Auszug / extrait

Andreas Furrer
(Herausgeber / éditeur)

Aktuelle Anwaltspraxis
La pratique de l'avocat

2013

Unter Mitarbeit von BLaw Céline Bussmann

Stämpfli Verlag

Zitiervorschlag:
z. B. Schwaibold, Aktuelle Anwaltspraxis 2013, S.

Mode de citation proposé:
p. ex. Schwaibold, La pratique de l'avocat 2013, 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.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale par
Stämpfli Publications SA, Berne

©
Stämpfli Verlag AG Bern · 2013

©
Stämpfli Editions SA Berne · 2013

ISBN 978-3-7272-8362-8 (PDF auf USB-Stick)
ISBN 978-3-7272-8363-5 (iPad-Version)
ISBN 978-3-7272-5790-2 (e-Book OLF)
ISBN 978-3-7272-0973-4 (Judocu)

Vorwort

Der SAV-Anwaltskongress bietet Anwältinnen und Anwälten auch im Rahmen der siebten Durchführung im KKL in Luzern die Gelegenheit, sich in der ganzen Breite der anwaltlichen Tätigkeit über die Entwicklungen der letzten zwei Jahre von Experten informieren zu lassen. Wie bereits vor zwei Jahren haben sich die Organisatoren zum Ziel gesetzt, den Teilnehmern den dazugehörigen Sammelband bereits am Tag des Kongresses zur Verfügung zu stellen. Dieses anspruchsvolle Ziel konnte dank der Mitarbeit der Autoren und des Verlages erreicht werden. Die Organisatoren des Anwaltskongresses (Pierre-Dominique Schupp, Lausanne, OK-Präsident, Oliver Hari, Genf, Vincent Jeanneret, Genf, Richard Schmidt, Glarus, Hans Rudolf Trüeb, Zürich und René Rall, SAV Bern sowie der Unterzeichnende) haben die Autoren dieses Bands als Referenten für den Anwaltskongress gewinnen können. Ihnen sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Der vorliegende Band enthält eine Fülle detaillierter Informationen über die Rechtsentwicklung der letzten zwei Jahre in der Schweiz. Rechtssetzung und Rechtsprechung sind auf dem Stand Ende März 2013.

Die wirtschaftliche Entwicklung in den letzten Jahren sowie die sich ändernden regulatorischen Rahmenbedingungen im In- und Ausland sind in verschiedenen Rechtsgebieten nicht zu übersehen. Der Band zeigt auch die umfangreiche Entwicklung des schweizerischen Rechts innerhalb von (nur) zwei Jahren im Bereich der Rechtsetzung und der Rechtsprechung auf. Im vorliegenden Band findet sich somit ein beeindruckendes Fixierbild des schweizerischen Rechts im März 2013; die Aneinanderreihung der nun sieben Bände im zweijährigen Rhythmus offenbart, welche Fülle von Informationen heute Anwältinnen und Anwälte Jahr für Jahr zu bewältigen haben. Dies führt zur Notwendigkeit (oder ist es gar eine Pflicht?) der fortdauernden Weiterbildung – der SAV-Anwaltskongress und der vorliegende Tagungsband sollen dabei einen Beitrag leisten.

Auch in diesem Jahr wird der Tagungsband ausschliesslich elektronisch erscheinen. Dies entspricht dem Charakter des Tagungsbandes als „working document“, der über die dadurch möglichen elektronischen Suchfunktionen und Verlinkungen einen substanziellen Mehrwert erfährt.

Die zahlreichen und umfangreichen Beiträge der Autorinnen und Autoren stellten den Herausgeber, sein Team und den Verlag vor grosse Herausforderungen, zumal den Autoren keine Fristerstreckung gewährt werden konnten, die die rechtzeitige Herausgabe des Bandes gefährdet hätte. Letztendlich konnten daher die editorischen Aufgaben nur innerhalb eines sehr beschränkten Zeitrahmens erfüllt werden. Der Herausgeber möchte insbesondere seinem Team an der Universität Luzern, Frau Céline Bussmann (Leitung), Herr

Cornelio Zgraggen, Frau Sabrina Jeckelmann und Herr André Kuhn für Ihre umsichtige Unterstützung und Mitarbeit herzlich danken. Gedankt sei auch dem Stämpfli-Verlag (Herr Grieb, Herr Gerber und Herr Schaffner) für die hervorragende verlagstechnische Unterstützung sowie dem SAV.

Luzern im Mai 2013

Prof. Dr. Andreas Furrer

Le droit du travail en évolution: nouveautés jurisprudentielles, législatives et doctrinales pour les années 2011 et 2012
Die Entwicklung des Arbeitsrechts in den Jahren 2011 und 2012: Neues aus Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur

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

Table des matières – Inhaltsverzeichnis

I. Remarques préliminaires / Vorbemerkungen 645

II. Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral (2011-2012) / Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (2011-2012) 645

1. Le contrat de travail (art. 319ss CO) / Der Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) 647

a) Konkurrenzverbot des handlungsbevollmächtigten Arbeitnehmers, Art. 321a Abs. 3 und Art. 464 OR, Gewinnherausgabe 647

aa) Regeste, amtliche Publikation 647

bb) Zusammenfassung 647

cc) Erwägungen 647

dd) Bedeutung für die Praxis 648

b) Rémunération des heures supplémentaires (art. 321c al. 3 CO) 649

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel) 649

bb) Question litigieuse 649

cc) Considérants 650

dd) Conséquences pour la pratique 650

[*] Docteur en droit, avocat, professeur à l'Université de Neuchâtel, co-directeur du Centre d'étude des relations de travail, www.unine.ch/CERT.

[**] lic. iur. Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich, www.arbeitsrechtler.ch, Autor der Linksammlung www.linkliste-arbeitsrecht.ch.

Les deux auteurs sont membres du comité d'édition de DTA online / ARV online. Ils remercient vivement le professeur Wolfgang Portmann, Université de Zurich, pour la mise à disposition de sa base de données très complète en droit du travail.

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.

c) Bonus/Gratifikation, Akzessorietät 651
aa) Regeste, nichtamtliche 651
bb) Zusammenfassung 651
cc) Erwägungen 651
dd) Bedeutung für die Praxis 652
d) Droit d'être occupé (art. 328 et 337 CO) 654
aa) Chapeau officiel de l'arrêt 654
bb) Question litigieuse 654
cc) Considérants 655
dd) Conséquences pour la pratique 655
e) Übernahme des Betriebs aus Nachlassstundung. Anwendbarkeit von Art. 333 OR 655
aa) Regeste, amtliche Publikation 655
bb) Zusammenfassung 656
cc) Erwägungen 657
dd) Bedeutung für die Praxis 658
f) Massenentlassung: Konsultation, zweckdienliche Auskünfte nach Art. 335f Abs. 3 OR 659
aa) Regeste, amtliche Publikation 659
bb) Zusammenfassung 659
cc) Erwägungen 660
dd) Bedeutung für die Praxis 661
g) Missbräuchliche Kündigung Arbeitnehmervertreter (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR), Massenentlassung 662
aa) Regeste, amtliche Publikation 662
bb) Zusammenfassung 662
cc) Erwägungen 662
dd) Bedeutung für die Praxis 663
h) Temps de réaction pour notifier une résiliation immédiate (art. 337 CO) 664
aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel) 664
bb) Question litigieuse 664
cc) Considérants 664
dd) Conséquences pour la pratique 665
i) Rechtzeitigkeit einer fristlosen Kündigung im Personalrecht 665
aa) Regeste, amtliche Publikation 665
bb) Zusammenfassung 666
cc) Erwägungen 666
dd) Bedeutung für die Praxis 667
j) Validité d'une clause de prohibition de concurrence (art. 340 al. 2 CO) 668
aa) Chapeau officiel de l'arrêt 668

bb) Question litigieuse 668
cc) Considérants 669
dd) Conséquences pour la pratique 669
k) Champ d'application d'une CCT ; interprétation d'une clause d'égalité (art. 356ss CO) 670
aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel) 670
bb) Question litigieuse 670
cc) Considérants 670
dd) Conséquences pour la pratique 671
l) Allgemeinverbindlicherklärung Gesamtarbeitsvertrag FAR, Beitragspflicht des Arbeitgebers 671
aa) Regeste, amtliche Publikation 671
bb) Zusammenfassung 671
cc) Erwägungen 672
dd) Bedeutung für die Praxis 673
2. Législation sur le travail / Arbeitsgesetz 673
a) Procédure interne de gestion des conflits (art. 6 LTr) 673
aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel) 673
bb) Question litigieuse 673
cc) Considérants 673
dd) Conséquences pour la pratique 674
b) Überzeitlohn, Art. 13 Abs. 1 ArG; Entschädigung von Oberärzten aus dem Honorarpool für privatärztliche Tätigkeit 674
aa) Regeste, amtliche Publikation 674
bb) Zusammenfassung 675
cc) Erwägungen 676
dd) Bedeutung für die Praxis 677
c) Interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche. Légères dérogations (art. 28 LTr) 677
aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel) 677
bb) Question litigieuse 677
cc) Considérants 678
dd) Conséquences pour la pratique 678
d) Installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par le travailleur (art. 26 OLT 3) 679
aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel) 679
bb) Question litigieuse 679
cc) Considérants 679
dd) Conséquences pour la pratique 680
3. Thématiques diverses / Diverse Themen 680
a) Lois d'application immédiate, art. 18 LDIP 680

aa) Chapeau officiel de l'arrêt 680
bb) Question litigieuse 681
cc) Considérants 681
dd) Conséquences pour la pratique 682
b) Anwendung des Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG), Persönlichkeitsschutz (Art. 27 Abs. 2 ZGB) 682
aa) Regeste, amtliche Publikation 682
bb) Zusammenfassung 682
cc) Bedeutung für die Praxis 682
c) Verjährungsunterbrechung durch GlG-Verbandsklage? ... 683
aa) Regeste, amtliche Publikation 683
bb) Zusammenfassung 683
cc) Erwägungen 683
dd) Bedeutung für die Praxis 684
d) Apparence d'unité entre une société-mère et une société-fille 685
aa) Chapeau officiel de l'arrêt 685
bb) Question litigieuse 685
cc) Considérants 685
dd) Conséquences pour la pratique 686
e) Rechtsmittelweg und Aktivlegitimation für Klage einer paritätischen Berufskommission 686
aa) Regeste, amtliche Publikation 686
bb) Zusammenfassung 687
cc) Erwägungen 688
dd) Bedeutung für die Praxis 688
f) UVG-Deckung bei Mehrfachbeschäftigung, Taggeldhöhe 689
aa) Regeste, nichtamtliche 689
bb) Zusammenfassung 690
cc) Erwägungen 690
dd) Bedeutung für die Praxis 691
g) Probeweise Beschäftigung eines Ausländers ohne Arbeitsbewilligung. Strafbarkeit. BGer 6B_277/2011 vom 03.11.2011 = BGE 137 IV 297 (d) 691
aa) Regeste, amtliche Publikation 691
bb) Zusammenfassung 692
cc) Erwägungen 692
dd) Bedeutung für die Praxis 693

III. Evolution législative (2011-2012) / Entwicklung Gesetzgebung (2011-2012) 693

1. Modification des mesures d'accompagnement 694

2. Mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés 694
3. Horaires des magasins des stations-services..... 695
4. Arbeits- und Ruhezeitvorschriften..... 695
5. Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) und -Verordnung (AVIV) 696
6. Familienzulagengesetz (FamZG) und -Verordnung (FamZV) 696
7. Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen / Mitarbeiterbeteiligungsverordnung (MBV)..... 697
8. Verfassungsinitiativen zur Vergütung..... 697

IV. Doctrine (2011-2012) / Literatur (2011-2012)..... 698
1. Recueils de textes / Textsammlungen 699
2. Ouvrages généraux / Umfassende Darstellungen..... 699
3. Monographies / Einzeldarstellungen 700
4. Articles / Beiträge..... 701

I. Remarques préliminaires / Vorbemerkungen

Les auteurs de cette contribution bilingue résument quelques éléments marquants, durant les années 2011 et 2012, 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 2011 und 2012 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 (2011-2012) / Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (2011-2012)

Nous présenterons quelques arrêts importants rendus pendant les années 2011 et 2012 en matière de droit du travail, publiés on non au recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (ATF). Nous citerons également quelques

décisions importantes rendues publiques en début d'année 2013[1]. La plupart de ces arrêts ont été publiés dans la revue ARV (Arbeitsrecht) / DTA (Droit du travail) qui paraît à Zurich quatre fois par année sous la direction du professeur Wolfgang Portmann[2]. On se réfèrera aussi au *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* (JAR)[3], édité chaque année par les professeurs Wolfgang Portmann, Jean-Fritz Stöckli et Jean-Philippe Dunand, et dans lequel sont publiés les arrêts fédéraux et cantonaux importants concernant le droit du travail.

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. La présentation des jurisprudences débute par le chapeau de l'arrêt.

