elle officiait. Ces deux mesures – libération de l'obligation de travailler et accompagnement de l'employée – devaient permettre aux employeuses de mettre l'employée à l'écart afin d'annoncer le départ de celle-ci aux autres employés selon leur propre version des faits, ce qu'elles avaient fait le jour même par un communiqué. En agissant ainsi, les employeuses avaient laissé supposer à ces derniers que le licenciement de l'employée pouvait se fonder sur des motifs graves, alors qu'il n'en était rien. Dès lors, la manière dont le congé avait été donné constituait une circonstance propre à faire apparaître la résiliation comme abusive.

2.3.2 En outre, poursuivait la cour cantonale, les employeuses n'étaient pas parvenues à établir les motifs invoqués pour justifier le licenciement.

Ainsi, elles avaient fait valoir d'une manière toute générale que l'employée avait des lacunes en matière de gestion du personnel, mais elles n'étaient pas parvenues à le démontrer. En effet, les licenciements auxquels avait procédé l'employée n'étaient pas critiquables et n'avaient d'ailleurs pas été contestés par les employés concernés. L'aide-soignante dont elle voulait se séparer et qui, sur l'insistance de M., avait été reclassée avait finalement été licenciée directement par un membre du bureau, pour suspicion de vol. Quant aux trois infirmières licenciées en été 2013, elles s'étaient mises en «arrêt maladie» afin de protester contre la sévérité de leur supérieur, de sorte que leur comportement perturbait le bon fonctionnement des EMS, étant précisé qu'à nouveau, seul M. avait critiqué le travail de l'employée, à l'exclusion du reste du bureau.

S'agissant du prétendu manque de coopération avec les différents sous-directeurs engagés par les employeuses, la cour cantonale a relevé que le premier était parti spontanément sans que l'employée ait formulé de reproche à son égard, et que le deuxième avait été licencié après que tout le monde se fut accordé à dire qu'il ne disposait pas de toutes les qualités requises pour ce poste, de sorte qu'on ne pouvait faire grief de ces deux dé-

parts à l'employée. Quant au dernier sous-directeur, il était arrivé dans un contexte particulier, induit par le fait que l'on avait imposé à l'employée de collaborer de nombreux mois avec le deuxième sous-directeur qui ne donnait pas satisfaction. Il était également établi que ce sous-directeur avait d'emblée et délibérément pris la décision de contrôler le travail de sa supérieure, dont il ne cessait de remettre en cause le mode de travailler. On ne pouvait donc pas reprocher à l'employée de s'être plainte du comportement de son adjoint direct.

Dans ces circonstances, la cour cantonale a conclu que l'employée avait été licenciée sur l'insistance de M., qui ne supportait pas sa personnalité et désirait son départ depuis plusieurs mois, ce qu'il avait ouvertement admis. Les employeuses avaient ainsi agi abusivement par pure convenance personnelle, vraisemblablement par lassitude au regard des remarques incessantes de M. au sujet de l'employée, et en faisant abstraction de l'intérêt légitime de cette dernière à conserver un emploi dans lequel elle s'investissait pleinement depuis des années sans que des manquements puissent lui être reprochés.

2.4 Ces considérations échappent à la critique et les employeuses échouent à établir, par leur argumentation largement appellatoire, qu'elles se fonderaient sur un établissement inexact des faits (cf. consid. 1.2 supra) ou seraient constitutives d'une violation du droit (cf. consid. 1.3 supra). Force est de constater que le licenciement a été considéré comme abusif en raison d'une conjonction de plusieurs éléments, concernant la manière dont le congé a été signifié et les motifs qui ont conduit les employeuses à licencier l'employée. Les employeuses soulèvent une série de griefs à l'encontre des constatations de fait ayant conduit à retenir un congé abusif. Il convient de les passer en revue.

2.5 Les employeuses émettent une première série de griefs relatifs à la manière dont le congé a été donné.

2.5.1 La cour cantonale aurait ainsi reproché à tort aux employeuses d'avoir libéré l'employée de son obligation de travailler. Il ne ressort toutefois rien de tel de l'arrêt attaqué, l'autorité cantonale ayant bien plutôt considéré que cette mesure, mise en relation avec le fait que l'employée avait été accompagnée dans ses déplacements jusqu'à son départ des locaux nonobstant le caractère infondé d'une telle surveillance, avait pour finalité de mettre l'intéressée à l'écart et de l'empêcher de communiquer avec les autres employés de manière à ce que les employeuses puissent annoncer son départ selon leur propre version des faits.

Les employeuses ne démontrent nullement que cette constatation de leur volonté à partir des éléments objectivement perceptibles analysés par la cour cantonale procéderait d'un établissement manifestement inexact des faits. En particulier, elles se bornent à opposer leur propre thèse à celle de l'autorité cantonale en affirmant que l'accompagnement de l'employée était dû au fait qu'elle avait accès à toutes les données relatives aux résidences et que le licenciement n'était pas intervenu pour de simples motifs

économiques, mais ensuite de manquements de l'employée qui auraient entraîné une rupture des rapports de confiance.

Or on ne voit pas en quoi le fait de pouvoir accéder à toutes les données relatives aux résidences aurait justifié l'accompagnement de l'employée, dès lors qu'il n'est même pas prétendu qu'il se serait agi de données pouvant être considérées comme sensibles, ou dont l'employée aurait pu tirer un quelconque avantage au détriment des employeuses. En outre, ces dernières ont échoué à établir la consistance des prétendus manquements de l'employée qui auraient selon elles constitué le motif réel du congé (cf. consid. 2.6 infra).

2.5.2 Les employeuses critiquent en outre la conclusion selon laquelle en agissant ainsi, elles ont laissé supposer aux autres employés que le licenciement pouvait se fonder sur des motifs graves, alors qu'il n'en était rien.

Contrairement à ce que soutiennent les recourantes, une telle conclusion ne doit pas nécessairement se fonder sur des témoignages. En effet, selon l'expérience générale de la vie, le licenciement assorti d'une libération immédiate de l'obligation de travailler, restitution immédiate des clés avec interdiction d'accéder aux locaux, mesures de surveillance pour récupérer les effets personnels et interdiction de prendre contact avec le personnel est de nature à faire naître chez les autres employés le soupçon que le licenciement se fonde sur des motifs graves, à tout le moins lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas de raisons particulières liées par exemple à des données sensibles ou à un risque de perte de clientèle.

2.5.3 Les employeuses objectent par ailleurs que, comme l'employée a été en incapacité de travail totale pendant plus de six mois dès le jour de son licenciement, la libération de son obligation de travailler n'était pas de nature à faire naître de telles suppositions, puisque l'employée ne serait de toute manière pas revenue travailler.

Cette critique est dénuée de pertinence puisque ce n'est pas la libération de l'obligation de travailler en tant que telle qui a conduit la cour cantonale à considérer le congé comme abusif, mais l'ensemble des circonstances rappelées ci-dessus. Au surplus, les employeuses sont malvenues à invoquer à titre exculpatoire l'incapacité de travail de l'employée dans la mesure où celle-ci a précisément constitué une conséquence de son licenciement abusif.

2.5.4 Les employeuses reprochent enfin aux juges cantonaux d'avoir versé dans la contradiction en retenant d'une part que la manière dont le congé avait été donné faisait apparaître la résiliation comme abusive, tout en excluant d'autre part toute prétention pour tort moral fondée sur l'art. 49 CO, au motif que les employeuses n'avaient pas porté atteinte à la personnalité de l'employée de façon tellement grave qu'elle justifierait une telle indemnité.

Il est évident qu'il n'y a aucune contradiction à considérer qu'un congé est abusif notamment en raison de l'atteinte portée aux droits de la per-

sonnalité du travailleur, mais que l'atteinte en question n'est pas grave au point qu'elle ne puisse pas être réparée par la seule indemnité de l'art. 336a CO – qui peut aller jusqu'à six mois de salaire (cf. ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 408).

2.6 S'agissant ensuite des motifs du licenciement, les employeuses soulèvent une deuxième série de griefs qu'il convient d'examiner.

2.6.1 Les employeuses reprochent ainsi à la cour cantonale d'avoir violé l'art. 8 CC et d'avoir apprécié arbitrairement les preuves en constatant qu'elles n'avaient pas établi les motifs invoqués pour expliquer le licenciement de l'employée.

Toutefois, les employeuses se contentent, de manière purement appellatoire, d'opposer leur propre appréciation des preuves à celle opérée par la juridiction cantonale pour déterminer si les motifs de licenciement invoqués par les employeuses – à savoir une rupture du lien de confiance consécutive à plusieurs manquements dans la gestion du personnel et dans sa collaboration avec le dernier sous-directeur O. – reposaient sur des faits avérés.

Ainsi, la simple déclaration de partie (cf. art. 191 CPC) de L., présidente des bureaux exécutifs au sein des deux associations employeuses, selon laquelle «la raison du licenciement [de l'employée] est une perte de confiance due à ses lacunes en gestion du personnel et au fait que O. était la troisième personne avec laquelle elle ne pouvait s'entendre» est inapte à prouver les manquements reprochés à l'employée, au regard des éléments de preuves en sens contraire pris en compte par l'autorité cantonale.

De même, le fait que, selon deux témoins, les relations étaient tendues non seulement avec M., mais également avec d'autres membres des bureaux exécutifs, soit Q. et R., n'est pas de nature à établir la réalité des manquements reprochés à l'employée.

Ainsi, s'agissant des relations de l'employée avec N., directeur adjoint des deux résidences du 1er septembre 2010 au 31 août 2011, qui se sont dégradées au début de l'année 2011 en raison de visions divergentes sur la gestion du personnel, les employeuses n'ont nullement établi l'existence de manquements de l'employée à cet égard, étant observé que l'allégation formée ultérieurement à ce sujet est démentie par la teneur du courrier envoyé au mois de décembre 2011 à l'employée par L. et les deux autres membres précités (Q. et R.) des bureaux exécutifs (cf. lettre A.d supra).

Les employeuses n'ont pas davantage établi que les difficultés relationnelles avec le deuxième sous-directeur, licencié après que tout le monde eut admis qu'il ne disposait pas de toutes les qualités requises pour son poste, auraient été imputables à l'employée.

Quant au dernier sous-directeur, la cour cantonale pouvait sans arbitraire retenir comme établi, au vu des éléments du dossier, que celui-ci avait d'emblée et délibérément pris la décision de contrôler le travail de sa supérieure, dont il ne cessait de remettre en cause le mode de travailler.

Dans un tel contexte, on ne saurait reprocher à l'employée de s'être rapidement plainte du comportement de son adjoint direct, comme l'ont relevé à juste titre les juges cantonaux.

2.6.2 Soutenant que les motifs invoqués à l'appui du licenciement auraient tous été établis, les employeuses reprochent à la cour cantonale de s'être écartée de ces «faits établis» pour retenir qu'elles avaient licencié l'employée sur l'insistance de M. et qu'elles avaient ainsi agi abusivement par pure convenance personnelle.

Ce grief tombe à faux. En effet, comme on l'a vu (cf. consid. 2.6.1 supra), les employeuses ont précisément échoué à établir la réalité des manquements qui avaient selon elles motivé le licenciement de l'employée, alors que cette dernière a pu apporter des indices faisant apparaître comme non réels les motifs avancés par les employeuses, en établissant en particulier que M. ne supportait pas sa personnalité et cherchait à l'«éjecter» depuis le printemps 2013, ce qu'il avait ouvertement admis. Cela étant, le grief selon lequel la cour cantonale aurait renversé le fardeau de la preuve en retenant le caractère abusif du congé alors que l'employée n'avait prétendument apporté aucun indice permettant de faire apparaître comme non réels les motifs avancés par les employeuses à l'appui du congé tombe lui aussi à faux.

2.7 En définitive, au regard de la conjonction d'éléments que constituent d'une part la manière dont le congé a été signifié, et d'autre part les motifs de celui-ci – M., membre des bureaux exécutifs des employeuses, ayant la volonté de se débarrasser à tout prix de l'employée, et les employeuses ayant cédé par convenance personnelle, sans être parvenues à démontrer l'existence de manquements professionnels de la part de l'employée, ce qui selon la jurisprudence est propre à faire apparaître le congé comme abusif (cf. consid. 2.2.1 supra) –, les juges cantonaux n'ont pas violé l'art. 336 CO en qualifiant d'abusive la résiliation du contrat de travail.

3.

3.1 Les employeuses contestent à titre subsidiaire la quotité de l'indemnité de 50'000 fr. allouée pour licenciement abusif.

3.2.

3.2.1 La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre partie une indemnité (art. 336a al. 1 CO), qui ne peut dépasser l'équivalent de six mois du salaire du travailleur; le juge fixe celle-ci en tenant compte de toutes les circonstances (art. 336a al. 2 CO).

Le salaire déterminant est le salaire brut, auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme le treizième salaire. Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou sur la moyenne des salaires de la dernière année (arrêts 4A_485/2015 du 15 février 2016 consid. 4.1 et les références citées; 4A_571/2008 du 5 mars 2009 consid. 5.1).

L'indemnité prévue à l'art. 336a CO a une double finalité, punitive et réparatrice, quand bien même elle ne consiste pas en des dommages-intérêts au sens classique. Elle est en effet due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à une peine conventionnelle (ATF 135 III 405 consid. 3.1 p. 407; 123 III 391 consid. 3c).

3.2.2 Le juge fixe l'indemnité en équité (art. 4 CC; ATF 123 III 391 consid. 3c). Il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (arrêt 4A_401/2016 du 13 janvier 2017 consid. 6.2.1 in SJ 2017 I 297; ATF 123 III 391 consid. 3c; 123 III 246 consid. 6a; 119 II 157 consid. 2b p. 161).

3.2.3 Le montant de l'indemnité est fixé librement par le juge, en vertu d'un pouvoir d'appréciation que le Tribunal fédéral ne revoit qu'avec réserve. L'autorité de céans n'intervient que si la décision s'écarte sans raison sérieuse des règles établies par la doctrine et la jurisprudence en matière de libre appréciation, s'appuie sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle ou, au contraire, méconnaît des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération, ou encore si elle aboutit à un résultat manifestement injuste (ATF 123 III 246 consid. 6a p. 255; arrêt précité 4A_401/2016 consid. 6.2.2).

3.3

3.3.1 En l'espèce, la cour cantonale a estimé que la quotité de l'indemnité allouée par les premiers juges (50'000 fr.), qui correspondait à un peu moins de quatre mois du salaire brut moyen perçu par l'employée (13e salaire compris), était appropriée aux circonstances, tenant en particulier équitablement compte de la longue durée pendant laquelle l'employée avait travaillé pour l'une des employeuses (20 ans) puis pour les deux (3 ans), de son âge lors du congé (49 ans), du fait qu'il lui avait été difficile de retrouver un emploi à cet âge à la suite de son licenciement et du fait qu'elle n'avait commis aucune faute.

3.3.2 Les employeuses ne démontrent pas en quoi la cour cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation dans la fixation du montant de l'indemnité, notamment en s'appuyant sur des faits qui n'auraient dû jouer aucun rôle ou en omettant au contraire de tenir compte d'éléments qui auraient absolument dû être pris en considération, ni en quoi le résultat de cette appréciation serait manifestement injuste ou conduirait à une iniquité choquante.

Les employeuses estiment que l'âge de l'employée ne serait pas un facteur particulièrement déterminant. Il serait faux d'affirmer qu'il lui a été difficile de retrouver un emploi à cet âge, puisqu'elle a retrouvé un emploi

de directrice adjointe dans un EMS à compter du 1er octobre 2014 – avant même la fin de ses rapports de travail auprès des employeuses; le fait qu'elle n'ait pas été en mesure de conserver ce nouvel emploi ne saurait être retenu à la charge des employeuses dans la fixation du montant de l'indemnité. Force est toutefois de constater que l'âge du travailleur au moment du licenciement et la difficulté de retrouver un nouvel emploi sont des critères pertinents au regard de la jurisprudence (cf. consid. 3.2.2 supra). Par ailleurs, si l'employée a brièvement occupé un nouvel emploi de directrice adjointe dans un EMS du 1er octobre au 31 décembre 2014, son contrat a pris fin le 31 décembre 2014 sans qu'aucun reproche ait été formulé à son égard (cf. consid. 4.4 infra) – le poste d'adjoint de direction qui venait d'être créé n'ayant pas été maintenu pour des raisons organisationnelles de l'EMS en cause – et elle n'a pas retrouvé d'emploi depuis lors. Les juges cantonaux pouvaient donc à bon droit tenir compte de la difficulté pour l'employée de se réinsérer, étant précisé que si la brièveté du nouvel emploi n'est certes aucunement imputable aux employeuses, elle ne l'est pas davantage à l'employée. Pour le surplus, l'autorité précédente a souligné que les postes de directeur d'EMS étaient rares, mais que le marché de l'emploi ne se réduisait pas pour l'employée à ces seuls postes, vu son parcours professionnel.

C'est au surplus en vain que les employeuses contestent que l'employée n'ait commis aucune faute, puisqu'elles ont échoué à établir les manquements qu'elles lui reprochaient (cf. consid. 2.6 supra). Par ailleurs, si la cour cantonale a relevé que les employeuses avaient pu laisser croire aux autres collaborateurs que l'employée avait été licenciée en raison d'une faute, elle a relativisé cet élément en ajoutant qu'elles n'avaient pas diffamé l'employée auprès de ceux-ci et qu'elles-mêmes n'avaient pas commis de faute grave, s'étant contentées de lui reprocher un manque de compétences pour ce type de poste.

Enfin, les employeuses ne peuvent rien tirer en leur faveur d'une affaire dans laquelle une indemnité correspondant à quatre mois de salaire avait été allouée à une auxiliaire de santé d'un EMS, laquelle avait été licenciée en raison d'accusations de vol sujettes à caution portées par un résident sans que l'employeur ait procédé aux vérifications nécessaires (4A_694/2015 du 4 mai 2016). En effet, l'appréciation des différents critères pris en compte dans chacune de ces deux situations, en ce qu'elles peuvent avoir de comparable, ne laisse pas apparaître l'atteinte comme étant fondamentalement plus grave dans un cas que dans l'autre, étant rappelé que l'autorité de céans n'intervient qu'en cas d'abus du pouvoir d'appréciation.

4.

4.1 Dans un dernier grief, les employeuses contestent le montant alloué à l'employée à titre de salaire afférent au délai de congé.

4.2 A teneur de l'art. 324 al. 2 CO, le travailleur impute sur son salaire ce qu'il a épargné du fait de l'empêchement de travailler ou ce qu'il a

gagné en exécutant un autre travail, ou le gain auquel il a intentionnellement renoncé.

Conformément au principe sous-tendant cette règle, la jurisprudence considère que si l'employeur libère le travailleur de son devoir de fournir ses services pendant le délai de congé, il faut imputer sur la créance salariale le revenu que le travailleur a pu ou aurait pu obtenir auprès d'un autre employeur grâce au fait qu'il a été libéré de l'obligation de travailler. L'employé ne doit pas s'enrichir au détriment de l'employeur en percevant de celui-ci un salaire sans fournir de contreprestation et en acquérant simultanément un revenu grâce à une autre activité de travail (ATF 128 III 212 consid. 3b/cc; 128 III 271 consid. 4a/bb; arrêt 4A_509/2014 du 4 février 2015 consid. 4.1).

4.3 La cour cantonale a constaté que le contrat de travail, en raison de la protection conférée par l'art. 336c CO, avait pris fin en janvier 2015. Elle a déduit de la dette salariale des employeuses le salaire touché par l'employée (39'351 fr. 80) grâce à l'activité exercée entre octobre et décembre 2014 auprès de son nouvel employeur. En revanche, la cour a refusé de déduire un revenu hypothétique pour janvier 2015, dès lors que l'employée n'était pas responsable de la résiliation de son nouveau contrat de travail et qu'il n'était pas allégué que des postes analogues auraient été disponibles en janvier 2015.

4.4 Les employeuses objectent que la cour cantonale aurait dû imputer le montant de 13'117 fr. 25 correspondant au salaire que l'employée aurait dû obtenir auprès de son nouvel employeur. A cet égard, elles contestent que la suppression du poste occupé auprès du nouvel employeur ait été dictée par un motif d'organisation interne; la cour cantonale aurait constaté ce fait de manière manifestement inexacte.

Entendu comme témoin, le directeur de l'EMS dans lequel l'employée avait été engagée a déclaré qu'il avait trouvé celle-ci très agréable, très cordiale et respectueuse, mais qu'elle avait été mal acceptée par l'équipe de direction, qui n'appréciait pas le fait d'être privée de contact direct avec lui-même; une résistance très forte l'avait contraint à mettre un terme à la collaboration avec l'employée et à résilier son contrat durant le temps d'essai. Il a précisé que le poste d'adjoint de direction n'existait pas avant l'arrivée de l'employée et qu'il avait eu des plaintes, une lettre anonyme de son personnel indiquant ne pas vouloir travailler avec l'employée, tout en visant deux autres personnes dotées de responsabilité; il n'avait pas le souvenir que des reproches concrets aient été faits.

Dans ces conditions, les juges cantonaux pouvaient retenir sans arbitraire que les rapports de travail de l'employée auprès de son nouvel employeur avaient été résiliés pendant le temps d'essai pour des motifs qui ne lui étaient pas imputables et pouvaient sans enfreindre le droit fédéral refuser de déduire de sa créance salariale un gain hypothétique, alors qu'il n'était pas allégué que des postes analogues étaient au concours dans d'autres EMS à cette période.

Tribunal fédéral, Arrêt du 30 juin 2017, Doss.-No 8C_79/2016 (Confirmation du jugement du Tribunal administratif fedéral, Cour I, du 8 décembre 2015), in: ATF 143 II 443

Art. 6 ArG; Art. 26 ArGV 3; Art. 57i-q RVOG; Art. 10 und Art. 11 der Verordnung über die Bearbeitung von Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes anfallen; Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; missbräuchliche Verwendung und Analyse der elektronischen Infrastruktur; in unzulässiger Weise erworbene Beweismittel und Interessenabwägung; fristlose Auflösung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund schwerwiegender Gründe.
Das RVOG und seine Ausführungsbestimmungen regeln Registrierung und Analyse von Personendaten, die bei der Nutzung der elektronischen Infrastruktur des Bundes anfallen, detailliert und abschliessend (E. 4). Im konkreten Fall hat die personenbezogene Auswertung namentlich aufgezeichneter Daten (Art. 57o RVOG) in unzulässiger Weise stattgefunden (E. 5.4). Weil ein unzulässiges Beweismittel vorliegt, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (E. 6.3). Im konkreten Fall durfte der Arbeitgeber das Resultat unrechtmässig erlangter Informationen verwerten (E. 6.4). Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus schwerwiegenden Gründen, nachdem der Angestellte nicht erlaubte Internetseiten übermässig häufig besucht hat (E. 7). Keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (E. 8).

Art. 6 LTr; art. 26 OLT 3; art. 57i-q LOGA; art. 10 et art. 11 de l'ordonnance sur le traitement des données personnelles liées à l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération; art. 29 al. 1 Cst.; art. 6 par. 1 CEDH; utilisation abusive et analyse de l'infrastructure électronique; moyens de preuve obtenus de manière illicite et pondération des intérêts; résiliation immédiate des rapports de travail pour motif grave.
La LOGA et les dispositions d'application prescrivent de manière détaillée et exhaustive l'enregistrement et l'analyse des données personnelles liées à l'utilisation de l'infrastructure électronique de la Confédération (consid. 4). Dans le cas concret, l'analyse nominale se rapportant aux personnes (art. 57o LOGA) a été effectuée de manière illicite (consid. 5.4). Le moyen de preuve ayant été obtenu de manière illicite, il convient de procéder à une pondération des intérêts (consid. 6.3). En l'espèce, l'employeur pouvait faire usage des résultats de l'analyse informatique obtenus de manière illicite (consid. 6.4). Résiliation immédiate des rapports de travail pour motif grave parce que l'employé a consulté des sites Internet non autorisés de manière excessive (consid. 7). Absence de violation du principe de proportionnalité (consid. 8).

Art. 6 LL; art. 26 OLL 3; art. 57i-q LOGA; art. 10 e art. 11 dell'ordinanza sul trattamento di dati personali derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica della Confederazione; art. 29 cpv. 1 Cost.; art. 6 n. 1 CEDU; uso improprio e analisi dell'infrastruttura elettronica; prove acquisite illecitamente e ponderazione degli interessi; scioglimento immediato del rapporto di lavoro per causa grave.
La LOGA e le disposizioni di applicazione disciplinano dettagliatamente e in maniera esaustiva la registrazione e l'analisi di dati personali risultanti dall'uso dell'infrastruttura elettronica della Confederazione (consid. 4). Nel caso concreto, l'analisi nominale in riferimento a persone (art. 57o LOGA) ha avuto luogo in maniera illecita (consid. 5.4). Trattandosi di una prova illecita, occorre procedere a una ponderazione degli interessi (consid. 6.3). Nella fattispecie, il datore di lavoro poteva far uso delle risultanze informatiche ottenute illecitamente (consid. 6.4). Scioglimento immediato del rapporto di lavoro per causa grave, poiché il dipendente ha consultato siti Internet qualitativamente non ammessi e quantitativamente in maniera eccessiva (consid. 7). Nessuna violazione del principio della proporzionalità (consid. 8).

Extraits des faits:

A.

A. è entrato alle dipendenze delle Ferrovie Federali Svizzere FFS (di seguito: FFS) dal 1°settembre 1989. Il 17 settembre 2014 le FFS hanno pronunciato lo scioglimento del contratto di lavoro con effetto immediato dal 18 settembre 2014 in seguito a molteplici accessi di breve durata a siti con contenuto pornografico e sessista dalla propria postazione di lavoro.

B.

B.a A. ha impugnato la decisione delle FFS dinanzi al Tribunale amministrativo federale, chiedendone l'annullamento.

B.b Con decisione incidentale del 27 ottobre 2014 il giudice dell'istruzione del Tribunale amministrativo federale ha respinto la domanda di effetto sospensivo presentata da A., ordinando tuttavia alle Ferrovie Federali Svizzere FFS di continuare a versargli il salario durante la procedura dinanzi alla Corte federale di primo grado. Un ricorso in materia di diritto pubblico inoltrato dalle FFS contro la decisione incidentale è stato dichiarato inammissibile con sentenza 8C_868/2014 del 17 dicembre 2014.

B.c L'8 dicembre 2015 il Tribunale amministrativo federale, Corte I, ha respinto il ricorso presentato da A. contro la decisione di scioglimento del contratto di lavoro.

C.

A. presenta un ricorso in materia di diritto pubblico con cui chiede in via principale l'annullamento del giudizio e della decisione amministrativa

impugnati e la reintegrazione nella propria funzione. In via subordinata chiede l'accertamento dell'assenza di motivi per lo scioglimento immediato e la concessione di un'indennità di 12 mesi.

Le FFS postulano la reiezione del ricorso. Il Tribunale amministrativo federale ha comunicato di non avere osservazioni e di riconfermarsi nel proprio giudizio.

Il Tribunale federale con decreto del 18 maggio 2016 ha rifiutato la concessione dell'effetto sospensivo.

Il Tribunale federale ha respinto il ricorso.

Extrait des considérants:

2.

Oggetto del contendere è sapere se sia lesivo del diritto federale il giudizio del Tribunale amministrativo federale, che ha confermato lo scioglimento immediato del rapporto di lavoro per ripetuta consultazione di siti Internet di stampo pornografico.

3.

3.1 Il Tribunale amministrativo federale, dopo aver richiamato la legge del 24 marzo 2000 sul personale federale (LPers; RS 172.220.1) e le disposizioni particolari del contratto collettivo di lavoro FFS (CCL FFS), ha ricordato la legge federale del 13 marzo 1964 sul lavoro nell'industria, nell'artigianato e nel commercio (legge sul lavoro, LL; RS 822.11) e l'ordinanza 3 del 18 agosto 1993 concernente la legge sul lavoro (OLL 3; RS 822.113). Secondo l'art. 26 OLL 3 sono di massima vietati l'applicazione di sistemi di sorveglianza e di controllo del comportamento dei lavoratori sul posto di lavoro. In tale ottica, un controllo sistematico e personalizzato dei dati di navigazioni in Internet e nella posta elettronica è esclusa. I datori sono tuttavia tenuti a informare anticipatamente la modalità di uso (autorizzati) di questi strumenti. Sul piano del diritto pubblico del personale, la Corte federale di primo grado ha illustrato l'iter legislativo relativo agli art. 57i-q della legge del 21 marzo 1997 sull'organizzazione del Governo e dell'Amministrazione (LOGA; RS 172.010) e l'ordinanza del 22 febbraio 2012 sul trattamento di dati personali derivanti dall'utilizzazione dell'infrastruttura elettronica della Confederazione (RS 172.010.442; di seguito: ordinanza sul trattamento di dati), i quali hanno posto le condizioni in materia di trattamento dei dati derivanti dall'uso dell'infrastruttura elettronica.

Il Tribunale amministrativo federale, descrittene le caratteristiche, ha concluso che il sistema di analisi della rete informatica in uso alle FFS, segnatamente per quanto attiene all'esigenza di una verifica a campione è conforme all'art. 57n LOGA. I primi giudici hanno per contro ritenuto lesivo dell'art. 57o LOGA tale sistema, poiché, venuti all'analisi nominale riferita a persone, il datore di lavoro non ha chiesto l'autorizzazione all'interessato, che non è stato interpellato in alcun modo, o alla direzione

FFS. I primi giudici si sono quindi chiesti se le risultanze dell'inchiesta informatica, ritenute illecite, dovessero essere estromesse dal fascicolo. La Corte federale di primo grado, rilevato che la PA non disciplina l'uso di prove raccolte illecitamente, si è appoggiata sull'art. 29 della legge ticinese del 24 settembre 2013 sulla procedura amministrativa (RL 3.3.1.1) e sull'art. 152 CPC. Soppesati gli interessi in gioco, il Tribunale amministrativo federale, alla luce delle circostanze che il ricorrente era avvertito al momento dell'accesso a pagine pornografiche e che la consultazione era vietata al personale, ha mantenuto nel fascicolo il rapporto sull'inchiesta informatica operata dal datore di lavoro.

3.2 Il ricorrente contesta innanzitutto l'assenza di una base legale sufficiente. Rileva che il datore di lavoro e i primi giudici hanno applicato erroneamente l'art. 57n LOGA relativo all'analisi a campione, la cui interpretazione sarebbe chiaramente desumibile dal messaggio del Consiglio federale. In tal senso, si esprimerebbero anche l'art. 9 OLOGA e la Guida alla sorveglianza dell'utilizzazione di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro edita dall'Amministrazione federale. In questo ambito occorre tenere conto anche della durata della sorveglianza, che è stata troppo lunga. Il rapporto allestito dalle FFS si dimostra una prova illecita che va estromessa dagli atti processuali. Se anche il ricorrente riconosce che i singoli messaggi di posta elettronica non sono stati esaminati, ritiene che l'ingerenza nella sfera privata rimanga notevole, proprio perché le direttive interne non vietano l'uso di Internet per scopi privati. Va altresì relativizzata la portata dell'avvertimento che appariva in occasione dell'apertura di siti non tollerati.

4.

4.1 L'art. 15 della legge federale del 20 marzo 1998 sulle Ferrovie Federali Svizzere (LFFS; RS 742.31) recita che le disposizioni relative al rapporto d'impiego del personale federale sono applicabili anche al personale delle FFS (cpv. 1; cfr. anche art. 2 cpv. 1 lett. d LPers). Il Consiglio federale può autorizzare le FFS a disciplinare altrimenti il rapporto d'impiego, introducendo deroghe o complementi nel quadro dei contratti collettivi di lavoro (cpv. 2). In singoli casi motivati è possibile stipulare contratti secondo il Codice delle obbligazioni (cpv. 3). In concreto, al momento dei fatti, era in vigore un contratto collettivo di lavoro il CCL FFS 2011 del 1°luglio 2011. Esso trova quindi applicazione alla presente controversia.

4.2 Il CCL FFS 2011 non contiene particolari disposizioni sull'uso dell'infrastruttura elettronica. La legge sul lavoro, applicabile in parte anche ai pubblici impieghi (art. 3a lett. a LL), obbliga il datore di lavoro (art. 6 LL) a tutela della salute dei lavoratori a prendere tutti i provvedimenti, che l'esperienza ha dimostrato necessari, realizzabili secondo lo stato della tecnica e adeguati alle condizioni d'esercizio. Deve inoltre prendere i provvedimenti necessari per la tutela dell'integrità personale dei lavoratori. In modo particolare, non è ammessa l'applicazione di sistemi di

sorveglianza e di controllo del comportamento dei lavoratori sul posto di lavoro (art. 26 cpv. 1 OLL 3). I sistemi di sorveglianza o di controllo, se sono necessari per altre ragioni, devono essere concepiti e disposti in modo da non pregiudicare la salute e la libertà di movimento dei lavoratori (art. 26 cpv. 2 OLL 3).

4.3 In tale contesto, occorre ricordare inoltre che gli organi federali hanno il diritto di trattare dati personali se ne esiste una base legale (art. 17 cpv. 1 della legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati [LPD; RS 235.1]). A norma dell'art. 17 cpv. 2 LPD i dati personali degni di particolare protezione e i profili della personalità possono essere trattati soltanto se lo prevede esplicitamente una legge in senso formale, o se eccezionalmente: ciò sia indispensabile per l'adempimento di un compito chiaramente definito in una legge in senso formale (lett. a), se il Consiglio federale lo autorizza nel caso specifico poiché non sono pregiudicati i diritti della persona interessata (lett. b), o se la persona interessata, nel caso specifico, ha dato il suo consenso o ha reso i suoi dati accessibili a chiunque e non si è opposta formalmente al trattamento (lett. c). Per questa ragione, il legislatore federale con la legge federale concernente l'istituzione e l'adeguamento di basi legali per il trattamento di dati personali (RU 2000 1891) ha introdotto l'art. 57h LOGA (originariamente art. 57a) e modificato alcune leggi federali, creando così le basi legali per la gestione di collezioni di dati in seno all'Amministrazione federale (FF 1999 7979).

4.4

4.4.1 Proprio perché l'uso dell'infrastruttura elettronica lascia inevitabilmente tracce (FF 2009 7409) di natura sensibile, principalmente con i cosiddetti dati marginali, i quali registrano l'attivazione e la disattivazione di collegamenti elettronici (orari e utenti di un collegamento telefonico o di siti Internet visitati, o di computer impiegati, ecc.), il legislatore federale ha provveduto a completare la LOGA (art. 57i-57q; RU 2012 941), disposizioni applicabili non solo all'Amministrazione federale, ma anche al Tribunale federale (art. 25b LTF) e ai tribunali della Confederazione (art. 27b LTAF; art. 62a LOAP e art. 5a LTFB). La revisione legislativa si fonda sul principio che non sono ammesse la registrazione e l'analisi di dati personali risultanti dall'uso dell'infrastruttura elettronica della Confederazione (FF 2009 7410). Le deroghe a tale divieto sono elencate in quattro disposizioni (art. 57l-57o LOGA), le quali prevedono che la registrazione di dati e la loro analisi sono ammesse soltanto per le finalità elencate in maniera esaustiva nella legge (FF 2009 7411).

La registrazione di dati è possibile soltanto se e nella misura in cui sia necessaria per procedere successivamente a un'analisi secondo gli art. 57m-57o. Tutti i dati possono essere memorizzati, ma il principio della proporzionalità deve governare l'analisi (FF 2009 7415 seg.).

4.4.2 Tutti i dati registrati per una determinata finalità possono anche essere analizzati per tale finalità, ma non in riferimento a persone

(art. 57m). In tale evenienza il risultato deve contenere solo dati anonimizzati (FF 2009 7417). Un'analisi in riferimento a persone per campioni, che permette di trarre deduzioni su determinate utenze (analisi non nominale in riferimento a persone; ad esempio all'interno di singole unità amministrative, senza però che i singoli dipendenti siano identificati; FF 2009 7417) e un'analisi in riferimento a una determinata persona (analisi nominale in riferimento a persone) sono permesse soltanto per le finalità elencate esplicitamente agli art. 57n e 57o LOGA (FF 2009 7416 seg.). Se per raggiungere un determinato obiettivo, si rivela sufficiente un'analisi non nominale in riferimento a persone, l'organo federale dovrà, secondo il principio della proporzionalità, scegliere la via meno invasiva per la persona interessata (FF 2009 7417). Nell'ambito dell'esame parlamentare dell'art. 57o LOGA, la Commissione delle istituzioni politiche del Consiglio nazionale ha inasprito esplicitamente le condizioni per un'analisi nominale in riferimento alle persone, completando la normativa con un secondo capoverso. Si è così inteso innanzitutto permettere tali verifiche unicamente agli organi federali (lett. a). Si è stabilita inoltre la possibilità di effettuare tali analisi soltanto previa informazione scritta alla persona interessata (lett. b), in modo tale che la stessa potesse essere orientata sulle circostanze dell'operazione, sui diritti di consultazione e sulle sue possibilità di controllo e di correzione. In tal senso, l'art. 57o LOGA è più restrittivo dell'art. 10a LPD (verbale della Commissione del 14 gennaio 2010, pag. 12).

4.5

4.5.1 Il Consiglio federale, fondandosi sull'art. 57q cpv. 1 LOGA, ha emanato l'ordinanza sul trattamento di dati in cui sono state disciplinate in dettaglio le modalità di analisi. All'art. 10 e all'art. 11 l'ordinanza sul trattamento di dati stabilisce la procedura che l'organo federale deve adottare per l'incarico e l'esecuzione di analisi nominali in riferimento a persone a causa di abuso o sospetto di abuso.

Vi è abuso dell'infrastruttura elettronica se la modalità o l'entità dell'uso viola le direttive dell'organo federale o le disposizioni di legge (art. 10 cpv. 1 dell'ordinanza sul trattamento di dati).

4.5.2 Per prassi invalsa, in linea di principio le cosiddette circolari o direttive non hanno forza di legge e non vincolano né gli amministrati né tantomeno le autorità giudiziarie né la stessa amministrazione (DTF 138 II 536 consid. 5.4.3 pag. 543; DTF 136 V 295 consid. 5.7 pag. 308; DTF 133 II 305 consid. 8.1 pag. 315). Visto però che esse tendono ad esplicitare l'interpretazione di determinate disposizioni legali, al fine di favorirne un'applicazione uniforme, ne va tenuto conto nella misura in cui propongono un'interpretazione corretta ed adeguata dei disposti applicabili. È quindi soltanto su questa base che vanno valutati tali documenti.

4.5.3 L'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT) ha pubblicato per l'Amministrazione federale una Guida alla sorveglianza dell'utilizzazione di Internet e della posta elettronica sul posto di lavoro (stato: ottobre 2013; di seguito: Guida), che ulteriormente speci-

fica la materia. L'Incaricato distingue in linea di massima due tipi di abuso, quello quantitativo (uso eccessivo di Internet o posta elettronica per scopi privati) e quello qualitativo (richiamo da Internet di contenuti illegali o che l'organo federale qualifica come non ammessi; Guida, punto 9).

4.5.4 Le FFS da parte loro, fra i propri regolamenti interni, annoverano anche il K 400.8 (valevole dal 1°gennaio 2013) denominato Istruzione del Gruppo sull'utilizzo consentito di Internet e dei servizi e programmi di posta elettronica (di seguito: Istruzione). Sia per l'uso privato (punto 3.2.1) sia per scopi di lavoro (punto 3.1.2) non è consentito all'utente aprire siti dei quali l'utente sa, o per lo meno dovrebbe sapere, che presentano contenuti contrari alla legge o alla decenza (in particolare siti con contenuti sessisti, razzisti, estremistici, pornografici, contrari all'etica o diffamatori). Analogo principio è applicabile per l'uso di servizi e di programmi di posta elettronica (punto 4.1). L'Istruzione contempla anche un capitolo dedicato alle sanzioni (punto 5). In tale ambito il documento recita che «una flagrante violazione del punto 3.1.2 o 4.1 può portare al licenziamento senza preavviso» (punto 5.1).

5.

5.1 Come accertato in maniera vincolante per il Tribunale federale (art. 105 cpv. 1 LTF), e sostanzialmente non contestato dal ricorrente, le FFS hanno adottato una rete informatica composta di un server proxy sui cui è installato un software denominato Bluecoat. Il programma serve sostanzialmente a proteggere la rete, categorizzando i siti informatici, segnatamente di carattere illecito, di bloccare questi ultimi e rilevare il traffico dei dati in transito. Mensilmente la società consegna un rapporto, ove emergono queste informazioni. Non essendo nominale né riferita a persone, la verifica periodica è senz'altro conforme alle disposizioni legali, siccome finalizzata anche al controllo del rispetto dei regolamenti di utilizzazione (art. 57l lett. b numero 3 e art. 57m LOGA).

5.2 Il rapporto Bluecoat del 31 luglio 2014 ha attestato numerosi accessi al blog «tumblr.com» e numerosi blocchi informatici alla categoria di siti Internet dal contenuto pornografico e sessista. I servizi informatici delle FFS hanno quindi deciso di registrare ed analizzare in modo approfondito i dati informatici in maniera retroattiva. Sotto questo profilo la registrazione non presta il fianco a critiche (art. 57m LOGA).

5.3 L'esame dell'uso dell'infrastruttura informatica ha permesso di appurare che la tipologia dei siti visitati, avvenuta tra il 31 luglio e il 6 agosto 2014, per complessivi 4 giorni lavorativi, e l'identificazione dei computer era riconducibile all'utente X. Contrariamente all'opinione sostenuta dal ricorrente, l'analisi operata dalle FFS non è stata lesiva dell'art. 57n LOGA. È vero, tramite questa ricerca è possibile verificare l'accesso a siti Internet anche per singole utenze, purché le persone non siano identificate. Il concetto di analisi «a campione» non deve essere intesa alla stregua di un esame a casaccio. Al contrario, l'organo federale è abilitato a restringere il campo della ricerca, come in concreto, ai siti non

ammessi, al fine di verificare se tali accessi provengano dalla medesima utenza o dallo stesso gruppo.

Per quanto attiene all'analisi non nominale in riferimento a persone il legislatore fa esplicito riferimento all'accertamento del numero di accessi ad esempio verso i social network (FF 2009 7417). La ratio legis dell'art. 57n LOGA consiste innanzitutto nell'analisi non sistematica di una determinata utenza e nella tutela dell'anonimato di quest'ultima (se del caso con l'attribuzione di uno pseudonimo). L'anonimato deve essere mantenuto per lo meno finché l'abuso dell'infrastruttura sia accertato, momento in cui è possibile passare all'analisi nominale secondo l'art. 57o LOGA. Nel caso concreto, non sono ravvisabili violazioni dell'art. 57n LOGA. Sia le prove presentate dalle FFS sia l'istruttoria dibattimentale dinanzi al Tribunale amministrativo federale hanno permesso di appurare che nelle prime fasi dell'inchiesta interna, l'ufficio competente ha provveduto a valutare l'analisi dell'infrastruttura senza un legame a una persona determinata.

5.4 Diversa conclusione va tratta per contro dall'analisi nominale in riferimento a persone avvenuta nel caso in esame (art. 57o LOGA). In linea generale, occorre rilevare che sono chiaramente definite le singole tappe dell'inchiesta. Certo, le condizioni materiali per una simile ricerca nel caso concreto sono adempiute (art. 57o cpv. 1 lett. a LOGA), poiché l'inchiesta è stata effettuata per accertare un sospetto concreto e nel fine di perseguire un abuso tramite siti pornografici del sistema informatico (consid. 4.4.2). Tuttavia, fanno per contro difetto, come già concluso dal Tribunale amministrativo federale, le condizioni formali dell'analisi nominale in riferimento a persone. L'informazione scritta previa alla persona interessata è stata voluta esplicitamente dal legislatore (cfr. consid. 4.4.2), proprio per fare in modo che chi sia toccato da tale misura non sia tenuto all'oscuro della verifica a suo carico. Non solo, sono state disattese anche le disposizioni particolari previste all'art. 10 e all'art. 11 dell'ordinanza sul trattamento di dati, poiché non sono state chiesti né il consenso della persona interessata né, in sua vece, l'autorizzazione della direzione dell'organo federale (art. 10 cpv. 2 dell'ordinanza sul trattamento di dati). La circostanza che la Guida sia sprovvista di disposizioni procedurali, come lascia intendere il Tribunale amministrativo federale, è a tal proposito irrilevante, poiché l'ordinanza sul trattamento di dati è sufficientemente chiara e dettagliata sulla maniera in cui l'organo federale (e la sua direzione) deve agire.

5.5 La portata chiara della legislazione in materia e dei materiali legislativi non permette di raccogliere a posteriori il consenso dell'interessato o dell'autorizzazione della direzione dell'organo federale alle analisi informatiche eseguite nel caso in esame. Rimane quindi solamente da esaminare l'utilizzabilità di tali prove, assunte in maniera illegale.

6.

6.1 Nell'ambito di controversie civili dinanzi alle giurisdizioni cantonali, il giudice prende in considerazione mezzi di prova ottenuti illecitamente soltanto se l'interesse all'accertamento della verità prevale (art. 152

cpv. 2 CPC). Contrariamente alla prova irregolare, raccolta in violazione di una normativa procedurale, la prova illecita si ottiene a dispregio di una disposizione del diritto sostanziale, la quale deve proteggere il bene giuridico violato dalla lesione accertata (DTF 140 III 6 consid. 3.1 pag. 8). Per esempio, il Tribunale federale ha dichiarato inutilizzabile nel processo uno scritto elaborato nel quadro di una transazione extragiudiziale allegato contrariamente al dovere di confidenzialità sgorgante dall'art. 12 LLCA (DTF 140 III 6 consid. 3.2 pag. 10 seg.).

6.2 Nei procedimenti penali, gli art. 140 segg. CPP stabiliscono i limiti delle prove acquisite illecitamente. Innanzitutto le prove non utilizzabili a tenore del CPP sono inutilizzabili (art. 141 cpv. 1 seconda frase CPP). Le prove raccolte dalle autorità penali in modo penalmente illecito o in violazione di norme che ne condizionano la validità non possono essere utilizzate, eccetto che la loro utilizzazione sia indispensabile per far luce su gravi reati (art. 141 cpv. 2 CPP). Le prove raccolte in violazione di prescrizioni d'ordine possono essere utilizzate (art. 141 cpv. 3 CPP). Le prove raccolte esclusivamente grazie a prove non utilizzabili secondo il capoverso 2 non possono essere utilizzate (art. 141 cpv. 4 CPP). Alla luce di questa normativa sono state dichiarate utilizzabili le riprese videoregistrate effettuate dalla polizia per dimostrare un presunto sorpasso a destra eseguito da un conducente (DTF 141 IV 417) o l'esecuzione di una prova del sangue eseguita da una polizia cantonale non competente per territorio a un conducente presumibilmente in stato di inattitudine (DTF 142 IV 23).

6.3 La PA e la PC, applicabili a titolo sussidiario per la procedura probatoria a norma dell'art. 19 PA (RS 172.021), non disciplinano in alcun modo l'uso di prove raccolte in maniera illecita (CHRISTOPH AUER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2007, n. 23 ad art. 12 PA). La dottrina propende per una soppesazione degli interessi (AUER, op. cit., n. 23 ad art. 12 PA; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2016, n. 188 segg. ad art. 12 PA). Del resto, diversamente dalla procedura penale, la PA nemmeno prevede esplicitamente casi di inutilizzabilità assolta. Ciò significa che, alla luce anche dell'art. 6 n. 1 CEDU e dell'art. 29 cpv. 1 Cost., l'uso di mezzi di prova illeciti è escluso solo (ma pur sempre) in linea di massima. Un utilizzo di tale materiale probatorio si giustifica solo se, dopo ponderazione, l'interesse all'accertamento della verità materiale prevale rispetto a quello della tutela della personalità dell'interessato. Tale circostanza si verifica maggiormente nei procedimenti retti dal principio inquisitorio (e dalla massima ufficiale), atteso comunque che le ingerenze nella sfera privata vanno ammesse con estremo riserbo. Occorre peraltro che quel mezzo di prova possa essere ipoteticamente ottenuto legalmente, circostanza correttamente non contestata alla luce dell'art. 57o LOGA e dell'art. 10 cpv. 2 dell'ordinanza sul trattamento di dati (DTF 139 II 95 consid. 3.1 pag. 100 seg.; DTF 139 II 7 consid. 6.4.1 pag. 25; DTF 131 I 272 consid. 4 pag. 280 segg.; DTF 120 V 435 consid. 2a pag. 339 seg.).

6.4 Nel caso concreto, è pacifico che le risultanze della sorveglianza informatica abbiano toccato la tutela della sfera privata del ricorrente. Egli però in maniera apodittica si limita a perorare la sua posizione, senza prendere particolare posizione con i considerandi del giudizio del Tribunale amministrativo federale. Il quadro normativo sull'uso di Internet era sufficientemente dettagliato, benché il ricorrente abbia affermato di non essersi mai informato, nemmeno quando l'attivazione di immagini non autorizzate induceva il sistema a lasciar apparire una finestra di blocco con tanto di link alla direttiva specifica. È peraltro nell'interesse di ogni datore di lavoro, che il dipendente non ecceda durante le ore di lavoro nell'uso per scopi privati di Internet, non solo dal lato qualitativo (contenuti non ammessi), ma anche da quello quantitativo. A torto, il ricorrente sottolinea la possibilità di uso a scopo privato della rete. Certamente, tale facoltà è possibile, ma entro limiti ben precisi (consid. 4.5.4). Occorre inoltre considerare che le FFS, pur essendo organizzate come società anonima di diritto speciale (art. 2 cpv. 1 e art. 10 LFFS), restano fra le aziende pubbliche per eccellenza (nel dettaglio sulla struttura societaria si veda DTF 132 III 470 consid. 3.3 pag. 374). L'interesse dell'azienda, titolare di un importante servizio pubblico, a combattere gli abusi dell'infrastruttura elettronica e a conservare una reputazione verso l'utenza, che in definitiva sono tutti i cittadini svizzeri, deve essere ritenuta molto elevata. Il presente caso si distingue oltretutto sensibilmente da quello deciso con la DTF 139 II 7. In quell'evenienza in maniera intenzionale il datore di lavoro aveva inserito nel computer di un singolo dipendente individuato anticipatamente un programma spia che permettesse di controllare in maniera continuativa tutto il traffico informatico, prendendo conoscenza anche del contenuto di messaggi di posta elettronica strettamente privati e riservati. Nella presente controversia le FFS hanno per contro individuato l'abuso, non focalizzandosi d'acchito sulla persona del ricorrente, ma solo successivamente dopo una graduale ricerca dei dati marginali (consid. 5). Ciò, per non nascondere che i fatti sono stati ammessi. In definitiva, le conclusioni del Tribunale amministrativo federale sull'uso delle prove non è pertanto lesivo né del diritto federale né tantomeno delle garanzie costituzionali minime. Non occorre, restando irrilevanti a questo stadio, valutare la durata delle analisi effettuate dal datore di lavoro e gli eventuali risvolti penali dalla visione di alcune immagini sensibili.

7.

7.1 Il Tribunale amministrativo federale, richiamate le basi legali e la prassi ritenute applicabili alla disdetta immediata del rapporto di lavoro, ha osservato che viola il dovere di fedeltà la consultazione di siti Internet per scopi privati, impiegando la propria postazione di lavoro e trascorrendo una parte considerevole del proprio tempo di lavoro. Osservato l'aspetto controverso della facoltà di licenziamento immediato in casi analoghi, i primi giudici hanno considerato che nella fattispecie gli accessi a siti pornografici hanno avuto una frequenza «marcatamente alta», in due eve-

nienze anche qualificati di pornografia sotto il profilo penale, e la durata del collegamento «non è stata da meno», essendo superiore alle 80 ore sull'arco di 17 giorni lavorativi. La Corte del merito ha tenuto conto altresì che il ricorrente era regolarmente avvertito con una cosiddetta «finestra di blocco», la quale rinviava a una direttiva di servizio sull'uso di Internet. La Corte federale di primo grado ha messo in luce in ogni caso che l'avvertimento di cui all'art. 10 LPers non necessita di una forma particolare: la «finestra di blocco» poteva essere quindi trattata alla stregua di un avvertimento. Il ricorrente avrebbe peraltro potuto rendersi conto del suo comportamento irregolare, dando lettura della direttiva di servizio, al quale la «finestra di blocco» rinviava.

7.2 Il ricorrente fa valere l'assenza di condizioni per sciogliere il rapporto di lavoro con effetto immediato. Se riconosce la possibilità di tale rescissione, il ricorrente osserva come ciò sia riservata a casi particolarmente gravi. Va tenuto conto anche della durata delle mancanze e dall'atteggiamento assunto dal lavoratore a fronte delle sollecitazioni formulate dal datore di lavoro. Sottolinea che l'uso anche eccessivo per scopi privati rientra nelle manchevolezze minori. A sostegno delle proprie conclusioni il ricorrente richiama la giurisprudenza resa in ambito di diritto privato. Ricorda come tale consultazione avveniva nei momenti morti. In concreto, poi non si sono coinvolte terze persone, mettendo in pericolo l'immagine dell'azienda. Le FFS, essendo una grossa azienda, avrebbero potuto peraltro bloccare l'accesso a siti ritenuti sensibili. A ciò si aggiunga che la stessa datrice di lavoro non avrebbe mai emesso critiche sull'operatività del ricorrente. Il ricorrente lamenta inoltre la circostanza di non aver mai ricevuto un avvertimento formale. L'avvertimento elaborato dal sistema informatico all'apertura di siti sensibili non può essere ritenuto sufficiente.

7.3 A norma dell'art. 10 cpv. 4 LPers le parti possono disdire immediatamente i rapporti di lavoro di durata determinata e indeterminata per motivi gravi. Questa facoltà, data sia al datore di lavoro sia all'impiegato, è stata introdotta in occasione della revisione legislativa del 14 dicembre 2012, entrata in vigore il 1°luglio 2013 (RU 2013 1493), tesa a modernizzare e adeguare la LPers al CO (FF 2011 5960; sentenza 8C_279/2016 del 22 febbraio 2017 consid. 3.1). L'art. 10 cpv. 4 LPers, il quale precedentemente era inserito all'art. 12 cpv. 7 LPers, si rifà in buona sostanza all'art. 337 CO, ove per cause gravi si intende ogni circostanza che non permetta per ragioni di buona fede di esigere da chi dà la disdetta che abbia a continuare nel contratto (FF 2011 5970). In tal senso, ci si può pertanto riferire sia alla giurisprudenza resa in applicazione della LPers prima della revisione legislativa sia alla prassi resa nell'ambito del diritto privato, considerando comunque le specificità del pubblico impiego (sentenza 8C_501/2013 del 18 novembre 2013 consid. 3; per una visione d'insieme sulla casistica si vedano HELOÏSE ROSELLO, Les influences du droit privé du travail sur le droit de la fonction publique, 2016, n. 505 seg. e WY-

LER/BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique, 2017, pagg. 86 segg.).

7.4 A torto il ricorrente per sostenere la propria tesi potrebbe fondarsi sulla sentenza 4C.349/2002 del 25 giugno 2003. In questa causa il Tribunale federale (consid. 5 in fine), diversamente da quanto concluso dai primi giudici, non solo ha confermato che il lavoratore deve essere a disposizione del datore di lavoro durante tutta la durata stabilita dal contratto, ma ha anche confermato come non sia accettabile che in tali momenti il lavoratore svolga in larga misura attività private. In quel caso il Tribunale federale ha semplicemente ricordato come un licenziamento immediato non sia giustificato, se il lavoratore ha sì consultato per scopi privati Internet durante il tempo di lavoro (magari perfino accedendo a siti pornografici), ma si sia limitato unicamente a poche occasioni («wenige Male»). Invano, il ricorrente cerca di confinare il suo comportamento fra le manchevolezze minori (cfr. anche sentenza 4C_173/2003 del 21 ottobre 2003). Nel caso in esame, il ricorrente non solo ha consultato pagine che dal profilo qualitativo non erano ammesse (consid. 4.5.4), bensì ha cumulato, come accertato dai primi giudici (art. 105 cpv. 1 LTF), anche sotto il profilo quantitativo un numero consistente di visioni (più di 80 ore in 17 giorni lavorativi). Così facendo, il ricorrente ha violato manifestamente il dovere di fedeltà. Infatti, egli ha dedicato il proprio tempo di lavoro ad attività estranee da quelle previste contrattualmente e ha trasgredito indisturbato le regolamentazioni chiare, ignorando oltretutto l'avviso della cosiddetta «finestra di blocco» con cui si informava l'utente del carattere illecito della pagina Internet. Il ricorrente ha quindi irrimediabilmente compromesso il rapporto di fiducia, non potendo imputare all'opponente la continuazione del rapporto di lavoro. La circostanza che le consultazioni avvenissero nei tempi morti non è di rilievo, non potendo assurgere ad attenuante. Il lavoratore deve attenersi alle regole durante tutto il tempo lavorativo e non solo quando effettivamente svolge un'attività per il proprio datore di lavoro. In concreto, non ha nemmeno un effetto particolare la circostanza che in alcuni casi sarebbero state consultate pagine di pornografia represse dal diritto penale. Se è vero che le FFS non sono in quanto tali una cosiddetta organizzazione di tendenza («Tendenzbetrieb»; sul concetto DTF 123 III 129 consid. 3b/cc pag. 134; DTF 122 V 267 consid. 4a pag. 269; cfr. anche sentenza 9C_301/2008 del 2 luglio 2008 consid. 4.1), esse rimangono indiscutibilmente tra le tipiche aziende del servizio pubblico (cfr. consid. 6.4), aspetto su cui l'opponente deve incentrare la sua immagine, curando in modo particolare la sua onorabilità.

7.5 La revisione legislativa del 2013 (consid. 7.3) all'art. 10 LPers ha rinunciato a menzionare l'avvertimento. Nelle intenzioni del legislatore è tuttavia necessario, in caso di disdetta per motivi che giustificano un avvertimento preliminare, continuare a pronunciare un avvertimento prima di una decisione di disdetta. Prima occorre fare tutto il possibile affinché la collaborazione possa continuare, offrendo pertanto all'impiegato interessa-

to la possibilità di migliorarsi (FF 2011 5971). L'esigenza di un avvertimento preliminare decade però quando il rapporto di fiducia è rotto in maniera irreparabile (sulla casistica si veda: NÖTZLI, Handkommentar zum BPG, 2013, n. 46 ad art. 12 LPers) o quando si rivela inutile (sentenza 8C_176/2015 del 9 febbraio 2016 consid. 3.2). In concreto, il ricorrente aveva avuto la possibilità sia tramite la direttiva sia tramite le cosiddette «finestre di blocco» (apparse centinaia di volte) di rendersi conto dell'irregolarità del suo comportamento. Queste indicazioni non l'hanno frenato in alcun modo. In simili condizioni, un avvertimento formale non aveva più alcun senso, poiché il ricorrente ha sempre persistito nell'accesso a immagini non ammesse.

8.

8.1 Il Tribunale amministrativo federale ha ancora accertato che il ricorrente è stato regolarmente informato tramite la «finestra di blocco» della violazione delle istruzioni riguardanti l'uso di Internet e che per sua stessa ammissione non ha mai letto l'avviso di blocco né tantomeno consultato il link della direttiva a cui lo stesso rinviava. La continuazione del rapporto di lavoro non era ormai più possibile, poiché avrebbe causato danni reputazionali insostenibili all'azienda che altre misure meno incisive non sarebbero state in grado di correggere. Anche 22 anni di buone prestazioni lavorative non hanno potuto pertanto essere di soccorso al ricorrente.

8.2 Il ricorrente non avrebbe potuto farsi un'idea delle conseguenze così pesanti. Il licenziamento immediato sarebbe lesivo anche del principio della proporzionalità, se solo si pensa che aveva ricevuto in precedenza tre premi per «ottime prestazioni e risultati».

8.3 Nella concreta evenienza, la censura di proporzionalità si confonde di gran lunga con l'esame di conformità per una disdetta immediata del rapporto di lavoro. Ad ogni modo a torto il ricorrente pretende che non avrebbe potuto rendersi conto delle conseguenze del suo agire. Le disposizioni interne, facilmente reperibili, lasciavano presagire esplicitamente la possibilità del licenziamento immediato (consid. 4.5.4). Anche a fronte di prestazioni positive nel passato, il licenziamento immediato è la sola misura possibile atteso che non era più possibile ristabilire alcun rapporto di fiducia, ormai andato completamente distrutto, e che andava ristabilito completamente il buon nome dell'azienda. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 juillet 2017, Doss.-No 4A_30/2017 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 2 décembre 2016)

Transfert du contrat de travail. Le transfert de contrat constitue un contrat sui generis par lequel l'intégralité du rapport contractuel, avec tous les droits et obligations y relatifs, passe d'une partie cocontractante à un tiers dans le sens d'une substitution de celui-ci dans le rap-

port contractuel. Il y a transfert illimité lorsque la partie entrante prend la place de la partie sortante également pour la période qui a précédé le transfert; elle assume ainsi toutes les obligations et acquiert tous les droits qui ont pris naissance depuis la conclusion du contrat préexistant. En revanche, il y a transfert limité lorsque la partie entrante ne remplace la partie sortante que pour l'avenir, soit pour la période postérieure au transfert (c. 4.1).
Dans le cas d'espèce, c'est à tort que la cour cantonale a admis qu'il y avait eu transfert du contrat de travail de l'employé de la société Z. à la société Z.A. Il résulte à l'évidence des faits constatés que Z.A. ne s'est pas substituée à Z. dans tous les droits et obligations de celle-ci à l'égard de l'employé: en effet, celui-ci a perdu de nombreux avantages, comme la perte du plan de rémunération et d'épargne-retraite et la perte de sa participation au plan d'intéressement. Le fait qu'il y ait eu antérieurement un détachement temporaire de l'employé de Z. à Z.A. n'y change rien. De même, le fait qu'il ait été question de mutation, que le poste de l'employé était en tous points identique à celui qu'il occupait précédemment et que Z.A. ait eu la volonté d'assurer la continuité des conditions contractuelles, ne permet pas de conclure à l'existence d'un transfert du contrat de travail (c. 4.2). En l'absence d'un tel transfert, seul un nouveau contrat de travail entre l'employé et Z.A. peut entrer en considération (c. 5).

Extraits des faits:

La société Z. SA (ci-après: Z., à Genève, et sa filiale Z.A. Ltd (ci-après: Z.A.), à Singapour, sont deux sociétés actives dans le commerce de produits pétroliers, qui font partie de la branche Trading & Shipping du groupe A., groupe international de sociétés issu de la fusion des groupes B. et C. En septembre 2001, X. (ci-après: l'employé ou le demandeur) avait été engagé par C1. Trading SA en qualité d'opérateur GPL (Gaz de Pétrole Liquéfié), avec lieu de travail à Genève à compter de novembre 2001, pour une durée indéterminée. En janvier 2005, il est devenu trader pour Z., toujours avec lieu de travail à Genève. A cette place, il percevait, en sus de son salaire fixe de base, des rétributions complémentaires versées sous forme de primes de résultats, de bonus facultatifs et/ou directement sur son compte épargne-retraite auprès d'une compagnie d'assurance, selon un contrat d'assurance collectif (retraite, invalidité et décès) conclu par Z. en faveur de ses employés ou des employés détachés auprès d'elle par une autre société du groupe A.

En mai 2009, l'employé a été détaché par Z., en qualité de trader, auprès de Z.A., à Singapour. Cette nouvelle affectation a fait l'objet d'un complément à son contrat de travail. Il y a perçu, en sus de son salaire fixe de base, les mêmes rétributions complémentaires qu'auparavant. En outre, il est resté affilié au système suisse de sécurité sociale, y compris pour la

prévoyance professionnelle, et a continué à bénéficier du plan de rémunération et d'épargne-retraite, ainsi que du plan d'intéressement qui permettait d'acquérir des bons de participation de la société et ainsi de percevoir un dividende annuel et de participer à l'augmentation de la valeur de la société. Il a également bénéficié d'une prime de mobilité, d'une indemnité géographique, d'une indemnité de coût de la vie, d'une couverture d'assurance-maladie internationale dont les primes étaient prises en charge par l'employeuse, ainsi que d'un billet d'avion aller-retour Singapour-Genève par an. Il disposait d'une voiture et d'un logement; une prime unique d'installation de 15'000 fr. lui a été versée. Les parties divergent sur le caractère temporaire ou non de ce détachement.

Au printemps 2013, l'employé et son employeuse ont entamé des discussions concernant la fin du détachement de celui-ci à Singapour et son éventuel retour en Suisse. Z. a proposé à son employé deux postes de trader à Genève, que celui-ci a refusés, car il ne souhaitait pas revenir travailler à Genève. Z. lui aurait alors proposé de passer chez Z.A. Par lettre de nomination du 19 juin 2013, Z.A. a proposé à l'employé de l'engager comme trader à compter du 1er juillet 2013, selon les conditions prévues par ce document, notamment la perception d'un salaire mensuel fixe en dollars singapouriens et d'un bonus de performance discrétionnaire. Le document lui garantissait la reconnaissance de son ancienneté au sein du groupe et la continuité des rapports de travail. Aucun temps d'essai n'était prévu et l'horaire de travail demeurait inchangé. Selon un témoin, cette lettre de nomination était un document standard qui pouvait comporter quelques nuances suivant la fonction de l'employé; elle s'appliquait tant aux employés transférés à Z.A. qu'à ceux directement engagés par cette société. L'employé a contresigné ce document le 21 juin 2013. Z. a confirmé à l'employé sa mutation auprès de Z.A. dès le 1er juillet 2013, par courrier du 20 juin 2013, lui précisant que son contrat avec elle prendrait fin au 30 juin 2013, que son solde de vacances serait transféré, que la couverture médicale internationale serait annulée (puisque réservée aux expatriés), que ses indemnités d'expatrié (indemnité de logement, majoration géographique, affiliation à la sécurité sociale suisse) cesseraient, que sa prestation de libre-passage lui serait transférée puisqu'il n'y avait pas d'institution équivalente à Singapour et que le montant de son capital épargne-retraite lui serait versé puisque l'affiliation était réservée aux employés de Z.

L'employé a résilié son contrat de travail, par courriers du 28 juin 2013 adressés à Z. et Z.A. Dans celui destiné à Z., il a déclaré démissionner au 30 septembre 2013. Le courrier adressé à Z.A. a été produit en deux versions différentes. L'employé a été libéré de son obligation de travailler avec effet immédiat, et rémunéré par Z.A. de juillet à septembre 2013. Z. l'a informé que son capital épargne-retraite lui avait été versé. Le 1er octobre 2013, la Fondation d'intéressement de Z. a informé l'employé que ses 27 bons de participation émis en 2009 et 2010 lui seraient rachetés au prix total de 168'102 fr.75. Une réduction de 25% était effectuée en rai-

son du rachat de certains de ces bons au cours de la dernière année durant laquelle ils étaient bloqués. En octobre 2013, Z. a remis à l'employé un projet d'accord, aux termes duquel elle proposait de lui verser une somme forfaitaire de 25'275,77 dollars singapouriens pour solde de tout compte envers Z., Z.A. ou la Fondation d'intéressement; l'employé a refusé de signer ce document. Il y était mentionné notamment qu'il s'agissait de mettre fin à la controverse de savoir si l'employé était soumis ou non au contrat conclu avec Z. pour la période du 1er juillet au 30 septembre 2013. En janvier 2014, l'employé a réclamé à Z. le paiement de son «salaire» pour l'année 2013, considérant que les rétributions complémentaires (i.e. le bonus) devaient être qualifiées de salaire variable et devaient ainsi lui être versées, ainsi que le paiement du solde du prix de rachat de ses bons de participation, prétentions que Z. a intégralement contestées.

En date du 20 février 2015, l'employé a intenté, devant le Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, une action contre Z. en paiement de 455'900 fr., avec intérêts, à titre de solde de salaire pour la période du 1er décembre 2012 au 30 juin 2013 et à 47'956 fr., avec intérêts, à titre de solde du rachat de ses bons de participation. Par jugement du 24 mars 2016, le Tribunal des prud'hommes a rejeté la demande. Statuant par arrêt du 2 décembre 2016, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a rejeté l'appel de l'employé et confirmé le jugement de première instance. Procédant à l'interprétation de la volonté des parties et de Z.A. selon le principe de la confiance, elle a considéré que le contrat avait été transféré de Z. à Z.A. avec effet au 1er juillet 2013 et que ce transfert était de nature illimitée, partant, que le demandeur aurait dû diriger son action contre Z.A.

Contre cet arrêt, l'employé exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

Extraits des considérants:

3.

La présente cause a un caractère international en raison du domicile du demandeur à Singapour. Les parties ne contestent toutefois pas l'application du droit suisse (art. 121 al. 1 LDIP).

4.

La première question à résoudre est celle de savoir s'il y a eu transfert illimité du contrat de travail, puisque la cour cantonale l'a admis et en a déduit que la défenderesse, l'ancienne employeuse Z., n'avait plus la qualité pour défendre à l'action en paiement que lui a intentée l'employé.

4.1 Le transfert de contrat (ou cession ou reprise de contrat; «Vertragsübernahme») entraîne le transfert de l'intégralité du rapport contractuel avec tous les droits et obligations y relatifs d'une partie contractante à un tiers qui se substitue à celle-ci. Ce transfert de contrat n'est pas réglé expressément dans le code des obligations. Il s'agit d'un contrat sui gene-

ris, qui ne répond pas à la simple combinaison d'une cession de créance (art. 164 ss CO) et d'une reprise de dette (art. 175 ss CO). En vertu du principe de la liberté des formes des contrats de l'art. 11 al. 1 CO, le transfert de contrat n'est soumis à aucune forme particulière. Il ne peut être convenu sans le consentement du débiteur: il suppose l'accord de tous les intéressés (ATF 47 II 416 consid. 2 p. 421; arrêts 5C.51/2004 du 28 mai 2004 consid. 3.1, in SJ 2005 I 46; 4A_650/2014 du 5 juin 2015 consid. 6.1). En d'autres termes, l'entrée d'un tiers dans un rapport de droit bilatéral, à la place d'un des cocontractants, ne peut intervenir qu'à la condition qu'il y ait deux accords: l'un entre la partie sortante et la partie reprenante et l'autre entre celle-ci et la partie restante (arrêts 4A_313/2014 du 9 septembre 2014 consid. 3; 4A_311/2011 du 19 juillet 2011 consid. 3.1.2).

Il résulte ainsi de la définition même du transfert de contrat que l'intégralité du rapport contractuel, avec tous les droits et obligations y relatifs, passe d'une partie cocontractante à un tiers dans le sens d'une substitution de celui-ci dans le rapport contractuel. Il en découle que si l'intégralité des droits et obligations ne passe pas et que le tiers ne peut pas, par la force des choses, se substituer à la partie cocontractante, on ne se trouve pas en présence d'un transfert de contrat.

Il y a transfert illimité lorsque la partie entrante prend la place de la partie sortante également pour la période qui a précédé le transfert; elle assume ainsi toutes les obligations et acquiert tous les droits qui ont pris naissance depuis la conclusion du contrat préexistant. En revanche, il y a transfert limité lorsque la partie entrante ne remplace la partie sortante que pour l'avenir, soit pour la période postérieure au transfert (arrêts 4A_508/2016 du 16 juin 2017, consid. 6.1 non destiné à la publication; 4A_313/2014 du 9 septembre 2014 précité, consid. 3; 4A_311/2011 du 19 juillet 2011 précité, consid. 3.1.2; 4A_79/2010 du 29 avril 2010 consid. 2.4). Savoir quelle est l'étendue du transfert est affaire d'interprétation des déclarations de volonté des parties (sur l'interprétation de la volonté des parties en général, cf. ATF 118 II 365 consid. 1; arrêts 4A_508/2016 du 16 juin 2017 précité, consid. 6.2 non destiné à la publication; 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 4.1.1; 4A_98/2016 du 22 août 2016 consid. 5.1). Selon la jurisprudence, en cas de doute sur la volonté des parties à cet égard, il faut se référer à l'intérêt supposé du nouveau cocontractant au transfert (arrêts 4A_311/2011 du 19 juillet 2011 précité, consid. 3.1.2; 4A_665/2010 du 1er mars 2011 consid. 4.1 et les auteurs cités). Lorsque le contrat de base est un contrat de durée, l'intérêt du nouveau cocontractant est en principe de convenir d'un transfert limité (arrêts 4A_665/2010 du 1er mars 2011 précité, consid. 4.1 et les auteurs cités; 4A_79/2010 du 29 avril 2010 consid. 2.4, in SJ 2010 I p. 459).

4.2 C'est à tort que la cour cantonale a admis qu'il y avait eu transfert du contrat de travail de l'employé de Z. à Z.A., avec effet au 1er juillet 2013. Il résulte à l'évidence des faits constatés que Z.A. ne se substitue pas

à Z. dans tous les droits et obligations de celle-ci à l'égard de l'employé: en effet, celui-ci perd de nombreux avantages, soit ceux liés à sa relation contractuelle avec Z., comme la perte du plan de rémunération et d'épargne-retraite et la perte de sa participation au plan d'intéressement, ainsi que ceux liés à sa qualité d'expatrié, comme la prime de mobilité, l'indemnité pour majoration géographique, l'indemnité de coût de la vie, l'assurance-maladie internationale et l'affiliation à la sécurité sociale suisse (notamment le 2e pilier).

Le fait que l'affectation du demandeur comme employé détaché depuis 2005 était limitée dans le temps n'y change rien. Le fait qu'il ait été question de mutation de l'employé, que le poste de celui-ci était en tous points identique à celui qu'il occupait précédemment, puisqu'il conservait la même position de trader dans l'équipe, et que Z.A. ait eu la volonté d'assurer la continuité des conditions contractuelles de l'employé, ne permet pas de conclure à l'existence d'un transfert de contrat. Il n'a d'ailleurs pas été établi que le nouveau salaire aurait été supérieur et aurait compensé la perte des avantages de l'employé. La comparaison avec ce qui se serait passé si l'employé était revenu à Genève est sans pertinence.

C'est également à tort que la cour cantonale a qualifié ce prétendu transfert d'illimité par opposition à limité, car ces adjectifs font exclusivement référence à la rétroactivité ou non du transfert à la date de la conclusion du contrat initial.

Il sied encore de relever que tant la cour cantonale que les parties n'ont pas bien saisi les principes qui gouvernent l'interprétation des contrats (cf. les arrêts cités au consid. 4.1 supra). L'interprétation de la volonté réelle a la priorité par rapport à l'interprétation de la volonté objective des parties, de sorte que passer directement à l'interprétation objective constitue une violation du droit (art. 18 al. 1 CO; ATF 131 III 606 consid. 4.1 p. 611). La recherche de la volonté réelle ne saurait être d'emblée exclue parce que les parties «n'ont jamais explicitement convenu d'un transfert de contrat», puisqu'un contrat peut être conclu non seulement expressément, mais aussi par actes concluants (c'est-à-dire tacitement) et que le juge apprécie les preuves à cet égard selon l'expérience générale de la vie; les documents écrits peuvent aussi bien servir à interprétation subjective, selon l'expérience générale de la vie, qu'à l'interprétation objective, selon ce qu'un destinataire pouvait et devait comprendre de bonne foi. Ce n'est que si le juge ne parvient pas, par appréciation des preuves selon son expérience générale de la vie, à déterminer la volonté réelle des parties – parce que les preuves font défaut ou ne sont pas concluantes – ou s'il constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre, qu'il recherchera la volonté objective des parties, selon le principe de la confiance; cela revient alors à déterminer le sens que, selon les règles de la bonne foi, chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de volonté de l'autre.

5.

En l'absence d'un transfert du contrat de travail, seul un nouveau contrat de travail entre l'employé et Z.A. peut entrer en considération.

5.1 Il résulte de la lettre de nomination du 19 juin 2013 que Z.A. a proposé à l'employé de l'engager, à partir du 1er juillet 2013, aux conditions prévues par ce document. L'employé a contresigné cette lettre le 21 juin 2013, manifestant par là qu'il était d'accord avec les conditions contractuelles qui y figuraient. Le demandeur ne conteste d'ailleurs pas avoir conclu ce nouveau contrat et avoir perçu son salaire de la part de son nouvel employeur Z.A. de juillet jusqu'à fin septembre 2013.

5.2 Il s'impose donc de déterminer au vu de ce nouveau contrat, conclu entre l'employé et une autre société du groupe A., si les deux prétentions que celui-ci réclame par la présente action sont demeurées à la charge de sa précédente société employeuse ou si elles concernent la nouvelle société.

5.2.1 En ce qui concerne la prétention en paiement du solde du rachat de ses bons de participation, par 47'956 fr. avec intérêts, la cour cantonale a clairement admis que la participation au plan d'intéressement était le «seul élément non repris dans le nouveau contrat...». La prétention et, partant, l'action devaient donc bien être dirigées contre la défenderesse Z., celle-ci n'ayant pas invoqué qu'elles auraient dû l'être contre sa Fondation d'intéressement (dans un procès soumis à la maxime des débats, cf. ATF 123 III 60 consid. 3a). On ne voit d'ailleurs pas comment le demandeur pourrait réclamer à Z.A. le paiement du solde du prix de ses bons de participation qui ont été rachetés par la Fondation d'intéressement de Z., à moins d'une (hypothétique) reprise de dette (contestée) par Z.A.

5.2.2 Le demandeur réclame également un solde de salaire par 455'900 fr. (avec intérêts) pour la période allant du 1er décembre 2012 au 30 juin 2013, considérant que les rétributions complémentaires (i.e. le bonus) versées par l'employeuse doivent être qualifiées de salaire variable et lui sont donc dues.

Dans le cadre de l'admission d'un transfert illimité du contrat de travail, la cour cantonale a retenu, sur la base des déclarations concordantes des témoins, que ces rétributions complémentaires pour l'année 2013 auraient été intégralement versées à l'employé par Z.A. – dans l'hypothèse où il y aurait été éligible et serait resté au service de la société – quand bien même il aurait travaillé un semestre pour Z. et qu'aucune somme ne lui aurait été versée au prorata temporis par Z.

Si la reprise du paiement du bonus pouvait se concevoir dans le cadre d'un transfert de contrat illimité, on ne peut l'admettre sans autre examen dans le cadre différent d'un nouveau contrat, alors que ni le texte de la lettre de nomination du 19 juin 2013, qui prévoit la perception d'un bonus discrétionnaire, ni la lettre de Z. du 20 juin 2013 ne traite de la reprise par Z.A. du paiement du bonus afférent à 2013. Il appartiendra à la cour cantonale de réexaminer sous cet angle si l'employé a accepté le remplacement de son (prétendu) ancien débiteur Z. par le (prétendu) reprenant Z.A. (art. 176 al. 1 CO).

Bundesgericht, Urteil vom 4. Juli 2017, Doss.-Nr. 8C_693/2016 (Bestätigung des Entscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 31. August 2016), in: BGE 143 II 366

Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 3 GlG; (Lohn-)Gleichheit von Mann und Frau. Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung der Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse durch das im Kanton Aargau geltende Lohnsystem für Lehrerinnen und Lehrer ist weder erstellt noch glaubhaft gemacht (E. 3).

Art. 8 al. 3 Cst.; art. 3 LEg; égalité (salariale) entre hommes et femmes. Il n'est ni établi ni rendu plausible que le système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs dans le canton d'Argovie est constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe dans les fonctions degré primaire/classe préparatoire (consid. 3).

Sachverhalt:

A.

A.a A. ist seit Jahren als Primarlehrerin an der Schule B. tätig. Mit Verfügung vom 1. Mai 2012 reihte die Schulpflege B. sie im Rahmen der Besoldungsrevision 2011 in die Lohnstufe 5 ein, wobei der Verdienst ab 1. Januar 2012 auf brutto Fr. 115'727.– (bei einem Pensum von 100%) bzw. Fr. 61'996.60 (bei einem effektiven Beschäftigungsgrad von 53,57%) festgelegt wurde.

A.b In der Folge gelangte sie – samt zahlreichen anderen Lehrpersonen Kindergarten bzw. Primarstufe/Einschulungsklasse sowie dem Aargauischen Lehrerinnen- und Lehrerverband – an die Schlichtungskommission für Personalfragen und liess im Wesentlichen beantragen, die Schlichtungsstelle habe festzustellen, dass die Lohneinstufung geschlechtsdiskriminierend erfolgt sei. Die Schlichtungskommission gab am 29. Oktober 2012 ihre Empfehlung ab, welche sämtliche der parallel eingereichten Gesuche gemeinsam behandelte.

A.c Das Departement Bildung, Kultur und Sport des Kantons Aargau (BKS) bestätigte daraufhin die angefochtenen Lohnverfügungen (Verfügung vom 18. März 2013).

A.d Mit Beschwerde vom 30. April 2013 liess A. zusammen mit 87 weiteren Lehrpersonen Kindergarten bzw. Primarstufe/Einschulungsklasse sowie dem Aargauischen Lehrerinnen- und Lehrerverband beim Verwaltungsgericht des Kantons Aargau beantragen, unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung sei festzustellen, dass die beschwerdeführenden Frauen in ihrer Funktion Lehrperson Kindergarten resp. Primarstufe/ Einschulungsklasse lohnmässig in geschlechtsdiskriminierender Weise eingereiht worden seien, und die betroffenen Anstellungsbehörden deshalb

zu verpflichten seien, diesen rückwirkend ab 1. August 2011 die Lohndifferenz zuzüglich Zins von 5% ab jeweiliger Fälligkeit zu bezahlen.

A.e Das Verwaltungsgericht sistierte am 2. Juli 2013 sämtliche Verfahren ausser denjenigen betreffend A. (Primarlehrerin) und C. (Kindergärtnerin). Am 27. November 2013 führte es eine Verhandlung durch, bei welcher die Beteiligten sowie Dr. E. als sachverständiger Zeuge angehört wurden. Mit gleichentags ergangenem Entscheid wies es die Beschwerde von A. ab, soweit es darauf eintrat. Die C. betreffende Beschwerde wurde mit Entscheid vom 29. Januar 2014 teilweise gutgeheissen, die angefochtene Verfügung aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Schulpflege D. zurückgewiesen; im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden konnte.

A.f Die von A. dagegen erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht am 1. Dezember 2015 (BGE 141 II 411) gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid vom 27. November 2013 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Verwaltungsgericht zurück.

B.

Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde von A. am 31. August 2016 ab, soweit es darauf eintrat.

C.

A. lässt dagegen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, unter Aufhebung der Ziffern 1 (Abweisung der Beschwerde) und 4 (kein Parteikostenersatz) des vorinstanzlichen Entscheids sei die Sache an das Verwaltungsgericht zu neuer Beurteilung zurückzuweisen.

Das Verwaltungsgericht schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das BKS beantragt die Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG) schliesst auf Gutheissung der Beschwerde.

D.

Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 äussert sich A. zu den eingegangenen Stellungnahmen und hält an ihren Anträgen fest. Das Verwaltungsgericht und das BKS lassen sich am 6. März 2017 resp. am 20. März 2017 zur Stellungnahme von A. vernehmen. Mit Schreiben vom 3. April 2017 lässt A. abschliessende Bemerkungen machen.

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

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Ausgehend vom Urteil 8C_366/2014 vom 1. Dezember 2015, wonach der Beruf als Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse als frauenspezifisch zu qualifizieren sei (BGE 141 II 411), was aber keine Feststellung einer lohnmässigen Diskriminierung bedeute, hielt das Verwaltungs-

gericht in seinem Entscheid vom 31. August 2016 fest, im Folgenden sei zu prüfen, ob die Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse lohnmässig benachteiligt seien, und gebenenfalls zu analysieren, ob es eine Rechtfertigung für die Benachteiligung gebe (vorinstanzliche E. 1).

2.2 Ausgangspunkt für die Geltendmachung der lohnmässigen Diskriminierung sei ein Vergleich mit dem kantonalen Verwaltungspersonal (vorinstanzliche E. 2.1). Dessen Löhne würden sich aus einem Positionsanteil, einem Leistungsanteil und allfälligen Lohnzulagen zusammensetzen und die konkrete Zuordnung zu den einzelnen Lohnstufen basiere primär auf der nach einheitlichen Kriterien vorgenommenen Bewertung der Arbeitsplätze unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktsituation. Die Bewertung der Arbeitsplätze erfolge gestützt auf das ABAKABA (analytische Bewertung von Arbeitstätigkeiten nach Katz und Baitsch) System, welches gezielt als Instrument ohne geschlechtsspezifische Auswirkungen konzipiert sei. Dabei würden vier Merkmale untersucht: «Intellektuelle Anforderungen und Belastungen» (I-Bereich), «Psycho-soziale Anforderungen und Belastungen» (PS-Bereich), «Physische Anforderungen und Belastungen» (P-Bereich) und «besondere Verantwortung» (V-Bereich). Im Rahmen des Projekts «ABAKABA AG.2011» seien Anpassungen erfolgt und u.a. der V-Bereich neu als «Führungsverantwortung» (F-Bereich) definiert worden. Der I-Bereich werde mit 65% gewichtet, der PS-Bereich mit 10%, der P-Bereich mit 5% und der V- resp. F-Bereich mit 20%. Die von der Beschwerdeführerin als Vergleich herbeigezogenen Tätigkeiten würden Ergebnisse zwischen 279 und 479 Punkte ergeben, wobei 40 Punkte einer Lohnstufe entsprächen (vorinstanzliche E. 2.2). Die Lohneinstufung der Lehrpersonen richte sich nach dem «Ist-Anfangslohn» (Positionslohn), dem Marktmittellohn auf Grund eines interkantonalen Vergleichs (Durchschnitt der angrenzenden Kantone sowie St. Gallen und Basel-Stadt) und den Ergebnissen der ABAKABA-Bewertung; in der Folge werde unter Anwendung des Vektormodells der Lohn ermittelt, wobei der Positionslohn eine Gewichtung von 37,5%, der Marktmittellohn eine solche von 50% und der ABAKABA-Lohn eine von 12,5% erfahre. Das Vektormodell sei nicht erst mit der Revision der Lohnfestsetzung von 2011 zum Zuge gekommen, sondern bereits unter dem früheren Recht, wenn auch in anderer Art und Weise. Im Rahmen der konkreten Ermittlung ergebe sich, dass der ABAKABA-Lohn der Lehrpersonen nur zu 87,5% berücksichtigt werde im Vergleich zu einer Tätigkeit des Verwaltungspersonals mit derselben ABAKABA-Bewertung; die Bewertungen nach ABAKABA des Verwaltungspersonals und der Lehrpersonen lasse sich direkt miteinander vergleichen (vorinstanzliche E. 2.3).

2.3 In E. 3 erläuterte das Verwaltungsgericht die bundes- und kantonalrechtlichen Grundlagen zum Anspruch auf geschlechtsspezifisch diskriminierungsfreien Lohn (Art. 8 Abs. 3 BV; Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1] sowie § 10 Abs. 2 der Verfassung

des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 [KV/ AG; SR 131.227]) sowie die Begriffe der direkten und der indirekten Diskriminierung (statt vieler BGE 142 II 49 E. 6.1 S. 57; BGE 141 II 411 E. 6.1.2 S. 419). Weiter hielt es fest, nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung komme den zuständigen Behörden ein grosser Spielraum zur Ausgestaltung des Besoldungssystems im öffentlichen Dienst zu, welcher vom Lohngleichheitsgebot nicht grundsätzlich eingeschränkt werde und eine bestimmte Methode vorschreibe, sondern lediglich die Wahl geschlechtsdiskriminierender Bewertungskriterien verbiete (BGE 139 I 161 E. 5.3.1 S. 166; BGE 131 I 105 E. 3.1 S. 107; Urteil 8C_644/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2). Bewertungskriterien seien dann geschlechtsspezifisch, wenn sie von den Angehörigen des einen Geschlechts wesentlich leichter oder anteilsmässig häufiger erfüllt werden könnten als von den Angehörigen des andern Geschlechts (BGE 142 II 49 E. 6.2 S. 57). Eine Diskriminierung in der Besoldung werde vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht werden könne; es obliege dann dem Arbeitgeber, diese Vermutung im Rahmen eines Vollbeweises zu widerlegen (Art. 6 GlG; BGE 142 II 49 E. 6.2 und 6.3 S. 57).

Auf diese zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz wird verwiesen.

2.4 In der Folge verglich die Vorinstanz die beiden verschiedenen Lohnsysteme für das kantonale Verwaltungspersonal einerseits und die Lehrpersonen andererseits. Es begründete die beiden Systeme damit, dass das Verwaltungspersonal nach dem Leistungsprinzip entlöhnt werde, während der Lohn des Lehrpersonals automatisch ansteige. Bei Neueinsteigern werde der Lohn des Lehrpersonals in der Regel nach Massgabe des Alters festgesetzt, beim Verwaltungspersonal richte sich der Anfangslohn hingegen nach der Erfahrung, den ausgewiesenen Fähigkeiten und der besonderen Eignung für die Stelle. Weiter betrage die Differenz zwischen dem Positionslohn und dem Maximum der entsprechenden Lohnstufe beim Verwaltungspersonal 40% und beim Lehrpersonal 60%. Die Lohnabstufungen seien beim Lehrpersonal differenzierter, damit bei der Neueinstufung 2011 niemand Lohnreduktionen in Kauf zu nehmen habe. Zudem sei der Arbeitsmarkt bei den Lehrpersonen in sich geschlossen; als Konkurrenten kämen nur andere Kantone in Frage. Unterschiede bestünden auch darin, dass beim Lehrpersonal der Positionslohn auf einen Abschluss im Alter von 22 Jahren ausgerichtet sei, was beim Verwaltungspersonal hingegen keine Rolle spiele, und dass bei den Lehrpersonen eine Altersentlastung gegeben sei (vorinstanzliche E. 4.1). Die Forderung der Beschwerdeführerin, sämtliche Angestellten seien nach einem einzigen System zu entlöhnen, widerspreche dem Ermessensspielraum, der dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht zukomme; es müsse bloss sichergestellt werden, dass weder ein Verstoss gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot noch gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung vorliege. Somit sei es nicht

per se diskriminierend, dass unterschiedliche Lohnsysteme für das Verwaltungspersonal und das Lehrpersonal bestünden (vorinstanzliche E. 4.2).

2.5 Im Weiteren bildete das Gericht eine Zusammenstellung der Löhne nach neuem Lohnsystem für die einzelnen Funktionen innerhalb des Lehrpersonals ab und stellte fest, angesichts der Verteilung der angestellten Personen seien die Bereiche Berufsbildung (inkl. Schule für Berufsbildung KSB), Kleinklasse, Mittelschule und Sekundarstufe I als geschlechtsneutral zu werten, hingegen die Lehrfunktionen an den Sonderschulen (HPS, SKG) und im Sprachheilunterricht als frauenspezifisch (vorinstanzliche E. 5.1). Gestützt auf die ABAKABA-Arbeitsplatzbewertung wären Lehrpersonen der Primarstufe/Einschulungsklasse beim Lohnsystem des Verwaltungspersonals mit einem Durchschnittslohn von Fr. 115'774.20 eingestuft; nach dem Lohnsystem für die Lehrpersonen liege der Durchschnittslohn aber bei Fr. 99'963.– und damit um 15,81% tiefer als beim Verwaltungspersonal (vorinstanzliche E. 5.2). Ein Vergleich der übrigen Lehrpersonen mit dem Verwaltungspersonal zeige Durchschnittslöhne, welche um 3,22% (Mittelschule, BMS) bis 15,03% (Kantonale Schule für Berufsbildung) tiefer lägen als beim Verwaltungspersonal (vorinstanzliche E. 5.3). Daraus ergebe sich, dass die Lehrpersonen gegenüber einer Entlöhnung nach dem für das Verwaltungspersonal geltenden System einen durchschnittlich tieferen Lohn von 9,88%, bei Ausklammerung der frauenspezifischen Funktionen Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse, Lehrperson Sprachheilunterricht, Lehrperson Sonderschule und (vermutungsweise ebenfalls frauenspezifischen) Lehrperson Schulische Heilpädagogik bestehe eine Differenz von 8,57%. Somit treffe die Auswirkungen des differenzierten Lohnsystems nicht einseitig die frauenspezifische Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse. Vielmehr zeige sich auch bei geschlechtsneutralen Lehrberufen eine Differenz von 10% und mehr gegenüber dem Verwaltungspersonal mit gleicher ABAKABA-Punktezahl; namentlich sei die Differenz bei den Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse mit 15,81% nur unwesentlich höher als bei der geschlechtsneutralen Funktion Lehrperson Kantonale Schule für Berufsbildung mit 15,03%. Mit Nachdruck sei festzuhalten, dass es vorliegend nicht um einen Minusklassenentscheid gehe, da nicht für einen frauenspezifischen Beruf von einer Arbeitsplatzbewertung abgewichen, sondern für sämtliche Lehrfunktionen ein eigenständiges Lohnsystem entwickelt worden sei (vorinstanzliche E. 5.4). Es liege somit keine geschlechtsspezifische Diskriminierung der Lehrpersonen Primarstufe gegenüber den anderen Lehrfunktionen vor; das verwendete Lohnsystem führe zu keiner indirekten Diskriminierung, indem das Vektormodell sich einseitig zuungunsten der frauenspezifischen Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse auswirken würde. Die Anwendung des Vektormodells führe nicht nur bei den Primarlehrkräften im Vergleich zum Verwaltungspersonal mit derselben ABAKABA-Bewertung zu einer tieferen Besoldung, sondern bei sämtlichen Lehrfunktionen, also auch bei geschlechtsneutralen Lehrfunktionen, so dass keine (geschlechtsspezifische) Diskriminierung glaubhaft gemacht sei (vor-

instanzliche E. 5.5). Da somit von der Beschwerdeführerin keine geschlechtsspezifische Diskriminierung glaubhaft gemacht werden könne, erfolge keine Umkehr der Beweislast; es sei aber zu prüfen, ob auf Grund der Anwendung der Vektoren «Ist-Anfangslohn» und «Marktmittellohn» eine Lohndiskriminierung glaubhaft erscheine (vorinstanzliche E. 5.6).

2.6 Im Lohnsystem der Lehrkräfte spiele der Marktmittellohn eine bedeutendere Rolle als beim Verwaltungspersonal, da ihm im Rahmen des Vektormodells ein Gewicht von 50% zukomme; dies sei durch den weitgehend in sich geschlossenen Arbeitsmarkt der Lehrpersonen bedingt (vorinstanzliche E. 6.1). Ein Kanton dürfe sein Lohnsystem am Markt ausrichten, sofern es keine diskriminierenden Züge aufweise und die geltend gemachten arbeitsmarktlichen Verhältnisse tatsächlich vorhanden seien; BGE 131 II 393 liege ein Minusklassenentscheid zugrunde, da der Marktmittellohn zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen zu einer tieferen Lohneinreihung geführt habe (vorinstanzliche E. 6.2). Aus bundesrechtlicher Sicht lasse sich ein separates Lohnsystem für das gesamte Lehrpersonal nicht beanstanden, zumal dies durch den geschlossenen Arbeitsmarkt bedingt sei und es sich rechtfertige, diesem Umstand besonders Rechnung zu tragen (vorinstanzliche E. 6.3). Die Beanstandungen bei der Ermittlung des Marktmittellohnes bei den Lehrpersonen Kindergarten gemäss Entscheid vom 29. Januar 2014 liessen sich nicht auf die Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse übertragen, da es sich bei der Funktion Lehrperson Kindergarten um einen seit jeher frauenspezifischen Beruf handle, wohingegen sich dies bei den Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse erst gestützt auf das Urteil 8C_366/2014 vom 1. Dezember 2015 ergebe; so sei Letzterer noch mit den bundesgerichtlichen Entscheiden vom 15. Juni 2007 als geschlechtsneutrale Referenztätigkeit bewertet worden. Erst in der Folge seien Stimmen aufgekommen, diesen auch als rein frauenspezifisch einzuordnen. Somit könne davon ausgegangen werden, dass die für die Besoldungsrevision 2011 erhobenen Löhne als diskriminierungsfrei zu gelten hätten. Zudem betrage die Differenz des Marktmittellohnes bei den Lehrpersonen Kindergarten zum ABAKABA-Lohn knapp 20% wohingegen dies bei den Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse lediglich 8,8% ausmache; Letzteres liege aber im Bereich der Differenz bei der geschlechtsneutralen Funktion Lehrperson Kantonale Schule für Berufsbildung, so dass sich daraus folgern lasse, bei der Berücksichtigung des Marktmittellohnes liege keine (indirekte) Diskriminierung der frauenspezifischen Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse vor. Ferner seien die Unterschiede bei den Marktlöhnen der Primarlehrpersonen mit 12% deutlich tiefer als bei den Lehrpersonen Kindergarten mit 23,7%; somit ergebe der Durchschnittswert bei den Primarlehrpersonen ein deutlich zuverlässigeres Bild, woran sich auch bei Weglassung der Werte aus den Kantonen St. Gallen und Zug nichts ändere. Ebenfalls keine wesentliche Beeinflussung ergebe sich bei zusätzlichem Einbezug der Löhne im 11. Dienstjahr sowie der Maximallöhne; die Unter-

schiede beim 11. Dienstjahr liessen sich dadurch erklären, dass sich die Löhne im Kanton Aargau nach dem Alter, in anderen Kantonen nach dem Dienstalter bemessen würden (vorinstanzliche E. 6.4).

2.7 Als weiteres Element der Lohneinstufung diene das bestehende Lohngefüge; beim Vektormodell werde demzufolge der «Ist-Anfangslohn» berücksichtigt und mit 37,5% gewichtet. Der bisherige Lohn spiele jedoch beim System des Verwaltungspersonals keine bezifferbare Rolle. Dies sei grundsätzlich nicht zu beanstanden und vermeide, dass es bei der Besoldungsrevision zu vielen Gewinnern bzw. Verlierern komme, was zu Spannungen führe; auch hier sei aber sicherzustellen, dass diese keine diskriminierenden Züge aufweise. Dies sei bei den Lehrpersonen Kindergarten angesichts der Differenz von 23,3% nicht sichergestellt gewesen, was vom Gericht mit Entscheid vom 29. Januar 2014 beanstandet worden sei. Bei den Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse sei die Ausgangslage wesentlich anders. So sei die Differenz zwischen dem ABAKABA-Lohn und dem bisherigen Lohn mit 10,2% deutlich geringer bzw. vergleichbar mit der Differenz bei anderen Funktionen (namentlich der Funktion Kantonale Schule für Berufsbildung 11,1%, Schulische Heilpädagogik 9,3%, Kleinklasse/Sonderschule 8,3%, Sekundarstufe I 7,9%). Zudem sei der Primarlehrerberuf vom Bundesgericht bis 2007 als geschlechtsneutrale Referenztätigkeit zu typisch weiblichen Berufen anerkannt worden, so dass bei der Besoldungsrevision 2005 dieser Beruf als geschlechtsneutral angesehen und der «Ist-Anfangslohn» nicht geschlechtsdiskriminierend festgelegt worden sei. Damit präsentiere sich die Ausgangslage offenkundig anders als bei der stets frauenspezifischen Funktion Lehrperson Kindergarten (vorinstanzliche E. 7).

2.8 Der Umstand, dass bei den Lehrpersonen nur 87,5% des ABAKABA-Lohnes berücksichtigt werde, möge problematisch erscheinen, belege aber angesichts des Ermessensspielraums des Gesetzgebers weder eine (nicht geltend gemachte) Verletzung des Gleichbehandlungsgebots noch eine Geschlechterdiskriminierung, da grundsätzlich alle Lehrpersonen davon betroffen seien. Der Einwand, mit der Berücksichtigung von Marktmittellohn und «Ist-Anfangslohn» würden den aktuellen Ausbildungsanforderungen zu wenig Rechnung getragen, sei irrelevant, da nicht ersichtlich sei, inwiefern dies auf eine Lohndiskriminierung schliessen liesse. Anders als bei den Lehrpersonen Kindergarten seien die Anforderungen bei den Lehrpersonen der Primarstufe in den letzten Jahren nicht wesentlich gestiegen (früher: Maturität plus zwei Jahre Höhere Pädagogische Lehranstalt; heute: Maturität plus drei Jahre Bachelor-Ausbildung). Zudem sei beim Marktmittellohn die gesamtschweizerische Vereinheitlichung der Ausbildung zu beachten (vorinstanzliche E. 8).

2.9 Abschliessend hält die Vorinstanz fest, eine (geschlechtsspezifische) Diskriminierung der Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse sei nicht glaubhaft gemacht und deshalb nicht zu vermu-

ten; erst recht fehle es am Vollbeweis einer Diskriminierung (vorinstanzliche E. 9).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich verschiedentlich auf den vorinstanzlichen Entscheid vom 29. Januar 2014 betreffend die Beurteilung der Lehrpersonen Kindergarten. Die Vorinstanz hat in ihrem vorliegend angefochtenen Entscheid mehrfach und einlässlich dargelegt, dass sich die Ausgangslage bei den Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse wesentlich anders präsentiere als jene der Lehrpersonen Kindergarten, insbesondere weil es sich bei Letzterer seit jeher um einen frauenspezifischen Beruf handle, bei jenem der Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse hingegen nicht. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit dieser Begründung im vorinstanzlichen Entscheid nicht auseinander, so dass diesbezüglich keine ausreichende Begründung nach Art. 42 Abs. 1 BGG (vgl. nicht publ. E. 1.3) vorliegt und das Bundesgericht sich im Folgenden mit den entsprechenden Ausführungen in der Beschwerde nicht weiter auseinanderzusetzen hat.

3.2 Soweit die Beschwerdeführerin geltend machen lässt, das Bundesgericht habe bereits mit Urteil 8C_366/2014 vom 1. Dezember 2015 die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung bejaht, ist dies offensichtlich unzutreffend. Das Bundesgericht hat vielmehr abschliessend in E. 10 festgehalten:

Das vorliegende Ergebnis führt nicht zur Feststellung, Primarlehrkräfte im Kanton Aargau seien lohnmässig diskriminiert, sondern lediglich dazu, dass nunmehr die Voraussetzung gegeben ist, um zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin behauptete indirekte Diskriminierung im Sinne von Art. 3 GlG vorliegt oder nicht.

3.3 Der Einwand der Beschwerdeführerin, der Kanton Aargau habe alle seine Angestellten nach demselben System zu entschädigen, ist unbehelflich. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf die Rechtsprechung (BGE 125 II 541 E. 5c S. 548 oder Urteil 2A.253/2001 vom 8. Oktober 2002 E. 5.2) zutreffend dargelegt, dass es im Ermessen des Gesetzgebers stehe, für die Lehrpersonen ein eigenes Lohnsystem zu erlassen, solange dies weder in Verletzung des Gleichheitsgebots noch unter Missachtung der gleichen Entlöhnung für beide Geschlechter erfolge. Im Umstand, dass sämtliche Lehrkräfte nach einem separaten Lohnsystem entschädigt werden, liegt somit nicht per se eine Diskriminierung und lässt eine solche auch nicht vermuten. Vielmehr hält es auch der Sachverständige E. aus arbeitswissenschaftlicher Sicht für gerechtfertigt, für die Lehrpersonen ein separates Lohnsystem zu führen, da es schwierig sei, Lehrpersonen einer Leistungsbeurteilung zu unterziehen. Auch spielt der Arbeitsmarkt beim allgemeinen Verwaltungspersonal eine andere Rolle als beim Lehrpersonal, da bei Letzterem von einem geschlossenen Arbeitsmarkt auszugehen ist (vgl. die vorinstanzliche E. 6.1). Ob allenfalls ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV vorliegt (BGE 141 II 411 E. 6.1.1

S. 418), braucht das Bundesgericht nicht zu prüfen, da ein solcher nicht rechtsgenüglich im Sinne von Art. 106 Abs. 2 BGG geltend gemacht wird.

3.4 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Anwendung des Vektormodells bei den Lehrpersonen wirke sich nachgewiesenermassen indirekt diskriminierend auf die typischen Frauenberufe aus, sowohl im Vergleich zu typischen Männer- oder geschlechtsneutralen Lehrberufen als auch im Vergleich zum Verwaltungspersonal. Zwar werde das Vektormodell auf alle Lehrpersonen angewandt, habe aber nur für die typischen Frauenberufe erhebliche nachteilige Auswirkungen, für die übrigen Lehrberufe aber nicht. Der blosse Hinweis auf die Gewichtungswerte genügt den Anforderungen an eine Begründung nicht, so dass die gegenteilige Feststellung der Vorinstanz, welche eine Tatfrage darstellt und somit vor Bundesgericht nur auf Willkür überprüft werden kann (vgl. dazu SABINE STEIGER-SACKMANN, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, N. 156 zu Art. 6 GlG), von der Beschwerdeführerin nicht in rechtsgenüglicher Weise gerügt wird.

3.5 Soweit sich die Beschwerdeführerin zu den Ausführungen der Vorinstanz zu den Unterschieden zwischen der Anstellung von Verwaltungspersonal und Lehrpersonen äussert und festhält, dass alles (Ferien, Altersentlastung etc.) fein austariert sei und im Resultat beim Verwaltungspersonal und den Lehrpersonen von derselben Jahresarbeitszeit ausgegangen werde, so dass lediglich die Umsetzung, nicht aber der Anspruch unterschiedlich sei, ist nicht ersichtlich, inwiefern sich daraus etwas zu ihren Gunsten ableiten lässt. Jedenfalls werden dadurch die Unterschiede, welche zu einem separaten Lohnsystem für das gesamte Lehrpersonal führten (geschlossener Arbeitsmarkt, fehlende individuelle Leistungsbeurteilung für den Lohnanstieg etc.), nicht in Frage gestellt.

3.6 Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, beim Vergleich mit dem Lehrpersonal Kantonale Schule für Berufsbildung handle es sich um einen historischen Ausreisser. Denn bei der Revision im Jahr 2011 sei diese Funktion stark aufgewertet und mit der Funktion Lehrperson Sekundarstufe II gleichgestellt worden, während die Funktion Lehrperson Sekundarstufe I weniger stark angehoben worden sei. Bei der ABAKABA-Bewertung seien die Lehrpersonen der Kantonalen Schule für Berufsbildung wie die Gymnasiallehrer qualifiziert worden, obwohl sie bloss eine den Lehrpersonen Sekundarstufe I entsprechende Ausbildung und einige Jahre Praxis hätten; dies sei nicht korrekt, da dies nicht einem Lehramt entspreche. Zudem umfasse die Funktion Lehrperson Kantonale Schule für Berufsbildung lediglich 89 Vollstellen bei einem Frauenanteil von 58,4%, was das Bild verzerre.

Der Vergleich der Vorinstanz der Funktion Lehrkräfte Primarstufe/ Einschulungsklasse mit jener der Lehrkräfte Kantonale Schule für Berufsbildung gibt zu keiner Kritik Anlass. Namentlich ist nicht zu beanstanden, dass Letztere mit den Gymnasiallehrkräften auf eine Stufe gestellt wurden, handelt es sich doch bei beiden um Lehrkräfte der nachobligatorischen

Schulbildung und somit der Sekundarstufe II; zudem ist dafür – wie bei den Lehrpersonen Mittelschule – als Grundausbildung ein Masterstudium mit Zusatzausbildung Stufe 1 vorgesehen, wohingegen bei den Lehrpersonen der Sekundarschule ein Masterstudium ohne Zusatzausbildung genügt (vgl. die ABAKABA-Beurteilung der Lehrpersonen Kantonale Schule für Berufsbildung mit der Gesamtpunktezahl 576, der Lehrpersonen Mittelschule mit der Gesamtpunktezahl 576 sowie der Lehrpersonen Sekundarschule mit der Gesamtpunktezahl 537; vgl. zum Begriff der Sekundarstufe II die Erläuterung der verwendeten Fachbegriffe in der Botschaft des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 31. Mai 2000 zur Gesamtkonzeption Lehrerbildung Aargau, S. 65). Nach dem Gesagten sind die Anforderungen an die Grundausbildung wie auch die Stellung der Funktion Lehrperson Kantonale Schule für Berufsbildung höher als jene der Lehrperson Sekundarstufe I, und folglich mit jener der Gymnasiallehrer vergleichbar, so dass die Anhebung des Lohnniveaus sachlich gerechtfertigt ist. Der Argumentation der Beschwerdeführerin, welche die ABAKABA-Ergebnisse nicht beanstandet, sondern vielmehr gerade die volle Umsetzung dieser Bewertung ins Lohnsystem verlangt, ist somit der Boden entzogen. Auch der Einwand, die Gruppe der Lehrpersonen Kantonale Schule für Berufsbildung umfasse nur 89 Vollzeitstellen, ist nicht stichhaltig; diese Anzahl ist genügend gross, um statistische Aussagen daraus ableiten zu können. Somit ist nicht erkennbar, inwiefern der Vergleich der Lehrpersonen Kantonale Schule für Berufsbildung mit den Lehrpersonen Primarschule/Einschulungsklasse bundesrechtswidrig sein soll.

3.7 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die dem Vergleich der Marktmittellöhne zugrunde gelegten Kriterien Minimallohn, Lohn 11. Dienstjahr und Maximallohn seien willkürlich gewählt. Würde die Differenz für jedes Dienstjahr vom 1. bis 43. Dienstjahr ermittelt, käme man auf eine durchschnittliche Abweichung von mindestens 10%. Somit liege ein willkürlich erstellter Sachverhalt vor. Sie begnügt sich demnach mit pauschal gehaltenen Verweisen auf beigelegte Berechnungstabellen und grafische Darstellungen. Die Behauptung eines von den vorinstanzlichen Feststellungen abweichenden Sachverhalts genügt aber den Anforderungen an die Rüge eines willkürlich erstellten Sachverhalts nicht (vgl. nicht publ. E. 1.3), zumal die gewählten Eckwerte der Lohnstatistik des Dachverbandes Lehrer und Lehrerinnen Schweiz entnommen wurden. Es ist demnach nicht ersichtlich, inwiefern diesen Vergleichskriterien keine sachlichen Aussagen entnommen werden könnten resp. deren Wahl als willkürlich zu werten wäre.

3.8 Soweit die Beschwerdeführerin den Positionslohn (= «Ist-Anfangslohn») unter Verweis auf den vorinstanzlichen Entscheid vom 29. Januar 2014 zur Funktion Lehrperson Kindergarten rügt, fehlt es einerseits an einer Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Feststellung, wonach die Ausgangslage bei den Lehrpersonen Primarstufe/Einschulungsklasse anders sei als jene der Lehrpersonen Kindergarten (vgl.

E. 3.1). Andererseits begründet sie ihren Einwand, die Vermutung der Vorinstanz, die Positionslöhne seien diskriminierungsfrei erstellt worden, sei falsch, in keiner Weise. Damit liegt mangels Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid keine rechtsgenügliche Rüge des Sachverhalts vor (vgl. nicht publ. E. 1.3). Es hat somit auch in dieser Hinsicht bei den vorinstanzlichen Ausführungen sein Bewenden.

3.9 Die Beschwerdeführerin beanstandet die vorinstanzliche Feststellung, es liege kein Minusklassenentscheid vor. Sie macht geltend, nach der Rechtsprechung zum Minusklassenentscheid sei dieses Vorgehen begründungsbedürftig und lasse eine Diskriminierung vermuten. Zwar werde vorliegend das Vektormodell auf alle Lehrerkategorien angewandt, es nehme aber die Ergebnisse und Resultate der ABAKABA-Bewertung nur für die beiden frauenspezifischen Kategorien zurück resp. weiche im Ergebnis nur für diese von der Arbeitsplatzbewertung ab. Dies stelle einen Minusklassenentscheid dar.

Nach BGE 131 II 393 E. 7.1 S. 405 liegt ein Minusklassenentscheid vor, wenn bei einem per se nicht als geschlechtsdiskriminierendem Lohnsystem von einer so ermittelten Lohnklasse zum Nachteil geschlechtsspezifischer Funktionen abgewichen wird, was begründungsbedürftig ist und in der Regel zur Vermutung einer Diskriminierung führt. Im hier zu beurteilenden Fall werden sämtliche Lehrpersonen nach demselben System den jeweiligen Lohnstufen zugeteilt. Dabei wird nicht einzig zu Lasten der hier strittigen Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse vom Vorgehen bei der Einstufung der übrigen Lehrpersonen abgewichen. Etwas anderes lässt sich auch nicht der Beschwerdeschrift entnehmen. Namentlich wird mit keinem Wort dargelegt, inwiefern nur für die beiden Kategorien Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse und Lehrperson Kindergarten im Gegensatz zu den übrigen Lehrberufen die Ergebnisse der ABAKABA-Bewertung «zurückgenommen» resp. anders behandelt wurden. Unter Berufung auf ELISABETH FREIVOGEL (in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. 2009, N. 135 zu Art. 3 GlG) weist die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 6. März 2017 zu Recht darauf hin, ein Minusklassenentscheid stelle eine direkte Geschlechterdiskriminierung dar, wohingegen sich die Beschwerdeführerin auf eine indirekte Diskriminierung berufe. Nach dem Gesagten ist kein Vorgehen im Sinne eines Minusklassenentscheids ersichtlich.

3.10 Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe die Frage, wie weit die Berücksichtigung des Marktes bei demselben Arbeitgeber abweichen dürfe, nicht behandelt. Dies sei aber ebenso zu beantworten wie die Frage der Zulässigkeit der blossen Berücksichtigung des ABAKABA-Lohnes beim Lehrpersonal mit nur 87,5%; eine Beantwortung dieser Fragen würde zu einer Beweislastumkehr nach Art. 6 GlG führen. Anders als im Entscheid zu den Lehrpersonen Kindergarten äussere sich die Vorinstanz nicht zur Rechtfertigung des Beizugs der St. Galler Werte

und überprüfe auch für die Werte der übrigen Kantone nicht, ob diese diskriminierungsfrei festgelegt worden seien.

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diese Frage nicht im Sinne der Beschwerdeführerin separat thematisiert hat. Denn die Vorinstanz hatte dazu gar keine Veranlassung, ging sie doch zu Recht davon aus, dass dem Gesetzgeber ein grosses Ermessen bei der Ausgestaltung der Lohnsysteme zukommt, weshalb es auch zulässig ist, für die Lehrpersonen und das Verwaltungspersonal zwei verschiedene Systeme vorzusehen (oben E. 3.3). Zudem hat die Vorinstanz dargelegt, weshalb bei den Lehrpersonen die Berücksichtigung des Arbeitsmarktes angesichts seiner Geschlossenheit von besonderer Bedeutung ist (vgl. namentlich die vorinstanzliche E. 6.1). Die Beschwerdeführerin setzt sich mit diesen Erwägungen im angefochtenen Entscheid nicht einlässlich auseinander, so dass nicht erkennbar ist, inwiefern die vorinstanzlichen Feststellungen gegen Bundesrecht verstossen sollen. Soweit die Beschwerdeführerin die Zulässigkeit des Beizugs der Werte aus dem Kanton St. Gallen beanstandet, kann diese Frage offenbleiben. Denn die Vorinstanz hat festgestellt, dass sich auch unter Weglassung der Werte aus dem Kanton St. Gallen (und dem Kanton Zug) am Ergebnis des Marktlohnvergleichs nichts ändere. Dazu äussert sich die Beschwerdeführerin jedoch nicht.

3.11 Weiter rügt die Beschwerdeführerin, die Argumentation der Vorinstanz, es könne davon ausgegangen werden, dass der Lohn als bis anhin geschlechtsneutraler Beruf diskriminierungsfrei festgesetzt worden sei, sei unsinnig, ja absurd. Vielmehr sei die Ausgangslage dieselbe wie bei den Lehrpersonen Kindergarten: Massgebend sei nicht, wann der Beruf als frauenspezifisch bezeichnet worden sei, sondern alleine ob es sich im Zeitpunkt der Lohnfestsetzung und der Beurteilung um einen Frauenberuf gehandelt habe resp. handle. Letzteres sei höchstrichterlich festgestellt worden und könne nicht mehr umstritten sein. Mit ihrer Argumentation schliesse die Vorinstanz eine Lohndiskriminierung a priori aus, wenn im Zeitpunkt der Lohnfestlegung der betreffende Beruf noch nicht als Frauenberuf anerkannt sei. Diese Argumentation sei unrichtig, da sie unterstelle, Diskriminierung liege nur vor, wenn bei der Lohnfestsetzung die handelnden Personen in diesem Bewusstsein gehandelt hätten. Die Motivation sei jedoch kein Erfordernis und stehe im Gegensatz zur Rechtsnatur des Lohngleichheitssatzes. Rechtlich sei nur entscheidend, dass eine Diskriminierung vorliege, aber nicht weshalb. Die Argumentation der Vorinstanz habe auch zur Folge, dass ein Lohn, welcher zu einer Zeit festgelegt worden sei, als der fragliche Beruf noch nicht als frauenspezifisch anerkannt worden sei, obwohl er es aber gewesen sei und immer noch sei, a priori solange nicht anfechtbar wäre, als dieser früher festgelegte Lohn nicht verändert werde.

Massgebend für die Beurteilung einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung ist nicht der Zeitpunkt des gerichtlichen Entscheids darüber, sondern die Umstände wie sie bei der strittigen Lohnfestsetzung vorlagen

(vgl. BGE 141 II 411 E. 6.5 S. 421 und E. 8.2.2 S. 426). Zudem wird entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin mit der Anerkennung einer Funktion, welche ursprünglich als männerspezifisch und später als geschlechtsneutral bewertet wurde (vgl. BGE 141 II 411 E. 8.2.1 in fine S. 426), als frauenspezifisch, diese nicht rückwirkend zu einem frauenspezifischen Beruf. Diesbezüglich unterscheidet sich die Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse wesentlich von jener der Lehrperson Kindergarten. Die Funktion der Lehrpersonen auf der Stufe Primarschule wurde in der Vergangenheit denn auch schon mehrfach als geschlechtsneutrale Vergleichsgrösse zur Feststellung einer geschlechtsdiskriminierenden Entlöhnung herbeigezogen (einlässlich dazu BGE 141 II 411 E. 7.1 S. 422). Für den hier zu beurteilenden Fall bedeutet dies, dass gestützt auf BGE 141 II 411 sowie die zur aargauischen Besoldungsrevision 2005 ergangenen bundesgerichtlichen Urteile 2A.79/2007, 2A.80/2007 und 2A.81/2007 vom 15. Juni 2007 die Funktion Lehrperson Primarstufe/Einschulungsklasse im Zeitpunkt der Besoldungsrevision 2011, nicht aber bereits im Zeitpunkt der Besoldungsrevision 2005 als frauenspezifisch zu gelten hat. Es ist demnach nicht ersichtlich, weshalb die Vorinstanz nicht davon ausgehen durfte, dass die anlässlich der Besoldungsrevision im Jahr 2005 festgelegten Löhne, als die Funktion noch als geschlechtsneutral gewertet wurde, diskriminierungsfrei festgesetzt worden seien. Dazu bestand umso weniger Anlass, als genau diese Löhne vom Bundesgericht in den Urteilen 2A.79/2007, 2A.80/2007 und 2A.81/2007 vom 15. Juni 2007 als zulässige geschlechtsneutrale Vergleichsgrössen bezeichnet wurden. Die Beschwerdeführerin bringt jedenfalls weder eine Begründung noch einen Anhaltspunkt resp. ein Indiz für ihre gegenteilige Auffassung vor.

3.12 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einwände der Beschwerdeführerin, soweit sie sich überhaupt rechtsgenüglich mit den vorinstanzlichen Ausführungen auseinandersetzt, unbehelflich sind. Der kantonale Entscheid verletzt weder mit der festgestellten fehlenden Glaubhaftmachung noch mit der verneinten Geschlechterdiskriminierung Bundesrecht. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 19 juillet 2017, Doss.-No 4A_10/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 22 novembre 2016 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 319 CO. Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination. Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de

travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (c. 3.1).
S'agissant des rapports juridiques entre une personne morale et ses organes, singulièrement entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou de la direction, ils peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats. Sous ce dernier aspect, la tendance est plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat sui generis analogue au mandat. En tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration. Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique (c. 3.1).
Dans le cas d'espèce, le contrat liant les parties présente des éléments caractéristiques du contrat de travail en ce sens qu'il s'inscrivait dans la durée et que le recourant recevait une rémunération fixe par mois. S'agissant des prestations du recourant, le contrat écrit mentionne un poste d'architecte, responsable des travaux. Les particularités du cas sont déterminantes. A cet égard, il convient de relever que la société intimée exploitait une petite entreprise de construction, laquelle occupait directement ses deux actionnaires uniquement. Pour sa part, le recourant exerçait son activité au siège de la société intimée, dont il assurait la gestion administrative et commerciale. Il était libre dans l'organisation de son travail; il pouvait notamment moduler ses horaires et fixer la date de ses vacances. Par ailleurs, il n'exécutait pas ses tâches de gestion sur la base d'instructions de l'actionnaire majoritaire. Sur le vu de ce qui précède, la cour cantonale n'a pas violé les art. 319 ss CO en refusant de qualifier de contrat de travail le rapport juridique liant les parties (c. 3.2).

Extraits des faits:

B. SA a pour but tous travaux de construction, de rénovation et de transformation dans le domaine du bâtiment, ainsi que toutes tâches administratives, telles les demandes d'autorisation de construire. La société est inscrite au registre du commerce depuis le 25 mars 2010. Elle a été fondée par L. et A., lesquels ont, conjointement et solidairement, fait l'apport en nature d'un immeuble dont ils étaient copropriétaires; en plus, L. a transféré à B. SA le patrimoine de son ancienne entreprise. Les actions de la so-

ciété sont réparties à raison de 51% pour L. et 49% pour A.. De janvier 2011 à janvier 2013, l'actionnaire majoritaire était administrateur président de B. SA avec signature individuelle alors que l'actionnaire minoritaire était administrateur avec signature collective à deux; dès janvier 2013, A. a disposé du pouvoir de signature individuelle.

Par lettre du 22 octobre 2010 intitulée «Engagement», B. SA, sous la signature de L., a adressé à A. les lignes suivantes: «Pour faire suite à nos différents entretiens, nous avons l'avantage de vous confirmer votre engagement pour le poste d'architecte, responsable des travaux, à partir du 1er janvier 2011 avec un salaire mensuel brut de Fr. 7'200,-, versé en 12 mensualités par année.

Les conditions générales définies sont les suivantes:

- Mise à disposition d'un véhicule entreprise pour les déplacements professionnels,
- Les frais d'essence et de représentation seront remboursés par l'entreprise,
- Lieu de travail: route de xxx à..., siège de l'entreprise,
- Vacances annuelles: minimum de 4 semaines par année, augmentées des ponts du Jeûne Genevois, de l'Ascension, de Noël et du Nouvel An,
- Semaine de 42 heures ½, soit 8 heures ½ par jour, à répartir en commun accord avec la Direction,
- La période d'essai est fixée à deux mois.»

Le salaire mensuel brut de A. a été augmenté dès 2012 à 9'200 fr., puis, dès 2014, à 10'000 fr.; les cotisations sociales et de prévoyance étaient prélevées sur ces montants. En pratique, A. était en charge du volet administratif de la société; il s'occupait notamment des paiements, des fiches de salaire, de la correspondance et des démarches administratives. Pour sa part, L., qui ne parle pas parfaitement le français, était tous les jours sur les chantiers, où il dirigeait les travaux et supervisait les ouvriers. La réalisation des travaux était sous-traitée par B. SA. Par ailleurs, un tiers avait été mandaté pour l'établissement des plans des constructions et des formulaires relatifs aux demandes d'autorisation de construire, lesquels étaient signés par A.. En décembre 2013, A. a conclu avec B. SA un contrat d'entreprise générale pour la construction d'une villa sur une parcelle dont il était propriétaire.

Par courrier du 4 juillet 2014, B. SA a informé A. que son activité d'architecte prendrait fin au 31 août 2014. L'intéressé a perçu des indemnités de chômage à partir de septembre 2014. Par pli du 21 août 2014 adressé au registre du commerce, B. SA a requis la radiation de A. et de son pouvoir de représentation avec effet au 1er septembre 2014. Le 29 août 2014, A. a fait virer du compte bancaire de B. SA deux montants en sa faveur, à savoir 8'230 fr.19 correspondant à son salaire de juillet 2014 et 36'000 fr. à titre de remboursement d'un trop-perçu dans le cadre de la construction de sa villa.

Au début septembre 2014, A. a rompu le contrat d'entreprise et réclamé, en vain, le paiement de son salaire du mois d'août. Il a alors fait notifier à B. SA un commandement de payer 20'000 fr. pour les salaires d'août et de septembre 2014. La poursuivie a formé opposition. Le 22 octobre 2014, B. SA a réclamé à A. le remboursement de la somme de 36'000 fr. prélevée le 29 août 2014, ainsi que la restitution du téléphone portable, de l'ordinateur et de l'imprimante de la société.

Par demande du 19 août 2015 déposée au Tribunal des prud'hommes du canton de Genève, A. a assigné B. SA en paiement de 20'000 fr., plus intérêts, à titre de salaires d'août et de septembre 2014, en dernier lieu sous déduction des indemnités de chômage perçues, finalement arrêtées à 2'062 fr.55. Il a conclu également à la mainlevée définitive de l'opposition précitée et à la remise d'un certificat de travail, des fiches de salaire d'août et de septembre 2014 ainsi que d'un certificat de salaire pour 2014. B. SA a fait valoir principalement l'incompétence matérielle du Tribunal des prud-hommes. Pour le cas où ce tribunal serait compétent, elle a conclu au déboutement de A. et, sur demande reconventionnelle, à la condamnation de celui-ci à lui verser la somme de 27'770 fr. (36'000 fr. – 8'230 fr.) avec intérêts et à lui restituer ordinateur, imprimante et téléphone portable. Par jugement du 21 avril 2016, le Tribunal des prud'hommes a déclaré recevables tant la demande principale que la demande reconventionnelle, puis il a débouté les parties de toutes leurs conclusions. Statuant le 22 novembre 2016 sur appel de A., la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a confirmé le jugement de première instance. Elle a jugé que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail.

A. interjette un recours en matière civile. Il conclut principalement au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision au sens des considérants. A titre subsidiaire, il demande au Tribunal fédéral de constater que les parties étaient liées par un contrat de travail et, pour le reste, reprend ses conclusions formulées dans la procédure cantonale.

Extraits des considérants:

3.

Le recourant se plaint d'une violation des art. 319 ss CO. Il reproche à la cour cantonale de n'avoir pas admis que les parties étaient liées par un contrat de travail, dont les quatre conditions seraient réalisées en l'espèce. Il fait valoir tout d'abord qu'il a exécuté une prestation personnelle pour l'intimée, soit une activité typique d'architecte, prévue dans le contrat écrit, ainsi que les tâches administratives nécessaires pour pallier aux manquements de L. dans ce domaine. Deuxièmement, le recourant relève qu'il a mis son temps à disposition de l'intimée pour une durée indéterminée en vue de l'accomplissement de l'activité prévue. Troisièmement, il observe qu'il a reçu un salaire fixe par mois, sur lequel les cotisations sociales étaient prélevées. Enfin, le recourant est d'avis, contrairement à la

Chambre des prud'hommes, qu'un rapport de subordination existait entre les parties. Il invoque à cet égard la surveillance que L. exerçait sur son activité en passant chaque matin dans les bureaux de la société où le recourant travaillait et en contactant celui-ci tous les jours en fin d'après-midi afin de lui demander des comptes. Il fait valoir également qu'il n'était pas libre dans l'organisation de son travail, qu'il était soumis à un horaire, qu'il ne pouvait choisir unilatéralement la date de ses congés et qu'il devait se plier aux instructions de L., en particulier pour l'ordre de priorité des paiements. Le recourant conteste en outre que sa qualité à la fois d'actionnaire et d'administrateur de l'intimée l'empêchait de se trouver dans un lien de dépendance économique vis-à-vis de cette société; il relève à ce sujet que les revenus qu'il retirait de son activité pour l'intimée lui permettaient d'assurer sa subsistance, que l'intimée mettait à sa disposition tant la place que les outils de travail et que la société prenait en charge le risque de l'entreprise.

3.1 La qualification juridique d'un contrat est une question de droit (ATF 131 III 217 consid. 3 p. 219). Le juge détermine librement la nature de la convention d'après l'aménagement objectif de la relation contractuelle (objektive Vertragsgestaltung), sans être lié par la qualification même concordante donnée par les parties (ATF 84 II 493 consid. 2 p. 496).

Par le contrat individuel de travail, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (art. 319 al. 1 CO). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont une prestation de travail, un rapport de subordination, un élément de durée et une rémunération (arrêts 4A_200/2015 du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et 4P.337/2005 du 21 mars 2006 consid. 3.3.2).

Le contrat de travail se distingue avant tout des autres contrats de prestation de services, en particulier du mandat, par l'existence d'un lien de subordination (ATF 125 III 78 consid. 4 p. 81; 112 II 41 consid. 1a/aa p. 46 et consid. 1a/bb in fine p. 47), qui place le travailleur dans la dépendance de l'employeur sous l'angle personnel, organisationnel et temporel ainsi que, dans une certaine mesure, économique. Le travailleur est assujetti à la surveillance, aux ordres et instructions de l'employeur; il est intégré dans l'organisation de travail d'autrui et y reçoit une place déterminée (arrêt précité du 3 septembre 2015 consid. 4.2.1 et les arrêts cités).

Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants. Il faut bien plutôt tenir compte de critères matériels relatifs à la manière dont la prestation de travail est effectivement exécutée, tels le degré de liberté dans l'organisation du travail et du temps, l'existence ou non d'une obligation de rendre compte de l'activité et/ou de suivre les instructions, ou encore l'identification de la partie qui supporte le risque économique (arrêt 2C_714/2010 du 14 décembre 2010 consid. 3.4.2). En principe, des instructions qui ne se limitent pas à de simples directives générales sur la ma-

nière d'exécuter la tâche, mais qui influent sur l'objet et l'organisation du travail et instaurent un droit de contrôle de l'ayant droit, révèlent l'existence d'un contrat de travail plutôt que d'un mandat (cf. arrêt 4C.216/1994 du 21 mars 1995 consid. 1a; PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, n°4 ad art. 319 CO p. 3 s.).

S'agissant des rapports juridiques entre une personne morale et ses organes, singulièrement entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou de la direction, ils peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats. Sous ce dernier aspect, la tendance est plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat sui generis analogue au mandat. En tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration (ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216; 128 III 129 consid. 1a/aa p. 131 s.; arrêts 4A_293/2015 du 10 décembre 2015 consid. 5 et 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.3). Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique (ATF 125 III 78 consid. 4 p. 81).

Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante ou indépendante (ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216; 129 III 664 consid. 3.2 p. 668; 128 III 129 consid. 1a/aa p. 132).

3.2 Sous l'intitulé «Engagement», le recourant a conclu un contrat avec la société anonyme dont il était l'un des deux actionnaires, à hauteur de 49%, et l'un des deux administrateurs, d'abord avec signature collective à deux, puis avec signature individuelle.

Le contrat liant les parties présente des éléments caractéristiques du contrat de travail en ce sens qu'il s'inscrivait dans la durée et que le recourant recevait une rémunération fixe par mois.

S'agissant des prestations du recourant, le contrat écrit mentionne un poste d'architecte, responsable des travaux. Sans s'attacher aux termes utilisés, il y a lieu de rechercher les activités réellement exercées par le recourant au service de l'intimée. Les particularités du cas sont déterminantes. A cet égard, il convient de relever que la société intimée exploitait une petite entreprise de construction, laquelle occupait directement ses deux actionnaires uniquement; en effet, selon l'état de fait de l'arrêt attaqué qui lie la cour de céans, les travaux de construction eux-mêmes étaient sous-traités alors que les plans et formulaires nécessaires à la délivrance des permis de construire étaient établis par un tiers. Dans ce contexte, les deux actionnaires/administrateurs s'étaient répartis, selon leurs compétences, les tâches nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise. C'est ainsi que L. était sur les chantiers, où il dirigeait les travaux et supervisait les ou-

vriers. Pour sa part, le recourant exerçait son activité au siège de la société intimée, dont il assurait la gestion administrative et commerciale. Que, dans ce cadre-là, il ait effectué ou non des prestations d'architecte allant au-delà de la signature de plans et formulaires n'apparaît pas déterminant pour la qualification du contrat liant les parties. En effet, il n'est pas contesté que le recourant exerçait ses activités au service de l'intimée à titre principal. Étant administrateur, à savoir un organe dirigeant de la société, la seule question qui se pose est donc celle du rapport de subordination.

Le recourant était l'un des deux propriétaires économiques de la société intimée. Comme il n'était pas actionnaire et administrateur unique, il n'y a pas, contrairement à ce que la cour cantonale a admis, identité économique entre la société et le recourant, laquelle aurait exclu d'emblée tout lien de subordination. Cela étant, le prestataire de services était un actionnaire important, mais minoritaire face à L. qui détenait 51% du capital-actions. L'actionnaire majoritaire exerçait-il un pouvoir hiérarchique, soit de contrôle et de direction, sur le recourant? La cour cantonale l'a nié, en assimilant la relation des deux actionnaires à celle de deux associés.

Selon les constatations de l'autorité précédente, le recourant était libre dans l'organisation de son travail; il pouvait notamment moduler ses horaires et fixer la date de ses vacances. Le recourant conteste ce dernier point, affirmant qu'il devait requérir l'autorisation «de son employeur» pour ses vacances ou toute absence; limitée à une allégation et dépourvue ainsi de toute démonstration d'arbitraire, cette critique est irrecevable (cf. art. 106 al. 2 LTF). De même, le recourant s'en prend en vain à l'absence de surveillance de son horaire constatée par la cour cantonale, en se bornant à alléguer – ce qui ne figure pas dans l'état de fait – que L. passait chaque matin au siège de l'entreprise.

La cour cantonale a jugé que le recourant n'exécutait pas ses tâches de gestion sur la base d'instructions de l'actionnaire majoritaire; d'après l'arrêt attaqué, l'ordre de priorité des paiements indiqué par L. et les demandes de compte-rendus formulées par celui-ci ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'une relation hiérarchique. Que l'actionnaire majoritaire s'enquiert régulièrement de la marche des affaires auprès de son copartenaire ne dénote pas nécessairement un pouvoir de direction de l'un sur l'autre. Et le fait de prescrire les paiements prioritaires ne constitue pas en tant que tel un indice déterminant d'un rapport de subordination entre L. et le recourant. Il s'ensuit que l'organisation des activités respectives des deux actionnaires de l'intimée, telle que décrite par la cour cantonale, ne laisse pas apparaître que le recourant exécutait ses tâches réservées sur la base des instructions de l'autre administrateur de la société.

Sur le vu de ce qui précède, la cour cantonale n'a pas violé les art. 319 ss CO en refusant de qualifier de contrat de travail le rapport juridique liant les parties et, partant, en rejetant les conclusions en paiement de prétendus salaires dus jusqu'à l'échéance du contrat de travail allégué. Le recours sera dès lors rejeté dans la mesure où il est recevable.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 juillet 2017, Doss.-No 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014 et 2C_816/2014 (Rejet du recours en matière de droit public contre la loi portant modification de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage du Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel du 28 mai 2014), in: ATF 143 I 403

Art. 27, 28 Abs. 1, 36, 49 Abs. 1, 94, 110 und 122 BV; Art. 71 ArG; ELG; Art. 4 AVEG; Art. 342 und 356 ff. OR; Art. 34a KV/NE; abstrakte Normenkontrolle des Gesetzes des Kantons Neuenburg vom 28. Mai 2014 zur Änderung des Gesetzes über die Beschäftigung und die Arbeitslosenversicherung (LEmpl/NE); Verfassungs- und Rechtmässigkeit eines kantonalen Minimallohns.
Eine Gesetzesänderung, die für den Kanton Neuenburg einen Mindestlohn bestimmt mit dem Ziel, allen Arbeitnehmenden einen angemessenen Lebensstandard zu ermöglichen, ohne dass sie Sozialhilfe beanspruchen müssen, und die Armut zu bekämpfen, ist keine wirtschafts-, sondern eine sozialpolitische Massnahme. Sie verstösst nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (E. 5.1-5.5). Vereinbarkeit des kantonalen Gesetzes mit dem individualrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit (E. 5.6 und 5.7) und der Koalitionsfreiheit vor dem Hintergrund der Gesetzgebung über die Gesamtarbeitsverträge (E. 6). Die Einführung eines minimalen Stundenlohns auf kantonaler Ebene verletzt den Vorrang des Bundesrechts weder im Hinblick auf das private noch das öffentliche Arbeitsrecht (E. 7).

Art. 27, 28 al. 1, 36, 49 al. 1, 94, 110 et 122 Cst.; art. 71 LTr; LPC; art. 4 LECCT; art. 342 et 356 ss CO; art. 34a Cst./NE; contrôle abstrait de la loi portant modification de la loi cantonale neuchâteloise du 28 mai 2014 sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl/NE); constitutionnalité et légalité de l'introduction d'un salaire minimum cantonal.
La modification législative qui concrétise, dans le canton de Neuchâtel, un salaire minimum en vue de garantir à tout salarié des conditions de vie décentes, à l'abri du recours à l'aide sociale, et ainsi de lutter contre la pauvreté, ne relève pas de la politique économique mais sociale, et n'est donc pas contraire au principe de la liberté économique (consid. 5.1-5.5). Conformité de la loi cantonale avec la liberté économique individuelle (consid. 5.6 et 5.7) et avec la liberté syndicale, à l'aune du droit des conventions collectives de travail (consid. 6). L'introduction d'un salaire horaire minimum cantonal ne viole la primauté du droit fédéral ni par rapport au droit privé du travail, ni par rapport au droit public (consid. 7).

Extraits des faits:

A.

A.a Le 27 novembre 2011, le peuple neuchâtelois a accepté un décret constitutionnel introduisant dans la Constitution de la République et canton de Neuchâtel du 24 septembre 2000 (Cst./NE; RSN 101) un nouvel art. 34a intitulé «salaire minimum», dont la teneur est la suivante:

L'Etat institue un salaire minimum cantonal dans tous les domaines d'activité économique, en tenant compte des secteurs économiques ainsi que des salaires fixés dans les conventions collectives, afin que toute personne exerçant une activité salariée puisse disposer d'un salaire lui garantissant des conditions de vie décentes.

L'Assemblée fédérale a octroyé la garantie fédérale à l'art. 34a Cst./NE par arrêté fédéral du 11 mars 2013 (FF 2013 2335 ch. 6).

A.b Le 28 mai 2014, le Grand Conseil a modifié comme suit la loi cantonale du 25 mai 2004 sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl/NE; RSN 813.10):

Article premier, al. 1bis (nouveau)

1bis Elle vise en outre à assurer la mise en oeuvre de l'article 34a de la Constitution relatif au salaire minimum.

Art. 21

[1] Les employeurs appliquent des conditions de travail et de salaire conformes aux usages de la profession et de la région et veillent ainsi à ne pas provoquer de sous-enchère salariale, mais au contraire à offrir aux travailleurs un salaire leur garantissant des conditions de vie décentes, au sens de l'article 32d.

[2] Ils fixent notamment les conditions de travail et de salaire de façon à exclure toute discrimination en raison de l'origine ou du sexe.

[3] Ils se réfèrent pour le surplus aux conventions collectives de travail de la branche dans laquelle ils exercent leurs activités.

Section 3a: Mise en œuvre de l'article 34a de la Constitution cantonale

Art. 32a (nouveau)

L'institution du salaire minimum a pour but de lutter contre la pauvreté et de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine.

Art. 32b (nouveau)

Les relations de travail des travailleurs accomplissant habituellement leur travail dans le canton sont soumises aux dispositions relatives au salaire minimum.

Art. 32c (nouveau)

Le Conseil d'Etat peut édicter des dérogations pour des rapports de travail particuliers, tels que ceux s'inscrivant dans un contexte de formation ou d'intégration professionnelle.

Art. 32c^{bis} (nouveau)

Les salaires de minime importance pour lesquels la perception de cotisations n'est pas obligatoire en vertu de la législation en matière d'assurance-vieillesse et survivants ne sont pas soumis aux dispositions relatives au salaire minimum.

Art. 32d (nouveau)

[1] Le salaire minimum au sens de l'article 34a de la Constitution est de 20 francs par heure.

[2] Ce montant est adapté chaque année à l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation du mois d'août de l'année précédente, l'indice de base étant celui du mois d'août 2014.

[3] Par salaire, il faut entendre le salaire déterminant au sens de la législation en matière d'assurance-vieillesse et survivants, indemnités de vacances et pour jours fériés non comprises.

Art. 32e (nouveau)

Pour les secteurs économiques visés par l'article 2, alinéa 1, lettres d et e, de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr), du 13 mars 1964, le Conseil d'Etat peut fixer des salaires minimum dérogeant à l'article 32d, alinéa 1, dans le respect de l'article 32a.

Art. 76 (nouveau)

[1] Les partenaires sociaux disposent d'un délai échéant le 31 décembre 2014 pour modifier les conventions collectives de travail existantes de manière à fixer des salaires satisfaisant aux exigences de l'article 32d.

[2] A défaut d'accord dans le délai susmentionné, ou si le salaire minimum convenu est inférieur à celui fixé à l'article 32d, c'est ce dernier qui s'applique à partir du 1er janvier 2015.

Art. 76a (nouveau)

Sur préavis favorable de la commission tripartite «salaire minimum», au sens de l'article 77, prise à la majorité qualifiée des trois quarts de ses membres, le Conseil d'Etat peut exceptionnellement prolonger, au maximum jusqu'au 31 décembre 2016, le délai fixé à l'article qui précède lorsque la situation particulière d'une catégorie de travailleurs ou d'un secteur économique l'exige.

Art. 77 (nouveau)

Le Conseil d'Etat désigne une commission tripartite «salaire minimum» chargée d'appuyer le Conseil d'Etat dans la mise en oeuvre de l'article 34a de la Constitution.

Art. 77a (nouveau)

Pendant une période de huit années, la commission «salaire minimum» observe l'application des dispositions relatives au salaire minimum. Elle fait parvenir annuellement un rapport au Conseil d'Etat sur le résultat de ses observations. Elle peut faire des propositions.

B.

La loi portant modification de la loi du 28 mai 2014 sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl/NE) (salaire minimum) a été publiée dans la Feuille officielle de la République et canton de Neuchâtel du 13 juin 2014. Le Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel (ci-après: le Conseil d'Etat) l'a promulguée le 28 mai 2014, précisant que ses art. 76 et 77 entreraient en vigueur au 1er octobre 2014 et les autres articles au 1er janvier 2015.

C.

Cette modification législative a fait l'objet de quatre recours en matière de droit public, qui ont été enregistrés sous les numéros d'ordre 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014 et 2C_816/2014. Le premier recours demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler les art. 21, 32d, 32e, 76 et 76a LEmpl/NE. Les trois autres recours concluent à l'annulation de toutes les nouvelles dispositions légales.

Après avoir joint les causes, le Tribunal fédéral a rejeté les recours dans la mesure de leur recevabilité.

Extrait des considérants:

5.

Les recourants invoquent une violation tant des principes de l'ordre économique que de leur liberté économique individuelle.

5.1 La liberté économique fait partie des droits fondamentaux, qui confèrent des droits subjectifs justiciables aux particuliers dont ils protègent les intérêts (individuels) essentiels (cf. JEAN-MAURICE FRÉSARD, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 3 ad art. 116 LTF p. 1375; MICHEL HOTTELIER, Entre tradition et modernité: le recours constitutionnel subsidiaire, in Les nouveaux recours fédéraux en droit public, Bellanger/Tanquerel [éd.], 2006, p. 71 ss, 78). Quant à l'art. 94 Cst., il garantit, d'après son intitulé, un principe constitutionnel justiciable. Ce dernier vise à protéger la liberté économique, à savoir le droit fondamental précité dans sa dimension institutionnelle ou systémique.

5.2 En vertu de l'art. 94 al. 1 Cst., la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. De manière générale, l'Etat reconnaît que l'économie relève principalement de la société civile et qu'il doit lui-même respecter les éléments essentiels du mécanisme de la concurrence (cf. ATF 140 I 218 consid. 6.2 p. 228 s.; ATF 138 I 378 consid. 6.3 p. 387; arrêt 4C_2/2013 du 10 juillet 2013 consid. 3.1). Il est donc en règle générale interdit à l'Etat de prendre une quelconque mesure susceptible d'empêcher la libre concurrence dans le but d'assurer ou de favoriser certaines branches économiques ou certaines formes d'activité économique, voire de diriger la vie économique selon un plan déterminé (cf. ATF 113 Ia 126 consid. 8b p. 138; ATF 104 Ia 196 consid. 2b p. 198; ATF 103 Ia 259 consid. 2a p. 262; ATF 102 Ia 533 consid. 10e p. 543; ATF 97 I 499

consid. 4a p. 504; cf. aussi ATF 137 I 167 consid. 3.6 p. 175; ATF 131 I 223 consid. 4.2 p. 231 s.; arrêt 2C_441/2015 du 11 janvier 2016 consid. 7.1.1). L'art. 94 al. 4 Cst. prévoit que les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (cf. aussi ATF 131 I 223 consid. 4.2 p. 231; ATF 128 I 3 consid. 3a p. 10).

Contrairement aux mesures d'ordre économique, qui sont susceptibles d'entraver, voire même de déroger à la libre concurrence, les mesures étatiques poursuivant des motifs d'ordre public, de politique sociale ou des mesures ne servant pas, en premier lieu, des intérêts économiques (par exemple, aménagement du territoire, politique environnementale) sortent d'emblée du champ de protection de l'art. 94 Cst. (cf., dans ce sens, ATF 142 I 162 consid. 3.3 p. 165 s.; ATF 140 I 218 consid. 6.2 p. 229; cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, 177; ATF 131 I 223 consid. 4.2 p. 231; ATF 130 II 87 consid. 3 p. 92; ATF 130 I 26 consid. 6.2 p. 50; arrêt 2C_940/2010 du 17 mai 2011 consid. 3.1 s.; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2e éd. 2013, p. 374). La jurisprudence définit les mesures dites sociales ou de politique sociale en tant que mesures qui tendent à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs (cf. ATF 120 Ia 299 consid. 3b p. 306; ATF 119 Ia 348 consid. 2b p. 353 s.; ATF 116 Ia 401 consid. 9 p. 414; ATF 113 Ia 126 consid. 8b p. 138; ATF 102 Ia 533 consid. 10e p. 544; ATF 97 I 499 consid. 4 p. 504).

5.3 D'après les recourants, le montant du minimum salarial, prévu à l'art. 32d LEmpl/NE, ne répondrait pas à de véritables motifs de politique sociale, mais relèverait de la politique économique contraire au principe de la liberté économique, dans la mesure où il ne se limiterait pas à ce qui est vraiment nécessaire au travailleur pour mener une existence décente. Ils considèrent par ailleurs que la méthode choisie par le législateur neuchâtelois pour fixer le montant de 20 fr. par heure sort du cadre de la politique sociale, dès lors qu'elle se fonde sur le modèle des assurances sociales, soit sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, sans égard notamment aux charges effectives des intéressés et leurs véritables conditions de vie, d'une part, et, sans tenir compte de l'ensemble des prestations offertes par l'employeur, soit d'éventuelles prestations en nature, la durée des vacances, les jours fériés, les heures supplémentaires, l'horaire et les autres conditions de travail, d'autre part.

Le Grand Conseil conteste ces griefs. Il estime que la fixation d'un montant minimum, conformément à la volonté des initiants, qui se base sur le système des assurances sociales, reste dans le cadre de la politique sociale; le montant prévu par la réglementation cantonale constitue le seuil permettant à un travailleur de subvenir à ses besoins vitaux, sans recourir à l'aide des services sociaux.

5.4 Il sied de déterminer si les objectifs poursuivis par la révision de la LEmpl/NE relèvent de la politique sociale, que les cantons demeurent libres d'adopter, ou d'une mesure de politique économique, qu'en principe seule la Confédération serait en droit d'adopter, aux conditions de l'art. 94 Cst. (cf. KIENER/KÄLIN, op. cit., p. 374: «system- bzw. grundsatzwidriger Eingriff»; KLAUS A. VALLENDER, in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd. 2014, n° 5 ad art. 94 Cst. p. 1794).

5.4.1 Aux termes de l'art. 32a LEmpl/NE, l'institution du salaire minimum a pour but de lutter contre la pauvreté et de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine (art. 7 Cst.). Selon le Rapport du Conseil d'Etat, l'objectif principal de l'instauration d'un salaire minimum à Neuchâtel est d'assurer aux travailleurs des conditions de vie décentes. En 2014, le canton de Neuchâtel disposait d'un taux d'aide sociale de 7,2%, ce qui constitue le taux le plus élevé de Suisse (cf. Office fédéral de la statistique, Bénéficiaires de l'aide sociale et taux d'aide sociale par canton, 2014). Le Grand Conseil expose que, en 2013, 2'359 personnes exerçant une activité lucrative dans le canton de Neuchâtel étaient bénéficiaires de l'aide sociale. L'instauration d'un salaire minimum toucherait 4,3% des travailleurs du canton de Neuchâtel – dont la majorité sont des femmes –, lesquels gagnent moins de 20 fr. par heure (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 12 et 13). Dans son rapport, le Conseil d'Etat souligne que ces «working poor» (à savoir les travailleurs qui, bien qu'exerçant une activité réelle et effective, touchent un revenu qui ne suffit pas pour vivre ou faire vivre leur famille [cf. arrêts 2C_669/2015 du 30 mars 2016 consid. 5.3.1 et 2C_1061/2013 du 14 juillet 2015 consid. 4.2.1]) sont voués à la précarité et au soutien de l'aide sociale, malgré leur emploi (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 2).

5.4.2 Il suit des motifs fournis par la loi cantonale et les travaux préparatoires que l'instauration d'un salaire minimum vise tant à lutter, de manière générale, contre la pauvreté dans le canton de Neuchâtel qu'à enrayer, de façon spécifique, le phénomène des «working poor», en améliorant les conditions de vie des travailleurs et en leur permettant de vivre de leur emploi sans devoir recourir à l'aide sociale étatique.

5.4.3 En ce qui concerne le montant d'un salaire minimum cantonal, le Tribunal fédéral a jugé que les montants des salaires minima «devront se situer à un niveau relativement bas, proche du revenu minimal résultant des systèmes d'assurance ou d'assistance sociale, sous peine de sortir du cadre de la 'politique sociale' pour entrer dans celui de la 'politique économique' [...]» (arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.3).

En l'occurrence, le salaire minimum instauré se fonde sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI. Celles-ci sont destinées à la couverture des besoins vitaux (cf. art. 2 al. 1 de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires; LPC; RS 831. 30). D'emblée, cette circonstance répond donc à la préoccupation énoncée par la jurisprudence, en se limitant au cadre de la politique sociale (cf., en ce sens,

LAURENT BIERI, Le salaire minimum neuchâtelois, Jusletter 11 août 2014 p. 4, qui considère que le montant retenu à l'art. 32d al. 1 LEmpl/NE, fondé sur le montant des prestations complémentaires AVS/AI, est suffisamment bas pour que l'on puisse considérer que la mesure relève de la politique sociale). Par ailleurs, s'agissant de la méthode de calcul du montant litigieux, pour déterminer un salaire minimum qui garantisse à la fois des conditions de vie décentes et ne sorte pas du cadre de la politique sociale, les autorités cantonales disposaient de deux possibilités pour rester dans les limites fixées par le droit fédéral, à savoir se fonder sur le revenu minimal résultant des systèmes soit de l'assurance sociale, soit de l'assistance sociale (cf. arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.3). En se basant sur diverses études et rapports, notamment les travaux de la Commission extraparlementaire instaurée le 4 juillet 2012 et composée des principaux partis politiques du canton de Neuchâtel et de représentants des partenaires sociaux (ci-après: la Commission extraparlementaire), les autorités cantonales ont estimé que le modèle de l'aide sociale cantonale posait de nombreux problèmes pour le calcul d'un revenu minimum unique (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 6). En effet, l'aide sociale prévoit, hormis un forfait fixe pour l'entretien, d'autres frais qui dépendent de la situation personnelle du bénéficiaire, tels que les coûts de son logement. Dans le cadre de la mise en oeuvre de l'initiative, les autorités cantonales ont en effet constaté que si elles partaient du système de l'aide sociale – comme le préconisent les recourants – cela aurait pour conséquence que les employeurs devraient enquêter sur la situation financière de chaque employé avant de fixer le salaire, ce qui posait des difficultés pratiques non négligeables (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 2 et 6). Il n'était pas raisonnablement envisageable de déterminer un salaire minimum pour chaque travailleur fondé sur sa situation individuelle. Les autorités cantonales ont donc estimé qu'il était préférable de se fonder sur le revenu minimal net selon les prestations complémentaires (PC) à l'AVS/AI, lesquelles servent à venir «en aide lorsque les rentes et autres revenus ne permettent pas de couvrir les besoins vitaux» (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 6). Les autorités cantonales ont, en outre, considéré, d'une part, qu'il se justifiait de prévoir un montant minimum permettant à toute personne salariée seule exerçant une activité lucrative à plein temps de subvenir à ses propres besoins, sans tenir compte, dans chaque cas particulier, de ses charges effectives, soit en particulier de la nécessité, le cas échéant, de contribuer à l'entretien des enfants dont elle a la charge. D'autre part, elles ont estimé que, dans la mesure où il s'agissait d'un seuil plancher, les autres éléments tels que la qualification et l'expérience de l'employé devaient être traités dans le cadre du partenariat social, notamment au travers des conventions collectives de travail (Rapport du Conseil d'Etat, p. 5). Or, dans la mesure où ces considérations sont motivées par des critères objectifs et raisonnables et qu'elles demeurent dans le cadre posé par la jurisprudence pour que l'instauration d'un salaire minimum soit considérée comme relevant de la politique sociale ad-

missible, on ne voit pas que l'on puisse les qualifier de contraires au principe de la liberté économique.

5.5 En conclusion, les justifications fournies par les autorités à l'appui de l'introduction du salaire minimum cantonal dénotent, de façon prépondérante, des préoccupations de politique sociale et ne poursuivent pas, quoi qu'en disent les recourants, la finalité d'influencer la libre concurrence. La modification législative sous examen s'avère ainsi conforme au principe constitutionnel de la liberté économique. Il y a donc lieu d'écarter les griefs fondés sur l'art. 94 Cst.

5.6 Etant donné que la consécration d'un salaire minimum cantonal ne contredit pas le principe de la liberté économique dans sa dimension institutionnelle, il convient encore d'examiner si et, le cas échéant, dans quelle mesure la loi cantonale litigieuse se conforme, à l'aune des conditions prévues à l'art. 36 Cst., à la liberté économique individuelle dont les recourants se prévalent également (cf. ATF 113 Ia 126 consid. 8b p. 139; ATF 111 Ia 23 consid. 4b p. 29; ATF 99 Ia 604 consid. 5a p. 619; arrêts 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.3, in RDAF 2010 I p. 252; 2P.52/2001 du 24 octobre 2001 consid. 4a, in ZBl 103/2002 p. 322; cf. aussi GIOVANNI BIAGGINI, Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen, ius.full 1/2003 p. 2 ss, 10; RHINOW ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2e éd. 2011, n. 83 p. 100 et n. 98 p. 103).

5.6.1 Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 140 I 218 consid. 6.3 p. 229; ATF 137 I 167 consid. 3.1 p. 172; ATF 135 I 130 consid. 4.2 p. 135; arrêt 2C_991/2015 du 29 juin 2016 consid. 5.1). Elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.).

5.6.2 La novelle de la LEmpl/NE impose aux employeurs l'obligation de verser un salaire minimum déterminé aux travailleurs à bas revenu accomplissant leur activité dans le canton de Neuchâtel. Cette obligation limite le libre exercice de la liberté économique des employeurs sur le territoire du canton et représente dès lors une restriction à ce droit fondamental (cf., dans ce sens, arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.3, in RDAF 2010 I p. 252). Introduit par une modification de la LEmpl/NE adoptée par le Grand Conseil neuchâtelois, l'acte entrepris constitue une loi au sens formel, si bien que la restriction repose sur une base légale suffisante, au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. Comme il a été vu auparavant (consid. 5.5 supra), l'acte attaqué poursuit des objectifs de politique sociale, ce qui fonde un intérêt public reconnu au sens de l'art. 36 al. 2 Cst. Par ailleurs, on ne voit pas que l'acte attaqué porterait atteinte à l'essence de la liberté économique (cf. art. 36 al. 4 Cst.). Reste donc la question de savoir si, tel que le soutiennent les recourants, les dispositions litigieuses ne respectent

pas le principe de la proportionnalité (cf. art. 36 al. 3 Cst.; cf. infra consid. 5.6.3 ss).

5.6.3 Le principe de la proportionnalité exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et il exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts (ATF 142 I 76 consid. 3.5.1 p. 84; ATF 138 I 331 consid. 7.4.3.1 p. 346; arrêt 8C_781/2015 du 8 août 2016 consid. 10.2).

5.6.4 Du point de vue de la règle de l'aptitude, les recourants ne peuvent être suivis lorsqu'ils affirment que le salaire minimum prévu par la réglementation litigieuse ne constitue pas un moyen propre à remédier à la pauvreté, objectif que le canton de Neuchâtel s'est fixé. Ce faisant, ils évoquent des arguments relatifs à l'opportunité ou la prérogative décisionnelle du législateur cantonal, sans toutefois démontrer concrètement en quoi le salaire minimum constituerait une atteinte disproportionnée à leur liberté économique. Il en va ainsi de l'avis des recourants selon lequel l'instauration d'un salaire minimum ne contribuera pas à diminuer le taux d'aide sociale dans le canton de Neuchâtel et pourrait, au contraire, avoir pour conséquence que les propriétaires de petites entreprises se trouvent dans l'incapacité de verser les salaires fixés par l'Etat et dès lors contraints de licencier du personnel. Il en va de même des autres arguments des recourants, tels que le fait que le Conseil fédéral aurait constaté que la pauvreté en Suisse serait due à des causes multiples et ne s'expliquerait qu'en partie par des salaires bas ou que l'instauration d'un salaire minimum ne saurait amener une amélioration des conditions de vie pour les personnes sans activité lucrative.

5.6.5 S'agissant du critère de la nécessité, les recourants soutiennent que les buts poursuivis par l'introduction du salaire minimum neuchâtelois peuvent être atteints par des mesures moins intrusives prévues dans des conventions collectives de travail et des contrats-types de travail. Ils relèvent, en particulier, que l'art. 360a (du Code suisse des obligations du 30 mars 1911 [CO; RS 220])permet d'édicter des salaires minima impératifs sur demande de la commission tripartite lorsque des situations de sous-enchères salariales répétées et abusives sont détectées.

Le but de l'instauration d'un salaire minimum cantonal n'est pas de lutter contre des situations de sous-enchères salariales répétées et abusives dans une branche économique ou une profession particulière, mais de lutter, de manière générale, contre la pauvreté dans le canton de Neuchâtel, afin que les travailleurs puissent subvenir à leurs besoins, sans recourir à l'aide sociale. Le problème des «working poor» dans le canton de Neuchâtel ne se limite d'ailleurs pas à un secteur économique (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 9). En outre, comme le relève le Conseil

d'Etat dans son rapport, pour les travailleurs non couverts par une convention collective, les commissions tripartites n'ont pas de moyen découlant du droit fédéral pour lutter contre la sous-enchère salariale, dans la mesure où leurs compétences se limitent à la possibilité de proposer aux autorités compétentes l'extension des dispositions d'une convention collective, mais uniquement si le secteur en est pourvu (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 3). C'est donc à tort que les recourants estiment que le recours, considéré comme moins incisif, aux mesures prévues dans les CCT permettrait d'atteindre des résultats équivalents à ceux poursuivis par la législation querellée.

5.6.6 Sous l'angle du critère de la proportionnalité au sens étroit, les recourants considèrent que le tarif de 20 fr. par heure «dépasse de loin le montant permettant de garantir des conditions de vie décentes». Ils reprochent en outre au législateur neuchâtelois de ne pas avoir tenu compte des salaires prévus dans les CCT et d'avoir instauré un salaire minimum pour tous les travailleurs, indépendamment de leur âge, de leur formation, ainsi que d'autres critères objectifs. Partant, la loi cantonale entreprise ferait, en substance, porter un fardeau économique disproportionné et déraisonnable aux employeurs concernés.

S'agissant de la fixation d'un tarif horaire minimum unique de 20 fr., le Grand Conseil explique de manière convaincante que l'art. 34a Cst./NE vise à assurer des conditions de vie décentes à toute personne exerçant une activité salariale dans le canton de Neuchâtel; l'art. 34a Cst./NE prévoit en effet que «l'Etat institue un salaire minimum cantonal dans tous les domaines d'activité économique» [...]. Or, le montant permettant dans un même canton de vivre «décemment» ne diffère pas d'un secteur économique à l'autre, ni d'ailleurs en principe d'une personne à l'autre. Par ailleurs, le Grand Conseil a considéré qu'il n'était pas légitimé au regard du droit fédéral pour fixer des montants différents pour chaque secteur économique (cf. arrêt 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.3).

Contrairement à ce que prétendent les recourants, la réglementation litigieuse prend par ailleurs en considération les difficultés que certains secteurs spécifiques – en particulier agricoles – rencontrent dans l'application du salaire de 20 fr. par heure (art. 32d al. 1 LEmpl/NE), notamment en raison du nombre élevé d'heures pratiquées dans ce domaine, d'une concurrence importante et des faibles revenus que cette activité génère de manière générale (cf. propositions de la Commission parlementaire, p. 2 s. et annexe: il ressort des travaux préparatoires que les secteurs agricole, viticole et maraîcher ont particulièrement préoccupé la Commission parlementaire; celle-ci s'est d'ailleurs réunie à deux reprises avec des représentants de la Chambre neuchâteloise d'agriculture et de viticulture). L'art. 32e LEmpl/NE prévoit que, pour les secteurs économiques visés par l'art. 2 al. 1 let. d et e de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr; RS 822.11) – soit certaines entreprises agricoles ou se livrant à la production horticole, lesquelles sont du

reste exclues du champ d'application de la LTr –, le Conseil d'Etat peut fixer des salaires minima dérogeant à l'art. 32d al. 1 LEmpl/NE, dans le respect de l'art. 32a LEmpl/NE. L'art. 32e LEmpl/NE a pour but de concilier l'objectif d'un salaire décent avec la volonté de ne pas mettre en péril ces secteurs (cf. propositions de la Commission parlementaire, p. 3). La loi litigieuse permet en outre de tenir compte du fait que les employés dans ce secteur travaillent plus de 45 heures par semaine. Afin de concilier les limites posées par le droit fédéral, d'une part (cf., notamment, s'agissant de la question particulière de la lutte contre la sous-enchère salariale, art. 360a CO et arrêt 4C_1/2014 du 11 mai 2015 consid. 7.5 et 7.6), et le risque que les entreprises agricoles et viticoles du canton ne puissent pas payer le salaire minimum prévu par la LEmpl/NE, d'autre part, la solution envisagée est de prévoir par voie réglementaire que ces travailleurs jouissent du même revenu mensuel minimum que les autres personnes exerçant une activité lucrative dans le canton de Neuchâtel; ils effectueront cependant un nombre plus élevé d'heures de travail par semaine selon un salaire horaire de l'ordre de 17 fr. par heure (cf. propositions de la Commission parlementaire, p. 3). Il convient également de relever que l'art. 32c LEmpl/NE investit expressément le Conseil d'Etat du droit d'édicter des dérogations pour des rapports de travail particuliers, tels que ceux s'inscrivant dans un contexte de formation ou d'intégration professionnelle. Enfin, les art. 77 et 77a LEmpl/NE prévoient qu'une commission composée de représentants des employeurs, des travailleurs et de l'administration observera l'application des dispositions relatives au salaire minimum pendant une période de huit ans, durant laquelle elle soumettra ses remarques et ses propositions au Conseil d'Etat.

Il suit de cette réglementation que l'introduction par le législateur cantonal d'un salaire minimum unique s'accompagne de suffisamment de clauses de souplesse et de réévaluations périodiques aux fins de sauvegarder l'intérêt à prémunir les travailleurs contre le phénomène des «working poor» et, simultanément, de tenir compte des situations particulières, qui se présentent notamment dans certains secteurs économiques.

5.6.7 En tant que les recourants perçoivent, toujours sous l'angle du critère de la proportionnalité au sens étroit, un rapport déraisonnable entre la détermination du montant du salaire minimum dans la loi attaquée et la liberté économique (entrepreneuriale) dans le canton, il est vrai que la question de savoir quel est le montant qui permettrait de garantir des conditions de vie décentes ne ressort ni de la législation fédérale, ni de la jurisprudence. Pour fixer le tarif horaire minimum, le Grand Conseil, auquel un grand pouvoir d'appréciation législatif doit être reconnu en la matière, s'est toutefois fondé sur des critères objectifs et raisonnables. Il est en effet parti du revenu minimal selon les prestations complémentaires AVS/AI pour une personne seule vivant dans le canton de Neuchâtel, en supposant que la personne travaille 52 semaines par année et 41 heures par semaine (cf. consid. 5.4.3 supra; Rapport du Conseil d'Etat, p. 6; BIERI, op. cit., p. 4). La

durée hebdomadaire de travail de 41 heures repose sur les données de l'Office fédéral de la statistique relatives à la durée normale du travail dans les entreprises selon les cantons (cf. Office fédéral de la statistique, «Durée normale du travail dans les entreprises selon les sections économiques et les cantons en heures par semaine», 2012). Le calcul du salaire comprend un montant destiné à la couverture des besoins vitaux, soit 19'219 fr. par année, auquel s'ajoute un montant de 13'200 fr. par année pour le loyer et les frais accessoires (depuis le 1er janvier 2015, le montant destiné à la couverture des besoins vitaux par année s'élève à 19'290 fr.; cf. Mémento, «Prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI», Centre d'information AVS/AI, 1er janvier 2015, p. 3). A cela s'ajoute encore le montant forfaitaire annuel pour l'assurance obligatoire des soins, fixé par la Confédération pour le canton de Neuchâtel à 4'776 fr. par année, ce qui donne un revenu annuel minimal net total de 37'286 fr. (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 7; Mémento, «Votre droit aux prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI», état au 1er janvier 2013, Centre d'information AVS/AI, décembre 2012, p. 5). Un montant annuel pour les cotisations aux assurances sociales de 4'573 fr. a été additionné pour arriver à un salaire minimum annuel brut de 41'759 fr., soit un salaire minimum brut horaire de 19 fr. 59 par heure, lequel a été arrondi à 20 fr. pour tenir compte notamment des frais potentiellement liés à l'acquisition du revenu (cf. Rapport du Conseil d'Etat, p. 6-8). En outre, selon le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en 2010, selon la méthode appliquée et la source de données utilisées, le seuil de bas salaire en Suisse se situait entre 22 fr. et 23 fr. 90 de l'heure (cf. SECO, «Bas salaires en Suisse et alternatives à l'initiative sur les salaires minimums dans le domaine des conditions aux conventions collectives de travail étendues et à l'adoption de contrats-types de travail», CER-E août 2013, p. 6), ce qui dépasse le salaire cantonal de 20 fr. par heure prévu par la réglementation neuchâteloise (cf. aussi Rapport du Conseil d'Etat, p. 7).

On relèvera par ailleurs que les auteurs de l'initiative populaire neuchâteloise avaient initialement envisagé l'introduction d'un salaire horaire de 22 fr., lequel a été réduit à 20 fr. à la suite des négociations qui ont eu lieu dans le cadre des travaux législatifs. Le projet de loi jurassien mettant en oeuvre une initiative populaire similaire prévoyait un salaire minimum de 19 fr. 25 par heure. L'initiative populaire fédérale du 23 janvier 2012 pour l'introduction d'un salaire minimum en Suisse (initiative «Pour la protection de salaires équitables [initiative sur les salaires minimums]»), qui a certes été rejetée lors de la votation populaire du 18 mai 2014, proposait quant à elle un salaire minimum de 22 fr. par heure. En outre, dans le cadre d'une étude récente sur les pays de l'OCDE relative aux inégalités salariales, les calculs – pour la Suisse – ont été effectués sur la base «d'un hypothétique salaire minimal de 22 francs de l'heure» (Message du Conseil fédéral du 16 janvier 2013, p. 1120).

5.6.8 Sur la base de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que la réglementation litigieuse fixe un tarif général dont le montant se situe dans

une fourchette raisonnable et reposant sur des critères objectifs. De plus, la législation querellée contient des dispositions visant à modérer les effets négatifs potentiels de la loi attaquée sur la liberté économique des employeurs, moyennant un système de dérogations et de réévaluations périodiques cohérent. En conséquence, l'on ne saurait affirmer, dans le cadre du présent contrôle normatif abstrait, que l'instauration d'un salaire minimum d'un montant de 20 fr. par heure constitue une atteinte disproportionnée à la liberté économique des recourants.

5.7 En conclusion, la réglementation prévue constitue une mesure de politique sociale qui repose sur une base légale suffisante et poursuit un intérêt public reconnu par le droit constitutionnel. Elle n'apparaît par ailleurs pas disproportionnée et est en conséquence conforme à la liberté économique. Les griefs développés sous l'angle de l'art. 27 Cst. seront partant écartés.

6.

Les recourants mettent ensuite en cause la conformité de l'art. 76 al. 1 LEmpl/NE avec la liberté syndicale garantie par l'art. 28 Cst., dans la mesure où cette disposition fixe un délai aux partenaires sociaux pour adapter les conventions collectives. Ce faisant, elle obligerait les organisations d'employeurs à conclure une nouvelle CCT avec un contenu déterminé. En outre, cette disposition légale s'adresse aux parties à la convention collective et non aux salariés, de sorte qu'elle ne poursuit pas, selon les recourants, d'intérêt public de politique sociale. Une telle obligation serait en outre disproportionnée.

6.1 La liberté syndicale consacrée à l'art. 28 al. 1 Cst. prévoit que les travailleurs, les employeurs et leurs organisations ont le droit de se syndiquer pour la défense de leurs intérêts, de créer des associations et d'y adhérer ou non. On distingue la liberté syndicale individuelle de la liberté syndicale collective. La première donne au particulier le droit de contribuer à la création d'un syndicat, d'adhérer à un syndicat existant ou de participer à son activité (liberté syndicale positive), ainsi que celui de ne pas y adhérer ou d'en sortir (liberté syndicale négative), sans se heurter à des entraves étatiques. La seconde garantit au syndicat la possibilité d'exister et d'agir en tant que tel, c'est-à-dire de défendre les intérêts de ses membres. Elle implique notamment le droit de participer à des négociations collectives et de conclure des conventions collectives (ATF 140 I 257 consid. 5 p. 261 et les références citées).

6.2 En l'occurrence, aux termes de l'art. 76 al. 1 LEmpl/NE, les partenaires sociaux disposent d'un délai échéant le 31 décembre 2014 pour modifier les CCT existantes de manière à fixer des salaires satisfaisant aux exigences de l'art. 32d LEmpl/NE. L'alinéa 2 prévoit qu'à défaut d'accord dans le délai susmentionné, ou si le salaire minimum convenu est inférieur à celui fixé à l'art. 32d LEmpl/NE, c'est ce dernier qui s'applique à partir du 1er janvier 2015.

Comme le relèvent les recourants, une modification des CCT n'est pas nécessaire, l'Etat pouvant mettre en œuvré le salaire minimum sans passer par une modification des conventions collectives. Le Grand Conseil explique, pour sa part, que l'art. 76 LEmpl/NE n'oblige pas les partenaires sociaux à conclure une convention collective, ni à en modifier le contenu. Cette disposition vise à donner la possibilité aux partenaires sociaux de modifier leurs CCT, mais ne les y oblige pas. Comme le relève le Grand Conseil, l'art. 76 LEmpl/NE pourrait être supprimé sans nuire à l'application du reste de la loi. Il s'ensuit que cette disposition n'a pas de portée propre par rapport aux autres dispositions litigieuses. En effet, dans la mesure où les CCT ne sont pas modifiées, c'est le salaire minimum qui s'appliquera automatiquement en lieu et place des dispositions relatives aux salaires prévues dans les conventions collectives, si le montant de certaines de ces CCT s'avérait être inférieur à celui instauré par le salaire minimum. Le grief des recourants est dès lors rejeté.

7.

Les recourants se plaignent d'une violation du principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.). Ils soutiennent, en substance, que les dispositions litigieuses seraient, d'une part, contraires à la répartition constitutionnelle et légale des compétences en matière de droit du travail et de fixation des salaires. D'autre part, elles violeraient le sens et l'esprit de l'art. 357 CO en relation avec l'art. 4 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]) et les conventions collectives en vigueur, à savoir, en particulier, la Convention collective de la branche du travail temporaire, dont le champ d'application a été étendu – pour la dernière fois jusqu'au 30 juin 2016 – par un arrêté du Conseil fédéral (cf. art. 1 al. 1 LECCT; arrêté du Conseil fédéral du 13 décembre 2011 étendant le champ d'application de la convention collective de travail de la branche du travail temporaire, FF 2011 8459), respectivement la Convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés conclue le 6 juillet 1998, dont le champ d'application a été étendu par un arrêté du Conseil fédéral, pour la dernière fois jusqu'au 31 décembre 2017 (cf. Arrêté du Conseil fédéral du 19 novembre 1998 étendant le champ d'application de la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, FF 1998 V 4856).

7.1 En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'art. 49 al. 1 Cst., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral, et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (cf. ATF 138 I 435 consid. 3.1 p. 446; ATF 134 I 125 consid. 2.1 p. 128; ATF 133 I 286 consid. 3.1 p. 290). Cela concerne en particulier les règles de droit public cantonal qui sont en concours avec le droit civil fédéral, dans leurs rapports avec ce droit. De telles règles, que

les cantons peuvent édicter en vertu de l'art. 6 CC, ne sont admissibles qu'à la triple condition que le législateur fédéral n'ait pas entendu réglementer la matière de manière exhaustive, que les règles cantonales soient justifiées par un intérêt public pertinent et, enfin, qu'elles n'éludent ni ne contredisent le sens ou l'esprit du droit civil fédéral (ATF 137 I 135 consid. 2.5.2 p. 140; ATF 135 I 233 consid. 8.2 p. 253, ATF 135 I 106 consid. 2.1 p. 108; ATF 131 I 333 consid. 2.1 p. 336).

L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral (ATF 138 I 435 consid. 3.1 p. 446; ATF 133 I 110 consid. 4.1 p. 116; ATF 131 I 333 consid. 2.2 p. 336). Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 143 I 109 consid. 4.2.2 p. 114; ATF 141 V 455 consid. 6.1 p. 462; ATF 140 I 218 consid. 5.1 p. 221; ATF 140 II 46 consid. 2.5.1 p. 54; ATF 139 I 242 consid. 3.2 p. 248).

