Andreas Furrer
(Herausgeber / éditeur)

Auszug / extrait

Aktuelle Anwaltspraxis
La pratique de l'avocat

2011

Unter Mitarbeit von MLaw Michel Verde

Stämpfli Editions SA Berne
Stämpfli Verlag AG Bern

Zitiervorschlag:
z. B. Schwaibold, Aktuelle Anwaltspraxis 2011, S.

Mode de citation proposé:
p. ex. Schwaibold, La pratique de l'avocat 2011, p.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

© Stämpfli Editions SA Berne · 2011

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale par
Stämpfli Publications SA, Berne

ISBN 978-3-7272-8360-4 (PDF)
ISBN 978-3-7272-8361-1 (iPad)

Vorwort

Bereits zum sechsten Mal haben sich Praktiker und Wissenschaftler zusammengefunden, um aus Anlass des sechsten SAV-Anwaltskongresses in Luzern in ihren jeweiligen Fachgebieten einen Überblick über die Rechtsentwicklung der letzten zwei Jahre zu erstellen. Herausgekommen ist nicht nur eine beeindruckende Fülle von Informationen, sondern auch viele Beiträge mit kritisch-konstruktiven Anmerkungen zu Einzelfragen. Die Veranstalter des SAV-Kongresses und der Herausgeber danken den vielen Autoren für ihre fundierten Beiträge.

Meine Vorgänger Prof. Dr. Walter Fellmann und Prof. Dr. Tomas Poledna haben als Herausgeber eine grossartige Aufbauarbeit geleistet, auf die der vorliegende Band aufbaut. Ihnen sei an dieser Stelle ein grosser Dank und Anerkennung ausgesprochen. Die Organisatoren des Anwaltskongresses (Pierre-Dominique Schupp, Lausanne, OK-Präsident, Isabelle Bühler Galladé, Genf, Richard Schmidt, Glarus, Hans Rudolf Trüeb, Zürich und René Rall, Bern sowie der Unterzeichnende) haben die Autoren dieses Bands als Referenten für den Anwaltskongress gewinnen können. Ihnen sei an dieser Stelle ebenfalls herzlich gedankt.

Die Organisatoren des Anwaltskongresses haben beschlossen, den vorliegenden Band nicht mehr traditionell in gedruckter Form, sondern vielmehr elektronisch herauszugeben. Im Gegenzug dazu haben wir uns das anspruchsvolle Ziel gesetzt, dass der fertige Band bereits an der Tagung vorliegt. Durch die Verlinkung der entsprechenden Rechtsgrundlagen und gerichtlichen Entscheidungen kann er bereits während der Tagung aktiv genutzt werden. Er bildet eine Momentaufnahme der Rechtsentwicklung per Ende März 2011, die bereits bei den mündlichen Präsentationen in Luzern am 23. bis 25. Juni 2011 weiterentwickelt wird. Der Band verliert zwar mit jedem weiteren Monat an Aktualität, doch wird er noch lange nützlich sein als wertvolles Nachschlagewerk für die Rechtsentwicklung zwischen März 2009 und März 2011. Für beide Zwecke – schnelle Information über den Stand der Dinge und als Nachschlagewerk bei konkreten Fragestellungen – bietet heute die elektronische Publikation erhebliche Vorteile gegenüber der klassischen Buchpublikation. Das Werk kann wie gedruckte Bücher zitiert werden, vergleichen Sie hierzu den Zitiervorschlag in der Titelei.

Inhaltlich wird die ganze Breite des schweizerischen Rechts abgedeckt. Es ist erfreulich zu sehen, wie der Diskurs zwischen Praxis und Wissenschaft Früchte trägt. Hierzu gehören auch kritische Fragen zu Entscheidungen der Gerichte sowie begründete Stellungnahmen der Gerichte in entsprechenden Entscheidungsbegründungen. Der vorliegende Band soll hierzu einen Beitrag leisten.

Der Herausgeber dankt insbesondere Herrn MLaw Michel Verde, der zusammen mit Stud.Jur. Alexandra Lussi, Stud.Jur. Maurizio Mineo und Stud.Jur. Laura Schurr mit grosser Geduld und Umsicht die einzelnen Beiträge redigiert hat. Dem Stämpfli-Verlag, insbesondere den Herren Grieb und Gerber, danke ich für die grosse Unterstützung und der Verlinkung der Gesetzestexten und Urteilen.

Luzern, 7. Juni 2011

Prof. Dr. Andreas Furrer

Inhaltsübersicht

Autorenverzeichnis XI

1. Teil: Privatrecht

Sumpf- und andere Blüten im Persönlichkeitsrecht 3
Matthias Schwaibold

Entwicklungen im Familienrecht 57
Regina Elisabeth Aebi-Müller

Développements récents en droit de la famille 131
Audrey Leuba

Erbrecht 165
Paul Eitel

Droit des successions 259
François Logoz

Sachenrecht 305
David Dürr

Schadensrecht : Personenschäden 2011
Responsabilité civile : dommages corporels 2011 341
Volker Pribnow / Alexandre Guyaz

Schadensrecht / Schwerpunkt Vermögens- und Sachschäden 415
Walter Fellmann

Vertragsrecht / Droit des contrats 461
Daniel Girsberger / Olivier Wehrli

Le droit du travail en évolution
Die Entwicklung des Arbeitsrechts 505
Jean-Philippe Dunand / Georges Chanson

Entwicklungen im privaten Datenschutzrecht 587
David Rosenthal

Privates Baurecht / Droit privé de la construction 615
Benoît Carron / Thomas Siegenthaler

2. Teil: Handels-, Wirtschafts- und Immaterialgüterrecht

Neues bei AG und GmbH / Nouveautés SA et Sàrl 667
Lukas Glanzmann / Rita Trigo Trindade

Immaterialgüterrecht 713
Gallus Joller / Markus R. Frick

Accords et pratiques concertées en droit de la concurrence 745
Hubert Orso Gilliéron

Entwicklungen im Kartellrecht in den Bereichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Zusammenschlusskontrolle 789
Gion Giger

Aktuelle Fragen des Bankenrechts 819
Jörg Schwarz

Aktuelle Entwicklungen im GwG-Recht 845
Luka Müller-Studer / Simone Gloor

3. Teil: Öffentliches Recht

Aktuelle Problemstellungen im Verwaltungsrecht 861
Felix Uhlmann

Bau- und Planungsrecht 887
Claudia Schneider Heusi

Le droit public de la construction et l'aménagement du territoire 919
Yves Nicole

Vergaberecht / Droit des marchés publics 943
Stefan Scherler / Jean Baptiste Zufferey

Aktuelle Entwicklungen im Unternehmenssteuerrecht und in der Besteuerung natürlicher Personen 1001
Madeleine Simonek

Gesundheitsrecht 1071
Tomas Poledna

Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht 1085
Ueli Kieser

4. Teil: Strafrecht

Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz – aktuelle Aspekte 1127
Jürg-Beat Ackermann / Diego Langenegger / Fabio Manfrin

Rechtsprechung im Überblick 2009−2011 (5.2009−4.2011): Straf- und Strafprozessrecht..... 1221
Thomas Fingerhuth

5. Teil: Verfahren und Vollstreckung

Zivilprozessrecht in den Jahren 2009 und 2010: Rechtsprechung und Literatur 1279
Peter Reetz

Autour du nouveau Code de procédure civile : premières réponses jurisprudentielles et désaccords doctrinaux (questions choisies) 1489
Denis Tappy

Entwicklung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts in den Jahren 2009 und 2010 1497
Dominik Gasser / Daniel Hunkeler / Roger König / Tamara Pietsch-Kojan

6. Teil: Anwaltsrecht

Droit de l'avocat 1553
Dominique Dreyer / Kaspar Schiller

Anwalt, Medien und Öffentlichkeit – Rechtliche Aspekte eines Spannungsverhältnisses 1577
Urs Saxer / Annja Mannhart

7. Teil: Supplement

Aperçu des principales nouveautés dans le droit de la poursuite pour dettes et des faillites..... 1603
Eric Muster

Autorenverzeichnis

ACKERMANN JÜRG-BEAT, Prof. Dr. iur., Professor an der Universität Luzern, Rechtsanwalt

AEBI-MÜLLER REGINA ELISABETH, Prof. Dr. iur., Fürsprecherin, Ordinaria für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Luzern

CARRON BENOIT, Dr. iur., spécialiste FSA en droit de la construction et de l'immobilier, avocat au Barreau de Genève, chargé de cours à l'Université de Fribourg

CHANSON GEORGES, lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Chanson·Lohrer·Rusch Rechtsanwälte, Zürich

DREYER DOMINIQUE, Dr. en droit, LL.M (Berkeley), Prof. tit. Univ. Fribourg, Avocat à Fribourg

DUNAND JEAN-PHILIPPE, Dr. en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel, conseil externe de Notter, Mégevand & Associés, Berne, Fribourg et Genève

DÜRR DAVID, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Notar, Partner SwissLegal Dürr + Partner, Basel, Titularprofessor an der Universität Zürich für Privatrecht und Rechtstheorie

EITEL PAUL, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Erbrecht sowie Professor an der Universität Luzern

FELLMANN WALTER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt in Luzern, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, ordentlicher Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern

FINGERHUTH THOMAS, lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich

FRICK MARKUS R., Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich

GASSER DOMINIK, Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern, Partner bei Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern

GIGER GION, Dr. iur., LL.M. (in Competition Law), Rechtsanwalt

GILLIERON HUBERT ORSO, Dr. en droit, avocat, titulaire d'un certificat d'études supérieures en gestion de l'entreprise

GIRSBERGER DANIEL, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Professor an der Universität Luzern

GLANZMANN LUKAS, PD Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Baker & McKenzie Zurich, Privatdozent an der Universität St. Gallen

GLOOR SIMONE, MLaw

GUYAZ ALEXANDRE, Dr. en droit, avocat spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne

HUNKELER DANIEL, Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden

JOLLER GALLUS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Troller Hitz Troller, Luzern

KIESER UELI, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Vizedirektor IRP-HSG, Zürich/ St. Gallen

KÖNIG ROGER, MLaw, Rechtsanwalt und Betriebsökonom FH bei BAUR HÜRLIMANN AG, Zürich und Baden

LANGENEGGER DIEGO, MLaw, wiss. Assistent an der Universität Luzern

LEUBA AUDREY, Prof. ord., Dr. iur., Faculté de droit, Université de Genève

LOGOZ FRANÇOIS, Dr. en droit, avocat, Lausanne

MANFRIN FABIO, MLaw, wiss. Assistent an der Universität Luzern

MANNHART ANNJA, lic. iur., wiss. Assistentin an der Universität Luzern

MÜLLER-STUDER LUKA, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich

MUSTER ERIC, Dr. en droit, avocat au Barreau, chargé de cours à l'Université de Lausanne

NICOLE YVES, Dr. en droit, avocat à Yverdon-les-Bains, spécialiste FSA en droit de l'immobilier et de la construction, chargé de cours à l'Ecole polytechnique fédérale de Zurich

PIETSCH-KOJAN TAMARA, MLaw, Rechtsanwältin, Bratschi Wiederkehr & Buob, Bern

POLEDNA TOMAS, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich

PRIBNOW VOLKER, Dr. iur., Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Baden

REETZ PETER, PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Privatdozent an der Universität Fribourg für Privatrecht,

Zivilprozessrecht und SchKG, Partner Wenger Plattner Rechtsanwälte, Küsnacht/Zürich

ROSENTHAL DAVID, Lehrbeauftragter für Informations- und Telekommunikationsrecht an der Universität Basel und an der Eidg. Technischen Hochschule Zürich (ETHZ) sowie Konsulent bei Homburger, Zürich

SAXER URS, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Professor für Völkerrecht, Staatsrecht, Verwaltungsrecht und Medienrecht an der Universität Zürich

SCHERLER STEFAN, Dr. iur., Rechtsanwalt in Winterthur, Lehrbeauftragter an der ETH ZH, Certificate of Advanced Legal Studies Bau- und Immobilienrecht (Construction and Real Estate Law, Universität Freiburg)

SCHILLER KASPAR, Dr. iur, Rechtsanwalt, Winterthur

SCHNEIDER HEUSI CLAUDIA, lic. iur., LL.M., Fachanwältin SAV für Bau- und Planungsrecht, Rechtsanwältin in Zürich

SCHWAIBOLD MATTHIAS, Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen

SCHWARZ JÖRG, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar in Luzern, Lehrbeauftragter an der Universität Luzern

SIEGENTHALER THOMAS, Dr. iur., M.Jur., Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht, Rechtsanwalt in Winterthur, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg

SIMONEK MADELEINE, Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, dipl. Steuerexpertin, Professorin für schweizerisches und internationales Steuerrecht an der Universität Zürich, Konsulentin bei Schellenberg Wittmer, Zürich

TAPPY DENIS, Professeur à la Faculté de droit de l'université de Lausanne

TRIGO TRINDADE RITA, Prof. Dr., Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève

UHLMANN FELIX, Prof. Dr., LL.M., Advokat, Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht sowie Rechtssetzungslehre, Universität Zürich

WEHRLI OLIVIER, MLaw, avocat

ZUFFEREY JEAN BAPTISTE, Professeur à l'Université de Fribourg, Directeur de l'Institut pour le droit suisse et international de la construction

Le droit du travail en évolution: nouveautés jurisprudentielles, législatives et doctrinales pour les années 2009 et 2010

Die Entwicklung des Arbeitsrechts in den Jahren 2009 und 2010: Neues aus Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur

Jean-Philippe Dunand[*] / Georges Chanson[**]

Table des matières / Inhaltsverzeichnis

I. Remarques préliminaires / Vorbemerkungen 513

II. Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral (2009–2010)/ Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (2009–2010) 513

1. Le contrat de travail (art. 319ss CO) / Der Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) 514

a) Nature juridique des rapports existant entre un collaborateur et un groupe de sociétés (art. 18, 319 CO) .. 514

aa) Question principale 514

bb) Etat de faits 514

cc) Considérants 514

dd) Conséquences pour la pratique 515

b) Teilzeitarbeitsverhältnis, Annahmeverzug (Art. 319 und 324 OR) 515

aa) Zusammenfassung 515

bb) Nichtamtliche Regeste 516

[*] Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel, conseil externe de Notter, Mégevand & Associés (Berne, Fribourg et Genève), www.unine.ch. Les auteurs remercient Madame Héloïse Rosello, collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel, pour l'aide apportée à la relecture du manuscrit.

[**] lic. iur. Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Chanson·Lohrer·Rusch Rechtsanwälte (Zürich), www.arbeitsrechtler.ch, Autor der Linkssammlung www.linkliste-arbeitsrecht.ch. Beide Autoren sind Mitherausgeber von ARV online / DTA online. Sie danken Prof. Wolfgang Portmann von der Universität Zürich für die Überlassung der umfassenden und sehr wertvollen Sammlung seines Lehrstuhls von arbeitsrechtlichen Fundstellen.

cc) Sachverhalt und Verfahren 516
dd) Erwägungen 517
ee) Folgerungen für die Praxis 518
c) Indemnisation des jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure 518
aa) Question principale 518
bb) Etat de faits 518
cc) Considérants 519
dd) Conséquences pour la pratique 519
d) Stillschweigende Annahme einer Vertragsänderung 519
aa) Zusammenfassung 519
bb) Nichtamtliche Regeste 520
cc) Sachverhalt und Verfahren 520
dd) Erwägungen 520
ee) Folgerungen für die Praxis 522
e) Einstellung der Arbeitsleistung zufolge Lohnrückstand, hier «unechte» Gratifikation 522
aa) Zusammenfassung 522
bb) Regeste 522
cc) Sachverhalt und Verfahren 523
dd) Folgerungen für die Praxis 526
f) Pausen am Arbeitsplatz (Art. 15 Abs. 2 ArG, Art. 18 Abs. 5 ArGV 1) 526
aa) Zusammenfassung 526
bb) Nichtamtliche Regeste 527
cc) Sachverhalt und Verfahren 527
dd) Erwägungen 527
ee) Folgerungen für die Praxis 528
g) Entschädigung von Überzeit gemäss Chauffeurverordnung (Art. 6 + 7 ARV 1 in der Fassung 1995) 529
aa) Zusammenfassung 529
bb) Regeste 529

cc) Sachverhalt und Verfahren 529
dd) Erwägungen 530
ee) Folgerungen für die Praxis 531
h) GAV-Klausel betr. Pikettdienst, Anrechnung an die Arbeitszeit (Art. 15 ArGV 1) 531
aa) Zusammenfassung 531
bb) Nichtamtliche Regeste 532
cc) Sachverhalt und Verfahren 532
dd) Erwägungen 532
ee) Folgerungen für die Praxis 533
i) Arbeitsunfähigkeit. Arztzeugnis bei mehreren Tätigkeiten 534
aa) Zusammenfassung 534
bb) Nichtamtliche Regeste 534
cc) Sachverhalt und Verfahren 534
dd) Erwägungen 535
ee) Folgerungen für die Praxis 535
j) Mobbing 536
aa) Question principale 536
bb) Etat de faits 536
cc) Considérants 537
dd) Conséquences pour la pratique 537
k) Prescription du droit aux vacances (art. 128 ch. 3, 329c II CO) 538
aa) Question principale 538
bb) Etat de faits 538
cc) Considérants 538
dd) Conséquences pour la pratique 538
l) Barabgeltung von Ferien, Rechtsmissbrauch (Art. 329d OR, Art. 2 Abs. 2 ZGB) 539
aa) Zusammenfassung 539
bb) Nichtamtliche Regeste 539
cc) Sachverhalt und Verfahren 539

dd) Erwägungen ... 540
ee) Folgerungen für die Praxis ... 541
m) Arbeitszeugnis, Erwähnen einer Krankheit (Art. 330a OR) ... 541
aa) Zusammenfassung ... 541
bb) Regeste ... 541
cc) Sachverhalt und Verfahren ... 542
dd) Erwägungen ... 542
ee) Folgerungen für die Praxis ... 543
n) Calcul de la valeur litigieuse dans un litige portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail (art. 330a CO) ... 544
aa) Question principale ... 544
bb) Etat de faits ... 544
cc) Considérants ... 544
dd) Conséquences pour la pratique ... 545
o) Licenciement collectif intervenant à l'occasion d'un transfert d'entreprises (art. 333 et 335d CO) ... 545
aa) Question principale ... 545
bb) Etat de faits ... 546
cc) Considérants ... 546
dd) Conséquences pour la pratique ... 546
p) Influence d'un congé non payé sur le calcul du temps d'essai (art. 335b CO) ... 547
aa) Question principale ... 547
bb) Etat de faits ... 547
cc) Considérants ... 548
dd) Conséquences pour la pratique ... 548
q) Nature de la procédure de consultation lors d'un licenciement collectif (art. 335f CO) ... 548
aa) Question principale ... 548
bb) Etat de faits ... 549
cc) Considérants ... 549
dd) Conséquences pour la pratique ... 549

r) Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit (Art. 336 Abs. 1 lit. b + c OR) 550
aa) Zusammenfassung 550
bb) Nichtamtliche Regeste 550
cc) Sachverhalt und Verfahren 550
dd) Erwägungen 551
ee) Folgerungen für die Praxis 551
s) Missbräuchliche Kündigung mangels Konsultation nach Art. 335f OR, Einsprache (Art. 336b Abs. 1 OR) 552
aa) Zusammenfassung 552
bb) Nichtamtliche Regeste 552
cc) Sachverhalt und Verfahren 552
dd) Erwägungen 553
ee) Folgerungen für die Praxis 554
t) Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit, Einsprachefrist (Art. 336b Abs. 1 OR) 554
aa) Zusammenfassung 554
bb) Regeste 554
cc) Sachverhalt und Verfahren 555
dd) Erwägungen 555
ee) Folgerungen für die Praxis 556
u) Retard dans l'annonce d'une grossesse (art. 336c CO) 556
aa) Question principale 556
bb) Etat de faits 557
cc) Considérants 557
dd) Conséquences pour la pratique 558
v) Schwangerschaft bei Freistellung nach Kündigung, Arbeitsangebot 558
aa) Zusammenfassung 558
bb) Nichtamtliche Regeste 558
cc) Sachverhalt und Verfahren 559
dd) Erwägungen 559
ee) Folgerungen für die Praxis 559

w) Conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié (art. 336a, 337c CO) 560
aa) Question principale 560
bb) Etat de faits 560
cc) Considérants 561
dd) Conséquences pour la pratique 561
x) Nullité d'un accord de résiliation 561
aa) Question principale 561
bb) Etat de faits 562
cc) Considérants 562
dd) Conséquences pour la pratique 562
y) Verjährungsbeginn beim Anspruch aus Verletzung vertraglicher Pflichten, Asbestexposition (Art. 130 Abs. 1 OR) 563
aa) Zusammenfassung 563
bb) Regeste 563
cc) Sachverhalt und Verfahren 563
dd) Erwägungen 564
ee) Folgerungen für die Praxis 564
2. Thématiques diverses / Diverse Themen 564
a) Contrat de travail valant comme reconnaissance de dette et titre de mainlevée provisoire? (art. 82 al. 1 LP et 337 CO) 564
b) Obligation de garantir le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain pour un travailleur temporaire? (art. 20 LSE) 565
c) Videoüberwachung am Arbeitsplatz (Art. 59 ArG, Art 26 ArGV 3) 565
aa) Zusammenfassung 565
bb) Nichtamtliche Regeste 565
cc) Sachverhalt und Verfahren 566
dd) Erwägungen 566
ee) Folgerungen für die Praxis 567
d) Action en constatation d'un droit d'auteur (art. 6 LDA) ... 567

e) Arbeitsrechtliche Klage gem. Art. 24 Abs. 1 GestG 567
aa) Zusammenfassung 567
bb) Regeste 568
cc) Sachverhalt und Verfahren 568
dd) Erwägungen 568
ee) Folgerungen für die Praxis 569
f) Validité d'une convention d'arbitrage (LFors, Concordat sur l'arbitrage, CA) (art. 341, 361 et 362 CO) 570
g) Streitwert bei Kollokationsklagen über arbeitsrechtliche Ansprüche 571
aa) Zusammenfassung 571
bb) Regeste 571
cc) Sachverhalt und Verfahren 571
dd) Erwägungen 572
ee) Folgerungen für die Praxis 572
h) Loi d'application d'un Etat tiers (art. 19 LDIP) 573
III. Evolution législative (2009–2010) / Entwicklung Gesetzgebung (2009–2010) 573
1. Modifications récentes / Kürzliche Änderungen 573
a) Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft) 573
b) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, Änderung vom 18. Juni 2010: Arbeitnehmerprivileg 574
c) Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008 et son ordonnance du 28 octobre 2009 (OPTP). 575
aa) Champ d'application 575
bb) Interdiction de fumer 575
cc) Autorisations relatives aux établissements fumeurs . 576
dd) Dispositions cantonales, pénales et d'exécution 576
d) Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen

von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen) 577
2. Révisions en cours / Laufende Revisionen 577
a) Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de licenciement abusif ou injustifié). 577
aa) Augmentation du maximum de l'indemnité de 6 à 12 mois (art. 336a al. 2, art. 337c al. 3 P-CO et art. 5 al. 3 et 4 LEg). 578
bb) Caractère abusif du licenciement pour motif économique des représentants des travailleurs (art. 336 al. 2 lit. b P-CO). 579
cc) Fin du caractère absolument impératif des articles 336 et 336a CO (cf. art. 361 et 362 P-CO). 579
b) Révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) 579
c) Revision Sanierungsrecht 580
IV. Doctrine (2009–2010) / Literatur (2009–2010) 581
1. Recueils de textes, codes annotés / Textausgaben, kommentierte Gesetzesausgaben 582
2. Ouvrages généraux / Umfassende Darstellungen 582
3. Contributions spécifiques / Einzelthemen 583

I. Remarques préliminaires / Vorbemerkungen

Les auteurs de cette contribution bilingue résument quelques éléments marquants, durant les années 2009 et 2010, de l'évolution jurisprudentielle (chapitre II), législative (chapitre III) et doctrinale (chapitre IV) du droit du travail. Les passages en langue allemande ont été rédigés par Me Chanson et les passages en langue française par le professeur Dunand.

Die Autoren dieses zweisprachigen Beitrags fassen einige bemerkenswerte Elemente der Rechtsprechung (Teil II), Gesetzgebung (Teil III) und der Literatur (Teil IV) im Arbeitsrecht aus den Jahren 2009 und 2010 zusammen. Die Passagen in Französisch sind von Prof. Jean-Philippe Dunand redigiert, jene in Deutsch von Georges Chanson.

II. Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral (2009–2010)/ Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (2009–2010)

Nous présenterons quelques arrêts importants, publiés ou non dans le recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF).