Präsentiert werden einige wichtige Entscheide der Jahre 2011 und 2012 aus dem Gebiet des Arbeitsrechts, zumeist in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) publiziert. Zudem werden noch Hinweise auf Entscheide gemacht, die im Frühjahr 2013[4] veröffentlicht wurden. Die meisten dieser Entscheide sind in der Zeitschrift ARV (Arbeitsrecht) / DTA (Droit du travail) besprochen oder erwähnt. Diese Publikation erscheint viermal jährlich unter der Leitung von Prof. Wolfgang Portmann, Zürich[5]. Verwiesen wird auch auf das *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* (JAR)[6], das jedes Jahr von den Professoren Wolfgang Portmann, Jean-Fritz Stöckli und Jean-Philippe Dunand herausgegeben wird und in dem die wichtigen Entscheide des Bundesgerichts und kantonaler Gerichte zum Arbeitsrecht publiziert werden.

Die Entscheide werden in der Sprache behandelt, in der sie verfasst sind. Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer werden im französischen Text mit T abgekürzt, Arbeitgeberin oder Arbeitgeber mit E. Die Regesten sind unverändert aus der amtlichen Publikation entnommen.

---

1 La rédaction de la présente contribution a été achevée au mois d'avril 2013.

2 Version imprimée. Egalement disponible online pour les abonnés sur http://dta-online.ch.

3 Aussi consultable contre paiement sur www.arbeitsrecht.recht.ch et sur https://swisslex.ch.

4 Dieses Manuskript wurde Mitte April 2013 abgeschlossen.

5 Printversion. Für Abonnenten online auf http://arv-online.ch zugänglich.

6 Kostenpflichtig abrufbar über www.arbeitsrecht.recht.ch und über https://swisslex.ch.

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

a) Konkurrenzverbot des handlungsbevollmächtigten Arbeitnehmers, Art. 321a Abs. 3 und Art. 464 OR, Gewinnherausgabe

BGer 4A_345/2011 vom 28.11.2011 = BGE 137 III 607 (d)[7]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 321a Abs. 3, Art. 321b und 423 Abs. 1 OR; Konkurrenzverbot des Arbeitnehmers; Herausgabepflicht; Gewinnabschöpfung.

Frage offengelassen, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b oder 464 Abs. 2 OR) geltend gemacht werden kann, wenn er seinen Arbeitgeber in unzulässiger Weise konkurrenziert (E. 2.4).

bb) Zusammenfassung

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellte sich heraus, dass der Arbeitnehmer während des Arbeitsverhältnisses unter Verwendung der Infrastruktur der Arbeitgeberin auf privater Basis und gegen Entgelt für Dritte Aufträge im Heizungsbereich ausgeführt hatte. Das Bundesgericht bestätigte einen St. Galler Entscheid[8], mit dem der Arbeitnehmer (ein Handlungsbevollmächtigter) zur Gewinnherausgabe verpflichtet worden ist. Konkret ging es um rund CHF 23'600.-- Einnahmen aus dieser Nebentätigkeit, von denen die St. Galler Gerichte die Herausgabe von CHF 15'000.--, d.h. die Einnahmen abzüglich einer Entschädigung für die eigene Arbeit, geschützt hatten, was das Bundesgericht bestätigte.

cc) Erwägungen

Vorab wird präzisiert, dass sich das Konkurrenzverbot von Art. 464 Abs. 1 OR nur auf den Abschluss von Rechtsgeschäften bezieht, die der Vertreter statt für seinen Geschäftsherrn für sich selber oder für einen Dritten abschliesst, während tatsächliche Handlungen für einen Dritten nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen (E. 2.2.1). Für das Bundesge-

---

7 GRIESSEN, ius.focus 2012 no. 34 (d).

8 KGer SG BZ.2010.53 vom 28.04.2011, www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheid_2011/bz_2010_53.html sowie über https://swisslex.ch (Dokument BZ.2010.53, kostenpflichtig).

richt bindend war festgestellt, dass sich der Handlungsbevollmächtigte gerade nicht in die Arbeitsorganisation der Konkurrenzunternehmen eingegliedert hatte. Unerheblich für die Anwendung von Art. 464 OR ist, ob der Patron das konkrete Geschäft selber abgeschlossen hätte oder selber einen Gewinn hätte erzielen können. Dem kaufmännischen Vertreter soll generell der Anreiz zu Geschäften in denselben Geschäftszweigen genommen werden.

Nach Abs. 2 von Art. 464 OR kann der Geschäftsherr die Ablieferung aller daraus tatsächlich erlangten Vermögenswerte verlangen. Es steht ihm auch ein Anspruch auf Abschöpfung des vom Vertreter bereits erzielten Gewinns zu.

Nicht erforderlich ist, dass der Geschäftsherr ausdrücklich eine Übernahme der Geschäfte auf eigene Rechnung im Sinne von Art. 464 Abs. 2 OR verlangt. Ihm steht offen, nur die Herausgabe des erzielten Gewinns zu verlangen.

Da eine Verletzung von Art. 464 OR vorlag, konnte offen bleiben, ob gegenüber einem Arbeitnehmer ohne Handlungsvollmacht oder Prokura ebenfalls ein Anspruch auf Gewinnherausgabe (gestützt auf Art. 423 Abs. 1 OR bzw. in analoger Anwendung von Art. 321b OR oder Art. 464 Abs. 2 OR) besteht oder ob die arbeitsrechtlichen Bestimmungen eine Gewinnabschöpfung im Sinne eines qualifizierten Schweigens ausschliessen.

dd) Bedeutung für die Praxis

Entscheide, die sich direkt mit dem Konkurrenzverbot für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte[9] gemäss Art. 464 OR befassen, sind sehr selten. Meistens sind solche Personen als Arbeitnehmende angestellt und unterstehen während der Vertragsdauer schon im Rahmen ihrer Treuepflicht (Art. 321a Abs. 3 OR) einem Konkurrenzverbot. Wer Arbeitgeber berät, sollte Art. 464 Abs. 2 OR in Erinnerung behalten, der eine gesetzliche Grundlage sowohl für Schadenersatz wie für die Übernahme des Geschäfts durch den Arbeitgeber bietet. Im Übernahmeanspruch liegt als Teil auch der Anspruch auf Herausgabe von erzielten Vorteilen bzw. Gewinn.

Im Entscheid beschränkt sich das Bundesgericht wie gewohnt auf den konkreten Fall und lässt Fragen für die Praxis offen: Kann Art. 464 OR analog auf Nicht-Prokuristen angewandt werden oder würde dort die Vorschrift über die Herausgabepflicht (Art. 321b Abs. 2 OR) reichen? Wie ist das Verhältnis

[9] Der Bundesrat schlägt im Vernehmlassungsverfahren zur Modernisierung des Handelsregisters vor, das Institut der Handlungsvollmacht abzuschaffen, was auch eine formelle Anpassung von Art. 464 OR erfordern würde.Vernehmlassungs-Unterlagen: http://biblio.parlament.ch/e-docs/367769.pdf.

zur Treuepflicht von Organen einer Aktiengesellschaft (Art. 717 OR), worunter auch zeichnungsberechtigte angestellte Direktoren fallen?

Offen bleibt auch, ob die Vorteilsherausgabe auch als Sanktion bei Verletzung eines nachvertraglichen Konkurrenzverbots vereinbart werden kann[10], da der Sonderfall eines im Handelsregister eingetragenen Prokuristen vorlag, der während noch laufendem Arbeitsverhältnis konkurrenzierte. Gegen eine solche Ausdehnung spricht das Argument, das zwingende Sanktionensystem von Art. 340b OR sei abschliessend geregelt.

b) Rémunération des heures supplémentaires (art. 321c al. 3 CO)

Arrêt du TF du 2 mai 2011, 4A_73/2011, c. 4 (f)

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel)

Lorsque le travailleur accomplit des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion du contrat, il est possible d'appliquer la théorie de l'imprévision (c. 4).

bb) Question litigieuse

- Selon l'article 321c al. 3 CO, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé, en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective de travail. Selon la jurisprudence, les parties peuvent valablement prévoir, par écrit, que les heures supplémentaires seront rémunérées sans supplément ou ne seront pas rémunérées, à tout le moins lorsque la rémunération des heures supplémentaires est forfaitairement comprise dans le salaire.
- En l'espèce, le contrat de travail de T., comptable, prévoyait que la rémunération comprenait «les compensations pour les heures supplémentaires et les voyages d'affaires». T. ayant agi en justice pour réclamer le paiement d'heures supplémentaires, la question litigieuse était de déterminer si la clause d'exclusion prévue dans le contrat écrit de travail était valable ou non.

[10] Dazu ausführlicher Chanson, Referat Konkurrenzverbot, 2012, S. 24/25: www.praxis.arbeitsrechtler.ch/Chanson_Konkurrenzverbot_06.2012.pdf, wohl ablehnend auch Urteil des BGer 4A_378/2012 vom 08.10.2012 (f), E. 6.

cc) Considérants

- La doctrine admet que le salaire puisse inclure, si les parties en conviennent ainsi par écrit, une rémunération forfaitaire des heures supplémentaires non compensées, de sorte que ces heures ne donneront droit à aucun paiement spécifique. On réserve parfois l'hypothèse où le travailleur accomplit des heures supplémentaires en nombre excédant notablement ce qui était prévisible lors de la conclusion de l'accord, de sorte que, selon les auteurs concernés, l'employeur ne peut plus s'en prévaloir pour refuser une rémunération spécifique. Cette préoccupation constitue en réalité une référence à la théorie de l'imprévision à appliquer dans toute espèce de relation contractuelle, selon laquelle la partie liée par un contrat peut se dégager partiellement ou totalement de ses obligations en cas de changement important et imprévisible des circonstances, ayant pour effet de créer une disproportion si grave, entre sa prestation et la contre-prestation de l'autre partie, que le maintien du contrat se révélerait abusif.
- En l'espèce, il n'apparaît que les prestations fournies par E. (salaire et bonus) fussent insuffisantes à couvrir de manière forfaitaire aussi les heures de travail supplémentaires normalement prévisibles, et dans sa réponse au recours, T. ne tente aucune démonstration à ce sujet. Il n'est pas non plus constaté, dans la décision attaquée, que T. aurait dû fournir des heures supplémentaires en quantité extraordinaire et imprévisible. Dans ces conditions, le contrat de travail est opposable à T. en tant qu'il excluait le paiement spécifique d'heures supplémentaires, et E. est fondé à s'en prévaloir. Pour ce motif déjà, la cour d'appel aurait dû rejeter la prétention déduite des heures de travail supplémentaire et sa décision, qui constate la teneur du contrat mais ne lui consacre aucune discussion, se révèle contraire à l'art. 321c CO.

dd) Conséquences pour la pratique

- La théorie de l'imprévision s'applique à l'exclusion de toute compensation (en temps ou en argent) des heures supplémentaires. Ainsi, le juge pourrait considérer une telle exclusion comme non valide lorsque le nombre d'heures supplémentaires accompli a notablement excédé ce qui était prévisible, ayant pour conséquence de créer une disproportion grave entre la rémunération versée par l'employeur et le nombre d'heures de travail fourni par le travailleur.

c) Bonus/Gratifikation, Akzessorietät

BGer 4A_520/2012 vom 26.02.2013, (d)[11]*,*
(zur Publikation vorgesehen)

aa) Regeste, nichtamtliche

Übersteigt der eigentliche Lohn den Durchschnittslohn um ein Vielfaches und die Lebenshaltungskosten eines Arbeitnehmers erheblich oder ist damit seine wirtschaftliche Existenz bei Weitem gewährleistet, ist die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Unter solchen Voraussetzungen ist das Verhältnis der Höhe dieser Sondervergütung zum Fixlohn ohne Bedeutung (E. 5.2, 5.3, Präzisierung der Rechtsprechung).

bb) Zusammenfassung

Einem Wertschriftenhändler bei einer Grossbank waren für das Jahr 2005 folgende Entschädigungen (in CHF) zugesagt:

207'550	Fixlohn	
3'100'000	Performance Incentive Bonus, davon	
	1'807'744	Cash-Anteil
	1'292'256	Performance Incentive Plan (PIP)
	mit einer Aufschub- und einer Verfallklausel	
323'064	Longevity Premium Award (LPA).	

Er kündigte mangels Einverständnis zu diesem Aufschub, worauf ihm die Auszahlung der PIP- und LPA-Anteile verweigert worden ist. Dagegen erhob er erfolglos Klage beim Arbeitsgericht Zürich[12]. Seine auf den PIP-Anteil, d.h. auf knapp CHF 1.3 Mio., beschränkte Berufung wies das Zürcher Obergericht[13] ab, was das Bundesgericht bestätigte. Gerichtskosten und Parteientschädigungen beliefen sich je auf insgesamt rund CHF 94'000.-- in den drei Instanzen.

cc) Erwägungen

Der gesetzlich ja nicht geregelte Bonus wird vom Bundesgericht entweder als freiwillige Gratifikation oder dann als grundsätzlich vorbehaltlos geschuldeter Lohn aufgefasst. Die bekannten Kriterien zu dieser Unterscheidung (Ermes-

11 BACHMANN, www.swissblawg.ch, 09.04.2013, Stichwort: 4A_520/2012.
12 Urteil des AGer ZH AN060988 vom 31.08.2011.
13 Urteil des OGer ZH LA110045 vom 02.08.2012, vgl. www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LA110045-O4.pdf, wo der Charakter der beiden strittigen Boni in E. 1.3 beschrieben wird.

sensfreiheit versus Bestimmbarkeit und die nachstehend[14] beschriebene Akzessorietät) werden in der Erwägung 3 mit Verweis auf die bisherige Rechtsprechung dargelegt.