Enfin, il convient de relever que l'un des principes essentiels d'interprétation en matière de fédéralisme est celui de l'interprétation conforme à la Constitution (cf. ATF 137 I 31 consid. 2 p. 40; ATF 116 Ia 359 consid. 5c p. 368 s.; arrêts 2C_66/2015 du 13 septembre 2016 consid. 2, non publié in ATF 142 I 195; 2C_668/2013 du 19 juin 2014 consid. 2.2). Ce principe prend un sens particulier dans ce domaine. Non seulement le Tribunal fédéral recherchera s'il est possible de conférer à la norme cantonale une portée qui la fasse apparaître comme conforme à la répartition des compétences et à la règle fédérale applicable, mais il s'efforcera encore d'interpréter cette règle fédérale de façon à éviter qu'elle entre en conflit avec la première. Tant qu'il est possible, d'après les méthodes et les principes d'interprétation traditionnels, d'établir une concordance entre les deux normes, il n'y a pas de conflit; celles-ci peuvent coexister, et le principe de la primauté du droit fédéral n'est pas violé (cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 3e éd. 2013, n. 1104 p. 379).

7.2 La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit du travail – dans le cadre duquel s'inscrit la problématique d'un salaire minimum (cf. Message du Conseil fédéral du 10 octobre 2012, FF 2012 7877, 7886) – résulte de l'art. 110 Cst. pour le droit public (cf. consid. 7.4 et 7.5 infra) et de l'art. 122 Cst. pour le droit civil (cf. consid. 7.3 infra; arrêts 2C_922/2011 du 29 mai 2012 consid. 3.4; 2C_727/2011 du 19 avril 2012 consid. 3.4, non publié in ATF 138 II 191; 1C_357/2009 du 8 avril 2010 consid. 3.2, in RDAF 2010 I p. 252).

7.3 En vertu de l'art. 122 al. 1 Cst., la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération.

7.3.1 En adoptant, en particulier, le CC (RS 210) et le CO, le législateur fédéral a entendu codifier l'ensemble du droit privé. Sous réserve des compétences que le droit privé fédéral a expressément laissées aux cantons (cf. art. 5 CC), le volet du droit privé fédéral relatif au droit du travail a été, par conséquent, exhaustivement réglementé par le droit fédéral (cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [...], Aubert/Mahon [éd.], 2003, n° 1 ad art. 122 Cst. p. 977; GIOVANNI BIAGGINI, in BV [...], 2007, n° 2 ad art. 122 Cst. p. 572; TARKAN GÖKSU, in Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, nos 3 ss ad art. 122 Cst. p. 1986 s.; CHRISTOPH LEUENBERGER, in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd. 2014, n° 4 ad art. 122 Cst. p. 2214).

7.3.2 Les règles relatives à la conclusion et aux effets des conventions collectives de travail sont fixées aux art. 356 ss CO et relèvent elles aussi du droit privé fédéral. L'art. 110 al. 1 let. d et al. 2 Cst. donne à la Confédération la compétence de légiférer sur l'extension du champ d'application des CCT, ce à quoi elle a exhaustivement procédé en adoptant la LECCT, qui permet d'étendre la validité de la convention collective à tous les employeurs et travailleurs de la branche considérée (art. 1er LECCT; arrêt 2C_728/2011 du 23 décembre 2011 consid. 7.2; voir aussi ATF 128 II 13 consid. 1d/cc p. 18). Le Tribunal fédéral a précisé que la déclaration d'extension ne modifie pas le contenu de la convention collective de travail; la nature juridique du contrat collectif subsiste: il s'agit toujours de droit objectif né de l'accord entre deux sujets de droit investis à cet effet par le législateur (ATF 128 II 13 consid. 1 d/bb p. 17; cf. aussi Message du 29 janvier 1954 à l'appui d'un projet de loi sur la convention collective de travail et l'extension de son champ d'application, FF 1954 I 125 ss, 149 et VISCHER, Le contrat de travail, in TDPS, vol. II/1, 1982, p. 223 et les références citées). Ainsi, même lorsqu'elles ont fait l'objet d'une décision d'extension par le Conseil fédéral, les CCT renferment du droit privé fédéral, y compris pour les personnes qui ne sont pas assujetties à la convention (ATF 137 II 399 consid. 1.6 p. 403; ATF 118 II 528 consid. 2b p. 531; ATF 98 II 205 consid. 1 p. 207 s.). Il s'ensuit que les clauses des CCT étendues conservent leur caractère de droit privé, sans réglementer par des prescriptions de droit public la relation entre les acteurs des arts et métiers et l'Etat (cf. ATF 137 III 556 consid. 3 p. 557 s.; GIACOMO RONCORONI, Les art. 1 à 21 LECCT, in Droit collectif du travail, 2010, p. 393 et les références citées; cf. aussi CHRISTOPH ERRASS, Kooperative Rechtssetzung, 2010, p. 57; BERENSTEIN/MAHON/DUNAND, Labour Law in Switzerland, 2e éd. 2012, n. 628 p. 202).

7.4 Les rapports de travail ne sont pas uniquement soumis au droit privé (art. 319 ss CO), mais également à toutes sortes de prescriptions de droit public, adoptées par les cantons ou la Confédération, afin d'assurer

une protection minimale des travailleurs (MAHON/JEANNERAT, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 16 ad art. 342 CO p. 890). L'art. 342 al. 1 let. b CO rappelle d'ailleurs que «sont réservées les dispositions de droit public de la Confédération et des cantons sur le travail et la formation professionnelle». S'agissant spécifiquement des CCT, l'art. 358 CO prévoit que le droit impératif de la Confédération et des cantons l'emporte sur la convention; toutefois, les dérogations stipulées en faveur des travailleurs sont valables, à moins que le droit impératif ne s'y oppose expressément. Selon la doctrine, le droit impératif au sens de l'art. 358 CO comprend toutes les dispositions impératives, fédérales ou cantonales, qui s'appliquent directement aux rapports de travail individuels ou collectifs, quels que soient la loi, l'ordonnance ou le règlement dont elles émanent (CHRISTIAN BRUCHEZ, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n° 3 ad art. 358 CO p. 1232).

7.5 La Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs et sur les rapports entre employeurs et travailleurs, conformément à l'art. 110 al. 1 let. a et b Cst.

7.5.1 Selon la doctrine, la Confédération dispose en la matière de compétences concurrentes non limitées aux principes (cf. GIOVANNI BIAGGINI, op. cit., n° 3 ad art. 110 Cst. p. 533; THOMAS GÄCHTER, in Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd. 2014, n° 26 ad art. 110 Cst. p. 1987; PASCAL MAHON, in Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse [...], Aubert/Mahon [éd.], 2003, n° 13 ad art. 110 Cst. p. 853). Elle a fait usage de ses compétences en adoptant la LTr qui contient, notamment, des dispositions sur la protection de la santé (art. 6 LTr; arrêt 2C_922/2011 du 29 mai 2012 consid. 3.4). D'après la jurisprudence, avec l'adoption de la LTr et des ordonnances y afférentes, la Confédération a élaboré une réglementation très étendue concernant la protection générale des travailleurs (ATF 139 I 242 consid. 3.1 p. 247 s., in JdT 2014 I p. 71, 75 s.; cf. ATF 130 I 279 consid. 2.3.1 p. 284 ss, in JdT 2006 I p. 212; ATF 136 I 29 consid. 3.4.2 p. 34, in JdT 2010 I p. 447; ATF 133 I 110 consid. 4.3 p. 117; ATF 132 III 257 consid. 5 p. 259 ss).

7.5.2 En vertu de son champ d'application, la LTr règle d'une manière exhaustive la protection des travailleurs en tant que telle; la LTr n'empêche cependant pas l'adoption de mesures qui, sans avoir pour but principal de protéger les travailleurs, ont accessoirement un effet protecteur (cf. ATF 133 I 110 consid. 4.3 p. 117; arrêt 2C_312/2009 du 5 octobre 2009 consid. 4.2). D'une part, l'art. 71 let. c LTr réserve en effet les prescriptions cantonales et communales de police, notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture de certaines entreprises (cf. ATF 140 II 46 consid. 2.5 p. 54). D'autre part, elle ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politique sociale; ce même lorsque celles-ci ne sont pas expressément couvertes par

l'art. 71 lit. c LTr, dont la formulation est du reste exemplative (MAHON/BENOÎT, in Loi sur le travail, Geiser/von Kaenel/Wyler [éd.], 2005, nos 16 s. ad art. 71 LTr p. 700 s.). Dans ces limites, les cantons restent partant libres d'édicter des dispositions de droit public visant un autre but que la protection des travailleurs.

7.5.3 En l'occurrence, l'examen des griefs développés au titre de la liberté économique (consid. 5 supra) a permis de conclure que la loi querellée poursuit les objectifs consistant tant à lutter contre la pauvreté qu'à enrayer le phénomène des «working poor» dans le canton de Neuchâtel, en améliorant les conditions de vie des travailleurs et en leur permettant de vivre de leur emploi sans devoir recourir à l'aide sociale (cf. aussi art. 32a [nouveau] LEmpl/NE qui prévoit que «l'institution du salaire minimum a pour but de lutter contre la pauvreté et de contribuer ainsi au respect de la dignité humaine»; comparer avec le nouvel al. 3 de l'art. 13 Cst./TI [RL 1.1.1.1], adopté par vote populaire du 14 juin 2015 [cf. RS 131. 229], selon la première phrase duquel: «Ogni persona ha diritto ad un salario minimo che le assicuri un tenore di vita dignitoso»). L'art. 21 al. 1 LEmpl/NE précise d'ailleurs que les employeurs veillent «à ne pas provoquer de sous-enchère salariale, mais au contraire à offrir aux travailleurs un salaire leur garantissant des conditions de vie décentes, au sens de l'art. 32d» (cf. également le Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi sur l'emploi et l'assurance-chômage (LEmpl) (Salaire minimum) du 4 novembre 2013, p. 2 et 6 [ci-après: Rapport du Conseil d'Etat], dans lequel celui-ci souligne «son attachement à la justice sociale, à la lutte contre les inégalités qui touchent une part croissante de la population [working poor]»).

Les objectifs ainsi poursuivis par la législation cantonale neuchâteloise relèvent, de façon prépondérante, de la politique sociale. Les mesures consacrées par la LEmpl/NE modifiée s'insèrent, par conséquent, dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter, en dépit des dispositions de droit civil fédéral relatives au travail, ainsi qu'en complément aux mesures de droit public fédéral que consacrent la LTr et ses ordonnances. On précisera, de surcroît, que la LTr ne régit pas la question des salaires minima, mais prévoit que, dans certaines situations, par exemple en cas de travail du dimanche, des suppléments de salaire doivent être versés (cf. art. 20 LTr; cf. aussi MAHON/BENOÎT, op. cit., n° 16 ad art. 71 LTr p. 700; RÉMY WYLER, Droit du travail, 2008, p. 42; Rapport du Conseil d'Etat genevois au Grand Conseil du 30 janvier 2009 sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire 142 «Pour le droit à un salaire minimum», p. 11).

7.5.4 S'il se peut, certes, que de telles prescriptions cantonales déploient, indirectement, un effet protecteur pour les travailleurs, un tel effet est néanmoins admis dans la mesure où ces règles poursuivent un autre objectif principal que celui visé par la LTr (cf. ATF 130 I 279 consid. 2.3.1 p. 284; arrêt 2P.270/1996 du 21 mars 1997 consid. 2c, in SJ 1997 p. 421;

voir aussi MAHON/BENOÎT, op. cit., n° 21 ad art. 71 LTr p. 702 s.; MAHON/JEANNERAT, op. cit., n° 17 ad. art. 342 CO p. 891; BASILE CARDINAUX, in Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, n° 31 ad art. 110 Cst. p. 1724). Or, en l'espèce, il apparaît, tel que le soutiennent également les autorités neuchâteloises (cf. Observations du Grand Conseil du 26 mai 2015 dans la cause 2C_813/2014; Rapport du Conseil d'Etat, p. 3), que les objectifs poursuivis par la LEmpl/NE dépassent de loin le but de protection des travailleurs que tend déjà à réaliser le droit public fédéral.

7.5.5 Il y a également lieu de rappeler que ce sont les cantons qui sont compétents en matière d'aide sociale (art. 115 Cst.), laquelle a pour but non seulement de fournir une aide matérielle, mais également de favoriser l'intégration professionnelle des personnes dans le besoin. L'aide matérielle est donc subsidiaire par rapport au revenu que les personnes concernées peuvent se procurer par leurs propres moyens en exerçant une activité lucrative (cf. ATF 139 I 218 consid. 3.5 p. 222; ATF 130 I 71 consid. 5.4 p. 79; Conférence suisse des institutions d'action sociale [CSIAS], Aide sociale – concepts et normes de calcul, 4e éd. 2005). Cela suppose toutefois que les personnes exerçant une activité lucrative à plein temps perçoivent un revenu qui leur suffit pour vivre. L'art. 41 al. 1 let. d Cst. énonce en outre comme but social que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toutes les personnes capables de travailler puissent assurer leur entretien par un travail qu'elles exercent dans des conditions équitables.

7.6 Au vu de ce qui précède, les recourants affirment à tort que les cantons n'ont pas la compétence de fixer un salaire minimum pour des motifs de politique sociale (cf., à ce titre, BIERI, op. cit., ch. 19 et 20).

7.7 Les recourants ne peuvent être davantage suivis lorsqu'ils soutiennent que, en vertu de l'art. 322 CO, le salaire convenu entre les parties ne peut de toute façon pas être inférieur au salaire usuel ou à celui fixé par un contrat-type de travail ou une convention collective. Comme le relève avec raison le Grand Conseil, l'art. 322 CO prévoit que l'employeur paie au travailleur – alternativement – le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective, si bien que la systématique de l'art. 322 CO n'exclut pas qu'un salaire convenu puisse se situer au-dessous du salaire usuel et potentiellement affecter le droit de l'employé d'obtenir une rémunération suffisante pour vivre dignement. On ajoutera, de façon plus générale, que l'application d'un contrat individuel de travail, d'une CCT, voire du salaire usuel ne fait pas obstacle à ce qu'un canton définisse, à la manière d'un filet de sécurité, une limite salariale endeçà de laquelle l'employé ne saurait être rémunéré.

Le grief tiré de la violation de la primauté du droit fédéral est dès lors rejeté. (...)

Bundesgericht, Urteil vom 24. Juli 2017, Doss.-Nr. 4A_134/2017 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Luzern vom 3. Februar 2017)

Fehlende Aktivlegitimation einer Gesellschaft für arbeitsvertragliche Forderungen gestützt auf einen simulierten Vertrag mit einer anderen Gesellschaft. Schliesst, wie vorliegend, eine Gesellschaft A. mit einer Gesellschaft C. einen Beratungsvertrag ab und werden darin ausschliesslich typische arbeitsvertragliche Rechte und Pflichten eines Beraters D. geregelt, so ist dieser Vertrag eine Simulation zwischen den Parteien und als Arbeitsvertrag zu betrachten. Dieser gilt direkt als zwischen D. und der Gesellschaft C., welche die Arbeitsleistung entgegennahm, zustande gekommen. Für arbeitsvertragliche Forderungen, die aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses resultieren, wäre demnach einzig der Arbeitnehmer D. klageberechtigt, der Gesellschaft A. muss die Aktivlegitimation abgesprochen werden (E. 2.4, 2.6).

Sachverhalt:

Die A. AG (Klägerin, Beschwerdeführerin), bezweckt Unternehmensberatung sowie Handel mit Gütern aller Art. Sie schloss am 8. April 2004 mit der C. AG einen Beratungsvertrag. Die C. AG ging zufolge Fusion am 28. Juni 2013 mit allen Rechten und Pflichten auf die B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin), über. Die einzige Vertragspflicht der A. AG bestand nach dem Beratungsvertrag darin, der C. AG D. als Berater zur Verfügung zu stellen.

Am 22. April 2010 kündigte die C. AG den Beratungsvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr auf den 30. April 2011. Die A. AG macht aus dem beendeten Vertrag Restansprüche (ausstehende Provisionen, Honorare, Autokosten, Spesen) geltend.

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch gelangte die A. AG mit Klage vom 2. Juli 2013 an das Bezirksgericht Willisau mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 117'133.– nebst 5% Zins seit 14. Mai 2011 zu bezahlen. Die Beklagte schloss auf Abweisung der Klage. Mit prozessleitender Verfügung vom 31. Oktober 2013 beschränkte das Bezirksgericht das Prozessthema auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit.

Mit Entscheid vom 19. Februar 2014 trat das Bezirksgericht Willisau auf die Klage nicht ein. Das Gericht gelangte zum Schluss, bei objektiver rechtlicher Würdigung des Vertragsverhältnisses sei ein gewöhnlicher Arbeitsvertrag zwischen D. und der Beklagten vorgelegen. Sachlich zuständig für Streitigkeiten aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis sei im Kanton Luzern allein das Arbeitsgericht.

Mit Entscheid vom 15. Juli 2014 trat das Kantonsgericht Luzern auf die Klage nicht ein. Es qualifizierte den Vertrag mit der ersten Instanz als

Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 ff. OR. Für die von den Parteien vertretene Qualifikation als Auftrag nach Art. 394 ff. OR bestünden keine Anhaltspunkte.

Am 18. März 2015 hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Klägerin gegen diesen Entscheid gut (4A_522/2014). Zur Begründung wurde angeführt, die Vorinstanz habe ihre Kognition im Rahmen der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit überdehnt. Anstatt im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit die Behauptungen der Beschwerdeführerin als wahr zu unterstellen und sich auf die Beurteilung zu beschränken, ob für den Fall, dass – wie von der Beschwerdeführerin behauptet – sie der Beschwerdegegnerin einen Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt habe, die sachliche Zuständigkeit gegeben wäre, habe die Vorinstanz eine materielle Beurteilung vorweggenommen und im Ergebnis der Beschwerdeführerin die Aktivlegitimation abgesprochen, wozu sie im Rahmen der Prüfung ihrer Zuständigkeit offensichtlich nicht befugt war. Zwar könne ihr im Rahmen der Prüfung ihrer Zuständigkeit nicht verwehrt sein, das – aufgrund der als wahr unterstellten Tatsachenbehauptungen bestehende – Vertragsverhältnis zu qualifizieren. Sie habe sich jedoch darauf zu beschränken, den konkret behaupteten Vertrag mit Blick auf die sachliche Zuständigkeit zu qualifizieren.

Mit Entscheid vom 22. April 2015 hob das Kantonsgericht Luzern den Entscheid des Bezirksgerichts Willisau vom 19. Februar 2014 auf und wies die Sache zur Fortsetzung des Verfahrens zurück.

Mit Urteil vom 8. Juni 2016 wies das Bezirksgericht Willisau die Klage ab. Das Bezirksgericht gelangte zum Schluss, es liege eine verdeckte – von keiner der Parteien behauptete – Personalverleihung vor, wobei die Vertragspartner mit der Vermittlung von D. die Vorschriften des Arbeitsvermittlungsgesetzes hätten umgehen wollen. Da an der Klägerin nur D. beteiligt sei (sog. Einmann-AG) sei auch anzunehmen, dass mit dieser Konstruktion vermieden worden sei, dass die Beklagte zwingend Sozialversicherungsbeiträge abrechnen musste. Das Bezirksgericht gelangte zum Schluss, sämtliche erkennbaren objektiven Umstände sprächen vorliegend für einen Arbeitsvertrag zwischen der Beklagten und – dem am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten – D.; die Parteien hätten einen echten Vertrag zugunsten Dritter abgeschlossen, aus dem der Arbeitnehmer direkt Rechte ableiten könne. Eventuell sei der Arbeitsvertrag konkludent zustande gekommen. Das Gericht fügte an, es lägen auch die Voraussetzungen für einen «unechten Durchgriff» vor und es sei nicht um eine Beratungstätigkeit der Klägerin, sondern um die umfassende Geschäftsführung der Beklagten durch D. gegangen. Schliesslich fügte das Bezirksgericht noch bei, dass es der Klägerin selbst unter Annahme eines Auftrags nicht gelinge, den Bestand der geltend gemachten Forderungen (ausstehende Provision, ausstehende Honorare und Spesenentschädigungen) substanziiert zu behaupten und zu beweisen.

Mit Urteil vom 3. Februar 2017 wies das Kantonsgericht die Klage auf Berufung der Klägerin ebenfalls ab. Es kam zum Schluss, das Bezirksgericht habe zu Recht festgehalten, dass bei objektiver Betrachtungsweise ein Arbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR zwischen D. und der Beklagten vorlag. Dies ergebe sich aus dem vollumfänglichen Weisungsrecht der Beklagten gegenüber D., dem fix vereinbarten Honorar von jährlich Fr. 250'000.– zuzüglich 25% bzw. zusätzlich 15% Provision bei Erreichen der vorgegebenen Ziele, der Kündigungsfrist von zwölf Monaten sowie der vereinbarten fünf Wochen Ferien pro Jahr. Weiter habe die erste Instanz zutreffend darauf hingewiesen, dass D. über viele Jahre von der Beklagten wirtschaftlich abhängig war, während die Geschäftstätigkeit der Klägerin praktisch stillgelegt war, da D. ihr einziger Exponent sei. Das Rechtsverhältnis sei vollumfänglich auf D. ausgerichtet gewesen und auch wie ein Arbeitsverhältnis zwischen diesen Parteien gelebt worden, weshalb die Klägerin bloss als äussere Konstruktion erscheine, die während der ganzen Vertragszeit ausser im Schriftverkehr keine Rolle gespielt habe. Da eine Gesamtwürdigung ergebe, dass D. – nicht die Klägerin – Vertragspartei gewesen sei, fehle ihr die Aktivlegitimation.

Mit Beschwerde in Zivilsachen stellt die Klägerin die Anträge, (1) es sei der Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 3. Februar 2017 aufzuheben, und (2) die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 117'133.90 nebst Zins zu 5% seit dem 14. Mai 2011 zu bezahlen, (3) eventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie rügt, die Vorinstanz habe Recht verletzt, indem sie den Vertrag nicht als Auftrag bzw. auftragsähnliches Vertragsverhältnis bzw. als Verleihgeschäft qualifiziert habe und sie habe ihr in Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV das rechtliche Gehör verweigert, indem sie nicht auf ihre Rügen gegen die Eventualbegründung des Bezirksgerichts eingegangen sei.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Vorinstanz hat den Vertrag ausgelegt und ist zum Schluss gelangt, dass der an der Beschwerdeführerin allein berechtigte D. im Namen der Beschwerdeführerin – aber im Ergebnis für sich selbst – einen Vertrag mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossen hat, der seinem Inhalt nach die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten zwischen D. und der Beschwerdegegnerin regelt und der in der Folge tatsächlich als Arbeitsvertrag zwischen diesen Parteien gelebt wurde. Die Beschwerdeführerin hält daran fest, der Vertrag sei zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin zustandegekommen; sie macht sinngemäss geltend, es handle sich um ein Personalverleihverhältnis und verweist darauf, dass nach Art. 28 Abs. 2 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111) in der Fassung vom

29. November 2013 Betriebe nicht mehr bewilligungspflichtig sind, welche ausschliesslich den Betriebsinhaber verleihen.

2.1 Der Inhalt bzw. das Zustandekommen eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Während das Bundesgericht die objektivierte Vertragsauslegung als Rechtsfrage prüfen kann, beruht die subjektive Vertragsauslegung auf Beweiswürdigung, die vorbehältlich der Ausnahmen von Art. 97 und 105 BGG der bundesgerichtlichen Überprüfung entzogen ist. Dasselbe gilt für die Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip (BGE 142 III 671 E. 3.3; 138 III 659 E. 4.2.1; 133 III 61 E. 2.2.1 mit Hinweisen). Für die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgeblich. Nachträgliches Parteiverhalten ist dafür nicht von Bedeutung; es kann höchstens – im Rahmen der Beweiswürdigung – auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.2 S. 69; 132 III 626 E. 3.1 S. 632).

2.2 Die Vorinstanz ist im Ergebnis mit dem Bezirksgericht zum Schluss gelangt, dass der «Beratungsvertrag» vom 8. April 2004 zwischen der Beschwerdegegnerin und D. zustande kam, nicht zwischen der Beschwerdeführerin, in deren Namen D. unterzeichnete. Dabei hat sie insbesondere den Inhalt des schriftlichen Vertrages vom 8. April 2004 berücksichtigt, wonach sich die Beschwerdegegnerin ein vollumfängliches Weisungsrecht gegenüber D. einräumen liess (Ziffer 2), das fix vereinbarte Honorar jährlich Fr. 250'000.– zuzüglich 25% bzw. zusätzlich 15% Provision bei Erreichen des vorgegebenen Budgets betrug (Ziffer 4), worin fünf Wochen Ferien pro Jahr vereinbart wurden (Ziffer 8) sowie der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen wurde mit einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten (Ziffer 9). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass D. in der Folge während Jahren auch tatsächlich in die Betriebsorganisation der Beschwerdegegnerin eingegliedert und von dieser wirtschaftlich abhängig war. Die Beschwerdeführerin war nach den Feststellungen der Vorinstanz dagegen praktisch stillgelegt, weil D. ihr einziger Exponent gewesen sei, wobei die Vorinstanz unter diesen Umständen für unerheblich erachtete, an wen die Vergütungen ausbezahlt wurden.

2.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Vertragsinhalt und zur anschliessenden Vertragspraxis nicht als willkürlich. Sie sind damit für das Bundesgericht verbindlich festgestellt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18, 86 E. 2 S. 90). Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, es habe zwischen D. und der Be-

schwerdegegnerin keinerlei vertragliche Beziehung bestanden, übergeht sie, dass D. den schriftlichen Vertrag vom 4. April 2004, den die Vorinstanz zitiert und der sich bei den Akten befindet, unterzeichnet hat. D. handelte dabei zwar im Namen der Beschwerdeführerin, aber die Vorinstanz hat im Ergebnis festgestellt, dass er mit seiner Unterschrift nicht eigentlich die Beschwerdeführerin, sondern sich selbst berechtigen und verpflichten wollte. Sie hat damit im Ergebnis eine Feststellung zum tatsächlichen Konsens getroffen, welche von der Beschwerdeführerin mit der gegenteiligen Behauptung nicht als willkürlich ausgewiesen ist, wonach keinerlei vertragliche Beziehung zwischen D. und der Beschwerdegegnerin bestehe.

2.4 Die Vorinstanz hat weder den Sachverhalt willkürlich festgestellt noch Bundesrecht verletzt mit dem Schluss, dass ein Vertrag tatsächlich zwischen D. und der Beschwerdegegnerin zustande kam, während der Inhalt des von D. formell für die Beschwerdeführerin mit der Beschwerdegegnerin abgeschlossenen Vertrages nicht erkennbar ist. Die Beschwerdeführerin behauptet denn auch nicht, sie habe entgegen den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz zum Prozess-Sachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.) im kantonalen Verfahren vorgebracht, dass sie ihr Organ D. gestützt auf einen Personalverleihvertrag der Beschwerdegegnerin zur Verfügung gestellt habe. Sie hat damit im kantonalen Verfahren die Sachverhaltselemente nicht vorgebracht, welche erlaubt hätten, das Zustandekommen eines Verleihvertrags zwischen den Parteien zu bejahen. Sie hat namentlich weder behauptet noch bewiesen, dass sie mit der Beschwerdegegnerin einen Verleihvertrag mit den Angaben gemäss Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) schriftlich vereinbart hätte. Die Beschwerdeführerin behauptet denn auch nicht, sie habe gegenüber der Beschwerdegegnerin irgendwelche konkreten Verpflichtungen übernommen. Im vorinstanzlichen Entscheid ist nicht festgestellt und auch in der Beschwerde wird nicht dargelegt, dass die Beschwerdeführerin konkrete Behauptungen zum Inhalt ihrer eigenen vertraglichen Rechte und Pflichten gegenüber der Beschwerdegegnerin aufgestellt hätte. Nach den Feststellungen der Vorinstanz war die Beschwerdeführerin vielmehr so vollständig von D. abhängig, dass sie während dessen Tätigkeit für die Beschwerdegegnerin praktisch stillgelegt war und nur als Zahlstelle für die Vergütungen funktionierte, welche D. ausbezahlt wurden.

2.5 Der im angefochtenen Urteil festgestellte Inhalt des bei den Akten liegenden «Beratungsvertrages» vom April 2004 betrifft ausschliesslich die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten von D. gegenüber der Beschwerdegegnerin. Auch wenn einleitend in Ziffer 1 Abs. 1 («Mandat Beratung und Geschäftsführung») erklärt wird, die Beschwerdeführerin übernehme einen Beratungsauftrag und stelle zu diesem Zweck einen Geschäftsführer in der Person von D. zur Verfügung, werden in der Folge

ausschliesslich die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers gegenüber der Beschwerdegegnerin geregelt. Diese Rechte und Pflichten sind – wie die Vorinstanz zutreffend festhält – arbeitsvertraglicher Natur. Nicht nur wird die für den Arbeitsvertrag typische Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers ausdrücklich statuiert, werden Ferien, Spesen und Autokosten geregelt, sondern der Vertrag ist überdies auf unbestimmte Dauer mit einer langen Kündigungsfrist von zwölf Monaten vereinbart. Dass sich der Inhalt eines zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin abgeschlossenen Vertrages auf die Umschreibung der arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten eines nach dem Wortlaut dieses Vertrags zur Verfügung gestellten Arbeitnehmers beschränken könnten, ist nicht anzunehmen. Die Vorinstanz hat Bundesrecht nicht verletzt, wenn sie den Vertrag zwischen den Parteien mangels gegenseitiger Rechte und Pflichten im Ergebnis als simuliert erachtete und schloss, es sei nach dem tatsächlich übereinstimmenden Willen direkt ein Arbeitsvertrag zwischen D. und der Beschwerdegegnerin zustande gekommen.

2.6 Die Vorinstanz hat in tatsächlicher Hinsicht verbindlich festgestellt, dass der «Beratungsvertrag» vom 8. April 2004, auf den die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche stützt, zwischen D. persönlich und der Beschwerdegegnerin zustande gekommen ist. Sie hat auf dieser Grundlage der Beschwerdeführerin die Aktivlegitimation abgesprochen. Sie hat damit kein Recht verletzt. Nachdem die Beschwerdeführerin aus dem Beratungsvertrag keine Ansprüche gegenüber der Beschwerdegegnerin geltend machen kann, hatte die Vorinstanz nicht zu prüfen, ob dem am Verfahren nicht als Kläger beteiligten D. allenfalls die eingeklagten Forderungen dem Grundsatz und der Höhe nach zustehen. Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht verweigert, indem sie nicht auf die Rügen der Beschwerdeführerin gegen die Erwägungen der ersten Instanz eintrat, mit denen diese auch den Bestand der eingeklagten Forderungen verneinte bzw. als nicht nachgewiesen erachtete.

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. (…)

Tribunal fédéral, Arrêt du 4 août 2017, Doss.-No 4A_706/2016 (Admission du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 7 novembre 2016 par la Cour civile (Cour d'appel civile) du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)

Art. 336c CO. Il est admis que le travailleur peut bénéficier de plusieurs périodes de protection non seulement lorsqu'il cumule les hypothèses prévues par les différentes lettres de l'art. 336c al. 1 CO (cumul «interlittéral», par exemple service militaire suivi d'une incapacité de

travail due à un accident), mais aussi lorsqu'il est incapable de travailler en raison d'un accident puis d'une maladie, ou pour cause de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux («cumul intralittéral»). Il faut donc distinguer le cas d'une nouvelle maladie donnant droit à une nouvelle période de protection du cas d'une rechute ou d'une complication directe (c. 2.1).
Sans doute faut-il se garder d'exigences trop absolues qui subordonneraient l'octroi d'un nouveau délai de protection à l'absence de tout lien quel qu'il soit entre le nouvel épisode maladif et l'épisode antérieur, ou feraient entièrement abstraction du poids respectif des différents facteurs d'incapacité de travail. Toutefois, dans le cas d'espèce, les pathologies physiques et psychique sont liées à un point suffisant pour exclure de retenir en droit un nouveau cas d'incapacité de travail ouvrant une nouvelle période de protection (c. 4).

Extraits des faits:

B. travaillait au service de A. SA depuis le 1er octobre 2010. Son contrat de travail prévoyait un salaire mensuel brut de 7'700 fr. versé treize fois l'an et cinq semaines de vacances par an. A compter du 11 juin 2013, l'employé a été totalement incapable de travailler, principalement en raison des suites d'une pathologie coronarienne. Lors d'examens complémentaires effectués dans le cadre de cette affection, il a été découvert que l'employé souffrait d'une tumeur rénale qui a été opérée le 16 janvier 2014. L'incapacité de travail liée à cette opération s'est étendue du 16 janvier au 5 mai 2014. L'état psychique du patient s'étant dégradé, il a été hospitalisé à la clinique de... dès le 6 mai 2014 et a été totalement empêché de travailler du 6 mai au 31 octobre 2014.

Par lettre recommandée du 26 juin 2014, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le 31 août 2014. Le 3 octobre 2014, l'avocat mandaté par le travailleur a informé l'employeuse qu'il tenait le congé pour nul en raison de l'incapacité de travail survenue dès le mois de mai 2014 pour des motifs différents de ceux qui avaient empêché son client de travailler auparavant. L'employeuse a contesté ce point de vue. Par mesure de prudence, elle a toutefois résilié une nouvelle fois le contrat de travail par courrier du 21 janvier 2015 pour le 31 mars 2015.

Le travailleur a déposé une demande contre l'employeuse le 19 juin 2015 par-devant le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers (NE). Il concluait au paiement de 16'328 fr. 20 nets plus 17'591 fr. 95 bruts, après déduction du montant à concurrence duquel la caisse de chômage était subrogée. Au bénéfice d'une autorisation de procéder, la Caisse cantonale neuchâteloise d'assurance-chômage (ci-après: la caisse de chômage) a fait valoir son droit à la subrogation par demande du 25 juin 2015. A l'audience du 12 avril 2016, le Tribunal a ordonné la jonction des causes avec l'accord des parties. L'employé a renoncé à l'expertise

qu'il avait requise. Un arrangement partiel est par ailleurs intervenu, aux termes duquel demeuraient seules litigieuses les prétentions du demandeur en paiement de 38'500 fr. bruts à titre de salaire, de 3'207 fr. 05 bruts à titre de part au treizième salaire et de 4'096 fr. 40 bruts à titre d'indemnité de vacances, le tout pour la période de novembre 2014 à mars 2015, dont à déduire les montants à concurrence desquels la caisse de chômage était subrogée.

L'employé a produit deux courriers médicaux adressés à son avocat d'alors. Le premier est une lettre du 17 novembre 2014, dans laquelle le Dr M1., médecin généraliste, écrit ce qui suit: «Monsieur B. a été dans l'incapacité de travailler à 100% depuis le 11 juin 2013 au 15 janvier 2014, principalement en raison de la suite d'une pathologie coronarienne traitée à l'Insel Spital puis en réhabilitation au Noirmont. Lors des différents examens complémentaires effectués dans le cadre de cette pathologie coronarienne, une tumeur du rein a été découverte qui a fait l'objet d'une opération le 16 janvier 2014. Dès cette date, l'incapacité de travail à 100% est liée aux suites de cette opération, soit du 16 janvier 2014 au 5 mai 2014. Dans ce contexte médical chargé et en raison de difficultés familiales très importantes, l'état psychologique du patient s'est dégradé ce qui a imposé une prise en charge en milieu psychiatrique à la clinique de... dès le 6 mai 2014. Il en résulte une incapacité de travail à 100% du 6 mai 2014 au 31 octobre 2014. J'espère ainsi avoir répondu à votre demande. Je tiens à préciser que les causes de l'incapacité de travail s'entremêlent et qu'une frontière nette entre l'une ou l'autre cause est quelque peu artificielle et que les problèmes d'ordre psychologique ont toujours été en arrière plan [sic] lors de l'incapacité du 11 juin 2013 au 5 mai 2014, même si le facteur déclenchant était un problème d'ordre somatique (maladie coronarienne et tumeur rénale).»

Le second courrier, du 8 juin 2015, émane du Dr M2., médecin-chef de la clinique privée de..., dans laquelle l'employé a séjourné du 6 mai au 20 juin 2014 (pour un résumé en français, cf. consid. 3.5 infra): «Herr B. war bei uns vor eine [sic!] Jahr hospitalisiert gewesen wegen einer Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Reaktion. Nun erfahren wir, dass der Patient sich zwischenzeitlich von seinen grossen sozialen Belastungen psychisch nicht erholen konnte. Mittlerweile sei er von seiner Ehefrau verlassen worden, aus dem gemeinsamen Haus habe er ausziehen müssen, auch die familiäre Situation mit der Tochter sei weiterhin belastend. Zudem sei Ihm die Stelle gekündigt worden, er sei arbeitslos und auch seine finanzielle Situation sei schwierig.

Die depressive Symptomatik mit existenziellen Ängsten, welche vergangenen Sommer zur Hospitalisation in unserer Klinik führte, war zweifellos infolge der zahlreichen sozialen Belastungen aufgetreten.»

Par jugement du 27 avril 2016, le Tribunal civil a pris acte de l'accord passé à l'audience du 12 avril 2016, rejeté la demande déposée par la caisse de chômage et rejeté toute autre prétention formée par le travail-

leur. En substance, il a acquis la conviction que l'incapacité de travail due aux problèmes psychologiques de l'employé avait débuté avant son entrée en clinique le 6 mai 2014 et n'a pas pu exclure qu'elle ait été antérieure au 28 mars 2014. Les demandeurs n'avaient ainsi pas démontré que la protection de 90 jours prévue par l'art. 336c al. 1 let. b CO était encore en vigueur lorsque le congé avait été donné par courrier du 26 juin 2014. La résiliation devait être considérée comme valable (cf. au surplus consid. 3.1 infra).

Le 7 novembre 2016, le Tribunal cantonal neuchâtelois a admis les appels formés par les deux demandeurs et condamné l'employeuse à verser 41'708 fr. bruts au travailleur sous déduction de 30'511 fr. 85 nets, montant qui devait être versé à la caisse de chômage. Portant sur les preuves une appréciation différente de celle du Tribunal civil, les juges cantonaux ont considéré qu'une troisième incapacité de travail causée par une atteinte à la santé psychique avait débuté le 6 mai 2014 et qu'elle donnait droit à une nouvelle protection de 90 jours; le congé donné pendant cette période était donc frappé de nullité (art. 336c al. 2 phrase 1 CO). En conséquence, ils ont admis la prétention du travailleur en paiement de son salaire et du prorata de son treizième salaire pour les mois de novembre 2014 à mars 2015, sous déduction des montants pour lesquels la caisse de chômage était subrogée. La prétention liée aux vacances a en revanche été rejetée (cf. au surplus consid. 3.2 infra).

L'employeuse saisit le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile et d'un recours constitutionnel subsidiaire à l'issue desquels elle conclut à l'annulation de l'arrêt attaqué et à la confirmation du jugement de première instance.

Extraits des considérants:

2.

Est litigieuse la question de savoir si la résiliation du contrat de travail a été faite en temps inopportun, c'est-à-dire pendant une période de protection prévue par la loi.

2.1 L'art. 336c al. 1 CO énonce sous lettres a à d divers motifs empêchant l'employeur, après le temps d'essai, de résilier le contrat de travail pendant une certaine période (service obligatoire militaire ou dans la protection civile; service civil; grossesse; service d'aide à l'étranger ordonné par l'autorité fédérale). Selon la lettre b, le congé ne peut être donné pendant une incapacité de travail totale ou partielle résultant d'une maladie ou d'un accident non imputables à la faute du travailleur, et cela durant 30 jours au cours de la première année de service, durant 90 jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant 180 jours à partir de la sixième année de service. L'alinéa 2 de cette disposition précise que le congé donné pendant une de ces périodes est nul.

En désaccord avec une partie de la doctrine, mais après s'être forgé une conviction sur la base notamment des travaux parlementaires, le Tribunal fédéral a jugé que le travailleur peut bénéficier de plusieurs périodes de protection non seulement lorsqu'il cumule les hypothèses prévues par les différentes lettres de l'art. 336c al. 1 CO (cumul «interlittéral», par exemple service militaire suivi d'une incapacité de travail due à un accident), mais aussi lorsqu'il est incapable de travailler en raison d'un accident puis d'une maladie, ou pour cause de maladies ou d'accidents successifs n'ayant aucun lien entre eux (« cumul intralittéral»). Dans l'affaire en cause, les deux accidents subis par la travailleuse avaient des origines totalement différentes, si bien qu'il a été admis que le second ouvrait une nouvelle période de protection au sens de l'art. 336c al. 1 let. b CO (ATF 120 II 124 consid. 3).

Le cumul des périodes de protection a en revanche été refusé à un travailleur qui avait connu à intervalle rapproché deux épisodes d'incapacité de travail, attribuée tout d'abord à un «burn-out» puis à un état dépressif réactionnel. Les médecins avaient certes utilisé des dénominations différentes pour décrire l'état du patient (stress, surmenage, burn-out, puis dépression), mais s'accordaient à dire qu'il trouvait sa source dans les soucis professionnels de l'intéressé, et plus particulièrement dans son licenciement (arrêt 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 5.2).

L'autorité de céans a confirmé un arrêt du Tribunal d'appel tessinois après avoir constaté que cette instance avait retenu sans arbitraire une influence réciproque entre les deux pathologies du travailleur (bronchite asthmatique et syndrome anxieux dépressif), dans une mesure telle que cette influence excluait la possibilité de faire courir un nouveau délai de protection. L'expert avait certes dénié un lien causal direct entre une telle affection respiratoire et l'affection psychique, mais sans pouvoir exclure que celle-là ait contribué à l'apparition de celle-ci (arrêt 4A_153/2007 du 31 août 2007 consid. 3.2, 5 et 6.2). L'expertise résumée dans le jugement de première instance précisait que le rôle joué par l'affection respiratoire dans l'atteinte psychique était nettement moindre que les autres facteurs. Cela étant, la patiente avait commencé à se plaindre en août 2003 de troubles nerveux qui étaient partiellement liés aux problèmes de santé persistants. En outre, la cortisone utilisée pour le traitement de la maladie respiratoire avait eu une certaine influence sur la pathologie psychique, davantage toutefois sur son évolution que sur son apparition (cf. traduction allemande in SAE 2007 p. 70 ss consid. 4).

La doctrine, en se référant à l'arrêt de principe évoqué ci-dessus (ATF 120 II 124), précise généralement qu'une nouvelle maladie ou un nouvel accident donne droit à une nouvelle période de protection et oppose la nouvelle maladie à une rechute ou une complication directe (REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, 2014, n°9 ad art. 336c CO; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3e éd. 2013, n. 713; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, [Du-

nand/Mahon éd.] 2013, n°38 ad art. 336c CO; SUBILIA/DUC, Droit du travail, 2010, p. 595 n. 33). Pour ADRIAN STAEHELIN, la nouvelle maladie doit être indépendante (unabhängig) de la précédente (Zürcher Kommentar, 4e éd. 2014, n°24 ad art. 336c CO). D'aucuns relèvent, en citant l'ATF 120 II 124, qu'est nouvelle la maladie qui n'a aucun lien avec la précédente (JÜRG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 3e éd. 2014, p. 454 let. b; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 686). STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH estiment que cette jurisprudence va trop loin, l'essentiel étant de savoir si la nouvelle incapacité est due à la même cause médicale que la précédente, s'il s'agit d'une rechute ou d'une conséquence claire de la première. Ces auteurs jugent que dans l'affaire tessinoise précitée (4A_153/2007), la conclusion selon laquelle les deux affections sont liées est tout sauf impérieuse, sur le vu du résumé publié (Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7e éd. 2012, p. 1075 s. n. 4).

2.2. Il s'agit donc de déterminer la cause des maladies et le rapport qu'il peut y avoir entre elles, question qui relève du fait (consid. 3 infra), pour ensuite juger en droit si le travailleur peut ou non se prévaloir d'un nouveau délai de protection (consid. 4 infra).

3.

3.1 Le Tribunal civil a constaté qu'en raison de ses années de service, le travailleur disposait d'une période de protection de 90 jours. En se fondant sur les informations de son médecin traitant et les explications données en plaidoirie par son conseil, le Tribunal a déduit que le travailleur avait été durablement confronté à une situation difficile qui l'avait conduit en institution spécialisée et a acquis la conviction que l'incapacité de travail due aux problèmes psychologiques était antérieure à l'entrée en clinique le 6 mai 2014; elle s'était chevauchée avec les incapacités de travail dues aux pathologies somatiques. Au regard des éléments recueillis, il n'était pas exclu que l'incapacité soit antérieure au 28 mars 2014, le médecin traitant ayant fait état de problèmes d'ordre psychologique en arrière-plan dès le 11 juin 2013. Il incombait aux parties demanderesses de prouver que ces problèmes n'entravaient pas la capacité de travail de l'employé avant le 28 mars 2014, ce qu'elles n'avaient pas fait; le congé donné le 26 juin 2014 était donc valable.

3.2 La Cour d'appel civile a fait une autre appréciation des preuves. Elle a relevé que le médecin-chef de la clinique psychiatrique ne mentionnait aucun lien entre l'hospitalisation de l'employé dans son établissement et les incapacités de travail précédentes dues à des problèmes de santé physique. Il ne résultait pas du dossier que le patient aurait été traité pour une affection psychique avant son séjour en clinique, que ce soit sous la forme d'une prise de médicaments ou d'une thérapie. Le médecin traitant avait certes indiqué que les problèmes d'ordre psychologique se trouvaient déjà en arrière-plan dès le 11 juin 2013; cela ne signifiait pas encore qu'ils revêtaient alors une gravité suffisante pour motiver une incapacité de travail.

Une hospitalisation en établissement psychiatrique pouvait être effectuée dans l'urgence en cas de décompensation psychique grave. La Cour a considéré qu'on se trouvait en présence d'une troisième et nouvelle incapacité de travail causée par une atteinte à la santé psychique et que le congé signifié le 26 juin 2014 était intervenu pendant la nouvelle période de protection de 90 jours qui avait débuté le 6 mai 2014.

3.3 L'employeuse dénonce un établissement des faits manifestement inexact et contraire au droit. De son point de vue, les juges d'appel se trouvaient confrontés à l'alternative suivante, vu l'absence de preuve apportée par le travailleur: soit ils ordonnaient une expertise pluridisciplinaire, soit ils confirmaient la décision du premier juge. Ils ne pouvaient pas simplement substituer leur appréciation à celle du premier juge sans effectuer d'investigations complémentaires. Les juges d'appel auraient arbitrairement inféré du silence du Dr M2. que les problèmes de santé physique du travailleur n'avaient aucun lien avec son hospitalisation en milieu psychiatrique.

3.4 L'instance d'appel dispose d'un plein pouvoir d'examen de la cause en fait et en droit, et contrôle en particulier librement l'appréciation des preuves effectuée par le juge de première instance. Si l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves en vertu de l'art. 316 al. 3 CPC, cette disposition ne confère pas au justiciable un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1).

Cela étant, la recourante soulève le grief d'appréciation arbitraire des preuves.

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle apparaît insoutenable, viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, est adoptée sans motifs objectifs ou en contradiction manifeste avec la situation effective. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait défendable, voire même préférable (ATF 141 III 564 consid. 4.1).

L'appréciation des preuves est arbitraire lorsque le juge s'est manifestement mépris sur le sens et la portée d'un moyen de preuve, lorsqu'il a omis, sans raison sérieuse, de tenir compte d'un moyen important propre à modifier la décision attaquée, ou encore lorsqu'il a tiré des déductions insoutenables à partir des éléments recueillis (ATF 136 III 552 consid. 4.2).

3.5 L'autorité précédente s'est principalement attachée à expliquer pour quelle raison l'incapacité de travail causée par l'état psychique n'était pas antérieure à l'hospitalisation en clinique psychiatrique le 6 mai 2014, contrairement à ce qu'avait retenu le premier juge. Concernant la cause de l'affection psychique, elle a simplement constaté que le Dr M2. (et non X. comme indiqué par inadvertance dans l'arrêt attaqué) n'établissait aucun lien avec les incapacités de travail précédentes dues à des problèmes de santé physique.

Dans son courrier du 8 juin 2015, le prénommé, médecin-chef de la clinique psychiatrique, a expliqué que le travailleur avait été hospitalisé dans son établissement un an auparavant, du 6 mai au 20 juin 2014, pour un trouble de l'adaptation avec anxiété et réaction dépressive. Il apprenait maintenant que le patient n'avait ensuite pas pu se remettre psychiquement de ses gros facteurs de stress sociaux puisqu'il avait été quitté par sa femme et avait dû partir du domicile conjoint, tandis qu'il vivait toujours une situation stressante avec sa fille, sans parler de son licenciement qui l'avait réduit au chômage et de ses difficultés financières. Le médecin-chef a conclu que la symptomatologie dépressive avec angoisses existentielles ayant entraîné l'hospitalisation du patient l'été précédent était apparue sans aucun doute à la suite de nombreux facteurs de stress sociaux.

S'il est exact que ce médecin n'évoque aucun lien avec les problèmes de santé physique, tel n'est pas le cas du médecin traitant. Le Dr M1. a en effet constaté que l'état psychologique du patient s'était dégradé «dans [un] contexte médical chargé et en raison de difficultés familiales très importantes», au point qu'une prise en charge en clinique psychiatrique avait été nécessaire. Il précise que les causes de l'incapacité de travail «s'entremêlent», et donc que plusieurs facteurs sont imbriqués. Pour ce médecin, l'incapacité de travail causée à tout le moins par l'aggravation de l'état psychique est donc due non seulement à des difficultés familiales, mais aussi à la situation médicale du patient, successivement affecté par une pathologie coronarienne ayant nécessité une hospitalisation et une réadaptation, puis par une tumeur rénale.

Selon l'arrêt attaqué, le médecin traitant suivait son patient jusqu'à son entrée en clinique; on peut en inférer qu'il disposait d'une bonne connaissance de la situation. Par ailleurs, les juges cantonaux n'ont pas mis en doute sa crédibilité du fait de ses liens avec le patient, se fondant même sur ses déclarations pour retenir les périodes d'incapacité. De fait, les déclarations du généraliste apparaissent mesurées et nuancées, alors même qu'il avait été informé de l'enjeu juridique de ses réponses par le conseil du travailleur (courrier du 14 novembre 2014, pièce 5 du demandeur). Selon un traité important de la médecine psychiatrique, le trouble de l'adaptation est une réaction psychologique à un ou plusieurs facteurs de stress identifiables. Il accompagne fréquemment des maladies et constitue peut-être la réaction psychologique la plus répandue face à une atteinte à la santé (Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen DSM-5® [traduction allemande de Diagnostic And Statistical Manual of Mental Disorders, American Psychiatric Association, 5e éd.], 2015, p. 392 et 395). En l'occurrence, les atteintes à la santé physique du travailleur ont été importantes, puisque, encore une fois, une tumeur a succédé à une pathologie coronarienne. Selon l'expérience générale de la vie, de graves et longues atteintes à la santé peuvent rejaillir sur les relations familiales, et l'impossibilité prolongée d'exercer son activité professionnelle peut aussi constituer une source de stress social, par la crainte de perdre son emploi et

d'avoir des difficultés financières; ces derniers éléments ont du reste été mis en exergue dans le mémoire d'appel du travailleur qui, tout en excluant un lien entre ses maladies physiques et psychique, explique avoir été submergé psychiquement alors qu'il craignait de perdre son travail et se trouvait confronté à des problèmes d'argent en raison de la baisse de ses revenus (80% au lieu de 100%), puis à des problèmes familiaux (appel, p. 2).

Dans un tel contexte, il faut admettre avec la recourante que l'autorité précédente ne pouvait pas s'arrêter au simple constat que le chef de la clinique psychiatrique n'avait pas expressément attribué le trouble d'adaptation à un quelconque problème de santé physique, alors même que de tels liens avaient été mis en évidence par son médecin traitant et se rencontrent fréquemment. Les déclarations du médecin traitant sont complémentaires – et non contradictoires – à celles du médecin-chef de la clinique psychiatrique, qui n'avait pas nécessairement une connaissance aussi précise du dossier.

En omettant dans ces circonstances de prendre en compte les propos du médecin généraliste dont la crédibilité n'était objectivement pas discutable ni discutée, les juges cantonaux ont versé dans l'arbitraire. Il faut ainsi constater que le trouble d'adaptation qui a justifié l'hospitalisation du travailleur en clinique psychiatrique et entraîné une incapacité de travail est dû à des facteurs de stress sociaux et aux problèmes de santé physique du travailleur – trouble coronarien et tumeur rénale –, ces derniers ayant au demeurant contribué à nourrir certains des facteurs de stress sociaux.

Subsiste ainsi la question juridique de savoir si ce constat empêche ou non de faire courir une nouvelle période de protection au sens de l'art. 336c al. 1 let. b CO.

4.

Sans doute faut-il se garder d'exigences trop absolues qui subordonneraient l'octroi d'un nouveau délai de protection à l'absence de tout lien quel qu'il soit entre le nouvel épisode maladif et l'épisode antérieur, ou feraient entièrement abstraction du poids respectif des différents facteurs d'incapacité de travail. On relèvera que dans l'affaire tessinoise commentée par les auteurs STREIFF, VON KAENEL et RUDOLPH, le Tribunal fédéral revoyait sous l'angle restreint de l'arbitraire la question factuelle d'un lien entre les deux maladies, les parties ne contestant pas pour le surplus les conséquences juridiques, à savoir que le lien retenu excluait un nouveau délai de protection. Dans le cas présent, rien dans les éléments recueillis, et en particulier dans les explications du médecin traitant, n'indique que le facteur de stress constitué par les atteintes à la santé physique (et leurs conséquences sociales) soit suffisamment marginal pour qu'on doive considérer la maladie psychique comme indépendante et apte à faire courir un nouveau délai de protection. Cas échéant, il incombait aux parties demanderesses de tenter de le démontrer; or, le travailleur a renoncé à l'expertise qu'il avait dans un premier temps sollicitée. En bref, les pathologies physiques et psychique sont liées à un point suffisant pour exclure de retenir en

droit un nouveau cas d'incapacité de travail ouvrant une nouvelle période de protection.

Le grief se révèle bien fondé.

5.

Le trouble de l'adaptation n'a pas donné droit à un nouveau délai de protection. Il n'est par ailleurs pas contesté que la protection de 90 jours liée aux atteintes successives à la santé physique – en particulier celle qu'avait fait courir la tumeur rénale opérée le 16 janvier 2014 – avait déjà expiré lorsque le congé a été donné par courrier du 26 juin 2014. Les parties demanderesses n'ont pas non plus discuté le fait que le congé donné pour le 31 août 2014 était conforme au délai et terme de congé, étant précisé que le contrat renvoyait sur ce point au Code des obligations (cf. art. 335c al. 1 CO; pièce 3 du demandeur).

Par conséquent, l'employé ne saurait prétendre à un salaire pour les mois de novembre 2014 à mars 2015; de facto, il ne saurait être question de subrogation en faveur de la caisse de chômage.

Tribunal fédéral, Arrêt du 7 août 2017, Doss.-No 8C_767/2016, 8C_774/2016 et 8D_5/2016 (Rejet des recours en matière de droit public et recours constitutionnel subsidiaire interjetés contre les jugements de la I^e Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois, des 12 octobre 2016 et 25 août 2016)

Un fonctionnaire bénéficie en principe d'un intérêt juridique à l'annulation d'un avertissement qui est en l'occurrence un préalable à un licenciement (c. 5.3.1).
S'il est généralement admis que le devoir de fidélité et de discrétion des fonctionnaires et autres agents de l'Etat s'impose à l'égard de l'institution et non du supérieur hiérarchique, il n'en reste pas moins que les règles et principes hiérarchiques imposent, en particulier, l'obligation d'un comportement correct et loyal à l'égard de la hiérarchie, sans quoi un lien de confiance entre un supérieur et son subordonné ne peut s'établir et se développer. Pour un fonctionnaire occupant un poste de confiance important, le fait de tenter de court-circuiter l'adoption par le Conseil d'Etat d'un projet de loi présenté par son supérieur hiérarchique en faisant en sorte que celui-ci fût désavoué par ses collègues, constitue une violation du principe de correction et de loyauté dont la violation pouvait assurément justifier un avertissement (c. 5.3.7).

Extraits des faits:

A. a été engagé en 1984 par l'Etat de Fribourg en qualité de juriste au service C.. A partir de 1986, il a travaillé en qualité de conseiller juridique de la Direction B. A. a fait l'objet d'une qualification le 12 septembre 2014. Le 17 octobre 2014, D., Directeur de la direction dont dépendait A., a adressé à celui-ci un avertissement. Il était notamment reproché à l'employé d'avoir envoyé un courriel en date du 28 août 2014 aux conseillers juridiques des autres directions de l'Etat visant à remettre en cause un choix de la direction dans le domaine de la législation (loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents [LResp]). A. a recouru à la fois contre sa qualification et contre l'avertissement dont il avait fait l'objet. Par décision du 19 janvier 2016, le Conseil d'Etat du canton de Fribourg a déclaré irrecevable le recours relatif à la qualification du 12 septembre 2014 et a rejeté celui concernant l'avertissement du 17 octobre 2014. A. a recouru contre cette décision devant le Tribunal cantonal fribourgeois (Ie Cour administrative). Statuant le 25 août 2016, le Tribunal cantonal a rejeté son recours. Contre ce jugement, A. a formé un recours constitutionnel subsidiaire dans lequel il a conclu à l'annulation de l'arrêt de la Ie Cour administrative et demandé sa réforme en ce sens «que la nullité ex lege de la qualification du 12 septembre 2014, et dans son prolongement celle de l'avertissement du 17 octobre 2014, est constatée».

Dans sa séance du 7 mars 2016, le Conseil d'Etat a avalisé une proposition de la direction de transférer A. au Tribunal cantonal en demandant toutefois de suivre la procédure prévue à cet effet (suppression et ensuite transfert de poste au Tribunal cantonal). A. a recouru contre cette décision. Ce recours a été déclaré irrecevable par arrêt de la Ie Cour administrative du 25 août 2016. Par décision du 2 mai 2016, la direction a résilié les rapports de service de A. avec effet au 30 novembre 2016 et décidé son transfert en qualité de greffier-rapporteur au Tribunal cantonal avec effet au 1er décembre 2016, étant précisé qu'un contrat lui serait soumis pour signature. Par arrêt daté du 12 octobre 2016, la Ie Cour administrative a rejeté le recours interjeté par A. contre cette décision. A A. a déposé deux autres recours auprès du Tribunal fédéral contre ces décisions.

Extraits des considérants:

5.3

5.3.1 En revanche, il est admis qu'un fonctionnaire dispose d'un intérêt juridique à l'annulation d'un avertissement (p. ex. arrêt 1D_15/2007 du 13 décembre 2007 consid. 1.3) qui est en l'occurrence un préalable à un licenciement (cf. art. 39 de la loi [du canton de Fribourg] du 17 octobre 2001 sur le personnel de l'Etat [LPers; RS/FR 122.70.1]).

5.3.2 En relation avec l'avertissement dont il a fait l'objet, le recourant se plaint d'une violation du droit d'être entendu et d'arbitraire dans la

constatation des faits. Il reproche à la juridiction cantonale de n'avoir pas tenu compte des faits pertinents pour trancher le litige. La motivation du jugement attaqué ne serait pas suffisante pour lui permettre de comprendre l'application du droit dans le cas d'espèce. En outre, l'autorité cantonale n'aurait pas discuté les circonstances invoquées par le recourant pour «contextualiser et justifier la rédaction de son courriel à l'intention des autres conseillers juridiques». Le Tribunal cantonal aurait par ailleurs omis de donner suite à sa requête de production de son dossier personnel.

5.3.3 Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. implique en particulier pour l'autorité le devoir de motiver au moins sommairement sa décision, afin que le justiciable puisse en comprendre la portée et recourir à bon escient. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Le droit d'être entendu est violé si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (ATF 142 II 154 consid. 4.2 p. 157 et les arrêts cités).

5.3.4 En l'espèce, les premiers juges ont clairement explicité les motifs pour lesquels ils estimaient que l'avertissement contesté était justifié. Leur motivation apparaît suffisante au regard de la jurisprudence susmentionnée. En particulier, les juges cantonaux n'étaient pas tenus de répondre en détail à tous les arguments du recourant et à prendre en considération les innombrables justificatifs invoqués par celui-ci dans son mémoire de recours qui comportait pas moins de 42 pages avec un interligne très serré. Elle n'était pas obligée de se prononcer sur tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués, mais pouvait se limiter à ceux, qui, sans arbitraire, apparaissaient comme pertinents.

5.3.5 Le recourant se plaint d'une violation de la liberté d'opinion ou d'expression (art. 16 Cst. et art. 19 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 [Cst/FR; RS 131.219; RS/FR 10.1] et art. 10 CEDH). S'il admet que le fonctionnaire a un devoir de loyauté vis-à-vis de la collectivité publique, ce devoir ne s'impose pas vis-à-vis du supérieur hiérarchique. Dans ce contexte, le recourant se prévaut d'une application arbitraire de l'art. 56 al. 1 LPers relatif aux devoirs généraux du personnel. Cette disposition imposerait uniquement aux collaborateurs de l'Etat l'accomplissement de leurs tâches avec diligence, conscience professionnelle et fidélité à l'égard de l'employeur, en l'occurrence l'Etat (mais pas à l'endroit du supérieur hiérarchique).

5.3.6 Comme cela ressort des constatations du jugement attaqué, le recourant, par le courriel litigieux, a informé les conseillers juridiques des autres départements que la Direction B. entendait complètement modifier le système procédural de la loi [du canton de Fribourg] du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents (LResp; RS/FR 16.1) en introduisant un système décisionnel pour les prétentions de tiers. Il se plaignait de ne pas avoir été consulté sur ce changement de cap. Il renvoyait les destinataires à ce qu'ils avaient écrit

lors de l'enquête sur la LResp à propos des avantages et des inconvénients d'un système décisionnel et que ce système radicalement nouveau posait encore d'autres questions qu'il pouvait leur soumettre s'ils le désiraient. Selon les premiers juges, il convient de situer le moment où ce mail a été envoyé. Le recourant avait participé au processus d'élaboration de la LResp et le projet avait ensuite été mis en consultation, notamment auprès de la réunion des conseillers juridiques. Après la fin de la consultation, le projet avait été remanié, sans que le recourant participe à ces nouveaux travaux, et le conseiller directeur de la Direction B. avait pris une décision sur la version définitive du projet et décidé de présenter celui-ci dans les jours suivants au Conseil d'Etat lors d'une prochaine séance. C'était peu avant cette séance que le courriel avait été envoyé. A ce moment, la consultation était terminée, la réunion des conseillers juridiques n'avait plus cet objet à son ordre du jour et ses membres n'avaient plus à en discuter. Le conseiller d'Etat directeur avait pris sa décision et décidé de soumettre son projet au Conseil d'Etat devant lequel il devait le défendre. Aussi bien les premiers juges considèrent-ils que l'intervention d'un conseiller juridique de ce même conseiller d'Etat auprès des autres conseillers juridiques, soit ceux des autres directions, n'était nullement justifiée puisque le projet n'avait plus qu'à être soumis au Conseil d'Etat. Le seul but que ce mail pouvait avoir, tel que les circonstances permettaient de le comprendre, était d'informer les conseillers juridiques des autres directions afin qu'ils en parlent aux conseillers d'Etat dont ils dépendaient en tentant de les influencer dans le sens voulu par le recourant, soit le rejet du système retenu et proposé.

5.3.7 En l'espèce, ce n'est pas tant la liberté d'expression ou d'opinion du recourant qui est en cause – rien ne lui interdisait d'exprimer un avis personnel sur la question au sein même de l'administration – que le but visé par ce dernier au moyen de l'envoi du courriel litigieux. Comme cela ressort des constatations relatées ci-dessus, il s'agissait pour le recourant de tenter de court-circuiter l'adoption par le Conseil d'Etat du projet de loi présenté par son supérieur hiérarchique en faisant en sorte que celui-ci fût désavoué par ses collègues. S'il est généralement admis que le devoir de fidélité et de discrétion des fonctionnaires et autres agents de l'Etat s'impose à l'égard de l'institution et non du supérieur hiérarchique (voir PASCAL MAHON/FANNY MATTHEY, La liberté d'expression et la liberté syndicale des fonctionnaires, notamment de police, en particulier sous l'angle du droit à la critique, in: Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, annuaire 2008, p. 214), il n'en reste pas moins que les règles et principes hiérarchiques imposent, en particulier, l'obligation d'un comportement correct et loyal à l'égard de la hiérarchie, sans quoi un lien de confiance entre un supérieur et son subordonné ne peut s'établir et se développer (cf. arrêt 8C_118/2013 du 11 février 2014 consid. 6.4.2). Or, c'est précisément à ce devoir de comportement que le recourant – qui occupait un poste de confiance im-

portant – a contrevenu. Sa violation pouvait assurément justifier un avertissement à tout le moins au regard des limites restreintes d'un examen par le Tribunal fédéral à l'aune de la prohibition de l'arbitraire.

Tribunal fédéral, Arrêt du 8 août 2017, Doss.-No 8C_607/2016 (Annulation du jugement de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 26 juillet 2016), in: ATF 143 I 334

Art. 29a BV; Art. 21 Abs. 3 des Gesetzes des Kantons Genf über das Personal der kantonalen Verwaltung, der Judikative und öffentlich-rechtlicher medizinischer Einrichtungen; Art. 46A des Ausführungsreglementes des Kantons Genf zum Gesetz über das Personal der kantonalen Verwaltung, der Judikative und öffentlich-rechtlicher medizinischer Einrichtungen und Art. 57 lit. c des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Kantons Genf; Eröffnung eines Verfahrens betreffend Versetzung eines Beschäftigten in öffentlich-rechtlicher Funktion im Kanton Genf; kantonales Recht; nicht wieder gutzumachender Nachteil.
Der Zwischenentscheid über die Eröffnung eines Verfahrens betreffend Versetzung vor Aussprechung einer ordentlichen Administrativkündigung kann einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 57 lit. c des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Kantons Genf bewirken (E. 7.4).
Das Recht auf eine Weiterbeschäftigung an der bisherigen Stelle von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass der Betroffene von einer vorgängigen Versetzung mit Rückstufung absieht, verletzt die Rechtsweggarantie im Sinne von Art. 29a BV (E. 8.3).

Art. 29a Cst.; art. 21 al. 3 LPAC/GE; art. 46A RPAC/GE et art. 57 let. c LPA/GE; ouverture d'une procédure de reclassement d'un agent de la fonction publique genevoise; droit cantonal; préjudice irréparable.
La décision incidente d'ouverture d'une procédure de reclassement préalablement au prononcé d'un licenciement administratif ordinaire peut causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 57 let. c LPA/GE (consid. 7.4).
Le fait de subordonner le droit de l'agent de demander sa réintégration à la condition qu'il renonce au préalable à un reclassement viole la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst. (consid. 8.3).

Extraits des faits:

A.

A., enseignant, a été promu par le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (ci-après: le Conseil d'Etat) à la fonction de B. avec effet au 11 août 2008. Après avoir été libéré de son obligation de travailler

(dès le 17 août 2015), l'intéressé a été informé par la Conseillère d'Etat en charge du Département de l'instruction publique, de la culture et du sport de la République et canton de Genève (ci-après: le DIP) que les éléments constitutifs d'un motif fondé de résiliation des rapports de service étaient réalisés et que, ce faisant, la direction des ressources humaines du département allait procéder à la recherche d'un poste disponible répondant à ses capacités au sein de l'administration (décision du 15 décembre 2015).

B.

A. a déféré cette décision devant la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre administrative. Le 7 mars 2016, il a indiqué avoir accepté le poste de C. (dès le 14 mars 2016) qui lui a été proposé dans le cadre de la procédure de reclassement, mais qu'il maintenait son recours. Par arrêt du 26 juillet 2016, la Cour de justice a déclaré le recours irrecevable.

C.

A. forme un recours en matière de droit public contre ce jugement dont il demande l'annulation. Il conclut principalement à l'annulation de la décision d'affectation à la fonction de C. et à la réintégration dans son affectation de B. Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour qu'elle entre en matière sur son recours et l'instruise. A l'appui de son recours, il produit la confirmation de son changement de fonction (du 25 août 2016).

Le DIP conclut principalement à l'irrecevabilité du recours et subsidiairement à son rejet.

Le recourant a déposé des observations le 19 décembre 2016.

Le Tribunal fédéral a admis le recours dans la mesure où il était recevable.

Extrait des considérants:

1.

1.1 La juridiction cantonale a déclaré le recours irrecevable dans la mesure où il n'était pas devenu sans objet. Elle a considéré que l'ouverture de la procédure de reclassement ne constituait qu'une étape vers une éventuelle résiliation des rapports de service ou le maintien de l'intéressé dans un autre poste au sein de la fonction publique. Ce faisant, le recourant avait reporté de manière anticipée sur la décision d'ouverture de la procédure les conséquences d'un éventuel échec de son reclassement. En réalité, selon les premiers juges, la contestation des reproches adressés par le DIP ne pouvait intervenir que s'ils servaient à fonder une décision de licenciement, en l'état inexistante. Le recourant avait par ailleurs mis fin à la procédure de reclassement en choisissant d'accepter la fonction de C., colloquée dans une échelle de traitement inférieure.

1.2 La question de savoir si le jugement attaqué est une décision incidente (art. 93 LTF) ou une décision finale (art. 90 LTF) peut demeurer

indécise. En effet, lorsqu'un recours porte sur la question de l'existence même d'un recours cantonal, le recours auprès du Tribunal fédéral est en principe recevable indépendamment de l'exigence d'un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 138 IV 258 consid. 1.1 p. 261; arrêt 1B_37/2014 du 10 juin 2014 consid. 1, in SJ 2015 I p. 73). En tout état de cause, la problématique d'un éventuel préjudice irréparable pourrait en l'occurrence rester indécise au niveau de la recevabilité. En effet la question soulevée au fond tend justement à examiner si tel est le cas en l'espèce (arrêt 1B_324/2016 du 12 septembre 2016 consid. 1).

2.

La présente cause est une contestation de nature pécuniaire en matière de rapports de travail de droit public, de sorte que le motif d'exclusion de l'art. 83 let. g LTF n'entre pas en considération. La valeur litigieuse dépasse largement le seuil de 15'000 fr. (le recourant fait valoir au fond une perte de salaire de 42'318 fr. par an) ouvrant la voie du recours en matière de droit public en ce domaine (art. 51 al. 1 et art. 85 al. 1 let. b LTF). Le recours a par ailleurs été déposé dans le délai (art. 100 LTF) et dans les formes (art. 42 LTF) prescrits par la loi.

3.

Le recours contient le renvoi à une pièce nouvelle (du 25 août 2016), postérieure à la décision attaquée. Le recourant n'expose toutefois pas précisément en quoi la présentation de cette pièce et des allégués s'y référant serait admissible au regard des exigences légales (art. 99 al. 1 LTF; ATF 133 III 393 consid. 3 p. 395; arrêt 9C_58/2015 du 11 août 2015 consid. 3.2). Il n'y a dès lors pas lieu de les prendre en considération.

4.

Le litige porte uniquement sur le point de savoir si la juridiction cantonale était fondée à déclarer irrecevable le recours formé par le recourant contre la décision d'ouverture d'une procédure de reclassement. Compte tenu de la nature du litige, le recourant ne peut conclure qu'à l'annulation de la décision attaquée et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour qu'elle entre en matière sur le recours cantonal et statue sur le fond. Il s'ensuit que les conclusions principales du recourant tendant à ce que le Tribunal fédéral se prononce lui-même sur le fond de l'affaire sont irrecevables.

5.

5.1 Selon l'art. 21 al. 3 de la loi générale [de la République et canton de Genève] du 4 décembre 1997 relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC; rs/GE B 5 05), l'autorité compétente peut résilier les rapports de service du fonctionnaire pour un motif fondé. [...] Elle est tenue, préalablement à la résiliation, de proposer des mesures de développement et de réinsertion professionnels et de rechercher si un autre poste au sein de l'administration cantonale correspond aux capacités de l'intéressé. Aux termes de l'art. 22 LPAC, il y a motif fondé lorsque la continuation des

rapports de service n'est plus compatible avec le bon fonctionnement de l'administration, soit notamment en raison de l'insuffisance des prestations (let. a), de l'inaptitude à remplir les exigences du poste (let. b) et de la disparition durable d'un motif d'engagement (let. c).

5.2 Selon l'art. 46A du règlement d'application [de la République et canton de Genève] du 24 février 1999 de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (RPAC; rs/GE B 5 05.01), lorsque les éléments constitutifs d'un motif fondé de résiliation sont dûment établis lors d'entretiens de service, un reclassement selon l'art. 21 al. 3 LPAC est proposé pour autant qu'un poste soit disponible au sein de l'administration et que l'intéressé au bénéfice d'une nomination dispose des capacités nécessaires pour l'occuper (al. 1). [...] L'intéressé bénéficie d'un délai de 10 jours ouvrables pour accepter ou refuser la proposition de reclassement (al. 4). En cas de reclassement, un délai n'excédant pas 6 mois est fixé pour permettre à l'intéressé d'assumer sa nouvelle fonction (al. 5). En cas de refus, d'échec ou d'absence du reclassement, une décision motivée de résiliation des rapports de service pour motif fondé intervient (al. 6). Le service des ressources humaines du département, agissant d'entente avec l'office du personnel de l'Etat, est l'organe responsable (al. 7).

6.

Le DIP, par sa Conseillère d'Etat, a tout d'abord constaté la réalisation des éléments constitutifs d'un motif fondé de résiliation des rapports de service de A. le 15 décembre 2015, puis communiqué la cause à la directrice de la direction des ressources humaines pour qu'elle procède à la recherche d'un poste disponible répondant aux capacités de l'intéressé durant un délai de deux mois. Cette mesure constitue, selon les termes clairs de l'art. 21 al. 3 LPAC, une étape obligatoire préparant une résiliation des rapports de service qui, autrement, pourrait être jugée contraire au principe de la proportionnalité (Exposé des motifs du projet de loi [de la République et canton de Genève] modifiant la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux [LPAC] [B 5 05], PL 9904, p. 20 s.). Comme l'a retenu à juste titre la juridiction cantonale, la décision du 15 décembre 2015 doit par conséquent être qualifiée d'incidente (sur cette notion, voir ATF 133 III 629 consid. 2.2 p. 631), en ce sens qu'elle représente une étape dans le cadre d'une procédure qui peut aboutir à un renvoi comme ultime mesure.

7.

7.1 Invoquant une violation de l'art. 29a Cst., le recourant fait valoir que la décision attaquée a pour effet de le priver de toute possibilité de faire examiner par un tribunal le bien-fondé des griefs formulés à son endroit par le DIP. Il se plaint aussi d'une application arbitraire du droit cantonal en tant que la juridiction cantonale a retenu que la décision du 15 décembre 2015 n'était pas susceptible de lui causer un préjudice irréparable. Il souligne qu'il n'a eu d'autre choix que d'accepter une rétrograda-

tion comme seule alternative à son licenciement. Cette nouvelle affectation ne découlait toutefois pas d'un agrément passé entre lui et son employeur, mais des particularités propres à sa situation personnelle (notamment à son âge et à ses 26 années de service dans l'enseignement public) qui rendaient en pratique illusoire toute perspective réelle de réinsertion professionnelle en cas de licenciement.

7.2 Selon l'art. 57 let. c de la loi [de la République et canton de Genève] du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; rs/GE E 5 10), les décisions incidentes sont susceptibles d'un recours si elles peuvent 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. Cette disposition est de teneur identique à l'art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêt 1D_10/2011 du 14 novembre 2011 consid. 2.2). Savoir si un préjudice irréparable existe s'apprécie donc par rapport aux effets de la décision incidente sur la cause principale, respectivement la procédure principale (ATF 141 III 80 consid. 1.2 p. 80).

7.3 On peut déduire des motifs du jugement attaqué que les premiers juges ont tout d'abord retenu qu'un intérêt de fait peut suffire pour admettre le risque d'un préjudice irréparable au sens de l'art. 57 let. c LPA. Au considérant 2b de son jugement, la cour cantonale indique en effet que le préjudice irréparable suppose que la partie recourante ait un intérêt digne de protection à ce que la décision attaquée soit immédiatement annulée ou modifiée, comme un intérêt économique ou un intérêt tiré du principe de l'économie de la procédure. Il n'est ainsi pas exigé, selon l'interprétation donnée par les premiers juges du droit cantonal, que la partie soit exposée à un préjudice de nature juridique, à condition qu'en attaquant une décision incidente la partie recourante ne cherche pas uniquement à empêcher l'accroissement des frais de la procédure ou la prolongation de celle-ci. Cette approche du droit cantonal est d'ailleurs très largement partagée dans les autres cantons (voir parmi d'autres: GRODECKI/JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise: LPA/GE et lois spéciales, 2017, p. 172 ss; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2e éd. 2015, p. 476).

7.4 En limitant ensuite le préjudice irréparable à une seule lésion des droits de fond (consid. 1 supra), le raisonnement suivi par les premiers juges revient de facto à priver le recourant de la possibilité de contester devant l'autorité de recours les motifs qui ont conduit à son changement d'affectation (au sens de l'art. 12 al. 3 LPAC). Le recourant ne pouvait en définitive les contester que s'il provoquait la résiliation de ses rapports de service, en s'opposant d'emblée à tout reclassement, ou en cas d'échec d'un reclassement. Or, déjà au moment du prononcé de la décision incidente, il apparaissait évident que le recourant n'avait guère d'autre choix que d'accepter toute mesure qui lui serait proposée comme alternative à son licenciement, en dépit de l'important déclassement professionnel, personnel et salarial que cela impliquerait. Du moment qu'il ne pouvait pas faire contrôler par le juge la réalité d'un motif fondé de résiliation des rap-

ports de service au sens des art. 22 LPAC et 46A RPAC sans renoncer du même coup à un reclassement, le recourant subissait un préjudice irréparable, qu'il soit d'ordre juridique ou à tout le moins de fait.

7.5 Pour autant qu'on puisse en juger, les travaux préparatoires à l'origine des modifications de l'art. 22 LPAC vont d'ailleurs dans le même sens. L'autorité compétente ordonne l'ouverture d'une procédure de reclassement en se fondant sur un examen a priori de la situation conflictuelle, sans avoir à procéder à une instruction complète. Il n'est ainsi pas nécessaire que les faits soient établis avec certitude: la vraisemblance suffit. Il faut, mais il suffit au sens de l'art. 46A RPAC, qu'un certain nombre de faits déterminants soient constatés avec un degré de vraisemblance suffisant lors d'entretiens de service pour apparaître plausibles et soient assez sérieux pour justifier l'ouverture de la procédure («dûment établis»). Cet examen peut dès lors conduire, comme l'a expressément relevé le Conseil d'Etat, à des situations «à la limite»; le contrôle juridictionnel étant alors «déterminant» pour éviter de «faire échouer le traitement RH adéquat» (Exposé des motifs du projet de loi B 5 05 précité, p. 25). Le législateur a donc envisagé la possibilité d'un recours au stade déjà de l'ouverture de la procédure de reclassement.

8.

8.1 Sous le régime de l'ancienne réglementation de la fonction publique cantonale genevoise, si la résiliation était contestée avec succès elle n'entraînait pas un droit à la réintégration. En effet, comme le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le constater, l'ancien art. 31 al. 2 LPAC ne conférait aucun droit à la réintégration. La Chambre administrative de la Cour de justice qui constatait le caractère injustifié d'un licenciement pouvait proposer la réintégration du fonctionnaire ou de l'employé, mais l'autorité compétente n'était pas tenue d'y procéder (voir p. ex. arrêt 8C_12/2015 du 14 janvier 2016 consid. 6.2). Le nouvel art. 31 al. 2 LPAC prévoit désormais que si la Chambre administrative retient que la résiliation des rapports de service ne repose pas sur un motif fondé, elle ordonne à l'autorité compétente la réintégration. Cette disposition est entrée en vigueur le 19 décembre 2015 et l'on est fondé à considérer qu'elle eût été applicable à une procédure de résiliation postérieure à cette date (cf. GRODECKI/JORDAN, op. cit., p. 327).

8.2 Dans ce contexte juridique et indépendamment de la question d'un préjudice irréparable, le jugement d'irrecevabilité se révèle incompatible avec la garantie constitutionnelle d'accès au juge prévue par l'art. 29a Cst. Selon cette disposition, toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels. Cette norme constitutionnelle étend donc le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques. Il s'agit en particulier de contestations portant sur les droits et les obligations de personnes (physiques ou morales). La garantie ne s'oppose cependant pas aux conditions de recevabilité habituelles du

recours ou de l'action (ATF 141 I 172 consid. 4.4 p. 180; ATF 137 II 409 consid. 4.2 p. 411; ATF 136 I 323 consid. 4.3 p. 328).

8.3 En l'espèce, le jugement attaqué revient à subordonner le droit du recourant de demander sa réintégration à la condition qu'il renonce au préalable à un reclassement professionnel. Selon l'interprétation donnée par les premiers juges de l'art. 57 let. c LPA, l'intéressé n'a en effet pas la possibilité de soumettre au juge le bien-fondé des griefs formulés à son endroit par son employeur pour justifier son changement d'affectation, malgré les lourdes conséquences que ce changement entraîne pour une personne de plus de cinquante ans et qui a conduit l'ensemble de sa carrière professionnelle au sein de l'enseignement public genevois. Dans cette mesure, la décision prise par le DIP affecte la situation juridique du recourant en tant que titulaire de droits et d'obligations (cf. ATF 136 I 323). Celui-ci doit avoir la possibilité de l'attaquer sans autres conditions. Par conséquent, le jugement d'irrecevabilité rendu par l'autorité précédente viole la garantie de l'accès au juge selon l'art. 29a Cst.

9.

Contrairement à l'opinion défendue par les premiers juges, l'acceptation de la proposition de reclassement par le recourant n'était finalement pas susceptible de supprimer l'intérêt actuel juridique ou pratique au traitement de son recours. A. persistait en effet à contester les motifs de l'ouverture de la procédure de reclassement et à demander sa réintégration comme B. Du moment que le DIP, par sa Conseillère d'Etat, avait expressément attiré l'attention du recourant sur le fait que la recherche d'une alternative à son licenciement ne prendrait pas plus de deux mois et qu'il avait retiré l'effet suspensif au recours, l'intéressé n'avait pas d'autre choix que de collaborer, vu sa situation personnelle. Pour autant, il a expressément maintenu son recours et demandé à la juridiction cantonale de statuer (écriture du 7 mars 2016). On ne saurait dès lors suivre l'autorité précédente lorsqu'elle affirme que le recourant avait choisi de mettre fin à la procédure de reclassement. (...)

Tribunal fédéral, Arrêt du 31 août 2017, Doss.-No 4A_661/2016 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 7 juillet 2016)

Art. 328b CO et art. 3 LPD. Il résulte de l'art. 3 let. e LPD que, par traitement (de données), on entend toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données. L'employeur qui prend intentionnellement connaissance (ou collecte) des données personnelles d'un de ses employés entreprend une démarche entrant dans cette définition. La simple transmission de don-

nées personnelles est un acte de communication au sens de l'art. 3 let. e LPD (cf. art. 3 let. f LPD), et donc un traitement de données (c. 3.1).
Questionnaire de santé destiné à une assurance collective de prévoyance. L'activité d'une employeuse consistant à transmettre le questionnaire à l'assureur est objectivement susceptible d'influencer l'employé au moment où il doit apporter des réponses au questionnaire de santé. En l'espèce, l'employée n'a toutefois pas allégué ou démontré qu'une telle procédure permettrait de rendre responsable l'employeuse de la réticence opposée à l'employée du fait que celle-ci n'a pas répondu de manière exacte au questionnaire (c. 3.3).

Extraits des faits:

Dès le 2 juillet 2007, X. (ci-après: l'employée) a travaillé en qualité de secrétaire de direction pour Z. SA (ci-après: l'employeuse), pour un «salaire annuel AVS «de 88'400 fr.

Le 4 juillet 2007, A. (fils de l'administrateur de la société), supérieur hiérarchique de l'employée et chargé de gérer les dossiers du personnel, a remis à celle-ci une demande d'admission à l'assurance collective de prévoyance de B. SA (ci-après: l'assureur), ainsi qu'un questionnaire de santé, ces deux documents ayant été préalablement complétés (soit l'en-tête pour le questionnaire) par la société employeuse. Sur invitation de A., l'employée, assise à son bureau, a signé la demande d'admission et complété le questionnaire en indiquant son numéro AVS et en répondant aux questions de santé. Craignant d'être licenciée durant son temps d'essai, elle a intentionnellement répondu de manière incorrecte à deux questions, niant avoir entrepris un contrôle médical les cinq années précédentes ou pris régulièrement des médicaments (question e), et réfutant avoir souffert de troubles médicaux, psychiques, à la suite d'un accident, d'une maladie ou d'une infirmité (question h). Il n'est pas établi que A. se serait tenu derrière l'employée au moment où elle a rempli le questionnaire médical, ni qu'il se trouvait dans le même bureau. Le supérieur hiérarchique a ensuite expédié les deux documents à l'assureur, sans garder de copie, sans que l'on sache sous quelle forme ils ont été communiqués à l'assurance.

Par courrier du 21 décembre 2007, l'employée a été licenciée, avec effet au 31 janvier 2008, au motif que l'employeuse n'était pas satisfaite de ses prestations. L'employée a été en incapacité de travail pour raison de santé du 7 janvier au 31 mai 2008. Elle a ensuite été reconnue invalide à 100% dès le 21 décembre 2007. Par courrier du 19 novembre 2009, l'assureur a refusé d'allouer à son assurée des prestations allant au-delà des prestations LPP minimales légales du plan de prévoyance conclu avec l'employeuse. Elle invoque une réticence, l'employée n'ayant, selon elle, pas répondu de manière exacte au questionnaire de santé rempli le 4 juillet 2007.

Par demande du 11 décembre 2013, l'employée (ci-après également: la demanderesse) a ouvert une action en responsabilité contre son employeuse (ci-après également: la défenderesse), concluant à ce que celle-ci lui verse le montant de 534'304 fr., intérêts en sus. Par jugement du 8 février 2016, la Chambre patrimoniale du canton de Vaud a rejeté les conclusions prises par la demanderesse. Par arrêt du 7 juillet 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté l'appel formé par la demanderesse et confirmé le jugement entrepris.

L'employée exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal vaudois.

Extraits des considérants:

2.

La recourante reproche à la cour cantonale d'avoir commis un déni de justice (art. 29 al. 1 Cst.) en ne prenant pas position sur la question de la compatibilité avec les art. 328 s. CO de l'obligation de l'employeuse – prévue dans le contrat d'assurance collective – de s'occuper des formalités d'admission (acte de recours ch. 10 s. p. 9).

A la lecture de l'arrêt attaqué, on comprend qu'en réalité les juges cantonaux ont simplement signalé que le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de la compatibilité de la clause contractuelle précitée avec le droit fédéral (arrêt entrepris consid. 6.4 p. 15). Ils n'ont par contre pas tranché la question qui leur était soumise en fonction de ce constat, mais ont expliqué, en se référant aux circonstances de l'espèce, que l'employeuse n'avait pas adopté, au moment où l'employée avait rempli le questionnaire de santé, un comportement susceptible de porter atteinte à la personnalité de celle-ci et, partant, qu'aucune violation ne pouvait lui être reprochée (arrêt entrepris consid. 6.2.1 p. 13).

Le moyen est dès lors infondé.

3.

La recourante invoque la violation de plusieurs dispositions de droit fédéral (notamment l'art. 328b CO et l'art. 3 LPD) et elle reproche à la cour cantonale d'avoir établi les faits de manière arbitraire (art. 9 Cst.).

3.1 En vertu de l'art. 328 al. 1 CO, l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur.

Selon l'art. 328b CO, l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. En l'occurrence, il n'est pas contesté que les informations relatives à l'état de santé de l'employée ne sont pas couvertes par les deux catégories de motifs justificatifs prévus dans cette disposition.

Les règles de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1) sont également applicables (art. 328b in fine CO).

Il résulte de l'art. 3 let. e LPD que, par traitement (de données), on entend toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données. L'employeur qui prend intentionnellement connaissance (ou collecte) des données personnelles d'un de ses employés entreprend une démarche entrant dans cette définition (cf. BEAT RUDIN, in Datenschutzgesetz, Kommentar, no 34 ad art. 3 LPD).

La simple transmission de données personnelles est un acte de communication au sens de l'art. 3 let. e LPD (cf. art. 3 let. f LPD), et donc un traitement de données.

3.2 Sur le plan factuel, en vue d'établir l'existence d'un traitement illicite, l'employée se plaint de ce que son employeuse a complété préalablement les documents litigieux, que son supérieur hiérarchique serait resté physiquement à ses côtés lorsqu'elle a rempli le questionnaire de santé, qu'il aurait conservé une copie des documents et qu'il s'est lui-même chargé de les remettre à l'assureur.

3.2.1 La recourante ne prétend toutefois pas que chacun de ces agissements, pris isolément ou combinés entre eux, seraient à l'origine de ses fausses déclarations et qu'ils permettraient d'établir la responsabilité de son employeuse. Lorsqu'elle examine les conditions posées à l'art. 97 al. 1 CO, la recourante s'appuie en effet sur un seul élément central (la présence de son supérieur hiérarchique dans son bureau) – qui sera examiné ci-dessous – et elle ne fait qu'évoquer (sauf pour la copie des documents, cf. infra) les autres agissements, sans leur accorder un rôle décisif (cf. arrêt entrepris p. 11 à 14).

La recourante consacre néanmoins différents passages de son recours au fait que son employeuse conserverait une copie de ces documents (acte de recours p. 4 et 14) et, même si elle ne paraît pas vouloir démontrer que la responsabilité de son employeuse serait engagée sur la base de ce seul élément, il sera également examiné ci-dessous.

3.2.2 Force est d'observer que l'argument central proposé par la recourante s'appuie sur un état de fait (la présence de son supérieur hiérarchique dans son bureau) étranger à celui dressé par la cour cantonale. Elle ne présente toutefois pas une motivation, conforme aux exigences strictes découlant des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF, qui permettrait de comprendre en quoi les constatations cantonales auraient été établies de manière arbitraire; elle se borne à affirmer une nouvelle fois de manière appellatoire devant la Cour de céans que A. était présent dans son bureau au moment déterminant (acte de recours ch. 3 p. 4).

C'est également sans donner la moindre explication que la recourante soutient, dans sa critique de l'état de fait (acte de recours p. 3 à 5), «qu'il ne peut pas être considéré comme établi» que le supérieur hiérarchique n'a pas conservé une copie des documents complétés par l'employée (acte de recours ch. 4 p. 4). Dans la partie de son mémoire traitant de la violation du

droit fédéral (p. 7 ss), elle soutient que l' «aveu «du supérieur hiérarchique – selon lequel il «gère les données du personnel «(arrêt entrepris ch. 6.2.2 p. 14) – «pourrait «constituer la preuve de l'existence de copies (acte de recours ch. 21 p. 14). La recourante méconnaît toutefois qu'il ne s'agit pas d'émettre une simple hypothèse pour démontrer l'arbitraire; elle n'explique d'ailleurs pas pourquoi la déclaration formulée de manière générale par A. viserait d'emblée et de manière spécifique le traitement et la gestion des données litigieuses.

C'est en vain que l'employée donne des explications un peu plus détaillées au stade de la réplique, puisqu'elle aurait dû respecter l'exigence de motivation des art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF dans sa première écriture (soit dans le délai de l'art. 100 al. 1 LTF). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière à ce sujet.

3.2.3 Les moyens tirés de la violation des normes de droit fédéral évoquées par la recourante tombent dès lors à faux puisque, pour les motiver, elle a substitué sa propre version des faits à celle retenue par les magistrats vaudois.

3.3 S'agissant plus spécifiquement de l'activité de l'employeuse consistant à transmettre les documents litigieux à l'assureur (point de fait qui n'est pas contesté), on peut observer que, dans la mesure où ce procédé donne la possibilité à un employeur indiscret de prendre connaissance des réponses inscrites dans le questionnaire, il est susceptible d'influencer l'employé – qui peut craindre, peu après son engagement, de dévoiler certaines de ses données personnelles – au moment où il doit apporter des réponses au questionnaire de santé.

Il n'y a toutefois pas lieu de s'arrêter sur ce point puisque l'employée n'allègue pas, comme on l'a vu, que cette activité entraînerait, en soi (c'est-à-dire indépendamment de l'éventuelle présence du représentant de l'employeuse dans le bureau de l'employée), la responsabilité de son employeuse. En l'occurrence, l'employée n'allègue d'ailleurs même pas que le contenu de ses réponses aurait été accessible à son employeuse, la cour cantonale ayant d'ailleurs envisagé que l'employée ait pu mettre le questionnaire rempli dans une enveloppe fermée (arrêt entrepris consid. 6.2.2 p. 13).

3.4 Enfin, la recourante mentionne la «pratique actuelle de communication des réserves de la plupart des assurances «selon laquelle les employeurs recevraient la décision des assureurs en deux exemplaires (l'un étant destiné à l'employeur et l'autre devant être transmis à l'employé assuré). Il n'est toutefois ici pas établi que la société employeuse se conformerait à une telle pratique (dont l'influence sur l'employé serait similaire à celle qui résulte de l'activité de transmission de l'employeur évoquée au consid. 3.3) et il n'y a donc pas lieu d'approfondir ce point.

Les critiques soulevées à cet égard sont sans consistance.

Bundesgericht, Urteil vom 4. Oktober 2017, Doss.-Nr. 4A_334/2017 (Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts Schwyz vom 10. Mai 2017)

Entschädigungspflicht der echten Arbeit auf Abruf. Der vom Arbeitnehmer geleistete Bereitschaftsdienst bei echter Arbeit ist entschädigungspflichtig. Aus der Tatsache, dass sich für den Arbeitnehmer aufgrund des geleisteten Bereitschaftsdiensts nur eine geringe Beschränkung der freien Zeitgestaltung ergab, kann nicht auf einen gänzlichen Wegfall der Entschädigungspflicht geschlossen werden (E. 2.3).

Sachverhalt:

A. (Kläger, Beschwerdeführer) und die B. AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) schlossen am 3. Dezember 2014 einen «contract of employment». Unter der Marginalie «type of engagement» hielten die Parteien fest:

«Part time on demand (20-30%); the working level and specific tasks will be agreed upon on a weekly and monthly basis with the companies management board. The working tasks will be documented and protocolled by the Employer.»

Nach übereinstimmender Ansicht der Parteien sollte A. im Fall, dass die Leiterin des Bereichs «Vertretung und Vertrieb» der B. AG ausfallen sollte, deren Stellvertretung übernehmen. Dieser Fall trat nicht ein.

Zwischen den Parteien streitig ist die rechtliche Qualifikation des von ihnen abgeschlossenen Vertrags und die gestützt darauf von A. geltend gemachte Forderung für behaupteten Bereitschaftsdienst in den Monaten Januar bis Mai 2015.

Am 16. November 2015 reichte A. beim Bezirksgericht Höfe Klage gegen die B. AG ein und beantragte was folgt:

«1. Die Bekslagte sei zu verpflichten, dem Kläger folgende Bruttolöhne sowie Pauschalspesen zu bezahlen:

für:	Bruttolohn	Pauschalspesen	plus Zinsen von 5% seit:
a. Januar 2015	CHF 2'424.00	CHF 125.00	1. Februar 2015
b. Februar 2015	CHF 3'500.00	CHF 125.00	1. März 2015
c. März 2015	CHF 3'500.00	CHF 125.00	1. April 2015
d. April 2015	CHF 3'500.00	CHF 125.00	1. Mai 2015
e. Mai 2015	CHF 3'500.00	CHF 125.00	1. Juni 2015

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, Lohnabrechnungen auf der Grundlage eines jährlichen Bruttolohns von CHF 42'000 sowie jährlichen Pauschalspesen von CHF 1'500, beide gemäss arbeitsvertraglicher Vereinbarung vom für die Monate Januar, Februar, März, April und Mai 2015 unter Offenlegung der Sozialversicherungsabzüge sowie der Beiträge für Be-

rufs- und Nichtberufsunfall-, eventuell Krankentaggeldversicherung und für die berufliche Vorsorge zu unterbreiten.

3. (…)

4. Sodann sei in der Betreibung Nr. xxx des Betreibungsamtes des Bezirks Höfe den [recte: der] gegen den Zahlungsbefehl des Klägers erhobene Rechtsvorschlag der Beklagten vom 28. Mai 2015 zu beseitigen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

Am 15. Januar 2016 reichte A. eine zweite, separate Klage gegen die Beklagte ein und beantragte, diese sei zur Zahlung von Fr. 3'525.10 nebst Zins zu verpflichten. Ausserdem ersuchte er um Beseitigung des Rechtsvorschlags vom 23. Juli 2015 gegen den Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Höfe in der Betreibung Nr. yyy, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten. A. stützte seine Forderung auf das zwischen den Parteien neben dem «contract of employment» bestehende Mandatsverhältnis.

Am 8. März 2016 verfügte der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe auf Gesuch der Beklagten und mit Einverständnis des Klägers die Vereinigung der beiden Klagen.

Mit Urteil vom 31. Oktober 2016 wies der Einzelrichter am Bezirksgericht Höfe die Klagen ab. Er kam in Feststellung des Parteiwillens zum Schluss, die Parteien hätten einen Arbeitsvertrag unter der Bedingung geschlossen, dass die Leitung «Vertretung und Vertrieb» ausfalle. Für diesen Fall sollte der Kläger bei der Beklagten für eine unbestimmte Zeit als Stellvertreter im Bereich «Vertretung und Vertrieb» mit einem Pensum von 20-30% angestellt und monatlich mit Fr. 3'500.– (bei einem Pensum von 20%) sowie Pauschalspesen von Fr. 125.– entlöhnt werden. Da die vereinbarte Bedingung nicht eingetreten sei, habe der Kläger keine Arbeitspflicht gehabt und habe somit keinen Anspruch auf Entschädigung. Selbst wenn die Vereinbarung als echte Arbeit auf Abruf zu qualifizieren wäre, hätte der Kläger keinen Anspruch, weil nicht ersichtlich sei und er auch nicht dargelegt habe, inwiefern ihn die zu leistende Rufbereitschaft in seiner persönlichen Freizeitgestaltung beschränkt hätte. Die gestützt auf das Mandatsverhältnis geltend gemachte Forderung bestand nach Ansicht des Einzelrichters nicht.

Dagegen erhob der Kläger Berufung und wiederholte seine erstinstanzlich mit der ersten Klage vom 16. November 2015 gestellten Begehren.

Mit Urteil vom 10. Mai 2017 wies das Kantonsgericht Schwyz die Berufung ab und bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Das Kantonsgericht erwog, der Kläger habe nicht dargelegt, inwiefern ihn die allenfalls zu leistende Rufbereitschaft in seiner Zeitgestaltung beschränkt habe; es bestehe daher keine Entschädigungspflicht.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 16. Juni 2017 beantragt der Kläger dem Bundesgericht die Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts

Schwyz und wiederholt seine erstinstanzlich mit Klage vom 16. November 2015 gestellten Begehren; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem beantragt der Beschwerdeführer die Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

Aus den Erwägungen:

2.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie ihm für seinen Bereitschaftsdienst keine Entschädigung zugesprochen habe. Das Bundesgericht habe in BGE 124 III 249 E. 3a entschieden, Bereitschaftsdienst sei zwingend zu entschädigen.

2.1 Die Vorinstanz hat ausgeführt, bei echter Arbeit auf Abruf könne der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig abrufen. Der Bereitschaftsdienst des Arbeitnehmers sei dabei grundsätzlich zu entschädigen. Sei der Arbeitnehmer durch den Bereitschaftsdienst in seiner freien Zeitgestaltung aber kaum beeinträchtigt, bestehe keine Entschädigungspflicht.

Der Beschwerdeführer mache geltend, er habe sich in den Monaten Januar bis Mai 2015 zur Verfügung der Beschwerdegegnerin halten müssen und sei daher für den geleisteten Bereitschaftsdienst zu entschädigen. Demgegenüber vertrete die Beschwerdegegnerin die Ansicht, die Parteien hätten lediglich einen Rahmenvertrag geschlossen, welcher gewisse Bedingungen von Arbeitseinsätzen geregelt, eine Einsatzpflicht des Beschwerdeführers aber von zusätzlichen spezifischen Vereinbarungen abhängig gemacht habe. Ein konkreter Arbeitseinsatz hätte mithin nach Ansicht der Beschwerdegegnerin (noch) vereinbart werden müssen. Ungeachtet des Auslegungsergebnisses nach der subjektiven Methode oder nach dem Vertrauensprinzip seien sich Lehre und Rechtsprechung einig, dass keine Bereitschaftsentschädigung geschuldet sei, wenn der Arbeitnehmer durch den Bereitschaftsdienst in seiner Zeitgestaltung kaum beeinträchtigt sei. Zu prüfen sei daher vorab die Frage, ob der Beschwerdeführer in relevanter Weise in seiner privaten und freiberuflichen Zeitgestaltung beschränkt gewesen sei.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Beschwerdeführer hätte im Fall eines Arbeitseinsatzes, zu dem es unbestrittenermassen nie kam, Einfluss auf dessen konkrete Ausgestaltung nehmen können. Aus einem E-Mail des Vertreters der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer ergebe sich weiter, dass die Beschwerdegegnerin mit der Formulierung «on demand» nicht nur sich selbst Flexibilität habe einräumen wollen, sondern auch dem als Rechtsanwalt freiberuflich tätigen Beschwerdeführer. Unbekannt sei, innert welcher Abrufzeit der Beschwerdeführer seinen Einsatz bei der Beschwerdegegnerin hätte antreten müssen. In zeitlicher Hinsicht sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer ausserhalb der üblichen Bürozeiten weder hätte telefonisch erreichbar sein noch zu solchen Zeiten hätte arbeiten müssen. Schliesslich habe er sich nicht in einer bestimmten Distanz zum Betrieb der Beschwerdegegnerin aufhalten müssen. Insgesamt habe

der Beschwerdeführer nicht dargelegt, inwiefern die allenfalls zu leistende Rufbereitschaft ihn in seiner Zeitgestaltung beschränkt haben solle; eine Entschädigung sei daher nicht geschuldet.

Die Vorinstanz verwarf zudem das Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach die im Vertrag vereinbarte monatliche Entschädigung als Bereitschaftsentschädigung für die Monate ohne Einsatz vorgesehen gewesen sei. Auch die Argumentation des Beschwerdeführers, die Parteien hätten die Bereitschaftsentschädigung in den Lohn für die Hauptleistung integriert, half dem Beschwerdeführer nach Ansicht der Vorinstanz nicht weiter, da mangels Einsatzes kein Lohn geschuldet gewesen sei und damit auch nicht die darin nach seinen Angaben enthaltene Bereitschaftsentschädigung.

2.2 Bei echter Arbeit auf Abruf trifft den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer mithin einseitig abrufen (BGE 124 III 249 E. 2a S. 250; Urteil 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3 mit diversen Hinweisen). Der ausserhalb des Betriebs geleistete Bereitschaftsdienst muss in einem solchen Arbeitsverhältnis entschädigt werden (BGE 124 III 249 E. 3 S. 251 f.; Urteil 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3). Da aber einerseits der Arbeitgeber an diesem Dienst regelmässig ein geringeres betriebswirtschaftliches Interesse hat als an der Tätigkeit, für welche er den Arbeitnehmer eigentlich eingestellt hat, und andererseits der Arbeitnehmer ausserhalb des Betriebs geleistete Bereitschaftszeit für arbeitsfremde Verrichtungen nutzen kann, muss die Rufbereitschaft – abweichende Vereinbarung vorbehalten – nicht gleich hoch wie die Haupttätigkeit entlöhnt werden (BGE 124 III 249 E. 3b S. 251 f.). Die Entschädigung für den Bereitschaftsdienst kann einzel- oder gesamtarbeitsvertraglich auch in den Lohn für die Hauptleistung eingeschlossen werden (BGE 124 III 249 E. 3c S. 252; Urteil 4A_94/2010 vom 4. Mai 2010 E. 5.2).

Bei unechter Arbeit auf Abruf trifft den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht; ein Einsatz kommt vielmehr aufgrund gegenseitiger Vereinbarung zustande. Oftmals liegt den einzelnen Einsätzen ein Rahmenvertrag zugrunde, in dem die Arbeitsbedingungen einheitlich geregelt sind (Urteil 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3).

2.3 Der vom Arbeitnehmer geleistete Bereitschaftsdienst bei echter Arbeit auf Abruf ist somit entschädigungspflichtig. Eine geringe Beschränkung des Arbeitnehmers in seiner freien Zeitgestaltung ist zwar bei der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz führt eine geringe Beschränkung indessen nicht zum gänzlichen Wegfall der Entschädigungspflicht. Die Vorinstanz verweist in ihrem Urteil auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_523/2010 vom 22. November 2010 E. 6. Darin hat das Bundesgericht ein vorinstanzliches Urteil geschützt, das einem Arbeitnehmer für geleisteten Pikettdienst wegen bloss geringfügiger Beschränkung seiner Gestaltungsfreiheit keine Entschädigung zugesprochen hatte. Wie die Vorinstanz selbst ausführt, erging dieses Urteil indessen zum

Pikettdienst, der neben der normalen Arbeit geleistet wird (vgl. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1; SR 822.111]). Es kann offenbleiben, ob an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist, da die Leistung von Pikettdienst nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar ist; die Arbeitsleistung des Beschwerdeführers bestand ausschliesslich in der Rufbereitschaft und er bezog keinen Lohn für daneben geleistete normale Arbeitsleistung. Die herrschende Lehre ist entgegen den Ausführungen der Vorinstanz der Ansicht, ein Bereitschaftsdienst sei bei echter Arbeit auf Abruf entschädigungspflichtig (vgl. JÜRG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319-343 OR, 2014, N. 11 zu Art. 319 S. 32; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, N. 19 zu Art. 321 OR; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 2010, N. 35 zu Art. 319 OR; ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 59 zu Art. 319 OR; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 18 zu Art. 319 OR S. 111 ff. mit zahlreichen Hinweisen; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. 2014, § 7 N. 18 ff. A.A. FRED HENNEBERGER/STEFAN RIEDER, Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011 S. 1062). Es rechtfertigt sich nicht, vom allgemeinen Grundsatz der Entschädigungspflicht, der in BGE 124 III 249 E. 3 statuiert wurde, abzuweichen. Die Vorinstanz hat somit Bundesrecht verletzt, indem sie für den Fall, dass die Parteien echte Arbeit auf Abruf vereinbart haben, eine Entschädigungspflicht verneint hat.

2.4 Die Vorinstanz hat sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht zur rechtlichen Qualifikation des Vertrags geäussert. Ihre Auslegung des Vertrags beschränkte sich vielmehr auf die Frage, ob die Parteien darin ausdrücklich eine Bereitschaftsentschädigung vorgesehen hätten. Wie ausgeführt wäre der Bereitschaftsdienst des Beschwerdeführers zu entschädigen, wenn die Parteien echte Arbeit auf Abruf vereinbart hätten. Es erscheint indessen fraglich, ob die Parteien nicht bloss unechte Arbeit auf Abruf vereinbart haben; diesfalls wäre der Bereitschaftsdienst nicht zu entschädigen. Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz reichen nicht, um die offengelassene Frage zu beantworten, wie der Vertrag zu qualifizieren ist. Die Sache ist daher zur Beantwortung dieser Frage zurückzuweisen.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, das Urteil des Kantonsgerichts Schwyz vom 10. Mai 2017 ist aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über den Anspruch des Beschwerdeführers auf Entschädigung für Bereitschaftsdienst und gegebenenfalls über deren Höhe neu entscheide. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. (…)

Bundesgericht, Urteil vom 1. November 2017, Doss.-Nr. 4A_286/2017 (Bestätigung des Urteils Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. April 2017)

Unverbindlichkeit eines arbeitsvertraglichen Konkurrenzverbots, Art. 340 ff. OR. Die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbots ist anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falls zu beurteilen. In casu gestand selbst die ehemalige Arbeitgeberin – eine Personalberatungsfirma –, dass ihr ehemaliger Arbeitnehmer, an den sie Kunden verloren hatte, «ein besonderes Talent und eine besondere Unverfrorenheit» im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit an den Tag legte. Die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers waren gegenüber der Identität der Arbeitgeberin daher vorrangig. Folglich fehlte es am Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit i.S.v. Art. 340Abs. 2 OR, weshalb das Konkurrenzverbot zwischen der Personalberatungsfirma und dem Arbeitnehmer unverbindlich war (E. 2.3).

Sachverhalt:

Die A. AG (Klägerin, Beschwerdeführerin) ist eine Personalberatungsfirma mit Sitz in U., bei welcher B. (Beklagter, Beschwerdegegner) vom 1. Juli 2009 bis zum 12. März 2012 als Senior Consultant angestellt war. Zu den Hauptaufgaben des Beklagten gehörten gemäss Vertrag die Vermittlung von Spezialisten und Führungskräften aus dem Segment «Immobilien- und Baumanagement» an interessierte Wirtschaftskreise sowie der sukzessive Aufbau eines eigenen Kundenportefeuilles innerhalb des Kompetenzgebietes zur Bearbeitung von Kundenmandaten und die laufende Pflege des Beziehungsnetzes.

Ausserdem enthielt der Arbeitsvertrag folgende Konkurrenzverbotsklausel:

«Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses während zweier Jahre sich jeder direkten oder indirekten konkurrenzierenden Tätigkeiten zu enthalten, insbesondere weder auf eigene oder fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem der Arbeitgeberin [...] im Wettbewerb steht, noch in einem solchen tätig zu sein, mit ihm zusammenzuarbeiten oder sich daran zu beteiligen.

Das Konkurrenzverbot gilt für die gesamte Schweiz und bezieht sich auf Personalvermittlung/Personalberatung/Executive Search. [...]

Bei jedem Verstoss gegen das Konkurrenzverbot schuldet der Arbeitnehmer eine Konventionalstrafe in der Höhe von 50% seines Jahreszielgehaltes beim Austritt aus dem Arbeitsverhältnis mit der Arbeitgeberin. Die Zahlung der Konventionalstrafe befreit den Arbeitnehmer nicht von der Pflicht zur Einhaltung des Konkurrenzverbotes. [...]

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich sodann und insbesondere, während der Dauer von zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Arbeitnehmer oder Kunden der Arbeitgeberin abzuwerben oder an Konkurrenten der Arbeitgeberin zu vermitteln.»

Am 6. März 2012 wurde die C. GmbH mit dem Beklagten als Geschäftsführer ins Handelsregister eingetragen. Gemäss Darstellung der Klägerin soll der Beklagte in dieser Funktion ihre Kundschaft abgeworben haben.

Nach erfolglosem Schlichtungsversuch vor Arbeitsgericht Zürich klagte die Klägerin mit Eingabe vom 23. September 2013 gegen den Beklagten auf Bezahlung einer Konventionalstrafe in der Höhe von Fr. 175'000.– aufgrund mehrfacher Verletzung des Konkurrenzverbots. Das Arbeitsgericht Zürich wies die Klage mit Urteil vom 31. August 2016 ab, da sie das Konkurrenzverbot mangels Kausalzusammenhangs zwischen dem Einblick in den Kundenkreis beziehungsweise in Geschäftsgeheimnisse und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit als unverbindlich erachtete.

Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 10. April 2017 ab.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 26. Mai 2017 beantragt die Beschwerdeführerin die Verpflichtung des Beschwerdegegners zur Bezahlung von Fr. 175'000.–, eventualiter die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neubeurteilung.

Aus den Erwägungen:

2.

In rechtlicher Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe Art. 340 OR verletzt, weil sie das Konkurrenzverbot für unverbindlich erklärte.

2.1 Nach Art. 340 Abs. 1 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, sich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Das Konkurrenzverbot ist nur verbindlich, wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitnehmer Einblick in den Kundenkreis oder in Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse gewährt und die Verwendung dieser Kenntnisse den Arbeitgeber erheblich schädigen könnte (Art. 340 Abs. 2 OR).

Nach der Rechtsprechung ist ein Konkurrenzverbot gestützt auf den Einblick in den Kundenkreis nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer dank seiner Kenntnis der Stammkunden und ihrer Gewohnheiten in der Lage ist, selber ähnliche Leistungen wie sein Arbeitgeber zu erbringen und damit Kunden abzuwerben. Denn diesfalls kann der Arbeitnehmer den

Arbeitgeber aufgrund des Einblicks in den Kundenkreis und der Verwendung dieser Kenntnisse erheblich schädigen. Anders ist die Situation hingegen, wenn der Arbeitnehmer Leistungen erbringt, die überwiegend von seinen persönlichen Fähigkeiten geprägt sind, so dass der Kunde diesen Fähigkeiten eine grössere Wichtigkeit beimisst als der Identität des Arbeitgebers. Wendet sich in einem solchen Fall ein Kunde vom Arbeitgeber ab, um dem Arbeitnehmer zu folgen, resultiert für den Arbeitgeber kein Nachteil daraus, dass der Arbeitnehmer Kenntnisse über den Kundenkreis verwendet; der Nachteil entsteht ihm vielmehr dadurch, dass der Arbeitnehmer seine persönlichen Fähigkeiten nicht mehr für den Arbeitgeber einsetzt (BGE 138 III 67 E. 2.2.1 S. 71; Urteile 4A_680/2015 vom 1. Juli 2016 E. 2.1; 4A_466/2012 vom 12. November 2012 E. 3.2).

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Kausalzusammenhang zwischen «Kundengeheimnissen» und Schädigungsmöglichkeit müsse bezüglich der «konkreten Arbeitsposition in objektiver Hinsicht» gegeben sein und dürfe nicht von der «Unverfrorenheit und systematischen Durchsetzungskraft eines individuellen Verkaufstalents» abhängen, ansonsten die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes nicht von der konkreten Arbeitsstelle, sondern von den unterschiedlichen individuellen Persönlichkeiten der jeweiligen Arbeitnehmer abhängig wäre.

Insoweit die Beschwerdeführerin die aufgeführte Rechtsprechung kritisiert, kann ihr nicht gefolgt werden. Die «konkrete Arbeitsposition in objektiver Hinsicht» ist zwar zu berücksichtigen. Es ist sodann jedoch für jeden Fall gesondert zu prüfen, wie das Arbeitsverhältnis tatsächlich ausgeübt wurde, weshalb die individuellen Fähigkeiten entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ebenfalls relevant sind. Mithin ist die Verbindlichkeit eines Konkurrenzverbotes jeweils anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles zu beurteilen (BGE 78 II 39 E. 1 S. 41; vgl. auch Urteil 4C.100/2006 vom 13. Juli 2007 E. 2.3 f.). Dies gilt für die Personalvermittlungsbranche ebenso wie für jede andere Berufsart (vgl. BGE 138 III 67 E. 2.2 f.).

Demnach ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin, ein breiter und treuer Kundenstamm sei in der Personalverleih- und Vermittlungsbranche beziehungsweise im Dienstleistungsgewerbe allgemein unerlässlich, weshalb die ständige Rechtsprechung davon ausgehe, dass auch Personalberater rechtsverbindliche Konkurrenzverbote eingehen könnten, unbehelflich, zumal die von ihr vorgebrachte bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend verbindliche Konkurrenzverbote mangels vergleichbaren Fallkonstellationen nicht einschlägig ist. Entgegen dem vorliegenden Fall kannte der Personalberater in einem von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheid die Kundschaft nicht persönlich (Urteil 4A_680/2015 vom 1. Juli 2016 E. 2.2) während ein weiteres Urteil die nicht vergleichbare Tätigkeit einer Kosmetikerin betraf (Urteil 4A_261/2013 vom 1. Oktober 2013). Sodann war in einem anderen von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Fall die Verbindlichkeit des Konkurrenzverbots nicht strittig (Urteil 4A_22/2014

vom 23. April 2014 E. 3). In den übrigen aufgeführten Urteilen wurde schliesslich nicht thematisiert, ob die persönlichen Fähigkeiten des Arbeitnehmers im Vordergrund standen (BGE 130 III 353; Urteile 4A_466/2012 vom 12. November 2012; 4A_107/2011 vom 25. August 2011; 4A_126/2009 vom 12. Juni 2009).

2.3 Selbst nach Angaben der Beschwerdeführerin legte der Beschwerdegegner ein «besonderes Talent und eine besondere Unverfrorenheit» im Rahmen seiner Arbeitstätigkeit an den Tag. Die Beschwerdeführerin sah sich nach Abgang des Beschwerdegegners sodann gezwungen, die Personalvermittlung im Bau- und Immobilienbereich trotz guter Kontakte zur Immobilienbranche vorübergehend gänzlich aufzugeben. Die Beschwerdeführerin vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz Art. 340 OR verletzt haben soll, indem sie hieraus schloss, dass die persönlichen Fähigkeiten des Beschwerdegegners gegenüber der Identität der Beschwerdeführerin vorrangig waren. Fehlt es am erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Einblick in den Kundenkreis und der erheblichen Schädigungsmöglichkeit, kann der Vorinstanz auch keine unrichtige Rechtsanwendung vorgeworfen werden, wenn sie das Konkurrenzverbot als unverbindlich erachtete. Folglich ist die Konventionalstrafe nicht geschuldet.

Tribunal fédéral, Arrêt du 13 novembre 2017, Doss.-No 2C_850/2016 (Admission du recours en matière de droit public interjeté contre l'arrêté du Conseil d'Etat du canton du Valais du 16 mars 2016)

Art. 11 LECCT. D'après le Message portant sur l'extension des conventions collectives, la consultation d'experts sert avant tout à examiner si les conditions économiques de la décision d'extension sont remplies. Une consultation peut s'avérer nécessaire lors d'une première extension, puis superflue lors d'extensions ultérieures d'une CCT de la même branche économique ou de la même profession ou lors de la prorogation d'une extension, pour autant que les circonstances n'aient pas subi de changement essentiel. La consultation d'experts est également superflue lorsque la demande d'extension doit manifestement être rejetée au vu du dossier (c. 5.1).

Il va de soi que l'extension de clauses, visant notamment à augmenter les cotisations envers une institution de prévoyance dont la viabilité n'est pas assurée, peut s'avérer contraire à l'intérêt plus général de l'ensemble des acteurs économiques (c. 5.3). Dans le cas d'espèce, les questions de savoir si, compte tenu des difficultés financières de la Caisse, la décision d'extension était contraire à l'intérêt général et si une gestion correcte de l'institution était assurée nécessitaient un examen attentif de l'ensemble des aspects économiques et financiers du cas particulier. Il n'était donc pas possible de retenir que la consulta-

tion d'un expert apparaissait d'emblée superflue. D'après le message, les conditions économiques de l'extension doivent être examinées avec une attention particulière, impliquant l'avis d'experts externes s'y arrêtant spécialement (c. 5.4).

Extraits des faits:

Les 28 septembre 2000 et 18 décembre 2001, l'Association valaisanne des entrepreneurs (AVE) et l'Association valaisanne des entrepreneurs de carrelage (AVEC), d'une part, et les Syndicats Chrétiens Interprofessionnels du Valais (SCIV-SYNA), le Syndicat Industrie et Bâtiment, sections du Valais (SIB) et le Syndicat interprofessionnel, Section du Haut-Valais (SYNA), d'autre part, ont conclu une convention collective portant sur la retraite anticipée des travailleurs du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais (ci-après: CCT Retabat). Cette convention a pour but d'accorder des prestations avant l'âge légal de la retraite, déterminé dans la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS). Afin d'assurer l'application de cette convention, une fondation dénommée «Caisse de retraite anticipée du secteur principal de la construction et du carrelage du canton du Valais» (ci-après: la Caisse Retabat) a été créée par acte authentique du 31 octobre 2000. Par arrêté du 30 juin 2004, le Conseil d'Etat du canton du Valais (ci-après le Conseil d'Etat) a étendu le champ d'application de la CCT Retabat à tous les contrats de travail passés entre les entreprises, respectivement parties d'entreprises, qui avaient leur siège ou un établissement durable dans le canton du Valais et dont l'activité était exercée dans les secteurs suivants: bâtiment, génie civil, travaux souterrains, construction de routes, terrassement, démolition, décharges, exploitation de carrières, pavages, construction de façades, montage d'échafaudages, la taille de la pierre, travaux de béton, chapes, d'étanchéité et d'isolation pour des travaux effectués sur l'enveloppe des bâtiments au sens large du terme et des travaux analogues dans le domaine du génie civil et des travaux souterrains, matériaux stockables, extraction de sables et graviers et commerce avec ces matériaux, y compris le transport du et aux chantiers.

Par arrêté du 14 octobre 2009, approuvé par le Département fédéral de l'économie le 2 décembre 2009, le Conseil d'Etat a modifié plusieurs clauses de la CCT Retabat. Par arrêté du 13 avril 2011, le Conseil d'Etat a étendu le champ d'application à raison du territoire et du genre d'entreprise de la convention aux secteurs du recyclage, de l'injection et de l'assainissement de béton, au sciage et forage, à l'asphaltage ainsi qu'à la construction et entretien de voies ferrées. L'autorité a également modifié plusieurs articles de la convention. L'arrêté a été approuvé le 25 mai 2011 par le Département fédéral de l'économie.

Par requête publiée dans le Bulletin officiel du canton du Valais du 18 juillet 2014, les partenaires conventionnés ont demandé la prolongation

et la modification des arrêtés du Conseil d'Etat des 30 juin 2004, 14 octobre 2009 et 13 avril 2011. Cette requête a suscité dix-sept oppositions, dont celles formées par les sociétés A. SA (recourante 1), B. SA (recourante 2), l'entreprise C. (recourante 3) et D. SA (recourante 4). L'argument principal des opposants portait sur les problèmes financiers de la Caisse Retabat. Par décision du 16 mars 2016, le Conseil d'Etat a rejeté les oppositions, pour autant que recevables, et a prononcé la modification du champ d'application de la CCT Retabat en ce sens qu'en seront exclues les entreprises d'extraction de sable et de gravier, y compris le transport du et au chantier. Le même jour, le Conseil d'Etat a rendu un arrêté modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la CCT Retabat. Le 28 juillet 2016, le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche a approuvé l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 mars 2016, qui a été publié dans le Bulletin officiel du canton du Valais le 5 août 2016.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A. SA (recourante 1), B. SA (recourante 2), l'entreprise C. (recourante 3) et D. SA (recourante 4) demandent au Tribunal fédéral, préalablement, de leur donner accès au dossier complet de la cause, notamment aux différents avis et rapports actuariels et de leur permettre de compléter leur recours. Au fond, ils concluent, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de l'arrêté du Conseil d'Etat du 16 mars 2016 modifiant et prolongeant l'arrêté du Conseil d'Etat étendant le champ d'application de la CCT Retabat paru dans le Bulletin officiel du Canton du Valais du vendredi 5 août 2016.

Extraits des considérants:

4.

Sur le fond, les recourantes invoquent en premier lieu une violation de l'art. 11 LECCT.

4.1 Aux termes de l'art. 110 al. 1 let. d Cst., la Confédération peut légiférer sur l'extension du champ d'application des conventions collectives de travail. La Confédération a fait usage de cette compétence en adoptant la LECCT. Cette loi permet d'étendre l'application d'une convention collective 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 LECCT). Elle règle également la modification et la prolongation de clauses étendues (art. 16 al. 1 LECCT). Dans ce cas, la loi précise que les dispositions du chapitre 2 (compétence et procédure) s'appliquent. Parmi ces dispositions, l'art. 11 LECCT prévoit qu'avant de statuer, l'autorité compétente prend l'avis d'experts indépendants à moins que cette consultation n'apparaisse d'emblée superflue. D'après la jurisprudence, l'autorité dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (cf. arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2b).

4.2 Dans leurs écritures, les recourantes voient une contradiction dans le fait d'admettre que la situation économique de la Caisse Retabat a été «extrêmement préoccupante» (cf. décision du 16 mars 2016), mais de considérer, du moins implicitement, que la consultation d'experts indépendants apparaissait «d'emblée superflue», au sens de l'art. 11 LECCT. D'après les intéressées, le Conseil d'Etat a violé cette disposition, en refusant de solliciter l'avis d'experts indépendants, alors que le litige portait sur la réalisation des conditions économiques nécessaires à la décision d'extension.

Le Conseil d'Etat conteste ce raisonnement. D'après l'autorité, le recours à l'expertise prévu à l'art. 11 LECCT sert à évaluer si l'extension ne contrarie pas l'intérêt général et si les clauses qu'il s'agit d'étendre tiennent compte des diversités régionales et de la diversité des entreprises. Il ne s'agit pas, selon l'autorité intimée, de déterminer la viabilité financière de l'institution dans le futur.

5.

La question se pose donc de savoir si, avant de statuer, le Conseil d'Etat aurait dû solliciter l'avis d'un expert indépendant au sujet des difficultés financières de la Caisse Retabat.

5.1 D'après le Message portant sur l'extension des conventions collectives, la consultation d'experts sert avant tout à examiner si les conditions économiques de la décision d'extension sont remplies. Le Message se réfère en particulier aux conditions de l'art. 2 ch. 1 et 2 LECCT (FF 1954 I 125, p. 177), à savoir que l'extension doit être nécessaire, en ce sens que si elle n'est pas décrétée, les employeurs et travailleurs liés par la convention risquent de subir de graves inconvénients (ch. 1) et ne doit pas être contraire à l'intérêt général, ni susceptible de léser les intérêts légitimes d'autres branches économiques ou d'autres milieux de la population (ch. 2). En revanche, le quorum et les questions juridiques qui pourraient se poser au sujet des autres conditions de l'extension (cf. art. 2 ch. 4 à 7 LECCT) ne nécessitent que rarement une expertise particulière (FF 1954 I 125, p. 177; GIACOMO RONCORONI, Les art. 1 à 21 LECCT, in Droit collectif du travail, 2010, p. 465). Selon la doctrine, le recours à une expertise indépendante sert avant tout à examiner les conditions de l'extension que l'autorité n'est pas en mesure d'évaluer elle-même d'office. Une consultation peut s'avérer nécessaire lors d'une première extension, puis superflue lors d'extensions ultérieures d'une CCT de la même branche économique ou de la même profession ou lors de la prorogation d'une extension, pour autant que les circonstances n'aient pas subi de changement essentiel. La consultation d'experts est également superflue lorsque la demande d'extension doit manifestement être rejetée au vu du dossier (GIACOMO RONCORONI, Les art. 1 à 21 LECCT, in Droit collectif du travail, 2010, p. 464s; SCHWEINGRUBER/BIGLER, Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag, 3e éd., 1985, p.128).

5.2 En l'occurrence, les recourantes considèrent que l'extension de la CCT Retabat ne répond pas aux exigences de nécessité et d'absence de contrariété avec l'intérêt général (art. 2 ch. 1 et 2 LECCT). Ils invoquent les problèmes financiers de la Caisse Retabat qui, selon eux, compromettent sérieusement sa pérennité. Il précisent que la Caisse est passée d'une fortune de 19.2 millions fr. en 2006 à 10.2 millions fr. en 2011, une perte comptable de 9'530'757.02 ayant été réalisée durant les exercices de 2008 à 2012. Se référant au rapport de l'expert en prévoyance professionnelle pour l'année 2014, les intéressées dénoncent une situation de surendettement de la fondation Retabat et relèvent qu'en dépit des mesures d'assainissement prises, la couverture à 100% ne sera pas assurée dans le futur. Ils invoquent en outre une violation de l'art. 3 al. 1 LECCT selon lequel l'extension ne peut être prononcée que si l'organisation des caisses de compensation ou d'autres institutions prévues à l'art. 357b al. 1 let. b CO est réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée.

5.3 Contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, de telles circonstances doivent s'apprécier à l'aune des conditions économiques nécessaires à l'extension d'une convention collective. L'examen de la situation financière de la Caisse Retabat permet, en particulier, de déterminer si l'extension n'est pas contraire à l'intérêt général (art. 2 ch. 2 LECCT), étant précisé que le dossier fait état de changements importants de circonstances depuis la première extension du 30 juin 2004. Il va de soi que l'extension de clauses, visant notamment à augmenter les cotisations envers une institution de prévoyance dont la viabilité n'est pas assurée, peut s'avérer contraire à l'intérêt plus général de l'ensemble des acteurs économiques. C'est du reste ainsi que l'a compris le Conseil d'Etat puisqu'il a consacré une grande partie de sa décision du 16 mars 2016 à cette question (cf. consid. 2 let. h à s).

La consultation d'un expert indépendant aurait également été utile pour déterminer si l'organisation de la Caisse était réglée de façon satisfaisante et une gestion correcte assurée (cf. art. 3 al. 1 LECCT). En effet, la Caisse Retabat, qui a pour but la retraite anticipée, vise les rapports de travail au sens large. En cela, elle constitue bien une «autre institution» au sens des art. 3 al. 1 LECCT et 357 al. 1 let. b CO (cf. CHRISTIAN BRUCHEZ, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n°26 ad art. 357b p. 1216). Or, les résultats comptables de la Caisse Retabat amènent à questionner l'existence d'une gestion adaptée. Par ailleurs, à la lecture du dossier, des doutes subsistent quant à l'efficacité du contrôle interne de l'institution. Dans ses rapports afférents aux exercices 2012 et 2013, l'organe de révision a indiqué que le contrôle interne n'était «pas suffisamment développé et que partiellement documenté» et qu'en conséquence, «l'existence d'un contrôle interne adapté à la taille et à la complexité de l'institution n'était pas confirmée». Si le rapport de révision pour l'année 2016 constate que «des mesures de contrôle interne ont été mises en place, notamment le rè-

glement des signatures prévoyant des signatures collectives à deux», l'organe de contrôle n'a pas adopté de position tranchée sur la question d'une gestion correcte de l'institution, indiquant uniquement que les mesures lui «semblaient suffisamment étendues».

5.4 Reste à savoir si la consultation d'experts indépendants pouvait apparaître comme étant d'emblée superflue, étant rappelé que l'autorité dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation (cf. arrêt 2P.325/1989 du 15 juin 1990 consid. 2b). En l'occurrence, depuis 2014, les comptes annuels de la Caisse Retabat présentent un déficit important, oscillant entre 46'628'311 fr. en 2014, 42'567'251.07 fr. en 2015 et 45'907'955 fr. en 2016, ainsi qu'un degré de couverture excessivement bas, passant de 25.6% en 2014, à 34.9% en 2015 et à 37.7% en 2016. Or, d'après l'expert agréé en matière de prévoyance professionnelle, la Caisse devrait être en mesure de couvrir en tout temps l'ensemble des rentes en cours jusqu'à leur extinction. C'est ainsi que, pour l'année 2014, le rapport actuariel fait état d'une situation financière et actuarielle négative et insatisfaisante (cf. rapport actuariel du 30 juillet 2015). Ce bilan a été réalisé alors que des mesures d'assainissement avait déjà été mises en place. L'expert agréé en prévoyance professionnel avait du reste précisé que ces mesures ne permettraient pas d'atteindre un degré de couverture de 100% dans un futur proche (cf. décision du 16 mars 2016, consid. 2q). Dans de telles circonstances, les questions de savoir si, compte tenu des difficultés financières de la Caisse Retabat, la décision d'extension était contraire à l'intérêt général et si une gestion correcte de l'institution était assurée nécessitaient un examen attentif de l'ensemble des aspects économiques et financiers du cas particulier. Il n'était donc pas possible de retenir que la consultation d'un expert apparaissait d'emblée superflue. D'après le message, les conditions économiques de l'extension doivent être examinées avec une attention particulière, impliquant l'avis d'experts externes s'y arrêtant spécialement (FF 1954 I 125, p. 171). Aucune expertise indépendante n'a cependant été sollicitée dans la présente procédure. Or, si l'autorité jouit d'un pouvoir d'appréciation étendu quant à la consultation d'experts, cela ne signifie pas qu'elle soit entièrement libre en la matière. L'affirmation selon laquelle les résultats comptables enregistrés en 2014 et 2015 correspondaient «parfaitement à la projection faite par les partenaires sociaux sur la base des mesures d'assainissement» (cf. observations du Conseil d'Etat du 16 novembre 2016) ne suffit pas. Contrairement à ce que soutient le Conseil d'Etat, il ne s'agit pas de savoir si les projections des partenaires sociaux se sont réalisées, mais bien de déterminer si les conditions économiques justifiant une décision d'extension étaient remplies. Dans ces conditions, il n'est pas possible de suivre le Conseil d'Etat lorsqu'il prétend que «toutes les mesures nécessaires permettant de fonder une décision [avaient] été manifestement prises, sans qu'il [ait été] nécessaire d'avoir recours à une expertise» (cf. observations du Conseil d'Etat du 16 novembre 2016). En l'absence d'une telle expertise, le Conseil d'Etat ne

pouvait pas établir, à suffisance de droit, si l'extension remplissait les conditions économiques prévues aux art. 2 et 3 LECCT. Partant, en ne sollicitant pas l'avis d'un expert indépendant, le Conseil d'Etat a abusé de son pouvoir d'appréciation.

6.

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être admis dans la mesure de sa recevabilité. Pour ce motif, on peut se dispenser d'analyser les autres griefs soulevés par les recourantes. L'Arrêté querellé sera donc annulé dans son intégralité et la cause renvoyée au Conseil d'Etat afin qu'il procède à la nomination d'un expert indépendant. (…)

Tribunal fédéral, Arrêt du 27 novembre 2017, Doss.-No 4A_378/2017 (Rejet du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 12 juin 2017 par la Cour (d'appel) civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel)

Bonus. Interprétation de la clause contractuelle suivante: au salaire «s'ajoute un bonus annuel de Fr. 10'000.00 (prorata pour 2012). Le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année».
S'il est vrai que l'atteinte des objectifs établis faisait naître un droit au bonus pour l'employée, le contrat laissait à l'employeuse la tâche et la latitude de fixer ces «objectifs» – et, le cas échéant, de juger s'ils étaient atteints. Du moment que le bonus convenu dépendait en partie au moins du bon vouloir de l'employeuse et revêtait un caractère accessoire par rapport au salaire, l'autorité précédente était fondée à le qualifier de «gratification» au sens de l'art. 322d CO (c. 3.3.3).
Art. 156 CO. Lorsque le paiement du bonus est conditionné à l'appréciation positive de la performance personnelle du travailleur et que la réalisation de cette condition est discutée, il n'appartient pas au juge de s'immiscer dans la conduite de l'entreprise et d'évaluer lui-même la performance du travailleur prétendant au bonus. Cette évaluation est réservée à l'employeur. Celui-ci doit néanmoins se conformer aux règles de la bonne foi. Par exemple, il ne saurait adopter une attitude contradictoire et arguer d'une performance prétendument déficiente pour refuser le bonus, alors qu'il aurait précédemment exprimé sa complète satisfaction. L'employeur ne saurait non plus porter une appréciation négative seulement parce que les rapports de travail ont entre-temps pris fin et qu'il n'a plus aucun intérêt à récompenser le travailleur (c. 3.4.1).
Le fait que l'employeuse se soit abstenue de fixer à l'employée chaque année des objectifs particuliers alors que le versement du bonus était conditionné à de tels objectifs ne signifie pas qu'elle aurait renoncé par actes concluants à subordonner le paiement de cette rétribution à toute

condition y compris celle, élémentaire, de la bonne et fidèle exécution des tâches correspondant au cahier des charges de l'employée (c. 3.4.4).

Extraits des faits:

X. (ci-après: l'employée) a été engagée le 1er juin 2012 en qualité de responsable comptable par la société Z. SA (ci-après: l'employeuse). L'article 6 du contrat de travail prévoyait un salaire mensuel brut de 7'700 fr. et un treizième salaire proportionnel au nombre de mois travaillés durant l'année, avec la précision des déductions sociales à opérer. Il énonçait en outre ce qui suit à son alinéa 4: «A ce salaire s'ajoute un bonus annuel de Fr. 10'000.00 (prorata pour 2012). Le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année».

Le 20 mars 2014, l'employeuse a résilié le contrat de travail pour le 30 juin 2014. Elle a notamment fait valoir que l'employée ne répondait pas aux attentes et ne donnait pas satisfaction. Par courrier du 22 mai 2014, l'intéressée s'est opposée à son licenciement qu'elle qualifiait d'abusif. L'employeuse a confirmé les motifs de la résiliation en précisant que celle-ci faisait suite à une profonde insatisfaction de la qualité du travail fourni par l'employée.

L'employée a déposé une demande le 17 juin 2015 devant le Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz (NE). Elle concluait à ce que l'employeuse soit condamnée à lui payer 20'833 fr. 33 plus intérêts à titre de bonus prévu contractuellement. Elle expliquait avoir renoncé par gain de paix à demander une indemnité pour licenciement abusif. Par jugement du 4 avril 2016, le Tribunal civil a condamné l'employeuse à verser 15'833 fr. 35 à l'employée à titre de bonus pour la période du 1er juin 2012 au 31 décembre 2013. Par arrêt du 12 juin 2017, le Tribunal cantonal neuchâtelois a admis l'appel principal déposé par l'employeuse et a rejeté l'appel joint de l'employée. Réformant le jugement entrepris, il a rejeté la demande du 17 juin 2015.

L'employée a saisi le Tribunal fédéral d'un recours en matière civile.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Le Tribunal fédéral applique d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal. Cela n'implique pas qu'il examine toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, à l'instar d'un juge de première instance. Eu égard à l'obligation de motiver imposée par l'art. 42 al. 2 LTF, l'autorité de céans ne traite que les questions qui sont soulevées devant elle par les parties, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116; 140 III 86 consid. 2).

En l'espèce, il convient d'examiner successivement, à la lumière des griefs soulevés par l'employée, la question de la qualification juridique du «bonus» prévu par l'art. 6 al. 4 du contrat de travail (cf. consid. 3.2 et 3.3 infra), puis celle de l'application de l'art. 156 CO (cf. consid. 3.4 infra).

3.2

3.2.1 Le droit suisse ne contient aucune disposition qui traite spécifiquement du bonus. Il faut donc déterminer de cas en cas, sur la base des manifestations de volonté des parties, s'il s'agit d'un élément du salaire (art. 322 s. CO) ou d'une gratification (art. 322d CO), distinction qui revêt une grande importance dès lors que le régime de la gratification est beaucoup plus flexible pour l'employeur que celui applicable aux éléments du salaire (ATF 142 III 381 consid. 2 p. 383; 141 III 407 consid. 4.1 et la référence citée).

Le salaire est la rémunération que l'employeur est tenu de payer à l'employé pour le temps ou le travail que celui-ci a consacré à son service, et qui est fixé soit directement par contrat individuel, soit indirectement par un contrat-type de travail ou par une convention collective (art. 322 al. 1 CO; arrêt 4A_714/2016 du 29 août 2017 consid. 3.1).

La gratification, aux termes de l'art. 322d al. 1 CO, est une rétribution spéciale que l'employeur accorde en sus du salaire à certaines occasions telles que Noël ou la fin de l'exercice annuel.

3.2.2 La gratification doit rester accessoire par rapport au salaire. Elle ne peut avoir qu'une importance secondaire dans la rétribution du travailleur. Il arrive exceptionnellement qu'un bonus dont l'employeur a pourtant réservé le caractère facultatif doive être requalifié en salaire à cause de son importance par rapport au salaire de base. Toutefois, lorsque l'employé perçoit un très haut revenu, le bonus reste toujours une gratification (ATF 141 III 407 consid. 4.3.1 et 4.3.2).

3.2.3 La gratification se distingue également du salaire en ceci que son versement dépend au moins partiellement du bon vouloir de l'employeur (ATF 142 III 381 consid. 2.1).

Deux cas de figure peuvent se présenter. Dans la première hypothèse, la gratification est entièrement facultative, en ce sens que son versement n'a pas été convenu, que ce soit expressément ou par actes concluants (sur ce dernier point, cf. par ex. ATF 131 III 615 consid. 5.2). L'employé n'y a alors pas droit, sous réserve du cas évoqué ci-dessus où le bonus facultatif doit être requalifié en salaire (arrêt précité 4A_714/2016 consid. 3.2.2.2). Dans la seconde hypothèse, le versement a été convenu, de sorte que l'employeur est tenu d'y procéder (cf. art. 322d al. 1 CO), mais il jouit d'une certaine liberté dans la fixation du montant à allouer (ATF 131 III 615 consid. 5.2 p. 620; 129 III 276 consid. 2 p. 278; arrêt précité 4A_ 714/2016 consid. 3.2.2.1). La jurisprudence reconnaît à l'employeur un tel pouvoir d'appréciation lorsque le montant du bonus ne dépend pas seulement de l'atteinte d'un certain résultat d'exploitation, mais aussi de

l'appréciation subjective de la prestation du travailleur (ATF 142 III 381 consid. 2.1; 139 III 155 consid. 3.1).

En revanche, une rétribution définie à l'avance et convenue de façon ferme ne peut pas être une gratification (ATF 142 III 381 consid. 2.1). Lorsqu'une rétribution (même désignée comme «bonus» ou «gratification») a été promise par contrat dans son principe et que son montant est déterminé ou doit l'être sur la base de critères objectifs prédéterminés comme le bénéfice, le chiffre d'affaires ou une participation au résultat de l'exploitation, sans dépendre de l'appréciation de l'employeur, une telle rétribution doit être considérée comme un élément du salaire (variable) que l'employeur est tenu de verser à l'employé (arrêt précité 4A_ 714/2016 consid. 3.2.1 et les références citées).

3.2.4 L'interprétation des manifestations de volonté relatives à l'octroi d'un bonus obéit aux principes habituels (cf. arrêt 4C.340/2005 du 24 janvier 2006 consid. 2.3-2.5). Le juge doit tout d'abord s'attacher à mettre à jour la réelle et commune intention des parties, opération qualifiée d'interprétation subjective, qui repose sur l'appréciation des preuves. Si cette opération n'aboutit pas, il doit établir le sens que chaque partie pouvait et devait de bonne foi donner aux manifestations de volonté de l'autre cocontractant; cette interprétation dite objective relève du droit (ATF 142 III 239 consid. 5.2.1; 138 III 659 consid. 4.2.1; 131 III 606 consid. 4.1 p. 611).

3.3

3.3.1 L'art. 6 al. 4 du contrat prévoit qu'au salaire «s'ajoute un bonus annuel de Fr. 10'000.00 (prorata pour 2012). Le versement de ce bonus est conditionné aux objectifs fixés chaque année».

Les juges cantonaux ont relevé qu'une telle clause ne permettait pas de savoir d'emblée si les «objectifs fixés» portaient exclusivement sur les performances de l'employé concerné, ou s'ils prenaient en compte les résultats de l'entreprise. De surcroît, elle n'exprimait pas clairement si le montant de 10'000 fr. devait être versé dans son intégralité lorsque les objectifs étaient atteints, ou s'il s'agissait d'un maximum, réduit au prorata en cas d'exercice incomplet. Quoi qu'il en soit, il ne faisait aucun doute pour les juges d'appel que l'employeur conservait un pouvoir d'appréciation sur le principe même du paiement du bonus, voire sur son montant. De plus, le bonus apparaissait accessoire au regard du salaire, de sorte qu'il devait être qualifié de gratification au sens de l'art. 322d CO.

3.3.2 L'employée critique cette qualification. Elle ne discute pas le caractère accessoire du «bonus» convenu à l'art. 6 al. 4 du contrat, mais conteste que l'employeuse ait disposé d'un pouvoir d'appréciation. Le versement du bonus était certes conditionné à la réalisation d'objectifs que l'employeuse devait fixer annuellement; toutefois, en se conformant à cette obligation, celle-ci perdait toute maîtrise sur l'octroi d'un bonus de 10'000 fr., l'employée y ayant droit sitôt lesdits objectifs atteints. L'omission fautive de définir des objectifs ne saurait profiter à l'employeuse. Selon le

principe de la confiance, renoncer à fixer des objectifs reviendrait à renoncer à la condition posée; le bonus serait ainsi devenu inconditionnel et constituerait un élément du salaire. Sa nature salariale découlerait aussi du fait qu'au moment de son engagement, l'employée avait émis des prétentions salariales de 110'000 fr.

3.3.3 L'employée admet expressément que le versement du bonus était conditionné à la réalisation d'objectifs que l'employeuse devait fixer chaque année. S'il est vrai que l'atteinte des objectifs établis faisait naître un droit au bonus pour l'employée, il n'en demeure pas moins que le contrat laissait à l'employeuse la tâche et la latitude de fixer ces «objectifs» – et, le cas échéant, de juger s'ils étaient atteints. Car une formulation aussi vague n'imposait pas d'opter pour des critères objectifs prédéterminés comme le chiffre d'affaires ou le résultat d'exploitation de l'entreprise, le versement du bonus pouvant être subordonné à l'appréciation positive des prestations fournies par l'employée – laquelle ne soutient pas le contraire. L'arrêt cité dans son recours ne lui est d'aucun secours, puisqu'il qualifie de gratification un bonus dont l'octroi dépendait de l'appréciation subjective portée par l'employeur sur les prestations personnelles de l'employé (arrêt 4C.6/2003 du 24 avril 2003 consid. 2.2 et 3.1). Dans ce contexte, le fait que l'employée ait émis des prétentions salariales plus élevées (110'000 fr.) qui ont été jugées exagérées par l'employeuse ne fait que corroborer l'analyse selon laquelle que le bonus revêtait le caractère d'une rémunération accessoire conditionnelle. Quant au fait que le bonus était réglementé dans un article intitulé «salaire», il n'a aucune incidence, au vu de ce qui précède. En bref, le grief selon lequel l'employeuse n'avait aucun pouvoir d'appréciation quant au principe même du versement du bonus est infondé.

Du moment que le bonus convenu dépendait en partie au moins du bon vouloir de l'employeuse et revêtait un caractère accessoire par rapport au salaire, l'autorité précédente était fondée à le qualifier de «gratification» au sens de l'art. 322d CO. L'argument selon lequel l'employeuse, en renonçant à fixer des objectifs, aurait renoncé à la condition posée au versement du bonus ne ressortit pas à la qualification de cette rétribution comme gratification ou comme élément du salaire, mais bien plutôt à l'application de l'art. 156 CO, qu'il convient d'examiner ci-après.

3.4

3.4.1 Lorsqu'une condition est convenue et que son accomplissement dépend, dans une certaine mesure, de la volonté d'une des parties auxquelles le contrat impose des obligations, cette partie n'a en principe pas une liberté entière de refuser cet accomplissement et de se dégager ainsi de ses obligations contractuelles. Elle doit au contraire agir de manière loyale et conforme aux règles de la bonne foi; en cas de violation de ces exigences, la condition est censée accomplie selon l'art. 156 CO. Le degré de liberté subsistant pour la partie concernée, d'une part, et les devoirs à elle imposés par les règles de la bonne foi, d'autre part, sont déterminés dans

chaque cas d'espèce en fonction de l'ensemble des circonstances, notamment de l'objet et du but du contrat (arrêt 4A_705/2011 du 20 décembre 2011 consid. 5 et les références citées).

Lorsque le paiement du bonus est conditionné à l'appréciation positive de la performance personnelle du travailleur et que la réalisation de cette condition est discutée, il n'appartient pas au juge de s'immiscer dans la conduite de l'entreprise et d'évaluer lui-même la performance du travailleur prétendant au bonus. Cette évaluation est réservée à l'employeur. Celui-ci doit néanmoins se conformer aux règles de la bonne foi. Par exemple, il ne saurait adopter une attitude contradictoire (cf. ATF 136 III 190 consid. 2 p. 192) et arguer d'une performance prétendument déficiente pour refuser le bonus, alors qu'il aurait précédemment exprimé sa complète satisfaction. L'employeur ne saurait non plus porter une appréciation négative seulement parce que les rapports de travail ont entre-temps pris fin et qu'il n'a plus aucun intérêt à récompenser le travailleur (arrêt précité 4A_705/2011 consid. 5).

3.4.2 Les juges cantonaux ont évoqué l'insatisfaction de la cliente U. SA, qui versait à l'employeuse des honoraires de l'ordre de 5'000 ou 6'000 fr. par mois, et reprochait à l'employée une série de fautes et d'oublis influençant le bilan, au point que la société-mère avait exigé un changement de fiduciaire ou de la personne en charge du dossier. Les juges cantonaux ont certes aussi relevé l'opinion de clients satisfaits par le travail de l'employée, tout en constatant qu'elle ne revêtait pas le même poids. Ils ont conclu sans arbitraire qu'on ne pouvait pas déduire que l'employeuse devait être en tous points satisfaite des performances de l'employée (cf. consid. 2.3.6 supra). Les juges neuchâtelois ont aussi relevé que celle-ci semblait entretenir de bonnes relations personnelles avec ses collègues en général, sans toutefois pouvoir affirmer qu'elle excellait dans la direction des subordonnés, puisque la seule illustration concrète au dossier était négative. Ils ont conclu que l'employeuse n'avait pas fait preuve de mauvaise foi en refusant de verser un bonus. Au contraire, l'absence de protestation de l'employée et de tout débat entre les parties lorsqu'aucun bonus n'avait été versé à la fin de l'année 2012 accréditait l'idée que ce versement, dans l'esprit des parties, était conditionné à l'atteinte de certains objectifs, l'employée pouvant admettre qu'aux yeux de son employeuse, ces objectifs n'avaient pas (encore) été atteints. C'était donc bien plutôt l'employée qui était revenue sur son attitude antérieure, en émettant une telle prétention en justice, alors qu'elle ne le faisait pas encore dans sa lettre du 22 mai 2014.

3.4.3 L'employée dénonce une violation de l'art. 156 CO. L'autorité précédente aurait exclu à tort toute attitude déloyale de la part de l'employeuse en se fondant sur l'unique opinion d'une cliente insatisfaite alors qu'en réalité, l'employeuse aurait fait preuve d'une attitude contradictoire ne méritant aucune protection.

3.4.4 Contrairement à ce que soutient l'employée (cf. consid. 3.3.2 in fineet 3.3.3 in fine supra), le fait que l'employeuse se soit abstenue de lui fixer chaque année des objectifs particuliers alors que le versement du bonus était conditionné à de tels objectifs ne signifie pas qu'elle aurait renoncé par actes concluants à subordonner le paiement de cette rétribution à toute condition y compris celle, élémentaire, de la bonne et fidèle exécution des tâches correspondant au cahier des charges de l'employée.

Or il découle des constatations de fait qui lient l'autorité de céans que l'employée n'a pas donné pleine et entière satisfaction dans l'accomplissement de ses tâches contractuelles, puisqu'elle a mécontenté la cliente U. SA, au point que la maison-mère a exigé son dessaisissement du dossier, si ce n'est la rupture de liens avec l'employeuse. L'argumentation de l'employée repose en partie sur des faits s'écartant de ceux retenus dans l'arrêt attaqué, respectivement sur une rediscussion purement appellatoire de ceux-ci, qui ne saurait être prise en compte.

Par ailleurs, il n'est pas établi que l'employeuse aurait précédemment exprimé sa complète satisfaction au sujet des prestations de l'employée, de sorte qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir adopté une attitude contradictoire en s'opposant dans les circonstances précitées aux prétentions en paiement du bonus que l'employée a formulées pour la première fois après la résiliation des rapports de travail.

3.4.5 En définitive, l'employée n'a pas établi que la condition grevant le paiement du bonus litigieux, soit la réalisation des objectifs fixés qui comprenaient à tout le moins les objectifs inhérents à sa fonction, se serait accomplie, ni que l'employeuse en aurait empêché l'avènement au mépris des règles de la bonne foi. C'est donc sans violer le droit fédéral que les juges cantonaux ont rejeté les prétentions en paiement du bonus – qu'ils ont qualifié à bon droit de gratification au sens de l'art. 322d CO.

Bundesgericht, Urteil vom 30. November 2017, Doss.-Nr. 8C_502/2017 (Bestätigung des Entscheids des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht vom 26. Juni 2017), in: BGE 144 I 11

Res iudicata oder materielle Rechtskraft einer Kündigung nach kantonalem Personalrecht; Anfechtungsgegenstand. Hebt die kantonale Personalrekurskommission die Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers über eine fristlose Kündigung rechtskräftig auf, so steht dies einer nachträglichen ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses gestützt auf denselben Sachverhalt grundsätzlich nicht entgegen (E. 4).
Art. 29 Abs. 2 BV; rechtliches Gehör bei der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses. Verletzung des rechtlichen Ge-

hörs verneint, da der Betroffene im zur Kündigung führenden Verfahren seinen Standpunkt wirksam zur Geltung bringen konnte (E. 5).

Res judicata ou force de chose jugée au sens matériel d'un licenciement selon le droit cantonal du personnel; objet de la contestation. Le fait que la commission cantonale de recours en matière de personnel annule, par un jugement entré en force de chose jugée, la décision de licenciement immédiat rendue par un employeur public, ne s'oppose pas, en principe, à ce que celui-ci procède ultérieurement à une résiliation ordinaire des rapports de travail sur la base du même état de fait (consid. 4).
Art. 29 al. 2 Cst.; droit d'être entendu en cas de résiliation des rapports de travail de droit public. La violation du droit d'être entendu a été niée parce que l'intéressé a pu effectivement faire valoir son point de vue dans la procédure de licenciement (consid. 5).

Sachverhalt:

A.

Der 1968 geborene A. arbeitete seit Oktober 1993 bei der Kantonspolizei Basel-Stadt. Zuletzt war er Chef B. Aufgrund von Hinweisen über unangebrachte Verhaltensweisen gegenüber Mitarbeitenden führte die Kantonspolizei eine interne Untersuchung durch. Gestützt darauf löste sie das Arbeitsverhältnis mit Verfügung vom 16. März 2015 fristlos auf. Den dagegen erhobenen Rekurs hiess die Personalrekurskommission des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend: PRK) mit Entscheid vom 7. Dezember 2015 gut. Dieser Entscheid blieb unangefochten.

Mit Verfügung vom 16. Dezember 2015 kündigte die Kantonspolizei das Arbeitsverhältnis auf Ende März 2016. Die PRK bestätigte die ordentliche Kündigung mit Entscheid vom 23. Juni 2016.

B.

Das Appellationsgericht Basel-Stadt als Verwaltungsgericht wies die von A. dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 26. Juni 2017 ab.

C.

A. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erheben mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben, und es seien die Vorinstanzen anzuweisen, das Arbeitsverhältnis inklusive Lohnzahlungspflicht weiterzuführen; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Appellationsgericht verzichtet auf eine Stellungnahme. Die Kantonspolizei schliesst auf Abweisung der Beschwerde. A. äussert sich dazu am 18. September 2017.

D.

Mit Verfügung vom 26. September 2017 hat der Instruktionsrichter das Gesuch um aufschiebende Wirkung bzw. um vorsorgliche Massnahmen abgewiesen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Streitig ist, ob die vorinstanzliche Bestätigung der ordentlichen Kündigung vom 16. Dezember 2015 bundesrechtskonform ist.

3.2 Der angefochtene Entscheid stützt sich dabei auf das Personalgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 17. November 1999 (SG 162.100; nachfolgend: PG). Laut § 27 PG kann das Arbeitsverhältnis auf verschiedene Weise enden. Dies kann durch ordentliche Kündigung (lit. a) oder fristlose Auflösung (lit. c) geschehen. Nach § 30 Abs. 2 lit. d PG kann die Anstellungsbehörde nach Ablauf der Probezeit das Arbeitsverhältnis unter anderem (ordentlich) kündigen, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter die vertraglichen oder gesetzlichen Pflichten wiederholt missachtet oder eine schwere Pflichtverletzung begangen hat. Das Arbeitsverhältnis kann gemäss § 32 PG beidseitig ohne Einhaltung von Fristen aufgelöst werden, wenn ein Umstand vorliegt, bei dessen Vorhandensein der kündigenden Partei nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer wiederholt seinen bereits vor den Vorinstanzen zum Ausdruck gebrachten Einwand, über die Kündigung sei mit unangefochten gebliebenem Entscheid der PRK vom 7. Dezember 2015 bereits rechtskräftig entschieden worden.

4.2 Eine abgeurteilte Sache (res iudicata) liegt vor, wenn der streitige Anspruch mit einem schon rechtskräftig beurteilten identisch ist (BGE 142 III 210 E. 2.1 S. 212; Urteil 8C_821/2012 vom 3. Juli 2013 E. 3.1). Dies trifft zu, falls der Anspruch dem Gericht aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet wird und sich wieder die gleichen Parteien gegenüberstehen (BGE 139 III 126 E. 3.2.3 S. 130; BGE 119 II 89 E. 2a S. 90; BGE 116 II 738 E. 2a S. 744). Bei der Prüfung der Identität der Begehren ist nicht ihr Wortlaut, sondern ihr Inhalt massgebend. Das neue Begehren ist deshalb trotz abweichender Umschreibung vom beurteilten nicht verschieden, wenn es in diesem bereits enthalten war oder wenn im neuen Verfahren das kontradiktorische Gegenteil zur Beurteilung gestellt wird. Anderseits sind Rechtsbehauptungen trotz gleichen Wortlauts dann nicht identisch, wenn sie nicht auf dem gleichen Entstehungsgrund, das heisst auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen (BGE 139 III 126 E. 3.2.3 S. 131; BGE 123 III 16 E. 2a S. 19). Die materielle Rechtskraft eines früheren Entscheids be-

deutet grundsätzlich nur eine Bindung an das Dispositiv. Allerdings können zur Feststellung der Tragweite des Dispositivs weitere Umstände, namentlich die Begründung des Entscheids herangezogen werden (BGE 142 III 210 E. 2.2 S. 213; BGE 116 II 738 E. 2a S. 743; BGE 115 II 187 E. 3b S. 191; BGE 101 II 375 E. 1 S. 378). Nach der Praxis des Bundesgerichts bestimmt das Bundesrecht über die materielle Rechtskraft, soweit der zu beurteilende Anspruch auf Bundesrecht beruht (BGE 125 III 241 E. 1 S. 242). Vorliegend basieren die geltend gemachten Ansprüche auf kantonalem Recht, welches daher auch die materielle Rechtskraft bestimmt (Urteil 8C_816/2015 vom 12. September 2016 E. 3.2).

4.3 Anfechtungsgegenstand im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren bildet grundsätzlich nur das Rechtsverhältnis, zu dem die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig in Form einer Verfügung Stellung genommen hat. Insoweit bildet die Verfügung den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den aufgrund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 125 V 413 E. 1a und 1b S. 414).

4.4 Das kantonale Gericht verneinte bezüglich der ordentlichen Kündigung eine abgeurteilte Sache. Zur Begründung führte es aus, Streitgegenstand des von der PRK mit Entscheid vom 7. Dezember 2015 beurteilten Rekurses habe allein die mit Verfügung vom 16. März 2015 ausgesprochene fristlose Entlassung gebildet. Die Konversion der fristlosen in eine ordentliche Kündigung habe die PRK abgelehnt. Über die Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung sei nicht entschieden worden. Eine solche sei bis zum 7. Dezember 2015 nicht verfügt worden.

4.5 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Grundsatz der res iudicata verkannt, indem sie davon ausgehe, die gleichen Kündigungsgründe könnten in einem zweiten Verfahren nochmals geltend gemacht werden. Entscheide sich die Anstellungsbehörde für eine fristlose Kündigung, könne sie nach verlorenem Prozess nicht später gestützt auf denselben Sachverhalt ordentlich kündigen. Anlässlich der Verhandlung vor der PRK sei auch die von der Kantonspolizei beantragte Konversion in eine ordentliche Kündigung zur Diskussion gestanden. Die PRK habe eine ordentliche Kündigung ebenfalls abgewiesen. Dementsprechend laute das Dispositiv: «Der Rekurs von ... gegen die von der Kantonspolizei Basel-Stadt verfügte Kündigung des Arbeitsverhältnisses wird gutgeheissen.» Dem Wortlaut entsprechend sei klar, dass nicht nur die fristlose Kündigung, sondern generell die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gemeint sei. Im Übrigen widerspreche es Treu und Glauben, wenn die Kantonspolizei den Entscheid in Rechtskraft erwachsen lasse, um kurze Zeit später gestützt auf den gleichen Lebenssachverhalt die ordentliche Kündigung auszusprechen. Eine Behörde dürfe bei einer geplanten Entlassung nicht ver-

suchshalber fristlos kündigen und im Falle des Unterliegens die ordentliche Kündigung aussprechen.

4.6 Mit seinen Vorbringen beruft sich der Beschwerdeführer auf das im Verwaltungsverfahrensrecht geltende Prinzip der materiellen Rechtskraft, dessen Verletzung mit der Willkürrüge geltend gemacht werden kann. Ob die vorgebrachte Rüge den Begründungsanforderungen genügt, ist fraglich, kann jedoch offenbleiben, weil sie unbegründet ist. Der nicht angefochtene Entscheid der PRK vom 7. Dezember 2015 liegt in Übereinstimmung mit § 41 Abs. 5 und 6 PG nur im den Rekurs des Beschwerdeführers gutheissenden Dispositiv vor. Vorausgegangen war die Verfügung der Kantonspolizei vom 16. März 2015 mit der Überschrift «Fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäss § 32 Personalgesetz». Damit ist auch der Anfechtungsgegenstand im nachfolgenden Rekursverfahren definiert. Das Protokoll der Verhandlung vor der PRK vom 22. Oktober 2015 betraf in diesem Sinne ausdrücklich nur die verfügte fristlose Kündigung. Auch die mündliche Erörterung des Entscheids (vgl. dazu § 41 Abs. 5 Satz 3 PG) durch die Präsidentin der PRK vom 7. Dezember 2015 bezog sich einzig auf die Frage, ob der der angefochtenen Verfügung vom 16. Dezember 2015 zugrunde liegende Sachverhalt für eine fristlose Kündigung ausreicht. Daraus ergibt sich, dass Gegenstand des Rekursentscheides die «fristlose Kündigung» bildete und nicht generell die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dies zeigt sich auch darin, dass die PRK im Dispositiv nicht im Sinne von § 41 Abs. 5 Satz 2 PG die Weiterbeschäftigung anordnete. Die ordentliche Kündigung nach § 30 Abs. 2 lit. d PG ist somit nicht von der Rechtskraft des Rekursentscheids der PRK vom 7. Dezember 2015 erfasst. Eine fristlose Entlassung (§ 32 PG) unterliegt sodann nicht denselben Voraussetzungen und hat nicht dieselben Rechtsfolgen wie eine Kündigung aus wichtigen Gründen (§ 30 PG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 PG) als weniger strenge Massnahme. Das Appellationsgericht ist daher nicht in Willkür verfallen, wenn es die Identität des Streitgegenstandes verneint hat.

4.7 Da die Kündigung im Privatrecht ein grundsätzlich unwiderrufliches Gestaltungsrecht ist, kann der Arbeitgeber, der den Weg der ordentlichen Kündigung eingeschlagen hat, den Vertrag nicht gestützt auf denselben Umstand fristlos auflösen (BGE 137 I 58 E. 4.3.2 S. 64; BGE 123 III 86 E. 2b S. 88). Entscheidet er sich für eine fristlose Kündigung, verliert er definitiv das Recht auf eine ordentliche Kündigung (Urteil 4A_372/2016 vom 2. Februar 2017 E. 5.2). Der Richter kann eine solche Kündigung auch nicht in eine ordentliche Kündigung umwandeln. Anders verhält es sich in Bezug auf die Kündigung eines Dienstverhältnisses mittels Verwaltungsverfügung. Diese beruht weder auf einer Willenserklärung noch fliesst sie aus der Ausübung eines Rechts. Die Verwaltung handelt nicht aufgrund eines ihr zustehenden Rechts, sondern aufgrund einer ihr durch das Gesetz übertragenen Zuständigkeit. Die Verfügung eines öffentlich-rechtlichen Arbeitgebers kann daher durch die Rechtsmittelinstanz insofern

abgeändert werden, als eine Kündigung mit sofortiger Wirkung in eine Kündigung aus wichtigen Gründen mit einer Kündigungsfrist umgewandelt wird (BGE 137 I 58 E. 4.3.3 S. 65). Geht die Rechtsmittelinstanz – wie vorliegend – nicht in diesem Sinne vor, steht es der Behörde offen, darüber selber neu zu verfügen. Der Beschwerdeführer kann daher aus der zivilrechtlichen Praxis nicht ableiten, die Kantonspolizei hätte nach verlorenem Prozess bezüglich der verfügten fristlosen Kündigung wegen derselben Umstände keine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mehr verfügen dürfen.

5.

5.1 Weiter rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV vor Erlass der Verfügung der Kantonspolizei vom 16. Dezember 2015. Diese habe ihn nicht über die in Aussicht genommene ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses orientiert. Zudem habe er sich bei der Anhörung nicht wirksam durch seinen Anwalt verbeiständen lassen können. Diesem sei überdies keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt worden.

5.2 Das kantonale Gericht verweist bezüglich des Anspruchs auf rechtliches Gehör auf § 38 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1976 betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz, OG; SG 153.100) und § 10 der Verordnung vom 27. Juni 2000 zum Personalgesetz (SG 162.110; nachfolgend: PGV). Der Beschwerdeführer macht keine willkürliche Anwendung dieser Bestimmungen geltend. Er rügt auch keine Verletzung von kantonalem Verfassungsrecht. Das Bundesgericht hat die Angelegenheit deshalb einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 29 Abs. 2 BV zu prüfen (Art. 106 Abs. 2 BGG).

5.3 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids (BGE 137 I 195 E. 2.2 S. 197 mit Hinweis).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, anderseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102 f.; BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293). Voraussetzung des Äusserungsrechts sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidwesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden (BGE 141 I 60 E. 3.3 S. 64; BGE 140 I 99

E. 3.4 S. 102 f.). Wie weit dieses Recht geht, lässt sich nicht generell, sondern nur unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen (BGE 111 Ia 273 E. 2b S. 274; Urteil 8C_158/2009 vom 2. September 2009 E. 5.2, nicht publ. in: BGE 136 I 39). Entscheidend ist, ob dem Betroffenen ermöglicht wurde, seinen Standpunkt wirksam zur Geltung zu bringen (BGE 136 I 265 E. 3.2 S. 272; BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293; BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494; Urteil 2C_807/2015 vom 18. Oktober 2016 E. 2.2.1). Im öffentlichen Personalrecht können auch relativ informelle Äusserungsgelegenheiten vor der Kündigung dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch genügen, sofern dem Betroffenen klar war, dass er mit einer solchen Massnahme zu rechnen hatte (erwähntes Urteil 8C_158/2009 E. 5.2).

5.4 Das kantonale Gericht hat erwogen, mit E-Mail vom 9. Dezember 2015 sei der Beschwerdeführer zu einem «Personalgespräch» eingeladen worden, an das er eine Vertrauensperson habe mitnehmen dürfen. Nach der Gutheissung seines gegen die fristlose Kündigung gerichteten Rekurses habe er mit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müssen. Aufgrund seiner Kenntnis der gesamten Umstände aus dem vorgängigen Verfahren und der Begleitung durch seinen Rechtsvertreter sei er in der Lage gewesen, anlässlich der Anhörung sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht zu der in Aussicht genommenen Kündigung umfassend Stellung zu nehmen. Wie dem Protokoll der Kantonspolizei vom 16. Dezember 2015 über die Gewährung des rechtlichen Gehörs im Sinne von § 10 PGV entnommen werden könne, seien ihm ausschliesslich Sachverhalte vorgehalten worden, auf die sich bereits die aufgehobene fristlose Entlassung gestützt habe. Soweit dennoch eine Verletzung des rechtlichen Gehörs anzunehmen wäre, handle es sich höchstens um eine leichte Verletzung. Diese sei im Verfahren vor der PRK geheilt worden.

5.5 Laut Protokoll der Verhandlung vor der PRK vom 7. Dezember 2015, bei welcher es um einen Vergleich ging, brachte die Beschwerdegegnerin unmissverständlich zum Ausdruck, dass im Fall der Gutheissung des Rekurses gegen die fristlose Kündigung eine ordentliche Kündigung in Betracht gezogen werde. Es wurde seitens der Kantonspolizei auch kommuniziert, dass eine Weiterbeschäftigung aufgrund der als glaubwürdig eingeschätzten Aussagen der betroffenen Frauen nicht in Frage komme. Der die Kündigung aussprechenden Polizeibehörde ist daher nicht vorzuwerfen, über den Inhalt des geplanten Gesprächs vom 16. Dezember 2015 vorgängig nicht ausreichend informiert zu haben. Da der Beschwerdeführer unter den gegebenen Umständen mit einer ordentlichen Kündigung rechnen musste, kann nicht gesagt werden, er sei an einer wirksamen Interessenwahrung gehindert worden. Im Rahmen der Aussprache wurde der Beschwerdeführer einleitend darauf hingewiesen, dass er die Einschaltung einer Pause verlangen könne, um sich mit seinem Rechtsberater zu besprechen. Es wurde ihm weiter mitgeteilt, dass die Polizeileitung beabsichtige, ihm wegen schwerer Pflichtverletzung gemäss § 30 Abs. 2 lit. d PG per 31. März 2016 ordentlich zu kündigen und ihn per sofort freizustellen.

Alsdann wurde ihm und dem ihn von Beginn der personalrechtlichen Auseinandersetzung mit der Kantonspolizei vertretenden Anwalt Gelegenheit geboten, mündlich zu der ins Auge gefassten ordentlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses Stellung zu nehmen und allenfalls dagegen sprechende Einwände vorzutragen. Der Beschwerdeführer hat sich in der Folge auf die Aussage beschränkt, er möchte weiter bei der Polizei arbeiten. Weil bei der Anhörung keine bisher unbekannte Fakten oder entscheidrelevante Argumente auftauchten, verfügte die Beschwerdegegnerin die Kündigung noch gleichentags. Inwiefern die Kantonspolizei sich in diesem Zusammenhang auf Akten gestützt hätte, welche ihm vorenthalten worden wären, vermag der Beschwerdeführer nicht substanziiert aufzuzeigen. Da sich die Parteien wenige Tage vor der ordentlichen Kündigung vor der PRK intensiv mit dem der Verfügung vom 16. Dezember 2015 zugrunde liegenden Sachverhalt auseinandergesetzt haben, liegt keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor, wenn die Anstellungsbehörde keine Frist zur schriftlichen Stellungnahme gewährt hat. Eine allfällige, im vorliegenden Kontext als leicht zu betrachtende Verletzung des rechtlichen Gehörs müsste ohnehin als im Verfahren vor der PRK geheilt betrachtet werden. Die Sichtweise des kantonalen Gerichts, dass dem Anspruch auf rechtliches Gehör Genüge getan wurde, ist in Anbetracht des gesamten Verfahrensablaufs nicht zu beanstanden.

Bundesgericht, Urteil vom 30. November 2017, Doss.-Nr. 4A_296/2017 (Bestätigung des Urteils des Kantonsgerichts Luzern vom 20. April 2017)

Frage der Unterstellung unter einen ave GAV; Tätigkeit, die einem Betrieb das Gepräge gibt. Wären Aussenseiter zu Leistungen, die der GAV vorsieht, nicht verpflichtet, könnten sie sich einen Vorsprung zum Nachteil der dem GAV Unterworfenen verschaffen. Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung eines GAV ist es, 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 (E. 1.3).
Vorliegend verweigerte das Beschwerde führende Unternehmen die Kon-trolle durch die Paritätische Berufskommission Schreinergewerbe mit der Begründung, es falle nicht unter den GAV. Es wies darauf hin, der Handel mit Särgen habe so stark zugenommen, dass er das Volumen der Sargfabrikation überwiege. Dass der GAV die Sargproduktion erfasst, wird nicht in Abrede gestellt (E. 1.4.2).
Zwar wird im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Nebentätigkeit vorliegt, in der Lehre zum Teil auf das Geschäftsvolumen verwiesen,

dem zweifellos Bedeutung zukommen kann. Es ist in der Lehre aber auch unbestritten, dass für die Tätigkeit, die einem Betrieb das Gepräge gibt, die tatsächliche Tätigkeit ausschlaggebend ist (E. 1.4.3). Bestreitet die Beschwerdeführerin vor diesem Hintergrund die Unterstellung unter den GAV mit der Behauptung, der Handel mit Särgen habe so stark zugenommen, dass er das Volumen der Sargfabrikation überwiege, hat sie zu substanziieren, inwiefern sich die Zunahme des Handels konkret auf ihre Tätigkeiten ausgewirkt hat. Die Zunahme des Volumens kann durchaus Zeichen eines veränderten Gepräges sein. Da dies beim Handel aber nicht zwingend ist, hätte die Beschwerdeführerin substanziieren müssen, wie es zu der Volumenerhöhung gekommen ist beziehungsweise inwiefern sich ihre Tätigkeit dadurch verändert hat (E. 1.4.6).

Sachverhalt:

Die Zentrale Paritätische Berufskommission Schreinergewerbe (Klägerin; Be-schwerdegegnerin) ist ein Verein mit Sitz in Zürich. Ihr obliegt unter anderem die Durchführung von Kontrollen über die Einhaltung des Gesamtarbeitsvertrags für das Schreinergewerbe (nachfolgend GAV) in den Betrieben. Eine solche Kontrolle sollte durch die Paritätische Berufskommission Schreinergewerbe des Kantons Luzern auch im Betrieb der A. AG (Beklagte; Beschwerdeführerin) durchgeführt werden. Diese verweigerte die Kontrolle mit der Begründung, sie falle nicht unter den GAV.

Nach erfolgloser Schlichtungsverhandlung verlangte die Klägerin vor dem Bezirksgericht Willisau im Wesentlichen, die Beklagte sei zu verpflichten, die Kontrolle der Regionalen Paritätischen Kommission Schreinergewerbe (nachfolgend: RPK) zu dulden, wobei die Klägerin die vorzunehmenden Abklärungen (Arbeitsverhältnisse vom 1. Januar 2012 bis zur Lohnbuchkontrolle) sowie (anhand einer Liste) die vorzulegenden Dokumente präzisierte. Das Bezirksgericht hielt fest, im Rahmen der Verhandlungen seien die Parteien übereingekommen, die Vorfrage der Unterstellung der Beklagten unter den GAV solle durch ein Schiedsurteil verbindlich geklärt werden. In der Folge hätten die Parteien je drei Fachpersonen vorgeschlagen, aus denen das Gericht je eine Person zur Bildung des Spruchkörpers auszuwählen gehabt habe. Der Schiedsspruch sei am 6. Juli 2016 ergangen. Gemäss diesem unterstehe die Beklagte dem GAV. Vor diesem Hintergrund hiess der Einzelrichter des Bezirksgerichts am 18. Oktober 2016 die Klage mit zeitlicher Einschränkung auf die seit 21. Januar 2013 bestehenden Arbeitsverhältnisse gut. Die von der Beklagten gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde an das Kantonsgericht Luzern wies dieses am 20. April 2017 ab, soweit es darauf eintrat. Die Beklagte hatte vor Kantonsgericht erstmals die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten mit der Begründung, die Klägerin habe nicht ihren eigenen Kontrollanspruch eingeklagt, sondern jenen der kantonalen Paritätischen

Berufskommission. Sie habe den Prozess nicht als Stellvertreterin geführt, sondern als Prozessstandschafterin, was im Gesetz nicht vorgesehen und daher unzulässig sei. Das Kantonsgericht liess offen, ob es angehe, die Aktivlegitimation erstmals im Beschwerdeverfahren derart zu bestreiten. Es kam zum Schluss, die Klägerin habe einen eigenen Anspruch geltend gemacht, dessen Umsetzung gemäss GAV der Regionalen Paritätischen Kommission obliege. Im Gegensatz zur Beklagten ging das Kantonsgericht davon aus, die Unterstellungsfrage sei nicht durch ein Schiedsverfahren im Sinne von Art. 353 ff. ZPO entschieden worden, sondern durch ein Schiedsgutachten im Sinne von Art. 189 ZPO. Es hielt fest, es sei umstritten, ob mit einem solchen auch Rechtsfragen geklärt werden könnten. Die Beklagte rüge eine Verletzung der Beweisabnahme und eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts. Damit blende sie jedoch aus, dass sie erstinstanzlich insofern auf die Abnahme der von der Klägerin beantragten Beweise verzichtet habe, indem sie in dem Zusammenhang mit dem Beizug von zwei Schiedsmännern einverstanden gewesen sei. Und selbst wenn man die Vorbringen, das Bezirksgericht hätte als Rechtsfrage beantworten müs-sen, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb sein Gepräge gebe, als Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung auffassen wolle, würde dies nach Ansicht des Kantonsgerichts nichts ändern. Die Beklagte müsste sich entgegenhalten lassen, dass die Parteien offenbar selbst definiert hätten, dass die Frage der Unterstellung von der Beantwortung der Frage abhänge, ob die Beklagte selbst Särge herstelle. Die Beklagte verhalte sich widersprüchlich, wenn sie dies nicht mehr gegen sich gelten lassen wolle. Mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde beantragt die Beklagte dem Bundesgericht im Wesentlichen, die Klage abzuweisen. Eventuell verlangt sie eine Rückweisung an das Bezirksgericht oder das Kantonsgericht. Ihrem Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkungen gab das Bundesgericht mangels Widerspruchs statt. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, während das Kantonsgericht auf Vernehmlassung verzichtet.