Les arrêts sont traités dans la langue de leur rédaction. En ce qui concerne les arrêts rédigés en français, nous utiliserons, par souci de simplification et de clarté, la lettre T. pour désigner le travailleur et la lettre E. pour désigner l'employeur.

Präsentiert werden einige wichtige Entscheide, zumeist in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) publiziert.

Die Entscheide werden in der Sprache behandelt, in der sie verfasst sind. Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer werden im deutschen Text mit AN abgekürzt, Arbeitgeberin oder Arbeitgeber mit AG.

1. Le contrat de travail (art. 319ss CO) / Der Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR)

a) Nature juridique des rapports existant entre un collaborateur et un groupe de sociétés (art. 18, 319 CO)

TF du 18 novembre 2010, 4A_453/2010, c. 4.3 (f)

aa) Question principale

Il arrive que des groupes de sociétés proposent à certains de leurs collaborateurs un statut d'associé dans l'une des entités du groupe. Il en résulte la conclusion de deux contrats formellement distincts avec deux entités juridiquement différentes, à savoir un contrat de travail et un contrat de partenariat..

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de qualifier les relations contractuelles et d'examiner le tribunal compétent *ratione materiae*.

bb) Etat de faits

Le 30 juin 2003, T. a conclu un contrat de travail avec E. SA. Il a simultanément conclu un contrat dit de «partenariat» avec la société en commandite dénommée E. Partner, qui détient toutes les parts sociales de E. Holding, laquelle est l'unique actionnaire de E. SA. Pour les deux années qui suivaient leur expiration, les deux contrats interdisaient au travailleur et associé d'accepter ou de continuer des mandats avec des clients du groupe. En date du 27 juillet 2007, T. a résilié le contrat de travail avec effet au 31 janvier 2008. En date du 16 décembre 2008, E. Partner a ouvert action contre T. devant le Tribunal de première instance du canton de Genève. La demanderesse réclamait le paiement d'une somme de plus d'un million de fr. au titre de la peine conventionnelle prévue par le contrat de partenariat. T. a excipé de l'incompétence à raison de la matière. Le Tribunal a rejeté l'exception d'incompétence par un jugement sur incident. Saisie par T., la Cour de justice a annulé le jugement et prononcé que la demande était irrecevable. E. Partner a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

parce que le droit fédéral n'impose pas aux cantons d'attribuer le contentieux du contrat de travail à une juridiction distincte de celles compétentes dans d'autres domaines, à Genève, les compétences respectives du Tribunal de première instance et du Tribunal des prud'hommes sont délimitées exclusivement par le droit cantonal;

la Cour de justice genevoise pouvait retenir sans arbitraire, au regard des volontés manifestées par les parties, que le contrat de travail et le contrat de partenariat ne constituaient en réalité qu'un seul contrat, mixte ou composé;

il n'était pas non plus arbitraire d'admettre, comme l'a fait la Cour de justice, que le Tribunal des prud'hommes était compétent pour l'ensemble des prétentions en cause, à l'exclusion du Tribunal de première instance, alors même que certaines de ces prétentions reposaient exclusivement sur le contrat dit de partenariat.

dd) Conséquences pour la pratique

dans un groupe de sociétés, il n'est pas arbitraire de considérer qu'un contrat de travail et un contrat de partenariat conclus avec deux entités juridiques différentes constituent en réalité un seul contrat soumis de manière prépondérante aux règles sur le contrat de travail;

dans ce contexte, il n'est pas arbitraire non plus de reconnaître la compétence de la juridiction des prud'hommes pour juger de prétentions qui reposent sur le contrat de partenariat et non sur le contrat de travail;

bien que la question n'ait pas été formellement tranchée, il est vraisemblable que le groupe de sociétés ne pourra pas opposer au travailleur et associé une clause d'interdiction de concurrence fondée sur le contrat de partenariat, mais qui ne respecte pas les règles applicables en la matière au contrat de travail (cf. art. 340ss CO).

b) Teilzeitarbeitsverhältnis, Annahmeverzug (Art. 319 und 324 OR)

BGer 7. Januar 2010, 4A_509/2009 (d)[1]

aa) Zusammenfassung

Die als Lehrerin an einer Tageshandelsschule angestellte AN hatte im konkreten Fall keinen Anspruch auf Beschäftigung im Schuljahr 2008/2009, weil die Umstände und die vertragliche Regelung für eine uneigentliche Teilzeitarbeit sprachen, bei der jeder Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraussetzt.

1 Kommentar: H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2010 03 Nr. 63 (d).

bb) Nichtamtliche Regeste

Uneigentliche Teilzeitarbeit setzt bei jedem Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraus.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Die in allen Instanzen erfolglos gebliebene Beschwerdeführerin war laut Zitat im bundesgerichtlichen Entscheid (Sachverhalt, Teil A) im Frühling 1999 folgende vertragliche Regelung eingegangen:

2. Das Honorar für eine Stunde (60 Min.) beträgt pauschal Fr. 47.-- abzüglich AHV/ALV, obligatorische Unfall- sowie Krankentaggeldversicherung. Aus praktischen Gründen (Teilzeitarbeit mit stark wechselnder Beschäftigung) ist in der Honorarpauschale von Fr. 47.-- ein 11 %-iger Lohnzuschlag für Ferien und Feiertage von Fr. 4.65 inbegriffen. Die Honorarzahlungen erfolgen monatlich nach erteilten Stunden.

5. Sollte ein vorgesehener Kurs wegen ungenügender Teilnehmerzahl nicht zustande kommen, so besteht kein Honoraranspruch. Falls aus irgendwelchen Gründen ein Kurs eingestellt werden müsste, wird die anteilsmässige Entschädigung für die bereits erteilten Stunden ausgerichtet.»

Sie unterrichtete seit Vertragsbeginn ohne Unterbruch, wobei das Pensum vor dem Schuljahresbeginn jeweils im gegenseitigen Einverständnis festgelegt wurde. Für das Schuljahr 2008/2009 reichte sie Ende Mai 2008 ihre Unterrichtswünsche ein und nannte eine Lektionenanzahl von etwa 15 bis 18 Stunden. Mit E-Mail vom 9. Juli 2008 teilte sie mit, sie könne bei einer Gemeinde mehr arbeiten und müsse ihr Pensum bei der Beschwerdegegnerin auf ca. 10 Stunden begrenzen. Darauf verzichtete die AG auf eine Tätigkeit der Beschwerdeführerin für das genannte Schuljahr.

Eine definitive Kündigung auf Ende des Semesters durch die AG erfolgte erst im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Die AN musste sich nicht für Einsätze auf einseitigen Abruf bereithalten, sondern die jeweiligen Einsätze kamen aufgrund eines vor Beginn des Schuljahres im gegenseitigen Einverständnis festgelegten Pensums zustande. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz brachte die Beschwerdeführerin selbst ein Vertragsverständnis in dem Sinn zum Ausdruck, dass sie in der Offerte der Stundenzahlen frei war.

Die AN machte mit Klage ans Arbeitsgericht Luzern geltend, ihr sei nicht gekündigt worden, und beanspruchte eine Entschädigung von CHF 16'520, die sie vor erster Instanz auf CHF 29'740 erhöhte und dann im Appellationsverfahren des Obergerichts Luzern auf CHF 25'740 reduzierte, in welchem Betrag die Klage auch vom Bundesgericht abgewiesen worden ist.

dd) Erwägungen

Die Klage basierte auf Art. 324 Abs. 1 OR, welcher den AG auch dann zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn die Arbeit aus Gründen, die in seinem Verantwortungsbereich liegen, nicht geleistet werden kann. Strittig war vorerst, ob eine echte Teilzeitarbeit vorliege, was das Bundesgericht (in E. 2.2) mit dem Begriff der eigentlichen Teilzeitarbeit[2] gleichgesetzt hat. Von solcher spreche man, wenn der reduzierte Einsatz wiederholt und mit zum Voraus bestimmten – wenn auch möglicherweise unregelmässigen – Arbeitszeiten erfolge. Eine solche Festlegung der Einsätze in einem im Voraus bestimmten Arbeitsplan sei nicht erfolgt, sondern das Pensum habe vor dem Schuljahresbeginn jeweils erst im gegenseitigen Einverständnis festgelegt werden müssen. Dies spreche für eine uneigentliche Teilzeitarbeit, bei welcher jeder Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraussetzt. Solche Arbeitstypen seien zulässig (BGE 124 III 249 E. 2a).

Der Umstand, dass das Luzerner Arbeitsgericht von einem Vertrag auf unechte Arbeit auf Abruf ausgegangen war, gab dem Bundesgericht auch Gelegenheit, die hier geltenden Begriffe zu klären (E. 2.3, mit Verweisen):

Bei der echten Arbeit auf Abruf trifft den AN eine Einsatzpflicht nach Weisung des AG. Das heisst, der AG kann den AN einseitig abrufen (sog. kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit). In solchen Verhältnissen muss nach der Bundesgerichtspraxis auch der Bereitschaftsdienst entschädigt werden und während der Kündigungsfrist die vorher durchschnittlich geleistete Arbeit zugewiesen (bzw. mindestens entlöhnt) werden.

Bei der unechten Arbeit auf Abruf hingegen trifft den AN keine Einsatzpflicht, sondern ein Einsatz kommt aufgrund gegenseitiger Vereinbarung zustande.

Gegen das Vorliegen eines Annahmeverzugs sprach überdies, dass die AN mit ihrem nachträglichen Wunsch auf Pensumsreduktion selber zum Ausdruck gebracht habe, dass sie ihre Einsatzwünsche beliebig ändern könne, und nicht erwarten durfte, dass die AG diese Wünsche auch ohne weiteres zu berücksichtigen habe.

[2] Vgl. dazu das Schema in STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, 6. Aufl. 2006, N 18 zu Art. 319 OR, S. 90.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid zeigt, dass der Anwendungsbereich von Art. 324 Abs. 1 OR dennoch Grenzen hat, selbst wenn der Gesetzgeber das Unternehmensrisiko dem AG zuweist. Er klärt überdies verbindlich die Begriffe der eigentlichen und uneigentlichen Teilzeitarbeit und der echten und unechten Arbeit auf Abruf.

c) Indemnisation des jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure

TF du 4 mai 2010, 4A_54/2010 = ATF 136 I 290, c. 2 (f)[3]

aa) Question principale

L'employeur est-il tenu de verser à ses employés payés à l'heure une indemnité forfaitaire pour jours fériés? La question avait fait l'objet de décisions cantonales contradictoires. Pour sa part, le Tribunal fédéral avait eu l'occasion de préciser que la loi ne prévoyait aucune obligation en ce sens, que seul le 1er août était un jour férié rémunéré et de ce point de vue, le régime des jours de congé différait de celui des vacances ou des périodes d'incapacité de travail (cf. TF du 16 décembre 2009, 4A_478/2009, c. 5). Cet arrêt avait cependant été rendu dans un cas où la question de la rémunération des jours fériés n'était pas centrale et n'avait pas été spécifiquement discutée. Dans l'ATF 136 I 290, le Tribunal fédéral a tranché la question.

bb) Etat de faits

T. a été engagée en qualité d'enseignante par E. L'employée était chargée de dispenser des cours de français pour adultes de langues étrangères; elle s'activait de manière irrégulière, en fonction des plannings qui lui étaient proposés, de sorte qu'elle ne donnait pas des cours toute l'année, ni tous les jours ouvrables de la semaine; elle devait toutefois rester disponible pour les remplacements de cours et considérait qu'elle travaillait à plein temps. Le 23 décembre 2004, E. a résilié le contrat de travail pour le 8 avril 2005. Par demande du 2 juillet 2008, T. a assigné E. en paiement de 11'960 fr. à titre d'indemnisation des jours fériés de 2000 à 2005. Le Tribunal des prud'hommes de Genève a admis partiellement la demande. Statuant sur appel et appel incident, la Cour d'appel des prud'hommes de Genève a annulé le

[3] Pra 2011 7 46; SJ 2010 I 416. Commentaires: T. GEISER, PJA, 2011 243 (d); A. GRETER, ius.focus, 2010 07 n° 172 (d).

jugement et condamné E. à payer à T. la somme de 4'874 fr. E. a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

il est incontestable que l'art. 110 al. 3 Cst. fédérale consacre une obligation de payer le salaire pour le 1er août, jour férié fédéral, laquelle concerne également les travailleurs rémunérés à l'heure;

sous réserve du 1er août donnant droit à un salaire, à la condition encore qu'il tombe sur un jour qui aurait été travaillé, il n'existe aucune obligation d'indemniser les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure.

dd) Conséquences pour la pratique

à moins qu'une clause spécifique du contrat de travail, d'une convention collective de travail ou d'un contrat-type ne le prévoie, l'employeur n'est pas tenu d'indemniser les jours fériés pour les travailleurs payés à l'heure, sous réserve du cas spécifique du 1er août;

de manière générale, les employeurs de notre pays qui pensaient à tort être soumis à une telle obligation peuvent examiner les possibilités de proposer à leurs employés une modification du contrat supprimant l'indemnisation ou d'opter pour un congé-modification.

d) Stillschweigende Annahme einer Vertragsänderung

BGer 12. Juli 2010, 4A_223/2010 (d)[4]

aa) Zusammenfassung

Der AN nahm eine Provisionskürzung während fast 3 Jahren ohne Widerspruch hin und berief sich erfolglos darauf, eine Vertragsänderung sei mangels Unterzeichnung des ihm vorgelegten Entwurfs nicht zustande gekommen. Das Bundesgericht begründete seinen für ihn negativen Entscheid im Wesentlichen damit, dass der AN der Provisionskürzung stillschweigend zugestimmt habe.

4 Kommentar: S. EHRSAM, ius.focus, 2010 10 Nr. 250 (d).

bb) Nichtamtliche Regeste

Ein andauerndes Stillschweigen auf eine Lohnkürzung begründet die widerlegbare Vermutung auf Zustimmung des AN zur Reduktion.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der Küchenplaner und -verkäufer war mit einem kurzen Unterbruch seit 1995 bis 31. Januar 2007 für die AG tätig. Danach erhob er beim Amtsgericht Luzern-Stadt Klage u.a. auf Provisionszahlungen in der Höhe von CHF 41'380.70 nebst Zins, was er damit begründete, dass ihm gemäss Arbeitsvertrag Umsatzprovisionen von 1.5 % zustehen, die AG ihm aber ab dem 26. April 2004 nur noch Provisionen von 0.7 % ausbezahlt habe. Diese Reduktion sei ihm zwar mündlich mitgeteilt worden, aber er habe einen entsprechenden Entwurf eines Arbeitsvertrages nicht unterzeichnet und aus Furcht vor dem Stellenverlust nicht opponiert. Seine Klage auf Nachforderung der restlichen Provision von 0.8 % wurde von allen Instanzen abgewiesen.

dd) Erwägungen

Vorab setzte sich das Bundesgericht damit auseinander (E. 2.1), dass Arbeitsverträge gemäss Art. 320 Abs. 2 OR formfrei sind und ohne besonderen Formvorbehalt mündlich oder konkludent abgeschlossen oder geändert werden können, was auch für Lohnänderungen gilt[5]. Zwar vermutet Art. 16 Abs. 1 OR, dass dort, wo sich die Parteien die Anwendung einer Form vorbehalten haben, vor Erfüllung dieser Form nicht verpflichtet sein wollen. Dies schliesst nach der Rechtsprechung aber nicht aus, dass auf eine vorbehaltene Schriftform konkludent verzichtet wird, indem die vertraglichen Leistungen trotz Nichteinhaltung der Form vorbehaltlos erbracht und entgegengenommen werden (E. 2.1.1, mit weiteren Verweisen).

Im Bereich des Arbeitsvertrags gelte ein Schweigen des AN auf den Antrag des AG auf Lohnkürzung grundsätzlich noch nicht als Annahme. Gemäss Art. 6 OR ist jedoch dann von einer stillschweigenden Annahme eines Antrags auszugehen, wenn nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist und der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird.

Im konkreten Fall ging das Bundesgericht davon aus (E. 2.4), dass der AN erkannte, dass seine AG von seiner stillschweigenden Zustimmung zur angekündigten Provisionskürzung ausging, indem er annahm, dass ihm andernfalls gekündigt würde. Indem er die AG in diesem Glauben beliess, habe er bewusst den Anschein erweckt, er akzeptiere die Provisionssenkung. Hätte er

[5] BGer 4C.242/2005 vom 9. November 2005, E. 4.2 (f).

diese ablehnen wollen, wäre er – ungeachtet seiner Angst vor einer Kündigung – nach Treu und Glauben gehalten gewesen, dies innert angemessener Frist mitzuteilen. Weil er dies unterlassen habe, sei er mit dem von ihm geschaffenen Anschein zu behaften und es sei von einer stillschweigenden Zustimmung auszugehen. Dabei könne offen bleiben, ob aus der Übergabe eines neuen Vertrages auf einen Schriftvorbehalt geschlossen werden könne, da in der Umsetzung des geänderten Vertrages über eine längere Zeit ohnehin ein beidseitiger stillschweigender Verzicht auf die Schriftform zu sehen sei. Solche Umstände lägen vor, wenn für den AN erkennbar ist, dass der AG von seinem (stillschweigenden) Einverständnis ausgeht und er andernfalls bestimmte Massnahmen, namentlich eine Entlassung, veranlassen würde. Bei vorbehaltloser Annahme des gekürzten Lohnes während drei Monaten liege darin eine tatsächliche, aber widerlegbare Vermutung für eine stillschweigende Zustimmung zur Lohnkürzung. Für das Widerlegen dieser Vermutung hätte es besondere Umstände gebraucht. Indem der AN während 34 Monaten schwieg, obwohl er nach Treu und Glauben hätte protestieren müssen, habe die AG auf eine konkludente Zustimmung vertrauen dürfen.

Vor Bundesgericht stand nicht mehr zur Diskussion, ob die einseitige Lohnkürzung durch die AG oder die stillschweigende Vereinbarung einer Reduktion durch die Parteien gegen das Verzichtsverbot von Art. 341 Abs. 1 OR verstosse, was der AN im Appellationsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Luzern[6] nochmals vorgebracht, aber nicht rechtsgenügend begründet hatte. Dazu wäre vorab zu untersuchen, welche Bedeutung es hat, dass Art. 362 Abs. 1 OR die Vorschrift von Art. 322b Abs. 1 OR über das Entstehen des Provisionsanspruchs für relativ zwingend erklärt, was sich wohl nur auf die Entstehung und nicht auf die Höhe der Provision bezieht. Weiter müsste man sich damit auseinandersetzen, dass das Bundesgericht auch einmal gesagt hat[7], auf bereits verdienten Lohn könne trotz des dispositiven Charakters von Art. 322 OR nicht verzichtet werden, sondern ein Verzicht sei nur in Zukunft möglich. Betrachtet man das Schweigen des AN im konkreten Fall als Zustimmung zu einer Vertragsänderung, so wirkt sich dies rückwirkend auf den Zeitpunkt der Offerte aus und es geht dann noch um künftigen Lohn, der auch nach der soeben erwähnten Entscheidung vom Verzichtsverbot nicht erfasst ist.

6 04 11 1, Urteil der I. Kammer vom 3. März 2010, im Internet nicht publiziert.
7 BGer 4C.426/2005 vom 28. Februar 2006, E. 5.2.1 (f).

ee) Folgerungen für die Praxis

Angesichts der sehr langen Dauer, während der der AN geschwiegen hat, und des Umstands, dass Provisionen in der Regel jeden Monat zahlbar werden (Art. 323 Abs. 2 OR), sind die Folgerungen des Bundesgerichts nicht spektakulär. Sie zeigen, dass ein AN gut beraten ist, eine über eine längere Zeit andauernde Änderung seines Lohns nicht einfach hinzunehmen, sondern irgendwie beweisbar zu protestieren.

e) Einstellung der Arbeitsleistung zufolge Lohnrückstand, hier «unechte» Gratifikation

BGer 26. Mai 2010, 4A_122/2010 = BGE 136 III 313 (d)[8]

aa) Zusammenfassung

Ein AN verweigerte nach verspäteten Lohnzahlungen seines AG die Arbeit, worauf ihm gekündigt und die vertraglich versprochene Gratifikation nicht ausgerichtet wurde. Das Bundesgericht korrigierte die Verweigerung der Gratifikation durch das Aargauer Obergericht, hielt aber die Leistungsverweigerung des AN infolge ausgebliebener Gratifikation nicht für gerechtfertigt.

bb) Regeste

Gratifikation; Lohnausweis; Leistungsverweigerungsrecht des AN (Art. 322d sowie Art. 82 und 324 Abs. 1 OR). Wesen der Gratifikation (E. 2 Ingress): Der Lohnausweis stellt keine Schuldanerkennung dar. Ob eine Gratifikation geschuldet ist, bestimmt sich nach der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung (E. 2.1). Wurde das Ausrichten einer Gratifikation vereinbart, hat der AG diese nach billigem Ermessen festzusetzen. Die berechtigte Arbeitsverweigerung bei Zahlungsverzug bildet keinen zulässigen Herabsetzungsgrund (E. 2.2 und 2.3). Verweigert der AN die Arbeitsleistung wegen eines Rückstandes bei der Zahlung der Gratifikation, besteht keine Lohnfortzahlungspflicht des AG (E. 2.4).

[8] Kommentare: H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2010 09 Nr. 223 (d), R. HIRSIGER, AJP, 2010 1336 (d), M. PIGUET, Push-Service Entscheide, 11. Oktober 2010 (f).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der Beschwerdeführer war seit dem 1. Juni 2007 in einer Einzelunternehmung aus der Gebäudetechnikbranche als Projektleiter tätig. Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen, die Anstellung jedoch via E-Mail bestätigt, wo es unter anderem hiess: «Anfangslohn: Fr. 6'500.--/Mt. plus Gratifikation». Die Lohnzahlungen waren ständig verspätet und der Novemberlohn wurde erst am 24. Dezember 2007 gutgeschrieben. Noch vor den Betriebsferien vom 23. Dezember 2007 bis am 5. Januar 2008 hatte der AN mit Brief vom 22. Dezember Lohnausstände per Ende 2007 von CHF 21'212 reklamiert. Dabei machte er neben einem 13. Monatslohn auch geltend, dass der Bruttolohn ab dem vierten Anstellungsmonat CHF 7'500 betrage. Gleichzeitig erklärte er, dass er seine Arbeitsleistung sofort einstelle und blieb künftig der Arbeit fern. Der AG kündigte darauf mit Schreiben vom 27. Dezember 2007 (zugestellt am 8. Januar 2008), worauf das Arbeitsverhältnis in Anwendung der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat auf Ende Februar 2008 endete. Mit Datum vom 8. Februar 2008 hatte der AG dem AN einen Lohnausweis ausgestellt, der in seinem Betrag genau 7 Bruttolöhnen à CHF 6'500 samt weiteren 7/12 von CHF 6'500 entsprach.

Mittels Klage an das Arbeitsgericht Kulm beanspruchte der AN im Mai 2008 neben (ihm verweigerten) Spesen im Wesentlichen den bereits brieflich monierten Ausstand, wobei auch die Löschung einer vom AG im März eingeleiteten Betreibung Verfahrensgegenstand war und diese mit Urteil des Arbeitsgerichts Kulm vom 2. Juni 2009[9] angeordnet wurde. Von der Forderung sprach das Arbeitsgericht CHF 15'744.30 nebst Zins zu, d.h. die Gratifikation und den Lohn für die Monate Januar und Februar 2008, alles auf der Basis von CHF 6'500 und wies die vom AG erhobene Widerklage vollumfänglich ab. Die behauptete Vereinbarung einer Lohnerhöhung hielt es nicht für bewiesen. Vom aargauischen Obergericht, dessen 1. Kammer mit Urteil vom 19. Januar 2010[10] entschied, wurden dem AN auf Appellation des AG nur noch CHF 4'377.95 nebst Zins zugesprochen, weil die zweite Instanz davon ausging, der AN wäre nach Eingang des Dezemberlohns am 22. Januar 2008 wieder zur Arbeit verpflichtet gewesen und es hätte nach Ausbleiben des Januarlohns eine erneute Mitteilung der Arbeitsverweigerung gebraucht. Einen Anspruch auf Gratifikation oder 13. Monatslohn lehnte das Obergericht des Kantons Aargau ab. Es hielt unter anderem fest, der Lohnausweis sei nur eine an die Steuerbehörde gerichtete Willenserklärung und der AN hätte von einem Versehen ausgehen müssen, weil ihm diese 7/12 eines Monatslohns im Dezember 2007 nicht ausbezahlt wurden.