In tatsächlicher Hinsicht weist das Bundesgericht in der Erwägung 4 den Standpunkt des Arbeitnehmers, der aufgeschobene PIP-Bonus sei ein Gewinnanteil im Sinne von Art. 322a OR, zurück.

In der Erwägung 5 setzt sich das oberste schweizerische Gericht dann mit der Argumentation des Arbeitnehmers auseinander, wonach der PIP-Anteil und der zu diesem gehörende LPA-Bonus mit rund 1.6 Mio. Franken rund 80 % vom Fixlohn plus Cash-Anteil ausmache. Dem hielt es entgegen[15], dass es wohl dem Sinn von Art. 322d OR widerspreche und nicht zulässig sei, wenn die Gratifikation – als freiwillige, vom Wohlwollen und Ermessen des Arbeitgebers abhängige Sondervergütung – das ausschliessliche oder hauptsächliche Entgelt des Arbeitnehmers darstellt. Sobald aber der eigentliche Lohn ein Mass erreicht habe, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, könne die Höhe der Gratifikation im Verhältnis zum Lohn kein tragbares Kriterium mehr sein, um über den Lohncharakter der Sondervergütung zu entscheiden. Bei einem Jahreslohn von über 2 Mio. Franken – einem überdurchschnittlich hohen Einkommen, welches das Existenzminimum um ein Mehrfaches übersteige –als Entgelt für eine vollzeitige Arbeitsleistung könne der soziale Schutzgedanke für die Qualifikation zusätzlicher Leistungen des Arbeitgebers keine Bedeutung mehr haben[16].

dd) Bedeutung für die Praxis

Mit BGE 129 III 276 begründete das Bundesgericht Ende 2002 eine Rechtsprechung, wonach eine an sich freiwillige Gratifikation dann zu einem ohne Bedingungen geschuldeten Lohnbestandteil wird, wenn sie nicht mehr als blosse akzessorische, d.h. hinzutretende, nebensächliche, weniger wichtige Zusatzleistung verstanden werden kann. Letzteres sei dann kaum mehr gewahrt, wenn die Gratifikation regelmässig einen höheren Betrag erreicht als der Lohn. Die neue Dimension der Akzessorietät, die das Bundesgericht mit diesem Entscheid ins Spiel gebracht hat[17], wurde in der Literatur breit kritisiert[18], aber in mehreren höchstrichterlichen Entscheiden beibehalten[19]. Dabei

14 nachstehend Teil dd), 1. Absatz.

15 Erwägung 5.3, mit Verweis auf Urteil des BGer 4C.364/2004 vom 01.07.2005 (d).

16 Erwägung 5.4.

17 So die Worte in STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (bibliographische Angaben nachstehend Teil IV.3, vor Fn. 135) N 3 zu Art. 322d, S. 337 oben.

18 vgl. die Nachweise bei STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O. und bei RUDOLPH, Besprechung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 13.12.2011 (AN100077),

blieb die Schlüsselfrage ungeklärt, wie die relevante Proportionalität zwischen Gratifikation und Lohn letztlich zu bestimmen sei. Stattdessen wurde fallbezogen entschieden, was nur erlaubt, Tendenzen abzuleiten. Etwas aufhorchen liess dann der Entscheid BGer 4A_26/2012[20], wo der Fixlohn zuletzt CHF 300'000.-- betrug, was deutlich über dem Schweizerischen Durchschnittslohn liege und ein hohes Salär sei. Die regelmässigen Boni in der Höhe von 30 % bis 63 % (Ø 44 %) des Salärs hielt das Bundesgericht für eine noch akzessorische Gratifikation, womit der Arbeitnehmer leer ausging.

Mit diesem Entscheid vom Mai 2012 war angedacht, was das Bundesgericht nun im Februar 2013 präzisierte, nämlich dass bei hohen Löhnen, die weit mehr als existenzsichernd sind, das Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation und damit die Akzessorietät keine Rolle mehr spielt. Bei welchem Betrag man von einem solch hohen Lohn mit diesen Wirkungen auf den Bonus sprechen kann, bleibt ungeklärt. Im konkreten Fall wurde der Cash-Anteil von rund 1.8 Mio. Franken zum Fixlohn von gut CHF 200'000.-- als Lohn hinzugezählt, obwohl er ja auch als Bonus definiert war. Die Tatsache, dass im Entscheid BGer 4A_26/2012 die Gratifikation trotz hoher Proportionalität noch als akzessorisch eingestuft worden ist, lässt vermuten, dass die kritische Lohngrenze deutlich näher bei diesen CHF 300'000.-- als bei den rund 2 Mio. Franken des jüngsten Entscheids liegt.

Die Zusammenrechnung von Fixsalär und Cash-Anteil knüpft an BGE 131 III 615[21] an, wo es einerseits um sofort verfügbare Boni und andererseits um gesperrte Aktien ging.

Offen bleibt die in der Praxis diskutierte Frage[22], wie es sich dann verhält, wenn man den Bonus nicht mehr als akzessorisch qualifiziert. Wird dann der gesamte Bonus zum Lohn oder nur der Teil, der eine akzessorische Gratifikation übersteigt. Diesbezüglich steht eine Klärung durch das Bundesgericht noch aus.

Es wurde kritisiert, dass mit der Anwendung des Elements der Akzessorietät in die Privatautonomie eingegriffen werde. Auf diese Kritik ist das Bundesgericht auch in seinem jüngsten Entscheid nicht eingegangen, da es hier das Verhältnis zwischen Lohn und Gratifikation als nicht entscheidrelevant hielt.

Teil II.1.c, ARV/DTA 2012 S. 443, https://swisslex.ch (Dokument ARV 2012 S. 243, kostenpflichtig).

19 Vgl. die Nachweise von RUDOLPH, a.a.O.

20 Vom 15.05.2012 (f), kommentiert von TROILLET, Bonus / Gratification, in: Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 17.07.2012.

21 Urteil des BGer 4C.183/2005 vom 21.09.2005 (f) = Pra 95 (2006) Nr. 92.

22 Vgl. auch dazu RUDOLPH, a.a.O., Teil II.3.

d) Droit d'être occupé (328 et 337 CO)

Arrêt du TF du 28 avril 2011, 4A_53/2011 = ATF 137 III 303, c. 2.1.2 (f)[23]

aa) Chapeau officiel de l'arrêt

Selon les circonstances, le travailleur peut avoir un intérêt légitime à fournir effectivement la prestation prévue contractuellement. Un tel intérêt à être effectivement occupé doit être notamment reconnu s'agissant d'un sportif professionnel, en l'occurrence un footballeur (consid. 2.1).

Le travailleur victime d'une atteinte à sa personnalité contraire à l'art. 328 al. 1 CO peut prétendre à une indemnité pour tort moral aux conditions fixées par l'art. 49 al. 1 CO (rappel de la jurisprudence; consid. 2.2).

bb) Question litigieuse

- Le travailleur peut avoir un intérêt légitime à fournir effectivement la prestation prévue au contrat. En effet, un employé qui ne travaille plus se déprécie sur le marché du travail, et son avenir professionnel s'en trouve compromis. La question de savoir si le droit suisse confère au travailleur un véritable droit d'être occupé ayant pour corollaire l'obligation de l'employeur de fournir du travail à ses employés est toutefois controversée. L'existence d'un tel droit n'est généralement reconnue qu'avec réserve, à moins que l'obligation de fournir du travail ne découle directement de la loi (cf. art. 326 al. 1 CO) ou de circonstances spécifiques au rapport de travail.
- En l'espèce, T., footballeur professionnel, avait été exclu de l'équipe par l'entraîneur durant la mi-temps d'un match, parce qu'il s'en était pris, devant les autres joueurs, à la tactique pronée par l'entraîneur. Par la suite, E. avait libéré le joueur de ses obligations et lui avait proposé de s'entraîner avec l'équipe des moins de 21 ans. T. avait alors résilié le contrat de travail avec effet immédiat. Le litige a notamment porté sur la question de savoir si le fait de ne pas être occupé constituait un juste motif permettant à T. de notifier à E. une résiliation immédiate.

[23] Pra 100 (2011) 127 931. Commentaires : RUDOLPH/WIESLI, Jusletter 22 août 2011 (d) ; GLOOR, DTA 2012 p. 27 (f).

cc) Considérants

- Il est évident qu'un footballeur professionnel jouant en première division doit, pour conserver sa valeur sur le marché du travail, non seulement s'entraîner régulièrement avec des joueurs de son niveau, mais aussi disputer des matchs avec des équipes du niveau le plus élevé possible. Or, T. n'avait plus aucun espoir de disputer un match et n'était plus admis qu'à s'entraîner avec une équipe d'un niveau inférieur au sien. Fondée sur une réaction disproportionnée, l'attitude de E. lésait gravement l'intérêt de T. à exercer l'activité pour laquelle il avait été engagé. A cela s'ajoute que l'entraîneur, qui était son supérieur hiérarchique et représentait l'employeur, s'était exprimé, par la voie de la presse, en qualificant T. de traître et en montrant qu'il le tenait pour un imbécile.
- La situation était ainsi devenue insupportable pour T., de sorte que l'on peut comprendre qu'il n'ait pas voulu continuer de rester, jusqu'à l'échéance du contrat, dans un club où il était méprisé et où il n'avait plus la possibilité d'être sélectionné pour un match. L'attitude adoptée par E. vidait le contrat de son sens. Dans ce contexte, on ne pouvait pas exiger de l'intimé la continuation du rapport de travail. Les conditions d'une résiliation immédiate pour justes motifs au sens de l'article 337 al. 1 CO étaient donc réunies.

dd) Conséquences pour la pratique

- Pour conserver sa valeur sur le marché du travail, un sportif professionnel doit non seulement pouvoir s'entraîner régulièrement avec des joueurs de son niveau, mais aussi disputer des matchs avec des équipes du niveau le plus élevé possible. Le sportif professionnel bénéficie en ce sens d'un droit d'être occupé. Si ce droit n'est pas garanti par l'employeur, le travailleur peut en principe se prévaloir d'un juste motif lui permettant de résilier le contrat de travail avec effet immédiat.

e) Übernahme des Betriebs aus Nachlassstundung. Anwendbarkeit von Art. 333 OR

BGer 5A_113/2011 vom 15.08.2011 = BGE 137 III 487 (d)

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 293 ff. SchKG, Art. 333 OR; Betriebsübernahme während der Nachlassstundung.

Überträgt ein Arbeitgeber während der Nachlassstundung den Betrieb, so geht das Arbeitsverhältnis auf den Erwerber über (Art. 333 Abs. 1 OR) und haftet der bisherige Arbeitgeber nach Art. 333 Abs. 3 OR für die Forderungen des Arbeitnehmers (E. 2-5).

Prüfung, wann das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte und damit des Zeitraumes, für welchen der bisherige Arbeitgeber nach der Betriebsübernahme haftet (E. 6).

Prüfung, ob der bisherige Arbeitgeber trotz Übergang des Arbeitsverhältnisses und Neuanstellung durch den Betriebserwerber eine Abfindungszahlung schuldet (E. 7).

bb) Zusammenfassung

Die in Nachlass-Stundung geratene Swissair übertrug ihren Flugbetrieb im Frühjahr 2002 auf die Crossair, die später zu Swiss umfirmierte. Dem Beschwerdeführer, einem Piloten, der dem damaligen Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Swissair-Aeropers unterstand, wurde von der Swissair deshalb am 15.03.2002 gekündigt, worauf er per Ende März 2002 in die nachmalige Swiss eintrat. Mit dem Kollokationsplan in der Swissair-Nachlassliquidation war er nicht einverstanden und erhob Kollokationsklage, die er damit begründete, dass die Kündigung der Swissair nichtig und sein Arbeitsverhältnis – entgegen der Auffassung des Nachlassliquidators – nicht infolge Betriebsübergang auf die Swiss übergegangen sei. Daraus leitete er einen Anspruch auf Kollokation einer Lohndifferenz und Pensionskassenbeiträge bis ins Jahr 2006 (!) im Betrag von rund 300'000 Franken und eventualiter einer Abfindung von rund 140'000 Franken ab. Damit war ihm vor den Zürcher Gerichten kein Erfolg beschieden. Auch das Bundesgericht wies seine Beschwerde ab.