Aus den Erwägungen:

1.

(…)

1.3 Nach Art. 189 Abs. 1 ZPO können die Parteien vereinbaren, über streitige Tatsachen ein Schiedsgutachten einzuholen. Dieses bindet das Gericht nach Art. 189 Abs. 3 ZPO hinsichtlich der darin festgestellten Tatsachen, wenn – zusätzlich zu zwei weiteren Voraussetzungen (lit. b und c) – die Parteien über das Rechtsverhältnis frei verfügen können (lit. a). Mit der überwiegenden Lehre stellt das Bundesgericht für die Voraussetzung nach Art. 189 Abs. 3 lit. a ZPO grundsätzlich darauf ab, ob der streitige Anspruch nach Art. 354 ZPO schiedsfähig ist (BGE 141 III 201 E. 3.2.1

S. 205). Art. 354 ZPO hält fest, Gegenstand eines Schiedsverfahrens könne jeder Anspruch sein, über den die Parteien frei verfügen können. "Frei über einen Anspruch verfügen" bedeutet, dass die Parteien darauf verzichten oder sich darüber vergleichen können (BGE 142 III 220 E. 3.5 S. 230).

Durch die Allgemeinverbindlicherklärung kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages durch Anordnung der zuständigen Behörde auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind (Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen; SR 221.215.311; AVEG).

Wären Aussenseiter zu Leistungen, die der GAV vorsieht, nicht verpflichtet, könnten sie sich einen Vorsprung zum Nachteil der dem GAV Unterworfenen verschaffen. Ebenso könnten diese benachteiligt werden, wenn Aussenseiter Arbeit zu ungünstigeren Bedingungen annehmen und die beteiligten Arbeitnehmer von ihren Arbeitsplätzen verdrängen (vgl. schon Botschaft vom 29. Januar 1954 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit, BBl 1954 I 125 ff. S. 126 Ziff. I. 1.2.). Sinn und Zweck der Allgemeinverbindlicherklärung ist es, 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 (Urteil des Bundesgerichts 4A_377/2009 vom 25. November 2009 E. 3.1 und 5.2). Könnten die Paritätischen Berufskommissionen und die betroffenen Aussenseiter frei über die Unterstellung verfügen, bestünde die Gefahr, dass Konkurrenten nicht gleich behandelt werden und sich gewisse Aussenseiter so einen Vorteil verschaffen könnten, was dem Sinn eines GAVs widerspräche. Gerade im Falle der Allgemeinverbindlicherklärung ist das Rechtsgleichheitsprinzip mit besonderer Strenge zu beachten (VISCHER/ALBRECHT, Zürcher Kommentar, 4. Aufl. 2006, N. 123 zu Art. 356b OR). Dies spricht gegen eine freie Verfügbarkeit. Allerdings könnten allfällige Missbräuche auch mit der Ausserkraftsetzung der Allgemeinverbindlichkeit sanktioniert werden (Art. 18 Abs. 2 AVEG; VISCHER/ALBRECHT, a.a.O., N. 123 zu Art. 356b OR).

1.4 Die Frage braucht nicht abschliessend behandelt zu werden. Die Beschwerdeführerin selbst macht geltend, einzig der Richter hätte die Vorfrage betreffend die Unterstellung unter den GAV entscheiden dürfen. Dazu wäre nach Auffassung der Beschwerdeführerin die Rechtsfrage zu beantworten gewesen, welche der festgestellten Tätigkeiten ihrem Betrieb das Gepräge geben.

1.4.1 Bei einem Branchenvertrag unterstehen diejenigen Arbeitnehmer dem 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 (BGE 142 III 758 E. 2.2 S. 760; 134 III 11 E. 2.1 S. 13 mit Hinweisen; Urteile des Bundesgerichts 4C.45/2002 vom 11. Juli 2002 E. 2.1.1; 4C.350/2000 vom 12. März 2001 E. 3b). Nach dem Grundsatz der Tarifeinheit gilt der GAV für den ganzen Betrieb und somit auch für berufsfremde Arbeitnehmer. Allerdings können innerhalb ein und desselben Betriebes mehrere Teile bestehen, welche eine unterschiedliche Zuordnung rechtfertigen, weil sie eine genügende, auch nach aussen erkennbare Selbständigkeit aufweisen. In diesen Fällen können auf die einzelnen Teile des Unternehmens unterschiedliche Gesamtarbeitsverträge zur Anwendung gelangen. Massgebliches Zuordnungskriterium ist somit die Art der Tätigkeit, die dem Betrieb oder dem selbständigen Betriebsteil das Gepräge gibt (BGE 142 III 758 E. 2.2 S. 760; 134 III 11 E. 2.1 S. 13; zit. Urteil 4A_377/2009 E. 3.1). Dabei ist Tatfrage, welche Tätigkeiten in einem Betrieb oder selbstständigen Betriebsteil in welchem Ausmass vorkommen. Rechtsfrage ist dagegen, welche der festgestellten Tätigkeiten dem Betrieb das Gepräge geben (BGE 142 III 758 E. 2.3 S. 760).

1.4.2 Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, sie habe in ihrer mündlichen Klageantwort ausgeführt, der Handel mit Särgen habe so stark zugenommen, dass er das Volumen der Sargfabrikation überwiege. Sie moniert, die kantonalen Instanzen hätten die diesbezüglichen Beweisanträge der Beschwerdegegnerin abnehmen müssen. Vor Bundesgericht behauptet die Beschwerdeführerin damit nicht mehr, die Sargfabrikation werde nicht vom GAV erfasst, noch bestreitet sie die Sargfabrikation als solche. Soweit dies Gegenstand des Schiedsgutachtens war, kommt ihm angesichts der Ausführungen der Beschwerdeführerin keine Bedeutung zu.

1.4.3 Zwar wird im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Nebentätigkeit vorliegt, in der Lehre zum Teil auf das Geschäftsvolumen verwiesen (WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 35 zu Art. 357 OR), dem zweifellos Bedeutung zukommen kann (vgl. aber Urteil des Bundesgerichts 4C.191/2006 vom 17. August 2006 E. 2.4). Es ist aber auch in der Lehre unbestritten, dass für die Tätigkeit, die einem Betrieb das Gepräge gibt, die tatsächliche Tätigkeit ausschlaggebend ist (vgl. PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., N. 35 zu Art. 357 OR; JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 1999, N. 53 zu Art. 356 OR; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, N. 13 zu Art. 356 OR; CHRISTIAN BRUCHEZ, in: Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon [Hrsg.], 2013, N. 74 zu Art. 356 OR). 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 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; zit. Urteil 4A_377/2009 E. 3.1).

1.4.4 Soll der Gesamtarbeitsvertrag seine Schutzfunktion erfüllen, muss für die Parteien leicht erkennbar sein, ob sie ihm unterstehen oder nicht (BGE 141 V 657 E. 4.4 S 664 mit Hinweisen; in diesem Punkte zustimmend: JÜRG BRÜHWILER, Unterstellung von Aussenseiter-Mischbetrieben unter allgemeinverbindliche Gesamtarbeitsverträge, in: Arbeitsrecht: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV/DTA] 2016 S. 69 ff. 78). Wird einfach darauf abgestellt, ob das Geschäftsvolumen im Handel oder in der Produktion überwiegt, führt dies zwar zu eindeutigen Ergebnissen. Veränderungen im Geschäftsvolumen können aber gerade beim Handel auch durch Umstände bedingt sein, die weder in einem direkten Zusammenhang mit der entfalteten Tätigkeit stehen noch merkliche Auswirkungen darauf haben. Wird in derartigen Situationen allein auf das Geschäftsvolumen abgestellt, hängt die Unterstellung unter den GAV nicht von der entfalteten Tätigkeit ab, die dem Betrieb das Gepräge gibt, sondern von mehr oder weniger zufälligen Schwankungen in den Geschäftszahlen. Dies würde der Schutzfunktion des Gesamtarbeitsvertrags nicht entsprechen. Eine Zunahme des Geschäftsvolumens beim Handel kann auf einer Ausweitung der Tätigkeit in diesem Bereich beruhen oder zumindest Anpassungen in der Tätigkeit erfordern, soweit die Bewältigung des erhöhten Geschäftsvolumens Anpassungen im Einsatz der zur Verfügung stehenden Ressourcen bedingt. Eine Erhöhung des Geschäftsvolumens im Handel kann aber auch lediglich dadurch bedingt sein, dass beispielsweise eine Grossbestellung eingeht, was, sofern ihre Bearbeitung im Vergleich zu einer Kleinbestellung nicht mit Mehraufwand verbunden ist, keine merkliche Auswirkungen auf die im Betrieb entfaltete Tätigkeit und damit dessen Gepräge zeitigt. Für das Gepräge kann in derartigen Fällen nicht allein auf das Geschäftsvolumen abgestellt werden. Massgebend ist vielmehr, ob die Veränderung des Geschäftsvolumens ihren Grund in einer Veränderung der Tätigkeit des Betriebes hat, indem die bisherige Nebentätigkeit zur Haupttätigkeit wird und neu dem Betrieb oder Betriebsteil das Gepräge gibt, oder ob die positive Veränderung im Geschäftsvolumen lediglich auf Schwankungen im Erfolg der im wesentlich unverändert ausgeübten Nebentätigkeit zurückzuführen sind, die, soweit sie keine Ausweitung der Nebentätigkeit erforderlich machen oder die Beurteilung der Konkurrenzsituation verändern, am Gepräge des Betriebes nichts ändern.

1.4.5 Wie es sich damit verhält, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Über diese kann, da es sich um Vorgänge innerhalb des jeweiligen Betriebes handelt, die paritätische Kommission aus eigener Kenntnis in aller Regel keine Angaben machen. Es ist die Be-

schwerdeführerin, welche die konkreten Auswirkungen auf ihren Betrieb kennt und diesbezüglich näher am Beweis steht (vgl. BGE 115 II 1 E. 4 S. 2). Ein derartiges Informationsgefälle erhöht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anforderungen an die Substanziierung der Bestreitung durch die beklagte Partei (vgl. BGE 115 II 1 E. 4 S. 2; 133 III 43 E. 4.1 S. 54 je mit Hinweis). Daran hat sich mit Inkrafttreten der eidgenössischen ZPO nichts geändert (RAOUL A. MEIER, Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2015, S. 132 ff. Rz. 279 ff.; ANNETTE DOLGE, Anforderungen an die Substanzierung, in: Substantiieren und Beweisen, 2013, S. 17 ff. S. 24).

1.4.6 Gestützt auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin ist davon auszugehen, dass sie tatsächlich Särge produziert und diese Produktion dem Betrieb ursprünglich (vor der Zunahme des Geschäftsvolumens im Handel) sein Gepräge gegeben hat. Dass der GAV die Sargproduktion erfasst, wird von der Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr substanziiert in Abrede gestellt, so dass der angefochtene Entscheid diesbezüglich nicht zu überprüfen ist (BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f., 115 E. 2 S. 116). Bestreitet die Beschwerdeführerin vor diesem Hintergrund die Unterstellung unter den GAV mit der Behauptung, der Handel mit Särgen habe so stark zugenommen, dass er das Volumen der Sargfabrikation überwiege, hat sie nach dem Gesagten zu substanziieren, inwiefern sich die Zunahme des Handels konkret auf ihre Tätigkeiten ausgewirkt hat. Die Zunahme des Volumens kann durchaus Zeichen eines veränderten Gepräges sein. Da dies beim Handel aber nicht zwingend ist, hätte die Beschwerdeführerin substanziieren müssen, wie es zu der Volumenerhöhung gekommen ist bezie-hungsweise inwiefern sich ihre Tätigkeit dadurch verändert hat. Sonst kann das Gericht nicht beurteilen, ob der Veränderung für das Gepräge des Betriebs Bedeutung zukommt, und wird eine sinnvolle Beweisabnahme verunmöglicht. Auch für ein gerichtliches Gutachten muss klar sein, welche Tatsachen Gegenstand der Begutachtung sind. Ohne substanziierte Bestreitung lässt sich das Beweisthema nicht eingrenzen. Es kann von einem Betrieb, dessen Produktion an sich vom GAV erfasst wird und der seine Unterstellung mit Blick auf eine Zunahme des Geschäftsvolumens im Handel im Vergleich zur Produktion bestreitet, verlangt werden, dass er seine Bestreitung substanziiert, indem er darlegt, inwiefern die Zunahme des Geschäftsvolumens im Handel sich konkret auf seinen Betrieb und damit auf sein Gepräge ausgewirkt hat. Eine derart substanziierte Bestreitung wäre auch der Beschwerdeführerin ohne weiteres möglich und zuzumuten gewesen.

1.4.7 Dass die Beschwerdeführerin ihre Bestreitung im dargelegten Sinne hinreichend substanziiert hätte, zeigt sie nicht auf und ist auch nicht festgestellt. Vielmehr hielt die Vorinstanz fest, die Parteien hätten offenbar selbst definiert, dass die Frage der Unterstellung von der Beantwortung der

Frage abhänge, ob die Beschwerdeführerin selbst Särge herstelle. Fehlt es aber an einer substanziierten Bestreitung, waren die kantonalen Instanzen nicht gehalten, abzuklären, inwiefern die behauptete Erhöhung des Geschäftsvolumens im Handel das Gepräge des Betriebes der Beschwerdeführerin beeinflusst hat, und ist insoweit auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs gegeben. Damit würde sich im Ergebnis, selbst wenn ein Schiedsgutachten oder ein Schiedsverfahren im Zusammenhang mit der Unterstellung von Aussenseitern unzulässig sein sollte, nichts ändern. Daher muss auf die diesbezüglichen Rügen nicht eingetreten werden.

1.5 Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit darin die Unzulässigkeit der Prozessstandschaft thematisiert wird. Die Vorinstanz nahm nicht an, die Beschwerdegegnerin habe Ansprüche eines Dritten geltend gemacht. Das Rechtsbegehren lautete nach den Vorbringen der Beschwerdeführerin selbst: " Die Beklagte sei zu verpflichten, die Kontrolle der Regionalen Paritätischen Kommission Schreinergewerbe zu dulden ". Daraus ergibt sich entgegen dem, was die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint, nicht zwingend, dass die Beschwerdegegnerin in eigenem Namen den Anspruch eines Dritten geltend macht, denn mit diesem Begehren kann sie ihren eigenen Anspruch darauf geltend machen, dass die Beschwerdeführerin die Kontrolle durch einen Dritten duldet. Ob ihr gemäss GAV ein derartiger Anspruch zusteht, ist eine Frage der materiellen Beurteilung der Klage. Da die Beschwerdeführerin aber selbst anerkennt, die Beschwerdegegnerin könne die Kontrolle gestützt auf den GAV von der RPK oder einer anderen externen Kontrollstelle stellvertretend durchführen lassen, ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Anspruch für ausgewiesen erachtete.

2.

Damit ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig.

Bundesgericht, Urteil vom 7. Dezember 2017, Doss.-Nr. 4A_207/2017 (teilweise Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts von Graubünden vom 14. Februar 2017)

Auf eine Entschädigung von Überstunden kann durch schriftliche Vereinbarung verzichtet werden (Art. 321c Abs. 3 OR), während dies für eine Entschädigung von Überzeit nicht bzw. – in casu interessierend – nur bis maximal 60 Stunden in einem Kalenderjahr zulässig ist (Art. 13 Abs. 1 ArG) (E. 2.1).

Anspruchsbegründend und damit vom Arbeitnehmer zu beweisen ist der Umfang der von ihm geleisteten Arbeit, die über die zulässige Höchstarbeitszeit hinausgehen und zudem mehr als 60 Stunden in ei-

nem Kalenderjahr betragen muss. Die Kompensation von geleisteter Überzeit durch Freizeit von gleicher Dauer (Art. 13 Abs. 2 ArG) ist demgegenüber eine anspruchsvernichtende Tatsache, die vom Arbeitgeber zu beweisen ist. Indem Art. 9 Abs. 1 ArG als Grundsatz wöchentliche Höchstarbeitszeiten festlegt, macht er die Woche zur Referenzperiode für die Bestimmung, ob Überzeit geleistet wurde. Zu verstehen ist darunter die Kalenderwoche. Wird die Arbeitsleistung von einem Arbeitnehmer für eine bestimmte längere Zeitspanne (z.B. Monate oder Jahre) zusammengefasst vorgetragen, verunmöglicht dies nicht die Anwendung von Art. 13 ArG. Denn auch so lässt sich die in concreto massgebliche, diesfalls ebenfalls zusammengefasste Höchstarbeitszeit berechnen, die Frist gemäss Art. 25 Abs. 2 ArGV 1 für eine mögliche Kompensation bestimmen sowie die Anzahl betroffener Kalenderjahre im Hinblick auf die 60 nicht zu entschädigenden Stunden Überzeit festsetzen (E. 2.2.2.2).

Sachverhalt:

B. (Arbeitnehmer, Kläger, Beschwerdegegner) war ab August 2000 Geschäftsführer der C. AG. Diese fusionierte 2007 mit der D. AG und firmierte fortan als A. AG (Arbeitgeberin, Beklagte, Beschwerdeführerin), wobei der bisherige Direktor der D. AG zum Direktor der Beklagten ernannt wurde. Der Kläger war neu als Projektleiter für Infrastrukturprojekte vorgesehen. Aufgrund Nichteinigung über die künftigen Anstellungsbedingungen kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per Ende April 2008. In der Folge einigten sich die Parteien auf einen neuen, per Mai 2008 in Kraft getretenen Arbeitsvertrag. Nachdem der Kläger mit einer später von der Beklagten vorgeschlagenen Lohnreduktion nicht einverstanden war, kündigte diese das Arbeitsverhältnis per Ende Mai 2010. In der Folge machte der Kläger diverse Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend.

Mit Klage vom 18. November 2011 beim Bezirksgericht Maloja verlangte der Kläger von der Beklagten insgesamt Fr. 164'636.– nebst Zins, sich zusammensetzend aus Bonus- (Fr. 42'500.–), Überstunden- (Fr. 98'736.–) und Ferienentschädigungsansprüchen (Fr. 23'400.–). Das Bezirksgericht wies die Klage mit Urteil vom 18. Februar 2014 (mitgeteilt am 6. Januar 2015) vollumfänglich ab.

Das Kantonsgericht von Graubünden hiess die Berufung des Klägers teilweise gut und verpflichtete die Beklagte mit Urteil vom 14. Februar 2017 zur Bezahlung von insgesamt Fr. 89'318.15 nebst Zins. Wie das Bezirksgericht verneinte es Bonusansprüche. Hingegen erachtete es einen Überzeitanspruch von Fr. 77'737.05 und einen Ferienentschädigungsanspruch von Fr. 11'581.10 als ausgewiesen.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 24. April 2017 beantragt die Beklagte, das Urteil des Kantonsgerichts sei kostenfällig aufzuheben und die

Klage sei, soweit Fr. 8'212.10 nebst Zins übersteigend, abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen.

Der Beschwerdegegner beantragt, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen. Das Kantonsgericht beantragt ebenfalls Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, verzichtet unter Hinweis auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid jedoch auf Gegenbemerkungen.

Aus den Erwägungen:

2.

Die Beschwerdeführerin wendet sich in ihrer Beschwerde primär gegen die von der Vorinstanz – im Gegensatz zur Erstinstanz – zuerkannten Entschädigung von Fr. 77'737.05 für Überzeit. Damit habe die Vorinstanz in mehrfacher Hinsicht gegen Bundesrecht verstossen.

2.1 Die Vorinstanz hielt zu diesem Anspruch fest, zu unterscheiden sei zwischen Überstunden nach Art. 321c OR einerseits und Überzeit gemäss Art. 13 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) andererseits. Auf eine Entschädigung von Überstunden könne vorgängig durch schriftliche Vereinbarung verzichtet werden (vgl. Art. 321c Abs. 3 OR), während dies für eine Entschädigung von Überzeit nicht bzw. – hier interessierend – nur bis maximal 60 Stunden in einem Kalenderjahr zulässig sei (vgl. Art. 13 Abs. 1 ArG). Auf Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben würden (Art. 3 lit. d ArG), sei das ArG jedoch nicht anwendbar. Vor diesem Hintergrund sei zu differenzieren: bis Ende Juli 2007 sei der Beschwerdegegner als Geschäftsführer tätig gewesen, was als höhere leitende Tätigkeit zu qualifizieren sei. Ab August 2007 sei er hingegen als Projektleiter Infrastruktur angestellt gewesen. Dabei sei er zwar als leitender Angestellter im Sinne des Privatrechts einzustufen, nicht aber als Arbeitnehmer, der eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG ausübt, weshalb er ab August 2007 dem ArG unterstanden habe. Diese vorinstanzliche Beurteilung wird von der Beschwerdeführerin dem Grundsatz nach ausdrücklich nicht angefochten – entsprechend hat es dabei ohne Weiteres sein Bewenden.

Einen Anspruch auf Überstundenentschädigung nach Art. 321c OR verneinte die Vorinstanz für die gesamte Zeit, da in beiden schriftlichen Arbeitsverträgen eine Entschädigung hierfür ausdrücklich ausgeschlossen worden sei. Der Beschwerdegegner hält in seiner Beschwerdeantwort zwar daran fest, dass dieser Ausschluss nicht rechtsgültig gewesen sei. Abgesehen davon, dass er dabei den Sachverhalt erweitert, ohne die diesbezüglichen Vorgaben zu beachten, setzt er sich auch nicht weiter mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz auseinander, womit er den Be-

gründungsanforderungen nicht genügt. Insofern hat es daher ohne Weiteres sein Bewenden mit der vorinstanzlichen Beurteilung.

Einen Anspruch auf Überzeitentschädigung nach Art. 13 Abs. 1 ArG verneinte die Vorinstanz für die Tätigkeit des Beschwerdegegners als Geschäftsführer, bejahte ihn hingegen für seine Tätigkeit als Projektleiter Infrastruktur ab August 2007. Zu prüfen bleibe, ob die Mehrarbeit des Beschwerdegegners ausgewiesen und die Überzeit entsprechend zu entschädigen sei. Dabei habe der Arbeitnehmer nachzuweisen, dass er Mehrarbeit geleistet habe und diese angeordnet oder betrieblich notwendig gewesen sei. Der Anordnung gleichgesetzt sei es, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis gehabt habe oder hätte haben müssen, dagegen nicht eingeschritten sei und sie damit genehmigt habe (unter Hinweis auf Urteil 4A_42/2001 [recte: 2011] vom 15. Juli 2001 [recte: 2011] E. 5.2). Aus den Akten gehe hervor, dass der Beschwerdegegner unter dem Titel «Zuteilung Stunden-Aufwand auf Projekte» resp. «Projekt-Aufteilung» regelmässig Rapporte eingereicht habe, aus welchen u.a. auch die Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden hervorgegangen sei. Diese Rapporte seien von der Beschwerdeführerin jeweils quittiert worden. Aus welchen Gründen die Beschwerdeführerin diese Rapporte gefordert habe, spiele keine Rolle – entscheidend sei nur, dass sie von der Leistung von Mehrarbeit Kenntnis gehabt und nicht ausdrücklich Einsprache dagegen erhoben habe. Ihr Vorbringen, wonach sie den Beschwerdegegner nie aufgefordert habe, die Arbeitsstunden zu rapportieren, stosse deshalb ebenso ins Leere, wie dass es sich bei den eingereichten Rapporten bloss um grobe Schätzungen und Aufteilungen des Aufwands auf die einzelnen Projekte gehandelt habe, die weder kontrolliert noch unterschriftlich genehmigt worden seien. Fest stehe, dass der Beschwerdegegner auf ihre Anordnung monatlich Auskunft über die für die jeweiligen Projekte aufgewendeten Arbeitsstunden gegeben habe und diese Rapporte von der Beschwerdeführerin gegengezeichnet worden seien. Wäre sie mit den Rapporten und den darin aufgeführten Arbeitsstunden nicht einverstanden gewesen, hätte sie dagegen einschreiten müssen. Da sie dies nicht gemacht habe, würden die in den eingereichten Arbeitsrapporten aufgeführten Arbeitsstunden als von ihr genehmigt gelten.

Die hier einschlägige wöchentliche Höchstarbeitszeit betrage 45 Stunden pro Woche (Art. 9 Abs. 1 lit. a ArG). Bei darüber hinausgehenden Arbeitsstunden handle es sich um Überzeit, die mit einem Zuschlag von mindestens 25% zu entlöhnen sei. Allerdings seien die ersten 60 Stunden Überzeit in einem Kalenderjahr aufgrund der getroffenen schriftlichen Vereinbarung nicht zu entschädigen (Art. 13 Abs. 1 ArG). Dieses Regime gelte für die Arbeitstätigkeit des Beschwerdegegners ab August 2007, doch habe er nur Überzeit ab November 2007 eingeklagt. Unter dem ersten Arbeitsvertrag, gültig bis Ende April 2008, habe der durchschnittliche Stundenlohn Fr. 54.90 betragen, danach Fr. 52.12. Aus den eingereichten

Rapporten ergebe sich eine gemäss ArG zu entschädigende Überzeit von insgesamt 1'285 Stunden, die sich wie folgt berechne:

- Kalenderjahr 2007 (November und Dezember): 32 Stunden
  452 Arbeitsstunden, minus Höchstarbeitszeit, minus 60 Stunden.
- Kalenderjahr 2008:
  Januar bis und mit April: 216 Stunden
  956 Arbeitsstunden, minus Höchstarbeitszeit, minus 20 Stunden.
  Mai bis und mit Dezember: 470 Stunden
  1'950 Arbeitsstunden, minus Höchstarbeitszeit, minus 40 Stunden.
- Kalenderjahr 2009: 294 Stunden
  2'514 Arbeitsstunden, minus Höchstarbeitszeit, minus 60 Stunden.
- Kalenderjahr 2010 (Januar bis und mit Mai): 273 Stunden
  1'233 Arbeitsstunden, minus Höchstarbeitszeit, minus 60 Stunden.

Für die Zeit von November 2007 bis Ende April 2008 mache dies einen Betrag von Fr. 13'615.20 aus, für die Zeit von Mai 2008 bis Ende Mai 2010 einen solchen von Fr. 54'048.45. Nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge von insgesamt Fr. 5'474.– resultiere ein Nettolohn von total Fr. 62'189.65, was nach Addition des gesetzlichen Zuschlags von 25% einen Gesamtbetrag von Fr. 77'737.05 ergebe.

2.2

2.2.1 Gegen diese Beurteilung wendet die Beschwerdeführerin zunächst ein, Art. 55 Abs. 1 ZPO sei verletzt worden. Denn der Beschwerdegegner habe die Tatsachen, auf die er seinen Anspruch für Mehrarbeit stütze, nicht ausreichend substanziiert vorgetragen, was sie erstinstanzlich in ihrer Klageantwort und in ihrer Duplik entsprechend moniert habe. Der Beschwerdegegner habe in seiner Klage nur pauschal die von ihm in den (jeweils von November bis Oktober dauernden) Geschäftsjahren 2008, 2009 und 2010 angeblich geleistete Arbeitszeit sowie die dadurch behauptetermassen angefallenen Stunden Überzeit angegeben. Bei Überzeitarbeit handle es sich allerdings um geleistete Arbeitszeit, welche die wöchentliche Höchstarbeitszeit nach Art. 9 ArG überschreite. Mit Behauptungen auf (Geschäfts-)Jahresbasis liessen sich von vornherein keine auf Wochenbasis zu bestimmenden Überzeitstunden ableiten, weshalb weder eine substanziierte Bestreitung noch eine gerichtliche Beurteilung möglich gewesen sei. Die Vorinstanz habe dennoch eine Berechnung gestützt auf (Kalender-) Jahresbasis vorgenommen, wobei sie das vermeintliche Tatsachenfundament hierfür selbst in den vom Beschwerdegegner eingereichten Arbeitsrapporten vom November 2007 bis Mai 2010 zusammengesucht habe. Da diese Beilage jedoch einzig zum Beweis der globalen Behauptung der Arbeitszeiten in den Geschäftsjahren angerufen worden sei, hätte die Vorinstanz sie nicht zur Vervollständigung und Ergänzung fehlender Behauptungen, etwa zur pro Kalenderjahr geleisteten Arbeitszeit, beiziehen dürfen. Da in diesen Rapporten die Arbeitsstunden ohnehin nur monatsweise und nicht auf Wochen- oder Tagesbasis aufgelistet seien, wäre eine Beur-

teilung, die auf Wochenbasis erfolgen müsse, selbst dann nicht möglich, wenn darauf abgestützt werden dürfte.

Die Beschwerdeführerin macht damit zweierlei geltend: erstens, rechtsrelevant und entsprechend zu behaupten sei die in jeder einzelnen Woche geleistete Arbeits- und infolgedessen auch Überzeit. Ohne diese Angabe sei eine Anwendung von Art. 13 ArG gar nicht erst möglich. Und zweitens, da der Beschwerdegegner einzig seine Arbeitszeit pro Geschäftsjahr behauptet habe, sei es der Vorinstanz verwehrt gewesen, gestützt auf die von ihm dazu eingereichten Rapporte die Arbeitszeit pro Kalenderjahr zu bestimmen und ihre Berechnungen darauf abzustützen.

2.2.2

2.2.2.1 Wie weit anspruchsbegründende Tatsachen inhaltlich zu substanziieren sind, damit sie unter die massgeblichen Bestimmungen des materiellen Rechts subsumiert werden können, bestimmt das materielle Bundesrecht. Die jeweiligen Anforderungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und anderseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei. Tatsachenbehauptungen müssen so konkret formuliert sein, dass ein substanziiertes Bestreiten möglich ist oder der Gegenbeweis angetreten werden kann. Die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung sind dabei tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst den erforderlichen Grad an die Substanziierung einer Bestreitung (Urteil 4A_299/2015 vom 2. Februar 2016 E. 2.3 mit umfassenden Hinweisen, nicht publ. in: BGE 142 III 84).

2.2.2.2 Vorliegend geht es um die Entschädigung für die Leistung von Überzeitarbeit. Anspruchsbegründend und damit vom Arbeitnehmer zunächst zu behaupten, bei Bestreitung alsdann zu substanziieren und schliesslich auch zu beweisen, ist der Umfang der von ihm geleisteten Arbeit, die über die zulässige Höchstarbeitszeit hinausgehen und zudem mehr als 60 Stunden in einem Kalenderjahr betragen muss. Die Kompensation von geleisteter Überzeit durch Freizeit von gleicher Dauer (vgl. Art. 13 Abs. 2 ArG) ist demgegenüber eine anspruchsvernichtende Tatsache, die von der Arbeitgeberin zu beweisen ist (siehe hierzu Urteile 4C.142/2005 vom 15. Juni 2006 E. 4.1 und 4.3; 4C.307/2006 vom 26. März 2007 E. 3).

Indem Art. 9 Abs. 1 ArG als Grundsatz wöchentliche Höchstarbeitszeiten festlegt, macht er die Woche zur Referenzperiode für die Bestimmung, ob Überzeit geleistet wurde. Zu verstehen ist darunter die Kalenderwoche (ADRIAN VON KAENEL, in: Arbeitsgesetz, Geiser/von Kaenel/Wyler [Hrsg.], 2005, N. 22 und 27 zu Art. 9 ArG; SECO, Wegleitung zum ArG, Oktober 2017, Allgemeines zu Art. 9 ArG). Vom Arbeitnehmer als rechtsbegründende Tatsachen zu behaupten sind daher seine Arbeitszeiten während denjenigen Kalenderwochen, in denen er die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten haben will. Vom Arbeitgeber als rechtsvernichtende Tatsachen zu behaupten sind hingegen die Arbeitszeiten während denjenigen Kalenderwochen, in denen eine – das Einverständnis des Arbeitnehmers

voraussetzende – Kompensation gemäss Art. 13 Abs. 2 ArG stattgefunden haben soll. Ohne Einfluss auf das Ausmass der Überzeit bleiben Kalenderwochen, in denen weder die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten wurde noch eine Kompensation erfolgte. Die Arbeitsleistung ist daher grundsätzlich auf Wochenbasis zu behaupten.

Wird die Arbeitsleistung von einem Arbeitnehmer dennoch – wie hier – zusammengefasst für eine bestimmte längere Zeitspanne (z.B. Monate oder Jahre) vorgetragen, verunmöglicht dies eine Anwendung von Art. 13 ArG allerdings entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht. Denn auch so lässt sich die in concreto massgebliche, diesfalls ebenfalls zusammengefasste Höchstarbeitszeit berechnen, die Frist gemäss Art. 25 Abs. 2 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1; SR 822.111) für eine mögliche Kompensation bestimmen sowie die Anzahl betroffener Kalenderjahre im Hinblick auf die 60 nicht zu entschädigenden Stunden Überzeit festsetzen. Abgesehen davon, dass die Last der Zuordnung der behaupteten Arbeitsstunden auf einzelne Kalenderwochen entfällt, ist eine solch zusammengefasste Geltendmachung für den Arbeitnehmer inhaltlich bestenfalls gleichwertig mit einer wochenbasierten Behauptung, nicht aber vorteilhafter. Denn zum einen enthält ein solch zusammengefasstes Vorbringen auch eine (zumindest implizite) Behauptung bezüglich Kalenderwochen mit Kompensationen während dieser Zeitspanne, obwohl der Arbeitnehmer diesbezüglich nicht behauptungsbelastet ist. Zum anderen wirken sich so Kalenderwochen, in denen weder Überzeit geleistet wurde noch eine Kompensation erfolgte, zum Nachteil des Arbeitnehmers aus, indem sich die Überzeit um die unter der wöchentlichen Höchstarbeitszeit liegenden Anzahl Stunden in solchen Kalenderwochen reduziert.

Ein Beispiel soll dies illustrieren: Ob ein Arbeitnehmer, bei dem die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 Stunden beträgt, nun in der Kalenderwoche 12 55 Stunden und in der nächsten 45 gearbeitet hat, dies gerade umgekehrt der Fall war oder er in beiden Wochen je 50 Stunden gearbeitet hat, ist – soweit den hier interessierenden Entschädigungsanspruch betreffend – einerlei (ob es sich damit bei den verwaltungs- oder strafrechtlichen Bestimmungen des ArG anders verhält, kann hier offenbleiben). Die Überzeit beläuft sich stets auf insgesamt 10 Stunden. Hat er in der Kalenderwoche 12 60 Stunden gearbeitet und in der nächsten 40, beträgt die Überzeit in der ersten Woche 15 Stunden. In der Woche mit 40 Arbeitsstunden kann eine Kompensation von 5 Stunden Überzeit erfolgt sein, muss aber nicht – das wäre gegebenenfalls vom Arbeitgeber darzutun. Bei einer solchen Aufteilung der Arbeitslast beläuft sich die Überzeit somit entweder auf 10 oder auf 15 Stunden. Macht nun ein Arbeitnehmer zusammengefasst geltend, während diesen zwei Wochen (addierte Höchstarbeitszeit von 90 Stunden) insgesamt 100 Stunden gearbeitet zu haben, behauptet er 10 Stunden Überzeit. Im Vergleich mit einer wochenweisen Behauptung kann er damit höchstens gleichziehen, nicht aber einen Vorteil erlangen.

Art. 13 ArG dient primär den Interessen des Arbeitnehmers (BGE 136 III 539 E. 2.5.3 S. 543). Diesem Zweck widerspräche es, aus formalistischen Gründen eine an sich mögliche Beurteilung einer für eine längere Zeitspanne zusammengefasst geltend gemachten Arbeitsleistung abzulehnen, obwohl sich eine solche Geltendmachung rechnerisch höchstens zum Nachteil, nicht aber zum Vorteil des Arbeitnehmers auswirken kann. Dies erst recht auch mit Blick darauf, dass durch die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR der Beweis sowohl des Umfangs als auch des Bestehens geleisteter Mehrstundenerleichtert werden kann (zit. Urteil 4C.307/2006 E. 3.2 mit Hinweisen).

2.2.2.3 Im Kern zutreffend ist das von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorgebrachte Argument, viele Monate enthielten bekanntlich auch angebrochene Arbeitswochen. Wie es sich mit den einzelnen Monaten verhält, ist zwar nicht entscheidend; vielmehr kommt es auf die Zeitspanne an, für die zusammengefasst die Leistung von Überzeit behauptet wird. Bei dieser Zeitspanne muss es sich um eine Kalenderwoche oder ein Mehrfaches davon handeln, denn auch wenn die Arbeitsleistung für eine längere Zeitspanne zusammengefasst geltend gemacht wird, bleibt die Kalenderwoche die Referenzgrösse. Mit angebrochenen Wochen würde (implizit) unterstellt, dass auch in diesen angebrochenen Wochen die wöchentliche Höchstarbeitszeit insgesamt überschritten wurde. Das kann der Fall gewesen sein, muss aber nicht, wobei ohne Behauptungen zur Arbeitsleistung im Wochenteil, der ausserhalb der geltend gemachten Zeitspanne liegt, nicht zu Gunsten des hierfür die Beweislast tragenden Arbeitnehmers davon ausgegangen werden darf.

Dem trug der Beschwerdegegner nicht ausreichend Rechnung, beginnt doch die von ihm geltend gemachte Zeitperiode (1. November 2007 bis 31. Mai 2010) mit einem Donnerstag und endet an einem Montag. Allein dies führt allerdings noch nicht zu einer umfassenden Abweisung eines entsprechenden Entschädigungsanspruchs. Wie ausgeführt, kann der Beweis sowohl des Umfangs als auch des Bestehens geleisteter Mehrarbeit durch die Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR erleichtert werden. Insbesondere in Anbetracht des Ausmasses behaupteter Überzeit sowie der Dauer der geltend gemachten Zeitperiode von insgesamt 2 Jahren und 7 Monaten im Verhältnis zu den davon zu Unrecht erfassten Tagen während angebrochenen Wochen (5 Tage, davon 3 Wochenarbeitstage) ist eine Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR insofern angebracht. Da ohnehin eine erneute Berechnung zu erfolgen hat, wird dies in deren Rahmen entsprechend zu berücksichtigen sein (dazu nachfolgend E. 2.6).

2.2.3 Der Beschwerdegegner behauptete in seiner Klageschrift die von ihm geleistete Arbeitszeit vom 1. November 2007 bis 31. Mai 2010 aufgeteilt nach Geschäftsjahren und berechnete daraus die Überzeit pro Geschäftsjahr. Die Vorinstanz legte ihrer Berechnung der vom 1. November 2007 bis 31. Mai 2010 geleisteten Arbeitszeit hingegen Kalenderjahre zu Grunde, wobei sie diese andere Aufteilung gestützt auf die

vom Beschwerdegegner als Beweismittel eingereichten Rapporte vorgenommen haben muss. Somit ging die Vorinstanz bei ihren Berechnungen letztlich von derselben Zeitspanne aus wie sie der Beschwerdegegner geltend machte. Die Anzahl Überzeitstunden ist nicht davon abhängig, ob diese Zeitspanne nun weiter unterteilt wird in Geschäfts- oder Kalenderjahre oder ob auf eine solche Unterteilung verzichtet wird. Ist das Ergebnis dasselbe, interessiert insofern nicht weiter, ob die Vorinstanz gestützt auf die Rapporte eine andere Unterteilung vornehmen durfte.

Im Hinblick auf den neuen Arbeitsvertrag des Beschwerdegegners mit einem geringeren Lohn teilte die Vorinstanz die Arbeitsstunden für das Kalenderjahr 2008 zwischen Januar bis April einerseits, Mai bis Dezember andererseits auf. In seinen Rechtsschriften machte der Beschwerdegegner allerdings zu den von ihm während einzelnen Monaten geleisteten Arbeitsstunden keine Angaben und stellte diesbezüglich keine Behauptungen auf – er wies diese bloss einzelnen Geschäftsjahren zu. Die Vorinstanz nahm ihre Aufteilung gestützt auf die eingereichten Rapporte vor, obwohl der Beschwerdegegner die Sachverhaltsgrundlage dafür nicht behauptet hatte. Mit anderen Worten stellte sie den Sachverhalt insofern von Amtes wegen fest. Obwohl eine Grundlage dafür nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres, ersichtlich ist (vgl. insbesondere Art. 153 und Art. 247 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 ZPO e contrario), äusserte sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht zu ihrem Vorgehen. Mangels entsprechend aufgeschlüsselter Behauptungen des Beschwerdegegners ging es nicht an, die in der Zeit vom 1. November 2007 bis 30. April 2008 geleistete Überzeit auszuscheiden und dem damaligen höheren Stundenlohn zuzuordnen. Weil eine solche Aufteilung gestützt auf die Behauptungen des Beschwerdegegners nicht möglich und daher auch nicht statthaft war, muss dem Entschädigungsanspruch gesamthaft der tiefere Stundenansatz von Fr. 52.12 zu Grunde gelegt werden, was bei der Berechnung entsprechend zu berücksichtigen ist (E. 2.6 hiernach).

2.3

2.3.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, hinsichtlich der geleisteten Arbeitsstunden habe die Vorinstanz die Beweise willkürlich gewürdigt. Entgegen den Feststellungen im vorinstanzlichen Urteil habe der Beschwerdegegner die von ihm geleisteten Arbeitsstunden nicht an die Beschwerdeführerin rapportiert und sei auch nie dazu aufgefordert worden. Eine Kontrolle oder gar Genehmigung dieser Arbeitsstunden sei nicht erfolgt. Diese Rapporte hätten nicht der Erfassung der Arbeitszeit gedient, sondern der nachträglichen groben Schätzung und anteilsmässigen Aufteilung des Aufwands des Beschwerdegegners auf die verschiedenen Projekte, damit die Lohnkosten projektbezogen hätten aktiviert werden können. Das zeige sich auch daran, dass für die Zeit von November 2008 bis Oktober 2009 und November 2009 bis Mai 2010 nur noch Monate später grobe Jahresübersichten erstellt worden seien. Dass darin nicht die effektiven Arbeitsstunden aufgelistet worden seien, werde weiter etwa dadurch belegt,

dass in einem Monat trotz Ferienabwesenheit 240 Arbeitsstunden aufgeführt worden seien und die letzte Zusammenstellung bis Ende Mai 2010 bereits am 7. Mai 2010 erstellt und gegengezeichnet worden sei. Der Beschwerdegegner habe selber nicht auf diese Rapporte abgestellt, sonst hätte er nicht zunächst ganze 2'100 Stunden Überzeit behaupten können, was er anschliessend immer wieder reduziert habe. Die vom Beschwerdegegner angerufenen Zeugen hätten die behauptete Überzeitleistung nicht bestätigt. Hingegen habe der ehemalige Delegierte des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin und damals direkter Vorgesetzter des Beschwerdegegners den geschilderten Zweck dieser Rapporte bestätigt und ausgesagt, die effektiven Arbeitsstunden seien damit nicht erfasst oder kontrolliert worden, sondern seien für die Aufteilung irrelevant gewesen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe kein Überstunden- oder gar Überzeitguthaben mehr bestanden. Trotz dieser gegen die Zuverlässigkeit der in den Rapporten aufgeführten Arbeitsstunden sprechenden Beweismittel habe die Vorinstanz vollumfänglich auf die dortigen Angaben abgestellt. Bei dieser Würdigung habe sie auch die im Recht liegenden Ausdrucke der elektronischen Agenda des Beschwerdegegners ausser acht gelassen. Die Vorinstanz habe bei ihrer Würdigung einerseits den Sinn und die Tragweite der Rapporte offensichtlich verkannt und andererseits die übrigen Beweismittel, insbesondere die Aussage des ehemaligen direkten Vorgesetzten, gänzlich unberücksichtigt gelassen. Damit sei sie in Willkür verfallen.

2.3.2 Für die Vorinstanz war bei der Beweiswürdigung entscheidend, dass die geleisteten Arbeitsstunden in den Rapporten aufgeführt sind, die Beschwerdeführerin diese Rapporte gegengezeichnet hat und so die Möglichkeit gehabt hätte, dagegen einzuschreiten, sofern sie damit nicht einverstanden gewesen wäre. Indem die Beschwerdeführerin die aufgeführten Stunden nicht beanstandet habe, gälten diese als von ihr genehmigt. Zu welchem Zweck die Rapporte primär erstellt worden sind, erachtete die Vorinstanz insofern als nicht erheblich.

2.3.3 Dass sie Kenntnis von den Arbeitsstunden gemäss Rapporten gehabt hatte und die Möglichkeit zum Einschreiten gehabt hätte, stellt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht in Abrede – darum, ob die Leistung von Überzeit angeordnet resp. genehmigt worden ist, geht es hier infolgedessen nicht (siehe dazu zit. Urteil 4A_42/2011 E. 5.2 mit Hinweisen). Strittig ist vielmehr die von der Vorinstanz als ausgewiesen erachtete Anzahl von Arbeits- und infolgedessen auch Überzeitstunden.

2.3.3.1 Anders als bezüglich der Anordnung resp. Genehmigung von Überzeit kann es beim Beweis von deren Umfang – entgegen der Vorinstanz, die diesbezüglich nicht differenzierte – sehr wohl darauf ankommen, aus welchem Grund Rapporte erstellt worden sind. Denn die Genauigkeit der Erfassung der Stunden kann je nach Zweck unterschiedlich sein. Bei eigentlichen Arbeitszeitkontrollen, die vom Arbeitgeber gegengezeichnet werden, dürfte die aufgeführte Anzahl Stunden regelmässig als genehmigt und auch als ausgewiesen gelten (vgl. dazu auch JUDITH BREGNARD-

LUSTENBERGER, Überstunden- und Überzeitarbeit, 2006, S. 220 f.). Bei Rapporten, die erstellt werden, um den Aufwand einzelnen Projekten zuteilen zu können, steht hingegen die prozentuale Aufteilung im Vordergrund, nicht die Stundenzahl, auch wenn diese regelmässig den effektiv erbrachten Arbeitsstunden entsprechen sollte. Dem schenkte die Vorinstanz zu wenig Beachtung, indem sie (auch) bezüglich Nachweis der Anzahl Arbeitsstunden festhielt, das hinter den Rapporten stehende Motiv sei unerheblich. Damit steht allerdings noch nicht fest, dass die Vorinstanz die Tragweite dieser Beweismittel offensichtlich verkannt hat.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Rapporte hätten dazu gedient, den Aufwand auf einzelne Projekte aufzuteilen, wofür in der Tat deren Titel sprechen. Der Beschwerdegegner hatte allerdings seine Arbeitsstunden bezogen auf die einzelnen Projekte einzutragen, gestützt darauf berechnete sich die prozentuale Aufteilung. Dass die Beschwerdeführerin dabei angeordnet hätte, die einzutragenden Stunden bräuchten nicht wenigstens ungefähr den effektiv erbrachten zu entsprechen, solange bloss die Aufteilung auf die einzelnen Projekte verhältnismässig stimmte, stellte die Vorinstanz nicht fest. Die Beschwerdeführerin bringt insofern zwar vor, es handle sich bloss um grobe Schätzungen. Dass es aber nicht die effektiv geleisteten Stunden sind, die zu schätzen waren, trägt sie nicht vor und allein aus dem Zweck der Rapporte ergibt sich solches ebenfalls nicht, zumal die Stunden einzutragen waren und nicht bloss die prozentuale Aufteilung zu erfassen war. Gegen eine Schätzung, zumindest eine allzu grobe, spricht im Übrigen, dass die Stunden in den Rapporten nicht auf 10er- oder wenigstens 5er-Schritte gerundet worden sind. Indem die Vorinstanz den Zweck dieser Rapporte auch bezüglich dem Nachweis des Umfangs der Arbeitsstunden als unerheblich erachtete anstatt zu differenzieren, hat sie diesen Beweismitteln zwar eine zu grosse Tragweite eingeräumt. Geradezu offensichtlich verkannt hat sie deren Sinn und Bedeutung im konkreten Fall damit in Anbetracht des Vorangehenden allerdings nicht.

2.3.3.2 Zu prüfen bleibt, ob die vorinstanzliche Beweiswürdigung, in der diesen Rapporten die entscheidende Bedeutung zugemessen wurde (siehe E. 2.3.2), insgesamt willkürlich ist.

Daraus, dass der Beschwerdegegner zunächst mehr Überstunden geltend gemacht hatte als in den Rapporten aufgeführt sind und diese Zahl alsdann reduzierte, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der Beschwerdegegner scheint zwar, zumindest ursprünglich, der Ansicht gewesen zu sein, mehr Arbeitsstunden geleistet zu haben als aufgeführt sind, was bedeutet, dass die Rapporte seines Erachtens zu wenig Stunden ausweisen und insofern ungenau sind. Weshalb er die behaupteten Stunden reduzierte, bleibt aber unbekannt. Nicht ableiten lässt sich daraus, dass die Rapporte aus seiner Sicht generell unzuverlässig sind und es insbesondere auch sein könnte, dass darin mehr als die effektiv geleisteten Stunden aufgeführt sind. Denn dass sich der Beschwerdegegner nunmehr

auf eine geringere Anzahl Arbeitsstunden berufen würde als in den Rapporten aufgeführt sind, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor.

Die Beschwerdeführerin beruft sich sodann darauf, die vom Beschwerdegegner angerufenen Zeugen hätten zum Umfang der geleisteten Arbeitszeit keine Angaben machen können. Der Beschwerdegegner bezeichnet dies als eine unzutreffende Behauptung. Ein Blick in die von der Beschwerdeführerin angerufenen Befragungsprotokolle zeigt, dass sie die Zeugenaussagen in ihrer Beschwerde bloss auszugsweise wiedergibt. Die Zeugen mögen zwar keine genauen Angaben zum Umfang der Arbeitszeit des Beschwerdegegners gemacht haben, doch sprechen die Aussagen beider für einen grossen Stundenaufwand («sicher zeitmässig sehr viel anwesend» resp. «als einen Menschen mit einem sehr grossen Arbeitspensum wahrgenommen. Seine ersten Telefonanrufe kamen so zwischen 6.30 und 7.00 Uhr am Morgen. Auch am Abend hatte ich oft noch Telefonanrufe von ihm, auch nach 18.00 Uhr.»).

Unberücksichtigt gelassen habe die Vorinstanz vor allem aber die Aussage des ehemaligen Delegierten des Verwaltungsrats der Beschwerde führerin und damaligen direkten Vorgesetzten des Beschwerdegegners. Dieser habe u.a. ausgesagt, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe kein Überzeitguthaben zu Gunsten des Beschwerdegegners mehr bestanden. Die geltend gemachte Stundenanzahl habe er mit deutlichen Worten als «absoluten Unfug» bezeichnet. Auch habe er bestätigt, dass die Rapporte einzig der Aufteilung des Aufwands auf die einzelnen Projekte gedient hätten, die effektiv geleisteten, wesentlich tieferen Arbeitsstunden hierfür irrelevant gewesen seien und deshalb auch weder kontrolliert noch erfasst worden seien. Die Beschwerdeführerin rügt zu Recht, dass sich die Vorinstanz ausdrücklich zu diesem Beweismittel hätte äussern sollen, anstatt es bloss implizit als nicht ausschlaggebend zu erachten. Bezüglich dem Zweck dieser Rapporte, den der Befragte angab, kann auf bereits Gesagtes verwiesen werden (E. 2.3.3.1). Abgesehen davon erscheint es nicht als geradezu willkürlich, dass die Vorinstanz diese Aussage nicht als entscheidend erachtete. Die befragte Person war damals Delegierter des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin und direkter Vorgesetzter des Beschwerdegegners. Vor allem war er es auch, der die fraglichen Rapporte gegengezeichnet und damit legitimiert hat. Er trägt daher – zumindest moralisch – eine persönliche (Mit-)Verantwortung für die jetzige Streitigkeit und dürfte dem Verfahrensausgang nicht neutral gegenüberstehen. Zudem scheinen seine Aussagen nicht frei von Widersprüchen. So will er zwar einerseits die Leistung von Überstunden nicht kontrolliert haben, aber andererseits dennoch bestimmt wissen, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein diesbezügliches Guthaben seitens des Beschwerdegegners mehr bestanden hat.

Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, aus den im Recht liegenden Ausdrucken der elektronischen Agenda des Beschwerdegegners ergebe sich, dass dieser gemäss seinen eigenen Einträgen üblicherweise

von 8.00 Uhr bis längstens 18.00 Uhr gearbeitet habe, mit entsprechenden Mittagspausen, verweist sie einzig auf diese Beweismittel. An einem präzisen Aktenhinweis, wo im erstinstanzlichen Verfahren sie die entsprechenden Behauptungen aufgestellt haben will, fehlt es jedoch.

Dass es sich bei den in den Rapporten aufgeführten Stunden nicht um die effektiv geleisteten handelt, leitet die Beschwerdeführerin schliesslich daraus ab, dass in einem Monat trotz einer Woche Ferien 240 Stunden aufgelistet worden seien und dass der Rapport für die Zeit bis Ende Mai 2010 bereits am 7. Mai 2010 erstellt und gegengezeichnet worden sei. Solches wirft in der Tat gewisse Zweifel an der Verlässlichkeit sämtlicher in den Rapporten aufgeführter Stunden auf. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es sich beim Mai 2010 um den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gehandelt hat. Eine andere Handhabung in diesem Monat erscheint daher zumindest nachvollziehbar, weshalb diesbezügliche Zweifel nicht auf frühere Monate durchschlagen.

Nach dem Gesagten bestehen an der Richtigkeit der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung Zweifel; eine andere Würdigung wäre eben falls in Betracht zu ziehen, wenn nicht gar vorzuziehen gewesen. Als geradezu willkürlich ist die Würdigung der Vorinstanz, bei der diese entscheidend auf die Stunden abstellte, die in den von der Beschwerdeführerin gegengezeichneten und von dieser nicht beanstandeten Rapporten aufgeführt sind, in Anbetracht der weiteren Beweismittel und bei einer Gesamtwürdigung gleichwohl nicht zu bezeichnen, müsste das vorinstanzliche Ergebnis mit der tatsächlichen Situation doch in klarem Widerspruch stehen.

2.4 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Vorinstanz habe die Höchstarbeitszeit fehlerhaft berechnet. So sei diese bei ihren Berechnungen von einer Höchstarbeitszeit von 2160 Stunden pro Kalenderjahr ausgegangen. Richtigerweise sei jedoch von einer Höchstarbeitszeit von 2340 Stunden auszugehen, entsprechend 52 Wochen à 45 Stunden. Die Vorinstanz begründe nicht, wie sie die von ihr angenommene Höchstarbeitszeit berechnet habe. Soweit die Differenz auf einen Abzug des Ferienanspruchs des Beschwerdegegners (4 Wochen à 45 Stunden) zurückzuführen sein sollte, sei darauf hinzuweisen, dass Ferien bei der Bestimmung der Jahreshöchstarbeitszeit nicht berücksichtigt werden dürfen. Dies ergebe sich zunächst daraus, dass die Überzeit an und für sich auf Wochenbasis zu bestimmen wäre, und sodann aus dem mit der zwingenden Entschädigungsregelung primär verfolgten Zweck, dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers. Einer Berücksichtigung von Ferien stehe ferner entgegen, dass Ferientage offensichtlich auch einzeln bezogen werden könnten und in den fraglichen Wochen gleichwohl Überzeit geleistet werden könnte. Es sei zudem widersprüchlich, wenn die Vorinstanz an anderer Stelle festhalte, der Beschwerdegegner habe 27.5 Ferientage nicht bezogen, und sie diese Tage bei der Berechnung der Jahreshöchstarbeitszeit dennoch nicht berücksichtige. Werde eine Jahreshöchstarbeitszeit von 2340 Stunden zu

Grunde gelegt, belaufe sich die Überzeit bei ansonsten unveränderten Zahlen auf 820 Stunden anstatt auf 1285.

Die Vorinstanz begründete in der Tat nicht, wie sie die von ihr zu Grunde gelegte Jahreshöchstarbeitszeit berechnete, sie wies diese nicht einmal offen aus. Erst durch eine entsprechende Rückrechnung erschliesst sich, dass sie von einer Jahreshöchstarbeitszeit von 2160 Stunden ausging, was 48 Wochen à 45 Stunden entspricht. Naheliegend erscheint die Vermutung der Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz dabei die vier vertraglich vereinbarten Wochen Ferien von den 52 Wochen pro Kalenderjahr abzog. Eine andere Erklärung ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Wie Ferien bei der Berechnung von Überzeit grundsätzlich zu berücksichtigen sind, wenn Überzeit nicht spezifisch hinsichtlich einzelner Wochen geltend gemacht wird, sondern zusammengefasst für eine längere Zeitspanne (E. 2.2.2 hiervor), kann hier offenbleiben. Denn fest steht jedenfalls, dass dieselben Arbeitsstunden nicht gleichzeitig unter zwei verschiedenen Titeln – und damit im Ergebnis doppelt – abzugelten sind (vgl. auch Urteil 4C.310/2002 vom 14. Februar 2003 E. 6.2). Dies wäre jedoch der Fall, wenn für eine nicht bezogene Ferienwoche einerseits eine Ferienentschädigung zu bezahlen wäre und andererseits dieselbe (Ferien) Woche bei der Berechnung der Jahreshöchstarbeitszeit nicht mit 45 Stunden berücksichtigt würde. Diesfalls würde nämlich nicht nur die in dieser Woche über die wöchentliche Höchstarbeitszeit von 45 Stunden geleistete Arbeit unter dem Titel Überzeit entschädigt, sondern zudem auch die ersten 45 Stunden. Gleichzeitig käme der Arbeitnehmer in den Genuss einer Ferienentschädigung für ebendiese Woche.

Der Beschwerdegegner machte in seiner Klage geltend, während der beanspruchten Zeitspanne gar keine Ferien bezogen zu haben, und klagte dafür eine Ferienentschädigung ein. Bei seiner Berechnung der Überzeit trug er dementsprechend auch nicht vor, in dieser oder jener Woche resp. überhaupt einmal ferienabwesend gewesen zu sein und deshalb in dieser Zeit nicht gearbeitet zu haben. Konsequenz aus diesem Sachverhaltsvortrag des Beschwerdegegners muss sein, dass nicht im Widerspruch dazu bei der Berechnung der Jahreshöchstarbeitszeit Ferienwochen abzuziehen sind, sondern insofern – im Einklang mit seinen Behauptungen – mit 52 Wochen zu rechnen ist. Dass die Vorinstanz gestützt auf eine ermessensweise Schätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR zum Ergebnis gelangte, der Beschwerdegegner habe in dieser Zeit doch 21 Tage Ferien bezogen, vermag hieran nichts zu ändern. Bei der Berechnung (E. 2.6 hiernach) ist daher von einer Jahreshöchstarbeitszeit von 2'340 Stunden auszugehen.

2.5 Bezüglich der Überzeitentschädigung macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, die Dispositionsmaxime sei verletzt. Der Beschwerdegegner habe für die von ihm behauptete entschädigungsrelevante Überzeit von 1'057 Stunden à Fr. 52.73 einen Betrag von Fr. 55'735.– brutto beansprucht, ergebend einen Nettobetrag von Fr. 51'226.05. Einen Überzeitzuschlag von 25% habe er nicht geltend gemacht. Die Vorinstanz

habe ihm unter diesem Titel aber Fr. 77'737.05 netto zugesprochen, also Fr. 22'002.05 mehr als beansprucht. Dabei sei die Vorinstanz von 1'285 Stunden Überzeit ausgegangen und habe für eine erste Phase einen Stundenlohn von Fr. 54.90 zu Grunde gelegt. Zudem habe sie einen Zuschlag von 25% zugesprochen, obwohl auf diesen verzichtet worden sei. Dass die vom Beschwerdegegner beanspruchte, von den kantonalen Instanzen aber abgelehnte Überstundenentschädigung die für die Überzeit erkannte Entschädigung von Fr. 77'737.05 netto übersteige, sei unerheblich. Denn der Beschwerdegegner habe seinen Überzeitanspruch ausdrücklich als Eventualbegehren zu jenem für die Überstunden formuliert, womit diese beiden Forderungen in einem subsidiären Verhältnis zueinander stünden.

Dieses Vorbringen der Beschwerdeführerin fusst auf der Behauptung, der Beschwerdegegner habe für die Entschädigung aus Überzeit einen Eventualantrag gestellt. Dass dies der Fall gewesen wäre, stellte die Vorinstanz jedoch nicht fest – sie ging nicht von einem Eventualbegehren aus. Die Beschwerdeführerin weicht insofern vom vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalt ab. An der von ihr hierfür zum Nachweis angegebenen Stelle in der Klageschrift findet sich die vom Beschwerdegegner vorgenommene Berechnung seines Überzeitanspruchs. Dass er diesen Anspruch – im Übrigen ohne dies in seinen Anträgen eingangs der Rechtsschrift aufzunehmen – als Eventualbegehren gestellt hätte, ist dieser Randziffer aber nicht zu entnehmen. Bereits deshalb verbietet es sich, vom vorinstanzlich festgestellten Prozesssachverhalt abzuweichen bzw. diesen im Sinne der Beschwerdeführerin zu ergänzen. Im Übrigen sei auf die Berechnung des Überzeitanspruchs in E. 2.6 hingewiesen – diese fällt tiefer aus als die vom Beschwerdegegner in seiner Klage angestrengte Berechnung der Überzeitentschädigung. Selbst wenn also von einem Eventualbegehren auszugehen wäre, würde dem Beschwerdegegner damit nicht mehr zugesprochen als beantragt.

Zutreffend ist immerhin, dass der Beschwerdegegner bei dieser Berechnung an der angegebenen Stelle in der Klage den Zuschlag von 25% nicht einkalkulierte. In der unmittelbar vorangehenden Randziffer erwähnte er diesen aber noch ausdrücklich. Ferner bezog er bei der Berechnung der Überstundenentschädigung den Zuschlag gemäss Art. 321c Abs. 3 OR mit ein. Wenn die Vorinstanz bei dieser Ausgangslage nicht davon ausging, der Beschwerdegegner habe auf den Zuschlag von 25% nach Art. 13 Abs. 1 ArG bei der Überzeitentschädigung verzichtet, ist dies jedenfalls nicht willkürlich – ein Versehen bei der Berechnung scheint hier naheliegender.

2.6 Der Überzeitanspruch des Beschwerdegegners berechnet sich nach dem Gesagten wie folgt: Für die gesamte beanspruchte Zeitspanne vom 1. November 2007 bis zum 31. Mai 2010 stellte die Vorinstanz willkürfrei (E. 2.3) insgesamt 7'105 Stunden geleistete Arbeit fest. Zur Bestimmung der entschädigungspflichtigen Überzeitstunden sind davon zunächst die auf Basis von 52 Wochen à 45 Stunden berechneten Höchstarbeitszeiten (E. 2.4), ausmachend insgesamt 6'045 Stunden, sowie die nicht

zu entschädigenden 60 Stunden pro Kalenderjahr, ausmachend insgesamt 240 Stunden, abzuziehen. Daraus resultieren 820 Stunden Überzeit, wovon ermessensweise 6 Stunden für die zu Unrecht geltend gemachten angebrochenen Wochen abzuziehen sind (E. 2.2.2.3). Diese 814 Stunden Überzeit sind mit dem massgeblichen Stundenansatz von Fr. 52.12 (E. 2.2.3) zu multiplizieren, was Fr. 42'425.68 brutto ergibt. Nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge, die sich gemäss unangefochtener Feststellung der Vorinstanz auf insgesamt 8.09% beliefen, resultiert ein Betrag von Fr. 38'993.44 netto. Unter Einschluss des Zuschlags von 25% (E. 2.5) beläuft sich der Endbetrag somit auf Fr. 48'741.80. Damit steht dem Beschwerdegegner unter diesem Titel Fr. 28'995.25 weniger zu als ihm die Vorinstanz zusprach (Fr. 77'737.05).

(…)

4.

Demnach ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner Fr. 56'953.90 (Fr. 48'741.80 plus Fr. 8'212.10 [= Ferienentschädigung]) zuzüglich Zins von 5% seit dem 9. Juni 2011 zu bezahlen. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.

(…)

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner Fr. 56'953.90 zuzüglich Zins von 5% seit dem 9. Juni 2011 zu bezahlen. Soweit weitergehend wird die Klage abgewiesen.

Tribunal fédéral, Arrêt du 12 décembre 2017, Doss.-No 8C_800/2016 (Rejet du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, du 2 septembre 2016)

Art. 61 LPers-VD et art. 337 CO. L'indication volontairement inexacte du temps de travail introduit dans le système de timbrage représente une violation grave du devoir de fidélité de l'employé. Le point de savoir si un tel comportement justifie une résiliation immédiate des rapports de travail dépend de l'ensemble des circonstances, en particulier du caractère répété du manquement, de la durée des rapports de travail et du fait qu'il devait être connu du salarié qu'une fraude ou une manipulation dans ce domaine n'était pas tolérée (c. 3.6.2). En l'espèce, il est pour le moins douteux qu'une tricherie de timbrage qui se produit une fois au cours d'une durée d'environ quinze années des rapports de service puisse constituer – même pour un cadre et à l'aune de l'arbitraire – un juste motif de résiliation (c. 3.6.3).

En revanche, le fait de publier sur Facebook un enregistrement vidéo dans lequel on voyait certains collaborateurs délibérément filmés en train de fumer dans les locaux, et l'employée ainsi qu'une de ses collègues se moquer d'un supérieur hiérarchique nommément désigné, tout en ironisant sur l'interdiction de fumer, est un manquement grave qui est de nature à entraîner une perte de confiance de la part de l'employeur (c. 3.6.4).

Extraits des faits:

A. a été engagée par l'Etat de Vaud en qualité d'employée d'administration au contingent d'appui des offices de poursuites et faillites dès le 1er septembre 2000. A partir du 1 er avril 2001, elle a été transférée à l'effectif régulier de l'Office des poursuites de l'arrondissement de V. Elle a successivement été promue première employée d'administration, puis secrétaire. La dénomination de son poste est ensuite devenue celle de collaboratrice d'un office de poursuites et faillites. A compter du 1er juin 2011, elle a été promue en qualité d'huissière à l'Office des poursuites du district de W. L'année suivante, elle a été transférée au poste d'huissière cheffe de son office.

Selon le système de gestion du temps de travail en vigueur à l'office, il était admis qu'un employé parte directement de son domicile ou du restaurant où il prenait ses repas à midi pour se rendre au lieu où il devait effectuer, par exemple, une saisie ou un inventaire. Dans ce cas, il lui suffisait d'indiquer à la personne compétente l'heure à laquelle il avait commencé sa préparation, ou bien l'heure de départ de son domicile, de manière à ce que l'information soit insérée dans le système électronique de saisie du temps de travail «Mobatime». B., préposé de l'Office des poursuites du district de W., a soupçonné des anomalies dans les vacations et le timbrage de A.. Au fil du temps, ses soupçons se sont renforcés, ce qui l'a amené à procéder à un contrôle détaillé de l'activité de l'employée à l'occasion d'une mission à l'extérieur. Le 26 novembre 2014, à 10 h 45, A. a enregistré sur le système informatique de l'office une réquisition de prise d'inventaire. Son répondant a alors mené un contrôle effectif quant au timbrage relatif à cette opération. A. a été vue quitter son domicile à 13 h 27. Elle a annoncé à la secrétaire en charge du décompte des horaires un départ en saisie à 13 heures. Le 28 novembre 2014, à l'occasion d'une verrée de départ, A. et d'autres collaborateurs de l'office ont fumé dans la cafétéria, ce qui, bien qu'étant interdit par la hiérarchie, se produisait à l'occasion de certaines verrées tardives. Le préposé et ses substituts étaient absents. Ce soir-là, A. a filmé avec son téléphone cellulaire une vidéo d'environ une minute où l'on voyait certains des collaborateurs présents fumer dans les locaux. A la fin de cette vidéo, A. et une collègue se sont moquées d'un supérieur hiérarchique, citant son nom, et ont raillé l'interdiction de fumer. Plusieurs collaborateurs de l'office, qui sont régulièrement en contact avec les administrés, y étaient reconnaissables.

A. a posté cette vidéo sur son compte Facebook et l'a retirée plusieurs jours après sa mise en ligne.

Le 5 décembre 2014, A. a été entendue sur les faits susmentionnés par C., Secrétaire général de l'Ordre judiciaire vaudois, en présence de B. et de D., Secrétaire générale adjointe de l'Ordre judiciaire vaudois. L'entretien a été consigné dans un procès-verbal signé par l'employée et C. En ce qui concerne l'épisode du timbrage, A. a déclaré qu'elle n'avait certainement pas noté correctement son heure de départ et que c'était probablement «une erreur». A propos de l'enregistrement vidéo, elle a déclaré qu'elle n'avait pas eu l'intention de se moquer du supérieur hiérarchique en question «vu que nous avons déjà fumé à plusieurs reprises devant les membres de la direction à la cafétéria»; c'était, selon elle, de l'humour. A la fin de cet entretien, la direction du secrétariat général de l'Ordre judiciaire vaudois a signifié à l'employée son licenciement avec effet immédiat, par une lettre remise en mains propres. Cette lettre relatait les manquements reprochés à l'intéressée, soit un faux timbrage le 26 novembre 2014, le fait d'avoir fumé dans les locaux de l'administration lors de la verrée de départ du 28 novembre 2014, ainsi que la publication sur Facebook de la vidéo enregistrée ce soir-là.

A. a ouvert action devant le Tribunal de Prud'hommes de l'administration cantonale (TRIPAC) et a conclu au paiement par l'Etat du montant de 27'263 fr. 60 au titre de salaire du 5 décembre 2014 au 31 mars 2015 (sous déduction des indemnités de chômage allouées), d'une indemnité de 65'091 fr. 60 (9 mois de salaire) au titre de résiliation abusive selon l'art. 60 al. 2 de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers-VD), ainsi qu'une indemnité de 43'394 fr. 40 (six mois de salaire) fondée sur l'art. 337c al. 3 CO. Au total, sa prétention s'élevait ainsi à 135'749 fr. 60.

L'Etat de Vaud a conclu au rejet de la demande. Par jugement du 29 avril 2016, le Tribunal de Prud'hommes a rejeté la demande dans toutes ses conclusions. Statuant le 2 septembre 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté l'appel formé par A. contre la décision de première instance.

Par écriture du 1er décembre 2016, A. interjette un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 2 septembre 2016.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Sous le titre «Résiliation immédiate pour de justes motifs» l'art. 61 LPers-VD (RS/VD 172.31) prévoit ceci:

1 L'autorité d'engagement ou le collaborateur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment 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.

2 Les articles 337b et 337c CO s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif.

Les premiers juges ont considéré – cela n'est pas contesté – que la jurisprudence relative à l'art. 337 CO devait être appliquée par analogie au licenciement pour justes motifs selon l'art. 61 LPers-VD, vu le renvoi de cette disposition à la réglementation du code des obligations. D'ailleurs l'art. 61 al. 1 LPers-VD se réfère à la même notion de justes motifs que celle définie à l'art. 337 al. 2 CO (cf. aussi RÉMY WYLER/MATTHIEU BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique: principes généraux, LPers-CH, LPers-VD, 2017, p. 45).

3.2 La recourante se plaint d'une application arbitraire des art. 61 LPers-VD et 337 CO. Selon elle, rien ne permettrait d'établir qu'elle ait commis une faute et encore moins un acte frauduleux s'agissant de l'écart de timbrage. Même si cet écart devait être retenu, il s'agit d'un manquement unique et de peu d'importance. S'agissant du reproche d'avoir fumé dans les locaux de la cafétéria et d'avoir posté une vidéo sur Facebook, la recourante soutient que ces faits doivent être relativisés. Selon elle, il y avait une permission généralisée de fumer à l'occasion d'apéritifs. Quant à la publication de la vidéo, même si l'on ne peut apprécier «ce genre d'humour», cela ne rend pas pour autant l'acte grave et susceptible, même avec le grief relatif au timbrage, de donner lieu à une résiliation avec effet immédiat. Celle-ci aurait dû être précédée d'un avertissement explicite et clair en ce qui concerne le faux timbrage.

3.3 Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, la violation du droit cantonal, y compris du droit fédéral appliqué à titre de droit cantonal supplétif, et la jurisprudence y relative, ne constitue pas un motif de recours en tant que tel. La partie recourante peut uniquement se plaindre que l'application de ce droit par l'autorité précédente consacre une violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF, en particulier qu'elle est arbitraire (ATF 140 I 320 consid. 3.1 p. 321; 140 III 385 consid. 2.3 p. 387; 138 V 67 consid. 2.2 p. 69; sur la notion d'arbitraire, cf. ATF 141 IV 305 consid. 1.2 p. 308 s.; 140 III 16 consid. 2.1 p. 18 s.).

3.4 Mesure exceptionnelle, la résiliation immédiate pour justes motifs doit être admise de manière restrictive. Seul un manquement particulièrement grave du travailleur justifie son licenciement immédiat; lorsqu'il est moins grave, le manquement ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 142 III 579 consid. 4.2; 130 III 213 consid. 3.1 p. 221; 129 III 380 consid. 2.1 p. 382). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation découlant du contrat de travail, mais d'autres incidents peuvent également justifier une résiliation immédiate (ATF 130 III 28 consid. 4.1 p. 31; 129 III 380 consid. 2.2 p. 382). Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui du congé immédiat aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1 p. 304). Savoir si le comportement incriminé at-

teint la gravité nécessaire dépend des circonstances du cas concret (ATF 142 III 579 consid. 4.2). Il est donc difficile d'établir un catalogue de comportements susceptibles de justifier un congé immédiat. Dans son appréciation, le juge doit notamment prendre en compte la position et la responsabilité du travailleur (arrêt 4A_112/2017 du 30 août 2017 consid. 3.2 et les nombreuses références citées).

3.5 La juridiction d'appel, à la suite du Tribunal de Prud'hommes, a retenu que l'indication erronée du temps de travail ne procédait pas d'une erreur mais bien d'un acte volontaire. Toujours selon les constatations du jugement attaqué, la recourante savait que des fraudes au timbrage n'étaient pas tolérées au sein de l'office, et plus généralement de l'ordre judiciaire, dont elle faisait partie. Elle avait été avertie des conséquences de telles fraudes. Il ressort en outre des constatations du jugement attaqué que l'intéressée, dans sa fonction d'huissière-cheffe, avait des responsabilités importantes, notamment en matière de gestion du personnel. Elle avait en particulier pour mission d'organiser, de coordonner et de contrôler l'activité des collaborateurs du secteur, d'assumer la responsabilité de contrôle des opérations exécutées, ainsi que de veiller à la diffusion et au respect des règles, normes et directives. Aussi bien la recourante avait-elle délibérément abusé de la confiance inhérente à un système mis en place pour faciliter les missions extérieures des huissiers.

Sur la base de ces faits, la juridiction précédente considère que, si les motifs liés à la fumée dans les locaux de l'administration et à la vidéo postée sur le réseau social ne suffisaient pas, à eux seuls, à justifier un licenciement immédiat, ils doivent être pris en compte dans l'appréciation globale de la rupture du lien de confiance des relations entre l'employeur et l'employée. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, la cour d'appel arrive à la conclusion que la continuation des rapports de travail ne pouvait pas être exigée de l'employeur. C'était donc à juste titre, selon elle, que la juridiction de première instance avait retenu l'existence d'un juste motif de licenciement immédiat.

3.6

3.6.1 La constatation de la conscience et de la volonté, le point de savoir si une personne était dans l'erreur ou encore dire ce qu'elle savait ou ignorait à un moment donné sont des éléments qui relèvent du fait et qui lient donc le Tribunal fédéral (cf. BERNARD CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2ème éd., n o 36 ad art. 105). Sur la base des constatations du jugement attaqué, on retiendra donc en l'espèce une indication volontairement fausse de l'enregistrement du temps de travail au mépris de l'avertissement à ce sujet donné par la hiérarchie. La recourante ne démontre du reste pas en quoi ces constatations de fait seraient arbitraires.

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

circonstances, en particulier du caractère répété du manquement, de la durée des rapports de travail et du fait qu'il devait être connu du salarié qu'une fraude ou une manipulation dans ce domaine n'était pas tolérée (arrêts 4A_395/2015 du 2 novembre 2015 consid. 3.6; 4C.114/2005 du 4 août 2005 consid. 2.5).

3.6.3 En l'espèce, il est pour le moins douteux qu'une tricherie de timbrage qui se produit une fois au cours d'une durée d'environ quinze années des rapports de service puisse constituer – même pour un cadre et à l'aune de l'arbitraire – un juste motif de résiliation. Dans l'arrêt 4C.114/2005 précité, le Tribunal fédéral n'a pas retenu l'existence d'un juste motif de résiliation dans le cas d'un employé qui n'avait commis qu'une faute unique et qui, il est vrai, n'occupait pas une position de cadre (cf. aussi MARIE-NOËLLE VENTURI-ZEN-RUFFINEN, La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, 2007, p. 211 n o 614). En revanche, dans une autre affaire, il a jugé que le fait de timbrer à plusieurs reprises une pause de midi plus courte que celle effectivement prise était propre à ébranler ou à détruire la confiance existant entre les parties, de telle sorte que la poursuite des relations de travail ne pouvait plus être exigée de la part de l'employeur. En l'occurrence, entraient en considération la position de cadre occupée par le salarié et le fait qu'il était informé de l'importance de la sanction prévue en cas de non-respect des consignes concernant le timbrage (arrêt 4C.149/2002 du 12 août 2002 consid. 1.3). De même, il a été jugé que le fait de transmettre des données fausses concernant la durée de cours donnés comme moniteur Jeunesse et Sport revenait à remplir les conditions d'un licenciement immédiat pour justes motifs. Raisonnant par analogie, le Tribunal fédéral a établi un parallèle avec un travailleur astreint à faire contrôler ses heures de travail au moyen d'une timbreuse et qui, systématiquement et sur une longue période, ne timbrait pas de manière honnête (arrêt 2A.72/2005 du 6 mai 2005 consid. 3.3 avec un renvoi à l'arrêt non publié 2P.29/1993 du 4 juin 1993).

Certes, les juges d'appel ont relevé, en l'espèce, que la tricherie s'inscrivait dans un contexte de nombreux éléments douteux constatés par des supérieurs de la recourante. Même si le licenciement immédiat ne pouvait être fondé sur ces fraudes antérieures, la confiance était à leurs yeux d'autant plus irrémédiablement rompue dans ce contexte de soupçons, qu'au premier contrôle concret de l'activité de la recourante une fraude effective avait été mise à jour.

3.6.4 La question soulevée plus haut (consid. 3.6.3 in initio) peut toutefois demeurer indécise. Il en va de même du point de savoir si, comme le suggère la juridiction précédente, des soupçons antérieurs pourraient être pris en considération dans le contexte de la tricherie du 26 novembre 2014. Il convient, en effet, de tenir compte du fait que presque immédiatement après l'épisode du timbrage, sont venus s'ajouter des manquements qui étaient objectivement et subjectivement suffisamment graves pour détruire le rapport de confiance entre employeur et travailleur, et justifier un licen-

ciement immédiat et sans avertissement préalable. Le fait de publier sur Facebook un enregistrement vidéo dans lequel on voyait certains collaborateurs délibérément filmés en train de fumer dans les locaux, et la recourante ainsi qu'une de ses collègues se moquer d'un supérieur hiérarchique nommément désigné, tout en ironisant sur l'interdiction de fumer, est un manquement grave qui est de nature à entraîner une perte de confiance de la part de l'employeur. Au passage, on relèvera qu'en raillant de cette manière l'interdiction de fumer dans les locaux, cette vidéo tend à contredire la thèse de la recourante selon laquelle il existait à cet égard une tolérance de la part des supérieurs. A cela s'ajoute que d'autres fonctionnaires, régulièrement en contact avec le public, étaient reconnaissables sur la vidéo et qu'ils n'ont peut-être pas donné leur accord à une publicité qui pouvait se révéler gênante pour eux. Un tel comportement de la recourante doit être apprécié d'autant plus sévèrement au regard de la position hiérarchique qu'elle occupait.

3.6.5 En définitive, l'attitude de celle-ci, appréciée dans son ensemble, dénote une volonté de ne pas se plier aux injonctions et avertissements de l'employeur et un comportement irrespectueux à l'égard d'un supérieur, d'autant moins admissible que l'intéressée ne s'est pas moquée de celui-ci dans un cercle restreint mais au travers d'une publication sur un réseau social largement accessible et mise en ligne pendant plusieurs jours. Dans ces conditions, la juridiction précédente n'a pas fait une application arbitraire des art. 61 LPers et 337 CO (applicable au titre de droit cantonal supplétif). Même si elle a surtout mis l'accent sur la fraude au timbrage pour justifier sa décision, celle-ci n'est en tout cas pas arbitraire en son résultat (cf. ATF 141 I 49 consid. 3.4 p. 53; 140 III 16 consid. 2.1 p. 18; 140 III 167 consid. 2.1 p. 168).

3.6.6 Il s'ensuit le rejet des prétentions pécuniaires fondées sur un congé prétendument injustifié.

Tribunal fédéral, Arrêt du 14 décembre 2017, Doss.-No 4A_96/2017 (Admission partielle du recours en matière civile interjeté contre l'arrêt rendu le 18 janvier 2017 par la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève)

Art. 319 CO. Le service de piquet correspond au temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (cf. art. 14 al. 1 OLT 1; RS 822.111). Lorsqu'il est assuré dans l'entreprise, le service de piquet (ou de garde) est une prestation de travail et donne lieu à rémunération; peu importe que le travailleur ait eu ou non à intervenir concrètement, ni qu'il ait disposé de temps de repos pendant sa permanence. Lorsque

le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, sa disponibilité sera rétribuée uniquement s'il est entravé dans la jouissance de son temps libre, en particulier s'il doit être prêt à intervenir à bref délai. L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et les parties au contrat peuvent prévoir qu'elle sera intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (c. 2.1).
Une quittance pour solde de comptes, en tant que reconnaissance négative de dette, est une déclaration unilatérale de volonté ; si elle est signée par le travailleur dans la période de protection de l'art. 341 al. 1 CO, elle ne vaut pas remise de dette (art. 115 CO) pour les prétentions résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. Tel ne sera toutefois pas le cas si la quittance pour solde de comptes est incluse dans une transaction et que la contre-partie fournie par l'employeur est appropriée (c. 3.1). Si les art. 361 et 362 CO contiennent une liste de dispositions (absolument ou relativement) impératives, cette énumération n'est pas exhaustive. L'art. 341 al. 1 CO peut également concerner, entre autres, des créances résultant de normes impératives de droit public fédéral ou cantonal (c. 4).

Extraits des faits:

Dès le 1er mars 2007, Z., né en 1935, a engagé X. comme gouvernante, nourrie et logée, moyennant un salaire mensuel brut de 3'000 fr. Depuis le 30 mars 2005, il était suivi par le service de néphrologie des HUG; il subissait des dialyses plusieurs fois par semaine et a été hospitalisé du 11 juillet au 13 août 2011, puis du 2 au 8 septembre 2011, date de son décès. Un certificat médical atteste que Z. était autonome durant cette période et qu'il a conservé sa capacité de discernement jusqu'à fin juin 2011.

Le 1er septembre 2011, A.Z. et B.Z., filles de Z., ont eu, en présence d'un notaire, un entretien avec X. en vue de la fin des rapports de travail. Le 5 septembre 2011, l'employée a adressé aux filles de son employeur un courrier dans lequel elle confirmait qu'elle ne pouvait plus travailler au service de Z. et ajoutait les lignes suivantes: «J'attends donc de votre part une lettre de licenciement en bonne et due forme, respectant le préavis de 3 mois auquel j'ai droit, ainsi qu'au salaire qui va avec. [...] D'autre part, je vous confirme les termes de notre conversation concernant le fait que vous accepterez le décompte que le syndicat W. est en train de calculer au sujet du réajustement de mon salaire, des vacances non prises et non payées, des jours fériés travaillés non payés, des treizièmes mois dus. Sans parler de toutes les heures supplémentaires que j'ai faites [...].»

Le 6 septembre 2011, les filles de Z. ont envoyé à X. la convention de cessation des rapports de travail préparée par le notaire, laquelle comportait principalement les points suivants: «4. Monsieur Z. a dû être encore une

fois hospitalisé le 1er septembre dernier cette fois sans espoir de pouvoir retourner chez lui. 5. En conséquence, Mesdames B.Z. et A.Z. doivent mettre fin au contrat de Mme X. avec effet au 1er septembre 2011. 6. Cette dernière accepte ce licenciement. Mesdames B.Z. et A.Z. s'engagent à verser à Madame X. pour solde de tous comptes: trois mois de salaire brut, une gratification exceptionnelle de Frs 11'000. 8. Mesdames B.Z. et A.Z. s'engagent à établir le décompte final dans les huit jours à compter de la signature de la présente convention et à régler le solde dû à Madame X. le jour où cette dernière aura accepté le décompte final et quitté la maison. 9. Moyennant la bonne exécution de la présente convention, les parties n'auront plus aucune réclamation ou revendication quelles qu'elles soient à formuler l'une envers l'autre. «X. a soumis la convention à un ami juriste, qui pensait qu'elle devait la signer. Ils ont consulté ensemble le syndicat W. La convention a été signée par toutes les parties le 14 septembre 2011, soit après le décès de l'employeur.

Les filles et héritières de Z. ont exécuté la convention et versé à X. un montant net de 20'000 fr. Par la suite, l'employée a élevé diverses prétentions issues du contrat de travail. Dans une lettre du 11 juin 2012, son avocat a invoqué le caractère inéquitable du montant de 20'000 fr. pour solde de tout compte, au regard des créances que X. pouvait faire valoir pour 196'794 fr.20 au total. A.Z. et B.Z. ont opposé une fin de non-recevoir.

X. a ouvert action contre A.Z. et B.Z. en paiement de 218'389 fr.20 plus intérêts. La procédure a d'abord été limitée à la question de la validité de la convention du 14 septembre 2011. Par jugement du 15 mai 2014, le Tribunal des prud'hommes a dit que ladite convention était nulle. Statuant le 12 janvier 2015 sur appel des défenderesses, la Chambre des prud'hommes de la Cour de justice du canton de Genève a annulé le jugement précité et renvoyé la cause au Tribunal des prud'hommes. Par jugement du 1er avril 2016, le tribunal a condamné A.Z. et B.Z. à verser à X. le montant brut de 69'215 fr.69 plus intérêts (chiffre 2 du dispositif), invité la partie qui en a la charge à opérer les déductions sociales et légales usuelles (chiffre 3) et débouté les parties de toute autre conclusion (chiffre 4).

A.Z. et B.Z. ont interjeté appel; X. a formé un appel joint. Par arrêt du 18 janvier 2017, la Chambre des prud'hommes a annulé les chiffres 2 à 4 du dispositif du jugement entrepris, puis débouté X. des fins de ses conclusions et les parties de toutes autres conclusions. La cour cantonale a estimé que l'employée disposait de prétentions salariales pour un total de 21'107 fr., auxquelles s'ajoutait l'indemnité équitable de 7'980 fr. Selon la Chambre des prud'hommes, ces montants, comparés aux 20'000 fr. versés sur la base de la convention du 14 septembre 2011, ne révélaient pas de différence démesurée en défaveur de l'employée. La cour cantonale a relevé au surplus qu'avant de signer la convention, X. avait bénéficié de conseils d'un juriste et d'un syndicat et qu'elle avait obtenu l'avantage d'un prompt règlement définitif des créances résultant des rapports de travail.

Elle en a déduit que l'accord passé entre les parties n'était pas contraire à l'art. 341 al. 1 CO.

X. interjette un recours en matière civile. Elle conclut à la condamnation de A.Z. et B.Z. à lui payer la somme brute de 90'287 fr., voire de 29'087 fr., plus intérêts, sous imputation de la somme nette de 20'000 fr.

Extraits des considérants:

2.

Dans un premier moyen, la recourante se plaint d'une violation de l'art. 322 CO, ainsi que d'un établissement arbitraire des faits en lien avec sa prétention en paiement du travail de piquet de nuit. Elle reproche aux juges genevois d'avoir retenu, sur la base d'un témoignage et d'un certificat médical, qu'elle n'avait assuré des gardes que durant 30 nuits à partir de fin juin 2011. Selon la recourante, l'absence de besoin en soins la nuit avant juillet 2011 ne signifie pas que l'état de santé dégradé de Z. ne nécessitait pas une présence à domicile avant cette date. Au demeurant, la recourante fait valoir qu'en soi, sa seule présence de nuit au domicile de son employeur, souhaitée par celui-ci depuis son engagement, constitue du temps de disponibilité qui doit être rétribué à un taux équitable. S'agissant du nombre de nuits de garde sur toute la durée des rapports de travail et leur rémunération, la recourante reprend les données retenues en première instance, soit 1'560 nuits à 40 fr., pour aboutir à une prétention de 62'400 fr. au lieu du montant de 1'200 fr. alloué par la cour cantonale.

2.1 Le travail à rémunérer, au sens de l'art. 319 CO, s'entend de toute occupation humaine qui tend, de manière planifiée, à la satisfaction d'un besoin. Il ne s'agit pas nécessairement d'un comportement actif. Lorsque le travailleur se tient, même à l'extérieur de l'entreprise, prêt à fournir sa prestation, cette seule disponibilité à travailler contribue en effet à la satisfaction des besoins de l'employeur. Ainsi, dans le (véritable) travail sur appel, le service de disponibilité (Bereitschaftsdienst) est une prestation de travail; il ne se conçoit que contre rétribution (art. 320 al. 2 CO), car le travailleur ne fournit pas cette prestation de manière désintéressée, mais en vue de la prestation principale (rémunérée) (ATF 124 III 249 consid. 3b p. 351; cf. également arrêt 4A_334/2017 du 4 octobre 2017 consid. 2.2 et 2.3).

Par définition, le service de piquet implique également une disponibilité. Il correspond au temps pendant lequel le travailleur se tient, en sus du travail habituel, prêt à intervenir, le cas échéant, pour remédier à des perturbations, porter secours en cas de situation d'urgence, effectuer des visites de contrôle ou faire face à d'autres situations particulières analogues (cf. art. 14 al. 1 de l'ordonnance 1 relative à la loi sur le travail [OLT 1; RS 822.111]). Lorsqu'il est assuré dans l'entreprise, le service de piquet (ou de garde) est une prestation de travail et donne lieu à rémunération; peu importe que le travailleur ait eu ou non à intervenir concrètement, ni qu'il ait

disposé de temps de repos pendant sa permanence (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 38 s.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n°9 ad art. 321 CO p. 165; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar, 2010, n°6 ad art. 321 p. 117; cf. JAR 2000 p. 125, concernant le veilleur de nuit d'un hôtel, qui pouvait dormir sur place entre 23 heures et 7 heures). Lorsque le travailleur de piquet n'est pas tenu de rester dans l'entreprise, sa disponibilité sera rétribuée uniquement s'il est entravé dans la jouissance de son temps libre, en particulier s'il doit être prêt à intervenir à bref délai (arrêt 4A_523/2010 du 22 novembre 2010 consid. 5.1; la question de savoir si cette jurisprudence doit être maintenue a été laissée ouverte dans l'arrêt précité du 4 octobre 2017 consid. 2.3). L'indemnité pour le service de piquet peut être inférieure au taux de salaire de base et les parties au contrat peuvent prévoir qu'elle sera intégrée dans le taux de salaire pour l'activité principale (arrêt précité du 22 novembre 2010 consid. 5.1; cf. ATF 124 III 249 consid. 3b et 3c p. 251 s.).

2.2 Selon l'arrêt attaqué, la recourante n'a pas prouvé avoir accompli des piquets de nuit durant la totalité des rapports de travail, représentant 1'610 nuits de 8 heures à partir de mars 2007. Appréciant le témoignage V. et le certificat médical datant la perte d'autonomie de Z., les juges genevois ont retenu que ce n'est qu'à partir de fin juin 2011 que l'état de santé de l'employeur nécessitait des soins durant la nuit et, partant, un service de garde de la part de la recourante, à rémunérer à un taux équitable.

Ressortant expressément du témoignage V. conforté par le certificat médical, la constatation selon laquelle Z. avait besoin de soins la nuit seulement depuis fin juin 2011 ne repose pas sur une appréciation arbitraire des preuves. La recourante ne le prétend du reste pas. La fourniture de soins nocturnes entre nécessairement dans le cadre d'un service de garde à rémunérer; en l'occurrence, la cour cantonale a fixé la prétention de la recourante à 1'200 fr., soit 30 nuits (8 heures) à 40 fr.

Pour la période antérieure à juillet 2011, à partir de l'engagement en mars 2007, la recourante soutient qu'après les gardes assurées en décembre 2006 par une société spécialisée, un service de piquet demeurait nécessaire en raison de la dégradation de l'état de santé de Z. ayant conduit à plusieurs hospitalisations courant 2011, et ceci même si l'employeur n'avait alors pas besoin de soins pendant la nuit. Elle se contente à cet égard de reprendre l'analyse du Tribunal des prud'hommes, sans plus amples précisions. De même, elle se borne à citer textuellement le témoin V., qui a déclaré que la gouvernante «s'occupait [de Z.] la nuit, elle allait contrôler qu'il allait bien», sans autres indications non plus, en particulier de dates. Ces éléments ne suffisent manifestement pas à démontrer que la Chambre des prud'hommes a apprécié les preuves de manière arbitraire en ne constatant pas que la recourante avait, dans les faits, accompli un service de piquet de nuit depuis le début de son engagement, notamment en répondant aux appels de l'employeur ou en effectuant régulièrement des contrôles imposés par son état de santé.

Au surplus, la cour cantonale n'est pas partie d'une notion juridique erronée du service de piquet à rémunérer. Certes, la présence de nuit d'une employée logée sur place est de nature à satisfaire le besoin de l'employeur d'être rassuré. Mais, quoi qu'en dise la recourante, cette seule circonstance ne suffit pas à réaliser la prestation de travail au sens de l'art. 319 CO si elle n'est pas assortie d'une obligation de rester au domicile pendant un horaire nocturne déterminé. Or, en l'espèce, aucun élément ne permet de retenir que l'employée était entravée dans sa liberté et que, selon le contrat, l'employée devait se tenir prête à apporter son aide à l'employeur la nuit durant toute la durée des rapports de travail.

En conclusion, force est de reconnaître que la cour cantonale n'a ni apprécié les preuves de manière arbitraire, ni violé le droit fédéral en arrêtant, sur le principe, une rémunération du service de piquet correspondant à 30 nuits dès fin juin 2011.

3.

Dans un second grief, la recourante reproche aux juges genevois d'avoir violé l'art. 341 al. 1 CO en admettant que les intimées pouvaient opposer la convention signée le 14 septembre 2011 à ses prétentions protégées par cette disposition. Tout d'abord, la cour cantonale reconnaît elle-même l'absence de toute concession des héritières de l'employeur en faveur de la recourante. En conséquence, la renonciation de la recourante à ses prétentions serait dénuée d'effet en vertu de l'art. 341 al. 1 CO, quel que soit le montant auquel il est renoncé. Au demeurant, la recourante conteste l'appréciation de l'autorité précédente sur le caractère approprié du montant accordé à la gouvernante dans la convention précitée. A son sens, les conseils obtenus d'un juriste et d'un syndicat ne jouent aucun rôle dans les circonstances de l'espèce. Par ailleurs, s'agissant d'une employée de maison gagnant moins de 4'000 fr. par mois, même une différence de 9'000 fr. entre les prétentions reconnues de la recourante (29'087 fr.) et le montant versé sur la base de la convention (20'000 fr.) serait significative, contrairement à l'avis des juges genevois.

3.1 Aux termes de l'art. 341 al. 1 CO, le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat ni durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective. L'art. 341 al. 1 CO prohibe une renonciation unilatérale à des droits qu'il protège. En revanche, il ne fait pas obstacle à une renonciation du travailleur dans le cadre d'une transaction; encore faut-il qu'il y ait une équivalence appropriée des concessions réciproques, c'est-à-dire que les prétentions auxquelles chaque partie renonce soient de valeur comparable (ATF 136 III 467 consid. 4.5 p. 471; 118 II 58 consid. 2b p. 61; 110 II 168 consid. 3b p. 171; arrêt 4A_25/2014 du 7 avril 2014 consid. 6.2).

Ainsi, une quittance pour solde de comptes, en tant que reconnaissance négative de dette, est une déclaration unilatérale de volonté (ATF 127 III 444 consid. 1a); si elle est signée par le travailleur dans la période

de protection de l'art. 341 al. 1 CO, elle ne vaut pas remise de dette (art. 115 CO) pour les prétentions résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective (cf. arrêt 4A_453/2012 du 3 décembre 2012 consid. 2.3). Tel ne sera toutefois pas le cas si la quittance pour solde de comptes est incluse dans une transaction (cf. ATF 127 III 444 consid. 1a) et que la contre-partie fournie par l'employeur est appropriée.

L'art. 341 al. 1 CO n'interdit pas non plus aux parties de rompre en tout temps le contrat de travail d'un commun accord pour autant qu'elles ne cherchent pas, par ce biais, à détourner une disposition impérative de la loi. Dans la mesure où elle emporte renonciation du travailleur à des prétentions de droit impératif, une telle convention (Aufhebungsvertrag) n'est donc valable que sous la forme d'une véritable transaction, comprenant des concessions d'importance comparable de la part de chaque partie (ATF 119 II 449 consid. 2a p. 450; 118 II 58 consid. 2b p. 61; arrêts 4A_673/2016 du 3 juillet 2017 consid. 4.1; 4A_563/2011 du 19 janvier 2012 consid. 4.1).

3.2 En l'espèce, l'acte signé par les parties le 14 septembre 2011 se présente formellement comme une convention de cessation des rapports de travail: la recourante accepte la fin du contrat au 1 er septembre 2011 moyennant, pour solde de tout de compte, trois mois de salaire brut sans la rétribution en nature (9'000 fr.) ainsi qu'une gratification exceptionnelle (11'000 fr.). Or, au moment de la conclusion de cette convention, le contrat de travail avait déjà pris fin, par le décès de l'employeur le 8 septembre 2011 (cf. art. 338a al. 2 CO). L'acte litigieux n'est dès lors pas un contrat de résiliation conventionnelle et il n'y a pas lieu de se demander si, transactionnellement, la recourante a obtenu une compensation suffisante de la part de l'employeur pour avoir accepté que le contrat de travail prenne fin prématurément.

En définitive, l'acte signé le 14 septembre 2011 ne tend qu'à régler les modalités de la fin du contrat, soit essentiellement les prétentions de la recourante à l'issue des rapports de travail. En signant la convention, l'employée de maison s'est bornée à reconnaître qu'elle n'avait pas de créances résultant du contrat de travail au-delà du montant de 20'000 fr. proposé par les héritières de l'employeur. Il s'agit là d'une quittance pour solde de comptes.

Cette reconnaissance négative de dette n'est pas intervenue dans le cadre d'une véritable transaction, comportant des concessions réciproques de valeur comparable. A cet égard, les intimées elles-mêmes ne prétendent pas que le fait de n'avoir pas exigé l'évacuation immédiate de la recourante aurait constitué une concession de leur part. A l'instar de la cour cantonale, elles invoquent uniquement l'avantage que constituait pour la recourante un prompt règlement des créances résultant du contrat de travail. Or, cet avantage ne correspond à aucune renonciation à un droit de la part des héritières de l'employeur. Force est dès lors de constater que l'employée n'a bénéficié d'aucune concession.

En tant qu'elle comporte une simple quittance pour solde de comptes, la convention signée le 14 septembre 2011 ne peut être valablement opposée aux prétentions de la recourante protégées par l'art. 341 al. 1 CO. En jugeant le contraire, la cour cantonale a violé cette disposition et le recours se révèle bien fondé sur ce point.

4.

Il convient de détailler à présent les prétentions auxquelles la recourante ne pouvait renoncer en vertu de l'art. 341 al. 1 CO. C'est le lieu de préciser que si les art. 361 et 362 CO contiennent une liste de dispositions (absolument ou relativement) impératives, cette énumération n'est pas exhaustive (ATF 124 III 469 consid. 2a p. 471). L'art. 341 al. 1 CO peut également concerner, entre autres, des créances résultant de normes impératives de droit public fédéral ou cantonal (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 267; BOHNET/DIETSCHY, in Commentaire du contrat de travail, Dunand/Mahon éd., 2013, n°7 ad art. 341 CO).

4.1.

4.1.1 L'indemnité équitable au sens de l'art. 338a al. 2 CO résulte d'une disposition impérative de la loi (cf. art. 362 al. 1 CO). En l'espèce, la cour cantonale l'a arrêtée de manière incontestée à 7'980 fr.

4.1.2 L'indemnité pour vacances non prises est également une prétention couverte par l'art. 341 al. 1 CO (cf. art. 361 al. 1 et art. 362 al. 1 CO; arrêts 4A_419/2011 du 23 novembre 2011 consid. 4.3.1; 4C.219/1988 du 25 novembre 1988 consid. 2a). Selon l'arrêt attaqué, la recourante dispose à cet égard d'une créance de 13'922 fr.

4.1.3 L'indemnisation du travail effectué les jours fériés tombe également sous le coup de l'impossibilité de renoncer prévue à l'art. 341 al. 1 CO (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., p. 1296). Sur ce point, il convient de relever que l'art. 20a al. 1 de la loi sur le travail (LTr; RS 822.11) assimile au dimanche le 1er août et permet aux cantons d'en faire de même pour huit autres jours fériés par an; par ailleurs, selon l'art. 22 LTr, les temps de repos prescrits par la loi ne doivent pas être remplacés par des prestations en argent, sauf à la cessation des rapports de travail. Certes, la LTr ne s'applique pas aux ménages privés (art. 2 al. 1 let. g LTr), c'est-à-dire aux situations, comme celle ici en cause, dans lesquelles l'employeur occupe un travailleur dans son ménage pour ses propres besoins. Néanmoins, au lieu d'être assurée par le droit public, la protection des travailleurs domestiques relève alors des contrats-types de travail que les cantons sont tenus d'édicter en vertu de l'art. 359 al. 2 CO (MÜLLER/MADUZ, ArG Kommentar, 8e éd. 2017, n°19 ad art. 2 LTr). En l'espèce, les rapports de travail relevaient du contrat-type de travail genevois pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 30 mars 2004 (ci-après: CTT). L'art. 16 al. 1 let. a à e et g à i CTT reprend les huit jours fériés accordés par le canton de Genève. Aux termes de l'art. 16 al. 4 CTT, les travailleurs à temps complet astreints pour une raison valable à travailler un jour férié légal qui ne tombe pas un di-

manche doivent bénéficier d'un jour de compensation. Partant, comme pour les vacances non prises, les jours fériés travaillés qui n'ont pas été compensés par du repos doivent, sauf abus de droit, être rétribués en argent à la fin des rapports de travail.

En l'occurrence, la cour cantonale a fixé à 5'985 fr. l'indemnité pour le travail accompli les jours fériés par la recourante.

4.1.4 La rémunération du travail de piquet de nuit est un salaire. Quand bien même l'art. 322 CO ne figure pas dans la liste des art. 361 et 362 CO, le droit au paiement du salaire, pour l'activité déjà effectuée, revêt un caractère impératif et est protégé par l'art. 341 al. 1 CO (cf. ATF 124 III 469 consid. 3a p. 473; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 279).

Comme déjà vu (consid. 2.2), la prétention de la recourante pour les gardes de nuit s'élève à 1'200 fr.

4.2 La recourante peut faire valoir à l'encontre des intimées des prétentions pour une somme brute totale de 29'087 fr., ce qui correspond au montant qu'elle réclame dans ses conclusions subsidiaires avant imputation du montant déjà versé de 20'000 fr. Le point de départ des intérêts au 16 juillet 2012 n'est pas contesté.

En conclusion, le recours doit être admis partiellement. L'arrêt attaqué sera annulé et les intimées seront condamnées solidairement à verser à la recourante la somme brute de 29'087 fr., plus intérêts à 5% l'an dès le 16 juillet 2012, sous imputation de la somme nette de 20'000 fr.

Tribunal fédéral, Arrêt du 21 décembre 2017, Doss.-No 8C_41/2017 (Admission partielle du recours en matière de droit public interjeté contre le jugement de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 17 novembre 2016)

Art. 337 CO. Lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues, il viole gravement une des obligations découlant du contrat de travail, de sorte qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO peut s'imposer (c. 3.1).
Harcèlement psychologique (mobbing). Que la personne qui se dit victime trouve après coup des excuses à l'auteur présumé de harcèlement ne dispense pas l'employeur de son devoir de protéger ses employés comme l'exige l'art. 328 CO, disposition qui vaut dans les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public. Le seul fait que l'auteur présumé n'a pas fait montre d'un caractère sournois dans son comportement ne permet pas de conclure à l'absence de harcèlement. Il n'est pas exigé que l'auteur présumé agisse de manière dissimulée ou fasse preuve d'hypocrisie. Par ailleurs, plus que l'intention subjective du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agissements sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant (c. 3.6.2).

Un rapport du groupe Impact du canton de Vaud et les sources sur lesquelles s'appuient ses auteurs sont incontestablement des moyens de preuve pertinents dans un litige portant sur la résiliation des rapports de travail en raison d'un harcèlement psychologique, notamment quand il s'agit d'en apprécier la gravité et l'intensité. En en faisant abstraction, sans autre explication, la Cour d'appel a procédé à un établissement des faits qui peut être qualifié d'arbitraire. Ignorer ce rapport reviendrait à remettre en cause l'utilité même de la structure mise en place par l'Etat de Vaud pour mener des procédures d'investigation en matière de harcèlement et de gestion des conflits (c. 3.6.3).

Extraits des faits:

A. est entrée au service de l'Etat de Vaud le 1er août 1996. Elle a occupé successivement les fonctions de première secrétaire A, d'assistante de direction et de projets. Elle a également travaillé en qualité de coordinatrice de projets et d'adjointe administrative. Au mois de juillet 2006, elle a été transférée au service X. de la Police cantonale. Dès le 1er janvier 2007, elle a repris le poste de Y.. Son poste correspondait alors à celui d'adjointe administrative, colloqué en classes 23-26. Après l'entrée en vigueur de la nouvelle politique salariale de l'Etat de Vaud, le 1er décembre 2008, son poste a été colloqué au niveau 13 de la chaîne 363, avec l'emploi-type de «responsable de missions administratives ou stratégiques».

A partir du 15 mars 2009, B. a été engagée comme chargée de projets rattachée à A.. Le 27 avril 2009, elle s'est plainte d'une attitude extrêmement agressive de langage et d'attitude de la part de A., ce qui rendait très difficile les entretiens professionnels. Au cours d'un entretien d'évaluation du 20 mai 2009, les prestations de B. ont été majoritairement qualifiées de «faibles». Son engagement n'a pas été confirmé. Les relations entre A. et les collaborateurs de la police en contact avec elle se sont dégradées. Dès le mois d'octobre 2009, A. a engagé une nouvelle chargée de projets en la personne de C., économiste HES diplômée. Les relations entre les deux femmes se sont rapidement détériorées. Le 18 février 2010, C. a été entendue par le vice-commandant et le responsable des ressources humaines. Elle a déclaré ressentir une forme de pression constante. A la demande du vice-commandant, elle a établi un rapport écrit le 27 février 2010 dans lequel elle a fait état des difficultés qu'elle rencontrait dans son travail avec sa supérieure hiérarchique. Le 4 mars 2010, en raison de ces difficultés, elle a contacté le groupe d'intervention Impact instauré par le règlement relatif à la gestion des conflits au travail et à la lutte contre le harcèlement du 9 décembre 2002 (RCTH; RS/VD 172.31.7). Le 9 mars 2010, A. a été entendue par le vice-commandant et le responsable des ressources humaines, puis dans la même matinée par le commandant de la police. Le même jour, le commandant a adressé un courrier au groupe Impact afin de demander

l'ouverture d'une procédure d'investigation. Le groupe Impact a entendu C., ainsi que A. et douze autres témoins. Il a rendu son rapport définitif le 14 septembre 2010. Il a conclu que les éléments constitutifs de harcèlement psychologique de la part de A. à l'endroit de C. étaient réunis. Le 17 septembre 2010, le commandant a résilié avec effet immédiat les rapports de service de A..

A. a déposé devant le Tribunal de Prud'hommes de l'Administration cantonale (en abrégé: TRIPAC) une demande tendant au paiement de son salaire afférent au délai de congé, ainsi que d'indemnités pour résiliation abusive selon l'art. 60 al. 2 de la loi sur le personnel de l'Etat de Vaud (LPers-VD; RS/VD 172.31), pour résiliation injustifiée selon l'art. 337c al. 3 CO, pour tort moral et pour violation de la loi sur l'égalité (LEg; RS 151.1). Elle réclamait aussi une indemnisation pour des vacances non prises et pour des heures supplémentaires. Statuant le 18 décembre 2015, le Tribunal de Prud'hommes a dit que le défendeur était débiteur de la demanderesse d'un montant brut de 51'210 fr. 10 au titre de salaires et droit aux vacances et d'un montant de 22'378 fr. 35 à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Par arrêt du 17 novembre 2016, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté l'appel formé par l'Etat de Vaud contre la décision de première instance.

Par écriture du 17 janvier 2017, l'Etat de Vaud interjette un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 17 novembre 2016.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Sous le titre «Résiliation immédiate pour de justes motifs», l'art. 61 LPers-VD (RS/VD 172.31) prévoit ceci:

1 L'autorité d'engagement ou le collaborateur peut résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs. Sont notamment 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.

2 Les articles 337bet 337c CO s'appliquent à titre de droit cantonal supplétif.

Les juges précédents ont considéré – cela n'est pas contesté – que la jurisprudence relative à l'art. 337 CO devait être appliquée par analogie au licenciement pour justes motifs selon l'art. 61 LPers-VD, vu le renvoi de cette disposition à la réglementation du code des obligations. D'ailleurs, l'art. 61 al. 1 LPers-VD se réfère à la même notion de justes motifs que celle définie à l'art. 337 al. 2 CO (cf. aussi RÉMY WYLER/MATTHIEU BRIGUET, La fin des rapports de travail dans la fonction publique: principes généraux, LPers-CH, LPers-VD, 2017, p. 45). En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier

une telle résiliation; si le manquement est moins grave, il ne peut entraîner une résiliation immédiate que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 213 consid. 3.1 p. 220). La jurisprudence a souligné que, lorsqu'un employé porte sérieusement atteinte aux droits de la personnalité de l'un de ses collègues, il viole gravement une des obligations découlant du contrat de travail, de sorte qu'une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 CO peut s'imposer (ATF 127 III 351 consid. 4b/dd p. 355 s. et les références citées; arrêt 4A_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1; voir aussi RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 576 sv.).

3.2 La Cour d'appel considère que les juges de première instance étaient fondés à se prononcer non seulement sur la base du rapport du groupe Impact mais également sur les autres éléments de preuve recueillis au cours de l'instruction, en particulier les témoignages des personnes entendues par le Tribunal de Prud'hommes. Elle retient que le comportement de l'intimée était certes inapproprié, mais il survenait en période de fortes tensions. L'intimée était stressée par ses responsabilités et sa charge de travail. Même C. avait reconnu que l'importante masse de travail à laquelle sa supérieure hiérarchique était confrontée lui avait longtemps paru «une excuse valable». Elle avait admis que lors des périodes de répit, sa supérieure était de meilleure humeur, de telle sorte que les contacts entre les deux femmes s'étaient bien déroulés durant ces laps de temps. Selon la Cour d'appel toujours, il n'y avait pas eu de dénigrement systématique de la part de l'intimée. On ne discernait pas non plus chez elle un caractère sournois caractéristique du mobbing. Le contexte «malsain» dans lequel elle évoluait (très forte pression, état de surmenage) avait joué un rôle majeur dans son attitude critiquable, mais non délibérée. Les propres déclarations de C. permettaient d'exclure une volonté délibérée d'élimination professionnelle. La juridiction cantonale met encore l'accent sur la qualité du travail fourni par l'intimée au sein de l'administration cantonale, sur les difficultés qu'elle a rencontrées au début de son activité au service X. de la police cantonale (il lui était notamment reproché de ne pas avoir suivi la filière policière et de n'avoir aucune expérience du terrain, alors qu'elle occupait un poste stratégique), ainsi que sur des problèmes d'intégration rencontrés avec les officiers. Malgré cet environnement peu favorable et une charge de travail très importante, elle avait continué à faire avancer des dossiers. Il était également établi qu'elle souffrait de cette situation et qu'elle était épuisée, notamment durant la période d'activité de C.

En conclusion, la Cour d'appel considère que le licenciement avec effet immédiat était disproportionné au regard du contexte dans lequel s'inscrivaient les agissements reprochés, et compte tenu du fait que l'Etat était dans une certaine mesure à l'origine du motif invoqué pour justifier le congé, même si la surcharge de travail de l'intimée ne pouvait pas être imputée à l'employeur, celui-ci ayant pris plusieurs mesures pour la décharger de certaines tâches.

3.3 Le recourant se plaint d'une constatation inexacte et arbitraire des faits. Il fait valoir que la Cour d'appel a occulté le rapport du groupe Impact, pourtant produit en procédure. La Cour d'appel n'aurait pas tenu compte des témoignages recueillis par ce groupe. Ces témoignages étaient de nature, selon le recourant, à établir le harcèlement psychologique dont l'intimée aurait fait preuve à l'endroit de C. Au lieu de cela, la Cour aurait porté crédit aux seuls témoins entendus au cours de la procédure judiciaire de première instance, témoins qui n'auraient d'ailleurs pas été interrogés sur le reproche de harcèlement psychologique. Elle aurait choisi arbitrairement de mettre en avant le contexte professionnel de la demanderesse et intimée au détriment de la situation concrète de sa victime. Les juges précédents auraient aussi appliqué de manière arbitraire la notion de harcèlement psychologique dans le cas concret.

3.4 Le Tribunal fédéral conduit son raisonnement sur la base des faits établis par la juridiction précédente (art. 105 al. 1 LTF); il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte, ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 141 IV 317 consid. 5.4 p. 324; 140 III 264 consid. 2.3 p. 266) 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 est susceptible d'influer sur le sort la cause (art. 97 al. 1 LTF). Selon la jurisprudence, il y a arbitraire dans l'appréciation des preuves et l'établissement des faits lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et la jurisprudence citée).

3.5 Selon la définition donnée par la jurisprudence qui vaut pour les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public (arrêts 8C_398/2016 du 17 mai 2017 consid. 4.1.1; 8C_358/2009 du 8 mars 2010 consid. 5.1), le harcèlement psychologique, communément appelé mobbing, se définit comme un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, marginaliser, voire exclure une personne sur son lieu de travail. Il arrive fréquemment que chaque acte, pris isolément, apparaisse encore comme supportable, mais que les agissements pris dans leur ensemble constituent une déstabilisation de la personnalité, poussée jusqu'à l'élimination professionnelle du travailleur visé.

Il n'y a toutefois pas harcèlement psychologique du seul fait qu'un conflit existe dans les relations professionnelles ou qu'il règne une mauvaise ambiance de travail, ni du fait qu'un membre du personnel serait invité – même de façon pressante, répétée, au besoin sous la menace de sanctions disciplinaires ou d'une procédure de licenciement – à se conformer à ses obligations résultant du rapport de travail, ou encore du fait qu'un supé-

rieur hiérarchique n'aurait pas satisfait pleinement et toujours aux devoirs qui lui incombent à l'égard de ses collaboratrices et collaborateurs. Il résulte des particularités du mobbing que ce dernier est généralement difficile à prouver, si bien qu'il faut éventuellement admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents (voir p. ex. les arrêts 4D_22/2013 du 19 septembre 2013 consid. 3.1; 4A_32/2010 du 17 mai 2010 consid. 3.2; 4C.109/2005 du 31 mai 2005 consid. 4; 4C.276/2004 du 12 octobre 2004 consid. 4.1).

3.6

3.6.1 Comme le fait valoir avec raison le recourant, la Cour d'appel a mis avant tout en évidence le contexte professionnel dans lequel évoluait l'intimée, en se fondant principalement sur les déclarations des témoins entendus dans la procédure devant le Tribunal de Prud'hommes. Sans aucune motivation, elle n'a retenu ni même discuté les témoignages recueillis par le groupe Impact. Ceux-ci attestaient pourtant de manière concordante et dépourvue d'ambiguïté des faits susceptibles d'étayer les allégations de harcèlement. Ils faisaient notamment état de cris et d'éclats de voix quotidiens provenant du bureau dans lequel l'intimée s'enfermait presque tous les jours avec C. Celle-ci était durement remise en place ou rabaissée par sa supérieure hiérarchique. A la simple vue de cette dernière, elle semblait être apeurée. La Cour d'appel n'a pas davantage discuté le contenu et les conclusions du groupe Impact, bien qu'elle ait reconnu qu'elles revêtaient «une importante force probante».

3.6.2 Le fait que C. a pu trouver après coup une certaine justification au comportement de sa supérieure ne suffit pour nier l'existence d'un mobbing. On rappellera que c'est C. qui a contacté le groupe Impact sur la base de la perception qu'elle avait alors de l'attitude de l'intimée à son égard. Que la personne qui se dit victime trouve après coup des excuses à l'auteur présumé de harcèlement ne dispense pas l'employeur de son devoir de protéger ses employés comme l'exige l'art. 328 CO, disposition qui vaut dans les relations de travail fondées tant sur le droit privé que sur le droit public (arrêt 8C_732/2016 du 26 septembre 2017 consid. 6.2; voir JEAN-PHILIPPE DUNAND/SANDRINE TORNARE, L'obligation de l'employeur de prévenir les conflits interpersonnels [sources, concrétisation et responsabilité], in: Conflits au travail, Centre d'étude des relations de travail, 2015, p. 33; PETER HELBLING, in Portmann/Uhlmann [éd.], Bundespersonalgesetz [BPG], 2013, n. 44 sv. ad art. 4 LPers). Le seul fait que l'auteur présumé n'a pas fait montre d'un caractère sournois dans son comportement ne permet pas de conclure à l'absence de harcèlement. Il n'est pas exigé que l'auteur présumé agisse de manière dissimulée ou fasse preuve d'hypocrisie. Quant à l'affirmation selon laquelle l'intimée n'a pas délibérément visé une élimination professionnelle de C., elle devait au moins être confrontée avec l'ensemble des moyens de preuve, notamment des déclarations des témoins entendus par le groupe Impact. D'ailleurs, plus que l'intention subjective du harceleur, c'est finalement l'effet de ses agisse-

ments sur la personnalité et la santé de la victime qui est déterminant (cf. JEAN-PHILPPE DUNAND, Le harcèlement psychologique (mobbing) en droit privé suisse du travail, Recueil de jurisprudence neuchâteloise [RJN] 2006 p. 13 ss, plus spécialement p. 23 ch. 4).

3.6.3 Un rapport du groupe Impact et les sources sur lesquelles s'appuient ses auteurs sont incontestablement des moyens de preuve pertinents dans un litige portant sur la résiliation des rapports de travail en raison d'un harcèlement psychologique, notamment quand il s'agit d'en apprécier la gravité et l'intensité (voir sur la création et les tâches de ce groupe, NICOLE GOLAY, Le groupe Impact: 15 ans de gestion de conflits et de traitement des situations de harcèlement dans une administration publique, in: Conflits au travail, op. cit., p. 247 ss). En en faisant abstraction, sans autre explication, la Cour d'appel a procédé à un établissement des faits qui peut être qualifié d'arbitraire au sens de la jurisprudence susmentionnée. Certes, les difficultés professionnelles rencontrées par l'intimée dans l'exercice de ses fonctions sont un élément qui pouvait entrer en considération en sa faveur dans l'appréciation des justes motifs de résiliation immédiate. Mais ces difficultés devaient être mises en balance avec les témoignages recueillis par le groupe Impact et le rapport établi par ce dernier sur cette base, afin de permettre une appréciation globale quant à l'existence d'un juste motif de résiliation. Ignorer ce rapport reviendrait à remettre en cause l'utilité même de la structure – en l'occurrence indépendante – mise en place par l'Etat de Vaud pour mener des procédures d'investigation en matière de harcèlement et de gestion des conflits (cf. art. 5 RCTH).

3.6.4 La cause doit ainsi être renvoyée à la Cour d'appel du Tribunal cantonal, pour qu'elle établisse les faits et apprécie les preuves dans le respect dans 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 Cour d'appel conservant sa liberté pour apprécier l'ensemble des preuves, dans les limites définies ci-dessus (cf. arrêts 8C_907/2010 du 8 juillet 2011 consid. 5.7; 1C_418/2008 du 27 mai 2009 consid. 2.3).

Kanton Bern

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 9. August 2017 (Bestätigung des Entscheids des Regionalgerichts Emmental-Oberaargau vom 20. Februar 2017)

Qualifikation einer Sondervergütung als freiwillige Gratifikation oder Lohnbestandteil, Art. 322 und 322d OR. Nach dem Vertrauensprinzip gilt eine Gratifikation als vereinbart, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet wurde. Wurden unterschiedliche Beträge bezahlt, betrifft die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten ist (sog. unechte Gratifikation). Der Arbeitgeber kann dann unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbaren Kriterien ausrichten. Sind hingegen sowohl der Grundsatz als auch die Höhe einer Sondervergütung objektiv bestimmbar, stellt dies einen Lohnbestandteil dar (E. III.4.3.1). Vorliegend verfügte der Arbeitgeber bei der Festsetzung der Höhe der Gratifikation über einen Ermessensspielraum, weshalb die an den Arbeitnehmer ausgerichtete, in ihrer Höhe jeweils variierende Gratifikation – ungeachtet ihrer Typisierung als echte oder unechte Gratifikation – keine Sondervergütung mit Lohncharakter darstellte (E. III.4.6). An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer ausgerichtete Gratifikation jeweils mindestens die Höhe des aktuellen Monatslohns erreichte. Dies alleine führt noch nicht dazu, dass Gratifikationen im Umfang des Monatslohns den Charakter eines Lohnbestandteils erhalten und der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben – entgegen der vertraglichen Regelung – von einem stillschweigend vereinbarten «Mindestanspruch» ausgehen darf (E. III.4.7).

Sachverhalt:

Der Arbeitnehmer A. (nachfolgend: Beschwerdeführer) war vom 2. Februar 1995 bis 31. August 1998 als Aussendienstmitarbeiter bei der Arbeitgeberin C. AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) angestellt. Am 24. Oktober 2003 schlossen die Parteien erneut einen Arbeitsvertrag ab. Dieser sah ein Arbeitspensum von 100% als Verkaufsleiter mit Eintrittsdatum per 2. Februar 2004 vor. In Ziffer 10 des Arbeitsvertrags findet sich folgende Passage: «Gehalt: […] Per 31. Dezember wird eine Gratifikation ausbezahlt, sofern zum Zeitpunkt der Auszahlung ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht. Ein Rechtsanspruch auf eine Gratifikation besteht jedoch grundsätzlich nicht.» In den Jahren 2004, 2005, 2013 und 2014 er-

hielt der Beschwerdeführer jeweils eine Gratifikation in der Höhe des dazumal aktuellen Monatslohns und in den sieben Jahren dazwischen (2006 bis 2012) jeweils eine den Monatslohn übersteigende Gratifikation ausbezahlt. Per 1. Oktober 2015 sollte ein neuer Arbeitsvertrag in Kraft treten. Da sich die Parteien über diverse Modalitäten der neuen Arbeitsstelle nicht einigen konnten, kündigte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer auf den 31. Oktober 2015. Eine Gratifikation für das Jahr 2015 wurde dem Beschwerdeführer nicht ausbezahlt.

Am 18. Mai 2016 reichte der Beschwerdeführer beim Regionalgericht Emmental-Oberaargau (nachfolgend: Vorinstanz) Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein mit folgendem Rechtsbegehren: Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger als Gratifikation/13. Monatslohn einen Betrag von Fr. 8'375.00 zu bezahlen, dies zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Oktober 2015.– Unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit Entscheid vom 12. Dezember 2016 wies die Vorinstanz die Klage ab und verurteilte den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von CHF 10'092.80 zu bezahlen. Gerichtskosten wurden keine erhoben. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. März 2017 (Postaufgabe gleichentags) Beschwerde beim Obergericht des Kantons Bern und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids sowie die Verurteilung der Beschwerdegegnerin zur Bezahlung einer «Gratifikation»/13. Monatslohn von CHF 8'735.00 zuzüglich Zins zu 5% seit 31. Oktober 2015; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Aus den Erwägungen:

II.

(…)

2.

2.1 Die Beschwerdegegnerin rügt in ihrer Beschwerdeantwort eine ungenügende Begründung der Beschwerde und der darin gestellten Rechtsbegehren. Im Beschwerdeverfahren bestehe eine eigentliche Rügepflicht und der gerügte Mangel sei substantiiert zu umschreiben. Der Beschwerdeführer lege einzig in Art. 4 der Beschwerdeschrift auf einigen wenigen Zeilen dar, weshalb er den angefochtenen Entscheid als mangelhaft erachte, ohne eine Trennung zwischen Sachverhalts- und Rechtsrüge vorzunehmen und anzugeben, wo (an welcher Stelle des angefochtenen Entscheids bzw. der Entscheidbegründung) sich die angeblich offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung und die angeblich unrichtige Rechtsanwendung befinde. Im Ergebnis rüge der Beschwerdeführer einen einzigen (angeblichen) Mangel, nämlich den Umstand, dass die Vorinstanz nicht beachtet habe, dass die Gratifikation den Monatslohn nie unterschritten habe.

2.2 Mit der Beschwerde kann einerseits eine unrichtige Rechtsanwendung und andererseits eine offensichtlich unrichtige Feststellung des

Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Die Beschwerde ist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 321 Abs. 1 ZPO). In der Begründung ist im Einzelnen darzulegen, auf welchen Beschwerdegrund sich der Beschwerdeführer beruft, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet und aus welchen Gründen dieser geändert werden soll, d.h. der Beschwerdeführer hat sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2 und E. 3.4; FREIBURGHAUS/AFHELDT, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2013, N. 15 zu Art. 321 ZPO). Zwar gilt wie auch vor erster Instanz im Beschwerdeverfahren der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen («iura novit curia», Art. 57 ZPO), die Rechtsmittelbehörde behandelt aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_290/2015 vom 1. September 2014 E. 5).

2.3 Vorliegend geht aus der Beschwerde mit genügender Klarheit hervor, mit welcher vorinstanzlichen Erwägung der Beschwerdeführer nicht einverstanden ist, nämlich mit der Feststellung der Vorinstanz, wonach die Höhe der Gratifikation keiner objektiven Bestimmbarkeit unterlag und die Beschwerdegegnerin über sämtliche Jahre hinweg ihr Ermessen ausübte (Erwägung Bst. G Ziff. II./3., pag. 111 ff. S. 17 ff. der erstinstanzlichen Entscheidbegründung). Der Beschwerdeführer begründet in seiner Beschwerde sodann, weshalb er mit dieser Feststellung nicht einverstanden ist (Ermessen habe nur hinsichtlich des den Monatslohn übersteigenden Betrags bestanden) und welche rechtlichen Schlussfolgerungen daraus aus seiner Sicht zu ziehen sind (Gratifikation sei in der Höhe des Monatslohns zum Lohnbestandteil geworden und damit auch beim gekündigten Arbeitsverhältnis pro rata temporis geschuldet). Damit hat sich der Beschwerdeführer genügend substantiiert mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt und deren angebliche Fehlerhaftigkeit ausreichend umschrieben. Die Anforderungen an die Begründung sind somit erfüllt.

3.

Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist folglich einzutreten.

III.

1.

1.1 Die Vorinstanz gelangte in einem ersten Schritt beweiswürdigend zum Ergebnis, dem Beschwerdeführer sei der Nachweis nicht gelungen, dass die im Anstellungsvertrag vom 24. Oktober 2003 als «Gratifikation» bezeichnete und dem Beschwerdeführer in den Jahren 2004 bis 2014 jeweils unter dieser Bezeichnung ausgerichtete Vergütung für die Beschwerdegegnerin selber ein fester Lohnbestandteil gewesen sei.

1.2 In einem zweiten Schritt prüfte die Vorinstanz, ob die als «Gratifikation» bezeichnete Vergütung – durch die vorbehaltlose jahrelange Auszahlung in der Höhe mindestens eines Monatslohns – zu einem fixen Lohnbestandteil wurde.

1.2.1 Hierzu erwog die Vorinstanz, die Gratifikation habe nie einen das Jahresgehalt übersteigenden Betrag erreicht, womit der akzessorische Charakter der Gratifikation als Sondervergütung erhalten geblieben sei und in dieser Hinsicht nicht von einem Lohnbestandteil die Rede sein könne. Aufgrund der privilegierten Position des Beschwerdeführers (Mitglied der Geschäftsleitung) und des im Arbeitsvertrag enthaltenen Freiwilligkeitsvorbehalts habe er trotz fehlender Vorbehaltserklärung auf den jeweiligen Dezember-Lohnabrechnungen auch nicht davon ausgehen können, er habe nun grundsätzlich Anspruch auf eine solche Auszahlung. Umso weniger, als es sich um keine Auszahlungen «in unverändertem Umfang» gehandelt habe und die Höhe der Gratifikation keiner objektiven Bestimmbarkeit gefolgt sei.

1.2.2 Sofern sich die Rechtsnatur der echten Gratifikation überhaupt verändert haben sollte, hätte sich diese lediglich zu einer unechten Gratifikation umgewandelt, welche zwar dem Grundsatze (ob überhaupt eine Vergütung ausbezahlt werde), nicht aber der Höhe nach bestimmt sei. Eine Metamorphose zur Sondervergütung mit Lohncharakter, bei der sowohl Grundsatz wie auch Höhe fix seien und die Arbeitgeberin über keinerlei Ermessen mehr verfüge, habe jedenfalls nicht stattgefunden. Dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Beschwerdegegnerin entweder jedes Jahr Vergütungen in der konstanten Höhe eines Monatslohns ausbezahlt hätte oder wenn die Schwankungen in den Auszahlungen nur marginal gewesen wären und man daraus hätte schliessen müssen, die Beschwerdegegnerin variiere die Höhe nur mit dem einzigen bzw. primären Zweck, zu verhindern, dass ein fixer Lohnbestandteil daraus werde.

1.2.3 Im Gegensatz zur Sondervergütung mit Lohncharakter könnten sowohl echte als auch unechte Gratifikationen mit der Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses verbunden werden, wie dies im Arbeitsvertrag vom 24. Oktober 2003 geschehen sei. Da im Zeitpunkt der Auszahlung der Gratifikation Ende Dezember 2015 kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien mehr bestanden habe, komme dem Beschwerdeführer somit im Ergebnis für das Jahr 2015 kein Anspruch auf eine Gratifikation zu; mangels entsprechender Vereinbarung auch nicht «pro rata temporis».

2.

2.1 Der Beschwerdeführer anerkennt in seiner Beschwerde, dass ihm der strikte Beweis, wonach die Vergütung auch für die Beschwerdegegnerin einen festen Lohnbestandteil dargestellt habe, nicht gelungen sei.

2.2 Hingegen wendet er sich gegen die Ansicht der Vorinstanz, wonach er auch die Eventualvariante gemäss Ziffer 1/ab des Beweisbeschlusses nicht bewiesen habe, nämlich dass die Vergütung durch die vorbehaltlose, jahrelange Auszahlung zu einem Lohnbestandteil geworden sei.

2.2.1 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genüge eine dreimalige, vorbehaltlose Auszahlung einer «Gratifikation», damit die Sondervergütung zu einem festen Lohnbestandteil werde. Vorliegend sei sogar viermal vorbehaltlos eine Gratifikation ausbezahlt worden. Indem die Vorinstanz nicht beachtet habe, dass das Ermessen einzig und allein den Betrag betroffen habe, der über dem Monatslohn liege, habe sie den Sachverhalt offensichtlich falsch wiedergegeben.

2.2.2 Nach Treu und Glauben habe er – und im Übrigen jeder Angestellte der Beschwerdegegnerin – davon ausgehen dürfen, dass er Ende Jahr eine Zahlung mindestens in der Höhe eines Monatslohns erhalte. In diesem Umfang sei die «Gratifikation» zu einem Lohnbestandteil geworden, was die Vorinstanz in ihrer rechtlichen Begründung verkenne. Erhalte eine Gratifikation auf diese Weise Lohncharakter, dürfe deren anteilmässige Auszahlung nicht von der Bedingung des noch bestehenden oder ungekündigten Arbeitsverhältnisses zum massgeblichen Stichtag abhängig gemacht werden.

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, der Beschwerdeführer habe nie ausgeführt, nach welchen objektiven Kriterien die ihm ausgerichtete Gratifikation jeweils bestimmt worden sei. Somit treffe die vorinstanzliche Feststellung zu, wonach die Höhe der Gratifikation keiner objektiven Bestimmbarkeit, sondern dem Ermessen der Arbeitgeberin unterlegen habe. Von einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung könne somit keine Rede sein, was jedoch für eine Gutheissung der Beschwerde erforderlich sei.

3.2 Auch die von der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Qualifikation des von ihr zutreffend festgestellten Sachverhalts sei korrekt, wogegen der Beschwerdeführer seine Auffassung weder auf die Lehre noch die Rechtsprechung stützen könne. Das Bundesgericht habe in seinem Entscheid BGE 129 III 276 einen absolut vergleichbaren Fall beurteilt und sei zum Schluss gekommen, dass es sich bei den dem Arbeitgeber ausgerichteten Zusatzleistungen um eine freiwillige Gratifikation handle. Dass die Höhe der ausgerichteten Beträge mehr als einen Monatslohn betragen habe, habe nicht dazu geführt, dass die Gratifikation im Umfang eines Monatslohns zum Lohnbestandteil geworden sei. Auch im Bundesgerichtsentscheid BGE 139 III 155 habe der Umstand, dass die Gratifikation immer mehr als einen Monatslohn betragen habe, nicht dazu geführt, dass der Gratifikation teilweise Lohncharakter zugesprochen worden sei. Schliesslich erachte es die wohl herrschende Lehre entgegen dem Bundesgericht als zulässig, auch Sondervergütungen mit Lohncharakter mit der Bedingung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses zu verbinden.

4.

4.1 Da der Beschwerdeführer das Beweisergebnis betreffend die Ziffer 1/aa des Beweisbeschlusses ausdrücklich anerkennt, ist vor oberer Instanz lediglich zu prüfen, ob die jahrelange, vorbehaltlose Auszahlung der

Gratifikation diese zu einem Lohnbestandteil mit entsprechendem (pro rata) Anspruch seitens des Beschwerdeführers werden liess.

4.2 Die Vorinstanz hat diesbezüglich einleitend zutreffend auf die Unterscheidung zwischen echter Gratifikation, unechter Gratifikation sowie Sondervergütung mit Lohncharakter hingewiesen und die sich aus der Qualifikation ergebenden unterschiedlichen Rechtsfolgen dargelegt. Darauf kann verwiesen werden.

4.3 Sowohl bei der echten als auch bei der unechten Gratifikation ist die vertragliche Abrede zulässig, wonach die Gratifikation nur bei ungekündigtem Arbeitsverhältnis ausgerichtet wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_509/2008 vom 3. Februar 2009 E. 5.1). Ausschlaggebend und mithin von Bedeutung ist im vorliegenden Fall somit einzig, ob sich die von der Beschwerdegegnerin ausgerichtete (echte oder unechte) Gratifikation über die Jahre zu einer *Sondervergütung mit Lohncharakter* bzw. zu einem *variablen Lohnbestandteil* entwickelt hat. Ist dies der Fall, besitzt der Beschwerdeführer gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen pro rata Anspruch an der Sondervergütung für das Jahr 2015 (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_115/2007 vom 13. Juli 2007 E. 4.3.1).

4.3.1 Eine Gratifikation zeichnet sich gegenüber dem Lohn dadurch aus, dass sie zum Lohn hinzutritt und immer in einem gewissen Masse vom Willen des Arbeitgebers abhängt. Die Gratifikation wird damit ganz oder zumindest teilweise freiwillig ausgerichtet. Freiwilligkeit ist anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber zumindest bei der Festsetzung der Höhe der Sondervergütung ein Ermessen zusteht. Ein solches Ermessen ist zu bejahen, wenn die Höhe der Sondervergütung nicht nur vom Erreichen eines bestimmten Geschäftsergebnisses, sondern zudem auch von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber abhängig gemacht wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_69/2016 vom 17. August 2016 E. 4.1). Fehlt es an einem Ermessensspielraum des Arbeitgebers, ist nicht von einer Gratifikation, sondern von einem (variablen) Lohnbestandteil auszugehen (BGE 139 III 155 E. 3.3 mit Hinweisen). Dabei ist zu beachten, dass Lehre und Rechtsprechung annehmen, nach dem Vertrauensprinzip gelte eine Gratifikation als vereinbart, wenn sie vorbehaltlos während mindestens drei aufeinander folgenden Jahren ausgerichtet worden ist. Sind unterschiedliche Beträge bezahlt worden, so betrifft die Einigung nur den Grundsatz, dass eine Gratifikation auszurichten ist (sog. unechte Gratifikation). Der Arbeitgeber kann dann unterschiedliche Beträge je nach der Qualität der Arbeitsleistung, dem Geschäftsgang und weiteren von ihm frei bestimmbaren Kriterien ausrichten (Urteil des Bundesgerichts 4C.364/2004 vom 1. Juli 2005 E. 2.2 mit Hinweisen). Sind hingegen sowohl der Grundsatz wie auch die Höhe einer Sondervergütung objektiv bestimmbar, stellt dies einen Lohnbestandteil dar (Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2012 vom 26. Februar 2013 E. 3.3 mit Hinweisen).

4.3.2 Um den Charakter einer Gratifikation zu wahren, muss diese zudem gegenüber dem Lohn akzessorisch bleiben und darf im Rahmen der

Entschädigung des Arbeitnehmers nur eine zweitrangige Bedeutung einnehmen. Wird ein kleiner Lohn vereinbart und dafür eine grosse Gratifikation ausgerichtet, erweist sich diese trotz der vereinbarten Freiwilligkeit als das eigentliche Entgelt für die Arbeit. Sie wird dadurch zumindest teilweise zum Lohn im Rechtssinn. Wo diese Grenze liegt, lässt sich jedoch nicht mit einer festen Verhältniszahl zwischen dem vereinbarten Lohn und der freiwilligen Gratifikation festlegen. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. So hat bei einem niedrigen Einkommen ein kleiner Einkommensunterschied mehr Bedeutung als bei einem hohen Einkommen. Entsprechend kann bei einem hohen Einkommen der als Gratifikation ausgerichtete Teil der Leistung prozentual zum Lohn grösser sein als bei einem niedrigen Einkommen (BGE 139 III 155 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 131 III 615 E. 5.2). Die Gratifikation muss insgesamt als untergeordnetes Zusatzgeld erscheinen und zum übrigen Lohn hinzutreten, d.h. sie darf nicht das Hauptentgelt darstellen.

4.4 Vorliegend erhielt der Beschwerdeführer in den Jahren 2004, 2005, 2013 und 2014 jeweils eine Gratifikation in der Höhe seines aktuellen Monatslohns und in den sieben Jahren dazwischen (2006 bis 2012) jeweils eine den Monatslohn übersteigende Gratifikation ausbezahlt. Die Höhe der Gratifikation variierte dabei von CHF 7'500.00 (2004 und 2005) bis CHF 15'200.00 (2009), wobei die Gratifikation anders als der Monatslohn nicht kontinuierlich bis 2015 anstieg, sondern bereits 2009 ihren Höchststand erreichte. Eine Gegenüberstellung von Monatslohn und Gratifikation (inkl. Verhältnis und reale Veränderung zum Vorjahr) präsentiert sich wie folgt:

Jahr	Monatslohn	Gratifikation	Verhältnis	Veränderung
2004	CHF 7'500.00	CHF 7'500.00	100%	
2005	CHF 7'500.00	CHF 7'500.00	100%	CHF 0.00
2006	CHF 7'700.00	CHF 10'000.00	130%	+ CHF 2'500.00
2007	CHF 7'700.00	CHF 10'000.00	130%	CHF 0.00
2008	CHF 8'700.00	CHF 12'000.00	138%	+ CHF 2'000.00
2009	CHF 8'700.00	CHF 15'200.00	175%	+ CHF 3'200.00
2010	CHF 9'500.00	CHF 12'700.00	134%	– CHF 2'500.00
2011	CHF 9'500.00	CHF 14'250.00	150%	+ CHF 1'550.00
2012	CHF 10'000.00	CHF 13'300.00	133%	– CHF 950.00
2013	CHF 10'000.00	CHF 10'000.00	100%	– CHF 3'300.00
2014	CHF 10'000.00	CHF 10'000.00	100%	CHF 0.00
2015	CHF 10'050.00	–		

4.5 Aus der tabellarischen Gegenüberstellung von Monatslohn und Gratifikation über die gesamte Anstellungszeit hinweg geht hervor, dass sich die Höhe der Gratifikation sowohl absolut wie auch relativ (in Bezug auf den Monatslohn) laufend veränderte; dies sowohl nach oben wie nach

unten. Ein Schema, anhand dessen sich die Gratifikation jeweils bereits im Voraus basierend auf dem aktuellen Monatslohn hätte berechnen lassen, ist nicht erkennbar. Der Beschwerdeführer selbst vermochte ebenfalls keine objektiven Kriterien zu nennen, anhand deren die Höhe der Gratifikation objektiv bestimmbar gewesen wäre. Die Geschäftsergebnisse der Beschwerdegegnerin sind nicht aktenkundig, was einen Vergleich mit diesen Zahlen von vornherein verunmöglicht.

4.6 Gemäss den Aussagen von E. beruhte die Höhe der Gratifikation auf verschiedenen Bestandteilen, namentlich auf dem Betriebsergebnis, dem Tagebuch des Mitarbeiters und einer «rechte[n] Portion Willkür» seinerseits. Die Gratifikation habe als Motivation für das kommende Jahr gelten sollen und sei in der Geschäftsleitung entschieden worden. Damit übereinstimmend sagte F. aus, es sei zum Teil das Gremium der Geschäftsleitung und zum Teil Herr E. selber gewesen, der die Höhe der Gratifikation bestimmt habe. Es habe keine Mindesthöhe der Gratifikation gegeben. Die Gratifikationen seien im Rahmen des Geschäftsergebnisses festgesetzt worden. Der Beschwerdeführer, der selbst im Gremium der Geschäftsleitung sass, erklärte die variierende Höhe der Gratifikationen damit, dass teilweise noch Sonderleistungen oder besonders gute Leistungen im Sinne eines Bonussystems honoriert worden seien. Hinsichtlich dieser Sonderleistungen müsste man in den Qualifikationsnachweisen nachsehen und den Schlüssel auftreiben, wie dies berechnet worden sei; so könne er dies aber nicht sagen. Diesen Aussagen lässt sich entnehmen, dass die Höhe der Gratifikation mitunter von der subjektiven Einschätzung der persönlichen Arbeitsleistung durch die Beschwerdegegnerin bzw. durch E. abhängig war. Offenbar fand keine starre Berechnung der Gratifikation statt, sondern war deren Höhe von mehreren, teils subjektiv geprägten Faktoren abhängig. Die Beschwerdegegnerin verfügte somit insgesamt über einen Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Höhe der Gratifikation, weshalb die an den Beschwerdeführer ausgerichtete, in ihrer Höhe jeweils variierende Gratifikation – ungeachtet ihrer Typisierung als echte oder unechte Gratifikation – keine Sondervergütung mit Lohncharakter darstellt.

4.7 An diesem Ergebnis ändert auch nichts, dass die von der Beschwerdegegnerin an den Beschwerdeführer ausgerichtete Gratifikation jeweils mindestens die Höhe des aktuellen Monatslohns erreichte. Gratifikationen erreichen oder übersteigen regelmässig den Betrag eines Monatslohns. Dies alleine führt jedoch noch nicht dazu, dass diese im Umfang des Monatslohns den Charakter eines Lohnbestandteils erhalten und der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben – entgegen der vertraglichen Regelung – von einem stillschweigend vereinbarten «Mindestanspruch» ausgehen darf. Dass die Beschwerdegegnerin selbst von einem 13. Monatslohn ausging, wurde vorinstanzlich als nicht erwiesen erachtet und vom Beschwerdeführer oberinstanzlich nicht mehr geltend gemacht. Massgebend ist in dieser Hinsicht vielmehr, ob die Gratifikation gegenüber dem Lohn trotzdem akzessorisch bleibt und ihr im Rahmen der Entschädigung des Arbeit-

nehmers nur eine zweitrangige Bedeutung zukommt. Ist dies nicht der Fall, ist die Gratifikation zumindest teilweise als Lohnbestandteil zu qualifizieren.

4.8 Vorliegend bezog der Beschwerdeführer im letzten Jahr seiner Anstellung bei der Beschwerdegegnerin einen Bruttolohn von monatlich CHF 10'050.00, was einem Jahreseinkommen von rund CHF 120'000.00 entspricht. Bei einem solch hohen Einkommen kann nicht mehr von einem «bescheidenen Einkommen» («salaire modeste») im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gesprochen werden, bei dem bereits ein geringer Betrag den Charakter eines variablen Lohns haben kann. Vielmehr ist dieses Gehalt bei den mittleren Einkommen («revenus moyens») einzuordnen (vgl. BGE 131 III 615 E. 5.2 und BGE 129 III 276 E. 2.1). Die im vorliegenden Fall ausgerichtete Gratifikation erreichte dabei in keinem Jahr mehr als 15% des Jahreslohns (höchster Anteil: Jahreslohn 2009: CHF 104'400.00, Gratifikation 2009: CHF 15'200.00). Bei einem mittleren Einkommen von etwas mehr als CHF 100'000.00 ist eine Gratifikation von maximal 15% des Jahresgehalts noch als klar untergeordnetes Zusatzgeld zu betrachten. Der akzessorische Charakter der Gratifikation wurde damit aber gewahrt resp. nicht aufgehoben.

5.

Nach dem Gesagten handelt es sich bei den von der Beschwerdegegnerin ausgerichteten Sondervergütungen um (zumindest teilweise bzw. in der Höhe) freiwillige Gratifikationen im Sinne von Art. 322d OR, weshalb der Beschwerdeführer – wie vertraglich vereinbart – keinen pro rata Anspruch für das Jahr 2015 besitzt. Der vorinstanzliche Entscheid ist folglich zu bestätigen und die dagegen erhobene Beschwerde des Beschwerdeführers abzuweisen.

Eingereicht von A. Günther, lic.iur.RA, leitender Gerichtsschreiber Zivil

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 26. September 2017 (Bestätigung des Urteils des Regionalgericht Bern-Mittelland vom 15. Dezember 2016)

Bei der Freistellung verzichtet der Arbeitgeber bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, während die weiteren vertraglichen Pflichten, namentlich die Lohnzahlungspflicht, fortbestehen, soweit diese nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen. Ein Arbeitnehmer muss sich jedoch auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder in der Zeit der Freistellung durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR) (E. 9.2, 9.3).

Eine Verletzung der Treuepflicht berechtigt – anders als ein anrechenbares Dritteinkommen nach Art. 324 Abs. 2 OR – nicht zur Kürzung des Lohns, da der Lohn keine Gegenleistung zur Treuepflicht, sondern zur Erbringung der Arbeitsleistung darstellt. Der Lohn und die Arbeitsleistung stehen mithin in einem direkten Austauschverhältnis: Erbringt der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeitsleistung oder verzichtet der Arbeitgeber – wie im vorliegenden Fall – einseitig auf die Erbringung derselben, hat der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitspflicht (Art. 321 OR) erfüllt und damit – ungeachtet der Erfüllung seiner anderen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (z.B. Sorgfalts- und Treuepflicht; Rechenschafts- und Herausgabepflicht) – Anspruch auf die entsprechende Gegenleistung, d.h. den Arbeitslohn (Art. 322 OR). Der Arbeitgeber kann jedoch andere Gegenforderungen (z.B. Schadenersatzforderungen) in den Grenzen von Art. 323b OR mit der Lohnforderung zur Verrechnung bringen. Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies: Hat der Arbeitnehmer seine aus dem Arbeitsverhältnis fliessende Treuepflicht (Art. 321a OR) nachweislich verletzt und kann der Arbeitgeber einen finanziellen Schaden nachweisen, der ihm unmittelbar aus dieser Treuepflichtverletzung entstanden ist, hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber diesen Schaden zu ersetzen (Art. 321e OR) (E. 9.4, 9.4.1).

Sachverhalt:

Mit unbefristetem Arbeitsvertrag vom 17. Juni 2008 wurde A. (nachfolgend: Berufungsbeklagte) von der B. AG (nachfolgend: Berufungsklägerin) angestellt als Leiterin der Filiale …. mit Beginn ab 2. August 2008. Ab Januar 2009 setzte sich der Lohn der Berufungsbeklagten aus einem fixen Bruttogehalt von Fr. 5'200.– sowie einer Beteiligung von 1% am persönlichen Umsatz zusammen. Am 27. August 2014 kündigte die Berufungsbeklagte ihre Arbeitsstelle per 31. Oktober 2014, worauf sie von der Berufungsklägerin per 12. September 2014 freigestellt wurde. Der Lohn für die Monate September und Oktober 2014 sowie eine Umsatzbeteiligung ab 22. August 2014 wurden der Berufungsbeklagten nicht ausbezahlt. Am 10. November 2014 eröffnete in unmittelbarer Nähe der Boutique der Berufungsklägerin (…) eine Boutique der C. GmbH (…). Bei der C. GmbH handelt es sich um ein Tochterunternehmen der Studio C. GmbH in X. (DE), einer früheren Fabrikantin und Warenlieferantin der Berufungsklägerin. Als Geschäftsführerin der C. GmbH ist (seit Gründung am 8. Oktober 2014) die Berufungsbeklagte im Handelsregister eingetragen.

Am 11. Mai 2015 reichte die Berufungsbeklagte beim Regionalgericht Bern-Mittelland (nachfolgend: Vorinstanz) Klage gegen die Berufungsklägerin ein und forderte ihren Lohn für die Monate September und Oktober 2014, ihre Umsatzbeteiligung von 1% ab 22. August 2014, die 2. Hälfte der Treueprämie 2011, ein Arbeitszeugnis, den Lohnausweis 2014 sowie den Nach-

weis der Bezahlung aller Sozialversicherungsbeiträge. Die Berufungsklägerin schloss in ihrer Stellungnahme vom 25. Juni 2015 auf kostenfällige Abweisung der Klage, soweit nicht den Antrag auf Ausstellung eines Arbeitszeugnisses betreffend. Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 12. Oktober 2015 schlossen die Parteien bezüglich der Ausstellung eines Arbeitszeugnisses und des Nachweises der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge einen Teilvergleich ab. Mit Entscheid vom 15. Dezember 2016 verurteilte die Vorinstanz die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagten einen Betrag von brutto Fr. 12'900.– für die Löhne September und Oktober 2014 (je Fr. 5'200.–) sowie für die 2. Hälfte Treueprämie 2011 (Fr. 2'500.–) zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit dem 1. Oktober 2014 (Lohn September 2014) bzw. 1. November 2014 (Lohn Oktober 2014 und 2. Hälfte Treueprämie 2011). Gleichzeitig hielt die Vorinstanz fest, dass sich dieser Betrag reduziere, soweit die Berufungsklägerin nachweise, dass sie die Sozialabzüge an die entsprechenden Stellen überwiesen habe. Im Weiteren wies die Vorinstanz die Klage ab und verurteilte die Berufungsklägerin, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'516.30 zu bezahlen. Gerichtskosten erhob die Vorinstanz keine. Gegen diesen Entscheid erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 6. Juni 2017 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern und beantragte sinngemäss die kostenfällige Abweisung der Klage, d.h. keine Verurteilung zur Bezahlung der Monatslöhne September und Oktober 2014 sowie der 2. Hälfte der Treueprämie 2011.

Aus den Erwägungen:

8.

8.1 Die Berufungsklägerin rügt in materieller Hinsicht, von der Vorinstanz zu Unrecht dazu verurteilt worden zu sein, der Berufungsbeklagten den Lohn für die Monate September und Oktober 2014 zu bezahlen.

8.2 Zur Begründung hält die Berufungsklägerin zusammengefasst fest, dass die Berufungsbeklagte aufgrund ihres unkorrekten, illoyalen und geschäftsschädigenden Verhaltens keinen Lohn mehr zugute habe. Die Berufungsbeklagte habe ihr hinterrücks den wichtigsten und umsatzstärksten Fabrikanten «abspenstig» gemacht. Sie habe zudem jedem Kunden des Ladens frisch gedruckte Visitenkarten verteilt und mitgeteilt, dass sie [die Kunden] nichts mehr in diesem Laden kaufen müssten, sondern dies in zwei Monaten im neu eröffneten Laden vis-à-vis tun könnten. Noch während ihrer Anstellung bei der Berufungsklägerin habe die Berufungsbeklagte Kunden für das neue Geschäft abgeworben, die Berufungsklägerin gegenüber den Kunden schlecht gemacht und sich die Kundenkartei angeeignet. Die Berufungsbeklagte habe sich zudem bereits mehrere Monate vor ihrer Freistellung um die Gründung ihres neuen Ladens gekümmert und sogar für diesen in Düsseldorf auf Kosten der Berufungsklägerin Waren eingekauft statt für die Berufungsklägerin, was einen Arbeitszeitbetrug darstelle. Die Berufungsbeklagte sei aufgrund dieser Vorfälle keine Sekun-

de mehr tragbar gewesen und habe ihre Freistellung somit selbst verschuldet bzw. zu verantworten. Die Berufungsbeklagte hätte zudem verpflichtet werden müssen, während der Freistellung einen anderen Job zu suchen, wobei es nicht an der Berufungsklägerin sei, einen Ersatzverdienst der Berufungsbeklagten nachzuweisen.

8.3 Indem die Berufungsbeklagte am 26. Juli 2017 in Düsseldorf keine Waren für die Berufungsklägerin eingekauft habe, sondern bereits für die neue Arbeitgeberin, sei der Berufungsklägerin nicht nur ein «direkter Schaden» von Fr. 879.75 (Lohn: Fr. 462.00 und Flug: Fr. 417.75) entstanden, sondern auch ein «weiterer Schaden», indem rund Fr. 200'000.– an Warenverkaufswert im Laden für die kommende Frühjahr-Sommer-Saison gefehlt hätten. Diese «Budgetlücke» habe dann durch spontane Einkäufe in Paris geschlossen werden müssen.

9.

9.1 Die Berufungsklägerin verkennt mit ihrer Argumentation, dass sie die Berufungsbeklagte im September 2014 nicht fristlos entlassen, sondern – gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien – per 12. September 2014 bloss vorbehaltlos freigestellt hat.

9.2 Anders als bei einer fristlosen Entlassung endet das Arbeitsverhältnis bei einer Freistellung nicht sofort, sondern erst auf das Datum der ordentlichen Kündigung, d.h. vorliegend am 31. Oktober 2014. Das Anstellungsverhältnis der Berufungsbeklagten war mit der Freistellung folglich nicht beendet, sondern lief noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. Oktober 2014 weiter. Bis zu diesem Zeitpunkt, d.h. bis zum Ende des Anstellungsverhältnisses, hat der Arbeitnehmer – ungeachtet der Gründe für die Freistellung – Anspruch auf den vollen Lohn, und zwar inklusive sämtlicher normalerweise geschuldeter Zulagen (z.B. Anteil 13. Monatslohn, Durchschnittsprovision, Pauschalspesen, privater Gebrauch eines Firmenfahrzeuges, etc.). Eine Freistellung bedeutet nämlich nichts anderes, als dass der Arbeitgeber bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses freiwillig auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichtet, während die weiteren vertraglichen Pflichten, namentlich die Lohnzahlungspflicht, fortbestehen, soweit diese nicht unmittelbar mit der Erbringung der Arbeitsleistung zusammenhängen (BGE 128 III 271 E. 4.a.bb). Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten somit ungeachtet der Gründe für die Freistellung grundsätzlich den Lohn für die Monate September und Oktober 2014, d.h. bis zum Ende des Anstellungsverhältnisses, zu bezahlen.

9.3 Ein Arbeitnehmer muss sich jedoch auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder in der Zeit der Freistellung durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR).

9.3.1 Die Vorinstanz stellte diesbezüglich fest, es sei nicht nachgewiesen, dass die Berufungsbeklagte bereits vor Ende des Arbeitsverhältnisses tatsächlich oder faktisch in einem Anstellungsverhältnis zur C. GmbH gestanden und ein anrechenbares Dritteinkommen erzielt habe. Da die Be-

rufungsbeklagte im Zeitpunkt der Freistellung zudem bereits über eine neue Stelle verfügt bzw. eine solche in Aussicht gehabt habe, sei es der Berufungsbeklagten auch nicht zuzumuten gewesen resp. wäre es ihr wohl nur schwer möglich gewesen, während der Freistellung für wenige Wochen eine Anstellung zu suchen oder anzunehmen. Ein anrechenbares tatsächliches oder hypothetisches Dritteinkommen der Berufungsbeklagten sei damit nicht erstellt.

9.3.2 Die Berufungsklägerin wendet sich in ihrer Berufungsbegründung nicht explizit gegen diese vorinstanzliche Erwägung. Sie macht oberinstanzlich insbesondere auch nicht (mehr) geltend, die Berufungsbeklagte habe während ihrer Freistellung bei der C. GmbH bereits ein Einkommen erzielt oder hätte bis zum Stellenantritt anderweitig ein Dritteinkommen erzielen können und dies bewusst unterlassen. Stattdessen bringt die Berufungsklägerin einzig vor, die Berufungsbeklagte «hätte verpflichtet werden müssen, während der Freistellungszeit einen anderen Job zu suchen», ohne dies jedoch näher zu begründen. Diese pauschale Kritik genügt nicht, um den vorinstanzlichen Entscheid in diesem Punkt (anrechenbares Dritteinkommen) in Frage zu stellen. Die Berufungsklägerin hätte in ihrer Berufungsbegründung vielmehr konkret aufzeigen müssen, weshalb nach ihrer Ansicht die Vorinstanz zu Unrecht davon ausging, es sei für die Berufungsbeklagte nicht möglich und auch nicht zumutbar gewesen, sofort nach der Freistellung am 12. September 2014 bis Ende Oktober 2014 durch anderweitige Arbeit ein Einkommen zu erzielen. Die Beweislast für den anderweitigen Verdienst respektive für den unterlassenen Ersatzverdienst liegt beim Arbeitgeber (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 12 zu Art. 324 OR). Den Erwägungen der Vorinstanz folgend ist somit davon auszugehen, dass die Berufungsbeklagte während ihrer Freistellung kein anrechenbares tatsächliches oder hypothetisches Dritteinkommen erzielte.

9.3.3 Im Übrigen sei auf Folgendes hingewiesen: Die Freistellung erfolgte erst rund eineinhalb Monate vor Ende des Anstellungsverhältnisses und – trotz der Kenntnis, dass die Berufungsbeklagte bei der C. GmbH bereits eine neue Anstellung gefunden hatte – ohne jegliche Auflagen. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, dürfte es der Berufungsbeklagten unter diesen Umständen kaum möglich und zumutbar gewesen sein, ab ihrer Freistellung am 12. September 2014 kurzfristig noch eine temporäre Anstellung für die verbleibenden sieben Wochen bis Ende Oktober 2014 zu finden. Schon die Suche nach einer passenden offenen Arbeitsstelle verbunden mit dem Bewerbungsprozess hätte – sofern überhaupt eine Stelle hätte gefunden werden können – Zeit in Anspruch genommen und vermutlich bereits einen Grossteil der verbleibenden sieben Wochen beansprucht. Die Berufungsklägerin vermochte denn auch selbst nicht aufzuzeigen, inwiefern es der Berufungsbeklagten möglich und auch zumutbar gewesen sein soll, in dieser kurzen Zeitspanne temporär ein Ersatzeinkommen zu erzielen. Es finden sich schliesslich auch keine Hinweise dafür, dass die Berufungsbeklagte für ihre Hilfestellung bei der Anmietung der Geschäfts-

räumlichkeiten und der Errichtung der C. GmbH von ihrer neuen Arbeitgeberin bereits entschädigt worden wäre. Im Lohnausweis, den die C. GmbH der Berufungsbeklagten für das Jahr 2014 ausstellte, sind lediglich Lohnzahlungen für die Monate November bis Dezember 2014 vermerkt. Wahrscheinlicher ist, dass sich die Berufungsbeklagte im Hinblick auf ihre zukünftige Anstellung bei der C. GmbH bereit erklärte, während der Vorbereitungsphase kleinere Aufgaben unentgeltlich bzw. aus Gefälligkeit zu übernehmen. Die nachgewiesenen Hilfeleistungen der Berufungsbeklagten (Mithilfe bei der Anmietung der Geschäftsräumlichkeiten und der Errichtung der C. GmbH) nahmen denn auch noch kein Ausmass an, das den Rahmen der Gefälligkeit sprengte und eine Leistung darstellte, die nur gegen Lohn zu erwarten wäre.

9.4 Eine Verletzung der Treuepflicht berechtigt – anders als ein anrechenbares Dritteinkommen nach Art. 324 Abs. 2 OR (E. 9.3 oben) – nicht zur Kürzung des Lohns, da der Lohn keine Gegenleistung zur Treuepflicht sondern zur Erbringung der Arbeitsleistung darstellt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 321a OR). Der Lohn und die Arbeitsleistung stehen mithin in einem direkten Austauschverhältnis: Erbringt der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeitsleistung oder verzichtet der Arbeitgeber – wie im vorliegenden Fall – einseitig auf die Erbringung derselben, hat der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitspflicht (Art. 321 OR) erfüllt und damit – ungeachtet der Erfüllung seiner anderen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (z.B. Sorgfalts- und Treuepflicht; Rechenschafts- und Herausgabepflicht) – Anspruch auf die entsprechende Gegenleistung, d.h. den Arbeitslohn (Art. 322 OR).

9.4.1 Der Arbeitgeber kann jedoch andere Gegenforderungen (z.B. Schadenersatzforderungen) in den Grenzen von Art. 323b OR mit der Lohnforderung zur Verrechnung bringen (STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, a.a.O., N. 3 zu Art. 321a OR). Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies: Hat der Arbeitnehmer seine aus dem Arbeitsverhältnis fliessende Treuepflicht (Art. 321a OR) nachweislich verletzt und kann der Arbeitgeber einen finanziellen Schaden nachweisen, der ihm unmittelbar aus dieser Treuepflichtsverletzung entstanden ist, hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber diesen Schaden zu ersetzen (Art. 321e OR). Die Verletzung der Treuepflicht führt somit nicht zum Wegfall der Lohnzahlungspflicht, sondern berechtigt – wenn überhaupt – zur Geltendmachung von Schadenersatz. Eine solche Schadenersatzforderung kann der Arbeitgeber alsdann mit einer allfällig noch offenen Lohnforderung verrechnen (Art. 323b Abs. 2 OR). Der von der Berufungsklägerin eingenommene Standpunkt, sie schulde der Berufungsbeklagten infolge Verletzung der Treuepflicht keinen Lohn mehr für die Monate September und Oktober 2014, setzt somit den Nachweis voraus, dass die Berufungsbeklagte ihre Treuepflicht tatsächlich verletzt hat und der Berufungsklägerin infolge dessen ein verrechenbarer finanzieller Schaden entstanden ist. Die Beweislast obliegt dabei der Berufungsklägerin (Art. 8 ZGB).

9.4.2 Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, die Berufungsbeklagte habe zwar während ihrer Freistellung gewisse Tätigkeiten im Hinblick auf die neue Stelle vorgenommen, wie u.a. die Mitwirkung bei der Gründung der C. GmbH. Die Mitgründung einer Gesellschaft stelle aber keine Treuepflichtverletzung dar. Auch habe die Berufungsbeklagte die Treuepflicht gegenüber der Berufungsklägerin nicht verletzt, indem sie während der Freistellung erwiesenermassen – einzig in beschränktem Umfang und in untergeordneter Art und Weise – kleinere, vorbereitende Aufgaben für ihre zukünftige Arbeitgeberin übernommen habe. Das aktive Abwerben von Kundinnen, deren konkrete Orientierung über die neue Tätigkeit oder gar das Verwenden der Kundenkartei, was klarerweise treuwidrig gewesen wäre, habe sich nicht erhärten lassen. Die blosse Information der Kundinnen über ihre Kündigung sei zulässig gewesen. Eine Verletzung der Treuepflicht sei damit aber insgesamt nicht nachgewiesen.

9.4.3 Die Berufungsklägerin wiederholt vor oberer Instanz über weite Strecken ihre bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens erhobenen Vorwürfe gegen die Berufungsbeklagte (vgl. E. 8.2 oben: Verteilen von Visitenkarten, aktives Abwerben von Kundinnen, Mitnahme der Kundenkartei, Wareneinkauf auf Rechnung der Beklagten fürs neue Geschäft) und zeigt sich verärgert über die Beweiswürdigung der Vorinstanz. Eine sachliche Auseinandersetzung mit den entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz findet sich nur ansatzweise und vermag das Beweisergebnis der Vorinstanz nicht in Frage zu stellen.

9.4.4 Die Vorwürfe der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe Visitenkarten an die Kundschaft verteilt, die Kundenkartei zur Konkurrenz mitgenommen und in Düsseldorf auf ihre Rechnung Waren fürs neue Geschäft eingekauft, blieben bis zuletzt unbelegte Behauptungen. Weder konnte die Berufungsklägerin dem Gericht eine solche «Visitenkarte» vorlegen, noch reichte sie einen (Rechnungs-)Beleg zu den Akten, aus dem hervorginge, dass die Berufungsbeklagte auf Rechnung der Berufungsklägerin Waren fürs neue Geschäft bestellt hätte. Auch ein Ausdruck des vom Geschäftsführer der Berufungsklägerin erwähnten «Mailings» der C. GmbH an die Kundinnen der Berufungsklägerin, was allenfalls als Indiz für die Mitnahme der Kundenkartei hätte dienen können, wurde beim Gericht – trotz entsprechender Absichtsbekundung – nie eingereicht. Die von der Berufungsbeklagten gegenüber den Kundinnen der Berufungsklägerin angeblich getätigten geschäftsschädigenden Aussagen liessen sich ebenfalls nicht verifizieren, da die Berufungsklägerin bis zuletzt keine Kundinnen namentlich nannte, die als Zeuginnen hätten befragt werden können. Selbst die Zeugin S. – deren Aussagen im Lichte ihrer erkennbaren Loyalität zur Berufungsklägerin zu würdigen sind – konnte nicht bestätigen, dass die Berufungsbeklagte aktiv Kunden abgeworben hätte. Stattdessen schilderte sie lediglich, dass die Berufungsbeklagte teilweise die Kunden darüber informiert habe, dass sie gekündigt habe und hinüber an die …gasse gehe. Gewissen Kunden hätte sie zudem die neue Adresse aufgeschrieben

und zum Teil davon erzählt, dass ein C.-Laden aufgehen werde. Auch sie wollte jedoch keine Kundinnen namentlich nennen, die hierzu als Zeuginnen hätten einvernommen werden können. Der Vorwurf der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagte habe ihr den wichtigsten und umsatzstärksten Fabrikanten «abspenstig» gemacht, liess sich ebenfalls nicht erhärten, legte die Zeugin L. doch nachvollziehbar dar, dass bereits seit längerer Zeit eine grosse Unzufriedenheit hinsichtlich der Geschäftsbeziehungen zur Berufungsklägerin bestanden habe und Alternativen gesucht worden seien. Soweit die Berufungsklägerin der Berufungsbeklagten schliesslich vorwirft, entgegen ihrer klaren Weisung beim Messebesuch in Düsseldorf keine Waren für die Boutique in Bern geordert zu haben, erscheint – in Übereinstimmung mit den Erwägungen der Vorinstanz – naheliegender, dass die Ware zwar bestellt wurde, die Lieferung in der Folge aber daran scheiterte, dass die Berufungsklägerin ihre Geschäftsbeziehung zu C. sofort abbrach, als sie von der bevorstehenden Ladeneröffnung erfuhr. So sagte die Zeugin L. glaubhaft aus, dass zwar Ware bestellt worden sei, diese aber nicht mehr an die Berufungsklägerin geliefert wurde, da diese die Geschäftsbeziehungen zu ihnen abgebrochen habe. Sie hätten dem Geschäftsleiter der Berufungsklägerin angeboten, er könne die Ware noch abnehmen, aber er habe nichts mehr mit ihnen zu tun haben wollen.

9.4.5 Rechtsgenüglich nachgewiesen ist somit nur, dass die Berufungsbeklagte im Hinblick auf ihre neue Anstellung bei der C. GmbH noch während ihrer Anstellung bei der Berufungsklägerin kleinere vorbereitende Aufgaben für die neue Arbeitgeberin übernahm (Mithilfe bei der Anmietung der Geschäftsräumlichkeiten und der Errichtung der GmbH) und einzelne Kundinnen über ihre erfolgte Kündigung informierte. Diese Handlungen genügen jedoch nicht, um eine Treuepflichtverletzung anzunehmen: Das Vorbereiten einer neuen, eigenen Tätigkeit verstösst nicht gegen die Treuepflicht, soweit die Marktstellung des Arbeitgebers nicht bereits während des Arbeitsverhältnisses beeinträchtigt wird. Denn die Treuepflicht ist durch die eigenen Interessen des Arbeitnehmers an der Entfaltung seiner Persönlichkeit beschränkt, zu denen insbesondere auch das Interesse an einer anderen Tätigkeit gehört. Zulässig ist deshalb beispielsweise die Gründung eines Unternehmens, die Vorbereitung von Produkten und Werbematerial, die Anmietung von Geschäftsräumlichkeiten und die Suche und Anstellung von Personal auf einen Zeitpunkt nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, soweit nicht Angestellte des eigenen Arbeitgebers betroffen sind (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 4 und 7 zu Art. 321a OR; BGE 117 II 74 E. 3a). Entscheidend ist somit, dass die konkurrierende Tätigkeit erst nach dem Ende des Anstellungsverhältnisses aufgenommen und die Arbeitgeberin bis dahin in ihren wirtschaftlichen Interessen nicht beeinträchtigt wird.

9.4.6 Vorliegend eröffnete der Laden der C. GmbH unbestrittenermassen erst am 10. November 2014 und damit erst nach Ende des Anstellungsverhältnisses am 31. Oktober 2014. Dass die Berufungsbeklagte bereits vor dem 31. Oktober 2014 in einer Art und Weise tätig geworden wä-

re, die über die blosse Mithilfe bei der Vorbereitung eines konkurrierenden Unternehmens hinaus gegangen wäre und die Berufungsklägerin bereits während des Arbeitsverhältnisses in ihrer Marktstellung beeinträchtigt hätte, liess sich beweismässig nicht erstellen.

9.4.7 Auch die Information der Berufungsbeklagten an einzelne Kundinnen, dass sie bei der Berufungsklägerin gekündigt habe, war zulässig und stellt keine Treuepflichtverletzung dar. Einem Arbeitnehmer ist es erlaubt, die von ihm betreuten Kunden (wertungsfrei) über das bevorstehende Ende seines Arbeitsverhältnisses zu informieren (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 7 zu Art. 321a OR). Dass die Berufungsbeklagte neben dieser Mitteilung zugleich für den neuen Laden der C. GmbH geworben und damit aktiv Kundinnen der Berufungsklägerin abgeworben hätte, konnte der Berufungsbeklagten nicht nachgewiesen werden (vgl. E. 9.4.4 oben).

9.4.8 Hinzu kommt, dass auch der Schaden nicht rechtsgenüglich nachgewiesen wäre: Die Berufungsklägerin nannte im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens verschiedene Zahlen betreffend Warenwert, Einkaufsbudget, Warenverkaufswert, Umsatz und Umsatzeinbusse, ohne diese jedoch (z.B. mittels Buchhaltungsunterlagen) näher auszuweisen und darzulegen, wie sich der angeblich entstandene Schaden konkret zusammensetzt resp. bemisst. Die Berufungsklägerin gibt sodann selbst an, dass sie die von der Berufungsbeklagten verursachte «Budgetlücke» dadurch aufgefüllt habe, dass sie spontan in Paris andere Waren geordert habe. Der Schaden bestünde somit – wenn überhaupt – in den dadurch verursachten Mehrkosten (z.B. Reise nach Paris, allfällig teurerer Einkauf) und einem schlechteren Verkauf der Ware aus Paris bzw. einer kleineren Rendite (z.B. wegen tieferen Margen).

9.5 Nach dem Gesagten kann der Berufungsbeklagten keine Treuepflichtverletzung nachgewiesen werden, weshalb die Berufungsklägerin auch keine Schadenersatzforderung gegen die Lohnforderung der Berufungsbeklagten zur Verrechnung bringen kann. Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten somit den Lohn für die Monate September und Oktober 2014 in voller Höhe zu bezahlen.

9.6 Ob aufgrund des Verhaltens der Berufungsbeklagten anstelle einer Freistellung auch eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre (mit entsprechendem sofortigem Wegfall der Lohnzahlungspflicht), braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden, da von beiden Parteien unbestritten blieb, dass die Berufungsklägerin die Berufungsbeklagte lediglich freigestellt und nicht fristlos entlassen hatte.

10.

10.1 Die Berufungsklägerin rügt in ihrer Berufungsschrift sodann, von der Vorinstanz zu Unrecht dazu verurteilt worden zu sein, der Berufungsbeklagten die 2. Hälfte der Treueprämie 2011 zu bezahlen. Die Ausrichtung der 2. Hälfte der Treueprämie 2011 sei klar freiwillig gewesen und habe infolge von Umsatzeinbussen im Nachgang an die Finanzkrise

2008 nicht ausbezahlt werden können. Keine ihrer damaligen Mitarbeiterinnen sei in den Genuss der 2. Hälfte der freiwilligen Treueprämie gekommen. Weshalb gerade bei der Berufungsbeklagten eine Ausnahme gemacht werden solle, sei unverständlich.