9 Verfahren AR.2008.21, im Internet nicht publiziert.
10 Verfahren ZAR.2009.18, im Internet nicht publiziert.

Der AN wandte sich darauf ans Bundesgericht, welches seine Beschwerde teilweise guthiess und ihm die vom Obergericht verweigerte Gratifikation in der Höhe von CHF 3'435.90 zusprach. Von den Gerichtskosten von CHF 750 wurde dem AN ein Drittel auferlegt und er hatte dem AG eine Prozessentschädigung von CHF 700 zu bezahlen.

Das Bundesgericht behandelte folgende Fragen:

Wesen der Gratifikation (E. 2).

Lohnausweis als Schuldanerkennung (E. 2.1).

Anspruch auf Gratifikation, Pro-rata-Anspruch (E. 2.2 und 2.3).

Höhe bzw. Herabsetzungsmöglichkeit der Gratifikation, insbesondere bei berechtigter Arbeitsverweigerung des AN (E. 2.3.1–2.3.3).

Anwendung von Art. 82 OR. Leistungsverweigerungsrecht des AN bei Nichtleistung der Gratifikation (E. 2.4).

Vorab definiert der Entscheid (E. 2) die Gratifikation im Sinne von Art. 322d Abs. 1 OR als eine ausserordentliche Zulage, die zum Lohn hinzutritt, bei bestimmten Anlässen ausgerichtet wird und immer in einem gewissen Masse vom Willen des AG abhängt. Ein im Voraus festgesetzter und fest vereinbarter Betrag könne keine Gratifikation sein, sondern stelle Lohn dar (E. 2 mit weiteren Hinweisen). Dabei hänge es von den Umständen ab, ob es sich bei einer Gratifikation um eine vollständig freiwillige Leistung des AG handle oder ob ein Anspruch des AN auf deren Ausrichtung bestehe. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Gratifikation könne ausdrücklich vereinbart werden oder auch durch konkludentes Verhalten entstehen, wie z.B. durch die regelmässige und vorbehaltlose Ausrichtung eines entsprechenden Betrags. Ist die Gratifikation im Grundsatz vereinbart, dürfe sie der AG nicht gestützt auf Umstände kürzen, die für ihre Ausrichtung oder ihren Umfang nach Treu und Glauben ohne Belang sind. Verspreche der AG dem AN für ein Jahr eine Gratifikation von einer bestimmten Höhe, sei er an dieses Versprechen gebunden, sofern der AN nicht seine vertraglichen Pflichten grob verletzt.

Zum Lohnausweis stellte das Bundesgericht klar (E. 2.2), dass die obergerichtliche Folgerung, der AN habe von einem Versehen ausgehen müssen, nicht überzeugt, zumal der AG mit seinen Lohnzahlungen ständig im Rückstand war. Eine eigentliche Schuldanerkennung sei der Lohnausweis aber nicht.

Laut der E-Mail-Bestätigung des AG sollte der AN neben dem Lohn eine Gratifikation erhalten. Damit haben die Parteien nach der Auffassung des Bundesgerichts (E. 2.3) einen Anspruch auf eine solche Gratifikation vereinbart, deren Ausrichtung damit nicht mehr vollständig im Belieben des AG stehe (sog. «unechte» Gratifikation). Einzig bei der Höhe einer solchen Sonderleistung bestehe ein Freiraum des AG, der seine grundsätzliche Zahlungs-

pflicht aber nicht dadurch unterlaufen kann, indem er die Sondervergütung willkürlich tief ansetzt oder ganz entfallen lässt. Werde eine Gratifikation vertraglich vereinbart, so habe sie der AG nach billigem Ermessen festzusetzen. Zur Höhe der Gratifikation hält das Bundesgericht ohne weitere Begründung fest (E. 2.3.3, a.E.): «Bezüglich der Höhe ist entsprechend dem Lohnausweis von einem Monatslohn pro rata temporis auszugehen.» Weshalb der Anspruch trotz Abs. 2 von Art. 322d OR pro rata geschuldet ist, beantwortet das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid nicht. Wahrscheinlich hat dafür die antizipierte Festlegung im Lohnausweis den Ausschlag gegeben und vielleicht auch der Umstand, dass sich Art. 322d Abs. 2 OR jedenfalls von seinem Wortlaut her auf den Pro-rata-Anspruch am Ende des Arbeitsverhältnisses bezieht. Von Interesse ist noch, dass der AG die Gratifikation auch bei der beruflichen Vorsorge als versicherten Verdienst deklariert hatte. Dies hielt das Arbeitsgericht Kulm – aus schlecht nachvollziehbaren Gründen – aber nicht für wesentlich.

Der AG hatte vor Obergericht den Wegfall der Gratifikation damit begründet, dass der AN ungerechtfertigt die Arbeit verweigert, schlecht gearbeitet und es stets unterlassen habe, die für die Rechnungsstellung erforderlichen Rapporte auszufüllen, räumte auf Befragen allerdings ein, es sei nicht vereinbart, dass wegen mangelnder Leistung nichts ausbezahlt werde (vgl. das Zitat in E. 2.3.3). Deshalb hielt ihm das Bundesgericht entgegen, dass eine – zwar zulässige – Herabsetzung der Gratifikation nicht nachträglich mit mangelnder Leistung gerechtfertigt werden könne. Was die Arbeitsverweigerung betreffe, so sei dies kein zulässiger Herabsetzungsgrund, zumal der AG die fehlende Arbeitsleistung selbst verschuldet habe (E. 2.3.2).

Schliesslich bestätigte das Bundesgericht, dass dem AN in analoger Anwendung von Art. 82 OR das Recht zusteht, seine Arbeit zu verweigern, wenn der AG mit der Lohnzahlung im Rückstand ist und dass der Lohnanspruch des AN bei einer solchen Verweigerung erhalten bleibt. Dies bezieht sich allerdings nur auf den Lohn und die Spesen, die zur Arbeitsleistung in einem dauerhaften Austauschverhältnis stünden. Dagegen stehe eine Gratifikation nur mittelbar in einem solchen Austauschverhältnis, weil sie neben der Abgeltung der geleisteten Dienste auch die Motivation für die Zukunft bezwecken könne. Daher bilde sie kein Leistungspaar mit der laufenden Arbeitsleistung, weshalb es nicht gerechtfertigt erscheine, dem AN diesbezüglich ein Leistungsverweigerungsrecht bei fortlaufender Lohnzahlungspflicht des AG einzuräumen (E. 2.4). Folglich habe das Obergericht zu Recht einen Lohnanspruch nach dem 22. Januar 2008 verneint. Daran änderte nichts, dass aus dem Jahr 2007 noch ein Rückstand von CHF 197.90 bestand, der anscheinend zu wenig hoch war, um eine Arbeitsverweigerung zu rechtfertigen.

dd) Folgerungen für die Praxis

Zu Recht kritisiert HIRSIGER[11], dass die Begründung des vorliegenden Entscheids nicht überzeugt. Durch die Zusicherung mittels E-Mail vor Antritt der Stelle, der Deklaration bei der beruflichen Vorsorge und durch die Nennung des Betrags im Lohnausweis wurde die Gratifikation sehr «lohnnah».

Nicht überzeugend ist aber auch die Folgerung des Bundesgerichts, Art. 82 OR nicht auch beim Ausbleiben dieser Gratifikation analog anzuwenden. Wie es selber einräumt, ging es vorliegend um eine «unechte» Gratifikation, d.h. um einen im Grundsatz versprochenen Anspruch, mit dem mindestens zum Teil geleistete Dienste abgegolten sind. Bleibt aber ein solcher Anspruch gänzlich aus, so setzt sich der AG klar ins Unrecht, indem er auch die Abgeltung für bereits geleistete Arbeit nicht erfüllt. Das berechtigte Vertrauen des AN auf eine solche Gratifikation wird wenigstens im Grundsatz geschaffen und ist mit dem gänzlichen Ausbleiben einer Zahlung verletzt. Richtig wäre somit gewesen, dem AN auch einen Lohn für die restlichen Januartage und für Februar 2008 zuzusprechen. HIRSIGER[12] sieht dies ähnlich, will aber am Ergebnis nichts ändern, weil das Leistungsverweigerungsrecht die Fälligkeit des ausgebliebenen Anspruchs voraussetzt, und aus der Tatsache allein, dass eine Gratifikation häufig mit dem Dezemberlohn ausbezahlt wird, sich noch kein Fälligkeitstermin herleiten lasse. Das überzeugt nicht, weil der Richter die Fälligkeit im Streitfall auch festlegen müsste und mit hoher Wahrscheinlichkeit und in analoger Anwendung von Art. 323 OR auf die Üblichkeit abstellen würde, wenn wie hier der bestimmte Anlass gemäss Art. 322d Abs. 1 OR von den Parteien nicht definiert wurde.

f) Pausen am Arbeitsplatz (Art. 15 Abs. 2 ArG, Art. 18 Abs. 5 ArGV 1)

BGer Urteil vom 6. Oktober 2010, 4A_343/2010 (d)[13]

aa) Zusammenfassung

Die AN, eine Kassiererin in einem Basler Casino, beanspruchte eine Entschädigung für Arbeitszeit, da sie bei Pausen das Casino nicht habe verlassen dürfen, sondern Bereitschaftsdienst leisten müssen, und weil die Pausen oft unterbrochen worden seien. Die Klage wurde von allen Instanzen abgewiesen. Neben Verfahrensfragen stand die Auslegung des Arbeitsplatzbegriffs von Art. 15 Abs. 2 ArG zur Diskussion.

---

11 AJP, 2010 1336 (d), dort Teil III.2, S. 1737 f.
12 A.a.O. Teil III.5b, S. 1339.
13 Kommentar: R. RUDOLF, ARV online 2010 N. 666.

bb) Nichtamtliche Regeste

Es ist nicht willkürlich, Pausen, die in einem von mehreren eigens zur Verbringung der Pausen eingerichteten Räumen zu verbringen sind, nicht als entschädigungspflichtige Arbeitszeit zu qualifizieren.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Erst im Juni 2009, d.h. einige Zeit nach Ende ihres Arbeitsverhältnisses, das vom Oktober 2003 bis Ende Februar 2006 dauerte, erhob die AN Klage beim Gewerblichen Schiedsgericht Basel-Stadt über CHF 7'214.40, welche auch vom Appellationsgericht abgewiesen worden ist. Sie gelangte mit Beschwerde in Zivilsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht und sah die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung als Eintretensvoraussetzung für die Beschwerde (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG) darin, ob einem AN, auch wenn er keinen Bereitschaftsdienst leisten muss, nach Art. 15 Abs. 2 ArG Lohn geschuldet sei, sofern er die Pausen in eigens dafür bestimmten Pausenräumen zu verbringen hat. Vor Bundesgericht machte sie einerseits – und erfolglos – geltend, die mündliche Begründung des Urteils durch das Gewerbliche Schiedsgericht genüge den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Entscheidbegründung (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht und stelle Gehörsverletzung dar. Weiter focht sie die antizipierte Beweiswürdigung durch die erste Instanz an, welche auf die Befragung von Mitarbeitenden als Zeugen verzichtet hatte. Schliesslich warf sie dem Basler Appellationsgericht eine falsche Auslegung des Arbeitsplatzbegriffs vor.

In tatsächlicher Hinsicht stand für das Bundesgericht fest, dass die Beschwerdeführerin und ihre damaligen Arbeitskollegen das Casino während den Pausen unbestrittenermassen nicht verlassen durften, die AN ihre Pausen aber nicht an ihrem Arbeitsplatz, d.h. an der Kasse, sondern in einem eigens dafür eingerichteten Pausenraum verbringen mussten.

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit überhaupt darauf einzutreten war, und auferlegte der AN die Verfahrenskosten von CHF 500 und eine Parteientschädigung zugunsten der AG von CHF 2'500.

dd) Erwägungen

Das Bundesgericht nahm ohne weitere Begründung an (E. 2.4 a.E.), eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liege nicht vor, wobei sie der Beschwerdeführerin entgegenhielt, sie habe die Mitanfechtung des Urteils der ersten Instanz unterlassen, der allein volle Kognition zustand.

In der mündlichen Eröffnung und Begründung des Urteils des Gewerblichen Schiedsgerichts sah das Bundesgericht keine Verletzung des rechtlichen Gehörs, zumal sich die AN in ihrer Replik ans Appellationsgericht mit einer schriftlichen Vernehmlassung der ersten Instanz auseinandersetzen konnte (E. 3).

Dem Einwand der zu Unrecht unterlassenen Zeugeneinvernahmen hielt das Bundesgericht entgegen, die Beschwerde genüge in diesem Punkt den Begründungsanforderungen nicht.

Somit war nur noch kurz über die Auslegung von Art. 15 Abs. 2 ArG zu urteilen, wo das Bundesgericht der AN vorwarf, dass sie weder einschlägige Rechtsprechung noch Lehrmeinungen zitiere, die ihre Ansicht, die zwingend im Betrieb einzuhaltenden Pausen seien zu entschädigen, stützen würden. Vielmehr werde in der Literatur[14] die Auffassung vertreten, soweit eine Pause in einem speziell dafür vorgesehenen Raum abzuhalten sei, verlasse der AN bereits seinen Arbeitsplatz, selbst wenn sich der Pausenraum im selben Gebäude wie der Arbeitsplatz befinde.

ee) Folgerungen für die Praxis

Mangels umfassender Kognition des Bundesgerichts im vorliegenden Verfahren bleibt offen, ob in einem vergleichbaren Fall gleich entschieden würde. RUDOLPH[15] zeigt in seiner Besprechung des Entscheids mit weiteren Fundstellen auf, dass die Praxis zur entschiedenen Frage spärlich ist.

Nimmt man den Wortlaut von Art. 18 Abs. 5 ArGV 1, wonach Arbeitsplatz im Sinne von Artikel 15 Absatz 2 des Gesetzes jeder Ort im Betrieb oder ausserhalb des Betriebes ist, an dem sich der AN zur Ausführung der ihm bzw. ihr zugewiesenen Arbeit aufzuhalten hat, so scheint das Resultat richtig, weil im separaten Pausenraum ja eben nicht Arbeit zu leisten ist.

Der Entscheid zeigt weiter, dass auch bei einfachen Fragestellungen der Weg ans Bundesgericht steinig und anspruchsvoll ist und dass die beschwerdeführende Partei im Risiko steht, prozessuale Fehler zu machen. Wenn diese dann einen Drittel der streitigen Summe kosten, stellt sich die Frage nach Kosten und Nutzen.

---

14 Die mit R. A. MÜLLER, Handkommentar zum Arbeitsgesetz, 2005, N. 22 f. zu Art. 15 ArG, zitiert wird.

15 ARV online 2010 N. 666.

g) Entschädigung von Überzeit gemäss Chauffeurverordnung (Art. 6 + 7 ARV 1 in der Fassung 1995[16])

BGer 2. September 2010, 4A_259/2010 = BGE 136 III 539 (d)

aa) Zusammenfassung

Eine Wegbedingung der Überstunden kann sich auch im Anwendungsbereich der Chauffeurverordnung (ARV 1, SR 882.221) nur auf die Zeitspanne zwischen der vereinbarten Arbeitszeit und der geltenden Höchstarbeitszeit beziehen. Die Beschwerde des AG gegen die Verpflichtung zur Zahlung der Überzeit mit Zuschlägen wurde abgewiesen.

bb) Regeste

Entschädigung der Überzeitarbeit berufsmässiger Motorfahrzeugführer (Art. 56 SVG; Art. 6 und 7 ARV 1 [in der Fassung 1995]; Art. 321c Abs. 3 OR sowie Art. 9 und 13 ArG). Überzeitarbeit berufsmässiger Motorfahrzeugführer ist zwingend mit dem Grundlohn und dem gesetzlich vorgesehenen Zuschlag zu entschädigen, sofern sie nicht mit Freizeit kompensiert wird (E. 2–2.6).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der AN war vom Oktober 2002 bis im Juni 2007 als Chauffeur tätig. Sein Lohn betrug CHF 5'000 brutto, wobei im Vertrag in Klammern angemerkt war: «Fr. 5000.-- gleich Profigehalt, Ueberstunden inklusive». Zwischen den

---

16 Art. 6 Abs. 1 ARV 1 (Wöchentliche Höchstarbeitszeit) in der Fassung 1995 lautete bis am 31.12.2010, vgl. AS 2010 3239:
[1] Die wöchentliche Höchstarbeitszeit des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin beträgt 46 Stunden.
Art. 7 ARV 1 (Überzeit) in der Fassung 1995 lautete bis am 31.12.2010, vgl. AS 2010 3239:
[1] Die wöchentliche Höchstarbeitszeit (Art. 6) darf durch Überzeitarbeit um 5 Stunden überschritten werden. Bei vorübergehenden, ausserordentlichen Betriebsbedürfnissen (z. B. saisonale Schwankungen) sind je Woche 5 weitere Stunden Überzeitarbeit zulässig. In einem Kalenderjahr dürfen jedoch insgesamt höchstens 208 Stunden Überzeitarbeit geleistet werden.
[2] (…)
[3] Die Überzeitarbeit kann durch einen Lohnzuschlag nach Obligationenrecht oder durch Freizeit von gleicher Dauer ausgeglichen werden. Ein solcher Ausgleich ist innert dreier Monate vorzunehmen, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerin nicht einen längeren Zeitraum schriftlich vereinbaren; dieser Zeitraum darf in keinem Fall länger als zwölf Monate sein.

Parteien war streitig, in welchem Ausmass allfällige Überstunden bereits mit dem Lohn abgegolten sind. Der AN erhob beim Amtsgericht Willisau Klage über CHF 60'684.60 nebst Zins für geleistete Überstunden, welche im Umfang von CHF 21'710.10 nebst Zins gutgeheissen wurde, wobei das Luzerner Obergericht auf Appellation des AN hin die Summe auf CHF 43'980 nebst Zins erhöhte. Dagegen wandte sich der AG erfolglos mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

Beide Luzerner Instanzen gingen davon aus, dass mit Vereinbarung der Parteien im Lohn nur eigentliche Überstunden abgegolten sind, soweit sie im Rahmen der wöchentlichen Höchstarbeitszeit geleistet wurden. Diese betrug nach der Chauffeurverordnung (Art. 6 Abs. 1 ARV 1 in der Fassung 1995) 46 Stunden. Die Kompensation stützten die Luzerner Gerichte dagegen auf Art. 13 ArG, da (so das Obergericht) in der Chauffeurverordnung lediglich die zulässige Arbeitszeit definiert werde, nicht aber deren Entschädigung.

dd) Erwägungen

Der Entscheid des Bundesgerichts nahm sich vorerst des Überstundenbegriffs an (E. 2.2 und 2.3), welche die erste Instanz zutreffend mit Stunden zwischen der vereinbarten Arbeitszeit und der gesetzlich zulässigen Höchstarbeitszeit beschrieb. Der AG machte mit Hinweis auf Abrechnungen des AN, die von 50 Wochenstunden ausgingen, geltend, mit Überzeit seien die 46 Stunden zuzüglich die Mehrstunden nach Art. 7 ARV 1 (1995) gemeint. Diese 5 Mehrstunden pro Woche seien Überstundenarbeit im Sinne des OR und des Arbeitsgesetzes, weshalb die Wegbedingung der Entschädigung zulässig sei. Dem hielt das Bundesgericht entgegen, dass sowohl im Arbeitsgesetz (Art. 9 ArG) als auch in der Chauffeurverordnung (Art. 6 ARV 1, 1995) eine «Höchstarbeitszeit» und der Umfang, in welchem diese Stundenanzahl überschritten werden darf (Art. 12 ArG; Art. 7 ARV 1, 1995), festgelegt werde. Es gäbe keinen Grund, den Begriff der Höchstarbeitszeit unterschiedlich auszulegen und auch in der Literatur sei anerkannt, dass Art. 6 ARV 1 die Höchstarbeitszeit für eine besondere AN-Kategorie regle.

Weiter erkannte das Bundesgericht mit Hinweis auf Abs. 3 von Art. 7 ARV 1 (1995), dass die Annahme der Vorinstanz, die Chauffeurverordnung definiere lediglich die zulässige Arbeitszeit, nicht aber deren Entschädigung, dem Wortlaut der Verordnung widerspreche. Sodann setzte sich das oberste schweizerische Gericht ausführlich mit dem Verweis in Art. 7 Abs. 3 ARV 1 (1995) auf das Obligationenrecht auseinander (E. 2.5), stellte fest, dass es im Anwendungsbereich der ARV I kein Einverständnis des AN für die Zeitkom-

pensation brauche[17], und folgerte (E. 2.6), dass auch hier der Lohnzuschlag für die Überzeit zwingend sei, womit nicht nur der Zuschlag, sondern auch der Grundlohn geschuldet sei.

Ohne Erfolg blieb der Einwand des AG vor Bundesgericht, die Überzeit sei nicht bewiesen und das Abstellen auf die Spesenblätter, die er regelmässig erhielt, sei willkürlich. Das Bundesgericht hielt dem unter anderem entgegen (E. 2.7), dass dann, wenn dem AG bekannt ist, dass Überstunden geleistet werden, und er nicht dagegen einschreitet, ihm der Einwand, sie seien nicht angeordnet oder betriebsnotwendig gewesen, verwehrt bleibt.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid bestätigt die bewährte Unterscheidung zwischen Überstunden, d.h. Stunden, die über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus erbracht werden, und der Überzeit, d.h. den Stunden, die über die gesetzliche Höchstarbeitszeit hinaus geleistet werden. Es ist zu begrüssen, dass der Begriff der Höchstarbeitszeit einheitlich ausgelegt worden ist.

Mit Wirkung ab 1. Januar 2011 wurden die Art. 6 und 7 ARV 1 (1995) revidiert, indem gemäss Art. 6 Abs. 1 ARV 1 mit der neuen Marginale «Arbeitszeit» die wöchentliche Arbeitszeit eines Chauffeurs im Durchschnitt von 26 Wochen die Grenze von 48 Stunden pro Woche nicht überschreiten, maximal aber 50 Wochenstunden betragen darf, und in Art. 7 ARV 1 neu die Bereitschaftszeit definiert wird. An den Konsequenzen aus dem vorliegenden Entscheid ändert sich damit nichts.

h) GAV-Klausel betr. Pikettdienst, Anrechnung an die Arbeitszeit (Art. 15 ArGV 1)

BGer 4. Mai 2010, 4A_94/2010 (d)[18]

aa) Zusammenfassung

Ein Oberarzt machte geltend, der zu Hause geleistete Pikettdienst stelle aufgrund der Rufbereitschaft von 15 Minuten Arbeitszeit dar und verlangte eine Nachzahlung für Überstunden in 3 Jahren von ungefähr 11 Monatslöhnen. Alle Instanzen wiesen seine Klage ab.

[17] Vgl. dazu den von Art. 7 Abs. 3 ARV 1 in der Fassung von 1995 (vorstehend Fn. 16) abweichenden Wortlaut von Art. 13 ArG und Art. 321c Abs. 2 OR.

bb) Nichtamtliche Regeste

Es verstösst nicht gegen Art. 15 ArGV 1, den zu Hause in Spitalnähe geleisteten Pikettdienst nicht als Arbeitszeit aufzufassen und nur die effektiven Einsatzzeiten anzurechnen.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der AN arbeitete während gut 3 Jahren bis Oktober 2004 als Anästhesie-Oberarzt in einem Berner Regionalspital. Bestandteil seines Arbeitsvertrags war der Gesamtarbeitsvertrag für das Personal bernischer Spitäler (GAV) in den Fassungen von 2000 und 2004[19]. Beide GAV-Fassungen verwiesen auf die per 1. April 2010 aufgehobene Berner Verordnung über die Anstellungsverhältnisse des ärztlichen Spitalpersonals (vom 22. März 2000, VOA, BAG 811.123[20]). Er leistete Pikettdienst, konnte sich dafür zu Hause (in seiner 100 Meter vom Spital entfernten Privatwohnung) aufhalten und war verpflichtet, innert 15 Minuten einsatzbereit zu sein.

Anfang 2007 erhob der AN Klage über CHF 108'846, d.h. etwa 11 Monatslöhne, was dem Lohn für die in 3 Jahren seiner Tätigkeit geleisteten Überstunden und Überzeit entspreche, da der von ihm geleistete Pikettdienst vollumfänglich als Arbeitszeit zu gelten habe. Alle Instanzen wiesen seine Klage ab, wobei ihm das Bundesgericht CHF 4'000 Gerichtskosten und eine Entschädigung an die AG von CHF 5'000 auferlegte.

dd) Erwägungen

Bezüglich des Umfangs der Überschreitung der gesetzlichen Höchstarbeitszeit schützte das Bundesgericht die Auffassung des bernischen Obergerichts, der AN habe nicht behauptet bzw. substantiiert, dass durch die effektiv geleisteten Pikettdienste die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten worden sei, und es sei deshalb nicht bewiesen, dass er Überzeit geleistet habe (E. 2.1 –2.2). Mangels Substantiierung könne er sich auch nicht auf eine Schätzung der Überzeit nach Art. 42 Abs. 2 OR berufen (E. 2.3–2.5).