Der von einem ehemaligen Bundesrichter prominent vertretene Pilot stellte sich gegen die Folgerung des Zürcher Obergerichts, dass mit der Übertragung des Flugbetriebs ein Betriebsübergang im Sinne von Art. 333 OR stattgefunden habe und die Swissair danach noch für 6 Monate, der durch Lückenfüllung ermittelten Kündigungsfrist, hafte. Das Obergericht wies das Eventualbegehren auf Leistung einer Abfindung mit der Begründung ab, dass Art. 23 Abs. 3 GAV zwar bei Kündigung wegen Überbestand eine Abfindung vorsehe, dass aber im konkreten Fall das Arbeitsverhältnis ex lege auf die Swiss übergegangen sei und der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dieser habe kein neues Arbeitsverhältnis begründet.

cc) Erwägungen

Das Bundesgericht bezieht sich in den verschiedenen Erwägungen unter der Ziff. 4 auf seine früheren Entscheide BGE 129 III 335[24] und BGE 134 III 102[25], wo die Frage der Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs- bzw. Nachlassverfahren je offen gelassen wurde. Gleichzeitig geht es auf uneinheitliche Literatur und Praxis zu dieser Frage ein. Es stellt mit Verweis auf BGE 127 V 183[26] klar, dass die Übernahme des bisherigen Arbeitsverhältnisses nach Art. 333 OR Rechtsfolge und nicht Tatbestandsmerkmal sei. Danach setze eine Betriebsübertragung keine rechtliche Beziehung zwischen altem und neuem Arbeitgeber voraus; es genüge, wenn der Betrieb tatsächlich weitergeführt oder wieder aufgenommen wird. Unerheblich sei, ob eine zivilrechtliche Übertragung vorliege. Aus diesen Gründen könne die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 333 OR (Rechtsfolge) nicht davon abhängen, ob der Übergang bzw. Erwerb des Betriebes (Tatbestand) auf rechtsgeschäftliche oder auf andere Weise, d.h. in einem zwangsvollstreckungsrechtlichen Rahmen erfolgt sei. Sinn und Zweck von Art. 333 OR bestehe darin, die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer beim Betriebsübergang zu wahren, wobei der bisherige Arbeitgeber kraft Gesetz durch den neuen ersetzt wird. Hauptanliegen sei somit die Sicherung der Kontinuität des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsübergang.

Das Bundesgericht führt dann aus, dass eine Haftung des übernehmenden Erwerbers im Konkurs diesem Zweck entgegenstehe, was mit der Ablehnung dieser Haftung korrigiert worden ist. Dies gelte aber nicht generell für alle Sanierungssituationen. Es seien keine triftigen Gründe ersichtlich, weshalb die Wirkung des Betriebsübergangs auch bei einer Nachlassstundung ausgeschlossen werden solle.

Kein Gehör fand das Argument, die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 333 OR auf eine Betriebsübernahme sei nicht europarechtskonform[27]. Auch die beabsichtigte Revision des Sanierungsrechts[28] ändere am Resultat nichts.

Mit dem Übergang des Flugbetriebs seien die konkreten Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 333 OR erfüllt gewesen. Somit hafte die Swissair

---

24 Dort E. 3, S. 340, wo aber die Haftung des Erwerbers im Konkurs nach Art. 333 Abs. 3 OR ausgeschlossen worden ist. Volltext: Urteil des BGer 4C.316/2002 vom 25.03.2003 (d).

25 Dort E. 2.2 S. 105, ebenfalls die Swissair betreffend. Volltext: Urteil des BGer 4A_48/2007 vom 23.10.2007 (f).

26 Dort E. 4d S. 187, wo der Anspruch auf Insolvenzentschädigung zu beurteilen war. Keine Internetpublikation des Urteils im Volltext.

27 Vgl. die E. 4.6, 4.6.1 und 4.6.2 in BGE 137 III 487.

28 www.parlament.ch, Curia Vista Nr. 10.077.

für die vor dem Übergang fälligen Forderungen und für die noch fällig werdenden bis zum Zeitpunkt, auf den das Arbeitsverhältnis "ordentlicherweise beendet werden könnte", d.h. auf den nach Vertrag (oder allenfalls dem Gesetz) frühestmöglichen Kündigungstermin, bestimmt ab dem Tag des Betriebsübergangs[29].

Die weiteren Erwägungen des Entscheids unter den Ziff. 6 und 7 beziehen sich auf die Auslegung des GAV, wo in Bezug auf die konkret anrechenbare und schliesslich auf 6 Monate festgelegte Kündigungsfrist eine Lücke zu füllen war und auf die (verneinte) Frage, ob eventualiter eine Abgangsentschädigung geschuldet sei.

dd) Bedeutung für die Praxis

Der Entscheid vom Sommer 2011 bedeutet eine wichtige Klarstellung zu kontroversen Fragen der Anwendung von Art. 333 OR über den Betriebsübergang in Zwangsvollstreckungsverfahren[30]. Das Bundesgericht hält nun unmissverständlich fest, dass diese Bestimmung im Fall einer Nachlassstundung gilt und bestätigt für diesen Fall – und anders als bei der Übernahme aus einem Konkurs – die Haftung des bisherigen Arbeitgebers.

Nicht beurteilt worden ist dagegen die Haftung des Erwerbers, der ja nach Art. 333 Abs. 3 OR in eine solidarische Haftung für alle vor dem Übergang entstandenen Forderungen übernimmt. Ob er sich zu seiner Schonung ebenfalls auf BGE 129 III 335[31] berufen könnte, ist fraglich. Immerhin dürfte sein finanzielles Risiko tendenziell tiefer sein, weil die Arbeitnehmer, soweit sie Erstklassgläubiger sind, in Nachlasssanierungen vielfach nicht zu Verlust kommen[32].

Soweit der Entscheid den ja dahingefallenen Gesamtarbeitsvertrag zwischen der Swissair und dem Personalverband Aeropers auslegt, hat er vor allem historische Bedeutung, wenn man von den Erwägungen über die Lückenfüllung absieht.

29 E. 5.1 + 5.2 im Entscheid.

30 Vgl. dazu ausführlich STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 7 zu Art. 333.

31 Dazu vorstehend S. 657 bei Fussnote 24.

32 Laut der amtlich nicht publizierten E. 1.1 in BGer 5A_113/2011 vom 15.08.2011 stand auch im vorliegenden Fall eine Nachlassdividende für Forderungen erster Klasse von 100 % in Aussicht.

f) Massenentlassung: Konsultation, zweckdienliche Auskünfte nach Art. 335f Abs. 3 OR

BGer 4A_483/2010 vom 17.03.2011 = BGE 137 III 162 (d)[33]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Konsultation der Arbeitnehmervertretung vor Massenentlassungen; zweckdienliche Auskünfte (Art. 335f OR).

Pflicht des Arbeitgebers zur Konsultation der Arbeitnehmervertretung vor Massenentlassungen (E. 1).

Der Arbeitgeber verletzt die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer, wenn er Auskünfte verweigert, die es den Arbeitnehmern konkret erlaubt hätten, zusätzliche oder verbesserte Lösungsvorschläge mit realistischen Erfolgsaussichten zur Vermeidung der Kündigungen oder zur Milderung der Folgen der Entlassungen vorzulegen. Prüft der Arbeitgeber dagegen ernsthaft sämtliche in Betracht kommenden Alternativen, bevor er die Kündigungen ausspricht, wird der Zweck der Mitwirkung der Arbeitnehmer erreicht (E. 2).

bb) Zusammenfassung

Nach der Schliessung einer Zellstofffabrik Borregaard in Riedholz/SO machte die Unia-Gewerkschaft im Rahmen einer Feststellungsklage gegen die Arbeitgeberin geltend, dass sie die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmenden Art. 10 lit. c MitwG[34] in Verbindung mit Art. 335f OR verletzt habe.

Streitig war insbesondere, was zu den zweckdienlichen Auskünften gehört, welche der Arbeitgeber nach Abs. 3 von Art. 335f OR zu erteilen hat.

Sowohl die Solothurner Gerichte wie das Bundesgericht haben eine Verletzung der Mitwirkungsrechte verneint.

Für die Konsultation war mit einem umfangreichen Schreiben vom 26.09.2008 eine Frist bis am 24.10.2008 angesetzt worden, mithin 28 Tage. Nachdem sich die Arbeitnehmerseite formiert hatte, fand am 07.10.2008 eine erste "Auftaktsitzung" statt und die Verhandlungsgemeinschaft der Arbeitnehmer stellte anderntags verschiedene Fragen, die anfänglich nur mündlich und erst am 20.10.2008 schriftlich beantwortet worden sind.

---

33 REITER/WIDMER, Urteilsbesprechung, AJP 2011, S. 1103, mit dem Hinweis, dass einer der Autoren zugleich Co-Vertreter der Arbeitgeberin war; BÄRTSCHI, ius.focus 2011 Nr. 117; WYLER, JdT 2012 II 202, No. 8 (f).

34 Nichtamtliche Abkürzung für das Mitwirkungsgesetz; SR 822.14.

cc) Erwägungen

Vorab werden im Entscheid die Grundsätze zur Konsultation rekapituliert[35]. Sie soll den Arbeitnehmenden die Möglichkeit geben, den Arbeitgeber zur Prüfung der ihm unterbreiteten Alternativen zu veranlassen, bevor er sich endgültig für eine Massenentlassung entschliesst. Die Konsultation ist so frühzeitig einzuleiten, dass sie abgeschlossen werden kann, bevor der endgültige Entscheid getroffen wird. Der Arbeitnehmerseite ist genügend Zeit einzuräumen, um die Informationen ihres Arbeitgebers zu verarbeiten, konstruktive Vorschläge zu formulieren und dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen. Die Dauer der Konsultationsfrist bestimmt sich nach den konkreten Umständen. Wäre sie zu kurz, ist die Konsultationspflicht verletzt und dennoch ausgesprochene Kündigungen wären missbräuchlich, wenn tatsächlich die Voraussetzungen für eine Massenentlassung gegeben waren. Von Arbeitnehmenden präsentierte Lösungsvorschläge muss der Arbeitgeber nicht verwirklichen, aber er ist nach Treu und Glauben gehalten, solche Anregungen seriös zu prüfen.

Einigen Raum gibt der Entscheid in den Erwägungen unter der Ziff. 2 zur Frage der zweckdienlichen Informationen. Es wird dabei klar, dass dieser Begriff im Kontext der konkreten Umstände auszulegen ist. Zweckdienlich sind Informationen, die konkret zur Ausarbeitung oder Verbesserung von Vorschlägen dienen, nicht aber alles, was sich im Voraus als wissenswert erweist. Wird ein Arbeitgeber wahllos mit Fragen überhäuft, die zwar theoretisch zur Ausarbeitung von Projekten hilfreich sein könnten, so führe dies zu unnötigem Aufwand und allenfalls auch zu Verzögerungen. Man habe sich stattdessen nach Treu und Glauben auf die Informationen zu beschränken, die für eine Auswahl erfolgsversprechender Projekte notwendig sind und dann nur Zusatzauskünfte zu verlangen, die es für die Ausarbeitung dieser Projekte brauche.

Nicht vom Zweck der Auskunftspflicht von Art. 335f OR gedeckt ist die Information Dritter oder der Öffentlichkeit. Diesbezüglich billigte das Bundesgericht der Arbeitgeberin aufgrund des Verhaltens der Verhandlungsgemeinschaft auf Arbeitnehmerseite und deren Weigerung, eine Geheimhaltungserklärung einzugehen, zu, sie habe objektiven Anlass zur Befürchtung gehabt, die Informationen könnten an Dritte gehen.

Weiter stellte das oberste Gericht in diesem Entscheid klar, dass an sich nur die in Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR ausdrücklich aufgezählten Informationen schriftlich abgegeben werden müssen, während weitere zweckdienliche Auskünfte mündlich gegeben werden können, ausser diese wären derart komplex,

35 E. 1.1 + 1.2.

dass ohne eine schriftliche Auskunft das Ausarbeiten von Lösungsvorschlägen stark erschwert würde[36].

dd) Bedeutung für die Praxis

Der Entscheid hat grundlegende Bedeutung, wo er das Vorgehen bei einer Konsultation rekapituliert und wo er den Zweck dieser "zweckdienlichen Auskünfte" beschreibt. Letzteres erfolgt zum Teil in einer etwas theoretischen Form, was nicht vereinfacht, Regeln dafür aufzustellen. Klar wird allerdings, dass dann die Mitwirkungsrechte verletzt wären, wenn ein Arbeitgeber notwendige zweckdienliche Auskünfte oder die Beantwortung berechtigter Fragen verweigert.

Erstaunlicherweise enthält der Entscheid auch im Volltext[37] keine prozessualen Erwägungen zur Zulässigkeit der Beschwerde in Zivilsachen, zum Streitwert oder zum Umstand, dass Art. 15 Abs. 2 MitwG den beteiligten Arbeitgebern oder Arbeitnehmenden oder deren Verbände ein auf Feststellung beschränktes Klagerecht gibt.

Aus dem Volltext des Entscheids ist ersichtlich, dass das Bundesgericht keine Gerichtskosten auferlegt, die Unia aber verpflichtet hat, der Arbeitgeberin eine Prozessentschädigung zu zahlen. Diesbezüglich wird auf das Urteil des BGer 4C.263/2003 vom 16.12.2003 verwiesen, das sich zur Kostenfreiheit auf Abs. 3 von Art. 15 MitwG[38] abstützt, der mit der Zivilprozessordnung (ZPO)[39] auf Ende 2010 aufgehoben worden ist.

36 E. 2.2.3 im Entscheid.

37 BGer 4A_483/2010 vom 17.03.2011.

38 AS 1994 1037: "[3] Das Verfahren ist einfach, rasch und unentgeltlich. Der Sachverhalt wird von Amtes wegen festgestellt."