10.2 Der Berufungsklägerin ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass die von ihr unregelmässig ausgerichtete Treueprämie eine freiwillige Leistung darstellt und deshalb grundsätzlich auch kein einklagbarer Anspruch auf deren Ausrichtung besteht (vgl. zur Unterscheidung zwischen freiwilliger Sondervergütung und Sondervergütung mit Lohncharakter: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 2 ff. zu Art. 322d OR). Im vorliegenden Fall wurde den Arbeitnehmern jedoch mit interner Mitteilung vom 7. Dezember 2011 die Ausrichtung einer Treueprämie für das Jahr 2011 bekannt gegeben, zahlbar in zwei Tranchen (16. Dezember 2011 und 26. Februar 2012). Damit hat die Berufungsklägerin ihren Arbeitnehmern verbindlich die Auszahlung einer Treueprämie 2011 zugesichert, analog einem Schenkungsversprechen (Art. 243 OR). Es lag somit nicht mehr im Belieben der Berufungsklägerin, auf ihr (vorbehaltlos ausgesprochenes) Versprechen zurückzukommen und dieses einseitig zu widerrufen. Soweit sich die Berufungsklägerin dabei auf die Finanzkrise 2008 bzw. die schlechten Geschäftszahlen 2011 beruft, ist sie nicht zu hören: Die Auswirkungen der Finanzkrise 2008 wie auch die Zahlen des Geschäftsjahres 2011 dürften der Berufungsklägerin Anfang Dezember, als sie ihren Mitarbeitern die Prämie versprach, weitgehend bekannt gewesen sein (mit Ausnahme des Weihnachtsverkaufs). Weshalb die Berufungsklägerin bloss drei Monate später zu einer anderen Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens gelangt sein will, die eine Auszahlung der zweiten Tranche der Gratifikation 2011 verunmöglicht haben soll, ist nicht nachvollziehbar und wird von der Berufungsklägerin auch nicht plausibel dargelegt.

10.3 Die Berufungsklägerin hat der Berufungsbeklagten somit – wie mit interner Mitteilung vom 7. Dezember 2011 zugesichert – auch den 2. Teil der Treueprämie 2011 zu bezahlen. Die Höhe der zweiten Tranche von Fr. 2'500.– blieb unbestritten.

11. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen.

Eingereicht von A. Günther, lic.iur. RA, leitender Gerichtsschreiber Zivil

Obergericht des Kantons Bern, Urteil vom 27. September 2017 (Aufhebung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 20. Juli 2017)

Zuständigkeit des Obergerichts [des Kantons Bern] bei Klagen gegen den Bund (Art. 5 Abs. 1 Bst. f ZPO); arbeitsrechtliche Streitigkeit gegen den Bund.

Vorliegend geht es um eine nach OR zu beurteilende Streitigkeit zwischen einer Lernenden und dem Bund als Arbeitgeber, wobei der Streitwert weniger als Fr. 30'000.– beträgt. Die Vorinstanz hat die Frage, ob es sich hierbei um eine «Klage gegen den Bund» i.S. von Art. 5 Abs. 1 Bst. f ZPO handelt, für deren Beurteilung das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsieht (im Kanton Bern gemäss Art. 6 Abs. 2 EG ZSJ das Obergericht) zu Unrecht bejaht und folglich die eigene Zuständigkeit verneint (E. 6).
Die zu beurteilende Arbeitsstreitigkeit fällt in den Anwendungsbereich des vereinfachten Verfahrens unter Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime (Art. 243 Abs. 1 und Art. 247 Abs. 2 Bst. Ziff. 2 ZPO). Es handelt sich dabei um ein Kernelement des sozialen Arbeitsprozesses. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat das Zivilprozessrecht eine dienende Funktion und ist darauf ausgerichtet, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen, wobei seine dienende Funktion auch die Auslegung des Prozessrechts bestimmt. Aus diesem Grund muss die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit vorgehen. Wenn auf gleichgeartete Arbeitsstreitigkeiten – wie vorliegend betreffend die Frage der missbräuchlichen Kündigung eines Lehrvertrags – die Maximen des sozialen Zivilprozesses im einen Fall Anwendung finden, weil es sich bei der beklagten Partei um einen «normalen» Arbeitgeber handelt, und im anderen Fall nur deshalb nicht, weil die Klägerin beim Bund angestellt war, wäre die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts für derartige Streitigkeiten angesichts der Unterschiede der anzuwendenden Verfahren gefährdet. Es ist nicht einzusehen, weshalb die sozial schwächere Arbeitnehmerin nur deshalb auf eine Berufungsinstanz und damit auf die Möglichkeit der Überprüfung des Sachverhalts mit voller Kognition verzichten muss, weil es sich beim Arbeitgeber um den Bund handelt (E. 7, 8, 10).

Sachverhalt:

Die Klägerin trat am 1. August 2013 bei der Beklagten eine Lehre an. Das Lehrverhältnis war bis Dezember 2015 ungetrübt. Danach kam es zu Unstimmigkeiten. Am 30. August 2016 löste die Beklagte das Lehrverhältnis fristlos auf. Die Einzelheiten, die zur Kündigung geführt haben, sind umstritten, spielen für den Ausgang dieses Verfahrens jedoch keine Rolle.

Am 17. April 2017 belangte die Klägerin die Beklagte beim Regionalgericht Bern-Mittelland auf Zahlung von Fr. 12'000.– (brutto) zzgl. Zins sowie auf Ausstellung eines Vollzeugnisses mit bestimmtem Wortlaut. In ihrer Begründung führte die Klägerin zur Zuständigkeit aus, zwar sei für «Klagen gegen den Bund» das Obergericht als einzige kantonale Instanz zuständig (Art. 5 Abs. 1 Bst. f ZPO i.V.m. Art. 6 Abs. 2 EG ZSJ).

Allerdings gelte es, die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zu beachten (BGE 139 III 457 E 4.4.3.3), wonach der Verfahrensart gegenüber der sachlichen Zuständigkeit der Vorrang zu gewähren sei. Da der Streitwert weniger als Fr. 30'000.– betrage, finde das vereinfachte Verfahren Anwendung. Im Prozess vor Obergericht sei das vereinfachte Verfahren aber ausgeschlossen (Art. 243 Abs. 3 ZPO), was zur Zuständigkeit des Regionalgerichts führe. In ihrer Klageantwort vom 5. Mai 2017 schloss die Beklagte in ihrem Hauptbegehren auf Nichteintreten und stellte diverse Eventualbegehren zur Sache. Daraufhin beschränkte die Vorinstanz das Verfahren auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit und forderte die Parteien auf, weitere Bemerkungen umgehend einzureichen. Beide Parteien hielten an ihrer Auffassung zur sachlichen Zuständigkeit fest. Mit Entscheid vom 20. Juli 2017 trat der zuständige Gerichtspräsident des Regionalgerichts Bern-Mittelland auf die Klage nicht ein (Ziff. 1) und verzichtete auf Kostenfolgen (Ziff. 2 und 3). Der Vorrichter ging zunächst – allerdings ohne vertiefte Untersuchung – davon aus, dass eine arbeitsrechtliche Streitigkeit gegen den Bund als «Klage gegen den Bund» zu verstehen sei. Sodann erörterte er die Frage, ob Art. 243 Abs. 3 ZPO (wonach in Streitigkeiten vor der einzigen kantonalen Instanz nach den Art. 5 und 8 ZPO und vor dem Handelsgericht nach Art. 6 ZPO das vereinfachte Verfahren nicht zur Anwendung gelangt) der sachlichen Zuständigkeit einer einzigen kantonalen Instanz für die vorliegende Streitigkeit entgegensteht. Denn dabei handelt es sich um eine Streitsache mit einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.–, für die Art. 243 Abs. 1 ZPO das vereinfachte Verfahren vorsieht. Die Vorinstanz kam dabei im Wesentlichen zum Schluss, dass der Leitentscheid BGE 139 III 457, wonach die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit der Handelsgerichte vorgehe, nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden könne. Dies, weil die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts als einzige kantonale Instanz in der ZPO selbst verankert sei, nämlich in Art. 10 Abs. 1 lit. c ZPO, womit die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts nicht durch die Kompetenz der Kantone zur Regelung der sachlichen Zuständigkeit in Frage gestellt werde. Zudem werde in der Botschaft zur Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221, S. 7260 ausgeführt, dass für die Angelegenheiten vor der einzigen kantonalen Instanz nach Art. 5 ZPO die Höhe des Streitwerts grundsätzlich gerade keine Rolle spiele. Dagegen erhob die Klägerin am 17. August 2017 Berufung. Sie verlangte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Beurteilung der Klage. Eventualiter ersuchte sie um Beurteilung der Klage durch das Obergericht. Die Klägerin hält namentlich an ihrer Auffassung fest, das Regionalgericht sei sachlich zuständig. In der Berufungsantwort vom 22. September 2017 verlangte die Beklagte mit ihrem Hauptantrag ein Nichteintreten auf die Berufung. Eventualiter schloss sie auf Bestätigung des angefochtenen Entscheides. Mit weiteren Eventual- und Subeventualbegehren werden Anträge in der Sache gestellt. Die Be-

klagte ist zunächst der Ansicht, der Streitwert für eine Berufung sei nicht erreicht. Sodann spricht sie sich für die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts aus. Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 ZPO). Der massgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung des bei einer Berufung erforderlichen Streitwertes richtet sich nach Art. 308 Abs. 2 ZPO. Danach ist auf die vor erster Instanz «zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren» abzustellen. Die Klägerin belangte die Beklagte bei der Vorinstanz auf Zahlung von mindestens Fr. 12'000.– und hat dieses Rechtsbegehren bis zuletzt aufrechterhalten. Auf die Begründetheit dieses Begehrens kommt es für die Bestimmung des Streitwerts nicht an. Der erforderliche Streitwert von Fr. 10'000.– für die Berufung ist deshalb erreicht. Auf die form- und fristgerechte Berufung ist einzutreten.

Erwägungen:

6.

Vorliegend geht es um eine nach Obligationenrecht zu beurteilende Streitigkeit zwischen einer Lernenden und dem Bund als Arbeitgeber. Der Streitwert beträgt weniger als Fr. 30'000.–.

Es stellt sich im Wesentlichen die Frage, ob es sich hierbei um eine «Klage gegen den Bund» i.S. von Art. 5 Abs. 1 Bst. f ZPO handelt, für deren Beurteilung das Bundesrecht eine einzige kantonale Instanz vorsieht, im Kanton Bern gemäss Art. 6 Abs. 2 EG ZSJ das Obergericht.

Die Vorinstanz hat diese Frage bejaht und folglich die eigene Zuständigkeit verneint. Nach Ansicht der Kammer ist den Ausführungen der Vorinstanz aber Folgendes entgegenzuhalten:

7.

Die zu beurteilende Arbeitsstreitigkeit fällt in den Anwendungsbereich von Art. 243 Abs. 1 und Art. 247 Abs. 2 Bst. Ziff. 2 ZPO, also in den Bereich des vereinfachten Verfahrens unter Anwendung der sozialen Untersuchungsmaxime. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass das Gericht nicht an die Beweisanträge der Parteien und deren Tatsachenbehauptungen gebunden ist und im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung berücksichtigen kann (Art. 229 Abs. 3 ZPO; BGE 139 III 457 E 4.4.3.2). Es handelt sich dabei um ein Kernelement des sozialen Arbeitsprozesses.

Ausweislich der Botschaft muss auf dem Gebiet des sozialen Privatrechts (also v.a. des Familien-, Arbeits-, Miet- und Konsumentenrechts) der Rechtsschutz besonders bürgernah, das Verfahren entsprechend einfach und kostengünstig sein (Botschaft, a.a.O., S 7237). Mit diesem Anliegen verträgt es sich nicht, den vorliegenden Arbeitsstreit in die Zuständigkeit einer einzigen, oberen kantonalen Instanz zu legen, vor welcher das ordentliche Verfahren unter Anwendung der (unabgeschwächten) Verhandlungsmaxime Anwendung findet (Art. 243 Abs. 3 ZPO). Denn dies würde bedeuten, dass privatrechtlich angestellte Arbeitnehmer als sozial schwä-

chere Akteure einzig deshalb nicht in den Genuss des sozialen Zivilprozesses gelangen, weil ihr Arbeitgeber die Eidgenossenschaft ist.

8.

Das Bundesgericht hat in BGE 139 III 457 E 4.4.3.3. ausgeführt, dass das Zivilprozessrecht eine dienende Funktion hat und darauf ausgerichtet ist, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Seine dienende Funktion bestimmt auch die Auslegung des Prozessrechts. Aus diesem Grund muss die Regelung der Verfahrensart jener über die sachliche Zuständigkeit vorgehen. Denn wenn die Verfahrensarten für die gleichen Streitigkeiten unterschiedlich wären, weil diese von unterschiedlichen Gerichten beurteilt werden könnten, so wäre die mit der vereinheitlichten Zivilprozessordnung angestrebte einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts angesichts der Unterschiede der anzuwendenden Verfahren in Frage gestellt. Zwar hat das Bundesgericht diesen Entscheid mit Blick auf die Zuständigkeit der Handelsgerichte nach Art. 6 ZPO getroffen, deren Einrichtung den Kantonen überlassen ist; damit könnten gewisse Streitigkeiten des sozialen Privatrechts in den einen Kantonen in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallen, in den anderen in diejenige des Handelsgerichts, falls man die Regelung der sachlichen Zuständigkeit über diejenige der Verfahrensart stellte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz behält die Argumentation des Bundesgerichts aber auch innerkantonal ihre Gültigkeit: Wenn auf gleichgeartete Arbeitsstreitigkeiten – wie vorliegend betreffend die Frage der missbräuchlichen Kündigung eines Lehrvertrags – die Maximen des sozialen Zivilprozesses im einen Fall Anwendung finden, weil es sich bei der beklagten Partei um einen «normalen» Arbeitgeber handelt, und im anderen Fall nur deshalb nicht, weil die Klägerin beim Bund angestellt war, ist die einheitliche Verwirklichung des materiellen Rechts für derartige Streitigkeiten angesichts der Unterschiede der anzuwendenden Verfahren ebenso gefährdet. Bei Materien des sozialen Privatrechts, die grundsätzlich von ordentlichen Gerichten im vereinfachten Verfahren beurteilt werden, muss damit nach den Grundgedanken von BGE 139 III 457 die Regelung der Verfahrensart jener der sachlichen Zuständigkeit vorgehen. Insoweit ist auch der Hinweis der Vorinstanz auf Art. 10 Abs. 1 lit. c ZPO unbehelflich: Soweit diese im Kapitel über die örtliche Zuständigkeit eingeordnete Norm überhaupt die sachliche Zuständigkeit regelt, ginge eben die Regelung der Verfahrens nach Art. 243 ZPO jener der sachlichen Zuständigkeit vor.

9.

Schliesslich stellt sich die Frage, ob es sich bei einem Streit aus sozialem Privatrecht wie beim vorliegenden Arbeitsstreit mit Streitwert von weniger als Fr. 30'000.– überhaupt um eine «Klage gegen den Bund» i.S. von Art. 5 Abs. 1 Bst. f bzw. Art. 10 Abs. 1 Bst. c ZPO handelt.

Das Bundesgericht hat in einem neueren, zur Publikation bestimmten Leitentscheid 5A_243/2016 vom 12. Juni 2017 folgende Überlegungen angestellt: Bei den «Klagen gegen den Bund» seien nicht bloss die beteiligten

Parteien, sondern auch der Klagegegenstand zu berücksichtigen (E 7.3.2 in fine). Denn Zweck von Art. 5 Abs. 1 ZPO bzw. der Zuweisung der Zuständigkeit an eine einzige kantonale Instanz sei die Materie (und die damit verbundene Konzentration von rechtlichem und fachlichem Wissen), und die Prozessbeschleunigung. Die in Art. 5 ZPO enthaltenen Ausnahmen vom Prinzip der double instance, wonach die Vorinstanzen des Bundesgerichts grundsätzlich als Rechtsmittelinstanzen entscheiden (Art. 75 Abs. 2 BGG), müssten den verminderten Rechtsschutz sowie die zusätzliche Belastung des Bundesgerichts rechtfertigen (E 7.4).

10.

Für den vorliegenden Fall einer sozialen Arbeitsstreitigkeit mit einem Streitwert von weniger als Fr. 30'000.– scheint nun aber eine Ausnahme vom Prinzip der double instance alles andere als gerechtfertigt: Es ist nicht einzusehen, weshalb die sozial schwächere Klägerin nur deshalb auf eine Berufungsinstanz und damit auf die Möglichkeit der Überprüfung des Sachverhalts mit voller Kognition verzichten muss (vgl. hierzu auch CORBOZ, Commentaire de la LTF, 2. Aufl., 2014, N. 51j zu Art. 74 BGG), weil es sich beim Arbeitgeber um den Bund handelt. Der verminderte Rechtsschutz lässt sich nicht rechtfertigen. Die Prozessbeschleunigung wird im vorliegenden Arbeitsstreit sodann durch das vereinfachte Verfahren gewährleistet, nicht durch den Verzicht auf eine Rechtsmittelinstanz. Erst recht nicht rechtfertigt sich die Zuweisung des vorliegenden Streits an eine einzige kantonale Instanz von der Materie her: Anders als bei den anderen Anwendungsfällen von Art. 5 Abs. 1 ZPO (Bst. a: geistiges Eigentum; Bst. b: Kartellrecht; Bst. c: Firmenrecht; Bst. d: Wettbewerbsrecht; Bst. e: Kernenergiehaftpflichtrecht; Bst. g: Gesellschaftsrecht; Bst. h: Finanzmarktrecht) handelt es sich beim Arbeitsrecht nämlich keineswegs um eine Spezialmaterie, sondern um soziales Privatrecht, zu dessen Beurteilung die ordentlichen ersten Instanzen – im Kanton Bern bei einem Streitwert unter Fr. 15'000.– sogar besetzt mit je einem Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter – berufen sind. Auch HOFMANN/LÜSCHER (Le Code de procédure civile, 2. Aufl. 2015, Ziff. 1.2.1 S. 14), auf die das Bundesgericht im erwähnten Leitentscheid verweist, verstehen unter «Klagen gegen den Bund» vor allem Schadenersatz- und Staatshaftungsklagen, wollen aber gewöhnliche Streitigkeiten wie etwa Mietstreitigkeiten davon ausnehmen. Dies muss auch für andere Materien des sozialen Privatrechts gelten, wie den vorliegenden Arbeitsstreit aus Lehrvertrag.

(…)

Die Kammer entscheidet:

Die Berufung wird gutgeheissen. Der Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 20. Juli 2017 wird aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Eingereicht von A. Günther, lic.iur. RA, leitender Gerichtsschreiber Zivil

Kanton Basel-Landschaft

Kantonsgericht Basel-Landschaft, Urteil vom 24. Januar 2017 (Aufhebung des Urteils der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 23. Juni 2016)

Ein Konkurrenzverbot soll klar und so deutlich umschrieben werden, dass sich der Arbeitnehmer über die Tragweite seiner Unterlassungspflicht ein genaues Bild machen kann. Unklare Konkurrenzverbote sind zu Lasten des Verfassers auszulegen. Vorliegend sprechen gewisse Argumente für ein Konkurrenzverbot, jedoch auch gewichtige Argumente – insbesondere der Wortlaut selber – gegen ein solches. Da Konkurrenzklauseln zurückhaltend auszulegen sind und vorliegend die Unklarheiten zu Lasten der Arbeitgeberin gehen, sieht das Gericht in der entsprechenden Klausel mit dem Titel «Wettbewerbsverbot» keine Konkurrenzklausel im Sinne von Art. 340 OR (E. 3.4).

Sachverhalt:

Ab 1. Juli 2010 war B. (Beklagter und Berufungskläger) bei der im Ladenbau tätigen A. AG (Klägerin und Berufungsbeklagte) als Teamleiter angestellt. Der Arbeitnehmer kündigte den Arbeitsvertrag per 30. April 2014 und trat bei der ebenfalls im Ladenbau tätigen C. AG eine neue Stelle an. In der Folge entstand ein Streit darüber, ob der Arbeitnehmer der Arbeitgeberin eine Konventionalstrafe wegen Verletzung des Konkurrenzverbots schuldet.

Nachdem sich die Parteien im Schlichtungsverfahren nicht einigen konnten, reichte die Arbeitgeberin mit Eingabe vom 12. März 2015 am Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost eine Klage gegen den Arbeitnehmer ein. Sie beantragte, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 30'000.– zuzüglich Zins zu 5% seit 25. Juli 2014 zu bezahlen und der Rechtsvorschlag in der von ihr eingeleiteten Betreibung sei in diesem Umfang aufzuheben; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten. Der Arbeitnehmer beantragte mit Klagantwort vom 5. Mai 2015 die Abweisung der Klage. Die Zivilkreisgerichtspräsidentin Basel-Landschaft Ost führte am 23. Juni 2016 die Hauptverhandlung durch, anlässlich welcher als Zeugen bzw. Zeugin D., E., F. und G. befragt wurden. Gleichentags hiess die Zivilkreisgerichtspräsidentin die Klage vollumfänglich gut und verpflichtete den Beklagten, der Klägerin Fr. 30'000.– nebst Zins zu 5% seit 25. Juli 2014 und Fr. 103.30 Zahlungsbefehlskosten zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der eingeleiteten Betreibung wurde in diesem Umfang beseitigt. Der Beklagte wurde zur Zahlung einer Parteientschädigung an die Klägerin von Fr. 6'157.40 (inkl. Auslagen und MWST)

verpflichtet und der Klägerin wurde eine Parteientschädigung an den Beklagten von Fr. 1'108.35 (inkl. Auslagen und MWST) für die Verhandlung vom 28. Januar 2016 auferlegt. Auf die Begründung des Entscheids vom 23. Juni 2016 wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Mit Eingabe vom 13. September 2016 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erklärte der Beklagte die Berufung gegen das Urteil der Zivilkreisgerichtspräsidentin Basel-Landschaft Ost vom 23. Juni 2016. Er beantragte, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, mit Ausnahme der von der Klägerin an den Beklagten zu bezahlenden Parteientschädigung von Fr. 1'108.35, und die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und der Fall an die Vorinstanz zur Ergänzung des Beweisverfahrens und zur neuen Entscheidung zurückzuweisen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten und Klägerin. Mit Berufungsantwort vom 18. Oktober 2016 beantragte die Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheids, soweit auf die Berufungsanträge einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers. Auf die Begründungen in der Berufung sowie in der Berufungsantwort wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen. Mit Verfügung vom 19. Oktober 2016 schloss die Kantonsgerichtspräsidentin den Schriftenwechsel und lud die Parteien zur Hauptverhandlung vor die Dreierkammer vor. An der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung vom 24. Januar 2017 wurde eingangs der Berufungskläger befragt und sodann den Parteien ein präsidialer Vergleichsvorschlag unterbreitet. Nachdem kein Vergleich zustande kam, hielten die Rechtsvertreterin bzw. der Rechtsvertreter ihre Plädoyers, wobei sie je an ihren bereits in den Berufungsschriften gestellten Anträgen festhielten. Auf die Aussagen des Berufungsklägers und auf die in den Plädoyers vorgebrachten Ausführungen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Aus den Erwägungen:

3.

Umstritten ist in materieller Hinsicht, ob ein Konkurrenzverbot vorliegt. Der Berufungskläger ist entgegen der Ansicht der Gegenpartei und der Vorinstanz der Meinung, dass es sich bei der vertraglich vereinbarten Wettbewerbsbeschränkung um kein nachvertragliches Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 OR handle.

3.1 Die Parteien haben im unbefristeten Arbeitsvertrag vom 6. Mai 2010 auf Seite 2 f. unter dem Titel «Wettbewerbsverbot» folgende Abmachung getroffen:

«Das Wettbewerbsverbot ist ab dem 1.1.2011 wirksam.

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, alle im Zuge der hier geregelten Tätigkeit erworbenen Informationen, technischen Lösungen und kreative

Konzepte vertraulich zu behandeln und nicht in Zusammenarbeit mit Mitbewerbern der A. Firmengruppe, Lieferanten, Kunden oder Dritten zu verwenden oder weiterzugeben.

Das Wettbewerbsverbot erstreckt sich über die gesamte Laufzeit des Arbeitsvertrages. Es besteht eine Sperrfrist von 6 Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, welche nach der Probezeit in Kraft tritt.

Es wird zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich festgehalten, dass die Vergütung für das vorliegende Wettbewerbsverbot mit den u.e. monetären Vereinbarungen abgegolten ist.

Alle Dokumente, Lieferantennachweise und -unterlagen sind Eigentum des Arbeitgebers und sind für andere Verwendungszwecke nicht berechtigt.

Der einzelne Verstoss ist mit einer Strafe von Fr. 50'000.– bewehrt, davon unberührt bleiben weitere Schadenersatzansprüche.»

3.2 Die Vorinstanz ging aufgrund der Formulierung dieser Klausel davon aus, dass es sich um ein Konkurrenzverbot handle und gelangte nach der Auslegung dieser Klausel zum Schluss, die Klausel stelle ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot dar, welches dem Berufungskläger jede Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen ausdrücklich verbiete. Der Berufungskläger macht dagegen im Wesentlichen geltend, diese Klausel stelle kein Konkurrenzverbot dar, sondern bloss eine Konkretisierung und Erweiterung der nachvertraglichen Geheimhaltungspflicht. Eine Arbeitstätigkeit bei Konkurrenten werde ihm nicht verboten, sondern lediglich die Verwendung erworbener Informationen, technischer Grundlagen und kreativer Konzepte. Die Vorinstanz sei bei der Auslegung in unverhältnismässiger Weise über den blossen Wortlaut hinausgegangen. Unklarheiten müssten jedoch zu Lasten der Partei gehen, welche die Klausel verfasst habe. Das Konkurrenzverbot sei nie Thema der Vertragsverhandlungen gewesen, was sich auch aus den – von der Vorinstanz teilweise unrichtig protokollierten – Aussagen der Zeugin E. ergebe. Auch sei entgegen der Annahme der Vorinstanz für ein angebliches Konkurrenzverbot keine Entschädigung geleistet worden. Auch systematische Aspekte sprächen gegen ein Konkurrenzverbot, werde doch unter dem gleichen Titel festgehalten, dass der Berufungskläger Dokumente, Lieferantennachweise und -unterlagen nicht für andere Zwecke verwenden dürfe. Die Vorinstanz habe sich mit diesen Argumenten des Berufungsklägers nicht auseinandergesetzt.

3.3 Vorab ist festzuhalten, dass die fragliche Klausel nicht wie klassische Konkurrenzverbote abgefasst ist – dies im Unterschied zum späteren Vertragsentwurf zur Anstellung des Berufungsklägers als «Head of Branch Office Switzerland» – und weder redaktionelle Klarheit noch sprachliche Gewandtheit aufweist. Die Klausel ist in verschiedenen Passagen schwer verständlich. Die Parteien verstehen den Inhalt dieser Klausel denn auch verschieden. Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille zu beachten (Art. 18

Abs. 1 OR). Vorliegend kann hinsichtlich des Inhalts der umstrittenen Klausel nicht von einem übereinstimmenden Willen der Parteien ausgegangen werden. Einerseits geht aus den Rechtsschriften hervor, dass die Parteien diese Klausel unterschiedlich verstehen. Andererseits ist nicht bewiesen, dass die Parteien anlässlich der Vertragsverhandlungen konkret über den Inhalt dieser Klausel gesprochen haben. Die Zeugin E., damalige Geschäftsführerin der Berufungsbeklagten, führte zum Konkurrenzverbot an der vorinstanzlichen Verhandlung lediglich aus, man sei das erste Mal zusammengesessen und sei alles durchgegangen, danach sei die finale Version erstellt worden. Sie sagte nicht aus, dass man konkret über den Inhalt dieser Klausel geredet habe. Die Berufungsbeklagte bzw. deren Rechtsvertreter machte im Plädoyer an der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung geltend, aus der zweitinstanzlich durchgeführten Befragung des Berufungsklägers zeige sich, dass sich dieser mit Konkurrenzverboten auskenne, dass das Konkurrenzverbot Thema bei den Vertragsverhandlungen gewesen sei und dass der Berufungskläger gewusst habe, dass er nicht konkurrieren dürfe. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Der Berufungskläger wurde an der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung zur Klausel betreffend «Wettbewerbsverbot» befragt. Er führte aus, er habe die Klausel im Gespräch mit E. hinterfragt und nach dem Abbruch des ersten Gesprächs Herrn H. (Vorstandsmitglied) betreffend diese Klausel gefragt. Dieser habe geantwortet, die Klausel sei nicht rechtsgültig. Er habe deshalb die Klausel nicht als schwerwiegend betrachtet und nicht als Verbot, bei einer anderen Firma arbeiten zu dürfen. Auf die Frage, weshalb in der Klausel «u.e. monetäre Vereinbarungen» stehe und Mitbewerber, Lieferanten, Kunden und Dritte aufgezählt seien, antwortete der Berufungskläger, der Passus sei in den Gesprächen nicht thematisiert worden. Es sei für ihn in Ordnung gewesen, dass er sich zur Verschwiegenheit verpflichte. Der Berufungskläger sagte zwar aus, es sei naiv von ihm gewesen, diese Klausel zu unterzeichnen. Aus seinen Aussagen geht jedoch nicht hervor, dass er die Klausel als Konkurrenzverbot verstand, sondern dass er vielmehr meinte, sich zur Verschwiegenheit verpflichtet zu haben und daher kein Problem in dieser Klausel gesehen habe. Auch die Nachfrage bei Herrn H. hat entsprechend der Aussage des Berufungsklägers zu keinem klärenden Gespräch betreffend die umstrittene Klausel bzw. deren konkreten Inhalt geführt. Die Gegenpartei führte denn auch im ganzen Verfahren nie aus, dass Herr H. ein Gespräch mit dem Berufungskläger hinsichtlich der Klausel geführt haben soll, sondern führte im vorinstanzlichen Plädoyer vielmehr aus, Herr H. habe gar keine Vertragsverhandlungen mit dem Berufungskläger geführt und sei während den Vertragsverhandlungen noch gar nicht bei der Berufungsbeklagten angestellt gewesen. Die Berufungsbeklagte beruft sich sodann darauf, der Berufungskläger habe aufgrund eines anderen Rechtsstreits bereits Erfahrungen mit Konkurrenzverboten gehabt und sehr wohl gewusst, dass er im Arbeitsvertrag mit der Berufungsbeklagten ein solches unterschrieben habe. Die von der Berufungsbeklagten

bei der Vorinstanz eingereichte Plädoyer-Beilage 4 zeigt, dass ein Rechtsanwalt für seinen Mandanten mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 den Berufungskläger betreffend eine Zusatzvereinbarung abmahnte. Aus dem Schreiben geht hervor, dass die entsprechende Zusatzvereinbarung am 7. Juni 2010 besprochen und am 8. Juni 2010 abgeschlossen wurde. Der Arbeitsvertrag zwischen dem Berufungskläger und der Berufungsbeklagten wurde am 6. Mai 2010 und somit zu einem früheren Zeitpunkt unterzeichnet, so dass das Argument der Berufungsbeklagten, der Berufungskläger habe aufgrund dieser Zusatzvereinbarung und der diesbezüglich erfolgten Abmahnung schon Erfahrungen mit Konkurrenzverboten gehabt, für den Zeitpunkt der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages nicht stichhaltig ist. Entsprechend diesen Ausführungen ist weder erstellt, dass der Berufungskläger und die Berufungsbeklagten anlässlich ihrer Vertragsverhandlungen über das «Wettbewerbsverbot» und dessen Inhalt konkret gesprochen haben, noch dass der Berufungskläger bei Unterzeichnung des Arbeitsvertrags mit der Berufungsbeklagten bereits Erfahrungen mit Konkurrenzverboten hatte. Es liegen auch sonst keine Hinweise darauf vor, dass beide Parteien bei der Vertragsunterzeichnung diese Klausel gleich verstanden haben. Es kann daher kein übereinstimmender wirklicher Wille hinsichtlich dieser Klausel festgestellt werden.

3.4 Indem kein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien feststellbar ist, ist die umstrittene Klausel aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Gemäss Art. 340 OR kann sich der handlungsfähige Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber schriftlich verpflichten, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses sich jeder konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten, insbesondere weder auf eigene Rechnung ein Geschäft zu betreiben, das mit dem des Arbeitgebers in Wettbewerb steht, noch in einem solchen Geschäft tätig zu sein oder sich daran zu beteiligen. Ein Konkurrenzverbot soll klar und so deutlich umschrieben werden, dass der Arbeitnehmer sich über die Tragweite seiner Unterlassungspflicht ein genaues Bild machen kann. Unklare Konkurrenzverbote sind zu Lasten des Verfassers auszulegen (BGE 92 II 22 E. 1a; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH: Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 340 N 5 S. 1226 und Art. 340a N 11 S. 1256). Entsprechend den Ausführungen der Zeugin E. stammt die hier umstrittene Klausel aus einem Standardvertrag, so dass die Berufungsbeklagte als Verfasserin gilt und Unklarheiten folglich zu ihren Lasten auszulegen sind. Offensichtlich wurde die übernommene Klausel nicht überall angepasst. So wird darin beispielsweise festgehalten, dass die Sperrfrist nach Beendigung des Vertragsverhältnisses nach der Probezeit in Kraft treten soll, obwohl im Arbeitsvertrag explizit der Entfall der Probezeit nach beidseitiger Absprache vereinbart wurde. Die «Wettbewerbsklausel» enthält sodann den Passus, dass das Wettbewerbsverbot mit den «u.e. monetären Vereinbarungen» abgegolten sei. Üblicherweise ist «u.e.» gleichbedeutend mit «unten erwähnt». Allerdings enthält der Vertrag nachfolgend keine weitere Passage über eine Abgeltung. Die Berufungsbeklagte

macht jedoch geltend, das Konkurrenzverbot sei mit dem Lohn entschädigt. Die Aussage der Zeugin E., wonach der Lohn normalerweise während der Einarbeitungszeit gestaffelt erhöht worden sei, spricht nicht dafür, dass der Lohn ab dem 1.1.2011 wegen der Wirksamkeit des «Wettbewerbsverbots» ab diesem Zeitpunkt erhöht wurde, sondern dafür, dass es sich um die übliche Lohnstaffelung handelte. Es ist auch möglich, dass der Lohn in den ersten 6 Monaten – wie die Berufungsbeklagte selber zugestand – deshalb tiefer war, weil der Berufungskläger in dieser Zeit noch Aufträge aus seiner vorgängigen Tätigkeit erledigte. Es gibt auch keine anderen Anhaltspunkte dafür, dass das «Wettbewerbsverbot» mit dem Lohn abgegolten sein soll. Insbesondere überzeugt die Darstellung der Berufungsbeklagten nicht, dass wegen dem Festhalten der Berufungsbeklagten am Konkurrenzverbot eine wesentliche Lohnerhöhung gegenüber dem ursprünglichen Verhandlungsangebot angeboten worden sei, da das «Wettbewerbsverbot» bereits im ersten Vertragsentwurf mit dem tieferen Lohnangebot enthalten war. Die Berufungsbeklagte kann die Ausführungen des Berufungsklägers, dass er mit dem ursprünglich angebotenen Lohn nicht einverstanden gewesen sei und der Lohn deshalb im Endvertrag höher ausgefallen sei, nicht widerlegen und sie vermag nicht zu beweisen, dass das «Wettbewerbsverbot» mit dem Lohn entschädigt sein soll.

Für das Vorliegen eines Konkurrenzverbots spricht zunächst der Titel «Wettbewerbsverbot». Sodann spricht für ein Konkurrenzverbot auch der Umstand, dass sich bereits eine Klausel zur Geheimhaltungspflicht vor dem Titel «Wettbewerbsverbot» befindet und die Geheimhaltungspflicht überdies ohnehin schon in Art. 321a Abs. 4 OR erfasst ist. Auch die Erwähnung einer Abgeltung spricht grundsätzlich für ein Konkurrenzverbot, wobei allerdings gemäss den obenstehenden Ausführungen von keiner Abgeltung auszugehen ist. Gegen ein Konkurrenzverbot spricht hingegen die Formulierung selber, wonach der Arbeitnehmer sich verpflichtet, die erworbenen Informationen, technischen Lösungen und kreativen Konzepte vertraulich zu behandeln und nicht in Zusammenarbeit mit Mitbewerbern der A. Firmengruppe, Lieferanten, Kunden oder Dritten zu verwenden oder weiterzugeben. Diese Formulierung enthält kein Verbot, bei einer Konkurrentin der Berufungsbeklagten tätig zu sein, sondern lediglich das Verbot, in Zusammenarbeit mit Mitbewerbern entsprechende Informationen zu verwenden oder weiterzugeben. Die Erwähnung von Lieferanten und Dritten spricht ebenfalls gegen ein Konkurrenzverbot, da solche keine Konkurrenten sind. Das Bundesgericht führte im Entscheid 130 III 353, E. 2.1.2, aus, ein Unternehmen trete regelmässig auf mehreren Märkten auf. Auf den einen biete es seine Produkte und Dienstleistungen an, und auf den anderen beziehe es die dafür notwendigen Rohstoffe bzw. Produkte. Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot betreffe nur die anbieterseitige Konkurrenz, jedoch nicht die konkurrierende Nachfrage nach gleichen Gütern zur Weiterverarbeitung. Dass im hier umstrittenen «Wettbewerbsverbot» Mitbewerber, Lieferanten, Kunden und Dritte in einem Zug und ohne Dif-

ferenzierungen erwähnt sind, ohne dass es sich bei all diesen um Konkurrenten handelt, spricht daher nicht für ein Konkurrenzverbot, sondern vielmehr dafür, dass entsprechend dem Wortlaut lediglich das Verwenden oder Weitergeben von erworbenen Informationen, technischen Lösungen und kreativen Konzepten gemeint ist und eine Anstellung bei einer Konkurrenz der Berufungsbeklagten nicht grundsätzlich verboten ist bzw. eine solche Anstellung von der umstrittenen Klausel nicht erfasst ist. Es sprechen also gewisse Argumente für ein Konkurrenzverbot, jedoch auch gewichtige Argumente, insbesondere der Wortlaut selber, gegen ein solches. Da Konkurrenzklauseln zurückhaltend auszulegen sind und vorliegend die Unklarheiten zu Lasten der Arbeitgeberin gehen, sieht das Kantonsgericht in der entsprechenden Klausel zum Titel «Wettbewerbsverbot» keine Konkurrenzklausel im Sinne von Art. 340 OR.

4.

Selbst wenn von einer Konkurrenzklausel auszugehen wäre, gilt zu beachten, dass die Parteien bei der Formulierung von Konkurrenzverboten nach Art. 340 OR grundsätzlich frei sind, solange keine übermässige Beschränkung des Arbeitnehmers vorliegt. Ein Konkurrenzverbot kann namentlich enger umschrieben werden als es Art. 340 OR zulässt. Für die Frage der Tragweite ist der Vertrag auszulegen. Dabei ist primär vom Wortlaut auszugehen.

4.1 Im vorliegenden Fall hat sich der Berufungskläger verpflichtet, alle im Zuge seiner Tätigkeit erworbenen Informationen, technischen Lösungen und kreative Konzepte vertraulich zu behandeln und nicht in Zusammenarbeit mit Mitbewerbern der A. Firmengruppe, Lieferanten, Kunden oder Dritten zu verwenden oder weiterzugeben. Diese Formulierung lässt auf eine Einschränkung gegenüber herkömmlichen Konkurrenzverboten schliessen und deutet auf einen restriktiv definierten Anwendungsbereich hin. Insbesondere kann aus dieser Formulierung, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, nicht auf ein unternehmensbezogenes Konkurrenzverbot geschlossen werden, welches dem Berufungskläger jede Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen verbietet. Selbst wenn die Berufungsbeklagte ein solches Verbot beabsichtigt hätte, müsste sie sich die gewählte unklare Formulierung entgegenhalten lassen.

4.2 Eine konkrete Verwendung der fraglichen Informationen durch den Berufungskläger wurde von der Berufungsbeklagten weder behauptet noch bewiesen. Soweit die Vorinstanz in Ziffer 5 ihrer Erwägungen von einer Verletzung des tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbots ausgeht, verkennt sie den Inhalt des Verbots, wonach lediglich die Verwendung oder Weitergabe von entsprechenden Informationen verboten wird und nicht eine persönliche Tätigkeit des Berufungsklägers im bisherigen Arbeitsgebiet.

4.3 Selbst wenn also von einem Konkurrenzverbot auszugehen wäre, ist entsprechend dem restriktiv definierten Anwendungsbereich weder von einem unternehmensbezogenen Konkurrenzverbot noch von einem tätigkeitsbezogenen Konkurrenzverbot auszugehen, sondern lediglich von ei-

nem Verbot, die erworbenen Informationen, technischen Lösungen und kreative Konzepte bei der Konkurrenz zu verwenden oder dieser weiterzugeben. Eine konkrete Verletzung dieses Verbots hat die Berufungsbeklagte weder behauptet noch bewiesen. Die blosse Möglichkeit der Verwendung und Weitergabe von entsprechenden Informationen durch eine Anstellung bei einer Konkurrentin oder durch eine entsprechende Tätigkeit reicht aufgrund der engen Umschreibung der umstrittenen Klausel jedoch nicht aus, so dass – sofern überhaupt ein Konkurrenzverbot vorliegt – keine Verletzung des vereinbarten Konkurrenzverbots bewiesen ist. Der vorinstanzliche Entscheid ist folglich aufzuheben und die Klage abzuweisen. Angesichts dieses Ausgangs braucht auf die Ausführungen der Parteien zur Gültigkeit und Übermässigkeit des Konkurrenzverbots nicht eingegangen zu werden.

(…)

Demnach wird erkannt:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage wird unter Aufhebung des Urteils der Präsidentin des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 23. Juni 2016 abgewiesen.

Kanton Genf

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 2 décembre 2016 (Admissions partielles de l'appel et de l'appel joint interjetés contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 16 décembre 2015)

Art. 336 al. 1 let. a CO. Pour déterminer l'existence d'un congé-discriminatoire, il convient de prendre en considération notamment l'art. 328 CO, selon lequel l'employeur est tenu de veiller à la protection de la personnalité de l'employé. L'obligation de l'employeur d'agir avec égards envers le travailleur est le corollaire de l'obligation de fidélité de ce dernier. L'âge du travailleur bénéficiant d'une grande ancienneté joue un rôle déterminant. Pour cette catégorie de travailleurs, le devoir de protection de l'employeur est accru (c. 4.1).
En l'espèce, compte tenu de l'âge de l'employé au moment de la résiliation, soit de près de 60 ans, et de ses vingt-cinq années d'ancienneté au service de l'employeur, ce dernier était tenu d'avoir des égards particuliers envers l'employé dans la manière d'exercer la résiliation, soit un devoir de protection accru. L'employeur ne prétend pas avoir averti l'employé de son intention de mettre un terme au contrat, avant de résilier celui-ci. Il n'indique pas non plus avoir examiné la possibilité de mettre en place une solution alternative en vue de maintenir les rapports de travail. En définitive, l'employeur n'a pas offert à l'employé une dernière chance de répondre à ses attentes. Le licenciement doit donc être considéré comme abusif (c. 4.2).
Art. 336a CO. L'employé était âgé de près de 60 ans lors de la résiliation du contrat et bénéficiait de vingt-cinq années d'ancienneté, soit une très longue durée de rapports de travail. Plus de deux ans après la fin du contrat de travail, l'employé n'a pas retrouvé d'emploi. Au vu de son âge et de la conjoncture actuelle dans le domaine bancaire, il apparaît peu vraisemblable qu'il puisse retrouver un nouvel emploi. La résiliation du contrat de travail a par conséquent eu un effet économique négatif et durable. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, l'indemnités de deux mois accordée par les premiers juges n'apparaît pas proportionnée au cas d'espèce. La Cour fixera dès lors à quatre mois de salaire le montant de l'indemnité (c. 5.2).
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. 6.1). En l'espèce, il est constant que ni le contrat de travail, ni d'autre document contractuel ne prévoient le versement d'une indemnité de départ au travailleur. Selon la pratique de l'entreprise, une telle indemnité n'était versée qu'en cas de licenciement pour des raisons économiques et non lorsque le congé était donné pour un autre motif, notamment en raison de problème de comportement ou de performances. Il s'ensuit que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que l'employé était en droit de participer au plan social (c. 6.2).

Extraits des faits:

E. (ci-après: E. ou la banque) a pour but social l'exploitation d'une banque. Par courrier du 1er décembre 1987, E. a confirmé à T., né en 1953, son engagement en qualité d'employé à compter du 1er février 1988. Son salaire mensuel brut, versé treize fois l'an, était de 4'600 fr. Une allocation mensuelle de 140 fr. lui était versée en sus à titre d'indemnité de repas. La rémunération mensuelle brute de T. a été fixée en dernier lieu à 10'300 fr. 10. Celle-ci était composée de 9'720 fr. 10 à titre de salaire mensuel brut, de 200 fr. à titre d'indemnité brute de déplacement, de 200 fr. à titre d'indemnité brute de repas et de 180 fr. à titre d'indemnité brute d'assurance maladie.

Par courrier recommandé du 11 octobre 2012, la banque a licencié T. pour le 31 janvier 2013. Les raisons de ce licenciement lui avaient été exposées lors d'un entretien du même jour et correspondaient aux griefs évoqués dans le courrier d'avertissement du 20 janvier 2012. T. était immédiatement libéré de son obligation de travailler et son solde de vacances lui serait payé à la fin du préavis de congé. Son attention était en particulier attirée sur son obligation de garder le secret, sur la clause de non-sollicitation et de concurrence déloyale, ainsi que sur l'obligation de respecter le secret bancaire. Par courrier du 23 novembre 2012, la banque a indiqué à T. les motifs de son licenciement. En substance, il lui était reproché d'avoir fait montre d'une attitude négative, impolie et irrespectueuse envers ses collègues et supérieurs. Par ailleurs, sa tenue vestimentaire était inadéquate par rapport aux exigences d'un établissement bancaire. Il ne respectait pas non plus les horaires de travail en prenant des pauses au-delà de ce que le règlement autorisait et avait une productivité très largement inférieure à celle de ses collègues. T. a formé opposition au congé le 24 janvier 2013. Les relations contractuelles ont pris fin le 28 février 2013.

Par demande ordinaire déposée le 5 août 2013 au greffe du Tribunal des prud'hommes, T. a assigné la banque en paiement de la somme totale de 210'551 fr. 85, avec intérêts. Ladite somme se décompose comme suit: 61'800 fr. 60 nets, à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts; 10'000 fr. nets, à titre d'indemnité pour tort moral, avec intérêts; 128'751 fr. 25 bruts, à titre d'indemnité de départ, avec intérêts; 10'000 fr.

bruts, à titre de bonus pour l'année 2012, avec intérêts. Par mémoire de réponse du 30 octobre 2013, la banque a conclu au déboutement de T. de toutes ses conclusions. Par jugement du 16 décembre 2015, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à payer à T. la somme brute de 121'501 fr. 25, ainsi que la somme nette de 19'440 fr. 20, avec intérêts.

Par acte expédié le 1er février 2016 au greffe de la Cour de justice, E. a formé appel de ce jugement. La banque a conclu à ce que la Cour déboute T. de toutes ses conclusions et confirme le jugement entrepris pour le surplus. Dans sa réponse à l'appel du 29 mars 2016, T. a conclu au déboutement de E., de toutes ses conclusions. Il a également formé un appel joint et a conclu à ce que la Cour condamne E., à lui verser la somme nette 61'800 fr. 60 à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts et la somme nette de 10'000 fr. à titre de tort moral, avec intérêts.

Extraits des considérants:

4.

Dans un premier grief, l'appelante conteste que le licenciement signifié à l'intimé le 11 octobre 2012 soit abusif. Elle soutient notamment qu'elle était fondée à résilier le contrat de travail, l'employé ayant fait montre d'une attitude négative, impolie et irrespectueuse envers ses collègues et supérieurs, sa tenue vestimentaire étant pour le surplus inadéquate par rapport aux exigences d'un établissement bancaire et l'employé ne respectait pas les horaires de travail. Malgré plusieurs avertissements et un avertissement formel, il n'avait pas modifié son comportement.

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 (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.1; 131 III 535 consid. 4.1). Le droit fondamental de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 131 III 535 consid. 4.1). La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées à l'Art. 336 al. 1 CO, lesquelles se rapportent aux motifs de la partie qui résilie. Cette disposition restreint, pour chaque cocontractant, le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (ATF 136 III 513 consid. 2.3; 132 III 115 consid. 2.4; 131 III 535 consid. 4.2). L'énumération de l'Art. 336 al. 1 CO n'est d'ailleurs pas exhaustive et un abus du droit de résiliation peut se révéler aussi dans d'autres situations qui apparaissent comparables, par leur gravité, aux hypothèses expressément visées (ATF 136 III 513 ibidem; 132 III 115 consid. 2; 131 III 535 consid. 4). Ainsi, un congé peut être abusif en raison de la manière dont il est donné (ATF 132 III 115 consid. 2.2; 131 III 535 consid. 4.2), parce que la partie qui donne le congé se livre à un double jeu, contrevenant de manière ca-

ractéristique au principe de la bonne foi (ATF 135 III 115 consid. 2.2; 131 III 535 consid. 4.2), lorsqu'il est donné par un employeur qui viole les droits de la personnalité du travailleur (ATF 132 II 115 ibidem; 131 III 535 ibidem), quand il y a une disproportion évidente des intérêts en présence ou lorsqu'une institution juridique est utilisée contrairement à son but (ATF 136 III 513 ibidem et les nombreux arrêts cités). L'un des cas dans lesquels le Tribunal fédéral a consacré le caractère abusif d'un licenciement en raison de la disproportion des intérêts en présence concernait un «licenciement fusible», soit un cas où, après la découverte d'un important détournement commis par un collaborateur, une banque avait licencié un cadre, employé depuis vingt-six ans, auquel aucune faute n'était imputable, cela dans le seul but de préserver son image en donnant l'impression que les mesures nécessaires avaient été prises. Le Tribunal fédéral a considéré que l'employeur avait ainsi agi par pure convenance personnelle, en faisant abstraction de l'intérêt légitime de l'employé à conserver un poste qu'il occupait depuis vingt-six ans à l'entière satisfaction de la banque, et que le licenciement devait dès lors être tenu pour abusif. Toutefois, parallèlement, il a aussi retenu qu'en agissant de la sorte, la banque avait donné l'impression que le cadre licencié était lié aux malversations, contrevenant ainsi à son devoir de protéger la personnalité du collaborateur (ATF 131 III 535; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd., 2014, p. 652s.). En vertu de l'art. 328 CO, l'employeur a en effet l'obligation de respecter et de protéger les droits de la personnalité de son employé. Lorsqu'une partie résilie de manière légitime un contrat, elle doit exercer son droit avec des égards. Un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies ne suffit pas. Il n'appartient pas à l'ordre juridique de sanctionner une attitude seulement incorrecte (ATF 136 III 513 consid. 2.3 et les références citées, 132 III 115 consid. 2.2). Contrairement à ce qui prévaut en droit de la fonction publique, il n'existe notamment pas en droit privé d'obligation pour l'employeur de prévoir un entretien préalable à la résiliation (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 577s.). Selon l'art. 336 al. 1 let. a CO, le congé donné pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie est abusif, 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 protectrice ne s'applique donc pas lorsque le travailleur présente des manquements ou des défauts de caractère qui nuisent au travail en commun, sans qu'il y ait à se demander si de telles caractéristiques constituent ou non une «raison inhérente à la personnalité» au sens de l'Art. 336 al. 1 let. a CO (ATF 136 III 513 consid. 2.5; 127 III 86 consid. 2b; 125 III 70 consid. 2c). Ainsi, il a été jugé que le congé n'était pas abusif lorsqu'il était donné au travailleur qui, en raison de son caractère difficile, crée une situation conflictuelle qui nuit notablement au travail en commun (ATF 136 III 513 ibidem; 132 III 115 consid. 2.2; 125 III 70 consid. 2c). En particulier, l'article 336 al. 1er lit. a CO qualifie d'abusif le congé donné par une partie pour une raison inhé-

rente 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'appartenance religieuse, l'âge, l'homosexualité, le statut familial, les antécédents judiciaires, ou encore la maladie ou la séropositivité (ATF 127 III 86, consid. 2a; ATF du 11 novembre 1993, publié in SJ 1995, p. 798 et les références citées; SJ 1993, p. 357; Message du 9 mai 1984 concernant la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail, in FF 1984 II, pp. 622 et 623; ZOSS, La résiliation abusive du contrat de travail, thèse Lausanne 1996; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5ème éd., n. 5 ad Art. 336 CO). Il convient de prendre en considération notamment l'Art. 328 CO, selon lequel l'employeur est tenu de veiller à la protection de la personnalité de l'employé. L'obligation de l'employeur d'agir avec égards envers le travailleur est le corollaire de l'obligation de fidélité de ce dernier. L'âge du travailleur bénéficiant d'une grande ancienneté joue un rôle déterminant. Pour cette catégorie de travailleurs, le devoir de protection de l'employeur est accru. Il convient ainsi de considérer, pour les travailleurs âgés, que l'employeur doit avoir des égards particuliers dans la manière d'exercer la résiliation. En particulier, le travailleur dispose du droit d'être informé en temps utile sur le licenciement envisagé et il doit être entendu à ce sujet, l'employeur étant tenu de rechercher s'il est possible de mettre en place une solution alternative permettant le maintien des rapports de travail. Pour cette catégorie de travailleurs, il n'existe cependant pas de protection absolue contre la résiliation qui remettrait en question le principe de la liberté de résilier (ATF 132 III 115). L'employeur doit toutefois clairement signaler au travailleur, avant la résiliation, que l'insuffisance des prestations est telle qu'il envisage un licenciement. Il doit également fixer un délai au collaborateur et lui assigner une convention d'objectifs aux fins de lui laisser une dernière chance afin d'accomplir ses prestations de manière satisfaisante. En renonçant à cette étape intermédiaire avant de prononcer le licenciement, l'employeur viole son devoir de protection élargi, de sorte que le licenciement est considéré comme abusif (arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2014). Le motif de la résiliation relève du fait et il incombe en principe au travailleur d'apporter la preuve d'un motif abusif; le juge peut cependant présumer un abus lorsque le motif avancé par l'employeur semble mensonger et que celui-ci ne parvient pas à en apporter la confirmation (ATF 130 III 699 consid. 4.1; 123 III 246 consid. 4b). Dans ce domaine, la jurisprudence a tenu compte des difficultés qu'il pouvait y avoir à apporter la preuve d'un élément subjectif, à savoir le motif réel de celui qui a donné le congé. Selon le Tribunal fédéral, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme non réel le motif avancé par l'employeur. Si elle facilite la preuve, cette présomption de fait n'a pas pour résultat d'en renverser le fardeau.

Elle constitue, en définitive, une forme de «preuve par indices». De son côté, l'employeur ne peut rester inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1 et les références citées).

4.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'appelante a motivé le congé litigieux en raison de l'attitude inappropriée adoptée par l'intimé envers ses collègues et ses supérieurs, par sa tenue vestimentaire inadéquate, par le non-respect des horaires de travail, en raison de pauses non réglementaires, impliquant une productivité inférieure à celle de ses collègues et, enfin, par sa démotivation. Il ressort des pièces versées à la procédure ainsi que des témoignages recueillis par les premiers juges, que l'intimé, depuis son engagement auprès de l'appelante, a obtenu chaque année de bonnes évaluations, son caractère créatif et engagé ayant été souligné. Il a parfois été fait état d'améliorations attendues dans l'interaction de l'intimé avec son équipe. A de nombreuses occasions, il a été mis en évidence que l'intimé occupait une place importante au sein du service concerné, en raison de ses connaissances particulières dans le domaine concerné. Certes, ses prestations de travail n'ont pas été jugées satisfaisantes durant l'année 2011, un comportement inapproprié lui a été reproché et un avertissement formel lui a été notifié le 20 janvier 2012. Il ressort toutefois de la procédure que l'intimé a, par la suite, amélioré la qualité de ses prestations et a adopté un meilleur comportement. Comme l'a relevé à juste titre le Tribunal, ce n'est que fin septembre 2012 que les supérieurs hiérarchiques de l'intimé se sont entretenus en relation avec des problèmes rencontrés par l'employé dans l'accomplissement de son travail, et que les 8 et 9 octobre 2012 de nouveaux reproches lui ont été adressés. Compte tenu de l'âge de l'intimé au moment de la résiliation, soit de près de 60 ans, et de ses vingt-cinq années d'ancienneté au service de l'appelante, cette dernière était tenue d'avoir des égards particuliers envers l'intimé dans la manière d'exercer la résiliation, soit un devoir de protection accru. L'appelante ne prétend pas avoir averti l'intimé de son intention de mettre un terme au contrat, avant de résilier celui-ci. Elle n'indique pas non plus avoir examiné la possibilité de mettre en place une solution alternative en vue de maintenir les rapports de travail. En définitive, l'appelante n'a pas offert à l'intimé une dernière chance de répondre à ses attentes. Compte tenu des principes rappelés ci-avant, le licenciement est abusif, ce que les premiers juges ont retenu à bon droit. L'appelante sera en conséquence déboutée de ses conclusions sur ce point. Par ailleurs, si, certes, un témoin a fait état d'une certaine négligence dans l'apparence de l'intimé, il n'a pas été établi que l'intimé aurait eu une mauvaise hygiène, laquelle aurait pour le surplus dérangé ses collègues. Il ressort en effet des enquêtes que le témoin Z., collègue de travail de l'intimé, n'a pas constaté ce problème, se contentant d'indiquer que d'autres collègues semblaient s'en être plaints. Le témoin I. a déclaré n'avoir rencontré aucun problème particulier avec l'intimé et le témoin M. a déclaré qu'aucun collègue ne lui avait rapporté de problème

d'hygiène. Les témoins Q., R. et K. n'en n'ont pas plus fait mention. L'appelante n'a produit aucune pièce en relation avec ce prétendu manquement, en particulier d'e-mails ou de notes internes que lui auraient adressés des collègues de l'intimé. Les rapports d'évaluation annuels n'en font également pas mention. En ce qui concerne la tenue vestimentaire de l'intimé, celle-ci ne respectait certes par les exigences de l'appelante. Toutefois, il n'est pas contesté que l'intimé n'avait aucun contact avec la clientèle, de sorte que ce comportement ne pouvait nuire aux intérêts de l'appelante. Celle-ci n'a de surcroît pas allégué, ni au demeurant prouvé, que l'intimé aurait été vêtu de vêtements sales, troués ou déchirés. Le témoin M. a confirmé que la tenue de l'intimé n'avait rien de choquant. Il n'a pas non plus été démontré que l'intimé se serait mal comporté envers ses collègues. Au contraire, sa collègue Z. l'a décrit comme un bon collègue de travail, avec lequel elle avait entretenu de bons rapports professionnels. Une autre collègue n'a rencontré aucun problème particulier avec lui. Le témoin Y. a précisé que l'intimé était apprécié par ses collègues. Quant à S., engagée en vue du déménagement de la banque dans le canton de Vaud, elle a indiqué que les collègues de l'intimé ne lui avaient pas fait part de quelconque problème. Le témoin Q. s'est, pour sa part, contentée de déclarer que l'intimé n'était pas unanimement apprécié par ses collègues de travail, sans autre précision ou explication. Quant au témoin S., elle n'a fait état d'aucun problème qui aurait été relaté par les collègues de l'intimé. Selon les déclarations de plusieurs témoins, le travail de l'intimé donnait satisfaction à l'appelante. M., employé de 1987 à fin 2012, n'a reçu aucune plainte ou remarque au sujet des performances de l'intimé ou de son attitude. Il en va de même du témoin I. Quant au témoin K., employé de 1986 à 2009, et supérieur de l'intimé, a affirmé que celui-ci avait de très bonnes, voire d'excellentes performances et que son travail n'avait jamais engendré de doléances. L'appelante n'a par conséquent pas démontré que les prestations de l'intimé auraient été insuffisantes. La collègue de l'intimé pendant près de quatre ans n'a pas souffert des absences de l'intimé, lequel devait sortir fréquemment. Une autre collègue, laquelle avait collaboré pendant deux ans avec l'intimé, n'avait pas non plus rencontré de problème particulier, en particulier lors des permanences organisées tous les jours au sein de l'équipe, lesquelles faisaient partie du travail quotidien. L'un des employés des ressources humaines a indiqué que les collègues de l'intimé ne s'étaient pas plaints d'une éventuelle surcharge de travail en lien avec les absences de celui-ci. L'appelante n'a, par conséquent, également pas prouvé que les absences, justifiées médicalement, de l'intimé auraient perturbé les tâches de ses collègues et l'activité de la banque. Il ne ressort pas non plus de la procédure que l'intimé aurait adopté un comportement inadéquat envers ses supérieurs. Si une altercation est certes survenue à une occasion entre l'intimé et F., le 13 décembre 2011, laquelle a donné lieu à l'avertissement signifié le 20 janvier 2012, l'intimé a, par la suite, amélioré la qualité de ses prestations et a adopté un meilleur

comportement. Aucun autre incident ne résulte des pièces produites, ni des témoignages. Enfin, aucun des témoins n'a confirmé que l'intimé aurait affiché une démotivation, ni que celle-ci aurait été source de problèmes au sein de son équipe. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précède, la Cour retient que les motifs évoqués par l'appelante à l'appui de la résiliation du contrat de travail n'ont pas été démontrés.

4.3 Le jugement entrepris sera dès lors confirmé, en tant qu'il retient que le licenciement de l'intimé est abusif.

5.

L'intimé conteste le montant de l'indemnité fixée par les premiers juges, correspondant à deux mois de salaire.

5.1 La partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité (Art. 336a al. 1 CO). Le juge fixe l'indemnité en équité en fonction de toutes les circonstances (Art. 4 CC; ATF 132 III 243 consid. 5.2; 123 III 391 consid. 3c). Il doit notamment tenir compte de la gravité de la faute de l'employeur, d'une éventuelle faute concomitante du travailleur, de la manière dont s'est déroulée la résiliation, de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur licencié, de la durée des rapports de travail, de leur étroitesse, des effets économiques du licenciement, de l'âge du travailleur, d'éventuelles difficultés de réinsertion dans la vie économique et de la situation économique des parties (ATF 123 III 291 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_485/2015 du 15 février 2016 consid. 4.1). Le salaire déterminant est le salaire brut, auquel s'ajoutent les autres prestations de l'employeur revêtant un caractère salarial, comme le treizième salaire. Il convient de se fonder sur le salaire du dernier mois ou de la moyenne des salaires de la dernière année (arrêts du Tribunal fédéral 4A_485/2015 du 15 février 2016 consid. 4.1; 4C_348/2010 du 8 octobre 2010 consid. 6.1 non publié in ATF 136 III 552).

5.2 Il n'est pas contesté que l'intimé a respecté les règles de procédure de l'art. 336b al. 1 et 2 CO, à savoir qu'il a fait opposition au congé par écrit auprès de l'employeur avant la fin du délai de congé et qu'il a agi en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat de travail. Comme cela a été relevé ci-avant, l'intimé était âgé de près de 60 ans lors de la résiliation du contrat et bénéficiait de vingt-cinq années d'ancienneté, soit une très longue durée de rapports de travail. Plus de deux ans après la fin du contrat de travail, l'intimé n'a pas retrouvé d'emploi. Au vu de son âge et de la conjoncture actuelle dans le domaine bancaire, il apparaît peu vraisemblable qu'il puisse retrouver un nouvel emploi. La résiliation du contrat de travail a par conséquent eu un effet économique négatif et durable pour l'intimé. Compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, l'indemnité de deux mois accordée par les premiers juges n'apparaît pas proportionnée au cas d'espèce. La Cour fixera dès lors à quatre mois de salaire le montant de l'indemnité, correspondant à la somme nette de 38'880 fr. 40, avec intérêts à 5% l'an dès le 1er mars 2013, jour suivant la fin effective des rapports de travail.

5.3 Le chiffre 3 du dispositif du jugement entrepris sera dès lors annulé en tant qu'il concerne cette indemnité et reformulé dans le sens qui précède.

6.

L'appelante reproche au Tribunal de l'avoir condamnée à verser une indemnité de fin des rapports de travail.

6.1 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 (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 fait (ATF 132 III 268 consid. 2.2). 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). Selon la jurisprudence, un plan social a généralement pour but de limiter et d'atténuer les conséquences d'un licenciement collectif. Il est admis qu'en matière d'allocation de prestations convenues dans le plan social, l'employeur ne peut désavantager l'un de ses employés par rapport aux autres sans raison. En particulier, l'employeur ne peut pas différer volontairement le licenciement d'un employé afin qu'il ne remplisse plus les conditions formelles pour accéder au plan social préparé pour tous les collaborateurs licenciés (CAPH/GE du 14 mars 2007, in JAR 2008, p. 386). Jurisprudence et doctrine déduisent de l'obligation incombant à l'employeur de protéger la personnalité de l'employé (Art. 328 CO) ainsi que des règles générales sur la protection de la personnalité (Art. 28 ss CC), l'existence d'un principe général d'égalité de traitement (ATF 129 III 276 consid. 3.1, trad. in JdT 2003 I p. 346; WYLER, Droit du travail, 3ème éd., 2014, p. 369; REHBINDER, Berner Kommentar, n. 8 ad Art. 328 CO; DUC/SUBILIA, Commentaire du contrat individuel de travail, 1998, n. 23 ad Art. 322d CO; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd. 2004, n. 8 ad Art. 328 CO). Le principe de l'égalité de traitement dans les rapports de travail a pour effet que l'employeur ne saurait placer arbitrairement ou sans motif justifié certains travailleurs dans une situation moins favorable que la majorité des travailleurs se trouvant dans une situation comparable (CAPH/46/2007 du 14 mars 2007 publié in JAR 2008 p. 386 et les réf. citées). Toutefois, il faut prendre en considération que même une décision subjective et arbitraire de l'employeur ne représente une atteinte à la personnalité, et donc une contravention à l'interdiction d'une 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 ceux 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 de la bonne foi, ce sont des conditions qui paraissent avoir été convenues (ATF 129 III 276 et les réf. citées; arrêt du Tribunal fédéral 4A_63/2007 du 6 juillet 2007 consid. 4.1). Ainsi, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 4A_63/2007 du 6 juillet 2007 consid. 4.1; WYLER, op.cit., pp. 369 ss).

6.2 En l'espèce, il est constant que ni le contrat de travail, ni d'autre document contractuel ne prévoient le versement d'une indemnité de départ au travailleur. Il résulte certes des enquêtes que l'appelante a mis en place une pratique au terme de laquelle une indemnité de départ d'un demi-salaire mensuel était versée pour chaque année de service effectuée par un collaborateur licencié pour des raisons économiques. Les témoins ont précisé qu'une telle indemnité n'était pas versée lorsque le congé était donné pour un autre motif, notamment en raison de problème de comportement ou de performances. Contrairement à ce que soutient sans le démontrer l'intimé, aucune convention sur ce point n'a été conclue entre les parties, ne serait-ce que par acte concluant, s'agissant du versement d'une indemnité de dépArt. Il ne ressort également pas du dossier que l'appelante aurait en réalité voulu licencier l'intimé pour des motifs économiques, ni en raison de son ancienneté. S'il est notoire qu'un employé d'un certain âge coûte plus cher qu'un jeune travailleur, ce seul fait n'emporte pas la conviction de la Cour que tel aurait été l'intention de l'appelante dans le cas d'espèce. Il ne peut pas non plus être retenu que l'appelante aurait licencié prématurément l'intimé afin de soustraire celui-ci au plan social mis en œuvre dans le cadre de la restructuration intervenue à la suite de la vente de la banque en été 2013. Le secrétaire syndical de l'Association des banques a lui-même précisé que l'intimé avait été licencié avant l'annonce de la fusion et la mise en place du plan social, et que celui-ci ne lui était

clairement pas applicable. Il n'a par ailleurs pas été établi que l'appelante avait l'intention de supprimer un poste dans le service de l'intimé, et en particulier celui occupé par l'intimé lui-même. Il s'ensuit que c'est à tort que les premiers juges ont retenu que l'intimé était en droit de participer audit plan social.

6.3 Le chiffre 3 du dispositif du jugement attaqué sera en conséquence annulé, en tant qu'il condamne l'appelante à verser à l'intimé la somme de 121'501 fr. 25, et il sera réformé dans le sens qui précède.

(…)

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

Jugement du Tribunal des prud'hommes du canton de Genève du 8 décembre 2016 (Confirmé par arrêt du la Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, du 3 octobre 2017)

Art. 152 al. 2 CPC. Constitue une preuve illicite, le témoignage d'une personne qui relate une conversation privée entre un employé et son employeur, qu'il a entendue au moyen d'un téléphone cellulaire, à l'insu de l'employeur. Au regard des divers intérêts en présence, le Tribunal considère que l'intérêt au respect du domaine secret et privé doit prévaloir face à l'intérêt de la découverte de la vérité, a fortiori dans une cause dans laquelle prévaut la maxime des débats. En conséquence, le témoignage ne sera pas pris en considération (c. 2).

Art. 336 CO. Un «motif économique» constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles (c. 3).

Art. 336b al. 2 CO. Le délai de 180 jours pour agir en justice commence à courir le jour suivant la fin des rapports de travail, à savoir le jour suivant le terme conventionnel ou légal du contrat. Il viendra à échéance le 180^{e} jour, à minuit. La computation du délai de 180 jours s'opère selon les règles générales relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations. Selon l'article 78 al. 1 CO, lorsque le dernier jour tombe sur un dimanche ou un jour férié, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (c. 3).

Art. 5 al. 1 LTrD. L'employeur doit rembourser au travailleur à domicile tous les frais imposés par l'exécution du travail, en particulier ceux qui ont été engagés pour les instruments de travail, les matériaux et leur transport. Les frais de déplacement personnel du travailleur à domicile engagés à l'occasion du transport de ces objets ne sont pas couverts, puisque les travailleurs occupés au sein des locaux de

l'entreprise doivent également supporter eux-mêmes les frais afférents à leurs déplacements jusqu'au lieu de travail (c. 6).

Extraits des faits:

E. SA est une société anonyme dont le siège est à Genève et qui a pour but le sertissage et la taille de pierres ainsi que la création, la fabrication et le commerce d'articles du domaine de l'horlogerie, de la bijouterie et de la mode. Par contrat de travail de durée indéterminée, T. a été engagé par E. SA à compter du 1er janvier 2001 en qualité de sertisseur. Le 1er janvier 2006, E. SA a signé un nouveau contrat de travail avec T. Le contrat, conclu pour une durée indéterminée, prévoyait que l'employé était rémunéré à la tâche. L'employeur garantissait un salaire minimum mensuel brut de fr. 4'500 payable douze fois l'an. Le contrat prévoyait également qu'en règle générale, la durée du travail hebdomadaire était de quarante heures, cinq jours par semaine. Par courrier recommandé du 31 mai 2009, T. a résilié son contrat de travail pour le 31 juillet 2009. Par contrat de travail oral, T. a été réengagé par E. SA pour une durée indéterminée à compter du 2 mai 2011 en qualité de sertisseur à un taux d'activité de 100%. T. a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 12 décembre 2013 au 5 janvier 2014, du 22 septembre au 28 septembre 2014 ainsi que du 19 décembre 2015 au 31 mars 2015.

Par courrier recommandé du 31 octobre 2014, E. SA a résilié le contrat de travail de T. pour le 31 décembre 2014. Le courrier précisait que la décision de licenciement avait été prise pour raisons économiques, indépendamment de la volonté de E. SA, la qualité du travail de T. n'étant absolument pas mise en cause. Plusieurs des clients de E. SA avaient en effet annoncé une baisse de leur volume d'affaire pour l'exercice 2015. Par courrier recommandé adressé à E. SA et déposé à l'office postal le 23 mars 2015, sous la plume de son conseil, T. s'est opposé à son licenciement, considérant qu'il était abusif.

Par requête de conciliation déposée à l'office postal le 28 septembre 2015, T. a assigné E. SA en paiement. Par demande ordinaire déposée à l'office postal le 15 février 2016, T. a assigné E. SA en paiement de la somme nette de fr. 70'000.– à titre d'indemnité pour licenciement abusif, ainsi que de la somme brute de fr. 113'257.–, avec intérêts, concernant diverses prétentions, dont l'indemnisation de frais de déplacement et de l'utilisation de ses propres instruments de travail.

Extraits des considérants:

2.

Il y a lieu d'examiner la question de l'admission du témoignage de M.

a) Aux termes de l'article 152 al. 2 CPC, le tribunal ne prend en considération les moyens de preuve obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

Selon la doctrine, sont notamment des moyens de preuve obtenus de façon illicite l'affidavit extorqué par la contrainte ou soutiré en violation du secret médical ou de fonction, les moyens de preuve obtenus au moyen d'une infraction contre le domaine secret ou le domaine privé, ou encore ceux soustraits chez l'adversaire du titre produit en justice (SCHWEIZER, in Code de procédure civile commenté, 2011, n. 14 ad Art. 152 CPC; BRÖNNIMANN, Berner Kommentar, 2013, n. 45 ad Art. 152 CPC)

Conformément à l'article 152 al. 2 CPC, la preuve obtenue illicitement n'est utilisable que d'une manière restrictive. Le tribunal doit mener une pesée entre l'intérêt protégé par le bien juridique atteint par l'obtention du moyen de preuve, d'une part, et l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle, d'autre part (ATF 140 III 6, consid. 3.1; Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au CPC, FF 2006 p. 6841 ss, p. 6922; HASENBÖHLER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2016, n. 36 ad Art. 152 CPC). Si la maxime inquisitoire s'applique, il sera accordé plus de poids à la recherche de la vérité tandis que si la maxime des débats prévaut, l'intérêt à la protection du bien juridique atteint sera davantage pris en considération (HASENBÖHLER, op. cit., n. 38 ad Art. 152 CPC; BRÖNNIMANN, op. cit., n. 47 et 51 ad Art. 152 CPC).

L'utilisation de moyens de preuve obtenus en violation de la sphère privée ne doit être admise qu'avec une grande retenue (STAHELIN/ STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 2013, § 18, n. 24a).

Selon l'article 179bis al. 1 du Code pénal suisse (ci-après CP), celui qui, sans le consentement de tous les participants, aura écouté à l'aide d'un appareil d'écoute ou enregistré sur un porteur de son une conversation non publique entre d'autres personnes, sera, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le comportement punissable se compose de deux éléments. Il faut d'une part que l'auteur installe un appareil d'écoute et, d'autre part, qu'il écoute une conversation non publique entre d'autres personnes au moyen de cet appareil. Seul celui qui utilise un appareil qu'il aura lui-même ou qu'une autre personne aura mis en service dans le but de rendre perceptible au-dessus du niveau sonore normal une conversation non publique entre d'autres personnes peut être l'auteur de l'infraction (ATF 133 IV 249, consid. 3.4; VON INS/WYDER, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2013, n. 14 ad Art. 179bis CP).

Des appareils de téléphone et des téléphones cellulaires peuvent constituer, suivant leur utilisation dans un cas concret, un appareil d'écoute au sens de l'article 179bis al. 1 CP (ATF 133 IV 249, consid. 3.3).

b) En l'espèce, il ressort des faits non contestés que M. a écouté une conversation privée entre le demandeur et le représentant de la défenderesse, au moyen d'un téléphone cellulaire et ce, à l'insu de la défenderesse.

Une telle écoute, est illicite au sens de l'article 179bis al. 1 CP. Aussi, les informations ainsi obtenues sont obtenues de manière illicite. A cet égard, le Tribunal estime que l'illicéité d'un moyen de preuve n'est pas subordonnée au dépôt d'une plainte pénale, puisque cette dernière n'est pas une condition de punissabilité mais une simple condition procédurale.

En conséquence, le témoignage de M. doit être considéré comme une preuve illicite.

Reste à déterminer si ledit témoignage peut malgré tout être pris en compte par le Tribunal, au regard des divers intérêts en présence.

Au vu du caractère prémédité de l'écoute illicite de M. ainsi que de la jurisprudence et de la doctrine particulièrement restrictive s'agissant des moyens de preuve obtenus en violation de la sphère privée, le Tribunal estime que l'intérêt au respect du domaine secret et privé doit prévaloir face à l'intérêt de la découverte de la vérité, a fortiori dans une cause dans laquelle prévaut la maxime des débats.

c) Au vu de ces éléments, le Tribunal ne prendra pas en considération le témoignage de M. s'agissant des circonstances entourant le licenciement du demandeur.

3.

Le demandeur réclame le paiement de la somme nette de fr. 70'000.–, à titre d'indemnité pour licenciement abusif, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 mars 2015.

a) Aux termes de l'article 335 al. 1 CO, le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. Le droit de chaque cocontractant de mettre unilatéralement fin au contrat est cependant limité par les dispositions sur le congé abusif (ATF 131 III 535 consid. 4.1; 127 III 86 consid. 2a). Est abusif le congé donné pour un des motifs énumérés à l'article 336 CO, qui concrétise avant tout l'interdiction générale de l'abus de droit, et y assortit les conséquences juridiques adaptées au contrat de travail (ATF 132 III 115 consid. 2.1; trad. in JdT 2006 I 152; 131 III 535 consid. 4.2).

En principe, la licéité d'une résiliation ne présuppose pas que soient avancés des motifs particuliers, dès lors que le droit du travail repose sur le principe de la liberté de donner congé (ATF 131 III 535 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.174/2004 du 5 août 2004 consid. 2.1).

Ce n'est pas le but du congé, à savoir celui de mettre fin à la relation contractuelle, qui est illicite, mais le motif intérieur qui a poussé de manière décisive l'une des parties à mettre fin au contrat. Pour que le congé soit abusif, il doit exister un lien de causalité entre le motif répréhensible et le licenciement; en d'autres termes, il faut que le motif illicite ait joué un rôle déterminant dans la décision de la partie de résilier le contrat (arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, publié in SJ 1995 I p. 798 et les réf. citées; DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 7 ad Art. 336 CO, pp. 658 s.).

Selon l'article 336 al. 1 let. a CO, le congé est abusif lorsqu'il est donné par une partie pour une raison inhérente à la personnalité de l'autre partie, à moins que cette raison n'ait un lien avec le rapport de travail ou ne porte sur un point essentiel un préjudice grave au travail dans l'entreprise. Cette disposition vise le congé discriminatoire, fondé par exemple sur la race, la nationalité, l'âge, l'homosexualité, les antécédents judiciaires, le statut familial, ou encore la maladie, la séropositivité ainsi que la religion (ATF 130 III 699 consid. 4.1, trad. in JdT 2006 I p. 193 et in SJ 2005 I p. 152; SUBILIA/DUC, Droit du travail: éléments de droit suisse, 2e éd. 2010, n. 12 ad Art. 336 CO, p. 555).

Un «motif économique» constitue un intérêt digne de protection qui exclut généralement de considérer que le congé est abusif. Pour être digne de protection, le motif économique doit dépendre d'une certaine gêne de l'employeur, ce qui exclut la seule volonté d'augmenter les profits. En principe, la mauvaise marche des affaires, le manque de travail ou des impératifs stratégiques commerciaux constituent des motifs économiques admissibles (DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 90 ad Art. 336 CO, p. 685 et les réf. citées).

Lorsque plusieurs motifs de congé entrent en jeu et que l'un d'entre eux n'est pas digne de protection, il convient de déterminer si, sans le motif illicite, le contrat aurait été tout de même résilié: si tel est le cas, le congé n'est pas abusif (arrêt du Tribunal fédéral du 11 novembre 1993, publié in SJ 1995 I p. 798; DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 8 ad Art. 336 CO, p. 659). En effet, la loi ne connaît pas la notion de congé partiellement abusif (SUBILA/DUC, Droit du travail: éléments de droit suisse, 2e éd. 2010, n. 4 ad Art. 336 CO, p. 550).

La preuve du caractère abusif du congé incombe à la partie à laquelle celui-ci est signifié (Art. 8 CC; ATF 130 III 699 consid. 4.1). Cependant, la preuve ayant souvent pour objet des éléments subjectifs, le juge peut présumer en fait l'existence d'un congé abusif lorsque l'employé parvient à présenter des indices suffisants pour faire apparaître comme fictif le motif avancé par l'employeur, et le motif abusif plus plausible. Cette présomption de fait n'a cependant pas pour effet de renverser le fardeau de la preuve. La partie demanderesse doit alléguer et offrir un commencement de preuve d'un motif abusif de congé. De son côté, l'employeur ne saurait alors demeurer inactif; il n'a pas d'autre issue que de fournir des preuves à l'appui de ses propres allégations quant au motif du congé (ATF 130 III 699 consid. 4.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_408/2011 du 15 novembre 2011; DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 17 ad Art. 336 CO, p. 661).

Selon l'article 336b al. 1 CO, la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les articles 336 et 336a CO doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé.

A teneur de l'article 335 al. 1 CO 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, de trois mois ultérieurement. Ces délais peuvent être modifiés par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective (al. 2).

L'article 336c CO traite de la résiliation en temps inopportun lorsque le congé est donné par l'employeur. Il vise à protéger le salarié en fonction du moment auquel intervient la résiliation (AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 1 ad Art. 336c CO, p. 713). L'employeur ne peut donc pas résilier le contrat de travail de l'employé lorsqu'il a une incapacité de travail totale ou partielle durant trente jours au cours de la première année de service, durant nonante jours de la deuxième à la cinquième année de service et durant cent quatre-vingts jours à partir de la sixième année de service (Art. 336c al. 1 let. b CO).

Si le congé a été donné avant l'une des périodes de protection de l'article 336c al. 1 CO et que le délai de congé n'a pas expiré pendant cette période, ce délai est suspendu pendant la durée limitée de protection et ne continue à courir qu'après la fin de la période. Le congé reste toutefois valable, de sorte que l'employeur n'aura pas à le renouveler (AUBRY GIRARDIN, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 42 ad Art. 336c CO, p. 725; SUBILIA/DUC, Droit du travail: éléments de droit suisse, 2e éd. 2010, p. 602; Droit du travail, 3e éd. 2014, p. 692; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd. 2004, n.12 et 13 ad Art. 336c CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd. 2012, n. 10 ad Art. 336c CO, p. 1089).

Selon l'article 336b al. 2 CO, si l'opposition est valable et que les parties ne s'entendent pas pour maintenir le rapport de travail, la partie qui a reçu le congé peut faire valoir sa prétention à une indemnité. Elle doit agir par voie d'action en justice dans les 180 jours à compter de la fin du contrat, sous peine de péremption des droits du demandeur.

La péremption entraîne l'extinction du droit et le juge doit la relever d'office (DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 37 ad Art. 336b CO, p. 709 et les réf. citées). Par conséquent, le travailleur devra être débouté de ce chef de conclusion.

Le délai de 180 jours commence à courir le jour suivant la fin des rapports de travail, à savoir le jour suivant le terme conventionnel ou légal du contrat (CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, 2009, n. 1 ad Art. 336b CO, p. 538). Il viendra à échéance le 180e jour, à minuit. Il suffit que la demande en justice soit déposée auprès de l'autorité compétente le dernier jour du délai ou qu'il soit remis à un guichet de la poste suisse à l'adresse de l'autorité compétente ce jour-là au plus tard à minuit. En revanche, la notification d'un commandement de payer n'est pas suffisante (DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 35 ad Art. 336b CO, p. 709 et les réf. citées).

La computation du délai de 180 jours s'opère selon les règles générales relatives à la computation des délais en matière d'exécution des obligations (cf. Art. 132 al. 1 et 2 CO; Art. 77 et 78 CO). Selon l'article 78 al. 1 CO, lorsque le dernier jour tombe sur un dimanche ou un jour férié, le délai ne prend fin que le premier jour ouvrable qui suit (DUNAND, in Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 33 et 34 ad Art. 336b CO).

b) En l'espèce, le demandeur a été engagé pour une durée indéterminée à compter du 2 mai 2011. E. SA a résilié son contrat de travail le 31 octobre 2014 pour le 31 décembre 2014. Le demandeur était ainsi dans sa quatrième année de service au moment du licenciement, de sorte que le délai de congé était de deux moins pour la fin d'un mois. Il a été en incapacité de travail pour cause de maladie du 19 décembre 2014 au 31 mars 2015. Le délai de congé a donc été suspendu pendant nonante jours du 19 décembre 2014 au 18 mars 2015 et a recommencé à courir durant treize jours, soit jusqu'au 31 mars 2015, date de la fin des rapports de travail. Ayant déposé sa lettre d'opposition au licenciement le 23 mars 2015, le demandeur a donc formé opposition en temps utile.

En outre, les rapports de travail ayant pris fin le 31 mars 2015, le délai pour ouvrir action de 180 jours est arrivé à échéance le 28 septembre 2015, la veille de cette date étant un dimanche. Le demandeur ayant déposé sa requête en conciliation le 28 septembre 2015, il a agi en temps utile.

Le courrier de licenciement précise que la décision a été prise pour des raisons économiques, indépendamment de la volonté de la défenderesse. Selon le demandeur, la résiliation du contrat de travail a été motivée par sa maladie. A chacun de ses retours d'arrêt maladie, il avait fait l'objet de remarques et critiques extrêmement désobligeantes en relation avec ses absences pour cause de maladie. Les motifs économiques n'étaient pas réels ni justifiés. D'autres mesures comme le chômage technique partiel auraient été envisageables. La défenderesse a contesté les allégations du demandeur et a allégué pour sa part que le licenciement du demandeur avait bel et bien été prononcé pour des motifs économiques. Après réflexion, il avait été décidé de se séparer du demandeur car, travaillant à domicile, il n'aurait pas pu être mis au bénéfice d'un régime d'horaire réduit (RHT).

Il ressort des témoignages que la défenderesse rencontrait des difficultés économiques au moment du licenciement du demandeur. A cet égard, la défenderesse a indiqué avoir licencié quatre personnes depuis fin 2014, soit trois sertisseurs et une secrétaire. Le Tribunal considère ainsi que les motifs économiques avancés par la défenderesse à l'appui du licenciement du demandeur sont avérés.

Au surplus, le Tribunal considère que le demandeur n'est pas parvenu à rendre vraisemblable que son licenciement a été prononcé en raison de sa maladie. Interrogé par le Tribunal en tant que représentant de la défenderesse, I. a ainsi indiqué ne pas avoir souvenir d'avoir fait une remarque au demandeur pour sa malade en décembre 2013. S'il a reconnu avoir fait la remarque au demandeur selon laquelle il avait été à deux reprises en inca-

pacité de travail durant ses vacances en septembre 2014, il a contesté les déclarations du demandeur quand ce dernier disait qu'il l'avait menacé de licenciement pour cause de maladie. Ces circonstances ne permettent ainsi pas de conclure à l'existence d'un lien de causalité entre le motif allégué par le demandeur et son licenciement.

c) Dès lors, le demandeur n'ayant pas été en mesure d'établir à satisfaction de droit, ne serait-ce que sous l'angle de la vraisemblance, que son licenciement a été prononcé en raison de sa maladie, il sera débouté de sa conclusion en paiement d'une indemnité pour licenciement abusif.

(…)

6.

Le demandeur réclame le paiement de la somme brute de fr. 60'000.– à titre d'indemnité kilométrique et d'indemnité pour frais de travail à domicile, avec intérêts moratoires à 5% l'an dès le 31 mars 2015.

a) Selon l'article 327a al. 1 CO, l'employeur rembourse au travailleur tous les frais imposés par l'exécution du travail et, lorsque le travailleur est occupé en dehors de son lieu de travail, les dépenses nécessaires pour son entretien.

La Loi fédérale sur le travail à domicile s'applique aux employeurs, qu'ils soient des personnes de droit public ou privé, qui font exécuter du travail à domicile, ainsi qu'aux travailleurs à domicile qu'ils occupent (Art. 1 al. 1 LTrD). Sont réputés travaux à domicile, au sens de la présente loi, les travaux artisanaux et industriels accomplis à la main ou à la machine qu'un travailleur exécute, seul ou à l'aide de membres de sa famille, dans son propre logement ou dans un autre local de son choix, et contre versement d'un salaire (Art. 1al. 4 LTrD).

Selon l'article 5 al. 1 LTrD, l'employeur doit rembourser au travailleur à domicile tous les frais imposés par l'exécution du travail, en particulier ceux qui ont été engagés pour les instruments de travail, les matériaux et leur transport. Les frais de déplacement personnel du travailleur à domicile engagés à l'occasion du transport de ces objets ne sont pas couverts, puisque les travailleurs occupés au sein des locaux de l'entreprise doivent également supporter eux-mêmes les frais afférents à leurs déplacements jusqu'au lieu de travail (STADLER, Der Schutz des Heimarbeitnehmers, 1982, p. 93–94; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, n. 4 ad Art. 353a CO; AUBERT, Le contrat de travail à domicile, in Fiches juridiques suisses, 1983, n°771, p. 10).

b) En l'espèce, le demandeur a allégué qu'il sertissait les pièces à son domicile. Il a indiqué qu'il allait chercher les pièces à préparer au siège de l'entreprise avec son véhicule privé mais n'avait toutefois jamais été remboursé pour ses frais de déplacement. Il a estimé qu'une indemnité kilométrique mensuelle de fr. 1'000.– était due depuis le mois de décembre 2009, ce qui correspondait en cinq ans à une somme de fr. 60'000.–. En outre, il a expliqué que tout au long des rapports de travail, la défenderesse n'avait pas fourni les instruments de travail et matériaux dont il avait besoin. Il

avait ainsi utilisé son propre matériel depuis le début de son contrat mais n'avait jamais été indemnisé à ce titre.

La défenderesse a allégué que le demandeur venait à l'atelier trois ou quatre fois par semaine mais qu'aucuns frais de déplacement n'étaient dus à ce titre. Le demandeur n'avait pas effectué plus de trajets de son domicile à l'atelier que s'il avait eu comme lieu de travail l'atelier. S'agissant des instruments de travail et des matériaux, la défenderesse a expliqué qu'il avait utilisé les moyens qu'elle lui avait mis à disposition, soit en particulier les diamants et les ébauches à sertir, ainsi qu'une affûteuse. Lorsqu'il avait travaillé à domicile, il avait notamment utilisé son propre établi, son binoculaire, ainsi qu'une pièce à main.

Le Tribunal relève à titre liminaire que le demandeur a travaillé à son domicile en tant que sertisseur dès le 1er septembre 2012. Il était donc soumis à la Loi fédérale sur le travail à domicile.

Au vu du calcul opéré par le demandeur, il n'est pas clair s'il réclame effectivement une indemnité s'agissant des frais engagés pour les instruments de travail et les matériaux. En tout état de cause, F. a indiqué que le demandeur avait reçu de la part de l'entreprise des fraises, du ciment, des échoppes, des perloirs, soit tout ce dont il avait besoin pour faire son travail. Il avait toutefois décidé d'utiliser ses propres instruments bien que l'entreprise lui ait mis à disposition tous ce dont il aurait eu besoin. Elle a expliqué que lorsqu'il travaillait à domicile, il utilisait son micro-moteur personnel. Les sertisseurs choisissaient s'ils voulaient travailler avec leur propre matériel. L'entreprise mettait en outre à disposition les matériaux.

Au vu de ces déclarations, le Tribunal considère que le demandeur a utilisé ses propres instruments et son propre micro-moteur pour des raisons de convenance personnelle, ce qui ne saurait faire l'objet d'une indemnisation par l'employeur. Pour le reste, la défenderesse mettait à disposition les matériaux et fournissait tout ce dont le demandeur avait besoin pour faire son travail, de sorte qu'aucune indemnité n'est due à ce titre.

Par ailleurs, s'agissant des frais de déplacement, le demandeur n'a pas allégué ni démontré avoir convenu avec la défenderesse que ces frais seraient pris en charge par cette dernière. Au surplus, le Tribunal se rallie à la doctrine susmentionnée et estime que dans le cadre du travail à domicile, les frais de déplacement personnel du travailleur à domicile engagés à l'occasion du transport des instruments de travail et des matériaux ne sont pas couverts, puisque les travailleurs occupés au sein des locaux de l'entreprise ne sont eux-mêmes pas indemnisés pour leurs déplacements jusqu'au lieu de travail.

c) Par conséquent, le demandeur sera débouté de son chef de conclusions.

(…)

Jugement communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 13 février 2017 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 6 juillet 2016)

Art. 337 CO. Le fait pour une secrétaire d'une étude d'avocats d'emporter des documents de l'étude à son domicile privé représente, certes, une violation de l'obligation de fidélité de l'employée. Il ne s'agit toutefois pas d'une violation d'une gravité telle qu'elle aurait été de nature à ruiner la confiance entre les parties au point que toute poursuite des relations de travail aurait été impossible. En effet, aucune utilisation contraire aux intérêts de l'employeur n'a été observée, et les employeurs n'ont pas allégué qu'ils étaient exposés à un dommage concret et immédiat. Les explications données par l'employée, selon lesquelles elle se servait des documents en question comme brouillons et comme modèles sont vraisemblables, et le fait qu'elle ait déchiré et broyé ceux-ci montre qu'elle était consciente de leur caractère confidentiel (c. 2.4.1).
Dans la mesure où leur employée était au bénéfice d'une incapacité de travail attestée par un certificat médical, les employeurs, s'ils éprouvaient pour une raison ou une autre un doute quant à la véracité de celui-ci, pouvaient faire vérifier l'existence et le degré d'empêchement par un médecin-conseil. Sans avoir procédé à cette démarche, et sur le seul vu du rapport peu concluant du détective privé mandaté, rapport qui n'était pas de nature à rendre crédible une intention de les tromper, les appelants ne disposaient pas d'un juste motif de congé immédiat (c. 2.4.1).

Art. 337c al. 3 CO. L'âge de l'employée, son incapacité de travail durable, ainsi que les conséquences du congé sur son état de santé notamment évoquées par son médecin-psychiatre, la relative longueur des rapports de travail, les démarches inopportunes des employeurs, la surveillance par un détective privé et l'envoi de commandements de payer, permettent de confirmer le montant de 20'000 fr. fixé par les premiers juges, correspondant à quatre mois de salaire (c. 2.4.)
Art. 336c CO. La protection légale contre les congés en temps inopportun ne s'applique pas en cas d'atteinte à la santé insignifiante. La protection s'applique, en revanche, en cas d'incapacité de travail liée à l'environnement de travail (c. 2.4.2).

Extraits des faits:

E1, avocat à Genève, a exercé son activité au sein d'un cabinet dont il était associé, puis, depuis 2010, à titre d'avocat indépendant. En 2014, il s'est associé à E2, également avocat. De janvier à juin 2008, T. a travaillé pour E1, en qualité de secrétaire, dans le cadre d'une mission temporaire.

A compter du 1er juillet 2008, elle s'est engagée au service de E1, en qualité de secrétaire, au taux de 80%. Le salaire convenu était de 5'000 fr. et le droit aux vacances de quatre semaines par an. La lettre d'engagement attirait l'attention de T. sur la stricte exigence du respect du secret professionnel. Dans ses fonctions, T. détenait la signature électronique de E1, utilisable, selon ses dires, seulement depuis son poste de travail.

Par lettre du 15 septembre 2014, E1 et E2 ont licencié T. avec effet immédiat, en ces termes: «Nous constatons, à regret, que votre attitude et manière de faire sont incompatibles avec la poursuite, raisonnable, du rapport de travail. Vos agissements sont graves et ne vous autorisent pas à invoquer la loi de manière abusive pour les couvrir. A cet égard, et pour tout autre motif à prouver tant en fait qu'en droit: Aucune réponse n'a été donnée à notre courrier, du 18 août 2014, causant, par votre silence coupable, la désorganisation de l'Etude et la plainte de clients ne pouvant joindre l'un et l'autre de ses associés, tout en refusant de justifier votre absence; Fait silence et retenu, volontairement, malgré notre demande, les clefs donnant accès, notamment, à la boite postale et interdit un suivi régulier de la correspondance adressée à l'Etude; Les manquements constatés sont d'autant plus graves qu'ils ressortent de la personne d'expérience et de responsabilité que vous avez toujours prétendu être; Mené à titre personnel des activités régulières et ordinaires en vous rendant hors de Genève, en France et dans le canton voisin, en voiture et dans votre seul intérêt personnel ou familial; Mené à titre personnel et privé, des activités incompatibles avec votre état et/ou votre maladie, la garde régulière de vos petits-enfants, notamment, en accompagnant l'aîné de ceux-ci, à X., dans la recherche d'un appartement; Mené, à titre professionnel, des activités commerciales, en vous attribuant le titre de représentante d'une maison de cosmétiques en leur indiquant votre capacité d'apporteuses d'affaires pour les pays du Maghreb; Mené, en traitant, discutant, négociant et achetant des produits destinés à la vente avec, notamment, deux personnes liées à une maison et/ou entreprise commerciale active dans le domaine de la cosmétique; Mené, en vendant des produits acquis, auprès de l'une des personnes sous-indiquée, ancien sportif de haut niveau, vente constatée sur une facture écrite de votre main; Toute chose qui, pour l'ensemble des points qui précèdent, sont incompatibles avec un arrêt maladie constatant une incapacité de travail de 100% et constituent une violation caractérisée de votre devoir de fidélité à l'égard de votre employeur. Traité et disposé, en emportant hors de l'Etude, à votre domicile privé, à l'encontre de toute vos obligation de discrétion et de confidentialité des documents privés car liés à l'un des associés de l'Etude ou attachés à des dossiers, dont le traitement ne peut s'inscrire que dans le stricte, voire exclusif, périmètre de l'Etude. La sortie de l'Etude de documents privés et/ou professionnels est d'autant plus grave que vous êtes au bénéfice de l'accès à la signature électronique de l'un des associés. Nous considérons que les manquements graves et fautifs à vos

obligations contractuelles ne peuvent en rien être tolérés. Notre Etude estime avoir été trompée et abusée par votre attitude».

Par courrier de son assurance de protection juridique du 6 octobre 2014, T. a contesté les motifs de son congé, requis le versement de son salaire et solde de vacances durant le délai de congé ainsi que d'une indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

Au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 1er décembre 2014, T. a, le 17 mars 2015, déposé au Tribunal des prud'hommes une demande par laquelle elle a conclu à ce que E1 et E2 soient condamnés à lui verser 74'706 fr. 71, avec intérêts. Par réponse, E1 et E2 ont conclu au déboutement de T. des fins de ses autres conclusions. Ils ont formé une demande reconventionnelle, par laquelle ils ont requis que T. soit condamnée à leur verser 60'081 fr. 85, à titre de dommages-intérêts avec intérêts. T. a conclu au déboutement de E1 et E2 de leurs conclusions reconventionnelles. Dans le cadre de cette détermination, elle a exposé que l'assureur-maladie, après avoir refusé d'intervenir dans un premier temps, lui avait versé des indemnités journalières à compter du 14 octobre 2014, selon décision du 22 juin 2015; la position initiale de l'assurance-maladie découlait du résultat de l'expertise à laquelle elle avait été soumise qui avait conclu, sans avoir pu joindre son médecin-traitant, qu'en février 2015 elle était entièrement capable de travailler, son trouble anxieux étant en rémission. Elle a dès lors retranché de ses prétentions le montant de 14'424 fr. 30 reçu de l'assurance-maladie.

Par jugement du 6 juillet 2016, le Tribunal a condamné E1 et E2 à verser à T. le montant brut de 7'496 fr. 15 avec intérêts, et le montant net de 20'000 fr. Par acte du 7 septembre 2016, E1 et E2 ont formé appel contre le jugement précité.

Extraits des considérants:

2.

Les appelants reprochent au Tribunal d'avoir retenu le caractère injustifié du licenciement immédiat signifié.

2.1 L'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs; la partie qui résilie immédiatement le contrat doit motiver sa décision par écrit si l'autre partie le demande (Art. 337 al. 1 CO). Son notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (Art. 337 al. 2 CO). Le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs (Art. 337 al. 3 in initio CO).

En règle générale, seule une violation particulièrement grave des obligations contractuelles peut justifier une résiliation du contrat de travail avec effet 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 213 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, la résiliation immédiate pour justes motifs, qui constitue une mesure exceptionnelle, doit être admise de manière restrictive (ATF 130 III 28 consid. 4.1). Elle n'est pas destinée à sanctionner un comportement isolé ni à procurer à l'employeur une satisfaction (ATF 129 III 380 consid. 3.1; arrêt du Tribunal fédéral 4A_507/2010 du 2 décembre 2010 consid. 3.2). La gravité du manquement ne saurait ainsi entraîner à elle seule l'application de l'Art. 337 al. 1 CO. Ce qui est déterminant, c'est que les faits invoqués à l'appui d'une résiliation immédiate aient entraîné la perte du rapport de confiance qui constitue le fondement du contrat de travail (ATF 130 III 213 consid. 3.1 et 127 III 153 consid. 1c; arrêt du Tribunal fédéral 5A_60/2014 du 22 juillet 2014 consid. 3.1).

Le juge, pour apprécier s'il existe de justes motifs, applique les règles du droit et de l'équité (Art. 4 CC); à cet effet, il prendra en considération tous les éléments du cas particulier, notamment la position et la responsabilité du travailleur, le type et la durée des rapports contractuels, ainsi que la nature et l'importance des incidents invoqués (ATF 137 III 303 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_60/2014 précité consid. 3.1.).

Il incombe à la partie qui a résilié le contrat de travail avec effet immédiat d'établir l'existence des conditions de celle-ci (justes motifs, avertissement, etc.) (arrêt du Tribunal fédéral 4A_37/2010 du 13 avril 2010, consid. 4.1; GLOOR, Commentaire du contrat de travail, 2013, n. 71 ad Art. 337).

2.2 Lorsque des motifs objectifs amènent l'employeur à douter de la véracité de l'incapacité de travail attestée par certificat médical, il est en droit de faire vérifier, à ses propres frais, l'existence et le degré de l'empêchement par un médecin-conseil (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3ème éd. 2014, p. 229).

2.3 Lorsque l'employeur résilie immédiatement le contrat sans justes motifs, le travailleur a droit à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la cessation du contrat conclu pour une durée déterminée (Art. 337c al. 1 CO).

La prétention du travailleur fondée sur l'Art. 337c al. 1 CO est une créance en dommages-intérêts qui inclut non seulement le salaire, y compris en nature, mais également la compensation des autres avantages résultant du contrat de travail, tels que les gratifications ou les indemnités de départ (arrêts du Tribunal fédéral 4C.321/2005 du 27 février 2006, consid. 8.3; 4C.127/2002 du 3 septembre 2002, consid. 4.1 et les références).

On impute sur ce montant ce que le travailleur a épargné par suite de la cessation du contrat de travail ainsi que le revenu qu'il a tiré d'un autre travail ou le revenu auquel il a intentionnellement renoncé (Art. 337c al. 2 CO). Conformément à l'art. 8 CC, c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver, sous réserve du devoir de collaboration de l'intimé, que celui-ci a réalisé un revenu auprès d'un nouvel employeur et, le cas échéant, à combien il s'élève (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_570/2009, du 7 mai 2010, consid. 7.1). En cas de licenciement immédiat injustifié, l'employé a droit,

en sus du salaire pendant le délai de congé (Art. 337c al. 1 CO), à une indemnité selon l'Art. 337c al. 3 CO. Cette disposition prévoit que le juge peut condamner l'employeur à verser au travailleur une indemnité dont il fixera librement le montant, compte tenu de toutes les circonstances; elle ne peut toutefois dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur. Cette indemnité doit être soigneusement distinguée des droits découlant de l'art. 337c al. 1 CO et s'ajoute à eux (ATF 120 II 209 consid. 9b p. 214). Cette indemnité a une double finalité, à la fois réparatrice et punitive. 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. (ATF 135 III 405 consid. 3.1).

2.4.1 En l'espèce, les appelants ont invoqué huit raisons à l'appui de leur décision de congé avec effet immédiat.

La première tient à l'absence de réponse à leur courrier du 18 [recte 20] août 2014 et au refus de justifier une absence. Ce jour-là, les appelants étaient en possession d'un certificat médical dont résulte l'incapacité de travail de l'intimée, du 18 au 31 août 2014, ce qui suffisait à l'évidence à justifier l'absence de leur collaboratrice. Tout reproche à cet égard est vain. Dans leur courrier, les appelants requéraient la production d'un certificat relatif à la nature de l'affection de l'intimée, injonction à laquelle elle n'avait pas à se plier (et à laquelle elle a, dans la mesure appropriée, fait donner suite par son médecin-traitant), et était priée de restituer une clé; l'intimée a déféré à cette deuxième requête, par le truchement d'un tiers, de sorte que l'échec supposé de sa démarche ne peut lui être imputé.

La deuxième raison rejoint la précédente, puisqu'elle a trait à la remise de la clé déjà traitée ci-dessus. La troisième et la quatrième sont relatives à des activités et déplacements menés par l'intimée, à caractère privé, prétendument incompatibles avec son état et/ou sa maladie. Sous ce dernier aspect, il ne pouvait s'agir que de conjectures de la part des employeurs puisque précisément ils ignoraient la cause de l'incapacité de travail de l'intimée.

Les cinquième, sixième et septième motifs se rapportent à une activité commerciale menée à titre professionnel dans le commerce de cosmétiques.

Enfin, la huitième raison a trait à des documents emportés hors des locaux professionnels.

Seuls les reproches liés à une activité commerciale et à l'utilisation de documents des employeurs pourraient représenter des raisons susceptibles d'ébranler la confiance des employeurs. Dans leur appel, ces derniers ne se réfèrent plus à la supposée activité commerciale de l'intimée (sinon dans leur argumentation subsidiaire liée à l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 3 CO), et ne critiquent pas la motivation du jugement attaqué en ce qu'il a

été retenu que l'employée n'avait mené aucune activité commerciale durant son arrêt-maladie. Il n'y a donc plus à revenir sur ce point. Reste la sortie de documents hors des locaux professionnels, qui représente une violation de l'obligation de fidélité de l'employée. Il ne s'agit toutefois pas, en l'occurrence, d'une violation d'une gravité telle qu'elle aurait été de nature à ruiner la confiance entre les parties au point que toute poursuite des relations de travail aurait été impossible. En effet, aucune utilisation contraire aux intérêts de l'employeur n'a été observée, et les appelants n'ont pas allégué qu'ils étaient exposés à un dommage concret et immédiat. Les explications données par l'employée, selon lesquelles elle se servait des documents en question comme brouillons et comme modèles sont vraisemblables, et le fait qu'elle ait déchiré et broyé ceux-ci montre qu'elle était consciente de leur caractère confidentiel.

Il s'ensuit qu'aucun des motifs pouvant entrer en ligne de compte, pris isolément ou même cumulativement, n'était, en l'occurrence, propre à justifier un congé immédiat.

Pour le surplus, les appelants font grand cas de supposées divergences entre l'expertise et les certificats médicaux du médecin-traitant de l'intimée. Ce faisant, ils se fondent sur des éléments qui ne leur étaient pas connus au moment où ils ont pris la décision de licencier l'intimée, et qui partant sont dépourvus de pertinence sous l'angle de l'art. 337 CO. Au demeurant, rien de déterminant ne peut être tiré du rapport de l'expert mis en œuvre, dans un contexte particulier, par l'assureur-maladie, et qui ne s'est formellement prononcé que sur l'état de l'intimée en février 2015 lorsqu'il l'a vue, soit largement après la date du congé.

Par ailleurs, dans la mesure où leur employée était au bénéfice d'une incapacité de travail attestée par un certificat médical, les appelants, s'ils éprouvaient pour une raison ou une autre un doute quant à la véracité de celui-ci, pouvaient faire vérifier l'existence et le degré d'empêchement par un médecin-conseil. Sans avoir procédé à cette démarche, et sur le seul vu du rapport peu concluant du détective privé mandaté, rapport qui n'était pas de nature à rendre crédible une intention de les tromper, les appelants ne disposaient pas d'un juste motif de congé immédiat.

Enfin, l'argumentation des appelants liée à une supposée désorganisation de leur étude d'avocats est sans portée: il appartient en effet à l'employeur de supporter les risques d'une entreprise et par conséquent de prévoir la possibilité du remplacement d'une employée en incapacité de travail, événement non extraordinaire dans la vie professionnelle. La réalisation d'un risque d'entreprise ou économique ne représente pas un juste motif de résiliation avec effet immédiat (cf. ATF 124 III 356). En définitive, au vu de ce qui précède, les appelants ont échoué à démontrer qu'ils disposaient de justes motifs pour licencier l'intimée avec effet immédiat.

2.4.2 S'agissant des conséquences de ce constat, il a été retenu ci-dessus que l'intimée était incapable de travailler au moment du licenciement, de sorte qu'elle a droit à la protection prévue par l'art. 336c al. 1 CO

(cf. WYLER/HEINZER, op. cit., p. 605). Les objections des appelants, fondées sur la circonstance que l'employée souffrait en définitive d'une incapacité liée à son poste de travail uniquement sans que sa capacité de travailler dans l'absolu soit affectée, de sorte que la disposition précitée ne s'appliquerait pas, ne trouvent pas d'assise suffisante dans le dossier. Elles se heurtent en outre, comme le relève pertinemment l'intimée, à la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui n'a admis l'inapplicabilité de la protection de l'Art. 336c qu'en cas d'atteinte à la santé insignifiante (cf. GLOOR, in Regards croisés sur le droit du travail, Liber Amicorum pour GABRIEL AUBERT, 2015, p. 169s et les références citées). Si certes, comme l'a déclaré le médecin-traitant de l'intimée, les troubles dont souffrait celle-ci étaient à son avis exclusivement liés à son environnement de travail, et comme l'a déclaré le médecin-psychiatre consulté la capacité de travail n'était pas nulle dans l'absolu, il n'en demeure pas moins que les appelants n'ont pas fait valoir ni mis en exergue d'élément permettant de retenir que l'atteinte à la santé était insignifiante. Dès lors, c'est à raison que les premiers juges ont retenu que l'employée avait droit au salaire durant l'incapacité de travail, singulièrement durant la période allant de la date du licenciement à celle à laquelle l'assurance-maladie a pris le relais. Pour le surplus, les appelants n'ont pas critiqué la quotité de salaire calculée par le Tribunal à ce titre, ni celle du treizième salaire y afférent.

En ce qui concerne les vacances, les appelants ont admis rester devoir un montant de 1'517 fr. 35, correspondant aux jours dus jusqu'au 15 septembre 2014, date de la fin des rapports de travail. Pour le surplus, dans le cadre de l'art. 337c al. 1 CO, il peut être considéré que le droit aux vacances est inclus lorsque l'indemnisation porte sur une longue période au cours de laquelle le travailleur ne travaille pas (arrêt du Tribunal fédéral 4C.193/2005 du 30 septembre 2005, consid. 3.2; WYLER/HEINZER, op. cit.,p. 607). En l'occurrence, compte tenu de la période concernée et de l'incapacité de travail, il apparaît que l'indemnité allouée est suffisante pour couvrir le droit aux vacances. Le montant restant dû à l'intimée sera ainsi revu, et correspondra au montant reconnu par les appelants, soit 1'517 fr. 35. Il portera intérêts moratoires à compter du 15 septembre 2014, date du licenciement (ATF 103 II 274 consid. 3b).

Pour plus de clarté, le chiffre 3 du dispositif du jugement attaqué sera annulé et il sera statué à nouveau dans le sens de ce qui précède, à savoir que le montant de 1'517 fr. 35 s'ajoutera aux montants de 5'000 fr. et de 416 fr. 65, pour un total de 6'934 fr.

Enfin, en ce qui concerne l'indemnité due sur la base de l'art. 337c al. 3 CO, les appelants se prévalent d'une faute concomitante de l'intimée, liée à l'effacement de données, à la sortie des documents confidentiels, à la conservation des clés, à une vente de produits. Le premier reproche n'a pas été établi, en ce sens que l'intimée a nié avoir effacé des données et qu'aucun élément concret, sinon des suppositions de l'informaticien, ne résulte du dossier. Le deuxième et le troisième sont d'une importance très

minime, comme il l'a déjà été relevé ci-dessus. Enfin, en ce qui concerne le quatrième, les appelants ont renoncé à se prévaloir de ce point comme causal dans le congé signifié, de sorte qu'ils sont malvenus de s'y référer à nouveau; au demeurant, les quelques éléments recueillis lors des enquêtes ne sont pas suffisants pour retenir à la charge de l'employée une faute suffisante pour conduire à une réduction de l'indemnité pour licenciement immédiat injustifié. Pour le surplus, l'âge de l'employée, son incapacité de travail durable ainsi que les conséquences du congé sur son état de santé notamment évoquées par son médecin-psychiatre, la relative longueur des rapports de travail, les démarches inopportunes des employeurs, la surveillance par un détective privé, l'envoi de commandements de payer permettent de retenir le montant de 20'000 fr. fixé par les premiers juges. Le jugement sera donc confirmé sur ce point.

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 16 novembre 2017 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 11 avril 2017)

Art. 19 LSE. La caractéristique principale du contrat de travail temporaire réside dans le fait que le contrat de travail est conclu entre le bailleur de services et le travailleur loué, et non entre le locataire de services et le travailleur loué, même si c'est entre ces derniers que se noue la véritable relation de travail (c. 2.1).
Art. 324 al. 1 CO. Quand il n'accomplit pas les actes préparatoires à l'exécution du travail, l'employeur est considéré en demeure, car il est lui-même responsable des conditions ne permettant pas au travailleur d'effectuer sa prestation. Entre dans cette catégorie d'actes préparatoires nécessaires l'obtention d'une autorisation administrative pour un travailleur étranger, car il incombe à l'employeur qui engage un employé étranger d'entreprendre toutes les démarches de droit public pour permettre la prestation de travail (2.2.1).
A l'égard du travailleur temporaire, l'entreprise locataire de services intervient comme auxiliaire de l'employeur au sens de l'art. 101 CO. Dès lors que cette disposition vise l'exécution d'obligations, mais également la jouissance de droits ainsi que, par analogie, l'exécution d'incombances, l'entreprise locataire de services, en refusant sans motif légitime de recevoir la prestation régulièrement offerte du travailleur ou en n'accomplissant pas les actes préparatoires nécessaires à l'exécution de la prestation, place le bailleur de services en demeure d'acceptation au sens de l'art. 324 CO (c. 2.2.2).
Ainsi, lorsque l'employeur loue les services d'un travailleur à un tiers, lesdits actes peuvent être accomplis par ce tiers, qui intervient alors en qualité d'auxiliaire de l'employeur à l'égard du travailleur loué; si ce

tiers ne respecte pas ces incombances, l'employeur est en demeure d'accepter la prestation de travail (c. 2.2.3).

Extraits des faits:

E. est une société de droit suisse ayant son siège à Genève. Elle est gérée par D., qui dispose d'un pouvoir de signature individuelle. Le 9 février 2015, cette société est entrée en pourparlers avec T., résidant X., en vue de la conclusion d'un contrat de travail temporaire. Il était question que E. loue les services de T. à U., une société Y. d'ingénierie, pour une mission à durée déterminée de deux mois en Z. Par courrier électronique du 10 février 2015, D. a demandé à T. de remplir et lui retourner un document intitulé «formulaire salarié» et de lui communiquer une copie de son passeport, de ses coordonnées bancaires précises et de sa carte d'assurance maladie. Le 16 février 2015, un représentant d'U. s'est entretenu avec T. et l'a sélectionné parmi plusieurs candidats.

Le jour-même, un «contrat-cadre de travail» fixant les conditions générales de la future collaboration, ainsi qu'un contrat de mission internationale prévoyant l'engagement de T. en qualité d'«architecte principal» devant exercer ses activités en Z. auprès d'U ont été rédigés par E. et transmis à T., qui les a immédiatement signés et renvoyés à E. par courrier postal.

Les parties sont convenues que le rapport de travail débuterait «au moment précis fixé par le contrat de mission internationale» (chiffre 3 alinéa 1 du «contrat-cadre de travail»). La date de début de la mission a été fixée au 23 février 2015 (chiffre 2 alinéa 2 du contrat de mission internationale). Il s'agissait cependant d'une date «prévisionnelle», pouvant être modifiée selon ce qui serait définitivement convenu entre E. et U. (chiffre 2 alinéa 2 du contrat de mission internationale). La «durée prévisionnelle» de la mission a été fixée à deux mois. Elle pouvait être prolongée d'accord entre les parties si les besoins de la mission l'exigeaient (chiffre 2 alinéa 3 du contrat de mission internationale). Le rapport de travail devait prendre fin à l'expiration de la «durée précise» de la mission (chiffre 3 alinéa 1 du «contrat-cadre de travail»). L'employeur pouvait toutefois y mettre fin avec effet immédiat si le travailleur ne se présentait pas sur son lieu de mission internationale, sans juste motif (chiffre 3 alinéa 5 du «contrat-cadre de travail»). Il incombait au travailleur de «fournir à l'employeur les documents nécessaires à l'obtention de toutes les autorisations (autorisation de travail, de séjour, visas…) à l'accomplissement de sa mission internationale» (chiffre 10 du «contrat-cadre de travail»). Il était cependant convenu qu'U. «réaliserait et prendrait à sa charge» toutes les démarches nécessaires à l'obtention des autorisations requises par le travailleur pour l'exécution de sa mission (chiffre 5 du contrat de mission internationale). Le salaire de base journalier convenu était de EUR 300.– net par jour travaillé, auquel s'ajoutait une indemnité journalière de EUR 100.– net par

jour travaillé (chiffre 4 du contrat de mission internationale). La durée de travail hebdomadaire était celle applicable au sein d'U. (chiffre 3 du contrat de mission internationale). En cas de litige, les parties ont prévu un for à Genève et l'application du droit suisse (chiffre 13 du «contrat-cadre de travail»).

Par courrier électronique du 18 février 2015, D. a remis à E. les deux contrats précités, contresignés, et lui a indiqué que, selon informations obtenues le matin-même auprès d'U, les démarches d'obtention du visa étaient en cours et qu'il ne restait plus qu'à attendre «le retour de l'ambassade». Le 23 février 2015, T. a adressé un pli à U., à son siège. Il allègue que cet envoi contenait deux photos d'identité, à la suite d'une demande urgente formulée le jour-même par téléphone par une employée d'U. Le lendemain, la représentation diplomatique de Z. a refusé l'octroi du visa à T., de même qu'à d'autres employés d'U. Par courrier électronique du 27 février 2015, T. s'est plaint auprès de D. de ce qu'il n'avait toujours pas obtenu son visa. Il souhaitait connaître le début et la durée de sa mission. Le 2 mars 2015, une deuxième demande de visa a été introduite par U. Celle-ci a été acceptée. Le visa et le passeport de T. ont été reçus en retour le 6 mars 2015 et immédiatement envoyés à celui-ci à son domicile. Le 10 mars 2015, T. a débuté sa mission en Z. Le 18 avril 2015, T. a décliné l'offre d'E de prolonger sa mission d'un mois, au motif qu'il avait pris d'autres engagements à compter de mai 2015.

Par acte porté devant le Tribunal des prud'hommes le 5 septembre 2016, T. a conclu au paiement par E. de la somme de 5'200 fr., correspondant au salaire qui, selon T., aurait dû lui être versé pour la période du 23 février au 9 mars 2015 (treize jours de travail, du lundi au samedi, à raison de EUR 400.– par jour), soit 5'200 fr.

Par jugement du 11 avril 2017, le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à verser à T. la somme nette de EUR 3'900.– avec intérêts et débouté les parties de toutes autres conclusions. En substance, le Tribunal a considéré que E. avait empêché par sa faute l'exécution du travail de T. en tardant à obtenir son visa pour sa mission à l'étranger, de sorte qu'elle était tenue de lui payer son salaire dès les 23 février 2015 (date à laquelle il aurait dû débuter son activité) et non uniquement à compter du 10 mars 2015 (date à laquelle il a effectivement commencé son travail).

Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 23 mai 2017, E. forme recours contre cette décision.

Extraits des considérants:

2.

La recourante fait grief au Tribunal d'avoir considéré que l'intimé avait établi qu'elle avait violé ses incombances en matière d'obtention de visa et de l'avoir ainsi condamnée à verser à l'intimé le salaire afférent à la période du 23 février au 9 mars 2015.

2.1 Il n'est pas contesté que les parties étaient liées par un contrat de travail intérimaire proprement dit (travail temporaire), soumis aux dispositions particulières de la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services (LSE; RS 823.11) et à ses ordonnances d'application, notamment l'ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi et la location de services (OSE; RS 823.111).

Le travail temporaire constitue l'une des trois formes de la location de services, contrat innommé sui generis comportant des aspects du mandat, par lequel une personne (le bailleur de services) s'engage, moyennant rémunération, à mettre un ou plusieurs travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services). Sa caractéristique principale réside dans le fait que le contrat de travail est conclu entre le bailleur de services et le travailleur loué, et non entre le locataire de services et le travailleur loué, même si c'est entre ces derniers que se noue la véritable relation de travail (TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, p. 368 n. 2741).

Dans le cadre du contrat de location de services, le bailleur de services abandonne à l'entreprise locataire de services l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur (Art. 26 al. 1 OSE). Ce dernier reçoit son salaire de la part de son employeur de «droit», à savoir le bailleur de services, tout en étant soumis aux instructions et à la surveillance de son employeur de «fait», à savoir le locataire de services (MATILE/ZILLA, Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services [Art. 12–39 LSE], 2010, p. 7 ss; THEVENOZ, Travail intérimaire et location de services, in FJS n. 772, 1991).

2.2.1 S'il empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, l'employeur reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir sa prestation (Art. 324 al. 1 CO).

Quand il n'accomplit pas les actes préparatoires à l'exécution du travail, l'employeur est considéré en demeure, car il est lui-même responsable des conditions ne permettant pas au travailleur d'effectuer sa prestation (ATF 114 II 274 consid. 5, in JdT 1989 I p. 7; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3ème éd. 2014, p. 194; PORTMANN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, HONSELL/VOGT/WIEGAND [éd.], 5e éd. 2011, n. 3 ad Art. 324 CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7e éd. 2012, n. 3 ad Art. 324 CO). Selon la jurisprudence et la doctrine, entre dans cette catégorie d'actes préparatoires nécessaires l'obtention d'une autorisation administrative pour un travailleur étranger, car il incombe à l'employeur qui engage un employé étranger d'entreprendre toutes les démarches de droit public pour permettre la prestation de travail (ATF 114 II 279 consid. 2d/bb, in SJ 1988 p. 608; ATF 114 II 274 consid. 5, in JdT 1989 I p. 7; arrêt du Tribunal fédéral 4C.27/2004 du 24 mars 2004 consid. 3.2.1, in JAR 2005 p. 156; PORTMANN, op. cit., n. 3 ad Art. 324 CO; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n. 13 ad

Art. 324 CO; WYLER/HEINZER, op. cit, p. 198; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n. 3 ad Art. 324 CO; STAEHELIN, in Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4e éd. 2006, n. 11 ad Art. 324 CO; AUBERT, Contrat de travail et autorisation de travail, in SJ 1988 p. 619 ss).

Selon le texte même de l'art. 324 CO, la demeure de l'employeur ne suppose pas un comportement fautif de sa part. Sa demeure peut ainsi découler de la survenance d'évènements ou de circonstances totalement indépendantes de sa volonté, dont il doit cependant répondre en vertu de la loi ou du contrat, même si lesdits évènements ne le frappent pas directement. L'employeur supporte donc seul les conséquences civiles liées à l'absence ou au refus de l'autorisation de travail. Peu importe que le travailleur, pour sa part, soit aussi dans l'impossibilité d'offrir effectivement sa prestation, car cette impossibilité résulte directement du risque que, selon la loi, l'employeur assume seul (AUBERT, op. cit., p. 622; STREIFF/VON KAENEL/ RUDOLPH, op. cit., n. 3 ad art. 324 CO; STAEHELIN, op. cit., n. 11 ad art. 324 CO).

L'art. 324 al. 1 CO est une disposition relativement impérative (Art. 362 al. 1 CO), de sorte qu'en principe, il n'est pas possible d'y déroger en défaveur du travailleur que ce soit par accord, contrat-type de travail ou convention collective.

2.2.2 A l'égard du travailleur temporaire, l'entreprise locataire de services intervient comme auxiliaire de l'employeur au sens de l'Art. 101 CO. Dès lors que cette disposition vise l'exécution d'obligations, mais également la jouissance de droits ainsi que, par analogie, l'exécution d'incombances, l'entreprise locataire de services, en refusant sans motif légitime de recevoir la prestation régulièrement offerte du travailleur ou en n'accomplissant pas les actes préparatoires nécessaires à l'exécution de la prestation, place le bailleur de services en demeure d'acceptation au sens de l'art. 324 CO (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7596/2010 du 27 avril 2012 consid. 5.4; THÉVENOZ, Le travail intérimaire, 1987, p. 263 n. 786).

2.3 En l'espèce, il n'est plus contesté, en seconde instance, que l'intimé aurait dû commencer sa mission le 23 février 2015 et qu'il a été empêché de travailler de cette date au 9 mars 2015 inclus, en raison de la non-obtention de l'autorisation d'entrée en Z.

Il sied donc de déterminer si la recourante, en sa qualité de bailleresse de services, s'est trouvée en demeure au sens de l'art. 324 CO.

Conformément aux principes exposés ci-dessus, l'employeur qui engage un employé étranger doit entreprendre toutes les démarches pour permettre l'exécution du travail; s'il n'accompli pas les actes préparatoires nécessaires, il est en demeure, même sans faute de sa part. Lorsque l'employeur loue les services d'un travailleur à un tiers, lesdits actes peuvent être accomplis par ce tiers, qui intervient alors en qualité d'auxiliaire de l'employeur à l'égard du travailleur loué; si ce tiers ne respecte pas ces

incombances, l'employeur est en demeure d'accepter la prestation de travail.

Dès lors, à la suite du refus du visa qui aurait permis à l'intimé, résidant X., de commencer son activité en Z. à la date fixée contractuellement, la recourante s'est trouvée en demeure. Il n'est pas nécessaire d'examiner si l'accomplissement de cet acte préparatoire incombait directement à la recourante ou à la société locataire de services, dès lors que cette dernière était l'auxiliaire de l'employeur, ni si une faute peut être reprochée à la recourante et/ou à la société locataire de services, puisque la demeure d'acceptation ne suppose pas un comportement fautif.

En définitive, il est superflu de déterminer les responsabilités de chacun dans la non-obtention, ou l'obtention tardive, de l'autorisation permettant à l'intimé d'entrer en Z., la recourante devant, dans tous les cas, supporter seule les conséquences civiles en résultant.

Le montant du salaire dû à l'intimé pour la période du 23 février au 9 mars 2015, tel que fixé par les premiers juges, à savoir EUR 300.– par jour pendant treize jours, n'est pas contesté.

Le recours, infondé, sera par conséquent rejeté.

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

Cour de justice du canton de Genève, Chambre des prud'hommes, Arrêt du 1er décembre 2017 (Admission partielle de l'appel interjeté contre le jugement du Tribunal des prud'hommes du 2 décembre 2016)

Art. 319 CO. En l'espèce, la volonté réelle et concordante des parties était de conclure un contrat de travail «en cascade», l'employée étant la seule employé des employeurs, à charge pour elle de se faire seconder ou remplacer par des aides, dont l'identité était quasiment inconnue des employeurs, de les instruire et de les rémunérer au moyen de salaire. Une telle construction juridique est toutefois insolite. Ceci a pour conséquence que l'employée ne dispose pas de la légitimation active pour se prévaloir de la rémunération due à ses aides, puisque celles-ci auraient dû être rémunérées par les employeurs, lesquels auraient dû réduire en conséquence la rémunération allouée à l'employée, sauf lorsque cette dernière était en congé-maladie ou en vacances puisqu'elle avait droit à son salaire durant ces périodes (c. 2.2).

Art. 419 CO. En rémunérant ses aides et ce, même pendant ses propres périodes de maladie, l'employée a géré l'affaire de ses employeurs, dans leur intérêt, agissant sans mandat au début, sa gestion ayant été par la suite ratifiée par les employeurs, lesquels ont accepté la délégation du travail mise en place par l'employée et déclaré avoir été satisfaits du travail exécuté par celle-ci et ses aides. Il s'ensuit que

employée, à certaines conditions, peut obtenir le remboursement de la rémunération versée à ses aides (c. 2.2).

Extraits des faits:

T., née en 1956, de nationalité Z., a été titulaire d'une carte de légitimation de type «F» en qualité de domestique privée d'une fonctionnaire de l'Organisation des Nations Unies (ONU) à Genève du X. 2006 au Y. 2008, délivrée par le Département fédéral des affaires étrangères.

Du 6 mai 2007 au 21 janvier 2015 – dates admises par les parties – T. a été engagée par la famille E1, E2, E3 et E4 (ci-après: E.) pour effectuer des travaux domestiques dans leur appartement et accessoirement dans leurs bureaux. Aucun contrat de travail écrit ne lie les parties. De septembre 2011 à juin 2013, T. a été en outre chargée d'accompagner l'enfant H. lors d'allers et de retours à l'école. Il est établi que T. travaillait quatre heures par jour. Elle a admis à l'audience du 22 février 2016 avoir perçu une rémunération mensuelle brute de 1'200 fr. jusqu'en janvier 2014, puis de 1'000 fr. par mois dès février 2014. Le nombre de jours travaillés par semaine est en revanche litigieux entre les parties, T. affirmant avoir exécuté ses tâches durant 5 jours par semaine, tandis que la famille E. n'a admis que 4 jours par semaine, affirmant que le mercredi était le jour de congé de T. A partir de mars 2014, T. a réduit son temps de travail d'un jour (ne travaillant plus que quatre jours selon elle ou trois jours selon la famille E.) pour une rémunération mensuelle brute réduite à 1'000 fr. En 2015, elle a travaillé uniquement le 19 janvier pour effectuer du repassage et a perçu la somme totale de 80 fr. Les parties s'accordent sur le fait que le contrat de travail a pris fin à cette date. Durant les rapports contractuels, T. a bénéficié d'un horaire flexible.

T. a déclaré qu'à partir de l'année 2010, elle avait informé la famille E. qu'en raison d'un problème de santé (anémie et fatigue selon elle, allergie à l'eau et aux détergents selon la famille E.), elle serait aidée dans l'exécution de ses tâches ou remplacée en cas de maladie par des amies, situation que ses employeurs ont acceptée. T. s'est faite en outre remplacer lorsqu'elle n'était pas disponible, ayant été engagée en parallèle par l'employeur O. en 2010 et 2011. T. a reconnu avoir fait appel jusqu'à neuf personnes pour la seconder ou la remplacer durant ses rapports contractuels avec la famille E., laquelle était d'accord avec cette délégation du travail et a déclaré avoir été satisfaite du travail effectué par T. et ses aides.

Par demande expédiée le 18 septembre 2015 au Tribunal des Prud'hommes, T. a assigné E1, E2, E3 et E4 en paiement de la somme brute totale de 59'598 fr. Ce montant comprend, s'agissant des conclusions encore litigieuses en appel, la somme de 42'724 fr. à titre de différence de salaire de mai 2007 à février 2014 entre le montant perçu et celui dû selon le contrat-type de travail avec salaires minimaux impératifs de l'économie domestique, plus intérêts, ainsi que la somme de 14'054 fr., avec intérêts

pour vacances non prises en nature. T. a soutenu que la totalité du salaire lui était due, y compris la rémunération des heures effectuées par ses aides, à charge pour elle de leur verser leur salaire, le contrat conclu entre les parties ayant été un contrat de travail dit «en cascade». Les consorts E1, E2, E3 et E4 ont soulevé la prescription d'éventuelles prétentions de T. antérieures au 1er avril 2010 et ont reconnu lui devoir les sommes de 3'317 fr. à titre de solde de salaires et de 3'459 fr. 50 à titre d'indemnité de vacances. Ils ont conclu au déboutement de T. pour le surplus. Ils ont soutenu être lié par un contrat de travail non seulement avec l'appelante, mais aussi avec chacune des aides de T., de sorte que celle-ci était dépourvue de la qualité pour agir pour faire valoir les prétentions de ses remplaçantes.

Par décision du 2 décembre 2016, le Tribunal des prud'hommes a condamné E1, E2, E3 et E4, conjointement et solidairement, à verser à T. la somme brute de 8'398 fr. 70 plus intérêts.

Par acte du 19 janvier 2017, T. interjette appel contre ce jugement. Elle conclut à la condamnation de E1, E2, E3 et E4, pris conjointement et solidairement, à lui verser la somme brute de 38'202 fr.

Extraits des considérants:

2.

Les parties s'affrontent d'une part sur le montant de la rémunération due à l'appelante selon le contrat-type de travail de l'économie domestique et, d'autre part, sur la question de savoir si l'appelante est en droit de solliciter des intimés la rémunération due aux aides qu'elle a mises en œuvre, sur la base d'un sous-contrat de travail avec elles, qualifié de contrat de travail «en cascade», ou si tel n'est pas le cas, parce que la qualité d'employeur doit être réservée aux intimés, y compris à l'égard desdites aides.

2.1.1 Selon l'Art. 1 du Contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel du 30 mars 2004, entré en vigueur le 1er juillet 2004 et dans son état au 1er janvier 2010 (ci-après: CTT-TED; RS/GE J 1 50.03) – compte tenu de la prescription des éventuelles prétentions de l'appelante au 31 mars 2010 – les salaires minima horaire en espèces pour les travailleurs à temps partiels étaient de 19 fr. 90 de l'heure pour du personnel qualifié porteur d'un autre CFC, d'un autre titre ou d'une autre expérience utile au poste (Art. 18 al. 2 let. b CCT-TED) et de 18 fr. 75 de l'heure pour les travailleurs sans qualifications particulières tels les femmes de ménage (Art. 18 al. 2 let. c CCT-TED).

A partir du 1er janvier 2012, la rémunération des femmes de chambre et du personnel qualifié porteur d'un autre titre ou démontrant une expérience suffisamment utile au poste était de 3'820 fr. par mois, soit de 19 fr. 60 de l'heure (3'820 fr. ÷ 195 heures [45 heures x 4,33]; Art. 10 al. 1 let. b

et al. 7 CTT-EDom) et de 3'625 fr. par mois ou à 18 fr. 60 de l'heure pour le travailleur sans qualification particulière (3'625 fr. ÷ 195 heures).

Dès le 1er janvier 2013, la rémunération des travailleurs sans qualifications particulières avec au moins quatre ans d'expérience professionnelles s'élevait à 3'900 fr. par mois, soit à 20 fr. de l'heure (3'900 fr. ÷ 195 heures, Art. 10 al. 1 let. c et al. 7) et à 3'625 fr. ou 18 fr. 60 (3'625 fr. ÷ 195 heures) pour le travailleur sans qualifications particulières (Art. 10 al. 1 let. d CCT-EDom).

Dès le 1er janvier 2014, l'employé non qualifié avec au moins 4 ans d'expérience professionnelle dans l'économie domestique pouvait prétendre à une rémunération mensuelle de 3'969 fr. ou de 20 fr. 35 de l'heure (Art. 10 al. 1 let. e CCT-EDom) et l'employé non qualifié à 3'700 fr. par mois ou de 19 fr. de l'heure.

2.1.2 Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

2.1.3 Sauf disposition contraire de la loi, le contrat de travail n'est soumis à aucune forme spéciale (Art. 320 al. 1 CO). Selon l'art. 321 CO, le travailleur exécute en personne le travail dont il s'est chargé, à moins que le contraire ne résulte d'un accord ou des circonstances.

Selon l'Art. 68 CO, le débiteur n'est tenu d'exécuter personnellement son obligation que si le créancier a intérêt à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même.

En 1986, le Tribunal fédéral a consacré la notion de contrat de travail «en cascade» (ATF 112 II 41 consid. 1b) aa), dans un cas d'espèce où ledit contrat avait été conclu entre un patron d'un cabaret-dancing et un chef d'orchestre, lequel s'était obligé à fournir non seulement sa propre activité artistique, mais aussi celle d'autres musiciens, dont il était le chef, à les choisir librement et à les rétribuer lui-même, sans que leur identité ne soit spécifiée. Les musiciens étaient ainsi les auxiliaires du chef d'orchestre et les employés de celui-là.

Cette jurisprudence a été vivement critiquée par AUBERT/MEIER (Les artistes et le contrat de travail en cascade, IDAT, Institut du droit des assurances et du travail, n° 37, 2012, p. 79 ss, p. 88), car cette notion de contrat de travail en cascade, importée du droit allemand, introduisait un déséquilibre inacceptable dans les rapports de travail entre l'employeur principal et l'intermédiaire, lequel n'était pas en mesure d'assumer les obligations financières d'employeur, dont l'affiliation de ses auxiliaires aux assurances sociales ni de payer leur salaire en cas d'incapacité de travail ou de vacances (AUBERT, Commentaire romand, 2012, n. 2 ad Art. 321 CO).

Dans une jurisprudence ultérieure, le Tribunal fédéral a confirmé que le statut de salarié n'était pas incompatible avec l'engagement d'un auxiliaire, sous la propre responsabilité du travailleur, cette situation étant communément admise dans le domaine des travaux ménagers où l'employé pouvait se faire assister d'un auxiliaire pour les grands nettoyages (arrêt du Tribunal fédéral 4P.87/2002 du 20 juin 2002 consid. 2.3).

Dans un dernier arrêt rendu sur cette question en 2011, le Tribunal fédéral, se ralliant à AUBERT (op. cit., n. 2 ad Art. 321 CO), a changé sa jurisprudence et considéré que le pouvoir et les modalités de substitution réservées par l'Art. 68 CO étaient insolites dans le contrat de travail, y compris dans l'hypothèse où un accord dérogeant à l'Art. 321 CO autorisait le travailleur à se faire remplacer par une autre personne. Il a statué en ce sens que le remplaçant, s'il n'était pas un proche se substituant bénévolement au travailleur, entrait alors lui-même dans une relation de contrat de travail avec l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 4A_573/2010 du 28 mars 2011 consid. 7.2).

Selon AUBERT, tout auxiliaire qui n'intervient pas par complaisance doit être considéré comme occupé par l'employeur. Le contrat entre cet auxiliaire et l'employeur se fondera sur un accord exprès ou tacite, découlant des circonstances. En l'absence d'accord, il s'agira d'un contrat de fait selon l'Art. 320 al. 2 CO (op. cit., n. 2 ad Art. 320 CO).

2.1.4 A teneur de l'art. 322 al. 1 CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collective. L'Art. 324a al. 1 CO dispose que si un travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois. Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes (Art. 324a al. 4 CO). Pendant la période d'incapacité de travail, l'employé doit recevoir le même salaire que s'il travaillait (cf. AUBERT, Commentaire romand, Art. 324a CO n. 44; REHBINDER/ PORTMANN, Commentaire bâlois, Art. 324a CO n. 9; BRUNNER/ BÜHLER/WAEBER, Commentaire du contrat de travail, 2ème éd., Lausanne 1996, Art. 324a CO n. 10; STAEHELIN/VISCHER, Commentaire zurichois, Art. 324a CO n. 48), y compris, notamment, le treizième salaire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.173/2004, du 7 septembre 2004 consid. 4.2 et les réf. cit.).

La dérogation au régime de base doit être convenue en la forme écrite. Mais, comme les droits minimums du salarié sont en cause, le législateur n'a pas voulu que soit reconnue une convention stipulée sous n'importe quelle forme (AUBERT, Commentaire romand, n. 53 ad Art. 324a CO; STREIFF/VON KAENEL, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, 5e éd., n. 28 ad Art. 324a/b CO). L'accord comportera donc clairement les points essentiels du régime conventionnel (pourcentage du salaire assuré, risques couverts, durée des prestations, modalité de financement des primes d'assurance, le cas échéant durée du délai de carence); il pourra toutefois renvoyer aux conditions générales de l'assurance ou à un autre document

tenu à la disposition du travailleur (AUBERT, op. cit., n. 54 ad Art. 324a CO; BRÜHWILER, op. cit., n. 23 ad Art. 324a CO, p. 163/164; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd.,n. 21 ad Art. 324a CO; STREIFF/VON KAENEL, op. cit., n. 28 ad Art. 324 a/b CO).

L'art. 13 al. 1 CTT-Edom prévoit que le travailleur est assuré pour la perte de gain en cas de maladie. L'alinéa 2 stipule qu'en l'absence d'assurance, lorsque les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclu pour plus de trois mois, l'employeur verse au travailleur le salaire pour un temps limité s'il est empêché de travailler pour un motif visé à l'art. 324a al. 1 et 3 CO, selon le barème de trois semaines au cours de la première année de service chez le même employeur (a), un mois après un an de service chez le même employeur (b),deux mois après deux ans de service chez le même employeur (c), trois mois après cinq ans de service chez le même employeur (d) et 4 mois après dix ans de service chez le même employeur (e).

2.1.5 Selon l'Art. 419 CO – applicable d'office en vertu du principe jura novit curia –, celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître.

Il y a gestion d'affaires lorsque le gérant, le cas échéant avec l'aide d'auxiliaires, gère l'affaire d'autrui (le maître) sans mandat (cf. Art. 419 CO), c'est-à-dire exerce une activité pour le maître en s'immisçant dans sa sphère d'intérêt, sans qu'il n'existe d'obligation contractuelle dans ce sens entre lui-même et le maître ni d'obligation découlant de la loi (arrêt du Tribunal fédéral 4A_326/2008 du 16 décembre 2008 consid. 3.2 et les références citées).

Si les actes du gérant ont été ratifiés par le maître, les règles du mandat deviennent applicables (Art. 424 CO).

Selon l'art. 402 al. 1 CO, le mandant doit rembourser au mandataire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations par lui contractées.

2.2 En l'espèce, l'appelante, qui supporte le fardeau de la preuve du nombre de jours travaillés en vertu de l'art. 8 CC, n'a pas suffisamment prouvé qu'elle avait travaillé 5 jours par semaine jusqu'à fin février 2014, puis 4 jours par semaine, en dépit des témoignages de ses amies et de ses sœurs, lesquels sont contredits par les SMS que l'appelante a échangés avec l'une des parties intimées les 19 avril, 25 juillet, 15 août 2011, 3 et 13 juillet 2012 et dont il résulte que le mercredi était son jour de rattrapage, si elle avait été empêchée de travailler les autres jours de la semaine. De plus, l'appelante ne s'est jamais annoncée comme étant malade ou indisponible un mercredi auprès de ses employeurs. Il sera donc retenu que l'appelante a travaillé 4 jours par semaine jusqu'à fin février 2014, puis 3 jours par semaine dès le 1er mars 2014.

La Chambre de céans retient en outre qu'au 1er avril 2010 (compte tenu de la prescription de ses éventuelles prétentions avant cette date), l'appelante disposait de quatre années d'expérience, puisqu'elle avait été engagée le X. 2006 comme domestique privée d'une fonctionnaire de l'ONU, puis en parallèle par les intimés dès le 6 mai 2007.

En l'occurrence, la volonté réelle et concordante des parties était de conclure un contrat de travail «en cascade», l'appelante étant la seule employée des intimés, à charge pour elle de se faire seconder ou remplacer par des aides, dont l'identité était quasiment inconnue des intimés, de les instruire et de les rémunérer au moyen de son salaire.

Cependant, cette construction juridique a été déclarée insolite par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence du 28 mars 2011, y compris lorsque les parties ont convenu, comme en l'espèce d'un contrat «en cascade». Ceci a pour conséquence que l'appelante ne dispose pas de la légitimation active pour se prévaloir de la rémunération due à ses aides, puisque celles-ci auraient dû être rémunérées par les intimés, lesquels auraient dû réduire en conséquence la rémunération allouée à l'appelante, sauf lorsque cette dernière était en congé-maladie ou en vacances puisqu'elle avait droit à son salaire durant ces périodes (à ce dernier égard les intimés ont indiqué que leur employée n'avait pas pris de vacances sur la période concernée).

Cela étant, en rémunérant néanmoins ses aides et ce, même pendant ses propres périodes de maladie, l'appelante a géré l'affaire de ses employeurs, dans leur intérêt, agissant sans mandat au début, sa gestion ayant été par la suite ratifiée par les intimés, lesquels ont accepté la délégation du travail mise en place par l'employée et déclaré avoir été satisfaits du travail exécuté par l'appelante et ses aides. Il s'ensuit que l'appelante, à certaines conditions qui seront examinées ci-dessous, pourra obtenir le remboursement de la rémunération versée à ses aides, en application des arts. 402 al. 1 et 424 CO, mais après déduction, de sa propre rémunération, des heures qu'elle n'a pas effectuées, pour d'autres raisons que la maladie, et qui lui auraient été rétribuées à tort.

(Diverses) périodes suivantes doivent dès lors être concrètement examinées:

(…)

2.2.6 Il résulte de ce qui précède que sur la période du 1er avril 2010 au 31 décembre 2014, l'appelante n'a aucune prétention en paiement d'un solde de salaires à l'encontre des intimés. En effet, bien qu'elle aurait dû percevoir le supplément total de 7'356 fr. 85 selon la CCT-EDom (1'607 fr. 85 + 2'143 fr. 80 + 1'738 fr. + 1'867 fr. 20), elle était redevable envers eux du trop-perçu à titre de salaires de 7'753 fr. 75 en 2014, de sorte que c'est elle qui doit aux intimés un solde de 396 fr. 90.

En revanche, à titre de remboursement des sommes versées à ses remplaçantes, l'appelante est fondée à réclamer le montant total de 6'000 fr. aux intimés (540 fr. + 480 fr. + 480 fr. + 4'500 fr.).

L’appel est partiellement fondé, de sorte que le ch. 2 du dispositif de la décision entreprise sera annulé et les intimés condamnés à rembourser la somme de 6’000 fr. à l’appelante plus intérêts à 5% dès le 16 août 2012 (date moyenne), sous déduction d’un solde de salaires de 396 fr. 90 perçu en trop.

(…)

Arrêt communiqué par Me Werner Gloor, avocat à Genève

Kanton Luzern

Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 24. März 2017 (teilweise Aufhebung des Einspracheentscheids der Ausgleichskasse vom 6. Juli 2016)

Massgebender Lohn; geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen. Art. 5 Abs. 2 AHVG; Art. 17 DBG, Art. 17a DBG, Art. 17b DBG; Art. 7 lit. c^{bis} AHVV; Art. 12 Abs. 1 MBV. Mitarbeiteraktien, auf die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses kraft Aktionärsbindungsvertrag andere Aktionäre ein Kaufrecht haben, stellen keine gebundenen Aktien mit einer Rückgabeverpflichtung oder Verfügungsbeschränkung dar. Ein geldwerter Vorteil liegt bereits dann vor, wenn Mitarbeiter neue Aktien zu günstigeren Vorzugsbedingungen erwerben können (E. 4.2). Der Wert dieses Vorteils, der als massgebender Lohn sozialversicherungspflichtig ist, richtet sich auch vorliegend nach dem rechtskräftigen Steuerwert (E. 4.3) und gilt als Naturalleistung (E. 5). Vorliegend wurde die Sache bezüglich der Berechnung der aufzurechnenden Beiträge an die Ausgleichskasse zurückgewiesen.

Sachverhalt:

Die A AG, mit Sitz in Z, ist der Ausgleichskasse Luzern als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Am 22. November 2013 nahm die Gesellschaft eine Kapitalerhöhung vor. Das Aktienkapital von bisher Fr. 102'000.– (102 Aktien à nom. Fr. 1'000.–) wurde um Fr. 48'000.– auf Fr. 150'000.– durch Ausgabe von 48 Namenaktien à nominal Fr. 1'000.– zu pari, mit Dividendenberechtigung für das gesamte Geschäftsjahr 2013, erhöht (öffentliche Urkunde vom 22.11.2013). Die neu ausgegebenen Aktien wurden durch Mitarbeiter (drei bisherige, zwei neue Aktionäre) erworben. Die Aktien sind vollständig liberiert und vinkuliert.

Im Dezember 2015 führte die Ausgleichskasse bei der A AG eine Arbeitgeberkontrolle für die Periode 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2014 durch. Dabei stellte der Revisor verschiedene unkorrekte Abrechnungen fest, namentlich in Bezug auf Kranken- und Unfalltaggelder (zu Unrecht als Lohn abgerechnet), überhöhte Spesenentschädigungen und nicht deklarierte Mitarbeiteraktien. Der Revisor beurteilte die Differenz zwischen dem Ausgabepreis (d.h. dem Nominalwert von Fr. 1'000.–) und dem Verkehrswert (d.h. dem Unternehmenswert pro Aktie gemäss Steuerveranlagung 2013 von Fr. 13'900.–) der neu herausgegebenen Mitarbeiteraktien als massgebenden Lohn. Gestützt auf die Differenzaufstellung zur Arbeitgeberkontrolle (vom 5.1.2016) forderte die Ausgleichskasse mit Verfügung vom 6. Januar 2016 von der A AG für die Kontrollperiode 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2014 paritätische AHV/IV/EO-, ALV- und FAK-

Beiträge in der Höhe von Total Fr. 91'447.70 (inkl. Verwaltungskosten und Zinsen) nach. Die Aufrechnungen beziehen sich auf die in den Jahren 2013 und 2014 ausgerichteten überhöhten Spesenvergütungen sowie auf den Vorzugspreis auf der Abgabe von Mitarbeiteraktien in der Höhe von Fr. 656'993.– (gemäss Differenzaufstellung vom 5.1.2016). In den Kontrolljahren 2011 und 2012 resultierten aufgrund der zu Unrecht deklarierten Taggelder diverse Korrekturen zugunsten der Gesellschaft. Eine Orientierungskopie der Nachzahlungsverfügung wurde allen Arbeitnehmenden, die von den nacherfassten Löhnen betroffen sind, zugestellt.

Gegen die Nachzahlungsverfügung liess die A AG durch die B AG am 25. Januar 2016 Einsprache erheben mit dem Antrag, in Aufhebung der angefochtenen Verfügung seien die aufzurechnenden Lohnsummen im Sinn ihrer Ausführungen vorzunehmen. In der Begründung wurde die Aufrechnung der Mitarbeiteraktien in der Höhe von Fr. 656'933.– beanstandet. Die übrigen Berichtigungen betreffend Gutschriften aus Krankentaggeld sowie die aufgerechneten Spesenvergütungen blieben unangefochten. Im Weiteren stellte sich die Arbeitgeberin auf den Standpunkt, dass im Zusammenhang mit der Emittierung der neuen Aktien kein geldwerter Vorteil resultiere, weil der Ausgabepreis (Nominalwert von Fr. 1'000.–) dem Verkehrswert entspreche. Mit Entscheid vom 6. Juli 2016 wies die Ausgleichskasse die Einsprache vollumfänglich ab.

Die Arbeitnehmenden, die eine Kopie der Nachzahlungsverfügung erhalten haben und damit auch die Gelegenheit, dagegen Einsprache einzureichen, haben davon keinen Gebrauch gemacht.

Die A AG liess am 4. August 2016 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben mit dem Antrag, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und die aufzurechnende Lohnsumme im Sinn der bereits in der Einsprache gemachten Ausführungen zu berichtigen.

Die Ausgleichskasse schloss in ihrer Vernehmlassung vom 27. Oktober 2016 auf Abweisung der Beschwerde. Im zweiten durchgeführten Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihrem abweichenden Standpunkt vollumfänglich fest.

Aus den Erwägungen:

1.

Im vorliegenden Verfahren ist einzig strittig und somit zu prüfen, ob im Zusammenhang mit der Ausgabe der 48 Aktien im November 2013 bei den betreffenden Mitarbeitern AHV-pflichtiges Einkommen vorliegt oder nicht. Die Ausgleichskasse macht geltend, dass die Differenz zwischen dem Verkehrswert der Aktien, den sie gestützt auf den Unternehmenssteuerwert der A AG per 31. Dezember 2013 von Fr. 13'900.– pro Aktie ermittelte, und dem Ausgabepreis, welcher dem Nominalwert von Fr. 1'000.– entspricht, einen geldwerten Vorteil darstelle und somit als beitragspflichtiger Lohn abzurechnen sei. Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin der

Meinung, es liege kein AHV-pflichtiger Lohn vor. Die Vorgehensweise, zwischen dem Steuerwert und dem Nennwert einen geldwerten Vorteil zu kreieren, sei nicht korrekt. Die übrigen von der Nachzahlung erfassten Aufrechnungen (überhöhte Spesen, Gutschriften aus Krankentaggeld) sind unbestritten.

2.

Erlässt die Ausgleichskasse im Bereich der paritätischen Beiträge eine Verfügung, so stellt sie eine Beitragsschuld sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers fest (Art. 4 und 5 sowie Art. 12 und 13 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]). Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind in gleicher Weise betroffen, weshalb die Verfügung im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich beiden zu eröffnen ist (BGE 113 V 1 E. 2 mit Hinweisen). Die vom Entscheid betroffenen Arbeitnehmenden haben gegen die ihnen als Orientierungskopie zugestellte Nachzahlungsverfügung keine Einsprache erhoben und damit die von der Ausgleichskasse vorgenommene Lohnaufrechnung in vollem Umfang akzeptiert. Ihr Anspruch auf rechtliches Gehör wurde somit gewahrt, weshalb deren Beiladung im vorliegenden Verfahren nicht erforderlich ist.

3.

3.1 Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Die zum massgebenden Lohn gehörenden Bestandteile werden in Art. 7 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) beispielhaft näher aufgeführt. Dazu gehören begrifflich sämtliche Bezüge der Arbeitnehmer, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als beitragspflichtiges Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die sonst wie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 133 V 556 E. 4 mit Hinweis). Erfasst werden grundsätzlich alle Einkünfte, die im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen und ohne dieses nicht geflossen wären. Umgekehrt unterliegen grundsätzlich nur Einkünfte, die tatsächlich geflossen sind, der Beitragspflicht (zum Ganzen BGE 138 V 463 E. 6.1 mit weiteren Hinweisen). Beiträge sind bei Realisierung des Lohn- oder Entschädigungsanspruchs geschuldet (vgl. auch BGE 131 V 444 E. 1.1 f.; BGE 111 V 161 E. 4a und 4b mit Hinweisen).

3.2 Zu dem für die Berechnung der Beiträge massgebenden Lohn gehören insbesondere geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen, wobei für die Zeitpunkte der Beitragserhebung und für die Bewertung die Vorschriften über die direkte Bundessteuer gelten (Art. 7 lit. c^{bis} AHVV in

der seit 1.1.2013 geltenden, hier anwendbaren Fassung). Schon nach der früheren Rechtsordnung galt der Wert von Arbeitnehmeraktien, soweit dieser den Erwerbspreis überstieg und der Arbeitnehmer über die Aktie verfügen konnte, als geldwerter Vorteil zum beitragspflichtigen massgebenden Lohn (Art. 7 lit. c AHVV in der bis 31.12.2012 gültig gewesenen Fassung; vgl. BGE 133 V 346 E. 5.1). Die neue Bestimmung von Art. 7 lit. cbis AHVV steht im Konnex mit dem Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen (AS 2011 3259) und der Verordnung über die Bescheinigungspflichten bei Mitarbeiterbeteiligungen (Mitarbeiterbeteiligungsverordnung [MBV]; SR 642.115.325.1), die am 1. Januar 2013 in Kraft getreten sind. Gestützt darauf sind geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen und andere geldwerte Vorteile als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit steuerbar (Art. 17 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11]; in der seit 1.1.2013 geltenden Fassung; gilt auch nachfolgend). Gemäss Art. 17a DBG gelten als echte Mitarbeiterbeteiligungen Aktien, Genussscheine, Partizipationsscheine, Genossenschaftsanteile oder Beteiligungen anderer Art, die die Arbeitgeberin, deren Muttergesellschaft oder eine andere Konzerngesellschaft den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern abgibt (Abs. 1 lit. a) sowie Optionen auf den Erwerb von Beteiligungen nach Buchstabe a (Abs. 1 lit. b). Als unechte Mitarbeiterbeteiligung gelten Anwartschaften auf blosse Bargeldabfindungen (Abs. 2). Nach Art. 17b DBG sind geldwerte Vorteile aus echten Mitarbeiterbeteiligungen, ausser aus gesperrten oder nicht börsenkotierten Optionen, im Zeitpunkt des Erwerbs als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit steuerbar. Die steuerbare Leistung entspricht deren Verkehrswert vermindert um einen allfälligen Erwerbspreis (Abs. 1). Bei Mitarbeiteraktien sind für die Berechnung der steuerbaren Leistung Sperrfristen mit einem Diskont von sechs Prozent pro Sperrjahr auf deren Verkehrswert zu berücksichtigen. Dieser Diskont gilt längstens für zehn Jahre (Abs. 2). Geldwerte Vorteile aus gesperrten oder nicht börsenkotierten Mitarbeiteroptionen werden im Zeitpunkt der Ausübung besteuert. Die steuerbare Leistung entspricht dem Verkehrswert der Aktie bei Ausübung vermindert um den Ausübungspreis (Abs. 3). Die MBV gilt u.a. für Aktien, Genussscheine, Partizipationsscheine oder Beteiligungen anderer Art, die den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Vermögens- oder Mitgliedschaftsrechte am Arbeitgeber einräumen (Mitarbeiteraktien; Art. 1 Abs. 2 lit. a MBV). Bescheinigungen über Mitarbeiteraktien müssen nach Art. 4 MBV insbesondere folgende Angaben enthalten: Verkehrswert bei kotierten oder den mit einer Formel festgelegten Wert (Formelwert) bei nicht kotierten Mitarbeiteraktien im Zeitpunkt des Erwerbs (lit. c); allfällige Sperrfristen sowie die Dauer allfälliger Rückgabepflichten (lit. d); den vereinbarten Erwerbspreis (lit. e); Anzahl der erworbenen Mitarbeiteraktien (lit. f).

3.3

3.3.1 Gestützt auf die per 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Neuerungen für die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen hat die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) das Kreisschreiben Nr. 37 Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen (KS 37) vom 22. Juli 2013 herausgeben, welches für sämtliche nach dem 1. Januar 2013 abgegebenen Mitarbeiterbeteiligungen gilt (vgl. Ziff. 10 Inkrafttreten, Aufhebungen und Übergangsrecht). Gleichzeitig wurden das vorgängige Kreisschreiben Nr. 5 vom 30. April 1997 über die Besteuerung von Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen und das Rundschreiben vom 6. Mai 2003 der ESTV über die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen mit Vesting-Klauseln aufgehoben. Im Sinn des KS 37 und der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML; Stand 1.1.2017, Fassung gültig ab 1.1.2013) vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) sind folgende Begriffe auseinanderzuhalten:

– Als Mitarbeiteraktien gelten Aktien des Arbeitgebers oder ihm nahestehender Gesellschaften (vgl. Art. 17a Abs. 1 lit. a DBG und Art. 1 Abs. 2 lit. a MBV), die dem Mitarbeitenden von seinem Arbeitgeber aufgrund seines Arbeitsverhältnisses in der Regel zu Vorzugsbedingungen übertragen werden (KS 37 Ziff. 2.3.1.1; WML Rz. 2015).

– Als freie Mitarbeiteraktien gelten Mitarbeiteraktien, über welche ein Mitarbeitender ohne Einschränkung verfügen kann (KS 37 Ziff. 2.3.1.1.1).

– Als gesperrte Mitarbeiteraktien gelten Mitarbeiteraktien mit einer in der Regel zeitlich befristeten Verfügungssperre (Sperrfrist), während welcher der Mitarbeitende diese Aktien weder veräussern, verpfänden noch anderweitig belasten darf. Der Rechtsgrund für die Sperrfrist ist regelmässig das Beteiligungsreglement bzw. der Kaufvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitarbeitenden. Nicht als Sperrfristen gelten blosse Zeitfenster, während welchen der Mitarbeitende beispielsweise aus betriebsinternen oder börsenrechtlichen Gründen (sog. closed window period) die Aktien nicht veräussern darf (KS 37 2.3.1.1.2).

– Eine Mitarbeiteroption ist das einem Mitarbeitenden aufgrund seines ehemaligen, aktuellen oder künftigen Arbeitsverhältnisses in der Regel zu Vorzugsbedingungen eingeräumte Recht, ein Beteiligungspapier des Arbeitgebers innerhalb eines definierten Zeitraums (Ausübungsfrist) zu einem bestimmten Preis (Ausübungspreis) zu erwerben, um sich am Gesellschaftskapital des Arbeitgebers zu beteiligen (KS 37 Ziff. 2.3.1.2; WML Rz. 2016; zum Begriff Mitarbeiteroptionen vgl. auch BGE 133 V 346 E. 5.2).

3.3.2 Werden Mitarbeiteraktien unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen abgegeben, stellt die positive Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem Abgabepreis bei den Mitarbeitenden einen geldwerten Vorteil und damit Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit dar (vgl. Art. 17 Abs. 1 DBG). Mitarbeiteraktien sind bei Abgabe, d.h. im Zeitpunkt

des Rechtserwerbs zu besteuern (KS 37 Ziff. 3.1 Grundsatz). Bei börsenkotierten Mitarbeiteraktien gilt als Verkehrswert grundsätzlich der Börsenschlusskurs am Tag des Rechtserwerbs (KS 37 Ziff. 3.2.1). Bei nicht an einer Börse kotierten Mitarbeiteraktien fehlt es in der Regel an einem Verkehrswert. Daher gilt als massgeblicher Wert grundsätzlich der nach einer für den entsprechenden Arbeitgeber tauglichen und anerkannten Methode ermittelte Formelwert. Die einmal gewählte Berechnungsmethode muss für den entsprechenden Mitarbeiterbeteiligungsplan zwingend beibehalten werden (KS 37 Ziff. 3.2.2). Der Besteuerung unterliegt die positive Differenz zwischen dem Verkehrswert der Mitarbeiteraktien und deren Abgabepreis (KS 37 Ziff. 3.3, auch zum Folgenden). Gesperrte Mitarbeiteraktien weisen gegenüber frei verfügbaren Aktien einen Minderwert auf. Diesem Umstand trägt Art. 17b Abs. 2 DBG mit einem Diskont von sechs Prozent pro Jahr Rechnung, wobei maximal zehn Sperrjahre berücksichtigt werden können. Solche geldwerte Vorteile aus unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen abgegebenen Mitarbeiteraktien stellen – analog dem Steuerrecht – gemäss Art. 7 lit. c^{bis} AHVV massgebenden Lohn dar, und zwar bemessen nach der Differenz zwischen Verkehrswert und Abgabepreis der Titel (WML Rz. 2015.1, 2015.3). Als für die Beitragserhebung massgeblicher Realisationszeitpunkt gilt – ebenfalls analog dem Steuerrecht – der Zeitpunkt der Abgabe, d.h. des Erwerbs der Mitarbeiteraktien (WML Rz. 2015.3).

3.3.3 Im Steuerrecht wird regelmässig für die Steuerbemessung auf die Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008 der Schweizerischen Steuerkonferenz (KS 28 SSK), abgestellt (RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkomm. zum DBG, 3. Aufl. 2016, Art. 17b DBG N 17). Diese Wegleitung bezweckt im Rahmen der Vermögenssteuer eine in der Schweiz einheitliche Bewertung von inländischen und ausländischen Wertpapieren, die an keiner Börse gehandelt werden. Sie dient der Steuerharmonisierung zwischen den Kantonen (KS 28 Rz. 1 Abs. 1). Bei nichtkotierten Wertpapieren, für die keine Kursnotierungen bekannt sind, entspricht der Verkehrswert dem inneren Wert. Privatrechtliche Verträge wie beispielsweise Aktionärbindungsverträge, welche die Übertragbarkeit der Wertpapiere beeinträchtigen, sind für die Bewertung unbeachtlich (KS 28 Rz. 2 Abs. 4). Das KS 28 enthält Grundsätze für die Unternehmensbewertung. Dabei wird der Unternehmenswert von Handels-, Industrie- und Dienstleistungsgesellschaften grundsätzlich nach der Mittelwertmethode (Praktikermethode) durch zweimalige Gewichtung des Ertragswerts und einfache Gewichtung des Substanzwerts ermittelt (Rz. 34 ff.). Der Ertragswert ergibt sich aus dem kapitalisierten ausgewiesenen Reingewinn der massgebenden Geschäftsjahre, wobei wahlweise zwei oder drei Geschäftsjahre berücksichtigt werden können (Rz. 35). Grundlage für die Bestimmung des Substanzwerts ist die Jahresrechnung unter vollständiger Berücksichtigung der Aktiven und Passiven (Rz. 11 ff.).

Massgeblich für die Bestimmung des Verkehrswerts ist eine «technisch-» bzw. «rechtlich-objektive» und nicht eine «subjektiv-wirtschaftliche» Betrachtungsweise. Es darf mithin nicht darauf ankommen, welcher Wert einem Vermögensrecht für die betreffende steuerpflichtige Person aufgrund der individuellen Umstände, z.B. infolge Vorliegens eines Aktionärbindungsvertrags zukommt (Kommentar 2015 zu KS 28 [Kommentar 2015], S. 3 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Aktionärbindungsverträge haben auf den inneren Wert der Gesellschaft als Ganzes und damit auch auf den Vermögenssteuerwert keinen Einfluss. Das gilt auch dann, wenn erwiesenermassen über Jahre hinweg die Aktien unter Partnern nur zu diesem, im ABV festgelegten Wert gehandelt wurden (Kommentar 2015 S. 6 mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung [StGr BL 510 14 47 vom 7.11.2014, sowie StRK BE, RKE 100 14 126 vom 22.9.2015]). Schliesslich können Aktionärbindungsverträge auch jederzeit durch eine entsprechende Vereinbarung wieder aufgelöst werden. Damit erweist sich die Bestimmung in Randziffer 2 Absatz 4 der Wegleitung über die Nichtbeachtung von Aktionärbindungsverträgen als gesetzmässig (Kommentar 2015 S. 6 mit Hinweis auf die Rechtsprechung). Freiwillig eingegangene Verpflichtungen sind bei der Ermittlung des Verkehrswerts nicht zu berücksichtigen (Kommentar 2015 S. 6 mit Hinweis auf VGr ZH [SR.96.00019 vom 3.7.1996]).

3.4 Verwaltungsweisungen (wie u.a. das KS 37 der ESTV, die WML des BSV) richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 133 V 587 E. 6.1 mit Hinweisen). Auch das KS 28 der SSK bildet kein Bundesrecht, sondern ist eine reine Verwaltungsverordnung und bindet die richterlichen Behörden nicht. Es wendet sich an die rechtsanwendenden Behörden und bezweckt im Interesse der Steuerharmonisierung zwischen den Kantonen eine in der Schweiz einheitliche Bewertung nicht kotierter Wertpapiere. Es enthält somit verwaltungsinterne Regeln für das Verhalten der Steuerbeamten, begründet aber keine Rechte und Pflichten (BGer-Urteil 2C_800/2008 vom 12.6.2009 E. 5.1, in: StR 64/2009 S. 910). Es gilt indessen nach ständiger Praxis des Bundesgerichts als zuverlässige Methode zur Bestimmung des Verkehrswerts, da darin die Überlegungen, die für die Preisbildung bei den nicht an der Börse kotierten Aktien im Allgemeinen massgebend sind, zum Ausdruck kommen (BGer-Urteil 2C_1168/2013, 2C_1169/2013 vom 30.6.2014 E. 3.6 mit Hinweisen). Das schliesst nicht aus, dass im Einzelfall aufgrund besserer Erkenntnisse oder mit Rücksicht auf die Beson-

derheiten des Einzelfalles vom Kreisschreiben Abstand genommen und eine andere Bewertungsmethode herangezogen wird (BGer-Urteil 2C_309/2013, 2C_310/2013 vom 18.9.2013 E. 3.6).

4.

4.1 Es ist unbestritten, dass es sich bei den 48 neu ausgegebenen Mitarbeiteraktien um echte Mitarbeiterbeteiligungen im Sinn von Art. 17a Abs. 1 lit. a DBG handelt. Die Aktien wurden im November 2013 durch fünf Mitarbeiter der Beschwerdeführerin gezeichnet und durch Einzahlung des Kaufpreises von nominal Fr. 1'000.– pro Titel voll liberiert (öffentliche Urkunde betreffend Erhöhung des Aktienkapitals vom 22.11.2013 Ziff. III/1.1 lit. b; Kapitalerhöhungsbericht vom 22.11.2013; Kapitaleinzahlungskonto vom 1.1.–31.12.2013, gedruckt am 16.12.2015). Echte Mitarbeiterbeteiligungen wie insbesondere Mitarbeiteraktien beteiligen die Arbeitnehmenden im Ergebnis am Eigenkapital der Gesellschaft (WML Rz. 2014.1). Mit dem Zusatz «echt» soll zum Ausdruck gebracht werden, dass in einem Mitarbeiterbeteiligungsplan die Einräumung von Beteiligungsrechten wie Stimm-, Dividenden und Bezugsrechte ermöglicht werden muss (Handkomm. DBG, Art. 17a N 3). Damit steht fest, dass der Rechtserwerb der neu ausgegebenen Aktien am 22. November 2013 stattfand, womit die seit 1. Januar 2013 geltende steuer- und AHV-rechtliche Ordnung auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar ist (vgl. E. 3 vorstehend). Massgeblicher Realisierungszeitpunkt für eine allfällige Beitragserhebung ist das Beitragsjahr 2013, sofern die Abgabe der Mitarbeiteraktien zu Vorzugsbedingungen erfolgte und daraus geldwerte Vorteile für die Arbeitnehmenden resultierten. Dass es sich um echte Mitarbeiterbeteiligungen handelt, wird im Grundsatz auch von der Beschwerdeführerin anerkannt. Weiter räumt sie selber ein, dass eine allfällige steuerbare Leistung im Zeitpunkt des Erwerbs bzw. der Übertragung der Aktien als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit steuerbar sei. Eine steuerbare Leistung liege vor, falls der Ausgabepreis unter dem steuerlich massgeblichen Verkehrswert der Aktien liege (Beschwerde Ziff. 3.2). Diese Grundsätze gelten gleichermassen für die Beitragserhebung nach Art. 7 lit. c^{bis} AHVV.

4.2

4.2.1 Ob durch den Erwerb der Mitarbeiteraktien bei den betroffenen Arbeitnehmenden ein geldwerter Vorteil entstanden ist, beurteilt sich nach der Differenz zwischen dem Ausgabepreis und dem Verkehrswert der Titel (vgl. E. 3.3.2 vorstehend). Sowohl der Abgabepreis wie auch die Bewertung des Vermögenswerts der neuen Titel bestimmen sich nach dem Wert im Zeitpunkt des Rechtserwerbs bzw. der Übertragung der Mitarbeiteraktien (hier 22.11.2013). Der Arbeitnehmer wird bei echten Mitarbeiterbeteiligungen in Form von Mitarbeiteraktien im Umfang der Differenz zwischen dem Verkehrswert dieser Mitarbeiterbeteiligungen im Zeitpunkt des Erwerbs und dem allfälligen Erwerbspreis bereichert (Handkomm. DBG, Art. 17b N 13 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Der Erwerbspreis

von Fr. 1'000.– pro Aktie ist unbestritten. Streitig ist hingegen der Verkehrswert, den die Ausgleichskasse auf Fr. 13'900.– festlegte. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, es liege kein geldwerter Vorteil vor, weil die Mitarbeiter bei einem Verkauf nur Anspruch auf den bezahlten Nominalwert und auf die positive Differenz zwischen dem dannzumaligen Aktienwert und dem Aktienwert bei Ausgabe der Aktie von Fr. 10'400.– hätten. Dies bedeute, dass die Mitarbeiter bei Übertragung der Aktien (bzw. Schaffung der neuen 48 Aktien) keinen geldwerten Vorteil erhalten hätten. Demzufolge sei bei Ausgabe der Aktien im November 2013 auch kein geldwerter Vorteil im Sinn von Art. 17b Abs. 1 DBG vorgelegen, welcher die Einkommenssteuer ausgelöst hätte (Beschwerde Ziff. 3.3 am Ende).

4.2.2 Vorab ist zu prüfen, ob es sich bei den neuen Mitarbeiteraktien um gebundene Aktien handelt, die mit einer Rückgabeverpflichtung oder einer Verfügungsbeschränkung (gesperrte Aktien) belastet sind. Nur wenn eine dieser Bedingungen erfüllt ist, ist eine Diskontierung des Verkehrswerts der Aktien im Zusammenhang mit der Ermittlung der steuerbaren Leistung bzw. des massgebenden Lohns zulässig.

4.2.2.1 Aus dem Wortlaut von Art. 17b Abs. 2 DBG ergibt sich nicht direkt, dass bei der Berechnung der steuerbaren Leistung auch auf Aktien mit Rückgabepflichten ein Diskont zu gewähren ist. In der Praxis und in der Rechtsprechung (dazu: ASA 65, 733) werden jedoch Aktien mit Rückgabepflicht gleich behandelt wie Aktien, die mit einer Verfügungssperre belegt sind. Es fragt sich, was unter den Begriff «Rückgabepflicht» zu subsumieren ist. Dieser Tatbestand ist nach Art. 12 Abs. 1 MBV nur dann erfüllt, wenn die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter vertraglich verpflichtet ist, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Mitarbeiteraktien entschädigungslos oder unter deren aktuellen Verkehrswert dem Arbeitgeber zurückzugeben (vgl. auch KS 37 Rz. 3.4.2; StP 19 Nr. 3 Ziff. 6.2.1). Gemäss der Rechtsprechung stellt eine Rückgabeverpflichtung eine Veräusserungsbeschränkung dar, die aber einzig Auswirkungen auf die Bewertung der Mitarbeiteraktie hat; es handelt sich dabei um eine Veräusserungsbeschränkung, d.h. eine Verfügungsbeschränkung, die wirtschaftlich betrachtet wie die Verfügungsbeschränkung einer Sperrfrist funktioniert (ZWEIFEL, in: Komm. zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [Hrsg. Zweifel/Beusch], 3. Aufl. 2016, Art. 17b DBG N 14, 21). Ist im Mitarbeiterbeteiligungsvertrag eine Rückgabeverpflichtung für Mitarbeiteraktien nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen, darf der Mitarbeiter – mit Ausnahme der Rückgabe der Mitarbeiteraktien an den Arbeitgeber – nicht über die Mitarbeiteraktien verfügen (ZWEIFEL, a.a.O., Art. 17b DBG N. 21). Daraus ergibt sich, dass unter dem Begriff der Rückgabeverpflichtung ausschliesslich die Rückgabe der Mitarbeiteraktien im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft bzw. der Arbeitgeberin umfasst und ausschliesslich das Rechtsverhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer (rückgabeverpflichtender Aktionär) betrifft. Die Be-

lastung der Titel mit einer Rückgabeverpflichtung bzw. dem Rückkaufsrecht durch die Gesellschaft muss – analog dem Tatbestand der verfügten Sperrfrist – entweder im Beteiligungsreglement, im Kaufvertrag – oder sonst in einer vertraglichen Vereinbarung – zwischen dem Arbeitgeber und dem Mitarbeitenden, in der Kaufofferte der Gesellschaft verankert sein (vgl. E. 3.3.1 vorstehend; exemplarisch BGer-Urteil vom 6.11.1995 in: ASA 65, 733, Sachverhalt). Nicht darunter fällt der Kauf freiwerdender Aktien eines ausscheidenden Aktionärs durch die verbleibenden Aktionäre. Dabei handelt es sich um eine freie Handänderung unter Aktionären (Dritten), wobei ein solcher Verkauf aufgrund einer von der Arbeitgeberin vertraglich festgelegten Rückgabepflicht im Sinn einer Verfügungsbeschränkung gerade ausgeschlossen ist. Aus der Sicht der Gesellschaft als Arbeitgeberin geht es – entsprechend der Rückgabeverpflichtung des Arbeitnehmers – um die Rücknahme bzw. Rückkauf und damit um den Erwerb eigener Aktien. Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 659 OR erwerben, nämlich nur wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10% des Aktienkapitals bzw. maximal 20% im Zusammenhang mit vinkulierten Namenaktien nicht übersteigt, wobei die über 10% des Aktienkapitals hinaus erworbenen eigenen Aktien innert zweier Jahre zu veräussern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten sind. Der Kauf und der Wiederverkauf eigener Aktien liegt im ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrats (LENZ/VON PLANTA, Basler Komm., 4. Aufl. 2012, Art. 659 OR N 2a). Kauft eine Kapitalgesellschaft eigene Beteiligungsrechte zurück, tritt steuerrechtlich eine Teilliquidation ein, wenn die Gesellschaft dadurch entreichert wird und deren Substanz abnimmt. Werden die zurückgekauften Beteiligungsrechte im Zug eines Kapitalherabsetzungsverfahrens vernichtet oder findet eine faktische Teilliquidation statt, weil die Beteiligungsrechte stillgelegt werden, steht der Kaufpreisleistung der Gesellschaft keine gleichwertige Gegenleistung des Aktionärs gegenüber, da die Gesellschaft keine neuen Rechte erwirbt, welche den durch die Kaufpreisleistung bewirkten Mittelabfluss ausgleichen (REICH, Steuerrecht, 2012, § 13 N 142 ff.; LENZ/VON PLANTA, a.a.O., Art. 659 OR N 16 ff. mit Hinweis auf BGE 136 II 33). Mit dem Rückkauf eigener Aktien nimmt der Substanzwert der Gesellschaft ab, was auch Einfluss auf den Wert der mit einer Rückgabeverpflichtung gebundenen Mitarbeiteraktien hat.