---

18 Kommentare: H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2010 07 Nr. 171 (d), R. PAPA, Push-Service Entscheide, 22. Juli 2010, T. GEISER, in: Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011 S. 243, Teil I.2.b, S. 244 (d).

19 Beide Fassungen sind im Teil Sachverhalt/A. des Entscheids 4A_94/2010 auszugsweise wiedergegeben.

20 Siehe die Fassung vom 01.07.2005 unter www.lexfind.ch/dtah/23471/2 (06.05.2011) und den in E. 4.1 wiedergegebenen Wortlaut von Art. 7 VOA.

Breiten Raum findet im Entscheid (E. 3) die schliesslich bejahte Frage, ob der Verweis auf die VOA in den Gesamtarbeitsverträgen auch den Pikettdienst umfasse.

Bezüglich der Behandlung der Pikettzeit ausserhalb des Betriebsgeländes entsprachen sich Art. 7 Abs. 2 VOA und Art. 15 ArGV 1, weil beide Vorschriften nur das Pikett im Betrieb als Arbeitszeit qualifizieren. Der AN wandte ein, er habe aufgrund der kurzen Interventionszeit auch zu Hause kaum etwas anderes tun können, als auf einen Einsatz zu warten und sei gleich zu behandeln wie der Pikettarzt, der im Spital bleibt, weil er zu weit davon entfernt wohnt. Dem hielt das Bundesgericht den Regelungszweck von Art. 15 ArGV 1 entgegen, welcher davon ausgehe, dass ein AN ausserhalb des Betriebs mehr Freizeit- und Erholungsmöglichkeiten hat, was im konkreten Fall zutreffe. Es wies darauf hin, dass auch das SECO diesbezüglich seine abweichende Meinung und damit die Wegleitung zu Art. 15 ArGV 1 geändert hat. Eine Gleichstellung mit dem Pikettdienst auf dem Spitalgelände sei nicht angezeigt und es seien weder Art. 7 Abs. 2 VOA noch Art. 15 ArGV 1 verletzt, womit offenbleiben könne, ob das Arbeitsgesetz im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar sei.

Abschliessend stellte das Bundesgericht fest, dass die Entschädigung für die Einsatzbereitschaft gültig im Lohn eingeschlossen sei, weil Art. 7 Abs. 2 VOA bestimme, dass nur der Einsatz auf dem Betriebsgelände als Arbeitszeit gilt. Daraus ergebe sich, dass für diesen Dienst kein zusätzlicher Lohn geschuldet sei (E. 5.2).

ee) Folgerungen für die Praxis

Trotz einer inzwischen mit Art. 8a ArGV 2[21] auf Anfang 2010 im Spitalbereich erfolgten Klärung schafft dieser Entscheid Sicherheit, indem er die Unterscheidung in Art. 15 ArGV 1 zwischen der Bereitschaftszeit im Betrieb und ausserhalb des Betriebsgeländes schützt.

Nicht restlos zu überzeugen vermag die Argumentation, mit der Festlegung, was Arbeitszeit sei und was nicht, werde die Entschädigung für die Einsatzbereitschaft in den Lohn eingeschlossen. Das ist nur dann richtig, wenn ohnehin die volle Arbeitszeit vergütet wird, weil das Pikett im Betrieb geleistet wird. Weshalb ein AN, der ausserhalb seines Betriebs in Rufbereitschaft steht, ganz leer ausgehen soll, lässt sich nicht erkennen. Hier bringt der neue Art. 8a Abs. 2 ArGV 2 jedenfalls in den Spitälern eine Verbesserung, indem bei Pikett ausserhalb des Betriebs eine Zeitgutschrift von 10 % geschuldet ist, wenn die Rufbereitschaft weniger als 30 Minuten beträgt.

---

21 Vgl. dazu nachstehend Teil III.1.d.

i) Arbeitsunfähigkeit. Arztzeugnis bei mehreren Tätigkeiten

BGer 12. Mai 2009, 4A_140/2009 (d)

aa) Zusammenfassung

Das mit einem Arztzeugnis ihres Hausarztes gerechtfertigte Fernbleiben einer Handarbeits- und Zeichenlehrerin von ihrer Arbeit stellte im konkreten Fall weder ein fristloses Verlassen der Stelle dar (Art. 337d OR) noch war es ein wichtiger Grund gemäss Art. 337 OR für eine fristlose Entlassung. Die Forderungen der AN aus ungerechtfertigter fristloser Entlassung wurden von allen Instanzen geschützt.

bb) Nichtamtliche Regeste

Nur wenn der AN bewusst ein unzutreffendes Arztzeugnis als Vorwand benutzt, stellt sich die Frage, ob seine Verfehlung derart schwer wiegt, dass dem AG eine Weiterführung des bereits gekündigten Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Die AN war neben ihrer Tätigkeit als Künstlerin als Handarbeits- und Zeichenlehrerin für eine Privatschule tätig, die in den Jahren 2006 und 2007 mehrfach Gegenstand von Zeitungsberichten[22] war, weil sie kranke Mitarbeiter und deren Ärzte bei Strafbehörden anzeigte und ihnen die Fälschung von Arztzeugnissen vorwarf. Sie trat ihre Stelle im Sommer 2004 an und kündigte anfangs 2005 fristgerecht auf das Ende des Schuljahrs. Später wurde sie krank, was sie damit begründete, dass die Arbeitssituation sich verschlechtert habe, was zu gesundheitlichen und psychischen Problemen geführt hätte. Im Mai 2005 war sie für 3 Tage arbeitsunfähig; am 14. Juni wurde sie von ihrem Hausarzt bis zum Ende des Schuljahrs krank geschrieben. Am 16. Juni 2005, an einem Tag, an dem sie Lektionen gehabt hätte, wurde sie in ihrem Atelier von einem Unbekannten aufgesucht, der sie ausfragte und, wie sich später herausstellte, ein von der AG beauftragter Privatdetektiv war. Diese schrieb der AN am 22. Juni 2005, sie habe die Stelle vorsätzlich und fristlos verlassen und sprach für den Fall, dass dem nicht so gewesen sein sollte, die fristlose

[22] Tages-Anzeiger vom 10. Juni, 2. September und 31. Oktober 2006 sowie vom 21. Dezember 2007, Neue Zürcher Zeitung vom 2. September 2006 und 21. Dezember 2007.

Entlassung aus. Weiter bot sie die AN zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung auf.

Mit Klage ans Zürcher Arbeitsgericht vom September 2005 machte die AN insgesamt CHF 21'700.90 netto nebst Zins für Schadenersatz und eine Pönale nach Art. 337c Abs. 3 OR geltend. Die Klage wurde vollumfänglich gutgeheissen und dieser Entscheid sowohl vom Zürcher Obergericht wie vom Kassationsgericht des Kantons Zürich geschützt. Auch das Bundesgericht wies die Beschwerde in Zivilsachen ab.

Vertreten war die Schule von einem Anwalt und Privatdozenten, der schon damals Präsident einer ihr nahestehenden Stiftung war und eine streitbare Schrift über Krankheit und Arbeitsunfähigkeit[23] verfasst hat.

dd) Erwägungen

Zentrales Thema für das Bundesgericht war neben der Behandlung von Verfahrensfragen die Auseinandersetzung mit dem Anspruch der AG, aufzuzeigen, dass das Arztzeugnis des Hausarztes unrichtig und die AN voll arbeitsfähig gewesen sei. Dahinter stand die Frage, ob die AG die AN zu Recht fristlos entlassen hatte, da es für das Bundesgericht keine Anhaltspunkte für ein fristloses Verlassen der Stelle durch die AN gab. Indem ein AN ein Arztzeugnis einreiche, könne nach Treu und Glauben grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, er wolle die Stelle verlassen.

Im Zusammenhang mit der fristlosen Entlassung setzte sich das Bundesgericht eingehend mit dem Arztzeugnis des Hausarztes auseinander und hielt fest, dass die Behauptung, die AN habe sich bewusst ein falsches Zeugnis ausstellen lassen, unbewiesen sei. Es wies darauf hin, dass sich ein Arztzeugnis für den AG auf die Tätigkeit an der konkreten Arbeitsstelle beziehe, was nicht ausschliesse, dass die Arbeitsfähigkeit an einer anderen Stelle unterschiedlich beurteilt werden kann. Aus der Tatsache, dass die AN in der Lage war, in ihrem Atelier zu arbeiten, sei nicht zu folgern, dass sie ebenso die vertraglich vereinbarten Unterrichtsstunden hätte leisten können. Somit war die fristlose Entlassung nicht gerechtfertigt.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid zeigt auf, dass die Hürden einer fristlosen Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang einer Erkrankung des AN sehr hoch sind, was sich ja schon aus Abs. 3 von Art. 337 OR ergibt, wonach die unverschuldete Verhinderung des AN nie ein wichtiger Grund sein kann.

23 www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/tp/tit-zeller/publikation.html (06.05.2010).

Er lässt die Frage gänzlich unbeantwortet, wie es sich mit den Persönlichkeitsrechten des AN verträgt, wenn der AG einen Privatdetektiv auf ihn ansetzt. Aus dem Entscheid des Bundesgerichts geht auch nicht hervor, wie gross die Differenzen zwischen der Leitung dieser Schule und einiger ihrer Lehrpersonen waren.

j) Mobbing

TF du 6 avril 2010, 4A_245/2009, c. 4 (f)

aa) Question principale

Le harcèlement psychologique, appelé aussi 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, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail (TF du 13 juillet 2004, 2P.39/2004, c. 4.1). Le Tribunal fédéral a précisé qu'il n'était pas arbitraire de considérer qu'un seul acte hostile, ni même deux, ne suffisaient pas à former un tel enchaînement, partant un harcèlement psychologique (TF du 8 mars 2010, 8C_358/2009, c. 5.3). Vu la difficulté d'apporter la preuve du mobbing, la jurisprudence considère qu'il faut savoir admettre son existence sur la base d'un faisceau d'indices convergents. Dans le cas d'espèce, l'employée qui estimait avoir été victime de mobbing invoquait de nombreux indices. Le Tribunal fédéral a dû examiner s'ils étaient suffisants pour démontrer l'existence du mobbing.

bb) Etat de faits

Depuis 1987, T. a travaillé en qualité de boursière communale non permanente à la Municipalité de la commune vaudoise E. Les relations de travail se sont peu à peu dégradées. Par courrier du 20 décembre 2000, E. a licencié T. pour justes motifs, la décision étant effective le 31 mars 2001. Par demande du 26 septembre 2001, T. a assigné E. auprès des autorités judiciaires civiles vaudoises en paiement d'une somme de 200'000 fr., faisant valoir que son invalidité et son incapacité totale de travailler provenaient du mobbing et du licenciement dont elle avait été la victime. Plusieurs causes ont été portées devant le Tribunal fédéral. Dans l'arrêt 4P.329/2005, le Tribunal fédéral a considéré que si les juges cantonaux éprouvaient des doutes au sujet des conclusions de l'expertise, il leur appartenait d'ordonner des preuves complémentaires pour dissiper leurs hésitations. Par ailleurs, dans l'arrêt 4C.201/2005, le Tribunal fédéral a jugé que si le mobbing était établi, la Commune ne pouvait alors, dans les rapports externes, opposer le fait qu'un tiers répondait éventuellement aussi du dommage. Finalement, la Cour civile vaudoise a débouté

T. de toutes ses conclusions. T. a exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

la décision qui admet ou écarte l'existence du mobbing présuppose une appréciation globale des circonstances d'espèce, en particulier des indices pouvant entrer dans la définition du mobbing; il convient donc d'accorder au juge du fait une certaine marge d'appréciation;

bien qu'il s'agisse d'un «cas limite», la cour cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en jugeant que les faits suivants ne permettaient pas de conclure à l'existence d'un mobbing au détriment de l'employée: difficultés relationnelles et tensions avec un collègue de travail; courriers demandant de fournir un effort pour améliorer l'ambiance au sein du bureau communal, ainsi que la qualité de son travail; menace de résiliation à défaut d'une amélioration de la situation dans un délai de trois mois; réduction du taux d'activité et du salaire; décision de ne plus convoquer l'employée à la commission des finances; retrait de la comptabilité scolaire; décision de ne plus autoriser l'employée à retirer le courrier contenant la bourse communale à la poste; décision de ne plus l'inviter aux sorties de fin d'année.

dd) Conséquences pour la pratique

l'existence du mobbing est difficile à prouver. En principe, la jurisprudence se contente d'un faisceau d'indices convergents;

l'affaire soumise à la Cour de justice vaudoise était un cas limite. Le Tribunal fédéral considère qu'il faut laisser une marge d'appréciation importante au juge du fait qui a effectué une appréciation globale des circonstances.

k) Prescription du droit aux vacances (art. 128 ch. 3, 329c II CO)

TF du 3 décembre 2009, 4A_333/2009 = ATF 136 III 94, c. 4 (f)[24]

aa) Question principale

Le droit aux vacances se prescrit séparément pour chaque année de service. Le délai court dès le moment où la créance est devenue exigible (art. 130 al. 1 CO). Dans l'ATF 130 III 19, c. 3.2, le Tribunal fédéral avait laissé la question ouverte de savoir si le délai de prescription du droit aux vacances était de cinq ou dix ans. Dans l'arrêt ici présenté, le Tribunal fédéral a tranché la question.

bb) Etat de faits

Dès le 1er septembre 1997, T. a travaillé pour E. en qualité de directeur commercial et responsable d'un magasin à Genève. En date du 22 mars 2007, E. a licencié T. avec effet immédiat du fait que ce dernier avait endommagé l'enregistreur vidéo d'une des caméras de surveillance par un coup de pied. En date du 16 juillet, T. a ouvert action contre E. réclamant le paiement de divers montants dont le paiement de jours de vacances non pris en nature. Aussi bien le Tribunal des prud'hommes de Genève que la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes ont admis les prétentions relatives aux vacances non prises. E. a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

aux termes de l'art. 128 ch. 3 CO, les actions des travailleurs pour leurs services se prescrivent par cinq ans; cette formulation large recouvre le droit aux vacances;

le droit aux vacances a un double aspect comprenant le droit au temps libre et le droit au salaire; il se justifie de soumettre l'entier au même délai de prescription de cinq ans.

dd) Conséquences pour la pratique

- le droit aux vacances se prescrit par cinq ans tout comme l'indemnité pour les vacances non prises.

[24] Pra 2010 97 678; SJ 2010 I 331. Commentaires: H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2010 01 no 10 (d); T. GEISER, PJA, 2011 246 (d).

l) Barabgeltung von Ferien, Rechtsmissbrauch (Art. 329d OR, Art. 2 Abs. 2 ZGB)

BGer 8. April 2009, 4A_66/2009 (d)

aa) Zusammenfassung

Ein Walliser Chefarzt, in dessen Lohn das Gehalt für die Ferien inbegriffen war, klagte nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses auf Auszahlung des Ferienlohns für fast 5 Jahre. Die Gerichte nahmen einen Rechtsmissbrauch an und wiesen die Klage ab.

bb) Nichtamtliche Regeste

Ein AN, der seine Ferien bezogen hat und auch während solcher Abwesenheit Akontozahlungen erhält, handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er die Auszahlung des Ferienlohns nach Vertragsende in einem Zeitpunkt verlangt, in dem sein AG die eigenen Interessen nicht mehr wahren kann.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der Chefarzt war in dieser Funktion vom November 1999 bis zur einvernehmlichen Beendigung am 31. Juli 2004 bei einem Walliser Spital, betrieben von einem Verein, angestellt. Seine Entlöhnung erfolgte nach den Rahmenbedingungen der Vereinigung der Krankenanstalten des Kantons Wallis. Es war kein fixer Lohn vereinbart, sondern die Vergütung erfolgte gemäss seiner Einzelleistung. Daneben war er berechtigt, im Spital eine Privatpraxis zu führen, wobei das Spital das Inkasso und die Kosten für das Sekretariat, das Material und die Miete übernahm und hierfür 40 % des fakturierten Jahresumsatzes einbehielt. Der Beschwerdeführer erhielt monatliche Akontozahlungen. Nach diesen Rahmenbedingungen hatte ein Chefarzt pro Jahr Anspruch auf maximal 6 Wochen Ferien und zwei Wochen für die Teilnahme an Kongressen und Fortbildungskursen. Das Gehalt für Ferien war im Lohn inbegriffen. Der Beschwerdeführer war sich dessen bewusst und hat die Regelung gemäss eigener Aussage «zähneknirschend» akzeptiert (Sachverhalt, Teil B im Entscheid). Das Spital wurde ab 2004 von einer gemeinsamen Organisation übernommen, welche dem AN eine Zusatzvereinbarung vorlegte, die er nicht unterschrieb.

Im Sommer 2005 erhob der Chefarzt Klage über CHF 162'297, die er mit einem Anspruch auf Ferienentschädigung für die gesamte Vertragsdauer begründete. Das Kantonsgericht Wallis wies die Klage am 8. November 2008 ab. Zwar würden weder der Vertrag noch die einzelnen Abrechnungen Anga-

ben zum Ferienlohnanteil enthalten, was für eine Auszahlung des Ferienlohns mit dem gewöhnlichen Lohn nötig gewesen wäre. Nach den konkreten Umständen habe sich der AN aber rechtsmissbräuchlich verhalten, weil er dieser Regelung bewusst zugestimmt und sich erst nachträglich auf eine Unzulässigkeit berufen habe, so dass seine AG ihre Interessen nicht hätte wahren können. Ausserdem sei der Auszahlungsanspruch des Chefarztes auch mit Blick auf seine teilweise selbständige Tätigkeit nicht gerechtfertigt.

dd) Erwägungen

Vorab setzte sich das Bundesgericht mit dem Begriff des Rechtsmissbrauchs auseinander (E. 1). Es legte dar (E. 1.2), dass im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken sei, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind; ansonsten würde dem AN der mit der zwingenden Gesetzesbestimmung gewährte Schutz auf dem Weg über Art. 2 ZGB wieder entzogen. Verbindlich festgestellter Sachverhalt war für das Bundesgericht trotz seinen Bestreitungen, dass der Chefarzt die Unzulänglichkeit seiner Ferienregelung bereits bei Vertragsunterzeichnung erkannt hatte. Entsprechend konnte das Kantonsgericht ohne Willkür davon ausgehen, er habe mit der Geltendmachung der Nichtigkeit solange zugewartet, dass dem AG die Wahrung der eigenen Interessen verwehrt war. Somit sei ohne Bundesrechtsverletzung vom Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs auszugehen.

Der Anspruch war laut Bundesgericht (E.4) aber auch deshalb nicht geschuldet, weil die von Art. 329d OR zu schützenden Interessen gewahrt wurden, indem der AN nach eigener Angabe seine Ferien beziehen konnte und ihm aufgrund regelmässiger Akontozahlungen, die auch während Ferien geleistet wurden, die dafür notwendigen Mittel zur Verfügung standen. Darin unterscheide sich die Situation des Chefarztes wesentlich von jener eines AN, der nur Lohnzahlungen erhält, wenn er tatsächlich gearbeitet hat. All dies erhelle, dass der Kläger die Ferienklausel in seinem Vertrag nicht beanstandet habe, weil er sich in den Ferien nicht frei von finanziellen Sorgen hätte erholen können, sondern um nachträglich einen höheren Lohn zu erwirken. Das sei eine zweckwidrige Rechtsausübung, die zu Recht als missbräuchlich eingestuft worden sei.

Der Fall gab dem Bundesgericht auch Gelegenheit (E. 2), seine Praxis zur Auszahlung des Ferienlohns zu rekapitulieren.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid ist in der Begründung und im Ergebnis richtig. In der Tat befremdet, dass ein Chefarzt, der mit dem Recht, Privatpatienten auf eigene Rechnung zu behandeln, nicht nur Arbeitnehmer sondern zugleich auch Unternehmer ist, sich erst nach Abschluss des Arbeitsverhältnisses besinnt, dass er noch Ferienlohn zugute haben soll. Mit Recht konnte sich der AG auf den oft nur als «Notbremse» wirksamen Einwand des Rechtsmissbrauchs berufen.

Hochgerechnet aus der eingeklagten Summe muss die Basis für die Berechnung des Ferienlohns des Chefarztes durchschnittlich CHF 22'000/Monat betragen haben. Ob dieses ausserrechtliche Kriterium auf den Ausgang des Verfahrens Einfluss hatte, bleibt naturgemäss offen.

Der Entscheid lässt annehmen, dass es ausserhalb solcher Sonderfälle bei der strengen Praxis des Bundesgerichts zur Barabgeltung des Ferienlohns bleibt.

m) Arbeitszeugnis, Erwähnen einer Krankheit (Art. 330a OR)

BGer 6. September 2010, 4A_187/2010 = BGE 136 III 510 (d)[25]

aa) Zusammenfassung

Ein Regionalsekretär einer Gewerkschaft, der nach einem Nervenzusammenbruch während 1½ Jahren bis zum Vertragsende krankheitsbedingt nicht mehr am Arbeitsplatz erschien, wehrte sich erfolglos dagegen, dass dieser Umstand im Arbeitszeugnis erwähnt worden ist.

bb) Regeste

Art. 330a Abs. 1 OR; Arbeitszeugnis; Krankheit. In einem Arbeitszeugnis gemäss Art. 330a Abs. 1 OR ist eine Krankheit des AN namentlich zu erwähnen, wenn sie seine Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgabe in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete (E. 4.1). Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn ein AN zufolge Krankheit während mehr als eines Jahres seine bisherige Tätigkeit nicht ausüben konnte und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar war, ob und wann er dazu wieder in der Lage sein wird (E. 4.4).

25 Kommentar: H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2010 11 Nr. 278 (d), JURIUS, Jusletter, 8. November 2010.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der AN war seit Juni 2004 als Regionalsekretär der Gewerkschaft SYNA angestellt. In einem nicht bekannten Zeitpunkt vor Juni 2007 schlug er eine Reduktion seines Pensums auf 50 % vor, um ab Oktober 2007 ein Rechtsstudium aufzunehmen. Am 23. August 2007 erlitt er einen Nervenzusammenbruch. Die Taggeldversicherung ging davon aus, dass der AN ab Januar 2008 an einem anderen Arbeitsplatz wieder voll arbeitsunfähig sei und stellte anscheinend ihre Leistungen auf Ende April 2008 ein. Die AG erfuhr davon erst im Oktober 2008, worauf sie das Arbeitsverhältnis kündigte und es am 31. Januar 2009 endete.

Der AN hatte die SYNA bereits im Juli 2008 beim Amtsgericht Olten-Gösgen u.a. für Lohn belangt und verlangte in diesem Prozess im März 2009 unter Änderungen seiner Rechtsbegehren auch die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses, was vom Amtsgericht mit vorgegebenem Text angeordnet wurde. Dagegen appellierte die Gewerkschaft an das Obergericht des Kantons Solothurn u.a. mit dem Antrag, im Arbeitszeugnis zu erwähnen, dass der AN wegen gesundheitlicher Probleme seine Funktion als Regionalsekretär seit dem 24. August 2007 nicht mehr wahrnehmen konnte. Dieser erhob Anschlussappellation. Das Obergericht verpflichtete die Gewerkschaft mit Urteil vom 19. Februar 2010 zu gewissen Zahlungen und sah vor, dass die AG im Arbeitszeugnis folgenden Satz einfüge: «Wegen gesundheitlichen Problemen konnte A. seine Funktion als Regionalsekretär seit dem 24. August 2007 nicht mehr wahrnehmen.» Gegen diesen Entscheid führte der AN vor Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen, u.a. mit dem Antrag, ein Arbeitszeugnis auszustellen, welches seine Krankheit nicht erwähnt.

dd) Erwägungen

Ein Vollzeugnis soll nach der Darlegung des Bundesgerichts (E. 4.1, mit zahlreichen Fundstellen) einerseits das berufliche Fortkommen des AN fördern und deshalb wohlwollend formuliert werden. Andererseits soll es künftigen AG ein möglichst getreues Abbild von Tätigkeit, Leistung und Verhalten des AN geben, weshalb es grundsätzlich wahr und vollständig zu sein habe. Deshalb dürfe und müsse ein qualifiziertes Zeugnis bezüglich der Leistungen des AN auch negative Tatsachen erwähnen, soweit diese für seine Gesamtbeurteilung erheblich sind. Dies treffe auf eine Krankheit zu, die einen erheblichen Einfluss auf Leistung oder Verhalten des AN hatte oder die Eignung zur Erfüllung der bisherigen Aufgaben in Frage stellte und damit einen sachlichen Grund zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bildete. Dagegen dürfe eine geheilte Krankheit, welche die Beurteilung der Leistung und des Verhaltens nicht beeinträchtigt, nicht erwähnt werden. Längere Arbeitsunterbrüche

seien – auch wenn sie krankheitsbedingt waren – in einem qualifizierten Zeugnis zu erwähnen, wenn sie im Verhältnis zur gesamten Vertragsdauer erheblich ins Gewicht fallen und daher ohne Erwähnung bezüglich der erworbenen Berufserfahrung ein falscher Eindruck entstünde. Massgebend sind die Umstände des Einzelfalls.