39 Vgl. dort Art. 113 Abs. 2 lit. e (Kostenfreiheit), Art. 243 Abs. 2 lit. e (Vereinfachtes Verfahren) und Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO (Feststellung des Sachverhalts).

g) Missbräuchliche Kündigung Arbeitnehmervertreter (Art. 336 Abs. 2 lit. b OR), Massenentlassung

BGer 4A_415/2011 vom 17.03.2011 = BGE 138 III 359 (d)[40]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 336 Abs. 2 lit. b OR; missbräuchliche Kündigung, Entlassung eines gewählten Arbeitnehmervertreters.

An der Rechtsprechung gemäss BGE 133 III 512, wonach eine Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen nicht missbräuchlich ist, soweit kein Zusammenhang mit der Tätigkeit des Angestellten als gewählter Arbeitnehmervertreter besteht, wird festgehalten (E. 4, 5.3 und 6).

bb) Zusammenfassung

Einem Redaktor des Tages-Anzeigers, der seit 2005 zugleich Präsident der Personalkommission war, wurde im Mai 2009 zusammen mit weiteren 56 Mitarbeitenden gekündigt. Er berief sich auf Art. 336 Abs. 2 lit. b OR und erstritt vor Arbeitsgericht Zürich eine Missbrauchsentschädigung von rund CHF 27'000.--. Auf Berufung der Tamedia hob das Zürcher Obergericht diesen Entscheid auf, was das vom Arbeitnehmer angerufene Bundesgericht bestätigte[41].

Das Bundesgericht hielt – an BGE 133 III 512[42] anknüpfend – fest, dass die Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen zulässig ist.

cc) Erwägungen

Laut dem oben zitierten Entscheid aus dem Jahr 2007 kann der Arbeitgeber einem gewählten Arbeitnehmervertreter nicht nur aus Gründen, die dieser selbst gesetzt hat, sondern auch aus rein objektiven Gründen kündigen. Damit ist auch eine Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen zulässig, soweit kein

---

40 WILDHABER, Kündigung von Arbeitnehmervertretern aus wirtschaftlichen Gründen, Jusletter, 2. Juli 2012; STUDER, Urteilsbesprechung, Medialex 2012 S. 102 (kostenpflichtig über www.medialex.recht.ch und https://swisslex.ch abrufbar); VASELLA D., www.swissblawg.ch, 28.03.2012, Stichwort: 4A_415/2011; FELBER (fel.), Auch Gewerkschafter können aus wirtschaftlichen Gründen entlassen werden, NZZ 27.03.2012; SCHAUB, ius.focus 2012 Nr. 108.

41 Die Zürcher Entscheide sind weder in den Entscheiden des Arbeitsgerichts Zürich noch auf www.gerichte-zh.ch publiziert.

42 Volltext: BGer 4C.77/2007 vom 26.06.2007.

Zusammenhang mit der Tätigkeit als Arbeitnehmervertreter besteht. Das Bundesgericht hält an dieser Rechtsprechung fest.

In seinen Erwägungen geht das Bundesgericht detailliert auf die Materialien des seit 1989 geltenden sachlichen Kündigungsschutzes für Personalvertreter ein[43]. Der Gesetzgeber habe mit der geltenden Regelung den Arbeitnehmervertreter nicht privilegieren wollen, sondern vor einer Entlassung schützen wollen, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Personalvertreter steht. Einen absoluten Bestandesschutz gebe es nicht. Deshalb sei der Arbeitgeber auch nicht gehalten, die Umstrukturierung zunächst zulasten anderer Arbeitnehmer vorzunehmen. Weiter grenzt der Entscheid den begründeten Anlass von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR vom wichtigen Grund nach Art. 337 OR ab und zudem vom begründeten Anlass gemäss Art. 340c Abs. 2 OR, der je nach Konstellation zum Wegfall eines Konkurrenzverbots führt. Eine Änderung seiner Praxis lehnt das Bundesgericht aber auch mit Blick auf den Sinn des Gesetzes ab[44]. Eine Änderung müsste der Gesetzgeber anordnen.

dd) Bedeutung für die Praxis

Der Tages-Anzeiger-Redaktor hatte mit Hinweis auf die Materialien zum Kündigungsschutz aus dem Jahr 1980[45] und auf ein laufendes Gesetzgebungsprojekt[46] die Änderung dieser Rechtsprechung beantragt, worauf das Bundesgericht jedoch nicht eintrat. Er machte auch erfolglos geltend, diese Praxis hebe die Beweislastumkehr von Art. 336 Abs. 2 lit. b OR faktisch auf.

Der Entscheid bestärkt die Geltung der grundsätzlichen Kündigungsfreiheit im schweizerischen Arbeitsrecht und dehnt den Anwendungsbereich des sachlichen Kündigungsschutzes nicht aus. Das mag juristisch richtig begründet sein, blendet aber einen Umstand aus, auf den das Zürcher Arbeitsgericht hingewiesen hat[47], nämlich dass es für einen Personalvertreter recht schwierig sein dürfte, sich im Unternehmen gegen eine Massenentlassung zu stellen und für einen Sozialplan einzutreten, wenn er damit rechnen muss, dass ihm selber gekündigt wird.

43 E. 6.2.1 und 6.2.2 im Entscheid.
44 E. 6.2.4 im Entscheid.
45 BBl 1984 II 551.
46 Vgl. die Angaben zum Stand der Vorlage: www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html.
47 Dies ist der Urteilsbesprechung von Peter Studer, zitiert vorstehend S. 662 in Fussnote 40, zu entnehmen.

h) Temps de réaction pour notifier une résiliation immédiate (art. 337 CO)

Arrêt du TF du 2 août 2012, 4A_236/2012, c. 2.4-5 (f)

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel)

La partie qui résilie un contrat de travail pour de justes motifs ne dispose en principe que d'un court délai de réflexion, de deux à trois jours ouvrables, pour notifier le licenciement. Toutefois, ce délai est parfois considéré comme sévère et peut être étendu en fonction d'une appréciation des circonstances concrètes (c. 2.4).

bb) Question litigieuse

- La jurisprudence considère que la partie qui résilie le contrat de travail en invoquant de justes motifs ne dispose que d'un court délai de réflexion pour communiquer la rupture immédiate des relations. Un délai de réflexion de deux à trois jours ouvrables est présumé approprié. Un délai supplémentaire n'est accordé à celui qui entend résilier le contrat que lorsque les circonstances particulières du cas concret exigent d'admettre une exception à la règle.
- En l'espèce, T., responsable d'un département auprès d'une banque, avait été licenciée avec effet immédiat, car elle n'avait pas respecté diverses instructions relatives à l'utilisation du système informatique, au système dit «des 4 yeux», et aux transactions excédant CHF 100'000.--. L'une des questions à résoudre était de déterminer si E. avait réagi assez rapidement en notifiant le licenciement en date du 12 avril 2010, alors que les manquements de T. avaient été signalés à un cadre de la banque le 29 mars 2010.

cc) Considérants

- Il faut tenir compte du temps nécessaire pour élucider les faits, étant toutefois précisé que l'employeur doit prendre immédiatement et sans discontinuer toutes les mesures nécessaires pour clarifier la situation. Suivant les circonstances, il peut être justifié de mener des investigations en secret. Le délai de réflexion de trois jours ouvrables est considéré comme sévère et il peut être étendu en fonction d'une appréciation des circonstances concrètes. Ainsi, il a été jugé qu'un délai d'une semaine était approprié s'il était nécessaire de recueillir l'approbation des organes d'une personne morale.

- En l'espèce, il faut admettre que E. a agi avec la célérité requise aussi bien pour établir les faits que pour prendre sa décision et la notifier. On ne peut en tout cas pas déduire de son attitude qu'il était prêt à poursuivre la relation de travail nonobstant les faits dénoncés. T. reproche à E. d'avoir attendu son retour de vacances. Il était cependant légitime qu'il souhaite entendre sa version des faits avant de prendre sa décision définitive. T. ne peut d'ailleurs, sans violer le principe de la bonne foi, se plaindre de ce que l'employeur lui ait donné l'occasion de se défendre contre les reproches qui lui étaient adressés. Ainsi, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en admettant que les conditions étaient remplies pour une résiliation immédiate du contrat de travail.

dd) Conséquences pour la pratique

- Suivant les circonstances, le délai de réflexion admissible avant la notification d'un licenciement immédiat peut excéder une dizaine de jours. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a tenu compte du temps nécessaire à l'éclaircissement des faits, des jours du week-end de Pâques, ainsi que de la période de vacances de l'employée.

i) Rechtzeitigkeit einer fristlosen Kündigung im Personalrecht

BGer 8C_294/2011 vom 29.12.2011 = BGE 138 I 113 (d)[48]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 9 BV; Art. 10 des Gesetzes vom 14. Juni 2006 über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden; Rechtzeitigkeit der fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber.

Zusammenfassung der Kriterien, welche hinsichtlich der Erklärungsfrist für die fristlose Kündigung im privatrechtlichen (E. 6.3) und im öffentlich-rechtlichen (E. 6.4) Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen sind.

Mit Blick auf die Besonderheiten der Kündigung eines öffentlich-rechtlichen im Vergleich zu einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis wurde die fristlose Entlassung eines Lehrers angesichts der konkreten Umstände als nicht verwirkt betrachtet (E. 7).

48 Übersetzung: JdT 2012 I, S. 231 (f); Entscheid behandelt in RUSCH, Anfechtung als Alternative zur fristlosen Entlassung, ARV online 2012, Nr. 108, www.arnoldrusch.ch.

bb) Zusammenfassung

Einem über 20 Jahre in einer Bündner Gemeinde tätigen Primarlehrer wurde nach einem Vorfall bei einem Schulausflug vom Schulrat mit Schreiben vom 27.07.2007 fristlos gekündigt. Die schriftlich begründete Kündigungsverfügung ging ihm am 27.08.2007 zu. Ihm war vorgeworfen, was bestritten wurde, in der Nacht vom 02./03.07.2007 alkoholisiert gewesen zu sein, eine Tätlichkeit gegenüber einem Mädchen, das sich im Bubenzimmer aufhielt, und überdies massive verbale Entgleisungen begangen zu haben. Die Eltern hatten sofort die Polizei aufgeboten und der Lehrer wurde am 04.07.2007 einstweilen vom Schuldienst suspendiert. Bezüglich der Tätlichkeit war Strafanzeige erstattet worden. Das Kantonsgericht Graubünden sprach den Lehrer aber frei, weil zwar der objektive Tatbestand erfüllt gewesen sei, es aber am Vorsatz gefehlt habe.

Der Lehrer hat sich vor dem Verwaltungsgericht Graubünden[49] erfolglos darauf berufen, die fristlose Entlassung sei nicht gerechtfertigt und zudem verspätet ausgesprochen. Das kantonale Gericht ging allerdings davon aus, er habe im Verlauf des Verfahrens den Kündigungsgrund anerkannt.

Das Verwaltungsgericht hatte die fristlose Entlassung auf eine analoge Anwendung von Art. 10 PG GR[50] gestützt, der praktisch gleich wie Art. 337 OR lautet. Dabei vertrat es die Auffassung, dass diese beiden Bestimmungen nicht miteinander verglichen werden können. Artikel 337 OR sei nicht anwendbar. Die Wahrung des rechtlichen Gehörs und die Begründungspflicht für eine Kündigung spielten nur im öffentlichen Recht eine Rolle. Im Gegensatz zum Privatrecht erfolge im öffentlichen Recht vor einer Kündigung immer eine Untersuchung von Amtes wegen (Untersuchungsgrundsatz), welche eine gewisse Zeit zur Sachverhaltsermittlung benötige.

cc) Erwägungen

Das Bundesgericht beurteilte nicht abschliessend[51], ob die fristlose Entlassung in materieller Hinsicht anerkannt sei, sondern nahm seinerseits eine Abwägung vor und kam zum gleichen Schluss wie seine Vorinstanz[52].

Bei der Anwendung von Art. 10 PG GR konnte nach der Auffassung des Bundesgerichts auf seine (zivilrechtliche) Rechtsprechung zu Art. 337 OR zurückgegriffen werden. Vorab zeigte es in den Erwägungen unter der Ziff. 6.3 im Detail auf, wie es sich mit der sofortigen Reaktion bei einer fristlosen

49 Entscheid des VGer GR U 07 87 vom 20.12.2010, www.lawsearch.gr.ch.

50 Gesetz über das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitenden des Kantons Graubünden (Personalgesetz, PG, BR 170.400).

51 Vgl. dazu die E. 5.1 - 5.3 des Bundesgerichts.

52 E. 5.4 im bundesgerichtlichen Entscheid.

Kündigung verhält. Dabei wird klar, dass abgesehen von Sonderfällen innert zwei bis drei Tagen reagiert werden muss. Ein längeres Zuwarten rechtfertigt sich nur, wenn noch Abklärungen nötig sind oder wenn die Entscheidungswege länger sind.

Die privatrechtliche Rechtsprechung, welche eine kurze Reaktionsfrist vorgibt, kann nach der Meinung des Bundesgerichts nicht unbesehen auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse übertragen werden. Stattdessen müssen hier verfahrensmässige Abläufe beachtet werden und der staatliche Arbeitgeber kann sich nicht auf die Privatautonomie und Vertragsfreiheit berufen, sondern muss auf die Grundrechte und auf rechtsstaatliche Grundsätze Rücksicht nehmen. Überdies beendet eine ungerechtfertigte fristlose Entlassung nicht gleichermassen das Arbeitsverhältnis, wie es Art. 337c Abs. 1 OR tut, sondern ein "Personalrechts"-Gericht kann eine fristlose Kündigung in eine ordentliche konvertieren[53].