4.2.2.2 Der Tatbestand der Rückgabeverpflichtung im Sinn der vorstehenden Ausführungen liegt hier nicht vor. Zum einen macht die Beschwerdeführerin weder geltend noch legt sie Beweismittel (Beteiligungsreglement, Kaufvertrag) auf, woraus ersichtlich wäre, dass die Abgabe der Mitarbeiteraktien von Seiten der Arbeitgeberin mit der Bedingung der Rückgabeverpflichtung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt sei. Auch in der öffentlichen Urkunde betreffend Erhöhung des Aktienkapitals ist die Zeichnung der neuen Titel nicht an eine solche Bedingung ge-

knüpft. Soweit die Beschwerdeführerin auf den Aktionärbindungsvertrag vom 22. November 2013 verweist, sind einzig die sieben unterzeichnenden Aktionäre Vertragspartei. Der Vertrag hat zum Zweck, die Regelung des internen Verhältnisses untereinander, die Regelung der Geschäftspolitik sowie die künftigen Änderungen im Aktionariat möglichst klar zu vereinbaren (ABV Ziff. I/1). Aktionärbindungsverträge sind Verträge unter Aktionären über die Ausübung von Aktionärsrechten (Stimmrecht nach gewissen Grundsätzen oder gegenseitige Kaufs- oder Vorkaufsrechte) und wirken nur inter partes, unter den beteiligten Aktionären; die Gesellschaft selbst ist nicht Partei (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 2 N 45 ff.; § 39 N 139 ff.). Aus solchen Verträgen entstehen Rechte und Pflichten lediglich für die Aktionäre unter sich. Für die AG sind sie rechtlich irrelevant. Die Gesellschaft kann daraus nicht verpflichtet werden. Die in Bindungsverträgen vorgesehenen Pflichten stellen damit keine Mitgliedschaftspflichten dar, sondern schuld- oder gesellschaftsrechtliche Verpflichtungen gegenüber einzelnen oder allen Aktionären (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 42 N 44 f.). Für den Fall des Ausscheidens aus der Firma als Partner bzw. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses haben vorliegend die Aktionäre ein Kaufrecht auf Übernahme der freiwerdenden Aktien, wobei dieses nach ihrer Abrede durch die Gesellschaft zuhanden der verbleibenden Aktionäre, vertreten durch den Verwaltungsrat, ausgeübt werden soll (ABV Ziff. II/ 4). Will eine Partei ihre Aktien ganz oder teilweise veräussern, haben die Parteien, d.h. die Aktionäre, ein Vorhand- bzw. Vorkaufsrecht auf die zum Verkauf stehenden Aktien (ABV Ziff. II/5.1). Daraus ergibt sich, dass die Aktionäre, solange sie in der Gesellschaft angestellt sind, die Aktien teilweise oder ganz an die übrigen Aktionäre verkaufen können. Insoweit sind sie während der aktiven Mitarbeit in der Unternehmung in ihrer Verfügung, d.h. Verfügungsmacht gerade nicht eingeschränkt. Im Fall des endgültigen Ausscheidens übernimmt die Gesellschaft laut gegenseitiger Vereinbarung unter den Aktionären sozusagen als «Treuhänderin» die freiwerdenden Aktien zwecks deren Verkauf an die verbleibenden Aktionäre (ABV II/Ziff. 4). Darin liegt keine Rückgabeverpflichtung der Mitarbeiteraktien an die Arbeitgeberin (E. 4.2.2.1 vorstehend) begründet. Dies ergibt sich schon daraus, dass die vertragliche Verankerung von Erwerbsrechten – neben Vorhand- und Vorkaufsrechten sowie Kaufsrechten, die beim Ausscheiden aus der Unternehmung wirksam werden – Wirkungen nur unter den Beteiligten zeitigen, nicht aber gegenüber der Gesellschaft, da sie selber nicht Partei ist (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 44 N 261 f.). Vielmehr fungiert die Arbeitgeberin vorliegend als blosse Ausführungsstelle, indem sie vertreten durch den Verwaltungsrat die Aktien auf fremde Rechnung (d.h. für den verkaufswilligen Aktionär) an die verbleibenden Aktionäre veräussern soll. Erwerber der zum Kauf freistehenden Aktien sind die Aktionäre und nicht die Gesellschaft. Die Preisbildung und das Verfahren zur Abwicklung des Veräusserungsgeschäfts richten sich denn auch im Fall des Aus-

scheidens analog den Regelungen, die für den Übergang der Aktien unter den Aktionären beim Vorkaufsrecht bzw. beim Kaufrecht bei Erbgang gelten (ABV Ziff. II/4 mit Hinweis auf Ziff. II/5.2 ff. und 6). Hat nach dem Gesagten die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin im Zeitpunkt der Emittierung der neuen Mitarbeiteraktien nicht an die ausdrückliche Bedingung geknüpft, dass die Titel bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses wieder an die Gesellschaft zurückzugeben sind (Rückkauf durch die Gesellschaft), handelt es sich nicht um eine Rückgabeverpflichtung. Die neuen Mitarbeiteraktien sind unbelastet und die Aktionäre in ihrer Verfügungsmacht bezüglich Veräusserung und Verpfändung nicht beschränkt. Insoweit ist ein Diskont auf dem Verkehrswert der Aktien nicht gerechtfertigt, was in der Beschwerde zu Recht denn auch nicht mehr geltend gemacht wird.

4.2.2.3 Die neu geschaffenen 48 Titel sind auch nicht gebundene, d.h. mit einer Verfügungssperre belegte Mitarbeiteraktien (vgl. E. 3.3.1 vorstehend). Weder aus dem öffentlich beurkundeten Beschluss betreffend die Erhöhung des Aktienkapitals noch aus dem Aktionärbindungsvertrag (ABV; beide vom 22.11.2013) ergibt sich eine Klausel, wonach die Mitarbeiteraktien während einer bestimmten Sperrfrist nicht veräussert, verpfändet oder anderweitig belastet werden dürfen. Zwar verpflichten sich die Aktionäre, soweit sie auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sind, beim Ausscheiden aus der Firmengruppe ihre Aktien an die Gesellschaft zuhanden der verbleibenden Aktionäre zu verkaufen (ABV Ziff. II/4). Dabei handelt es sich lediglich um eine Abmachung unter den Aktionären, die gegenüber der Gesellschaft keine verpflichtende Wirkung zeitigt, womit diese auch nicht zum Rückkauf der Aktien (im eigenen Namen und auf eigene Rechnung) verpflichtet werden kann. Wie bereits dargelegt, muss die Rückgabeverpflichtung der Titel von der Gesellschaft bzw. den Arbeitgebern selbst bestimmt sein. So verhält es sich hier nicht. Die Aktionäre vermögen rechtlich der Gesellschaft keine Rücknahmepflicht aufzuerlegen (vgl. E. 4.2.2.2 vorstehend). Die Aktionäre räumen sich gegenseitig ein Vorhand-/Vorkaufsrecht ein (ABV Ziff. II/5.1). In ABV Ziff. II/5 werden die Modalitäten für die Ausübung des Vorkaufsrechts sowie die Berechnungsformel (Mittel aus 1 x Substanzwert, 2 x Ertragswert [Durchschnitt der Gewinne der letzten drei Geschäftsjahre], mindestens aber Nominalwert) zur Ermittlung des Kaufpreises für die bestehenden Aktien einerseits und für die insgesamt 48 Aktien, die im Zuge der Aktienkapitalerhöhung 2013 erworben wurden, im Einzelnen detailliert festgelegt (Ziff. II/5.2). Macht die Gesellschaft weder Gebrauch von einem ersten Kaufangebot (Preis ermittelt von der Revisionsstelle gemäss Berechnungsmodell) noch von einem zweiten Kaufangebot an einen Dritten unter diesem Wert angebotenen Aktien, ist der Verkauf an Dritte zum tieferen Preis zulässig (ABV Ziff. II/5.3). Diese Vertragsbestimmungen regeln detailliert die Vorgaben zur Ermittlung des Kaufpreises und das Verfahren der Ausübung des Vorkaufsrechts bei einem späteren Verkauf der Aktien. Daraus lässt sich entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin jedoch nicht ableiten, dass die

Arbeitnehmenden während einer bestimmten Sperrfrist über die Aktien nicht frei verfügen könnten, wie sie es in der Einsprache noch geltend gemacht hatte. In der Beschwerde wiederholt sie diesen Einwand denn auch nicht mehr (vgl. auch Bericht über die Arbeitgeberkontrolle, wonach die Auskunftsperson der Arbeitgeberin gegenüber dem Revisor sagte, es liege keine Sperrfrist vor). Die vertraglichen Abreden unter den Aktionären betreffend Preisbildung sind Ausdruck ihrer freien Verfügung (vgl. auch E. 4.2.2.5 nachstehend). Die neuen Aktien stehen im Eigentum der Mitarbeiter. Zivilrechtlich haben sie die Verfügungsmacht, weil sie tatsächlich Träger der ihnen übertragenen Rechte (Aktien) sind und darüber frei verfügen können, indem sie die Aktien auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen und sie auch zu ihren Gunsten belasten können (zum Begriff «Verfügung», «Verfügungsmacht» vgl. KOLLER in: Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 12 N 6 ff.). Geldwerte Vorteile aus unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen abgegebenen Mitarbeiteraktien bilden im Zeitpunkt der Abgabe, d.h. ihres Erwerbs, massgebenden Lohn, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um freie oder gebundene (mit einer Verfügungssperre belegte) Aktien handelt (WML Rz. 2015.2 mit Hinweis auf Art. 17b Abs. 1 DBG; BGE 138 V 463; vgl. auch BGer-Urteil 2C_357/2014, 2C_358/2014 vom 23.5.2016 E. 4.2, 6). Sind die Mitarbeiteraktien nicht mit einer Verfügungsbeschränkung (weder befristetes noch unbefristetes Veräusserungs-, Verpfändungsverbot) belastet, fällt eine Diskontierung des Verkehrswerts ausser Betracht.

4.2.2.4 Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, es liege kein geldwerter Vorteil vor, weil die Mitarbeiter bei einem Verkauf nur Anspruch auf den bezahlten Nominalwert und auf die positive Differenz zwischen dem dannzumaligen Aktienwert und dem Aktienwert von Fr. 10'400.– bei der Ausgabe der Aktie hätten, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Entscheidend für die Beurteilung ist – wie dargelegt – der Zeitpunkt des Erwerbs der Mitarbeiteraktien (22.11.2013) und nicht der Zeitpunkt des Verkaufs der neuen Aktien. Der Zufluss von Mitarbeiteraktien erfolgt im Zeitpunkt des Erwerbs, d.h. in jenem Zeitpunkt, in welchem der Rechtserwerb vollendet ist und die steuerpflichtige Person einen festen Rechtsanspruch aus dem Vermögensrecht erworben hat und z.B. die Stimmrechte ausüben und ausgeschüttete Dividenden beziehen kann. Der Besteuerungszeitpunkt von Mitarbeiteraktien markiert grundsätzlich die Trennlinie zwischen «den steuerbaren Einkünften aus den geldwerten Vorteilen» einerseits und «einem steuerfreien privaten Kapitalgewinn» andererseits, weil die Mitarbeiteraktien im Besteuerungszeitpunkt in der Regel in das Privatvermögen des Mitarbeiters übergehen. Wird die besteuerte Mitarbeiteraktie veräussert, kann ein steuerfreier Kapitalgewinn (Art. 16 Abs. 3 DBG) oder ein steuerlich unbeachtlicher Kapitalverlust resultieren (ZWEIFEL, a.a.O., Art. 17b N 7). Dabei handelt es sich um zwei verschiedene Sachverhalte, die sowohl steuerrechtlich als auch AHV-rechtlich auseinandergehalten werden müssen und nicht miteinander vermischt werden

dürfen. Eine nach der Besteuerung der Mitarbeiteraktien eintretende Wertsteigerung gilt als privater Kapitalgewinn, der in keinem Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis steht (vgl. Handkomm. DBG, Art. 17b N. 2, 4; für die Ausnahme bei Wechsel der Bewertungsmethode vgl. ZWEIFEL, a.a.O., Art. 17b N 7). Weil die Mitarbeiteraktien nach der Besteuerung zum Privatvermögen des Eigentümers gehören, bleiben sowohl Wertsteigerungen als auch Wertminderungen auf Mitarbeiteraktien, die nach diesem Zeitpunkt eintreten (ob beim Halten der Aktien oder bei einer späteren Veräusserung) ohne Einfluss auf den Vermögenswert im Zeitpunkt der Emittierung der Mitarbeiteraktien. Es trifft zwar zu, dass die Mitarbeiter bei einem späteren Verkauf die Differenz zwischen dem Ausgabepreis (Fr. 1'000.–) und dem Aktienwert bei der Übertragung am 22. November 2013, welchen die Beschwerdeführerin nach ihrer eigenen Berechnung auf Fr. 10'400.– per 31. Dezember 2012 (vgl. ABV Ziff. II/5.2 letzter Absatz) festlegt, nicht beanspruchen können. Bezüglich des Zufluss- und Realisationszeitpunktes gelten für den massgebenden Lohn im AHV-Beitragsrecht dieselben Rechtsgrundsätze wie im Steuerrecht. Als realisiert gilt ein Entgelt AHV-rechtlich dann, wenn es einer Forderung entspricht, die einen wirtschaftlichen Wert darstellt und über die der Arbeitnehmer verfügen kann (BGE 133 V 346 E. 5.3.1 mit Hinweisen). Leistungen von Dritten (i.c. der Beschwerdeführerin) sind dem Arbeitseinkommen zuzurechnen, wenn sie der steuerpflichtigen Person im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ausgerichtet worden sind. Darunter fällt generell der Erwerb von Aktien von einer Drittperson zu einem Vorzugspreis, wobei die Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem reduzierten Erwerbspreis als Einkommen zu versteuern ist (BGer-Urteil 2C_357/2014, 2C_358/2014 vom 23.5.2016 E. 2.1; auch zum Folgenden). Dies gilt im Speziellen auch für die Abgabe von Mitarbeiteraktien zu Vorzugspreisen, wobei diese grundsätzlich im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs zu besteuern sind (E. 6 des zitierten Urteils mit Hinweis). Die Beschwerdeführerin lässt bei ihrer Argumentation ausser Acht, dass die Mitarbeiter bereits im Zeitpunkt der Übertragung der Aktien einen wirtschaften Vorteil realisiert haben, indem sie die neu geschaffenen Aktien zu nominal Fr. 1'000.– erwerben konnten, während der Aktienwert nach ihrer eigenen Berechnung zu diesem Zeitpunkt Fr. 10'400.– (Stichtag: 31.12.2012) betrug. Der geldwerte Vorteil liegt darin, dass die Mitarbeiter die neuen Titel zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis, mithin zu günstigeren Vorzugsbedingungen, erwerben konnten. Dies stellt wirtschaftlich eine Bereicherung dar (vgl. E. 4.2.1 vorstehend). Der Verkehrswert entspricht dem Preis, welcher unter normalen Verhältnissen auf dem freien Markt erzielt werden kann. Bei einem freien Verkauf der Aktien an unabhängige Dritte wäre unter objektiven Gesichtspunkten der Ausgabepreis weit höher als bloss der Nominalwert von Fr. 1'000.– gewesen. Bereits unter Berücksichtigung des Aktienwerts gemäss der Berechnung der Beschwerdeführerin ergibt sich für die einzelnen Mitarbeiter, je nach der Anzahl der übernommenen Titel, eine

erhebliche Vermögenszunahme und damit ein geldwerter Vorteil, der im Umfang der Differenz zwischen Verkehrswert und Ausgabepreis Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bzw. massgebenden Lohn darstellt. Die Bemessung der steuerbaren Leistung ergibt sich klar aus dem Wortlaut von Art. 17b Abs. 1 Satz 2 DBG. Bemessungsgrundlage ist der Verkehrswert der Mitarbeiteraktie im Zeitpunkt des Erwerbs (22.11.2013) und nicht ein in der Zukunft liegender Veräusserungspreis, der ohnehin nicht vorausbestimmbar ist.

4.2.2.5 ABV Ziff. II/5 letzter Absatz enthält eine spezielle Regelung betreffend den Kaufpreis für die im Zuge der Kapitalerhöhung neu geschaffenen 48 Aktien. Danach gilt bei einer späteren Veräusserung als Kaufpreis der Nominalwert plus die Differenz zwischen dem Wert der Aktien beim Erwerb (konkret Fr. 10'400.– pro Aktie per 31.12.2012) und dem von der Revisionsstelle ermittelten Wert gemäss Berechnungsmodell (im Sinn des ABV). Ist diese Differenz negativ, ist der Kaufpreis gleich dem Nominalwert. Dabei handelt es sich um eine Preisbestimmung, welche die erwerbenden Aktionäre begünstigt, indem für die Übertragung der neuen Aktien ein herabgesetzter Preis festgelegt wird, nämlich um die Differenz zwischen dem Nominalwert (Fr. 1'000.–) und dem Wert der Aktien im Zeitpunkt des Erwerbs (Fr. 10'400.–). Als Kaufpreis gilt somit nicht der effektive Wert der Aktien im Zeitpunkt der Veräusserung (bemessen nach Berechnungsmodell gemäss ABV), wie er üblich ist unter Dritten und hier auch für die übrigen 102 Aktien gilt. Bei Annahme eines späteren Aktienwerts von Fr. 15'400.– beträgt somit der Kaufpreis Fr. 6'000.– (Nominalwert Fr. 1'000.– + Fr. 5'000.–). Das bedeutet nichts anderes, als dass sich die Aktionäre für die Übertragung der neuen 48 Aktien gegenseitig einen Vorzugspreis einräumen, indem sie anstatt des vollen Wertes (Fr. 15'400.–) einen herabgesetzten Kaufpreis von Fr. 6'000.– festlegen. In der Differenz von Fr. 9'400.– pro Titel liegt eine Begünstigung des Aktionärs vor, der die zum Kauf anstehenden Aktien erwirbt. Die Übertragung dieser Aktien unter den Aktionären erfolgt somit unter Vorzugsbedingungen (wie seinerzeit der Erwerb der Mitarbeiteraktien). Die Differenz von Fr. 9'400.– gemäss Beispiel stellt indes nicht einen geldwerten Vorteil im Sinn von Art. 17b Abs. 1 DBG dar, weil es um einen Handel von Aktien unter Aktionären geht und der geldwerte Vorteil nicht im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis steht. Soweit der kaufende Aktionär begünstigt wird, indem er die Aktien unterpreislich erwerben kann, liegt von Seiten des Verkäufers eine Schenkung vor (vgl. auch Vogt in: Basler Komm. OR I, Art. 239 N 18), die steuerfrei ist (direkte Bundessteuer, Kanton LU). Soweit der Verkäufer die Aktie unter dem effektiven Wert an die Aktionäre überträgt, verzichtet er im Umfang der Differenz von Fr. 9'400.– pro Titel auf einen höheren Kapitalgewinn. Die Reduktion des Kaufpreises basiert allein auf der Vereinbarung unter den Aktionären gemäss dem Aktionärbindungsvertrag. Sie beruht auf der freien Willensbildung der beteiligten Aktionäre und ist nicht durch die Gesellschaft bzw. die Arbeitgeberin vorbestimmt wor-

den. Beim Verkauf der Aktien an Dritte gilt diese Einschränkung nicht. Solche freiwillig eingegangene Verpflichtungen (Verkauf unter dem effektiven Vermögenswert) sind bei der Ermittlung des Verkehrswerts nicht zu berücksichtigen (E. 3.3.3 zuvor). Dies gilt selbstredend nicht nur im Zeitpunkt des Erwerbs der Mitarbeiteraktien, sondern auch für die Ermittlung des Aktienwerts im Zeitpunkt einer späteren Veräusserung. Es ist zu wiederholen, dass im Rahmen von Aktionärbindungsverträgen freiwillig eingegangene Einschränkungen – sei es in Bezug auf die Handelbarkeit, sei es betreffend die Kaufpreisbestimmung wie hier – keinen Einfluss auf den effektiven Wert der Aktien haben. Dieser bestimmt sich nach dem Ertragswert und dem Substanzwert der Unternehmung. Das sind Faktoren, die allein aufgrund der Erfolgsrechnung und Bilanz der Gesellschaft festgesetzt werden. Der Kaufpreis der Aktie spielt dabei keine Rolle. Verzichten aber die Aktionäre freiwillig auf Geltendmachung des effektiven Vermögenswerts bzw. gestehen sie sich gegenseitig einen Vorzugspreis für den Kauf der ursprünglich (unter Vorzugsbedingungen bezogenen) Aktien zu, handelt es sich auch diesbezüglich nicht um eine von der Arbeitgeberin verfügte Einschränkung. Ein Diskont auf dem Verkehrswert der Mitarbeiteraktien im Zeitpunkt der Besteuerung ist daher auch unter diesem Aspekt ausgeschlossen. Abgesehen davon ist die Diskontierung nur für gebundene Mitarbeiteraktien zulässig, was sich nach dem klaren Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 DBG danach richtet, ob es sich um mit Sperrfristen bzw. Rückgabeverpflichtung (E. 4.2.2.1) belegte Aktien handelt. Dies trifft hier nicht zu. Die Gewährung des Diskontabzugs dient nicht dazu, freiwillig eingegangene Preisherabsetzungen bei späterer Veräusserung der Mitarbeiteraktien auszugleichen.

4.3 Die Bewertung des massgebenden Lohns bzw. des geldwerten Vorteils aus Mitarbeiterbeteiligungen richtet sich nach den Vorschriften über die direkte Bundessteuer (WML Rz. 2014.4; Art. 7 lit. c^{bis} AHVV). Dieser bemisst sich somit nach der Differenz zwischen Verkehrswert und Erwerbspreis (Art. 17b Abs.1 DBG; WML Rz 2015.3). Der wirtschaftliche Wert der Beteiligungsrechte (Steuerwert der Wertpapiere) wird von den Steuerbehörden ermittelt. Die Bewertungsmeldungen können bei der zuständigen Steuerbehörde mit einer schriftlichen und begründeten Anfrage im Einzelfall oder bei den Arbeitgebenden einverlangt werden (WML Rz. 2011.6; vgl. auch BGE 134 V 297 E. 2.8 betreffend Bewertung des Steuerwerts von Aktien bei überhöhter Dividendenausschüttung). Die Angaben der Steuerverwaltung sind verbindlich (vgl. Art. 23 Abs. 4 AHVV). Die Verbindlichkeit der Angaben der Steuerbehörden für die Ausgleichskassen und die daraus abgeleitete relative Bindung des Sozialversicherungsgerichts an die rechtskräftigen Steuertaxationen sind insbesondere auf die Bemessung des massgebenden Einkommens und des betrieblichen Eigenkapitals beschränkt (vgl. BGer-Urteil 9C_803/2011 vom 23.8.2012 E. 3.5.2 mit Hinweisen). Da die Ausgleichskassen an die Angaben der Steuerbehörden gebunden sind und das Sozialversicherungsgericht grundsätzlich

nur die Kassenverfügung auf ihre Gesetzmässigkeit zu überprüfen hat, darf das Gericht von rechtskräftigen Steuertaxationen bloss dann abweichen, wenn diese klar ausgewiesene Irrtümer enthalten, die ohne Weiteres richtig gestellt werden können, oder wenn sachliche Umstände gewürdigt werden müssen, die steuerrechtlich belanglos, sozialversicherungsrechtlich aber bedeutsam sind (BGer-Urteil 9C_215/2014 vom 3.9.2014 E. 2.5 mit zahlreichen Hinweisen, insbesondere BGE 110 V 83 E. 4 und 110 V 369 E. 2a).

4.3.1

4.3.1.1 Gestützt auf die Meldungen der Steuerbehörde betreffend Wertschriftenbewertung pro Titel der Beschwerdeführerin per Stichtag 31. Dezember 2012 und 31. Dezember 2013 ging die Ausgleichskasse von einem Steuerwert von je Fr. 13'900.– pro Mitarbeiteraktie aus. Das Vermögen – und damit insbesondere auch das Wertschriftenvermögen – wird zum Verkehrswert bewertet (§ 44 des Steuergesetzes des Kantons Luzern [StG; SRL Nr. 620]). Für nicht regelmässig gehandelte Aktien, Genossenschaftsanteile und andere Beteiligungsrechte ist der Verkehrswert gemäss § 47 Abs. 2 StG zu schätzen. Die Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert bzw. von nichtkotierten Aktien erfolgt im Kanton Luzern grundsätzlich aufgrund der Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer (Luzerner Steuerbuch, Weisungen StG-Vermögenssteuer § 47 Nr. 2, auch zum Folgenden). Für die Ermittlung des Ertragswerts eines Unternehmens wird der Jahresgewinn des aktuellen und des letztjährigen Geschäftsjahres (n und n-1) verwendet, wobei der Reingewinn des aktuellen Geschäftsjahres doppelt gewichtet wird (entspricht Modell 1 gemäss Rz. 7 KS 28 der SSK). Auf Wunsch der Gesellschaft wird das Modell 2 (Mittelwert der Gewinne der letzten 3 Jahre) als Berechnungsbasis verwendet. Nach einem Modellwechsel muss das Berechnungsschema während mindestens fünf Jahren beibehalten werden. Mitarbeiteraktien unterliegen zum Verkehrs- bzw. zum Formelwert der Vermögenssteuer. Bei gesperrten Mitarbeiteraktien kann entsprechend der verbleibenden Sperrfrist auf dem Verkehrs- bzw. Formelwert ein Einschlag gemäss Diskontierungstabelle vorgenommen werden (LU StB, Weisungen, StG-Vermögenssteuer § 47 Nr. 3).

4.3.1.2 Vorliegend besteht kein Grund, von der Bewertungsart durch die Steuerbehörde abzuweichen. Zum einen stützt sich die Bewertung der Dienststelle Steuern des Kantons Luzern auf die Bemessungsgrundsätze gemäss KS 28 der SSK und gilt als Bemessungsmethode sowohl für die Vermögenssteuern als auch für den Wert von Beteiligungspapieren sowie für die AHV (vgl. Unterlagen Bewertung von Unternehmen im Steuerrecht, Bedeutung und Anwendbarkeit von SSK Kreisschreiben Nr. 28; November 2014; S. 2, 3; https://steuern.lu.ch/-/media/Steuern/Dokumente/Steuerseminare/2014/Steuerseminar_2014_Bewertungen_Unternehmen.pdf). Gemäss Rz. 2 Abs. 4 KS 28 der SSK entspricht der Verkehrswert von nichtkotierten Wertpapieren, für die keine

Kursnotierungen bekannt sind, dem inneren Wert. Durch die Verwendung des Begriffs «innerer Wert» wird zum Ausdruck gebracht, dass die Bewertung nicht von aussen über den Markt vorgenommen wird, sondern dass der Wert der Wertpapiere ihrem anteilmässigen Wert am Unternehmen entspricht (Entscheid des Steuergerichts des Kantons Zürich 1ST.2015.35 vom 21.10.2015 E. 1b mit Hinweis auf KLÖTI-WEBER/SIEGRIST/WEBER, Kommentar zum Aargauer Steuergesetz, 4. A. 2015, § 50 N 10, auch zum Folgenden). Privatrechtliche Verträge wie beispielsweise Aktionärbindungsverträge, welche die Übertragbarkeit der Wertpapiere beeinträchtigen, sind daher für die Bewertung unbeachtlich, weil sie den inneren Wert nicht verändern. Denn bei der Bewertung stehen Ertrags- (d.h. Reingewinn) und Substanzwert des Unternehmens im Vordergrund. Im gleichen Sinn hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bereits mit Entscheid SB.2007.00097 vom 14. Mai 2008 (www.vgr.zh.ch) erkannt, dass Aktionärbindungsverträge, welche die freie Handelbarkeit (d.h. im Sinn der Übertragbarkeit) der Aktien einschränken, keinen Grund darstellen, von der Bewertung gemäss den Grundsätzen nach der Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert (E. 3.3) abzuweichen.

4.3.1.3 Gestützt auf das KS 28 hat die Steuerbehörde den Steuerwert aus der Gewichtung von Ertragswert und Substanzwert ermittelt. Dabei basiert die Ertragswertermittlung der Unternehmung auf dem Durchschnitt des ausgewiesenen ordentlichen Reingewinns: laufendes Jahr 2013 (doppelt) und Vorjahr 2012 (einfach), kapitalisiert mit 7,5 (Basis 2012) bzw. 8,0 Prozent (Basis 2013). Dies steht in Einklang mit KS 28 Rz. 8 Abs. 1 und 2 (vgl. dazu auch Kommentar 2015, a.a.O., S. 12 f., Rz. 8). Die Steuerbewertung wurde von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet, und zwar weder hinsichtlich des Ertragswerts noch des Substanzwerts. Zwar enthalten die Steuerbewertungen den Hinweis, dass der Pauschalabzug für vermögensrechtliche Beschränkungen (Rz. 61 bis 64 des KS Nr. 28 SSK) vorbehalten bleibe. Der Pauschalabzug ist indes nicht zulässig, wenn Anspruch auf eine angemessene Dividende besteht (KS 28 Rz. 63 Abs. 1). Wie aus den Akten ersichtlich, richtet die Beschwerdeführerin Dividenden aus (vgl. ABV Ziff. 3, Revisionsbericht der Arbeitgeberkontrolle). Der ermittelte Aktienwert ist steuerrechtlich von Relevanz sowohl bei der Vermögenssteuer (Mitarbeiteraktien = Wertschriftenvermögen) als auch bei der Einkommenssteuer (positive Differenz zwischen Verkehrswert und Ausgabepreis der Aktien = Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit) und ist somit sozialversicherungsrechtlich verbindlich. Die Bewertung im Sinn der dargelegten Grundsätze beruht auf der Überlegung, dass der Verkehrswert der nicht regelmässig gehandelten Aktien – gleich wie der in den offiziellen Börsenkotierungen zum Ausdruck kommende Verkehrswert kotierter Aktien – erfahrungsgemäss vom bisherigen und zu erwartenden Ertrag in Form von Dividenden und anderen Gewinnanteilen sowie von der Ertragsintensität der Gesellschaft abhängt und durch weitere Faktoren der Gesellschaft (Vermögen, Liquidität, Stabilität etc.) beeinflusst

wird (zit. Entscheid Steuerrekursgericht Zürich vom 21.10.2015 a.a.O. E.1e mit Hinweis auf StE 1988 B 72.13.22 Nr. 10). Da die Bewertung der Steuerbehörde weder klar ausgewiesene Irrtümer enthält, die ohne Weiteres richtig gestellt werden könnten, noch sachliche Umstände gewürdigt werden müssen, die steuerrechtlich belanglos, sozialversicherungsrechtlich aber bedeutsam sind, ist auch das Sozialversicherungsgericht an den Steuerwert von Fr. 13'900.– gebunden. Darauf ist folglich abzustellen. Von dieser Bemessungsmethode abzuweichen, besteht hier umso weniger Anlass, als der Steuerwert der Aktien der Beschwerdeführerin kontinuierlich nach Modell 1 ermittelt wird, wobei sich der Aktienwert per 31. Dezember 2014 auf Fr. 20'900.– brutto erhöhte. Auch im Steuerjahr 2011 wurde das gleiche Bewertungsmodell angewendet. Die Beschwerdeführerin selbst hat somit weder im hier massgeblichen Steuerjahr 2013 noch in den vorangehenden bzw. nachfolgenden Steuerperioden gegenüber der Steuerbehörde die Anwendung von Modell 2 verlangt. Da nach dem klaren Wortlaut von Art. 7 lit. cbis AHVV in Bezug auf die Bewertung die Vorschriften des Steuerrechts gelten, spricht nichts dafür, von der Steuerbewertung der Dienststelle Steuern abzuweichen. Die Beschwerdeführerin tut denn auch mit keinem Wort dar, was eine bessere Erkenntnis zum Verkehrswert der von den Arbeitnehmern im Privatvermögen gehaltenen Aktien ergeben würde.

4.3.2 Die Beschwerdeführerin hat gemäss ihrer separaten Berechnung einen Wert pro Aktie von Fr. 10'400.– per 31. Dezember 2012 ermittelt. Auf diese Berechnung kann indessen nicht abgestellt werden. Wie aus Anhang 1 zum ABV hervorgeht, weicht die Berechnung in einem wesentlichen Punkt von den Grundsätzen gemäss dem KS 28 der SSK ab. Dies betrifft insbesondere die Ermittlung des Ertragswerts. Abweichend von den vorstehend dargelegten Bemessungsregeln berücksichtigt sie drei Geschäftsjahre und stellt im Hinblick auf die Bewertung per Stichtag 31. Dezember 2012 auf die Geschäftsjahre 2010, 2011 und 2012 ab. Dies widerspricht KS 28 Rz. 8 Abs. 2, wonach beim im Kanton Luzern angewendeten Berechnungsmodell 1 die Reingewinne des laufenden Geschäftsjahres und des Vorjahres berücksichtigt werden, wobei der Reingewinn des letzten Geschäftsjahres doppelt gewichtet wird. Weiter geht die Beschwerdeführerin von einem höheren Kapitalisierungssatz des Reingewinns (10,5%) aus. Indem die Beschwerdeführerin den Reingewinn von drei Geschäftsjahren einfach gewichtet, geht sie letztlich vom Modell 2 aus (KS 28 Rz. 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 Satz 2). Diese unterschiedliche Bemessungsmethode führt bei der von der Beschwerdeführerin angewandten Berechnung zu einem tieferen Aktienwert, weil das Geschäftsergebnis 2010 wesentlich niedriger lag als die Reingewinne der Jahre 2011 und 2012. Hinzu kommt, dass sie zu Unrecht auf den Wert per 31. Dezember 2012 abstellt, ist doch hier klarerweise der für das Steuerjahr 2013 ermittelte Wert massgebend, nachdem der Aktienerwerb per 22. November 2013 stattfand. Sodann ist in dem Zusammenhang zu wiederholen, dass privatrechtliche Verträge wie

beispielsweise Aktionärbindungsverträge, welche die Übertragbarkeit der Wertpapiere beeinträchtigen, steuerlich unbeachtlich sind (KS 28 Rz. 61 Abs. 2). Auf den Formelwert gemäss Aktionärbindungsvertrag kann somit entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht abgestellt werden. Im gleichen Sinn hat auch das Steuerrekursgericht Zürich im bereits mehrfach zitierten Entscheid (1ST2015.35 vom 21.10.2015) nicht auf den Formelwert gemäss dem Aktionärbindungsvertrag, sondern auf die Berechnungsmethode gemäss dem Modell 1 des KS 28 SSK abgestellt. Gemäss dem ABV hatten sich die Aktionäre (gleichzeitig Partner der Unternehmung) verpflichtet, für Käufe und Verkäufe von Aktien der Gesellschaft untereinander ausschliesslich auf den von der Revisionsstelle ermittelten Substanzwert abzustellen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Partners stand den übrigen Partnern ein Kaufrecht zu, die Aktien zum dannzumal geltenden Substanzwert zu kaufen, wobei bei Nichtausübung des Kaufrechts die Aktien nach Ablauf eines Jahres an einen Dritten veräussert werden konnten (E. 2d/bb des zitierten Entscheids, auch zum Folgenden). Wie das Gericht ausführte, hat die Bewertung des Vermögens nach objektiv-technischen Grundsätzen zu erfolgen und darf es nicht darauf ankommen, welcher Wert einem Vermögensrecht für die betreffend steuerpflichtige Person aufgrund ihrer individuellen Umstände zukommt, da dies Ausfluss der subjektiv-wirtschaftlichen Betrachtungsweise darstellt, die für die Bewertung nicht massgebend ist. Auch unter dem Aspekt der rechtsgleichen Behandlung im Zusammenhang mit der Bewertung von nicht kotierten Wertpapieren ist für alle im Kanton Luzern domizilierten Unternehmen die gleiche Bewertungsmethode anzuwenden und somit das Modell 1, welches die Dienststelle Steuern Luzern standardmässig anwendet. Es bleibt folglich bei dem steuerrechtlich relevanten Verkehrswert von Fr. 13'900.–, wie von der Ausgleichskasse berücksichtigt.

5.

In der Einsprache (B/Ziff. 2) ging die Beschwerdeführerin davon aus, dass die Ausgleichskasse für die einzelnen fünf Aktionäre diverse Werte zwischen Fr. 13'664.– und Fr. 13'729.– pro Titel aufgerechnet habe. Dem ist nicht so. Sie ist für alle von einem Verkehrswert von Fr. 13'900.– ausgegangen und hat nach Abzug des Nominal-/Erwerbspreises von Fr. 1'000.– einen Nettowert von Fr. 12'900.– pro Aktie ermittelt (vgl. Berechnungsblatt zu Kapitalerhöhung, Bel. A13). Die detaillierte Aufrechnung betreffend geldwerte Vorteile aus Mitarbeiteraktien ergibt sich aus der Differenzaufstellung des Revisors vom 5. Januar 2016 (Beleg A6). Die dort aufgeführten Aufrechnungen für jeden einzelnen mitarbeitenden Aktionär stimmen mit den Detailberechnungen «Aufrechnungshilfe» (Belege A28-A32) überein. Daraus geht hervor, dass es sich bei den festgestellten Differenzen um sog. Nettobeträge handelt. Dementsprechend wurden diese für die Beitragserhebung in Bruttobeträge umgerechnet, indem der Anteil der Sozialversicherungsbeiträge, die die Arbeitnehmer zu tragen hätten, zum massgebenden Lohn aufgerechnet wurde. Es fragt sich, ob diese Um-

rechnung rechtens ist: Die Leistungen, welche Arbeitgeber freiwillig oder aufgrund gesetzlicher Vorschriften übernehmen, indem sie die von den Arbeitnehmenden geschuldeten AHV/IV/EO/ALV-Beiträge und Steuern selbst tragen (Nettolohnvereinbarung) gehören zum massgebenden Lohn (WML Rz. 2080; vgl. dazu auch Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO [WBB; Stand 1.1.2015], Rz. 2023). Wurde ein Nettolohn vereinbart, so gelten die Arbeitnehmerbeiträge als von den Arbeitnehmenden entrichtet (WBB Rz. 2022). Ausgenommen von der Umrechnung in Bruttolöhne sind Naturalleistungen und Globallöhne (WML Rz. 2081). Die unterpreisliche Zuteilung von Mitarbeiterbeteiligungen zählt als Naturalleistung zu den andern geldwerten Vorteilen, die nach Art. 17 Abs. 1 DBG steuerbar sind, da der Grund dieses Wertzuflusses im Arbeitsverhältnis der steuerpflichtigen Person (Arbeitnehmer) liegt (Handkomm. zum DBG, 3. Aufl. 2016, Art. 17 DBG N 57; vgl. auch BGE 133 V 346 E. 5.3.1 mit Hinweis; Mitarbeiteroptionen steuerrechtlich als Naturaleinkünfte beurteilt). Beim Differenzbetrag von Fr. 12'900.– pro Titel handelt es sich um einen geldwerten Vorteil und im Sinn der steuerrechtlichen Praxis somit um Naturaleinkommen, welches gestützt auf WML Rz. 2081 nicht in Bruttolohn umzurechnen ist. Weiter ist zu beachten, dass es sich beim von der Steuerbehörde ermittelten Wert von Fr. 13'900.– um einen Bruttowert pro Titel handelt. Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich die Umrechnung des Differenzbetrags von Fr. 12'900.– als nicht gerechtfertigt. In diesem Punkt sind der Einspracheentscheid vom 6. Juli 2016 und die ihm zugrundeliegende Nachzahlungsverfügung vom 6. Januar 2016 aufzuheben. Die Sache wird an die Ausgleichskasse zurückgewiesen, damit sie die aufzurechnenden Löhne betreffend die geldwerten Vorteile aus Mitarbeiteraktien von Fr. 12'900.– pro Titel berechne.

6.

Nach dem Gesagten ist die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene sozialversicherungsrechtliche Qualifikation des Vorzugpreises der Arbeitnehmeraktien als massgebender Lohn nicht zu beanstanden. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Bezüglich der Berechnung der aufzurechnenden Beiträge ist die Beschwerde im Sinn der vorstehenden Ausführungen (E. 5) teilweise gutzuheissen.

Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 24. Mai 2017

Arbeitsverhältnis auf Abruf zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit. Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG, Art. 11 Abs. 1 AVIG, Art. 17 AVIG. Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig – sondern zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit – eingegangen wurde, um eine notgedrungene Zwischenlösung,

was sich u.a. darin zeigt, dass die versicherte Person bereit ist, diese Tätigkeit unverzüglich aufzugeben (E. 2.5). Ob eine Normalität bezüglich des Arbeitsverhältnisses auf Abruf eingetreten ist, beurteilt sich anhand der konkreten Situation. Dabei ist insbesondere auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Selbst die Formulierung des SECO «Indiz für eine inzwischen als normal zu qualifizierende Arbeitszeit ist eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf mit der Folge, dass die versicherte Person während der Zeit, während der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Arbeitsausfall mehr erleidet» lässt es zu, auch bei längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses noch nicht von einer diesbezüglichen Normalität auszugehen. Die Auslegung der Arbeitslosenkasse, dass ohne Weiteres von einer als normal zu qualifizierenden Arbeitszeit auszugehen sei, sobald ein Arbeitsverhältnis auf Abruf länger als ein Jahr dauert, widerspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (E. 3.3).

Sachverhalt:

Der 1964 geborene A meldete sich am 29. August 2014 beim Arbeitsamt der Gemeinde Z zur Arbeitsvermittlung an und erhob ab dem 1. September 2014 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung. Zuvor hatte er seit dem 20. Juli 1981 bei der B AG als Logistiker gearbeitet. In der Folge eröffnete die Arbeitslosenkasse C eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 1. September 2014 bis 31. August 2016 und richtete Taggeldleistungen aus. Seit dem 17. August 2015 steht A in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis mit der D AG (vormals E AG). Sein Einkommen aus diesem Arbeitsverhältnis, bei dem es sich um eine Tätigkeit auf Abruf handelt, wurde von der Arbeitslosenkasse C jeweils als Zwischenverdienst abgerechnet. Vor Ablauf der Rahmenfrist beantragte A ab dem 1. September 2016 erneut Arbeitslosenentschädigung, neu bei der Arbeitslosenkasse F. Zudem meldete er sich wiederum zur Arbeitsvermittlung an. Mit Verfügung vom 18. Oktober 2016 lehnte die Arbeitslosenkasse eine Anspruchsberechtigung ab 1. September 2016 ab. Die dagegen erhobene Einsprache wies sie mit Entscheid vom 12. Januar 2017 ab.

Dagegen liess A Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, der Einspracheentscheid vom 12. Januar 2017 zur Ablehnung einer zweiten Rahmenfrist sei aufzuheben. Dem Versicherten sei eine zweite Rahmenfrist zu eröffnen.

Die Arbeitslosenkasse F schloss in ihrer Vernehmlassung auf Abweisung der Beschwerde.

In einem zweiten Rechtsschriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

Aus den Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Arbeitslosenentschädigung ab 1. September 2016.

2.

2.1 Die Beschwerdegegnerin hat die Bestimmungen zum anrechenbaren Arbeits- und Verdienstausfall (Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIG; SR 837.0]) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen. Gleiches gilt für die Ausführungen zum Arbeitsverhältnis auf Abruf gemäss den Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) über die Arbeitslosenentschädigung (AVIG-Praxis ALE, in der seit 2017 gültigen Fassung) Rz. B95-B101a. Folgendes bleibt zu konkretisieren:

2.2 Zu den Weisungen des SECO ist festzuhalten, dass ein Kreisschreiben oder eine Weisung wesensgemäss keine Rechtsnormen, sondern lediglich eine Meinungsäusserung der sachlich zuständigen Aufsichtsbehörde über die von ihr für richtig befundene Auslegung von Gesetz und Verordnung enthält. Solche Verwaltungsweisungen dienen der rechtsgleichen Rechtsanwendung und sind wohl für die Durchführungsorgane, nicht aber für die Gerichtsinstanzen verbindlich (BGE 118 V 206 E. 4c, vgl. auch BGE 119 V 255 E. 3a mit Hinweisen). Das Gericht soll sie bei seiner Entscheidung mitberücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Es weicht anderseits insoweit davon ab, als sie mit den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar sind (BGE 123 V 70 E. 4a mit Hinweisen).

2.3 Gemäss Art. 8 Abs. 1 AVIG hat eine versicherte Person Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie ganz oder teilweise arbeitslos ist (lit. a), einen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten hat (lit. b), in der Schweiz wohnt (lit. c), die obligatorische Schulzeit zurückgelegt und weder das Rentenalter der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) erreicht hat noch eine Altersrente der AHV bezieht (lit. d), die Beitragszeit erfüllt hat oder von der Erfüllung der Beitragszeit befreit ist (lit. e), vermittlungsfähig ist (lit. f) und die Kontrollvorschriften erfüllt (lit. g).

Die aufgezählten Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen. Im hier zu beurteilenden Fall ist der anrechenbare Arbeitsausfall (lit. b) genauer zu erörtern.

2.4 Gemäss Art. 11 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall dann anrechenbar, wenn er einen Verdienstausfall zur Folge hat und mindestens zwei aufeinander folgende volle Arbeitstage dauert. Arbeitsausfall heisst hierbei Ausfall an normaler Arbeitszeit. Dieser ist nach der Rechtsprechung in der Regel aufgrund der im Beruf oder Erwerbszweig der versicherten Person üblichen Arbeitszeit zu ermitteln. Besteht hingegen eine besondere Verein-

barung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so bemisst sich die normale Arbeitszeit nach der persönlichen Arbeitszeit der versicherten Person. Nimmt eine versicherte Person vereinbarungsgemäss die Arbeit jeweils nur auf Aufforderung des Arbeitgebers auf (sogenannte Arbeit auf Abruf), so gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal, sodass der Versicherte während der Zeit, in der er nicht zur Arbeit aufgefordert wird, grundsätzlich keinen anrechenbaren Arbeits- oder Verdienstausfall erleidet (BGE 107 V 59 E. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGer-Urteil 8C_417/2013 vom 30.12.2013 E. 3.2; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: SBVR XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2310, N 151).

Von diesem Grundsatz kann dann abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war. Dabei kann der Beobachtungszeitraum umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, und er muss länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGer-Urteil 8C_318/2014 vom 21.5.2015 E. 2.2; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2310, N 152).

In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht bzw. vor ihm das eidgenössische Versicherungsgericht einen Arbeitseinsatz in jenen Fällen als während einer längeren Zeit konstant andauernd betrachtet, wenn sich dieser über mehrere Jahre erstreckte. Im Gegenzug hat es diese Einschätzung bei einem Einsatz unter sechs Monaten verneint (BGE 107 V 59; vgl. auch BGer-Urteil 8C_417/2013 vom 30.12.2013 E. 3.2 mit Verweisen auf die bisherige Rechtsprechung). Entsprechend geht auch das SECO für die Beurteilung einer allfälligen Normalarbeitszeit bei Arbeitsverhältnissen auf Abruf von einem Beobachtungszeitraum der letzten zwölf Monate aus. Hat das Arbeitsverhältnis weniger als sechs Monate gedauert, hält es im Einklang mit der Rechtsprechung eine Normalarbeitszeit für nicht ermittelbar (AVIG-Praxis ALE Rz. B97).

2.5 Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich jedoch bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig – sondern in Nachachtung der obliegenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 AVIG) und zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit – eingegangen wurde, um eine notgedrungene Zwischenlösung, was sich u.a. darin zeigt, dass die versicherte Person bereit ist, diese Tätigkeit unverzüglich aufzugeben (vgl. BGE 139 V 259 E. 5.1; BGer-Urteil 8C_46/2014 vom 24.4.2014 E. 2.2). Deshalb ist das nach Verlust einer Vollzeitstelle eingegangene Arbeitsverhältnis auf Abruf als Überbrückungstätigkeit zu werten, welches nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinn von Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV; SR 837.02) zu betrachten ist (BGer-Urteil 8C_403/2015 vom 21.9.2015 E. 3.5).

Der Annahme einer Überbrückungstätigkeit und der Abrechnung als Zwischenverdienst steht jedoch die lange Dauer eines Arbeitsverhältnisses entgegen (BGer-Urteil 8C_46/2014 a.a.O. E. 3.3.1, wo es bei einem mehr als vier Jahre dauernden Arbeitsverhältnis um die Eröffnung einer 3. Rahmenfrist ging). Je länger ein Arbeitsverhältnis auf Abruf dauert, desto mehr ist davon auszugehen, dass die neue Arbeitssituation für die versicherte Person zur Normalität wird und desto mehr geht der Gedanke der Schadenminderung verloren (vgl. AVIG-Praxis ALE Rz. B100). Dementsprechend ist das Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis, welches nicht als Überbrückungstätigkeit angesehen werden kann, nicht bzw. nicht mehr im Rahmen der Schadenminderungspflicht als Zwischenverdienst abzurechnen, weshalb die versicherte Person dem Grundsatz nach keinen anrechenbaren Verdienstausfall mehr erleidet (vgl. zum Ganzen: BGE 139 V 259 E. 5.1 und 5.3.1; BGer-Urteil 8C_46/2014 a.a.O. E. 2.2).

2.6 Soweit der Beschwerdeführer die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug beantragt, ist festzuhalten, dass für Versicherte, welche nach Ablauf der Rahmenfrist für den Leistungsbezug wieder Arbeitslosenentschädigung beanspruchen, erneut zweijährige Rahmenfristen für den Leistungsbezug und die Beitragszeit gelten, sofern das AVIG nichts anderes vorsieht (Art. 9 Abs. 4 AVIG). Schliesst sich die neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug – wie vorliegend – unmittelbar an die alte an, so entspricht die neue Rahmenfrist für die Beitragszeit der früheren Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Die Bedeutung des Aufeinanderfolgens von Rahmenfristen liegt darin, dass eine Neuüberprüfung aller Anspruchsvoraussetzungen stattfindet. So hat die versicherte Person unter anderem die einjährige Mindestbeitragszeit oder die Befreiung von deren Erfüllung erneut nachzuweisen (BGer-Urteil 8C_497/2010 vom 5.8.2010 E. 4.2.2 mit Hinweisen). Ist die Rahmenfrist für den Leistungsbezug abgelaufen und beansprucht die versicherte Person weiterhin Leistungen, hat die Arbeitslosenkasse daher zu prüfen, ob sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, um eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug zu eröffnen (AVIG-Praxis ALE Rz. B49). Weil die Rahmenfrist für den Leistungsbezug erst mit dem ersten Tag beginnt, für den sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 9 Abs. 2 AVIG), kann eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug nur eröffnet werden, wenn der Beschwerdeführer alle Voraussetzungen nach Art. 8 Abs. 1 AVIG erfüllt.

Obwohl die gleichen Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen sind, folgt die Eröffnung einer Folgerahmenfrist dennoch nicht völlig identischen Kriterien wie die Eröffnung der Leistungsrahmenfrist bei erstmaliger Beanspruchung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung. Aspekte, welche den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in einer ersten (oder gar zweiten) Rahmenfrist nicht ausschliessen, können in einer Folgerahmenfrist zur Verweigerung von Leistungen führen, da diese (veränderte) Ausgangslage bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen nicht ausge-

blendet werden kann. Die lange Dauer eines Arbeitsverhältnisses steht rechtsprechungsgemäss der Annahme einer Überbrückungstätigkeit und der Abrechnung als Zwischenverdienst entgegen (E. 2.5 hiervor). Durch den Zeitablauf kann die Tätigkeit eine andere Wertigkeit erhalten. Dem Wortlaut entsprechend umfasst ein Zwischenverdienst lediglich Beschäftigungen, die «zwischen» Beginn und Ende der Arbeitslosigkeit liegen. Dem gesetzgeberischen Willen entsprechend ist es Ziel der Arbeitslosenversicherung, durch die Aufnahme einer zumutbaren Festanstellung im gesuchten Pensum die Arbeitslosigkeit schnellstmöglich zu beenden. Wenn das Behelfsmässige, Vorläufige, das über die Arbeitslosigkeit hinweg helfen sollte, den vorübergehenden Charakter verliert und zur Dauerlösung wird, ist dies aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich systemfremd. Die Arbeitslosenversicherung würde zu einer Langzeitunterstützerin einer grundsätzlich als unzumutbar qualifizierten Zwischenlösung, die in dieser Konstellation für Arbeitnehmer wenig Antrieb schafft, aus der vorübergehenden Situation herauszukommen, um die fortdauernde Abhängigkeit von der Arbeitslosenversicherung zu beenden (vgl. dazu BGer-Urteil 8C_46/2014 a.a.O. E. 3.3.1).

3.

3.1 Nicht bestritten ist, dass der Beschwerdeführer während der vom 1. September 2014 bis 31. August 2016 dauernden Rahmenfrist ab dem 17. August 2015 bei der D AG (vormals E AG) tätig war und dieses Arbeitsverhältnis auch nach Ablauf der Rahmenfrist Ende August 2016 fortdauert.

3.2 Die Arbeitslosenkasse hat das Arbeitsverhältnis mit der D AG zu Recht als Tätigkeit auf Abruf qualifiziert. Aus dem Arbeitsvertrag vom 28. Juli 2015 ist ersichtlich, dass keine feste wöchentliche Arbeitszeit vereinbart worden ist. Explizit wird ausgeführt, dass der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin keinen Anspruch auf Beschäftigung hat. Die unregelmässige Arbeitszeit zeigt sich auch in den Bescheinigungen über die Zwischenverdienste von August 2015 bis August 2016. Zu Recht ging die Beschwerdegegnerin daher davon aus, dass sich keine vertraglich vereinbarte Normalarbeitszeit ermitteln lässt (vgl. Ziff. 4 des Einspracheentscheids). Gemäss Vorbringen des Beschwerdeführers in der Replik bemühte er sich um einen Arbeitsvertrag mit vereinbarter Normalarbeitszeit, was von seiner Arbeitgeberin mit dem Hinweis, solches widerspräche ihrer Geschäftsphilosophie, verweigert worden sei.

3.3 Im Weiteren rechtfertigt die Beschwerdegegnerin die Ablehnung eines weiteren Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung bzw. der Eröffnung neuer Rahmenfristen damit, dass das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit der D AG bei Ablauf der Rahmenfrist für Leistungen am 31. August 2016 bereits mehr als ein Jahr bestanden habe (Beginn 17.8.2015), weshalb es im Verlauf von einer Notlösung zur normalen Tätigkeit geworden sei.

Dem kann vorliegend nicht gefolgt werden. Wie bereits aufgeführt, handelt es sich nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig – sondern zur Überbrückung der Arbeitslosigkeit – eingegangen wurde, um eine notgedrungene Zwischenlösung (vgl. E. 2.5). Davon ist vorliegend (noch) auszugehen. Ob eine Normalität bezüglich des Arbeitsverhältnisses auf Abruf eingetreten ist, beurteilt sich anhand der konkreten Situation. Dabei ist insbesondere auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Selbst die Formulierung des SECO «Indiz für eine inzwischen als normal zu qualifizierende Arbeitszeit ist eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf mit der Folge, dass die versicherte Person während der Zeit, während der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Arbeitsausfall mehr erleidet» (in Rz. B100 der AVIG-Praxis ALE), lässt es zu, auch bei längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses noch nicht von einer diesbezüglichen Normalität auszugehen. Zum Zeitpunkt der möglichen Eröffnung der zweiten Rahmenfrist für Leistungen war der Beschwerdeführer erst etwas mehr als ein Jahr bei der D AG tätig. Es kann damit nicht ohne Weiteres aufgrund der Dauer von einer Normalität dieses Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden. Die Auslegung der Beschwerdegegnerin, dass, sobald ein Arbeitsverhältnis auf Abruf länger als ein Jahr dauert, ohne Weiteres von einer als normal zu qualifizierenden Arbeitszeit auszugehen sei, widerspricht der vorgenannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. E. 2.5).

Gegen eine solche Normalität spricht ausserdem, dass sich der Beschwerdeführer während der ganzen Dauer des Arbeitsverhältnisses (August 2015 bis August 2016) ohne Unterbruch weiter um eine andere Anstellung bemüht hat, sodass er nie wegen ungenügender Arbeitsbemühungen eingestellt werden musste. Der Beschwerdeführer hat sich offenbar mit seiner Situation nicht abgefunden und ist auch bereit, die Tätigkeit auf Abruf unverzüglich aufzugeben (die Kündigungsfrist des Arbeitsverhältnisses mit der D AG beträgt denn auch für die ersten fünf Arbeitsjahre lediglich das gesetzliche Minimum von einem Monat, vgl. Art. 335c des Obligationenrechts [OR; SR 220], Ziff. 6 des Arbeitsvertrags). Im Weiteren war der Beschwerdeführer zuvor während 33 Jahren in einer Vollzeitbeschäftigung bei der B AG tätig. Auch unter Berücksichtigung der langen Dauer dieser Anstellung im Vollzeitpensum, darf eine Normalität des Arbeitsverhältnisses auf Abruf nicht vorschnell angenommen werden. Das Erwogene steht wie erwähnt im Einklang mit der Rechtsprechung (vgl. BGer-Urteil 8C_46/2014 a.a.O., in vorstehender E. 2.5). In BGer-Urteil 8C_403/2015 vom 21. September 2015 hat das Bundesgericht ebenfalls festgehalten, bei einem im Zeitpunkt der erneuten Anspruchsbeurteilung während zwei Jahren dauernden Arbeitsverhältnis auf Abruf sei das rechtsprechungsgemässe Erfordernis einer über mehrere Jahre ausgeübten Tätigkeit nach den Bedürfnissen des Arbeitgebers (ARV 2014 S. 137 E. 3.3) nicht gegeben (E. 5.2).

Zusammenfassend kann damit nicht gesagt werden, es liege beim Arbeitsverhältnis auf Abruf des Beschwerdeführers bereits eine Dauerlösung vor, die nicht mehr dem Gedanken der Schadenminderung entspricht, weshalb die genannte Rechtsprechung nicht zur Anwendung gelangen konnte. Vielmehr erleidet der Beschwerdeführer weiterhin einen anrechenbaren Arbeitsausfall.

3.4 An dieser Beurteilung ändert auch nichts, dass die Beschwerdegegnerin geltend macht, der Beschwerdeführer weise für eine Folgenrahmenfrist lediglich eine Beitragszeit aus einer einzigen Abruftätigkeit aus, die er fortgesetzt habe. Damit sei die Abruftätigkeit zu seiner normalen Tätigkeit geworden. Dabei beruft sie sich zwar auf ein in Rz. B100 3. Alinea der AVIG-Praxis ALE aufgeführtes Beispiel. Aus den bei der Arbeitslosenkasse C eingeholten Akten ergibt sich indes, dass der Beschwerdeführer bereits zuvor während fünf Monaten (April bis August 2015) in einer Abruftätigkeit bei der G GmbH tätig war und damit nicht nur mit seiner Anstellung bei der D AG Beitragszeit generiert hat.

Die Frage, ob das in Rz. B100 3. Alinea der AVIG-Praxis ALE dargelegte Beispiel mit der dauernden Rechtsprechung des Bundesgerichts überhaupt zu vereinbaren ist, kann daher offen gelassen werden. Immerhin soll jedoch darauf hingewiesen werden, dass das Bundesgericht im bereits erwähnten BGer-Urteil 8C_403/2015 vom 21. September 2015 offenbar dennoch keine normale Tätigkeit angenommen hatte.

4.

Nach dem Gesagten ist die Anspruchsvoraussetzung des Verdienstausfalls (Art. 8 Abs. 1 lit. b AVIG) erfüllt, da die Tätigkeit des Beschwerdeführers bei der D AG den Charakter einer Übergangslösung noch nicht verloren hat und dieses Arbeitsverhältnis folglich immer noch als zur Schadenminderung bestehend zu qualifizieren ist. Die Sache ist an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen, damit sie Abklärungen betreffend die übrigen Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. a–g AVIG trifft und hiernach neu über einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entscheidet.

Kanton St. Gallen

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 10. April 2017 (Bestätigung des Entscheids des Einzelrichters des Kreisgerichts vom 10. Juni 2016)

Art. 2 L-GAV für das Gastgewerbe; Art. 3 lit. d ArG. Ein Genossenschafter und Arbeitnehmer im von einem Kollektiv geführten Restaurant der Genossenschaft, der selber nie Mitglied der Verwaltung der Genossenschaft oder als deren Organ im Handelsregister eingetragen war, übt nicht eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 lit. d ArG aus. Im Kollektiv kann sich jemand zwar mit Vorschlägen einbringen und mitreden, hat aber bei Weitem nicht die Autonomie, die er als Angestellter an der Spitze einer Unternehmenshierarchie oder auch als Selbständigerwerbender in einem eigenen Betrieb hätte. Das Arbeitsverhältnis fällt daher in den Geltungsbereich des L-GAV für das Gastgewerbe.

Sachverhalt:

Die Genossenschaft B (Beklagte) betreibt einen Restaurationsbetrieb («Hotel, Restaurant, Bar»; nachfolgend: Restaurant). K (Kläger), gelernter Koch, war vom 1. März 2013 bis 30 September 2014 als Mitarbeiter in diesem Restaurant R angestellt. Am 13. Januar 2016 reichte K beim Einzelrichter des Kreisgerichts Klage auf Nachzahlung von Lohnansprüchen ein. Er begründete seine Anträge im Wesentlichen damit, als ausgebildetem Koch hätte ihm gemäss Gesamtarbeitsvertrag (L-GAV) ein höherer Stundenlohn zugestanden. Ohne zu bestreiten, dass die ausbezahlten Löhne nicht dem L-GAV entsprochen hätten, berief sich die Beklagte zur Begründung ihres Antrags auf Abweisung der Klage darauf, dass sie, die Genossenschaft B, das Restaurant im Kollektiv führe, wobei allen Mitarbeitenden, welche alle auch Genossenschafter seien, dieselben Rechte zustünden. Das Kollektiv des Restaurants sei in seiner personellen Gesamtheit als Geschäftsleitung einzustufen, folglich falle das Arbeitsverhältnis zwischen der Genossenschaft und dem Kläger nicht in den Geltungsbereich des L-GAV. Mit Entscheid vom 10. Juni 2016 hiess der Einzelrichter die Klage mehrheitlich gut. Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte Beschwerde bei der Einzelrichterin des Kantonsgerichts.

Aus den Erwägungen:

III.

1.

Im Beschwerdeverfahren ist allem voran die Frage, ob der L-GAV für das Gastgewerbe auf das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Genossenschaft G Anwendung findet, weiterhin umstritten.

(…)

2.

a) Die Beklagte macht an keiner Stelle ihrer Beschwerde eine offensichtlich unrichtige bzw. willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz geltend. In tatsächlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass entgegen der falschen Ausdrucksweise der Beklagten die «Genossenschaft G» (aktuell) ein Restaurant führt und nicht umgekehrt das «Restaurant R» eine Genossenschaft ist. Unbestritten ist, dass der Kreis der Genossenschafter weit über den Kreis der Mitglieder des Kollektivs, die zwar alle auch Genossenschafter sind, hinausgeht.

b) Zu prüfen bleibt nun die Frage, ob vor dem gegebenen Hintergrund die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, dass der Arbeitsvertrag zwischen den Parteien vom Geltungsbereich des L-GAV erfasst war oder ob der Kläger aufgrund einer leitenden Stellung im Sinne von Art. 2 L-GAV keinen Anspruch auf dessen Schutz hatte.

c) Dem L-GAV unterstellt sind im Grundsatz alle Arbeitgeber und Mitarbeitenden von gastgewerblichen Betrieben. Letztere umfassen alle Anbieter von gastgewerblichen Leistungen, die allgemein zugänglich sind und die üblicherweise gegen Entgelt angeboten werden (Art. 1 Abs.1 L-GAV). Der L-GAV ist allgemeinverbindlich, und die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass es die Parteien nicht in der Hand haben, das Vertragsverhältnis von der Geltung des L-GAV auszuschliessen. Die im L-GAV festgelegten Bestimmungen gelten damit grundsätzlich unmittelbar für alle Arbeitgeber sowie alle Mitarbeitenden. Ob der Betrieb gewinnorientiert arbeitet, ist dabei unerheblich. Das Restaurant R erbringt gastgewerbliche Leistungen und erfüllt damit in betrieblicher Hinsicht die Voraussetzung gemäss Art. 1 Abs. 1 L-GAV.

d) Die Beklagte beruft sich jedoch auf Art. 2 L-GAV, wonach unter anderem Betriebsleiter und Direktoren vom Anwendungsbereich des L-GAV ausgeschlossen sind. In der Kommentierung zu Art. 2 L-GAV, auf die sich die Beklagte bezieht, wird angeführt, dass Arbeitnehmer in der Funktion der Betriebsleiter, der Direktoren, der Geranten oder der Geschäftsführer dem L-GAV nicht unterstellt sind, sofern sie eine «Entscheidbefugnis in wesentlichen Angelegenheiten» im Sinne des Arbeitsgesetzes innehaben und eine entsprechende Verantwortung tragen. Aufgrund ihrer ganz besonderen Stellung im Unternehmen unterstehen Angestellte, die eine «höhere leitende Tätigkeit» ausüben, weitgehend nicht dem Schutz des Arbeitsgesetzes (Art. 3 lit. d ArG). Auf sie finden die arbeitsgesetzlichen Vorschriften über die Ar-

beitszeiten und Ruhezeiten keine Anwendung. Welche Arbeitnehmer eine höhere leitende Tätigkeit im Sinne des Arbeitsgesetzes ausüben, umschreibt Art. 9 ArGV 1 näher. Dazu gehört, «wer auf Grund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebes über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebes oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann».

Der Begriff der höheren leitenden Tätigkeit im Sinne des Arbeitsgesetzes wird nach Lehre und Rechtsprechung restriktiv ausgelegt, wovon schon die Vorinstanz zu Recht ausgegangen ist (vgl. vi-Entscheid, S. 4; zur Rechtsprechung vgl. BGE 98 Ib 344 E. 2; 126 III 337 E.5a = Pra 2001 Nr. 47; BGer 2C_745/2014 E. 3.1; KGer GR in JAR 2011 S. 518 [keine höhere leitende Tätigkeit einer stellvertretenden Leiterin Unterkünfte, Camping & Restaurant Camping], vgl. auch Obergericht LU in JAR 2011 S. 525 E.4.1 [höhere leitende Tätigkeit für einen Restaurantleiter verneint]). Die Beurteilung, ob im konkreten Fall eine derartige Tätigkeit vorliegt, die eine Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes darstellt, erfolgt im Einzelfall mit Blick auf die tatsächlich ausgeübte Funktion unter Berücksichtigung der Betriebsgrösse. Dabei sind sämtliche wesentlichen Umstände des betreffenden Arbeitsverhältnisses miteinzubeziehen; ein einzelner Aspekt (wie z.B. die Lohnhöhe, eine Vertrauensstellung oder auch die Zeichnungsberechtigung) reicht für sich allein betrachtet nicht für die Qualifikation als höhere leitende Tätigkeit. Ebenfalls allein nicht massgebend ist die Bezeichnung der Funktion oder die Ausbildung; massgebend sind vielmehr die Verantwortung und die tatsächlichen (weitreichenden) Entscheidungsbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten (BGE 126 III 337 E.5a = Pra 2001 Nr. 47; GEISER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Art. 3 ArG, N 19ff.). Um Missbräuche und Gesetzesumgehungen zu vermeiden, bedingt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Qualifikation als höhere leitende Tätigkeit im Sinne von Art. 3 ArG eine bestimmte Betriebsgrösse und damit eine einigermassen komplexe und hierarchische Struktur des betroffenen Betriebes. Derjenige Angestellte, der eine höhere leitende Tätigkeit ausübt, muss eine gegenüber den übrigen Beschäftigten des Betriebes privilegierte Position innehaben, implizit also an der Spitze der Unternehmenshierarchie stehen (BGer 2C_745/2014 E. 3.4).

e) Vorliegend steht fest und ist nicht bestritten, dass der Kläger in der Organisation der Genossenschaft (d.h. der Beklagten), die sich aus den Statuten ergibt, nie eine leitende Position eingenommen hat. Er konnte an der Genossenschaftsversammlung, an der jeweils auch die Verwaltung der Genossenschaft gewählt wurde, mit Stimmrecht teilnehmen. Er selber war jedoch nie Mitglied der Verwaltung der Genossenschaft bzw. nie vom Kollektiv, das sich entgegen der Regelung in den Statuten insgesamt als «Geschäftsleitung» versteht, als eine von drei Personen in die Verwaltung

delegiert und nie als Organ der Beklagten im Handelsregister eingetragen. Für die Belange der Genossenschaft – und damit für die strategische Führung im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Genossenschaft im Rahmen ihrer Zweckbestimmung – war er jedenfalls als einfacher Genossenschafter und als deren Arbeitnehmer im (vorläufig) einzigen Restaurationsbetrieb nicht in gewichtiger Position mit weitreichender persönlicher Entscheidbefugnis zuständig. Während seiner Anstellung bei der Beklagten war er vielmehr als Mitglied des für den Betrieb des Restaurants zuständigen Kollektivs im operativen Bereich des Restaurants der Beklagten tätig. An den Sitzungen des Kollektivs wurden unbestrittenermassen Entscheide für den täglichen Geschäftsablauf und den Betrieb des Restaurants gefällt, jedoch ist auch aufgrund der mehrfach angeführten Sitzungsprotokolle entgegen der wiederholten Behauptung der Beklagten nicht ersichtlich, inwiefern «sämtliche Entscheidbefugnisse beim Kollektiv» lagen. Ebenso wenig ergibt sich aus den Sitzungsprotokollen, wie die Willensbildung – behauptet ist Einstimmigkeit – innerhalb des Kollektivs stattfindet. Anlässlich der vorinstanzlichen Parteibefragung erklärte S, Mitglied des Kollektivs und als Mitglied der Verwaltung der Beklagten mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen, K habe viel entscheiden können. Er sei immer, wenn er Schicht gehabt habe, verantwortlich gewesen, das Restaurant zu führen; immer der, der arbeite, vertrete das Restaurant und entscheide. Er habe auch Post entgegennehmen und über kleinere Reparaturen (z.B. Kühlschrankreparatur für Fr. 300.00) entscheiden können. Wichtigere Entscheide treffe das Kollektiv. Schon aufgrund dieser Darstellung hatte K während seiner Zeit des arbeitsvertraglichen Verhältnisses mit der Beklagten in seiner Stellung als Mitglied des Kollektivs und Servicemitarbeiter mit gewissen Zusatzaufgaben keinerlei Möglichkeit, massgeblich Einfluss zu nehmen auf den Geschäftsgang und die Struktur des Betriebes und schon gar nicht auf die Ausrichtung der Genossenschaft. Er besass keine privilegierte Position im Betrieb, welche sich von derjenigen der anderen Mitarbeitenden deutlich unterschieden hätte. Die wiederholte Argumentation der Beklagten, wonach alle Mitarbeitenden des Restaurants und gleichzeitig alle Mitglieder des Kollektivs faktisch die Geschäftsleitung des Betriebes in gelebter Selbstverwaltung gleichberechtigt wahrnähmen, womit sie über Entscheidbefugnisse in wesentlichen Angelegenheiten verfügten und damit alle die Voraussetzungen einer höheren leitenden Tätigkeit nach dem Arbeitsgesetz erfüllten, kann vor dem Hintergrund der Lehre und Rechtsprechung nicht nachvollzogen werden. Zu Recht hat vielmehr die Vorinstanz unter den geschilderten Umständen für den Kläger und die weiteren Mitarbeitenden im Betrieb eine Position, die einer höheren leitenden Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 3 ArG entsprechen – und damit, was wesentlich ist, für die Arbeitnehmenden eine Ausnahme von den Schutzbestimmungen des Arbeitsgesetzes (und damit auch von der Anwendung des L-GAV) rechtfertigen würden – verneint. Wenn die Beklagte faktisch – und ohne dass sich dies so aus den Statuten ergibt – (weitgehend) auf eine

hierarchische Betriebsstruktur verzichtet, verzichtet sie auch darauf, einzelne Personen mit Kompetenzen auszustatten, die eine höhere leitende Tätigkeit nach der Rechtsprechung zu Art. 3 ArG darstellen. Im Kollektiv kann sich jemand zwar mit Vorschlägen einbringen und mitreden, hat aber bei Weitem nicht die Autonomie, die er als Angestellter an der Spitze einer Unternehmenshierarchie oder auch als Selbständigerwerbender in einem eigenen Betrieb hätte. Die Beklagte macht zu Recht auch nicht geltend, die Kriterien für die Nichtunterstellung unter den L-GAV müssten weniger streng sein als diejenigen, die für Ausnahmen vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes vorgesehen sind. Denn der Schutz vor Ausnutzung, den der L-GAV den Arbeitnehmenden bieten soll, wird denn auch nicht ohne weiteres deshalb für alle Mitarbeitenden unnötig, weil die Beklagte das Restaurant durch ein Kollektiv betreiben lässt.

f) Zusammenfassend gelingt es der Beschwerdeführerin mit ihren in der Beschwerde erneut vorgetragenen Argumenten nicht, die überzeugende Begründung der Vorinstanz, weshalb auf das Arbeitsverhältnis des Klägers der L-GAV anwendbar sei, zu entkräften. Vor dem gesamten Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern beim Kläger als Mitglied des Kollektivs weitreichende Entscheidungsbefugnisse und eine Position angenommen werden könnte, die es rechtfertigen würde, ihn sowohl vom persönlichen Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes und abgeleitet daraus auch von der Unterstellung unter den Gesamtarbeitsvertrag auszunehmen. Es ist der Vorinstanz vielmehr beizupflichten, dass der Kläger bei der Beklagten keine Stellung innehatte, die eine Anwendung des L-GAV für das Gastgewerbe ausschliessen würde, weil es ihm ganz klar an wesentlichen Entscheidkompetenzen im Sinn von Art. 9 ArGV1 und an der entsprechenden Verantwortung fehlte. Damit kommen die im allgemeinverbindlichen Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Regelungen und insbesondere der dort vorgesehene Mindestlohn für Mitarbeitende mit beruflicher Grundausbildung mit eidgenössischem Fähigkeitsausweis zur Anwendung. (…)

Kantonsgericht St. Gallen, Urteil vom 9. Juni 2017

Art. 336c OR. Art. 336c Abs. 1 lit. b und Art. 336c Abs. 2 OR: Die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR erneuert sich mit jedem neuen Unfall und jeder neuen Krankheit; ein blosser Rückfall löst dagegen keine neue Sperrfrist aus. Da Art. 336c Abs. 2 OR ein einheitlicher Schutzgedanke zugrunde liegt, hat dies zur Folge, dass dort, wo ein Arbeitnehmer vor und nach der Kündigung aus der- oder denselben Ursachen wiederkehrend an der Arbeit verhindert ist («Rückfall»), eine Anrechnung stattfindet und nach der Kündigung nur noch der Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch genommen werden kann.

Sachverhalt:

Die Klägerin K arbeitete ab 12. August 2013 für die B AG (Beklagte). Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag sah ab dem zweiten Anstellungsjahr eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vor. Gegen Ende des zweiten und Anfangs des dritten Dienstjahres war K vom 8. April 2015 bis 24. Mai 2015, 4. und 5. Juni 2015, 12. Juni bis 23. Juni 2015 und 3. Juli bis 1. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig. Mit Schreiben vom 28. April 2015 (zugestellt am 2. Mai 2015) kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis per 30. Juni 2015. Mit Schreiben vom 25. Juni 2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis schliesslich fristlos. Die Klägerin machte vor Kreis- und Kantonsgericht erfolgreich die Nichtigkeit der ordentlichen Kündigung vom 28. April 2015 geltend, da diese während einer Sperrfrist im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR zugestellt wurde. Die fristlose Kündigung vom 25. Juni 2015 wurde von beiden Instanzen als ungerechtfertigt beurteilt, weshalb die Klägerin Anspruch auf Ersatz dessen hatte, was sie verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist beendet worden wäre (Art. 337c Abs. 1 OR). In diesem Zusammenhang stellte sich insbesondere die Frage, wie die den Ablauf der hypothetischen Kündigungsfrist unterbrechende Sperrfrist zu berechnen ist (Art. 336c Abs. 2 OR), zumal die Klägerin hier sowohl vor als auch nach Zugang der fristlosen Kündigung wiederkehrend arbeitsunfähig war.

Aus den Erwägungen:

III.
(…)
3.

Da sich die Klägerin am 25. Juni 2015 im zweiten Dienstjahr befand, beträgt die vertragliche Kündigungsfrist zwei Monate. Die Vorinstanz berücksichtigte (implizit, aber) zu Recht, dass die Kündigungsfrist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mit dem Zugang der Kündigung zu laufen beginnt, sondern durch Rückwärtsrechnung vom Endtermin aus zu bestimmen ist (BGE 134 III 354 E. 2). Ebenfalls zu Recht berücksichtigte die Vorinstanz die Tatsache, dass die Klägerin vom 3. Juli bis 4. Oktober 2015 (bzw. bis 30. November 2015) krank war und der Ablauf der Kündigungsfrist demnach gemäss Art. 336c Abs. 2 OR unterbrochen und erst nach Ablauf der Sperrfrist von grundsätzlich 90 Tagen fortgesetzt wurde. Weil die Klägerin vor der fristlosen Kündigung jedoch bereits insgesamt 61 Tage krank gewesen war (8. April – 24. Mai 2015 [47 Tage], 4. und 5. Juni 2015 [2 Tage]; 12. Juni – 23. Juni 2015 [12 Tage]), verblieb ihr nach Auffassung der Vorinstanz am 25. Juni 2015 nur noch ein Sperrfristguthaben von 29 Tagen (90 Tage – 61 Tage). Davon ausgehend und unter zusätzlicher Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR gelangte die Vor-

instanz zum Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist bis zum 30. September 2015 gedauert hätte.

a) Dagegen bringt die Klägerin vor, massgebend für die Berechnung der Sperrfrist seien nur diejenigen Krankheitstage, die in die Kündigungsfrist gefallen seien. Krankheitstage, welche vor der fristlosen Kündigung erfolgt seien und dementsprechend die von der Vorinstanz abgezogenen 61 Tage, hätten nicht berücksichtigt werden dürfen. Das Arbeitsverhältnis hätte deshalb unter Einhaltung der Kündigungsfrist bis zum 30. November 2015 gedauert. Unter Berufung auf eine andere Stelle der von der Vorinstanz im diesbezüglichen Zusammenhang zitierten Autoren, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, erachtet die Klägerin den Abzug vom Sperrfristguthaben sodann als nicht nachvollziehbar. Es stellt sich somit die Frage, wie die Sperrfrist zu berechnen ist, wenn der Arbeitnehmer sowohl vor als auch nach Zugang der Kündigung wiederkehrend an der Arbeitsleistung verhindert war.

b) Die Klägerin geht fehl, soweit sie sinngemäss geltend macht, STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH würden keinen entsprechenden Abzug vom Sperrfristguthaben befürworten. Die besagten Autoren (a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1076) sind in Bezug auf wiederholte krankheitsbedingte Absenzen der Meinung, erleide der Arbeitnehmer einen Rückfall, könne der Rest einer noch nicht vollständig konsumierten Sperrfrist noch in Anspruch genommen werden. Damit sei aber auch gesagt, dass der Schutz durch die Sperrfrist bereits vor der Kündigung konsumiert werden könne, wenn und soweit vom selben Verhinderungsgrund die Rede sei (in diesem Sinne auch BSK OR I-PORTMANN, Art. 336c N 9; GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, in: AJP 1996, S. 555, GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, N 620). Für REHBINDER/STÖCKLI (Berner Kommentar, N 8 zu Art. 336c OR; vgl. aber immerhin N 9 a.E.) setzt die Kündigung dagegen, wohl selbst wenn die Verhinderung im Sinne eines Rückfalls der ursprünglich die Sperrfrist auslösenden Krankheit auftritt und die frühere Sperrfrist bereits abgelaufen ist, erneut eine erstmalige Sperrfrist im vollen Umfang in Gang. Wenn Verhinderung und Rückfall hingegen erst nach Zugang der Kündigung eintreten, liege dagegen ein einziger Verhinderungsfall vor und laufe die Sperrfrist nur bis zur gesetzlichen Höchstdauer. STAEHELIN (Zürcher Kommentar, N 24 zu Art. 336c OR) hält unter Berufung auf die zuvor genannten Autoren dafür, dass frühere Arbeitsverhinderungen, die während der Kündigungsfrist nicht mehr bestehen, nicht angerechnet würden, wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung eine erneute Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfalls erleide. Im unmittelbar vorangehenden Absatz hält er jedoch klar fest, dass bei Rückfällen oder mehreren akuten Phasen eines Grundleidens die Sperrfrist auf 30, 90 oder 180 Tage begrenzt bleibe, auch wenn der Arbeitnehmer zwischen den einzelnen akuten Phasen arbeitsfähig sei. Auch BRÜHWILER (Einzelarbeitsvertrag, Art. 336c N 8) ist der Ansicht, Rückfälle würden keine neue Sperrfrist auslösen, sondern lediglich die Fortsetzung einer früheren Sperrfrist bewir-

ken. Werde der Arbeitnehmer nach der Kündigung hingegen infolge einer «Neuerkrankung» wieder arbeitsunfähig, so setzte dies grundsätzlich erneut eine erstmalige volle Sperrfrist in Gang. Einschränkend zu diesem Grundsatz schlägt er allerdings vor, dass dann, wenn der Arbeitgeber schon während der früheren ersten Arbeitsverhinderung kündigungswillig gewesen sei und wegen des Kündigungsschutztatbestandes von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR die Kündigung nicht habe aussprechen können, ab dem Zeitpunkt der Kündigungswilligkeit des Arbeitgebers dennoch eine Anrechnung der früheren ersten Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers an die Sperrfrist stattfinden solle.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung des Bundesgerichts dient das Dienstjahr, in dem sich der Arbeitnehmer befindet, nur zur Bestimmung der Sperrfristdauer. Das heisst, dass sich die Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht mit Anbruch eines neuen Dienstjahres erneuert, sondern mit jeder auf einer neuen Ursache beruhenden Arbeitsverhinderung, also auch jedem neuen Unfall und jeder neuen Krankheit, selbst wenn diese in eine schon bestehende Sperrfrist fallen; ein blosser Rückfall löst dagegen keine neue Sperrfrist aus (BGE 120 II 124 E. 3.d; BGE 124 III 475 E. 2.b/aa; BGer 8C_826/2015 E. 3.3.1; BGer 1C_296/2008 und 1C_310/2008 E. 2.1; BGer 4A_117/2007 E. 5; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1075 f. und N 8 S. 1085; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 9; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 zu Art. 336c OR).

c) Die Ausführungen der zuvor im Einzelnen zitierten Autoren sowie die soeben beschriebene Praxis zum Wiederaufleben der Sperrfrist legen nahe, dass es für die vorliegend zu beantwortende Frage wesentlich darauf ankommt, ob die auseinanderfallenden Verhinderungen auf dieselbe(n) («Rückfall») oder unterschiedliche Ursachen zurückgehen. So erscheint klar und wird von allen Autoren einhellig vertreten, dass bei auf unterschiedlichen Ursachen beruhenden Arbeitsverhinderungen keine Anrechnung stattfinden soll und jeweils wieder eine neue volle Sperrfrist ausgelöst wird, unabhängig davon, in welchem Zeitpunkt sie anfallen (der Vorschlag von BRÜHWILER, bei und ab Kündigungswilligkeit des Arbeitgebers ausnahmsweise dennoch eine Anrechnung vorzunehmen, ist mit Verweis auf die historische Auslegung in BGE 120 II 124 E. 3.d abzulehnen). Hingegen rechtfertigt es sich entgegen der Ansicht von REHBINDER/STÖCKLI nicht, bei auseinanderfallenden, aber auf dieselbe(n) Ursache(n) zurückgehenden Arbeitsverhinderungen («Rückfall») danach zu unterscheiden, ob die ursprüngliche Verhinderung vor, der Rückfall aber erst nach Zugang der Kündigung eingetreten ist oder ob sich der Wiederholungstatbestand überhaupt erst nach Zugang der Kündigung verwirklicht hat. Die Kündigung nach Wiederaufnahme der Arbeit löst für sich alleine keine neue Sperrfrist aus. Art. 336c Abs. 2 OR knüpft zwar unterschiedliche Rechtsfolgen an eine Kündigung während resp. vor Beginn einer Sperrfrist. Allerdings liegt dieser Regelung ein einheitlicher Schutzgedanke zugrunde,

nämlich dass der Arbeitnehmer vom Verlust der Arbeitsstelle geschützt wird in einer Periode, in der er aufgrund Ungewissheit über Dauer und Mass der Arbeitsunfähigkeit bei vernünftiger Betrachtung kaum eine neue Stelle finden kann (BGE 128 III 212 E. 2.c; Botschaft Kündigungsschutz BBl 1984 II 605). Dieser Schutz kann darin bestehen, dass ihm sein Arbeitgeber nicht kündigen kann und/oder dass die Kündigungsfrist während der (erneuten) Arbeitsverhinderung stillsteht. Jedenfalls besteht er in Bezug auf jede Verhinderungsursache nur so lange, als die Arbeitsverhinderung tatsächlich andauert oder bis sie die in Abhängigkeit der Anstellungsdauer vorgesehene gesetzliche Höchstdauer erreicht. Dies muss auch deshalb gelten, weil andernfalls der Arbeitnehmer den Kündigungsschutz ausdehnen könnte, indem er nach Ablauf der Sperrfrist für eine Kündigung die Arbeit trotz Krankheit oder Unfall vorübergehend wieder aufnimmt, um sich so quasi doppelt auf den zeitlichen Kündigungsschutz berufen zu können. Dies ist vom Gesetz nicht vorgesehen; dieses erwähnt nur den «entweder oder», nicht aber den «sowohl als auch» Sachverhalt, weshalb bei streng wörtlicher Auslegung eine erneute Berufung auf dieselbe Krankheits- oder Unfallursache nach Zugang der Kündigung sogar gänzlich ausgeschlossen wäre. Ferner liefe eine solche fallweise Differenzierung auch auf eine stossende Ungleichbehandlung mit einem offenkundig Langzeitarbeitsunfähigen hinaus, dem nach Ablauf der Sperrfrist gekündigt werden kann, ohne dass die Kündigungsfrist anschliessend noch einmal stillstehen würde. Aufgrund der ratio legis ist deshalb der Meinung von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (a.a.O., Art. 336c N 4 S. 1076) der Vorzug zu geben und kann bei einem Rückfall, nur – aber immerhin – noch der Rest einer nicht vollständig konsumierten Sperrfrist in Anspruch genommen werden.

d) Somit gilt es im Weiteren zu prüfen, ob die Arbeitsunfähigkeitsperioden der Klägerin vor und nach dem 25. Juni 2015 auf dieselbe(n) oder unterschiedliche Ursachen zurückgehen. Gemäss Bundesgericht sind Krankheiten neu, wenn sie keinen Zusammenhang («aucun lien») zu früheren Erkrankungen aufweisen (BGE 120 II 124 E. 3.d; BGer 4A_117/2007 und 4A_127/2007 E. 5.1). Dies ist nicht der Fall, wenn es sich um einen Rückfall, eine Komplikation oder eine klare Folgeerscheinung handelt (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c N 4 S. 1075; BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 9 zu Art. 336c OR).

Vorliegend machte die Klägerin weder erst- noch zweitinstanzlich geltend, die verschiedenen periodischen Arbeitsverhinderungen gingen auf unterschiedliche Ursachen zurück. Stattdessen brachte sie selbst insbesondere auch die Operation vom 13. Juli 2015 in direkten Zusammenhang mit der Bronchitis und der Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung. Aus ihren Schilderungen ergibt sich, dass sie (wohl ab 8. April bis 23. Juni 2015; möglicherweise auch länger) zugleich an einer Bronchitis und einer Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung litt, sich am 13. Juli 2015 einer Operation zwecks Entfernung von Polypen in den Nasennebenhöhlen unterziehen musste und daraufhin am 18. August 2015 eine weitere Infektion diag-

nostiziert wurde. Aufgrund der Darstellung der Klägerin kann zunächst einmal festgehalten werden, dass die Bronchitis und die Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung, da diese – je nach Rechtsschrift der Klägerin – zusammen oder das Eine als Folge des Anderen aufgetreten sind, als zusammenhängende Erkrankung angesehen werden müssen. Dasselbe gilt für die Operation und die spätere Infektion, zumal nach allgemeiner Lebenserfahrung als bekannt vorausgesetzt werden darf, dass als Komplikation eines operativen Eingriffs typischerweise eine Infektion auftreten kann, worauf die Klägerin in der Operationsvollmacht auch ausdrücklich hingewiesen wurde. Auch bezüglich der Operation deutet alles – und so auch die eigenen Ausführungen der Klägerin – darauf hin, dass sie auf dieselbe gesundheitliche Problematik zurückzuführen ist, nämlich auf die Bronchitis und die anhaltende Stirn- und Nasennebenhöhlenentzündung, ergänzt durch die (schon vorbestehenden) Nasenpolypen. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Erkrankung sich über mehrere Monate hinweg zog, mithin anzunehmen ist, dass eine medikamentöse Behandlung allein nicht ausreichte, und die Operation ebenfalls eine Verbesserung der Situation der Nasennebenhöhlen («Entfernen Polypen», «Optimieren Belüftung», «Geradestellen Nasenscheidewand») zum Ziel hatte. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Krankheitsperioden zusammenhingen. Damit hat die Vorinstanz die 61 Krankheitstage (8. April – 24. Mai 2015 [47 Tage]; 4. und 5. Juni 2015 [2 Tage]; 12. – 23. Juni 2015 [12 Tage]) vor Zugang der fristlosen Kündigung zu Recht von der 90-tägigen Sperrfrist in Abzug gebracht und hätte das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Kündigungsfrist – und unter Berücksichtigung von Art. 336c Abs. 3 OR (1 Tag) – am 30. September 2015 geendet.

Kanton Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e chambre civile, Arrêt du 2 octobre 2017 (Rejet de l'appel interjeté contre la décision du Préteur du district de Lugano du 6 juin 2016)

Art. 321c CO. Il est admis que les cadres supérieurs peuvent prétendre à une indemnisation des heures supplémentaires, notamment lorsqu'ils effectuent des tâches qui excèdent ce qui était prévu dans le contrat de travail ou lorsqu'ils outrepassent l'horaire convenu. En l'espèce, ces conditions sont réalités puisqu'il était initialement prévu que l'employé soit présent de 8h00 à 17h30 et qu'il a dû en réalité travailler en plus tous les soirs de 18h00 à 22h00 de manière à couvrir les horaires d'activité du marché américain (c. 5.1.2).
Art. 2 al. 2 CC. Dans la mesure où l'employeur était au courant des heures supplémentaires effectuées par son employé et qu'il n'en a pas contesté la nécessité, l'employé n'était pas obligé de transmettre un décompte de ses heures supplémentaires dès le premier mois. De même, l'employé n'a pas commis d'abus de droit en ne faisant valoir ses prétentions en indemnisation qu'après la fin des rapports de travail, pour un montant de plusieurs milliers d'heures au total (c. 5.3.2).
Art. 42 al. 2 CO. Dans la mesure où il a été globalement démontré que l'employé travaillait tous les soirs de 18h00 à 22h00, ce dernier n'avait pas à prouver de manière individuelle chacune des heures supplémentaires effectuées. En effet, la loi autorise le juge à procéder à une estimation globale (c. 5.4.2).

Ritenuto in fatto (estratti):

AO 1 ha lavorato alle dipendenze dell'istituto bancario AP 1 dall'aprile 1995 a vario titolo e, da ultimo, quale responsabile della sala mercati con il grado di vice-direttore. Dal 1° gennaio 2008 il suo stipendio lordo mensile ammontava a fr. 18'000.–, pagabile per 13 mensilità, a cui si aggiungeva un contributo per pasti di fr. 200.– mensili. Il 30 novembre 2012 AP 1 ha significato a AO 1 la disdetta ordinaria del contratto di lavoro con effetto dal 31 gennaio 2013.

Con petizione 24 giugno 2013 AO 1 ha convenuto in giudizio AP 1 innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1, per ottenerne la condanna al pagamento di fr. 519'185.80 oltre interessi. Egli, in estrema sintesi, ha preteso la retribuzione delle 3'916 ore straordinarie serali e nei giorni festivi da lui svolte dal gennaio 2008 al settembre 2011 (fr. 499'485.80) ed il pagamento del salario, comprensivo della quota parte di tredicesima e del contributo pasti, per il mese di febbraio 2013

(fr. 19’700.–). Il Pretore, con la decisione 6 giugno 2016 qui impugnata, ha parzialmente accolto la petizione ed ha così condannato la convenuta al pagamento di fr. 465’614.80 lordi oltre interessi. Egli ha in sostanza ritenuto che la pretesa volta alla retribuzione del lavoro straordinario fosse fondata per fr. 445’914.80 (per le 3’496 ore straordinarie serali), mentre quella relativa al salario di febbraio 2013, di fr. 19’700.–, potesse essere integralmente riconosciuta. Con l’appello 7 luglio 2016 che qui ci occupa, la convenuta ha chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere integralmente la petizione.

Considerato in diritto (estratti):

5.

Gran parte dell’appello è incentrato sul giudizio con cui il Pretore ha ammesso, in ragione di fr. 445’914.80 lordi, la pretesa dell’attore volta alla retribuzione del lavoro straordinario da lui svolto di sera, e meglio dalle 18.00 alle 22.00, dal gennaio 2008 al settembre 2011 (3’496 ore), allo scopo di consentire ai clienti della convenuta di accedere alla sala mercati nella fascia serale (fintanto cioè che erano aperti i mercati americani).

5.1 Nella sua sentenza il Pretore ha innanzitutto escluso che l’attore potesse essere considerato, in base alla giurisprudenza (DTF 98 Ib 344 consid. 3, 126 III 337 consid. 5a), un impiegato con funzioni dirigenziali, qualifica che per altro andava riconosciuta con un certo riserbo, e che in tal modo gli fosse preclusa la possibilità di far valere una remunerazione per l’eventuale lavoro straordinario svolto: nonostante questi fosse il responsabile della sala mercati, non era in effetti stato provato che egli disponesse di un’ampia autonomia nella gestione della stessa, non potendone definire autonomamente gli obiettivi, non potendo assumere o licenziare i dipendenti ed esercitando la sua funzione sotto il controllo della dirigenza dell’istituto bancario; a sfavore di una sua carica dirigenziale deponeva anche il fatto che egli non poteva gestire autonomamente il proprio orario di lavoro, dovendo rispettare una fascia di orario fisso, quella dalle 8.00 alle 17.30 ed essendo sottoposto all’obbligo di timbratura; e del resto la convenuta aveva ammesso di avergli già corrisposto in passato delle ore straordinarie, con il che appariva alquanto contraddittorio sostenere ora che non ne avesse diritto.

Con l’appello la convenuta ha riproposto la tesi secondo cui l’attore doveva essere considerato un impiegato con funzioni dirigenziali e non poteva così pretendere alcuna remunerazione per l’eventuale lavoro straordinario svolto. Essa ha più che altro posto l’accento sul fatto che questi fosse il vice-direttore che percepiva lo stipendio di gran lunga più elevato ricevendo pure dei bonus, che avesse alle sue dipendenze due o tre funzionari, che disponesse di un’ampia libertà d’azione riguardo alle modalità per raggiungere gli obiettivi a lui fissati e che fosse il responsabile di un settore importante, quello della sala mercati, che generava una notevole cifra

d'affari ed il 30% dell'utile della banca con tra l'altro pure la facoltà di operarvi con il patrimonio proprio della stessa.

5.1.1 La censura è innanzitutto irricevibile in ordine, visto e considerato che la convenuta, venendo meno al suo obbligo di motivazione (Art. 311 cpv. 1 CPC), non si è confrontata criticamente con tutte le circostanze che il Pretore aveva posto alla base del suo apprezzamento sul tema, in parte persino condivise, e non ha spiegato per quali ragioni di fatto o di diritto le stesse fossero errate e non potessero essere confermate.

(…)

5.1.2 Essa sarebbe comunque stata destinata all'insuccesso anche nel caso in cui fosse stata ricevibile. In effetti, quand'anche, per ipotesi, le argomentazioni addotte in questa sede dalla convenuta potessero essere considerate più convincenti di quelle esposte dal Pretore – ciò che invero non è il caso (non risultando, come invece imposto dalla pertinente giurisprudenza menzionata in prima sede, che l'attore disponesse di un potere decisionale in ambiti importanti della convenuta e meglio in quelli che potevano influenzare in maniera durevole l'intera azienda o una sua parte rilevante) – e dunque si dovesse concludere nel senso che l'attore doveva essere considerato un impiegato con funzioni dirigenziali, resterebbe in ogni caso il fatto che nelle particolari circostanze ciò non era tale da escludere un suo diritto alla remunerazione del lavoro straordinario da lui svolto a quel momento: in base alla giurisprudenza (DTF 129 III 171 consid. 2.1; TF 22 agosto 2012 4A_172/2012 consid. 4.3.2) un impiegato con funzioni dirigenziali può in effetti pur sempre pretendere il pagamento del lavoro straordinario svolto se, tra le altre cose, gli erano state affidate delle mansioni supplementari che eccedevano quelle previste nel contratto oppure se era stato contrattualmente concordato un tempo di lavoro fisso, ciò che è senz'altro avvenuto nel caso concreto, visto e considerato che il servizio che l'attore era stato incaricato di garantire (l'accessibilità alla sala mercati nella fascia serale, fintanto cioè che erano aperti i mercati americani) costituiva per l'appunto una mansione supplementare che eccedeva quelle previste nel contratto, e soprattutto che, come evidenziato a ragione dal Pretore senza per altro che la circostanza sia qui stata oggetto di censura, egli era tenuto a rispettare una fascia di orario fisso, quella dalle 8.00 alle 17.30.

5.2 Nel prosieguo del suo esposto il Pretore, fondandosi sulla dottrina e sulla giurisprudenza (WYLER, Droit du travail, 3ª ed., p. 102; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7ª ed., n. 10 ad Art. 321c CO; DTF 86 II 155 consid. 2; TF 23 settembre 2008 4A_86/2008 consid. 4.1, 15 luglio 2011 4A_42/2011 consid. 5.2), ha ritenuto che l'attore, avendo dimostrato che la convenuta era al corrente delle ore straordinarie da lui svolte e non aveva mosso alcuna obiezione al proposito, non fosse tenuto a dimostrare la necessità del suo lavoro straordinario: la possibilità di accedere alla sala mercati nella fascia serale era in effetti stata promossa attivamente dalla convenuta presso i suoi clienti, ai quali, come riferito dai suoi gestori interni, la stessa veniva offerta quale valore aggiunto; la cono-

scenza da parte della convenuta delle ore supplementari svolte dall'attore era poi confermata dal fatto che tutti i gestori interni ed esterni della banca nonché i suoi direttori utilizzavano quel servizio, di cui perfino la banca stessa usufruiva per gli averi di sua proprietà; non era per contro emerso che la convenuta si fosse opposta all'espletamento di quelle ore straordinarie, tant'è che dopo l'infortunio occorso all'attore (ossia successivamente al 20 settembre 2011) il servizio serale era continuato dal suo sostituto C., che era poi stato remunerato per tale attività straordinaria. Alla luce delle testimonianze raccolte, le asserzioni della convenuta in merito alla non esistenza e alla non validità dello scritto con il quale, l'11 gennaio 2005, l'allora direttore generale della convenuta, P., avrebbe autorizzato l'attore «a continuare ad effettuare ore supplementari nell'ambito delle sue mansioni al servizio dei clienti e dei gestori, dalle ore 18.00 alle ore 22.00, … con i mercati internazionali aperti», si rivelavano dunque prive di rilevanza.

Con la sua impugnativa la convenuta ha ribadito di non essere stata al corrente del fatto che l'attore prestasse lavoro straordinario per 4 ore ogni giorno. Essa ha invero ammesso che l'apertura della sala mercati negli orari serali corrispondesse a un servizio da lei messo a disposizione come un valore aggiunto, ma ha soggiunto che non era stato provato che quel servizio, che per altro imponeva all'attore solo di essere reperibile, fosse sempre e comunque stato fornito da lui e nella quantità stimata dal giudice di prime cure, tant'è che i testi non avevano mai sostenuto che questi fosse sempre stato disponibile, ogni giorno e per 4 ore al giorno, dopo gli orari di ufficio, e che anzi le fatture del telefonino aziendale, sul quale avveniva il contatto con lui durante le ore serali, facevano stato di un costo per le comunicazioni molto esiguo, ritenuto poi che anche dai giornali di borsa era rilevabile un numero non significativo di transazioni annuali effettuato oltre i canonici orari lavorativi. Quanto allo scritto, il cui originale non era mai stato reperito, essa ha ribadito che lo stesso, già non vincolante siccome sottoscritto da una persona che, oltre ad avere un contenzioso aperto con lei ed essere così di dubbia credibilità, nemmeno aveva diritto di firma individuale, non era conosciuto da nessun altro presso di lei e non aveva dato luogo ad accantonamenti nei bilanci annuali; ed ha aggiunto che l'arrivo del nuovo direttore generale G., che a suo dire era coinciso con l'inizio di un regime molto restrittivo in merito all'ammissibilità o meno degli straordinari, avrebbe per altro dovuto indurre l'attore a portare alla sua conoscenza il suo asserito particolare trattamento remunerativo fondato su quel documento.

5.2.1 La censura è innanzitutto irricevibile in ordine, visto e considerato che la convenuta, venendo anche qui meno al suo obbligo di motivazione (Art. 311 cpv. 1 CPC), non si è confrontata criticamente con le circostanze che il Pretore aveva posto alla base del suo giudizio sul tema e non ha spiegato per quali ragioni di fatto o di diritto le stesse fossero errate e non potessero essere condivise.

5.2.2 Essa sarebbe comunque stata infondata anche nel merito. Confrontata con l'assunto pretorile secondo cui l'attore aveva provato che essa era al corrente del lavoro straordinario da lui svolto nelle ore serali e non aveva mosso alcuna obiezione al proposito, la convenuta in questa sede si è in effetti limitata a censurare – oltre al fatto che quel lavoro non fosse stato svolto da lui ma da altri, circostanza a sostegno della quale non ha però qui offerto alcuna prova – l'entità di quel lavoro, ossia che lo stesso fosse stato svolto ogni giorno e per 4 ore al giorno (aspetto, questo, su cui si tornerà più avanti, sub consid. 5.4.2). Non avendo essa così validamente censurato di essere stata al corrente del lavoro straordinario svolto dall'attore e di non aver mosso alcuna obiezione al proposito, circostanza per altro confermata anche da altre risultanze istruttorie, la questione a sapere se lo scritto sopra indicato potesse ulteriormente suffragare la conclusione pretorile in tal senso risulta in definitiva priva di rilevanza per l'esito della lite, per cui nemmeno occorre qui esaminare la fondatezza o meno delle contestazioni da lei ora sollevate in merito al carattere vincolante ed all'esistenza stessa (e con ciò della validità) di quello scritto rispettivamente circa l'obbligo per l'attore di portare alla conoscenza del nuovo direttore generale G. il suo asserito particolare trattamento remunerativo fondato su quel documento (tema, quest'ultimo, che verrà trattato nel prossimo considerando).

5.3 Il Pretore ha in seguito rilevato che neppure giovava alla tesi difensiva della convenuta il fatto che l'attore potesse aver atteso la fine del rapporto di lavoro per quantificare le ore di lavoro straordinario svolte e rivendicarne il pagamento: in effetti, per giurisprudenza invalsa quando, come nel caso di specie, il datore di lavoro sapeva che il lavoratore aveva svolto delle ore supplementari, quest'ultimo non era tenuto a quantificarle già dopo il primo mese ma poteva attendere a farlo (DTF 129 III 171 consid. 2.3), ritenuto poi che non commetteva abuso di diritto se ne rivendicava il pagamento unicamente dopo la conclusione del rapporto di lavoro (DTF 126 III 337 consid. 7b).

Nel gravame la convenuta ha nuovamente rimproverato all'attore di non aver segnalato al nuovo direttore generale G., in violazione del principio della buona fede (Art. 2 cpv. 1 CC), il suo asserito particolare trattamento remunerativo fondato sul documento sopra indicato e di aver abusato del proprio diritto (Art. 2 cpv. 2 CC) nell'aver atteso oltre la fine del rapporto di lavoro, pur avendo in precedenza rivendicato il pagamento di altre ore supplementari (che gli erano poi state pagate), per far valere l'importantissimo numero di ore supplementari da lui prestate nella fascia serale. Essa ha pure ribadito che il diritto alla remunerazione di quelle ore era perento, siccome le stesse non erano state notificate entro un mese dalla loro esecuzione.

5.3.1 La censura è nuovamente irricevibile in ordine, visto e considerato che la convenuta, in violazione del suo obbligo di motivazione (Art. 311 cpv. 1 CPC), non si è confrontata con le argomentazioni che il Pretore aveva posto alla base del suo giudizio e non ha spiegato per quali

ragioni di fatto o di diritto le stesse fossero errate e non potessero essere condivise.

Era per altro per la prima volta solo in sede conclusionale, e con ciò in modo irrito (Art. 229 cpv. 1 e 2 e contrario e 232 CPC), che essa aveva rimproverato all'attore un comportamento costitutivo dell'abuso di diritto, quando in precedenza si era limitata a considerarlo «singolare» o «strano».

5.3.2 Ma, comunque, anche in questo caso, la censura sarebbe stata destinata ad essere disattesa. Stabilito (cfr. supra consid. 5.2.2) che la convenuta non aveva validamente censurato in questa sede di essere stata al corrente del lavoro straordinario svolto dall'attore e di non aver mosso alcuna obiezione al proposito, e ciò anche dopo l'arrivo del nuovo direttore generale G., che a suo dire sarebbe coinciso – circostanza questa a sostegno della quale non ha per altro indicato alcuna prova in questa sede – con l'inizio di un regime molto restrittivo in merito all'ammissibilità o meno degli straordinari, è senz'altro a ragione che il Pretore ha concluso, fondandosi sulla giurisprudenza da lui citata con pertinenza, che l'attore non era tenuto a quantificare le sue ore straordinarie già dopo il primo mese ma poteva attendere a farlo e che neppure poteva essergli rimproverato un abuso di diritto per averne rivendicato il pagamento solo dopo la conclusione del rapporto di lavoro (cfr., sul tema, DTF 129 III 171 consid. 2.3 e 2.4).

5.4 A detta del Pretore, il regolare svolgimento da parte dell'attore delle 4 ore supplementari serali, dalle 18.00 alle 22.00, durante tutti i giorni lavorativi, era stato confermato da quasi tutti i testimoni: i traders della banca avevano confermato che l'attore operava regolarmente sui mercati finanziari durante la suddetta fascia serale; gli stessi gestori della banca avevano riferito come questi fosse sempre reperibile ed operativo durante la fascia serale; anche il sostituto dell'attore, C., aveva affermato che il turno serale veniva svolto quotidianamente da costui; e tutte queste circostanze erano poi state confermate anche dall'ex direttore generale della convenuta P. Essendo così stata provata, tenuto anche conto dell'Art. 42 cpv. 2 CO (applicabile alla particolare questione: cfr. TF 3 gennaio 2012 4A_467/2011 consid. 5), la regolarità di quell'orario lavorativo serale, le 4 ore straordinarie giornaliere svolte durante ogni giorno feriale dovevano essergli retribuite.

In questa sede la convenuta ha rimproverato al Pretore di aver applicato l'Art. 42 cpv. 2 CO per quantificare il lavoro straordinario svolto dall'attore: a parte il fatto che l'entità delle sue ore straordinarie non era suffragata dalle necessarie «timbrature», essa ha evidenziato che l'attore non aveva apportato prove sufficienti che permettessero di valutare il numero di ore supplementari da lui svolte, non essendo stato in grado di provare di aver sempre svolto, tutti i giorni, 4 ore di straordinario, tanto più che dalle testimonianze emergeva unicamente la sua reperibilità anche oltre il normale orario lavorativo, ma non certo l'effettivo lavoro da lui preteso.

5.4.1 Anche questa censura è irricevibile in ordine, visto e considerato che la convenuta, in violazione del suo obbligo di motivazione (Art. 311

cpv. 1 CPC), non si è confrontata con le argomentazioni che il Pretore aveva posto alla base del suo giudizio, e non ha spiegato per quali ragioni di fatto o di diritto le stesse fossero errate e non potessero essere condivise.

5.4.2 Ma, anche in questo caso, le considerazioni della convenuta sarebbero comunque state destinate all'insuccesso.

La pacifica mancanza delle «timbrature» dell'attore durante la fascia orale serale, dalle 18.00 alle 22.00, non toglie in effetti che i testimoni citati dal Pretore, le cui deposizioni sono per altro state confermate anche da altre risultanze istruttorie, abbiano permesso di confermare la regolarità di quel suo impegno lavorativo serale nel senso che egli svolgesse, ogni giorno, circa 4 ore straordinarie (mentre la circostanza, precedentemente evidenziata dalla convenuta, che le fatture del telefonino aziendale, sul quale avveniva il contatto con lui durante le ore serali, facevano stato di un costo per le comunicazioni molto esiguo e che anche dai giornali di borsa era rilevabile un numero non significativo di transazioni annuali effettuato oltre i canonici orari lavorativi, per altro nuova e con ciò irricevibile [cfr. Art. 317 cpv. 1 CPC], non è ancora sufficiente a sconfessare le molteplici e concordi deposizioni, in senso contrario, rese dai testimoni citati dal primo giudice).

È vero che l'attore non era stato in grado di provare con certezza di aver sempre svolto, tutti i giorni, 4 ore di straordinario, ma la convenuta pare scordare che è per l'appunto per questa ragione che il giudice di prime cure ha ritenuto di potersi e doversi avvalere sulla particolare questione, come riconosciutogli dalla giurisprudenza da lui citata con pertinenza (cfr. pure DTF 128 III 271 consid. 2b/aa; TF 23 settembre 2008 4A_86/2008 consid. 4.2), della facilitazione della prova prevista dall'Art. 42 cpv. 2 CO.

Non risulta invece che l'attività serale dell'attore fosse limitata alla sua reperibilità, come sarebbe stato riconosciuto dallo stesso Pretore: nella sentenza di primo grado il primo giudice ha sì evidenziato che i gestori della banca avevano riferito come l'attore fosse sempre reperibile durante la fascia serale, ma ha pure rilevato, senza che ciò sia qui stato censurato dalla convenuta, che gli stessi avevano pure aggiunto come questi fosse allora sempre operativo, ritenuto che in ogni caso neppure è stato censurato che i traders della banca avevano confermato che l'attore operava regolarmente sui mercati finanziari durante la suddetta fascia serale, che anche il sostituto dell'attore aveva affermato che il turno serale veniva svolto quotidianamente da costui e che tutte queste circostanze erano poi state confermate anche dall'ex direttore generale della convenuta.

(…)

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Tribunal d'appel du canton du Tessin, II^e^ chambre civile, Arrêt du 7 novembre 2017 (Admission partielle de l'appel interjeté contre les mesures provisionnelles ordonnées par le Préteur de la juridiction de Mendrisio sud en date du 21 juillet 2017).

Art. 261 al. 1 CPC et art. 340b al. 3 CO. Clause de prohibition de concurrence. En l'espèce, l'existence d'un préjudice difficilement réparable est incontestable. En effet, en raison de leur activité concurrentielle, répétée et systématique, les deux anciens employés pouvaient menacer l'existence même de la société ou à tout le moins lui causer un dommage certain et grave (c. 8).
Art. 340b al. 3 CO. A teneur de la loi, la cessation de la contravention ne peut être exigée par l'employeur que s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, condition non réalisée dans le présent litige (c. 9.2.2). En l'espèce, la cessation de la contravention peut toutefois être retenue contre l'un des deux anciens employés, dans la mesure où ce dernier a conclu, dans le cadre d'une autre procédure, une transaction judiciaire, dans laquelle il s'est engagé à ne pas faire concurrence à son ancien employeur jusqu'à une certaine date, soit fin mars 2018 (c. 9.2.3).

Ritenuto in fatto (estratti):

AP 2 e AP 1 sono stati assunti da AO 1, società attiva nella compravendita di materiale elettrico, elettronico, elettromeccanico e pneumatico, sulla base di due contratti firmati il 19 settembre 2005 il primo, rispettivamente il 22 ottobre 2012 il secondo, che, al punto 6, prevedevano una clausola di divieto di concorrenza. I due rapporti di lavoro sono poi terminati nel corso del 2017: AP 1 è in effetti stato licenziato in tronco il 20 gennaio 2017, mentre AP 2 ha rassegnato le sue dimissioni con effetto al 1° maggio 2017. Da quest'ultima data AP 1 e AP 2 sono entrati alle dipendenze della neocostituita PI 1, società attiva nella compravendita di materiale per imballaggi, elettrico, elettromeccanico e pneumatico.

Con istanza 24 maggio 2017 AO 1 ha convenuto in giudizio innanzi alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio sud PI 1, AP 1 e AP 2, chiedendo, in via supercautelare e cautelare, che fosse fatto loro ordine, con la comminatoria dell'Art. 292 CP, di astenersi da qualsiasi contatto con i suoi fornitori e clienti, e che gli ultimi due convenuti fossero condannati a chiudere immediatamente la prima convenuta. Il Pretore, con la decisione cautelare 21 luglio 2017 qui impugnata, ha parzialmente accolto l'istanza (dispositivo n. 1) nel senso che ha fatto ordine al secondo e al terzo convenuto di astenersi da qualsiasi contatto con i clienti dell'istante (dispositivo n. 1.1), ha assegnato all'istante un termine di 60 giorni per promuovere la relativa causa di merito (dispositivo n. 1.2) ed ha respinto ogni altra domanda dell'istante (dispositivo n. 2); ha respinto la domanda di garanzia formulata

dai convenuti (dispositivo n. 3). Egli, per quanto qui interessa, ha ritenuto che, a fronte dell'attuale attività concorrenziale svolta dal secondo e dal terzo convenuto, rei di aver contattato i clienti dell'istante e di aver loro sottoposto delle proposte di collaborazione, le condizioni per la concessione del provvedimento cautelare ora richiesto, da limitarsi però come al dispositivo, fossero senz'altro date. Con l'appello 3 agosto 2017 che qui ci occupa, AP 1 e AP 2 hanno chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere integralmente l'istanza cautelare. Essi, in sintesi, hanno contestato la sussistenza dei requisiti dell'urgenza, del danno difficilmente riparabile e della parvenza del buon fondamento della futura azione di merito («fumus boni iuris»). Ed hanno pure osservato come il provvedimento adottato non fosse rispettoso del principio della proporzionalità.

Considerato in diritto (estratti):

8.

La censura con cui il secondo e il terzo convenuto hanno rimproverato al Pretore di aver ritenuto adempiuto il requisito del danno difficilmente riparabile non può pure trovare accoglimento. Anche in questo caso essa dev'essere innanzitutto dichiarata irricevibile in quanto essi, in violazione del loro obbligo di motivazione (Art. 311 cpv. 1 CPC), non si sono confrontati con l'argomentazione pretorile secondo cui quel requisito risultava invece dato in considerazione del fatto che la loro attuale attività concorrenziale era certamente suscettibile di causare un pregiudizio che poteva raggiungere il carattere della gravità; le ragioni a sostegno del mancato adempimento del requisito sono per altro state anche qui addotte per la prima volta solo in questa sede (Art. 317 cpv. 1 CPC). La stessa sarebbe comunque stata destinata all'insuccesso anche nel merito, atteso che l'unica ragione da loro evocata sul tema, quella secondo cui quell'attività avrebbe provocato solo un danno economico, non appare convincente, visto e considerato che nell'occasione la loro attività concorrenziale, svolta in modo ripetuto e sistematico, era idonea, siccome tale da dirottare tutti i clienti dell'istante e di fatto messa in atto in tale misura, a minacciarne la sua stessa esistenza (TERCIER/FAVRE, Les contrats spéciaux, 4ª ed., n. 3856 seg.; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Le contrat del travail, 2ª ed., n. 3.1 e 3.2 ad Art. 340b CO; HÄFLIGER, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbitsvertragsrecht, 2ª ed., p. 76; Rep. 1995 n. 46 p. 203 seg.) e rischiava comunque di crearle un danno certo e grave (cfr. AUBERT, Commentaire Romand, 2ª ed., n. 4 ad Art. 340b CO; II CCA 11 ottobre 2010 inc. n. 12.2010.110, 26 maggio 2015 inc. n. 12.2014.155); il secondo e il terzo convenuto non hanno per altro preteso che il danno economico causato in tal modo alla controparte sarebbe stato contenuto e con ciò non tale da comprometterne l'esistenza. Sempre a questo proposito non va oltretutto dimenticato che il secondo ed il terzo convenuto, trasferitisi in blocco pres-

so la prima convenuta, neocostituita ditta concorrente dell'istante, erano gli unici dipendenti di quest'ultima.

L'apprezzamento delle circostanze permette in definitiva di concludere nel senso dell'esistenza del requisito del pregiudizio difficilmente riparabile (cfr. DTF 131 III 473 consid. 3.2).

9.

Il Pretore, esprimendosi sul requisito del «fumus boni iuris», ha ritenuto che la pretesa dell'istante si fondasse su un valido divieto di concorrenza che impediva al secondo e al terzo convenuto di prendere contatto con la sua clientela. A suo giudizio, questo divieto di concorrenza non solo era stato validamente pattuito, ai sensi degli Art. 340 e 340a CO, nei due contratti di lavoro, ma risultava anche dal fatto che, per quanto atteneva al secondo convenuto, lo stesso, nell'ambito di un'altra vertenza giudiziaria, si era impegnato, fino a marzo 2018, a non comunicare a terzi e a ditte concorrenti dell'istante i dati dei suoi clienti e i prezzi praticati ritenuto che la messa a disposizione della sua conoscenza della clientela dell'istante nell'ambito della sua attività attuale lavorativa non rispettava pure questo impegno.

9.1 In questa sede, mentre il secondo e il terzo convenuto hanno rilevato che la clausola di divieto di concorrenza inserita nei contratti, per altro a loro inapplicabile siccome non sussistevano conoscenze acquisite tali da giustificare l'esistenza di un divieto di concorrenza giusta l'Art. 340 cpv. 2 CO, non adempiva le condizioni di validità previste dall'Art. 340a cpv. 1 CO e non poteva così essere «completata» dal giudice, rispettivamente che il divieto di concorrenza contrattuale nei confronti del secondo convenuto era nel frattempo cessato in virtù dell'Art. 340c cpv. 2 CO, l'istante ha a sua volta evidenziato come la proposta ai suoi clienti di cominciare a lavorare con loro in quanto la scadenza contrattuale si avvicinava fosse pure contraria alla LCSl.

9.2 Nel caso di specie, alla luce di quanto detto dal giudice di prime cure e dalle parti, l'esistenza o meno del requisito del «fumus boni iuris» dev'essere esaminata da tre distinti punti di vista.

Come si vedrà, quel requisito è solo parzialmente adempiuto.

9.2.1 Contrariamente a quanto preteso dall'istante, non è possibile ritenere che l'eventuale futura causa di merito fondata sulla LCSl sarebbe stata verosimilmente accolta. Come già evidenziato con pertinenza dal Pretore, nel fatto che il secondo e il terzo convenuto abbiano contattato i clienti dell'istante ed abbiano sottoposto loro delle proposte di collaborazione per il periodo successivo alla scadenza dei relativi contratti con l'istante non è in effetti ancora ravvisabile un comportamento contrario alla LCSl, segnatamente all'Art. 4 lett. a LCSl.

9.2.2 Ma neppure si può condividere l'assunto pretorile secondo cui l'eventuale futura causa di merito fondata sul divieto di concorrenza pattuito contrattualmente avrebbe verosimilmente trovato accoglimento. Nonostante il secondo e il terzo convenuto non possano essere seguiti laddove,

dopo aver evidenziato che non sussistevano conoscenze da loro acquisite tali da giustificare l'esistenza di un divieto di concorrenza giusta l'Art. 340 cpv. 2 CO (a torto, in quanto essi nella loro attività, essendo oltretutto gli unici dipendenti dell'istante, erano pure venuti a conoscenza dei segreti d'affari dell'istante, quali la clientela, i fornitori e i prezzi applicati, cfr. AUBERT, op. cit., n. 4 ad Art. 340 CO), hanno preteso da una parte che la clausola di divieto di concorrenza inserita nei contratti fosse sostanzialmente nulla siccome non adempiva le condizioni di validità previste dall'Art. 340a cpv. 1 CO (la dottrina e la giurisprudenza ritengono infatti che – come fatto qui dal Pretore – la relativa clausola non sia nulla ma che la sua estensione vada in tal caso ridotta dal giudice, cfr. TERCIER/FAVRE, op. cit., n. 3852; REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar, n. 6 ad Art. 340a CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7ª ed., n. 5 ad Art. 340a CO; AUBERT, op. cit., n. 2 ad Art. 340a CO; II CCA 11 ottobre 2010 inc. n. 12.2010.110, 4 aprile 2011 inc. n. 12.2010.112, 13 gennaio 2012 inc. n. 12.2011.71, 26 maggio 2015 inc. n. 12.2014.155), rispettivamente laddove hanno rilevato dall'altra che il divieto di concorrenza contrattuale nei confronti del secondo convenuto era nel frattempo cessato in virtù dell'Art. 340c cpv. 2 CO (la relativa argomentazione, fondata su fatti nuovi, è in effetti irricevibile, cfr. Art. 317 cpv. 1 CPC), resta però il fatto che, giusta l'Art. 340b cpv. 3 CO, la cessazione dello stato lesivo del contratto derivante da una clausola di divieto di concorrenza, ossia l'inoltro di una causa di merito avente per oggetto la cessazione della turbativa, sarebbe stata possibile tra l'altro solo in virtù di uno speciale accordo scritto tra le parti (cfr. DTF 131 III 473 consid. 3.2; TERCIER/FAVRE, op. cit., n. 3855; REHBINDER/STÖCKLI, op. cit., n. 10 seg. ad Art. 340b CO; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., n. 8 seg. ed in particolare n. 9 ad Art. 340b CO; Aubert, op. cit., n. 1 ad Art. 340b CO; Bohny, Das arbeitsrechtliche Konkurrenzverbot, p. 159). Sennonché, nel caso di specie, la clausola n. 6 del contratto (in base alla quale «con questo contratto il dipendente si obbliga per scritto verso il datore di lavoro ad astenersi da ogni attività concorrenziale dopo la fine del rapporto di lavoro, in particolare a non esercitare per proprio conto, un'azienda concorrente né a lavorare in una tale azienda né a parteciparvi. Art. 340 segg CO»), che di fatto si limitava a riprendere il tenore dell'Art. 340 cpv. 1 CO, non prevedeva nulla nel senso sopra indicato.

9.2.3 L'altro assunto pretorile in merito al verosimile buon fondamento dell'eventuale futura causa di merito promossa nei confronti del solo secondo convenuto, fondata sull'impegno di divieto di concorrenza che a detta del giudice di prime cure era stato da questi assunto transattivamente nel doc. F, non è stato invece censurato nell'appello. Lo stesso deve così essere ritenuto assodato, tanto più che non vi sono ragioni giuridiche per non poter prendere in considerazione quel suo impegno che, avendo fatto oggetto di un accordo giudiziario transattivo nell'ambito di una procedura di conciliazione, ha la valenza, per altro indicata espressamente nel docu-

mento stesso, di una decisione del giudice (cfr. Art. 208 cpv. 2 CPC). Tenuto conto che quell'impegno era stato allora assunto dal secondo convenuto unicamente fino alla fine del marzo 2018, s'impone ora di inserire questa limitazione temporale nel dispositivo.

9.3 In definitiva il requisito del «fumus boni iuris» può così essere ammesso, nella misura ed ai sensi del considerando che precede, solo nei confronti di AP 1.

10.

Con l'ultima censura il secondo e il terzo convenuto hanno evidenziato come il provvedimento adottato non fosse rispettoso del principio della proporzionalità laddove li obbligava ad astenersi da qualsiasi contatto con «i clienti dell'istante», termine che essi hanno ritenuto eccessivamente indeterminato e generico e dunque da sostituire con l'espressione «clienti con un contratto di manutenzione in corso presso l'istante». La censura deve senz'altro essere disattesa. Essa è innanzitutto irricevibile, visto e considerato che nella sede pretorile mai era stato preteso che la richiesta della controparte in tal senso potesse essere lesiva del principio della proporzionalità per queste ragioni (Art. 317 cpv. 1 CPC). Essa sarebbe comunque stata infondata, visto che la formulazione adottata dal Pretore è chiara, tanto più che nei considerandi egli aveva ulteriormente precisato il senso dell'ordine cautelare, nel senso che restava inteso che la prima convenuta, indirettamente, non avrebbe potuto in alcun modo sfruttare le conoscenze della clientela dell'istante da parte dei suoi attuali dipendenti, ossia del secondo e del terzo convenuto, i quali di contro erano vincolati da un divieto di concorrenza e non potevano dunque sfruttare le conoscenze maturate nella precedente ditta nell'ambito della loro attività professionale.

11.

Ne discende, in parziale accoglimento dell'appello, che il provvedimento cautelare nei confronti del terzo convenuto dev'essere revocato, mentre quello nei confronti del secondo convenuto dev'essere limitato ai sensi dei considerandi.

(…)

Arrêt communiqué par A. Fiscalini, Président de la seconde Chambre civile du Tribunal d'appel du canton du Tessin

Kanton Waadt

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 10 février 2017 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 13 septembre 2016 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte)

Art. 336 al. 1 let. d CO. En manifestant son mécontentement à l'annonce brutale de la mise en œuvre du nouveau règlement d'entreprise, l'employé a émis une prétention découlant du contrat de travail. Les circonstances ne permettant en outre pas de douter de sa bonne foi, le congé litigieux doit être considéré comme abusif (c. 3.3).
Le congé litigieux s'apparente également aux hypothèses visées par l'art. 336 al. 2 let. a et let. b CO. L'employé a été licencié parce qu'il était selon lui inadmissible que le nouveau règlement d'entreprise n'ait pas été soumis au syndicat, sans qu'il soit cependant établi qu'il était formellement membre de ce syndicat (cf. art. 336 al. 2 let. a CO). S'agissant du cas décrit à l'art. 336 al. 2 let. b CO, l'employé a eu un rôle actif en qualité de membre d'une délégation du personnel, sans qu'il soit clairement établi si cette commission existait encore lorsqu'il a été licencié, puisque l'affaire de harcèlement sexuel pour laquelle elle avait été constituée était alors réglée. Le congé litigieux ne remplit ainsi pas strictement les conditions des dispositions susmentionnées. La liste de l'art. 336 CO n'étant cependant pas exhaustive, il faut considérer que le licenciement de l'intimé, très proche des deux situations envisagées par le législateur comme étant abusives, est clairement contraire à l'art. 336 CO (c. 3.3).

Extraits des faits:

Par contrat de travail du 5 juillet 2013, E. SA a engagé T. en qualité de technicien «assistance respiratoire» dès le 5 août 2013. Son salaire mensuel brut s'élevait à 4'900 fr., auquel s'ajoutait 350 fr. par semaine d'astreinte.

Par courrier recommandé du 16 juillet 2014, E. SA a résilié le contrat de travail de T., expliquant que celui-ci avait adopté, depuis un certain temps, un comportement intolérable au sein de la société. Elle a relevé qu'il remettait systématiquement en cause les décisions de ses supérieurs hiérarchiques, insultait certains collègues et refusait de faire des services d'astreinte, cette attitude ayant persisté malgré plusieurs avertissements oraux ou écrits. Elle annonçait que compte tenu du délai de congé d'un mois pour la fin d'un mois, le contrat de travail prendrait fin le 31 août 2014 et que T. était libéré de son obligation de travailler. Le syndicat Z. a

contesté ce licenciement par courrier du 30 juillet 2014, indiquant qu'il s'agissait d'un congé de représailles, en raison de l'engagement actif de T. dans le cadre de la dénonciation du harcèlement subi par plusieurs employés de E. SA. Le syndicat a invoqué la nullité du licenciement, intervenu en temps inopportun en raison de l'incapacité de travail de T. dès le 17 juin 2014 et a en tout état de cause contesté les motifs invoqués à l'appui du congé. Par courrier du 12 novembre 2014, E. SA a indiqué au conseil de T. qu'à la suite de l'incapacité de travail de celui-ci, les rapports de travail avaient pris fin le 31 octobre 2014.

Par demande du 31 août 2015 déposée devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte, T. a conclu au paiement par E. SA d'un montant de 25'050 fr. avec intérêt. A l'audience du 13 septembre 2016, T. a augmenté ses conclusions en paiement à 29'700 fr. avec intérêt. Par jugement du 13 septembre 2016, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Côte a dit que E. SA devait payer à T. la somme de 19'600 fr. plus intérêt, à titre d'indemnité pour licenciement abusif. En droit, les premiers juges ont considéré que les motifs invoqués par E. SA à l'appui du congé – à savoir le comportement de T. à l'égard de ses collègues et son attitude contestataire – étaient injustifiés, et qu'il ne faisait aucun doute que celui-ci avait été licencié parce qu'il s'était permis d'interpeller son employeur en sa qualité de représentant des travailleurs et qu'il avait manifesté, en leur nom, son insatisfaction et sa contrariété à l'annonce, lors d'une réunion tenue le 16 juin 2014, d'un nouveau règlement qui avait été imposé aux employés contrairement à ce qui avait été convenu avec le conseil d'administration.

Par acte du 31 janvier 2017, E. SA a interjeté appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

3.1 L'appelante conteste que le congé litigieux soit abusif au sens des art. 336 al. 1 let. d et al. 2 let. a CO. Elle soutient que l'intimé aurait été licencié en raison de son comportement inapproprié, dont notamment son départ précipité lors de la réunion du 16 juin 2014. Elle reproche aux premiers juges d'avoir retenu que le congé avait été donné parce que l'intimé avait manifesté, en sa qualité de représentant des travailleurs, son insatisfaction et sa contrariété à l'annonce du nouveau règlement d'entreprise imposé brutalement sans discussion préalable, et qu'il était à la suite de mois de tension en lien avec l'affaire de harcèlement. Selon elle, la question de la mise en œuvre d'un règlement d'entreprise ne ferait pas partie de l'objet du litige et ne serait qu'une excuse inventée par l'intimé pour tenter de justifier son comportement inadmissible. L'attitude inappropriée de l'intimé serait établie par pièces et témoins, dont l'autorité de première instance n'aurait pas tenu compte.

3.2

3.2.1 La résiliation ordinaire du contrat de travail est abusive lorsqu'elle intervient dans l'une des situations énumérées de façon non exhaustive à l'art. 336 CO. Est notamment abusif le congé donné parce que l'autre partie a fait valoir de bonne foi des prétentions résultant du contrat de travail (Art. 336 al. 1 let. d CO). L'art. 336 al. 1 let. d CO suppose la réunion de quatre conditions (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, pp. 637 ss):

1° L'émission préalable de prétentions par la partie qui s'est vu notifier le congé.

2° L'existence de prétentions résultant du contrat de travail, qui doit être comprise largement. Elles peuvent être de nature diverse. La jurisprudence admet notamment que formule de telles prétentions le travailleur qui charge un syndicat de défendre ses intérêts à l'encontre de l'employeur. De manière générale, le congé est abusif lorsqu'il est signifié au travailleur parce qu'il s'est plaint, de bonne foi, d'une violation du droit au respect de sa personnalité.

3° La bonne foi de la partie qui émet de telles prétentions. L'exigence relative à la bonne foi de la partie qui émet des prétentions comporte un double aspect, protégeant à la fois l'employeur et le travailleur. D'une part, la réclamation ne doit pas être chicanière, ni téméraire, car la protection ne doit pas s'étendre au travailleur qui cherche à bloquer une résiliation en soi admissible, en formulant des prétentions chicanières, téméraires ou injustifiées; d'autre part, la prétention exercée ne doit pas nécessairement être fondée en droit puisqu'il suffit que le travailleur soit légitimé, de bonne foi, à penser qu'elle l'est. La bonne foi est en principe présumée (Art. 3 al. 1 CC).

4° Un lien de causalité entre la formulation de la prétention et la résiliation. S'il n'est pas nécessaire que les prétentions émises par le travailleur aient été seules à l'origine de la résiliation, elles doivent néanmoins avoir essentiellement influencé la décision de l'employeur de licencier.

3.2.2 Est également abusif le congé donné par l'employeur en raison de l'appartenance ou de la non-appartenance du travailleur à une organisation de travailleurs ou en raison de l'exercice conforme au droit d'une activité syndicale (Art. 336 al. 2 let. a CO) ainsi que le congé donné pendant que le travailleur, représentant élu des travailleurs, est membre d'une commission d'entreprise ou d'une institution liée à l'entreprise et que l'employeur ne peut prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation (Art. 336 al. 2 let. b CO).

Le cas visé par la lettre a de cette disposition s'étend à l'exercice d'une activité syndicale licite. Pour être abusif, il faut que le congé ait été donné parce que le travailleur est syndiqué (TF 4A_485/2015 du 15 février 2016, consid. 3.1).

La protection de l'art. 336 al. 2 let. b CO concerne en particulier les représentants des travailleurs, membres de la représentation, élus confor-

mément aux Art. 5 à 7 LPart (Loi fédérale sur l'information et la consultation des travailleurs dans les entreprises du 17 décembre 1993; RS 822.14).

3.3 En l'espèce, il résulte des déclarations de (...), responsable technique, de (...), chef technique, et de R., responsable administrative, qu'il est arrivé à l'intimé de remettre en cause les instructions de ses supérieurs et de refuser certaines mises en place de patients pour des questions d'horaire, qu'une altercation a eu lieu entre lui et un autre employé, qu'il a à une reprise été agressif sur la route et qu'il n'était plus forcément évident de discuter avec lui pendant la période de crise liée à l'affaire de harcèlement, mais qu'il faisait son travail et était professionnel. Ses supérieurs se sont en outre à deux reprises plaints de son comportement. Par courrier électronique du 18 février 2014, V. a signalé à U. que l'intimé avait réglé le volume de l'autoradio d'un véhicule d'entreprise trop fort et qu'il avait lancé un regard «défigurant et menaçant» à l'ancien directeur. Par courriel du 25 mars 2014, P. a également reproché à l'intimé de discuter ou donner son avis sur les mesures décidées par ses supérieurs hiérarchiques. On ne sait cependant rien des circonstances dans lesquelles ont eu lieu l'altercation avec un autre employé ni l'incident sur la route, de sorte que l'appelante ne saurait les invoquer sans autre pour justifier le licenciement de l'intimé. S'agissant de l'attitude contestataire de l'intimé et du refus de certaines mises en place de patients, ces événements ont eu lieu alors qu'une atmosphère tendue régnait au sein de l'entreprise, étant rappelé qu'U. a dû intervenir pour défendre les intérêts de l'intimé, membre de la délégation du personnel, qui subissait des pressions de la part de la hiérarchie. Par ailleurs, O., directrice de l'appelante, a déclaré qu'elle n'avait pas rencontré de problèmes avec l'intimé depuis son entrée en fonction, le 12 mai 2014, jusqu'à la séance du 16 juin 2014.

S'agissant de cette séance, O. a expliqué que l'intimé avait réagi de façon assez agressive à la suite de l'annonce de la mise en place d'un règlement interne et de la distribution de celui-ci, en demandant si ledit règlement avait été soumis au syndicat Z., ce à quoi elle avait répondu qu'une copie avait été envoyée au syndicat, auquel il n'appartenait cependant pas d'en décider le contenu. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'appelante, la question de l'introduction du règlement d'entreprise a bien été un élément déclencheur, du point de vue même de la directrice de la société.

L'intimé était très impliqué dans la gestion du cas de harcèlement sexuel. Il est établi qu'il était membre de la délégation du personnel constituée à la suite du harcèlement dont ont été victimes certains employés de l'appelante, qu'il était membre du groupe what's app créé par U. en raison de cette affaire et qu'il était présent aux réunions tenues en présence de la direction et du syndicat Z.. Entendu en qualité de témoin, U. a notamment déclaré que c'était le membre de la délégation qui s'était mis le plus en avant, se faisant le porte-parole des victimes, qui avaient de la difficulté à en parler. Ainsi, l'intimé a réagi à l'instauration non annoncée d'un règle-

ment, imposé abruptement, après quatre mois pendant lesquels il a assumé, en plus de son travail, un rôle important dans la défense des intérêts de ses collègues harcelés et subi des pressions de la part de sa hiérarchie. C'est après la réponse de la directrice, sous forme de fin de non-recevoir, que l'intimé a quitté la séance. Le fait qu'il ait déclaré avoir fait ses heures, plutôt que d'avoir expressément expliqué que son départ était lié à l'imposition d'un nouveau règlement non négocié avec le personnel et/ou le syndicat Z., ne change rien au fait qu'il y a un lien direct entre cette annonce et son attitude, manifestation de total désaccord relatif au processus unilatéral d'élaboration du règlement. Dans ces conditions, on ne saurait retenir la thèse de l'appelante, selon laquelle le désaccord avec le règlement serait une excuse inventée par l'intimé pour justifier son comportement. C'est au contraire si celui-ci n'avait pas manifesté son désaccord lors de la distribution du règlement et n'en avait fait état qu'ensuite, en procédure, qu'on pourrait alors douter des motifs pour lesquels il a quitté la réunion. On relèvera au demeurant le message rédigé par l'intimé pendant la séance du 16 juin 2014 sur le groupe « what's app » créé par U., demandant s'il était normal que la nouvelle directrice distribue un règlement non validé par le syndicat. Il était donc bel et bien choqué par le procédé utilisé.

L'appelante affirme que le règlement aurait été élaboré et discuté avec le syndicat Z. Aucun élément au dossier ne permet d'établir cette allégation. Lors de la séance de conciliation du 11 mars 2014, il est vrai que l'instauration d'un règlement d'entreprise a été évoquée, de même que la possibilité de le soumettre au syndicat Z., mais il ne résulte pas de l'état de fait que ce règlement aurait effectivement été discuté avec le personnel ou le syndicat.

L'appelante soutient enfin que l'intimé aurait quitté la séance du 16 juin 2014 une heure après l'annonce de la mise en œuvre du nouveau règlement d'entreprise, lorsque la partie technique de la réunion avait commencé, ce qui démontrerait qu'il aurait agi de la sorte par pure provocation. Tant (...) que (...) ont estimé que l'attitude de l'intimé était inadmissible. Leur ressenti à ce propos est cependant insuffisant pour admettre que celui-ci aurait agi de manière inappropriée, d'autant plus au regard des tensions existant au sein de l'entreprise à cette période. En tenant tête à sa hiérarchie concernant la mise en œuvre d'un règlement qui aurait selon lui dû être préalablement soumis au syndicat Z., l'intimé a émis des revendications à caractère syndical. On ne saurait considérer qu'il ait agi par pure provocation.

Compte tenu de ce qui précède, la cours de céans retient, avec les premiers juges, que le licenciement de l'intimé trouve sa source dans le fait qu'il a continué à défendre les droits des autres collaborateurs de l'entreprise face à la direction, dans la continuité de son engagement pris dans le cadre de la grave crise interne ayant nécessité l'intervention appuyée du syndicat Z., mais cette fois en lien avec le nouveau règlement d'entreprise.

Les conditions de l'art. 336 al. 1 let. d CO sont ainsi réalisées: en manifestant son mécontentement à l'annonce brutale de la mise en œuvre du nouveau règlement d'entreprise, l'intimé a émis une prétention découlant du contrat de travail. Les circonstances ne permettant en outre pas de douter de sa bonne foi, le congé litigieux doit être considéré comme abusif au sens de l'art. 336 al. 1 let. d CO.

Par ailleurs, le congé litigieux s'apparente aux hypothèses visées par l'art. 336 al. 2 let. a et let. b CO. L'intimé a été licencié parce qu'il était selon lui inadmissible que le nouveau règlement d'entreprise n'ait pas été soumis au syndicat Z., sans qu'il soit cependant établi qu'il était formellement membre de ce syndicat (cf. Art. 336 al. 2 let. a CO). S'agissant du cas décrit à l'art. 336 al. 2 let. b CO, l'intimé a eu un rôle actif en qualité de membre d'une délégation du personnel, sans qu'il soit clairement établi si cette commission existait encore lorsque l'intimé a été licencié, puisque l'affaire de harcèlement sexuel pour laquelle elle avait été constituée était alors réglée. Le congé litigieux ne remplit ainsi pas strictement les conditions des dispositions susmentionnées. La liste de l'art. 336 CO n'étant cependant pas exhaustive, il faut considérer que le licenciement de l'intimé, très proche des deux situations envisagées par le législateur comme étant abusives, est clairement contraire à l'art. 336 CO.

Au vu de ce qui précède, la question, soulevée par l'appelante, de savoir si la commission du personnel a été élue conformément aux art. 5 à 7 LPart, peut être laissée ouverte.

4.

4.1 Aux termes de l'art. 336a al. 1 et 2 CO, la partie qui résilie abusivement le contrat doit verser à l'autre une indemnité qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur.

4.2 Le montant de 19'600 fr. alloué par les premiers juges à titre d'indemnité n'est pas critiqué par l'appelante et peut être confirmé.

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 7 juin 2017 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 25 novembre 2016 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois)

Art. 324 CO. La maladie ou l'accident constitue une cause d'empêchement de travailler dont l'employeur doit répondre dans les limites de la loi. On ne saurait toutefois en inférer de manière générale que l'empêchement de travailler dû à une maladie ou un accident entre dans les risques d'entreprise que l'employeur doit assumer également lorsque le travailleur n'est plus apte à la fonction pour laquelle il a été engagé, mais qu'il l'est dans une activité plus légère. Le risque

d'entreprise ne couvre en effet que l'activité pour laquelle le travailleur est engagé, soit l'activité qui constitue la contrepartie du salaire, et ne saurait ainsi couvrir d'autres activités que celles pour lesquelles le travailleur a été engagé. Ainsi, dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, l'employeur ne dispose d'aucune autre place de travail correspondant au type de travail que peut accomplir le travailleur, le risque d'entreprise ne saurait couvrir une autre activité que celle convenue entre les parties. On ne saurait faire une analogie avec le cas du travailleur empêché de travailler uniquement à sa place de travail concrète : celui-ci est en effet apte à effectuer la prestation contractuelle et il rentre dans les risques de l'employeur que cela ne soit pas possible uniquement à la place de travail (c. 4.3).
Art. 321d al. 1 CO. La libération de l'obligation de travailler est un acte juridique unilatéral exercé par l'employeur en vertu de son droit de donner des instructions. L'employeur renonce, dans son propre intérêt, à la prestation de travail de l'employé. La fin de l'obligation de travailler ne met toutefois pas un terme aux rapports de travail. En particulier, l'employeur reste débiteur du salaire jusqu'à la fin du contrat. Le travailleur libéré de l'obligation de travailler ne peut se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services à l'issue d'une incapacité de travail. Il faut réserver le cas d'une prolongation importante des rapports de travail, telle que celle résultant d'une grossesse et d'un accouchement, car l'employeur peut changer d'avis et souhaiter occuper à nouveau la travailleuse (c. 5.2).

Extraits des faits:

E. est une société inscrite au registre du commerce depuis le 25 janvier 2012 dont le but consiste en l'exploitation d'une entreprise de construction, tous travaux de terrassements, maçonnerie, béton armé, carrelages et revêtements et, plus généralement, tous travaux dans les domaines du bâtiment et du génie civil. La défenderesse relève du secteur principal de la construction et entre ainsi dans le champ d'application de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (ci-après: CN).

T. a été engagé, pour une durée indéterminée, par la défenderesse en qualité de maçon à partir du 4 mai 2009, par contrat du 28 avril 2009. Celui-ci prévoyait un salaire horaire de 28 fr. 50 (classe B), ainsi qu'un treizième salaire, et disposait que le demandeur bénéficiait de cinq semaines de vacances par année civile. Le demandeur effectuait quarante-quatre heures de travail hebdomadaires et percevait un salaire mensuel de base de 5'016 francs. A la suite d'un accident professionnel survenu le 11 octobre 2010, le demandeur s'est vu en incapacité totale de travail jusqu'au 30 septembre 2015.

Par courrier recommandé du 1er octobre 2015, la défenderesse a mis fin au contrat de travail du demandeur avec effet au 31 décembre 2015, en indiquant notamment ceci: «(…) Nous vous informons que vous êtes dispensé d'effectuer votre prestation contractuelle et, partant, de vous présenter à votre poste de travail, à compter du 1er octobre 2015. Cette dispense, accordée à bien plaire, comprend votre éventuel solde de vacances et d'heures supplémentaires d'ici au 31 décembre 2015 (…).». A la suite de son licenciement, le demandeur n'a pas perçu son salaire du mois d'octobre 2015. Il a ainsi pris contact avec la défenderesse pour obtenir des explications. Cette dernière l'a informé que, dès lors qu'il ne pouvait plus exercer son activité de maçon, elle n'était plus tenue de lui verser son salaire pendant le délai de congé.

Par requête du 20 janvier 2016, le demandeur a ouvert action contre la défenderesse devant le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après: le tribunal). Le 23 mars 2016, le demandeur a déposé une demande simplifiée par laquelle il a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que la défenderesse soit condamnée à lui verser un montant de 18'849 fr. 28 bruts, dont à déduire les indemnités journalières versées par la W.

Par jugement du 25 novembre 2016, le tribunal a condamné E. à payer à T. la somme de 16'980 fr., à titre de salaire pour les mois d'octobre à décembre 2015, sous déduction de la somme de 2'309 fr. 25 nets perçus à titre d'indemnités journalières pour la période en question.

Par acte du 2 février 2017, E. SA a interjeté appel du jugement qui précède.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Les premiers juges ont considéré que le fait de ne pas pouvoir confier une tâche adaptée à l'état de santé du travailleur correspondait à un risque d'entreprise selon l'art. 324 CO, ce que conteste l'appelante. Celle-ci met en outre en doute la volonté de l'intimé d'offrir ses services.

4.2 Dans le cas d'une impossibilité subséquente survenant en la personne du travailleur, sans faute de sa part, celui-ci est libéré de son obligation contractuelle (Art. 119 al. 1 CO). En principe, l'employeur se voit également libéré de son obligation de payer le salaire en contrepartie de la prestation devenue impossible (Art. 119 al. 2 CO). Cette règle ne vaut que pour autant que la loi ou le contrat ne mette pas le risque à sa charge. Dans le cadre du contrat de travail, le risque est régi par les art. 324, 324a et 324b CO (ATF 126 III 75 consid. 2c; TF 4C.155/2006 du 23 octobre 2006 consid. 6.1.1; WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 204). L'Art. 324 al. 1 CO prévaut ainsi sur les règles générales de l'Art. 119 al. 1 CO (ATF 124 III 346 consid. 2a).

Selon l'art. 324 al. 1 CO, si l'employeur empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, il reste tenu de payer le salaire sans que le travailleur doive encore fournir son travail. L'art. 324a al. 1 CO précise que, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telle que notamment la maladie ou l'accident, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité.

La demeure de l'employeur au sens de l'art. 324 al. 1 CO présuppose tout d'abord que le travailleur doit avoir correctement offert sa prestation (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 193). Sur ce point, c'est en vain que l'appelante soutient que l'intimé n'aurait eu aucune intention de travailler, ce qui ne ressort pas de l'état de fait, les moyens de l'appelante sur cette question ayant été rejetés (consid. 3.2 supra). En effet, dès que l'appelante a exprimé l'avis que la libération de l'obligation de travailler n'impliquait pas le paiement du salaire, l'intimé a dûment offert ses services. La condition de la demeure de l'employeur est ainsi réalisée.

4.3 Le risque d'entreprise couvert par l'Art. 324 CO se définit comme le risque inhérent à l'activité économique de l'employeur. Par risque économique, on entend les cas où le travail en tant que tel serait techniquement possible, mais où il ne servirait à rien à l'employeur, pour des raisons purement économiques. Le risque économique et le risque d'entreprise sont tous deux à la charge de l'employeur. Si le travailleur est en mesure de fournir sa prestation de services, mais que l'employeur la décline pour des motifs techniques liés à l'exploitation de l'entreprise ou pour des motifs économiques, l'employeur se retrouve en demeure du créancier et doit le salaire aussi longtemps que le travailleur offre sa prestation de service (ATF 126 III 346 consid. 2a; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 201). Ainsi, l'obligation de payer le salaire existe si la loi ou le contrat met le risque dont la réalisation entraîne l'impossibilité subséquente à la charge de l'employeur. Lorsque l'impossibilité est la réalisation d'un risque d'entreprise, l'employeur est tenu de payer le salaire (WYLER/HEINZER, op.. cit., p. 207). Un employeur peut être en demeure même sans faute de sa pArt. L'existence d'une faute de l'employeur est donc sans incidence sur l'application de l'art. 324 CO. Le législateur a ainsi voulu tenir compte du fait qu'il n'appartient pas au travailleur, mais à l'employeur de supporter le risque inhérent à l'activité économique (ATF 125 III 65 consid. 5; LONGCHAMP, Commentaire du contrat de travail, n. 5 ad Art. 324 CO).

L'appelante se prévaut d'un arrêt bâlois, selon lequel l'employeur n'est pas en demeure lorsqu'il n'est pas en mesure de fournir une activité adéquate à l'un de ses employés, ouvrier en bâtiment, qui, ensuite d'un accident, est partiellement invalide et ne peut exercer, selon l'appréciation de la W., que des activités légères de surveillance ou de nature administrative (BJM 2001 p. 68; dans le même sens EMMEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2e éd., n. 2 ad Art. 324 CO, qui cite précisément cet arrêt).

La maladie ou l'accident constitue une cause d'empêchement de travailler dont l'employeur doit répondre en vertu de l'art. 324a CO. Il est admis par une partie de la doctrine que tel est également le cas lorsque l'incapacité est limitée à la place de travail, c'est-à-dire lorsque le travailleur n'est empêché de travailler qu'à sa place de travail concrète (par exemple pour des raisons psychiques), mais qu'il est pour le surplus pleinement apte au travail (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd., n. 10 ad Art. 324a CO).

On ne saurait toutefois en inférer de manière générale que l'empêchement de travailler dû à une maladie ou un accident entre dans les risques d'entreprise que l'employeur doit assumer également lorsque le travailleur n'est plus apte à la fonction pour laquelle il a été engagé, mais qu'il l'est dans une activité plus légère. Le risque d'entreprise ne couvre en effet que l'activité pour laquelle le travailleur est engagé, soit l'activité qui constitue la contrepartie du salaire, comme le retient l'arrêt bâlois précité, et ne saurait ainsi couvrir d'autres activités que celles pour lesquelles le travailleur a été engagé (BJM 2001 p. 70). C'est ainsi que WYLER/HEINZER (op. cit. p. 193) admettent qu'il ne peut y avoir demeure de l'employeur que si le travailleur est prêt à effectuer la tâche prévue par le contrat et non une quelconque autre prestation de travail. L'empêchement doit se traduire par une incapacité partielle ou totale de fournir à l'employeur la prestation de travail convenue (CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, n. 4 ad Art. 324a CO). A tout le moins dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, l'employeur ne dispose d'aucune autre place de travail correspondant au type de travail que peut accomplir le travailleur, le risque d'entreprise ne saurait couvrir une autre activité que celle convenue entre les parties. On ne saurait faire une analogie avec le cas du travailleur empêché de travailler uniquement à sa place de travail concrète: celui-ci est en effet apte à effectuer la prestation contractuelle et il rentre dans les risques de l'employeur que cela ne soit pas possible uniquement à la place de travail.

Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de l'art. 324 CO paraît fondé. Cela n'entraîne toutefois pas pour autant l'admission de l'appel, pour les raisons exposées ci-après.

5.

5.1 L'appelante a mis fin au contrat de travail avec effet au 31 décembre 2015 par courrier du 1er octobre 2015, en indiquant notamment ceci: «Nous vous informons que vous êtes dispensé d'effectuer votre prestation contractuelle et, partant, de vous présenter à votre poste de travail, à compter du 1er octobre 2015. Cette dispense, accordée à bien plaire, comprend votre éventuel solde de vacances et d'heures supplémentaires d'ici au 31 décembre 2015 (…). »

L'appelante soutient que cette dispense de se présenter sur le lieu de travail durant le délai de congé visait uniquement à permettre à l'intimé d'entreprendre des démarches en vue d'un nouvel emploi, mais

n'impliquait pas qu'elle serait tenue de verser le salaire durant le délai de congé, ce qu'elle aurait explicité par la suite dans deux courriers successifs. Selon elle, la portée de ce courrier ne pouvait faire de doute à l'employé au vu des discussions entre les parties au courant du mois de septembre 2015.

Pour l'intimé, de par cette libération, il n'était plus tenu d'offrir ses services et l'appelante devait lui verser son salaire jusqu'à l'échéance du congé.

5.2 La libération de l'obligation de travailler est un acte juridique unilatéral exercé par l'employeur en vertu de son droit de donner des instructions (Art. 321d al. 1 CO). L'employeur renonce, dans son propre intérêt, à la prestation de travail de l'employé. La fin de l'obligation de travailler ne met toutefois pas un terme aux rapports de travail. En particulier, l'employeur reste débiteur du salaire jusqu'à la fin du contrat (TF 4C.329/2004 du 15 décembre 2004 consid. 2.2 et les références citées; BONARD, Commentaire du droit du travail, n. 23 ad Art. 335 CO; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 200). Le travailleur libéré de l'obligation de travailler ne peut se voir reprocher de n'avoir pas offert ses services à l'issue d'une incapacité de travail. Il faut réserver le cas d'une prolongation importante des rapports de travail, telle que celle résultant d'une grossesse et d'un accouchement, car l'employeur peut changer d'avis et souhaiter occuper à nouveau la travailleuse (WYLER/HEINZER, op. cit. p. 200; cf. BONARD, op. cit., n. 21 ad Art. 335 CO).

Les règles sur l'interprétation selon le principe de la confiance s'appliquent non seulement au consentement contractuel, mais également aux déclarations de volonté en général, y compris aux actes juridiques unilatéraux (ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, p. 239; WINIGER, Commentaire romand, n. 12 ad Art. 18 CO). Il s'agit de 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 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 (TF 4C.329/2004 précité consid. 3).

5.3 En l'espèce, il n'est pas établi que les parties auraient interprété de manière commune que la libération de l'obligation de travailler n'aurait visé qu'à permettre à l'intimé d'entreprendre des démarches en vue d'un nouvel emploi. Le contenu des discussions entre parties durant le mois de septembre 2015 n'est pas établi, l'intimé ayant au contraire déclaré aux débats ne pas avoir été informé par l'appelante que son salaire ne lui serait plus versé à partir du 1er octobre 2015, ce qui a été corroboré par le témoin (...).

Cela étant, interprété selon le principe de la bonne foi, le courrier du 1er octobre 2015 ne peut être considéré que comme une libération de l'obligation de travailler au sens défini par la jurisprudence, impliquant que le travailleur était dispensé de fournir une prestation et que l'employeur était tenu de payer le salaire. Le droit au paiement du salaire est également

confirmé par la position de l'appelante selon laquelle le solde de vacances et d'heures supplémentaires devait être repris d'ici l'échéance du contrat. Une telle position impliquait, pour un destinataire de bonne foi, que l'employeur continuerait par ailleurs à verser son salaire, sinon il aurait été tenu de payer le solde de vacances et d'heures supplémentaires.

Le changement de position de l'employeur, après que l'employé avait réclamé le paiement de son salaire, n'est motivé par aucune circonstance nouvelle, de sorte qu'il ne saurait justifier l'absence de paiement de salaire.

Compte tenu de ce qui précède, le jugement doit être confirmé par substitution de motifs.

(…)

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 9 août 2017 (Admission de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 30 novembre 2016 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois)

Art. 335 CO. Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties. La résiliation est un droit formateur qui s'exerce par un acte juridique unilatéral. Afin d'assurer une situation juridique claire dans l'intérêt de la partie adverse, l'exercice d'un droit formateur est en principe inconditionnel et irrévocable. Il existe toutefois certaines exceptions. Un retrait unilatéral est d'abord possible lorsqu'il parvient au destinataire avant la résiliation. On trouve aussi d'autres exceptions mentionnées par la doctrine. On peut admettre qu'un retrait peut valablement intervenir lorsque le destinataire n'a aucun intérêt réel à l'irrévocabilité, en particulier lorsqu'il manifeste son accord à la révocation ou lorsqu'il conteste la validité de la résiliation et manifeste ainsi sa volonté de maintenir le contrat. Enfin, les parties peuvent bien évidemment convenir de poursuivre les rapports de travail, nonobstant la résiliation intervenue (c. 5.1).

In casu, le rôle d'intermédiaire entre l'assureur perte de gain et l'employé, que l'employeur a par la suite assumé, ne permet pas de retenir que celui-ci ait voulu réinstaurer des rapports de travail. Certes, ce rôle d'intermédiaire est en principe assumé par l'employeur, mais cela ne permet pas encore de retenir la conclusion d'un nouveau contrat de travail; un tel contrat requiert en effet un accord sur l'échange d'une prestation de travail et d'une rémunération, ce qui n'est pas la même chose. L'employeur n'a toutefois jamais rien manifesté de tel, mais a entrepris les démarches pour mettre fin au contrat dans ce qu'il pensait être les plus brefs délais. L'image erronée qu'il avait de sa position d'employeur n'y change rien, les termes employés par erreur

par les parties n'étant pas pertinents pour interpréter leur volonté réelle (c. 5.3.2.2).

Extraits des faits:

L'appelant E., au travers de sa raison individuelle, a engagé l'intimé T. en qualité de maçon dès le 1er juillet 2009, pour une durée indéterminée. Les deux parties ont signé un contrat de travail le 17 septembre 2009, qui prévoit sous article 4.2, dès le début de la deuxième et jusqu'à la fin de la neuvième année de service, un délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois. Le contrat renvoie sous article 7.1 à la convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse (CN) et à la convention supplémentaire de la maçonnerie et du génie civil du canton de Vaud (CCT).

Par courrier du 20 février 2014, l'appelant a déclaré résilier le contrat de travail précité avec effet au 30 avril 2014. L'intimé a été en incapacité de travail dès le 13 mars 2014 jusqu'au 31 octobre 2015. Durant cette période, l'appelant a établi des décomptes de salaire mensuels qui mentionnent uniquement des prestations d'assurance maladie, sous réserve de 1'782 fr. 50 versés au mois de mars 2014 à titre de salaire, d'une indemnité annuelle pour les vacances accumulées de 1'021 fr. 95 versée au mois de juillet 2014, d'une «avance sur 13ème salaire» de 1'310 fr. versée au mois d'août 2014 et de 5 fr. 40 versés au mois de décembre 2014 à titre de «13ème salaire GO paiement décembre». Par lettre du 28 juillet 2015 portant la référence «Perte de gain en cas de maladie», l'assureur perte de gain (...) a écrit à l'intimé qu'il verserait des indemnités journalières à 100% jusqu'au 31 octobre 2015 pour autant qu'il produise un certificat médical, puis mettrait fin à ses prestations dès le 1er novembre 2015. Elle a mis en copie l'appelant, désigné comme l'employeur de l'intimé.

L'appelant a rédigé une lettre à l'intention de l'intimé datée du 17 août 2015, déclarant résilier leurs rapports de travail avec effet au 30 octobre 2015. Il n'est pas établi que l'intimé ait reçu ce courrier. Par décision du 27 octobre 2015, la SUVA a octroyé à l'intimé une rente d'invalidité mensuelle de 1'152 fr. 55 à compter du 1er novembre 2015, fondée sur un taux d'incapacité de travail de 24%. Le syndicat (...) a écrit à l'appelant le 17 novembre 2015 au nom de l'intimé, en indiquant que celui-ci lui avait offert ses services à plusieurs reprises mais que ces offres avaient été refusées et en le mettant en demeure de lui offrir du travail, d'une part, et de respecter le délai de congé prévu par la CCT, d'autre part.

Par courriel au syndicat du 18 novembre 2015, l'appelant a transmis une version numérisée de la lettre de licenciement à l'intimé datée du 17 août 2015. Le syndicat a répondu par courriel du 23 novembre 2015, en indiquant que l'intimé n'avait jamais reçu le courrier en question et en priant l'appelant de lui fournir une copie du récépissé postal correspondant. Le 3 décembre 2015, l'appelant a écrit au syndicat, par la plume de son conseil, un courrier notamment rédigé dans les termes suivants: «(…) Il me

semble qu'il y a une incompréhension majeure dans ce dossier. Vous faites référence à un licenciement daté du 17 août 2015. Or, comme vous le savez ma cliente a valablement résilié le contrat de travail de T. le 21 février 2014 pour le 30 avril 2014. C'est uniquement en raison de son arrêt-maladie que cette échéance a été reportée conformément à l'Art. 21 CCT (ndr: CN) (…)»

Le 30 janvier 2016, l'appelant a rempli et signé, par l'entremise de son conseil, un formulaire d'attestation de l'employeur» à l'intention de l'assurance-chômage. Il a indiqué sous rubrique «Durée du rapport de travail» la période du 1er juillet 2009 au 31 octobre 2015. Il a mentionné la résiliation des rapports de travail le 21 février 2014 pour le 30 avril 2014, ainsi que l'incapacité de travail de l'intimé dès le 12 mars 2014 pour cause de «maladie-accident». Il a indiqué que le salaire avait été versé jusqu'au 31 octobre 2015 et que l'intimé avait été absent du 12 mars 2014 au 30 octobre 2015 pour cause d'accident.

Par demande du 30 juin 2016, l'intimé a pris contre l'appelant des conclusions en paiement d'un montant en capital de 10'330 fr. 50, avec intérêts. Le 16 février 2017, alors que la procédure d'appel était déjà pendante, l'intimé a rempli et signé une déclaration de sinistre LAA qu'il a adressée à la SUVA. Dans ce document, il a indiqué que ses rapports de travail avec l'appelant avaient duré du 3 juillet 2009 au 31 octobre 2015.

Par jugement du 30 novembre 2016, le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a condamné E. à payer à T. la somme de 9'949 fr. 35 sous déduction des charges légales et contractuelles, avec intérêt.

Par acte du 9 février 2017, E. a fait appel du jugement précité.

Extraits des considérants:

4.

4.1 Il n'est pas contesté, ni d'ailleurs contestable, que l'appelant a résilié les rapports de travail le liant à l'intimé par courrier du 20 février 2014. Le demandeur a par la suite subi une période d'incapacité de travail dès le 13 mars 2014. Il ressort du courrier de l'assureur perte de gain (...) du 28 juillet 2015 que cette incapacité de travail était due à un cas de maladie. L'assureur perte de gain a couvert le salaire de l'intimé du mois de mars 2014 au mois d'octobre 2015.

4.1.1 Les premiers juges ont considéré qu'en raison de l'incapacité de gain, l'échéance de la résiliation du 20 février 2014 avait été reportée du 30 mai 2014 au 30 ou 31 juillet 2014. Sur le vu de la seconde lettre de résiliation du 17 août 2015, ils ont estimé que ce premier congé n'avait pas eu d'effets. Cette appréciation était renforcée par le fait qu'entre les mois de mai et octobre 2015, l'appelant n'avait pas signalé l'interruption des rapports de travail à l'assureur perte de gain, mais avait continué à percevoir les indemnités journalières et les avait reversées à l'intimé, établissant pour

chaque mois un décompte de salaire. Les premiers juges ont ainsi considéré que la lettre du 17 août 2015 n'était pas un rappel de celle du 20 février 2014, mais une nouvelle résiliation qui n'était parvenue à l'intimé qu'au mois de novembre 2015.

Le nouveau délai de congé échéant le 31 janvier 2016, et les conditions pour le paiement du salaire jusqu'à cette date étant remplies, ils ont admis les prétentions de l'intimé en paiement du salaire pour cette période, sous déduction des montants qu'il avait effectivement reçus et en réservant les charges salariales.

4.1.2 L'appelant soutient que sa résiliation du 20 février 2014 est irrévocable, et que les rapports de travail ont pris fin à l'échéance du délai de congé subséquent soit, au vu de la période d'incapacité de travail, au 31 juillet 2014. Après cette date, il soutient avoir continué de servir d'intermédiaire entre l'assureur perte de gain et l'intimé pour le versement des indemnités journalières en raison d'une erreur quant aux conséquences de cette incapacité de gain: il aurait ainsi confondu l'incapacité de travail pour cause de maladie du cas d'espèce avec le cas d'un accident, pour lequel l'Art. 21 ch. 4 CN prévoit la suspension du délai de résiliation tant que l'assurance-accidents obligatoire verse des indemnités journalières.

Selon l'appelant, cette erreur ne remet pas en cause la validité du congé donné, et son rôle d'intermédiaire entre l'assureur et l'intimé durant la période du 1er août 2014 au 31 octobre 2015 ne signifie pas qu'il s'était engagé à poursuivre les relations de travail. Celles-ci n'existent donc plus depuis le 31 juillet 2014 ni, a fortiori, après le 31 octobre 2015, et c'est donc à tort que les premiers juges ont admis un droit au salaire pour les mois de novembre 2015 à janvier 2016.

4.1.3 L'intimé considère quant à lui que l'appelant a manifesté la volonté de reconduire les rapports de travail malgré la résiliation du 20 février 2014, concluant ainsi un nouveau contrat de travail. Il se rallie à l'avis des premiers juges et estime que les relations de travail ont pris fin au 31 janvier 2016, de sorte qu'il a droit à son salaire pour la période du 1er novembre jusqu'à cette date.

S'agissant des pièces nouvelles produites par l'appelant en procédure d'appel, l'intimé soutient avoir déclaré à la SUVA que les relations de travail avaient pris fin le 31 octobre 2015 – soit le jour correspondant à la fin de son incapacité de travail – sans tenir compte du délai de résiliation subséquent et au vu du fait que son salaire pour les mois suivants n'avait pas encore été versé; il conteste que cette déclaration vaille aveu de la validité du «premier» congé donné le 20 février 2014, puisque le délai de résiliation correspondant courait jusqu'au 30 mai 2014 respectivement 31 juillet 2014, mais pas jusqu'au 31 octobre 2015.

4.2 Le litige porte ainsi sur le droit au salaire net de l'intimé pour les mois de novembre 2015 à janvier 2016.

5.

5.1 Le contrat de travail de durée indéterminée peut être résilié par chacune des parties (Art. 335 al. 1 CO [loi fédérale complétant le Code civil suisse – Livre cinquième: Droit des obligations – du 30 mars 1911; RS 220]). La résiliation est un droit formateur qui s'exerce par un acte juridique unilatéral (ATF 133 III 360 consid. 8.1.1). Afin d'assurer une situation juridique claire dans l'intérêt de la partie adverse, l'exercice d'un droit formateur est en principe inconditionnel et irrévocable (ATF 128 III 129 consid. 2a, JdT 2003 I 10; pour le tout cf. TF 4A_308/2008 du 25 septembre 2008 consid. 3.3).

WYLER et HEINZER, cités par les premiers juges, réservent certaines exceptions au caractère en principe irrévocable de la résiliation. Un retrait unilatéral est d'abord possible lorsqu'il parvient au destinataire avant la résiliation. En outre, dès lors que, selon le Tribunal fédéral, il incombe à l'employé qui s'oppose à un congé prétendument abusif d'accepter le retrait du licenciement lorsque l'employeur se déclare prêt à poursuivre les rapports de travail (cf. ATF 123 III 246 consid. 4c, JdT 1998 I 300, cité par ces auteurs), il faut aussi admettre qu'un retrait peut valablement intervenir lorsque le destinataire n'a aucun intérêt réel à l'irrévocabilité, en particulier lorsqu'il manifeste son accord à la révocation ou lorsqu'il conteste la validité de la résiliation et manifeste ainsi sa volonté de maintenir le contrat. Enfin, les parties peuvent bien évidemment convenir de poursuivre les rapports de travail, nonobstant la résiliation intervenue (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, pp 503 s.).

D'autres auteurs admettent également le principe de l'irrévocabilité de la résiliation, sous réserve de l'accord de la partie qui l'a reçue (PORTMANN in Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6e éd., 2016, n. 24 ad Art. 335 CO).

5.2

5.2.1 A l'instar de toute manifestation de volonté, la déclaration de retrait d'une résiliation doit être interprétée selon les principes généraux. C'est ainsi en premier lieu la volonté réelle de celui qui se manifeste qui est pertinente, dans la mesure où la compréhension de sa déclaration par le destinataire concorde avec ce qu'il a voulu déclarer. La compréhension de cette déclaration ne s'apprécie pas seulement à l'aune des termes employés, mais plutôt au vu de l'ensemble des circonstances de la manifestation de volonté, qui ont valeur d'indice quant aux intentions de la partie déclarante; on peut en particulier déduire du comportement ultérieur de la partie ce que celle-ci a voulu faire au moyen de sa déclaration (ATF 143 III 157 consid. 1.2.2 in initio et les arrêts cités).

Lorsque la volonté réelle de la partie déclarante ne peut pas être établie, sa déclaration doit être interprétée en application du principe de la confiance. La partie doit alors se voir imputer le sens de sa déclaration, telle qu'elle pouvait et devait être comprise de bonne foi par la partie destinataire, au vu des termes employés et de l'ensemble des circonstances (ATF 143 III 157 précité consid. 1.2.2 in fine et les arrêts cités).

5.2.2 Les circonstances à prendre en compte en l'occurrence comprennent notamment les dispositions de la CN, dont le champ d'application est étendu (cf. en particulier FF 2017 pp 3371 ss) et dont la teneur est dans cette mesure notoire, notamment l'art. 21 CN en matière de protection contre le licenciement. Selon l'art. 21 ch. 3 CN («Maladie et licenciement»), si le travailleur tombe malade pendant le délai de congé, ce délai est suspendu au sens de l'art. 336c al. 2 CO, la durée de cette suspension étant en particulier de nonante jours entre la deuxième et la cinquième année de service. Lorsque le terme auquel les rapports de travail doivent cesser ne coïncide pas avec la fin du délai de congé qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'à la fin du mois suivant. L'art. 21 ch. 4 CN («Accidents et résiliation du contrat») prévoit que si le travailleur est victime d'un accident après avoir reçu son congé, le délai de résiliation est interrompu aussi longtemps que l'assurance-accidents obligatoire paie des indemnités journalières.

5.2.3 Dans la mesure où l'intimé plaide la conclusion d'un nouveau contrat, on rappellera en outre que celui-ci requiert l'échange réciproque de manifestations de volonté concordantes (cf. Art. 1 al. 1 CO; ATF 140 III 367 consid. 2.2.2). L'art. 18 al. 1 CO prévoit que pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu 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. Le juge doit ainsi rechercher, dans un premier temps, la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective). Lorsque celle-ci ne peut pas être établie, les déclarations de volonté doivent être interprétées en application du principe de la confiance, en ce sens que l'on impute aux parties leur volonté présumée, telle qu'un destinataire moyen pouvait et devait la comprendre de bonne foi au vu de l'ensemble des circonstances (ATF 140 III 367 consid. 2.2.2 et les arrêts cités).

Le contrat de travail individuel est régi par l'art. 319 al. 1 CO, qui prévoit que, par un tel contrat, le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni (salaire aux pièces ou à la tâche). Les éléments caractéristiques de ce contrat sont donc une prestation de travail, un rapport de subordination, une rémunération et un élément de durée (TF 4A_592/2016 du 16 mars 2017 consid. 2.1 et les arrêts cités).

5.3

5.3.1 Les premiers juges et l'intimé ont considéré que l'appelant avait manifesté la volonté de poursuivre, respectivement de reprendre les rapports de travail malgré la résiliation du 20 février 2014, ce que l'intéressé conteste.

5.3.2 Il faut ainsi procéder à l'interprétation des actes de l'appelant. Il importe peu à cet égard de distinguer entre un retrait de résiliation unila-

téral et la conclusion bilatérale d'un nouveau contrat: dans les deux cas, l'appelant déclare s'engager envers l'intimé, en particulier, à accepter (ou continuer d'accepter) une prestation de travail contre rémunération (cf. supra consid. 5.2).

5.3.2.1 En l'espèce, après avoir déclaré le 20 février 2014 mettre un terme à ses relations contractuelles avec l'intimé pour le premier terme utile, soit le 30 mai 2014, l'appelant a appris l'incapacité de travail de l'intimé dès le 13 mars 2014. Il a entrepris les démarches pour percevoir les indemnités journalières de l'assurance perte de gain, qu'il a reversées à l'intimé. Au vu de l'incapacité de travail pour cause de maladie, de l'art. 21 ch. 3 CN et des années de service de l'intimé, le délai de résiliation est arrivé à échéance à la fin du mois clôturant un délai de suspension de nonante jours, soit au 31 juillet 2014; jusqu'à cette date, l'appelant a continué son rôle d'intermédiaire pour les indemnités journalières.