Im konkreten Fall ging das Bundesgericht davon aus (E. 4.4), dass der AN mehr als 1½ Jahre unfähig war, seine bisherige Tätigkeit auszuüben und dass bei Vertragsende nicht absehbar gewesen ist, ob und wann er dazu wieder in der Lage sei. Deshalb sei die Gewerkschaft gehalten gewesen, die Krankheit im Zeugnis zu erwähnen, unabhängig davon, ob sie die Kündigung aufgrund dieser Krankheit aussprach.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid zeigt anschaulich das Zusammentreffen unterschiedlicher Interessen: Aus der Sicht des AN erweist sich eine solche Bemerkung im Arbeitszeugnis als sehr problematisch, weil er insbesondere bei angespannter Beschäftigungslage bei einer Bewerbung mit einem solchen Zeugnis kaum in die engere Auswahl kommt. Entsprechend erschwert ist sein wirtschaftliches Fortkommen. Anderseits hat ein neuer AG natürlich das Bedürfnis, von solchen «Turbulenzen» in einem früheren Arbeitsverhältnis zu erfahren. Diesen Interessengegensatz hat das Bundesgericht zu Lasten des AN gelöst, indem es einen eher rigiden Entscheid des Obergerichts Solothurn schützte. Nimmt man darauf Rücksicht, dass die Erkrankung offenbar arbeitsplatzbezogen war[26] und dass eine AN-Organisation hier AG war, hätte man sich auch einen anderen Ausgang denken können.

Nicht Gegenstand der amtlichen Publikation BGE 136 III 510 ist die ebenfalls behandelte – und dann bejahte – Frage, ob die Parteien eine Reduktion des Arbeitspensums gültig vereinbart hatten, indem der AN einen Antrag auf Reduktion auf 50 % zur Aufnahme eines Jus-Studium stellte, aber nach Eintritt einer längeren Arbeitsunfähigkeit auf die Nachfrage der AG, ob er dennoch sein Studium antreten und damit an seinem Antrag auf Reduktion des Arbeitspensums auf 50 % festhalten wolle, schwieg (4A_187/2010, E. 2.6). Diese Pensumsreduktion hatte zur Folge, dass dem AN ab Dezember 2007 nur noch 50 % des Lohnes und auch entsprechend reduzierte Krankentaggelder ausbezahlt wurden, obwohl die Gewerkschaft anscheinend von der Versicherung Taggeld für ein volles Pensum erhielt (4A_187/2010, E. 3.2–3.4).

[26] Siehe in 4A_187/2010, im Sachverhalt Teil B a.E.). Vgl. dazu auch den Aufsatz RUDOLPH/VON KAENEL, nachstehend im Teil IV.3 erwähnt.

n) Calcul de la valeur litigieuse dans un litige portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail (art. 330a CO)

TF du 31 août 2010, 8C_151/2010, c. 2 (f)[27]

aa) Question principale

Le calcul de la valeur litigieuse d'une prétention portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail est une question controversée. Dans l'ATF 74 II 43, le Tribunal fédéral avait retenu comme principe général d'estimation l'entrave à l'avenir professionnel du travailleur. Les pratiques cantonales sont quant à elles très disparates. Dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral s'est notamment penché sur la question de déterminer si la valeur litigieuse ne devrait pas être fixée dans l'absolu en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels.

bb) Etat de faits

T. travaillait au service de E., établissement de droit public cantonal, depuis septembre 2004 en qualité d'éducatrice spécialisée. T. a requis de son employeur l'établissement d'un certificat de travail intermédiaire. Après qu'elle eût refusé un premier certificat au motif qu'il contenait la mention d'une période durant laquelle elle avait été en incapacité de travail, un nouveau certificat de travail intermédiaire a été établi par l'employeur. T. ayant également refusé ce deuxième certificat de travail, E. a refusé d'un délivrer un nouveau. Suite au rejet de son recours par le Tribunal administratif de Neuchâtel T. a interjeté un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

la valeur litigieuse d'un litige portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail ne saurait être fixée dans l'absolu en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels du salarié concerné;

pour déterminer la valeur litigieuse, le Tribunal fédéral retient l'entrave à l'avenir professionnel du salarié comme principe général d'estimation;

certains auteurs suggèrent de déterminer pour chaque cas individuel l'intérêt pécuniaire du travailleur à faire reconnaître son droit en justice. L'importance d'un certificat de travail varie selon la qualification et la fonction du salarié, ainsi que selon la situation du marché de l'emploi;

---

[27] DTA, 2010 265 (f).

conformément à l'art. 42 al. 1 LTF, il appartient à la partie recourante, sous peine d'irrecevabilité, de donner les éléments suffisants pour permettre au Tribunal fédéral d'estimer aisément la valeur litigieuse.

dd) Conséquences pour la pratique

le calcul de la valeur litigieuse d'un litige portant sur la remise ou le contenu d'un certificat de travail ne se détermine pas en fonction d'un nombre déterminé de salaires mensuels, mais de l'évaluation de l'entrave à l'avenir professionnel du travailleur. Parmi les critères d'appréciation, on peut tenir compte de la profession, de la fonction, de la durée des rapports de travail, du niveau de salaire, ainsi que de la situation du marché de l'emploi;

dans le cadre d'un recours au Tribunal fédéral, le recourant doit, sous peine d'irrecevabilité, exposer les éléments suffisants permettant au Tribunal fédéral d'estimer aisément la valeur litigieuse.

o) Licenciement collectif intervenant à l'occasion d'un transfert d'entreprises (art. 333 et 335d CO)

TF du 8 octobre 2010, 4A_348/2010 et 4A_358/2010 = ATF 136 III 552, c. 3 et 5 (f)[28]

aa) Question principale

Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose (art. 333 al. 1 CO). Seuls les rapports de travail existant au moment du transfert de l'entreprise passent à l'acquéreur. Le travailleur dont le contrat a été résilié pour un terme précédent le moment du transfert de l'entreprise ne voit donc pas ses rapports de travail transférés au reprenant et ne peut pas se prévaloir de l'art. 333 CO. En l'espèce, le Tribunal fédéral a tranché les questions, controversées en doctrine, de la licéité et des conséquences d'un licenciement intervenant à l'occasion du transfert de l'entreprise («betriebsübergangsbedingte Kündigung»).

[28] SJ 2011 I 34. Commentaires: O. HARI, Push-Service Entscheide, 17 décembre 2010 (f) ; P. BRAUN, ius.focus, 2010 12 n° 305 (d).

bb) Etat de faits

T. a travaillé comme ambulancière pour E1 dont les activités ont été reprises par E2 à partir du 1er octobre 2008. A l'instar des 25 autres employés de E1, T. a été licenciée pour le 30 septembre 2008 par courrier du 28 juillet 2008. En date du 7 août 2008, 20 des 26 employés de E1 ont été informés que le congé du 28 juillet 2008 était nul et non avenu. T. ne faisait pas partie des collaborateurs dont le congé a été retiré. T. s'est opposée au congé qu'elle tenait pour abusif et donné en violation de l'art. 333 CO. Le Tribunal des prud'hommes de Genève, puis la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes ont accepté partiellement la demande en paiement déposée par T. contre E1 et E2. Ces derniers ont tous deux interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

un licenciement lié au transfert d'entreprise ne constitue pas nécessairement une fraude à la loi. Celle-ci sera réalisée lorsque la résiliation a uniquement pour but d'empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences. En revanche, la résiliation des contrats d'une partie du personnel n'est pas contraire à l'art. 333 al. 1 CO si elle est justifiée par des raisons économiques, par exemple une réorganisation de l'entreprise transférée;

en l'espèce, la réduction du personnel constituait une mesure propre à améliorer la situation sur le plan financier et la reprise limitée à environ 80% des effectifs était dictée par des motifs économiques.

dd) Conséquences pour la pratique

un employeur peut, sans abus, licencier un employé à l'occasion du transfert de l'entreprise lorsque la résiliation est justifiée par des motifs économiques;

l'employeur risque toutefois de se voir reprocher une fraude à la loi impliquant la nullité de la résiliation lorsque celle-ci intervient uniquement pour empêcher le transfert des rapports de travail ou ses conséquences.

p) Influence d'un congé non payé sur le calcul du temps d'essai (art. 335b CO)

TF du 14 octobre 2010, 4A_406/2010 = ATF 136 III 562, c. 3 (f)[29]

aa) Question principale

Le temps d'essai est aménagé afin de permettre aux parties de préparer l'établissement de rapports de travail destinés à durer, en leur donnant l'occasion d'éprouver leurs relations de confiance, de déterminer si elles se conviennent mutuellement et de réfléchir avant de s'engager pour une plus longue période. Selon l'article 335b al. 1 CO, pendant le temps d'essai, chacune des parties peut résilier le contrat de travail à tout moment moyennant un délai de congé de sept jours; est considéré comme temps d'essai le premier mois de travail. Dans le cas d'espèce, le litige portait sur le calcul du temps d'essai. Le Tribunal fédéral a dû déterminer si un congé non payé accordé pendant le temps d'essai a pour effet de prolonger ou non la durée du temps d'essai.

bb) Etat de faits

T. a été engagée par E. SA, tout d'abord en qualité «d'extra» durant le mois d'octobre 2008, puis de fille de buffet à plein-temps, dès le 1er novembre 2008. Le 6 décembre, les parties ont signé un contrat de travail. Ce contrat fixait à trois mois le temps d'essai et à trois jours le délai de congé durant cette période. Du 7 décembre 2008 au 12 janvier 2009 inclus, l'employée, d'entente avec E. SA, a pris des vacances non payées. Le 29 janvier, le contrat de travail a été résilié, avec effet au 2 février 2009. Au moment de la résiliation, l'employée était enceinte de plusieurs mois. Du 30 janvier au 15 février 2009 inclus, l'employée a été partiellement incapable de travailler pour cause de maladie. T. a assigné E. SA en justice en concluant notamment à la nullité du congé. Tant le Tribunal des prud'hommes de Genève que la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes ont considéré que le congé notifié à T. était nul de plein droit. E. SA a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

29 SJ 2011 I 1. Commentaires: G. CHANSON, ARV online 2010 N. 677 (d); A. HADORN, ius.focus, 2010 12 no 307 (d).

cc) Considérants

l'art. 335b al. 3 CO prévoit certes la possibilité d'une prolongation du temps d'essai. Une telle prolongation ne peut toutefois avoir lieu que si le travail est interrompu par suite de maladie, accident ou d'accomplissement d'une obligation légale incombant au travailleur sans qu'il ait demandé de l'assumer. La liste énumérée par la loi, qui n'inclut pas l'octroi d'un congé non payé, est exhaustive;

il ne fait nul doute que, durant la période d'un congé non payé, la prestation de travail d'une part et le paiement du salaire d'autre part sont suspendus. La suspension des obligations contractuelles principales et réciproques n'a toutefois pas pour effet de mettre fin au contrat de travail, qui subsiste entre les parties. Dans la mesure où la relation contractuelle est maintenue, il n'y a pas lieu de considérer que la durée des rapports de travail est interrompue durant un congé non payé.

dd) Conséquences pour la pratique

- l'octroi d'un congé non payé durant le temps d'essai n'a pas pour effet de prolonger la durée du temps d'essai.

q) Nature de la procédure de consultation lors d'un licenciement collectif (art. 335f CO)

TF du 2 décembre 2010, 4A_449/2010, c. 5,= ATF 137 III 27 (f)[30]

aa) Question principale

Selon l'art. 335f CO, l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif est tenu de consulter la représentation des travailleurs ou à défaut les travailleurs et de leur donner au moins la possibilité de formuler des propositions sur les moyens d'éviter les congés ou d'en limiter le nombre, ainsi que d'en atténuer les conséquences. L'employeur est tenu de communiquer tous les renseignements utiles à cet effet. In casu, la question était de déterminer si l'employeur est considéré comme ayant respecté la procédure décrite lorsque, dans un cas d'espèce, la procédure de consultation n'a lieu que pour respecter les formes, l'employeur n'ayant d'emblée aucune volonté de prendre en compte les propositions que les travailleurs pourraient émettre.

30 SJ 2011 I 151, Commentaire: M.-P. PRINZ, ius.focus, 2011 02 n° 36 (d).

bb) Etat de faits

Dans le cadre d'un groupe de sociétés de nombreux licenciements ont été annoncés et notifiés. Par acte du 6 juillet 2009, le syndicat X. a assigné devant la Chambre des relations de travail du canton de Genève plusieurs sociétés du groupe dans le but de faire constater que la procédure de consultation prévue par l'art. 335f CO n'avait pas été respectée lors des licenciements collectifs signifiés en avril et juin 2009. La Chambre a admis partiellement la requête. Les sociétés du groupe ont interjeté un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

cc) Considérants

le droit de consultation est la faculté de pouvoir au moins formuler des propositions, sans que l'employeur ait l'obligation d'en tenir compte. De manière générale, il faut relever toutefois que la collaboration entre employeur et la représentation des travailleurs repose sur le principe de la bonne foi. C'est dire que la procédure de consultation doit être menée avec sérieux;

il appartient à l'employeur d'examiner les propositions des travailleurs; il ne peut se contenter de mettre en œuvre la procédure, tout en sachant d'emblée qu'il n'entrera en matière sur aucune des propositions qui pourraient lui être faites.

dd) Conséquences pour la pratique

les exigences posées par l'art. 335f CO ne sont pas respectées lorsque la procédure de consultation n'a été organisée que pour la forme et que l'employeur n'a d'emblée aucune volonté de prendre en compte d'éventuelles propositions des employés;

les congés notifiés par l'employeur sans respecter la procédure de consultation prévue pour les licenciements collectifs sont abusifs (art. 336 al. 2 let. c CO). Les employés concernés peuvent solliciter le versement d'une indemnité pouvant s'élever à deux mois de leur salaire au maximum (art. 336a al. 3 CO).

r) Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit (Art. 336 Abs. 1 lit. b + c OR)

BGer 10. November 2009, 4A_432/2009 (d)[31]

aa) Zusammenfassung

Der AN wurde bereits nach einem guten Monat in der Probezeit gekündigt, weil sie Vorwürfe gegen ihre Vorgesetzte erhob und dabei erklärte, sie werde sich nach einer neuen Stelle umsehen. Ihre Klage auf Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 336a OR blieb vor allen Instanzen ohne Erfolg.

bb) Nichtamtliche Regeste

Sinn der Probezeit ist das Prüfen, ob sich die Arbeitsvertragsparteien langfristig binden wollen. Besteht keine Aussicht auf eine fruchtbare Zusammenarbeit, ist eine in der Probezeit ausgesprochene Kündigung nicht missbräuchlich, selbst wenn sie einen Tatbestand von Art. 336 OR erfüllen würde.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der seit 1. September 2007 als Pflegefachfrau angestellten AN wurde noch in der auf drei Monate vereinbarten Probezeit am 6. Oktober 2007 gekündigt. Sie erhob dagegen fristgerecht Einsprache. Die AG begründete die Kündigung damit, dass die AN der Leiterin des Pflegezentrums anlässlich einer Besprechung vom 2. Oktober fachliche und charakterliche Inkompetenz vorgeworfen und erklärt habe, sie werde sich nach einer neuen Stelle umsehen. Dies verunmögliche eine konstruktive Zusammenarbeit.

Die AN erhob Klage beim Bezirksgericht Weinfelden auf eine Missbrauchsentschädigung von CHF 14'700, was drei Monatslöhnen entsprach. Überdies verlangte sie ein Arbeitszeugnis, dessen Formulierung sie vorgab. Die AG stellte im Prozess ein davon abweichendes Arbeitszeugnis aus. Das Bezirksgericht wies die Forderungsklage ab und ordnete die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses an, das bis auf einen Punkt der Formulierung der AG entsprach. Dagegen erhob die AN erfolglos Berufung beim Thurgauer Obergericht, welches ihr wegen Mutwilligkeit CHF 3'000 Kosten auferlegte, und auch das Bundesgericht wies ihre Beschwerde in Zivilsachen ab.

---

[31] Kommentar: H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2010 02 Nr. 38.

dd) Erwägungen

Die Rüge der AN, die Kündigung verletze die Meinungsäusserungsfreiheit von Art. 16 Abs. 2 BV und sei deshalb nach Abs. 1 lit. b von Art. 336 OR missbräuchlich, liess das Bundesgericht vorab den Sinn der Probezeit aufzeigen (E. 2.1). Sie solle den Parteien die Möglichkeiten geben, einander kennen zu lernen, was zur Schaffung eines Vertrauensverhältnisses notwendig sei. Im Entscheid, ob sie sich aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erkenntnisse binden wollten, seien die Parteien frei, was auch etwas «Willkürliches» habe. Soweit ein Missbrauchstatbestand von Art. 336 OR bei einer Kündigung in der Probezeit zur Diskussion stehe, müsse geprüft werden, ob eine solche Kündigung im Hinblick auf den Zweck der Probezeit zulässig scheine. Das Bundesgericht anerkannte, dass auch eine Kritik des AN gegenüber dem AG unter dem Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit stehe, wollte aber den Hinweis der AN auf Missstände als Ausfluss der gegenseitigen Fürsorge- bzw. Treuepflichten sehen. Angesichts der speziellen Situation in der Probezeit liess es aber letztlich offen, welche Bedeutung der Meinungsäusserungsfreiheit bei dieser Kritik zukam, indem es annahm, die AN habe ja auch nicht damit gerechnet, dass eine auf Dauer tragfähige Lösung gefunden werde. Deshalb sei es legitim, dass sich die AG nicht langfristig an die AN habe binden wollen, selbst wenn diese an der unbefriedigenden Situation keine Schuld träfe oder ihre Vorwürfe sogar berechtigt wären. Weil keine Aussicht auf eine fruchtbare Zusammenarbeit bestand, habe die AG nicht missbräuchlich gekündigt.

Zum Zeugnis hielt das Bundesgericht unter anderem fest (E. 3.2), es sei nicht Sinn eines Arbeitszeugnisses, Tätigkeiten aufzuführen, die der AN gar nicht ausgeübt habe.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid bestätigt die Praxis, dass eine missbräuchliche Kündigung in der Probezeit zwar möglich ist[32], aber regelmässig die Ausnahme bilden soll. Das ist richtig, weil nach der Probezeit eine Trennung durch längere Kündigungsfristen und auch durch den zeitlichen Kündigungsschutz erschwert wird.

Ob man die Kritik der AN als Anwendungsfall der Meinungsäusserungsfreiheit oder stattdessen im Spannungsfeld von Fürsorge- und Treupflicht einordnen will, war bei diesem Ausgang des Verfahrens eine akademische

[32] Vgl. zu einem Anwendungsfall: BGE 134 III 108 und die Kommentierung von G. CHANSON, ARV online 2008 N. 218.

Frage, bei der sich die bundesgerichtliche Argumentation dem eiligen Leser nicht ohne weiteres erschliesst.

Dort, wo der Entscheid die Kostenauflage durch das Obergericht wegen Mutwilligkeit schützt (E. 4), lässt er sich ohne Kenntnis der vorangegangenen Entscheide und Vorbringen nicht abschliessend beurteilen.

s) Missbräuchliche Kündigung mangels Konsultation nach Art. 335f OR, Einsprache (Art. 336b Abs. 1 OR)

BGer 5. März 2009, 4A_571/2008 (d)

aa) Zusammenfassung

Der AN, dem im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt worden ist, berief sich erst im gerichtlichen Verfahren darauf, dass die Kündigung infolge unterlassener Konsultation missbräuchlich sei. Dies konnte ihm entgegen der Auffassung beider kantonalen Instanzen nicht schaden und das Bundesgericht sprach ihm eine Missbrauchsentschädigung in der Höhe eines halben Monatslohns zu.

bb) Nichtamtliche Regeste

Im Falle einer Massenentlassung muss der AG die AN oder deren Vertretung konsultieren, bevor er den definitiven Entschluss von Entlassungen gefasst hat. Die Einsprache nach Art. 336b OR muss nicht begründet werden. Eine rechtsmissbräuchliche Einsprache kann nur ausnahmsweise angenommen werden.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Dem AN, einem Aussendienstmitarbeiter, wurde im Rahmen der zweiten Phase einer Umstrukturierung am 27. Oktober 2005 im sechsten Dienstjahr auf Ende April 2006 und mit dem Hinweis, er werde frühpensioniert, gekündigt. Er erklärte im Januar 2006, er könne den Grund der Kündigung nicht akzeptieren, stellte verschiedene – von der AG abgelehnte – Forderungen und erhob schliesslich am 1. Februar 2006 schriftlich und unter Verweis auf die Art. 336, 336a und 336b OR Einsprache mit der Begründung, es handle sich um eine Rachekündigung.

Mit seiner Klage beim Gerichtskreis V Burgdorf-Fraubrunnen verlangte er eine Missbrauchsentschädigung, die er unter anderem auch mit Verletzung der Konsultationspflichten begründete. Sowohl die erste Instanz wie das Ber-

ner Obergericht wiesen die Klage ab. Auf seine Beschwerde in Zivilsachen hin, sprach ihm das Bundesgericht eine Entschädigung im Umfang eines halben Monatslohns zu.

dd) Erwägungen

Der Einwand des AN, vor der Entlassung in der zweiten Phase sei nicht korrekt konsultiert worden, gab dem Bundesgericht vorerst Gelegenheit (E. 3.1), die Grundsätze zur Massenentlassung und der damit verbundenen Konsultationspflicht zu rekapitulieren. Die Konsultation muss stattfinden, bevor der AG den definitiven Entschluss zu einer Massenentlassung gefasst hat. Das Konsultationsverfahren beginnt mit der Mitteilung nach Art. 335f Abs. 3 OR und nicht bereits, wenn die AN oder die AN-Vertretung von der beabsichtigten Massenentlassung erfahren. Konkret war nicht nachgewiesen, dass die AG diese Anforderungen an das Konsultationsverfahren erfüllt hat (E. 3.4).

Eine Kündigung im Rahmen einer Massenentlassung ist missbräuchlich, wenn sie ohne konforme Konsultation ausgesprochen worden ist (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR). Abgesehen von der auf zwei Monatslöhne begrenzten Entschädigung nach Art. 336a Abs. 3 OR gelten die gleichen Regeln wie bei einer missbräuchlichen Kündigung aus anderem Grund, d.h. der AN muss bis zum Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses schriftlich Einsprache erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). An die Formulierung der Einsprache werden nach bundesgerichtlicher Feststellung (E. 4.1.2) keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Es genügt, wenn die betroffene Partei gegenüber der kündigenden Person schriftlich zum Ausdruck bringt, mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein. Die Einsprache muss nicht begründet sein. Angesichts dieser Regeln konnte das Bundesgericht der Auffassung des Berner Obergerichts nicht folgen (siehe E. 4.2–4.4), wonach sich der AN in seinem ersten Protest mit der Kündigung an sich einverstanden erklärt habe, weshalb die AG in ihrem Vertrauen zu schützen und die Einsprache missbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB sei. Vielmehr seien besondere Umstände, welche den Anspruch auf die Missbrauchsentschädigung nach Art. 336a OR und die Berufung auf dieses zwingende Recht als missbräuchlich erscheinen lassen könnten, nicht ersichtlich. Das Recht des AN, sich auf Verletzung der Konsultationspflicht zu berufen, sei auch nicht dadurch verwirkt, dass er in seiner Einsprache diesen Missbrauchsgrund nicht nannte.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid ist zu begrüssen. Ein AG, der sich nicht an die formalen Vorgaben der Massenentlassung hält, soll sich nicht darauf berufen können, die Einsprache, die ohnehin schon eine Rechtsweg-Hürde[33] für den AN ist, sei ungenügend. Die Korrektur der anderen Auffassung der Berner Gerichte durch das Bundesgericht ist zu Recht erfolgt.