In einer umfassenden Würdigung der Sachumstände attestiert das Bundesgericht der Gemeinde als Arbeitgeberin schliesslich, dass sie nicht zu lange gewartet habe[54].

dd) Bedeutung für die Praxis

Obwohl er von der I. sozialrechtlichen Abteilung gefällt wurde, bietet der Entscheid einen guten Überblick zum Zeitrahmen der Reaktion bei einer privatrechtlichen fristlosen Auflösung. Er streicht aber auch anschaulich heraus, dass es im Personalrecht verfahrensmässige Unterschiede gibt, die eine längere Reaktionsfrist erlauben, die im konkreten Fall ja gut 3 Wochen betrug, wenn man auf die blosse Mitteilung der Kündigung abstellt. Fragen kann man sich nur, ob es richtig ist, nach Mitteilung des Beschlusses nochmals fast einen Monat zuzuwarten, bis der begründete Entscheid dann erging. Letztlich erlaubt nur dieser, eine Überprüfung der Motive zur Kündigung, und es wäre selbst in der Ferienzeit nicht recht nachvollziehbar, weshalb das Formulieren so viel Zeit beansprucht hat.

53 Vgl. zum Vorstehenden die Erwägungen unter der Ziff. 6.4. + 6.5.
54 E. 7 im Entscheid.

j) Validité d'une clause de prohibition de concurrence (art. 340 al. 2 CO)

Arrêt du TF du 10 janvier 2012, 4A_489/2011 = ATF 138 III 67, c. 2.2.1-2 (f)[55]

aa) Chapeau officiel de l'arrêt

Art. 340 al. 2 CO; validité d'une clause de prohibition de concurrence.

Lorsque le travailleur fournit au client une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de sorte que ce dernier attache plus d'importance auxdites capacités qu'à l'identité de l'employeur, une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle n'est pas valable (consid. 2.2).

Secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur (art. 340 al. 2 CO); devoir de fidélité du travailleur (art. 321a CO).

Les secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur doivent toucher à des questions techniques, organisationnelles ou financières, qui sont spécifiques et que celui-ci veut garder secrètes. Le devoir de fidélité du travailleur s'éteint, en l'absence d'une disposition légale contraire, au terme du contrat de travail. Ne viole pas son devoir de fidélité le travailleur qui, envisageant avec d'autres de fonder une entreprise concurrente, entreprend des préparatifs avant que le contrat de travail ne prenne fin, pour autant cependant qu'il ne commence pas à concurrencer son employeur, à débaucher des employés ou à détourner de la clientèle. Application de ces principes au cas d'espèce (consid. 2.3).

bb) Question litigieuse

- Selon l'art. 340 al. 2 CO, la prohibition de faire concurrence n'est valable que si les rapports de travail permettent au travailleur d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires de l'employeur et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à l'employeur un préjudice sensible. Une clause fondée sur la connaissance de la clientèle, ne se justifie que si l'employé, grâce à sa connaissance des clients réguliers et de leurs habitudes, peut facilement leur proposer des prestations analogues à celles de l'employeur et ainsi les détourner de celui-ci.

55 Pra 101 (2012) 76 521. Commentaire: STEFANICKI, ius.focus 2012 no. 57 (d).

- En l'espèce, une société active dans l'organisation de séminaires et cycles de formation avait engagé T. en qualité de «training coach senior». Le contrat de travail écrit contenait une clause de prohibition de concurrence interdisant à l'employé, en cas de démission après la première année de service, d'exercer une activité concurrente dans un délai de deux ans et dans l'espace de la Suisse romande et de la région frontalière de Genève. La clause était également assortie d'une amende conventionnelle. E. a agi en justice contre T. à qui elle reprochait une violation de la clause. L'une des questions à résoudre était de déterminer si l'activité de T. lui permettait d'avoir une connaissance de la clientèle au sens de l'art. 340 al. 2 CO.

cc) Considérants

- Une clause de prohibition de concurrence fondée sur la connaissance de la clientèle ne se justifie pas lorsque l'employé noue un rapport personnel avec le client en lui fournissant des prestations qui dépendent essentiellement des capacités propres à l'employé. Dans ce cas, en effet, le client attache de l'importance à la personne de l'employé dont il apprécie les capacités personnelles et pour qui il éprouve de la confiance et de la sympathie. Une telle situation suppose que le travailleur fournisse une prestation qui se caractérise surtout par ses capacités personnelles, de telle sorte que le client attache plus d'importance aux capacités personnelles de l'employé qu'à l'identité de l'employeur.
- Pour des séminaires de formation, on conçoit facilement que les entreprises clientes attachent une importance prépondérante à la capacité de l'animateur d'attirer l'attention, de s'exprimer clairement et de transmettre un message que l'auditoire retiendra. Il faut conclure qu'exploiter la seule connaissance de la clientèle ne suffisait pas pour causer un préjudice sensible à l'employeur et que le préjudice subi découle, au contraire, de manière prépondérante, des capacités personnelles des travailleurs. En conséquence, la cour cantonale n'a pas violé l'art. 340 al. 2 CO en concluant que la clause de prohibition de concurrence n'était pas valable.

dd) Conséquences pour la pratique

- La personne qui effectue une prestation de travail en qualité d'animateur ou d'enseignant dans des formations continues noue un rapport personnel avec les participants à la formation. Il en résulte qu'une clause de prohibition de concurrence basée sur la

connaissance de la clientèle n'est en principe pas valable et qu'elle ne peut, en conséquence, pas être opposée à l'employé.

k) Champ d'application d'une CCT ; interprétation d'une clause d'égalité (art. 356ss CO)

Arrêt du TF 27 novembre 2012, 4A_163/2012, c. 5.1-2 (f), publication ATF prévue

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel)

Portée d'une clause d'égalité, figurant dans une convention collective d'entreprise, qui fait obligation à l'employeur d'appliquer les dispositions normatives de la convention à tous ses employés, syndiqués ou non (c. 5).

bb) Question litigieuse

- Une clause d'égalité ou d'extension fait obligation aux employeurs liés par elle d'appliquer ses dispositions normatives à tous leurs employés, qu'ils soient membres d'une association de travailleurs ou non. Lorsqu'une convention collective de travail passée par des associations contient une clause d'extension, celle-ci n'est pas de nature normative, mais obligationnelle. La clause d'extension concerne alors uniquement les droits et obligations des parties à la convention. Le travailleur non lié censé bénéficier de la CCT ne dispose d'aucun moyen direct de faire respecter la convention à son égard; il peut uniquement demander que les parties à la CCT interviennent auprès de l'employeur lié.
- En l'espèce, la question litigieuse était de déterminer s'il faut appliquer le régime ordinaire ou un autre régime lorsque la clause d'extension se trouve dans une convention collective d'entreprise.

cc) Considérants

- Lorsque la clause d'extension figure dans une convention collective d'entreprise, le promettant n'est pas une association d'employeurs, mais bien l'employeur lui-même. Si la volonté des parties à la convention est d'accorder un droit propre au travailleur non syndiqué, rien n'empêche ce dernier, en ce cas, d'agir directement contre l'employeur pour obtenir le respect de la CCT.
- Pour déterminer si la stipulation pour autrui contient un droit en faveur du tiers bénéficiaire, il y a lieu d'interpréter avant tout la volonté des parties, ce qui suppose de prendre en considération

toutes les circonstances de l'espèce, dont en particulier les termes utilisés.

dd) Conséquences pour la pratique

- Une clause d'extension figurant dans une convention collective d'entreprise peut accorder un droit propre aux travailleurs non syndiqués d'agir directement contre l'employeur pour obtenir le respect des dispositions de la convention collective de travail.

l) Allgemeinverbindlicherklärung Gesamtarbeitsvertrag FAR, Beitragspflicht des Arbeitgebers

BGer 9C_347/2011 vom 26.01.2012 = BGE 138 V 32 (d)[56]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 356 ff. OR; Art. 1 Abs. 2 AVEG; Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrages für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR); Beitragspflicht des Arbeitgebers.

Die allgemeinverbindlich erklärte Pflicht des Arbeitgebers zur Entrichtung von Vorsorgebeiträgen an die Stiftung FAR beruht auf genügenden gesetzlichen Grundlagen (E. 3).

bb) Zusammenfassung

Die Stiftung für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (FAR) klagte gegen einen nicht dem Schweizerischen Baumeisterverband angeschlossenen Unternehmer auf rückwirkende Zahlung von einmaligen Eintrittsbeiträgen sowie von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen und überdies auf Verpflichtung, eine Liste aller Mitarbeitenden mit weiteren Angaben vorzulegen. Das Zürcher Sozialversicherungsgericht[57] gab der Vorsorgeeinrichtung bezüglich der Zahlungsverpflichtung Recht, lehnte aber durch Nichteintreten[58] die Editionsverpflichtung mit der Begründung ab, die Stiftung FAR könne die entsprechenden Daten im Rahmen ihrer Abklärungs- und Kontrollkompetenz selber erheben und eine gerichtliche Verpflichtung brau-

56 VASELLA D., www.swissblawg.ch, 20.03.2012, Stichwort: 9C_347/2011.
57 Urteil des SVGer ZH BV.2009.00060 vom 10.03.2011, www.sozialversicherungsgericht.zh.ch.
58 E. 3 im kantonalen Entscheid.

che es ohne nachvollziehbaren Anlass im konkreten Fall nicht. Das Bundesgericht hat die Zahlungsverpflichtung geschützt.

Der Bauunternehmer hatte die Unterstellung unter den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag für den flexiblen Altersrücktritt im Bauhauptgewerbe (GAV FAR) nicht bestritten, aber brachte vor, es fehle für die Beitragserhebung eine genügende gesetzliche Grundlage, weshalb sie gegen das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 BV) und das Gewaltentrennungsprinzip (Art. 164 Abs. 1 lit. d BV) verstosse. Überdies sei die Erhebung von Beiträgen "ohne vorgängige persönliche Benachrichtigung" eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots gemäss Art. 8 BV und Art. 2 Ziff. 4 AVEG[59].

cc) Erwägungen

In seinen Erwägungen unter der Ziff. 3 legt das Bundesgericht vorab die Rechtsgrundlagen für Abgaben dar, die es in einen Kontext zum Institut der Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen stellt. Es kommt zum Schluss, dass einerseits mit Art. 1 Abs 2, Art. 4 Abs. 1 und Art. 2 Ziff. 3 AVEG in Verbindung mit Art. 357b OR der Kreis der Abgabepflichtigen, nämlich die Arbeitgeber und Arbeitnehmenden einer bestimmten Branche, genügend bestimmt ist. Andererseits können nach Art. 1 Abs. 2 AVEG in Verbindung mit Art. 357b Abs. 1 lit. b OR Beiträge an Ausgleichskassen und "andere das Arbeitsverhältnis betreffende Einrichtungen" erhoben werden und es sei nicht einzusehen, weshalb die Beiträge der Stiftung FAR davon nicht erfasst sein sollten. Im Übrigen liege es auf der Hand, dass die konkrete Beitragspflicht und insbesondere die Bemessung von Beiträgen nicht in einem formellen Gesetz geregelt werden, da diese ja auf einer Einigung der Sozialpartner beruhe.

Zum Einwand des Unternehmers, er sei nicht vorher persönlich benachrichtigt worden, verwies darauf, dass die AVE eines GAV eine normative Regelung mit Rechtsetzungscharakter sei und deshalb im Bundesblatt publiziert werden müsse. Melde sich ein Arbeitgeber nicht von sich aus bei der Stiftung FAR an, sei dies eine grobfahrlässige Verletzung seiner Verpflichtungen[60].

Im Einklang mit BGE 136 V 73[61] bestätigte das Bundesgericht, dass die fünfjährige Verjährungsfrist von Art. 41 Abs. 2 Satz 1 BVG in Verbindung mit Art. 89bis Abs. 6 Ziff. 5 ZGB erst mit der (zumutbaren) Kenntnis der Stiftung von ihrer Beitragsforderung gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber zu laufen beginne und die Forderungen demnach nicht verjährt seien.

---

59 BG über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, SR 221.215.311.

60 So schon Urteil des BGer 9C_783/2011 vom 21.11.2011.

61 Volltext: BGer 9C_173/2009 vom 25.01.2010.

dd) Bedeutung für die Praxis

Die Erkenntnisse aus diesem Entscheid sind nicht spektakulär, sondern bestätigen das, was sich schon aus gesundem Menschenverstand ableiten lässt. Natürlich war es dem Bauunternehmer unbenommen, die Grundlage der von ihm verlangten Beiträge höchstrichterlich überprüfen zu lassen. Ob sich dies bei Verzugszinsen von 5 % seit 2003, den eigenen Anwaltskosten und der Entscheidgebühr des Bundesgerichts auch wirtschaftlich gelohnt hat, steht auf einem anderen Blatt.