Dans sa réponse, l'intimé mentionne ses déclarations faites lors de son audition le 10 novembre 2016 par les premiers juges; il avait alors déclaré que l'épouse de l'appelant l'avait contacté par téléphone une quinzaine de jours après son licenciement, qu'elle avait indiqué ne pas pouvoir lui donner son congé au vu de son incapacité de travail, et qu'elle avait annulé la résiliation mais en refusant de confirmer cela par écrit. Les premiers juges ont reproduit ces déclarations dans leur jugement, mais sans retenir les faits décrits, à raison puisqu'il s'agit de simples déclarations d'une partie, sans valeur probante si elles ne sont pas corroborées par d'autres éléments du dossier (CACI 31 mars 2017/133). L'intimé ne peut donc rien en tirer.

Rien dans ce qui précède ne permet de retenir que l'appelant a retiré sa résiliation du 20 février 2014, ni que les parties sont convenues de poursuivre les rapports de travail malgré celle-ci. La résiliation a ainsi pris effet au 31 juillet 2014 et les rapports de travail ont alors pris fin, seule la conclusion d'un nouveau contrat entrant encore en considération.

5.3.2.2 Dès le mois d'août, l'appelant a continué de percevoir et reverser les indemnités journalières à l'intimé, dont il indiquait le montant dans un décompte établi à la fin de chaque mois. Le décompte du mois d'août 2014 indique également une avance sur le treizième salaire de 1'321 fr., complétée par un montant de 5 fr. 40 versé au mois de décembre 2014. Après avoir reçu copie du courrier de l'assureur perte de gain (...) du 28 juillet 2015, informant l'intimé de la fin des prestations d'indemnités journalières au 31 octobre 2015, l'appelant a rédigé un nouveau courrier à l'intention de l'intimé daté du 17 août 2015, déclarant résilier les rapports de travail au 31 octobre 2015. Il n'est pas établi que l'intimé ait reçu ce courrier, mais une version numérisée de cette lettre a été envoyée le 18 novembre 2015 au syndicat (...), en sa qualité de représentant de l'intéressé. Le conseil de l'appelant a finalement écrit au syndicat le 3 décembre 2015, alors que le maintien des rapports de travail était déjà litigieux, renvoyant à la résiliation du 20 février 2014.

L'appelant invoque les déclarations faites par l'intimé lors de son audition par les premiers juges du 10 novembre 2016, relatives à une prise de contact de l'appelant par l'intimé à la moitié du mois d'octobre 2015 en vue de reprendre les relations de travail, à laquelle l'appelant n'aurait pas donné suite. Ces déclarations ont été reproduites dans le jugement entrepris, mais sont à nouveau de simples déclarations de partie dont le contenu n'a pas été retenu, à juste titre.

L'intimé cite par ailleurs le témoignage de l'épouse de l'appelant, qui a en particulier déclaré que la résiliation du 17 août 2015 était en réalité un rappel de celle du 20 février 2014. Ces déclarations ont également été retranscrites dans le jugement entrepris mais sans que les premiers juges tiennent ce fait pour établi, à raison au vu des liens familiaux du témoin avec l'une des parties.

On peut déduire de ce qui précède que l'appelant n'a pas rédigé le 17 août 2015 un rappel de sa première résiliation à l'intimé, mais qu'il considérait – à tort – être encore son employeur après le 31 juillet 2014; on peut à cet égard se référer à ses explications convaincantes selon lesquelles il pensait que le congé du 20 février 2014 était sans effet car donné en violation de l'art. 21 ch. 4 CN, qui repousse l'échéance du délai de résiliation aussi longtemps que des indemnités journalières sont versées par l'assurance-accidents obligatoire. Ces explications sont en effet corroborées par les pièces au dossier, le «second» congé du 17 août 2015 ayant suivi la réception par l'appelant d'une copie du courrier de l'assureur perte de gain du 28 juillet 2015, annonçant la fin au 31 octobre 2015 du versement des indemnités journalières à l'intimé; la lettre de l'appelant du 17 août 2015 résilie les rapports de travail pour la même date, soit le terme du délai prévu par l'art. 21 ch. 4 CN en cas d'accident; au demeurant, l'appelant a versé la part au treizième salaire pour l'année 2014 déjà au mois d'août, sous réserve d'une correction minime au mois de décembre; ce fait n'est certes pas décisif seul mais constitue, en corrélation avec l'art. 21 ch. 1 CN, un indice que l'appelant voulait mettre fin au contrat dès la fin de l'incapacité de travail, sans verser de nouveau salaire à l'intimé. Cela étant, l'erreur de l'appelant et ses actions subséquentes n'affectent pas la validité de ses actes précédents, en particulier la résiliation du 20 février 2014, qui a valablement mis fin aux rapports de travail au 31 juillet 2014.

Le rôle d'intermédiaire entre l'assureur perte de gain et l'intimé, que l'appelant a par la suite assumé du 1er août 2014 au 31 octobre 2015, ne permet pas non plus de retenir que celui-ci ait voulu réinstaurer des rapports de travail. Certes, ce rôle d'intermédiaire est en principe assumé par l'employeur, mais cela ne permet pas encore de retenir la conclusion d'un nouveau contrat de travail; un tel contrat requiert en effet un accord sur l'échange d'une prestation de travail et d'une rémunération, ce qui n'est pas la même chose. L'appelant n'a toutefois jamais rien manifesté de tel, mais a entrepris les démarches pour mettre fin au contrat dans ce qu'il pensait être les plus brefs délais. L'image erronée qu'il avait de sa position

d'employeur n'y change rien, les termes employés par erreur par les parties n'étant pas pertinents pour interpréter leur volonté réelle (cf. le principe général de l'art. 18 al. 1 CO; supra consid. 5.2.3).

5.3.2.3 La volonté de l'appelant ressort ainsi clairement des actes de celui-ci, qui excluent tout retrait de la résiliation du 20 février 2014, de même que la conclusion d'un nouveau contrat de travail entre les parties.

5.3.3 Dans ces conditions, il n'y a pas de place pour l'application du principe de la confiance en l'espèce. Cela ne conduirait au demeurant pas à un résultat différent, l'intimé ne pouvant pas de bonne foi déduire le retrait de la résiliation, ni l'offre d'un nouveau contrat de travail, des actes de l'appelant et des circonstances détaillés ci-dessus (cf. supra consid. 5.3.2.1 s.).

5.4 Il ressort ainsi de ce qui précède que les rapports de travail liant l'appelant et l'intimé n'existaient plus au 1er novembre 2015 et, par conséquent, qu'aucun salaire n'est dû pour la période débutant à cette date.

(…)

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 28 août 2017 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 18 janvier 2017 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois)

LSE. Il y a location de services lorsque l'employé travaille dans l'entreprise locataire comme si celle-ci était son propre employeur, l'entreprise de mission ayant le pouvoir de direction sur lui. Dans le cas contraire, il s'agit d'une mission à l'extérieur dans lequel l'employé travaille à l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise conclu par l'employeur. Il existe plusieurs critères de distinction qui permettent de conclure à la fourniture d'une prestation de travail sous la forme de la location de services (rapport de subordination, intégration du travailleur dans l'entreprise de mission au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires, obligation d'établir le décompte des heures effectuées, risque commercial de la prestation de travail, etc.). Dans les cas douteux de qualification du contrat, il faut opter pour un contrat de location de services (c. 3.2.3).

Art. 20 LSE. Lorsqu'un employé travaille pour une entreprise de nettoyage, bailleresse de services non soumise à une CCT étendue, comme nettoyeuse dans un hôtel qui est, quant à lui, soumis à une telle CCT, la CCT s'appliquera à l'entreprise de nettoyage en vertu de l'art. 20 LSE, si l'on est en présence d'un contrat de location de services entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel (c. 3.4.1).

Dans la mesure où, comme la convention collective étendue, le contrat-type s'applique sur tout le territoire concerné, où le but de la règle fixée à l'art. 20 LSE est de protéger le travailleur, ainsi que la concurrence, et où la limitation aux conventions collectives étendues est intervenue pour des raisons de publicité, il faut considérer que l'art. 20 LSE est également applicable lorsque le locataire de services est soumis à un contrat-type de travail. Ainsi, dans le Canton de Vaud, il sied d'appliquer l'arrêté établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006 (c. 3.4.2).

Extraits des faits:

T. est aide-infirmière et, à ce titre, exerce en qualité d'auxiliaire de santé de personnes du 3e âge. La raison individuelle M. a été inscrite au registre du commerce du canton de Berne le 27 mai 2009. Conformément aux indications figurant dans ce registre, cette raison individuelle avait pour but social les soins et l'aide à domicile auprès des personnes privées; X.Z. en était la titulaire et Y.Z. était habilité à la représenter. Selon Y.Z., «J.» était le nom de M. en français, bien que cette mention ne figurât pas au Registre du commerce.

Un contrat de travail non daté mentionnant «J., Centre de soins du canton de Vaud» comme employeur et T. comme employée faisait état de l'engagement de cette dernière au 9 juillet 2008 pour travailler en tant qu'auxiliaire de santé auprès de D. T. n'a jamais signé ce contrat mais a tout de même commencé à travailler au domicile de D. le 9 juillet 2008. En octobre 2008, un autre contrat a été présenté à T., intitulé « contrat-cadre de travail temporaire (en vertu des articles 19 s LSE et 48 s OSE)» entre J. et T. Il a été signé pour J. le 27 octobre 2008 et n'a pas été contresigné par T. En novembre 2008, un troisième document libellé «Contrat de mission (en vertu de la LSE)» a été libellé en faveur de T., en tant qu'employée et de J., en tant qu'employeur. Il a été signé pour J. le 22 novembre 2008 mais n'a pas été contresigné par T. En janvier 2009, la version allemande du contrat-cadre de travail temporaire a été présentée à T. Ce document, signé pour J. le 8 janvier 2009, n'a pas été contresigné par T.

Cela étant, T. a travaillé comme auxiliaire de santé auprès de D. du 9 juillet 2008 au 31 août 2009 et, selon son propre aveu, s'est conformée aux conditions de travail des différents documents contractuels soumis à sa signature. Les horaires de travail de T. auprès de D., qui était une femme âgée souffrant de troubles de l'équilibre et requérant de ce fait la présence permanente d'une personne à ses côtés en cas de besoin, étaient en règle générale toutes les nuits de 20 h 00 à 8 h 00, ainsi que les mercredis et dimanches de 14 h 00 à 20 h 00. Les feuilles horaires de T. font état des heures passées auprès de D., qui pouvaient varier entre 33 heures et 162.5 heures par semaine.

Par courrier du 3 juillet 2009, T. a informé J. que dans la mesure où celle-ci refusait de lui payer son salaire pour le mois de juin 2009, elle dénonçait le contrat pour le 30 août 2009. Par courrier de son conseil du 7 juillet 2009, T. a déclaré qu'elle pouvait envisager de poursuivre son travail auprès de D. et de signer un contrat de travail pour autant qu'il fût licite. Ce courrier précisait en outre ceci: «Tout d'abord, il est exclu que vous continuiez de lui proposer un « contrat de mission (en vertu de la LSE)». Je doute en effet que vous soyez autorisé à pratiquer la location de service ou même la mise à disposition d'un employé (travail en régie). (…). En définitive, le nouveau contrat de travail devra répondre aux exigences légales (48 heures de travail hebdomadaire selon l'Arrêté vaudois établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006), notamment en matière d'assurances sociales ». Par courrier du 9 juillet 2009, T. a mis en demeure J. de payer, d'ici au 26 juillet 2009, le salaire de ses vacances, ainsi que ses heures supplémentaires, pour un total de 76'153 francs. Les rapports de travail ont pris fin le 31 août 2009.

Il ressort du Registre du Commerce que, par contrat du 30 septembre 2010, la société E. GmbH a repris les actifs et passifs de M. La nouvelle société ainsi constituée, inscrite au registre du commerce du canton de Fribourg le 25 mars 2011, est une société à responsabilité limitée, dont le siège est (...), ayant pour but social les soins et l'aide à domicile auprès de personnes privées, avec X.Z. comme sociétaire et Y.Z. comme gérant. L'ancienne raison individuelle M. a été radiée du registre commerce du canton de Berne le 25 novembre 2014.

Le 7 octobre 2013, T. a déposé une demande devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après: le Tribunal) en concluant à ce que M., soit X.Z., et Y.Z., soient reconnus débiteurs et lui doivent solidairement immédiat paiement de la somme de 100'000 fr., avec intérêts.

Par jugement du 18 janvier 2017, le Tribunal a admis partiellement les conclusions de la demande déposée par T. à l'encontre de M., X.Z., à laquelle s'était substituée E. GmbH. Le Tribunal a dit que E. GmbH était la débitrice de T. et lui devait immédiat paiement d'un montant brut de 11'253 fr., sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêt, et a dit que E. GmbH était la débitrice de T. et lui devait immédiat paiement d'un montant brut de 9'478 fr. 80, sous déduction des charges sociales usuelles, avec intérêt.

Le 20 février 2017, T. a interjeté appel contre ce jugement.

Extraits des considérants:

3.

3.1 Dans un premier grief, l'appelante soutient que la LSE (loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989; RS 823.11) serait applicable au contrat conclu entre les parties. A cet égard

et en vertu de l'art. 20 LSE, elle fait valoir que la règlementation impérative applicable aux rapports de service entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice, soit en l'espèce l'arrêté établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés (ACTT-mpr du 18 janvier 2006; RSV 222.105.1), s'imposait au bailleur de services.

Les premiers juges ont laissé ouverte la question de savoir si l'intimée aurait dû obtenir une autorisation pour pratiquer la location de services, considérant que, dans la mesure où les deux parties étaient tenues d'appliquer de facto les droits et obligations qui découlaient de leur relation contractuelle de fait, la soumission ou non à la LSE n'avait pas d'incidence sur la solution du litige.

3.2

3.2.1 La location de services (ou de personnel) est le contrat par lequel une personne (le bailleur de services) met des travailleurs à la disposition d'une autre (le locataire de services), moyennant rémunération. Ce contrat est régi par la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services.

L'art. 26 al. 1 OSE (ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991; RS 823.111) précise qu'est réputé bailleur de services celui qui loue les services d'un travailleur à une entreprise locataire en abandonnant à celle-ci l'essentiel de ses pouvoirs de direction à l'égard du travailleur. Conformément à l'art. 26 al. 2 OSE, on peut également conclure à une activité de location de services notamment lorsque le travailleur est impliqué dans l'organisation de travail de l'entreprise locataire sur le plan personnel, organisationnel, matériel et temporel (let. a), ou lorsque l'entreprise locataire supporte elle-même le risque en cas de mauvaise exécution du contrat (let. c).

3.2.2 La location de services met en présence trois personnes dont les relations peuvent être précisées comme suit:

Le bailleur de services est lié au locataire de services par un contrat de location de services. Ce contrat doit être conclu par écrit (art. 22 al. 1 LSE) et contenir les indications minimales prévues à l'art. 22 al. 1 let. a à f LSE.

Le bailleur de services est lié au travailleur par un contrat de travail soumis aux art. 319 ss CO. La relation présente toutefois certains dangers pour le travailleur, qui fournit sa prestation au locataire de services et non à son employeur. C'est la raison pour laquelle la LSE fournit des exigences minimales, notamment en matière de forme – forme écrite qualifiée (cf. art. 19 LSE et 48 OSE) – et de résiliation.

Le travailleur n'est lié au locataire de services par aucun contrat, mais c'est entre eux que se noue la véritable relation de travail. En effet, le travailleur fournit sa prestation au locataire de services et celui-ci assume la plupart des droits et des obligations propres à l'employeur. Bien qu'il soit l'employé du bailleur de services, le travailleur est donc subordonné au locataire pendant l'exécution de ses prestations. On parle parfois de relation

contractuelle de fait pour qualifier la relation particulière unissant le travailleur et le locataire de services (TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd., 2016, nn. 2736–2741 p. 368).

3.2.3 Il y a location de services lorsque l'employé travaille dans l'entreprise locataire comme si celle-ci était son propre employeur, l'entreprise de mission ayant le pouvoir de direction sur lui. Dans le cas contraire, il s'agit d'une mission à l'extérieur dans lequel l'employé travaille à l'exécution d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise conclu par l'employeur (Directives et commentaires du SECO relatifs à la LSE pp. 62–63, cf. https://www.seco.admin.ch).

Il existe plusieurs critères de distinction qui permettent de conclure à la fourniture d'une prestation de travail sous la forme de la location de services, soit notamment:

– Un rapport de subordination: le pouvoir de direction et de contrôle, caractéristique essentielle de la fourniture d'une prestation de travail, appartient principalement à l'entreprise locataire (ou de mission). La compétence de donner des instructions concernant la manière d'exécuter le travail et le choix des moyens auxiliaires entrent notamment dans ce pouvoir. Cette condition peut déjà être remplie lorsque le bailleur de services et l'entreprise de mission se partagent le pouvoir de direction.

– L'intégration du travailleur dans l'entreprise de mission au niveau du personnel, de l'organisation et des horaires: il travaille avec les outils, le matériel, les instruments de l'entreprise de mission, principalement au siège de celle-ci et selon ses horaires.

– L'obligation d'établir le décompte des heures effectuées: le bailleur de services facture les heures, semaines ou mois de mission et non un prix forfaitaire convenu d'avance pour la prestation de travail.

– Le risque commercial de la prestation de travail (mauvaise exécution) est supporté par l'entreprise de mission. La seule responsabilité qu'assume le bailleur de services vis-à-vis de l'entreprise de mission est limitée au choix diligent du personnel délégué; il ne garantit aucun résultat contractuel quant à la qualité ou à l'achèvement de la prestation jusqu'à une date donnée.

– Le bailleur de services ne répond en principe pas des dommages que son travailleur est susceptible de causer par négligence ou intentionnellement à l'entreprise de mission ou à des tiers dans le cadre de son activité pour l'entreprise de mission (Directives SECO, op. cit., p. 65; MATILE/ZILLA, in Dunand/Mahon [éd.], Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services, Bâle 2010, pp. 6–7).

Dans les cas douteux de qualification du contrat, il faut opter pour un contrat de location de services (Directives SECO, op. cit., p. 66).

3.2.4 Selon l'art. 12 LSE, les employeurs (bailleurs de services) qui font commerce de céder à des tiers (entreprises locataires de services) les

services de travailleurs doivent avoir obtenu une autorisation de l'office cantonal du travail.

L'art. 19 al. 6 LSE prévoit que si le bailleur de services ne possède pas l'autorisation nécessaire, son contrat de travail avec le travailleur est nul et non avenu. Dans ce cas, l'art. 320 al. 3 CO, qui règle les suites d'un contrat nul, est applicable par renvoi de la LSE.

A teneur de l'art. 320 al. 3 CO, si le travailleur fournit de bonne foi un travail pour l'employeur qui se révèle nul par la suite, tous deux sont tenus de s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail, comme s'il s'agissait d'un contrat valable, jusqu'à ce que l'un ou l'autre mette fin aux rapports de travail en raison de l'invalidité du contrat. Cette disposition institue une relation contractuelle de fait, créant ainsi une fiction de validité du contrat jusqu'à son invalidation. Durant cette période, cette fiction a pour effet que la validité des droits et obligations des deux parties est admise et que l'invalidation produit des effets ex nunc (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 61 et réf. citées).

3.3 En l'espèce, l'appelante a été engagée par X.Z., soit par la société E. GmbH, mais devait travailler au domicile de D. et se conformer aux besoins de cette dernière. Les contrats de travail – certes non signés – faisaient état de « missions » et le salarié s'engageait à exécuter soigneusement et consciencieusement les tâches qui lui étaient confiées sur le lieu de travail. Il apparaît ainsi que les pouvoirs de direction étaient partiellement délégués au « client » chez qui la mission était effectuée, soit à D., quand bien même l'employée devait référer à la « Directrice du centre de soins » pour toute question relative au contrat et qu'elle devait suivre les instructions de la Directrice du centre ou de son représentant, ces dernières ayant toujours la priorité. Quant à la prestation, elle était facturée à la cliente et il n'est pas établi que l'intimée ait garanti un certain résultat de prestations de la part de ses travailleurs. De plus, un des contrats établis par X.Z. renvoyait expressément à la LSE. On doit conclure de ce qui précède que les relations contractuelles entre les parties relevaient bien de la location de services et étaient par conséquent soumises à la LSE.

Pour le surplus, le défaut d'autorisation de la société de X.Z., bailleresse de services, n'empêche pas d'appliquer la LSE aux relations contractuelles des parties dans la mesure où, en application de l'art. 320 al. 3 CO, celles-ci devaient s'acquitter des obligations découlant des rapports de travail comme s'il s'agissait d'un contrat valable, créant une fiction de validité du contrat, lequel aurait de ce fait été soumis à la LSE.

3.4

3.4.1 Selon l'art. 20 al. 1 LSE, 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 disposition a pour but d'éviter des situations de concurrence, en obligeant l'entreprise de location de services à respecter envers le travail-

leur les dispositions de la convention collective concernant les services du travailleur à une entreprise soumise à une convention collective avec déclaration d'extension. La limitation aux conventions collectives de travail avec déclaration d'extension est due à des raisons de publicité. Même si le bailleur de services connaît les conventions collectives existantes, on ne peut pas s'attendre à ce qu'il étudie, avant la conclusion du contrat, l'affiliation à une association de chaque entreprise locataire de services (Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1985, FF 1985 III 589).

Ainsi, lorsqu'un employé travaille pour une entreprise de nettoyage, bailleresse de services non soumise à une CCT étendue, comme nettoyeuse dans un hôtel qui est, quant à lui, soumis à une telle CCT, la CCT s'appliquera à l'entreprise de nettoyage en vertu de l'art. 20 LSE, si l'on est en présence d'un contrat de location de services entre l'entreprise de nettoyage et l'hôtel (JAR 2006 p. 566, cité par MATILE/ZILLA, op. cit., p.147).

3.4.2 L'art. 20 LSE ne mentionne pas les contrats-types édictés par les cantons.

Selon l'art. 359 al. 2 CO, les cantons sont tenus d'édicter des contrats-types pour les travailleurs agricoles et le service de maison. Il fallait en effet pallier, dans ces deux secteurs, le manque de protection des travailleurs qui ne sont pas soumis à la LTr ([loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964; RS 822.11]; JEANNERAT/MAHON, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, n. 12 ad Art. 359 CO). L'art. 359 al. 2 CO doit être interprété à la lumière de l'art. 2 LTr, la notion de « service de maison » ne devant en principe pas être interprétée plus restrictivement que celle fixée à l'art. 2 al. 1 LTr. A l'inverse, le champ d'application des contrats-types cantonaux peut être fixé plus largement que celui des Art. 359 al. 2 CO et 2 al. 1 LTr, afin d'englober des travailleurs dont la position est également faible comme les employés au pair (JEANNERAT/MAHON, op. cit., n. 13 ad Art. 359 CO).

Dans la mesure où, comme la convention collective étendue, le contrat-type s'applique sur tout le territoire concerné, où le but de la règle fixée à l'Art. 20 LSE est de protéger le travailleur, ainsi que la concurrence, et où la limitation aux conventions collectives étendues est intervenue pour des raisons de publicité, il faut considérer que l'Art. 20 LSE est également applicable lorsque le locataire de services est soumis à un contrat-type de travail. Dans le Canton de Vaud, il sied d'appliquer l'arrêté établissant un contrat-type de travail pour le personnel des ménages privés du 18 janvier 2006 (ACTT-mpr; RSV 222.105.1).

3.4.3 Selon l'Art. 1 ACTT-mpr, ce contrat-type s'applique sur tout le territoire du canton de Vaud. Il régit les rapports de travail entre les employeurs privés et toutes les personnes, logées ou non par l'employeur, qui occupent un emploi à plein temps ou à temps partiel, notamment en qualité de gouvernante, cuisinière, aide de cuisine, femme de chambre, aide de ménage, lingère, employé de maison, maître d'hôtel, cuisinier, valet de

chambre, chauffeur (Art. 1 al. 2 ACTT-mpr). Le contrat-type ne s'applique pas au conjoint de l'employeur, à ses parents par le sang en ligne ascendante et descendante ainsi qu'à leur conjoint, aux enfants de son conjoint, au personnel de maison s'occupant exclusivement de la garde d'enfants et aux jeunes gens au pair, aux apprenties et apprentis liés par un contrat conforme à la législation sur la formation professionnelle et au personnel occupé dans une exploitation agricole (Art. 1 al. 3 ACTT-mpr). Selon l'art. 2 ACTT-mpr, ce contrat-type est réputé exprimer la volonté des parties contractantes, à moins qu'elles n'y dérogent par une convention écrite dans la mesure permise par les art. 361 et 362 CO.

L'art. 2 al. 1 let. g LTr prévoit que la loi sur le travail ne s'applique pas, sous réserve de l'art. 3a LTr, aux ménages privés. Le critère déterminant réside dans le fait que le travailleur doit accomplir des tâches « pour les besoins privés » et non pas à des fins commerciales (soit par exemple le médecin ou l'avocat qui travaillerait à domicile et engagerait une secrétaire, dont le but n'est a priori pas de satisfaire ses besoins privés; [GEISER, Commentaire de la loi sur le travail, Berne 2005, nn. 39 et 40 ad Art. 2 LTr]). Il y a «ménage privé» au sens de la LTr si une personne occupe des travailleurs dans son appartement pour ses besoins privés et, dans ce cas, la loi ne s'applique pas, mais alors des contrats-type sont édictés afin d'assurer une protection du travailleur dans ce domaine (GEISER, op. cit., nn. 39 et 41 ad Art. 2 LTr).

3.5 Les premiers juges ont considéré que si l'appelante effectuait certes ses tâches dans un ménage privé, elle les accomplissait pour le compte d'un tiers exerçant une activité commerciale (à savoir la location de services de ses employés à des tiers) et était donc soumise à la LTr, l'exclusion de l'Art. 2 LTr ne s'appliquant pas. De par le système mis en place, c'est bien X.Z., en tant qu'employeur, qui décidait des horaires, de la rémunération et des tâches à effectuer de l'appelante. Les premiers juges ont retenu que l'activité de l'appelante devait être considérée comme étant de type commercial et non pour les besoins privés de son employeur. Par ailleurs, l'entreprise pour laquelle elle travaillait n'était pas un ménage privé, de sorte qu'à lire le titre marginal de l'art. 2 LTr, elle ne faisait pas partie des exceptions légales pour lesquelles la LTr ne s'appliquait pas.

Ces considérations seraient pertinentes si la LSE ne devait pas s'appliquer et si l'on devait considérer que l'appelante travaillait à l'extérieur dans le cadre de l'exécution d'un mandat pour le compte de son employeur. Dès lors que la LSE est en l'espèce applicable (cf. consid. 3.3 supra), il s'agit de savoir, conformément à l'art. 20 LSE, si la locataire de services, D., était soumise au contrat-type sur les ménages privés.

L'assistance aux personnes âgées et aux malades entre dans les besoins privés du ménage, à l'instar d'une gouvernante, cuisinière, aide de cuisine, femme de chambre, aide de ménage, lingère, employé de maison, maître d'hôtel, cuisinier, valet de chambre, chauffeur, mentionnés à l'art. 1 al. 1 ACTT-mpr, dont la liste des activités n'est qu'exemplaire et n'est pas

exclue selon l'art. 1 al. 2 ACTT-mpr. Pour le surplus, il faut d'ailleurs relever que l'art. 3 let. f de l'Ordonnance fédérale sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CTT économie domestique du 20 octobre 2010; RS 221.215.329.4) – certes non applicable aux cantons qui, comme le canton de Vaud, avaient un contrat-type en vigueur au 20 janvier 2010 – considère comme activité domestique l'assistance aux personnes âgées et aux malades dans la vie quotidienne. L'ACTT-mpr est partant applicable aux relations de travail entre l'appelante et l'intimée.

Ainsi, à ce stade de l'examen, le grief de l'appelante apparaît fondé sur ce point.

4.

4.1 Dans un second grief, l'appelante évoque les conséquences générales découlant, selon elle, de l'application de l'ACTT-mpr, singulièrement quant à la rémunération des heures de travail nocturnes qualifiées d'heures de piquet par les premiers juges, et des heures supplémentaires, tout en se limitant à se référer à son mémoire de demande du 7 octobre 2013 pour le calcul de ses prétentions.

4.2 L'appel doit être motivé. L'appelant doit expliquer en quoi son argumentation peut influer sur la solution retenue par les premiers juges (TF 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3 et 4, in RSPC 2012 p. 128, SJ 2012 I 231; TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, in RSPC 2013 p. 29; TF 4A_474/2013 du 10 mars 2014 consid. 3.1, SJ 2014 I 459). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1; TF 5A 396/2013 du 26 février 2014 consid. 5.3.1). Même si l'instance d'appel applique le droit d'office (Art. 57 CPC), le procès se présente différemment en seconde instance, vu la décision déjà rendue. L'appelant doit donc tenter de démontrer que sa thèse l'emporte sur celle de la décision attaquée. Il ne saurait se borner à simplement reprendre des allégués de fait ou des arguments de droit présentés en première instance, mais il doit s'efforcer d'établir que, sur les faits constatés ou sur les conclusions juridiques qui en ont été tirées, la décision attaquée est entachée d'erreurs. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens qui avaient déjà été présentés en première instance, avant la reddition de la décision attaquée (TF 4A_97/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3) ou si elle ne contient que des critiques toutes générales et superficielles de la décision attaquée ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance (notamment aux notes de plaidoiries déposées en première instance: TF 4A_580/2015 du 11 avril 2016 consid. 2.2, non publié à l'ATF 142 III 271), elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en ma-

tière (TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2; TF 4A_290/2014 du 1er septembre 2014 consid. 3.1, RSPC 2015 p. 52; TF 5A_488/2015 du 21 août 2015 consid. 3.2.1, RSPC 2015 p. 512; TF 4A_580/2015 du 11 avril 2016 consid. 2.2, non publié à l'ATF 142 III 271; TF 4A_61/2016 du 10 mai 2016 consid. 4; TF 4A_376/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.2.1; TF 4A_593/2015 du 13 décembre 2016 consid. 5.1).

4.3 En l'espèce, afin de tirer les conséquences de ses griefs, l'appelante n'avance aucune explication. Elle se borne à faire référence à son mémoire de demande du 7 octobre 2013 déposé devant l'autorité de première instance, sans procéder en appel au moindre calcul démontrant en quoi les prétentions qu'elle avance dans ses conclusions d'appel seraient fondées. Ce grief, faute de motivation, doit être déclaré irrecevable et ne sera par conséquent pas examiné.

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté dans la mesure où il est recevable et le jugement confirmé.

(…)

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour d'appel civile, Arrêt du 4 décembre 2017 (Rejet de l'appel interjeté contre le jugement rendu le 6 mars 2017 par le Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne)

Art. 346 al. 2 CO. Résiliation immédiate du contrat d'apprentissage. En cette matière, la faute joue un rôle moins important que selon l'art. 337 CO; la jurisprudence est sensible à la nécessité de ne pas imposer à un maître d'apprentissage la présence d'un apprenti qui, objectivement, ne peut pas donner satisfaction. Compte tenu de la nature particulière du contrat d'apprentissage, qui se caractérise par un lien de confiance étroit entre les parties, il n'y a pas lieu de faire preuve d'une sévérité particulière dans l'appréciation des motifs de résiliation. Pour le surplus, les conditions sont en principe celles de l'art. 337 CO, auquel la loi renvoie expressément (c. 4.2).

C'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que les faits reprochés à l'apprenti ne constituaient pas des justes motifs de résiliation. Si les relations entre patron et apprenti n'étaient effectivement pas satisfaisantes, les critiques qui lui ont été adressés étaient insuffisantes et trop imprécises pour justifier un licenciement immédiat. Dans un tel cas, l'apprenti aurait dû faire l'objet de critiques claires et ciblées, assorties d'une menace de résiliation. Il faut aussi tenir compte du fait que les remontrances de l'apprenti, peu retenues au regard des

difficultés qu'il avait lui-même à admettre certaines règles, tenaient également à l'inexpérience de sa jeunesse (c. 4.3).
L'imputation au sens de l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire. La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits. Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas. A cet égard, s'il est vrai que le travailleur doit chercher un nouvel emploi dans les meilleurs délais, il n'est toutefois pas tenu d'accepter n'importe quel autre travail ne correspondant pas à ses connaissances. Il faut dans chaque cas avoir égard à la formation, à l'expérience et à l'âge de l'intéressé, ainsi qu'à la situation générale du marché du travail (c. 5.2.)
Un délai raisonnable pour retrouver un travail doit être laissé au travailleur licencié; la situation est encore particulière lorsque l'employé est un apprenti. En effet, il est notoire que retrouver une place d'apprentissage en cours d'année scolaire est compliqué et difficile, d'autant plus que, en l'espèce, les circonstances du licenciement n'étaient pas évidentes à expliquer à un nouvel employeur. En conséquence, un délai de trois mois n'apparaît de loin pas critiquable, ce d'autant que l'employeur, à qui incombe la charge de la preuve, n'a pas démontré que la situation générale sur le marché de l'emploi était telle que l'apprenti aurait pu trouver une nouvelle place d'apprentissage à bref délai (c. 5.3.1).

Extraits des faits:

E. est une société de droit suisse qui a pour but l'exécution de travaux de scierie, de raboterie, la fabrication et la pose de revêtements de sols, notamment des parquets et des moquettes, ainsi que l'aménagement intérieur et le commerce s'y rapportant. Elle a notamment pour administrateur Q.

Par contrat d'apprentissage du 21 mars 2014, E. a engagé T. pour une durée déterminée, du 10 mars 2014 au 10 juillet 2016, ceci dans le but de poursuivre son apprentissage de poseur de revêtement de sols (spécialisation parquet) qu'il avait commencé le 19 août 2013 auprès de la société X., à Lausanne. Selon les termes du contrat, il avait droit à un salaire mensuel brut de 530 fr. pour la première année de formation, de 800 fr. pour la deuxième année de formation et de 1'060 fr. pour la troisième et dernière année de formation. Il était prévu que le temps de travail hebdomadaire, y compris la formation scolaire, s'élevait à 41 heures, réparties sur cinq jours. Le maître d'apprentissage du demandeur était Q.

Le contrat d'apprentissage comprenait par ailleurs une annexe, datée du 10 mars 2014 et signée par les parties, dont il ressortait notamment ce

qui suit : «Conditions d'engagement: 1. Engagement total de votre part durant toute la durée de la formation, à savoir qualité, quantité et mise en pratique des connaissances professionnelles. 2. Respect des horaires de travail, présence obligatoire, le matin 7h15. (…) 6. Toutes les absences, au travail ou aux cours professionnels, doivent être justifiées et signées par le représentant légal (même si vous êtes majeur). 7. En cas de maladie, que ce soit au travail ou aux cours professionnels, vous devez aviser votre formateur le matin dès 7h00. Si plus de trois jours d'absence, un certificat médical doit être fourni par courrier. (…) 12. Il sera également exigé de votre part: (…) – une attitude respectueuse et collaborant envers vos collègues. (…) Rupture de contrat Si un des points 1 à 12 n'est pas respecté, nous nous verrons dans l'obligation de mettre fin immédiatement et sans autre préavis au contrat d'apprentissage nous liant.»

Le 12 décembre 2014, E. a adressé à T. un avertissement dont la teneur était la suivante: «Nous vous confirmons par la présente notre entretien du 10 décembre dernier en présence de votre maman, Messieurs Q. et G. concernant vos absences répétées ainsi que votre attitude de rebelle. Nous en avons profité pour vous rappeler l'annexe au contrat d'apprentissage propre à notre entreprise, que vous avez signé et accepté sans condition. Il est indispensable de le relire régulièrement afin de ne pas oublier ce dont vous vous êtes engagé. Comme expliqué, nous exigeons de votre part un changement radical d'attitude, faute de quoi, en cas de récidive, nous nous verrons dans l'obligation de mettre fin immédiatement et irrévocablement, sans nouveau délai et sans prétention de salaire au contrat d'apprentissage nous liant. (…)». Cet avertissement n'a fait l'objet d'aucune contestation de T.

Par courrier du 13 avril 2015, E. a résilié avec effet immédiat le contrat d'apprentissage la liant à T. en ces termes: «(…) Nous sommes au regret de vous annoncer que nous résilions votre contrat d'apprentissage avec effet immédiat, soit au 8 avril 2015 pour conflit entre les parties et manquements de la personne en formation. Malgré notre lettre d'avertissement du 12 décembre 2014, nous constatons qu'aucun changement de votre part n'a été constaté, tant dans votre attitude que dans vos absences répétées. (…)».

Par demande du 9 mars 2016 adressée en la forme simplifiée au Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, T. a conclu à ce que E. soit reconnue sa débitrice et lui doive immédiat paiement du montant net de 6'500 fr. et du montant brut de 19'000 fr.. [...] Caisse de chômage s'est constituée partie intervenante et a conclu au versement de la somme de 1'587 fr. 55 avec intérêts.

Par jugement du 6 mars 2017, le Tribunal a dit que E. était la débitrice de T. et lui devait immédiat paiement de la somme brute de 6'635 fr. 85, dont à déduire les charges sociales et contractuelles, sous déduction du montant alloué à U. Caisse de chômage, a dit que E. était la débitrice de T. et lui devait immédiat paiement de la somme nette de 800 fr., et a dit que

E. était la débitrice de U. Caisse de Chômage et lui devait immédiat paiement de la somme de 1'587 fr. 55, avec intérêts.

Par acte du 21 juin 2017, E. a fait appel de ce jugement.

Extraits des considérants:

4.

4.1 L'appelante soutient ensuite que l'attitude réfractaire de l'intimé, ses multiples absences injustifiées ainsi que les heures inscrites en trop sur ses fiches d'heures constitueraient autant de motifs, même pris isolément, justifiant un licenciement immédiat.

4.2 Le contrat d'apprentissage est régi par les art. 344 à 346a CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220), qui ne posent pas une réglementation exhaustive, mais uniquement quelques dispositions spéciales, les règles générales du contrat de travail s'appliquant à titre supplétif (Art. 355 CO; TERCIER/BIERI/CARRON, Les contrats spéciaux, 5e éd., Zurich 2016, nn. 3226, p. 434). Dans ce domaine, le droit privé est largement complété par le droit public, notamment la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr; RS 412.10), son ordonnance d'application du 19 novembre 2003 (OFPr; RS 412.101) et la législation cantonale (TERCIER ET ALII, op. cit., n. 3227, p. 434), en particulier, dans le canton de Vaud, la loi vaudoise du 9 juin 2009 sur la formation professionnelle (LVLFPr; RSV 41 3.01) et son règlement d'application du 30 juin 2010 (RLVLPr; RSV413.01.1).

Le contrat d'apprentissage est un contrat individuel de travail de caractère spécial en vertu duquel l'employeur s'engage à former le travailleur à l'exercice d'une profession déterminée, celui-ci s'engageant à travailler au service de l'employeur en vue d'acquérir une formation (Art. 344 CO; TERCIER ET ALII, op. cit., n. 3230, p. 434; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Commentaire du contrat de travail, 3e éd., Lausanne 2004, n. 1 ad Art. 344 à 346a CO, p. 342). Le contrat doit régler la nature et la durée de la formation professionnelle, le salaire, le temps d'essai, l'horaire de travail et les vacances (Art. 344a al. 2 CO).

Le contrat de durée déterminée prend fin ipso jure par l'écoulement du temps (Art. 334 al. 1 CO). Préalablement à son échéance, il ne peut en principe être mis fin au contrat par une résiliation ordinaire. Les dispositions relatives à la protection contre les congés sont inapplicables (Art. 336 à 336 d CO). Cependant, si de justes motifs existent, l'employeur peut mettre un terme aux rapports de travail avant l'échéance du contrat, l'art. 346 aI. 2 CO réservant expressément l'art. 337 CO.

L'art. 346 al. 2 CO (absolument impératif, Art. 361 CO) ne fait que rappeler la réglementation de l'art. 337 CO et prévoit qu'il peut être mis fin immédiatement pour justes motifs au contrat, en énumérant à titre d'exemples deux cas de justes motifs liés au but de l'apprentissage, à savoir si l'objectif de formation ne peut pas être atteint, notamment parce que

le maître d'apprentissage ne peut assurer cette formation à satisfaction, ou si l'apprenti n'est pas apte à poursuivre la formation entreprise (BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, op. cit., n. 3 ad art. 344 à 346a CO, p. 343; TERCIER ET ALII, op. cit., n. 3260, p. 438). En cette matière, la faute joue un rôle moins important que selon l'art. 337 CO; la jurisprudence est sensible à la nécessité de ne pas imposer à un maître d'apprentissage la présence d'un apprenti qui, objectivement, ne peut pas donner satisfaction (AUBERT, Commentaire romand, Code des obligations I, 2e éd, Bâle 2012, n. 1 ad Art. 346 CO, p. 2130). Compte tenu de la nature particulière du contrat d'apprentissage, qui se caractérise par un lien de confiance étroit entre les parties, il n'y a pas lieu de faire preuve d'une sévérité particulière dans l'appréciation des motifs de résiliation (STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Zurich 2013, n. 9 ad Art. 346 CO avec références). En outre, il n'est pas nécessaire que le juste motif de résiliation constitue une faute imputable à l'une des parties (Staehelin, ibid., n. 7 ad Art. 346 CO). Une résiliation immédiate peut aussi intervenir en raison de modifications objectives pour lesquelles ni le maître ni l'apprenti ne portent de responsabilité (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7e éd., 2012, n. 6 ad Art. 346 CO; Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (JAR) 2002 pp. 326 consid. 3 et 327–328; CACI 4 novembre 2013/573, consid. 3). Le Tribunal fédéral a toutefois clairement lié la portée de l'art. 346 al. 2 CO avec la résiliation pour justes motifs de l'art. 337 CO (TF 4A_188/2014 du 8 octobre 2014). Cette disposition énumère à titre exhaustifs trois motifs liés aux objectifs de formation du contrat. Pour le surplus, il a retenu que les conditions sont en principe celles de l'art. 337 CO, auquel la loi renvoie expressément (TF 4C_370/2004 du 23 décembre 2004 consid. 2.2; PORTMANN, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6e éd., Bâle 2015, n. 4 ad Art. 346 CO).

Selon l'art. 337 CO, l'employeur et le travailleur peuvent résilier immédiatement le contrat en tout temps pour de justes motifs (al. 1, 1re phrase). Sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail (al. 2). La résiliation immédiate est une mesure exceptionnelle qui ne doit être admise que de manière restrictive. Les faits invoqués à l'appui d'une telle mesure doivent objectivement et subjectivement détruire la confiance qui est le fondement du contrat de travail, ou l'ébranler à un point tel que la continuation des relations contractuelles ne peut plus être exigée (ATF 137 II 303 consid. 2.1.1; ATF 129 III 380 consid. 2.1). Seul un manquement particulièrement grave justifie le licenciement immédiat du travailleur. En cas de manquement moins grave, celui-ci ne peut entraîner une telle sanction que s'il a été répété malgré un avertissement (ATF 130 III 213 consid. 3.1; ATF 129 III 380 consid. 2.1). Par manquement du travailleur, on entend en règle générale la violation d'une obligation contractuelle, mais d'autres faits peuvent aussi justifier une résiliation immédiate

(ATF 130 II 128 consid. 4.1; ATF 129 III 380 consid. 2.2). L'avertissement ne doit pas nécessairement comporter dans chaque cas une menace expresse de résiliation immédiate du contrat. Il n'en demeure pas moins qu'en avertissant le travailleur, l'employeur doit clairement lui faire comprendre qu'il considère le comportement incriminé comme inadmissible et que sa répétition ne restera pas sans sanction; le travailleur doit savoir quelle attitude ne sera plus tolérée à l'avenir (TF 4C.10/2007 précité consid. 2.1 in JAR 2008 p. 188; TF 4C.364/2005 du 12 janvier 200, consid. 2.3, in Revue suisse de jurisprudence [RSJ] 2006 p. 2014). Toujours selon le Tribunal fédéral, on ne saurait poser des règles rigides sur le nombre et le contenu des avertissements dont la méconnaissance, par le travailleur, est susceptible de justifier un licenciement immédiat. Sont décisives les circonstances concrètes, notamment la nature et la gravité des manquements, leur fréquence ou leur durée, de même que l'attitude du travailleur face aux injonctions ou menaces formulées à son encontre (ATF 127 III 153 consid. 1c p. 157). Enfin, il ressort de ce même arrêt que, si l'apprenti ne donne pas satisfaction et n'est pas fait pour ce métier, il incombe à l'employeur de le lui signifier clairement et de lui indiquer quel comportement il attend de sa part à l'avenir. Faute de mise au point, les critiques peu spécifiques émises à propos de l'apprenti ne permettent pas d'inférer qu'un avertissement est superflu et qu'il devrait sans autre comprendre que son emploi est menacé et qu'un nouvel écart de sa part serait sanctionné par une résiliation extraordinaire. Un avertissement clair quant à l'avenir de son apprentissage doit être donné à l'apprenti avant toute résiliation immédiate (TF 4A_188/2014 du 8 octobre 2014 déjà cité, consid. 2.6.3).

4.3 En l'espèce, il faut rappeler en préambule que l'intimé a obtenu de très bons résultats aux cours professionnels. Ensuite, il a fait l'objet d'un avertissement selon lettre du 12 décembre 2014. Ce courrier faisait allusion aux absences répétées et à son attitude de rebelle, à l'entretien du 10 décembre 2014, et demandait un changement radical d'attitude, avec menace en cas de récidive et de résiliation immédiate de contrat.

Dans un premier moyen, l'appelante soutient que l'un des motifs de licenciement était l'attitude réfractaire de l'intimé. Toutefois, il ressort de l'instruction que les difficultés ne se situaient pas dans les relations avec ses collègues et ses formateurs, mais plutôt en lien avec les calculs d'horaire et de remboursement de frais de repas, éléments qui n'avaient pas fait l'objet d'une réponse claire de l'administrateur de l'appelante. Certes, les deux témoins cités par l'appelante révèlent que l'intimé se montrait irrespectueux lorsqu'il s'agissait des règles de l'entreprise, particulièrement concernant les horaires. En revanche, ces témoins n'ont pas relevé que l'attitude de l'intimé envers le travail lui-même n'était pas satisfaisante, ni qu'il était agressif envers ses collègues et ses formateurs. A la lecture des dépositions, il semble que la difficulté se situait entre l'administrateur, qui était méfiant envers certains apprentis au vu de son vécu, et l'intimé, qui, bien que bon travailleur, peinait à comprendre que lui-même ne pouvait

décider de la marche de l'entreprise et des règles instaurées par la direction. Ces circonstances s'avèrent cependant clairement insuffisantes pour retenir un juste motif de licenciement, l'avertissement du 12 décembre 2014 ne permettant d'ailleurs pas de retenir, faute d'avoir été clair quant aux critiques qui devaient être faites à l'apprenti, que l'intimé avait été dûment averti.

Ensuite, l'appelante soutient que les nombreuses absences injustifiées étaient également un motif, se référant aux absences supplémentaires à comptabiliser plus précisément dans les faits. Or, peu importe qu'il y ait eu cinq jours d'absence injustifiée plutôt qu'un seul jour. De jurisprudence constante, les absences injustifiées ne constituent pas un juste motif de licenciement immédiat (WYLER/HEINZER, Droit du travail, 3e éd., Berne 2014, p. 586 et les arrêts cités), d'autant moins que certains passages de la déposition du témoin G., qui a expliqué que l'absence de l'intimé n'avait pas perturbé l'organisation des chantiers et la répartition des tâches, avant de dire le contraire une fois interrogé par le conseil de l'appelante, n'appuient pas la thèse d'un problème ingérable.

Quant aux heures inscrites en trop sur ses fiches de travail par l'intimé, les premiers juges ont retenu que ces rapports étaient conformes à la réalité en raison du visa apposé par l'administrateur. Toutefois, l'appelante soutient que cela ne revenait qu'à valider les rapports en tant que bons de travail et que le contrôle était effectué par la suite, par recoupement. Si l'on peut effectivement y voir un comportement critiquable de l'apprenti, ce procédé devait toutefois faire l'objet d'un avertissement précis et clair, ce qui n'a pas été le cas, comme l'ont d'ailleurs relevé les premiers juges.

En définitive, c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré que les faits reprochés à l'intimé ne constituaient pas des justes motifs de résiliation. Si les relations entre patron et apprenti n'étaient effectivement pas satisfaisantes, les critiques qui lui ont été adressés étaient insuffisantes et trop imprécises pour justifier un licenciement immédiat. Dans un tel cas, l'intimé aurait dû faire l'objet de critiques claires et ciblées, assorties d'une menace de résiliation. Il faut aussi tenir compte du fait que les remontrances de l'intimé, peu retenues au regard des difficultés qu'il avait lui-même à admettre certaines règles, tenaient également à l'inexpérience de sa jeunesse (JAR 2000 p. 254), de sorte que le moyen doit être rejeté.

5.

5.1 L'appelante soutient encore que l'intimé n'aurait pas respecté son obligation de limiter son dommage et la manière dont l'imputation a été faite. Elle soutient qu'il y aurait dès lors lieu de déduire des dommages-intérêts alloués à l'intimé, en sus des montants déjà reconnus et admis par les premiers juges, les montants de 1'733 fr. 40 (2 x 800 + 133.35 [8.33% de 800 x 2] pour les mois de mai et juin 2015, de 1'037 fr. 90 (1'060 + 88.30 [13e] – 110.40) pour le mois de septembre 2015, de 386 fr. 25 (avoir

vacances) pour le mois d'octobre 2015 et de 1'148 fr. 30 (1'060 + 88.30 [13e]) pour février 2016.

5.2 L'imputation au sens de l'art. 337c al. 2 CO est une expression du principe général selon lequel celui qui subit un dommage doit faire tout ce que l'on peut raisonnablement exiger de lui pour le réduire. La charge de la preuve appartient en principe à l'employeur, étant précisé que le travailleur doit aussi, en vertu du principe de la bonne foi, collaborer à l'établissement des faits (TF 4A_570/2009 du 7 mai 2010 consid. 7.3; TF 4C.293/2004 du 15 juillet 2005 consid. 2.3 et les réf. citées; CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Zurich 2009, n. 2 ad Art. 337c CO, p. 573). Pour déterminer si le travailleur a renoncé intentionnellement à un revenu, il faut tenir compte des circonstances du cas (CARRUZZO, op. cit., p. 573). A cet égard, s'il est vrai que le travailleur doit chercher un nouvel emploi dans les meilleurs délais (WYLER/HEINZER, op. cit., p. 608), il n'est toutefois pas tenu d'accepter n'importe quel autre travail ne correspondant pas à ses connaissances (CARRUZZO, op. cit., p. 573; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 516). Il faut dans chaque cas avoir égard à la formation, à l'expérience et à l'âge de l'intéressé, ainsi qu'à la situation générale du marché du travail (AUBERT, op. cit., n. 7 ad Art. 337c CO, p. 2103).

Tout congé immédiat qui ne repose pas sur un juste motif comporte une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur et ouvre les droits précisément décrits à l'art. 337c CO, dont l'indemnité de l'alinéa 3, laquelle peut prendre en compte les effets économiques du licenciement (ATF 135 III 405 consid. 3.2). Cette indemnité, qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur, a une double finalité, punitive et réparatrice (ATF 129 III 380 consid. 4.3; ATF 123 III 391 consid. 3c). Elle ne représente pas des dommages-intérêts au sens classique, car elle est due même si la victime ne subit ou ne prouve aucun dommage; revêtant un caractère sui generis, elle s'apparente à la peine conventionnelle. Le juge doit la fixer en équité, en tenant compte de toutes les circonstances, notamment de la gravité de l'atteinte à la personnalité du travailleur, de son âge, de sa situation sociale, de l'intensité et de la durée des relations de travail antérieures au congé et de la faute concomitante du travailleur, notamment lorsque son comportement a joué un rôle décisif sur la décision de résilier (cf. ATF 123 III 391 consid. 3b/cc; ATF 121 III 64 consid. 3c; CARRUZZO, op cit., n. ad Art. 337c CO; WYLER/HEINZER, op. cit., pp. 609 s.). Aucun de ces facteurs n'est décisif en lui-même (ATF 121 III 64 consid. 3c) et l'éventuelle faute concomitante du travailleur est un facteur de réduction ou de suppression de l'indemnité de l'al. 3 de l'art. 337c CO (ATF 120 II 243 consid. 3e). Selon la jurisprudence, le versement d'une telle indemnité constitue la règle (ATF 121 III 64 consid. 3c; ATF 120 II 243 consid. 3e; ATF 116 II 300 consid. 5a), mais suppose un comportement fautif de l'employeur ou en tout cas des circonstances qui lui sont imputables (cf. ATF 116 II 300 consid. 5a in fine). Qu'il s'agisse du principe ou de la quotité de cette indemnité, le juge possède un large

pouvoir d'appréciation (Art. 4 CC; ATF 121 III 64 consid. 3c; sur le tout: TF 4A_257/2008 du 23 juillet 2008).

5.3

5.3.1 Dans un premier moyen à ce sujet, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'il ne se justifiait pas de déduire de la créance en dommages-intérêts de l'intimé les revenus qu'il aurait pu réaliser pendant les mois d'avril à juin 2015, dans la mesure où il n'avait pas de diplôme et où il était difficile d'exiger de sa part de retrouver un emploi en si peu de temps.

On ne saurait suivre l'appelante sur ce point. Outre qu'un délai raisonnable pour retrouver un travail doit être laissé au travailleur licencié, la situation est encore particulière en l'espèce, puisque l'intimé était apprenti. Or, il est notoire que retrouver une place d'apprentissage en cours d'année scolaire est compliqué et difficile, d'autant plus que les circonstances du licenciement n'étaient pas évidentes à expliquer à un nouvel employeur. En conséquence, ce délai n'apparaît de loin pas critiquable, ce d'autant que l'appelante, à qui incombe la charge de la preuve, n'a pas démontré que le situation générale sur le marché de l'emploi était telle que l'intimé aurait pu trouver une nouvelle place d'apprentissage à bref délai.

Le grief s'avère dès lors inconsistant.

5.3.2 L'appelante plaide ensuite que l'intimé n'aurait pas assez travaillé en septembre 2015, puisqu'il n'a réalisé que 4 heures de travail. Dès lors qu'il n'a produit aucune recherche d'emploi pour cette période, il y aurait lieu de retenir que l'intimé aurait intentionnellement renoncé à son salaire.

La question se pose de savoir si un apprenti doit accepter n'importe quel travail pour limiter le dommage ensuite d'un licenciement avec effet immédiat injustifié de son employeur, ou si l'on peut retenir que le travailleur, qui devait a priori retrouver une place d'apprentissage et non un travail intérimaire, peut se voir reprocher des revenus insuffisants sur un mois. Or, il ressort du considérant 4.2 qui précède qu'on ne saurait, en raison de la nature particulière du contrat d'apprentissage, y appliquer indistinctement les règles sur le contrat ordinaire de travail, l'apprenti devant en priorité tenter de retrouver une place d'apprentissage, aux fins de poursuivre et terminer sa formation. Comme on l'a vu ci-dessus, le fardeau de la preuve appartient à l'employeur, de sorte que l'on peut raisonnablement retenir qu'il appartenait à l'appelante de faire porter l'instruction sur la possibilité pour l'intimé de retrouver une place d'apprentissage et sur les réelles possibilités existantes, voire sur la renonciation de celui-ci à terminer sa formation. En l'absence d'éléments sur cette question, on ne saurait retenir que l'intimé aurait dû réaliser un salaire d'ouvrier travaillant à temps complet.

Le moyen est ainsi infondé.

5.3.3 L'appelante soutient encore que le salaire versé en octobre 2015 à titre d'indemnité de vacances, par 386 fr. 25, aurait dû être pris en

compte par le tribunal. Elle expose que l'intimé était censé prendre ses vacances pendant le délai de résiliation, ce qui aurait pour effet de réduire les dommages-intérêts qui lui sont dus.

En principe, le droit au paiement des vacances en espèces est compris dans la prétention déduite de l'art. 337c al. 1 CO, en cas de résiliation immédiate injustifiée. Il n'est toutefois pas absolu. En cas de résiliation immédiate injustifiée du contrat de travail par l'employeur, le Tribunal fédéral refuse d'admettre que le travailleur licencié puisse systématiquement obtenir une indemnité en remplacement d'un éventuel solde de vacances. Si ce droit est en tout cas reconnu au travailleur renvoyé abruptement alors que le contrat aurait normalement dû prendre fin dans un délai relativement bref, estimé à deux ou trois mois, il n'en va pas de même lorsque l'employé est indemnisé pour une longue période au cours de laquelle il ne travaille pas; dans ce dernier cas, l'indemnité allouée inclut le droit aux vacances (ATF 117 II 270 consid. 3b, confirmé in ATF 128 III 271 consid. 4a/bb; TF 4A_257/2008 du 23 juillet 2008 consid. 3; WYLER/HEINZER, op. cit., p. 392).

En l'espèce, on peine toutefois à comprendre l'argumentation de l'appelante, puisque l'indemnité en question a été allouée par un employeur intérimaire et non par l'appelante. En revanche, il s'agit d'un montant perçu par l'employé de la part d'un autre employeur, qui doit dès lors être déduit de l'indemnité de l'art. 337c CO conformément à l'art. 337c al. 2 CO.

Au vu des développements qui vont suivre (cf. notamment consid 5.3.7), l'admission de ce grief s'avère toutefois sans incidence sur l'issue de l'appel.

5.3.4 L'appelante fait valoir que l'intimé n'a pas effectué de recherches d'emploi durant le mois de février 2016, de sorte que des dommages-intérêts ne sauraient lui être alloués pour ce mois-ci.

D'après l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette disposition répartit le fardeau de la preuve et détermine ainsi qui doit subir les conséquences de l'échec de la preuve (STEINAUER, Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, Traité de droit privé suisse, vol. II/1, Bâle 2009, nn. 641 et 693). Comme on l'a vu sous consid. 3.2 ci-dessus, l'intimé a déclaré avoir beaucoup cherché de travail lorsqu'il n'était pas malade et qu'il ne travaillait pas. Il appartenait dès lors à l'appelante de démontrer que l'intimé était apte à travailler pendant la période en question, en requérant par exemple production d'un certificat médical. Faute d'instruction sur ce point, on ne saurait reprocher à l'intimé de ne pas avoir cherché de travail en février 2016, alors qu'il se trouvait peut-être en arrêt maladie. Dans le doute et compte tenu de la charge de la preuve, le moyen doit être rejeté.

5.3.5 L'appelante conteste ensuite le montant alloué à l'intervenante U. Caisse de chômage, qui a été subrogée pour le salaire d'avril 2016, alors

même que les premiers juges ont retenu que l'intimé n'avait pas fait de recherches d'emploi et qu'il n'avait pas droit à des dommages-intérêts pour la période en question.

Il est exact que le tribunal a retenu que la Caisse de chômage était subrogée ex lege pour les indemnités versées pour les mois de mars à mai 2016, alors qu'il a retenu que l'intimé n'avait pas droit à des dommages-intérêts pour le mois d'avril 2016, faute de recherches d'emploi. On ne saurait toutefois reprocher à l'intimé de ne pas avoir exercé de travail intérimaire à certaines périodes, soit d'octobre 2015 à janvier 2016 ainsi qu'en avril 2016, dès lors qu'il n'avait pas à effectuer du travail intérimaire car il était en droit de rechercher un nouveau contrat d'apprentissage. L'intimé a fait preuve de bonne volonté en acceptant du travail intérimaire alors que rien ne l'y obligeait. Si l'on doit imputer ce qu'il a effectivement gagné comme intérimaire, on ne peut en revanche pas considérer qu'il a renoncé à un revenu pour les mois d'octobre 2015 à janvier 2016, à hauteur de 4'593 fr. 20, ainsi qu'en avril 2016, à hauteur de 1'148 fr. 30.

La subrogation d'U. Caisse de chômage est ainsi fondée et le grief doit être rejeté.

5.3.6 L'appelante conteste enfin l'indemnité de 800 fr. allouée à titre d'indemnité pour licenciement immédiat injustifié.

S'il est établi que le comportement de l'intimé par rapport aux règles fixées par son employeur quant à la comptabilisation des heures n'était guère respectueux et adéquat et qu'il lui arrivait parfois de s'emporter, il n'en reste pas moins que l'intimé a toujours travaillé sans reproches de ses collègues et que seule cette question de règles était litigieuse. De plus, il faut prendre en compte le fait qu'il a perdu sa place d'apprentissage, sans en retrouver une autre, et qu'il n'a pas pu à ce jour achever sa formation. Dès lors, l'indemnité allouée apparaît modeste au vu de ces circonstances et peut être confirmée.

Le moyen sera ainsi rejeté.

5.3.7 En définitive, il apparaît que les premiers juges auraient effectivement dû porter le montant de 386 fr. 25 versé à titre d'indemnité de vacances en déduction de la créance en dommages-intérêts allouée à l'intimé (cf. consid. 5.3.3 supra). Il apparaît également qu'ils ont déduit à tort des prétentions de l'intimé les montants précités de 4'593 fr. 20 et de 1'148 fr. 30 (cf. consid. 5.3.5). Les montants indûment alloués s'avèrent ainsi largement supérieurs au montant de 386 fr. 25 qui aurait dû être imputé, celui-ci ne portant ainsi finalement pas à conséquence. Au demeurant, dans la mesure où l'intimé n'a pas contesté le jugement attaqué, celui-ci ne saurait être réformé au détriment de l'appelante (Art. 58 al. 1 CPC).

Arrêt communiqué par I. Matile, première greffière adjointe du Tribunal cantonal du canton de Vaud

Kanton Zürich

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 19. Januar 2017 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. April 2016)

Übergang des Arbeitsverhältnisses, Art. 333 OR. Um die Zuverlässigkeit und Werthaltigkeit des neuen Arbeitgebers abschliessend beurteilen und allenfalls sein Ablehnungsrecht ausüben zu können, muss der Arbeitnehmer über die erforderlichen Informationen verfügen. Er muss in der Lage sein, die Sicherheit seines Arbeitsplatzes für die Zukunft abschätzen zu können. Der Arbeitgeber ist daher aufgrund von Treu und Glauben gehalten, dem Arbeitnehmer die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, auch wenn er nicht sämtliche Motive für den Betriebsübergang offenlegen muss. Der Arbeitnehmer muss aus der Sicht eines objektiven Betrachters die Gründe kennen, welche seine Entscheidung über die Ausübung des Ablehnungsrechts beeinflussen. Vorliegend konnte der Arbeitgeber nicht substantiiert geltend machen, inwiefern der Arbeitnehmer über den Betriebsübergang im Einzelnen informiert wurde (E. 2.b und 3.a).
Dahinfallen des Konkurrenzverbots, Art. 340c OR. Die überwiegende Lehre erblickt im Betriebsübergang immer einen begründeten Anlass zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses (Art. 333 OR), womit das Konkurrenzverbot dahinfällt. Gemäss anderer Lehrmeinung könne der Betriebsübergang dem Arbeitnehmer zwar begründeten Anlass geben, sein Recht zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auszuüben, müsse es aber nicht. Der begründete Anlass müsse somit materiell vorliegen und ergebe sich nicht bereits aus der formellen Tatsache eines Betriebsübergangs. Unter den vorliegend gegebenen Umständen bildete der Betriebsübergang einen begründeten Anlass für die Kündigung (E. 3.b).

Sachverhalt:

Bei der A. AG (Klägerin und Berufungsklägerin) handelt es sich um eine Gesellschaft, welche die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Personalverleihs im In- und Ausland, Try & Hire, Pay-Rolling sowie die Vermittlung von Temporär-, Dauer- und Kaderangestellten bezweckt. Am 23. Januar 2013 schlossen die C. AG Personalberatung und B. (Beklagter und Berufungsbeklagter) einen Anstellungsvertrag ab. Es wurde u.a. eine Kündigungsfrist von zwei Monaten sowie ein Konkurrenzverbot vereinbArt. Der Beklagte war ab 1. Januar 2013 als Personalberater für die C. AG Personalberatung tätig. Ab Juli 2014 arbeitete er für die Klägerin. Am 26. Januar 2015 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich

auf den 31. März 2015. Er erklärte dabei, die Kündigung erfolge unter Hinweis auf die Missachtung sämtlicher Informationspflichten seitens der bisherigen/neuen Arbeitgeberin hinsichtlich Grund sowie der rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses von der C1. Holding AG (vormals C. AG Personalberatung) an die Klägerin. Gemäss Weisung vom 28. Januar 2015 wurde der Beklagte für die Dauer der Kündigungsfrist von seiner Arbeitspflicht freigestellt. Er musste jedoch weiterhin für Arbeitseinsätze auf Abruf zur Verfügung stehen. Im Rahmen dieser Weisung wurde er zudem ausdrücklich auf sein arbeitsvertragliches Konkurrenz- und Abwerbeverbot hingewiesen. Mit Schreiben vom 29. Januar 2015 kündigte der Beklagte dann fristlos. Er begründete dies damit, dass die schikanösen Auflagen – im Rahmen einer vorübergehenden Freistellung von der Arbeitspflicht – seine Persönlichkeitsrechte in unzulässiger Weise verletzen würden, weshalb ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden könne. Er wies zudem auf das Dahinfallen des Konkurrenzverbotes gemäss Art. 340c Abs. 2 OR hin, da die Klägerin berechtigten Anlass zur Kündigung gegeben habe. Ab dem 3. Februar 2015 war der Beklagte für die D. AG tätig.

Die Klägerin stellte beim Arbeitsbericht Zürich folgendes Rechtsbegehren: Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 47’000.– zuzüglich Zins von 5% seit 1. Februar 2015 zu bezahlen, Mit Urteil vom 11. April 2016 wies das Arbeitsgericht Zürich die Klage ab. Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 13. Mai 2016 Berufung und stellte die Berufungsanträge: Es sei das Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 11. April 2016 vollumfänglich aufzuheben und die Klage gutzuheissen, womit der Beklagte zu verpflichten ist, der Klägerin Fr. 47’000.– zuzüglich 5% Zins seit 1. Februar 2015 zu bezahlen, unter ausdrücklichem Nachklagevorbehalt für weiteren Schaden; Eventualiter: Es sei das Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich vom 11. April 2016 vollumfänglich aufzuheben und die Streitsache im Sinne der obergerichtlichen Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und sie auch anzuweisen, die richterliche Fragepflicht auszuüben. Die Berufungsantwortschrift des Beklagten datiert vom 22. August 2016.

Aus den Erwägungen:

1.

Die Vorinstanz wies die Klage ab, ohne dass darüber entschieden wurde, ob es überhaupt zu einem Betriebsübergang von der C. AG Personalberatung, mit welcher der Beklagte am 23. Januar 2013 einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hatte, zur A. AG gekommen sei. Sie ging davon aus, dass der Beklagte jedenfalls keine bzw. ungenügende Informationen bezüglich des angeblichen Betriebsübergangs und insbesondere dessen Hintergründe von der Klägerin bekommen habe. Die Vorinstanz erachtete die

Vorbringen der Klägerin bezüglich des Inhalts der erfolgten Information zu diesem Thema als zu wenig substanziiert, weshalb diesbezüglich keine Beweiserhebungen möglich seien und der Sachverhalt betreffend ausreichende Information des Beklagten über den Betriebsübergang als nicht erstellt zu qualifizieren sei. Die Vorinstanz erwog, dass die Kündigung des Beklagten, sofern es einen Betriebsübergang gegeben hätte, deswegen entsprechend als fristgerecht erfolgte Ablehnung einer weiteren Beschäftigung bei der Beklagten zu werten wäre. Aufgrund der konkreten Umstände habe begründeter Anlass für die Kündigung bestanden, weshalb ein allenfalls bestehendes Konkurrenzverbot schon aus diesem Grund hinfällig geworden wäre (Art. 340c OR). Die Vorinstanz ging davon aus, dass ein neues Konkurrenzverbot nicht formgültig vereinbart worden wäre, da kein neuer Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sei. Sie erwog, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten demnach kein Konkurrenzverbot bestehe bzw. bestanden habe, weder infolge Betriebsübergangs noch in Form eines neu vereinbarten Konkurrenzverbots.

2.

Es ist unbestritten, dass im Arbeitsvertrag des Beklagten vom 23. Januar 2013 mit der C. AG Personalberatung, der Rechtsvorgängerin der Klägerin, rechtsgültig ein Konkurrenzverbot im Sinne von Art. 340 OR vereinbart worden war. Bei Annahme eines Betriebsübergangs wäre das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten auf die Klägerin übergegangen, somit auch das Konkurrenzverbot. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass die konkreten Umstände eher auf das Vorliegen eines Betriebsübergangs im Sinne von Art. 333 OR hindeuten, was jedoch vom Beklagten bestritten wurde und daher allenfalls noch in einem Beweisverfahren geklärt werden müsste, sofern das Konkurrenzverbot nicht ohnehin weggefallen ist. Zu prüfen ist deshalb vorab, ob der Beklagte einen wichtigen Grund hatte, den Übergang des Arbeitsvertrages auf die Klägerin abzulehnen bzw. das Arbeitsverhältnis zu kündigen, mit der Folge, dass das Konkurrenzverbot dahingefallen wäre. Der Beklagte hatte als wichtigen Grund für seine Kündigung die mangelnde Information der Mitarbeiter durch die Klägerin betreffend den Betriebsübergang geltend gemacht.

a) Was Sinn und Inhalt eines Betriebsübergangs anbelangt, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, ebenso bezüglich Inhalt und Umfang der damit einhergehenden Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber den davon betroffenen Mitarbeitern. Die Klägerin kritisierte, dass die Vorinstanz ihre Vorbringen bezüglich Information der Mitarbeiter als zu wenig substanziiert qualifiziert habe. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, dass sie vorgebracht habe, dass die Mitarbeiter «ausreichend und zeitgerecht» informiert worden seien. Sie habe zu diesem Zweck anlässlich der Verhandlung dem Gericht eine schriftliche Bestätigung eingereicht, die von Mitarbeitern und der Geschäftsleitung unterzeichnet worden sei. Inhalt dieser Bestätigung seien explizit Details über die erfolgte Information gewesen. Es sei nicht nur überspitzter Formalis-

mus, sondern auch eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht, wenn die Vorinstanz behaupte, es könnten keine Beweise abgenommen werden. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen darzulegen, auf die sie ihre Begehren stützen, und die entsprechenden Beweismittel anzugeben. Die Substanziierung des Tatsachenfundaments gehört in die Rechtsschriften bzw. in die (mündlichen) Parteivorträge. Beilagen sind grundsätzlich nur Beweismittel. Nur das, was eine Partei in ihrem Parteivortrag ausführt, gehört zum Behauptungsfundament. Blosse Verweise auf Klage- und Replikbeilagen sind ungenügend, behauptet ist auch daraus grundsätzlich nur das, was die Partei im Rahmen ihres Parteivortrages vorgetragen hat (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 26). Wo aus besonderen Gründen ausnahmsweise für eine Behauptung auf ein Aktenstück verwiesen wird, ist der Verweis auf Sachverhaltselemente nur dann genügend, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch ein bestimmtes Aktenstück nennt und aus dem Verweis der Rechtsschrift selbst klar wird, ob das Dokument in seiner Gesamtheit oder welche Teile des Aktenstücks als Parteibehauptung gelten sollen. Für die Gegenpartei und das Gericht muss klar sein, mit welchen Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 25 mit Verweis auf FN 47). Die Klägerin hatte vor Vorinstanz geltend gemacht, dass ausreichend und detailliert informiert worden sei, sowohl gegenüber jedem Arbeitnehmer einzeln wie auch gegenüber allen zusammen anlässlich der Mitarbeiterzusammenkunft vom 4. September 2014. Die Klägerin verwies dazu lediglich pauschal auf die angebotenen Beweismittel. Dabei handelt es sich einerseits um die «Bestätigung» vom 3. März 2016, worin von drei bei der Information am 4. September 2014 anwesenden Arbeitnehmern (E., F. und G.) sowie zwei Mitgliedern der Geschäftsleitung (H. und I.) bestätigt wird, dass sämtliche Mitarbeiter der C. AG Personalberatung über die Gründe betreffend den Betriebsübergang von der C. AG Personalberatung auf die A. AG auf Ende Juni/Anfang Juli 2014 informiert worden seien. Andererseits wurden als Zeugen die genannten drei Mitarbeiter F. und G. sowie E. angeboten. Da die Klägerin keine weiteren Angaben machte, zu welchen konkreten Behauptungen diese drei Personen wie auch der als Partei zu befragende I. Aussagen machen sollten, ist davon auszugehen, dass sie den gesamten Inhalt des Schreibens vom 3. März 2016, bei welchem es sich um eine Parteibehauptung der Klägerin handelt, bezeugen bzw. bestätigen sollten und nichts Weiteres. Selbst wenn man den Verweis im Vortrag der Klägerin auf diese Bestätigung vom 3. März 2016 als genügend klares Vorbringen anerkennen wollte, ändert sich nichts an der grundlegend mangelnden Substanziierung. In dieser Bestätigung wird nur pauschal erklärt, dass über den Betriebsübergang informiert worden sei. Wann genau die Information der einzelnen Mitarbeiter erfolgte, wird nicht erwähnt. Im Weiteren wird ausgeführt, dass den Mitarbeitern u.a. mitgeteilt worden sei, dass die C. AG Personalberatung ihren operativen Geschäftsbetrieb auf ih-

re Tochtergesellschaft A. AG übertragen habe. Gemäss Art. 333 OR seien damit auch alle Arbeitsverhältnisse von der C. AG Personalberatung von Gesetzes wegen auf die Klägerin übergegangen. Für ausstehende Guthaben der Mitarbeiter würden beide Gesellschaften haften. Die Mitarbeiter wurden überdies auf das Ablehnungsrecht hingewiesen. Es wurde in dieser Bestätigung somit nicht ausgeführt, weshalb ein Betriebsübergang stattfand. Es wurde mit keinem Wort erwähnt, dass sich die Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Forderungen konfrontiert sah, die eine Überschuldung bewirkten. Es wurde nichts über Art und Umfang dieser Forderungen gesagt. Es wurde nicht darüber informiert, dass über die C. AG Personalberatung infolge dieser Umstände im August 2014 der Konkurs eröffnet worden war. Es sind keine Angaben enthalten, ob und allenfalls in welcher Weise dieser Betriebsübergang für die Betroffenen konkrete persönliche Auswirkungen haben und ob die Geschäftstätigkeit im selben Umfang weitergeführt werde. Es wurde nicht erklärt, ob die neue Gesellschaft über ein genügendes finanzielles Fundament verfüge und wie die Geschäftsaussichten beurteilt würden. Auch die Bestätigung vom 3. März 2016 enthält somit keine genügende Substanziierung. Es geht daraus nur rudimentär hervor, dass die Angestellten informiert wurden. Den Mitarbeitern wurden keine schriftlichen Unterlagen abgegeben. Diese Angaben sind angesichts der Anforderungen an die Informationspflicht auch als ungenügend zu werten. Deshalb hätte auch die Einvernahme der Zeugen – sofern sie den Inhalt des Schreibens bestätigt hätten – nichts daran geändert, dass die Mitarbeiter nicht ausreichend informiert worden waren. Eine ungenügende Substanziierung kann nicht durch das Beweisverfahren, z.B. mittels Zeugenaussagen korrigiert werden. Die Begründung des Prozessstandpunktes hat sich nicht aus dem Beweisverfahren, sondern den Parteibehauptungen zu ergeben. Die Mitarbeiter wurden völlig im Ungewissen gelassen, weshalb ein Betriebsübergang erfolgte und wie es mit der neuen Gesellschaft für sie weitergehe. Nebenbei ist noch anzumerken, dass die Bestätigung vom 3. März 2016 offenbar im Hinblick auf den vorliegenden Prozess für die Replikschrift angefertigt worden war, da der Beklagte in der Klageantwort geltend gemacht hatte, dass er nicht auf das Ablehnungsrecht aufmerksam gemacht worden sei. Es bestehen gewisse Zweifel, ob die rund 1½ Jahre später verfasste Bestätigung die Angaben, die damals gemacht wurden, noch zuverlässig wiedergeben kann. Der Beklagte bestritt jedenfalls, dass er auf das Ablehnungsrecht hingewiesen worden sei.

Die Klägerin wiederholte noch an anderer Stelle, dass der Beklagte über alle relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Fragen informiert gewesen sei, und bot wiederum die genannten Personen als Zeugen bzw. zu befragende Partei an, ohne jedoch anzugeben, zu welchen konkreten Behauptungen diese Aussagen machen sollten. Wie bereits erwähnt, ist es nicht möglich, den Mangel substanziierter Vorbringen mittels Zeugenaussagen zu beheben. Es wurde wiederum in keiner Weise ausgeführt, über welche relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen

Fragen informiert wurde. Die Klägerin bestritt, dass der Konkurs der vormaligen Arbeitgeberin des Beklagten zufolge nicht bezahlter AHV-Beiträge eingetreten sei. Die AHV-Beiträge seien immer korrekt abgerechnet und dem Beklagten gutgeschrieben worden. Der Hinweis des Beklagten auf die nicht bezahlten AHV-Beiträge sei eine vorgeschobene und somit unzutreffende Behauptung. Da der Beklagte aufgrund der fehlenden Information über Art und Umfang der ausstehenden Forderung(en), welche zur Überschuldung führte(n), keine Kenntnis hatte, um was für Forderungen es sich handelte, kann ihm daraus kein Vorwurf erwachsen, wenn er von unrichtigen Voraussetzungen ausging. Die Klägerin hatte nie geltend gemacht, dass sie die Mitarbeiter über Art und Umfang der Forderung detailliert informiert habe. Erst im Rahmen des Gerichtsverfahrens führte sie aus, dass es sich bei der fraglichen Forderung, welche zu einer Überschuldung der Rechtsvorgängerin der Klägerin geführt habe, um Nachforderungen der Pensionskasse in der Höhe von rund Fr. 690'000.– gehandelt habe. Da keine Rückstellungen möglich gewesen seien, sei eine Überschuldung eingetreten. Es gehe bei dieser Forderung um die Frage, wie bei den Temporärmitarbeitern die Koordinationsabzüge vorgenommen werden müssten. Es habe auch Ausstände bei den AHV-Forderungen gegeben, aber nicht in grossem Umfang. Es habe AHV-Rechnungen von zwei oder drei Monaten akonto gegeben, welche jedoch übernommen worden seien. Die Klägerin hat somit auch anerkannt, dass bei den AHV-Beiträgen Lücken bestanden. Da die Klägerin selbst einerseits von Pensionskassenbeiträgen und andererseits von AHV-Beiträgen sprach, hat dies wohl zu der von der Klägerin gerügten Vermengung der beiden Begriffe im vorinstanzlichen Urteil geführt. Dies hat sich die Klägerin aber selbst zuzuschreiben, da sie diese Tatbestände auch nicht exakt trennte und offenbar auch AHV-Ausstände bestanden, wie die Klägerin selbst ausführte. Die Klägerin machte nicht geltend, dass sie diese Angaben bezüglich des Inhalts dieser Forderungen gegen ihre Rechtsvorgängerin dem Beklagten gegenüber offengelegt habe. Wie erwähnt, findet sich auch in der Bestätigung vom 3. März 2016 nichts dergleichen. In ihrer Berufungsbegründung führte die Klägerin zu diesem Thema erstmals aus, dass diese Ausstände von Pensionskassenbeiträgen nicht die festangestellten Mitarbeiter, sondern die Temporärmitarbeiter betroffen hätten. Der Beklagte sei davon in keiner Weise tangiert gewesen. Dasselbe gelte auch für offene AHV-Beiträge. Der Arbeitnehmer trage niemals das Inkassorisiko der Ausgleichskasse. Der Beklagte sei nicht zu Verlust gekommen. Diese Behauptungen, wonach die festangestellten Mitarbeiter nicht betroffen gewesen seien, sondern nur die Temporärmitarbeiter, sind in dieser Form neu und – da die Voraussetzungen von Art. 317 Abs.1 lit. a und b ZPO nicht gegeben sind – verspätet, weshalb sie nicht berücksichtigt werden können. Es wurde zuvor nur erklärt, dass Temporärmitarbeiter betroffen seien, aber nicht, dass es ausschliesslich solche betreffe. Zudem behauptete die Klägerin auch nicht substanziiert, dass der Beklagte darüber informiert worden sei. Der Beklag-

te konnte somit nicht wissen, welche Kategorie von Angestellten diese Ausstände betrafen. Ebenfalls neu und aus denselben Gründen nicht zu hören ist die Behauptung, dass der Beklagte im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang keine Fragen gestellt habe. Aus diesem Umstand liesse sich auch nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten. Wie bereits erwähnt, wurde ausserdem auch über den Konkurs der Rechtsvorgängerin nicht informiert. Unbestrittenermassen erfuhr der Beklagte davon zufällig im Dezember 2014. Diverse mögliche Fragen konnte der Beklagte daher gar nicht stellen, weil er den Sachverhalt nur bruchstückhaft kannte. Dass die geschäftlichen Vorgänge ab 1. Juli 2014 nur noch über die Klägerin erfolgten und der Beklagte gegenüber aussen im dem Namen der Klägerin auftrat, ist nicht relevant und ändert nichts an der ungenügenden Information durch die Klägerin.

b) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass die Klägerin nicht substanziiert geltend machte, inwiefern der Beklagte über den Betriebsübergang im Einzelnen informiert wurde. Sie machte lediglich die pauschale Aussage, wonach die Mitarbeiter – und damit auch der Beklagte – über alle relevanten rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Fragen informiert worden seien, ohne explizit darzulegen, um welche Fragen es sich konkret gehandelt habe. Die sog. Substanziierungslast besagt, dass die Parteien die behaupteten Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern zusätzlich in einer über die Behauptungslast hinausgehenden, detaillierten Art und Weise zu schildern haben, so dass darüber Beweis abgenommen werden kann. Die behauptungsbelastete Partei hat die Schlüssigkeit ihrer Behauptungen durch Zerlegung in Einzeltatsachen und detaillierte Begründung geltend zu machen, wenn die Behauptung von der Gegenseite bestritten worden ist (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 55 N 23 ff.), wie dies vorliegend der Fall war. Die rechtserheblichen Tatsachen müssen so umfassend, detailliert und klar dargelegt werden, dass die Gegenpartei dazu einzeln und unterschiedlich Stellung nehmen, sie bestreiten, anerkennen oder eine Gegendarstellung abgeben kann. Die betreffende Partei kann sich nicht mit allgemeinen, globalen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung des Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben, denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus (GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 55 N 22). Bei ungenügend substanziierten Klagen kann der Sachverhalt nicht unter die betreffende Norm des materiellen Rechts subsumiert werden. Es fehlt an den Voraussetzungen für die beweismässige Abklärung des Sachverhalts. Die mit der Substanziierungsobliegenheit belastete Partei hat die prozessualen Folgen ihres Versäumnisses zu tragen. Dies bedeutet, dass sie mit einer pauschalen Behauptung nicht gehört wird und bezüglich unsubstanziiert vorgetragener Sachverhalte keinen Anspruch auf Beweisführung hat. Der nicht substanziiert vorgetragene Sachverhalt ist dem nicht bewiesenen gleichgestellt (GLASL, DIKE-Komm-ZPO,

Art. 55 N 28). In diesem Sinne sind die Vorbringen der Klägerin zum Thema «Informationspflicht» als ungenügend substanziiert zu qualifizieren. Entgegen der Auffassung der Klägerin war die Vorinstanz nicht gehalten, bei ihr als anwaltlich vertretener Partei die gerichtliche Fragepflicht auszuüben, zumal Behauptungen betreffend Information der Mitarbeiter vorgebracht wurden. Ein diesbezüglicher Irrtum oder ein unverschuldetes Versehen ist nicht auszumachen (SUTTER-SOMM/GRIEDER, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 56 N 38 ff.). Es bestand somit kein Anlass des Gerichts zu weiteren Fragen.

Zudem steht fest, dass die Klägerin nicht bestritt, dass sie den Beklagten nicht über den Konkurs ihrer Rechtsvorgängerin unterrichtet hatte und überdies auch nicht über Art und Umfang der Forderung, welche gemäss ihren Angaben die Überschuldung ihrer Rechtsvorgängerin verursachte und Anlass für den Betriebsübergang war. Über diese nicht bestrittenen Tatsachen musste deshalb auch nicht Beweis erhoben werden.

3.

a) Aufgrund der obigen Ausführungen steht fest, dass sich die Information der Klägerin gegenüber dem Beklagten im Wesentlichen lediglich im Rahmen dessen hielt, was in der Bestätigung vom 3. März 2016 festgehalten ist. Der Beklagte wusste, dass das Arbeitsverhältnis bei einer neuen Gesellschaft «fortgesetzt» würde. Es war ihm auch bekannt, dass auf die ehemalige Arbeitgeberin eine Forderung aus einem Prozess zukommen würde. Dabei handelt es sich jedoch nicht um die essentiellen Gründe für den Betriebsübergang. Als solche sind vor allem auch Inhalt und Umfang der fraglichen Forderung sowie der Konkurs der vormaligen Arbeitgeberin zu erachten. Um die Zuverlässigkeit und Werthaltigkeit der neuen Arbeitgeberin abschliessend beurteilen und allenfalls sein Ablehnungsrecht ausüben zu können, muss der Arbeitnehmer diese Vorgänge kennen. Er muss in der Lage sein, die Sicherheit seines Arbeitsplatzes für die Zukunft abschätzen zu können. Die Arbeitgeberin ist daher aufgrund von Treu und Glauben gehalten, dem Arbeitnehmer die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, auch wenn sie nicht sämtliche Motive für den Betriebsübergang offenlegen muss. Der Arbeitnehmer muss aus der Sicht eines objektiven Betrachters die Gründe kennen, welche seine Entscheidung über die Ausübung des Ablehnungsrechts beeinflussen (WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich Basel Genf 2011, S. 377 f.). Da die neue Gesellschaft, die Klägerin, auch in personeller Hinsicht mit der ehemaligen Arbeitgeberin weitgehend identisch ist und unter praktisch gleicher Führung weitergeleitet wird, war es für den Beklagten umso wichtiger zu erfahren, weshalb überhaupt ein Betriebsübergang stattfand. Es handelte sich vorliegend nicht um eine Fusion oder Firmenübernahme, wie sie regelmässig vorkommen, sondern um eine faktisch identische Neugründung. Für die Mitarbeiter war augenfällig kein plausibler Grund für eine solche Neugründung einer praktisch identischen Firma erkennbar. Die effektiven Gründe wurden dem Beklagten verschwiegen. Der Beklagte hätte das

Recht gehabt zu erfahren, dass die Forderung mit nicht geleisteten Pensionskassenbeiträgen und auch gewissen AHV-Ausständen zu tun hatte und die ehemalige Arbeitgeberin deswegen überschuldet und nicht mehr überlebensfähig war. Solche Umstände betreffen unmittelbar die Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber den Sozialversicherungen, auch wenn es nicht zu einem Ausfall für den Arbeitnehmer kommen sollte und die Ansprüche des Beklagten nach Aussagen der Klägerin nie gefährdet waren. Sie können aber Indiz für die Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit der Arbeitgeberin sein. Auch der Tatbestand des Konkurses wäre ein wichtiger Umstand für die Beurteilung der Arbeitsplatzsicherheit gewesen, zumal schon die Rechtsvorgängerin der Konkursitin unbestrittenermassen unter der praktisch identischen Führung in Konkurs gefallen war, sich der Vorfall also wiederholte. Beide Male war der Konkurs mangels Aktiven eingestellt worden. Der Beklagte führte denn auch aus, dass er aufgrund der im Dezember 2014 vorliegenden Informationen habe davon ausgehen müssen, dass die verantwortlichen Personen der Klägerin, die auch für die C. in Konkurs verantwortlich gewesen seien, offenbar keine Skrupel hätten, eine Gesellschaft in Konkurs fallen zu lassen, wenn sich die Geschäfte nicht so entwickelten, wie sie es sich erhofften. Anbei ist noch zu bemerken, dass unter diesen Umständen die in der Bestätigung vom 3. März 2016 aufgeführte Information, wonach neben der Klägerin auch noch deren Rechtsvorgängerin (C. AG Personalberatung) für die Ausstände der Mitarbeiter haften würde, als unrichtig zu bezeichnen ist, da über sie der Konkurs eröffnet worden war. Es wurde von der Klägerin auch nicht behauptet, dass diese Forderung erledigt worden sei. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, sind diejenigen Personen, welche für die Ausstände dieser Forderungen bei der ehemaligen Arbeitgeberin zuständig waren, nunmehr wiederum bei der Klägerin in verantwortlicher Stellung.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass der Beklagte demnach im Zeitpunkt des Betriebsübergangs nicht über die erforderlichen Informationen verfügte, um sich ein zuverlässiges Bild von seiner künftigen Arbeitgeberin und der Sicherheit seines Arbeitsplatzes machen zu können. Dass der Beklagte selbst durch diese Umstände nicht zu Schaden kam, ist unerheblich. Die Klägerin verletzte dadurch die ihr obliegende Informationspflicht. Im Folgenden ist zu prüfen, ob dies dem Beklagten begründeten Anlass zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gab.

b) Die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR ist bei der Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR einer Arbeitnehmerkündigung gleichzustellen. Die überwiegende Lehre erblickt im Betriebsübergang immer einen begründeten Anlass zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses, womit das Konkurrenzverbot dahinfällt. Gemäss Ansicht von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., N 10 zu Art. 340c, hat die wirtschaftliche Entwicklung jedoch diese Meinung überholt: Sie halten dafür, dass keineswegs jedes Arbeitsverhältnis in dem Masse durch die per-

sönliche Beziehung des Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber geprägt sei, dass jeder Eigentümerwechsel begründeter Anlass für eine Kündigung wäre. Ob der Betrieb im Eigentum des Konzerns A oder des Konzerns B stehe, sei für den Arbeitnehmer oftmals nicht von Belang. Es sei deshalb jeder Fall einzeln anzusehen. Der Betriebsübergang könne dem Arbeitnehmer begründeten Anlass geben, sein Recht zur Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auszuüben, müsse es aber nicht. Der begründete Anlass müsse mit anderen Worten materiell vorliegen und ergebe sich nicht bereits aus der formellen Tatsache eines Betriebsübergangs. Aufgrund der blossen Tatsache des Arbeitgeberwechsels sei er immerhin in persönlich geprägten Arbeitsverhältnissen, z.B. im Kleingewerbe oder im Hausdienst, auch materiell zu bejahen. Erfolge der Betriebsübergang, nachdem das Arbeitsverhältnis bereits beendet sei, so gehe ein allfällig noch laufendes Konkurrenzverbot nicht mehr auf den Erwerber über. Zwischen dem begründeten Anlass und der Kündigung müsse ein Kausalzusammenhang gegeben sein (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 340c). Selbst wenn man dieser Ansicht folgen wollte, wonach nicht jeder Betriebsübergang begründeten Anlass zur Ablehnung desselben gebe, ist dies vorliegend jedoch klarerweise der Fall. Es geht in concreto nicht um den Übergang des Betriebes vom Konzern X zum Konzern Y, sondern um eine kleine Gesellschaft mit wenigen Mitarbeitern, die mit praktisch identischer Leitung und gleichem Zweck im Rahmen einer neuen Aktiengesellschaft weitergeführt wird. Es ist daher davon auszugehen, dass unter diesen Umständen allein schon der Betriebsübergang begründeten Anlass für die Kündigung gebildet hätte. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist vorliegend aufgrund der krassen Verletzung der Informationspflicht durch die Klägerin jedoch auf jeden Fall von einem (weiteren) begründeten Anlass zur Kündigung auszugehen und sind die Voraussetzungen – Kausalität und Kündigung innert einer angemessenen Überlegungsfrist seit Kenntnis des Grundes – als gegeben zu erachten. Das Konkurrenzverbot ist demgemäss dahingefallen (Art. 340c Abs. 2 OR). Ob der Beklagte noch andere Gründe für die Kündigung hatte, wie die Klägerin geltend machte, ist unerheblich. Die Klägerin kann somit keine Ansprüche wegen Verletzung eines Konkurrenzverbotes geltend machen. Da sich die Klage jedoch einzig auf diese Anspruchsgrundlage stützt, ist sie abzuweisen.

(…)

Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss vom 8. Februar 2017, in: ZR 116/2017 S. 262 ff.

Art. 113 Abs. 1 StPO. Art. 319 Abs. 1 StPO. Art. 181 StGB. Art. 321a OR. Art. 328 OR. Frage der Tatbestandserfüllung der Nötigung durch Druckausübung auf eine Arbeitnehmerin in betriebsinterner Untersu-

chung. Bei zweifelhafter Rechts- und/oder Beweislage darf das Strafverfahren nicht eingestellt werden (Erw. II/5; Bestätigung der Rechtsprechung). Tatbestand der Nötigung (Erw. II/6). Die einzelnen Tathandlungen sind unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen (Erw. II/6.3). Rechtliche Vorgaben für betriebsinterne Untersuchungen bei Verdacht auf eine strafbare Handlung im Unternehmen (Erw. II/7.1). Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in betriebsinternen Untersuchungen verpflichtet diesen, die Arbeitnehmerin anzuhören. Die weiteren Anforderungen an die Fürsorgepflicht hängen von den Umständen im Einzelfall ab (Erw. II/7.2). Die Mitwirkungs- und Auskunftspflicht der Arbeitnehmerin kollidiert mit dem strafprozessualen Recht auf Selbstbelastungsfreiheit und Aussageverweigerung (Erw. II/7.3). Mögliche strafrechtliche Folgen der Verletzung der Fürsorgepflicht in betriebsinternen Untersuchungen (Erw. II/7.4). Unzulässigkeit der Einstellung des Strafverfahrens wegen unklarer Rechts- und Beweislage im konkreten Fall (Erw. II/8).

Sachverhalt:

Gegen A. wurde am 31. Juli 2014 ein Strafverfahren wegen Veruntreuung, Urkundenfälschung und betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage eingeleitet. A. wurde aufgrund von Testkäufen beschuldigt, in der Zeit vom 25. Juni 2014 bis 8. Juli 2014 als Kassenmitarbeiterin eines Detailhandelsgeschäfts mehrere Produkte nicht eingescannt und den Kaufpreis an sich genommen zu haben bzw. zwar eingescannt, danach aber ohne Zutun des Kunden storniert und den Kaufpreis an sich genommen zu haben. Anlässlich ihrer staatsanwaltlichen Einvernahme am 2. Oktober 2014 liess A. gegen die beim besagten Detailhandelsgeschäft tätigen Sicherheitsangestellten B. und C. Strafanzeige wegen Nötigung stellen. Als Grundlage der Strafanzeige diente ein vom 21. Juli 2014 datierendes Gedächtnisprotokoll von A. Darin warf A. den Sicherheitsleuten vor, sie am 12. Juli 2014 gegen ihren Willen von ihrem Arbeitsort in X. in die Zentrale des Detailhandelsgeschäfts nach Y. gefahren und anschliessend bei der Befragung zu falschen Selbstbelastungen genötigt zu haben. In der Folge eröffnete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gegen B. und C. ein Strafverfahren. Am 19. Mai 2016 stellte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Strafverfahren gegen B. und C. ein. Laut Begründung der Einstellungsverfügungen sei nicht zu beanstanden, dass die Sicherheitsleute des Detailhandelsgeschäfts infolge durchgeführter Testkäufe eigene Ermittlungen gegen A. aufgenommen hätten. Dieses Vorgehen sei angebracht, um der betroffenen Mitarbeiterin zunächst rechtliches Gehör zu verschaffen, bevor man gegen sie die Polizei einschalte. Art und Dauer der Befragung, die Hin- und Rückfahrt vom Arbeitsort in die Zentrale, einschliesslich die Garderobenkontrolle am Arbeitsort, seien aus strafrechtlicher Sicht gesamthaft unbedenklich. Aufgrund der im Wesentlichen übereinstimmenden

Sachverhaltsschilderung der Beteiligten sei davon auszugehen, dass A. den Aufforderungen der Sicherheitsleute freiwillig Folge geleistet habe. Die Ankündigung einer Strafanzeige sei ebenfalls erlaubt gewesen, da diese aufgrund der getätigten Testkäufe nicht völlig unbegründet gewesen sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass A. im Zeitpunkt des Vorfalls selbst als Verdächtige gegolten und ein grosses Interesse daran gehabt habe, die Lage in einem für sie günstigen Licht darzustellen. Gegen die beschuldigten Sicherheitsangestellten liege jedenfalls kein anklagegenügender Verdacht der Nötigung vor.

Das Obergericht hiess die von A. gegen die Verfahrenseinstellung erhobene Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

5.

Die Staatsanwaltschaft verfügt nach Art. 319 Abs. 1 StPO unter anderem die Einstellung der Strafuntersuchung, wenn kein Tatverdacht erhärtet ist, der eine Anklage rechtfertigt (lit. a), oder wenn kein Straftatbestand erfüllt ist (lit. b). Bei der Frage, ob ein Verfahren einzustellen ist, gilt im schweizerischen Strafprozessrecht der Grundsatz ‹im Zweifel für die Anklageerhebung› (‹in dubio pro duriore›). Danach darf eine Einstellung durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei klarer Straflosigkeit bzw. offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen verfügt werden. Hingegen ist Anklage zu erheben, wenn eine Verurteilung wahrscheinlicher erscheint als ein Freispruch (BGE 138 IV 86 Erw. 4.1.1; 137 IV 219 Erw. 7.1). Bei zweifelhafter Rechts- bzw. Beweislage hat nicht die Untersuchungs- oder Anklagebehörde über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfes zu entscheiden, sondern das für die materielle Beurteilung zuständige Gericht (BGE 138 IV 86 Erw. 4.1.1; BGer, Urteile 6B_822/2016 vom 12.9.16 Erw. 2.2; 6B_195/2016 vom 22.6.16 Erw. 2.1).

6.

6.1 Nach Art. 181 StGB wird wegen Nötigung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden. Schutzobjekt von Art. 181 StGB ist die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung des Einzelnen (BGE 141 IV 437 Erw. 3.2.1; 134 IV 216 Erw. 4.4.3; 129 IV 6 Erw. 2.1; 129 IV 262 Erw. 2.1; VERA DELNON/BERNHARD RÜDY, in: Basler Kommentar zum Strafrecht II, 3. Aufl. 2013, Art. 181 N. 5). Diese ist strafrechtlich unabhängig von der Art der (legalen) Tätigkeit geschützt, welche der Betroffene nach seinem frei gebildeten Willen verrichten will (BGE 141 IV 437 Erw. 3.2.1; 134 IV 216 Erw. 4.4.3). Der Tatbestand ist ein Erfolgsdelikt. Die Anwendung des Nötigungsmittels muss den Betroffenen in seiner Handlungsfreiheit beeinträch-

tigen (BGE 141 IV 437 Erw. 3.2.1; BGer, Urteil 6B_819/2010 vom 3.5.11 Erw. 5.1).

6.2 Die Anwendung von Gewalt erfasst physische und chemische Einwirkungen auf den Körper des Opfers, wodurch dieses in seiner Willens- und Handlungsfreiheit beschränkt und fremdbestimmt wird (DELNON/RÜDY, a.a.O., Art. 181 N. 23).

Bei der ‹Androhung ernstlicher Nachteile› stellt der Täter dem Opfer die Zufügung eines Übels in Aussicht, dessen Eintritt er als von seinem Willen abhängig erscheinen lässt. Ernstlich sind die Nachteile, wenn ihre Androhung nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Opfers gefügig zu machen und so seine freie Willensbildung und -betätigung einzuschränken (BGE 122 IV 322 Erw. 1a; BGer, Urteil 6B_192/2014 vom 13.11.14 Erw. 2.2).

Die Tatbestandsvariante der ‹anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit› stellt eine Generalklausel dar, die aufgrund des gesetzlichen und verfassungsmässigen Bestimmtheitsgebots (nullum crimen sine lege) restriktiv auszulegen ist (BGE 141 IV 437 Erw. 3.2.1; 119 IV 301 Erw. 2a; vgl. zur Kritik an der Unbestimmtheit der Strafnorm auch DELNON/RÜDY, a.a.O., Art. 181 N. 43; STEFAN TRECHSEL/THOMAS FINGERHUTH, in: Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2013, Art. 181 N. 7; EMANUEL COHEN, Im Zweifel für die Strafe?, Zürich 2015, S. 120 ff.). Gleich wie bei der Androhung ernstlicher Nachteile führt nicht jeder noch so geringfügige Druck auf die Entscheidungsfreiheit eines andern zu einer Bestrafung nach Art. 181 StGB. Das Zwangsmittel der ‹anderen Beschränkung der Handlungsfreiheit› muss, um tatbestandsmässig zu sein, das üblicherweise geduldete Mass an Beeinflussung in ähnlicher Weise eindeutig überschreiten, wie es für die im Gesetz ausdrücklich genannten Zwangsmittel der Gewalt und der Androhung ernstlicher Nachteile gilt. Es muss ihnen mithin eine den gesetzlich genannten Mitteln vergleichbare Zwangswirkung zukommen (BGE 141 IV 437 Erw. 3.2.1; 137 IV 326 Erw. 3.3.1; 134 IV 216 Erw. 4.1; 129 IV 262 Erw. 2.1; 119 IV 301 Erw. 2a; BGer, Urteil 6B_819/2010 vom 3.5.11 Erw. 5.3 f., mit verschiedenen Beispielen aus der Rechtsprechung).

6.3 Beim Nötigungstatbestand ist grundsätzlich die einzelne Tathandlung, nicht das Gesamtverhalten der beschuldigten Person zu beurteilen. Vorausgesetzt wird, dass eine einzelne nötigende Handlung das Opfer zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen zwingt. Die Berufung auf die Gesamtheit mehrerer Handlungen reicht zur Tatbestandserfüllung nicht aus. Jedoch sind die einzelnen Tathandlungen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen. Nach einem neueren Bundesgerichtsurteil kann daher eine einzelne Tathandlung, die für sich allein den Anforderungen von Art. 181 StGB noch nicht genügen würde, gegebenenfalls geeignet sein, die Handlungsfreiheit der betroffenen Person in einem Mass einzuschränken, dass ihr eine mit Gewalt oder Drohung vergleichbare Zwangswirkung zukommt. Dies gilt zumindest dann, wenn die betroffene Person

während längerer Zeit wiederholten unerwünschten Einwirkungen ausgesetzt ist, wie dies bei Stalking vorkommt (BGE 141 IV 437 Erw. 3.2.2 in fine betr. Stalking). Denkbar ist die Anwendung dieser Rechtsprechung aber auch in anderen Zusammenhängen.

6.4 Wie gesagt, liegt das geschützte Rechtsgut des Nötigungstatbestandes in der Willens- und Handlungsfreiheit des Einzelnen. Diese Freiheit besteht indessen nicht uneingeschränkt, sondern nur nach Massgabe der Rechtsordnung (DELNON/RÜDY, a.a.O., Art. 181 N. 5, 8 f., 34, 56). Dies hat zur Folge, dass nicht jedes tatbestandsmässige Verhalten auch rechtswidrig ist. Vielmehr bedarf die Rechtswidrigkeit bei Art. 181 StGB einer zusätzlichen, positiven Begründung. Nach einer häufig verwendeten Formel des Bundesgerichts ist eine Nötigung rechtswidrig im Sinn von Art. 181 StGB, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist oder wenn das Mittel zum angestrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist (BGE 137 IV 326 Erw. 3.3.1; 134 IV 216 Erw. 4.1; BGer, Urteil 6B_447/2014 vom 30.10.14 Erw. 2.1). Darüber hinaus können ausnahmsweise gesetzliche Rechtfertigungsgründe wirksam werden (Art. 14 StGB). Zu denken ist vorab an die Erfüllung von Amts- und Berufspflichten.

6.5 Subjektiv setzt der Nötigungstatbestand Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz bereits genügt (Art. 12 Abs. 1 und 2 StGB). Der Vorsatz muss sich auf die Einflussnahme und das abzunötigende Verhalten beziehen (DELNON/RÜDY, a.a.O., Art. 181 StGB N. 55).

7.

7.1 Betriebsinterne Untersuchungen des Arbeitgebers bei Verdacht auf eine strafbare Handlung im Unternehmen unterstehen den Bestimmungen des privaten und öffentlichen Arbeitsrechts, des Datenschutzrechts und des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes (vgl. THOMAS GEISER, Interne Untersuchungen des Arbeitgebers: Konsequenzen und Schranken, in: AJP 2011 S. 1047 ff.). Geht es um die Befragung eines verdachtsbelasteten Mitarbeiters, stehen sich die Interessen des Arbeitgebers und des betroffenen Mitarbeiters zuweilen diametral gegenüber. Dabei geht es zum einen um die Frage, ob der Arbeitnehmer zur Mitwirkung und Auskunftserteilung verpflichtet ist, selbst wenn er Gefahr läuft, sich selbst zu belasten. Zum andern stellt sich die Frage nach der Reichweite der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und den Grenzen der Druckausübung bei der Durchführung betriebsinterner Ermittlungen.

7.2 Die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus dessen Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR). Die Fürsorgepflicht besagt, dass der Arbeitgeber die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers zu wahren hat. Dazu gehören Leben und Gesundheit, körperliche und geistige Integrität, persönliche und berufliche Ehre, Stellung und Ansehen im Betrieb, das Vermögen und das wirtschaftliche Fortkommen des Arbeit-

nehmers (vgl. WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, Art. 328 N. 3 f.; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Berner Kommentar zum Obligationenrecht [Art. 319–330b OR], Bern 2010, Art. 328 N. 2 ff.). Der Arbeitgeber hat namentlich die Pflicht, seine Rechte gegenüber dem Arbeitnehmer schonend auszuüben (GEISER, a.a.O., S. 1047 f.; vgl. auch BGE 132 III 115 Erw. 2.2; BGer, Urteil 4A_384/2014 vom 12.11.14 Erw. 4.2 und Erw. 4.2.1). Der Umfang der Fürsorgepflicht bedarf der Konkretisierung und ist im Einzelfall nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) festzustellen (Rehbinder/Stöckli, a.a.O., Art. 328 N. 2). Grenzen der Fürsorgepflicht sind die berechtigten Gegeninteressen des Arbeitgebers, soweit sie die Interessen des Arbeitnehmers überwiegen (PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 328 N. 2). Dies setzt in jedem Fall eine Interessenabwägung voraus.

Die Fürsorgepflicht und das Gebot der schonenden Rechtsausübung verlangen, dass der Arbeitgeber bei Verdacht auf eine strafbare Handlung innerhalb des Betriebs zunächst Abklärungen trifft, bevor er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht und/oder eine Strafanzeige einreicht. Nach einem neuen Bundesgerichtsurteil 4A_419/2015 vom 19. Februar 2016 hat der Arbeitgeber im Vorfeld einer ausserordentlichen Verdachtskündigung insbesondere die Pflicht, den verdächtigten Mitarbeiter im Rahmen der Abklärungen anzuhören (Erw. 2.1.2 und Erw. 2.4). Dieses Urteil ist in der Rechtslehre auf breite Zustimmung gestossen (vgl. dazu die Urteilsbesprechung mit Literaturnachweisen von WOLFGANG PORTMANN/VANIA DOBREVA, Abklärungs- und Anhörungspflichten des Arbeitgebers vor ordentlichen und ausserordentlichen Verdachtskündigungen, in: Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung 2016 S. 95 f.). In einem weiteren aktuellen Urteil 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016 bejahte das Bundesgericht die Pflicht des Arbeitgebers zur Abklärung der erhobenen Vorwürfe und zur vorgängigen Anhörung des Mitarbeiters auch im Vorfeld einer ordentlichen Verdachtskündigung (Erw. 2.3 f. und Erw. 4.2). Darüber hinaus anerkannte das Bundesgericht gestützt auf Art. 328 OR die Pflicht des Arbeitgebers, dem verdächtigten Mitarbeiter im Rahmen der betrieblichen Abklärungen die Möglichkeit einzuräumen, sich angemessen und wirksam zu verteidigen (Erw. 2.4: ‹Il n'est non plus guère discutable qu'au regard de l'Art. 328 al. 1 CO, le travailleur doit pouvoir équitablement défendre sa position lorsque son honneur est compromis›). Die Anforderungen, die an das vom Arbeitgeber initiierte Vorgehen gestellt werden können, hängen laut Bundesgericht von den Umständen des Einzelfalles ab (Erw. 2.4 in fine). Auch in der Lehre wird zunehmend befürwortet, dass der Arbeitgeber einem Mitarbeiter in einer internen Untersuchung Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner Verteidigung geben muss, etwa durch das Recht zur Vorbereitung der Verteidigung, zum Beizug eines Anwalts und zur Vorlegung entlastender Beweise (vgl. dazu PORTMANN/DOBREVA, a.a.O., S. 99; OTHMAR STRASSER, Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.),

Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, 2012, S. 65 f.; CHRISTIAN BETTEX, Le Whistleblowing, in: Der Schweizer Treuhänder 2014 S. 493; DERS., Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail, in: SJ 2013 II S. 170 ff.). Eine effektive Selbstverteidigung setzt in erster Linie voraus, dass der Arbeitgeber dem betroffenen Mitarbeiter den gehegten Verdacht vor der Befragung bekannt gibt (PORTMANN/DOBREVA, a.a.O., S. 99).

7.3 Korrelat zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ist die Treuepflicht des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 ZR 116/2017 S. 262, 266 OR). Daraus erwachsen unter anderem Auskunfts- und Mitteilungspflichten betreffend Arbeit und Betrieb. Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, dem Arbeitgeber über alle wesentlichen Aspekte seiner Arbeitstätigkeit wahrheitsgetreu, vollständig, rechtzeitig und von sich aus zu berichten (PORTMANN/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321a N. 12; DAMIAN K. GRAF, Strafprozessuale Verwertbarkeit von Befragungsprotokollen interner Untersuchungen, in: forumpoenale 1/2016 S. 40).

Die Treuepflicht findet ihre Grenzen an den eigenen überwiegenden Interessen des Arbeitnehmers. Dies führt zur Frage, ob der Arbeitnehmer im Rahmen interner Ermittlungen auch dann zur Auskunft und Mitwirkung verpflichtet ist, wenn er sich durch die wahrheitsgetreue Auskunftserteilung strafrechtlich selbst belasten würde. Die Bejahung einer solchen aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht abgeleiteten Mitteilungspflicht kollidiert zwangsläufig mit dem strafprozessualen Recht des Arbeitnehmers auf Selbstbelastungsfreiheit und Aussageverweigerung (Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 32 Abs. 1 BV, Art. 113 Abs. 1 StPO), wenn der betriebsinternen Untersuchung ein Strafverfahren gegen den betreffenden Arbeitnehmer folgt. Ein Teil der Lehre postuliert deshalb ein Schweigerecht des Arbeitnehmers in betriebsinternen Untersuchungen bei Gefahr einer strafrechtlichen Selbstbelastung. Es wird argumentiert, dass das Prinzip des strafprozessualen Verbots des Selbstbelastungszwangs (nemo tenetur-Prinzip) faktisch leerlaufe, wenn unternehmensinterne Befragungen zur Abklärung eines Straftatverdachts ohne jede Rücksicht auf das Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in das Strafverfahren übernommen werden können (so STRASSER, a.a.O., S. 65). Nach einer anderen Ansicht soll der Interessenkonflikt über ein Verwertungsverbot selbstbelastender Aussagen des Arbeitnehmers in betriebsinternen Untersuchungen gelöst werden (vgl. VIKTOR LIEBER, in: Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 113 N. 3; GUNHILD GODENZI, ebenda, Art. 158 N. 6a; GRAF, a.a.O., S. 41 ff.). In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese Frage noch nicht geklärt worden. Eng damit verbunden und gleichfalls offen ist die Frage, ob der betroffene Arbeitnehmer vor Beginn der betriebsinternen Befragung auf ein allfälliges Schweigerecht hingewiesen werden muss. Eine solche Pflicht des Arbeitgebers liesse sich gegebenenfalls aus der Pflicht auf eine schonende Ausübung der Arbeitge-

berrechte ableiten (STRASSER, a.a.O., S. 77; BETTEX, a.a.O., S. 172, der sich allerdings gegen eine so weitgehende Formalisierung betriebsinterner Untersuchungen ausspricht).

7.4 Die Verletzung der Pflicht zur Anhörung des verdächtigten Mitarbeiters vor der Ausübung des Kündigungsrechts hat nach der dargestellten Bundesgerichtspraxis zur Folge, dass die ausgesprochene Kündigung aus arbeitsrechtlicher Sicht als ungerechtfertigt und daher als missbräuchlich eingestuft wird (BGer, Urteile 4A_419/2015 vom 19.2.2016 Erw. 2.4 und 4A_694/2015 vom 4.5.16 Erw. 4.2). Neben dem Beschreiten des Zivilrechtswegs kann der betroffene Arbeitnehmer je nach Sachlage auch strafrechtlich gegen seinen Arbeitgeber vorgehen, etwa durch Strafanzeige wegen Ehrverletzung (Art. 173 StGB) und Verleumdung (Art. 174 StGB) (vgl. BETTEX, a.a.O., S. 493).

Nach der Bundesgerichtspraxis muss der Arbeitnehmer in betriebsinternen Untersuchungen neben dem Recht auf Anhörung ganz allgemein die Möglichkeit haben, sich angemessen zu verteidigen (vgl. Erw. II/7.2 hiervor). Der Umfang der vom Arbeitgeber in diesem Zusammenhang zu erwartenden Fürsorgepflichten ist noch nicht näher bestimmt. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Arbeitgeberpflichten auch von den Umständen des Einzelfalles abhängen (vgl. Erw. II/7.2 hiervor). Auch die Rechtslehre hat sich mit den verfahrensmässigen Anforderungen an interne Untersuchungen noch nicht abschliessend befasst. Postuliert wird etwa die Pflicht des Arbeitgebers zum Vorhalt der Vorwürfe zu Beginn der Befragung, zum Hinweis auf die Selbstbelastungsfreiheit und zur Gewährung der Beiziehung eines Anwalts, wenn die vorgehaltenen Vorwürfe schwerer Natur sind (vgl. Erw. II/7.2 hiervor).

Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung zur Verdachtskündigung und den zitierten Lehrmeinungen ist aber jedenfalls in Betracht zu ziehen, dass ein mit der Sache befasstes Gericht die Einschüchterung eines verdächtigten Mitarbeiters im Rahmen einer internen Untersuchung – bspw. durch das bewusste Vorenthalten der Bekanntgabe der Vorwürfe oder durch den Aufbau einer Drohkulisse, um den Arbeitnehmer zu einem Geständnis zu bewegen – als Verletzung der Fürsorgepflicht qualifizieren könnte. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht dieser Art könnte als unerlaubtes Zwangsmittel eingestuft werden. Jedenfalls ist nicht auszuschliessen, dass ein Strafgericht das betreffende Vorgehen des Arbeitgebers resp. der für ihn tätigen natürlichen Personen als Nötigung im Sinn von Art. 181 StGB qualifizieren könnte. In Bagatellfällen (leichte Verfehlungen von Mitarbeitern auf unteren Hierarchiestufen) könnte ausserdem die Mittel-/Zweck-Relation infrage gestellt sein und das Vorgehen des Arbeitgebers wegen Unverhältnismässigkeit der Mittel-/Zweck-Relation als Nötigung im Sinn von Art. 181 StGB betrachtet werden (vgl. Erw. II/6.4 hiervor).

Wie gesagt sind die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers in betriebsinternen Ermittlungen noch nicht hinreichend

geklärt. Die Rechtslage ist sowohl arbeits- als auch strafrechtlich noch unsicher. Die Unsicherheit wird dadurch noch zusätzlich vergrössert, dass nach der neueren Bundesgerichtspraxis selbst einzelne Handlungen und Vorgehensweisen, die für sich allein den Nötigungstatbestand nicht erfüllen würden, im Gesamtkontext allenfalls als nötigend eingestuft werden könnten (vgl. Erw. II/6.3 hiervor). Diese Rechtsprechung hat auch für die Beurteilung des Vorgehens in betriebsinternen Untersuchungen Relevanz.

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin verfasste am 14. Juli 2014, d.h. zwei Tage nach der Befragung durch die Beschwerdegegner, ein detailliertes Gedächtnisprotokoll. Darin schilderte sie, wie die Beschwerdegegner am 12. Juli 2014 an ihrem Arbeitsplatz in X. erschienen und wie sie vorgingen. Man habe sie zunächst darum gebeten, ihren Garderobenschrank und ihre Handtasche durchsuchen zu dürfen, und man habe sie aufgefordert, ihre Hosentaschen zu leeren. Sie habe dies getan und von sich aus auch ihre Handtasche geleert. Daraufhin habe sie darum gebeten, man solle ihr den Grund der Durchsuchung nennen. Der Beschwerdegegner 2 habe aber bloss geantwortet: ‹Sie werden es schon wissen.›

In der Folge habe man die Beschwerdeführerin gefragt, ob es in Ordnung sei, in die Zentrale nach Y. zu fahren, wo man ihr einige Fragen stellen wolle. Die Beschwerdegegnerin 1 habe während der ganzen Zeit die Handtasche der Beschwerdeführerin getragen. Selbst als die Beschwerdeführerin eine Zigarette aus der Handtasche habe nehmen wollen, habe die Beschwerdegegnerin 1 ihr die Handtasche nicht zurückgegeben, sondern habe die Beschwerdeführerin lediglich die Zigarettenpackung herausnehmen lassen. Auf der Fahrt habe sich die Beschwerdegegnerin 1 neben die Beschwerdeführerin im hinteren Fahrzeugteil gesetzt und die Handtasche der Beschwerdeführerin auf den Beifahrersitz gelegt. Bevor sie losgefahren seien, habe der Beschwerdegegner 2 gesagt, die Beschwerdeführerin könne sich während der Fahrt, die ungefähr 20 Minuten dauere, überlegen, weshalb man sie mitnehme. Während der Fahrt habe ihr der Beschwerdegegner 2 wiederholt mitgeteilt, wie viel Zeit ihr zum Überlegen noch bleibe. Als sie in der Zentrale angekommen seien, habe die Beschwerdeführerin ein ‹komisches Gefühl› bekommen, da das Gebäude menschenleer gewirkt habe.

Zu Beginn der Befragung habe der Beschwerdegegner 2 gesagt, die Befragung erfolge ohne Unterbruch; die Beschwerdeführerin erhalte nur für notwendige Angelegenheiten eine Pause, etwa für den Gang zur Toilette, nicht aber für das Rauchen. Auf entsprechende Frage habe sich der Beschwerdegegner 2 erneut geweigert, der Beschwerdeführerin den Grund der Befragung zu nennen. Im Anschluss daran habe man die Beschwerdeführerin zu ihrer Tätigkeit als Kassierin und zu ihren finanziellen Verhältnissen befragt. Erst nachdem die Beschwerdeführerin diese Fragen beantwortet gehabt habe, habe der Beschwerdegegner 2 sie darüber orientiert, dass man sie im Verdacht habe, jeweils einzelne Verkaufsartikel nicht ein-

getippt oder einen Kauf storniert und auf diese Weise Geld für sich abgezweigt zu haben. Daraufhin habe der Beschwerdegegner 2 die Beschwerdeführerin mehrmals aufgefordert, zuzugeben, dass sie für sich Geld aus der Kasse genommen habe. Er habe gedroht, dass er die Polizei informieren werde und diese dann schon wisse, wie sie die Beschwerdeführerin zu einem Geständnis bringen könne. Er habe auch immer wieder gesagt, sie wüssten ‹es› bereits, aber sie müsse es aufschreiben. Ausserdem habe er die Beschwerdeführerin dafür verantwortlich gemacht, dass er an diesem Tag (einem Samstag) nicht ins Wochenende habe fahren können. Auch die Beschwerdegegnerin 1 habe die Beschwerdeführerin gedrängt, ein Geständnis aufzuschreiben, damit alles ein Ende nehme. Die Beschwerdeführerin solle mindestens drei Artikel aufschreiben, die sie an der Kasse nicht eingetippt resp. storniert habe. Die Beschwerdeführerin habe in der Folge gedacht, sie schreibe nun einfach etwas auf, dann würden die Beschwerdegegner erstens die Polizei nicht anrufen und zweitens werde sie endlich wieder frei sein.

Nachdem die Beschwerdeführerin das Befragungsprotokoll unterschrieben habe, habe sie den Raum verlassen wollen. Jedoch habe sich die Tür nicht öffnen lassen. Die Beschwerdeführerin habe mit der Hand gegen die Tür gedrückt. Die Beschwerdegegnerin 1 sei daraufhin zu ihr gekommen und habe gesagt, dass sich die Tür so nicht öffnen lasse. Dann sei die Beschwerdegegnerin 1 auf die andere Seite der Tür gegangen und habe einen Knopf gedrückt, worauf die Tür aufgegangen sei. Nach der Befragung habe die Beschwerdegegnerin 1 die Handtasche der Beschwerdeführerin weiterhin bei sich behalten. Auf der Rückfahrt habe die Beschwerdegegnerin 1 wiederum im hinteren Fahrzeugteil neben der Beschwerdeführerin Platz genommen.

8.2 Diese Schilderungen der Beschwerdeführerin sind nicht von vornherein unglaubhaft. Zudem liegt ein Arztbericht in den Akten, der Auskunft gibt über die Umstände der durch die Hausärztin angeordneten notfallmässigen Überweisung der Beschwerdeführerin an eine psychiatrisch-psychologische Praxis ‹wegen ihres traumatisierten Zustandes nach einem Verhör am Arbeitsplatz›. Auch dieser Facharztbericht enthält gewisse Hinweise, die für den Wahrheitsgehalt des Gedächtnisprotokolls der Beschwerdeführerin sprechen, wenngleich die Beschwerdegegner die Schilderungen (zumindest teilweise) bestreiten oder sich dazu ausschweigen. Das von den Beschwerdegegnern verfasste Befragungsprotokoll ist wesentlich kürzer als das Gedächtnisprotokoll der Beschwerdeführerin. Diesem ist immerhin zu entnehmen, dass die Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin ausführlich zu ihren persönlichen Verhältnissen befragten und ihr den Grund der Befragung erst danach bekannt gaben. Die Beweislage ist insgesamt nicht eindeutig. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, im heutigen Zeitpunkt einvernahmefähig zu sein. Die Einstellung des Verfahrens trotz unsicherer Beweislage und trotz derzeit offenbar bestehender Möglichkeit der Beweisabnahme ist mit Art. 319 Abs. 1 lit. a

StPO nicht vereinbar. Die Staatsanwaltschaft wird vor der Anklageerhebung darüber zu entscheiden haben, ob die Beschwerdeführerin in Anbetracht der vorliegenden Sach- und Rechtslage einzuvernehmen ist.

8.3 Nach dem oben Gesagten ist – unter der Voraussetzung, dass die Beweiswürdigung zugunsten der Beschwerdeführerin ausfällt – nicht von vornherein auszuschliessen, dass das zuständige Gericht zum Schluss kommt, die Beschwerdegegner hätten die Beschwerdeführerin unter Verletzung der Fürsorgepflicht vor und während der Befragung eingeschüchtert, um ihr ein ‹Geständnis› abzuringen. Als unzulässiges Vorgehen könnte namentlich gewertet werden: der autoritäre Auftritt der Beschwerdegegner zwecks Erlangen der Zustimmung der Beschwerdeführerin zur Durchsuchung ihrer persönlichen Behältnisse; die nur vagen Andeutungen über die erhobenen Vorwürfe und die Weigerung, der Beschwerdeführerin die Gründe für die Durchsuchung und die Befragung bekannt zu geben; die Durchführung der Befragung in der entlegenen Zentrale in Y. statt am Arbeitsplatz in X.; das Vorgehen der Beschwerdegegner, als wären sie Polizisten (Platzordnung im Fahrzeug, Behändigen der Handtasche der Beschwerdeführerin, das Verbot einer Rauchpause während der Befragung); die Befragung der Beschwerdeführerin zu ihren persönlichen und ihren finanziellen Verhältnissen; das Drängen der Beschwerdeführerin zu einem Geständnis.

Gleichfalls nicht auszuschliessen ist, dass das zuständige Gericht das Vorgehen der Beschwerdegegner als Nötigung im Sinn von Art. 181 StGB qualifiziert. Das Gericht wird diese Frage unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen haben. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beschwerdeführerin nicht um einen schweren Fall der Wirtschaftskriminalität handelt und das Vorgehen gegen sie mit Blick auf den Zweck der internen Untersuchung als unverhältnismässige Druckausübung eingestuft und der Nötigungstatbestand aus diesem Grund als erfüllt betrachtet werden könnte. Die Rechtslage ist jedenfalls nicht eindeutig.

8.4 Mangels einer klaren Sach- und Rechtslage sind die Voraussetzungen der Einstellung der Verfahren gegen die Beschwerdegegner nicht erfüllt. Bei zweifelhafter Rechts- bzw. Beweislage hat, wie gesagt, nicht die Untersuchungs- oder Anklagebehörde über die Stichhaltigkeit des strafrechtlichen Vorwurfes zu entscheiden, sondern das für die materielle Beurteilung zuständige Gericht (vgl. Erw. II/5 hiervor). Die Beschwerde erweist sich demnach als begründet. Die Sache ist zur weiteren Veranlassung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen. Dabei ist auch der Vorwurf der Körperverletzung (posttraumatische Belastungsstörung, depressive Störung, Panikstörung) als mögliche Folge des nötigenden Vorgehens einzubeziehen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 28. Februar 2017 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 3. August 2016)

Vorliegen einer Rachekündigung oder einer missbräuchlichen Vereitelungskündigung verneint (E. 1.b).
Auch wenn die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist, muss der Kündigungsgrund einen ähnlichen Schweregrad des Missbrauchs aufweisen wie die im Gesetz genannten Fälle (Art. 336 OR). Vorliegend unterliess es der Arbeitnehmer darzulegen, worin konkret die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu erblicken sei. Er machte lediglich geltend, die Kündigung ohne vorangehende Durchführung eines internen Disziplinarverfahrens sei missbräuchlich. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, war aufgrund der Systematik und dem Wortlaut des Anstellungsreglements davon auszugehen, dass nicht jeder Kündigung zwingend ein internes Disziplinarverfahren vorangehen muss. Anspruch auf Entschädigung gemäss Art. 336a OR verneint (E. 2.a und b).
Bonusanspruch verneint (E. 3).

Sachverhalt:

Die B. AG (Beklagte und Berufungsbeklagte) mit Sitz in Zürich ist eine auf das Private Banking spezialisierte Schweizer Bank und Tochtergesellschaft der C. («C.»). A. (Kläger und Berufungskläger) war bei der Beklagten vom 1. März 2011 bis 30. Juni 2012 als Relationship Manager im Range eines Executive Vice President angestellt. Mit Schreiben vom 9. März 2012 wurde das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger seitens der Beklagten unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist ordentlich per 30. Juni 2012 gekündigt und der Kläger für die Dauer der Kündigungsfrist freigestellt. Der Kläger erhob mit Schreiben vom 20. März 2012 Einsprache und machte geltend, die Kündigung sei missbräuchlich. Die Beklagte dementierte mit Schreiben vom 4. April 2012 die Missbräuchlichkeit der Kündigung. Mit Schreiben vom 13. April 2012 hielt der Kläger an seinem Standpunkt fest und machte zudem Bonusansprüche für das Jahr 2011 von Fr. 175'000.– und für das Jahr 2012 von Fr. 87'500.– geltend sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung.

Mit Urteil vom 3. August 2016 verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte, dem Kläger Fr. 2'666.– netto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wurde die Klage abgewiesen. Mit Eingabe vom 9. September 2016 erhob der Kläger Berufung. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Der Kläger hat gegen Dispositivziffer 1 Absatz 1 (Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Fr. 2'666.– plus Zins) keine Berufung erhoben, so dass diese Dispositivziffer mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort am 7. Dezember 2016 in Rechts-

kraft erwachsen ist. Dies ist vorzumerken. Im Weiteren hatte der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren den Antrag gestellt, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, ihm den Bonus für das Jahr 2012 pro rata temporis in der Höhe von brutto Fr. 87'500.– zuzüglich 5% Zins seit 1. Juli 2012 zu bezahlen. Im Berufungsverfahren verzichtete der Kläger darauf, diesen Antrag zu wiederholen. Demgemäss ist die Abweisung der Klage in diesem Umfang mit Ablauf der Frist zur Einreichung der Berufungsantwort am 7. Dezember 2016 ebenfalls in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

Aus den Erwägungen:

1.

a) Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, dass die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung rechtsmissbräuchlich sei. Der Kläger behauptete, dass ihm aus Rache gekündigt worden sei, weil er auf einen Betrugsfall hingewiesen habe, was der Beklagten nicht genehm gewesen sei. Die Beklagte habe durch die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung einen unangenehmen Mitarbeiter loswerden wollen. Die Beklagte hatte demgegenüber geltend gemacht, sie habe dem Kläger gekündigt, weil über Monate hinweg immer wieder Beschwerden von Mitarbeitenden über ein inakzeptables Verhalten des Klägers eingegangen seien. Nach Durchführung eines Beweisverfahrens, in dessen Verlauf mehrere Zeugen einvernommen wurden, kam die Vorinstanz zum Schluss, dass dem Kläger der Beweis misslungen sei, wonach ihm im Zusammenhang mit dem Betrugsfall gekündigt worden sei. Es sei demnach davon auszugehen, dass es sich nicht um eine Rachekündigung gehandelt habe. Der Beklagten sei der Beweis gelungen, dass die Vorwürfe der Mitarbeitenden betreffend dem Verhalten des Klägers zur Entlassung geführt hätten und die Beklagte begründeten Anlass gehabt habe, sich vom Kläger zu trennen.

Mit diesen Erwägungen der Vorinstanz setzte sich der Kläger in seiner Berufungsbegründung mit keinem Wort auseinander. Er übte somit auch keinerlei Kritik bezüglich der durch die Vorinstanz vorgenommenen Beweiswürdigung. Wie oben erwähnt, prüft die Berufungsinstanz zwar nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Den Erwägungen der Vorinstanz ist zu folgen. Auf den Themenkomplex «Rachekündigung» ist somit nicht weiter einzugehen.

b) Der Kläger hatte weiter geltend gemacht, dass die Kündigung einzig zwecks Vereitelung der Bonuszahlung erfolgt sei. Die Vorinstanz erwog dazu, dass grundsätzlich jede Kündigung eines Mitarbeiters, mit welchem ein pro rata Bonus vereinbart sei, einen Anspruch vereitle. Die klägerische Ar-

gumentation sei widersprüchlich, weil der Kläger grundsätzlich behaupte, es handle sich um eine Rachekündigung. Er mache selbst nicht geltend, dass die Vereitelung von Ansprüchen alleinige Ursache der Kündigung gewesen sei. Konkrete Beweise für die Behauptung, es sei ihm zwecks Vereitelung des Bonusanspruchs gekündigt worden, offeriere der Kläger nicht. Dem Kläger sei der Beweis nicht ansatzweise gelungen, wonach die Kündigung ausschliesslich aus diesem Grund ausgesprochen worden sei. Es liege demnach keine missbräuchliche Vereitelungskündigung vor.

Der Kläger setzte sich mit dieser Begründung der Vorinstanz wiederum nicht bzw. ungenügend auseinander. Es ist nicht erkennbar, was er an den vorinstanzlichen Ausführungen bemängeln will bzw. inwiefern diese unzutreffend sein sollten. Die Berufungsbegründung ist daher auch in diesem Punkt ungenügend, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend keine missbräuchliche Kündigung vorliegt, weder eine Rache- noch eine Vereitelungskündigung. Der Kläger hat demgemäss keinen Anspruch auf eine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 2 OR.

2.

a) Der Kläger hatte vor Vorinstanz weiter geltend gemacht, dass sich die Beklagte bei der Kündigung an die Vorschriften betreffend das interne Disziplinarverfahren hätte halten müssen, was sie unterlassen habe. Diese Vertragsverletzung könne die Missbräuchlichkeit der Kündigung bewirken. An diesem Standpunkt hielt der Kläger auch im Berufungsverfahren fest. Die Kündigung vom 9. März 2012 sei auch ungültig, weil die Beklagte das im Anstellungsreglement vorgesehene Disziplinarverfahren nicht eingehalten habe. Die Vorinstanz habe die Pflicht der Beklagten zur Durchführung des Disziplinarverfahrens zu Unrecht verneint. Es sei nicht im Ermessen der Beklagten gestanden, ob sie das Disziplinarverfahren durchführen wolle oder nicht.

Die Vorinstanz hatte dazu erwogen, dass das Anstellungsreglement der Beklagten, insbesondere Ziff. 21, zur Ermittlung von dessen Inhalt ausgelegt werden müsse. Sie kam dabei zum Schluss, dass aufgrund der Systematik und dem Wortlaut des Anstellungsreglements davon auszugehen sei, dass nicht jeder Kündigung zwingend ein Disziplinarverfahren vorangehen müsse. Wann ein Fall vorliege, der das Einleiten eines Disziplinarverfahrens erfordere, liege gemäss dem Wortlaut der Bestimmung bis zu einem gewissen Grad im Ermessen der Beklagten. Wenn die Beklagte jedoch ein Disziplinarverfahren einleite, so müsse sie die Verfahrensregeln gemäss Ziff. 21.3 des Anstellungsreglements einhalten. Da die Beklagte vorliegend gegen den Kläger kein Disziplinarverfahren eingeleitet habe, sei das Anstellungsreglement folglich nicht anwendbar, weshalb auch der Kündigungsschutz des Klägers entsprechend nicht ausgedehnt worden sei. Weil trotz den Bestimmungen des Disziplinarreglements auch Kündigungen ausserhalb eines durchgeführten Disziplinarverfahrens möglich seien, liege keine Vertragsverletzung von Seiten der Beklagten vor. Da das Ange-

stelltenreglement vom Kläger lediglich auszugsweise und nicht vollständig eingereicht wurde, kann eine abschliessende Auslegung desselben ohne Kenntnis des Gesamtzusammenhangs nicht vorgenommen werden und daher der Interpretation der Vorinstanz nicht gefolgt werden. Allein den Formulierungen in den genannten Ziff. 21.2 und 21.3 lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob bei jeder Kündigung zwingend ein Disziplinarverfahren angeordnet werden müsste. Da der Kläger jedoch selbst eingeräumt hatte, dass die Beklagte grundsätzlich Entlassungen ohne Anwendung des Disziplinarverfahrens habe vornehmen können, so beispielsweise beim Vorliegen schlechter Leistungen oder aus wirtschaftlichen Gründen, ist davon auszugehen, dass dies grundsätzlich möglich war. Wie dem Inhaltsverzeichnis des Angestelltenreglements zu entnehmen ist, ist unter Ziff. 2.7 die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich geregelt. Da die entsprechenden Bestimmungen – wie erwähnt – vom Kläger nicht eingereicht wurden, kann jedoch nicht eruiert werden, unter welchen Voraussetzungen solche ordentlichen Kündigungen vorgenommen werden können und wann vorgängig ein Disziplinarverfahren durchgeführt werden muss. Es kann daher nicht abschliessend beurteilt werden, ob die Beklagte im vorliegenden Fall vorgängig der Kündigung ein entsprechendes Disziplinarverfahren hätte einleiten müssen oder nicht. Zwar hätte es am Kläger als beweisbelastete Partei gelegen, das vollständige Reglement einzureichen und diesbezügliche tatsächliche Behauptungen vorzubringen, doch hat die Beklagte auch nicht konkret geltend gemacht, dass sie aufgrund anderer Bestimmungen im Angestelltenreglement zu einer Kündigung ohne vorangehendes Disziplinarverfahren berechtigt gewesen wäre. Allein der Wortlaut der genannten Ziff. 21.2 und 21.3 lässt für sich allein nicht darauf schliessen, dass vorliegend ein Ermessen der Beklagten bestand, ob sie ein Disziplinarverfahren einleiten wollte oder nicht. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, kann die Frage jedoch offengelassen werden.

b) Der Kläger berief sich bezüglich der Folgen der allfälligen Verletzung der Bestimmungen des Angestelltenreglements sowohl auf die Missbräuchlichkeit als auch auf die Ungültigkeit der Kündigung, ohne eine klare Unterscheidung zwischen den beiden Tatbeständen zu machen und deren unterschiedlichen Rechtsfolgen zu beachten. Der Kläger machte einerseits geltend, dass die Kündigung der Beklagten mangels Durchführung des erforderlichen Disziplinarverfahrens ungültig gewesen sei. Auf die Ungültigkeit der Kündigung kann sich der Kläger jedoch nicht mehr berufen. Der Kläger hatte nach der Kündigung durch die Beklagte seine Arbeitsleistung nicht weiter angeboten. Es ist demnach davon auszugehen, dass er die Kündigung akzeptierte (DORMANN, Die Zulässigkeit und Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, AJP 2011, S. 1078). Die Akzeptanz der Kündigung ist auch seinem im vorliegenden Verfahren gestellten Rechtsbegehren zu entnehmen, indem der Kläger nicht die Feststellung der Ungültigkeit der Kündigung und Lohnfortzahlung verlangte, sondern lediglich die Auszahlung

von Bonusleistungen sowie eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung. Andererseits machte der Kläger eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung geltend, ohne jedoch näher darzulegen, worin im konkreten Fall die Missbräuchlichkeit zu erblicken wäre. Auch wenn die Aufzählung der Missbrauchstatbestände in Art. 336 OR nicht abschliessend ist (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 336 OR, N 3), muss der Kündigungsgrund einen ähnlichen Schweregrad des Missbrauchs aufweisen wie die im Gesetz genannten Fälle (Art. 336 OR). Diese Umstände hätte der Kläger behaupten müssen. Der Kläger unterliess es jedoch darzulegen, worin die Missbräuchlichkeit der Kündigung konkret zu erblicken sei. Er machte lediglich geltend, dass die Kündigung ohne vorangehende Durchführung eines Disziplinarverfahrens missbräuchlich sei. Da – wie erwähnt – das Beweisverfahren ergeben hat, dass die Kündigung grundsätzlich begründet war, weil ein Fehlverhalten des Klägers als erstellt zu gelten hat, kann allein wegen des unterlassenen Disziplinarverfahrens – sofern ein solches denn überhaupt zwingend hätte durchgeführt werden müssen – nicht von einem Rechtsmissbrauch gesprochen werden. Nicht jede Vertragsverletzung ist auch als missbräuchlich zu qualifizieren. Wie der Kläger selbst bemerkte, hätte die Beklagte allenfalls eine Vertragsverletzung begangen. Die allfällig vertragswidrige Kündigung hätte den Arbeitsvertrag aber zweifellos ebenfalls beendet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 335 OR, N 2; Entscheid der I. ZK vom 9. September 2015 im Verfahren LB150030 S. 23). Der Kläger könnte demzufolge einzig Ersatz im Sinne von Art. 97 OR für den entstandenen Schaden verlangen (Entscheid der I. ZK vom 9. September 2015 im Verfahren LB150030 S. 24), wobei ihn eine Schadensminderungspflicht treffen würde. Der Kläger hat es jedoch unterlassen, einen allfälligen Schadenersatz zu substantiieren. Inwieweit dem Kläger nach Beendigung des Arbeitsvertrages ein Schaden entstanden sein soll, ist nicht ohne weiteres ersichtlich.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Beklagten keine Entschädigung im Sinne von Art. 336a Abs. 2 OR oder aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage zuzusprechen ist.

3.

a) Thema im Berufungsverfahren bildet demgemäss noch der vom Kläger geltend gemachte Anspruch bezüglich des Bonus in der Höhe von Fr. 175'000.– für das Jahr 2011. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich gemäss der vertraglichen Regelung im Arbeitsvertrag des Klägers beim Bonus grundsätzlich um eine Gratifikation und nicht um einen Lohnbestandteil handle. Der Kläger hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass D. vom HR der Beklagten ihm telefonisch mitgeteilt habe, dass das «grant date» für den Bonus 2011 der 8. März 2012 gewesen sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Aufgrund des auch zu diesem Thema durchgeführten Beweisverfahrens kam die Vorinstanz jedoch zum Schluss, dass dem Kläger

der diesbezügliche Beweis insofern misslungen sei, als jedenfalls keine Zusicherung nachgewiesen sei, wonach eine Kündigung nach dem 8. März 2012 keinen Einfluss auf den ganzen Bonus haben sollte. Vorab ist festzuhalten, dass der Kläger im Berufungsverfahren die durch die Vorinstanz vorgenommene rechtliche Qualifikation des Bonus als Gratifikation und nicht als Lohnbestandteil zu Recht nicht kritisierte. Der rechtlichen Auffassung der Vorinstanz ist zu folgen.

b) Strittig ist demnach noch die Frage, ob der Kläger trotz Kündigung Anspruch auf den ihm für das Jahr 2011 in Aussicht gestellten Bonus besitzt, weil ihm dieser nach seiner Auffassung schon vorher zugesichert worden war. Der Kläger machte im Berufungsverfahren geltend, dass die Auffassung der Vorinstanz dem «Pay Review for Performance Year 2011» (PRPY 2011) vom 28. Februar 2012 widerspreche, werde darin doch festgehalten, dass der Annual Incentive Award Fr. 175'000.– betrage und gemäss dem «deferral appendix», der dem PRPY 2011 beigelegt worden sei, ausbezahlt werde. Laut dem «deferral appendix» sei die Beklagte verpflichtet, den Annual Incentive Award gestaffelt zu bezahlen, wobei die letzte Rate im März 2015 zu bezahlen gewesen wäre. Diese Raten seien auch bei einem gekündigten Arbeitsverhältnis zu bezahlen; der Beklagten stehe dafür kein Ermessen zu. Der Kläger habe Anspruch auf den gesamten Bonus 2011. Die Berufung der Vorinstanz auf Ziff. 4 IV. des «Management Staff Bonus Plan» vom 19. Juni 2010 (Bonus Plan) sei unzulässig, da diese Regelungen denjenigen im PRPY 2011 und dem angehängten «deferral appendix» nachgehen würden.

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, dass der «deferral appendix» als Anspruchsgrundlage unbeachtlich sei, da keine der Parteien diesen als Beweismittel offeriert habe. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Der Rechtsvertreter des Klägers erklärte anlässlich der Verhandlung vom 2. September 2013, dass der Bonus Plan die Grundlage für die Auszahlung des Bonus sei. Nachdem der Vorsitzende auf den «deferral appendix» verwies, meinte der Rechtsvertreter des Klägers, dass er den Appendix noch nachreichen werde und erklärte, dass er sämtliche Beweismittel bezeichnet habe. Der «deferral appendix» wurde im Beweisbeschluss vom 18. August 2014 unter Beweissatz 4 als vom Kläger zu edierendes Dokument aufgeführt. Wie die Vorinstanz in ihrem Urteil festhielt, hat der Kläger in der Folge in Nachachtung dieses Beschlusses den «deferral appendix» eingereicht. Die Vorinstanz hielt dazu fest, dass der «deferral appendix» jedoch sinngemäss als von der Beklagten (nicht wie im Beweisbeschluss irrtümlich als Beweismittel des Klägers) offeriert gelten könne. Der an der Hauptverhandlung für die Beklagte anwesende Rechtsvertreter habe auf Frage des Vorsitzenden erklärt, der «deferral appendix» könne noch beigebracht werden, wenn dies relevant sei. Entgegen der von der Beklagten im Schlussvortrag geäusserten Ansicht könne auf den «deferral appendix» also durchaus Bezug genommen werden. Dieser Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Der «deferral appendix» war von keiner

Partei förmlich als Beweismittel offeriert worden. Der Vorsitzende führte anlässlich der Verhandlung vom 2. September 2013 denn auch selbst explizit aus, dass dieses Beweismittel bis jetzt von den Parteien nicht angeboten worden sei und von Amtes wegen keine Beweismittel zu erheben seien. Auf entsprechende Frage des Vorsitzenden erklärte darauf der Rechtsvertreter der Beklagten, dass er sämtliche Beweismittel genannt habe. Erst danach meinte er, dass der «deferral appendix» noch nachgereicht werden könne, wenn dies (für das Gericht) relevant sei. Er erklärte dies gemäss eigenen Angaben als Höflichkeitszusage an das Gericht im Rahmen der richterlichen Befragung. Wie erwähnt, wurde das Dokument aber in der Folge gemäss Beweisbeschluss vom Kläger eingereicht, ohne dass der Kläger sich auf dieses Beweismittel explizit berufen hatte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aufgrund dieser Umstände nicht gesagt werden, dass der «deferral appendix» sinngemäss als von der Beklagten offeriert gelten könne. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich keine Partei förmlich auf dieses Beweismittel berufen hat, sondern dieses von Amtes wegen erhoben wurde, obwohl die Voraussetzungen von Art. 55 Abs. 2 und Art. 153 ZPO nicht gegeben sind. Das Vorgehen der Vorinstanz ist als Verletzung der Verhandlungsmaxime zu qualifizieren. Sie missachtete das Verbot des Ausforschungsbeweises (Art. 55 Abs. 1 ZPO; SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO Komm., Art. 55 N 7 ff.). Der «deferral appendix» kann daher nicht berücksichtigt werden, weil er nicht gesetzeskonform als Beweismittel erhoben wurde. Die Beklagte hatte deshalb dazu auch nicht konkret Stellung genommen.

c) Dem Kläger wurde der Hauptbeweis dafür auferlegt, dass D. vom HR ihm telefonisch mitgeteilt habe, dass das «grant date» für den Bonus 2011 der 8. März 2012 sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Als Beweismittel offerierte der Kläger seine Parteiaussage sowie die Befragung von D. Die Kernaussage von D. lautete dahingehend, dass das «grant date» dasjenige Datum sei, an welchem die Bonusmitteilung ausgefertigt und den Mitarbeitenden ausgehändigt werde. Dieses Datum sei vom «payment date» zu unterscheiden, welches den Tag der Auszahlung bedeute. Damit die Auszahlung erfolge, müssten bestimmte Bedingungen erfüllt sein. Soweit er sich erinnere, gelte bei der Beklagten die Regelung, wonach der Bonus mit sofortiger Wirkung erlösche, wenn jemand aus Gründen entlassen werde, die die Bank als wichtig erachte. D. erklärte auch, dass er sich nicht daran erinnern könne, dass er dem Kläger telefonisch mitgeteilt habe, dass eine Kündigung nach dem «grant date» (8. März 2012) keinen Einfluss auf die Auszahlung des Bonus 2011 habe. Anlässlich seiner Befragung erklärte der Kläger dazu, dass dieses Telefongespräch jederzeit ausfindig gemacht werden könne, da es aufgezeichnet werde. Da diese Behauptung neu vorgebracht wurde und die Aufzeichnung des Telefongesprächs nicht als Beweismittel beantragt worden war, ging die Vorinstanz zu Recht nicht weiter darauf ein. Dies wurde denn im Berufungsverfahren vom Kläger auch

nicht kritisiert. Sinngemäss hat er jedoch – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – damit diese Aussage von D. bestritten.

d) Im modernen Zivilprozess gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung durch das Gericht, welcher nun auch in Art. 157 ZPO ausdrücklich verankert ist. Freie Beweiswürdigung heisst, dass das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise ohne Bindung an bestimmte formelle Beweisregeln nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und nach seiner frei gebildeten Überzeugung darüber befinden soll, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache geleistet worden ist oder nicht. Glaubwürdigkeit, klare Aussage, Widersprüche etc. bilden Anhaltspunkte für die Beweiswürdigung etwa einer Zeugenaussage durch das Gericht (STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zürich 2013, § 18 N 31 f). Die freie Beweiswürdigung mündet in eine subjektive, allerdings auf die objektive Wahrheit als Beweisziel gerichtete Überzeugung des Gerichts. Sie bestimmt das Beweisergebnis verbindlich, wenn sie mit den Natur- und Denkgesetzen sowie den durchgesetzten Erfahrungssätzen zu vereinbaren ist. Den Kontrollmassstab legt nicht Art. 8 ZGB, sondern letztlich das Willkürverbot fest (BK-WALTER, N 122 zu Art. 8). Das Beweismass regelt den Grad der Sicherheit, mit welchem die tatbestandsmässigen Tatsachen nachgewiesen werden müssen, um die Rechtsfolge auszulösen. Es bestimmt die Anforderungen an die Intensität des Beweises und steht in engem Zusammenhang mit der Beweiswürdigung, ist begrifflich aber von ihr abzusetzen. Vorerst wird in der Beweiswürdigung geprüft, ob Beweis erbracht ist. Im Anschluss daran regelt das Beweismass, wann der Beweis gelungen ist. Vorliegend gilt das Regelbeweismass, also der volle, strenge und sichere oder strikte Beweis muss gelingen. Er ist erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen einer Tatsache voll überzeugt ist. Jeder Hauptbeweis muss im Zivilprozess als Regelbeweis erbracht werden, sofern nicht Gesetz oder gesetzmässiges Richterrecht anderes anordnet. Das Vorliegen der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen, die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit reicht für den Nachweis aus, selbst wenn eine abweichende Möglichkeit nicht völlig auszuschliessen ist (BK-WALTER, N 134 zu Art. 8).

Es bestehen keine Anhaltspunkte, welche die Aussagen von D. nicht als glaubhaft erscheinen liessen. Er war der Ansprechpartner des Klägers im HR und wusste betreffend Bonuszahlungen und die Umstände der Entlassung des Klägers Bescheid. Er gab auch klar an, dass das «grant date» nicht mit dem «payment date» identisch sei. Damit beim «payment date» der Bonus auch tatsächlich ausbezahlt werde, müssten gewisse Voraussetzungen vorliegen. Aufgrund seiner Angaben ist anzunehmen, dass das «grant date» zwar für die Höhe der Ausrichtung der Bonuszahlung relevant ist, jedoch noch keine Zusicherung für deren tatsächliche Zahlung darstellt. Diese Aussage wird auch durch die Regelung im Bonus Plan bekräftigt. Der Kläger hatte vor Vorinstanz als Grundlage für die Auszahlung des Bo-

nus auf den Bonus Plan vom 19. Juni 2010 verwiesen. Der Kläger bestritt auch, dass der Bonus 2011 als aufgeschobene Zahlung (deferred award) in Aussicht gestellt worden sei. Die Beklagte hatte sich bezüglich des Bonus ebenfalls auf dessen Regelung im Bonus Plan berufen. Gemäss Ziff. 4 IV des Bonus Plans behält sich die Beklagte ausdrücklich vor, bei einem vor dem Auszahlungszeitpunkt gekündigten Arbeitsverhältnis nach freiem Ermessen über die Ausrichtung des Bonus zu befinden.Weiter wird dort auch festgehalten, dass ein Arbeitnehmer beim vorgesehenen Auszahlungszeitpunkt noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis stehen müsse. Im für die Ausrichtung des Bonus massgebenden Reglement ist somit nirgends vom «grant date» die Rede, sondern es wird immer nur vom «payment date» gesprochen, welches für die Auszahlung relevant sein soll. Unter diesen Umständen erscheint es wenig plausibel, dass D. dem Kläger die behauptete Zusicherung gemacht haben soll, wonach das «grant date» für den Bonus 2011 der 8. März 2012 sei und dass eine Kündigung nach diesem Datum den Anspruch auf den Bonus 2011 nicht mehr berühre. Die Regelung im Bonus Plan stützt daher die Richtigkeit der Aussagen von D.

Zusammenfassend bestehen aufgrund der vorgenommenen Beweiswürdigung erhebliche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Klägers, weshalb der ihm diesbezüglich auferlegte Beweis als gescheitert zu qualifizieren ist. Es kann damit nicht als erstellt gelten, dass D. dem Kläger die behauptete Zusicherung betreffend der Auszahlung des Bonus gemacht hat. Der diesbezügliche Anspruch ist abzuweisen.

e) Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Zusprechung eines Teils des Bonus (im Betrag von £ 2000.– bzw. Fr. 2'666.–) durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden, weil die Beklagte vor Vorinstanz anerkannt hatte, dass der Bonus von £ 2000 zugesichert war und der Beklagte deshalb einen entsprechenden Anspruch habe.

(…)

Es wird beschlossen:

1.

Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 Abs. 1 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. August 2016, am 7. Dezember 2016 in Rechtskraft erwachsen ist. Diese lautet wie folgt: «1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 2'666.– netto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 zu bezahlen ...»

2.

Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 Abs. 2 des Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. August 2016, am 7. Dezember 2016 bezüglich der Abweisung der Klage im Betrag von Fr. 87'500.– brutto nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 2012 in Rechtskraft erwachsen ist.

(…)

und erkannt:

Die Klage im Mehrbetrag wird abgewiesen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 2. März 2017, in: ZR 116/ 2017 S. 91 ff.

Art. 227 Abs. 1 ZPO. Prozessuale Zulässigkeit und Voraussetzungen einer Klageänderung vor der Hauptverhandlung (E. III.C). Genügende Konnexität zwischen bereits früher übermittelten Personendaten an die USA und geplanten zukünftigen Datenlieferungen durch die Arbeitgeberin (E. III.D).
Wird im Rahmen einer Klageänderung den bisherigen Anträgen ein zusätzliches Hauptbegehren beigestellt, das aus einem anderen Klagefundament hergeleitet wird, liegt zugleich eine nachträgliche objektive Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO vor (E. III.B.1). Eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO ist nicht nur dann zulässig, wenn sich neue Tatsachen ereignet haben bzw. wenn sich der Sachverhalt weiterentwickelt hat. Sie kann auch dazu dienen, im Verlaufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse und bessere Einsichten in das Streitverhältnis auszuwerten (E. III.C.1 und C.4). Ein sachlicher Zusammenhang im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO liegt dann vor, wenn die verschiedenen Ansprüche über objektive Gemeinsamkeiten oder zumindest Ähnlichkeiten verfügen, dasselbe Objekt betreffen oder die Ansprüche zwar auf verschiedenen Sachverhalten beruhen, aber in einer engen rechtlichen Beziehung zueinander stehen (E. III.D.3.1). In casu liegt eine genügende Konnexität zwischen den bereits früher übermittelten Personendaten an die USA und den geplanten zukünftigen Datenlieferungen an das ‹Department of Justice› (DoJ) vor (E. III.D.3.4).

Sachverhalt:

Ursprünglich beantragte der Kläger – ein ehemaliger Mitarbeiter einer schweizerischen Grossbank –, es sei der Beklagten zu verbieten, Personendaten des Klägers ins Ausland bzw. an US-Behörden zu übermitteln. Im Rahmen der Replik erweiterte der Kläger sein Rechtsbegehren und beantragte im Sinne einer Klageänderung zusätzlich – neben dem Verbot einer zukünftigen Übermittlung seiner Personendaten ins Ausland – die Feststellung, dass die bereits erfolgten Personendatenübermittlungen an die USA die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt hätten. Anlässlich ihrer Duplik vertrat die Beklagte die Ansicht, die Klageänderung erfülle die Voraussetzungen von Art. 227 ZPO nicht und sei daher unzulässig. Auf die neuen klägerischen Rechtsbegehren sei demgemäss nicht einzutreten. Mit Beschluss vom 21. September 2016 liess das Arbeitsgericht Zürich die Klageänderung des Klägers zu. Gegen diesen selbständig eröffneten Zwischenentscheid erhob die Beklagte Berufung.

Aus den Erwägungen:

II.

3.

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob eine Klageänderung zulässig ist, weil es sich um eine besondere streitgegenstandsbezogene Prozessvoraussetzung handelt. Die Prüfung erfolgt zweistufig. Die Zulässigkeit der Klageänderung ist eine prozessuale Vorfrage (1. Stufe), welche das Gericht vorab beantwortet, bevor es materiell über die Begründetheit der (geänderten) Klage befindet (2. Stufe; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 55). Der vorliegende Berufungsentscheid befasst sich lediglich mit der 1. Stufe, d.h. mit der prozessualen Zulässigkeit der Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO. Sind die Voraussetzungen für eine Klageänderung erfüllt, wird sich die Vorinstanz in einem nächsten Schritt mit der Zulässigkeit und Begründetheit der (geänderten) Klage auseinanderzusetzen haben (2. Stufe).

(…)

III.B.1 Als Klageänderung im Sinne von Art. 227 und 230 ZPO gilt die Änderung des Streitgegenstandes. Nach Begründung der Rechtshängigkeit bildet somit jede inhaltliche Änderung der (bisherigen) Rechtsbegehren, mit welchen mehr, zusätzliches oder anderes verlangt wird, eine Klageänderung. Mit der Klageänderung wird mithin das Rechtsbegehren erweitert (z.B. Erhöhung der Klagesumme, Ergänzung um weitere Haupt- bzw. Eventualbegehren) oder modifiziert (z.B. Geltendmachung von Preisminderung statt Wandelung). Die Klageänderung kann aber auch in der Änderung bzw. Erweiterung des Klagefundaments bestehen. Darunter ist der gesamte Komplex von Tatsachen zu verstehen, aus welchem die Klage abgeleitet wird (BK ZPO II-KILLIAS, Art. 227 N. 6 ff.). Der Lebenssachverhalt kann dabei durch ein Rechtsverhältnis umrissen sein (beispielsweise einen Vertrag) oder durch ein historisches Tatgeschehen, aus dem sich verschiedene Rechtsansprüche ableiten lassen (MORET, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordung, 2014, Rz. 1010). Wird im Rahmen der Klageerweiterung den bisherigen Anträgen ein zusätzliches Hauptbegehren beigestellt, das aus einem anderen Klagefundament hergeleitet wird, liegt zugleich ein neuer prozessualer Anspruch vor (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 25). Eine derartige Klageänderung stellt zugleich eine nachträgliche objektive Klagenhäufung im Sinne von Art. 90 ZPO dar (vgl. SHK ZPO-LIVSCHITZ, Art. 90 N. 3).

(…)

III.C.1 Nach Art. 227 Abs. 1 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und – sofern keine Zustimmung der Gegenpartei vorliegt – mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht. Im Unterschied zur Klageänderung in der Hauptverhandlung (Art. 230 ZPO) und zur Klageänderung im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 2

ZPO) muss die Klageänderung im Vorbereitungsverfahren nicht auf neuen Tatsachen oder Beweismitteln beruhen (Art. 227 Abs. 1 ZPO). Bis zum Aktenschluss (d.h. vorliegend bis zum Abschluss des zweiten Schriftenwechsels) ist eine Klageerweiterung somit ohne weiteres möglich; es genügt, dass der neue oder geänderte Anspruch mit dem bisherigen konnex ist und in der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist (Botschaft ZPO, BBl 2006 7221, S. 7341). In diesem Sinne ist eine Klageänderung nach Art. 227 ZPO nicht nur dann zulässig, wenn sich neue Tatsachen ereignet haben bzw. wenn sich der Sachverhalt weiterentwickelt hat. Sie kann auch dazu dienen, im Verlaufe des Verfahrens gewonnene Erkenntnisse und bessere Einsichten in das Streitverhältnis auszuwerten (BGer 4A_255/2015 vom 1. Oktober 2015, Erw. 2.2.3, m.w.H.; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N. 18; WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 169). Nach dem Gesagten können sich die erweiterten bzw. geänderten Rechtsbegehren im Rahmen einer Klageänderung nach Art. 227 ZPO auch auf Sachverhaltselemente beziehen, welche dem Kläger bereits vor seiner ursprünglichen Klageeinleitung bekannt gewesen sind (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 29 a.E.). Weder die Vorschriften zur Klagenhäufung noch die Bestimmungen zur Klageänderung schreiben dem Kläger vor, dass er sämtliche Ansprüche gegenüber der beklagten Partei gleichzeitig und von Beginn weg gemeinsam geltend zu machen hat.

(…)

III.C.4 Zusammenfassend ist bei einer Klageänderung vor der Hauptverhandlung (Art. 227 ZPO) nicht erforderlich, dass diese auf Noven beruht. Auf dieses zusätzliche Erfordernis hat der Gesetzgeber – im Unterschied zur Klageänderung in der Hauptverhandlung (Art. 230 ZPO) und im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 2 ZPO) – bewusst verzichtet. Mangels einer anderslautenden Bestimmung kann eine Klageerweiterung im Vorbereitungsverfahren somit auch auf Tatsachen beruhen, die dem Kläger bereits vor Klageeinleitung bekannt waren. Die vom Kläger im Rahmen des ordentlichen Schriftenwechsels angebrachte Klageänderung stellt nach dem Gesagten keinen Verstoss gegen Treu und Glauben und somit auch keine Verletzung von Art. 52 ZPO dar.

(…)

III.D.1 Da es sich vorliegend, wie bereits ausgeführt, um eine objektive Klagenhäufung im Rahmen einer Klageänderung handelt, müssen gemäss Art. 90 i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit das erweiterte Rechtsbegehren zulässig ist:

– gleiche Verfahrensart;

– gleiche sachliche Zuständigkeit;

– sachlicher Zusammenhang (Konnexität) oder Zustimmung der Gegenpartei.

(…)

III.D.3.1 Mit Art. 227 ZPO wird ein Verbindungszusammenhang verlangt, der sich aus zusammenhängenden Streitgegenständen ergeben muss.

Für das Vorliegen eines sachlichen Zusammenhanges gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie bei Art. 14 Abs. 1 und Art. 15 Abs. 2 ZPO betreffend den Gerichtsstand für die Widerklage bzw. die objektive Klagenhäufung (BK ZPO II-KILLIAS Art. 227 N. 38; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 28). Der neue Klagegrund muss zwar nicht aus dem identischen Lebensvorgang stammen, mit dem ursprünglichen aber in einem engen Zusammenhang stehen, was vor allem bei einem Anspruch aus einem benachbarten Lebensvorgang zutreffen kann (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 227 N. 21; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, Art. 227 N. 31; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1396, m.w.H.). Ein sachlicher Zusammenhang kann dann vorliegen, wenn die verschiedenen Ansprüche über objektive Gemeinsamkeiten oder zumindest Ähnlichkeiten verfügen (SHK ZPO-WIDMER Art. 227 N. 15; SOLIVA, Die Klageänderung nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss., 1992, S. 87 f.), dasselbe Objekt betreffen (OFK ZPO-LERCH, Art. 227 N. 5) oder wenn die Ansprüche zwar auf verschiedenen Sachverhalten beruhen, aber in einer engen rechtlichen Beziehung zueinander stehen (BK ZPO II-KILLIAS Art. 227 N. 40; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N. 10; BSK ZPO-RUGGLE, Art. 14 N. 16; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, Art. 14 N. 9; BGE 129 III 230 Erw. 3.1). Ansprüche sind auch dann noch konnex, wenn sie zwar auf verschiedenen ‹Clustern› im Sachverhalt beruhen, die Lebensvorgänge sich aber immerhin berühren und gleichartige oder ähnliche Tatbestände erzeugen können (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 34). Demgegenüber liegt eine unzulässige Klageänderung vor, wenn die Änderung oder Ergänzung nicht mehr zu demjenigen Komplex von Tatsachen gehört, der bereits Grundlage des bisher dargelegten Sachverhalts bildet (SEILER, a.a.O., Rz. 1398), oder wenn lediglich eine personelle Verflechtung oder eine enge rechtliche Beziehung zwischen den Parteien besteht, ohne dass sich die geltend gemachten Ansprüche in sachlicher Hinsicht berühren (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 36). Ebenso wenig genügt zur Bejahung der notwendigen Konnexität, dass die Ansprüche auf Rechtsverhältnissen beruhen, die (bloss) in einem gewissen Zusammenhang stehen, oder dass nur prozessökonomische Gründe für eine Beurteilung der geänderten Klage sprechen (vgl. BGE 129 III 230 Erw. 3.3.3; PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 227 N. 10; BK ZPO-GÜNGERICH/WALPEN, Art. 14 N. 29). Als unbestimmter Rechtsbegriff eröffnet das Tatbestandsmerkmal des ‹sachlichen Zusammenhangs› der rechtsanwendenden Instanz im konkreten Einzelfall ein gewisses Konkretisierungsermessen (SEILER, a.a.O., Rz. 1398).

III.D.3.4 Im vorliegenden Fall wird mit den neu geltend gemachten Feststellungsbegehren kein völlig neuer Sachverhalt in den Prozess eingeführt. So haben beide Ansprüche ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten. Sämtliche hier interessierenden Daten über den Kläger, welche die Beklagte bereits an das DoJ geliefert hat bzw. noch zu liefern plant, stammen aus der Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten. Nur weil der Kläger ein ehemaliger Arbeitnehmer der Beklag-

ten ist, ist diese zur Herausgabe der klägerischen Personendaten an die amerikanischen Justizbehörden verpflichtet. Sowohl die Unterlassungs- als auch die Feststellungsklage haben ihre rechtliche Grundlage im damaligen Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten, weshalb beide Ansprüche aus dem gleichen Rechtsverhältnis stammen.

Abgesehen von der engen rechtlichen Beziehung der Parteien (langjähriges Arbeitsverhältnis) weisen die beiden Ansprüche auch in sachlicher Hinsicht enge Berührungspunkte auf. So geht es in beiden Fällen um eine Herausgabe von Mitarbeiterdaten durch die Arbeitgeberin an das DoJ im Rahmen des sog. ‹Steuerstreits› mit den USA. Im Ergebnis haben beide Ansprüche die Pflicht der Beklagten zum Schutz der Persönlichkeit ihres ehemaligen Arbeitnehmers bzw. seiner während dem Anstellungsverhältnis gesammelten Daten zum Gegenstand (Art. 328 und 328b OR). Es geht bei beiden Ansprüchen um die Frage, ob die (frühere bzw. geplante) Datenherausgabe an das DoJ persönlichkeitsverletzend und somit widerrechtlich ist oder nicht. In diesem Sinne hängen die Streitgegenstände eng zusammen und beide Ansprüche betreffen dasselbe Streitobjekt. Sie unterscheiden sich lediglich in zeitlicher Hinsicht insofern, als die streitgegenständlichen Handlungen bereits erfolgt sind bzw. erst noch bevorstehen. Die rechtsrelevanten Handlungen an und für sich sind dabei jedoch identisch; in beiden Fällen geht es um eine grenzüberschreitende Bekanntgabe von Mitarbeiterdaten in einen Staat mit ungenügender Datenschutzgesetzgebung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG (vgl. ZR 115/2016 Nr. 21 Erw. 4.3.2). Auch wenn die Ansprüche auf verschiedenen ‹Clustern› im Sachverhalt beruhen, können die Lebensvorgänge somit gleichartige oder zumindest ähnliche Tatbestände erzeugen (vgl. BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 34).

Dabei spielt es – entgegen der Ansicht der Beklagten – keine Rolle, dass die Datenlieferungen vor bzw. nach Abschluss des ‹Plea Agreements› auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen (einerseits Anfrage des DoJ im Rahmen der Strafuntersuchung, andererseits Kooperation gestützt auf das mit den USA vereinbarte ‹Plea Agreement›) basieren. Für die Konnexität im Sinne von Art. 227 Abs. 1 ZPO ist lediglich notwendig, dass sich die ursprünglichen sowie die geänderten Ansprüche aus einem gleichartigen Sachverhalt ergeben und somit jeweils aus benachbarten Lebensvorgängen stammen. Der Beweggrund bzw. das Motiv der beklagten Partei für die Vornahme der (potentiell widerrechtlichen) Handlung ist dabei nicht relevant. Sowohl die ursprüngliche Unterlassungsklage als auch die neuen Feststellungsbegehren stammen aus gleichartigen bzw. benachbarten Lebensvorgängen, nämlich der Bekanntgabe von Personendaten durch die Arbeitgeberin an US-Justizbehörden. Auf welche Rechtsgrundlage bzw. auf welchen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG sich die Beklagte dabei stützt(e), ist nicht von Relevanz. Nach dem Gesagten kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte die Personendaten des Klägers auf Anfrage des DoJ im Rahmen eines Strafverfahrens oder im Rahmen einer ‹freiwilligen› Kooperation mit dem DoJ gestützt auf das ‹Plea Agree-

ment› übermittelt hat bzw. zu übermitteln beabsichtigt. Möglicherweise hat diese Differenzierung einen Einfluss auf die rechtliche Beurteilung, d.h. die Widerrechtlichkeit der jeweiligen Datenübermittlungen. Die relevanten Klagefundamente im Sinne von historischen Lebensvorgängen bleiben davon unberührt und weisen nichtsdestotrotz diverse objektive Gemeinsamkeiten auf.

Auch dem Argument der Beklagten, wonach die neuen Feststellungsbegehren auf etwas anderes abzielen würden als die ursprüngliche Unterlassungsklage und deshalb nicht konnex seien, kann nicht gefolgt werden. Art. 227 Abs. 1 ZPO setzt keine gleichartigen Rechtsfolgen bzw. identischen Klagearten voraus, weshalb Feststellungklagen durchaus mit Unterlassungs- oder Leistungsklagen verbunden werden können, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Bei Klageänderungen im Sinne einer nachträglichen objektiven Klagenhäufung ‹zielen› die verschiedenen Ansprüche in zeitlicher und sachlicher Hinsicht regelmässig auf etwas anderes ab. Allein der Umstand, dass die Unterlassungsklage zukunftsgerichtet, die (neuen) Feststellungsbegehren dahingegen vergangenheitsbezogen sind, ändert am engen Verbindungszusammenhang der beiden Ansprüche nichts. Wird neben der Feststellung der Widerrechtlichkeit im Rahmen einer Klageerweiterung zusätzlich auf Unterlassung oder Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes geklagt, handelt es sich dabei um eine zulässige Klageänderung im Sinne von Art. 227 ZPO, auch wenn die beiden Ansprüche auf etwas anderes ‹abzielen› (BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 227 N. 32 a.E.).

Schliesslich ist dem Kläger insofern Recht zu geben, als die Beklagte selbst in ihrer Klageantwort einen sachlichen Zusammenhang zwischen den früheren Datenübermittlungen und der geplanten Datenherausgabe behauptet hat. Nach Ansicht der Beklagten sei der Name des Klägers den US-Behörden aufgrund der (unbestrittenen) früheren Datenlieferungen bereits bekannt. Durch die Herausgabe der nun geplanten Daten würden somit keine Informationen bekanntgegeben, die ein (ohnehin nicht existierendes) tatsächliches Risiko des Klägers erhöhen würden. Somit geht die Beklagte offenbar davon aus, dass für die rechtliche Beurteilung der geplanten (zukünftigen) Datenherausgabe die bereits erfolgten Datenübermittlungen berücksichtigt werden müssen. Um die Abweisung der Unterlassungsklage zu erreichen, argumentiert die Beklagte selbst mit den früheren Datenlieferungen an das DoJ und stellt so einen Sachzusammenhang zwischen den beiden klägerischen Ansprüchen her. In Übereinstimmung mit der Beklagten hat sie mit dieser Verteidigung zwar nicht den Willen kundgetan, die Rechtmässigkeit früherer Datenübermittlungen zum Prozessgegenstand zu machen. Wenn die Beklagte jedoch berufungsweise jeglichen Sachzusammenhang zwischen den bereits erfolgten und den geplanten Datenlieferungen bestreitet, verhält sie sich widersprüchlich.

Obergericht des Kantons Zürich, Teilurteil vom 3. März 2017 (teilweise Aufhebung des Teil-Urteils des Arbeitsgerichtes Zürich vom 15. Oktober 2015)

Ansprüche des ausgeschiedenen Arbeitnehmers gegenüber dem Carried Interest Pool. Prüfung der Frage, ob der ausgeschiedene Arbeitnehmer Anspruch auf Kompensationszahlungen hat, die aufgrund von Ereignissen angefallen sind, die nach der Kündigung der Management-Verträge eintraten, und mit denen durch diese Ereignisse verursachte Schäden sowie künftig entfallende Gewinnbeteiligungen abgedeckt werden sollten (E. III.1).

Sachverhalt:

B. (Kläger und Berufungsbeklagter) war ab 1. Mai 1998 für die C./A1. und ab Januar 2000 als CEO für die A. AG (Beklagte und Berufungsklägerin) tätig. Er schied per 31. Oktober 2003 aus der Beklagten aus. Als Arbeitnehmer partizipierte er an einem sog. Carried Interest Pool, wobei in der Folge mit drei Arbeitsvertragszusätzen (AVZ) drei verschiedene Pools für verschiedene Arten von «assets» gebildet wurden.

Mit Klageschrift vom 24. April 2008 stellte der Kläger beim Arbeitsgericht Zürich (Vorinstanz) folgende Rechtsbegehren: «(1.) Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 30'000.00 zuzüglich 5% Zins seit der Klageeinreichung zu zahlen. (2.) Die Beklagte sei zu verpflichten, per 31. März 2008 über sämtliche Erlöse (Dividenden, Zinsen und Kapitalgewinne) der von ihr getätigten Anlagen gemäss Ziff. II.1.2 (‹Carried Interest Pool›-relevante Anlagen) und über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem ‹Carried Interest Pool› unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen abzurechnen. (3.) Die Beklagte sei zu verpflichten, über sämtliche Erlöse aufgrund der von ihr getätigten Verkäufe der von ihr vorgenommenen Anlagen gemäss Ziff. II.1.2 (‹Carried Interest Pool›-relevante Anlagen) inkl. erhaltener Kompensationszahlungen für ‹liquidated damages› infolge Vertragsbeendigungen und über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem ‹Carried Interest Pool› unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen abzurechnen. (4.) Die Beklagte sei zu verpflichten, allfällige Forderungsverzichte im Zusammenhang mit Verkäufen der von ihr vorgenommenen Anlagen gemäss Ziff. II.1.2 (‹Carried Interest Pool›-relevante Anlagen) inkl. Verzichte auf vereinbarte Kompensationszahlungen wegen vorzeitigen Vertragsbeendigungen offen zu legen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.»