Um zu vermeiden, dass man ihn auf eine Begründung in der Einsprache behaftet, ist dem AN zu empfehlen, sich auf die blosse Erklärung, Einsprache gegen die Kündigung zu erheben, zu beschränken.

t) Missbräuchliche Kündigung in der Probezeit, Einsprachefrist (Art. 336b Abs. 1 OR)

BGer 16. November 2009, 4A_347/2009 = BGE 136 III 96 (d) [34]

aa) Zusammenfassung

Der AN, der mit der vereinbarten Kündigungsfrist von 3 Tagen noch in der Probezeit gekündigt worden ist, stand keine über das Arbeitsverhältnis hinausgehende Frist zur Einsprache gegen die Missbräuchlichkeit der Kündigung zu. Das Bundesgericht korrigierte die entsprechende Auffassung des Zürcher Obergerichts.

bb) Regeste

Art. 335b und 336b OR; missbräuchliche Kündigung während der Probezeit; Frist zur schriftlichen Einsprache bei verkürzter Kündigungsfrist. Die Einsprache gegen eine missbräuchliche Kündigung während der Probezeit ist auch bei verkürzter Kündigungsfrist längstens bis zu deren Ende zu erheben, soweit dies möglich und zumutbar ist (E. 2 und 3).

---

33 Vgl. dazu auch G. CHANSON, ARV online 2010 N. 412, dort bei der Beurteilung des Entscheids.

34 Kommentar: G. CHANSON, ARV online 2010 N. 412, N. STREIT-LUZIO, Push-Service Entscheide, 20. April 2010 (f), A. HIRT, ius.focus, 2010 03 Nr. 64 (d). Vgl. auch das in der gleichen Sache ergangene Urteil des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juli 2008 (AA080003, auszugsweise publiziert unter www.gerichte-zh.ch/entscheide.html).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der als Bardame in einem Nachtclub beschäftigten AN war noch während der Probezeit gekündigt worden. Sie machte geltend, die Kündigung sei erfolgt, weil sie sich geweigert habe, sich im Betrieb der AG prostituieren zu lassen und nicht bereit gewesen sei, mit dem Geschäftsführer den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Dieser äusserte sich dahin, dass er mit deren Leistung als Barmaid nicht zufrieden gewesen sei. Die AN habe keinen Wert auf ein attraktives Äusseres gelegt und sich auch nicht um die Gäste gekümmert. Die AG gab am 10. August 2004 eine Kündigung auf den 12. August zur Post, die sie an diesem 12. auch noch mündlich eröffnete. Die Arbeitnehmerin protestierte dagegen mit Schreiben vom 18. August, dessen Eingangsdatum strittig, von der Post nicht mehr eruierbar war und vom Obergericht nach dem normalen postalischen Lauf auf den Folgetag festgelegt wurde. Als Kündigungsfrist in der Probezeit waren 3 Tage vereinbart. Das Zürcher Obergericht hielt die Einsprache, obwohl sie nicht vor dem Ablauf des Arbeitsverhältnisses erhoben war, für rechtzeitig, indem es bei der sog. «entfristeten», d.h. unmittelbar mit Zugang wirksamen Kündigung oder bei sehr kurzen Kündigungsfristen in der Probezeit in Bezug auf die Einsprachefrist von Art. 336b Abs. 1 OR eine Gesetzeslücke annahm und erkannte, dass die Frist diesfalls mindestens 7 Tage entsprechend der dispositiven Kündigungsfrist während der Probezeit (Art. 335b Abs. 1 OR) betragen müsse. Dagegen führte die AG erfolgreich Beschwerde beim Bundesgericht.

dd) Erwägungen

Dieser generellen Einräumung einer Mindestfrist von 7 Tagen wollte sich das Bundesgericht nicht anschliessen (E. 3.4). Es erkannte zwar, dass bei einer «entfristeten» Kündigung eine Einsprache vor Ablauf des Arbeitsverhältnisses unmöglich ist und dass die Formvorschriften für die Einsprache den Anspruch auf die Entschädigung nicht vereiteln dürfen. Eine echte Gesetzeslücke bestehe aber nur dann, wenn die Kündigungsfrist derart verkürzt oder gänzlich wegbedungen und damit dem AN nicht möglich oder – nach Treu und Glauben – nicht zumutbar sei, innert der verkürzten Kündigungsfrist fristgerecht Einsprache zu erheben, was Letzteres geprüft werden müsse. Im konkreten Fall sei nicht rechtsgenügend dargelegt und auch nicht ersichtlich, weshalb es der Arbeitnehmerin nicht möglich gewesen wäre, innert der vereinbarten Kündigungsfrist von 3 Tagen Einsprache zu erheben. Deshalb könne auch offen bleiben, ob die Frist zur Einsprache bereits mit deren Postaufgabe gewahrt ist, was von einem Teil der Lehre vertreten wird, während nach herrschender Lehre der Zeitpunkt des Zugangs massgebend sei.

Mit Verweis auf BGE 134 III 108[35] bestätigte das Bundesgericht erneut, dass auch eine Kündigung während der Probezeit grundsätzlich missbräuchlich sein kann (E. 2). Gleichzeitig hielt es fest, dass eine form- und fristgerechte Einsprache nach einhelliger Lehre unabdingbar sei. Werde die Einsprache nicht gültig erhoben, stimme die Partei, der gekündigt worden ist, der Kündigung im Sinne einer unwiderlegbaren Vermutung zu (E. 2.2).

ee) Folgerungen für die Praxis

Wie in der Kommentierung dieses Entscheids in ARV online 2010 N. 412 ausgeführt wird, muss das Institut der Einsprache als gewolltes Rechtswegh indernis verstanden werden. Steht man zu dieser Bedeutung, so wären keine Erleichterungen der Einsprachemöglichkeit geboten. Somit hat das Bundesgericht im Einklang mit den damaligen Intentionen des Gesetzgebers entschieden. Dem Vorschlag der II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts, in jedem Fall eine Mindest-Einsprachefrist von 7 Tagen einzuräumen, ist entgegenzuhalten, dass er dem Wortlaut von Art. 336b Abs. 1 OR widerspricht, der eine Einsprache «längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist» verlangt.

Lässt man dagegen, anders als die Vorinstanz, keine Mindestfrist zu, so fehlt es allerdings an Rechtssicherheit, weil der hier besprochene Bundesgerichtsentscheid (wie in ARV online 2010 N. 412 aufgezeigt) keine Entscheidungshilfe bietet, wie im Einzelfall vorzugehen ist, und auch keine Anhaltspunkte nennt, wann man dann doch von einer Gesetzeslücke ausgehen dürfte. Diesbezüglich lässt er uns Praktiker eigentlich im Stich.

u) Retard dans l'annonce d'une grossesse (art. 336c CO)

TF du 12 mars 2009, 4A_552/2008 = ATF 135 III 349, c. 2 et 3 (f)[36]

aa) Question principale

Selon l'article 336c al. 1 let. c CO, l'employeur ne peut pas, après le temps d'essai, résilier le contrat pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement. Un congé donné pendant la période susmentionnée est nul de plein droit (art. 336c al. 2 CO). Dans l'arrêt présenté, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si la protection prévue à l'art. 336c CO est soumise ou non à l'obligation de la femme enceinte d'annoncer son état de grossesse de manière immédiate, sinon à brefs délais.

35 Siehe die Kommentierung von G. CHANSON, ARV online 2008 N. 218.

bb) Etat de faits

Par contrat de travail du 10 septembre 2005, E. SA a engagé T. en qualité de sommelière. En date du 24 janvier 2006, E. SA a licencié T. pour le 28 février 2006 en raison de la remise de l'exploitation du café dans lequel travaillait T. Par courrier du 28 mars 2006, T. a invoqué la nullité du congé puisqu'elle était enceinte au moment du licenciement. Agissant en justice elle a réclamé le paiement de son salaire jusqu'au terme du contrat qu'elle considérait avoir été porté au 31 décembre 2006. Aussi bien le Tribunal des prud'hommes de l'arrondissement de l'Est vaudois que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois ont estimé que l'annonce de la grossesse était tardive et contraire à la bonne foi de sorte que l'art. 336c était inapplicable. T. a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

le texte de la loi ne subordonne pas la protection contre le licenciement à l'annonce de l'état de grossesse. La situation est à distinguer de celle qui prévaut en France et en Allemagne notamment, où le législateur a expressément prévu, en cas de licenciement par l'employeur ignorant la grossesse, un délai dans lequel la travailleuse doit faire l'annonce de son état de grossesse;

la doctrine majoritaire est d'avis que l'employée n'a pas d'obligation d'informer l'employeur de sa grossesse après avoir reçu le licenciement et que la période de protection prévue à l'art. 336c CO court même si l'employée tait cet évènement à l'employeur. La thèse majoritaire se fonde sur la volonté du législateur de ne pas introduire un délai pour contester le congé, ainsi que sur le but social de l'art. 336c al. 1 let. c CO;

dès lors que l'examen de l'abus de droit, au sens de l'art. 2 al. 2 CC, doit se faire au cas par cas, en tenant compte des circonstances propres à chaque litige, on ne voit pas ce qui pourrait justifier de poser, d'une manière générale, que le défaut d'information immédiate de son état de grossesse par l'employée licenciée serait abusif.

[36] Pra 2009 134 915; SJ 2009 I 405; PJA 2009 1186. Commentaires: P. GREMPER, PJA , 2009 1188 (d); R. WYLER, JdT, 2010 I 99 (f).

dd) Conséquences pour la pratique

une femme enceinte bénéficie de la protection contre le licenciement donné en temps inopportun selon l'art. 336c CO sans qu'elle ait l'obligation d'annoncer immédiatement sa grossesse à son employeur;

la femme qui annonce sa grossesse un mois après la fin du délai de résiliation et plus de deux mois après la notification du licenciement ne commet a priori pas un abus de droit. Son intérêt à la protection contre le licenciement l'emporte sur celui de l'employeur à s'organiser et combler un poste vacant.

v) Schwangerschaft bei Freistellung nach Kündigung, Arbeitsangebot

BGer 4. Oktober 2010, 4A_179/2010 (d)[37]

aa) Zusammenfassung

Die Mitarbeiterin wurde während der Kündigungsfrist schwanger. Strittig und von der zweiten Instanz verneint worden ist, ob sie die Schwangerschaft noch vor Ende der ursprünglichen Kündigungsfrist oder erst knapp 3 Monate danach angezeigt und ihre Arbeit angeboten hat, was nach Auffassung des Zürcher Obergerichts verspätet war. Das Bundesgericht hebt diesen Berufungsentscheid auf und weist das Verfahren mit Hinweis auf die Praxis laut BGE 135 III 349[38] an die kantonale Instanz zurück.

bb) Nichtamtliche Regeste

Die Kündigungsschutzrechte gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. c OR sind nicht von der umgehenden Mitteilung der Schwangerschaft oder zumindest der Mitteilung innert kurzer Frist abhängig. Einzig aussergewöhnliche Umstände erlauben es dem AG, sich auf einen Rechtsmissbrauch des AN zu berufen, wenn dieser sein Kündigungsschutzrecht beansprucht.

37 Kommentar: CH. KUNZ, ius.focus, 2011 01 Nr. 9.
38 E. 2.3 und 3. Vorstehend S. 550, Teil II.1u.

cc) Sachverhalt und Verfahren

Die AN arbeitete seit Anfang 2002 für die AG. Diese kündigte das Arbeitsverhältnis am 4. April 2007 aus wirtschaftlichen Gründen per Ende Juni 2007 und stellte die AN, welche während der Kündigungsfrist schwanger wurde, frei. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund der Sperrfrist von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR am 30. Juni 2008. Wann die AN die AG über ihre Schwangerschaft orientiert und die Wiederaufnahme der Arbeit angeboten hat, war strittig. Das Bezirksgericht Bülach ging als erste Instanz davon aus, dies sei am 22. Juni 2007 geschehen, das Obergericht des Kantons Zürich erkannte, dies habe frühestens am 21. September 2007 stattgefunden, was verspätet sei und keinen Lohnanspruch mehr habe auslösen können. Dem widersprach das Bundesgericht und hiess die Beschwerde der AN unter Rückweisung des Falls an die Vorinstanz gut.

dd) Erwägungen

Die AN machte geltend, dass die in BGE 135 III 349 publizierte Auffassung, dass die Kündigungsschutzrechte gemäss von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR nicht von der umgehenden Mitteilung oder zumindest der Mitteilung innert kurzer Frist abhängig sein solle, zur Farce werde, wenn man Schwangeren wie das Obergericht die Obliegenheit auferlege, die Schwangerschaft dem AG sofort anzuzeigen. Das Bundesgericht erklärte diese Rüge für begründet (E. 3.2). Einzig aussergewöhnliche Umstände würden es dem AG erlauben, sich auf einen Rechtsmissbrauch zu berufen, weil ein AN den Kündigungsschutz beansprucht. Andernfalls würde der ihm durch zwingende Gesetzesbestimmungen zugesicherte Schutz illusorisch. Ob ein Rechtsmissbrauch gegeben ist, beurteile sich kasuistisch. Mangels Feststellungen des Obergerichts, ob solche besondere Umstände vorlagen, sei die Sache zum Neuentscheid zurückzuweisen.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid bestätigt die Praxis von BGE 135 III 349, welcher vom 12. März 2009 datiert und bei Erlass des obergerichtlichen Urteils in diesem Verfahren am 18. Februar 2010 sicher schon amtlich publiziert war. Er überzeugt auch deshalb, weil es für Schwangere erfahrungsgemäss schwierig ist, während der Schwangerschaft wieder eine neue Anstellung zu finden und sie auf den Schutz von Abs. 1 lit. c von Art. 336c OR angewiesen sind.

w) Conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié (art. 336a, 337c CO)

TF du 22 avril 2009, 4A_590/2008 = ATF 135 III 405, c. 3 (f)[39]

aa) Question principale

En cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur a droit à des dommages-intérêts, correspondant à ce qu'il aurait gagné si les rapports de travail avaient pris fin à l'échéance du délai de congé ou à la fin du contrat de durée déterminée (art. 337c al. 1 CO) ainsi que, sauf cas exceptionnel, à une indemnité représentant au maximum six mois de salaire et fixée en tenant compte de toutes les circonstances (art. 337c al. 3 CO). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a examiné la question de savoir si ces dispositions règlementent de manière exhaustive ou non les conséquences d'un licenciement immédiat injustifié.

bb) Etat de faits

Par contrat du 4 septembre 2000, T. a été engagé dès le 1er janvier 2001 par la banque E. en qualité de responsable des gestionnaires et avec le titre de directeur adjoint. En date du 11 février 2002, E. a résilié avec effet immédiat le contrat de travail la liant à T. L'employeuse lui reprochait d'avoir commis des fautes graves consistant à n'avoir pas éclairci, de façon sérieuse et documentée, les nombreux transferts insolites réalisés de manière parallèle sur les comptes de deux titulaires totalement distincts. En date du 14 mars 2002, T. a assigné E. devant la juridiction prud'homale genevoise. Le Tribunal des prud'hommes puis la Cour d'appel de la juridiction des prud'hommes ont considéré que le licenciement immédiat était injustifié. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours en réforme interjeté par E. (cause 4C.208/2004). Le 3 décembre 2004, T. a saisi le Tribunal des prud'hommes d'une demande «additionnelle» tendant notamment à la condamnation de E. à lui verser des dommages-intérêts. Le Tribunal des prud'hommes a condamné E. à verser à T. une somme de 489'005 fr. La Cour d'appel a annulé le jugement. T. a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

[39] Pra 2010 8 48. Commentaires: T. GEISER, PJA, 2010 123 (d); W. PORTMANN, DTA online, 2010 377 (d).

cc) Considérants

à l'instar d'une résiliation abusive, tout congé immédiat qui ne repose pas sur un juste motif comporte une atteinte aux droits de la personnalité du travailleur. Cette atteinte ouvre les droits précisément décrits à l'art. 337c CO. Il faut admettre que ces dispositions règlent exhaustivement, sous l'angle contractuel, les conséquences pécuniaires d'un licenciement immédiat injustifié;

il s'ensuit que, s'il invoque un dommage supplémentaire tel un gain manqué après l'échéance ordinaire du contrat, le travailleur doit démontrer soit une atteinte aux droits de la personnalité allant au-delà de celle inhérente au caractère injustifié du licenciement, soit la violation, par l'employeur, d'une obligation contractuelle autre que celle découlant de l'art. 328 CO.

dd) Conséquences pour la pratique

- en cas de licenciement immédiat injustifié, le travailleur qui ne peut se prévaloir ni d'une atteinte aux droits de la personnalité plus étendue que celle qui a déjà donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts et d'une indemnité prévus à l'art. 337c al. 1 et 3 CO, ni de la violation d'une autre obligation contractuelle de l'employeur, ne dispose d'aucune prétention supplémentaire en dommages-intérêts pour le manque à gagner qu'il considère avoir subi à la suite de son licenciement immédiat injustifié.

x) Nullité d'un accord de résiliation

TF du 30 septembre 2010, 4A_376/2010, c. 3 (f)

aa) Question principale

La jurisprudence admet que les parties peuvent mettre fin en tout temps et d'un commun accord au contrat de travail pour autant que, d'une part, l'accord constitue une véritable transaction comportant des concessions réciproques, et que, d'autre part, la volonté des parties de se départir du contrat soit établie sans équivoque. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a examiné les conséquences que pouvait avoir le contexte et notamment un état d'affaiblissement psychologique du travailleur sur la validité de l'accord de résiliation.

bb) Etat de faits

A partir du 1er juillet 2003, T. a assumé la fonction de directeur général de E. SA. Dès l'automne 2006, T. a rencontré des difficultés sur son lieu de travail, ce qui a eu pour conséquence une dégradation de son état de santé. En date du 23 novembre 2006, T. a été convoqué à une séance lors de laquelle on lui fit signer une convention qui prévoyait la résiliation du contrat de travail pour le 30 novembre 2006. T. s'est trouvé en arrêt maladie à 100 % du 27 novembre 2006 au 30 avril 2007. La validité de la convention a été contestée le 2 octobre 2007. En date du 16 octobre 2008, T. a ouvert action contre E. SA. Le Tribunal cantonal valaisan a donné largement droit à la demande de T. en considérant que la convention signée le 23 novembre 2006 était inefficace. E. SA a exercé un recours en matière civile au Tribunal fédéral.

cc) Considérants

l'accord litigieux doit être interprété restrictivement; il ne peut constituer une résiliation conventionnelle que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'est établie sans équivoque la volonté des deux parties de se départir du contrat;

en l'occurrence, on ne saurait admettre la validité de l'accord de résiliation litigieux. La convention a été rédigée sur proposition de l'employeuse sans qu'aucun délai de réflexion n'ait été demandé, ni même accordé. La signature de la convention est par ailleurs intervenue dans un contexte bien particulier, puisqu'il a été retenu que, durant cette période, les travailleurs au sein de l'entreprise, plus précisément du directoire, étaient soumis à de fortes pressions, compte tenu notamment de la restructuration de la société. En outre, l'état de santé du travailleur était déjà à ce moment-là dégradé; si ce dernier était encore apte au travail, il se trouvait néanmoins dans un état d'affaiblissement psychologique dû à la maladie, ce qui laisse penser qu'il pouvait être facilement enclin à signer la convention litigieuse.

dd) Conséquences pour la pratique

lorsque l'employé n'est pas assisté d'un conseil juridique, la validité d'un accord de résiliation n'est admise que de manière très restrictive;

on peut douter de la réelle volonté de l'employé de souscrire à l'accord de résiliation lorsque la signature de l'accord intervient dans un contexte difficile de restructuration de la société et d'affaiblissement psychologique de l'employé.

y) Verjährungsbeginn beim Anspruch aus Verletzung vertraglicher Pflichten, Asbestexposition (Art. 130 Abs. 1 OR)

BGer 16. November 2010, 4A_249/2010 = BGE 137 III 16 (d)[40]

aa) Zusammenfassung

Die erstmals im Oktober 2005 erhobene Forderung des AN auf Schadenersatz und Genugtuung – begründet mit einer in den Jahren 1966 bis 1978 erfolgten Asbestexposition und dem im Jahr 2004 aufgetretenen Brustfellkrebs – ist nach Auffassung aller Instanzen nach geltendem Recht verjährt.

bb) Regeste

Beginn der Verjährung des Anspruchs auf Schadenersatz bei Verletzung vertraglicher Pflichten (Art. 130 Abs. 1 OR). Die Forderungen auf Schadenersatz und Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung werden sogleich mit der Verletzung der vertraglichen Pflicht fällig. Ab diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung zu laufen, nicht erst mit Eintritt des Schadens, auch wenn dieser (wie bei Asbestschäden) erst nach Ablauf von mehr als 10 Jahren eintreten und festgestellt werden kann. Das Institut der Verjährung gilt für alle Schuldner und Gläubiger. Es beruht auf einer Abwägung der Interessen beider Parteien und führt nicht zu einer Diskriminierung der Asbestopfer oder behinderter Personen (E. 2).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der bei der Maschinenfabrik Oerlikon beschäftigte Turbinenmonteur und spätere Turbinentechniker im Innendienst kam nach seiner Darstellung in den Jahren 1966 bis 1978 regelmässig mit Asbeststaub in Kontakt. Anfangs 2004 wurde bei ihm ein Brustfellkrebs diagnostiziert, der am 10. November 2005 zum Tod führte. Kurz vorher hatte er noch beim Arbeitsgericht Baden eine Teilklage auf Schadenersatz und Genugtuung eingereicht. Alle Instanzen wiesen die Klage mit der Begründung ab, die Ansprüche seien verjährt, weil für den Verjährungsbeginn der Zeitpunkt der Pflichtverletzung und nicht jener des Schadenseintritts massgebend sei.

---

[40] Kommentare: R. PAPA, Push-Service Entscheide, 2. Februar 2011 (d), H. BÄRTSCHI, ius.focus, 2011 02 Nr. 34 (d), R. SPÖNDLIN, Langzeitfolgen von Asbest: Die Verjährungsfrist ist zu hinterfragen, www.sozialemedizin.ch/?p=1581 (06.05.2011).

dd) Erwägungen

In seinem Entscheid äusserte sich das Bundesgericht vorab zu den Umständen der Verjährung und zu deren Sinn (E. 2, 2.1 und 2.2). Die – hier anwendbare – allgemeine Verjährungsfrist von 10 Jahren gemäss Art. 127 OR läuft von der Fälligkeit der Forderung, und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger diese Forderung kennt.

Sodann begründete das oberste Gericht einlässlich, dass Forderungen aus einer Pflichtverletzung in Form einer Körperverletzung in dem Zeitpunkt entstehen, in dem der Haftpflichtige pflichtwidrig auf den «Leib» des andern einwirkt (E. 2.3 bis 2.4.3). Mangels gesetzgeberischen Festlegungen (wie sie zum Teil bei der Kernenergie und beim Strahlenschutz gelten) bleibe es auch bei Asbestschäden bei der 10-jährigen Verjährungsfrist (E. 2.4.4). Es liege auch keine Diskriminierung von Asbestgeschädigten vor (E. 2.5).

ee) Folgerungen für die Praxis

Der auch in der Tagespresse intensiv diskutierte Entscheid, der nicht nur arbeitsrechtliche Auswirkungen hat, kommt nicht überraschend. Es gibt einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

Ob der Entscheid wie angekündigt nach Strassburg weitergezogen wurde, ist nicht bekannt.

2. Thématiques diverses / Diverse Themen

a) Contrat de travail valant comme reconnaissance de dette et titre de mainlevée provisoire? (art. 82 al. 1 LP et 337 CO)

TF du 11 novembre 2009, 5D_147/2009, c. 3 (f)[41]

Le contrat de travail vaut en principe reconnaissance de dette dans la poursuite en recouvrement du salaire s'il est constant que le travail a été fourni. Lorsqu'il a été mis fin pour justes motifs de manière immédiate au contrat de travail, celui-ci perd sa qualité de titre de mainlevée provisoire pour la période afférente au délai de congé puisque la résiliation immédiate met fin au contrat qu'elle soit justifiée ou non.