Mit (erläutertem) Teil-Urteil vom 14. Januar bzw. 15. Oktober 2015 verpflichtete die Vorinstanz die Beklagte zur Rechnungslegung. Mit Teilurteil vom 11. Juli 2016 schützte die Kammer die von der Beklagten gegen das (erläuterte) Teil-Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich erhobene Berufung

teilweise und entschied: (1.) Die Beklagte wird verpflichtet, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Teil-Urteils abzurechnen: a) betreffend den CARRIED INTEREST POOL FOR C./A1. ASSETS und den CARRIED INTEREST POOL FOR THIRD PARTY ASSETS über sämtliche über die gesamte Laufzeit (auch über die Dauer des Arbeitsverhältnisses des Klägers hinaus) entstandenen Erlöse (Dividenden, Zinsen und Kapitalgewinne) der von ihr getätigten Investitionen (gemäss Aufstellung in act. 1 Ziff. II.1.2. lit. aa bis hh; «Carried Interest Pool»-relevante Investitionen) und über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem Carried Interest Pool, unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen; b) betreffend den CARRIED INTEREST POOL FOR ASSETS OF D. HOLDING AG («D.») and E. HOLDING AG («E.») über sämtliche bis 31. Dezember 2003 entstandenen Erlöse (Dividenden, Zinsen und Kapitalgewinne) der von ihr getätigten Investitionen (gemäss Aufstellung in act. 1 Ziff. II.1.2. lit. ii und kk; «Carried Interest Pool»-relevante Investitionen) und über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem Carried Interest Pool, unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen. (2.) Die Beklagte wird verpflichtet, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Teil-Urteils abzurechnen: a) betreffend den CARRIED INTEREST POOL FOR C./A1. ASSETS und den CARRIED INTEREST POOL FOR THIRD PARTY ASSETS über sämtliche über die gesamte Laufzeit (auch über die Dauer des Arbeitsverhältnisses des Klägers hinaus) entstandenen Erlöse der von ihr getätigten Verkäufe der von ihr vorgenommenen Anlagen (gemäss Aufstellung in act. 1 Ziff. II.1.2. lit. aa bis hh «Carried Interest Pool»-relevante Investitionen) inkl. erhaltener Kompensationszahlungen für «liquidated damages» infolge Vertragsbeendigungen und über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem Carried Interest Pool, unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen; b) betreffend den CARRIED INTEREST POOL FOR ASSETS OF D. HOLDING AG («D.») and E. HOLDING AG («E.») über sämtliche bis 31. Dezember 2003 entstandenen Erlöse der von ihr getätigten Verkäufe der von ihr vorgenommenen Anlagen (gemäss Aufstellung in act. 1 Ziff. II.1.2. lit. ii und kk; «Carried Interest Pool»-relevante Investitionen) sowie unbefristet (auch über den 31. Dezember 2003 hinaus) über alle erhaltenen Kompensationszahlungen für «liquidated damages» infolge Vertragsbeendigungen sowie über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem Carried Interest Pool, unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen. (3.) Die Beklagte wird verpflichtet, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Teil-Urteils allfällige Forderungsverzichte im Zusammenhang mit Verkäufen dervon ihr vorgenommenen Anlagen gemäss Aufstellung in act. 1 Ziff. II.1.2. («Carried Interest Pool»-relevante Investitionen) inkl. allfällige Verzichte auf vereinbarte Kompensationszahlungen wegen vorzeitiger Vertragsbeendigung offenzulegen, die auf Investitionen vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Oktober 2003 zurückgehen. (4.) Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv Ziffer 2) wird bestätigt.

(5.) Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben. (6.) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen. (7.) […]; (8.) […].

Für den Sachverhalt, die Prozessgeschichte und die Entscheidgründe kann im Übrigen vollumfänglich auf das Teilurteil vom 11. Juli 2016 verwiesen werden. Auf Beschwerde der Beklagten hin hob das Bundesgericht mit Urteil vom 7. Februar 2017 das Teilurteil bezüglich Ziffer 2 lit. b Absatz 2 (unbefristete Abrechnung betreffend den CARRIED INTEREST POOL FOR ASSETS OF D. HOLDING AG [D.] and E. HOLDING AG [E.] über alle erhaltenen Kompensationszahlungen für «liquidated damages» infolge Vertragsbeendigung) und Ziffer 6 (Parteientschädigung) auf. Diesbezüglich wurde die Sache zu neuer Begründung und Beurteilung an die Kammer zurückgewiesen. Im Übrigen wies das Bundesgericht die Beschwerde der Beklagten ab.

Aus den Erwägungen:

II.

Das Bundesgericht begründet den Rückweisungsentscheid wie folgt:

«5.

5.1 Wie erwähnt ging die Vorinstanz davon aus, der Beschwerdegegner sei im Rahmen des Arbeitsvertragszusatzes D./E. lediglich an den bis zum 31. Dezember 2003 in den Pool geflossenen Performance Fees (für 2003 zu 10/12) beteiligt und entsprechend habe die Beschwerdeführerin nur bis zu diesem Zeitpunkt abzurechnen. Sie war jedoch der Auffassung, es sei zu berücksichtigen, dass die Management-Verträge mit der D. Holding AG (nachfolgend: D.) und der E. Holding AG (nachfolgend: E.) vorzeitig, per 31. März 2004, aufgelöst worden seien. Bereits im Februar 2003 sei bei der Beschwerdeführerin darüber diskutiert worden, dass im Fall einer vorzeitigen Kündigung dieser Management-Verträge, d.h. einer Auflösung vor dem 31. März 2006, hohe Konventionalstrafen fällig würden, von denen ein grosser Anteil in den Performance Fee Pool fliessen und dann an die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin verteilt werden solle. Die Beendigung dieser Management-Verträge sei somit nur kurz nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Beschwerdegegner erfolgt und Folge des bereits im Jahr 2003 gefällten Entscheids der Beschwerdeführerin gewesen, sich aus dem D.-Geschäft zurückzuziehen. Deshalb habe der Beschwerdegegner Anspruch darauf, über Kompensationen und Forderungsverzichte ohne zeitliche Limite Auskunft zu erhalten.

5.2 Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, diese Begründung sei nicht nachvollziehbar, wenn gleichzeitig davon ausgegangen werde, der Beschwerdegegner habe nur Anspruch (anteilsmässig) auf bis Ende 2003 zugeflossene Entschädigungen. Die Vorinstanz verweist darauf, dass sich der Beschwerdegegner auf die Schutzbestimmung von Ziffer 6 Abs. 2 des Arbeitsvertragszusatzes D./E. («Employee Protection») bezogen habe.

Zu Recht geht sie aber nicht weiter darauf ein. Die Beschwerdeführerin garantierte in dieser Ziffer 6 Abs. 2, dass bei einem Wechsel in der Kontrolle oder einer frühzeitigen Beendigung von Management-Verträgen («Structure Agreements») ihr deswegen zugehende Kompensationszahlungen entsprechend dem Arbeitsvertragszusatz an den Arbeitnehmer verteilt würden («[...] shall be distributed to the employee in accordance with the mechanism set in the present Annex»). Gemäss dem Arbeitsvertragszusatz hatte der Beschwerdegegner aber nur Anspruch auf bis Ende 2003 eingehende Performance Fees; für 2003 anteilsmässig entsprechend seiner Anstellungsdauer in diesem Jahr in Höhe von 10/12. Allein gestützt auf diese Bestimmung kann daher nicht begründet werden, weshalb er Anspruch auf Informationen zu Kompensationszahlungen haben soll, die aufgrund von Ereignissen angefallen sind, die 2004 oder später eintraten, und mit denen durch diese Ereignisse verursachte Schäden sowie künftig entfallende Gewinnbeteiligungen abgedeckt werden sollten («liquidated damages»).

Die Vorinstanz ergänzt ihre Ausführungen zum Informationsinteresse des Beschwerdegegners abschliessend mit dem Hinweis, die Abrechnung der Beschwerdeführerin solle dem Beschwerdegegner auch «eine ‹Nachprüfung› (Kontrolle) der Berechnung des Carried Interest und der Richtigkeit der erhaltenen Angaben ermöglichen»; dies auch vor dem Hintergrund, dass bei der Stufenklage über den Hauptanspruch erst verhandelt und entschieden werde, wenn die Hilfsansprüche erledigt seien. Sie will mit dem letzteren Hinweis offensichtlich nicht sagen, ein Informationsanspruch des Beschwerdegegners bestehe auch, wenn er (allenfalls) keine finanziellen Ansprüche auf Beteiligung an Kompensationszahlungen aus verfrühter Kündigung habe – also als selbstständiger Informationsanspruch. Sie verweist nämlich anschliessend auf Literatur zur Stufenklage und sie ging bereits in ihrem Rückweisungsbeschluss vom 25. Mai 2012 davon aus, der Beschwerdegegner habe Ansprüche im Rahmen einer Stufenklage geltend gemacht. Mit der Stufenklage wird ein Begehren um Rechnungslegung mit einer zunächst unbezifferten Forderungsklage auf Leistung des Geschuldeten verbunden (BGE 116 II 215 E. 4a S. 220). Grundlage des Informationsanspruchs ist also ein entsprechender Anspruch auf Zahlung. Die Vorinstanz müsste somit begründen, auf welcher Grundlage der Beschwerdegegner (grundsätzlich) Anspruch auf Teilhabe an Kompensationszahlungen aufgrund der Kündigungen der Management-Verträge mit D. und E. hat, andernfalls dieser Auskunftsanspruch nicht über 2003 hinausgehen kann. Die Sache ist zur genügenden Begründung (Art. 112 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 3 BGG) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

Angefochten ist schliesslich die Regelung der Parteientschädigung gemäss Ziffer 6 des vorinstanzlichen Teilurteils. Die Vorinstanz führte aus, die Beschwerdeführerin unterliege zu fünf Sechsteln und der Beschwerdegegner zu einem Sechstel. Entsprechend verpflichtete sie die Beschwerde-

führerin, dem Beschwerdegegner eine auf zwei Drittel (Fr. 2'000.–) reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Der Beschwerdegegner habe Auskunft über 195 Investitionen gemäss seiner Aufstellung in der Klageschrift (S. 9–17) verlangt. Davon beträfen 129 Investitionen die D. und die E., zu denen sie nun gemäss dem angefochtenen Urteil nicht zur Abrechnung über Ende 2003 hinaus verpflichtet worden sei, mithin mit ihren Berufungsanträgen erfolgreich gewesen sei. Somit sei das Verhältnis gerade umgekehrt und sie habe zu 2/3 obsiegt.

6.2 Die Vorinstanz erwähnt nur das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen und keine anderen Kriterien. Offensichtlich hat sie die von ihr bejahte Rechenschaftspflicht bezüglich nach dem 31. Dezember 2003 erfolgten Kompensationen und Forderungsverzichten aus den Management-Verträgen mit der D. und der E., welche die Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt, so gewichtet, dass insgesamt der von ihr angewendete Schlüssel resultierte. Darauf muss indessen nicht weiter eingegangen werden. Nachdem diesbezüglich das angefochtene Urteil aufzuheben und zu neuer Begründung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (vgl. E. 5 hiervor), ist auch der Kostenspruch gemäss Ziffer 6 des vorinstanzlichen Dispositivs aufzuheben.»

III.

1.

Gemäss Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ist der Auskunftsanspruch und der Anspruch auf Teilhabe an Kompensationszahlungen in zeitlicher Hinsicht kongruent. Ein Anspruch auf Informationen zu Kompensationszahlungen über 2003 hinaus kann laut Bundesgericht nur dann bejaht werden, wenn ein Anspruch auf Teilhabe an Kompensationszahlungen (aufgrund der Kündigungen der Management-Verträge mit D. und E. per 31. März 2004) besteht. Andernfalls sei der Anspruch auf Auskunft über Kompensationszahlungen bis Ende 2003 beschränkt. An diese Rechtsauffassung ist die Kammer gebunden. Folglich ist zu prüfen, ob der Kläger Anspruch auf Kompensationszahlungen hat, «die aufgrund von Ereignissen angefallen sind, die 2004 oder später eintraten, und mit denen durch diese Ereignisse verursachte Schäden sowie künftig entfallende Gewinnbeteiligungen abgedeckt werden sollten», wobei sich nach verbindlicher Vorgabe des Bundesgerichts ein solcher Anspruch nicht allein aus Ziffer 6 Abs. 2 des AVZ D./E. ableiten lässt.

2.

Den erst- und zweitinstanzlichen Rechtsschriften des Klägers kann nicht entnommen werden, auf welcher Grundlage ein Anspruch des per 31. Oktober 2003 ausgeschiedenen Klägers auf Teilhabe an Kompensationszahlungen besteht, die aufgrund der per 31. März 2004 wirksam gewordenen Kündigungen der Management-Verträge mit D. und E. geschuldet wurden. Die vom Kläger im Zusammenhang mit den geschuldeten

Kompensationszahlungen für «liquidated damages» bei vorzeitiger Beendigung mehrfach erwähnte Ziffer 6 der Management-Verträge regelt das Verhältnis zwischen der Beklagten und D. bzw. E., vermag aber dem Kläger keine über die AVZ hinausgehenden Rechte zu verschaffen. Offenbar wurde eine (weitere) Anspruchsgrundlage auch vor Bundesgericht nicht genannt, ansonsten sich das Bundesgericht wohl damit auseinandergesetzt hätte. Nachdem der Kläger bis zu seinem Ausscheiden bzw. bis 31. Dezember 2003 an der in den Pool geflossenen jährlichen Performance Fee partizipiert, ist auch für die Kammer nicht erkennbar, worauf ein Anspruch auf Teilhabe an Kompensationszahlungen aufgrund der per 31. März 2004 wirksam gewordenen Kündigungen der Management-Verträge mit D. und E. basieren könnte. Da Kompensationszahlungen «in accordance with the mechanism set in the present Annex» zu verteilen sind und der Kläger als «good leaver» Anspruch auf eine pro rata-Quote an der im Kalenderjahr seines Ausscheidens (2003) erhaltenen D./E.-Performance Fee hat (Ziff. 4.1 und Ziff. 3.1 AVZ D./E.), kann er auf die im Jahre 2004 in den Pool geflossenen Entschädigungen keinen Anspruch mehr erheben.

3.

Demzufolge ist die Beklagte lediglich zu verpflichten, über bis zum 31. Dezember 2003 erhaltene Kompensationszahlungen für «liquidated damages» infolge Vertragsbeendigungen abzurechnen, wobei der Klarheit und Vollständigkeit halber die nicht aufgehobenen Absätze 3 und 4 von Ziffer 2 lit. b des Urteilsdispositivs vom 11. Juli 2016 unverändert zu übernehmen sind.

IV.

1.

Auch für dieses Berufungsverfahren sind bei einem massgeblichen Streitwert von Fr. 30'000. keine Kosten zu erheben (Art. 114 lit. c ZPO; Urk. 115 S. 26 f.).

2.

Das Bundesgericht hat auch die Entschädigungsregelung gemäss Dispositiv Ziffer 6 aufgehoben.

2.1 Die Beklagte hat am Bundesgericht auch die Kostenverteilung beanstandet. Sie will das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen nach der Zahl der Investitionen bestimmen und weist darauf hin, dass von den 195 Investitionen, über die Auskunft verlangt werde, 129 Investitionen den Carried Interest Pool D./E. betreffen würden, womit die Beklagte zu 2/3 obsiege. Das Bundesgericht ist – da es Ziffer 2 lit. b Absatz 2 des Dispositivs aufhob – nicht weiter auf diese Rüge eingegangen.

2.2 Die *Anzahl* der getätigten Investitionen sagt nichts über den Wert dieser Investitionen aus. Wenn man auf die einzelnen Investitionen abstellen wollte, wäre für die Aufteilung der Prozesskosten wohl eher auf den *Wert* der investierten Beträge bzw. die damit erzielten *Erlöse* abzustellen. Der Kläger hat die einzelnen investierten Beträge in der Klageschrift zwar aufgeführt. Die Beklagte schweigt sich aber über den Gesamtwert der unter

den jeweiligen AVZ investierten Beträge bzw. die damit erzielten Erträge aus. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die drei Pools bzw. AVZ mit Blick auf die Kostenverteilung gleich gewichtet werden, zumal der Aufwand und die Beurteilung des Gerichts von der Ausgestaltung des jeweiligen Pools und nicht von der Anzahl der einzelnen Investitionen abhingen.

2.3 Der Kläger obsiegt mit Bezug auf den CARRIED INTEREST POOL FOR C./A1. ASSETS und den CARRIED INTEREST POOL FOR THIRD PARTY ASSETS. Demgegenüber obsiegt die Beklagte (mehrheitlich) mit Bezug auf den CARRIED INTEREST POOL FOR ASSETS OF D. HOLDING AG («D.») and E. HOLDING AG («E.»). Insgesamt obsiegt der Kläger zu rund 2/3 und die Beklagte zu rund 1/3. Die Beklagte ist daher zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.

Es wird erkannt:

(1.) Die Beklagte wird verpflichtet, innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Teilurteils abzurechnen: betreffend den CARRIED INTEREST POOL FOR ASSETS OF D. HOLDING AG («D.») and E. HOLDING AG («E.») […] über alle bis zum 31. Dezember 2003 erhaltenen Kompensationszahlungen für «liquidated damages» infolge Vertragsbeendigungen sowie über die sich daraus ergebenden Ansprüche des Klägers gegenüber dem Carried Interest Pool, unter Vorlegung aller relevanten Geschäftsunterlagen. (2.) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 9. März 2017 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 6. September 2016)

Arztzeugnis. Es entspricht der gängigen Praxis, dass ein erkrankter Arbeitnehmer nicht am ersten, sondern erst am zweiten oder dritten Tag einen Arzt aufsucht und dass der konsultierte Arzt ihm hierauf eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für einen ein bis zwei Tage zurückliegenden Zeitpunkt ausstellt. Von einer – relevanten – rückwirkenden Beurteilung kann diesfalls noch keine Rede sein. Anders verhielte es sich, wenn eine Konsultation des Arztes nicht mehr als zeitnah zu bezeichnen wäre und eine verlässliche, rückwirkende Beurteilung des gesundheitlichen Zustandes des Patienten fraglich erschiene (E. 3.2).

Arbeitszeugnis. Der Ansicht der Arbeitgeberin, sie sei lediglich dazu zu verpflichten, der Arbeitnehmerin anstelle eines Arbeitszeugnisses mit dem durch die Vorinstanz formulierten Wortlaut eine Arbeitsbestätigung auszustellen, eventualiter seien in einem Arbeitszeugnis für

die Arbeitnehmerin auch die sie betreffenden «härtesten (negativen) Zwischenfälle» aufzuführen, hat die Vorinstanz zutreffend entgegengehalten, dass die Arbeitnehmerin gemäss Art. 330a Abs. 1 OR Anspruch auf ein Arbeitszeugnis hat, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über ihre Leistungen und ihr Verhalten ausspricht. Alternativ stünde ihr – nicht aber der Arbeitgeberin – das Recht zu, auch bloss eine Arbeitsbestätigung zu verlangen (Art. 330a Abs. 1 OR). Das Zeugnis hat zudem nach Lehre und Rechtsprechung wohlwollend zu sein, wobei das Wohlwollen seine Grenze an der Wahrheitspflicht findet. Wohl dürfen in einem Arbeitszeugnis durchaus auch ungünstige Tatsachen erwähnt werden, sofern sie für die Gesamtbeurteilung der Arbeitnehmerin erheblich sind. Völlig isolierte Vorfälle und unwichtigere Kleinigkeiten sind nicht genügend erheblich. Einzelne Missstimmigkeiten – gerade auch zum Ende der Anstellung – dürfen nicht überbewertet werden (E. 3.4).

Sachverhalt:

B., die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin), trat am 28. März 2014 mit einem 100%-Pensum in der Funktion «Aufräumarbeiten im Verkauf (Hintergrund)» in ein Arbeitsverhältnis mit der A. AG, der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte). Per 1. Juli 2014 wurde der ursprüngliche Arbeitsvertrag ersetzt und das Pensum auf eine 40–60%-Stelle (auf Stundenlohnbasis in der Höhe von Fr. 23.– brutto inkl. Ferienentschädigung) reduziert. Neben dem Basis-Monatsgehalt hatte die Klägerin einen Anspruch auf eine Saison-Umsatz-Provision (SUP) und eine Tages-Umsatz-Provision (TUP) gemäss den im Arbeitsvertrag festgelegten Modalitäten. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis am 30. Juni 2015 ordentlich auf den 31. Juli 2015.

Mit Eingabe vom 14. April 2016 erhob die Klägerin beim Einzelgericht am Arbeitsgericht Zürich (Vorinstanz) Klage gegen die Beklagte. Damit machte sie Ansprüche aus dem beendigten Arbeitsverhältnis geltend. Die Vorinstanz fällte am 6. September 2016 folgendes Urteil:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für Juni 2015 Lohn von Fr. 2'792.70 netto [Fr. 3'040.05 brutto abzgl. 6.25% AHV/IV/ALV/EO abzgl. 1.89% UVG/NBU] nebst Zins zu 5% seit 30. Juni 2015 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 3. August 2015) wird aufgehoben.

2. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für Juli 2015 Lohn von Fr. 2'245.10 netto [Fr. 2'444.05 brutto abzgl. 6.25% AHV/IV/ALV/EO abzgl. 1.89% UVG/NBU] nebst Zins zu 5% seit 31. Juli 2015 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. 2 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 28. August 2015) wird im Umfang von Fr. 2'245.10 aufgehoben.

3. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Kopie ihres vollständigen Personaldossiers zuzustellen. Der Antrag auf Androhung einer Bestrafung gemäss Art. 292 StGB im Unterlassungsfall wird abgewiesen.

5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ein Arbeitszeugnis mit folgendem Wortlaut aus- und zuzustellen:

«Zürich, 31. Juli 2015

Arbeitszeugnis

Frau B., geb. tt. Marz 1986, von …, war vom 28. März 2014 bis 31. Juli 2015, als Mitarbeiterin in unserem Unternehmen in der Funktion «Aufräumarbeiten im Verkauf» tätig.

Zu ihrem Aufgabenbereich gehörte vor allem:

– Warenauszeichnung und -beschriftung;

– Aufräumen, Reinigungsarbeiten, Lagereinordnung;

– Unterstützung unseres Beratungsteams;

– Warenpräsentation und wöchentliche Schaufensterdekoration.

Die ihr aufgetragenen Arbeiten erledigte sie zu unserer vollen Zufriedenheit. Wir schätzten ihre fleissige, pflichtbewusste und flexible Art, mit welcher sie die ihr gestellten Aufgaben erledigte.

Auch ihr Verhalten gegenüber Kundinnen, Arbeitskollegen und Vorgesetzten war tadellos. Frau B. war bei unseren Kundinnen und Mitarbeitenden sehr beliebt und ihre hilfsbereite Art wurde sehr geschätzt. Sie war eine angenehme, fröhliche und sympathische Mitarbeiterin.

Frau B. verlässt unser Unternehmen auf eigenen Wunsch. Wir wünschen ihr für ihre weitere Zukunft alles Gute.»

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte mit Eingabe vom 10. November 2016 Berufung mit folgenden Anträgen:

«1. Juni-Lohn: Der Nettolohn ist auf CHF 2’369.65 zu reduzieren.

2. Juli-Lohn: Dieser ist abzuerkennen da die Arbeitnehmerin «blau» machte. Für den Fall, dass das Gericht der Meinung ist, der Monat Juli müsste voll entrichtet werden, ist von einem Nettobetrag im Juli 2015 von CHF 2’026.22 minus Fr. 94 (1/22 krank nach Berner-Skala) = CHF 1’932.22 auszugehen.

3. Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

Alle gegenseitigen Betreibungen sind zu annullieren.

4. Personaldossier: Wir haben schon alles, was mit der Arbeitnehmerin zu tun hat und schriftlich festgehalten ist, abgegeben! Daher ist dieser Punkt ersatzlos wegzulassen!

5. Zeugnis: Wir sind nur bereit eine Arbeitsbestätigung auszustellen. Sollte das Gericht finden, dass wir ein wohlwollendes Zeugnis ausstellen «müssen», so werden wir auch die härtesten (negativen) Zwischenfälle erwähnen. Ich persönlich setze keine Unterschrift unter einem Text, das nicht meiner Meinung entspricht!

6. Keine Kosten. Geht in Ordnung, danke.

7. Parteientschädigung; es wird Gleichbehandlung verlangt!»

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Die Beklagte beantragt in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides eine Reduktion des Nettolohns der Klägerin für Juni 2015 von Fr. 2'792.70 auf Fr. 2'369.65. Ihrer vor Vorinstanz vorgelegenen Lohnberechnung – und sinngemäss ihrer diesbezüglichen Klageanerkennung – habe ein Fehler zugrunde gelegen. Es habe sich zwischenzeitlich herausgestellt, dass der Klägerin in der damaligen Lohnberechnung Boni in der Höhe von Fr. 460.– statt Fr. 100.– (Fr. 40.– + Fr. 60.–) gutgeschrieben worden seien. Die Differenz von Fr. 360.– hätte jedoch einer anderen Arbeitnehmerin zugutekommen sollen. Für diese sei bei der Beklagten ein beinahe gleich lautendes Kürzel (E'. für E.) wie für die Klägerin (B'.) verwendet worden. Der Fehler in der damaligen Lohnabrechnung sei auf eine Verwechslung dieser Kürzel zurückzuführen. Mit der Verwendung des richtigen Kürzels resultiere der nunmehr beantragte Lohn. Wie soeben ausgeführt, können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden. Hernach sind Noven nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Beklagte macht nicht geltend, dass diese Voraussetzungen erfüllt wären. Sie legt insbesondere auch nicht dar, dass sie der damaligen Lohnberechnung mit genügender Sorgfalt begegnet wäre, so dass eine Verwechslung der ähnlichen Kürzel praktisch habe ausgeschlossen werden können. Daher sind ihre mit der Berufung in das Verfahren eingebrachten Noven unzulässig und nicht zu beachten. Die neu eingereichten Beweismittel können daher ebenfalls nicht berücksichtigt werden. Es ist in diesem Zusammenhang überdies darauf hinzuweisen, dass die Unwirksamkeit einer Klageanerkennung im formellen Sinn ohnehin mittels Revision gemäss Art. 328 ff. ZPO geltend zu machen wäre.

3.2 Weiter beantragt die Beklagte vorliegend in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheides die Aberkennung eines Lohnanspruches der Klägerin für Juli 2015 bzw. eventualiter eine Reduktion des Nettolohns der Klägerin für Juli 2015 von Fr. 2'245.10 auf Fr. 1'932.22. Die Beklagte stellt in ihrer Berufungsschrift einen Lohnanspruch der Klägerin für Juli 2015 mangels gesundheitlicher Beeinträchtigung in Abrede. Die Klägerin sei schlicht nicht krank gewesen, sondern habe einfach «blau» gemacht. Das Zeugnis der Ärztin der Klägerin, Dr. med. F., sei nicht nur undatiert, sondern auch rückwirkend ausgestellt worden. Letzteres ergebe sich aus den Aussagen der Klägerin selbst, wonach sie erst zwei Tage später zum Arzt gegangen sei. Die Klägerin selbst habe in einer E-Mail-Nachricht mitgeteilt, dass sie krankgeschrieben worden sei, nicht aber dass sie krank sei. Bei Dr. med. G. habe es sich ausserdem nicht um eine

Vertrauensärztin der Beklagten gehandelt. Die Beklagte sei davon ausgegangen, dass die von der Klägerin aufgesuchte Praxis von dem ihr bekannten Arzt Dr. med. H. geleitet würde. Davon, dass dieser pensioniert worden sei, habe sie keine Kenntnis gehabt. Dr. med. G. habe dem Vertreter der Beklagten dann aber auch telefonisch erklärt, dass sie aufgrund ihrer Kenntnisse zur besagten Diagnosestellung gar nicht imstande sei. Für den Fall, dass ein Lohnanspruch der Klägerin für Juli 2015 dennoch bejaht werde, erweise sich die Berechnung desselben durch die Vorinstanz als nicht richtig. Die Klägerin habe im Juli 2015 nicht gearbeitet. Daher bilde ein Zwölftel des dem Anspruchsmonat vorangegangenen Jahreseinkommens Basis für die Lohnberechnung. Die Klägerin habe von Juli 2014 bis Juni 2015 insgesamt ein Nettoeinkommen von Fr. 24'314.60 erzielt, was einem monatlichen Lohn von netto Fr. 2'026.22 entspreche. Daher sei der von der Vorinstanz errechnete Lohnanspruch von netto Fr. 2'245.10 falsch.

Darüber hinaus sei zu beachten, dass per Juli 2014 der ursprüngliche Vertrag ersetzt worden sei. Mit dem neuen Vertrag sei von einem Vollzeitpensum mit Monatslohn auf ein Teilzeitpensum mit Stundenlohn gewechselt worden. Als Folge dieses Vertragswechsels habe die Lohnberechnung Juli 2014 sowohl Monatslohn als auch Stundenlohn, also an sich zwei Monate zusammen, beinhaltet. Überdies habe die Klägerin für sechseinhalb Stunden auch noch Fr. 149.50 als Ferienguthaben ausbezahlt bekommen. Aus diesen Fakten werde ersichtlich, dass der Lohn für Juli 2014 weitaus höher in die voranstehende Berechnung eingeflossen sei, als er effektiv gewesen sei. Auf eine Anpassung dieses Parameters werde aber verzichtet. Hingegen müsse Beachtung finden, dass die Beklagte im April 2015 an einem Tag krank gewesen sei, was zu einem Abzug von acht Stunden respektive einem Arbeitstag und nach Berner Skala von 1/22 (von Fr. 2'026.22) führen müsse. Folglich sei eventualiter von einem Nettolohn für Juli 2015 von Fr. 1'932.22 (Fr. 2'026.22 minus Fr. 94.–) auszugehen.

Die Vorinstanz hat unter Würdigung der Parteivorbringen und der eingereichten Unterlagen im Einzelnen begründet, weshalb die Beklagte zur angefochtenen Zahlung von Lohn und Krankenlohn für Juli 2015 im Betrag von netto Fr. 2'245.10 verpflichtet sei. Die Beklagte beschränkt sich in ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen darauf, bloss ihre eigene Sichtweise zu wiederholen und einen (zumindest teilweise) von den vorinstanzlichen Feststellungen abweichenden Sachverhalt zu behaupten. Auch in inhaltlicher Hinsicht setzt sich die Beklagte nicht bzw. nur marginal mit den entscheidrelevanten Ausführungen zur Sach- und Rechtslage im angefochtenen Urteil auseinander, mit denen die Vorinstanz ihre Ansicht argumentativ entkräftete. Darauf nimmt die Berufungsbegründung nur am Rand und jedenfalls nicht genügend konkret Bezug. Es ist wohl richtig, dass auf dem Arztzeugnis der Ärztin der Klägerin, Dr. med. F., das Ausstellungsdatum fehlt. Wie von der Vorinstanz jedoch zutreffend erwogen, liegt deshalb aber noch keine – relevante – rückwirkende Beurteilung vor.

Nicht strittig ist klägerischerseits, dass die Klägerin innert zwei Tagen, also ca. am 10. Juli 2015, ihre Ärztin aufgesucht hat. Es entspricht der gängigen Praxis, dass ein erkrankter Arbeitnehmer nicht am ersten, sondern erst am zweiten oder dritten Tag einen Arzt aufsucht und dass der konsultierte Arzt ihm hierauf eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für einen ein bis zwei Tage zurückliegenden Zeitpunkt ausstellt. Von einer – relevanten – rückwirkenden Beurteilung kann daher noch keine Rede sein. Anders verhielte es sich, wenn eine Konsultation des Arztes nicht mehr als zeitnah zu bezeichnen wäre und eine verlässliche, rückwirkende Beurteilung des gesundheitlichen Zustandes des Patienten fraglich erschiene.

Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall, zumal die Vertrauensärztin Dr. med. G., welche die Klägerin auf Geheiss der Beklagten aufsuchte, den Befund von Dr. med. F. mit Schreiben vom 13. Juli 2015 und damit (relativ) zeitnah vollumfänglich bestätigte. Dass Dr. med. G. gemäss ihrer eigenen Aussage zu einer entsprechenden Diagnosestellung nicht in der Lage gewesen sein soll, stellt beklagtischerseits eine blosse Behauptung dar. Diese wird von Seiten der Beklagten weder substantiiert begründet noch irgendwie belegt, mithin nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Vor allem aber erweist sie sich vorliegend als neu vorgebrachte Tatsache (Novum). Wiederum macht die Beklagte im vorliegenden Berufungsverfahren auch nicht nur ansatzweise geltend, dass die zuvor bereits genannten und für eine Berücksichtigung dieses Novums erforderlichen Voraussetzungen vorliegen würden. Daher hat die neue Tatsachenbehauptung vorliegend unberücksichtigt zu bleiben. Unbehilflich erweist sich auch der wiederholte Einwand der Beklagten, wonach es sich bei Dr. med. G. nicht um ihre Vertrauensärztin gehandelt habe. Entscheidend ist diesbezüglich, dass die Klägerin auf Geheiss der Beklagten jene Arztpraxis aufgesucht hat, in welcher offenbar früher auch ein Arzt namens Dr. H. praktizierte. Dass Dr. H. gemäss der Beklagten zufolge Pensionierung nicht mehr dort arbeitet, ist nicht auf ein fehlerhaftes Verhalten der Klägerin zurückzuführen. Vielmehr wäre es an der Beklagten gewesen, sich über die in besagter Praxis tätigen Arztpersonen Gewissheit zu verschaffen. Für dieses Versäumnis trägt die Beklagte die Verantwortung; der Klägerin darf daraus kein Nachteil erwachsen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass irrelevant ist, dass der Vertreter der Beklagten Dr. med. G. nicht kennt bzw. kannte. Wie von der Vorinstanz dargetan, wird bzw. wurde von der Ärztin der Klägerin, Dr. med. F., mittels ärztlichem Zeugnis bescheinigt und von Dr. med. G. mit Schreiben vom 13. Juli 2015 bestätigt, dass bei der Klägerin – wie von ihr dargelegt – eine Arbeitsunfähigkeit vorlag. Aus den Urkunden ergibt sich weiter, dass die Klägerin seit dem 8. Juli 2015 in Behandlung war und ihr für Juli 2015 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde. Die Beklagte vermochte nichts Wesentliches vorzubringen, was begründete Zweifel an der Einschätzung der ärztlichen Fachpersonen aufkommen liesse. Im Übrigen muss nicht mit jeder gesundheitlichen Beeinträchtigung eine Bettlägerigkeit einhergehen. Entgegen der Auffassung

der Beklagten kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Klägerin im Juli 2015 einfach «blau» machte. Nach dem Gesagten und mit Hinweis auf die weiteren diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid ist ein Lohnanspruch der Klägerin für Juli 2015 zu bejahen. Aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt sich weiter, dass Basis für den Lohnanspruch der Klägerin für Juli 2015 der von der Beklagten vor Vorinstanz anerkannte Bruttolohn der Klägerin für Juni 2015 in der Höhe von Fr. 3'040.55 bildete. Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, im Juli 2015 hätte sie den gleichen Lohn erwirtschaftet wie im Juni 2015 in der Höhe von Fr. 3'040.55. Der Vertreter der Beklagten stellte den geltend gemachten Bruttolohn von Fr. 3'040.55 anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung nicht in Abrede. Er fügte lediglich an, dass ein Bruttolohn als Basis für die Berechnung eines allfälligen Lohnes der Klägerin für Juli 2015 im Betrag von Fr. 3'040.55 das absolute Maximum sei, sofern die Klägerin gearbeitet hätte und keine Krankheitstage abgezogen werden müssten. Es war jedoch in rechtlicher Hinsicht mit keinem Wort die Rede davon, dass für die besagte Lohnberechnung als Basis ein Zwölftel des dem Anspruchsmonat vorangegangenen Jahreseinkommens herangezogen werden müsse. Abgesehen davon behauptete die Beklagte vor Vorinstanz auch nicht, der Durchschnittslohn im dem Anspruchsmonat vorangehenden Jahr sei tiefer als Fr. 3'040.55 gewesen. Ebenso wenig kam zur Sprache, dass bei einer allfälligen Lohnberechnung für Juli 2015 ein Krankheitstag der Klägerin im April 2015 in Abzug zu bringen sei bzw. wäre. Beide im vorliegenden Berufungsverfahren von der Beklagten geltend gemachten Tatsachenbehauptungen erweisen sich damit als neu. Ebenso neu sind vorliegend auch die mit diesen Noven von der Beklagten vorgenommene und voranstehende Lohnberechnung und die hierfür eingereichten Beweismittel. Erneut ist zu bemerken, dass die Beklagte in ihrer Berufungsschrift mit keinem Wort darlegt, dass die für eine Berücksichtigung dieser Noven erforderlichen Voraussetzungen vorlägen. Insbesondere findet sich keine Begründung dafür, dass besagte Noven nicht vor Vorinstanz hätten vor- bzw. beigebracht werden können. Sie sind daher unzulässig und unbeachtlich, ebenso die neu eingereichten Beweismittel.

3.3 Die Beklagte beantragt in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides die Annullierung sämtlicher gegenseitiger Betreibungen der Parteien sowie hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides deren ersatzlose Aufhebung. Ersteren Antrag begründet sie mit ihrer Ansicht, wonach die Angelegenheit nur adäquat beendet werden könne, wenn beide Parteien ihre gegenseitigen Betreibungen vollends zurücknehmen würden, d.h. diese mit je eigener Kostenübernahme bei den jeweiligen Betreibungsämtern annullieren lassen würden. Dieses Rechtsbegehren ist unklar; namentlich erhellt nicht, welchen Anspruch die Beklagte damit geltend macht. Ein schutzwürdiges Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO am Rückzug der durch die Beklagte eigens eingeleiteten Betreibungen vermag diese selbstredend nicht zu begründen. Sie

kann einen Rückzug jederzeit selbst veranlassen. Was die durch die Klägerin eingeleiteten Betreibungen anbelangt, bringt die Beklagte vorliegend nicht ansatzweise zum Ausdruck, dass sie mit ihrem Antrag entweder die Löschung des Betreibungsregistereintrags mittels einer Klage nach SchKG (bspw. Art. 85 f. SchKG) erwirken möchte oder die Feststellung anbegehrt, dass die Klägerin ihre Betreibung(en) ungerechtfertigt, wider Treu und Glauben im Sinne von Art. 2 Abs. 1 ZGB und damit rechtsmissbräuchlich eingeleitet habe. Daher mangelt es ihr auch diesbezüglich an einem Rechtsschutzinteresse im vorgenannten Sinne. Darüber hinaus hat sich die Beklagte vor Vorinstanz zur Stellung entsprechender Anträge nicht veranlasst gesehen, weshalb sie sich vorliegend ohnehin als unzulässige Klageänderungen erwiesen hätten. Bezüglich der ersatzlosen Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheides macht die Beklagte berufungsweise geltend, sie habe alles, was die Klägerin betrifft, «beim Friedensrichteramt» abgegeben. An der HV meinte sie: «Das ist alles schon hier». Daraus ergibt sich keine Herausgabe an die Klägerin persönlich. Mehr als sie besitzt bzw. existiert, muss die Beklagte nicht edieren, aber sie muss die Unterlagen der Klägerin zustellen (vgl. Dispositivziffer 4). Darauf hat bereits die Vorinstanz hingewiesen, auch wenn sie die Vollständigkeit der vorgelegten Unterlagen anzweifelte: «Die blosse Einreichung einzelner Unterlagen während des Prozesses ist nicht ausreichend». Den Nachweis der Zustellung ist die Beklagte schuldig geblieben, was zur Abweisung der Berufung in diesem Punkt führt.

3.4 Weiter beantragt die Beklagte vorliegend in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheides, sie sei lediglich zu verpflichten, der Klägerin anstelle eines Arbeitszeugnisses mit dem durch die Vorinstanz formulierten Wortlaut eine Arbeitsbestätigung aus- und zuzustellen. Eventualiter seien in einem Arbeitszeugnis für die Klägerin auch die sie betreffenden «härtesten (negativen) Zwischenfälle» aufzuführen. Die Beklagte führt diesbezüglich in ihrer Berufungsschrift aus, dass das Verhalten der Klägerin als Arbeitnehmerin im Sinne eines Euphemismus dermassen «nicht teamfördernd» gewesen sei, dass von Seiten der Beklagten im März 2015 eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses an sich angezeigt gewesen wäre. Neben dem Versenden von Kurzmitteilungen mit Mobbing-Inhalten an Mitarbeitende habe die Klägerin weiteres negatives Verhalten an den Tag gelegt. Namentlich habe sie (trotz Ermahnung, dies nicht zu tun) das Netzsystem heruntergefahren, (ohne zu bezahlen) den Firmen-Laptop einfach nach Hause genommen, schlicht und einfach alle immer wieder angelogen, und sei (obgleich nur eine Mitarbeiterin im Laden der Beklagten anwesend gewesen sei) nicht pünktlich zur Arbeit erschienen. Entgegen dem Willen aller Mitarbeitenden habe der Vertreter der Beklagten ihr dennoch eine weitere Chance geben wollen, im Wissen um ihre «schlimme» private Situation. Er habe die anderen Mitarbeitenden darum gebeten, es ihm gleich zu tun. Das vorliegende Verfahren erhelle, wie sich das Arbeitsverhältnis weiter entwickelt habe. Aus diesen Gründen würde

sich die Beklagte veranlasst sehen, lediglich eine Arbeitsbestätigung auszustellen. Würde die Beklagte dennoch zur Ausstellung eines wohlwollenden Arbeitszeugnisses verpflichtet werden, so würde dem nur unter der Bedingung nachgekommen werden, dass darin auch die härtesten (negativen) Zwischenfälle aufgeführt würden. Der Vertreter der Beklagten setze keine Unterschrift unter einen Text, der nicht seiner Meinung entspreche. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid zutreffend darauf hingewiesen, dass die Arbeitnehmerin gemäss Art. 330a Abs. 1 OR Anspruch auf ein Arbeitszeugnis hat, das sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses sowie über ihre Leistungen und ihr Verhalten ausspricht. Alternativ stünde ihr, nicht aber der Arbeitgeberin, das Recht zu, auch bloss eine Arbeitsbestätigung zu verlangen (Art. 330a Abs. 1 OR). In weiterer Übereinstimmung mit der Vorinstanz hat das Zeugnis nach Lehre und Rechtsprechung wohlwollend zu sein, wobei das Wohlwollen seine Grenze an der Wahrheitspflicht findet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 330a OR N 3a). Mit dem von der Vorinstanz formulierten Wortlaut des Arbeitszeugnisses für die Klägerin setzt sich die Beklagte vorliegend in keiner Art und Weise auseinander. Die Berufungsbegründung nimmt auch nicht auf die dem Wortlaut zugrunde liegenden Erwägungen der Vorinstanz genügend konkret Bezug. Die Beklagte bringt lediglich pauschal zum Ausdruck, dass ihr Vertreter keine Unterschrift unter einen Text setze, der nicht seiner Meinung entspreche. Darüber hinaus kann der Berufungsschrift lediglich entnommen werden, dass für die Beklagte unerlässlich sei, im Arbeitszeugnis der Klägerin auch deren – nach Ansicht der Beklagten – negatives Verhalten aufzuführen. Zunächst ist festzuhalten, dass die im Rahmen der Berufungsbegründung namentlich wiedergegebenen und angeblichen Verhaltensweisen der Klägerin nicht einmal Niederschlag in der von der Beklagten vor dem Friedensrichteramt eingereichten und selbst verfassten Version eines Arbeitszeugnisses für die Klägerin Eingang gefunden haben. Auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und insbesondere der Konfrontation mit einer von Seiten der Klägerin verfassten Version eines Arbeitszeugnisses kam Derartiges nicht zur Sprache. Ein Mal mehr erweisen sich die entsprechenden Vorbringen damit als neu, mithin – mit Verweis auf das bisher hierzu Ausgeführte – als unechte Noven und damit als unzulässig und unbeachtlich. Aber auch dessen ungeachtet wäre von einer Auflistung der besagten Verhaltensweisen abzusehen. Wohl dürfen in einem Arbeitszeugnis durchaus auch ungünstige Tatsachen erwähnt werden, sofern sie für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers erheblich sind. Völlig isolierte Vorfälle und unwichtigere Kleinigkeiten sind nicht genügend erheblich. Einzelne Missstimmigkeiten – gerade auch zum Ende der Anstellung – dürfen nicht überbewertet werden (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 3). Der Arbeitgeber kann sodann nicht auf einem eigenen subjektiven Werturteil beharren. Es ist im Gegenteil ein objektiver Massstab anzulegen. Die Vorbringen der Beklagten in Bezug auf proble-

matische Verhaltensweisen der Klägerin vermögen das Mass einer blossen Behauptung nicht zu übersteigen. Sie sind weder rechtsgenügend begründet noch belegt. Auch lassen sie sich beim rund einjährigen Arbeitsverhältnis zeitlich nicht einordnen. Ohnehin wäre es auch unstatthaft, solche Vorwürfe bzw. negative Äusserungen im Zeugnis anzuführen, wenn während des laufenden Arbeitsverhältnisses keine Beanstandungen angebracht wurden (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 330a OR N 5 m.w.H.). Dass dem so gewesen sein soll, bringt die Beklagte in keinerlei Hinsicht zum Ausdruck.

(…)

3.6 Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet, soweit unter dem Gesichtspunkt von Art. 311 ZPO auf sie eingetreten werden kann. Das vorinstanzliche Urteil ist daher in den angefochtenen Punkten zu bestätigen.

(…)

Es wird beschlossen:

Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 6. September 2016 in Bezug auf Dispositivziffer 1 im Umfang der Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin für Juni 2015 Fr. 2'369.65 netto zuzüglich Zins zu 5% seit 30. Juni 2015 zu bezahlen, sowie der entsprechenden Beseitigung des Rechtsvorschlags in der Betreibung Nr. 1 des Betreibungsamtes Zürich 1 (Zahlungsbefehl vom 3. August 2015), rechtskräftig geworden ist.

Es wird erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 1. Abteilung, vom 6. September 2016 wird, soweit es noch nicht rechtskräftig geworden ist, bestätigt.

Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss und Urteil vom 28. April 2017 (teilweise Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichtes Pfäffikon vom 17. August 2016)

Änderungskündigungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer durch die angedrohte Kündigung dazu veranlasst wird, einer Änderung bisheriger arbeitsvertraglicher Vereinbarungen zu seinem Nachteil zuzustimmen. Auch bei Änderungskündigungen gilt indessen die vertragliche Kündigungsfrist als Sperrfrist für den Vollzug der geplanten Änderungen, wenn ihnen der Arbeitnehmer nicht zustimmt. Vorliegend liegt eine aussergewöhnliche Änderungskündigung vor, indem die von der Arbeitgeberin gewünschte und mit einer Kündigungsdrohung verbundene Lohnverschlechterung gegen den Willen des Arbeitnehmers nicht nur bereits während der Kündigungsfrist,

sondern sogar mit Rückwirkung auf einen Zeitpunkt vor der Kündigungsmitteilung in Kraft gesetzt wurde. Damit hat die Arbeitgeberin die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gesetzlich geschützten, wohlerworbenen Lohnansprüche des Klägers verletzt. Eine solche Kündigung ist im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. c OR missbräuchlich (E. 2.1.3)
Wurde die Gewinnbeteiligungsvereinbarung ausdrücklich als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag abgeschlossen und fällt dieser (ursprüngliche) Arbeitsvertrag dahin, so fallen auch die damit verbundenen weiteren Abreden und insbesondere die Gewinnbeteiligungsvereinbarung dahin (E. 7.3.1 und 7.3.4).

Sachverhalt:

Der Kläger, Hauptberufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger (nachfolgend Kläger) war ab Oktober 2000 als Arbeitnehmer für die Beklagte, Hauptberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) tätig. Die Beklagte wurde als Familienunternehmen u.a. von C., dem Onkel des Klägers, und D., dem Bruder des Klägers und heutigem Mehrheitsaktionär, gegründet. Im Jahre 2005 erwarb der Kläger von seinem Onkel C. 10% des Aktienkapitals der Beklagten und wurde im März 2006 auch Verwaltungsrat der Beklagten. Am 21. Februar 2013 kündigte die Beklagte dem Kläger den Arbeitsvertrag auf Ende Mai 2013. Grund dafür war, dass sich der Kläger nicht einverstanden erklärt hatte mit einer am 11. Februar 2013 unter Kündigungsandrohung rückwirkend auf den 1. Januar 2013 angekündigten Veränderung seiner Lohnkonditionen. Zufolge Erkrankung des Klägers während der Kündigungsfrist dauerte das Arbeitsverhältnis mindestens bis Ende September 2013 an.

Am 11. November 2013 machte der Kläger ein Verfahren beim Bezirksgericht Pfäffikon/Arbeitsgericht rechtshängig. Am 17. August 2016 erliess das Arbeitsgericht Pfäffikon folgendes Urteil: Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger folgende Beträge zu bezahlen: (1.) aufgrund der missbräuchlichen Änderungskündigung vom 11. Februar 2013 gestützt auf Art. 336a Abs. 1 OR eine Entschädigung in der Höhe von einem Monatslohn in der Höhe von Fr. 11'000.–; (2.) unter dem Titel Gewinnbeteiligung der Geschäftsjahre 2009 bis 2012 den Betrag von Fr. 199'684.–. Die Beklagte legte gegen das Urteil Berufung ein.

Aus den Erwägungen:

2.

Missbräuchliche Kündigung und Pönalzahlung

2.1.1 Der Kläger bezog bis Ende Dezember 2012 unbestrittenermassen einen fixen Bruttolohn von Fr. 11'000.– monatlich. Am 11. Februar 2013 teilte ihm die Beklagte schriftlich mit, sein Lohn werde rückwirkend

auf den 1. Januar 2013 auf Fr. 8'000.– festgesetzt; dazu kämen bis Ende Juli 2013 weitere Fr. 3'000.– pro Monat als Bonusakontozahlungen, unter der Bedingung, dass die Bemühungen des Klägers klar in Richtung Zielerreichung zeigten; sollten die MbO-Ziele vollständig erreicht werden, liege ab August 2013 ein weiterer Bonus von bis zu Fr. 15'000.– drin. Sollte der Kläger mit dieser neuen Lohngestaltung nicht einverstanden sein, gelte das Schreiben als Änderungskündigung per 31. Mai 2013. Am 21. Februar 2013 erfolgte nochmals eine ausdrückliche Kündigung auf den 31. Mai 2013, nachdem sich der Kläger mit der Lohnänderung nicht einverstanden erklärt hatte. Ab 1. Januar 2013 bis zu seinem Ausscheiden wurde dem Kläger jeweils ein Bruttolohn von Fr. 8'000.– und eine «provisorische Sonderzulage» von Fr. 3'000.– ausbezahlt. Die Vorinstanz beurteilte diese Kündigung als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR, weil die Beklagte ohne Einhaltung der Kündigungsfrist einseitig eine rückwirkende Vertragsverschlechterung ab Januar 2013 vorgenommen habe. Die Beklagte rügt im Berufungsverfahren, die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Verschlechterung der Lohnbezüge ab Januar 2013 ausgegangen.

Der Kläger habe – entgegen der Vorinstanz – nicht die gesteckten Planziele erreichen müssen, sondern sich diesbezüglich nur Mühe geben müssen, um die bisherigen Fr. 11'000.– zu erreichen. Tatsächlich habe er bis Juli 2013 gleich viel verdient wie 2012, nämlich Fr. 11'000.–; die Änderung hätte sich erst per 1. August 2013 monetär ausgewirkt, somit lange nach Ablauf der Kündigungsfrist.

2.1.2 Die Rüge der Beklagten, die rückwirkend in Kraft gesetzten neuen Lohnkonditionen hätten keine Verschlechterung für den Kläger zur Folge gehabt, ist nicht begründet.

Die Vorinstanz hat vielmehr richtig festgestellt, dass ein bisher unbedingt, unabhängig von Leistung und Geschäftsgang zugesicherter Lohnbestandteil von Fr. 3'000.– neu von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht wurde. Zwischen Januar und Juli 2013 bestand die Voraussetzung im Bemühen um die Erreichung von Planzielen; für die Substitution der Fr. 3'000.– durch einen Bonus in unbestimmter, Fr. 3'000.– pro Monat aber nicht übersteigender Höhe ab August 2013 mussten die Planziele vollständig erreicht werden. Die Fr. 8'000.– übersteigenden Lohnzahlungen lagen damit ab Januar 2013 in jedem Fall in einem gewissen Ermessen der Beklagten bezüglich der Leistungsbewertung bzw. der Zielerreichungsbemühungen. Demgegenüber stand dem Kläger bis Ende Dezember 2012 ein unbedingter, ermessensunabhängiger Anspruch auf diese monatlichen Fr. 3'000.– während des ganzen Jahres zu. Die Unsicherheit bezüglich der Auszahlung der Fr. 3'000.– ab Januar 2013 und insbesondere dann ab August 2013 ist eine klare Verschlechterung im Vergleich zu den vorher geltenden, unbedingten arbeitsvertraglichen Lohnansprüchen. Massgeblich sind die rechtlichen, notfalls einklagbaren Ansprüche, und nicht, ob bis zum Ausscheiden des Klägers tatsächlich der volle Lohn ausbezahlt wurde. Immerhin führte die Beklagte selber die Fr. 3'000.– in den Lohnabrech-

nungen ab Januar 2013 separat auf und bezeichnete sie als Sonderzulage. Damit brachte sie selber zum Ausdruck, dass sie diesen Betrag im Gegensatz zum Jahr 2012 nicht mehr als ordentlichen Lohn betrachtete. Auf dieser Sonderzulage wurden sodann auch keine BVG-Beiträge geleistet, was dem behaupteten Lohncharakter widerspricht und – entgegen der Beklagten – keine Besserstellung des Klägers sondern vielmehr eine zusätzliche Verschlechterung seiner finanziellen Ansprüche durch Reduktion seines Vorsorgeguthabens bewirkte. Traten mindestens die Bedingungen für einen auf Fr. 3'000.– bezifferten Lohnbestandteil rückwirkend ab Januar 2013 in Kraft, so kann offen bleiben, wie sich das Inkrafttreten der neuen Bonusregelung ab August 2013 zeitlich zum Ablauf der Kündigungsfrist per Ende Mai 2013 verhält. Dass dem Kläger am 11. Februar 2013 mündlich in Abweichung von der schriftlichen Kündigung zugesichert worden sein soll, sein Lohn bleibe bis Ende der Kündigungsfrist unverändert, widerspricht Urk. 5/12–17 und wäre als unzulässige neue Behauptung im Berufungsverfahren unbeachtlich (Art. 317 Abs.1 ZPO). Die vom Kläger bestrittene mündliche Zusicherung wurde bis zum Abschluss des vorinstanzlichen Schriftenwechsels von der Beklagten nicht behauptet und im Berufungsverfahren auch nicht unter Verweis auf eine einschlägige Aktenstelle belegt. Es wurde dazu folgerichtig auch kein Beweisverfahren durchgeführt.

2.1.3 Änderungskündigungen sind bei Arbeitsverträgen grundsätzlich zulässig, sofern der Arbeitgeber ein sachliches Interesse an der Vertragsänderung hat. Änderungskündigungen zeichnen sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer durch die angedrohte Kündigung dazu veranlasst wird, einer Änderung bisheriger arbeitsvertraglicher Vereinbarungen zu seinem Nachteil zuzustimmen. Auch bei Änderungskündigungen gilt indessen die vertragliche Kündigungsfrist als Sperrfrist für den Vollzug der geplanten Änderungen, wenn ihnen der Arbeitnehmer nicht zustimmt. Vorliegend liegt eine aussergewöhnliche Änderungskündigung vor, indem die von der Beklagten gewünschte und mit einer Kündigungsdrohung verbundene Lohnverschlechterung gegen den Willen des Klägers nicht nur bereits während der Kündigungsfrist sondern sogar mit Rückwirkung vor die Kündigungsmitteilung in Kraft gesetzt wurde. Damit hat die Beklagte die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gesetzlich geschützten, wohlerworbenen Lohnansprüche des Klägers verletzt. Eine solche Kündigung ist im Sinne von Art. 336 lit. c OR missbräuchlich (BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 335 OR N 2, Art. 336 OR N 32; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7.A., Art. 335 N 3 S. 895).

2.2.1 Die Vorinstanz sprach dem Kläger eine Entschädigung gemäss Art. 336a Abs. 2 OR von einem Monatslohn bzw. Fr. 11'000.– zu. Sie erwog, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger habe 12 Jahre gedauert. Nach dieser Zeit falle es einem Arbeitnehmer nicht mehr leicht, eine neue Stelle anzutreten. Umgekehrt wäre nach einer derart langen Dauer eine Verzögerung der Inkraftsetzung der geänderten Lohnbedingungen bis zum Ablauf

der Kündigungsfrist für die Beklagte nicht ins Gewicht gefallen. Sachliche Gründe für eine derart rasche Inkraftsetzung seien nicht ersichtlich. Mit einem erzielten Gewinn von Fr. 608'152.– im Jahre 2012 sei die Beklagte auch ohne weiteres zur vorbehaltlosen Bezahlung der Fr. 11'000.– in der Lage. Konkret rügt die Beklagte, die von der Vorinstanz angeführten Schwierigkeiten bei der Stellensuche seien nicht zu hören, da nicht massgeblich. Sodann habe die Vorinstanz bei ihren Erwägungen das erhebliche Mitverschulden des Klägers ausser Acht gelassen. Sie sieht ein solches darin, dass der Kläger im Jahre 2011 nicht freiwillig Hand für eine angemessene Salärreduktion nach einer Funktionsänderung und wegen der ihm bekannten wirtschaftlich schwierigen Situation der Firma geboten habe.

2.2.2 Die von der Beklagten gerügte Berücksichtigung der erschwerten Stellensuche bei der Höhe der Pönalzahlung wird von der älteren Lehre und Rechtsprechung zwar kontrovers diskutiert (vgl. die Hinweise im zit. Praxiskommentar, Art. 336a N 3 S. 1047f). Bereits BGE 123 III 392 (Erw. 3b und c) verwies unter Bezugnahme auf die Materialien aber auf eine in der Zahlung enthaltene Entschädigungs- und Genugtuungskomponente, z.B. zufolge Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt. Die neuere Lehre hat sich dieser Argumentation angeschlossen (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336a N 2f; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 336a OR N 11). Bei dieser Sachlage ist die vorinstanzliche Auffassung alles andere als willkürlich.

Eine weitere Kritik der Beklagten an den vorinstanzlichen Erwägungen ist den weitschweifigen Ausführungen mit ausführlichen Zitaten aus den erstinstanzlichen Rechtsschriften nicht zu entnehmen. Die Beklagte übersieht, dass nicht eine Änderungskündigung als solche von der Vorinstanz als missbräuchlich, weil aus betriebswirtschaftlichen Gründen ungerechtfertigt, beurteilt wurde. Die Vorinstanz beurteilte ausschliesslich die Rückwirkung bzw. Vorwirkung der Lohnänderung vor Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist als missbräuchlich und ohne Not übereilt. Weshalb – entgegen der Vorinstanz – am 21. Februar 2013 plötzlich eine derartige Dringlichkeit gegeben gewesen wäre, dass ohne eine sofortige Lohnersparnis beim Kläger die Beklagte wirtschaftlich ruiniert gewesen wäre, vermag die Beklagte nicht darzutun, auch nicht unter Hinweis auf vorausgegangene längere Diskussionen um den Lohn des Klägers. Immerhin hatte sich die Beklagte Anfang 2013 nach dem Tief im Jahre 2010 wirtschaftlich bereits wieder gut erholt. Selbst wenn sich der Kläger einer sachlich allenfalls angezeigten Lohnreduktion verschlossen haben sollte, ist darin kein Mitverschulden an einer ungesetzlichen Lohnreduktion ohne Einhaltung der Kündigungsfrist erkennbar. Die Beklagte widerspricht sich auch, wenn sie die neuen Lohnkonditionen ab Januar 2013 einerseits als betrieblich nötige Lohnreduktion bezeichnet, andererseits aber darauf hinweist, der Kläger hätte (bei Erreichen der MbO-Ziele) gar nicht weniger verdient. Eine Entschädigung von einem Monatslohn erscheint aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen nicht unangemessen. Die Beklagte ver-

mag keine Argumente aufzuzeigen, weshalb die Entschädigung auf einen halben Monatslohn bzw. Fr. 5'500.– reduziert werden sollte. Die Berufung der Beklagten ist in diesem Punkt nicht begründet.

(…)

7.

Anspruch auf Gewinnbeteiligung

7.1 Sachverhalt

Am 27. Mai 2003 schlossen der Kläger, D. und ihr Onkel C. einen schriftlichen Vertrag als Zusatzvertrag zum Arbeitsvertrag des Klägers mit folgendem Wortlaut ab:

«Gewinnbeteiligung. Die Gewinnbeteiligung beträgt 15% vor Steuern und nach Abschreibungen (es gelten die Normalsätze in Prozenten des Buchwertes, gemäss Merkblatt A 1995 der eidg. Steuerverwaltung). Die erste Gewinnbeteiligung wird für die Zeit vom 01.01.2003 bis 31.12.2003 im Jahre 2004 (fällig per 31.03) ausbezahlt und von der Revisionsstelle anlässlich der Revision der Geschäftsbücher kontrolliert. Der Verwaltungsrat macht diesbezüglich einen Vorschlag. Herr B. wird die Möglichkeit geboten, frühestens im Jahre 2006 auch Namenaktien der A. AG zu erwerben. Ueber den Erwerbspreis dieser Aktien wird zu einem späteren Zeitpunkt eine separate Vereinbarung getroffen. Er beträgt max. Fr. 3'000 pro Aktie.»

Zur Zeit der Vereinbarung war der Kläger noch nicht Aktionär der Beklagten. Im Jahre 2005 konnte er dann 10% der Aktien der Beklagten von seinem Onkel C. erwerben. Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger seine Gewinnbeteiligungsansprüche aus der vorgenannten Vereinbarung für die Jahre 2009–2012 von insgesamt Fr. 199'684.– geltend. Bis und mit 2008 sei die Gewinnbeteiligung unter dem Titel «Bonus» tatsächlich ausbezahlt worden.

(…)

7.3 Wegfall des Gewinnbeteiligungsvertrages

7.3.1 Die Beklagte wandte vor Vorinstanz ein, die Vereinbarung vom 27. Mai 2003 sei ausdrücklich als Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag vom 3. Oktober 2000 abgeschlossen worden. Diesen Arbeitsvertrag habe der Kläger am 23. September 2010 mündlich per Ende Dezember 2010 gekündigt. Damit sei auch die Zusatzvereinbarung dahingefallen und bei der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bzw. der Neueinstellung des Klägers ab Januar 2011 nicht mehr gültig gewesen. Die Vorinstanz auferlegte der Beklagten den Beweis zur bestrittenen Kündigung des Klägers per Ende Dezember 2010. In ihrem Urteil kam sie zum Schluss, eine Kündigung des Arbeitsvertrages per Ende Dezember 2010 sei nicht erwiesen: Anlässlich der Verwaltungsratssitzung vom 11. Dezember 2010 sei diese Kündigung nicht Thema gewesen, obschon dies auf der Hand gelegen hätte; D. habe zwar die Kündigung mit anschliessender Neueinstellung bestätigt, seine Aussage sei aber nicht frei von Widersprüchen und er habe ein direktes Prozessinteresse; VR-Präsident F. habe zwar die Kündigung und eine

mündlich vereinbarte Neueinstellung bestätigt, zufolge Ablehnung eines neuen schriftlichen Vertrages durch den Kläger sei aber nicht von einem neu abgeschlossenen Arbeitsvertrag auszugehen. Die Beklagte rügt eine falsche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz. Die Vorinstanz habe die Beweismittel nur einzeln gewürdigt statt in ihrer Gesamtheit. Dass der Lohn des Klägers im Dezember 2010 auf den 1. Januar 2011 unbestrittenermassen auf Fr. 11'000.– habe reduziert werden können und dem Kläger eine neue Funktion habe zugewiesen werden können, setze eine vorgängige Kündigung voraus.

7.3.2 Gemäss dem von der Beklagten ausdrücklich als Beweismittel angerufenen Protokoll der Sitzung vom 11. Dezember 2010 wünschte der Verwaltungsrat dem Kläger einen guten Start in seiner neuen Funktion (Schwergewicht Verkauf, Aussendienst) und wies D. an, das neue Pflichtenheft samt neuem Arbeitsvertrag und entsprechenden Begleitmassnahmen direkt mit dem Kläger an die Hand zu nehmen. Im selben Protokoll wurde ein Beschluss betreffend die Kürzung der Löhne von D. (um Fr. 10'000.–) und des Klägers (um Fr. 4'000.–) ab Januar 2011 gefällt und D. als für die Umsetzung verantwortlich bestimmt. Weiter wurde festgehalten, dass der Kläger aus der Geschäftsleitung ausscheide. Der Kläger nahm an dieser Sitzung nicht teil. D. schilderte in seiner Befragung, wie der Kläger eine Stunde vor einem vereinbarten Spitaltermin mit seiner Frau in sein Büro gekommen sei und gesagt habe, er kündige. Dies habe er, D., noch von unterwegs Dr. F. telefonisch mitgeteilt. Der Kläger habe ein Arztzeugnis hingelegt und sei nicht mehr erschienen, wie er im Spital erfahren habe. Als Datum nannte D. den 21. September 2010. Als ein Gerichtsmitglied eine – nicht protokollierte – Äusserung aufnahm, er habe seinen Bruder nach der Kündigung zurück ins Boot genommen, und um Erläuterung dieser Äusserung bat, verwies D. darauf, dass er das immer wieder getan habe, allerdings nur wegen familiärer Rücksichtnahme; er habe den Kläger zur Vermeidung innerbetrieblicher Konflikte aber in den Aussendienst stellen wollen. Trotz der schwierigen finanziellen Situation der Firma und des Drucks der Banken habe der Kläger keiner Lohnsenkung zustimmen wollen. Ein klares Dokument, das heisst ein Arbeitsvertrag, habe nicht ausgearbeitet werden können. Sie seien noch dabei gewesen, den [sc. neuen] Aufgabenbereich des Klägers festzulegen. Beim Thema Lohn seien sie einfach nicht vorwärts gekommen und schliesslich hätten die Herren G., H. und F. (mit dem Kläger) weiterdiskutiert. Der Kläger habe (bezüglich der weiteren künftigen Zusammenarbeit) seine Kündigung ausgeblendet.

Verwaltungsratspräsident F. erklärte zur Frage einer Kündigung durch den Kläger in seiner Befragung, der Kläger habe gekündigt, er sei aber zu einem anderen Lohn und in einer anderen Funktion wieder angestellt worden. Obschon der Kläger dies am Anfang akzeptiert habe, habe er später nicht unterschrieben und es habe ein Theater gegeben. Mündlich habe man sich aber über die neuen Modalitäten geeinigt. Der Kläger habe D. die schriftliche Kündigung auf den Tisch gelegt, vermutlich etwa einen

Tag vor der Geburt seines Sohnes. Die Bestrebungen des Verwaltungsrates seien dann dahin gegangen, dass man den Kläger wieder gewollt habe, und er habe deshalb neue Vorschläge gemacht.

7.3.3 Das neutralste Beweismittel zur Frage einer erfolgten Kündigung sind die Protokolle der Verwaltungsratssitzungen gegen das Jahresende 2010. Gemäss diesen Beschlüssen sollte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ab 1. Januar 2011 grundlegend neu gestaltet werden hinsichtlich Aufgabenbereich und Entlöhnung. Die Eckwerte dafür wurden festgelegt, die weiteren Modalitäten sollte D. mit dem Kläger zusammen vereinbaren und in einem neuen (schriftlichen) Arbeitsvertrag festhalten. Die beschlossene Änderung der bisherigen Vertragskonditionen war – ohne Einverständnis des damals abwesenden Klägers – aber nur im Rahmen eines neuen Arbeitsvertrages nach gekündigtem früheren Vertrag zulässig und ist damit ein klares Indiz dafür, dass der Verwaltungsrat von einem gekündigten Vertrag ausging. Aus dem Protokoll der vorangegangenen Verwaltungsratssitzung vom 25. November 2010 ergibt sich nichts Anderes. Dass damals keine Kündigung des Klägers thematisiert wurde, spricht – entgegen dem Kläger – nicht gegen das Vorliegen einer solchen, da diese im September erfolgte und im November keinen informationsmässigen Neuigkeitswert mehr hatte. Immerhin wurde aber auch in diesem Protokoll darauf hingewiesen, dass mit dem Kläger für 2011 eine neue vertragliche Grundlage festgelegt werden müsse, was ebenfalls für das Dahinfallen der bisherigen Vertragsgrundlage spricht. Entgegen der Vorinstanz kann eine Kündigung nicht deswegen verneint werden, weil in den Verwaltungsratsprotokollen eine solche nicht ausdrücklich erwähnt wurde oder weil einzig der Anstellungsvertrag mit einer neu in den Betrieb eintretenden Drittperson thematisiert wurde. Das Verhältnis mit dem Kläger als Familienmitglied und Verwaltungsrat war ein anderes und seine Vertragskonditionen sollten offenkundig im gegenseitigen Dialog ausgehandelt werden, was auch auf Seite 3 unter Ziffer 3 des Sitzungsprotokolls ausdrücklich so festgehalten wurde. Aus den Aussagen von D. und Dr. F. ergibt sich, dass die beschlossenen Verhandlungen mit dem Kläger über seine neuen Anstellungskonditionen ab Januar 2011 aus ihrer Sicht dann aber schwierig verliefen und es nur zu einer mündlichen, nicht aber schriftlichen neuen Einigung kam. Die Parteiaussagen von Dr. F. und D. können zwar nicht als neutrale und daher vorweg glaubwürdige Beweismittel gelten, da Beide am Ausgang des vorliegenden Verfahrens unmittelbar interessiert sind. Trotzdem erscheinen ihre Aussagen inhaltlich überzeugend und glaubhaft. Die übereinstimmende Bestätigung einer Kündigung des Klägers im September 2010 deckt sich inhaltlich vorab mit den Verwaltungsratsbeschlüssen vom 25. November und 11. Dezember 2010, in denen klar die Rede davon ist, es sei mit dem Kläger ein neuer (schriftlicher) Arbeitsvertrag zu machen mit reduziertem Lohn und neuem Pflichtenheft. Die beiden Aussagen decken sich aber auch inhaltlich gegenseitig und sie enthalten anschauliche Details zum Ablauf der behaupteten Kündigung (Datierung auf den Zeit-

raum des Spitalaufenthaltes der Frau von D.; das auf den Tisch Legen der Kündigung bzw. des Arztzeugnisses; die Bestrebungen, den Kläger zu veränderten Konditionen wieder ins Boot zu holen bzw. wieder zu wollen). Dass die Aussagen nicht bis ins letzte Detail kongruent sind, schmälert ihre Beweiskraft nicht; gegenteiligenfalls müsste man sogar eher von abgesprochenen Aussagen ausgehen. Wenn Dr. F. von einer schriftlichen Kündigung sprach, D. hingegen von einer mündlichen Kündigung unter Vorlage eines schriftlichen Arztzeugnisses, so liegt hier möglicherweise ein Erinnerungsfehler oder ein kommunikatorisches Missverständnis vor (Die Kündigung wurde Dr. F. telefonisch während der Fahrt in den Spital mitgeteilt). Der Kerngehalt der Aussagen ist davon nicht betroffen und deren Glaubhaftigkeit nicht erschüttert. Die Kündigung per Ende 2010 wurde immerhin auch bereits im ersten Arbeitszeugnis vom 31. März 2013 für den Kläger erwähnt. Damals wusste die Beklagte aber noch nicht, dass der Kläger konkret aus der mit dem alten Arbeitsvertrag gekoppelten Vereinbarung vom 27. Mai 2003 eine Gewinnbeteiligung fordern würde. Aus Urk. 5/22 lässt sich dies – entgegen dem Kläger – nicht entnehmen; der Kläger verweist dort lediglich stichwortartig ohne weitere Substantiierung auf vorbehaltene arbeitsrechtliche Forderungen aus Lohn, Gewinnbeteiligungen etc. Entgegen der Vorinstanz ist in der Aussage von D. auch kein Widerspruch dahin erkennbar, dass er von einer beabsichtigten Versetzung des Klägers in den Aussendienst sprach, ohne eine Kündigung zu erwähnen. D. verwies auf bereits länger andauernde innerbetriebliche Schwierigkeiten mit dem Kläger, weswegen er eine Versetzung des Klägers in den Aussendienst erwogen habe. Am 21. September 2010 habe es dann auch noch einen Streit mit dem Betriebsleiter gegeben, was die Kündigung des Klägers zur Folge gehabt habe. Dabei erwähnte er sehr wohl die erfolgte Kündigung, aber auch, dass er den Kläger wieder zurückholen wollte, wenngleich in anderer Funktion bzw. der angedachten Funktion im Aussendienst. D. datierte die Kündigung in der Parteibefragung auf den 21. September 2010; in der Instruktionsverhandlun nannte er indessen das Datum des 22. oder 23. September 2010 und in den Rechtsschriften der Beklagten wurde das Datum des 23. September 2010 genannt. Der Kläger wendet dazu ein, erst am 23. September 2010 über ein Arztzeugnis verfügt zu haben, das er habe vorlegen können. Soweit ersichtlich, ist diese Behauptung vom Kläger erstmals im Berufungsverfahren erhoben worden und daher nicht mehr beachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Angesichts der unterschiedlichen Datierungen durch die Beklagte bzw. D. persönlich kann aus der taggenauen Datumsangabe in der Parteiaussage rund fünf Jahre später aber ohnehin kein entscheidendes Kriterium gegen die Glaubhaftigkeit der Kündigung abgeleitet werden. Immerhin erwähnten sowohl D. als auch Dr. F. anschaulich und überzeugend, dass die Kündigung in der Zeit der Geburt dessen Kindes stattfand; dass die Geburt vor dem auf den 23. September datierten Arztzeugnis stattfand, tut der Kläger ohnehin nicht dar. Dr. F. erklärte, man habe sich mündlich auf einen neuen Arbeitsver-

trag geeinigt, der Kläger habe aber nicht unterschreiben wollen. Entgegen der Vorinstanz ist dies nicht unplausibel und seine Aussage deswegen nicht unglaubhaft. Auch mündliche Arbeitsverträge sind gültig; die Schriftform dient lediglich der Beweissicherung. Unbestrittenermassen war der Kläger ab Januar 2011 im neu zugewiesenen Aussendienst und zu einem reduzierten Lohn tätig und war auch nicht mehr Geschäftsleitungsmitglied; der neu ausgehandelte Arbeitsvertrag kam somit zum Tragen. Es sind durchaus subjektive oder emotionale Gründe auf Seiten des Klägers denkbar, warum er den Vertrag nicht – auch noch – unterschreiben und damit seine Herabstufung plakativ schriftlich anerkennen wollte. Ein fehlender schriftlicher Arbeitsvertrag lässt keine Zweifel an der Richtigkeit der Aussage F. über das Zustandekommen eines neuen mündlichen Arbeitsvertrages zu. Dass die Beklagte den vergeblichen Entwurf für den schriftlichen Vertrag nicht einreichte, spricht nicht gegen die Verfassung eines solchen Entwurfs; da der Vertrag nicht rechtsgültig zustande kam, kann er ganz einfach nicht aufbewahrt worden sein. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz, wonach eine Kündigung/Neueinstellung des Klägers 2010/2011 nicht erwiesen sei, erweist sich als nicht haltbar. Angesichts des nachgewiesenen Willens der Beklagten zum Abschluss eines in wesentlichen Punkten abweichenden Arbeitsvertrages nach erfolgter Kündigung durch den Kläger – neuer Aufgabenbereich, neuer Lohn, keine Geschäftsleitungsfunktion mehr – liegt keine blosse Fortsetzung des bisherigen Vertrages oder eine einvernehmliche Aufhebung der Kündigung des Klägers vor. Solche grundlegenden Änderungen der Vertragsbedingungen hätten dem widerstrebenden Kläger ohne erfolgte Kündigung nicht aufgezwungen werden können. Da die Kündigung vom Kläger ausgegangen ist und anschliessend die Beklagte auf neuen Vertragskonditionen bestand, liegt auch keine Änderungskündigung vor.

7.3.4 Fiel Ende 2010 der ursprüngliche Arbeitsvertrag dahin, so fielen auch die damit verbundenen weiteren Abreden und insbesondere die Gewinnbeteiligungsvereinbarung vom 27. Mai 2003 dahin. Der neue Arbeitsvertrag wurde seitens der Beklagten letztlich durch Dr. F. ausgehandelt und finalisiert. Diesem war die alte Gewinnbeteiligungsvereinbarung nicht bekannt. Ein übereinstimmender Parteiwille, dass diese Gewinnbeteiligung auch in den neuen Vertrag aufgenommen werden sollte, fehlt damit. Mangels eines diesbezüglichen Konsenses ist der neue Arbeitsvertrag aber auch nicht lückenhaft, da sich die Parteien über den notwendigen Vertragsinhalt geeinigt gehabt haben. Eine «Lückenfüllung» mittels richterlicher Ergänzung der neuen Lohnabrede durch eine zusätzliche Gewinnbeteiligung kommt auch hier nicht zum Tragen. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien nicht an die Vereinbarung eines höheren Lohnes gedacht haben, zumal die Beklagte Ende 2010 ihre Lohnkosten aus existentiellen Gründen reduzieren musste.

7.4 Höhe des Gewinnanteilsanspruchs. Der Kläger partizipiert gemäss den vorstehenden Erwägungen nur noch an den Gewinnen der Ge-

schäftsjahre 2009 und 2010. Der massgebliche Gewinnanteil für das Geschäftsjahr 2009 wurde von der Vorinstanz auf 15% von Fr. 239'342.20, somit Fr. 35'901.– beziffert. Da davon bereits Fr. 14'000.– bezahlt worden seien, verbleibe ein Anspruch von noch Fr. 21'901.–. Dieser Betrag blieb im Berufungsverfahren unbestritten und ist dem Kläger zuzusprechen. Im Geschäftsjahr 2010 erlitt die Beklagte unbestrittenermassen einen Verlust, weshalb eine Gewinnbeteiligung des Klägers entfällt.

Damit ist der eingeklagte Gewinnbeteiligungsanspruch des Klägers im Umfang von Fr. 21'901.– gutzuheissen.

8.

Zusammenfassung

Zusammenfassend stehen dem Kläger noch die nachfolgenden Forderungen gegen die Beklagte zu:

– Fr. 11'000.– netto Pönalzahlung wegen missbräuchlicher Kündigung (Erw. 2.2.2.)

– Fr. 917.– brutto pro rata 13. Monatslohn für Juni 2013 (Erw. 4.2.)

– Fr. 21'901.– brutto Gewinnbeteiligung 2009 (Erw. 7.4.).

Im Fr. 33'818.– übersteigenden Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen bzw. ist auf sie nicht einzutreten, soweit darüber nicht bereits rechtskräftig entschieden worden ist.

(…)

Es wird erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 11'000.– (netto) sowie Fr 22'818.– (brutto) zu bezahlen. Im Mehrumfang wird die Klage abgewiesen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 3. Mai 2017 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 19. Dezember 2016)

Mit dem gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 34 Abs. 1 ZPO) hat der Gesetzgeber einen Gerichtsstand geschaffen, der – anders als beispielsweise derjenige am Sitz des Unternehmens (vorliegend: St. Gallen) – nicht an einem formellen Kriterium anknüpft, sondern an der tatsächlichen Verbindung zwischen dem konkreten Arbeitsverhältnis und dem Gerichtsort. Er ist ein faktisch geprägtes Kriterium und liegt dort, wo sich der tatsächliche Mittelpunkt, der deutlich erkennbare bzw. eindeutige geografische Schwerpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers befindet, wo Letzterer seine Arbeit hauptsächlich verrichtet (E. 3.2 und 3.3.2). Vorliegend war davon auszugehen, dass angesichts der grossen Selbstständigkeit der Arbeitnehmerin in ihrer Arbeitsweise sowie der Eigenverantwortung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben der Mittelpunkt ihrer Berufstätigkeit in Zürich liegt, wo sie (ausser in den Ferien) das ganze Jahr während sieben Tagen pro Wo-

che und 24 Stunden – meistens zuhause – Bereitschaft zeigen musste, um geschäftliche Telefonate von Kunden und Mitarbeitenden entgegenzunehmen. Somit war Zürich der gewöhnliche Arbeitsort im Sinne von Art. 34 Abs. 1 ZPO (E. 3.3.3.2).
Art. 337 OR. Die Bejahung eines wichtigen Grundes – liege dieser nun in einem einzigen schwerwiegenden Vorfall oder in einer Mehrzahl weniger gravierender Vorfälle – ändert nichts daran, dass die fristlose Kündigung umgehend nach Kenntnisnahme des massgeblichen Grundes, d.h. desjenigen Verhaltens zu erklären ist, welches eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lässt. Liegt der wichtige Grund nicht in einem einzigen Vorfall, sondern in einer Mehrzahl von Verfehlungen, die das Vertrauensverhältnis endgültig wegfallen liessen, beginnt die Reaktionsfrist im Zeitpunkt des letzten Vorfalls. Die Dauer der Reaktionsfrist («sofort») beträgt gemäss Lehre und Praxis in der Regel zwei bis drei Arbeitstage. Vorliegend sprach der Arbeitgeber die Kündigung erst sieben Tage bzw. (mindestens) fünf Arbeitstage nach dem letzten Vorfall aus, womit die fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt war (E. 5.2.2).

Sachverhalt:

Bei der A. AG, Beklagte und Berufungsklägerin (im Folgenden Beklagte) handelt es sich um ein Reinigungsunternehmen mit Sitz in St. Gallen. Gemäss Handelsregistereintrag beträgt das Aktienkapital Fr. 100'000.–. Einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift ist C. B., die Klägerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Klägerin), wurde per 1. Dezember 2012 als Qualitätskontrolleurin bei der Beklagten angestellt. Als solche war sie für das Qualitätsmanagement der ihr zur Reinigung zugeteilten Objekte zuständig. Gemäss Funktionsbeschreibung, die einen integrierten Vertragsbestandteil bildete, trägt ein Qualitätsmanager die Verantwortung für die gute Abwicklung der Aufträge in der UHR (Unterhaltsreinigung), den effektiven Einsatz der Unterhalts-Mitarbeiter und deren effizientes Arbeiten, die Weiterentwicklung des Bereichs, ein positives Betriebsklima, die ihm zugeordnete Kundenbetreuung und die für diese Aufträge benötigten Reinigungsmitarbeiter einschliesslich deren Stellvertretung. Zu diesen Aufgaben gehörten namentlich folgende, in der Funktionsbeschreibung näher konkretisierte Teilaufgaben: Kundenbetreuung, Abwicklung und Modifikation der Aufträge, Führung und Förderung der Reinigungsmitarbeiter, Beanstandungen, Prozessverbesserung, Personal UHR, Beschaffung UHR, Unterhaltsreinigung, Mitarbeit in Projekten sowie Information. Das ursprüngliche Arbeitspensum der Klägerin von 50% wurde per 1. November 2014 auf 75% und per 1. Februar 2015 auf 100% erweitert. Der hierfür vereinbarte Bruttolohn betrug Fr. 5'000.–.

Ab dem 15. April 2015 war die Klägerin zu 100% ärztlich krankgeschrieben, zunächst bis 21. April 2015, danach für weitere zwei und vier

Wochen und ab dem 5. Juni 2015 bis auf weiteres. Mit Schreiben vom 23. April 2015 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie könne sie seit Beginn ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht mehr erreichen. Sie sei jedoch auf wichtige Mitarbeiter- und Kundeninformationen angewiesen und benötige dafür unter anderem ihr Geschäftshandy. Sie bitte die Klägerin deshalb, sich dringend und unverzüglich im Hauptsitz zu melden. Mit Schreiben vom 1. Mai 2015 machte die Beklagte die Klägerin, weil diese nicht auf das Schreiben vom 23. April 2015 reagiert habe, auf ihre Treuepflicht aufmerksam, welche auch im Falle einer Arbeitsunfähigkeit gelte. Die Klägerin sei verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass ihre Arbeit während ihrer Abwesenheit bestmöglich weitergeführt werden könne. Sollte die Beklagte bis zum 5. Mai 2015 nichts von ihr hören, sei sie gezwungen, das Arbeitsverhältnis aufgrund der Verletzung der Treuepflicht fristlos aufzulösen. Mit E-Mail vom 5. Mai 2015 erklärte die Klägerin, sie habe das Auto in der Garage der Beklagten im …-Gebäude (D.-Strasse/Opfikon) deponiert, Auto- und Büroschlüssel in den Firmenbriefkasten geworfen sowie das Geschäftshandy und die Tankkarte im Handschuhfach des Autos belassen. Ihre Stellvertreterin sei zuständig für alle Fragen bezüglich ihrer Arbeit. Sie sehe sich nicht in der Lage zu antworten, sie sei nach wie vor krankgeschrieben. Mit Schreiben vom 12. Mai 2015 kündigte die Beklagte, handelnd durch C. und E. (Human Resources Manager), das Arbeitsverhältnis fristlos. Am 3. Juni 2015 liess die Klägerin der Beklagten schriftlich mitteilen, für sie seien keinerlei Gründe ersichtlich, die eine fristlose Kündigung rechtfertigten.

Mit Eingabe vom 28. September 2015 machte die Klägerin beim Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung/Einzelgericht (Vorinstanz), gegen die Beklagte eine Forderungsklage über Fr. 30'000.– (mit Nachklagevorbehalt) anhängig. Damit macht sie Ansprüche aus Art. 337c OR geltend. Mit Verfügung vom 5. Oktober 2015 wurde ihr antragsgemäss die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Nach durchgeführter mündlicher Hauptverhandlung fand ein Beweisverfahren statt. Am 19. Dezember 2016 fällte das Arbeitsgericht Zürich, folgendes Urteil: (1.) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 2'370.45 netto sowie Fr. 23'977.85 brutto für netto zu bezahlen. (2.) Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 3'494.35 zu bezahlen. (3.) Es werden keine Kosten erhoben. (4.) Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsbeitand der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.– zu bezahlen. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte mit Eingabe vom 31. Januar 2017 Berufung mit dem (Haupt-)Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und auf die Klage nicht einzutreten; eventualiter sei die Klage abzuweisen, subeventualiter die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Aus den Erwägungen:

3.

Örtliche Zuständigkeit

3.1 Parteistandpunkte

Strittig ist zunächst, ob die Vorinstanz zur Beurteilung der Klage örtlich zuständig war oder ob sie auf die Klage nicht hätte eintreten dürfen.

3.1.1 Die Klägerin behauptet, ihre Arbeitsleistung gewöhnlich an ihrem Wohnort in Zürich erbracht zu haben. Sie beruft sich deshalb auf den alternativen sozialen Gerichtsstand gemäss Art. 34 Abs. 1 ZPO.

3.1.2 Die Beklagte hatte bereits im vorinstanzlichen Verfahren bestritten, dass sich der gewöhnliche Arbeitsort der Klägerin in Zürich befunden habe, und deshalb die örtliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts Zürich in Abrede gestellt; ein gewöhnlicher Arbeitsort sei nicht auszumachen. Daran hält sie in der Berufung fest und rügt im Hauptstandpunkt, die Vorinstanz habe ihre örtliche Zuständigkeit zu Unrecht bejaht. Die Vorinstanz habe in unrichtiger Feststellung des Sachverhalts angenommen, die Klägerin habe hauptsächlich von zuhause aus gearbeitet, und gestützt darauf in unrichtiger Rechtsanwendung geschlossen, der zuständigkeitsbegründende gewöhnliche Arbeitsort im Sinne von Art. 34 Abs. 1 ZPO liege in Zürich.

3.2. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz führte zur Frage, an welchem Ort die Klägerin hauptsächlich gearbeitet hat, ein Beweisverfahren durch. In Würdigung der abgenommenen Beweise hielt sie vorweg fest, dass St. Gallen (Sitz der Beklagten) nicht Arbeitsort der Klägerin gewesen sei, da Letztere nur ab und zu für Besprechungen dort gewesen sei. Mit dem gewöhnlichen Arbeitsort (Art. 34 Abs. 1 ZPO) habe der Gesetzgeber einen Gerichtsstand geschaffen, der – anders als beispielsweise derjenige am Sitz des Unternehmens – nicht an einem formellen Kriterium anknüpfe, sondern an der tatsächlichen Verbindung zwischen dem konkreten Arbeitsverhältnis und dem Gerichtsort. Zwar hätten alle Zeugen und Parteien bestätigt, die Klägerin mehr oder weniger regelmässig für einige wenige Stunden pro Woche an der D.-Strasse (Opfikon/ Bezirk Bülach) gesehen zu haben, wo die Beklagte Büroräume hat. Dies sei aber vor allem im Zusammenhang mit Materiallieferungen und -abholungen vorgebracht worden. Letztlich sei bezüglich des Büros an der D.-Strasse eben nicht entscheidend, dass der Klägerin dort theoretisch ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden wäre, sondern es sei darauf abzustellen, was tatsächlich gelebt worden sei. F., heute Mitglied der Geschäftsleitung und damals als Gebietsleiter bei der Beklagten tätig, habe selber erklärt, die Klägerin sei drei- bis viermal für eine bis mehrere Stunden dort gewesen. Bei einer Arbeitnehmerin mit einem 100%-Pensum könne unter diesen Umständen nicht davon ausgegangen werden, dass das Abholen von Material oder die sporadische Anwesenheit während einiger weniger Stunden pro Woche einen Hauptarbeitsort an der D.-Strasse begründe. Die Klägerin habe erklärt, diverse Arbeiten von zuhause aus verrichtet zu haben. Dazu habe die Be-

klagte pauschal bemerkt, dass die Klägerin administrative Tätigkeiten in ihrem Büro (an der D.-Strasse) getätigt habe; sie habe aber auch bejaht, dass man der Klägerin gewisse Sachen nach Hause gesendet habe. F. habe in der Parteibefragung gesagt, dass, wenn man der Klägerin Post zugestellt habe, die Zustellung immer nach Hause erfolgt sei, obwohl er auch betont habe, man dürfe Unterlagen mit Kundendaten nicht nach Hause nehmen. Die Beklagte habe weiter bestätigt, dass die Klägerin habe erreichbar sein müssen. Dies gehöre bei einer Qualitätskontrolleurin dazu. Dass die Klägerin grundsätzlich rund um die Uhr habe erreichbar sein müssen, passe zur Behauptung der Beklagten, wonach die Verantwortung von A bis Z beim Qualitätskontrolleur liege. Fahrten zum Büro an der D.-Strasse oder zu Kunden habe die Klägerin unbestrittenermassen mit dem Firmenauto von zuhause aus unternommen. Home-Base bzw. zentraler Dreh- und Angelpunkt der Arbeitstätigkeit der Klägerin sei damit klar ihr Zuhause gewesen. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, welche Arbeiten die Klägerin zuhause verrichtet habe und ob dafür ein Zugriff auf den Server erforderlich gewesen sei. Entscheidend sei einzig und allein, dass sie massgebend von zuhause aus gearbeitet habe. Hinzu komme, so die Vorinstanz weiter, dass sich viele der von der Klägerin betreuten Objekte in Zürich befunden hätten. Gemäss Objektliste habe die Klägerin von insgesamt 61 Objekten vier Objekte der Kategorie A (wöchentliche Qualitätskontrolle) zu betreuen gehabt, wovon drei im Bezirk Zürich lägen. In der Kategorie B (monatliche Qualitätskontrolle) hätten 25 und in der Kategorie C (eine Qualitätskontrolle pro Quartal) 32 weitere Objekte der Klägerin unterstanden, von denen 24 im Bezirk Zürich gelegen seien. Die übrigen Objekte seien über die Bezirke Bülach, Uster, Winterthur und Pfäffikon verteilt, 11 lägen ausserhalb des Kantons Zürich. Die reine Anzahl Objekte im Bezirk Zürich sei dabei jedoch nicht allein entscheidend, sondern die Zeit, welche die Klägerin dort verbracht habe. Massgebend sei, dass die aufwändigen und zeitintensiven Objekte im Bezirk Zürich gelegen seien. Die aufwändigsten Objekte seien gemäss den nachvollziehbaren Aussagen des Zeugen G. Restaurants. Namentlich hätten zu den aufwändigen und zeitintensiven Objekten die H., der I. und die J. gehört, welche sich alle in der Stadt Zürich befänden. Die Klägerin sei sehr selbstständig tätig gewesen. Es sei deshalb insgesamt durchaus von einer Art «Unternehmen im Unternehmen» auszugehen. Zentrale dieses Unternehmens sei der Wohnort der Klägerin gewesen, wo sie rund um die Uhr, sieben Tage die Woche erreichbar gewesen sei und habe sein müssen. Damit sei der Wohnort der Klägerin als ihr Haupt- sowie gewöhnlicher Arbeitsort zu qualifizieren. Die örtliche Zuständigkeit für die vorliegende Klage sei folglich gegeben.

3.3 Beurteilung

3.3.1 Für arbeitsrechtliche Klagen (worunter die vorliegende Klage unstrittig fällt) ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder – alternativ – an dem Ort zuständig, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet (Art. 34 Abs. 1 ZPO).

Ist das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der Klageanhebung bereits beendet, richtet sich der alternative Gerichtsstand nach dem letzten gewöhnlichen Arbeitsort (BK ZPO I-WALTHER, Art. 34 N 11). Die örtliche Zuständigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar (Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO). Als solche ist sie von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO), wobei bezüglich des relevanten Sachverhalts nach herrschender Auffassung die eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (BK ZPO I-ZINGG, Art. 60 N 4; KUKO ZPO-DOMEJ, Art. 60 N 5; ZK ZPO-ZÜRCHER, Art. 60 N 4 m.w.Hinw.; WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, 2012, S. 237; s.a. BGE 139 III 278 E. 4.3 S. 281 f.). Das ändert jedoch nichts daran, dass nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. Art. 8 ZGB) die klagende Partei die (objektive) Beweislast für die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen und die Folgen der Beweislosigkeit trägt (BGE 139 III 278 E. 3.2 S. 279; BSK ZPO-GEHRI, Art. 60 N 10; BK ZPO I-ZINGG, Art. 60 N 4; WILLISEGGER, a.a.O., S. 240; OGer ZH LA130023 vom 20.11.2013, E. D.3). Die beklagte Partei kann im Rahmen des ihr zustehenden Gegenbeweises versuchen, Zweifel am Hauptbeweis aufkommen zu lassen.

3.3.2 Die Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 ZPO entspricht inhaltlich Art. 24 Abs. 1 GestG (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 S. 7269). Mit Art. 24 GestG wollte der Gesetzgeber Konkordanz herstellen mit Art. 115 Abs. 1 IPRG und Art. 5 Ziff. 1 aLugÜ bzw. Art. 19 Ziff. 2 lit. a revLugÜ (BGE 129 III 31 E. 3.2 S. 34; BGer 4A_236/2016 vom 23. August 2016, E. 2). Der Begriff des «gewöhnlichen Arbeitsorts» ist in all diesen Vorschriften derselbe, weshalb die dazu ergangene Lehre und Rechtsprechung zur Auslegung von Art. 34 Abs. 1 ZPO ebenfalls herangezogen werden kann (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Der Arbeitsprozess, in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., 2012, S. 27; REINERT, Stämpflis Handkommentar, ZPO 34 N 10; BSK GestG-KAISER JOB, Art. 24 N 27). Der gewöhnliche Arbeitsort knüpft nicht an einem formellen Kriterium (wie z.B. dem Sitz des Unternehmens) an, sondern an der tatsächlichen Verbindung zwischen dem konkreten Arbeitsverhältnis und dem Gerichtsort (BGer 4A_236/2016 vom 23. August 2016, E. 5.5.1). Er ist ein faktisch geprägtes Kriterium (SCHNYDER, LugÜ-Acocella, Art. 19 N 11) und liegt dort, wo sich der tatsächliche Mittelpunkt, der deutlich erkennbare bzw. eindeutige geografische Schwerpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmers befindet, wo Letzterer seine Arbeit hauptsächlich verrichtet (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 28; BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 34 N 16; SENTI/WAGNER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 34 N 31 f.; BK ZPO I-WALTHER, Art. 34 N 9; ZK ZPO-FELLER/BLOCH, Art. 34 N 25; s.a. BSK GestG-KAISER JOB, Art. 24 N 28 [«eindeutiger» Mittelpunkt seiner Tätigkeit]; ZK GestG-GROSS, Art. 24 N 83; MÜLLER, Stämpflis Handkommentar, LugÜ 19 N 13 [«deutlicher Arbeitsschwerpunkt»]). Ein gewöhnlicher Arbeitsort setzt allerdings voraus, dass auch der (begriffsnotwendig instruktionsberechtigte) Arbeitgeber weiss (oder wissen könnte), wo der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (ZK GestG-GROSS, Art. 24 N 79). Er

muss sodann effektiv sein, d.h. der Arbeitnehmer muss tatsächlich dort Arbeit leisten oder geleistet haben; ein bloss beabsichtigter oder vereinbarter Arbeitsort begründet keinen Gerichtsstand (EGLI, Das arbeitsrechtliche Verfahren nach Art. 343 OR, ZZZ 2004, S. 26; ZK GestG-GROSS, Art. 24 N 87; s.a. BGer 4A_236/2016 vom 23. August 2016, E. 5.5.1). Die absolute Zeitdauer der Arbeitsleistung spielt dabei keine Rolle, sondern die relative im Vergleich zur Dauer des Arbeitsverhältnisses und der anderen Arbeitsorte (EGLI, a.a.O., S. 25/26; BGer 4A_236/2016 vom 23. August 2016, E. 2 m.w.Hinw.). Neben der an einem bestimmten Ort tatsächlich verbrachten Arbeitszeit können auch das administrative Tätigkeitszentrum des Arbeitnehmers, die Bedeutung der verrichteten Arbeiten oder allfällige benutzte Infrastruktur sowie andere Faktoren relevante Kriterien sein, die auf eine enge arbeitsvertragliche Beziehung des Arbeitnehmers zu einem bestimmten Ort schliessen lassen und dessen berechtigte Erwartungen auf einen Gerichtsstand zu begründen vermögen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 27 f.; s.a. MÜLLER, Stämpflis Handkommentar, LugÜ 19 N 13 f., N 16 f. und N 24 [wonach es um eine «Beziehung von einer besonderen Qualität und Gravität, mit einem Fokus auf der zeitlichen Anwesenheit» geht]; BSK LugÜ-MEYER/STOJILJKOVIC, Art. 19 N 11 f.). Wo dieser Ort konkret liegt, ist Tatfrage und aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln (BGer 4A_236/2016 vom 23. August 2016, E. 2; KUKO ZPO-HAAS/STRUB, Art. 34 N 8; ROHNER, OFK ZPO, ZPO 34 N 4; ZK ZPO-FELLER/BLOCH, Art. 34 N 25, je m.w.Hinw.). Die diesbezüglichen Tatsachen sind nur für die Zuständigkeit (und nicht auch für die materielle Anspruchsprüfung) von Bedeutung und damit einfachrelevant (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 35; BLOCH, Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtes wegen und die Folgen bei örtlicher Unzuständigkeit gemäss Art. 34 GestG, ZStV 137, 2003, S. 93). Wird ihr Vorhandensein von der Gegenpartei bestritten, ist darüber ein Beweisverfahren durchzuführen (BGE 137 III 32 E. 2.3 S. 34 f.; BGer 4A_522/2014 vom 18. März 2015, E. 2.1; ebenso BGer 4A_234/2013 vom 20. Januar 2014, E. 3.3). Bei Aussendienstmitarbeitern oder bei Telearbeit kann gewöhnlicher Arbeitsort auch die Wohnung des Arbeitnehmers sein (ZR 104 Nr. 67 E. 5.b; Oger ZH LA130023 vom 20.11.2013, E. D.2 und D.5; BK ZPO I-WALTHER, Art. 34 N 9; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 28; EGLI, a.a.O., S. 25), bei Tätigkeiten mit häufig wechselnden Arbeitsorten allenfalls die «Einsatzbasis» bzw. der «Stützpunkt» (MÜLLER, Stämpflis Handkommentar, LugÜ 19 N 16 mit FN 38; BSK LugÜ-MEYER/STOJILJKOVIC, Art. 19 N 15). Eine Arbeitsinfrastruktur (insbesondere an einem Betriebsort, an dem der Arbeitnehmer tatsächlich regelmässig Arbeit verrichtet) stellt häufig ein Indiz für das Vorhandensein eines gewöhnlichen Arbeitsortes dar (ZK GestG-GROSS, Art. 24 N 81). Arbeitet der Arbeitnehmer an mehreren Orten gleichzeitig, ist auf den Hauptarbeitsort, d.h. auf den eindeutigen Mittelpunkt der Tätigkeit abzustellen (BGer 4A_236/2016 vom 23. August 2016, E. 2 m.w.Hinw.; KUKO ZPO-HAAS/STRUB, Art. 34 N 8; ZK GestG-

GROSS, Art. 24 N 91). Das setzt voraus, dass sich ein Arbeitsort lokalisieren lässt, neben dem andere Arbeitsorte als untergeordnet erscheinen (ZK IPRG-KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, Art. 115 N 6 m. Hinw.). Kann ein solcher nicht ermittelt werden, entfällt der alternative Gerichtsstand regelmässig (BSK ZPO-KAISER JOB, Art. 34 N 17; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., S. 29; ZK GestG-GROSS, Art. 24 N 91, N 93 und N 95; s.a. SENTI/WAGNER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 34 N 31 f.). Nach einem Teil der Lehre ist immerhin denkbar, dass – im Sinne einer Ausnahme – zwei (oder allenfalls mehrere) gleichwertige (Haupt-)Arbeitsorte vorliegen und den Parteien somit zwei Gerichtsstände des gewöhnlichen Arbeitsortes zur Verfügung stehen (so EGLI, a.a.O., S. 26; BK ZPO I-WALTHER, Art. 34 N 10; ZK ZPO-FELLER/BLOCH, Art. 34 N 30; REINERT, Stämpflis Handkommentar, ZPO 34 N 14; ZK GestG-GROSS, Art. 24 N 91). Zu denken ist beispielsweise an eine Verkaufsangestellte mit einem 80%-Pensum, die für einen Arbeitgeber, welcher mehrere Filialen betreibt, jeweils zwei Tage pro Woche in zwei verschiedenen Filialen dieselbe Arbeit (z.B. als Kassierin) verrichtet. Dieser Ansicht ist angesichts des Sozialschutzzwecks, dem der alternative Gerichtsstand von Art. 34 Abs. 1 ZPO dient (ZK ZPO-FELLER/BLOCH, Art. 34 N 2; REINERT, Stämpflis Handkommentar, ZPO 34 N 2), zu folgen.

3.3.3. In Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen führte die Vorinstanz zur Frage, wo die Klägerin hauptsächlich gearbeitet hatte, ein Beweisverfahren durch. Die vorinstanzliche Würdigung des Beweisergebnisses und der daraus gezogene rechtliche Schluss, der gewöhnliche Arbeitsort (Art. 34 Abs. 1 ZPO) der Klägerin liege in Zürich, verdient Zustimmung. Daran vermögen die berufungsweise erhobenen Einwände der Beklagten nichts zu ändern. Es kann deshalb vorweg auf die in weiten Teilen und jedenfalls im wesentlichen Kern überzeugenden und sachlich zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Ergänzend ist anzufügen, was folgt:

3.3.3.1 Fest steht zunächst, dass der gewöhnliche Arbeitsort im vorstehend dargelegten Sinn, sofern überhaupt ein solcher bestand, nur in Opfikon oder in Zürich liegen kann. Die weiteren Orte, an denen die Klägerin Arbeit verrichtet hat (St. Gallen und diejenigen Orte, in denen die übrigen von ihr betreuten Objekte liegen), sind klar untergeordnet und fallen als hauptsächliche Arbeitsorte von vornherein ausser Betracht. Weiter hat das Beweisverfahren ergeben, dass die Klägerin regelmässig, mehrmals wöchentlich und jeweils für eine durchschnittliche Zeitdauer von 5–12 Stunden pro Woche in den Räumlichkeiten der Beklagten an der D.-Strasse in Opfikon gearbeitet hatte, wo ihr ein eigener Arbeitsplatz mit Computerzugang zum Server der Beklagten zur Verfügung stand und sich ihre Arbeits- und Kundenunterlagen sowie das Materialdepot befanden. Die dort vorhandene Arbeitsinfrastruktur, der objektübergreifende Charakter der dort geleisteten, primär administrativen Arbeiten sowie die regelmässige Anwesenheit der Klägerin mögen Indizien für einen hauptsächlichen und

damit gewöhnlichen Arbeitsort (im Sinne eines operativen Stützpunktes) darstellen. Unklar blieb zwar, in welchem Verhältnis die in den Büroräumlichkeiten verbrachte Zeit zum zeitlichen Aufwand steht, den die Besuche vor Ort auf den betreuten Objekten erforderten. Die Klägerin gab dazu an, pro Tag 8–10 Objekte besucht zu haben. An der Richtigkeit dieser Angabe bestehen aber nicht nur in Anbetracht der geografischen Lage der Objekte und der dazwischen liegenden Distanzen sowie der pro besuchtes Objekt benötigten Zeit in der Grössenordnung von einer halben bis zu eineinhalb Stunden erhebliche Zweifel, sondern auch angesichts der übrigen Aufgaben, die sie gemäss Funktionsbeschreibung zu erfüllen hatte. Plausibler erscheint die vom Geschäftsleiter F. genannte, im Monatsverlauf und auch saisonal schwankende Zahl in der Grössenordnung von (planmässig) 10–12 Besuchen pro Woche. Entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift sprach der Zeuge K. nicht von einer (wesentlich) grösseren Zahl; noch weniger sagte er aus, dass sich die Klägerin über weite Strecken bei den Objekten aufgehalten habe. Er führte – ohne nähere Zeitangabe – lediglich aus, dass er in dieser Zeit viel mit der Klägerin zusammengearbeitet habe und die Klägerin «jeden Tag» mit ihm «bei den Objekten, wo man putzen musste», gewesen sei, wobei er mit diesen Objekten offensichtlich die drei Objekte meinte, auf denen er «als Nebenjob» bei der Beklagten im Einsatz war. Ungeachtet des genauen zeitlichen Aufwands für die Besuche vor Ort spricht aufgrund der genannten Umstände einiges dafür, dass die Räumlichkeiten an der D.-Strasse gegenüber den anderen Arbeitsorten einen eindeutigen Mittelpunkt der Tätigkeit und damit einen Hauptarbeitsort der Klägerin darstellten, wovon implizit auch die Beklagte auszugehen scheint. Die Frage kann letztlich aber offenbleiben.

3.3.3.2 Diese nicht abschliessende rechtliche Würdigung ändert nämlich nichts am vorliegend zentralen Umstand, dass aufgrund des Beweisverfahrens erstellt ist, dass die Klägerin im Rahmen ihrer unbestrittenermassen sehr selbstständigen und eigenverantwortlichen Tätigkeit keineswegs nur bzw. «im Wesentlichen» die Kontrolle (einschliesslich Übernahme, Arbeitsvorbereitung und Auftragsabwicklung) der ihr unterstellten Objekte vor Ort vornahm, sondern zahlreiche organisatorische und administrative Arbeiten zu erledigen hatte, und dass sie ihren arbeitsvertraglichen Verpflichtungen auch von zuhause aus nachging. So hat die Klägerin anlässlich ihrer Parteibefragung glaubhaft ausgesagt, dass sie trotz fehlenden Zugangs zum Server der Beklagten täglich diverse administrative Arbeiten auf ihrem privaten Laptop oder iPad und mit ihrem Handy von zuhause aus erledigt habe. Dabei seien ihr die notwendigen Dokumente bei Bedarf von der Zentrale in St. Gallen als Mail-Anhang übermittelt worden. Insbesondere habe sie (ausser in den Ferien) das ganze Jahr während sieben Tagen pro Woche und 24 Stunden – meistens zuhause – Bereitschaft gezeigt und auch zeigen müssen, geschäftliche Telefonate von Kunden und Mitarbeitenden entgegenzunehmen. Ihre Darstellung wurde zwar nicht in quantitativer Hinsicht, aber doch wenigstens dem Grundsatz nach auch von F. be-

stätigt, indem dieser einräumte, dass die Klägerin «sicher telefoniert und Telefone abgenommen und auch mal ein E-Mail von zuhause aus geschrieben» habe, dass die Beklagte der Klägerin (sämtliche) Post und auch E-Mails nach Hause geschickt habe und dass es bei einer Qualitätskontrolleurin dazu gehöre, «dass man erreichbar» sei. Zugleich anerkannte F. damit, dass die Beklagte wusste, dass die Klägerin auch zuhause Arbeit verrichtete, und er widerlegte seine Aussage gleich selbst, wonach die Beklagte nicht darüber informiert worden sei, dass die Klägerin von zuhause aus arbeite. Der Zeuge K. bestätigte ebenfalls, dass die Klägerin gewisse Arbeiten zuhause erledigt und insbesondere während der Nacht gleichsam «Bereitschaftsdienst» hatte und jeweils mehrere («über zehn») Anrufe von Kunden und Mitarbeitenden erhalten hatte, um deren Anliegen sie sich kümmern musste. Auch der Zeuge G. führte aus, in dieser Branche sei es nichts Aussergewöhliches, wenn jemand Arbeiten von zuhause aus erledige. Schliesslich blieb unbestritten, dass die Klägerin in aller Regel von zuhause (und nicht von der D.-Strasse) aus mit dem Geschäftsauto zu den Objekten fuhr, d.h. ihre Einsätze vor Ort zuhause plante bzw. diese Einsätze dort veranlasst wurden. Ohne Bedeutung ist hingegen, dass der Arbeitsvertrag in «Zürich» geschlossen bzw. ausgestellt wurde: Abgesehen davon, dass der Ort des Vertragsschlusses allein keine Rückschlüsse auf den beabsichtigten Arbeitsort zulässt und ausserdem ohnehin nicht der beabsichtigte, sondern der tatsächliche Arbeitsort den alternativen Gerichtsstand begründet (vgl. vorne, E. 3.3.2), liegt die Adresse «D.-Strasse … / … Zürich» (heute: 8152 Opfikon) seit jeher nicht im Bezirk Zürich, sondern im Bezirk Bülach. Gerade der von der Beklagten erwartete und von den Mitarbeitenden und Kunden rege genutzte (auch) nächtliche «Bereitschaftsdienst», der einen erheblichen zeitlichen Umfang aufwies und in der Berufung im Übrigen nicht in Abrede gestellt wird, macht in tatsächlicher Hinsicht Zürich zu einem hauptsächlichen, gegenüber Opfikon mindestens gleichwertigen Hauptarbeitsort, zum eigentlichen (oder mindestens zweiten) deutlich erkennbaren geografischen Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses. Dies umso mehr, als darüber hinaus drei der vier von der Klägerin betreuten Objekte der Kategorie A, welche unbestrittenermassen den grössten zeitlichen Arbeitsaufwand verursachten, sowie 21 der insgesamt 57 Objekte der Kategorien B und C ebenfalls in Zürich lagen und die Klägerin in diesem Zusammenhang die in der Stadt Zürich verbrachte Zeit auf gut 50% oder mehr schätzte. Weshalb diese Tatsache bei der Gerichtsstandsfrage unberücksichtigt bleiben sollte, ist nicht nachvollziehbar. Angesichts dieser Umstände und der beweismässig erstellten grossen Selbstständigkeit der Klägerin in ihrer Arbeitsweise sowie der Eigenverantwortung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ist die tatsächliche Annahme, die eigentliche «Zentrale» des von der Klägerin geführten «Unternehmens im Unternehmen» sei der Wohnort der Klägerin gewesen und diese habe demnach hauptsächlich (auch) in Zürich gearbeitet, wo folglich auch der gewöhnliche Arbeitsort im Sinne von Art. 34 Abs. 1 ZPO liege, im Ergebnis nicht zu beanstanden.

In Zürich lag neben einem namhaften Teil der betreuten Objekte gleichsam eine operative Einsatzbasis (Schaltzentrale), an der die Fäden der arbeitsvertraglichen Tätigkeit der Klägerin schwerpunktmässig zusammenliefen. Dieser Schwerpunkt bestand ungeachtet dessen, dass die Tätigkeit einer Qualitätskontrolleurin viele Arbeiten umfasst, die bei den zugewiesenen Objekten selbst ausgeführt werden müssen, und somit ein beträchtlicher Teil der Arbeit nicht am Wohnort geleistet wurde; die in der Berufung als unzutreffend gerügte tatsächliche Feststellung, die Klägerin habe immer in Zürich gearbeitet (a.a.O.), wurde im angefochtenen Entscheid ohnehin nicht getroffen. Weitgehend belanglos ist ferner, ob es dem Parteiwillen entsprochen habe bzw. die Idee gewesen sei, dass die Klägerin von zuhause aus Arbeit leiste. Für die Begründung des alternativen Gerichtsstands ist vielmehr massgebend, dass sie es im erstellten Umfang effektiv tat, die Beklagte davon wusste und dies zumindest konkludent billigte (vgl. ZK ZPO-FELLER/BLOCH, Art. 34 N 28; SENTI/WAGNER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 34 N 33). Damit ist der Beweis erbracht, dass der (oder zumindest ein) Hauptarbeitsort der Klägerin in Zürich lag. Die Vorinstanz hat ihre örtliche Zuständigkeit somit zu Recht bejaht. Im Hauptstandpunkt ist die Berufung unbegründet.

5.

Unrechtmässigkeit der fristlosen Kündigung

(…)

5.2 Rechtliche Beurteilung

Die Beklagte hält die fristlose Kündigung vom 12. Mai 2015 für gerechtfertigt und rechtzeitig ausgesprochen. Die Klägerin stimmt der Vorinstanz zu. Die berufungsweise erhobenen Einwände sind nicht geeignet, die im Ergebnis zutreffende vorinstanzliche Auffassung in Frage zu stellen.

5.2.1 Von vornherein fehl geht der Vorwurf, die Vorinstanz habe in unrichtiger Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 lit. b ZPO) die unterlassene Herausgabe der von der Beklagten dringend benötigten Informationen als einzigen Grund für die fristlose Kündigung angesehen und ausser Acht gelassen, dass aufgrund der wiederholten, in der Klageantwort eingehend dargelegten, jedoch zu Unrecht nicht mitberücksichtigten Verfehlungen der Klägerin das Vertrauensverhältnis kontinuierlich dahingefallen sei und es keinen für sich alleine ausschlaggebenden Kündigungsanlass gegeben habe. Das trifft nicht zu. Die Vorinstanz wies ausdrücklich darauf hin, dass die Beklagte auch andere Vorfälle genannt habe, welche (behaupteterweise) wichtige Gründe im Sinne von Art. 337 OR dargestellt hätten. Sie liess die geltend gemachte kontinuierliche Zerstörung des Vertrauensverhältnisses somit keineswegs unbeachtet. Diese weiteren Vorfälle prüfte sie allerdings nicht näher, weil sie ihnen für die entscheidende Frage, ob die Kündigung ohne Verzug erklärt worden sei, keine Bedeutung zumass. Die Vorinstanz nahm in tatsächlicher Hinsicht also keineswegs an, die Vorenthaltung der Informationen habe den einzigen (oder den wichtigsten) Grund für die Kündigung dargestellt. Sie stellte lediglich fest, dass die Nichther-

ausgabe der direkt ursächliche, d.h. letztlich ausschlaggebende Anlass für den Entscheid gewesen sei, (nach allen weiteren damals bekannten Vorfällen) die fristlose Kündigung auszusprechen – gleichsam im Sinne des Tropfens, der das volle Fass zum Überlaufen brachte. Weshalb diese Sachverhaltsfeststellung unrichtig sein sollte, ist nicht nachvollziehbar, hatte die Beklagte doch selber vorgebracht (und die Klägerin nicht bestritten), dass kündigungsauslösender Anlass die Nichtbefolgung der ultimativen Herausgabeaufforderung im Schreiben vom 23. April 2015 gewesen sei. In der Berufungsschrift wird denn auch keine Aktenstelle bezeichnet, aus der sich die Unrichtigkeit dieser Feststellung ergeben würde. Allein der beklagtische Hinweis, dass verschiedene, im Einzelnen nicht näher bezeichnete Verfehlungen kurz vor oder nach der fristlosen Kündigung bekannt geworden seien und die Aufarbeitung im Zeitpunkt der Kündigung noch im Gang gewesen sei, vermag sie jedenfalls nicht zu widerlegen. Die Beklagte zeigt auch nicht rechtsgenügend auf, für welchen konkret geltend gemachten und wann entdeckten Kündigungsgrund die Rechtzeitigkeit der Kündigungserklärung hätte geprüft und bejaht werden müssen bzw. welche konkreten Vorfälle erst nach erfolgter Kündigung bekannt geworden sind. Insoweit genügt die Berufung den formellen Begründungsanforderungen nicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.2). Eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts im Sinne von Art. 310 lit. b ZPO ist somit nicht dargetan.

5.2.2 In rechtlicher Hinsicht vertritt die Beklagte den Standpunkt, dass in Fällen der vorliegenden Art, in denen das Vertrauensverhältnis wegen wiederholter Verfehlungen kontinuierlich dahingefallen sei, die Frage der Rechtzeitigkeit der Kündigung in den Hintergrund trete und vom Vorliegen wichtiger Gründe ausgegangen werden müsse. Dabei scheint sie zu verkennen, dass das Vorliegen wichtiger Gründe und die Rechtzeitigkeit bzw. Unverzüglichkeit der Kündigungserklärung grundsätzlich zwei selbstständige und kumulativ erforderliche Voraussetzungen für eine rechtswirksame fristlose Kündigung bilden: «Ist ein wichtiger Grund gegeben, so ist die fristlose Kündigung sofort auszusprechen» (BGE 138 I 113 E. 6.3.1 S. 116). Das Vorliegen mehrerer Verfehlungen bzw. das damit verbundene allmähliche Dahinfallen des Vertrauensverhältnisses betrifft einzig die Frage, ob ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung gegeben ist. Es kann, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, zur Folge haben, dass in der Gesamtheit der Verfehlungen ein hinreichender Grund für eine fristlose Kündigung liegt, selbst wenn die einzelnen Verfehlungen und insbesondere der letzte Vorfall, der schliesslich zum Kündigungsentscheid führt, für sich allein keinen solchen darstellen würden (BGE 142 III 579 E. 4.2 S. 579 f.; BGer 4A_521/2016 vom 1. Dezember 2016, E. 2.2.2, je m.w.Hinw.). Die Bejahung eines wichtigen Grundes – liege dieser nun in einem einzigen schwerwiegenden Vorfall oder in einer Mehrzahl weniger gravierender Vorfälle – ändert indessen nichts daran, dass die fristlose Kündigung umgehend nach Kenntnisnahme des massgeblichen Grundes, d.h. desjenigen Verhaltens zu erklären ist, welches eine Fortsetzung des

Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lässt. Liegt der wichtige Grund nicht in einem einzigen Vorfall, sondern in einer Mehrzahl von Verfehlungen, die das Vertrauensverhältnis endgültig wegfallen liessen, beginnt die Reaktionsfrist im Zeitpunkt des letzten Vorfalls (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 17; vgl. auch BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 337 N 16d). Das muss zumindest dann gelten, wenn – wie hier – feststeht, wann der Arbeitgeber davon Kenntnis erlangt hat. Diesfalls besteht kein Grund, die Frist bzw. den Nachweis ihrer Wahrung in den Hintergrund treten zu lassen (vgl. SJZ 83 [1987] S. 314 f.); erst recht nicht, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen einer Abmahnung ein klares zeitliches Ultimatum für ein bestimmtes (vertragskonformes) Verhalten gesetzt und für den Fall der Missachtung die fristlose Kündigung ausdrücklich angedroht hat. Dann ist eine fristlose Entlassung nur bei sofortiger Reaktion auf die Nichtbeachtung des Ultimatums zulässig resp. rechtmässig. Die Dauer der Reaktionsfrist («sofort») beträgt gemäss Lehre und Praxis in der Regel zwei bis drei Arbeitstage. Besondere Einzelfallumstände, welche in casu eine etwas längere Frist gerechtfertigt hätten, gehen aus den Akten nicht hervor und werden in der Berufung auch nicht angeführt. Insbesondere ist entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift nicht einzusehen, dass und weshalb es sich bei der Beklagten, einer AG mit einem einzigen einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat und einem Aktienkapital in der gesetzlichen Mindesthöhe von Fr. 100'000.– (Art. 621 OR), um einen «grösseren» Arbeitgeber im Sinne derjenigen juristischen Personen handeln sollte, denen die bundesgerichtliche Praxis wegen der aufwändigeren internen Willensbildung eine etwas längere Reaktionsfrist zubilligt (vgl. BGE 138 I 113 E. 6.3.2 S. 116 f. m.w.Hinw.). Dahingehende Gründe sind weder ersichtlich noch dargetan. Hinzu kommt, dass die Beklagte den Entschluss, die Klägerin bei Nichtbefolgung ihrer schriftlichen Aufforderung vom 1. Mai 2015 fristlos zu entlassen, offensichtlich bereits zu diesem Zeitpunkt gefasst und der Klägerin auch angedroht hatte. Die massgeblichen Vorwürfe waren aus ihrer Sicht somit klar und erforderten keine zusätzlichen Abklärungen mehr (zum Ganzen BGE 138 I 113 E. 6.3.2–6.3.4 S. 116 ff. m.w.Hinw.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 337 N 17; ZK OR-STAEHELIN, Art. 337 N 35; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 337 N 16). Ungeachtet dessen sprach die Beklagte die Kündigung erst sieben Tage bzw. (mindestens) fünf Arbeitstage nach dem letzten Vorfall aus. Die Kündigungserklärung erfolgte damit nicht umgehend im Sinne der Rechtsprechung, sondern verspätet. Das (allfällige) Recht zur fristlosen Kündigung war unter den gegebenen Umständen am 12. Mai 2015 bereits verwirkt. Daran ändert nichts, dass die Beklagte ein erhebliches Interesse am Erhalt der Informationen hatte und die Kündigung aus diesem Grund einige Tage hinauszögerte. Im Übrigen stellte die Vorinstanz fest, dass die Klägerin der Beklagten ihre Gegenstände am 5. Mai 2015 übergeben habe. Diese tatsächliche Feststellung vermag die Beklagte nicht im Sinne von Art. 310 lit. b ZPO als unrichtig zu ent-

kräften, wenn sie in der Berufung lediglich pauschal und ohne Hinweise auf bestimmte Aktenstellen geltend macht, die Klägerin habe es auch bis zum Zeitpunkt der Kündigung unterlassen, ihr die angeforderten Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte macht auch nicht geltend (und zeigt erst recht nicht auf, dass und wo sie bereits vor Vorinstanz behauptet habe), die Klägerin habe trotz entsprechender Aufforderung kein Arbeitsunfähigkeitszeugnis für die Zeit ab dem 7. Mai 2015 vorgelegt. Von sich aus musste die Arbeitnehmerin aber kein solches einreichen, sondern nur Meldung von ihrer fortdauernden Arbeitsunfähigkeit machen, was sie getan hatte (vgl. JAR 1996 S. 233 f.; BGer 4C.346/2004 vom 15. Februar 2005, E. 5.1; 4C.359/2006 vom 12. Januar 2007, E. 6; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 324a N 16 a.E. und N 18; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 18). Damit verfängt auch der Einwand nicht, diesbezüglich habe die Verletzung der vertraglichen Pflichten angedauert und die Reaktionsfrist deshalb noch gar nicht begonnen. Die fristlose Kündigung ist daher nicht gerechtfertigt und die Berufung auch insoweit unbegründet.

(…)

7.

Fazit

Weitere Mängel im Sinne von Art. 310 ZPO werden in der Berufungsschrift nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.2). Die Berufung ist daher abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen, einschliesslich der Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffer 4), die zwar ausdrücklich mitangefochten, in der Berufungsbegründung aber nicht konkret beanstandet wird (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.2).

(…)

Es wird erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1–4 des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 19. Dezember 2016 werden bestätigt.

Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss vom 5. Juli 2017 (teilweise Aufhebung des Urteils des Einzelgerichts am Arbeitsgericht Winterthur vom 12. Dezember 2016)

Arbeitszeiterfassungspflicht des Arbeitgebers, Art. 21 Abs. 2 L-GAV; Schätzung der Überstunden in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR. Der Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV) ist lex specialis zu den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Sinne von Art. 319 ff. OR. Nach Art. 21 Abs. 2 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit verantwortlich (Arbeitszeiterfassung); sie ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu un-

terzeichnen. Der Arbeitgeber führt zudem Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle; Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung des Arbeitnehmers im Streitfall als Beweismittel zugelassen (Art. 21 Abs. 4 L-GAV) (E. 4.1, 4.2). Das Gericht kann zugunsten des Arbeitnehmers eine Beweismassreduktion vornehmen, wenn der Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht nicht nachgekommen ist. Sofern es dem Arbeitnehmer gelingt, die Leistung von Überstunden an sich, nicht aber deren genaue Zahl zu beweisen, kann das Gericht deren Umfang in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen (E. 9).

Sachverhalt:

Am 12. Februar 2015 trat der Kläger im von der Beklagten geführten Restaurant eine Stelle als Koch an. Am 1. März 2015 schlossen die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag über ein 50%-Pensum zu einem Monatslohn inklusive Anteil 13. Monatslohn von Fr. 2'250.–. Für den Monat Februar bezahlte die Beklagte dem Kläger pauschal Fr. 1'600.–. Am 30. April 2015 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis. Gemäss übereinstimmenden Angaben arbeitete er bis zum 7. Mai 2015.

Mit Eingabe vom 28. Dezember 2015 und Klagebewilligung vom 1. Oktober 2015 erhob der Kläger Klage beim Einzelgericht am Arbeitsgericht Winterthur mir folgenden Rechtsbegehren: (1.) Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 19.624,35 CHF zuzüglich 5% Zinsen seit dem 09.05.2015 zu bezahlen. (2.) Dem Kläger eine Arbeitsbestätigung auszustellen. (3.) Für den Zeitraum vom 12.02.2015 bis 08.05.2015 eine Lohnabrechnung resp. eine Schlussabrechnung. Das Einzelgericht am Arbeitsgericht Winterthur fällte am 12. Dezember 2016 das folgende Urteil: Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Arbeitsbestätigung, welche sich über die Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses ausspricht, sowie einen Lohnausweis für die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses aus- und zuzustellen. Im übrigen Umfang wird die Klage abgewiesen. Am 31. Januar 2017 erhob der Kläger Berufung. Die Berufung richtet sich gegen die Abweisung der eingeklagten Forderung. Nicht angefochten wurde das Dispositiv betreffend die Arbeitsbestätigung, was vorzumerken ist.

Aus den Erwägungen:

3.1 Der Kläger behauptete im erstinstanzlichen Verfahren, er habe für die Beklagte 613.5 Überstunden geleistet. Diese seien ihm mit einem Zuschlag von 25% zu vergüten und zusätzlich seien die Ferien und 20 Ruhetage zu entschädigen, weshalb ein Betrag von Fr. 19'624.35 geschuldet sei. Dabei berief sich der Kläger auf seine eigene Agenda. Die Beklagte hielt dem entgegen, der Kläger habe nur während den vereinbarten Ar-

beitszeiten gearbeitet, nämlich von Montag bis Freitag von 10 bis 14.30 Uhr und an Samstagen von 17.30 bis 22 Uhr. An Sonntagen habe der Kläger nicht gearbeitet. Überstunden habe er keine geleistet, dafür habe es auch keine Veranlassung gegeben. Die Stundenaufstellung des Klägers sei im Nachhinein angefertigt worden und sei falsch.

3.2 Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch auf Entschädigung. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, der Kläger habe sehr pauschal dargelegt, dass er während des Arbeitsverhältnisses insgesamt 886.75 Stunden gearbeitet und daher 613.5 Überstunden geleistet habe. Für das Quantitativ habe der Kläger auf seine Agenda verwiesen. Nähere Substantiierungen sei er schuldig geblieben. Insbesondere habe es der Kläger unterlassen, im Detail darzulegen, an welchen Tagen er wie lange gearbeitet habe bzw. an welchen Tagen er wie viele Überstunden geleistet haben wolle. Ebenso wenig habe er dargetan, inwiefern die geltend gemachten Überstunden notwendig oder angeordnet gewesen seien. Es werde lediglich zu Protokoll gegeben, der Kläger habe sich weit über die vereinbarte Zeit im Restaurant aufgehalten, was Zeugen bestätigen könnten. Weiter mache er nicht geltend, die Beklagte habe explizit Überstunden angeordnet, vielmehr führe er aus, die Beklagte habe die Mehrarbeit konkludent angenommen und geduldet. Von einer stillschweigenden Genehmigung könne nur ausgegangen werden, wenn der Kläger der Beklagten die Überstunden periodisch zur Kenntnis gebracht habe. Der Kläger mache indessen nicht geltend, der Beklagten Arbeitsrapporte abgegeben zu haben, und er nenne auch keine diesbezüglichen Beweismittel. Er reiche einzig Auszüge aus seiner Agenda ein. Seine eigenen Stundenaufzeichnungen würden jeweils Arbeitsbeginn und Arbeitsende sowie die geleistete Stundenanzahl enthalten. Dass der Kläger diese Auszüge der Beklagten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses je zur Kenntnis gebracht habe, sei weder ersichtlich noch behauptet. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Kläger während der Dauer des Arbeitsverhältnisses gegenüber der Beklagten in keiner Weise kundgetan habe, dass er Überstunden geleistet habe. Wenn entsprechende Meldungen nie erfolgt seien, könnten die behaupteten Mehrstunden auch nicht stillschweigend genehmigt worden sein. Ferner sei aus den eingereichten Lohnabrechnungen ersichtlich, dass in allen Monaten ein Überstundensaldo von null Stunden aufgeführt sei. Der Kläger behaupte nicht, dass er sich während des Arbeitsverhältnisses gegen diese Aufzeichnungen zur Wehr gesetzt oder zumindest dahingehend geäussert habe, diese Saldi seien nicht zutreffend. Aus dem Dargelegten lasse sich zusammenfassen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Überstunden gemeldet habe. Eine Beweisabnahme über das Quantitativ könne somit unterbleiben.

3.3 Im Berufungsverfahren beanstandet der Kläger, die Vorinstanz habe es unterlassen, über das Quantitativ der geltend gemachten Überstunden Beweis abzunehmen. Denn der Anordnung von Überstunden werde in der Rechtsprechung gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber um die Notwen-

digkeit, Überstunden zu leisten, gewusst habe oder zumindest hätte wissen müssen. Er habe vor Vorinstanz vorgetragen und die Zeugnisse dreier Zeugen offeriert, wonach er zu allen Tageszeiten, also auch am Montag von ca. 9 Uhr bis 11 Uhr und Dienstag bis Sonntag von ca. 9 Uhr bis 22 Uhr in dem Restaurant der Beklagten arbeitend anzutreffen gewesen sei. Unstreitig sei jedoch vor allem, dass der Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter der Beklagten grundsätzlich ebenfalls anwesend gewesen sei. Bereits in der Replik habe der Kläger auf die konkludente Annahme der Mehrarbeit und deren Folgen hingewiesen. Die Beklagte habe um die geleisteten Überstunden gewusst bzw. hätte es wissen müssen, weshalb dem Umstand, dass er die Überstunden nicht gemeldet habe, keine Bedeutung zukomme. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt, insbesondere die Tatsache, dass Überstunden geleistet worden seien, und – in einem zweiten Schritt – deren Umfang unrichtig und unvollständig festgestellt.

3.4 Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass der Geschäftsführer nicht ständig im Restaurant gewesen sei und die Beklagte nie Überstundenarbeit des Klägers angenommen habe. Mit dem vertraglich vereinbarten Arbeitspensum von 50% habe der Kläger die ihm übertragenen Arbeiten ohne weiteres erledigen können. Überstunden seien nicht notwendig gewesen. Von einer konkludenten Annahme von Mehrarbeit könne nicht die Rede sein. Der vom Kläger vorgebrachte pauschale Verweis auf «seine eigenen Aufzeichnungen» genüge klarerweise nicht. Es handle sich um unsubstantiierte Parteibehauptungen. Bei den erst in der Berufungsschrift aufgelisteten Stunden handle es sich um ein unzulässiges Novum. Gemäss seinen Aufzeichnungen wolle der Kläger während des Arbeitsverhältnisses jeden Tag (inkl. Samstage und Sonntage) ununterbrochen und ohne Pausen von ca. 9 Uhr bis ca. 22 Uhr im Restaurant der Beklagten gearbeitet haben, was absurd sei und vollumfänglich bestritten werde. Welche konkreten Arbeiten er während der Zeit verrichtet haben wolle, habe der Kläger bis heute nicht dargelegt.

4.1 Der Arbeitsvertrag des Klägers mit der Beklagten untersteht dem Landes-Gesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes, Ausgabe 2012 (fortan L-GAV). Der L-GAV wurde vom Bundesrat für das Gebiet der ganzen Schweiz per 1.1.1999 für allgemeinverbindlich erklärt (vgl. www.l-gav.ch). Er ist eine offenkundige Tatsache im Sinne von Art. 151 ZPO. Sein Wortlaut muss weder behauptet noch bewiesen werden. Der L-GAV ist lex specialis zu den arbeitsvertraglichen Bestimmungen im Sinne von Art. 319 ff. OR.

4.2 Die Beklagte weist eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Stunden aus und gilt damit als Kleinbetrieb im Sinne des L-GAV (Art. 15 L-GAV). Die gesetzliche Höchstarbeitszeit im Gastgewerbe beträgt 50 Wochenstunden (Art. 9 Abs. 1 lit. b des Arbeitsgesetzes [ArG]). Die vereinbarte Arbeitszeit des Klägers betrug 22.5 Stunden pro Woche. Nach Art. 21 Abs. 2 L-GAV ist der Arbeitgeber für die Erfassung der geleisteten Arbeitszeit

verantwortlich (Arbeitszeiterfassung); sie ist mindestens einmal monatlich vom Mitarbeiter zu unterzeichnen. Der Arbeitgeber führt zudem Buch über die effektiven Arbeits- und Ruhezeiten (Arbeitszeitkontrolle; Art. 21 Abs. 3 L-GAV). Kommt der Arbeitgeber seiner Buchführungspflicht nicht nach, wird eine Arbeitszeiterfassung des Mitarbeiters im Streitfall als Beweismittel zugelassen (Art. 21 Abs. 4 L-GAV).

5.

Nach Art. 321c Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer zur Leistung von Überstunden verpflichtet, wenn Überstundenarbeit gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, notwendig ist, soweit er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Überstundenarbeit ist gemäss Art. 321c Abs. 3 OR zu entgelten, wenn sie nicht durch Freizeit ausgeglichen wird und nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist. Der Arbeitnehmer hat nachzuweisen, dass er Überstunden leistete und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren (BGE 129 III 171 E. 2.4). Die Bestimmung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV sieht diesbezüglich keine Beweislastumkehr vor, sondern nur die Zulassung von Aufzeichnungen zur geleisteten Arbeitszeit als Beweismittel, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeit nicht erfasst (BGer 4P.80/2005 vom 20. Mai 2005, Erw. 3). Zu beachten ist ferner, dass dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden gleichgesetzt wird, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt. Dann ist ihm der Einwand, sie seien nicht angeordnet oder betriebsnotwendig gewesen, verwehrt (BGer 4A_2559/2010 vom 2. September 2010, E. 2.7; BGer 4A_42/2011 vom 15. Juli 2011, E. 5.2).

6.

Es liegt ein Rechtsstreit im vereinfachten Verfahren vor. Im vereinfachten Verfahren hat das Gericht gemäss Art. 247 Abs. 1 ZPO darauf hinzuwirken, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel im Sinne der gesetzlichen Vorgabe bezeichnen. Diese im Vergleich zu Art. 56 ZPO verstärkte richterliche Fragepflicht ist Ausfluss des vom Gesetzgeber gewünschten «bürgernahe(n) und laienfreundliche(n) Verfahren(s)» (Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7245; REETZ, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 247 N 7). Sodann ist der soziale Untersuchungsgrundsatz zu beachten, also der Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. b). Mithin hat das Gericht die Möglichkeit, Beweise von Amtes wegen abzunehmen, die nicht von den Parteien offeriert worden sind (Art. 153 Abs. 1 ZPO).

7.

Mit der schriftlichen Klagebegründung vom 28. Dezember 2015 machte der Kläger eine Entschädigung für 613.50 Mehrstunden plus Zuschläge und Entgelt für Ferien und Ruhetage geltend. Im Nachgang dazu

reichte er noch vor der Hauptverhandlung seine Agenda in Kopie dem Gericht ein, mit der er eine Gesamtarbeitszeit von 886.57 Stunden auswies bei arbeitsvertraglich abgemachten 273.2 Stunden. Anlässlich der Hauptverhandlung verwies er zur Untermauerung seines Standpunktes auf diese Agenda. Zwar genügt es nicht, in der Klage Behauptungen aufzustellen und pauschal auf die Klagebeilagen zu verweisen. Klägerische Behauptungen haben grundsätzlich in den Rechtsschriften bzw. in den mündlichen Parteivorträgen zu erfolgen (ZR 102/2003 Nr. 15, E. 4). In Anwendung der verstärkten gerichtlichen Fragepflicht hätte zumindest der Hinweis ergehen müssen, dass hinsichtlich der behaupteten Überstunden in den schwer entzifferbaren Kalenderblättern eine ausreichende Substantiierung fehle, auch wenn der Kläger anwaltlich vertreten ist (vgl. HAUCK, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 247 N 19). Das hat die Vorinstanz nach Erstattung der mündlichen Klageantwort nicht getan. Stattdessen hat sie den Parteien in Aussicht gestellt, dass noch eine Zeugenbefragung stattfinden werde. Demnach durfte der Kläger bzw. dessen Rechtsvertreterin vor dem zweiten Vortrag davon ausgehen, alles behauptet zu haben, damit ein Beweisverfahren stattfinden werde. In dieser Annahme hat der Kläger repliziert. Aufgrund der Verletzung der richterlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 247 Abs. 1 ZPO ist die in der Berufungsschrift vorgenommene Auflistung der geltend gemachten Stunden als zulässiges Novum zu beachten. Im Übrigen weist der Arbeitsvertrag keine Arbeitszeiten aus, weshalb vom Kläger nicht verlangt werden kann, dass er für jeden Tag genau angibt, welche Stunden aus seiner Sicht Normalarbeitszeit und welche Überstunden darstellen. Auf das Beweisverfahren hat die Vorinstanz verzichtet, was – wie zu zeigen ist – nicht zulässig war.

8.

Ein Beweisverfahren hat stattzufinden, wenn rechtserhebliche streitige Tatsachen vorliegen und die beweisbelastete Partei form- und fristgerecht taugliche Beweismittel angeboten hat (Art. 150 Abs. 1 und Art. 152 Abs. 1 ZPO). Keine streitigen Tatsachen liegen vor, wenn sich die Parteien im Prozess auf Urkunden berufen, deren Inhalt unbestritten ist. Ist aber im Sinne von Art. 150 Abs. 1 und 152 Abs. 1 ZPO ein Beweisverfahren durchzuführen, so hat vor der Beweisabnahme die von Art. 154 ZPO obligatorisch vorgesehene Beweisverfügung des Gerichts zu ergehen: Das Gericht hat dort die zugelassenen Beweismittel zu bezeichnen und darüber zu bestimmen, «welcher Partei zu welchen Tatsachen der Haupt- oder der Gegenbeweis obliegt.» Da die Beweisverfügung mithin sowohl den Beweisgegenstand als auch die Beweismittel festlegt, steckt sie damit gleichzeitig auch die Thematik der Schlussvorträge der Parteien gemäss Art. 232 ZPO ab, jedenfalls soweit die Parteien dort «zum Beweisergebnis» Stellung zu nehmen haben. Dort, wo das Gericht prozessrechtskonform gestellte Beweisanträge übergeht, hat es die Begründung für sein Vorgehen mit dem Endentscheid zu liefern. Grundsätzlich sind aber (unter dem Vorbehalt zulässiger antizipierter Beweiswürdigung) alle prozesskonform beantragten

Beweismittel zu berücksichtigen, sofern nicht aufgrund späterer Ausführungen der Parteien von ihrem Verzicht auf die Abnahme bestimmter Beweismittel auszugehen ist (ZR 115/2016 Nr. 45, E. 3.5 m.H.).

9.

Wie ausgeführt, ist die Dokumentationspflicht zur Arbeitszeiterfassung/ Arbeitszeitkontrolle nicht nur in Art. 46 ArG verankert, sondern ausdrücklich und im Einzelnen im L-GAV geregelt (Art. 21 L-GAV). Arbeitnehmer dürfen somit grundsätzlich davon ausgehen, die Arbeitszeitkontrolle erfolge durch den Arbeitgeber. Gemäss den Akten hat die Beklagte weder eine Arbeitszeiterfassung noch eine Arbeitszeitkontrolle erstellt. Der von ihr eingereichte Kalenderauszug betrifft nur den Monat Februar 2015 und die Urkunde ist sowohl in zeitlicher wie inhaltlicher Hinsicht ungenügend. Die Beklagte erwähnte vor Vorinstanz, dass die Parteien einen «Arbeitsvertrag für Teilzeitmitarbeiter mit regelmässigem, festgelegtem Arbeitspensum» abgeschlossen hätten. Allerdings lassen sich weder dem Arbeitsvertrag detaillierte Angaben entnehmen, noch legte die Beklagte den ebenfalls vom Gesamtarbeitsvertrag vorgeschriebenen schriftlichen Arbeitsplan ins Recht (vgl. Art. 21 Abs. 1 L-GAV). Das Unterlassen der Dokumentationspflicht führt zwar nicht zu einer Umkehr der Beweislast, mithin bleibt es dabei, dass der Kläger zu beweisen hat, dass er auf Weisung oder wenigstens im Interesse der Beklagten die behaupteten Überstunden geleistet hat. In Anwendung von Art. 21 Abs. 4 L-GAV sind aber seine Aufzeichnungen im Streitfall als Beweismittel zuzulassen. Diese Bestimmung ist so zu verstehen, dass grundsätzlich auf die Aufzeichnungen des Arbeitnehmers abzustellen ist. Es obliegt alsdann dem Arbeitgeber, Zweifel an der Richtigkeit der vom Arbeitnehmer vorgelegten Arbeitszeitkontrolle zu wecken (KGer SG in GVP 2007 Nr. 53). Immerhin kann das Gericht zugunsten des Arbeitnehmers je nach Lage des Falls eine Beweismassreduktion vornehmen, wenn der Arbeitgeber seiner Aufzeichnungspflicht nicht nachgekommen ist. Sofern es dem Arbeitnehmer gelingt, die Leistung von Überstunden an sich, nicht aber deren genaue Zahl zu beweisen, kann das Gericht deren Umfang in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR schätzen (STREIFF/ VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsrecht – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 321c N 10 m.H.a. BGer 4A_543/2011 vom 17.10.2011, E. 3.1.1).

10.

Die Beklagte bestritt im vorinstanzlichen Verfahren die geltend gemachten Überstunden vehement. Sie wandte ein, dass der Kläger nur von 10 bis 14.30 Uhr (montags bis freitags) und von 17.30 bis 22 Uhr (samstags) gearbeitet habe, mit jeweils einer halben Stunde Pause/Essenszeit. Pro Woche habe sich die Arbeitszeit auf höchstens 24 Stunden belaufen. So seien die Arbeitszeiten zwischen den Parteien vereinbart gewesen. An Sonntagen habe der Kläger nie gearbeitet. Der Kläger sei einzig als Koch angestellt und für die Mittagsmenus bzw. die Menus am Samstagabend zu-

ständig und die Küche sei nur während den vereinbarten Zeiten geöffnet gewesen. Am Sonntag sei die Küche ganztägig geschlossen gewesen. Andere Aufgaben habe der Kläger nicht gehabt. Mit der Zubereitung der Pizzen und mit dem Service habe der Kläger gar nichts zu tun gehabt. Auch sei das Restaurant in der fraglichen Zeit (Februar bis Mai 2015) von ca. 15 Uhr bis 17.30 Uhr geschlossen gewesen (Zimmerstunde). Alle Mitarbeiter, auch der Kläger, hätten es verlassen müssen. Die Beklagte beantragte die Parteibefragung/Beweissage des Geschäftsinhabers, C., und rief mehrere Mitarbeitende und Stammgäste als Zeugen an, welche zu den Arbeitseinsätzen des Klägers Aussagen machen könnten. Auch hat sie Beweismittel bezeichnet, wonach das Restaurant zu bestimmten Zeiten, während deren der Kläger gearbeitet haben will, geschlossen gewesen sei, so z.B. während der Zimmerstunde oder am Fasnachtsmontag, 23. Februar 2015. In der Replik bezog sich auch der Kläger auf drei namentlich genannte Zeugen, allesamt Gäste des Lokals, welche bezeugen könnten, dass er zu allen Tageszeiten, d.h. vormittags, mittags, nachmittags und abends im Restaurant der Beklagten arbeitend anzutreffen gewesen sei. Er bestritt, dass sich seine Aufgaben auf die Zubereitung der Mittagsmenus resp. des Menus am Samstagabend beschränkt haben sollen. Er sei vielschichtig von der Beklagten eingesetzt worden, so zum Kochen, zum Zubereiten der Pizzen, Bestellungsaufnahme und Essensausgabe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist das Anrufen von Zeugen durchaus ein adäquates Beweismittel, wenn der Arbeitgeber seine Pflicht zur Erfassung und Kontrolle der geleisteten Arbeitsstunden vernachlässigt und dadurch den Beweis des Arbeitnehmers erschwert (JAR 2014, S. 140). Die prozesskonform beantragten Beweismittel werden daher abzunehmen sein. Der Beklagten steht der Gegenbeweis offen (Art. 8 ZGB). Sie hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Richter Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen dadurch vereiteln sollen (BGE 120 II 393 E. 4b).

11.

Es ist unbestritten, dass die Beklagte die Überstunden weder anordnete noch der Kläger seine Aufzeichnungen der Beklagten während der Dauer der Anstellung zur Kenntnis brachte. Sollte dem Kläger der Beweis für die behaupteten Überstunden gelingen, trägt er ferner die Beweislast dafür, dass die Mehrarbeit zur Erledigung der anfallenden Arbeit im Interesse der Beklagten notwendig war. Nach dem Ausgeführten wird dem Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt (Erw. Ziff. 5). Und ist der Arbeitgeber über die geleisteten Überstunden informiert, enthebt dies den Arbeitnehmer auch vom Nachweis der Notwendigkeit (BGer 4A_338/2011 vom 14. Dezember 2011, E. 2.2). Vor Vorinstanz machte der Kläger geltend, die Beklagte habe – selbst wenn keine ausdrückliche Arbeitsanweisung

vorgelegen haben sollte – die Mehrarbeit konkludent angenommen und sie geduldet. Die wöchentliche Arbeitszeit im Betrieb der Beklagten beträgt 45 Stunden; es handelt sich, wie erwähnt um einen Kleinbetrieb im Sinne von Art. 15 L-GAV. Als Kleinbetriebe gelten Betriebe, die ausser dem Arbeitgeber nicht mehr als 4 Mitarbeiter ständig beschäftigen (Anhang I zu Art. 15 LGAV). Bei einem Kleinstbetrieb wie die Beklagte einer ist, muss davon ausgegangen werden, dass der Geschäftsinhaber sehr wohl weiss, wie viel der einzelne Mitarbeitende jeweils arbeitet und ob der Arbeitsumfang möglicherweise weit über das Vereinbarte hinausgeht. Eine Bewilligung oder Meldung der Überstunden wäre in diesem Fall nicht erforderlich. Das muss vorliegend umso mehr gelten, als dass die Beklagte ihrer Zeiterfassungs- und Buchführungspflicht gemäss L-GAV nicht nachgekommen ist.

12.

Schliesslich ist festzuhalten, dass der Kläger eine allfällige Überstundenentschädigung nicht verwirkt hat. Dass er den Lohn vorbehaltlos entgegen nahm, und die Lohnabrechnung stets einen Überstundensaldo von null Stunden aufführte, ändert daran nichts, nachdem der Anspruch auf Überstundenentschädigung zwingend ist und unter das Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR fällt (BGE 124 III 469 E. 3a). Das blosse Zuwarten mit der Geltendmachung eines Anspruchs ist gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung kein Rechtsmissbrauch und eine Verwirkung wegen verzögerter Geltendmachung darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Für eine Verwirkung müssten zum Zeitablauf weitere Umstände treten, welche die Geltendmachung in einen unvereinbaren Widerspruch mit der früheren Untätigkeit des Arbeitnehmers treten lassen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber davon abhält, Hilfskräfte einzustellen (BGE 129 III 171 E. 2.3; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 321c N 10). Derartiges wurde vorliegend nicht geltend gemacht und ist denn auch nicht auszumachen.

13.

Nach dem Dargelegten ist vorliegend ein Beweisverfahren durchzuführen. Es wird zunächst eine Beweisverfügung im Sinne von Art. 154 ZPO zu erlassen sein, wobei davon auszugehen ist, dass dem Kläger der Hauptbeweis für die behaupteten Überstunden obliegt. Die Beklagte, welche behauptet, dass der Kläger lediglich während der ordentlichen Arbeitszeit tätig gewesen und das Restaurant zu gewissen Stunden/Tagen geschlossen gewesen sei, ist mit den von ihr genannten Gegenbeweismitteln zuzulassen. Die Vorinstanz stellte den Sachverhalt demnach in einem wesentlichen Teil unvollständig fest, indem sie von den Parteien form- und fristgerecht angebotene (Gegen-)Beweismittel nicht abgenommen hat. Es ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 318 N 35 m.w.H.). Es rechtfertigt sich mithin, eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts im

Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Das Urteil der Vorinstanz (mit Ausnahme von Dispositiv-Ziffer 1) ist deshalb aufzuheben und zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 7. Juli 2017 (Bestätigung des Urteils des Arbeitsgerichts Pfäffikon vom 29. Juni 2016)

Nach einer erfolgten Verwarnung genügt ein weniger schwer wiegender Verstoss zur gerechtfertigten fristlosen Kündigung, wobei es sich dabei nicht um einen Verstoss gleicher Art handeln muss. Allerdings fallen ähnliche Verstösse nach einer Verwarnung unter dem Aspekt von Treu und Glauben schwerer ins Gewicht. Zu betonen ist, dass auch nach einer Verwarnung nicht jede Kleinigkeit eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermag. Vorliegend erweist sich die SMS des Arbeitnehmers, der keine Verbalinjurien zu entnehmen sind, unter den konkreten Umständen objektiv als ungeeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgehend zu erschüttern, dass der Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten gewesen wäre (E. 2.3, 2.4.1).
Die Vorinstanz stellte zutreffend fest, der Arbeitnehmer mache Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR geltend und beziffere den diesbezüglichen Schaden auf Fr. 36'466.65. Eingeklagt worden seien jedoch lediglich Fr. 29'990.–. Folglich könne dem Arbeitnehmer keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen werden, auch wenn ihm eine solche zustehen würde, da dies eine Verletzung der Dispositionsmaxime darstellen würde (E. 3.1.1).

Sachverhalt:

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) war vom 1. Dezember 2013 bis zur fristlosen Kündigung durch die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) per 23. November 2015 für letztere als technischer Kaufmann/Bauführer tätig. Der Arbeitsvertrag vom 28. November 2013 sah vor, dass der Kläger ab dem 1. Dezember 2013 in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis mit der Beklagten stand, für welches im ersten Dienstjahr eine Kündigungsfrist von einem Monat und vom zweiten bis neunten Dienstjahr von zwei Monaten galt. Der Kläger war im Monatslohn angestellt. Gemäss Ausführungen des Klägers arbeiteten er und der einzige Verwaltungsrat der Beklagen, D., bereits vor Dezember 2013 zusammen, namentlich im Betrieb von D. und dessen Sohn, E. Nachdem das Verhältnis zwischen Vater und Sohn zunehmend schwieriger ge-

worden sei, habe D. den gemeinsamen Betrieb verlassen und ein eigenes Unternehmen, die Beklagte, gegründet. Es habe sich um eine bösartige Trennung von Vater und Sohn gehandelt. Er selber sei auch Teil dieses Konflikts geworden, da er auch aus dem damaligen Betrieb ausgestiegen sei und per Dezember 2013 bei der Beklagten zu arbeiten begonnen habe. Bereits im damaligen Konflikt mit dem Sohn habe er in der Folge seinen Lohnanspruch einklagen müssen.

Am 3. Februar 2016 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramts F. Klage mit folgenden Rechtsbegehren ein: (1.) Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 29'990.– zu bezahlen. (2.) Es sei festzustellen, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei. Am 29. Juni 2016 fällte das Einzelgericht am Arbeitsgericht Pfäffikon folgendes Urteil: (1.) Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 29'990.– brutto zu bezahlen. (2.) Auf das klägerische Rechtsbegehren 2 wird nicht eingetreten. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob die Beklagte am 2. Februar 2017 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge. Die Berufungsantwort datiert vom 22. Februar 2017. Mit Beschluss vom 29. März 2017 wurde vorgemerkt, dass der vorinstanzliche Entscheid insoweit in Rechtskraft erwachsen sei, als die Beklagte mit dessen Dispositivziffer 1 verpflichtet worden sei, dem Kläger einen Betrag von Fr. 13'011.85 zu bezahlen. Im gleichen Entscheid wurde, nachdem am 21. März 2017 über die Beklagte der Konkurs eröffnet worden war, der Konkurs vorgemerkt und das Verfahren sistiert. Mit Urteil vom 4. Mai 2017 hiess die zweite Zivilkammer die Beschwerde der Beklagten gegen das Urteil des Konkursrichters des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 21. März 2017 betreffend Konkurseröffnung gut und hob das Urteil des Konkursrichters, mit welchem über die Schuldnerin der Konkurs eröffnet worden war, auf. Dementsprechend wurde die Sistierung des Berufungsverfahrens aufgehoben. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Aus den Erwägungen:

1.

Streitgegenstand

Die Vorinstanz ging gestützt auf die Parteiausführungen der Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren von drei geltend gemachten Gründen für die fristlose Kündigung aus. So prüfte die Vorinstanz, ob die fristlose Kündigung aufgrund eines treuwidrigen Verhaltens des Klägers zu Lasten der Beklagten, der verschlechterten Arbeitsleistung des Klägers oder dessen Fernbleiben vom Arbeitsplatz trotz vorgängiger Verwarnung gerechtfertigt war. Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR. Im Rahmen ihrer Berufung kritisiert die Beklagte die vorinstanzliche Sachverhaltsdarstellung und macht geltend, sich bereits vor Vorinstanz auf den Standpunkt gestellt zu haben, dass am 23. November 2015 mit der SMS des Klägers an die Mitarbeiterin der Be-

klagten, C., ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR vorgelegen habe. Es sei einzig und alleine um diese SMS vom 20. November 2015 gegangen, andere Kündigungsgründe habe sie bewusst nicht aufgeführt. In der Folge beschränkt die Beklagte ihre Ausführungen in der Berufungsschrift im Zusammenhang mit der fristlosen Kündigung auf diesen Kündigungsgrund und setzt sich mit den weiteren vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander. Deshalb ist im Berufungsverfahren lediglich die Frage zu prüfen, ob die vom Kläger an die Mitarbeiterin C. gesandte SMS einen zureichenden Grund für eine fristlose Kündigung darstellte. Dass diese SMS vom Kläger an C. gesandt wurde und sie den von der Beklagten geltend gemachten Wortlaut beinhaltete, ist unbestritten. Die SMS vom 20. November 2015 lautet wie folgt: «Hallo C., teile mir bitte mit, falls D. wieder irgendwelche Gemeinheiten plant oder du vorbereiten sollst. Diese Infos bleiben auch absolut unter uns. Mir gehen auf der Fahrt viele Dinge durch den Kopf. Habe ich mit seinem Sohn schon alles durch. …und du weisst, der Apfel….Ansonsten rollt der Verkehr, aber grausiges Wetter. Ich wünsche dir schon mal ein schönes WE und liebe Grüsse, B..»

2.

Fristlose Kündigung

2.1 In Bezug auf die SMS vom 20. November 2015 hielt die Vorinstanz fest, dass ihr insbesondere keine Verbalinjurien zu entnehmen seien, welche ausnahmsweise auch ohne Verwarnung zur fristlosen Kündigung berechtigen würden. Zudem müsse aufgrund der Vorbringen der Parteien davon ausgegangen werden, dass der Kläger von den Verunglimpfungen zwischen D. und seinem Sohn, E., gewusst habe. So habe der Kläger nachvollziehbar angegeben, die an bzw. gegen E. gerichteten, seitenlangen Schreiben gelesen zu haben. Auch sei der Kläger im Gerichtsverfahren gegen E. von D. begleitet und sei das schwierige Verhältnis der beiden thematisiert worden. Offenbar habe der Kläger ein vergleichbares Vorgehen von D. gefürchtet. Im Umstand, dass der Kläger einer Mitarbeiterin, mit der er offenbar bereits vorgängig über dieses Thema gesprochen habe, eine SMS mit dem erwähnten Inhalt gesandt habe, könne in Würdigung sämtlicher Umstände kein wichtiger Grund im Sinne von Art. 337 OR gesehen werden, welcher ohne vorgängige Verwarnung zur fristlosen Kündigung berechtigt hätte. Eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger – allenfalls bis Ende der ordentlichen Kündigungsfrist – wäre der Beklagten, so die Vorinstanz weiter, zuzumuten gewesen. Ein Beweisverfahren, namentlich die Befragung der einzig angerufenen C. als Zeugin, erübrige sich unter diesen Umständen.

2.2 Die Beklagte rügt die Feststellung der Vorinstanz, wonach der SMS insbesondere keine Verbalinjurie zu entnehmen sei. Bereits der erste Satz, nämlich «Hallo C., teile mir bitte mit, falls D. wieder irgendwelche Gemeinheiten plant oder du vorbereiten sollst.», sei mehr als eine Verbalinjurie. Das Wort «Gemeinheit» habe eine markant negative Bedeutung.

Der Kläger habe dem Geschäftsführer der Beklagten sogar unterstellt, wiederholt Gemeinheiten geplant zu haben, das heisst, dass er früher bereits Gemeinheiten begangen, mithin früher quasi perfid gehandelt habe, und nunmehr plane, dies wieder zu tun. Eine solche Ausdrucksweise sei für den Geschäftsführer der Beklagten mehr als beleidigend gewesen. Die SMS habe das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten unwiderruflich zerstört und dieser Vertrauensbruch hätte sich auch durch eine Verwarnung nicht heilen lassen. Die Beklagte lässt dem Kläger in ihrer Berufungsschrift sodann vorwerfen, mit dem zweiten Satz («Diese Infos bleiben auch absolut unter uns.») offensichtlich versucht zu haben, eine Allianz gegen den Geschäftsführer aufzubauen. Man könne es auch als Aufwiegelung oder den Versuch einer Verschwörung gegen den Geschäftsführer der Beklagten bezeichnen. Insbesondere habe der Kläger mit diesem Satz C. am 20. November 2015 in ein Dilemma gestürzt. Ihr Dilemma habe in der Frage bestanden, wie sie sich inskünftig gegenüber ihrem Vorgesetzten, dem Geschäftsführer der Beklagten, verhalten solle – loyal oder illoyal. Sie habe sich dann für ersteres entschieden und den versuchten Komplott des Klägers gegen den Geschäftsführer der Beklagten aufgedeckt. Mit dem weiteren Text («Mir gehen auf der Fahrt viele Dinge durch den Kopf. Habe ich mit seinem Sohn schon alles durch … und du weisst, der Apfel ...») habe der Kläger zum Ausdruck bringen wollen, dass D. die gleichen schlechten charakterlichen Eigenschaften wie sein Sohn, E., aufweise. Eine solche, in hohem Masse beleidigende Qualifikation ihres Geschäftsführers habe sich die Beklagte nicht gefallen lassen müssen.

2.3 Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu Recht erfolgt, kann – um Wiederholungen zu vermeiden – vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Zu ergänzen ist lediglich, dass nach einer erfolgten Verwarnung ein weniger schwer wiegender Verstoss zur gerechtfertigten fristlosen Kündigung genügt. Es muss sich dabei nicht um einen Verstoss gleicher Art handeln. Allerdings fallen ähnliche Verstösse nach einer Verwarnung unter dem Aspekt von Treu und Glauben natürlich schwerer ins Gewicht. Zu betonen ist, dass auch nach einer Verwarnung nicht jede Kleinigkeit eine fristlose Entlassung zu rechtfertigen vermag (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 337 N 13 S. 1123).

2.4.1 Die SMS erweist sich unter den konkreten Umständen objektiv als ungeeignet, die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören oder zumindest so tiefgehend zu erschüttern, dass der Beklagten als Arbeitgeberin die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zuzumuten gewesen wäre. Vor Vorinstanz verwies D. für die Beklagte hinsichtlich der ihm in der SMS unterstellten Gemeinheiten auf die diesbezüglichen Ausführungen von C., welche in ihrer Stellungnahme vom 16. Juni 2016 wiederum festhielt, sie sei davon ausgegangen, dass der Kläger mit Gemeinheiten die Endabrechnung seiner Ferientage gemeint habe. Im wei-

teren Verlauf der vorinstanzlichen Verhandlung führte D. dann jedoch aus, er habe dem Kläger gesagt, dass wenn er noch einmal ohne Absprache einfach abhaue, es eine fristlose Kündigung geben werde. Er sei der Ansicht, dass der Kläger mit Gemeinheiten dies gemeint habe. Lese man den Text der SMS, sei das klar. Der Kläger selber erklärte bezüglich der erwarteten Gemeinheiten, er habe gespürt, dass ihm fristlos gekündigt werde. Zum Passus der SMS, wonach C. ihm mitteilen solle, falls D. wieder irgendwelche Gemeinheiten plane oder sie solche vorbereiten solle, erläuterte er, dass D. in der Vergangenheit immer jemanden gebraucht habe, der gewisse Dinge, wie zum Beispiel Schriftstücke, für ihn vorbereitet habe. Damit gehen beide Parteien – anders als die Mitarbeiterin C. – schlussendlich davon aus, dass mit «Gemeinheiten» die Aussprache einer fristlosen Kündigung gemeint war. Die Bitte eines Arbeitnehmers gegenüber einer Arbeitskollegin um vorgängige Information, sollte ersterem eine fristlose Kündigung drohen, ist jedoch nicht geeignet, das gegenseitige Vertrauen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer zu zerstören oder schwer zu erschüttern. Auch nicht, wenn die Kündigung nicht als solche, sondern als Gemeinheit bezeichnet wird. Zwar wird der Beklagten dadurch ein unredliches Verhalten angelastet, indem ihr bzw. D. vorgeworfen wird, er plane, den Kläger ungerechtfertigt zu entlassen, weshalb eine Treuepflichtverletzung des Klägers nicht verneint werden kann. Vor dem Hintergrund der dem Kläger am 17. November 2017 im Zusammenhang mit seinen Fahrten nach Berlin tatsächlich in Aussicht gestellten fristlosen Kündigung und der unbestritten gebliebenen Vorgeschichte mit dem Sohn von D. wiegt die Verletzung allerdings nicht schwer. Damit ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn sie feststellte, dass sich aus der SMS keine Verbalinjurie ergibt, welche eine fristlose Kündigung ohne vorgängige Verwarnung gerechtfertigt hätte. Die Feststellung der Vorinstanz, dass hinsichtlich der geltend gemachten Verbalinjurie bzw. Diffamierung keine Verwarnung ausgesprochen worden sei, blieb ungerügt und trifft auch zu. Zu beachten ist jedoch, dass hinsichtlich des Fernbleibens vom Arbeitsplatz eine Verwarnung ausgesprochen worden war und nach einer erfolgten Verwarnung nicht ein Verstoss gleicher Art vorausgesetzt wird (vgl. vorstehend E. 2.3). Die Treuepflichtverletzung des Klägers aufgrund der unterstellten Gemeinheiten ist jedoch als geringfügig zu betrachten. Deshalb war die im Zusammenhang mit dem Fernbleiben des Klägers von der Arbeit – und damit einem völlig anderen Sachverhalt – ausgesprochene Verwarnung für eine fristlose Kündigung, ohne Verwarnung im Zusammenhang mit dem unredlichen Verhalten gegenüber einem Vorgesetzten, nicht ausreichend. Nichts anderes würde gelten, wenn mit Gemeinheiten – wie dies von C. aufgefasst wurde – die Endabrechnung der Ferientage gemeint gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund ist denn auch nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die von der Beklagten offerierte Zeugin, C., nicht einvernommen hat. Die Beklagte macht hierzu im Berufungsverfahren geltend, C. hätte zusätzlich die Wirkung der SMS auf sie persönlich aufzeigen können. Dabei übersieht die

Beklagte, dass es nicht oder zumindest nicht ausschlaggebend um die Wirkung der SMS auf C. geht, sondern um die Auswirkung der SMS auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem Kläger. Wie bereits aufgezeigt, war die SMS aber objektiv nicht geeignet, das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu zerstören oder so tief greifend zu erschüttern, dass der Beklagten nach Treu und Glauben eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten gewesen wäre.

2.4.2 Die Beklagte unterstellt dem Kläger in ihrer Berufungsschrift, er habe mit der SMS sodann sagen wollen, dass D. die gleichen schlechten charakterlichen Eigenschaften habe wie sein Sohn, was eine im hohen Masse beleidigende Qualifikation sei. Diese Behauptung brachte die Beklagte erst im Berufungsverfahren vor, was unzulässig ist (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO), weshalb auf diese Ausführungen nicht einzugehen ist. Im vorinstanzlichen Verfahren führte die Beklagte nicht aus, D. sei dadurch diffamiert worden, dass er mit seinem Sohn verglichen worden sei.

2.4.3 Gleiches gilt für den Vorwurf, der Kläger habe eine Allianz gegen den Geschäftsführer der Beklagten aufzubauen versucht, was auch als Aufwiegelung oder den Versuch einer Verschwörung bezeichnet werden könne. Aufgrund der SMS habe sich die Mitarbeiterin C. in einem Dilemma wiedergefunden, ob sie sich gegenüber dem Geschäftsführer loyal oder illoyal verhalten solle. Auch diese Ausführungen sind neu und im Hinblick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO unbeachtlich. Vor Vorinstanz wurde weder ein solches Dilemma noch ein versuchter Komplott geltend gemacht.

2.5 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Verfehlung des Klägers, namentlich der Versand der im Streite liegenden SMS, nicht schwer genug wiegt, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Der Beklagten wäre es zumutbar gewesen, ordentlich zu kündigen und das Arbeitsverhältnis noch gut zwei Monate aufrechtzuerhalten. Daran ändert auch der letzte Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe sich mit dem Schlusssatz «Ansonsten rollt der Verkehr, aber grausiges Wetter. Ich wünsche dir schon mal ein schönes WE und liebe Grüsse, B.» nach dem «derben Frontalangriff» auf den Geschäftsführer der Beklagten bei C. anbiedern wollen, nichts.

Damit erweist sich die fristlose Kündigung vom 23. November 2015 als ungerechtfertigt. Nach dem Gesagten verfängt denn auch die Kritik der Beklagten nicht, die Vorinstanz habe sich nur kurz mit der SMS auseinandergesetzt, um sich dann aber zur Hauptsache mit der engen finanziellen Lage der Beklagten und dem belasteten Verhältnis von D. und dessen Sohn zu befassen, und diese Punkte quasi als Entschuldigungsgrund für das dreiste Vorgehen des Klägers angeführt. Vielmehr ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass aufgrund der Gesamtumstände kein wichtiger Grund vorlag, welcher eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätte.

3.

Ansprüche aus ungerechtfertigter fristloser Kündigung/Verrechnung

3.1.1 Die Vorinstanz stellte fest, der Kläger mache Schadenersatzansprüche im Sinne von Art. 337c Abs. 1 OR geltend und beziffere den diesbezüglichen Schaden auf Fr. 36'466.65. Eingeklagt worden seien jedoch lediglich Fr. 29'990.–. Folglich könne dem Kläger keine Entschädigung nach Art. 337c Abs. 3 OR zugesprochen werden, auch wenn ihm eine solche zustehen würde, da dies eine Verletzung der Dispositionsmaxime darstellen würde. Da die Beklagte sich auch nach Ausübung der richterlichen Fragepflicht nicht zu den geltend gemachten Ansprüchen geäussert und sich vielmehr damit begnügt habe, den Standpunkt zu vertreten, dass die Kündigung rechtmässig erfolgt sei und demzufolge keine Ansprüche seitens des Klägers bestünden, habe der eingeklagte Anspruch gemäss Rechtsbegehren Ziffer 1 als unbestritten zu gelten.

3.1.2 Auch im Berufungsverfahren setzt sich die Beklagte mit dem vom Kläger geltend gemachten Betrag nicht auseinander. Vielmehr nimmt sie weiterhin lediglich eine Berechnung für den Fall einer rechtmässigen fristlosen Kündigung vor. Damit rügt sie das von der Vorinstanz festgestellte Quantitativ des klägerischen Anspruchs nicht. Dementsprechend bleibt es beim von der Vorinstanz festgehaltenen Betrag von brutto Fr. 29'990.–.

(…)

4.

Fazit

Die Kündigung vom 23. November 2015 erweist sich als ungerechtfertigt. Der dem Kläger in Gutheissung der Klage zugesprochene Betrag von brutto Fr. 29'990.– ist nicht zu beanstanden. Nach dem Gesagten ist die Berufung unbegründet und der Entscheid der Vorinstanz – soweit nicht in Rechtskraft erwachsen – vollumfänglich zu bestätigen.

Obergericht des Kantons Zürich, Urteil vom 23. August 2017 (Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 28. September 2016)

Bestimmungen eines GAV über die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags stellen normative Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR dar, die für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar sowie (mangels abweichender Regelung im GAV) unabdingbar und unverzichtbar gelten. Vorliegend sieht Art. 12.2 des GAV, der für den als Piloten angestellten Arbeitnehmer gilt, für die ordentliche Kündigung durch die Arbeitgeberin einen im Vergleich zur gesetzlichen Regelung (Art. 335 ff. OR) verstärkten Kündigungsschutz vor. Danach darf ein Arbeitsverhältnis wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten grundsätzlich nur unter Einhaltung eines Drei-

Stufen-Verfahrens aufgelöst werden. Dieses verlangt zunächst eine begründete schriftliche Verwarnung (1. Stufe) und danach eine begründete schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung (2. Stufe). Erst in dritter Stufe ist die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist erlaubt. Ausgenommen von diesem Drei-Stufen-Verfahren sind neben der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR insbesondere die Kündigung infolge schwerwiegender Pflichtverletzung (E. 4.1.2, 4.1.3).

Die Vorinstanz qualifizierte das Verhalten des Arbeitnehmers – Reise nach Südamerika während der vorgeschobenen Krankheit (Art. 324a OR) sowie mehrmaliges Lügen und Verschweigen des wahren Sachverhalts – zu Recht als «schwerwiegende Pflichtverletzung» im Sinne des GAV. Es mute lebensfremd an, mit einer schweren Magen-Darm-Grippe (freiwillig) eine 24-stündige Reise nach Südamerika mit Bahn, Flug, Transfers etc. zu unternehmen, um dort an der Taufe des Neffen der Ehefrau teilzunehmen (E. 4.3, 4.6.3.2. 4.6.4).

Sachverhalt:

A., Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), arbeitete seit 4. August 2008 bei der B. AG, der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte), als Pilot (First Officer). Seine damalige Freundin, die er am 15. August 2014 heiratete (im Folgenden Ehefrau), war bei der Beklagten als Flight Attendant angestellt. Der Kläger und seine Ehefrau wurden von deren Bruder und dessen Ehefrau zur Taufe eines Kindes auf den 12. Juli 2014 nach D. [Stadt in Südamerika] eingeladen. Weil der Kläger davon ausging, dass eine rechtzeitige Meldung dieser Abwesenheit bei seiner Arbeitgeberin nicht mehr möglich sei bzw. ein Urlaubsgesuch nicht mehr bewilligt würde, er sich im betreffenden Monat zudem im Reservemonat befand, bei dem Freitage nur mit einer Ankündigungsfrist von drei Monaten möglich waren, und er sein vorhandenes Ferienguthaben für die im November 2014 geplanten Flitterwochen aufgespart hatte, buchten er und seine Ehefrau zwei (stornierbare) Stand-by-Tickets nach D., angeblich in der Hoffnung, sie hätten beide zufällig an diesen Tagen frei. Das traf nicht zu. Der Kläger ersuchte die Beklagte für den 1. und 2. Juli 2014 um Freitage, welche ihm aufgrund eines Langstreckenflugs am Vortag aber nicht gewährt werden konnten. Gemäss seiner Darstellung erkrankte er dann am 28./29. Juni 2014 an einer Magen-Darm-Grippe und blieb der Arbeit bis zum 2. Juli 2014 fern. Nachdem er die Arbeitstätigkeit wieder aufgenommen hatte, erkrankte er nach eigener Darstellung erneut ab 8. Juli 2014 und mit ihm auch seine Ehefrau ab 10. Juli 2014 bis zum 15. Juli 2014. Um dem Wunsch der Familie nach Teilnahme an der Taufe nachzukommen, hätten sich der Kläger und seine Ehefrau entschlossen, trotz Krankheit den gebuchten Flug anzutreten und sich im Flugzeug zu erholen.

In D. hätten sie eine Ärztin aufgesucht. Am 14. Juli 2014 reisten beide in die Schweiz zurück.

In der Folge bot die Beklagte den Kläger (und auch seine Ehefrau) beim Vertrauensarzt auf. Diesem schilderte der Kläger seine (behauptete) Krankheit, verschwieg ihm aber die Reise nach D. bzw. den Umstand, dass er während der fraglichen Zeit nicht zuhause geblieben war. Da die Beklagte weiterhin Zweifel an seiner Sachdarstellung hegte, eröffnete sie gegen ihn ein Disziplinarverfahren. In dessen Rahmen reichte der Kläger eine Stellungnahme (per E-Mail) ein, worin er bestätigte, dass er die ganze Zeit über zuhause geblieben sei und die Krankheit dort auskuriert habe. Anlässlich eines späteren Gesprächs mit seinem Vorgesetzten und der Vertreterin des HR gestand er seine Reise nach D. dann ein. Neben dieser Reise warf ihm die Beklagte weitere angebliche Scheinabsenzen bzw. -verhinderungen vor, unter anderem eine Abwesenheit am 4./5. November 2013, während der er nachweislich nach E. [Stadt in Deutschland] geflogen war, wobei seine Partnerin auf dem betreffenden Flug als Flight Attendant gearbeitet hatte. Zudem wurde dem Kläger ein Untersuchungsbericht ausgehändigt, zu dem er mit E-Mail vom 28. Juli 2014 Stellung nahm. Am 6. August 2014 eröffnete die Beklagte dem Kläger die Kündigung per 30. November 2014 und stellte ihn per sofort frei. Daneben kündigte sie auch das Arbeitsverhältnis mit seiner Ehefrau. Am 8. August 2014 meldete sich der Kläger nochmals bei der Beklagten mit einer erklärenden Stellungnahme, worauf diese ihm mitteilte, dass sie an der Kündigung festhalte. Am 19. September 2014 erhob der Kläger Einsprache gegen die Kündigung. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2014 hielt die Beklagte erneut an ihrer Kündigung fest.

Mit Eingabe vom 30. April 2015 machte der Kläger beim Bezirksgericht Bülach, Arbeitsgericht (Vorinstanz), gegen die Beklagte eine Klage mit folgenden Rechtsbegehren anhängig: (1.) Es sei festzustellen, dass der Kläger keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV 2011 C. [Gewerkschaft der B. AG] begangen hat. (2.) Die am 4./6. August 2014 ausgesprochene Kündigung sei aufzuheben und das Arbeitsverhältnis ex tunc fortzusetzen. (3.) Eventuell sei die Beklagte zu verpflichten, (3.1.) dem Kläger wegen missbräuchlicher Kündigung eine angemessene Entschädigung zu bezahlen, mindestens jedoch eine Entschädigung in Höhe von Fr. 100'000.– (12 Monatslöhne). (3.2.) dem Kläger die zur Lizenzerhaltung erforderliche Nachschulung für die Instrumentenflugberechtigung zu finanzieren. (4.) Es seien dem Kläger die ihm zustehenden Ferientage (7 Tage) durch die Beklagte abzurechnen und auszubezahlen. (5.) Unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Damit setzt sich der Kläger gegen die seiner Ansicht nach unzulässige oder zumindest missbräuchliche Kündigung zur Wehr. Nach Eingang der schriftlichen Klageantwort vom 27. August 2015 fand am 16. Dezember 2015 die mündliche Hauptverhandlung und am 7. Juli 2016 die Beweisabnahme statt. Anlässlich seines ersten Schlussvortrags reduzierte der Kläger sein Rechtsbegehren Ziffer 4

(betreffend Abrechnung und Auszahlung von Ferientagen) von 7 auf 3 Tage (Prot. I S. 116). Am 28. September 2016 erging das vorinstanzliche Urteil, mit dem die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers abgewiesen wurde. Hiergegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 16. November 2016 Berufung.