[41] SJ 2010 I 190; DTA, 2010 186 (f); BPPF 2010 34. Commentaire: R. KELLER, PJA, 2010 634 (d/f), .

b) Obligation de garantir le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle de perte de gain pour un travailleur temporaire? (art. 20 LSE)

TF du 23 décembre 2009, 4A_354/2009 = ATF 135 III 640, c. 2 (f)[42]

Lorsqu'une entreprise locataire de services est soumise à une convention collective de travail étendue, le bailleur de services doit appliquer au travailleur les dispositions de la convention qui concernent le salaire et la durée du travail. Une disposition d'une CCT relative à l'assurance perte de gain qui n'a rien à voir avec l'indemnité elle-même, comme celle offrant sur demande le libre passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle, ne saurait être classée dans les dispositions concernant le salaire au sens de l'art. 20 LSE. Dans ces conditions, le travailleur intérimaire ne saurait prétendre à la réparation du dommage qu'il aurait subi pour n'avoir pas bénéficié d'indemnités journalières en cas de maladie faute d'avoir pu demander son transfert dans l'assurance individuelle.

c) Videoüberwachung am Arbeitsplatz (Art. 59 ArG, Art 26 ArGV 3)

BGer 12. November 2009, 6B_536/2009 (d) [43]

aa) Zusammenfassung

Die Mitarbeiterin eines Uhren- und Schmuckgeschäfts wurde wegen Diebstahls angezeigt, was auf einer Überwachung des Kassenraums mit einer Videokamera gründete. Entgegen der Auffassung des Zürcher Obergerichts unterliegt diese Videoaufnahme nicht einem generellen Beweisverwertungsverbot. Das Bundesgericht behandelt in seinem Entscheid die rechtlichen Grundlagen der Arbeitsplatzüberwachung umfassend.

bb) Nichtamtliche Regeste

Die Videoüberwachung des Kassenraums eines Uhren- und Schmuckgeschäfts verstösst nicht gegen Art. 26 Abs. 1 ArGV 3, wenn sich die AN nicht dauernd dort aufhalten.

---

42 Pra 2010 73 534, Commentaire: R. ACKERMANN, ius.focus, 2010 02 n° 37 (d).

43 Besprechung: R. RUDOLPH, Zulässigkeit einer Videoüberwachung am Arbeitsplatz, ARV/DTA 2010 19, Kommentar: U. RUDOLF, ius.focus, 2009 03 Nr. 74 (d).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Die AN wurde von ihrem AG, einem Uhren- und Juwelengeschäft, bei der Stadtpolizei Zürich wegen Diebstahls angezeigt, da sie in einem rückwärtigen, nur den Mitarbeitenden zugänglichen Kassenraum des Geschäfts am 7. März 2008 CHF 1'350 entnommen habe. Die AG stützte sich bei ihrer Anzeige auf die Filmaufnahme einer ohne Wissen der Mitarbeitenden installierten Videokamera. Für das Bundesgericht verbindlicher Sachverhalt war, dass die AN nicht um die installierte Kamera wusste. Auf diesem Film war ersichtlich, wie sie am 7. März 2008 mit einem Tablett in der Hand den Kassenraum betrat, der Kasse Banknoten entnahm, diese auf das Tablett legte, mit einem Blatt Papier bedeckte und mit dem Tablett in der Hand den Kassenraum verliess, um rund 40 Sekunden später wieder ohne das Geld zurückzukommen und dann das Blatt Papier schredderte. Die AN bestritt, Geld aus der Kasse genommen zu haben, räumte allerdings ein, an diesem 7. März CHF 200 aus der Kasse genommen und zu einem Reparaturauftrag gelegt zu haben.

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl stellte das Verfahren ohne weitere Beweiserhebungen ein. Dagegen rekurrierte die AG erfolglos beim Obergericht des Kantons Zürich, welches befand, dass die Filmaufnahmen unrechtmässig erlangt worden und damit nicht als Beweismittel verwertbar seien. Andere Beweismittel, die gegen X. sprächen, lägen nicht vor. Im Entscheid über die Beschwerde der AG ist das Bundesgericht dieser Auffassung nicht gefolgt und hielt fest, die konkrete Videoaufnahme sei nicht unrechtmässig und wies die Sache zur Neubeurteilung ans Obergericht zurück.

dd) Erwägungen

Im Zentrum der bundesgerichtlichen Erwägungen (E. 3–3.6.3) stand die Beurteilung von Art. 26 ArGV 3, eine Verordnungsbestimmung, welche Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der AN am Arbeitsplatz überwachen sollen, verbietet. In einlässlicher Begründung und unter Würdigung der rechtlichen Grundlagen im Arbeitsgesetz einschliesslich Materialien kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Videoüberwachung des Kassenraums nicht gegen Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 verstosse. Sie bezwecke nicht ausschliesslich die Überwachung des Personals, sondern auch die Verhinderung von Straftaten durch Dritte. Überdies würden die AN im Verlauf eines Arbeitstags nur sporadisch und kurzzeitig erfasst.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid ist vordergründig strafrechtlicher Natur, äussert sich aber umfassend zur Verhaltensüberwachung von AN am Arbeitsplatz. Für die vertiefte Betrachtung des Themas ist deshalb das Studium der hier nur summarisch wiedergegebenen Erwägungen empfohlen. Das Urteil hat durchaus leitenden Charakter, obwohl es nicht amtlich publiziert wurde.

d) Action en constatation d'un droit d'auteur (art. 6 LDA)

TF du 1er avril 2010, 4A_638/2009 = ATF 136 III 225 (f)[44]

Selon le principe du créateur (*Schöpferprinzip*), l'auteur est la personne physique qui a créé l'œuvre (art. 6 LDA). La création d'une œuvre dans le cadre du contrat de travail n'empêche pas l'employé d'acquérir le statut d'auteur. S'il est une personne physique, l'employeur ne sera coauteur que s'il a fourni un apport créatif original; tel ne sera pas le cas s'il se borne à exprimer certains vœux ou à donner quelques lignes directrices.

e) Arbeitsrechtliche Klage gem. Art. 24 Abs. 1 GestG[45]

BGer 22. November 2010, 4A_461/2010 = BGE 137 III 32 (d)[46]

aa) Zusammenfassung

Bei der Klage eines Vermittlers am Ort, wo er seine Arbeit leistete, war die örtliche Zuständigkeit streitig. Er ging vom Bestehen eines Handelsreisendenvertrags aus, während die Beklagte einen Agenturvertrag behauptete. Das Bundesgericht schützte, wenn auch mit anderer Begründung, den Entscheid der Vorinstanz, wonach die arbeitsrechtliche Zuständigkeit gegeben war.

---

44 Pra 2010 130 856; PJA 2010 1613; sic! 7–8 2010 526.

45 Art. 24 Abs. 1 des per 1. Januar 2011 aufgehobenen Gerichtsstandsgesetzes (GestG) mit der Marginale «Arbeitsrecht» lautete:
[1] Für arbeitsrechtliche Klagen ist das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder am Ort, an dem der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig.
Er entspricht in seinem Wortlaut Art. 34 Abs. 1 ZPO, in Kraft ab 1. Januar 2011.

46 JdT 2010 I 439.

bb) Regeste

Art. 24 Abs. 1 GestG; arbeitsrechtliche Klagen; doppelrelevante Tatsachen. Begriff der arbeitsrechtlichen Klagen (E. 2.1). Doppelrelevante Tatsachen (E. 2.3); Massgeblichkeit des klägerischen Tatsachenvortrags für den Zuständigkeitsentscheid (E. 2.4).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Zwischen den Parteien bestand ein als «Agenturvertrag» bezeichneter Vertrag. Darin verpflichtete sich der spätere Kläger, für die Beklagte Verträge im Anlage- und Versicherungsbereich zu vermitteln. Als Gegenleistung wurde ein ausschliesslich aus Provisionen bestehendes Entgelt vereinbart. Am 9. März 2005 schlossen die Parteien einen neuen, ebenfalls als «Agenturvertrag» bezeichneten Vertrag ab, der sich vom ersten Vertrag lediglich in der sprachlichen Formulierung, nicht aber inhaltlich unterschied. Nach einigen Jahren Tätigkeit entstand zwischen den Parteien Streit und der Kläger reichte im Gerichtskreis IX Schwarzenburg-Seftigen Klage ein.

Das Gericht erklärte sich für örtlich unzuständig, da es sich nicht um arbeitsrechtliche Ansprüche aus Arbeits- oder Handelsreisendenvertrag im Sinne von Art. 24 Abs. 1 GestG – was ab 2011 Art. 34 Abs. 1 ZPO entspricht –, sondern um Ansprüche aus Auftrag handle. Dagegen appellierte der Kläger beim Berner Obergericht, das nach umfangreichen Sachverhaltsabklärungen zum gegenteiligen Schluss kam und erkannte, dass es am Arbeitsort des Klägers, der im Sprengel des angerufenen Gerichts lag, einen Gerichtsstand gebe. Damit war die beklagte Firma nicht einverstanden und erhob Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Dieses weist die Beschwerde ab.

dd) Erwägungen

Nachdem es die Zulässigkeit der Beschwerde gegen einen Zwischenentscheid bestätigt hat (4A_461/2010, E. 1.1), klärte das Bundesgericht vorab umfassend (E. 2.1), was arbeitsrechtliche Klagen im Sinne des Art. 24 Abs. 1 GestG[47] sind. Dabei liege nach der Rechtsprechung zum Abs. 1 von Art. 343 OR[48] bereits dann eine arbeitsrechtliche Streitigkeit vor, wenn umstritten ist, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsvertrag besteht.

Bei der Beurteilung der Zuständigkeit sei primär auf den vom Kläger eingeklagten Anspruch und dessen Begründung abzustellen (E. 2.2). Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts hänge von der gestellten Frage ab, und nicht

47 Was Art. 34 Abs. 1 ZPO entspricht.
48 Auf Anfang 2001 aufgehoben mit dem GestG.

von deren Beantwortung, die im Rahmen der materiellen Prüfung erfolge. Nur wenn die Behauptungen des Klägers nicht auf eine entsprechende rechtliche Qualifikation schliessen lassen, sei auf die Klage nicht einzutreten. Dabei seien die entsprechenden Tatsachen, die sowohl für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts als auch die Begründetheit der Klage erheblich sind (sog. doppelrelevante Tatsachen), für die Beurteilung als wahr zu unterstellen. Sie würden erst im Moment der materiellen Prüfung des eingeklagten Anspruchs untersucht; diesbezügliche Einwände der Gegenpartei seien im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung unbeachtlich. Eine Ausnahme gelte nur für den Fall, dass der klägerische Tatsachenvortrag auf Anhieb fadenscheinig oder inkohärent erscheine und durch die Klageantwort sowie die von der Gegenseite produzierten Dokumente unmittelbar und eindeutig widerlegt werden könne. Nur wenn Tatsachen streitig seien, die nur für die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht aber für die materielle Begründetheit des eingeklagten Anspruchs notwendig sind (sog. zuständigkeitsbegründende oder einfachrelevante Tatsachen), sei Beweis zu führen. Einfach relevant seien die örtlichen Faktoren, also z.B. die Frage, wo sich der Wohnsitz/Sitz oder der gewöhnliche Arbeitsort befindet.

Im konkreten Fall gäbe es einige Elemente, die durchaus auf ein Subordinationsverhältnis schliessen liessen, welches für einen Handelsreisendenvertrag typisch sei.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der Entscheid überzeugt, weil es zu Beginn eines Prozesses keinen Sinn macht, sich nur zur Klärung der Zuständigkeit vertieft mit der Vertragsnatur zu befassen, die wie im Arbeitsvertrag eine Sondergerichtsbarkeit oder einen speziellen Gerichtsstand begründen kann. Stehen dagegen nur einfachrelevante Tatsachen zur Diskussion, wie z.B. die Frage, wo genau der Arbeitnehmer gewöhnlich Arbeit geleistet hat, so rechtfertigt es sich, dies zur Bestimmung der Zuständigkeit genau zu klären, weil sich die gleiche Frage im Prozess dann nicht mehr stellt.

Der Entscheid schliesst an die Praxis von BGE 136 III 486[49] an.

[49] BGer 31. August 2010, 4A_293/2010, Pra 2011 32 210. Vgl. nun auch noch BGer 11. März 2011, 4A_31/2011.

f) Validité d'une convention d'arbitrage (LFors, Concordat sur l'arbitrage, CA) (art. 341, 361 et 362 CO)

TF du 28 juin 2010, 4A_71/2010 = ATF 136 III 467, c. 4.6 (f)[50]

En doctrine, la validité de la convention d'arbitrage pour le conflit individuel entre employeur et travailleur est controversée. L'art. 5 CA[51] n'autorise la convention d'arbitrage que pour des prétentions dont les parties peuvent librement disposer. Or, le travailleur ne peut renoncer à ses créances issues de dispositions impératives ou semi-impératives, selon les art. 361 et 362 CO, que dans les limites restrictivement posées par l'art. 341 al. 1 CO, de sorte qu'il ne peut pas en disposer librement. Si le travailleur ne peut pas renoncer à certaines créances en vertu de cette disposition, il ne peut pas non plus convenir d'avance qu'elles seront soumises à l'arbitrage. Une clause compromissoire n'est donc pas valable si elle est insérée dans le contrat de travail pour s'appliquer aux contestations futures qui s'élèveront, le cas échéant, au sujet de telles créances. Pour les créances auxquelles le travailleur ne peut pas renoncer selon l'art 341 al. 1 CO, celui-ci ne peut pas davantage souscrire, d'avance, une clause compromissoire qu'une clause d'élection de for selon l'art. 21 al. 1 let. d LFors[52].

---

50 Pra 2011 28 193; SJ 2010 I 545. Commentaires: I. WILDHABER/A. JOHNSON WILCKE, DTA online, 2010 519 (d); T. PIETRUSZAK, Push-Service Entscheide, 15. September 2010 (d); L. BEFFA, AJP, 2010 1433 (f); PH. SCHWEIZER, RSPC, 2010 362 (f); J.-M. BEYELER, Questions de droit, 2011 67 6 (f); T. GEISER, PJA, 2011 251(d); A. RITSCHARD, ius.focus, 2011 01 n° 16 (d).

51 *Art. 5 Objet de l'arbitrage*
[1] L'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi.

52 *Art. 21 Principe*
[1] Ne peuvent renoncer ni à l'avance ni par acceptation tacite aux fors prévus par la présente section:…
d. le demandeur d'emploi et le travailleur.

g) Streitwert bei Kollokationsklagen über arbeitsrechtliche Ansprüche

BGer 10. April 2009, **5A_629/2008 = BGE 135 III 470 (d)**[53]

aa) Zusammenfassung

Der AN verlangte Kollokation seiner Sozialplan-Ansprüche in einem Nachlassverfahren. Das Bundesgericht trat auf seine Beschwerde in Zivilsachen mangels genügendem Streitwert nicht ein. Für die Behandlung als subsidiäre Verfassungsbeschwerde reichte die Begründung nicht.

bb) Regeste

Kollokationsklage im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 321 Abs. 1 i.V.m. Art. 250 Abs. 1 SchKG); Streitwertgrenze (Art. 74 Abs. 1 BGG); Frage der Kostenlosigkeit des Verfahrens (Art. 343 Abs. 3 OR[54]). Die Kollokation von Ansprüchen aus Arbeitsrecht wird als betreibungs- und nicht als arbeitsrechtliche Angelegenheit behandelt, weshalb die Streitwertgrenze Fr. 30'000.- beträgt (E. 1.2). In einem solchen Fall gelangt Art. 343 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung (E. 3).

cc) Sachverhalt und Verfahren

Der AN focht in einem Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung die nur teilweise erfolgte Aufnahme seiner Forderungen aus Sozialplan im Kollokationsplan an. Die strittige Differenz betrug knapp CHF 20'000. Das Bundesgericht trat auf seine Beschwerde in Zivilsachen nicht ein, weil der dafür vorgegebene Streitwert nicht erreicht sei und keine arbeitsrechtliche Klage vorliege.

---

53 Kommentare: V. DEFAGO GAUDIN, Push-Service Entscheide, 21. September 2009 (f), A. BRACONI, SZZP, 2009 408 (f), F. LORANDI, ARV online, 2010 301 (d).

54 Der per 1. Januar 2011 aufgehobene und durch verschiedene ZPO-Bestimmungen ersetzte Art. 343 OR mit der Marginale «Zivilrechtspflege» lautete im Abs. 2 und 3:
2 Die Kantone haben für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis bis zu einem Streitwert von 30 000 Franken ein einfaches und rasches Verfahren vorzusehen; der Streitwert bemisst sich nach der eingeklagten Forderung, ohne Rücksicht auf Widerklagebegehren.
3 Bei Streitigkeiten im Sinne des vorstehenden Absatzes dürfen den Parteien weder Gebühren noch Auslagen des Gerichts auferlegt werden; jedoch kann bei mutwilliger Prozessführung der Richter gegen die fehlbare Partei Bussen aussprechen und ihr Gebühren und Auslagen des Gerichts ganz oder teilweise auferlegen.

dd) Erwägungen

Das Bundesgericht stellte eingangs fest (E. 1.2), dass es im vorliegenden Verfahren um den Bestand und den Umfang von Ansprüchen eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Kollokationsverfahrens geht. Fraglich sei, ob es sich um einen arbeitsrechtlichen Fall mit der Streitwertgrenze von CHF 15'000 (Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG) handle oder ob er unter die übrigen Fälle zu subsumieren sei und demzufolge die Streitwertgrenze von CHF 30'000 massgeblich wäre (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG). Zwar werde in der Literatur die Auffassung vertreten, die niedrige Streitwertgrenze für arbeits- und mietrechtliche Fälle müsse auch in SchKG-Verfahren zur Anwendung kommen, wenn sie, wie etwa bei der Kollokationsklage, eng mit einer materiellrechtlichen Frage aus dem Arbeits- oder Mietrecht verbunden seien. Zweck des Kollokationsverfahrens im Konkurs bzw. im Nachlassverfahren sei aber die Feststellung der Passivmasse, d.h. der Forderungen, die am Liquidationsergebnis nach Bestand, Höhe, Rang und allfälligen Vorzugsrechten an Vermögen des Schuldners teilzunehmen haben. Der Kollokationsprozess diene ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplanes und habe so wenig wie dieser irgendwelche Rechtskraftwirkung über das Konkurs- bzw. Nachlassverfahren hinaus. Das Schuldverhältnis als solches werde dadurch nicht rechtskräftig festgestellt.

Somit liege kein arbeitsrechtlicher Fall vor und die nötige Streitwertgrenze von CHF 30'000 sei nicht erreicht. Weil die Eingabe als subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht genügend begründet sei, könne auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

Bezüglich der Kosten gelange Art. 343 Abs. 3 OR nicht zur Anwendung, weil es eben um die Beurteilung einer Kollokationsklage und nicht um eine arbeitsrechtliche Streitigkeit gehe. Davon abgesehen könne nach Art. 65 Abs. 4 lit. c BGG vom Bundesgericht auch in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten eine reduzierte Gerichtsgebühr erhoben werden.

ee) Folgerungen für die Praxis

Der vorliegende Entscheid mag juristisch richtig sein, wenn man auf den vollstreckungsrechtlichen Charakter einer Kollokationsklage abstellt. Mit Recht kritisiert dies LORANDI als formaljuristisch und weist darauf hin, dass damit der AN, der einen insolventen AG hat, schlechter gestellt wird als jener, der im Rahmen eines Anerkennungsprozesses z.B. zur Beseitigung des Rechtsvorschlags klagt.

h) Loi d'application d'un Etat tiers (art. 19 LDIP)

TF du 29 juin 2010, 4A_91/2010 = ATF 136 III 392, c. 2 (f)[55]

Dans le domaine du droit du travail, des dispositions protectrices impératives d'un Etat tiers, en particulier du pays du lieu de travail, pourront trouver à s'appliquer par le biais de l'art. 19 LDIP. Il s'agira par exemple de normes impératives de droit public ou de droit privé relatives au travail le dimanche et les jours fériés, à la durée maximale du travail, à l'interdiction du travail des enfants, à la prévention des risques et des accidents ou encore au salaire minimal.

III. Evolution législative (2009–2010) / Entwicklung Gesetzgebung (2009–2010)

Parmi les évolutions récentes de la législation en matière de droit du travail, nous avons sélectionné sept réformes particulièrement significatives, dont quatre sont entrées en vigueur alors que les trois autres en sont encore au stade de projet.

1. Modifications récentes / Kürzliche Änderungen

a) Verordnung vom 20. Oktober 2010 über den Normalarbeitsvertrag für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft (NAV Hauswirtschaft)[56]

Mit Inkrafttreten auf den 1. Januar 2011 und bis am 31. Dezember 2013 erliess der Bundesrat im Jahr 2010 erstmals einen nationalen Normalarbeitsvertrag mit Mindestlöhnen gemäss Art. 360a OR. Die entsprechende Verordnung umfasst 9 Artikel. Die damit getroffenen Festlegungen, d.h. die Statuierung von Mindestlöhnen, gelten – anders als einzelne kantonale Normalarbeitsverträge, z.B. jener in Zürich[57] – ausschliesslich in privaten Haushalten und nur wenn die Beschäftigung durchschnittlich 5 Stunden pro Woche übersteigt (Art. 2 NAV Hauswirtschaft). Vom persönlichen Geltungsbereich sind verschiedene Personengruppen ausgenommen. Örtlich gilt der neue NAV in der gesamten Schweiz, ausser es gäbe bereits einen kantonalen NAV mit Mindestlohnbestimmungen, was derzeit nur in Genf der Fall ist. Laut Art. 4 NAV Hauswirtschaft werden für die Mindestlöhne gemäss Art. 5 drei Kategorien

55 Commentaires: T. PIETRUSZAK, Push-Service Entscheide, 8 septembre 2010 (d), M. MRAZ, ius.focus, 2010 08 Nr. 21 (d).

56 SR 221.215.329.4, AS 2010 5053.

57 LS 821.12.

von Arbeitnehmenden unterschieden, nämlich Ungelernte (CHF 18.20/Stunde), Ungelernte mit mindestens vier Jahren Berufserfahrung in der Hauswirtschaft (CHF 20.00/Stunde) und Gelernte (CHF 22.00/Stunde). Der NAV ergänzt die bestehenden (von Art. 359 Abs. 1 OR vorgegebenen) kantonalen Normalarbeitsverträge und ist laut seinem Art. 8 ab Inkrafttreten auch auf bestehende Arbeitsverhältnisse anwendbar.

Der Erlass dieses NAV mit Mindestlöhnen geht auf einen Antrag der Kommission des Bundes zum Vollzug der flankierenden Massnahmen im Rahmen der Personenfreizügigkeit (TPK Bund) vom November 2008 zurück, die nach einer vom SECO in Auftrag gegebenen Studie Hinweise darauf hatte, dass insbesondere in Kantonen der Nordwest- und Ostschweiz (AG, TG, SG) vermehrt Personen aus Tieflohnländern zur häuslichen Pflege in privaten Haushalten tätig seien. Kantonale Normalarbeitsverträge mit Mindestlöhnen sind derzeit noch selten. Es gibt sie in Genf[58] für die Hauswirtschaft (travailleurs de l'économie domestique à temps complet et à temps partiel) und die Kosmetikbranche (secteur de l'esthétique), im Tessin für Callcenters[59] und Kosmetiksalons[60] (saloni di belleza) und im Wallis, dort mit einem NAV für den Sektor der industriellen Wartung und Reinigung.

b) Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, Änderung vom 18. Juni 2010: Arbeitnehmerprivileg[61]

Neu sind Forderungen von Arbeitnehmenden aus dem Arbeitsverhältnis im Konkurs des Arbeitgebers nur noch im Betrag bis derzeit CHF 126'000 privilegiert. Artikel 219 Abs. 4, Erste Klasse, lit. a SchKG knüpft an den in der Unfallversicherung maximal versicherten Jahresverdienst gemäss Art. 22 Abs. 1 UVV an. Keine Beschränkung gibt es nach lit. a^{bis} und a^{ter} dieser SchKG-Bestimmung für Rückforderungen betreffend Kautionen und für Ansprüche aus Sozialplänen, die nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung entstanden oder fällig geworden sind. Die Gesetzesänderung trat auf den 1. Dezember 2010 in Kraft. Als Übergangsregelung wurde festgelegt[62], dass die Privilegien des bisherigen Rechts weiter gelten, wenn vor dem Inkrafttreten dieser Änderung der Konkurs eröffnet, die Pfändung vollzogen oder die Nachlassstundung bewilligt worden ist.

---

58 Siehe www.ge.ch/relations-travail/ctt.asp (06.05.2011).

59 CNLCC 2009 mit Anpassung 2010 (06.05.2011).

60 CNLE.

61 SR 281.1, AS 2010 4921, BBl 2009 7979 (Kommissionsbericht NR-Kommission für Rechtsfragen) und BBl 2009 7989 (Stellungnahme des Bundesrats).

62 Siehe AS 2010 4921 4922.

Die Gesetzesänderung geht auf die parlamentarische Initiative Zanetti[63] aus dem Jahr 2002 zurück, die sich mit markigen Worten[64] an «exorbitanten Bezügen und arbeitsvertraglichen Tricks gewisser Akteure unseres Wirtschaftslebens» störte, aber das Privileg doch bis zur Höhe des doppelten versicherten UVG-Verdiensts gewähren wollte. Bereits die nationalrätliche Kommission legte sich dann aber auf den einfachen Betrag fest, der seit 2008 auf CHF 126'000 festgesetzt ist.

c) Loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif du 3 octobre 2008[65] et son ordonnance du 28 octobre 2009 (OPTP)[66].