Aus den Erwägungen:

4.

Materielle Beurteilung

4.1 Vertragsrechtliche Ausgangslage

4.1.1 Auf das Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und dem von ihr als Pilot angestellten Kläger finden die Bestimmungen des Gesamtarbeitsvertrags zwischen der Beklagten und C., gültig ab 1. November 2011 (GAV 2011), Anwendung; subsidiär gelten die Vorschriften des OR (vgl. Art. 2.1 GAV). Darin sind sich die Parteien einig. Strittig ist hingegen, ob die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung gemäss den einschlägigen Vorschriften zulässig war.

4.1.2 Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist in Art. 12 GAV geregelt. Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags über die Beendigung des Einzelarbeitsvertrags stellen normative Bestimmungen im Sinne von Art. 356 Abs. 1 OR dar, welche für die beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar sowie (mangels abweichender Regelung im GAV) unabdingbar und unverzichtbar gelten (Art. 357 Abs. 1 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2013, Rz 1115, Rz 1118 f. und Rz 1137). Ihre Auslegung richtet sich nicht nach den Regeln der Vertragsauslegung, sondern nach den Grundsätzen über die Auslegung von Gesetzen (BGE 127 III 318 E. 2.a S. 322; 133 III 213 E. 4.2 S. 214 f.; BGer 4A_670/2010 vom 4. April 2011, E. 3.1; CHK-EMMEL, OR 356 N 2; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 1117 und Rz 1138 f.). Sie ist Rechtsfrage.

4.1.3 Art. 12.2 GAV sieht für die ordentliche Kündigung durch die Beklagte einen im Vergleich zur gesetzlichen Regelung (Art. 335 ff. OR) verstärkten Kündigungsschutz vor. Danach darf ein Arbeitsverhältnis wegen Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten grundsätzlich nur unter Einhaltung eines Drei-Stufen-Verfahrens aufgelöst werden. Dieses verlangt zunächst eine begründete schriftliche Verwarnung (1. Stufe) und danach eine begründete schriftliche Verwarnung mit Kündigungsandrohung (2. Stufe). Erst in dritter Stufe ist die Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist erlaubt (Art. 12.2.1 GAV). Ausgenommen von diesem Drei-Stufen-Verfahren ist neben der fristlosen Kündigung nach Art. 337 OR (vgl. Art. 12.1 und Art. 12.3 GAV) insbesondere die Kündigung infolge schwerwiegender Pflichtverletzung (Art. 12.2.3.4 GAV; die übrigen in Art. 12.2.3 GAV aufgeführten Ausnahmen interessieren im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter). Beim Vorliegen einer schwerwiegenden Pflichtverletzung kann die Beklagte das Arbeitsverhältnis ohne Ausspre-

chung einer Verwarnung und einer Verwarnung mit Kündigungsandrohung unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf das Ende eines Monats ohne weiteres auflösen (Art. 12.3 GAV). Die Vorinstanz fällte ihren Entscheid in Anwendung dieser GAV-Bestimmungen. Nachdem im Berufungsverfahren (wie schon vor Vorinstanz) keine der Parteien die Zulässigkeit bzw. Rechtsverbindlichkeit der gesamtarbeitsvertraglichen Kündigungsvorschriften infrage stellt und diese Vorschriften nicht offensichtlich unzulässig sind (vgl. dazu BGer 4A_248/2010 vom 12. Juli 2010, E. 5; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 1137), braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden und ist im Folgenden von der Verbindlichkeit von Art. 12 GAV auszugehen (vgl. vorne, E. 3.2).

4.1.4 Ebenfalls im Sinne einer normativen Bestimmung (Inhaltsnorm) regelt Art. 2.5 des Anhangs 5 betreffend Verhinderung an der Arbeitsleistung/Versicherungsleistungen, auf den in Art. 36 GAV verwiesen wird, die Pflichten des Arbeitnehmers bei Arbeitsverhinderung. Danach sind Unfälle, Erkrankungen und Schwangerschaftsbeschwerden, die eine Arbeitsunfähigkeit verursachen, der Beklagten sofort zu melden (Abs. 1). Dauert die Abwesenheit mehr als 7 Arbeitstage, hat der Arbeitnehmer ein ärztliches Zeugnis beizubringen, wobei es im Ermessen der Beklagten liegt, schon früher ein Arztzeugnis zu verlangen (Abs. 2).

4.2 Parteistandpunkte

4.2.1 Die Beklagte stützte die Kündigung auf die (Ausnahme-) Bestimmung von Art. 12.3 GAV. Ihrer Meinung nach blieb der Kläger Mitte Juli 2014 (Reise nach D.) sowie schon früher sechs weitere Male der Arbeit fern, ohne tatsächlich krank gewesen zu sein. Er habe die Krankheit nur vorgetäuscht und auch später noch an seiner Version festgehalten und mehrmals wahrheitswidrig erklärt, die Krankheit zuhause auskuriert zu haben. Darin liege eine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.3 GAV, welche die Beklagte zur sofortigen ordentlichen Kündigung berechtigt habe. Daran hält die Beklagte im Berufungsverfahren fest.

4.2.2 Der Kläger macht demgegenüber im Wesentlichen geltend, tatsächlich krank gewesen zu sein. Indem ihm die Beklagte dennoch und ohne vorgängige Verwarnung gekündigt habe, habe sie gegen das gesamtarbeitsvertraglich vorgeschriebene Drei-Stufen-Verfahren verstossen. Er habe jedenfalls keine schwerwiegende Pflichtverletzung begangen, weshalb die sofortige Aussprechung der ordentlichen Kündigung unzulässig gewesen sei. Eventualiter hält der Kläger die Kündigung für missbräuchlich, zumal es sich bei der Reise nach D. um ein einmaliges und unter den gegebenen Umständen nachvollziehbares Fehlverhalten gehandelt habe. Diese Auffassung liegt auch seiner Berufung zugrunde.

4.3 Entscheid der Vorinstanz

Die Vorinstanz sah die Beweislast für die schwerwiegende Pflichtverletzung (bzw. für die eine solche begründenden Tatsachen) bei der Beklagten. Unter den gegebenen Umständen habe allerdings der Kläger, der seine Arbeitsleistung wegen behaupteter Erkrankung nicht erbracht habe, seine

Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Diesen Beweis hielt die Vorinstanz mit Bezug auf die behauptete Krankheit des Klägers und seiner Ehefrau vom 9. bzw. 10. bis 15. Juli 2014 für misslungen; gegenteils sei der Nachweis erbracht, dass der Kläger und seine Ehefrau während dieser Zeit nicht krank gewesen seien. Hinsichtlich der Abwesenheit vom 28./29. Juni 2014, für die ein Arztzeugnis im Recht liegt, liess die Vorinstanz mangels Entscheidrelevanz offen, ob der Kläger tatsächlich krank gewesen sei oder nicht. Bei den übrigen fünf Absenzen (4./5. November 2013, 31. Mai bis 2. Juni 2013, 30. August bis 3. September 2013, 22./23. September 2013 und 7. bis 9. Mai 2014) ging sie angesichts des von der Beklagten zu vertretenden Beweisnotstands des Klägers von dessen Arbeitsunfähigkeit aus. In rechtlicher Hinsicht qualifizierte die Vorinstanz das Verhalten des Klägers (Reise nach D. während der vorgeschobenen Krankheit sowie mehrmaliges Lügen und Verschweigen des wahren Sachverhalts) als «schwerwiegende Pflichtverletzung» im Sinne von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV. Entsprechend hielt sie die Kündigung für rechtmässig und wies die Rechtsbegehren 1 und 2 ab. Die Kündigung sei – so die Vorinstanz weiter – auch nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 336 OR bzw. der von der Rechtsprechung anerkannten Generalklausel; das Rechtsbegehren Ziffer 3 sei deshalb ebenfalls abzuweisen. Abgewiesen wurde schliesslich auch das (Eventual-)Begehren um Abrechnung und Auszahlung der verbleibenden Ferientage (Rechtsbegehren Ziffer 4), da es dem Kläger ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen sei, sein minimales Ferienguthaben während der Freistellungszeit zu beziehen.

4.4 Geltend gemachte Mängel (Berufungsgründe)

Der Kläger wirft der Vorinstanz vor, das Recht unrichtig angewendet und den Sachverhalt unrichtig festgestellt zu haben. Konkret macht er eine Verletzung der Beweisregeln von Art. 8 ZGB und eine unrichtige Beweiswürdigung geltend. Bei richtiger Anwendung der Beweisregeln und zutreffender Beweiswürdigung stelle sein Verhalten keine schwerwiegende Pflichtverletzung im Sinne von Art. 12.2.3.4 bzw. Art. 12.3 GAV dar. Weiter hält der Kläger an seiner eventualiter vertretenen Auffassung fest, wonach die Kündigung missbräuchlich und es ihm nicht zuzumuten gewesen sei, die drei verbliebenen Ferientage während der Freistellungszeit zu beziehen. Diese Beanstandungen bilden den Prüfungsgegenstand des Berufungsverfahrens (nachstehend, E. 4.5–4.9; s.a. vorne, E. 3.2).

4.5 Beweislast (Art. 8 ZGB)

4.5.1 Zur Beweislast hielt die Vorinstanz fest, dass die Beklagte, die sich auf die Ausnahmevorschrift von Art. 12.3 GAV berufe, die Beweislast für die schwerwiegende Pflichtverletzung trage. Ob eine solche voliege, hänge vom Grund der unbestrittenen Absenz des Klägers vom vorgesehenen Flugeinsatz ab. Grundsätzlich obliege es dem Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung wegen Krankheit nicht erbringe, seine Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Uneinigkeit herrsche in der Lehre zur Frage, ob dann, wenn der Arbeitsvertrag (oder – wie vorliegend – ein Gesamtarbeitsvertrag) ein

Arztzeugnis erst nach einigen Tagen vorschreibe, bezüglich der Arbeitsunfähigkeit während dieser Tage eine Umkehr der Beweislast Platz greife, d.h. ob diesfalls der Arbeitgeber zu beweisen habe, dass der Arbeitnehmer in dieser Karenzzeit nicht arbeitsunfähig gewesen sei. Eine Umkehr der Beweislast sei aber jedenfalls dann auszuschliessen, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers ernsthafte und begründete Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lasse, was im vorliegenden Fall in Anbetracht der befremdlich anmutenden Umstände zutreffe. Ungeachtet der (gesamtarbeitsvertraglichen) Dispensation von der Einreichung eines Arztzeugnisses während einer siebentägigen Karenzfrist obliege es daher dem Kläger, den Nachweis zu erbringen, dass er zur Zeit der Reise nach D. krank gewesen sei.

4.5.2 Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe die Beweislast bezüglich der behaupteten Krankheit falsch verteilt. Der GAV halte in Art. 36 und Anhang 5 Ziff. 2.5 fest, dass der Arbeitnehmer erst dann ein ärztliches Zeugnis beizubringen habe, wenn die Abwesenheit *mehr* als 7 Tage dauere. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung – und entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen nicht nur nach «gelegentlich vertretener» Auffassung – überbinde eine derartige Regelung die Beweislast für den Umstand, dass der Arbeitnehmer für die Zeit davor (d.h. während der siebentägigen Karenzfrist) trotz seiner gegenteiligen Behauptung arbeitsfähig gewesen sei, der Arbeitgeberin. Bei Lichte betrachtet stelle aber auch die von STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., 2012, Art. 324a/b N 12 S. 419/420) vertretene Minderheitsmeinung keine von der Mehrheitsmeinung abweichende Beweislastregel auf; sie verweise letztlich bloss auf die Möglichkeit des Arbeitgebers, im Zweifelsfall schon früher ein Arztzeugnis zu verlangen. Tue er dies, führe das zum Ausschluss der Beweislastumkehr. Damit stelle sich die Minderheitsmeinung nicht *gegen* die von der herrschenden Lehre und Praxis vertretene Umkehr der Beweislast, sondern sie entwickle diese weiter. Mit der klaren Regelung in Art. 36 und Anhang 5 Ziff. 2 GAV sei zwischen den Parteien somit gültig zugunsten des Arbeitnehmers eine unter dem Vorbehalt der zulässigen früheren Einforderung eines Arztzeugnisses durch die Arbeitgeberin stehende Umkehr der Beweislast hinsichtlich der behaupteten Krankheit während der ersten sieben Tage vereinbart worden. Diese Beweislastverteilung sei für das Gericht verbindlich. Entgegen der sachverhalts- und rechtswidrigen Folgerung der Vorinstanz könne nicht offenbleiben, ob die GAV-Bestimmung zu einer Umkehr der Beweislast führe. Die Vorinstanz verkenne mit ihrer Vertragsauslegung die Tragweite der Bestimmung als Beweislastvereinbarung. Ihre Interpretation und Schlussfolgerung, wonach eine Beweislastumkehr immer dann auszuschliessen sei, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers ernsthafte und begründete Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lasse, widerspreche der im GAV getroffenen Parteiabrede und sei willkürlich. Art. 36 und Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV führe *immer* zu einer Umkehr der Beweislast,

falls die Arbeitgeberin nicht von ihrem Recht Gebrauch mache, schon früher ein Arztzeugnis zu verlangen. Letzteres sei für die Absenz des Klägers ab 9. Juli 2014 aber nachweislich nicht geschehen, obwohl die Beklagte offenkundig von dieser Möglichkeit gewusst habe. Die vorinstanzliche Ansicht, wonach die Umkehr der Beweislast im vorliegenden Fall ausgeschlossen sei und folglich der Kläger seine Krankheit in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 zu beweisen habe, sei gesetz- und sachverhaltswidrig. Richtigerweise habe die Beklagte im Sinne des Regelbeweismasses den vollen Beweis zu erbringen, dass der Kläger (insbesondere) in dieser Zeit nicht krank, sondern arbeitsfähig gewesen sei. Ein entsprechender Anscheinsbeweis der Beklagten genüge nicht und bewirke auch keine (abermalige) Umkehr der Beweislast. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanz verstosse gegen Art. 8 ZGB. Dem Kläger stehe der Gegenbeweis offen. Dazu sei aber nicht der volle Beweis des Gegenteils erforderlich, sondern es genüge, den (Haupt-)Beweis der Beklagten zu erschüttern, d.h. tatsächliche Umstände zu beweisen, welche die ernsthafte Möglichkeit eines vom Erfahrungssatz abweichenden Geschehensablaufs indizierten. Entgegen den Erwägungen im angefochtenen Urteil habe somit die Beklagte die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.

4.5.3 Die Beklagte verneint eine Umkehr der Beweislast. Eine solche lasse sich aus Art. 36 GAV in Verbindung mit Ziff. 2.5 des Anhangs 5 nicht ableiten. Die gegenteilige Ansicht verkenne die Besonderheiten der Tätigkeit von Piloten, die einen grossen Teil ihrer Arbeitszeit im Ausland und mit oftmals erschwertem Zugang zu den medizinischen Diensten verbrächten. Sinn und Zweck der Regelung sei es, zur Erleichterung für die Piloten unnötige Arztbesuche und administrativen Aufwand zu verhindern. Die schweizerische Rechtsprechung sei bei der Annahme einer Beweislastumkehr sehr zurückhaltend und gewähre diese z.B. bei einer Beweisvereitelung durch die Gegenpartei, d.h. einem vorwerfbaren Verhalten der an sich nicht beweisbelasteten Partei. Von einer ähnlichen Situation könne vorliegend nicht ausgegangen werden. Folglich bleibe es dabei, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit zu beweisen habe. Sodann führe, sollte entgegen der beklagtischen Ansicht von einer Umkehr der Beweislast auszugehen sein, allein der Umstand, dass ein (wenn auch nicht beweiskräftiges) Arztzeugnis für die Arbeitsunfähigkeit während der siebentägigen Karenzfrist tatsächlich vorliege, zur «Wiederumkehr» bzw. zum Ausschluss der Beweislastumkehr. Dass nicht die Beklagte, sondern der Kläger die Einholung dieses Zeugnisses veranlasst habe, sei unerheblich. Rechtfertigung für eine (bestrittene) Beweislastumkehr könne nämlich überhaupt nur das Fehlen eines Arztzeugnisses sein; liege ein solches vor, scheide eine Beweislastumkehr aus.

4.5.4 Soweit ersichtlich, hat vor Vorinstanz keine Partei behauptet, es habe bezüglich der Frage der Beweislastverteilung bzw. deren Umkehr ein tatsächlicher Konsens bestanden. Die Frage einer allfällig abweichenden Beweislastverteilung ist somit durch Auslegung der fraglichen GAV-

Bestimmungen zu beantworten. Die Auslegung von (auch Gesamtarbeits-) Vertragsbestimmungen beschlägt nicht den Sachverhalt, sondern stellt eine Rechtsfrage dar. Wenn der Kläger vorbringt, zwischen den Parteien sei entgegen den Erwägungen der Vorinstanz eine Umkehr der Beweislast vereinbart worden, bringt er somit keine Tatsachenbehauptung vor, sondern rügt er eine unrichtige Rechtsanwendung (Art. 310 lit. a ZPO). Einwände rechtlicher Art (Vorbringen zum Recht) fallen aber nicht unter die Novenschranke von Art. 317 Abs. 1 ZPO und können jederzeit vorgetragen werden (BGer 5A_471/2012 vom 2. Juli 2013, E. 5.3.1 m.w.Hinw.). Darauf ist folglich einzugehen.

4.5.5 Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB, die als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet wird, hat diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten (und bestrittenen) Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei derjenigen Partei, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Oder anders formuliert: Sind Entstehung oder Untergang eines Rechts an das Nichtvorhandensein einer Tatsache geknüpft, so trägt derjenige, der aus ihrem Nichtvorhandensein die Entstehung oder den Untergang eines Rechtes herleitet, die Beweislast für ihr Nichtvorhandensein (GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, 1955, S. 51). Mithin trägt jede Partei die Beweislast für diejenigen Tatsachen, welche die Voraussetzungen jener Rechtsnorm bilden, die sie zu ihren Gunsten anführt (DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, SPR II, S. 252/253 m.w.Hinw.), bzw. die zu ihren Gunsten wirkt (CHK-GÖKSU, ZGB 8 N 13). Zu beachten ist allerdings, dass es sich um eine Grundregel handelt, die einerseits durch (vorliegend nicht bestehende) abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden kann und andererseits im Einzelfall zu konkretisieren ist (BGE 128 III 271 E. 2.a.aa S. 273 m.w.Hinw.; 130 III 321 E. 3.1 S. 323; BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 38 f.).

4.5.5.1 Im arbeitsrechtlichen Kontext herrscht in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass der Arbeitnehmer, der seine Arbeitsleistung wegen Krankheit nicht erbringt, seine Arbeitsunfähigkeit (insbesondere mit einem Arztzeugnis, allenfalls aber auch mit anderen Beweismitteln) nachweisen muss, soweit er daraus Rechte, zumal auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR, ableitet (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b N 12; CHK-EMMEL, OR 324a N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a N 24; KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 324a N 15; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/EHM, Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, 2006, OR 324a N 1.15; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 18; ZK OR-STAEHELIN, Art. 324a N 9 m.w.Hinw.; BGer in JAR 1997, S. 132). Weiter geht die herrschende Lehre in diesem Zusammenhang davon aus, dass dann, wenn – wie vorliegend (vgl. Anhang 5

Ziff. 2.5 Abs. 2 GAV) – individual- oder gesamtarbeitsvertraglich vereinbart wurde, dass der Arbeitnehmer erst nach einer Karenzfrist von einigen Tagen ein Arztzeugnis beizubringen hat, für deren Dauer eine Umkehr der Beweislast stattfindet, d.h. der Arbeitgeber die Beweislast für die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers während dieser Tage trägt (vgl. CHK-EMMEL, OR 324a N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a N 24; ZK OR-STAEHELIN, Art. 324a N 11; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 324a N 18 a.E.; BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., 2014, Art. 324a N 9a a.E.; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., 2005, Art. 324a N 3; TOBLER/FAVRE/MUNOZ/EHM, a.a.O., OR 324a N 1.19; BJM 2009 S. 115; a.M. immerhin KUKO OR-PIETRUSZAK, Art. 324a N 16). Eine solche Vereinbarung stellt einen Beweislastvertrag zulasten des Arbeitgebers dar, der vom überwiegenden Teil der Lehre als zulässig erachtet wird (vgl. BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 649 ff., insbes. N 654 und N 658; s.a. BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 91).

4.5.5.2 Diese Grundsätze der Beweislastverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für das Vorliegen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit können jedoch nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Denn sie stehen, wie bereits erwähnt, im Zusammenhang mit dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit (Art. 324a OR), in einem Kontext also, in welchem der Arbeit*nehmer* Rechte aus der von der Gegenpartei bestrittenen Tatsache seiner Arbeitsunfähigkeit (bzw. seiner Krankheit) ableitet. Dasselbe gilt auch für die Bestimmung von Art. 36 in Verbindung mit Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV, über deren Rechtsnatur (als vertragliche Beweislastumkehr/Beweislastvertrag), Rechtswirksamkeit und Rechtsfolgen sich die Parteien uneinig sind. Sie steht im Abschnitt «VI Lohn und Versicherungen» des GAV und trägt die Überschrift «Verhinderung an der Arbeitsleistung / Versicherungsleistungen». Sie regelt somit (nur) die Nachweispflichten im Hinblick auf den Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlung (oder Versicherungsleistungen) bei krankheitsbedingter Absenz. Das geht im Übrigen auch aus Ziff. 1 des Anhangs 5 zum GAV («Grundsatz») hervor, welcher die «Lohnfortzahlung gemäss den nachfolgenden Bestimmungen» zum Gegenstand hat. Im vorliegenden Fall liegen die Dinge jedoch anders: Hier leitet der Arbeit*geber* ein Recht, nämlich das Kündigungsrecht gemäss Art. 12.3 GAV, aus dem zwischen den Parteien strittigen Sachumstand (Gesundheitszustand/Arbeitsfähigkeit) ab. Nach der allgemeinen Regel (Art. 8 ZGB) obliegt es also ihm, die tatsächlichen Voraussetzungen für das Kündigungsrecht zu beweisen, falls diese bestritten werden. Da die fehlende Arbeitsleistung von vornherein nur dann eine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung darstellen kann, wenn der Arbeitnehmer in gesundheitlicher Hinsicht zur Verrichtung seiner Arbeit fähig war, d.h. der geltend gemachte Rechtfertigungsgrund für seine Absenz nicht vorlag, ist dieser Umstand vom Arbeitgeber zu beweisen. In gleicher

Weise entschied die Kammer in einem neulich ergangenen Urteil, in dem es um die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung ging (OGer ZH LA160018 vom 15.11.2016, E. 4.3). Daran ändert auch die Bestimmung von Art. 36 in Verbindung mit Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV nichts. Sie ist für die vorliegende Fragestellung nicht einschlägig, da sie (wie eben dargelegt) einen anderen Regelungsgegenstand hat. Es kann deshalb offenbleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Vorbehalten Art. 36 in Verbindung mit Anhang 5 Ziff. 2.5 GAV zu einer Umkehr der Beweislast bezüglich der behaupteten Krankheit des Arbeitnehmers führt. Die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz und rechtlichen Vorbringen der Parteien gehen mithin am Kern der Sache vorbei. Eine anderweitige, von der allgemeinen gesetzlichen Regel abweichende (individual- oder gesamtarbeitsvertragliche) Vereinbarung über die Beweislastverteilung ist aber nicht ersichtlich und wurde auch nicht geltend gemacht. Folglich hat die Beklagte, die sich auf ihr Kündigungsrecht gemäss Art. 12.3 GAV beruft, zu beweisen, dass der Kläger zur Zeit der fraglichen Absenz nicht an einer Magen-Darm-Grippe erkrankt war, die ihn an der Erbringung seiner Arbeitsleistung hinderte, und dem Kläger steht der allgemeine Gegenbeweis offen.

4.5.5.3 An dieser Beweislastverteilung ändert auch der Umstand nichts, dass es sich hierbei um eine negative Tatsache handelt. Der Grundsatz von Art. 8 ZGB findet nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Anwendung, wenn es um den Beweis negativer rechtserheblicher Tatsachen geht (BGE 119 II 305; 133 V 205 E. 5.5 S. 216 f.; BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, E. 3.1). Eine allgemeine Regel, wonach nur positive Tatsachen, nicht aber Negativa beweisbar und zu beweisen sind («negativa non sunt probanda»), gibt es nicht (BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 323). Negative Tatsachen können zwar nicht unmittelbar bewiesen werden. Indessen ist es oft möglich, aus positiven Sachumständen mittelbar auf sie zu schliessen (BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 327 und N 336). Den bei negativen Tatsachen bestehenden Beweisschwierigkeiten ist nicht mit einer Umkehr der Beweislast zu begegnen, sondern allenfalls mit gewissen Beweiserleichterungen. Zudem obliegt dem Beweisgegner gemäss Treu und Glauben eine beweisrechtliche Mitwirkung. Als Indiz für die Richtigkeit der Darstellung der beweisbelasteten Partei kann insbesondere gewertet werden, wenn dem Beweisgegner der Beweis der von ihm behaupteten, das Negativum ausschliessenden positiven Sachumstände misslingt (vgl. zum Ganzen BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 6.6.4; ferner auch BSK ZGB I-LARDELLI, Art. 8 N 72; BGer 2C_988/2014 vom 1. September 2015, E. 3.2).

4.5.5.4 Indem die Vorinstanz den (Haupt-)Beweis für die vom Kläger behauptete und von der Beklagten bestrittene Magen-Darm-Grippe dem Kläger auferlegte, hat sie somit die Beweislast hinsichtlich der geltend gemachten Krankheit falsch verteilt und das Recht (Art. 8 ZGB) unrichtig angewendet (Art. 310 lit. a ZPO). Insofern ist die Berufung begründet. Das

bedeutet entgegen der Ansicht des Klägers aber nicht, dass der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis falsch und deshalb aufzuheben wäre.

4.5.6 Die Verteilung der Beweislast bestimmt, welche Partei die Folgen der Beweislosigkeit der beweisbedürftigen Tatsache zu tragen hat. Sie ist nur dann von Bedeutung, wenn die fragliche Tatsache beweislos bleibt, d.h. wenn das Beweisverfahren beim Gericht nicht zur Überzeugung (im Sinne des massgeblichen Beweismasses) führt, dass sie sich verwirklicht hat. Gelangt das Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2 S. 243 m.w.Hinw.). Das trifft vorliegend zu, da die beweisbedürftige Tatsache (Fehlen einer Magen-Darm-Erkrankung) bei zutreffender Beweiswürdigung nicht beweislos blieb, sondern als bewiesen zu betrachten ist (vgl. nachstehend, E. 4.6). Die unrichtige Beweislastverteilung hat sich deshalb nicht zum Nachteil des Klägers ausgewirkt.

4.5.7 Zwar ist der auf einer unzutreffenden Verteilung der Beweislast beruhende Beweissatz der Vorinstanz zur Erkrankung des Klägers ab 9. Juli 2014 falsch formuliert. Dieser Mangel ist unter den vorliegenden Umständen jedoch ohne erkennbaren Einfluss auf das Beweisverfahren und dessen Ergebnis geblieben. Ungeachtet der unzutreffenden Beweislastverteilung war Beweisthema für beide Parteien nämlich die Frage, ob der Kläger zur Zeit seiner D.-Reise an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe. Dazu hatten beide Parteien bis zum Aktenschluss ihre Beweismittel (umfassend) zu bezeichnen und, soweit es um verfügbare Urkunden geht, ins Recht zu reichen (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. c sowie Art. 222 Abs. 2 ZPO). Das haben sie denn auch getan, und zwar unabhängig davon, ob dies letztlich zur Erbringung resp. im Dienst des Haupt- oder aber des Gegenbeweises für die behauptete (Nicht-)Erkrankung geschah. Die falsche Beweislastverteilung und die darauf beruhende falsche Formulierung des Beweissatzes durch die Vorinstanz hat sich somit weder auf die Beweisofferten noch auf die Beweisabnahme und -würdigung ausgewirkt. Gegenteiliges ist jedenfalls nicht ersichtlich und wird in der Berufung auch nicht dargetan. So oder anders sind die zur behaupteten (Nicht-)Erkrankung des Klägers abgenommenen Beweise im Sinne von Art. 157 ZPO zu würdigen, d.h. deren Überzeugungskraft zu beurteilen. Es kann deshalb darauf verzichtet werden, die Sache zur Behebung des Mangels, d.h. zur Neufassung des entsprechenden Beweissatzes mit zutreffender Beweislastzuteilung (vgl. Art. 154 Satz 2 und 3 ZPO) und zur darauf gestützten Fortsetzung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eine Rückweisung käme unter den gegebenen Umständen einem formalistischen Leerlauf gleich und widerspräche auch der Prozessökonomie (s.a. Art. 124 Abs. 1 ZPO).

4.6 Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO)

4.6.1 Mit Bezug auf den zentralen Punkt des strittigen Sachverhalts, die behauptete Krankheit des Klägers und seiner Ehefrau vom 9. bzw. 10.

bis 15. Juli 2014, kam die Vorinstanz in Würdigung der erhobenen Beweise (verschiedene Urkunden und Bestätigungen, Arztzeugnis, Zeugen, Parteibefragungen) zum Schluss, dass erhebliche, gewichtige und nicht widerlegbare Zweifel an der behaupteten Krankheit des Klägers und seiner Ehefrau bestünden. Das unmittelbar vor Prozessbeginn bzw. neun Monate nach Konsultation und zu Prozesszwecken eingeholte Arztzeugnis vermöge die behauptete Magen-Darm-Grippe nicht zu beweisen, weil es nicht belege, dass die Ärztin in D. eine eigene Untersuchung durchgeführt und eine eigenständige Diagnose gestellt habe. Die Zeugenaussage des Schwiegervaters des Klägers sei reichlich vage. Ihr komme angesichts der präjudizierenden Wirkung der vom Schwiegervater bereits früher unterzeichneten, vom Kläger verfassten Bestätigung sowie der Nähe des Zeugen zur Ehefrau des Klägers wenig Beweiskraft zu. Letzteres gelte auch für die Parteibefragungen des Klägers und seiner Ehefrau. Die weiteren vom Kläger anerbotenen Zeugen hätten nichts zu dessen Gunsten auszusagen vermocht. Gewichtig sei jedoch das eigentliche Zugeständnis des Klägers in seiner E-Mail an die Beklagte vom 28. Juli 2014, worin ebenfalls nirgends behauptet werde, es habe tatsächlich eine Krankheit vorgelegen; vielmehr sei darin explizit von der «Geschichte mit der Krankheit» die Rede. Die Reue und das Schuldeingeständnis des Klägers nach der Aufdeckung des Schwindels sei damit belegt. Beweismässig relevante Bedeutung komme schliesslich auch den Zeugenaussagen von F. und G. zu. Beide hätten bestätigt, dass anlässlich des Gesprächs mit dem Kläger die Krankheit nicht mehr ausdrücklich zur Sprache gekommen sei, der Kläger, obschon er falscher Angaben überführt worden sei, namentlich nie geltend gemacht habe, dennoch krank gewesen zu sein. Die Aussagen dieser Zeugen stünden in Übereinstimmung mit der bereits erwähnten E-Mail des Klägers, worin von der Krankheit ebenfalls nicht die Rede sei. Letztlich erscheine es auch lebensfremd, bei einer schweren Magen-Darm-Grippe eine 24-stündige Flugreise nach Südamerika anzutreten, um dort an einer Familienfeierlichkeit bzw. an der Taufe des Neffen der Ehefrau teilzunehmen. Dem Kläger sei der Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit somit nicht gelungen; vielmehr sei mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln der Nachweis erbracht, dass der Kläger und seine Ehefrau während der fraglichen Zeit nicht krank gewesen seien.

4.6.2 Der der Beklagten obliegende Nachweis, dass der Kläger zur Zeit seiner D.-Reise nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe, untersteht grundsätzlich dem Regelbeweismass des strikten Beweises (vgl. LEU, DIKE Komm- ZPO, Art. 157 N 83 f.). Danach gilt ein Beweis («Vollbeweis») als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Erforderlich ist die volle Überzeugung, dass sich die zum Beweis verstellte Tatsache verwirklicht hat. Absolute Gewissheit kann dabei allerdings nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende

Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2 S. 324; 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; einlässlich zum Ganzen auch LEU, DIKE-Komm-ZPO, Art. 157 N 45 ff., insbes. N 52 ff., und BSK ZPO-GUYAN, Art. 157 N 7 ff. [wonach als Orientierungsgrösse eine numerische Wahrscheinlichkeit von 90% herangezogen werden könne]; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 134 ff.; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 157 N 28 und N 40 ff.). Immerhin führt der Umstand, dass eine negative Tatsache zum Beweis ansteht, zu einer gewissen Beweiserleichterung.

4.6.3 Der Kläger bemängelt die vorinstanzliche Beweiswürdigung und hält die daraus gezogenen Schlüsse für falsch.

4.6.3.1 Konkret moniert der Kläger vorweg, die Beklagte habe als Beweismittel für das angebliche Vorschieben der Krankheit bzw. seine Arbeitsfähigkeit vom 9. bis 15. Juli 2014 einzig seine Stellungnahme vom 23. Juli 2014 offeriert. Diese stelle in Bezug auf die Krankheit zwar lediglich eine Parteibehauptung dar, sei entgegen der aktenwidrigen vorinstanzlichen Auffassung aber dennoch von Relevanz (dazu hinten, E. 4.6.3.3.5). Die Feststellung der Vorinstanz, wonach «mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln der Nachweis erbracht [sei], dass der ... [Kläger] und seine Ehefrau während der fraglichen Zeit nicht krank waren», sei deshalb offensichtlich falsch und aktenwidrig. Dazu ist festzuhalten, dass sich eine Partei zum Beweis einer von ihr zu beweisenden Tatsache auch auf Beweismittel berufen kann, die bereits von der Gegenpartei eingereicht oder offeriert wurden. Das betreffende Beweismittel gilt diesfalls als von beiden Parteien anerboten. Der Nachweis einer beweisbedürftigen Tatsache kann sodann nicht nur mit Beweismitteln erbracht werden bzw. muss sich keineswegs ausschliesslich auf Beweismittel stützen, welche die beweisbelastete Partei offeriert hat. Vielmehr können und müssen sämtliche zulässigerweise erhobenen Beweise und mithin auch solche, die von der Gegenpartei anerboten wurden, in die Beweiswürdigung miteinbezogen (und allenfalls auch zu Ungunsten der offerierenden Partei gewürdigt) werden. In diesem Sinne wirkt ein abgenommener Beweis unabhängig davon, welche Partei ihn anerboten hat, für und gegen beide Parteien. Mit seiner Abnahme wird er zum frei und objektiv zu würdigenden Beweismittel für die beweisbedürftige Tatsache (vgl. Art. 157 ZPO; BK ZPO II-BRÖNNIMANN, Art. 157 N 5; ZK ZPO-HASENBÖHLER, Art. 157 N 16, je m.w.Hinw.). Es ist deshalb ohne Belang, ob die zusammenfassende Feststellung der Vorinstanz, der Nachweis fehlender Erkrankung sei mit den von der Beklagten offerierten Beweismitteln erbracht worden, zutrifft oder nicht. Entscheidend ist allein, dass die Vorinstanz die behauptete Erkrankung in Würdigung sämtlicher dazu erhobener Beweise (beider Parteien) verneinte. Dass gewisse (und gegebenenfalls welche) von ihr zur beweisbedürftigen (Nicht-)Erkrankung des Klägers mitberücksichtigte Beweismittel nicht form- oder fristgerecht anerboten worden seien und deshalb nicht hätten abgenommen und verwertet werden dürfen, wird in der Berufung nicht geltend gemacht. Ausserdem hat die Beklagte zum Beweis ihrer Behauptun-

gen zum Gesundheitszustand des Klägers zur Zeit der D.-Reise in ihrer Klageantwort keineswegs nur dessen Stellungnahme vom 23. Juli 2014 offeriert. Sie berief sich daneben mehrfach auf Urkunden, die bereits vom Kläger ins Recht gereicht worden waren, insbesondere auch auf dessen beweismässig gewichtige «Erneute Stellungnahme» vom 28. Juli 2014, in welcher der Kläger sein Vorgehen bereut. Die Rüge geht somit fehl.

4.6.3.2 Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger und seine Ehefrau trotz der behaupteten schweren Erkrankung eine 24-stündige Reise nach D. unternommen hätten, wobei sich nach eigener Darstellung beide am Tag nach den Familienfeierlichkeiten erholt hätten, und dass beide sowohl gegenüber der Arbeitgeberin als auch gegenüber dem Vertrauensarzt diese Reise wiederholt verschwiegen und behauptet hätten, die Krankheit zuhause auskuriert zu haben. Unter diesen befremdlich anmutenden Umständen liege offensichtlich ein Anscheinsbeweis vor, dass sie nicht krank gewesen seien, zumal es lebensfremd erscheine, bei einer schweren Magen-Darm-Grippe eine 24-stündige Flugreise nach Südamerika anzutreten, um dort an der Taufe des Neffen der Ehefrau teilzunehmen. Der Kläger hält diesen Schluss (betreffend Anscheinsbeweis) für willkürlich, lebensfremd und offensichtlich unzulässig, habe er doch «zahlreiche Gründe genannt und Beweise offeriert», weshalb er die Reise unternommen habe. Diese seien von der Vorinstanz jedoch nicht in zutreffender Weise entgegengenommen und gewürdigt worden. Der Kläger unterlässt es aber, genügend präzis darzulegen, wo (Aktenstellen) im erstinstanzlichen Verfahren er welche Gründe genannt und welche Beweismittel bezeichnet habe, die von der Vorinstanz im vorliegenden Zusammenhang nicht bzw. falsch gewürdigt wurden. Insoweit genügt seine Kritik den formellen Anforderungen an eine Berufungsbegründung nicht. Darauf ist deshalb nicht weiter einzugehen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2). Im Übrigen bejahte die Vorinstanz den beanstandeten Anscheinsbeweis lediglich zur Begründung der von ihr vorgenommenen Beweislastverteilung. Nachdem sich Letztere aber als falsch erwiesen (vgl. vorne, E. 4.5) und bei zutreffender Verteilung der Beweislast die Beklagte zu beweisen hat, dass der Kläger nicht krank war, kommt dem angefochtenen «prima facie»-Schluss (Anscheinsbeweis) ohnehin keine Bedeutung zu. Massgeblich (und im Folgenden zu prüfen) ist vielmehr allein, ob das Beweisverfahren den (vollen) Beweis des Fehlens einer Erkrankung erbracht habe. Damit ist dem Einwand das Fundament entzogen.

4.6.3.3 Weiter begründet der Kläger im Einzelnen, weshalb die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz «offensichtlich unrichtig» sei und entgegen deren Ansicht beweismässig nicht erstellt sei, dass er in der fraglichen Zeit nicht krank gewesen sei. Seine Einwände vermögen im Ergebnis jedoch nichts daran zu ändern, dass die Vorinstanz in freier Würdigung der abgenommenen Beweise zu Recht angenommen hat, es bestünden nicht nur erhebliche Zweifel an der klägerischen Sachdarstellung, sondern

es sei der Nachweis erbracht, dass der Kläger in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten habe:

4.6.3.3.1 Selbst wenn, wie der Kläger geltend macht, der eine frühere Erkrankung betreffenden Bestätigung seines verstorbenen Vaters die Bedeutung eines Indizes für einen (darin vom Hören-Sagen erwähnten) Rückfall in der hier relevanten Zeit beizumessen sein sollte, kommt ihr aus den von der Vorinstanz angeführten Gründen bestenfalls marginale, jedenfalls aber keine für die Gesamtwürdigung relevante Beweiskraft zu. Die augenscheinliche Ähnlichkeit dieser Bestätigung mit derjenigen des Schwiegervaters des Klägers bezüglich Sprache, Inhalt und Aufmachung, welche vom Kläger oder seiner Ehefrau vorformuliert und vom Schwiegervater bloss unterzeichnet wurde, lässt die Annahme keineswegs als aktenwidrig erscheinen, auch die Bestätigung des Vaters des Klägers sei vom Kläger oder dessen Ehefrau verfasst und dem Vater bloss zur Unterschrift vorgelegt worden; diese Annahme drängt sich gegenteils geradezu auf. In der Berufung wird im Übrigen auch keine Aktenstelle bezeichnet, zu der diese Annahme im Widerspruch stünde (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2). In diesem Sinne kommt der fraglichen Bestätigung in der Tat keine (entscheiderhebliche) Bedeutung zu. Dass der Vater des Klägers in der Zwischenzeit verstorben ist und deshalb nicht mehr als Zeuge befragt werden kann, ändert daran nichts, kann die Beweiskraft einer Urkunde (als solcher) doch nicht davon abhängen, ob deren Inhalt vom Aussteller später noch kommentiert werden kann oder nicht.

4.6.3.3.2 Zu Recht mass die Vorinstanz auch der E-Mail des Klägers vom 2. Juli 2014 keine Beweiskraft für dessen Gesundheitszustand vom 9. bis 15. Juli 2014 zu. In dieser sieben Tage vor der fraglichen Absenz verfassten Nachricht äussert sich der Kläger zwar zu einer Magen-Darm-Erkrankung, an der er vom 29. Juni bis 2. Juli 2014 gelitten habe. Darin ein (beweismässig beachtliches) Indiz für einen eine Woche später erlittenen Rückfall zu erblicken, geht jedoch nicht an. Das wäre keine objektive Würdigung der beigebrachten Beweise, sondern reine Spekulation, zumal ein Rückfall bei überwundener Magen-Darm-Grippe notorischerweise eher selten vorkommt.

4.6.3.3.3 Nicht zu beanstanden ist ferner, dass die Vorinstanz die vom Kläger beigebrachte, offenbar erst Ende April 2015 auf seine Veranlassung hin erstellt Bestätigung der Dermatologin in D. – losgelöst von dessen Schilderung, wie es zur Konsultation der Ärztin kam – als blosses Indiz (und nicht als vollen Beweis) für die geltend gemachte Krankheit gewertet hat. Was der Kläger dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Zwar mag es sich nicht um ein Arztzeugnis im eigentlichen Sinne handeln, sondern um eine Bestätigung der Ärztin, dass der Kläger und seine Ehefrau die Ärztin am 12. Juli 2014 aufgesucht und zu diesem Zeitpunkt an Magenbeschwerden und Durchfall gelitten hätten. (Dass besagte Beschwerden bereits seit dem 9. Juli 2014 bestanden hätten, wird darin im Übrigen nicht bestätigt.) Das ändert jedoch nichts daran, dass dieser Bestätigung nicht die

Qualität und deshalb auch nicht die Beweiskraft einer vom Gericht eingeholten schriftlichen Auskunft im Sinne von Art. 190 ZPO zukommt. Abgesehen davon, dass sie erst mehr als neun Monate nach der Konsultation ausgestellt wurde, bleibt insbesondere intransparent, wie sie entstand, d.h. auf welche (private) Instruktion hin und gestützt auf welche Informationen oder Unterlagen die Urkunde von der Ärztin verfasst wurde. Auch geht aus ihr nicht klar hervor, ob die Ärztin eine eigene Untersuchung vorgenommen hat oder ob ihr medizinischer Rat auf der Krankheitsschilderung des Klägers und seiner Ehefrau beruhte (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b N 12 S. 421). Die Bestätigung stellt deshalb – wie ein Arztzeugnis im eigentlichen Sinne – ein blosses Indiz für die Krankheit dar, beweist diese aber keineswegs.

4.6.3.3.4 Die Entbindungserklärung des Klägers gegenüber dem Vertrauensarzt vom 17. Juli 2014 enthält keinerlei Anhaltspunkte für eine Erkrankung des Klägers. Sie hat, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, deshalb keinen eigenständigen, über die mündliche Schilderung der vertrauensärztlichen Erkenntnisse durch die Zeugen G. und F. hinausgehenden Beweiswert. Ein solcher lässt sich auch nicht mit dem Argument begründen, die umgehende Befolgung der Aufforderung, den Vertrauensarzt aufzusuchen, und die Abgabe der Entbindungserklärung zeige, dass der Kläger mit Bezug auf die behauptete Erkrankung nichts zu verbergen gehabt habe. Gegenteils hätte eine Weigerung, sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung zu unterziehen und den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden, allenfalls als Indiz für das Nichtvorliegen einer Erkrankung betrachtet werden können (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324a/b N 12 S. 421). Dem Kläger blieb, wollte er an seiner Darstellung festhalten, daher realistischerweise gar keine andere Wahl. Er hatte durch die Abgabe der Entbindungserklärung auch nichts zu befürchten, nachdem der Vertrauensarzt keine eigene Untersuchung durchgeführt hatte, sondern nur ein Gespräch stattgefunden hatte und der Arzt seinen Bericht somit allein auf die Schilderungen des Klägers abstützen musste. Zudem kann keine Rede davon sein, dass das nicht schriftlich vorliegende, sondern nur von den Zeugen G. und F. geschilderte Resultat der vertrauensärztlichen Untersuchung «keinen Zweifel aufkommen» lasse, dass der Kläger vom 9. bis 15. Juli 2014 an einer schweren Magen-Darm-Grippe gelitten habe. Gemäss den Zeugenaussagen hat der Vertrauensarzt vielmehr angegeben, keine eigene Untersuchung durchgeführt und sich auf die Schilderungen des Klägers gestützt zu haben. Er selber habe nicht feststellen können, dass die behauptete Erkrankung vorgelegen habe; sie könne nicht nachgewiesen, aber auch nicht ausgeschlossen werden. Diese Erkenntnisse dienen beweismässig weder dem von der Beklagten zu erbringenden Hauptbeweis noch dem dem Kläger offenstehenden Gegenbeweis. Sie tragen nichts Entscheidendes zum Nachweis der (Nicht-)Erkrankung bei.

4.6.3.3.5 Weiter ist dem Kläger zwar beizupflichten, dass die Mitteilung betreffend die Eröffnung eines Disziplinarverfahrens vom 21. Juli 2014 und seine aufforderungsgemäss verfasste Stellungnahme vom 23. Juli 2014 belegen, dass die Beklagte Abklärungen zur behaupteten Krankheit unternahm und der Kläger seiner Pflicht zur Mitwirkung nachkam. Das ist indessen unbestritten und nicht Thema des dem Kläger offenstehenden Gegenbeweises. Hingegen vermag die erstgenannte Urkunde, in der die Arbeitgeberin Zweifel an der geltend gemachten Krankheit äussert, von vornherein nichts zum Gegenbeweis betreffend den Gesundheitszustand des Klägers zur Zeit der Reise nach D. beizutragen. Sie hat diesbezüglich keinerlei Beweiswert. Gleiches gilt für die Stellungnahme vom 23. Juli 2014. Darin schildert der Kläger gegenüber seiner Arbeitgeberin den Verlauf der von ihm behaupteten Krankheit. Letztere bildet – da bestritten – Gegenstand des Beweisverfahrens. Es versteht sich von selbst, dass der (Gegen-)Beweis dieser Krankheit nicht mit der gegenüber der Arbeitgeberin abgegebenen Behauptung des Klägers, krank gewesen zu sein, deren Wahrheitsgehalt ja gerade zum Beweis verstellt ist, geführt werden kann. Der Sache nach stellt die Stellungnahme vom 23. Juli 2014 eine blosse Parteibehauptung dar (wovon auch der Kläger ausgeht). Die Vorinstanz mass diesen beiden Urkunden mit Bezug auf das Beweisthema folglich zu Recht keine Bedeutung zu. Inwieweit ihre Ansicht aktenwidrig sein sollte, ist weder ersichtlich noch rechtsgenügend dargetan (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 3.2).

4.6.3.3.6 Auch die eher gesucht anmutenden Einwände des Klägers gegen die vorinstanzliche Würdigung seiner Stellungnahme vom 28. Juli 2014 sind unbehelflich. In dieser Stellungnahme, die nach eigenen Angaben mehr Informationen enthielt als das Gespräch mit F. und G. im Flottenbüro vom 24. Juli 2014, führte der Kläger aus, dass er die Flugtickets in der Hoffnung auf Freitage bestellt habe, dieser Plan jedoch leider nicht aufgegangen sei. Da er von Seiten der Familie unter grossem Druck gestanden habe, habe er sich entschieden, die Reise zusammen mit seiner Ehefrau «trotz schlechtem Gewissen» anzutreten. Als er das Aufgebot für den Besuch beim Vertrauensarzt erhalten habe, sei er blind für die Zeichen gewesen, die ihm hätten helfen können. Er habe sich eingebildet, «den Hals aus der Schlinge ziehen zu können», indem er und seine Ehefrau «bei der Geschichte mit der Krankheit» geblieben seien. Seine Ehefrau habe dies von Anfang an für eine schlechte Idee gehalten. Es sei eine Tatsache, dass er sich falsch verhalten habe, und er bereue die Geschehnisse zutiefst. Die Vorinstanz wertete diese Ausführungen gleichsam als Eingeständnis des Klägers, zur Zeit der D.-Reise nicht krank gewesen zu sein, zumal der Kläger in dieser E-Mail nirgends ausgeführt habe, dass er damals tatsächlich arbeitsunfähig bzw. «unfit to fly» gewesen sei, sondern von der behaupteten Krankheit nirgends mehr die Rede gewesen sei. Diese Würdigung ist einleuchtend und zutreffend. Zunächst fällt ins Gewicht, dass der Kläger die behauptete Krankheit in dieser Stellungnahme mit keinem Wort mehr erwähnte. Er erklärte insbesondere nicht ausdrücklich, trotz Krank-

heit nach D. gereist zu sein. Stattdessen führte er aus, «trotz schlechtem Gewissen» entschieden zu haben, die (schon früher in der Hoffnung auf Freitage gebuchte) Reise anzutreten. Ersichtlich hätte für ein schlechtes Gewissen aber kein Grund bestanden, wäre er tatsächlich krank und somit arbeitsunfähig gewesen; diesfalls wäre er der Arbeit nämlich völlig zu Recht ferngeblieben. Dem hält der Kläger in der Berufung entgegen, von der Krankheit sei in seiner zweiten Stellungnahme deshalb nicht mehr die Rede gewesen, weil es im vorangegangenen Gespräch vom 24. Juli 2014, auf welches in der Stellungnahme Bezug genommen werde und in dessen Zusammenhang dieselbe folglich zu würdigen sei, «nachweislich nicht um die Krankheit des Klägers», sondern um die verschwiegene Reise nach D. gegangen sei, und der Kläger «nachweislich und unbestritten nicht zur Krankheit», sondern nur noch zu den im Untersuchungsbericht aufgelisteten Absenzen habe Stellung nehmen müssen. Dieses Argument erscheint abwegig. Zwar wurde gemäss den Aussagen der Zeugen F. und G. die Krankheit des Klägers im Gespräch vom 24. Juli 2014 nicht mehr speziell resp. «nicht eindeutig» thematisiert; darüber habe man nur (aber offenbar doch) am Anfang des Gesprächs gesprochen. Das war indessen primär dem Verhalten des Klägers geschuldet. So wurde dem Kläger in diesem Gespräch Gelegenheit gegeben, zu seinen Abwesenheiten, insbesondere auch zur Absenz vom 9. bis 15. Juli 2014, Stellung zu nehmen, d.h. diese Abwesenheiten zu rechtfertigen. Es erscheint mehr als naheliegend und darf ohne weiteres angenommen werden, dass der Kläger hierfür nochmals auf die zuvor behauptete Krankheit hingewiesen hätte, wenn diese tatsächlich vorgelegen hätte; alles andere mutet lebensfremd an. Stattdessen gab er gemäss Wahrnehmung des Zeugen F. zwar nicht explizit, aber doch in dem Sinne zu, dass weder er noch seine Ehefrau krank gewesen seien, als er meinte, «es sei alles aufgeflogen». Ferner habe er – so die Zeugin G. – auf die Frage F.s, ob es ausser der Reise nach D. noch weitere *Schein*krankheiten gegeben habe, geantwortet, dies sei die einzige Scheinkrankheit gewesen. Ausserdem sollte sich der Kläger gemäss eigener Darstellung in der Stellungnahme vom 28. Juli 2014 sowohl zum Gespräch als auch zum ihm ausgehändigten Untersuchungsbericht äussern. In diesem Bericht wurden insgesamt sieben Absenzen des Klägers, unter anderem auch diejenige vom 9. bis 15. Juli 2014, aufgelistet, allesamt mit dem Vermerk «Krank». Zur letztgenannten Absenz wurde unter dem Titel «Beurteilung der Fakten» Folgendes festgehalten: Der Kläger «bestätigt zudem, dass er während der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 krank zu Hause war und sich auskuriert hat. Diese Aussage steht diametral zu den uns vorliegenden Fakten und Dokumenten. ... Zudem wurden gegenüber dem Arzt von B. Medical Services wie auch gegenüber den untersuchenden Vorgesetzten offensichtlich Falschangaben gemacht.». Damit war klarerweise nicht nur die Absenz als solche, sondern auch die angezweifelte Krankheit als geltend gemachter Rechtfertigungsgrund Thema des Untersuchungsberichts. Auch deshalb trifft es nicht zu, dass sich der Kläger in seiner Stellungnahme vom 28. Juli

2014 nicht (mehr) zur Krankheit äussern musste. Vor diesem Hintergrund lassen sich die Wortwahl und die erklärte Reue in der Stellungnahme zur D.-Absenz vernünftigerweise nur so verstehen, dass der Kläger damit nicht nur zugab, die Reise nach D. mehrfach wahrheitswidrig geleugnet zu haben, sondern auch die «Geschichte mit der Krankheit», d.h. die Tatsache seiner Erkrankung, vorgeschoben zu haben. Die vorinstanzliche Schlussfolgerung aus Urk. 4/20, wonach der Kläger «nach der Aufdeckung des Schwindels» eingestanden habe, nicht krank gewesen zu sein, ist mithin weder offensichtlich falsch noch aktenwidrig. Mit diesem Verständnis hat die Vorinstanz keine «Wortfetzen» aus dem Mail gerissen und in einen «neuen Kontext» gestellt. Vielmehr hat sie die entschuldigenden Ausführungen des Klägers in ihrem Gesamtzusammenhang gewürdigt und ihren Sinn gedeutet. Im gesamten Kontext betrachtet, bezieht sich die geäusserte Reue und das Schuldeingeständnis des Klägers aber klarerweise nicht nur auf das Verschweigen der D.-Reise, sondern auch – und vor allem – auf die von ihm als «Geschichte» bezeichnete Krankheit. Andernfalls hätte er sich neben all den anderen Umständen, die er zur Entschuldigung anführte, ohne Zweifel auch auf diese naheliegendste und zwingendste Entschuldigung berufen; alles andere erscheint lebensfremd. Demgegenüber wirkt der nachträgliche Versuch des Klägers, die entsprechenden Ausführungen als «vielleicht ungeschickt formuliert» darzustellen und deren Sinn zu erörtern, konstruiert und wenig überzeugend. Hätte der Kläger, wie er behauptet, mit dem Ausdruck «Geschichte mit der Krankheit» tatsächlich nicht die Krankheit, sondern im Sinne seines Erklärungsversuchs nur die Reise gemeint, hätte er zweifellos von der «Geschichte mit der D.-Reise» gesprochen und nicht primär die Krankheit als «Geschichte» bezeichnet. Hinzu kommt, dass er in seiner von der Vorinstanz ebenfalls zum Beweis zugelassenen E-Mail vom 8. August 2014 selber ausgeführt hatte, dass er und seine Ehefrau damals vor der Entscheidung gestanden seien, «die kranke Mutter und ihre Familie zum wiederholten Mal bitter zu enttäuschen oder die Reise *unentschuldigt* anzutreten». Deutlicher kann das Eingeständnis, er sei *nicht* krank gewesen, kaum formuliert werden.

4.6.3.3.7 Die bereits erörterten Gründe, aus denen die E-Mail des Klägers vom 2. Juli 2014 kein relevantes Indiz für dessen Gesundheitszustand vom 9. bis 15. Juli 2014 darstellt (vgl. vorne, E. 4.6.3.3.2), gelten auch mit Bezug auf das Arztzeugnis vom 3. Juli 2014, das dem Kläger ohne nähere Angaben zur Art der Krankheit eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit vom 29. Juni bis 2. Juli 2014 bescheinigt. Darauf kann verwiesen werden. Im Übrigen zeigt der Kläger in der Berufung nicht auf, dass und wo dieses Arztzeugnis im Zusammenhang mit der Erkrankung vom 9. bis 15. Juli 2014 als Beweis offeriert wurde. Die klägerische Kritik an der Würdigung desselben geht somit fehl.

4.6.3.3.8 Was den Zeugen H. angeht, stellt der Umstand, dass es sich um den Schwiegervater des Klägers und den Vater der ebenfalls gegen die Beklagte prozessierenden Ehefrau des Klägers handelt, für sich allein die

Glaubwürdigkeit des Zeugen oder die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen nicht in Frage. Dennoch kommt diesen Aussagen, wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, im Ergebnis nur wenig Gewicht zu. Zwar erklärte der Zeuge, den Kläger und seine Ehefrau in D. zwei oder drei Mal gesehen zu haben. Man habe bemerkt und sie hätten ihm auch gesagt, dass es ihnen nicht gut gehe. Den Grund kenne er aber nicht, und er habe auch nicht näher nachgefragt. Ebenso wenig wisse er, ob der Kläger deshalb nicht an den organisierten Rundreisen teilgenommen habe, weil er krank gewesen sei (Prot. I S. 44 ff.). Auch wenn der Zeuge, wie der Kläger moniert, «nicht Arzt» ist und «von ihm keine konkrete medizinische Diagnose erwartet werden» kann, ist seine Schilderung zwar in sich stimmig und widerspruchsfrei, inhaltlich aber doch zu vage und unbestimmt, um als ernsthaftes Indiz für die behauptete Magen-Darm-Grippe dienen zu können. So vermochte er kaum konkrete, auf eigener Wahrnehmung beruhende Aussagen zum Gesundheitszustand des Klägers zu machen. Ob die Unbestimmtheit am Zeitablauf liegt oder nicht – zwischen dem Fest in D. und der Zeugeneinvernahme lagen fast zwei Jahre – spielt keine Rolle. Die Aussagen H.s mögen ein Indiz dafür sein, dass es dem Kläger in D. nicht gut ging. Für den hiefür geltend gemachten Grund (Magen-Darm-Grippe) liefern sie jedoch keine den Gegenbeweis des Klägers in relevanter Weise stützenden Anhaltspunkte; umso weniger, als H. seine zuvor noch präzis geschilderten eigenen Wahrnehmungen in der Einvernahme als Zeuge nicht mehr bestätigte, sondern gegenteils stark relativierte. Die Berufung ist auch diesbezüglich unbegründet.

4.6.3.3.9 Die beiden Zeugen I. und J. konnten auf entsprechende Frage hin keinerlei Angaben über den Gesundheitszustand des Klägers vor und während der Reise resp. während des Aufenthalts in D. machen. Sie erklärten, dazu nichts sagen zu können. Sie wussten auch nicht, weshalb der Kläger und seine Ehefrau nicht an den Ausflügen teilgenommen hatten. Damit ist zwar erwiesen, dass der Kläger und seine Ehefrau lediglich an der Tauffeier, nicht aber an den Ausflügen zugegen waren. Über den Grund der Absenz konnten jedoch beide Zeugen keine Angaben machen. I. stellte entgegen den Vorbringen in der Berufung auch nicht die Vermutung auf, dass der Kläger krank gewesen sei. Er erwähnte dies lediglich als mögliche Erklärung («vielleicht waren sie krank, ich weiss es nicht»). J. erklärte demgegenüber, es habe keinen Grund dafür gegeben, der Kläger und seine Ehefrau seien «einfach nicht mitgekommen»; im Übrigen sei ihr hinsichtlich des Gesundheitszustands des Klägers in D. nichts aufgefallen. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass der Kläger seine mit so vielen anderen Dingen beschäftigten Verwandten nicht mit seinem Gesundheitszustand behelligen wollte, bleibt es dabei, dass die beiden Zeugen keine sachdienlichen Aussagen zum Beweisthema machen konnten. Ihren Ausführungen kommt deshalb weder für den Haupt- noch für den Gegenbeweis ein Beweiswert zu; und wenn, dann würden die Aussagen von J. sogar eher den

Hauptbeweis der Beklagten stützen. Im Ergebnis ist die vorinstanzliche Würdigung dieser Aussagen somit nicht zu beanstanden.

4.6.3.3.10 Der Kläger bringt weiter vor, sowohl der Zeuge F. als auch die Zeugin G. hätten ausgesagt, dass die Krankheit vom 9. bis 15. Juli 2014 nicht Thema des Gesprächs vom 24. Juli 2014 gewesen sei, sondern einzig die Reise nach D. und andere im Untersuchungsbericht aufgelistete Absenzen des Klägers. Wenn die Vorinstanz aus den Aussagen dieser Zeugen ableite, der Kläger habe im direkten Gespräch nie geltend gemacht, dass er wohl die Reise verschwiegen habe, in Tat und Wahrheit aber krank gewesen sei, liege darin offensichtlich eine falsche Beweiswürdigung. Solche Aussagen hätten die beiden Zeugen nicht gemacht, weshalb die Feststellung der Vorinstanz sachverhaltswidrig sei. Das trifft nicht zu: Der Zeuge F. sagte aus, im Gespräch seien die Abwesenheiten des Klägers aufgelistet und ausser einer Krankheit im Juni 2014 «andere Krankheiten und Abwesenheiten besprochen» worden. Zu Beginn des Gesprächs habe man auch über die Krankheit vom 9. bis 15. Juli 2014 gesprochen. Entgegen den Vorbringen in der Berufung erklärte F. somit keineswegs, dass «die Krankheit des ... [Klägers] anlässlich des Gesprächs am 24.7.2014 nicht Thema war, sondern einzig die Reise nach D. und andere im Untersuchungsbericht aufgelistete Absenzen des Klägers». Gleiches gilt für die Zeugin G., die ausführte, dass dem Kläger in diesem Gespräch die Möglichkeit gegeben worden sei, zu seinen Absenzen Stellung zu nehmen, und dass er dabei zwei Mal gefragt worden sei, ob es ausser der Reise nach D. noch weitere Scheinkrankheiten gegeben habe, was er verneint habe. Weiter verneinte F. auf entsprechende Frage hin, dass der Kläger ausdrücklich oder sinngemäss zum Ausdruck gebracht habe, dass er – der Kläger – die Reise nach D. trotz vorhandener Krankheit angetreten habe. Bei dieser Aktenlage lässt sich der Vorinstanz weder eine sachverhaltswidrige Feststellung noch eine falsche Würdigung der Zeugenaussagen vorwerfen. Im Übrigen wurde bereits dargelegt, weshalb die Krankheit des Klägers offenbar nicht mehr zentrales Thema des Gesprächs vom 24. Juli 2014 war (vgl. vorne, E. 4.6.3.3.6).

4.6.3.3.11 Im gleichen Zusammenhang rügt der Kläger schliesslich eine einseitige Beweiswürdigung zu seinen Lasten, indem die Vorinstanz die Aussagen der Zeugen F. und G. deshalb als glaubhaft erachtet habe, weil diese Zeugen trotz ihrer Nähe zu und Abhängigkeit von der Beklagten sehr zurückhaltende Angaben gemacht und insbesondere nicht behauptet hätten, der Kläger habe beim Gespräch vom 24. Juli 2014 zugegeben, dass er zur Zeit der D.-Reise nicht krank gewesen sei. Mit dieser Betrachtungsweise hätte die Vorinstanz nach klägerischer Ansicht genauso gut auch die Zeugen H., I. und J. als besonders glaubwürdig und deren Aussagen als besonders glaubhaft erachten können, was sie indessen nicht getan habe. Der Kläger verkennt allerdings, dass sich die Aussagen der Zeugen F. und G. bezüglich ihres Gehalts von vornherein nicht mit denjenigen von H., I. und J. vergleichen lassen. Während die erstgenannten Zeugen eine zwar zurückhaltende, aber widerspruchsfreie, bestimmte und plausible Darstellung

ihrer Wahrnehmungen zum Beweisthema gaben, konnten die zweitgenannten gar keine beweisrelevanten Angaben zur Sache machen, die auf ihre Glaubhaftigkeit hin geprüft werden könnten. Deren Aussagen kommt nicht deshalb kein Gewicht zu (und hat die Vorinstanz zu Recht keinen relevanten Beweiswert zugemessen), weil die Zeugen unglaubwürdig oder ihre Aussagen unglaubhaft wären, sondern weil ihre Aussagen in inhaltlicher Hinsicht kaum etwas zum Beweisthema beitragen. Auch in dieser Hinsicht liegt keine fehlerhafte Beweiswürdigung vor.

4.6.4 Zusammenfassend lässt sich die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht beanstanden. Diesbezüglich kann auf die im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Das Beweisverfahren ergab ein schlüssiges Bild: Die Beklagte hat den ihr obliegenden (Haupt-)Beweis erbracht, dass der Kläger zur Zeit der D.-Reise nicht krank, sondern arbeitsfähig war. Zu dieser Überzeugung führen insbesondere die entscheidend ins Gewicht fallenden, als eigentliches Eingeständnis des Klägers zu wertenden E-Mails vom 28. Juli 2014 und vom 8. August 2014, in denen der Kläger sein Fehlverhalten bereute und ausdrücklich von der «Geschichte mit der Krankheit» sprach bzw. zugab, die Reise «unentschuldigt» angetreten zu haben. Überdies ist nur mit Mühe vorstellbar und mutet es auch lebensfremd an, mit einer schweren Magen-Darm-Grippe (freiwillig) eine 24-stündige Reise nach Südamerika mit Bahn, Flug, Transfers etc. zu unternehmen. Darin liegen positive Sachumstände, die auf die beweisbedürftige negative Tatsache schliessen lassen. Zwar liegen zum Gegenbeweis gewisse Indizien für das Vorliegen der behaupteten Erkrankung vor, insbesondere die ärztliche Bestätigung von Ende April 2015 und die – allerdings äusserst vage – Zeugenaussage des Schwiegervaters des Klägers. Gesamthaft gesehen ergeben sich aufgrund dieser Indizien jedoch nur unbedeutende leichte, keinesfalls aber ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der beklagtischen Sachdarstellung. Sie können den Hauptbeweis somit nicht erschüttern und vermögen nichts an der vollen Überzeugung zu ändern, dass sich die beweisbedürftige (negative) Tatsache verwirklicht, d.h. dass der Kläger nicht an einer Magen-Darm-Grippe gelitten hat. In sachverhaltlicher Hinsicht ist somit erstellt, dass der Kläger in der Zeit vom 9. bis 15. Juli 2014 der Arbeit ohne Rechtfertigungsgrund fernblieb und gegenüber der Beklagten und dem Vertrauensarzt mehrmals wahrheitswidrig angab, krank gewesen zu sein und sich zuhause auskuriert zu haben.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 15. März 2017, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017 Nr. 25

§ 20 GOG/ZH; Arbeitsstreitigkeit als doppelrelevante Tatsache. Doppelrelevant sind Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des ange-

rufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind. Mit der Anrufung des Arbeitsgerichtes und der Berufung auf dessen sachliche Zuständigkeit bringt der Kläger zum Ausdruck, dass aus seiner Sicht seine Klage auf einem Arbeitsverhältnis gründet. Entsprechend sind seine Rechtsbegehren als solche arbeitsrechtlicher Natur zu qualifizieren. Er behauptet, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen seien gegeben. Das Arbeitsgericht hat zufolge Doppelrelevanz dieser behaupteten Tatsachen auf die Klage einzutreten. Ergibt die materielle Beurteilung in casu, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt, hat das Arbeitsgericht die Klage folgerichtig – andernfalls keine doppelrelevanten Tatsachen vorliegen würden – abzuweisen. Mangels Klageidentität bleibt dem Kläger die Möglichkeit gewahrt, die Klage aus anderem Rechtsgrund vor dem dafür zuständigen Gericht erneut zu erheben, da diese vom Arbeitsgericht nicht beurteilten und nicht zu beurteilenden anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei bleiben.

Sachverhalt:

Das Arbeitsgericht wies die vorliegende Klage ab, da die Tätigkeit des Klägers, der laut Partnerschaftsvertrag und Organisationsreglement einer von drei gleichberechtigten Mitgeschäftsführern und Aktionären der beklagten AG war, nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren sei. Verneint wurde namentlich das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses. Zudem trug der Kläger in ganz erheblichem Mass das Unternehmensrisiko mit. Im Anschluss setzte sich das Gericht in den nachfolgend wiedergegebenen Erwägungen eingehend mit der bisherigen Kasuistik zur Theorie der doppelrelevanten Tatsachen bei fraglicher Zuständigkeit des Arbeitsgerichts auseinander. Das Gericht kam zum Schluss, dass die vom Arbeitsgericht nicht beurteilten möglichen anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei blieben.

Aus den Erwägungen:

Sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichts

Gemäss § 20 Abs. 1 lit. a GOG entscheidet das Arbeitsgericht erstinstanzlich Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden. Die sachliche Zuständigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen (Art. 60 ZPO). Erlässt ein sachlich unzuständiges Gericht einen Entscheid, leidet dieser nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung an einem schwerwiegenden Mangel, der je nach den Umständen die Nichtigkeit nach sich ziehen kann (Urteil des Obergerichtes vom 22. Dezember 2016, LA160009, Ziff. 3.2.).

Arbeitsstreitigkeit als doppelrelevante Tatsache

Wenn mit der Frage der Zuständigkeit zugleich der materielle Anspruch entschieden wird (doppelrelevante Tatsachen), ist dieser Entscheid nicht im Zulässigkeitsverfahren, d.h. durch Eintretensprüfung und mit Beschluss, sondern im Erkenntnisverfahren und damit durch Urteil zu treffen. Das gilt allerdings nur, wenn sich Zulässigkeitstatsachen und Begründetheitstatsachen decken (ZR 99 Nr. 107). Das Handelsgericht berief sich in jenem Entscheid massgebend auf BGE 122 III 249. In beiden Verfahren war die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes umstritten.

Unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ist bereits dann von einer Arbeitsstreitigkeit auszugehen, wenn aus den blossen Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Vorliegen eines Arbeitsvertrages geschlossen werden muss. In diesem Sinne sind vom Kläger behauptete Tatsachen, welche sowohl für die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Es ist lediglich von Amtes wegen zu prüfen, ob sich aus den Tatsachenbehauptungen des Klägers auf das Bestehen eines bestimmten (von ihm behaupteten) Vertragsverhältnisses schliessen lässt.

Das Gericht ist indessen an die rechtliche Würdigung der geltend gemachten Ansprüche durch den Kläger nicht gebunden; die Beantwortung dieser Frage hat aber nicht bei der Prüfung der Frage der Zuständigkeit, sondern erst bei der materiellen Beurteilung des klägerischen Anspruches zu erfolgen. Die endgültige Vertragsqualifikation gehört demgegenüber zur materiellen Beurteilung. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo die klägerischen Behauptungen auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheinen und durch die Klageantwort sowie durch die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden. Nur wenn in diesem Sinne die von der Klägerin behauptete rechtliche Qualifikation ihres Anspruchs ausgeschlossen erscheint, ist auf die Klage mangels Zuständigkeit nicht einzutreten (ZR 111/2012 Nr. 6 E. 6.1. und 6.2.; BGE 137 III 32; Urteil des Obergerichtes vom 5. Juli 2016, LA160017).

Diese Praxis überzeugt ohne weiteres, wenn die geltend gemachten Ansprüche arbeitsvertragstypisch sind und mit der Verneinung des Arbeitsvertrags zugleich die Unbegründetheit der Ansprüche – unter jedwelchen Rechtstiteln – feststeht (so auch das Urteil des Arbeitsgerichts vom 19. November 2010, AN090715, unter Bezugnahme auf das Urteil des Obergerichtes vom 13. Juli 2004, LA030008). Ein solches klageabweisendes Sachurteil entfaltet hinsichtlich der behaupteten Forderungen insoweit materielle Rechtskraft, als die klagende Partei den identischen Anspruch nicht neu einklagen kann bzw. die beklagte Partei einer identischen Klage die Einrede der abgeurteilten Sache entgegenhalten kann (BGE 122 III 252, E. 3 bb).

Vorliegend stehen nicht arbeitsvertragstypische Ansprüche im Streit. «Lohnforderungen» können auch als auftragsrechtliche Honorarforderungen, Werklohn etc. Bestand haben.

Kasuistik

a) Mit Beschluss vom 12. Februar 2014 (LA130022; auszugsweise publiziert in ZR 114 Nr. 36) wies das Obergericht einen Prozess an das Arbeitsgericht Zürich zur Verfahrensergänzung zurück. Es nahm zunächst Bezug auf die Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen, aus welcher das Obergericht die sachliche Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes herleitete. Es erwog weitergehend, das sachlich zuständige Arbeitsgericht könne eine Klage nicht einfach «aus Arbeitsvertrag» abweisen; es werde damit die Rechtsweggarantie von Art. 29aBV verletzt. Eine derartige Beurteilung der Klage führe zur materiellen Rechtskraft. Weitergehend stellte es dann allerdings klar, das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien sei als Arbeitsvertrag zu qualifizieren und hielt als Ergebnis fest, das Arbeitsgericht werde die Ansprüche des Klägers unter arbeitsvertraglichen Gesichtspunkten zu prüfen haben (Ziff. 5.6.). Die Erwägungen zum Grundsatz iura novit curia erweisen sich demnach letztlich als obiter dictum.

b) Im Verfahren AN010440 qualifizierte das Arbeitsgericht mit Urteil vom 11. Dezember 2002 nach Durchführung eines Beweisverfahrens das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Arbeitsvertrag und schützte die eingeklagten Ansprüche teilweise. Das Obergericht gelangte im Urteil vom 13. Juli 2004 (LA030008) zur Auffassung, es liege ein Auftrag vor und wies die Klage ab. Das erscheint im Ergebnis insoweit richtig, als ausschliesslich arbeitsvertragstypische Ansprüche im Streit standen (Ferienentschädigung, Überstunden), wozu allerdings Ausführungen des Obergerichtes fehlen.

c) Im Verfahren AN070516 machte der Kläger Ansprüche aus fristloser Entlassung geltend. Das Arbeitsgericht wies am 19. März 2008 seine Klage (aus Arbeitsvertrag) ab. Gleichzeitig trat es auf die Klage nicht ein, soweit der Kläger die nämlichen Ansprüche auf einer anderen Rechtsgrundlage geltend machte. Das Obergericht schützte diese Klageabweisung. Es hielt fest, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsvertrag bestand. Dies führe unter Hinweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur Prüfung doppelrelevanter Tatsachen zu Abweisung der Klage, soweit diese noch Gegenstand des Berufungsverfahrens sei. Mangels Anfechtung des Nichteintretensentscheids prüfte das Obergericht diesen nicht weiter (Entscheid vom 6. März 2009 in LA080011). Ob das zum erwähnten Beschluss vom 12. Februar 2014 (LA130022) kongruent ist, erscheint zumindest fraglich, da der Grundsatz iura novit curia die Klageabweisung (aus Arbeitsvertrag) beschlagen würde.

d) Im Verfahren LA100033 wies das Obergericht am 25. April 2012 ein Verfahren an das Arbeitsgericht Zürich zurück mit der Auflage, über die Frage eines Subordinationsverhältnisses ein Beweisverfahren durchzu-

führen. Im Hinblick auf die erneute Entscheidfällung des Arbeitsgerichtes hielt es fest:

«Die Frage, ob der eingeklagte Anspruch auf einem Arbeitsvertrag beruht oder nicht, ist sowohl für die Prüfung der Zuständigkeit als auch für die materielle Beurteilung der Klage erheblich. Es handelt sich dabei – wie von der Vorinstanz ausgeführt – um doppelrelevante Tatsachen. Massgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit ist gemäss einem allgemeinen prozessualen Grundsatz primär der von der klagenden Partei vorgebrachte Anspruch und dessen Begründung. Die von B. behaupteten Tatsachen – das Vorliegen eines Arbeitsvertrages und die daraus geforderte Lohnzahlung für die Monate Januar 2009 bis und mit November 2009 – sind sowohl für die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch für die Begründetheit der Klage erheblich. Sie sind für die Beurteilung der Zuständigkeit als wahr zu unterstellen. Sie werden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht;» […] «Für die Prüfung der Zuständigkeit ist bzw. war daher vorläufig ausschliesslich auf den Tatsachenvortrag der klagenden Partei abzustellen. Gemäss Tatsachenvortrag des Klägers vor Vorinstanz wurde denn auch ein Anspruch aus Arbeitsvertrag begründet. Dieser Anspruch wurde von der Beklagten bestritten, welche mit der Klageantwort einen Antrag auf Nichteintreten stellte (Urk. 11 S. 1). Die Vorinstanz ging indes zu Recht davon aus, dass keine Ausnahme vorlag, die einen Nichteintretensbeschluss im Anschluss an die Klageantwort» […] «gerechtfertigt hätte, sondern sie ging mit der Fortsetzung des Hauptverfahrens sinngemäss davon aus, dass die Vorbringen des Klägers zu prüfen sein würden.» […] «Bei doppelrelevanten Tatsachen ist schliesslich – wie bereits erwähnt – der tatsächlich erstellte bzw. der bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage, nicht aber für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erheblich (BGE 137 III 32; Bundesgericht 4A_407/2011, Urteil vom 5. Dezember 2011; vgl. auch ZR 99 Nr. 107 und 111 Nr. 6, je mit weiteren Hinweisen). Trotzdem führt eine für die klägerische Partei letztlich negative Beurteilung der materiellen Begründetheit der Klage zu einem nachträglichen Nichteintreten. Wird im Laufe des Verfahrens festgestellt, dass kein Arbeitsvertrag vorliegt, so fällt die aufgrund des vorerst behaupteten Sachverhalts anzunehmende Zuständigkeit nachträglich weg; es ist alsdann ein Prozessurteil zu fällen, und es ist damit – jedenfalls nach der hier noch anzuwendenden bisherigen zürcherischen Zivilprozessordnung und der Praxis der Kammer – auf die Klage nicht einzutreten (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N 22 zu § 108 ZPO/ZH; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., S. 211; vgl. auch ZR 76 Nr. 51 E 6)» […] «Die Vorinstanz hat ein Sachurteil gefällt, um dem Kläger die Möglichkeit einzuräumen, allenfalls eine neue Klage gestützt auf Art. 394 ff. OR einzureichen (Urk. 29 S. 18 unten). Dies kann die klägerische Partei indes auch dann, wenn ein Prozessurteil gefällt wird. Es kommt dem Entscheid keine anspruchsbezogene materielle Rechtskraft zu

(ALEXANDER ZÜRCHER in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 60 N 29). Anderseits muss sich aber die beklagte Partei bei einem Nichteintretensentscheid auch nicht ein weiteres Mal mit einer «Forderung aus Arbeitsrecht» auseinandersetzen. Zwar erwächst ein Prozessurteil nicht in der Sache selbst in Rechtskraft, jedoch bezüglich der Prozessvoraussetzungen. Nach heute herrschender Auffassung beschlägt dies auch die durch das Gericht behandelten Sachurteilsvoraussetzungen, d.h. hier gegebenenfalls das Fehlen eines Arbeitsvertrages. Müsste in einem späteren Verfahren die identische Eintretensfrage beurteilt werden, so wäre der Zweitrichter diesbezüglich an den Entscheid des Erstrichters gebunden (ZÜRCHER, a.a.O., Art. 59 N 48).

Ob bei Anwendung der (neuen) Schweizerischen Zivilprozessordnung im Sinne eines Teils der Lehre ein Sachurteil zu fällen und bei Verneinung eines Arbeitsvertrages die Klage abzuweisen wäre, kann hier offen gelassen werden. Letzteres wird u.a. von TANJA DOMEJ unter Hinweis auf URS H. HOFFMANN-NOWOTNY (Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Diss. Zürich 2010, Rz 103 ff.) gefordert (KUKO-DOMEJ, Art. 60 N 6). Begründet wird dies vorab damit, dass bei mangelnder Verwirklichung der behaupteten Tatsachen der beklagten Partei mit einem Sachurteil mehr gedient sei als mit einem blossen Unzuständigkeitsentscheid, welcher ein erneutes Einbringen der Klage vor einem andere Gericht ermöglichen würde. Dieser insbesondere auch auf die Kommentierung der deutschen Zivilprozessordnung abgestützten Lehrmeinung (vgl. dazu HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., Rz 185 ff., Rz 200) stehen indes auch abweichende Auffassungen gegenüber. Nach diesen soll (auch) beim nachträglichen Wegfall einer Prozessvoraussetzung ein Nichteintretensentscheid gefällt werden (ZÜRCHER, a.a.O., N 28 zu Art. 60 ZPO, vgl. auch MYRIAM A. GEHRI, Basler Kommentar, N 2 und 11 zu Art. 60 ZPO). Es erscheint denn auch fraglich, ob die beklagte Partei, welche die Zuständigkeit – hier des Arbeitsgerichts – bestreitet, in dem Sinne «zwangsbeglückt» werden soll, dass grundsätzlich über den klägerischen Anspruch zu verhandeln ist, und dass das Gericht – hier das Arbeitsgericht – zu zwingen ist, die Begründetheit der Klage allenfalls auch unter Gesichtspunkten zu beurteilen, für welches es an sich nicht zuständig ist. Dies wird auch von HOFFMANN-NOWOTNY, a.a.O., Rz 208, in Frage gestellt mit dem Hinweis, dass die beklagte Partei – vorbehältlich zwingender Prozessvoraussetzungen – einen Sachentscheid anstreben könne, indem ihr die Möglichkeit einer Einlassung offen stehe.»

Zu diesem Entscheid bleibt an dieser Stelle anzumerken, dass bereits das frühere kantonale Recht den Grundsatz iura novit curia kannte (§ 56 aZPO), das Obergericht sich aber nicht dazu veranlasst sah, die Vorinstanz anzuweisen, ungeachtet des Ergebnisses des Beweisverfahrens hinsichtlich eines Subordinationsverhältnisses den eingeklagten Anspruch unter jedwelchen Rechtstiteln zu prüfen. Unter neuem Prozessrecht liess es einzig

die Art der Erledigung offen für den Fall, dass im Entscheidverfahren festgestellt würde, dass kein Arbeitsvertrag vorliege.

e) Im Verfahren AN140044 klagte der Kläger vor Arbeitsgericht (Stunden-)Lohn ein. In seinem Entscheid vom 16. März 2015 nahm das Arbeitsgericht auf die Doppelrelevanz von Tatsachen Bezug und erwog, es sei aufgrund des Vorbringens des Klägers einstweilen von seiner sachlichen Zuständigkeit auszugehen. Nach Durchführung des vorgesehenen ordentlichen Verfahrens einschliesslich der Hauptverhandlung erachtete das Arbeitsgericht den Prozess als spruchreif. Es qualifizierte das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als Auftrag und trat auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit nicht ein. Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses war auch vor Obergericht streitig. Dieses schützte in seinem Beschluss vom 15. Mai 2016 (LA150027) die Schlussfolgerungen des Arbeitsgerichtes, wonach zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis vorliege. Das Arbeitsgericht sei mangels sachlicher Zuständigkeit deshalb zurecht auf die Klage nicht eingetreten. Es fehlen allerdings weiterführende Erwägungen zur Verfahrenserledigung bei doppelrelevanten Tatsachen (Erledigung im Eintretens- oder Entscheidverfahren) oder zum Grundsatz iura novit curia.

Würdigung

Soweit ersichtlich verknüpfte das Obergericht erstmals mit dem bereits erwähnten Beschluss vom 12. Februar 2014 (ZR 114 Nr. 36; [oben Kasuistik a]) die Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen und den Grundsatz iura novit curia mit dem Ergebnis, dass das Arbeitsgericht – gegebenenfalls – die bei ihm eingeklagten Ansprüche aus Arbeitsvertrag auch unter Auftragsrecht zu prüfen habe. Analoges müsste auch für die Unterformen des Auftrages, Werkvertragsrecht und gesellschaftsähnliche Verhältnisse gelten. Inwieweit das Obergericht sich mit diesen Überlegungen im Beschluss vom 15. Mai 2016 (LA150027; [oben Kasuistik e]) nochmals auseinandersetzte, ist offen.

Der Entscheid des Obergerichtes vom 12. Februar 2014 (ZR 114 Nr. 36) führt im Ergebnis dazu, dass ein Kläger sich mit einer mehr oder weniger überzeugenden Begründung auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages berufen kann. Im Eintretensverfahren darf das angerufene Gericht (Ausnahmen vorbehalten) die Vertragsgrundlage der Klage (doppelrelevante Tatsachen) nicht prüfen, im Entscheidverfahren hat es sie (insbesondere aufgrund einer entsprechenden Einrede der Beklagten) zwar zu prüfen. Diese Prüfung führt aber bei nicht arbeitsvertragstypischen Ansprüchen (z.B. Lohn) noch nicht zu einem Sachentscheid, sondern das Arbeitsgericht hat andere Vertragsqualifikationen zu prüfen. D.h. alleine aufgrund einer mehr oder weniger überzeugenden Vertragsqualifikation des Klägers hätte das Arbeitsgericht Entscheide ausserhalb seines eigentlichen Zuständigkeitsbereiches zu treffen. Die beklagte Partei ihrerseits hätte sich dem Entscheid eines Gerichtes zu unterziehen, dessen sachliche Zustän-

digkeit für ihr Vertragsverhältnis mit der klagenden Partei an sich nicht gegeben ist, im Falle des Arbeitsgerichtes (gegebenenfalls) dem Entscheid eines Gremiums mit Fachrichtern für ein fremdes Sachgebiet.

Ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs würde das Arbeitsgericht, kommt es im Entscheidverfahren anders als der Kläger zum Ergebnis, es liege kein Arbeitsvertrag vor, nicht einfach aus Auftragsrecht entscheiden dürfen. Wie weit dieser Anspruch der Parteien geht, ist alles andere als klar: Darf sich die Beklagte einstweilen darauf beschränken, angesichts der Rechtsprechung zu den doppelrelevanten Tatsachen zwar die Vertragsqualifikation in Frage zu stellen, aber – da einstweilen von einem Arbeitsvertrag auszugehen ist – im übrigen nur aus Arbeitsrecht zu plädieren oder hat sie bereits im vorgesehenen Entscheidverfahren vor Arbeitsgericht umfassend auch aus der aus ihrer Sicht korrekten Vertragsqualifikation zu plädieren, z.B.:

- Kann die Beklagte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit zufolge einer arbeitsvertraglich an sich unzulässigen Gerichtsstandvereinbarung (Art. 35 ZPO) nachschieben oder hat die Beklagte sie i.S. von Art. 18 ZPO (eventualiter) vor bzw. mit der Einlassung auf die Klage vor Arbeitsgericht zu erheben?
- Kann die Beklagte sämtliche spezifischen Einwendungen aus der aus ihrer Sicht zutreffenden Vertragsqualifikation (z.B. aus Werkmängeln, Verjährung etc.) noch nachschieben oder hätte sie diese bereits im Rahmen der üblichen Parteivorträge (eventualiter) zu erheben gehabt?
- Kann die Beklagte eine Widerklage nachschieben, für welche das Arbeitsgericht mangels arbeitsrechtlicher Streitigkeit (einstweilen offensichtlich) nicht zuständig war oder hätte sie diese bereits mit der Beantwortung der Klage aus Arbeitsvertrag (eventualiter) erheben müssen? Kann eine solche Widerklage überhaupt am an sich unzuständigen Arbeitsgericht erhoben werden, das aufgrund der Maxime iura novit curia im konkreten Fall gleichsam zu einem ordentlichen Gericht konvertiert? Oder wird ihr das prozessuale Instrument der Widerklage entzogen?
- Müssen im Ergebnis beide Parteien von Anfang an (eventualiter) auch aus dem Vertragsrecht plädieren, das von der Beklagten und im Entscheidverfahren vom Arbeitsgericht als anwendbar erachtet wird oder kann das zu gegebener Zeit nachgeholt werden?

Der Entscheid des Obergerichtes vom 12. Februar 2014 stellt den Grundgedanken doppelrelevanter Tatsachen in Frage. Doppelrelevant sind Tatsachen (z.B. das Subordinationsverhältnis beim Arbeitsvertrag), mit deren Beantwortung nicht nur die (hier) sachliche Zuständigkeit, sondern auch der Anspruch entschieden wird bzw., wie es das Bundesgericht auch schon formulierte: Doppelrelevant sind Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind. Ist das Arbeitsgericht aber verpflichtet, bei einer Vernei-

nung eines Subordinationsverhältnisses den Anspruch unter Auftragsrecht zu prüfen, wird alleine mit der Verneinung eines Subordinationsverhältnisses der Anspruch (bzw. die Begründetheit der Klage) noch nicht entschieden, was dazu führen müsste, dass beispielsweise bei eingeklagten Lohnansprüchen der Entscheid über das Subordinationsverhältnis wieder ins Eintretensverfahren zu verlegen wäre, zumindest das Verfahren entsprechend zu erledigen wäre. In diesem Sinne erscheinen die Erwägungen des Obergerichtes in seinem Entscheid vom 25. April 2012 [oben Kasustik d] durchaus als sachgerecht, womit es dem Arbeitsgericht eine Wegleitung gab, in welcher Form nach Durchführung eines Beweisverfahrens zur Frage des Subordinationsverhältnisses gegebenenfalls zu erledigen sei (Beschluss oder Urteil), es aber nicht anwies, die Klage auch unter Auftragsrecht etc. zu prüfen.

Umfang der materiellen Rechtskraft

Das Obergericht argumentiert im mehrfach zitierten Beschluss vom 12. Februar 2014 (LA130022; ZR 114 Nr. 36) mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und hält fest, eine materielle Beurteilung der Klage, wie sie von der Vorinstanz vorgenommen worden sei, führe zur materiellen Rechtskraft, und zwar ungeachtet darum, wie das Gericht rechtlich argumentiere.

Materielle Rechtskraft (abgeurteilte Sache, res iudicata) entfaltet ein Urteil hinsichtlich des identischen Anspruches (statt vieler: GEHRI in: Spühler/Tenchio/Infanger, BSK ZPO, 2. Auflage, Basel 2013, N 18 f. zu Art. 59 ZPO). Der Grundsatz iura novit curia seinerseits findet seine Grenzen ebenfalls bei der Klageidentität (GEHRI, a.a.O., N 24 zu Art. 57 ZPO). Und schliesslich soll die Doppelrelevanz von Tatsachen bzw. deren Beurteilung im Entscheidverfahren dazu führen, dass der identische Anspruch nicht erneut geltend gemacht werden kann. Die Identität des Anspruches ist damit sowohl für die abgeurteilte Sache, den Grundsatz iura novit curia und die Doppelrelevanz von Tatsachen das massgebende Abgrenzungskriterium. Das Obergericht scheint diese Anspruchsidentität in seinem Beschluss vom 12. Februar 2014 ohne weitere Begründung für eine Klage aus Arbeitsvertrag und eine solche aus Auftrag als gegeben zu erachten.

Seit jeher mass das Bundesgericht dem Rechtsgrund bei der Prüfung der Klageidentität Bedeutung zu. In seiner früheren Praxis verwendete es die Formel, dass Identität zu bejahen sei, «wenn der Anspruch dem Richter aus demselben Rechtsgrund und gestützt auf denselben Sachverhalt erneut zur Beurteilung unterbreitet» werde bzw. umgekehrt Identität von Ansprüchen zu verneinen sei, wenn sie nicht auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen würden (BGE 123 III 16, 121 II 474). Dabei stellte es bereits in seinem nicht publizierten Entscheid 4C.384/1995 vom 1. Mai 1997 klar, dass der Begriff Rechtsgrund nicht im technischen Sinn als angerufene Rechtsnorm, sondern im Sinne des Entstehungsgrundes zu verstehen sei. Veranlasst durch kontroverse Meinungsäusserungen in der

neueren Doktrin setzte sich das Bundesgericht in BGE 139 III 126 mit seiner bisherigen Rechtsprechung auseinander. Dabei änderte es seine bisherige Rechtsprechung nicht grundsätzlich, sondern brachte seine soeben zitierten Aussagen auf die präzisierte Formel, dass die Identität von Ansprüchen nach den Klageanträgen und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Klagefundament, auf das sich die Klagebegehren stützen, beurteilt werde. Dabei sei der Begriff der Anspruchsidentität nicht grammatikalisch, sondern inhaltlich zu verstehen.

In seiner Rechtsprechung hat das Bundesgericht mitunter auch schon die Identität zwischen vertraglichem und ausservertraglichem Schadenersatz verneint (BGE 4C.351/2005). Im Entscheid 137 III 32 erinnerte das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Handelsreisendenvertrag und Agenturvertrag an die Doppelrelevanz einer ganzen Reihe von Tatsachen (Weisungen, Rapportierungspflicht, obligatorische Schulungen, strenges Konkurrenzverbot). Auf das diesbezügliche Sachvorbringen des Klägers hätte das Arbeitsgericht für die Prüfung der Zuständigkeit abstellen müssen. Bei doppelrelevanten Tatsachen sei der tatsächliche bewiesene Sachverhalt für den Entscheid über die materielle Begründetheit der Klage erheblich. Zwar hat sich das Bundesgericht nicht explizit über die materielle Rechtskraft ausgesprochen. Es stellte aber klar, dass für den Erfolg der Klage «aus Arbeitsvertrag» das (bewiesene) tatsächliche Vorbringen des Klägers massgebend ist. Weiter ist dieser Sachverhalt für die materielle Begründetheit der Klage entscheidend. Das lässt sich durchaus dahingehend verstehen, dass das Bundesgericht den mit der Klage geltend gemachten Entstehungsgrund (Arbeitsvertrag als Rechtsgrund) nicht als gegeben erachtet, die Klage deshalb abzuweisen ist, ohne dass einer erneuten Klage aus Auftrag die Einrede der abgeurteilten Sache entgegen stünde (so auch DROESE LORENZ, Res iudicata ius facit, Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, Bern 2015, S. 51 Fn 272).

Der geltend gemachte Entstehungsgrund des eingeklagten Anspruches ist damit für die Frage der Anspruchsidentität nicht bedeutungslos, zumal dieser Entstehungsgrund nicht alleine auf Rechtsnormen bzw. Rechtsanwendung beruht, sondern immer in Verbindung mit Tatsachenbehauptungen steht; soweit sich eine klagende Partei auf Arbeitsvertrag beruft, hängt die Anwendung arbeitsvertraglicher Normen insbesondere vom Bestehen eines Subordinationsverhältnisses ab. Bei nicht individualisierten Rechtsbegehren ist deshalb zur Bestimmung der massgebenden inhaltlichen Identität des Streitgegenstandes die Klagebegründung hinzuzuziehen. Identität liegt vor, wenn aus demselben Lebensvorgang (bestehend aus den Tatsachen und den rechtlich erheblichen Umständen) und aus demselben Rechtsgrund das gleiche Rechtsbegehren oder ein Teil davon geltend gemacht wird (MÜLLER-CHEN in: Brunner/Gasser/Schwander, Dike Kommentar ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 19 ff. zu Art. 64 ZPO; vgl. auch DROESE, a.a.O., S. 50 ff.).

Schlussfolgerung

Als Schlussfolgerung ergibt sich: Alleine mit der Anrufung des Arbeitsgerichtes und der Berufung auf dessen sachliche Zuständigkeit bringt der Kläger zum Ausdruck, dass aus seiner Sicht seine Klage auf einem Arbeitsverhältnis gründet; entsprechend sind seine Rechtsbegehren als solche arbeitsrechtlicher Natur zu qualifizieren. Der Kläger behauptet, die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung arbeitsrechtlicher Normen seien gegeben. Das Arbeitsgericht hat zufolge Doppelrelevanz dieser behaupteten Tatsachen auf die Klage einzutreten. Ergibt die materielle Beurteilung in casu, dass kein Arbeitsverhältnis vorliegt, hat das Arbeitsgericht die Klage folgerichtig – andernfalls keine doppelrelevanten Tatsachen vorliegen würden – abzuweisen, wobei der Zusatz «aus Arbeitsvertrag» entbehrlich ist. Mangels Klageidentität bleibt dem Kläger die Möglichkeit gewahrt, die Klage aus anderem Rechtsgrund vor dem dafür zuständigen Gericht erneut zu erheben, da diese vom Arbeitsgericht nicht beurteilten und nicht zu beurteilenden anderweitigen Anspruchsgrundlagen rechtskraftfrei bleiben.

Sollte entgegen dieser hier vertretenen Auffassung die Klageidentität zwischen der vorliegenden Klage aus Arbeitsvertrag und einer allfälligen neuen aus Auftrag etc. dagegen bejaht werden, wäre:

- im Konnex mit (ordentlichen) Lohnansprüchen mangels Doppelrelevanz der Tatsachen (Subordinationsverhältnis) die Klärung der sachlichen Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes generell ins Eintretensverfahren zu verlegen oder aber
- nach Durchführung des Entscheidverfahrens im Sinne des Beschlusses des Obergerichtes vom 15. Mai 2016 [oben Kasuistik e] auf die Klage nicht einzutreten.

Dagegen vermögen die Grundsätze der Doppelrelevanz von Tatsachen, von iura novit curia, von materieller Rechtskraft und von Klageidentität jedenfalls nicht zum Ergebnis führen, dass das Arbeitsgericht Ansprüche aus Auftrag, Werkvertrag etc. zu prüfen hätte.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 21. September 2017, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017 Nr. 6, mit abweichender Urteilsbegründung im Berufungsentscheid des Obergerichts Zürich

Art. 328b OR; Herausgabe von Mitarbeiterdaten in die USA. Nach Auffassung des Arbeitsgerichts Zürich hat die Datenübermittlung, die vorliegend zur Diskussion steht, mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von Art. 328b OR nichts zu tun. Mit Bezug auf die Tragweite dieser Bestimmung folgte das Obergericht den Erwägungen das Arbeitsgerichts nicht. Es verneinte stattdessen (wie bereits das Arbeitsgericht in seiner Eventualbegründung) das Vorliegen eines

Rechtfertigungsgrundes für die Datenherausgabe nach Art. 6 Abs. 2 DSG.

Sachverhalt:

Die Auseinandersetzung der Parteien hat ihren Ursprung im sog. Steuerstreit zwischen den USA und verschiedenen Schweizer Banken. Hintergrund sind das in diesem Zusammenhang vom U.S. Department of Justice (DoJ) am 29. August 2013 veröffentlichte «Program for Non-Prosecution Agreements or Non-Target Letters for Swiss Banks» sowie das «Joint Statement» zwischen dem DoJ und dem Eidgenössischen Finanzdepartement vom gleichen Tag und die vom Bundesrat erlassene Musterverfügung (Bewilligung nach Art. 271 StGB u.a. zur Herausgabe von Personendaten von Mitarbeitenden). Im Zusammenhang mit der Lieferung von Mitarbeiterdaten in die USA wird seit längerem kontrovers diskutiert, ob diese im Arbeitsverhältnis bereits gestützt auf Art. 328b OR untersagt ist, oder ob eine Datenherausgabe mit Rechtfertigungsgründen gemäss Datenschutzgesetz legitimiert werden kann.

Das Arbeitsgericht Zürich hat im Publikationsjahr hierzu in einem Entscheid vom 21. September 2017 erwogen:

Aus den Erwägungen:

Gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber die Daten über seine Angestellten nur bearbeiten, soweit sie deren Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind.

Rechtsprechung und Lehre sind sich einig, dass generell nur Datenbearbeitungen zulässig sind, die in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsplatz und der zu leistenden Arbeit stehen. Ansonsten liegt zunächst einmal eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung vor (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR). Offenkundig ist auch, dass eine Übermittlung von Daten eine Datenbearbeitung ist (vgl. die Begriffserklärungen im Datenschutzgesetz: Art. 3 lit. e DSG: «Bearbeiten: jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten»; Art. 3 lit. f DSG: «Bekanntgeben: das Zugänglichmachen von Personendaten, wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen»).

Kontrovers beurteilt wird jedoch die Frage, wie weit der Regelungsbereich von Art. 328b OR geht, mithin, ob bereits aufgrund dieser Bestimmung eine Datenlieferung ausgeschlossen ist. Zentral ist zudem die Auslegungsfrage, was unter «Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich» im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist.

DAVID ROSENTHAL hält dafür, dass Art. 328b OR keine Verbotsnorm sei. Satz 1 von Art. 328b OR sei ein Art. 4 DSG konkretisierender Bearbei-

tungsgrundsatz (ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/ Basel/Genf 2008, N 5 ff. zu Art. 328b OR m.H.). Auch eine Verletzung von Art. 328b OR unterliege der Rechtfertigungsmöglichkeit nach Art. 13 Abs. 1 DSG. Die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Interessenabwägung sei im Übrigen im Rahmen von Art. 328 OR (Fürsorgepflicht) unbestritten. Es sei deshalb nicht nachvollziehbar, dass eine solche Interessenabwägung ausgerechnet im Rahmen von Art. 328b OR nicht zulässig sein solle, konkretisiere Art. 328b OR doch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Bereich der Datenbearbeitung (ROSENTHAL, a.a.O., N 12 f. zu Art. 328b OR).

Da die Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis den Bestimmungen des DSG wie jede andere Datenbearbeitung im privaten Bereich unterliege, könnten deliktische Ansprüche auch bei der ungerechtfertigten Verletzung anderer Bearbeitungsgrundsätze oder weiterer Bestimmungen des DSG entstehen. Art. 12 und Art. 15 DSG würden selbstverständlich auch im Arbeitsverhältnis gelten. Da mit dem Globalverweis auf das DSG auch Art. 13 DSG zur Anwendung komme, schlössen bei analoger Anwendung dieser DSG-Norm hinreichende Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 13 Abs. 1 DSG eine geltend gemachte Vertragsverletzung aus, soweit sie auf einer Verletzung von Art. 328b Satz 1 OR oder sonst den Bestimmungen des DSG beruhten (ROSENTHAL, a.a.O., N 15 zu Art. 328b OR; gleicher Meinung offenbar das Obergericht Zürich, Geschäfts-Nr. LA160028-O vom 22. Dezember 2016, E. 5.4., mit Hinweisen auf GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 240 und 251, sowie auf WILDHABER/HÄNSENBERGER, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317, wo allerdings auch wieder auf ROSENTHAL verwiesen wird).

Demgegenüber weisen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH darauf hin, dass Art. 328b OR einen weitreichenden, eigenen Regelungsgehalt habe. Er beschränke die zulässige Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis auf Fälle mit Arbeitsplatzbezug. Richtig betrachtet werde gar ein elementares Prinzip des Datenschutzgesetzes durchbrochen, indem Datenbearbeitungen nicht mehr grundsätzlich zulässig, sondern grundsätzlich unzulässig seien, es sei denn, sie seien durch den Bezug zur Eignung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages gerechtfertigt. Jede Bearbeitung von Daten des Arbeitnehmers, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug hätten, sei damit unzulässig. Sie sei also selbst dann nicht zulässig, wenn sie nach dem Datenschutzgesetz erlaubt wäre. Anders als im Bereich des Datenschutzgesetzes vermöge also auch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes die Rechtswidrigkeit nicht zu beseitigen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR, insbesondere unter Hinweis auf STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, N 1 zu Art. 328b OR; gleicher Meinung OFK-MICHEL PELLASCIO, Zürich

2009, N 2 zu Art. 328b, und PHILIPPE CARRUZZO, Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, 2009, Art. 328b OR).

Diese zweitgenannte Ansicht überzeugt. Der Wortlaut von Art. 328b OR ist klar und unmissverständlich. Der erste Satz dieser Bestimmung erlaubt die Datenbearbeitung nur, soweit die Daten über den Arbeitnehmer dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Jede andere Bearbeitung der Daten über den Arbeitnehmer ist damit verboten und rechtswidrig.

Dass sich der Gesetzgeber möglicherweise über die Tragweite dieser Norm nicht im Klaren war, ändert nichts daran, dass der Wortlaut eindeutig ist. Auch dass die Norm in gewissen Fällen zu unbefriedigenden Ergebnissen führt, mag zutreffen. Weder das Eine noch das Andere rechtfertigt aber eine Auslegung am klaren und unmissverständlichen Wortlaut der Bestimmung vorbei. Die Auslegung, wie sie unter anderem ROSENTHAL vornimmt, hätte letztlich zur Konsequenz, dass die Bestimmung von Art. 328b OR völlig ohne Sinn wäre. Gerade so gut hätte der Gesetzgeber Art. 328b OR weglassen oder erklären können: «Das Datenschutzgesetz gilt auch im Arbeitsverhältnis.» Genau das hat er nicht getan. Es wird zwar auf das Datenschutzgesetz verwiesen, aber eben nur «im Übrigen». Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit dem in seinem Wortlaut klaren Art. 328b OR eine völlig sinn- und bedeutungslose und damit überflüssige Erklärung abgeben wollte. Darauf deutet auch die Botschaft zum Datenschutzgesetz vom 23. März 1988 hin. Darin wird betont, dass der Arbeitnehmer wegen seiner rechtlichen und tatsächlichen Abhängigkeit vom Arbeitgeber eines besonderen Schutzes bedürfe. Der neue Artikel 328b OR (der eben zusammen mit dem Datenschutzgesetz am 1. Juli 1993 in Kraft trat) regle deshalb «in Ergänzung zum Datenschutzgesetz Inhalt und Umfang von Personalinformationen (…)» (Botschaft zum DSG, in Bundesblatt, 140. Jg., Bd. II, S. 488). In diesem Sinne stellt Art. 328b OR tatsächlich eine Konkretisierung des datenschutzrechtlichen Verhältnismässigkeitsgebotes von Art. 4 Abs. 2 DSG dar, wobei aber dem Arbeitgeber nicht jede verhältnismässige Datenbearbeitung erlaubt ist, sondern eben nur jene, die für das konkrete Arbeitsverhältnis notwendig ist (KURT PÄRLI, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, Diss. Bern 2003, S. 157 ff.). Dass die Datenbearbeitung bei einem Arbeitsverhältnis weiter reichen soll als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag gebunden haben, wie das Obergericht meint (Obergericht Zürich, I. Zivilkammer, Urteil vom 22. Dezember 2016, Geschäfts-Nr. LA160028-O, E. 5.4.), widerspricht dem in den Materialien genannten Zweck des Art. 328b OR, nämlich den Arbeitnehmern besonderen Schutz zu gewähren, geradezu diametral.

Dass die Datenbearbeitung zur Abklärung der Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis notwendig sein soll, behauptet keine der Parteien.

Was die Erforderlichkeit der Bearbeitung zur Durchführung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber anbelangt, so werden darunter gemeinhin administrative Belange verstanden, so etwa die zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den (schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt erforderlichen Angaben, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR, insbesondere unter Hinweis auf STAEHELIN, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, N 6 zu Art. 328b OR). Die Datenübermittlung, die vorliegend zur Diskussion steht, hat mit der Durchführung des Arbeitsverhältnisses im geschilderten Sinn nichts zu tun. Das Arbeitsverhältnis ist im Übrigen bereits beendet. Die Beklagte steht wie viele andere Schweizer Banken in einem Steuerstreit mit den Vereinigten Staaten. Kein Arbeitnehmer musste vor dem Ausbruch des Steuerstreites zwischen der Schweiz und den USA – und schon gar nicht 1995, als der Kläger einen Arbeitsvertrag mit der Beklagten schloss – je auch nur im Entferntesten damit rechnen, dass dereinst Daten von ihm im Hinblick auf die Lösung des Steuerstreites in die USA geliefert werden sollen. Unter diesen Umständen kann entgegen der Ansicht des Obergerichts nicht von einem Zusammenhang mit der Durchführung des Arbeitsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten gesprochen werden. Damit ist die Datenübermittlung nicht rechtens.

Die Beklagte erhob Berufung gegen den Entscheid des Arbeitsgerichts. Mit Bezug auf die Tragweite von Art. 328b OR folgte das Obergericht den Erwägungen das Arbeitsgerichts nicht – wie der nachfolgende Auszug aus dem Entscheid des Obergerichts zeigt. Es verneinte stattdessen (wie bereits das Arbeitsgericht in seiner Eventualbegründung) das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes für die Datenherausgabe nach Art. 6 Abs. 2 DSG (vgl. zu dieser Fragestellung Entscheid Nr. 18).

Aus dem Entscheid des Obergerichtes des Kantons Zürich:

Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Und gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, «soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind». Weiter gelten nach dieser Gesetzesvorschrift «im Übrigen» die Bestimmungen des DSG.

Die Vorinstanz ist der Meinung, dass die von der Beklagten ins Auge gefasste Datenlieferung mit dem früheren Arbeitsvertrag der Parteien nichts zu tun habe, weshalb sie ohne weiteres gemäss Art. 328b OR unzulässig sei. Diese Rechtsanschauung wird mit der Berufung beanstandet, wogegen der Kläger sich mit seiner Berufungsantwort dazu nicht äussert. In der Tat steht die vorinstanzliche Rechtsauffassung in diesem Punkte mit

der Praxis der Berufungsinstanz nicht in Einklang (Urteil LA160038 vom 31. Januar 2017, E. 5; Urteil LA16009 vom 22. Dezember 2016, E. 7; LA160028 vom 22. Dezember 2016, E. 5).

Art. 328 Abs. 1 OR auferlegt dem Arbeitgeber die Pflicht, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Und gemäss Art. 328b OR darf der Arbeitgeber Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, «soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind». Weiter gelten nach dieser Gesetzesvorschrift «im übrigen» die Bestimmungen des DSG.

Art. 328b OR konkretisiert den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Hinblick auf die Datenschutzgesetzgebung. In zeitlicher Hinsicht erfasst Art. 328b OR sowohl den Zeitraum der Dauer als auch jenen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BGE 131 V 298 E. 6.1; PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. A., Rz 473). Wenn Art. 328b OR von der Bearbeitung der Daten spricht, lehnt sich das Gesetz an die Legaldefinition von Art. 3 lit. e DSG an, wonach unter «Bearbeiten» namentlich auch das «Bekanntgeben» von Daten zu verstehen ist. Und darunter ist wiederum gemäss Art. 3 lit. f DSG jedes «Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen» gemeint. Dass es bei der hier ins Auge gefassten Bekanntgabe der Personendaten des Klägers an eine ausländische Behörde um eine Datenverarbeitung im Sinne von Art. 328b OR bzw. im Sinne des DSG geht, steht ausser Frage.

Nach Art. 328b OR kommt eine Datenbearbeitung in zwei Fällen in Frage. Einerseits ist sie nach dieser Gesetzesvorschrift denkbar, wenn sie die Eignung des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis betrifft. Dieser Aspekt kann hier allerdings von vornherein nicht interessieren. Und weiter kommt eine Datenbearbeitung nach dem Wortlaut von Art. 328b OR dann in Frage, wenn sie «für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich» ist. Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, dass im vorliegenden Fall die von der Beklagten in Aussicht genommene Datenlieferung auch aus diesem Grunde nicht zulässig sei. Eine Datenbearbeitung sei nur dann zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich, wenn eine administrative Notwendigkeit bestehe, z.B. «zur Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungen, dem Arbeitsinspektorat, den (schweizerischen) Strafbehörden oder dem Steueramt, die Abgabe von Referenzen oder dergleichen». Das treffe hier nicht zu. Die Vorinstanz beruft sich auf Lehrmeinungen, die Art. 328b OR einen eigenen Regelungsgehalt zuweisen (mit Hinweis u.a. auf STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N 3 zu Art. 328b OR). In diesem Sinne führt die Vorinstanz aus, dass der Wortlaut von Art. 328b OR klar und unmissverständlich sei. Es gebe gar nichts dazu auszulegen. Der erste Satz dieser Bestimmung erlaube die Datenbearbeitung nur, soweit die Daten über den Arbeitnehmer dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung

des Arbeitsvertrages erforderlich seien. Jede andere Bearbeitung der Datenüber den Arbeitnehmer sei damit verboten und rechtswidrig.

Es stellt sich die Frage, was unter «Durchführung des Arbeitsvertrages» im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist. Es ist dies ein unbestimmter Rechtsbegriff, der auszulegen ist. Art. 328b OR wurde mit dem Erlass des DSG in das Gesetz eingeführt und entspricht wörtlich Art. 328b Abs. 1 des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs. In der bundesrätlichen Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass die erwähnte Bestimmung «eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgebots» des heutigen Art. 4 Abs. 2 «des allgemeinen Datenschutzgesetzes» (= DSG) darstelle (BBl 1988 II 488). In diesem Sinne bleibt zwar die Datenbearbeitung durch Art. 328b OR und das DSG beschränkt; dennoch reicht sie durchaus weiter als in einem Fall, in dem die Parteien sich nicht durch einen Arbeitsvertrag aneinander gebunden haben (vgl. PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O., Rz 431), indem diese Bestimmung – im Rahmen des DSG – einen weiteren Rechtfertigungsgrund liefert und so als ein weiterer auf Arbeitsverhältnisse beschränkter Bearbeitungsgrundsatz angesehen werden kann (WILDHABER/HÄNSENBERGER, Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen, ZBJV 152/2016 S. 317). Ferner hat Art. 328b OR für internationale Verhältnisse die weitere Bedeutung, dass das schweizerische Datenschutzrecht stets uneingeschränkt anwendbar ist, sobald der Arbeitsvertrag dem schweizerischen Recht untersteht (GEISER, Rechte und Pflichten von Banken und Bankmitgliedern in Verfahren vor Behörden und Gerichten [Datenherausgabe, Unterstützungspflichten, Schadenersatz], ZBJV 152/2016 S. 251). Art. 328b Satz 1 OR ist daher weit auszulegen: Unter «Durchführung des Arbeitsvertrages» ist alles zu verstehen, was mit dem Arbeitsvertrag zu tun hat. Dazu gehört beispielsweise auch, dass in einem Gerichtsverfahren, das mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang steht, Personendaten des Arbeitnehmers vorgelegt werden dürfen (ZK OR-STAEHELIN, Art. 328b N 6). Wenn der Kläger im Rahmen des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages Kontobeziehungen eines US-Bürgers bearbeitet hat und die Beklagte von einer in- oder ausländischen Behörde aus diesem Grunde gezwungen wird, die Daten des Klägers als des zuständigen «relationship manager» offenzulegen, gehört ein solcher Vorgang durchaus im Sinne von Art. 328b OR zur Durchführung des von den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrages. Diese Bestimmung, die im Wesentlichen auf das DSG verweist, hat einen verhältnismässig engen eigenständigen Regelungsbereich (GEISER, a.a.O., S. 240). Sie konkretisiert in einer gewissen Weise Generalklauseln des DSG; eine Verbotsnorm ist sie aber nicht (WILDHABER/HÄNSENBERGER, a.a.O.; ROSENTHAL, Handkommentar DSG, N 5 zu Art. 328b OR). Nicht umsonst verweist die Vorschrift ausdrücklich auf die Vorschriften des DSG, die uneingeschränkt anwendbar sind, soweit Art. 328b OR nicht besondere Rechtfertigungsgründe liefert. Was unter der Bearbeitung von Daten im Sinne von Art. 328b OR zu verstehen ist, entscheidet sich daher nach der Vorschrift von Art. 3 lit. e DSG (BGer

4A_661/2016 vom 31. August 2017, E. 3.1.). Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob sich die Beklagte für die ins Auge gefasste Datenlieferung auf das DSG stützen kann.

In seinen Erwägungen zum Datenschutzgesetz bestätigte das Obergericht, dass keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG vorliegen würden, wobei es in Anwendung der Dispositionsmaxime das Verbot der Datenherausgabe auf zwei genau bezeichnete Dokumente begrenzte.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. Oktober 2017, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017 Nr. 5

OR 324a; (Vor-)Leistungspflicht der Arbeitgeberin bei gleichwertiger Versicherungslösung. Erweist sich die von der Arbeitgeberin abgeschlossene Kollektivtaggeldversicherung als gleichwertig, muss sie nur das leisten, was auch die Versicherung leisten müsste, und kann dieses Taggeld dann bei der Versicherung wieder einfordern. Das Gesetz erlaubt es bloss mit einer gleichwertigen Lösung von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. In casu wäre die Lösung aber nicht gleichwertig, wenn der Arbeitnehmer seinen Anspruch – aufgrund der bestehenden Taggeldversicherung der Arbeitgeberin – nicht direkt bei der Arbeitgeberin geltend machen könnte. Hätte nämlich die Arbeitgeberin keine Taggeldversicherung abgeschlossen, wäre die Rechtslage für den Arbeitnehmer günstiger, da ihn kein Prozessrisiko treffen würde. Einzig eine Verletzung der Mitwirkungspflichten seitens des Arbeitnehmers könnte die Arbeitgeberin von ihrer Vorleistungspflicht befreien. In casu erfolgte die Leistungsverweigerung der Versicherung jedoch nicht, weil der Arbeitnehmer seine Mitwirkung verweigerte, sondern aufgrund des von seiner Hausärztin nur rudimentär ausgefüllten Formulars.

Sachverhalt:

Das Arbeitsverhältnis der Parteien unterstand dem Landesmantelvertrag für das schweizerische Bauhauptgewerbe (LMV). Strittig war die Lohnfortzahlungspflicht der beklagten Arbeitgeberin, nachdem zum einen die Krankentaggeldversicherung dem Kläger mitgeteilt hatte, dass gemäss ihrer beratenden Ärztin die Arbeitsunfähigkeit aufgrund der zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht ausgewiesen sei und sie keine Leistungen erbringen könne. Zum anderen gelang es dem Kläger vor Arbeitsgericht, den Beweis für die von der Beklagten bestrittene 100%ige Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit im massgebenden Zeitraum zu erbringen.

Aus den Erwägungen:

Gleichwertige Vereinbarung?

Art. 324a Abs. 4 OR sieht vor, dass von der gesetzlich vorgesehenen Lohnfortzahlungspflicht abgewichen werden kann, sofern eine mindestens gleichwertige Regelung durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag vereinbart wurde. Gleichwertigkeit ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gegeben, wenn eine Versicherung während mindestens 720 Tagen innert 900 Tagen ein Taggeld in der Höhe von mindestens 80% des Lohnes ausrichtet, mit einer Wartefrist von maximal drei Tagen und bei mindestens hälftiger Tragung der Prämien durch den Arbeitgeber (Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.2.1).

Vorliegend enthält der LMV in Art. 64 Abs. 1 folgende Regelung: «Lohnfortzahlung durch Kollektivversicherung: Der Betrieb ist verpflichtet, die dem LMV unterstellten Arbeitnehmenden kollektiv für ein Taggeld von 90% 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 und 324b OR vollumfänglich abgegolten.» Weiter enthält er in Abs. 2 lit. a folgende Regelung zur Prämienteilung: «Die Prämien für die Kollektivtaggeld-Versicherung werden vom Betrieb und den Arbeitnehmenden je zur Hälfte getragen.» Zu den Karenztagen wird schliesslich in Abs. 3 lit. b Folgendes festgehalten: «Entschädigung des Lohnausfalles zu 90% infolge Krankheit nach höchstens einem Karenztag zu Lasten der Arbeitnehmenden. Erfolgt ein Aufschub von höchstens 30 Tagen je Krankheitsfall, ist der Lohnausfall während dieser Zeit vom Arbeitgeber zu entrichten. […]»

Der LMV erfüllt das Kriterium der Schriftlichkeit und enthält alle für die Annahme der Gleichwertigkeit notwendigen Punkte. Ebenso wurde ein ausdrücklicher Abgeltungs-Vorbehalt festgehalten. Vorliegend haben die Parteien somit eine grundsätzlich gleichwertige Vereinbarung getroffen.

Lohnanspruch trotz Verweigerung durch Krankentaggeldversicherung?
Rechtliches

Wird die Leistungspflicht des Arbeitgebers durch eine Versicherungslösung abgelöst und ist diese gleichwertig, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich von seiner Zahlungspflicht befreit (ROBERTA PAPA, in: Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, S. 69 ff., S. 80). Der Arbeitgeber ist aber nur solange und soweit von seiner Lohnfortzahlungspflicht entlastet, wie diese tatsächlich durch die Versicherung übernommen wird (THOMAS GEISER, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, AJP 2003, S. 323 ff., S. 329). Verweigert der Versicherer sei-

ne Leistung, z.B. weil dem Arbeitnehmer eine Verletzung von Mitwirkungspflichten vorgeworfen werden kann, spielt es eine Rolle, ob sich die auferlegten Pflichten in einem üblichen und zumutbaren Rahmen bewegen und ob sie dem Arbeitnehmer bereits bei Vereinbarung der Ersatzlösung bekannt sind bzw. sein müssen. Kann dies bejaht werden, ist die Gleichwertigkeit der Ersatzlösung nicht tangiert (vgl. PAPA, a.a.O., S. 91).

Schliesslich darf dem Arbeitnehmer nicht das Risiko übertragen werden, gegen die falsche Partei zu klagen. Er muss trotz Bestehens einer Kollektivtaggeldversicherung gegen den Arbeitgeber klagen können, wenn er seine Leistungen nicht erhalten hat. Erweist sich die vom Arbeitgeber abgeschlossene Kollektivtaggeldversicherung als tatsächlich gleichwertig, muss der Arbeitgeber dann aber nur das leisten, was auch die Taggeldversicherung leisten müsste, und kann dieses Taggeld dann bei der Versicherung einfordern (THOMAS GEISER, Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, AJP 2016 S. 100 ff., S. 105). Der Arbeitgeber haftet insbesondere dafür, dass der Versicherungsvertrag mit den Bedingungen des Arbeitsvertrags kongruent ist. Dies gilt sowohl bezüglich der Höhe der Leistungen als auch des sachlichen Deckungsumfanges (CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 141). Das Arbeitsgericht Zürich geht regelmässig und seit Langem von einer Vorleistungspflicht der Arbeitgeberin aus (statt vieler: Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2005, Nr. 7; Urteil vom 21. Oktober 2010, AN080919; vgl. dazu auch Urteil des Kantonsgerichtes Basel-Landschaft vom 11. November 2003 in JAR 2004, S. 418 ff.; HANS-PETER EGLI, Lohnfortzahlung und Versicherungsschutz gemäss Art. 324a OR, in AJP 9/2000, S. 1077). Dem Arbeitnehmer steht zwar gemäss KVG und VVG ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zu, er verliert aber den Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber nicht. Für diese Lösung spricht im Übrigen auch Art. 19 Abs. 2 ATSG, wonach der Arbeitgeber die Taggelder bei der Versicherung einfordern kann, soweit er selber Leistungen in der Höhe der Taggelder an den Arbeitnehmer ausrichtet. Die Leistungspflicht der Beklagten entfällt damit erst, wenn die Versicherung auch tatsächlich bezahlt.

Würdigung

Wie vorgehend festgestellt, war der Kläger infolge Krankheit vom 21. Oktober 2015 bis und mit 15. Dezember 2015 zu 100% arbeitsunfähig und der Entscheid der Krankentaggeldversicherung, die Leistungen zu verweigern, beruhte auf einer unzureichenden Grundlage.

Das Gesetz erlaubt es bloss mit einer gleichwertigen Lösung von der gesetzlichen Regelung abzuweichen. In casu wäre die Lösung aber nicht gleichwertig, wenn der Kläger seinen Anspruch – aufgrund der bestehenden Taggeldversicherung der Beklagten – nicht direkt bei der Beklagten geltend machen könnte. Denn hätte die Beklagte keine Taggeldversiche-

rung abgeschlossen, wäre die Rechtslage für den Kläger günstiger, da ihn kein Prozessrisiko treffen würde.

Auch der LMV hält in Art. 64 Abs. 1 fest: «Mit den Taggeldleistungen des Kollektivversicherers ist die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach Art. 324a und 324b OR vollumfänglich abgegolten.» Vorliegend leistete die Krankentaggeldversicherung aber nicht, womit die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nicht abgegolten ist.

Einzig eine Verletzung der Mitwirkungspflichten seitens des Klägers könnte die Beklagte von ihrer Vorleistungspflicht befreien. Die Leistungsverweigerung der Krankentaggeldversicherung erfolgte jedoch nicht, weil der Kläger seine Mitwirkung verweigerte, sondern aufgrund des von seiner Hausärztin, Dr. med. Y., nur rudimentär ausgefüllten Formulars. Der Kläger wusste nicht, dass der ablehnende Entscheid der Krankentaggeldversicherung v.a. aufgrund des bloss rudimentär ausgefüllten Formulars erfolgte und durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass seine Hausärztin dieses Formular gewissenhaft, unter Angabe der Abklärungen bei den beiden Spezialisten, ausfüllen würde und alle nötigen Angaben der Krankentaggeldversicherung zur Verfügung gestellt hatte. Diesbezügliche Ausführungen machte denn auch die Vertrauensärztin der Krankentaggeldversicherung.

Ausserdem forderte die Krankentaggeldversicherung den Kläger nicht zu einer weiteren Mitwirkung auf, sondern erwähnte nur, dass ohne neue medizinische Tatsachen keine Leistungen erbracht werden können. Da der Kläger davon ausgehen konnte, dass seine Hausärztin das Formular gewissenhaft und mit allen nötigen Angaben ausgefüllt hatte, gab es aus seiner Sicht auch keine neuen medizinischen Tatsachen. Die Rechtsvertreterin des Klägers hielt die Krankentaggeldversicherung mit Schreiben vom 10. Februar und 26. Februar 2015 dazu an, Einsicht in die vollständigen Akten zu erhalten. Erst am 11. März 2016 sandte die Krankentaggeldversicherung der klägerischen Rechtsvertreterin die angeforderten Akten zu. Zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger zwar die Möglichkeit gehabt, die unvollständigen Angaben seiner Hausärztin zu ergänzen, das Verfahren war jedoch bereits rechtshängig. Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten des Klägers, welche die Beklagte von ihrer Leistungspflicht entbunden hätte, kann nach dem Gesagten nicht bejaht werden.

Zwischenfazit

Nach dem Gesagten ist die Beklagte nicht von ihrer Leistungspflicht entbunden. Sie ist betreffend die Bezahlung von Krankentaggeld vorleistungspflichtig und hat dem Kläger den gemäss Art. 64 LMV darauf entfallenden Lohn zu vergüten.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 23. Oktober 2017, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017 Nr. 8

OR 333; Betriebsübertragung, die sich zum Nachteil der Arbeitnehmerin auswirkt. Vorliegend wirkte sich die Betriebsübertragung infolge des nachträglichen Konkurses des neuen Betriebes zum Nachteil der Arbeitnehmerin aus. Da die Arbeitnehmerin zum Zeitpunkt der Betriebsübertragung als Betriebsleiterin des alten Betriebes fungierte, ging ihr Arbeitsverhältnis – mangels Ablehnung des Übergangs i.S.v. Art. 333 Abs. 2 OR – auf den neuen Betrieb über. Damit schuldet der übertragende Betrieb der Arbeitnehmerin keine offenen Löhne. Da die geltend gemachten Monatslöhne zudem erst mehr als zwei Jahre nach der Betriebsübertragung fällig wurden, kommt auch eine solidarische Haftung nach Art. 333 Abs. 3 OR des bisherigen Arbeitgebers und des Betriebserwerbers nicht in Frage.

Sachverhalt:

Die Klägerin fordert ihren Lohn für die Monate Juni, Juli und August 2013 unter Vorbehalt des Nachklagerechts. Die Klägerin wurde von der Beklagten – die damals noch als X. AG firmierte – im Oktober 2009 als Betriebsleiterin des Café-Restaurants X. eingestellt. Strittig ist, ob das Arbeitsverhältnis – wie von der Beklagten behauptet – in der Folge aufgrund einer Betriebsübertragung Ende 2010 / Anfang 2011 von der X. AG auf die Stiftung X. überging, über die Ende 2016 der Konkurs eröffnet wurde.

Aus den Erwägungen:

Wirtschaftliche Identität des Betriebs

Als Café-Restaurant mit Restaurationsmöglichkeit ist das Café-Restaurant X. eine auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheit, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt, und somit ein Betrieb i.S.v. Art. 333 OR. Die wirtschaftliche Identität des Café-Restaurant X. wurde gemäss Aktenlage zudem seit der Gründung gewahrt. Insbesondere verfolgte das Café-Restaurant X. stets denselben gemeinnützigen Zweck. Es sind auch keine wesentlichen Änderungen in der Organisationsstruktur ersichtlich. Das Café-Restaurant X. wurde fortwährend in denselben Räumlichkeiten mit im Wesentlichen wohl gleichbleibender Kundschaft geführt. Die Klägerin war von Oktober 2009 bis Oktober 2016 die Betriebsleiterin des Cafés.

Betriebsübertragung

Die Beweislast für die behauptete Betriebsübertragung trägt die Beklagte (Art. 8 ZGB). Ihre diesbezüglichen Behauptungen und Substanziierungen waren eher knapp. Dennoch ergeben sich aus den vorliegenden Ak-

ten, den Sachdarstellungen der Parteien und den Handelsregistereinträgen hinreichend Indizien für eine Betriebsübertragung des Café-Restaurants X. von der Beklagten auf die Stiftung X. mit Wirkung auf den Jahreswechsel 2010/2011.

Zunächst stützen selbst die Angaben der Klägerin die Annahme einer Betriebsübertragung. In der Klage liess sie ausführen, dass die Beklagte das Café-Restaurant X. in eine gemeinnützige Stiftung eingebracht habe. An anderer Stelle heisst es in der Klageschrift, das Café-Restaurant X. sei flugs in eine Stiftung ausgelagert worden, als es nicht mehr rentiert habe. An der Hauptverhandlung führte die Klägerin hierzu aus, vorher sei es die X. AG gewesen. Im Jahr 2011 sei «es» dann übergegangen, weil man gesehen habe, dass es von den Finanzen und vom Konzept her nicht aufgegangen sei. Durch die Gründung der Stiftung hätten sie sich erhofft, Gelder der öffentlichen Hand und Spendengelder organisieren zu können. Dies sei der Grund für die Gründung der Stiftung X. gewesen.

Die Klägerin war als Gründungsmitglied massgeblich an der Errichtung eben dieser Stiftung beteiligt. Der Zweck der Stiftung X. ist denn auch so formuliert, dass die Führung des gleichnamigen Café-Restaurant X. als gemeinnütziges, soziales Café und Restaurant davon erfasst ist. Das auch von der Klägerin mitgetragene Ziel war offensichtlich, eine Betriebsübertragung dieses Cafés in die zu diesem Zweck im November 2010 gegründete Stiftung X.

Daran vermag auch deren Vorbringen, es liege kein Übernahmevertrag, ja nicht einmal ein entsprechender Stiftungsratsbeschluss vor, nichts zu ändern. Wie vorab dargelegt, braucht es nicht zwingend eine vertragliche Beziehung zwischen dem alten und dem neuen Betriebsinhaber. Es genügt die Weiterführung des Betriebs durch einen neuen Inhaber. Dass der Betrieb weitergeführt wurde bzw. dass die Identität des Betriebs dabei gewahrt wurde, ist erstellt. Zudem macht die Beklagte geltend, dass die Betriebsmittel, das Inventar des Café-Restaurants, der Stiftung X. unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden seien, was unbestritten blieb. Ob der Mietvertrag für die Kaffeeräumlichkeiten wie von der Klägerin behauptet erst – aber immerhin – zu Beginn des Jahr 2012 auf die Stiftung übertragen wurde, spielt keine Rolle. Die Räumlichkeiten wurden der Stiftung zuvor zur Verfügung gestellt. Offenbar wurden auch Mietzinsen belastet. Die Voraussetzungen für einen Betriebsübergang sind damit grundsätzlich erfüllt.

Die Klägerin konnte ihre Behauptung, wonach auch nach dem bestrittenen Betriebsübergang nicht alle Löhne und Rechnungen durch oder zulasten der Stiftung X. bezahlt worden seien, denn auch nicht belegen. […]. Gemäss den unbestritten gebliebenen Buchhaltungsauszügen der Beklagten hatte diese im Jahr 2011 keinerlei Personalaufwand. Die Lohnausweise der Klägerin für die Jahre 2011 – 2013 wurden von A. im Namen der Stiftung X. ausgestellt. Auch der Auszug aus dem Pensionskassenkonto der Klägerin vom 27. Juni 2017 weist einen zum Jahresübergang 2010/2011 einge-

tretenen Wechsel aus. Vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2010 wurden die Beiträge durch die X. AG überwiesen, ab dem 1. Januar 2011 bis zur Konkurseröffnung am 26. September 2016 leistete die Stiftung X. die Abgaben für die Klägerin. Dem Auszug aus dem individuellen Konto der Klägerin (IK-Auszug) bei der Ausgleichskasse vom 18. Januar 2017 kann nicht entnommen werden, wer die Beiträge in den massgebenden Jahren bezahlt hat, da als Arbeitgeber einzig «X. Zürich» angegeben wird.

Aus dem Umstand, dass die Klägerin beziehungsweise ihr Treuhänder auf dem Deckblatt ihrer privaten Steuererklärung auch ab dem Jahr 2011 nach wie vor die X. AG als Arbeitgeberin aufführten, kann mit Bezug auf die Betriebsübertragung ebenfalls nichts abgeleitet werden.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der bisherigen Praxis zu Art. 333 OR vor allem dadurch, dass sich die Betriebsübertragung infolge des nachträglichen Konkurses der Stiftung X. zum Nachteil der Arbeitnehmerin auswirkte. Fraglich ist, ob in einer solchen Konstellation höhere Anforderungen – die rechtsprechungsgemässen Voraussetzungen sind mit Blick auf den Arbeitnehmerschutzgedanken eher gering – an die Annahme einer Betriebsübernahme im Sinne von Art. 333 OR gestellt werden müssten. Allerdings gilt es zu beachten, dass vorliegend eine weitere Besonderheit darin besteht, dass die Klägerin an der Umgestaltung der Betriebsstruktur mit Gründung einer Stiftung beteiligt war und die Betriebsübertragung letztlich mitgestaltet und mitgetragen hat.

Dies spielt namentlich auch mit Bezug auf die weitere Argumentation der Klägerin eine Rolle. Die Klägerin stützt ihre Ansicht, wonach keine eigentliche Betriebsübertragung stattgefunden habe, wesentlich darauf, dass sich die Gründer des Kaffeehausprojekts, die Eheleute B., undurchsichtiger Firmenkonstrukte bedient hätten. In diesem Zusammenhang erwähnt sie etwa, dass in der Bilanz der Stiftung noch im Januar 2015 ein Verbindungskonto zur Beklagten existiert habe, das dann im Jahr 2016 im Hinblick auf den schon lange drohenden Konkurs der Stiftung flugs ausgebucht worden sei. Die Klägerin macht eine Querfinanzierung und Verschleierung sowie eine Selbstkontraktion zwischen der Beklagten und der Stiftung geltend.

Als Adressatin der Berichte der Revisionsstelle betreffend die Geschäftsjahre 2011 bis 2016 war die Klägerin indes sowohl über die finanzielle Lage der Stiftung im Allgemeinen als auch über das erwähnte Verbindungskonto zur Beklagten jederzeit informiert und in ihrer Funktion als Stiftungsrätin auch mitverantwortlich für die Geschäftsbücher der Stiftung (vgl. Art. 83a ZGB; vgl. auch den Hinweis in den jeweiligen Revisionsberichten). Insbesondere war ihr jederzeit klar, dass das Kaffeehausprojekt bereits unter der Führung der X. AG und in der Folge auch unter der Führung der Stiftung X. finanzielle Probleme hatte. Doch auch sie befürwortete die Übertragung in eine Stiftung, was beispielsweise das Werben um Spendengelder und den Erhalt von Geldern der öffentlichen Hand erleichtern sollte. Sie wusste von der Überschuldung und ermöglichte unter ande-

rem mit dem einstweiligen Verzicht auf Lohnauszahlungen über mehrere Jahre die Fortsetzung des Projekts. Ebenso musste sie sich über die Doppelstellung des Ehepaars B. bewusst sein. Die Klägerin hätte jederzeit aussteigen und kündigen beziehungsweise bereits zu Beginn den Übergang ihres Arbeitsvertrags im Rahmen der Betriebsübertragung ablehnen können (siehe auch nachfolgend). Denn als Betriebsleiterin und Gründungsstifterin war sie über die Problematik informiert.

Rechtsfolgen der Betriebsübertragung

Da das Café-Restaurant X. nach dem Gesagten im Dezember 2010 / Januar 2011 auf die infolge Konkurs zwischenzeitlich gelöschte Stiftung X. übertragen worden ist, sind die damaligen Arbeitsverhältnisse auf die Stiftung übergegangen (Art. 333 Abs. 1 OR). Da die Klägerin im Zeitpunkt der Betriebsübertragung unbestrittenermassen als Betriebsleiterin des Café-Restaurant X. arbeitete, ist auch ihr Arbeitsverhältnis – mangels Ablehnung des Übergangs i.S.v. Art. 333 Abs. 2 OR – auf die Stiftung X. übergegangen. Daran vermag auch das klägerische Vorbringen, das Ablehnungsrecht könne nur ausgeübt werden, wenn die Arbeitnehmer über den Betriebsübergang informiert worden seien, was vorliegend unbestrittenermassen nicht geschehen sei, nichts zu ändern. Die Klägerin wusste insbesondere um den Grund der Betriebsübertragung sowie die mit der Übertragung einhergehenden Folgen. Sie musste infolgedessen nicht gesondert über die Betriebsübertragung informiert werden.

Eine allfällige andere Absicht des verstorbenen Stiftungsratsmitglieds A. könnte nichts am automatischen Übergang des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin ändern. Gemäss einem Teil der Lehre ist Art. 333 OR zwar auf Arbeitnehmer, die beim ehemaligen Arbeitgeber bleiben wollen und sollen, nicht anwendbar (BSK OR I, PORTMANN/RUDOLPH, N 9 und 16 zu Art. 333). Selbst wenn dieser Meinung – die im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht – gefolgt würde, wäre eine allfällige Abmachung zwischen A. und der Klägerin, den Vertrag der Klägerin bei der Beklagten zu belassen, nicht massgeblich. A. hatte im Zeitpunkt der Betriebsübertragung bei der Beklagten keine Organstellung inne. Somit könnte eine derartige Willensäusserung von A. auch nicht der Beklagten zugerechnet werden. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch eine Befragung der in diesem Zusammenhang als Zeugin genannten C. Anzumerken bleibt, dass zumindest die von A. im Namen der Stiftung ausgestellten Lohnausweise und Bescheinigungen offener Lohnforderungen der Klägerin gegenüber der Stiftung X. auch nicht auf eine ursprünglich andere Intention schliessen lassen (zum Schluss von nachträglichem Parteiverhalten auf den tatsächlichen Willen vgl. etwa BGE 129 III 675 E. 2.3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013 E. 8.5). Zudem spricht der Umstand, dass die Klägerin ein erstes Mal im November 2013 eine solche Bescheinigung offener Lohnforderungen durch die Stiftung X. entgegen nahm und im September 2014 um eine

nämliche Bescheinigung ersuchte, dafür, dass auch sie von einem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf die Stiftung ausging.

Da nach dem Gesagten das mit Arbeitsvertrag vom 29. Oktober 2009 begründete Arbeitsverhältnis zwischen der Beklagten und der Klägerin im Dezember 2010 / Januar 2011 auf die zwischenzeitlich infolge Konkurs gelöschte Stiftung X. übergegangen ist, schuldet die Beklagte der Klägerin die offenen Löhne für die Monate Juni, Juli und August 2013 nicht. Die geltend gemachten Monatslöhne (Juni, Juli August 2013) wurden zudem erst mehr als zwei Jahre nach der Betriebsübertragung fällig, sodass auch eine solidarische Haftung der Beklagten gestützt auf Art. 333 Abs. 3 OR nicht in Frage kommt. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 27. November 2017, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2017 Nr. 18, mit ergänzender Urteilsbegründung im Berufungsentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich

DSG 6; Herausgabe von Mitarbeiter-Daten in die USA. Die USA sind grundsätzlich als Land zu qualifizieren, in welchem es im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG an einer Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz von Personendaten gewährleistet. Somit ist die Übermittlung von Mitarbeiterdaten an die US-Behörden durch die Banken grundsätzlich nach Art. 6 DSG zu beurteilen. Da in casu die Arbeitnehmerin der Datenübermittlung hinsichtlich der zwei in Frage stehenden Konten nicht zustimmte (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG), kommt von den in Art. 6 Abs. 2 DSG abschliessend aufgeführten Rechtfertigungsgründen einzig derjenige des Vorliegens eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Datenbekanntgabe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG in Frage. Bei der Arbeitgeberin handelt es sich um eine (aus Schweizer Sicht) nicht systemrelevante, sondern auf dem Platz Schweiz mittelgrosse Bank, womit sich die Datenlieferung im Hinblick auf eine mögliche Rettung der Arbeitgeberin von vornherein nicht wegen eines vorhandenen überwiegenden öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG rechtfertigen lässt. Dass die Arbeitnehmerin wegen der konkreten Gefahr einer Festhaltung durch die amerikanischen Behörden massiv in ihrer persönlichen (Bewegungs-)Freiheit eingeschränkt ist, genügt in einer Zeit der internationalen Mobilität, um ihr (erhebliches) privates Interesse am Datenlieferungsverbot zu bejahen.

Sachverhalt:

Im Berichtsjahr ergingen mehrere Entscheide, welche die Rechtmässigkeit der Lieferung von Personendaten von Bankmitarbeitenden, die mit US-bezogenen Konten zu tun hatten, an Behörden in den USA, insbeson-

dere an das U.S. Departement of Justice (DoJ), zum Gegenstand hatten (vgl. auch Entscheid Nr. 6). Der nachfolgende Entscheidauszug beleuchtet namentlich das geltend gemachte öffentliche Interesse an einer Datenherausgabe, wobei die Erwägungen aus Platzgründen nur auszugsweise wiedergegeben werden.

Bei der Beklagten handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, deren Muttergesellschaft eine der grössten Geschäftsbanken in einem europäischen Land ist. Die Beklagte verfügt über eine Bewilligung des Eidgenössischen Finanzdepartements zur Kooperation mit den amerikanischen Behörden und zur Teilnahme am US-Programm. Sie hatte dem DoJ den Namen und die Funktion der Klägerin mit Bezug auf drei Kontobeziehungen bereits übermittelt und mit dem DoJ auch schon ein Non Prosecution Agreement (NPA) geschlossen und sich darin zur Leistung einer Strafzahlung verpflichtet. Strittig war die Zulässigkeit der Datenübermittlung hinsichtlich zweier weiterer Konten.

Aus den Erwägungen:

Datenschutz in den USA

Die USA sind auf der Liste des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (nachfolgend: EDÖB) als Staat geführt, der nur dann einen angemessenen Datenschutz im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG bietet, wenn der Datenbearbeiter dem Privacy Shield beitritt und auf der Liste des U.S. Department of Commerce verzeichnet ist (vgl. die Staatenliste des EDÖB, abrufbar unter http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html, Staatenliste EDÖB, Stand: 12. Januar 2017, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). Datenbearbeiter wäre vorliegend das DoJ, eine US-amerikanische Behörde, welche nicht Mitglied des Privacy Shield ist (vgl. die Liste des Privacy Shield, abrufbar unter https://www.privacyshield.gov/list, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). Ergänzend ist diesbezüglich anzufügen, dass die US-Regierung denn auch nicht Teilnehmer des «Safe Harbor Privacy Frameworks» war, welches gemäss EDÖB einen genügenden Datenschutz geboten hätte (Tätigkeitsbericht des EDÖB 2008/2009, S. 18 f.), vom EuGH in seinem Urteil vom 6. Oktober 2015 (Facebook) aber für ungültig erklärt (https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-0/cp150117de.pdf, zuletzt abgerufen am 21. November 2017) und nun durch den Privacy Shield ersetzt wurde (https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/01405/01406/index.html?lang=de, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). Die Vereinigten Staaten von Amerika sind somit grundsätzlich als Land zu qualifizieren, in welchem es im Sinne von Art. 6 Abs. 1 DSG an einer Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz von Personendaten gewährleistet, weshalb Art. 6 DSG Anwendung findet, welcher der allgemeinen Bestimmung von

Art. 12 DSG als lex specialis vorgeht (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 16 f.).

Bezüglich des US-Programms sind sodann auch dem Joint Statement des EFD und des DoJ keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wie die USA den Datenschutz gewährleisten werden. Vielmehr behalten sich die USA explizit das Recht vor, die im Rahmen des US-Programmes zur Verfügung gestellten Personendaten zu allen gemäss ihrem Recht gestatteten Zwecken verwenden zu können. Damit ist nicht davon auszugehen, das US-Programm biete entgegen dem allgemeinen Datenschutzstandard der USA ausnahmsweise einen angemessenen Schutz für die in dessen Rahmen übermittelten Personendaten (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 17 m.H.).

Aufgrund dieser Ausführungen ist die Übermittlung der Mitarbeiterdaten an die US-Behörden durch die Banken grundsätzlich nach Art. 6 DSG zu beurteilen. Da die Klägerin unbestrittenermassen der Datenübermittlung hinsichtlich der zwei in Frage stehenden Konten nicht zugestimmt hat (Art. 6 Abs. 2 lit. b DSG), kommt von den in Art. 6 Abs. 2 DSG abschliessend aufgeführten Rechtfertigungsgründen einzig derjenige des Vorliegens eines überwiegenden öffentlichen Interesses an der Datenbekanntgabe gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG in Frage (MAURER-LAMBROU/STEINER, in: BSK DSG, Art. 6 N 22c).

Da das DoJ als Verwaltungsbehörde der Exekutive zuzurechnen und kein Gericht als solches ist, kommt auch der Rechtfertigungsgrund der Unerlässlichkeit der Bekanntgabe für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht gemäss derselben Bestimmung nicht in Betracht (ROHNER/FURRER, Knacknüsse bei der Lieferung von Daten durch Schweizer Banken an die USA, in: Der Schweizer Treuhänder, 8/2013, S. 515 ff., S. 520; ROSENTHAL, a.a.O., N 65 zu Art. 6 DSG). Zum gleichen Schluss kam auch das Obergericht Zürich, nach Abwägung der in der Lehre vertretenen und auch von der Beklagten vorgebrachten Meinungen (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.2. m.w.H.). Dies vermag auch das von der Beklagten ins Feld geführte Urteil des Tribunal Cantonal Vaud vom 30. Juni 2017 nicht zu entkräften, welches sich nur rudimentär mit der Minderheitsmeinung von Meier (PHILIPPE MEIER, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, Rz 1288) auseinandersetzt.

Nach grundsätzlichen Ausführungen zum öffentlichen Interessen an der Datenübermittlung erwog das Arbeitsgericht weiter:

Öffentliche Interessen

Die Wichtigkeit des Finanzplatzes Schweiz darf aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht unterschätzt werden. Eine Anklageerhebung des DoJ gegen ein sich in der Schweiz befindendes Bankinstitut hätte zweifelsohne verheerende Folgen und würde – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – mit ziemlich hoher Wahrscheinlichkeit mit dessen Untergang enden (vgl.

BGE 137 II 431, E. 4.3.1.). Laut einer Analyse einer amerikanischen Anwaltskanzlei sollen von zehn in den letzten 30 Jahren angeklagten Instituten mit einer Ausnahme alle übernommen worden oder ganz vom Markt verschwunden sein (ROHNER/FURRER, a.a.O., S. 517 m.H.). Die Verhinderung des Untergangs einer Schweizer Bank – abgesehen von den wenigen systemrelevanten Grossbanken – wäre angesichts der dargelegten Folgen für sich allein gesehen aber dennoch als «bloss» privates Interesse zu qualifizieren. Gesamtwirtschaftlich gesehen wären die negativen Folgen für die Schweizer Wirtschaft überschaubar. Demgegenüber ist es durchaus vorstellbar, dass die kumulierten privaten Interessen mehrerer Banken auch öffentliche Interessen darstellen können (OGer ZH, LF140075-O, Urteil vom 3. März 2015, S. 20 f.). Angesichts der Wichtigkeit des Finanzplatzes für die Schweizer Wirtschaft besteht ein öffentliches Interesse daran, einen reihenweisen Kollaps von Bankinstituten, mit entsprechend schwerwiegenden Folgen für die Schweizer Wirtschaft (z.B. Verlust von Arbeitsplätzen und Steuereinnahmen etc.), zu verhindern.

Wie eingangs erwähnt, ist grundsätzlich ein öffentliches Interesse an der Beilegung des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA und somit an der Kooperation der Banken zu bejahen (siehe auch Urteil des Tribunal Cantonal Vaud vom 30. Juni 2017). Massgebend ist jedoch einzig, ob im hier konkret zu beurteilenden Fall auch ein öffentliches Interesse an der Übermittlung der klägerischen Personendaten besteht. Es rechtfertigt sich für die Beurteilung der Frage, ob die Gefährdung einer Bank im Sinne des Gesagten dem schweizerischen, öffentlichen Interesse zuwiderläuft, darauf abzustellen, ob das betreffende Institut als systemrelevant gilt oder nicht (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.1.1., m.H.). Wie eingehend vom Obergericht Zürich dargetan, ist der Kreis der systemrelevanten Banken im Sinne von Art. 151 ZPO notorisch und überdies auf der Homepage der Schweizerischen Nationalbank jederzeit abrufbar (OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.1.2.).

Bei der Beklagten handelt es sich um eine (aus Schweizer Sicht) nicht systemrelevante, sondern auf dem Platz Schweiz mittelgrosse Bank mit ca. 1'200 Mitarbeitenden. Das Obergericht Zürich hat in einem Fall – bei welchem es sich um eine andere nicht systemrelevante Bank handelte, welche wie die Beklagte Tochtergesellschaft eines ausländischen Finanzkonzerns ist – festgehalten, dass beim Ausfall einer in der Schweiz nicht systemrelevanten Bank das schweizerische, öffentliche Interesse nicht tangiert sei. Die Beklagte kann daher als Tochtergesellschaft eines ausländischen Finanzkonzerns in der Schweiz ebenfalls nicht als systemrelevante Bank gelten (Oger ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.4.1.3.). Die vorliegende Datenlieferung lässt sich somit im Hinblick auf die mögliche Rettung der Beklagten von vornherein nicht wegen eines vorhandenen überwiegenden öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 6 Abs. 2 lit. d DSG rechtfertigen. Vielmehr ist die Abwendung der Gefahr einer Anklageerhebung

bzw. die Verhinderung ihres Untergangs in erster Linie als privates Interesse der Beklagten zu qualifizieren (vgl. auch BGer Urteil vom 22. September 2016, 4A_83/2016, E. 3.4.3). Ein solches ist jedoch im Rahmen der vorliegenden Interessenabwägung nicht relevant (a.M. Urteil des Tribunal Cantonal Vaud, Cour d'Appel Civile, vom 30. Juni 2017, E. 3.2.4.4).

Von der Beklagten wird ferner vorgebracht, der vorliegende Fall dürfe bei der Feststellung des überwiegenden öffentlichen Interesses nicht isoliert von den anderen Klagen im Rahmen der Datenlieferungsfälle an das DoJ beurteilt werden. Das öffentliche Interesse sei nicht aus einer Einzelfallperspektive zu bestimmen, sondern bedürfe einer Gesamtwürdigung der Umstände. So würde bei einer singulär auf einzelne Banken bezogenen Einzelfallbetrachtung nicht berücksichtigt, dass jeder einzelne Entscheid, der die Lieferung an das DoJ verweigern würde, die Summe der nicht gelieferten Daten erhöhe und ein Gesamtbild der Nichtkooperation hinterlasse. Dies könnte wiederum zur Verhinderung, Verzögerung oder zum Widerruf der NPA Abschlüsse führen. Massgebend für die Bestimmung des öffentlichen Interesses sei daher die Reaktion des DoJ auf die Verweigerung zahlreicher oder sogar sämtlicher wegen Gerichtsentscheiden unterbliebener Datenlieferungen.

Dem DoJ ist zweifellos nicht entgangen, dass im Zeitpunkt des Abschlusses des NPA mit der Beklagten im Dezember 2015 in der Schweiz zwei erstinstanzliche Urteile vorlagen, die den Banken Datenlieferungen untersagten (Urteil des Tribunal de Première Instance Genf vom 28. Mai 2015, C/1271/2013-7, inzwischen von der zweiten Instanz bestätigt am 11. Dezember 2015; Arrêt de la Cour de Justice, Chambre civil, C/1271/2013; Urteil des Bezirksgerichts Horgen, Geschäfts-Nr. CG140026-F vom 9. Juli 2015). Gleichwohl konnte die Beklagte ein NPA abschliessen. Der Presse ist darüber hinaus zu entnehmen, dass sich mittlerweile sämtliche Banken der Kategorie 2 mit den US-Behörden geeinigt haben (http://www.finanzen.ch/nachrichten/aktien/Letzte-Kategorie-2-Bank-einigt-sich-in-den-USA-1001017905, Artikel vom 28. Januar 2016, zuletzt abgerufen am 21. November 2017). All diese Einigungen wurden erzielt, obwohl noch etliche Prozesse betreffend Datenlieferung an das DoJ in der Schweiz pendent gewesen sind (http://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/die-banken-verlieren-meistens -vor-gericht-1.18664310, Artikel vom 17. Dezember 2015, worin von über 1'000 Fällen die Rede ist, zuletzt abgerufen am 21. November 2017), also noch viele Namen nicht geliefert worden sind, die gemäss US-Programm eigentlich hätten geliefert werden sollen.

Die fehlenden Daten der Klägerin (Name und Funktion) hinsichtlich zweier Konten standen dem Abschluss des NPA im Dezember 2015 zwischen dem DoJ und der Beklagten nicht im Wege. Die Beklagte übermittelte dem DoJ die Höchststände der angeblich von der Klägerin betreuten Konten (ohne Name und Funktion der Klägerin) und bezahlte hierfür be-

reits Strafzahlung. Unter diesen Umständen kann heute kaum angenommen werden, das DoJ werde das NPA widerrufen, wenn die Daten nicht geliefert werden können, weil die Beklagte in den betreffenden Gerichtsverfahren trotz redlichen Bemühens unterlegen ist. Die Gefahr, dass es im Rahmen des Steuerstreites mit den USA überhaupt zum Untergang der Beklagten kommen könnte, erscheint also äusserst gering. Es ist auch unwahrscheinlich, dass eine ganze Reihe anderer Banken untergeht, weil gewisse Namen nicht geliefert werden. Anzufügen bleibt, dass selbst im Falle eines Widerrufs sich nach dem Gesagten nach schweizerischem Recht kein Weg findet, der Beklagten die Lieferung der Daten zu erlauben (vgl. OGer ZH, LB150052-O, Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.5.2.). Das öffentliche Interesse ist nach dem Gesagten zu verneinen. Selbst wenn man aber ein gewisses öffentliches Interesse annähme, müsste diesem das Interesse der betroffenen Person, dass ihre Daten nicht in ein Land ohne angemessenen Datenschutz exportiert werden (ROSENTHAL, a.a.O., N 62 zu Art. 6 DSG), gegenüber gestellt werden.

Privates Interesse (der Klägerin)

Den öffentlichen Interessen gegenübergestellt werden muss das Interesse der betroffenen Person, dass ihre Daten nicht in ein Land ohne angemessenen Datenschutz exportiert werden (ROSENTHAL, a.a.O., N 62 zu Art. 6 DSG).

Dazu sei zunächst noch einmal daran erinnert, dass nicht primär die Klägerin nachweisen muss, dass ihr in den USA oder sonstwo etwas passieren würde, wenn die Daten geliefert würden, sondern dass die Beklagte den Nachweis des überwiegenden öffentlichen Interesses erbringen muss. Letztlich bleibt es spekulativ und nicht berechenbar, was die amerikanischen Behörden im einen oder andern Fall unternehmen würden. Es entspricht aber notorischem wirtschaftspolitischem Wissen, dass die amerikanischen Behörden im Steuerstreit mit der Schweiz harte Bandagen tragen (ZR 114/2015 S. 99). Die Gefahr einer Festhaltung zwecks Befragung lässt sich nicht unterschätzen: Ein solches Risiko hätte die Klägerin alleine zu tragen. Zwar ist der Beklagten dahingehend beizupflichten, dass die Daten, welche sie im vorliegenden Fall übermitteln möchte, keine allzu hohe Sensitivität aufweisen. Die Beklagte vermag jedoch nicht darzutun, dass sich die US-Behörden über Einzelheiten der von der Klägerin seinerzeit bei der Beklagten angeblich betreuten US-Personen nicht interessieren würden. Die Folgen einer Datenlieferung sind unbestrittenermassen unklar. Angesichts der Kontoschwelle von USD 50'000.– ist jedoch nicht auszuschliessen, dass sich die US-Behörden im Rahmen ihres US-Programms für alle Einzelheiten interessieren, die geeignet scheinen, auf Einkommens- und Vermögensverhältnisse der betreffenden Kunden in den letzten Jahren Rückschlüsse ziehen zu können. Die von der Klägerin allfällig betreuten US-Konten und das damit verbundene Wissen der Klägerin könnte diesbezüglichen Nachforschungen durchaus dienlich sein (Oger ZH, LB150052-O,

Urteil vom 8. Februar 2016, Ziff. 4.3.4.). Die territoriale Einschränkung bei der Vermeidung des Zugriffs von US-Behörden erstreckt sich dabei nicht nur auf die USA, sondern auch auf sämtliche Länder, die mit den USA ein Auslieferungsabkommen abgeschlossen haben. Dies illustriert der Fall des Ex-UBS-Topmanagers Raoul Weil, der in Italien verhaftet wurde. Zentral für die Einschätzung der Wahrscheinlichkeit einer Verfolgung einzelner Mitarbeiter durch die US-Behörden (und damit für die Gewichtung der privaten Interessen) ist – wie bereits bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses –, was für eine Stellung und wie viele US-Kunden mit wie viel Vermögen ein Mitarbeiter hatte. Dabei sind auch andere Umstände relevant, beispielsweise angewandte Geschäftspraktiken oder bereits laufende US-Strafverfahren im geschäftlichen Umfeld des betroffenen Mitarbeiters. Allein, dass die Klägerin wegen der konkreten Gefahr einer Festhaltung durch die amerikanischen Behörden massiv in ihrer persönlichen (Bewegungs-)Freiheit eingeschränkt ist, genügt in einer Zeit der internationalen Mobilität, um ihr (erhebliches) privates Interesse am Datenlieferungsverbot zu bejahen (a.M. Urteil des Tribunal Cantonal Vaud, Cour d'Appel Civile, vom 30. Juni 2017, E. 3.2.4.4, act. 54).

Es ist überdies unmöglich vorauszusehen, wozu die klägerischen Daten nach erfolgter Lieferung verwendet werden könnten. Insbesondere ist auch nicht klar, wie lange die klägerischen Daten gespeichert würden oder ob ein Schutz betreffend die Veränderung/Manipulation der Daten besteht. Eine Lieferung der Daten würde einer Aushebelung der informationellen Selbstbestimmung gleichkommen. Diese Ungewissheit, was mit den Daten passiert bzw. für welche Zwecke sie verwendet werden, hat sowohl in privater als auch in beruflicher Hinsicht einschränkende Auswirkungen auf die Klägerin.

Nach dem Gesagten ist ein verbleibendes Restrisiko für die Klägerin nicht von der Hand zu weisen. Daran ändert der Umstand, dass der Name der Klägerin dem DoJ bereits bekannt ist, nichts. Relevant ist einzig, dass der Name und die Funktion der Klägerin im Zusammenhang mit den beiden umstrittenen relevanten Kontoverbindungen nicht bereits den amerikanischen Behörden geliefert worden ist. Damit ist auch klar, dass ein Rechtsschutzinteresse – wie bereits ausgeführt – der Klägerin nicht weggefallen ist.

Letztlich ist es nicht relevant, wie hoch exakt die Risiken für die Klägerin sind. Entscheidend ist vielmehr, dass es der Beklagten nicht gelingt, ein öffentliches Interesse darzutun, das die Interessen der Klägerin überwiegt.

Das Obergericht bestätigte das Verbot, die strittigen Personendaten der Klägerin an das DoJ zu übermitteln, da keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 6 Abs. 2 DSG vorliegen würden, und führte unter anderem aus:

Aus dem Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich:

Im Sinne einer Eventualerwägung ist das soeben zum öffentlichen Interesse Gesagte zu ergänzen, und zwar namentlich im Anschluss an ein nicht amtlich publiziertes Urteil des Bundesgerichts vom 22. September 2016 (BGer 4A_83/2016). Der Hinweis der Beklagten, dass dieses Urteil zu wenig «nuanciert» sei, beeindruckt allerdings nicht. Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird sich auch die Beklagte abfinden müssen.

Im erwähnten nicht amtlich publizierten Urteil vom 22. September 2016 (BGer 4A_83/2016) übernahm das Bundesgericht zwei von seiner Vorinstanz (dem Zürcher Handelsgericht) angenommene öffentliche Interessen mehr oder weniger diskussionslos (E. 3.3.1. in Verbindung mit E. 3.3.3 und 3.3.4.): So besteht danach ein erstes öffentliches Interesse der Schweiz an der Beilegung des Steuerstreites mit den USA und damit verbunden an einer Vermeidung einer weiteren Eskalation. Und ein zweites öffentliches Interesse besteht danach darin, dass im Sinne des Joint Statement das US-Programm eingehalten werde, und zwar namentlich im Hinblick auf die Reputation der Schweiz als zuverlässige Verhandlungspartnerin.

Zu Recht stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die strittige Datenherausgabe nicht als unerlässlich zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreites anzusehen sei: Im Sinne von Art. 151 ZPO offenkundig ist, dass sich die US-Behörden mit allen 78 Banken, die der Kategorie 2 angehören, zwischen dem 30. März 2015 und dem 27. Januar 2016 geeinigt haben, indem mit allen diesen Instituten ein «Non Prosecution Agreement» abgeschlossen wurde. Zu dieser Kategorie 2 gehört mit der Beklagten die grosse Mehrheit der vom Steuerstreit betroffenen Institute. Zur Kategorie 1 zählen nur wenige Banken, darunter nur zwei systemrelevante Banken, die Zürcher Kantonalbank und die Credit Suisse. Daraus ergibt sich, dass im heutigen Zeitpunkt, d.h. im Urteilszeitpunkt, der US-Steuerstreit längst nicht mehr so virulent ist, wie das früher der Fall war. Die strittige Datenherausgabe kann jedenfalls nicht als unerlässlich zur Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und damit einer Bedrohung des schweizerischen Bankenplatzes sowie zur Erhaltung des guten Rufs der Schweiz als verlässliche Verhandlungspartnerin angesehen werden (vgl. dazu BGer 4A_83/2016 vom 22. September 2016, E. 3.3.4. in fine). Die Beklagte liefert denn keinerlei konkrete Hinweise dafür, dass gerade die strittige Datenherausgabe unerlässlich für die Vermeidung einer erneuten Eskalation des Steuerstreits und für die Erhaltung des guten Rufes der Schweiz sei (vgl. BGer 4A_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.1). Namentlich wird von der Beklagten nicht dargetan, welche Vermögenswerte sie für US-amerikanische Kundschaft betreut. Die Beklagte macht ebenso wenig Ausführungen zur Bedeutung ihres US-Geschäfts bzw. zur Frage, inwieweit sie durch eine Anklageerhebung in ihrer Geschäftstätigkeit eingeschränkt wäre. Auch auf konkrete Auswirkungen einer Anklageerhebung

weist die Beklagte nicht hin. Namentlich kann sich die Beklagte nicht mit der UBS vergleichen, für die in BGE 137 II 431 E. 4.3.1 eine Bedrohung angenommen wurde: Die Anklageerhebung gegen eine kleinere Bank, die erst noch lediglich als ausländische Niederlassung ihres Mutterhauses fungiert, hat nicht die gleiche Bedeutung wie die Anklageerhebung gegen eine weltweit tätige Grossbank wie die UBS. Es ist mangels konkreter Hinweise jedenfalls nicht anzunehmen, dass eine Anklageerhebung gegen die Beklagte zu einem Vertrauensverlust gegenüber dem Schweizer Finanzplatz mit entsprechender Kettenreaktion führen würde (vgl. dazu BGer 4A_73/2017 vom 26. Juli 2017, E. 3.2).

Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 13. Januar 2017, in: ZR 116/2017 S. 104 ff.

Art. 80 ff. SchKG. Keine Rechtsöffnung für Bruttolohn. Hinsichtlich des Bruttolohns besteht eine Gläubigermehrheit. Im Umfang des Nettolohns ist der Arbeitnehmer Gläubiger, hinsichtlich der Abzüge sind es andere Gläubiger, beispielsweise die Ausgleichskasse, die Unfallversicherung und die Vorsorgeeinrichtung (Pensionskasse). Diese können und müssen ihre Forderungen im eigenen Namen durchsetzen. Legt der Arbeitnehmer einen Titel vor, der nur den Bruttolohn ausweist, ist ihm die Rechtsöffnung zu verweigern.

Aus den Erwägungen:

2.1 Der Gesuchsteller stützt sein Gesuch um provisorische Rechtsöffnung auf den zwischen ihm und der Gesuchsgegnerin geschlossenen undatierten Arbeitsvertrag, der ein monatliches Gehalt von brutto Fr. 20'000.– ausweist, das zwölfmal jährlich ausbezahlt und jeweils spätestens am 25. des laufenden Monats überwiesen werden sollte. Der Gesuchsteller verlangt gestützt auf diesen Vertrag Rechtsöffnung für den Lohn des Monats Oktober 2016 in der Höhe von Fr. 20'000.– brutto nebst Zins.

2.2 Eine Schuldanerkennung im Sinne von Art. 82 Abs. 1 SchKG liegt gemäss Bundesgericht dann vor, wenn daraus der vorbehalts- und bedingungslose Wille des Betriebenen hervorgeht, dem Betreibenden eine bestimmte oder leicht bestimmbare Geldsumme zu zahlen (BGE 122 III 125 Erw. 2 S. 126). Ein von beiden Parteien unterzeichneter Arbeitsvertrag berechtigt zur provisorischen Rechtsöffnung für den darin vereinbarten Lohn abzüglich Sozialbeiträgen (BSK SchKG-STAEHELIN, Art. 82 N. 126), das heisst für den Nettolohn. Keinen Titel bildet der Arbeitsvertrag hingegen für die gesetzlichen und allfälligen vertraglichen Abzüge:

- Gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG sind bei jeder Lohnzahlung die AHV-Beiträge vom Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit in Abzug zu bringen und vom Arbeitgeber zusammen mit

dem Arbeitgeberbeitrag periodisch zu entrichten. Nach Art. 30ter Abs. 2 AHVG werden die vom Arbeitnehmer erzielten Erwerbseinkommen, von denen der Arbeitgeber die gesetzlichen Beiträge abgezogen hat, in sein individuelles Konto eingetragen, selbst wenn der Arbeitgeber die entsprechenden Beiträge der Ausgleichskasse nicht entrichtet hat. Den Schaden, den der Arbeitgeber der Versicherung durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften zufügt, hat er zu ersetzen (Art. 52 Abs. 1 AHVG). Die Ausgleichskasse macht den Schadenersatz durch Erlass einer Verfügung geltend (Art. 52 Abs. 4 AHVG). Gemäss Art. 87 Abs. 3 i.V.m. Art. 87 Abs. 8 AHVG wird ein Arbeitgeber, der einem Arbeitnehmer um die Beiträge gekürzte Löhne ausrichtet und, anstatt die der Ausgleichskasse geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge zu bezahlen, die Beiträge selber verbraucht oder damit andere Forderungen begleicht, mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des StGB vorliegt.

- Bei der Invalidenversicherung verhält es sich ähnlich: Nach Art. 3 Abs. 2 IVG werden die IV-Beiträge als Zuschläge zu den Beiträgen der AHV erhoben, wobei die Art. 11 und 14–16 AHVG mit ihren jeweiligen Abweichungen vom ATSG sinngemäss anwendbar sind. Art. 66 IVG verweist betreffend die Haftung für Schäden durch den Arbeitgeber unter anderem auf Art. 52 AHVG und Art. 70 IVG auf die Strafbestimmungen von Art. 87 AHVG.
- Auch die EO-Beiträge werden als Zuschläge zu den Beiträgen der AHV erhoben, wobei die Art. 11 und 14–16 AHVG mit ihren jeweiligen Abweichungen vom ATSG sinngemäss anwendbar sind (Art. 27 Abs. 3 EOG). Betreffend die Haftung für Schäden durch den Arbeitgeber wird in Art. 21 Abs. 2 EOG unter anderem auf Art. 52 AHVG verwiesen; für die Strafbestimmungen verweist Art. 25 EOG auf Art. 87 AHVG.
- Nach Art. 5 Abs. 1 AVIG hat der Arbeitgeber den Arbeitslosenversicherungsbeitrag des Arbeitnehmers bei jeder Lohnzahlung abzuziehen und ihn zusammen mit seinem eigenen Anteil der zuständigen AHV-Ausgleichskasse auszurichten. Für den Bereich der Beiträge ist das AHVG mit seinen jeweiligen Abweichungen vom ATSG sinngemäss anwendbar (Art. 6 AVIG). Der Arbeitgeber haftet dem Bund für alle Schäden, die er oder von ihm beauftragte Personen absichtlich oder fahrlässig verursachen (Art. 88 Abs. 2 AVIG).
- Der Arbeitgeber schuldet gemäss Art. 91 Abs. 3 UVG die gesamten UVG-Prämien (obligatorische Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten sowie obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle). Die auf rechtskräftigen Verfügungen beruhenden Prämienrechnungen werden nach Art. 54 ATSG vollstreckbar

(Art. 99 UVG). Nach Art. 1a Abs. 1 lit. a UVG sind die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer obligatorisch versichert. Ob der Arbeitgeber seiner Prämienzahlungspflicht gegenüber der Unfallversicherung nachkommt, ist dementsprechend in Bezug auf den Versicherungsschutz des Arbeitnehmers unerheblich. Gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. b UVG wird ein Arbeitgeber, der einem Arbeitnehmer vorsätzlich UVG-Prämien vom Lohn abzieht, sie aber dem vorgesehenen Zwecke entfremdet, mit Geldstrafe von bis zu 180 Tagessätzen bestraft, sofern nicht eine schwerere strafbare Handlung nach einem anderen Gesetz vorliegt.

– Auch bei der beruflichen Vorsorge schuldet der Arbeitgeber der Vorsorgeeinrichtung die gesamten BVG-Beiträge, also auch diejenigen des Arbeitnehmers (Art. 66 Abs. 2 BVG). Zieht ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer Beiträge vom Lohn ab und entfremdet sie vom vorgesehenen Zweck, so wird er nach Art. 76 Abs. 3 i.V.m. Art. 76 Abs. 8 BVG mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu Fr. 30 000.– bestraft, sofern nicht ein mit einer höheren Strafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen des StGB vorliegt.

Schuldner der genannten Abzüge ist zwar jeweils stets der Arbeitgeber. Deren Gläubiger ist aber wie dargetan nicht der Arbeitnehmer, sondern sind die Ausgleichskasse, die Unfallversicherung und die Vorsorgeeinrichtung. Dem Arbeitnehmer steht der Lohn somit nur im Umfang des Nettobetrages zu, im Mehrumfang nicht, auch nicht als Solidargläubiger. Nicht richtig ist deshalb die von SENTI (hinsichtlich definitiver Titel) vertretene Auffassung, es liege in dem Sinne ein resolutiv bedingter Titel vor, als der Arbeitgeber den Bruttolohn zu entrichten habe, soweit er nicht nachweise, dass er die Abzüge bereits geleistet habe (SENTI, Arbeitsrecht und SchKG: Die Rechtsöffnung, in ZZZ 2007, S. 219 ff., S. 229). Die gesetzlichen (und allfälligen vertraglichen) Abzüge sind nicht bedingt geschuldet, sondern unbedingt, aber nicht dem Arbeitnehmer. Hinsichtlich des Bruttolohnes liegt ein Fall von Gläubigermehrheit vor: Gläubiger des Nettolohnes ist der Arbeitnehmer, Gläubiger der erwähnten Abzüge sind diverse Institutionen. Die Auffassung von SENTI geht auch deshalb an der Sache vorbei, weil die Abzüge im Moment der Erteilung der Rechtsöffnung möglicherweise noch gar nicht in Rechnung gestellt worden sind und der Arbeitgeber sie damit noch gar nicht entrichten konnte. Wie dargetan, würden die den Institutionen geschuldeten Abzüge dem Arbeitnehmer im Übrigen (mindestens teilweise) auch dann gutgeschrieben, wenn sie nicht geleistet worden wären. Insoweit ist dessen Interesse gering, dass der Arbeitgeber die gesetzlich vorgesehenen Leistungen dem Drittgläubiger bezahlt.

Mit STAEHELIN ist folglich davon auszugehen, dass ein Arbeitnehmer im Rahmen der Rechtsöffnung nur den Nettolohn verlangen kann, nicht aber die gesetzlichen (und allfälligen vertraglichen) Abzüge, die einer

Gläubigerschaft zustehen, die sie in eigenem Namen einfordern kann und muss. Die gegenteilige Auffassung führte dazu, dass einem Arbeitnehmer die Rechtsöffnung für Forderungen gewährt würde, die ihm nicht zustehen und an deren Bezahlung an die entsprechenden Institutionen er mindestens teilweise nicht einmal erheblich interessiert ist.

2.3 Der Gesuchsteller scheint sich dieses Problems bewusst zu sein: Nicht zufällig verlangt er nicht die Rechtsöffnung für Fr. 20 000.– (zuzüglich Zins), sondern für Fr. 20'000.– brutto (zuzüglich Zins). Mit der Bezeichnung als Bruttobetrag räumt er sinngemäss ein, dass ihm diese Summe nicht vollständig zusteht. Er führt aber weder im Rechtsbegehren (im Sinne eines Eventualantrages) noch in der Begründung aus, wie hoch der ihm zustehende Betrag (Nettolohn) ist und wie hoch die den jeweiligen Institutionen zustehenden Beträge (gesetzliche und allfällige vertragliche Abzüge) sind. Aus diesem Grund hatte sich auch die Gegenseite nicht mit der Höhe des Nettolohnes zu befassen. Oder anders formuliert: Mangels Behauptungen zu diesem Punkt konnte sie auch nichts bestreiten (siehe Art. 55 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller hat zudem keine Lohnabrechnung ins Recht gelegt, aus der die Abzüge und der Nettolohn ersichtlich wären. Vor diesem Hintergrund dürfte und könnte weder das Vollstreckungsgericht (im Rahmen der Rechtsöffnung) anhand der Akten noch der Betreibungsbeamte (im Rahmen des Vollzugs) den Nettobetrag ermitteln und errechnen.