La loi fédérale sur la protection contre le tabagisme passif et son ordonnance ont pour but de protéger les personnes exposées à la nocivité de la fumée passive. Ces deux textes sont entrés en vigueur le 1er mai 2010. Ils instaurent des exigences minimales applicables sur tout le territoire de la Confédération.

aa) Champ d'application

La nouvelle réglementation concerne «les espaces fermés accessibles au public ou qui servent de lieu de travail à plusieurs personnes» (art. 1 al. 1). L'art. 1 al. 2 contient une liste non exhaustive d'«espaces fermés accessibles au public». Alors que sont notamment assujettis à la loi les bâtiments de l'administration publique, les hôpitaux, les garderies ainsi que les établissements d'hôtellerie et de restauration (cf. art. 2), les locaux à usage privé ne sont cependant pas concernés par la nouvelle réglementation. Des exceptions sont toutefois prévues pour des établissements spéciaux, tels que les établissements de détention ou de séjour permanent ou prolongé (cf. art. 2 al. 3 et 7 OPTP).

bb) Interdiction de fumer

L'art. 2 al. 1 consacre l'interdiction de fumer dans les espaces définis à l'art. 1 al.1 et 2. Néanmoins, lorsque des locaux spécialement aménagés sont prévus et qu'aucun employé n'y travaille, l'exploitant ou la personne responsable du règlement de maison peut autoriser à fumer dans ces locaux. En outre, à titre exceptionnel, des employés peuvent par accord explicite intégré dans le

63 Nr. 02.440 in der Geschäftsdatenbank des Parlaments curia vista.

64 Als Beispiel: «Es kann nicht Sache des Gesetzgebers sein, unanständig hohe Löhne mittels Konkursprivileg indirekt zu legitimieren. Der Gesetzgeber muss hier Remedur schaffen.»

65 RS 818.31; RO 2009 6285; FF 2007 5853, FF 2007 5877 et FF 2008 7483.

66 RS 818.311; RO 2009 6289.

contrat de travail accepter de travailler dans des locaux fumeurs des établissements d'hôtellerie ou de restauration (art. 2 al. 2). Les exigences relatives aux locaux fumeurs sont prévues dans l'ordonnance (cf. art. 4 OPTP).

cc) Autorisations relatives aux établissements fumeurs

Sur demande des établissements de restauration, des autorisations d'établissements fumeurs peuvent être délivrées par les autorités cantonales compétentes, lorsqu'un certain nombre de conditions sont réalisées. Par exemple, ces établissements doivent avoir une surface accessible au public égale ou inférieure à 80 m^2, disposer d'une ventilation adéquate et être clairement reconnaissables de l'extérieur comme des établissements fumeurs (art. 3 lit. a et b).

dd) Dispositions cantonales, pénales et d'exécution

Nous avons vu que la loi et l'ordonnance sur la protection contre le tabagisme passif instaurent des exigences minimales pour toute la Suisse. L'art. 4 de la loi réserve expressément la possibilité d'édicter des dispositions plus strictes pour la protection de la santé, car les cantons disposent d'une certaine marge de manœuvre dans l'application de cette réglementation. Par exemple, le Conseil fédéral a renoncé à définir un «espace fermé» ou encore, une «ventilation adéquate» ce qui permet aux cantons de fixer des critères dans le cadre de leurs tâches d'exécution[67]. En ce qui concerne les dispositions pénales, la loi prévoit une amende pouvant aller jusqu'à 1'000fr. pour les personnes (fumeurs et responsables des locaux) qui enfreignent intentionnellement ou par négligence la nouvelle réglementation (art. 5).

[67] Cf. Loi et ordonnance sur la protection contre le tabagisme passif: informations supplémentaires pour les milieux concernés, p. 3 disponible sous: www.bag.admin.ch/themen/drogen/00041/07322/07324/index.html?lang=fr (06.05.11).

d) Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen)[68]

Im Sinne einer Erleichterung der Einteilung der Arbeitszeit in Betrieben im Gesundheitswesen erliess der Bundesrat mit Beschluss vom 27. November 2009 Änderungen der ArGV 2, die bereits auf Anfang 2010 in Kraft traten. Damit wurde dem Umstand Rechnung getragen, dass insbesondere die Spitäler vermehrt ans Arbeitsgesetz gebunden sind, was sich unter anderem mit der Streichung von Art. 3 Abs. 1 lit. e ArG erklärt, der die Assistenzärzte bis Ende 2004 vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ausschloss. Die revidierte Verordnung erlaubt mit einem neuen Abs. 2 von Art. 7 ArGV 2, dass die Arbeitswoche zur Gewährleistung der Kontinuität bei der Behandlung der Patienten unter bestimmten Voraussetzungen auf sieben Tage verlängert wird. Gewisse Erleichterungen beim Pikettdienst schafft der neue Art. 8a, wo neu Zeitgutschriften von 10 % statuiert sind. Gleichzeitig wird den Arbeitnehmenden im Grundsatz eine Mindestinterventionszeit von 30 Minuten zugestanden. Es bleibt aber nach Abs. 3 dieser Vorschrift dabei, dass die Pikett-Wartezeit, wenn sie im Betrieb geleistet wird, entsprechend Art. 15 Abs. 1 ArGV 1 als Arbeitszeit gilt. Schliesslich hält die Revision mit Art. 10 Abs. 2 ArGV 2 eine bereits bestehende SECO-Praxis bei der Nachtarbeit neu auf Verordnungsstufe fest. Nach dem Inkrafttreten der neuen Bestimmungen wurde auch die SECO-Wegleitung zu den Verordnungen 1 und 2 zum Arbeitsgesetz[69] angepasst.

2. Révisions en cours / Laufende Revisionen

a) Révision partielle du code des obligations (sanction en cas de licenciement abusif ou injustifié).

Le projet de révision fait suite à la motion Gysin (03.3212) du 7 mai 2003 relative à la protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption. Le second point de cette motion demandait l'examen de la sanc-

68 SR 822.112, AS 2000 1623 sowie AS 2009 6549 und die Informationen des SECO unter www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/01899/02876/index.html?lang=de (06.05.2011).

69 Siehe mit Verweisen auf die elektronische Publikation: www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00009/00027/01569/index.html?lang=de (06.05.2011).

tion de l'art. 336a al.2 CO. En date du 16 décembre 2009, le Conseil fédéral a chargé le DFJP de présenter un avant-projet sur cette question[70].

Augmenter la protection contre le licenciement est l'un des objectifs du projet de révision partielle du code des obligations (sanction en cas de licenciement abusif)[71]. Comme nous allons le voir, trois changements majeurs sont prévus.

La procédure de consultation qui a été lancée le 1er octobre 2010 s'est achevée le 14 janvier 2011. Les résultats de la procédure devraient être communiqués durant l'été 2011.

aa) Augmentation du maximum de l'indemnité de 6 à 12 mois (art. 336a al. 2, art. 337c al. 3 P-CO et art. 5 al. 3 et 4 LEg).

En droit suisse, le congé abusif ou immédiat injustifié confère en principe le droit à la personne lésée de solliciter une indemnité (art. 336a al. 1, art. 337c al. 1 et 3, et 337d al. 1 CO), mais n'entraîne pas l'annulation du congé et la réintégration de l'employé dans l'entreprise. En cas de congé abusif ou immédiat injustifié du travailleur, la législation prévoit une indemnité qui s'élève actuellement à six mois de salaire au maximum (cf. art. 336a al. 1, art. 337c al. 3 CO). Selon la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral, ces indemnités sont de nature à la fois punitive et réparatrice.

La situation actuelle montre toutefois que le maximum de six mois d'indemnisation «peut légitimement être remis en question du fait qu'il constitue un cadre trop étroit pour le juge au vu des diverses fonctions de l'indemnité»[72]. En effet, ce maximum «ne permet pas de fixer une indemnité assez élevée dans les cas graves et de faire une différence nette par rapport aux cas peu graves ou dans lesquels des facteurs d'atténuation existent»[73]. C'est la raison pour laquelle l'avant-projet préconise l'augmentation de l'indemnité à 12 mois au maximum, ce qui permettrait, d'une part, d'introduire une meilleure gradation dans sa fixation, d'autre part, de renforcer son rôle dissuasif[74].

70 Rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010, pp. 3 et 5.
71 Cf. rapport explicatif et avant-projet, septembre 2010, pp. 5ss.
72 Rapport explicatif, p. 17.
73 Rapport explicatif, p. 18.
74 Cf. DUNAND, «Une indemnité d'un an de salaire vaut-elle mieux que réintégrer l'employé licencié abusivement?», plaidoyer 2/10, p. 34.

bb) Caractère abusif du licenciement pour motif économique des représentants des travailleurs (art. 336 al. 2 lit. b P-CO).

Selon l'article 336 al. 2 lit. b CO le congé donné par l'employeur aux représentants des travailleurs est abusif à moins que l'employeur puisse prouver qu'il avait un motif justifié de résiliation. La jurisprudence, et en particulier l'ATF 133 III 512, a cependant fortement atténué la portée de la protection légale en estimant que l'employeur pouvait invoquer une raison économique comme motif justifié.

En proposant de limiter les motifs justifiés de licenciement «aux motifs inhérents à la personne du travailleur»[75], l'avant-projet permet d'écarter les motifs économiques et d'assurer une meilleure protection des représentants des travailleurs.

cc) Fin du caractère absolument impératif des articles 336 et 336a CO (cf. art. 361 et 362 P-CO).

Selon l'article 361 al. 1 CO, il ne peut être dérogé aux articles 336a (sanction du congé abusif) et 336b (procédure) CO, ni au détriment de l'employeur ni au détriment du travailleur. L'avant-projet propose de renoncer au caractère absolument impératif de ces dispositions. Des solutions conventionnelles plus favorables aux deux parties ou uniquement au travailleur devraient être autorisées.

b) Révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers)[76]

Le 29 novembre 2006, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances (DFF) de la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers). Le but de la révision est d'assouplir davantage les rapports de travail en les rapprochant du code des obligations. En effet, selon le rapport explicatif, il faut «accroître la liberté de décision de la Confédération et sa marge d'action dans le domaine des relations de travail. Il s'agit de rapprocher les possibilités qu'ont les acteurs concernés […] de celles dont jouissent les acteurs de l'économie privée»[77].

La révision comporte plusieurs thèmes tels que la poursuite de l'harmonisation entre la LPers et le CO; l'adoption d'une réglementation plus souple pour la cessation des rapports de travail et pour le financement de la pré-

75 Rapport explicatif, p. 21.
76 RS 172.220.1; RO 2001 894; FF 1999 1421 et FF 2000 2105.
77 Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation de la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) du 19 septembre 2008, p. 4.

voyance professionnelle; ou encore la clarification des dispositions d'exécution de la LPers[78].

En référence au rapprochement entre le droit privé et la LPers, les changements relatifs à la période d'essai, aux motifs de licenciement et aux délais de résiliation proposés par le projet de révision méritent une attention toute particulière. En ce qui concerne le temps d'essai, le projet de révision prévoit que les parties contractantes puissent le fixer à un mois, sous réserve des exceptions mentionnées à l'art. 8 al. 2 P-LPers, et au maximum à trois mois. Cela signifie que la même période d'essai serait appliquée pour les employés de la Confédération et ceux du secteur privé. En outre, alors que la LPers contient actuellement six motifs de résiliation ordinaire expressément mentionnés dans la loi, l'art. 10 al. 3 P-LPers permettrait de licencier les employés pour des «motifs objectivement suffisants» et ferait ainsi disparaître la liste exhaustive des motifs contenus à l'art. 12 al. 6 LPers. S'agissant des délais ordinaires de résiliation (art. 12 al. 2 et 3 LPers), le projet de révision prévoit de les adapter aux délais minimaux fixés par le code des obligations (cf. art. 335b et 335c CO).

Dans sa séance du 12 mars 2010, le Conseil fédéral a pris connaissance du rapport de consultation[79] et a décidé de renvoyer la révision de la loi jusqu'à l'approbation d'une stratégie fédérale en matière de ressources humaines[80]. Celle-ci a été adoptée le 10 décembre 2010.

c) Revision Sanierungsrecht[81]

Im Nachgang zum Swissair-Zusammenbruch setzte der Bundesrat eine Expertengruppe zur Abklärung des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs bei Unternehmenssanierungen ein. Daraus resultierte schliesslich eine Botschaft Nr. 10.077 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht)[82], die gemäss vorgelegtem Gesetzesentwurf (BBl 2010 6507, dort 6519 ff.) auch wesentliche Änderungen von Vorschriften aus dem

78 Rapport explicatif, p. 4.

79 Cf. rapport du Département fédéral des finances concernant les résultats de la consultation relative à la révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers du 24 mars 2000), mars 2009.

80 La stratégie concernant le personnel de l'administration fédérale pour les années 2011 à 2015 est disponible sur www.epa.admin.ch/themen/personalpolitik/00262/index.html?lang=fr (06.05.11).

81 vgl. dazu die Informationen des EJPD mit weiterführenden Links unter www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_schkg.html (06.05.2011).

82 BBl 2010 6455, vgl. zudem den von Georges Chanson erstellten auf die OR-Bestimmungen beschränkten Auszug von Boschaft und Entwurf: www.doku.arbeitsrechtler.ch/Materialien_OR_333b-etc_Sanierungsrecht.pdf.

Arbeitsvertrag zum Gegenstand hat. So soll nach einem neuen Art. 333b OR der heute zwingende Übergang der Arbeitsverhältnisse mit allen Rechten und Pflichten bei einem Betriebsübergang nach Art. 333 Abs. 1 OR künftig beim Übertragen von Betrieben oder Betriebsteilen während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, nur dann stattfinden, wenn es eine entsprechende Vereinbarung mit dem Erwerber gibt. Auch dann sollen Arbeitnehmende wie bisher den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses ablehnen können und die Art. 333 OR und Art. 333a OR gelten weiterhin analog. Im Gegenzug schafft der Entwurf mit den Art. 335h–335j neuOR eine im Schweizer Arbeitsrecht neue Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen durch Arbeitgeber, die mindestens 250 Arbeitnehmende beschäftigen. Damit sollten nach den Angaben des EJPD mehr als ein Drittel der Arbeitnehmenden in der Schweiz von diesem Anspruch auf einen Sozialplan profitieren können. Ausgeschlossen bleiben nach Art. 335k neuOR aber auch hier die Fälle von Massenentlassungen während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens. Die Revision ist für den Bundesrat Anlass, auch noch den Wortlaut von Art. 335e Abs. 2 OR zu präzisieren. Dort wird derzeit nur gesagt, die Vorschriften über die Massenentlassung gälten nicht bei Betriebseinstellungen «infolge gerichtlicher Entscheidungen». Darunter hat die Praxis[83] insbesondere die Konkurseröffnung, nicht aber die provisorische Nachlassstundung verstanden. Nach den Angaben in der Geschäftsdatenbank des Parlaments curia vista[84] wird die Vorlage zuerst im Nationalrat behandelt.

IV. Doctrine (2009–2010) / Literatur (2009–2010)

La production scientifique en droit du travail est très abondante. Nous nous limiterons à citer quelques recueils de textes et codes annotés (**section 1**), ouvrages généraux (**section 2)** et contributions spécifiques (**section 3**) parus en 2009–2010. Pour le surplus nous renvoyons à la Revue ARV (Arbeitsrecht)/DTA (Droit du travail) qui paraît à Zurich quatre fois par année sous la direction du professeur W. Portmann. Cette revue cite de manière quasi exhaustive les contributions helvétiques consacrées au droit du travail.

Von den vielen Aufsätzen, die in den Jahren 2009 und 2010 zum Arbeitsrecht in Periodikas erschienen sind, werden nachstehend bei den Einzelthemen (Ziff. 3) nur einige erwähnt, was ohne jede Wertung geschieht. Neben der vorstehend erwähnten Zeitschrift ARV/DTA, gehören auch das Jahrbuch des

83 Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 101–104 der Botschaft (BBl 2010 6455 6469 f.), insbesondere auch auf BGE 130 III 102 S. 108.

84 www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20100077 (06.05.2011).

Arbeitsrechts[85] und ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht[86] zum arbeitsrechtlichen Fundus. Viele Beiträge mit Bezug zum Arbeitsrecht und seinen Randgebieten publiziert die Zeitschrift AJP, Aktuelle juristische Praxis (PJA, Pratique juridique actuelle).

Wichtige arbeitsrechtliche Internetplattformen sind www.arbeitsrecht.recht.ch und www.arv-online.ch (www.dta-online.ch). Erstere ist eine Datenbank mit arbeitsrechtlichen Inhalten, deren Abonnenten auf Wunsch und in der Regel jede Woche via E-Mail «Arbeitsrechts-News» mit Hinweisen auf neue Entscheide, Literatur und auch Entwicklungen in der Rechtsetzung erhalten. Die bei Swisslex[87] geführte Plattform ARV online / DTA online stellt solche Informationen laufend ins Netz und enthält zudem kurze Zusammenfassungen oder Besprechungen von Urteilen. Sie ist für alle Abonnenten der Printausgabe von ARV/DTA zugänglich; die Inhalte sind nicht deckungsgleich. Oberste Herausgeberverantwortung hat – wie bei der Zeitschrift – Prof. Wolfgang Portmann.

1. Recueils de textes, codes annotés / Textausgaben, kommentierte Gesetzesausgaben

DUNAND JEAN-PHILIPPE
Droit du travail, Lois fédérales et ordonnances fédérales, Bâle 2010.

FAVRE CHRISTIAN, MUNOZ CHARLES ET TOBLER ROLF A.,
Le contrat de travail – Code annoté, 2e éd., Lausanne 2010.

2. Ouvrages généraux / Umfassende Darstellungen

ANDERMATT ARTHUR ET AL.
Handbuch zum kollektiven Arbeitsrecht, Basel 2009.

Manuel de droit collectif du travail, Bâle 2010.

CARRUZZO PHILIPPE
Le contrat individuel de travail: commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND
Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2009.

---

85 Herausgegeben von W. PORTMANN/J.-F. STÖCKLI/J.-P.DUNAND, zuletzt 2010 erschienen (JAR 2010).

86 Herausgegeben von J.-F. STÖCKLI, zuletzt 2010 erschienen (ArbR 2009).

87 www.swisslex.ch, dort unter JURACTUEL JOURNALS.

SUBILIA OLIVIER ET DUC JEAN-LOUIS
Droit du travail – Eléments de droit suisse, 2e éd., Lausanne 2010.

WYLER REMY (éd.)
Panorama en droit du travail: recueil d'études réalisées par des praticiens, Berne 2009.

3. Contributions spécifiques / Einzelthemen

ABEGG ANDREAS
Neues und Bewährtes vom Bundesgericht zur Abgrenzung von Lohn und Gratifikation und dem entsprechenden Anspruch pro rata temporis, Jusletter 12. Oktober 2009.

AUBERT DAVID
Le contrat de travail des voyageurs de commerce (art. 347 à 350a CO), éd. Bis et Ter, Lausanne 2010.

AUBERT GABRIEL
Rapport entre la gratification et le salaire: (4A_509/2008); contexte similaire 4A_511/2008), Droit du travail ARV/DTA 2009, pp. 120–124.

BLESI ALFRED
Die Freistellung des Arbeitnehmers, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. Zürich 2010.

BÜHLER CHRISTOPH B.
Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen 2009.

COLLE DENIS/MEYER YANN P.
Guide pratique du certificat de travail, Bâle 2010.

DRECHSLER CHRISTIAN
Personalverleih – unscharfe Grenzen, AJP/PJA 2010 S. 314 ff.

DUNAND JEAN-PHILIPPE
La résiliation du contrat de travail: enjeu majeur du droit du travail, Aktuelle Anwaltspraxis 2009/La pratique de l'avocat 2009, Bern 2010, pp. 355ss.

FAVRE MOREILLON MARIANNE
Les différents types de résiliation en droit suisse, Bâle 2010.

FREUNDLER ALEXANDRE
La faillite de l'employeur, JdT 2008 II p. 49ss.

GABATHULER THOMAS/SPIRIG IRÈNE
Die wichtigsten Entscheide im Arbeits- und Mietrecht 2009, plädoyer 3/10 S. 39.

GEISER THOMAS
Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011 S. 243.

GEISER THOMAS/BENEDIKT HÄFLIGER
Entwicklungen im Arbeitsrecht ou Le point sur le droit du travail, SJZ/RSJ, Zürich, 105 (2009) n°14, S. 335–341.

GEISER THOMAS/UHLIG KAI-PETER
Der Gesamtarbeitsvertrag im Konzern, ZBJV 2010 S. 1 ff.

HÄBERLI CHRISTOPH/HUSMANN DAVID
Schnittstellen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, plädoyer 3/2009 S. 34.

HATAM SHIRIN
Troubles psychiques et travail salarié, Genève 2009.

HENSCH ANGELA
Arbeitsrechtliche Zivilverfahren 2011: ein Überblick, ZZZ, 2008/09 S. 533.

JAÏCO CARRANZA CARLO/MICOTTI SEBASTIEN
Les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing, Jusletter 2 février 2009.

KAUFMANN CLAUDIA/STEIGER-SACKMANN SABINE (Hrsg.):
Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2. Aufl. Basel 2009.

KAUFMANN KARIN.
Missbräuchliche Lohnunterbietung im Rahmen der flankierenden Massnahmen, Bern 2010.

KOLLER THOMAS/MAUERHOFER ANDRÉ
Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2007, ZBJV 2009 S. 891.

KOLLER THOMAS/GRABER MICHAEL S
Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2008, ZBJV 2010 S. 1082.

LUGINBÜHL JÜRG OSKAR
Schikanen am Arbeitsplatz – rechtliche, gesundheitliche und soziale Aspekte, ARV/DTA 2/2010 pp. 65–79.

MARHOLD FRANZ/FUCHS MAXIMILIAN
Europäisches Arbeitsrecht, Wien 2010.

MARTI MICHÈLE
Arbeitskampffreiheit im öffentlichen Dienst, Basel 2010.

MATILE PIERRE/ZILLA JOSE, AVEC LA COLLABORATION DE DAN STREIT
Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12– 39 LSE), Zurich 2010.

MÜLHAUSER PHILIPP
Das Lohnbuch 2010 – Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2010[88].

MÜLLER ROLAND
Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, AJP/PJA 2010 S. 167.

PAPA ROBERTA
Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009 S. 69.

PÄRLI KURT
Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2009.

PORTMANN WOLFGANG
Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz – Überflüssig, nützlich oder notwendig? AJP 2010 S. 987 und in Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift Murer, Bern 2010, S. 601.

PORTMANN WOLFGANG
Einzelvergleich oder Gruppenvergleich? Eine Standortbestimmung zu einem Problem des kollektiven Arbeitsrechts, ARV/DTA 2009 S. 185 ff.

REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ
Berner Kommentar. Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Einleitung und Kommentar zu Art. 319–330b, Bern 2010.

REINERT PETER
Variable Gehaltssysteme aus arbeitsrechtlicher Sicht, AJP 2009 S. 3.

RIEMER-KAFKA GABRIELA (Hrsg.)
Arbeit im Ausland – Sozialversicherungsrechtliche Hürden, Zürich/Basel/-Genf 2009.

RIESENHUBER KARL
Europäisches Arbeitsrecht, Heidelberg 2009.

88 Inzwischen ist bereits das Lohnbuch 2011 erschienen.

ROSENTHALER FELICIAN
Der Arbeitnehmer im Stiftungsrat einer Pensionskasse, Basel 2009.

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN.
Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit, SJZ/RSJ 106 (2010) Nr. 15 S. 361 ff.

SCHULZ CORINNA NADINE
Whistleblowing in der Wissenschaft, Baden-Baden 2009.

SCHÜRER HANS UELI
Arbeit und Recht, 9. Aufl. Zürich 2009.

STIEGER PETER
Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Bern 2009.

STÖCKLI HUBERT
«Ménage-à-trois» bei der Temporärarbeit, recht 2010 137 und in Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift Murer, Bern 2010, S. 893.

VÖGELI GALLI NICOLE
Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz – Die Rechtsprechung im Spannungsfeld der involvierten Interessen, ArbR 2009 S. 33.

VON KAENEL ADRIAN
Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV/DTA 2009 S. 1–9.

VON KAENEL ADRIAN
Whistleblowing, in: Internationales Handelsrecht III, Zürich 2009, S. 97–121.

VON KAENEL ADRIAN (Hrsg.)
Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010.

WYLER REMY
Chronique du droit du travail, JdT 2009 I p. 51ss.