2. Législation sur le travail / Arbeitsgesetz

a) Procédure interne de gestion des conflits (art. 6 LTr)

Arrêt du TF du 9 mai 2012, 2C_462/2011, c. 4 et 5

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel)

Un service cantonal d'inspection du travail peut imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes. Il est nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés (c. 4.3).

bb) Question litigieuse

- Il est admis que l'employeur doit veiller à ce que ses employés puissent exécuter leur prestation de travail dans des conditions qui respectent leur personnalité (cf. art. 328 CO). Il doit notamment repérer et désamorcer les situations conflictuelles en temps utile.
- En l'espèce, la question était de déterminer si un service cantonal d'inspection du travail était en droit d'exiger d'une entreprise qu'elle conçoive et rédige des règles d'intervention de personnes de confiance hors hiérarchie auxquelles le personnel pouvait s'adresser en cas de conflit pour des conseils et un soutien en vue de trouver une solution au problème, ainsi qu'à informer les travailleurs.

cc) Considérants

- Il faut admettre que, sous l'angle de la légalité, il est parfaitement possible d'imposer à une entreprise la désignation d'une personne de confiance dans le but de prévenir les conflits internes pouvant

survenir en son sein. Comme le préconise le SECO, il est toutefois nécessaire que cette personne garantisse la confidentialité des entretiens qu'elle aura avec les salariés de l'entreprise et, si elle se trouve dans une structure interne déjà existante, qu'elle n'ait pas de rapports hiérarchiques avec les employés concernés.

- La mesure constitue un moyen adapté à la prévention des conflits pouvant survenir dans une entreprise. La question de savoir comment cette méthode de gestion des conflits doit être mise en place est plus délicate et dépend de la structure de l'entreprise, ainsi que du nombre de salariés qu'elle emploie. On peut concevoir que, dans les petites ou moyennes entreprises, celles-ci s'adressent à leur association professionnelle respective pour mettre en place un système commun, à moins que leurs salariés aient la possibilité de faire appel à une structure déjà existante susceptible de traiter directement les problèmes ou de les déléguer à une personne compétente.
- Le but de la mesure étant axé sur la prévention, celle-ci doit pouvoir intervenir rapidement, avant que le conflit ne dégénère au point de devoir être traité par un tribunal. Il ne s'agit donc pas de mettre en place une structure compliquée et coûteuse, mais seulement de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, à qui le personnel puisse s'adresser en toute connaissance de cause.

dd) Conséquences pour la pratique

- Les entreprises soumises à la législation sur le travail sont tenues de désigner une ou plusieurs personnes de confiance, hors hiérarchie, dans ou à l'extérieur de l'entreprise, à qui les employés peuvent d'adresser, dans le but de prévenir les conflits internes pouvant survenir en son sein.

b) Überzeitlohn, Art. 13 Abs. 1 ArG; Entschädigung von Oberärzten aus dem Honorarpool für privatärztliche Tätigkeit

BGer 8C_844/2011 vom 23.08.2012 = BGE 138 I 356 (d)[62]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 9 Abs. 1 lit. b, Art. 13 und 71 lit. b ArG; §§ 2 und 10 des kantonalzürcherischen Gesetzes über die ärztlichen Zusatzhonorare (Honorargesetz[63]*); derogatorische Kraft des Bundesrechts.*

62 Plädoyer 2012 6, S. 69, GEISER, AJP, 2013, S. 448 (d).

Die Entschädigungen, welche ein dem ArG unterstellter Oberarzt des Universitätsspitals Zürich aus Honorarpools nach dem Honorargesetz und dem Regierungsratsbeschluss 4094/1990 bezogen hat, sind nicht an den Lohn für geleistete Überzeit (d.h. über die Arbeitszeit von 50 Stunden gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG hinausgehende Tätigkeit) anzurechnen. Das gegenteilige Verständnis von Spital und kantonalem Verwaltungsgericht verstösst gegen Art. 13 und 71 lit. b ArG und damit gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (E. 5).

bb) Zusammenfassung

Für die Arbeitszeit und die Honorarberechtigung von Oberärztinnen und Oberärzten erliess der Zürcher Regierungsrat den Beschluss RRB 4094/1990[64], der ab 2008 durch das kantonale Honorargesetz abgelöst worden ist. Damit wurden sog. "Honorarpools" geschaffen, aus denen dem ärztlichen Personal mit Bewilligung zur privatärztlichen Tätigkeit Leistungsprämien ausgerichtet werden. Das Universitätsspital Zürich (USZ) ist seit Anfang 2007 eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Seither sind seine Oberärztinnen und Oberärzte dem Arbeitsgesetz unterstellt und haben nach Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG eine Höchstarbeitszeit von 50 Stunden. Ihre Anstellung ist öffentlich-rechtlich. Unter dem Titel "Arbeitszeit" bestimmt § 10 Honorargesetz, dass sich die Arbeitszeit der an den Poolgeldern Berechtigten nach den betrieblichen Bedürfnissen und nach den Verpflichtungen aus der Behandlung von Patientinnen und Patienten richtet, sowie dass kein Anspruch auf finanziellen oder zeitlichen Ausgleich von Arbeitszeit besteht, die über die Arbeitszeit gemäss kantonalem Personalrecht hinausgeht. Dabei kann der Regierungsrat für honorarberechtigte Oberärztinnen und Oberärzte eine obere Begrenzung festlegen.

Der Beschwerdeführer leistete in den Jahren 2007 und 2008 über 2'000 Überstunden, was inkl. 25 % Zuschlag einer Lohnsumme von CHF 131'957.-- entsprach. Für den gleichen Zeitraum erhielt er Entschädigungen aus Honorarpools von CHF 157'585.-- Er machte geltend, seine Überzeit sei nicht durch privatärztliche Tätigkeit entstanden, sondern durch die Einhaltung des Dienstplans, was im späteren Verfahren unbestritten blieb.

In Anwendung von § 10 Honorargesetz bzw. des vorangehenden Regierungsratsbeschlusses verfügte die Spitaldirektion die Anrechnung der CHF 157'585.-- als Entschädigung für geleistete Überzeit. Dagegen rekurrier-

63 www.zhlex.zh.ch/Erlass.html?Open&Ordnr=813.14.

64 Beschrieben in der Begründung zur Änderung der inzwischen aufgehobenen VO über die kantonalen Krankenhäuser vom 14.11.2007, Zürcher Amtsblatt 2007 vom 23.11.2007, S. 2125, www.amtsblatt.zh.ch.

ten der betroffene Arzt und weitere 26 seiner Kolleginnen und Kollegen beim Spitalrat. Gegen dessen Entscheid führte der Oberarzt erfolglos Beschwerde beim Zürcher Verwaltungsgericht[65]. Im öffentlich beratenen Verfahren des Bundesgerichts erhielt der Arzt Recht und ihm wurde eine Überzeitentschädigung von CHF 131'957.-- zugesprochen und das Verfahren zur Festlegung von Zinsen und Kosten zurückgewiesen.

cc) Erwägungen

Der Kritik, das Verwaltungsgericht habe § 10 Honorargesetz und den vorangehenden Regierungsratsbeschluss willkürlich ausgelegt, gab das Bundesgericht nicht statt. Sie betraf kantonales Recht, welches vom Bundesgericht nur unter dem Blickwinkel der Willkürprüfung ausgelegt werden kann.

Ein weiterer Einwand des Arztes zielte darauf, dass diese kantonalen Regeln Art. 13 ArG über die Entschädigung der Überzeit und überdies Art. 71. lit. b ArG über den Umfang des noch vorbehaltenen kantonalen Rechts verletzten. Darin liege auch eine Verletzung der derogierenden Kraft des Bundesrechts. In der Abwägung, ob ein Konflikt zwischen kantonalen und bundesrechtlichen Normen vorliegt, waren diese Regeln auszulegen. Das Bundesgericht erwog[66], dass nicht Zweck dieser Honorarpools war, Überzeit abzugelten, sondern dass gar kein Entschädigungsanspruch für Überzeit entstehend sollte, weil ein anderer leistungsbedingter Anspruch eingeräumt wird. Somit stellte sich die Frage, ob das Arbeitsgesetz zulässt, dass in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen nach kantonalem Recht die Überzeit nicht direkt entschädigt, sondern dafür ein zusätzlicher Leistungsanspruch gewährt wird. Dem wollte das Bundesgericht bezüglich Art. 13 Abs. 1 ArG und mit Hinweis auf BGE 126 III 337[67] nicht folgen, da diese Bestimmung zwingend sei und jede abweichende Vereinbarung betreffend Überzeit ausschliesse. Das gelte in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen auch für Abreden, mit denen Überzeitansprüche mit einem Anteil am Geschäftsergebnis, einer Gratifikation oder einem Bonus abgegolten oder verrechnet würden. In der E. 5.4.5.2 wird dann ausgeführt, dass Art. 71 lit. b ArG zwar kantonale Abweichungen zulässt, die aber gleichwertig und höchstens besser, aber nicht schlechter als die Regeln im Arbeitsgesetz sein dürften. Gleichzeitig kam das Bundesgericht aufgrund Wortlaut, Systematik und Zweck des Arbeitsgesetzes zum Schluss, dass eine Kompensation mit anderen Leistungen, die in diesem Gesetz nicht geregelt sind, nicht zulässig ist. Dies führt zum Fazit, dass die kantonalen Bestimmungen, nach denen kein Anspruch auf Überzeitentschädigung besteht, gegen Bundesrecht verstossen.

65 In der Entscheiddatenbank des Verwaltungsgerichts des Kt. Zürich nicht publiziert.
66 E. 5.4.3 im Entscheid.
67 Volltext: 4C.424/1999 vom 16.03.2000 (f), Pra 90 (2001) Nr. 47.

Rechtsfolge dieses Verstosses ist die Nichtanwendbarkeit einer bundesrechtswidrigen Norm im Einzelfall. Dies verbietet, die Überzeitentschädigung zwar genau zu ermitteln, aber dann mit den Leistungen aus dem Pool zu verrechnen. Gestützt darauf sprach das Bundesgericht die verlangte Überzeitentschädigung zusätzlich zu.

dd) Bedeutung für die Praxis

Der Entscheid ist konsequent, wenn man die im Umfang von Art. 13 Abs. 1 ArG geschuldeten Entschädigungen als zwingend auffasst. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass insbesondere der Zuschlag von 25 % dazu dient, die Attraktivität der Anordnung von Überzeit-Stunden für den Arbeitgeber zu schmälern.

Zu diesem Ausgang mag beigetragen haben, dass die Überzeit-Stunden anscheinend nicht durch die Behandlung von Privatpatienten entstanden sind, sondern aus dem normalen oberärztlichen Pensum, das durchschnittlich bei 70 Wochenstunden lag. Das wirft gesundheitspolitische Fragen nach der Überlastung von Ärzten bzw. der Verteuerung des Gesundheitswesens auf, die hier nicht beantwortet werden müssen.

c) Interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche. Légères dérogations (art. 28 LTr)

Arrêt du TF 26 octobre 2012, 2C_149/2012, c. 5-6 (f), publication ATF prévue

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel)

Les entreprises au bénéfice de dispositions spéciales au sens de l'art. 27 LTr peuvent se voir accorder une dérogation minime au sens de l'art. 28 LTr (c. 5.3.3). Cette dernière disposition doit cependant être interprétée de manière restrictive, la dérogation devant demeurer du domaine de l'exception et ne pas porter atteinte au but de protection de la loi (c. 6.1).

bb) Question litigieuse

- Le SECO avait accordé à E., l'Aéroport international de Genève, l'autorisation de faire passer de 26 à 20 le nombre minimal de dimanches de congé pour une partie du personnel au sol du secteur de la navigation aérienne.
- La question litigieuse était de déterminer si l'art. 28 LTr s'applique également aux entreprises qui, comme le recourant (E.), sont visées par les dispositions spéciales prévues à l'art. 27 LTr ou si elle est

réservée aux entreprises qui sont seulement soumises au régime dérogatoire général réglé à l'art. 19 LTr.

cc) Considérants

- Il n'y a pas lieu de s'écarter de l'interprétation implicite retenue à l'ATF 136 II 427, qui admet que les entreprises au bénéfice de dispositions spéciales au sens de l'art. 27 LTr puissent se voir accorder une dérogation minime au sens de l'art. 28 LTr, ce qui leur permet de s'écarter du cadre fixé par l'OLT 2 et par la loi sur le travail. Leur refuser cette possibilité reviendrait à les empêcher de se prévaloir d'une certaine souplesse dans l'application des règles légales, alors que le législateur a précisément reconnu la nécessité économique pour les entreprises de certaines branches économiques de bénéficier d'un cadre moins étroit.
- Par voie de conséquence, E., qui bénéficie pour son personnel au sol, d'une dérogation générale pour le travail le dimanche à condition qu'il accorde 26 dimanches de congé par an, peut demander une autorisation pour dépasser cette limite et, dans ce cadre, se voir appliquer l'art. 28 LTr.
- Dès lors qu'il permet de s'écarter des prescriptions légales générales, l'art. 28 LTr doit être interprété de manière restrictive. La dérogation doit demeurer du domaine de l'exception et ne pas porter atteinte au but de protection de la loi. Celle-ci n'autorise pas la mise en place d'une dérogation générale, mais une exception fondée sur un cas concret et suppose donc un examen de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

dd) Conséquences pour la pratique

- Dans la mesure où une entreprise soumise aux dispositions spéciales au sens de l'art. 27 LTr demande une dérogation qui va au-delà de ce que la loi ou l'OLT 2 lui permet sans autorisation, elle doit être traitée comme les autres entreprises qui sollicitent une dérogation et partant, peut bénéficier, comme celles-ci, de «légères dérogations» de l'art. 28 LTr lorsque les conditions en sont remplies.
- L'art. 28 LTr doit toutefois être interprété de manière restrictive.

d) Installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par le travailleur (art. 26 OLT 3)

Arrêt du TF du 17 janvier 2013, 8C_448/2012, c. 5-7 (i), Publication ATF prévue

aa) Chapeau de l'arrêt (non officiel)

L'installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par un employé constitue un système de surveillance destiné à surveiller le comportement des travailleurs. Il est donc interdit par la législation sur le travail (c. 5). Les preuves recueillies par le biais de cette surveillance illicite doivent être écartées de la procédure (c. 6).

bb) Question litigieuse

- Il est dans la nature même des relations de travail que l'employeur puisse exercer un certain contrôle sur l'activité et les prestations de son personnel. Comme l'a relevé le Tribunal fédéral (cf. ATF 130 II 425, c. 4.3), il est cependant difficile en pratique de faire la distinction entre, d'une part, des simples mesures de surveillance qui tirent leur justification du droit de l'employeur de contrôler la qualité du travail ou le rendement du travailleur, qui sont, en principe, licites, et d'autre part, des mesures de surveillance qui portent uniquement ou essentiellement sur le comportement des travailleurs, qui sont, en principe, illicites (cf. art. 26 OLT 3).
- En l'espèce, E., une administration publique tessinoise, avait fait installer un programme espion (Spector Pro) sur l'ordinateur utilisé par l'un de ses employés, suspecté de violation de la directive interne relative à l'utilisation des moyens informatiques. Cette surveillance, qui avait duré trois mois, avait révélé que T. utilisait très régulièrement à des fins privées les moyens informatiques mis à sa disposition. E. avait licencié T. avec effet immédiat. La question à résoudre était de déterminer si E. avait le droit de surveiller T. au moyen d'un programme espion placé dans son ordinateur.

cc) Considérants

- Pour déterminer la licéïté d'un moyen de surveillance des travailleurs, il y a lieu de prendre en compte, à titre interprétatif, le guide du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence relatif à la surveillance de l'utilisation d'internet et du courrier électronique au lieu de travail, ainsi que le commentaire du

Secrétariat d'Etat à l'économie des ordonnances 3 et 4 relatives à la loi sur le travail.

- Certaines études démontrent qu'une surveillance constante de l'utilisation de l'ordinateur provoque des effets négatifs sur la santé et le bien-être de la personne surveillée.
- L'installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par un employé constitue un système de surveillance destiné à surveiller le comportement des travailleurs. Il est donc interdit par la législation sur le travail. L'employeur peut parvenir aux mêmes buts en utilisant des moyens moins intrusifs.
- Les preuves recueillies par le biais de cette surveillance illicite doivent être écartées de la procédure. Il en résulte que le licenciement immédiat de l'employé est injustifié.

dd) Conséquences pour la pratique

- Il est conseillé à l'employeur qui envisage de recourir à des mesures de surveillance sur le lieu de travail de respecter les recommandations du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, ainsi que les indications du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO).
- L'installation d'un programme espion sur l'ordinateur utilisé par un employé est en principe prohibée.
- Les données récoltées au moyen du programme espion sont illicites et doivent en principe être écartées de la procédure.

3. Thématiques diverses / Diverse Themen

a) Lois d'application immédiate, art. 18 LDIP

Arrêt du TF du 16 octobre 2012, 4A_292/2012 = ATF 138 III 750, c. 2.5 (f)

aa) Chapeau officiel de l'arrêt

Employée de maison étrangère engagée par un Etat étranger au service du chef d'une mission permanente; déclaration de garantie de l'employeur envers la Suisse; élection de droit en faveur du droit étranger (art. 342 al. 2 CO; art. 18 LDIP).

En signant la déclaration de garantie, l'Etat étranger s'est engagé envers la Suisse à respecter les conditions de salaire et de travail applicables à une domestique travaillant à Genève. En vertu de l'art. 342 al. 2 CO, cette obligation de droit public a des effets de droit civil en ce sens que l'employée de maison peut s'en prévaloir devant le juge civil (consid. 2.3 et 2.4). Comme l'art. 342 al. 2 CO est une disposition d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP, le droit étranger choisi par les parties doit céder le pas au droit suisse applicable (consid. 2.5).

bb) Question litigieuse

- E., la Mission permanente chilienne auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce avait engagé T., en qualité d'employée de maison. Dans le cadre de la procédure administrative en vue de l'obtention d'une carte de légitimation pour T., E. s'était engagé à traiter son employée aux conditions de rémunération et de travail en usage dans la localité et la profession concernées. Par la suite, les parties ont toutefois soumis le contrat de travail au droit chilien. La question était de déterminer si le litige portant sur le montant du salaire, la durée des vacances et le salaire pendant le délai de congé devait être réglé sur la base du droit chilien ou en appliquant le droit suisse.

cc) Considérants

- Le droit étranger choisi par les parties peut être mis à l'écart lorsque des lois suisses dites d'application immédiate doivent être prises en compte (art. 18 LDIP[68]). Ces normes sont, en règle générale, des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique.
- En l'espèce, l'art. 342 al. 2 CO attribue des effets de droit civil à l'obligation de droit public mise à la charge de E. de respecter les conditions de salaire et de travail applicables à un domestique travaillant à Genève. Dans la mesure où cette obligation relève de l'ordre public suisse, il se justifie, en parallèle, de ranger l'art. 342 al. 2 CO parmi les dispositions d'application immédiate au sens de l'art. 18 LDIP. Il s'ensuit que le droit chilien choisi par les parties doit céder le pas au droit suisse sur les questions du salaire, y compris pendant le délai de congé, et de l'indemnisation des

68 RS 291, LDIP (f); IPRG (d).

vacances non prises, domaines dans lesquels T. peut faire valoir directement des prétentions fondées sur le droit suisse.

dd) Conséquences pour la pratique

- L'article 342 al. 2 CO étant considéré comme une norme d'application immédiate au sens de l'article 18 LDIP, les parties à un contrat de travail ne peuvent l'écarter en soumettant le contrat à un droit étranger.

b) Anwendung des Ordre public (Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG), Persönlichkeitsschutz (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

BGer 4A_558/2011 vom 27.03.2012 = BGE 138 III 322 (d)[69]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 190 Abs. 2 lit. e IPRG; materieller Ordre public.

Begriff und Anwendungsfälle des materiellen Ordre public (E. 4.1). Eine im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB übermässige Bindung kann gegen den Ordre public verstossen, wenn sie eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt (E. 4.3.1 und 4.3.2). Fall einer auf das FIFA-Disziplinarreglement gestützten Vereinsstrafe, mit der einem Fussballspieler bei Ausbleiben einer auferlegten Zahlung ein unbegrenztes Berufsverbot angedroht wurde (E. 4.3.3-4.3.5).

bb) Zusammenfassung

Die – mangels Zahlung einer Schadenersatzverpflichtung von über 11 Mio. Euro – von der FIFA-Disziplinarkommission ausgesprochene und vom Tribunal Arbitral du Sport (TAS) bestätigte Androhung eines unbegrenzten Berufsverbots gegenüber dem brasilianischen Profi-Fussballspieler Francelino da Silva Matuzalem, stellt eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung dar und ist mit dem Ordre public unvereinbar.

cc) Bedeutung für die Praxis

Aufgrund des nicht alltäglichen Sachverhalts und der Umstände ist die rein arbeitsrechtliche Bedeutung dieses sportrechtlichen Entscheids beschränkt. Er hilft zum Verständnis des internationalprivatrechtlichen Begriffs des Ordre Public und trägt zur Auslegung von Art. 27 Abs. 2 ZGB bei.

69 TSCHANZ/FELLRATH GAZZINI, Revue de l'arbitrage, 2012 4, S. 860 (f).

c) Verjährungsunterbrechung durch GlG-Verbandsklage? BGer 8C_269/2011 vom 18.10.2011 = BGE 138 II 1 (d)[70]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 7 GlG; Art. 135 Ziff. 2 OR; Unterbrechung der Verjährung des Anspruchs auf einen diskriminierungsfreien Lohn.

Das Anheben einer Verbandsklage nach Art. 7 GlG unterbricht die Verjährung des Anspruchs der einzelnen Arbeitnehmenden auf einen diskriminierungsfreien Lohn nicht. Das Gleichstellungsgesetz weist diesbezüglich keine echte Lücke auf, welche vom Bundesgericht zu füllen wäre (E. 4.3).

bb) Zusammenfassung

Erst nach einem Verfahren vor Bezirksrat und Zürcher Verwaltungsgericht, das mit dem Entscheid des Bundesgerichts 2A.97/2007 vom 20.11.2007 erledigt worden ist, war die Stadt Zürich im Grundsatz bereit, für Pflegepersonal für die Zeit ab Anfang 1997 bis Mitte 2002 Lohnnachzahlungen zu leisten. Das Lohngleichheitsverfahren ging auf eine Intervention von Berufsverbänden aus dem Jahr 2001 zurück, die im Jahr 2006 in Entscheiden sowohl des Bezirksrats Zürich und später des Zürcher Verwaltungsgerichts[71] mündeten. Die Berufsverbände hatten das Gesundheitspersonal schon früher dazu aufgerufen, zu betreiben, um eine Verjährung nach 5 Jahren zu verhindern. Dies tat die Beschwerdeführerin im Mai 2003. Die Stadt Zürich verfügte im September 2008 eine rückwirkende Lohnnachzahlung für die Zeit ab Mai 1998 und stellte sich auf den Standpunkt, dass die Lohnzahlung für die Monate zuvor verjährt sei. Dies haben das Zürcher Verwaltungsgericht[72] und das Bundesgericht in Bezug auf eine Nachforderung von gut CHF 10'000.-- nebst Verzugszinsen geschützt. Das Verwaltungsgericht ging von einem Streitwert unter CHF 15'000.-- aus.

cc) Erwägungen

Das Bundesgericht erwog[73], dass aufgrund von Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG eine Beschwerde in vermögensrechtlichen Fragen eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses unzulässig sei, wenn der Streitwert wie hier

---

70 HOSTETTLER, www.swissblawg.ch, 17.11.2011, Stichwort: 8C_269/2011.

71 Urteil des VerwG ZH PB.2006.00007 vom 20.12.2006, auffindbar mit der Prozessnummer über www.vgr.zh.ch.

72 Urteil des VerwG ZH PB.2010.00008 vom 04.03.2011, auffindbar mit der Prozessnummer über www.vgr.zh.ch.

73 E. 1, nur im Volltext des Entscheids (BGer 8C_269/2011 vom 18.10.2011) publiziert.

CHF 15'000.-- nicht erreiche und sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Ob die Frage, ob eine Verbandsklage gemäss Art. 7 GlG den Lauf der Verjährungsfrist der individuellen Lohnansprüche unterbreche, von grundsätzlicher Natur sei, könne offen bleiben, da die Beschwerde ohnehin abzuweisen sei.

Auch in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen unterliegt der Anspruch auf einen diskriminierungsfreien Lohn als bundesrechtliches Individualrecht - mangels anderer Regelung im GlG - der fünfjährigen Verjährungsfrist von Art. 128 Ziff. 3 OR[74]. Das Bundesgericht bestätigt die Auffassung des Zürcher Verwaltungsgerichts, dass eine Verbandsklage nur zwischen den Parteien Wirkungen entfaltet und dass eine Klage zur Verjährungsunterbrechung vom berechtigten Gläubiger oder dessen Vertreter, nicht aber von einem Dritten erhoben werden müsste.

Anders als die Beschwerdeführerin sah das Bundesgericht[75] diesbezüglich keine Lücke im Gleichstellungsgesetz, die in analoger Anwendung von Art. 15 Abs. 2 BGSA[76] hätte gefüllt werden müssen. Es sei von einem qualifizierten Schweigen im GlG auszugehen.

dd) Bedeutung für die Praxis

Wenn es für die Betroffenen im Ergebnis auch stossend sein mag, erscheint der Entscheid dennoch richtig. Eine Feststellungsklage wie die Verbandsklage im GlG dient grundsätzlich nicht der Durchsetzung eines Anspruchs, sondern bereitet diese nur vor, indem sie den beteiligten Individuen die Geltendmachung erleichtert. Will man der blossen Feststellung mehr Wirkungen geben, so müsste dies wie beim Schwarzarbeitsgesetz positiv im Gesetz festgehalten sein.

74 E. 4.1 im Entscheid.

75 E. 4.2 + 4.3 im Entscheid.

76 BG über die Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SR 822.41): "[2] Eine nach Absatz 1 eingereichte Feststellungsklage unterbricht die Verjährung im Sinne von Artikel 135 des Obligationenrechts."

d) Apparence d'unité entre une société-mère et une société-fille

Arrêt du TF du 26 septembre 2011, 4A_328/2011 = ATF 137 III 550, c. 2.3-4 (f)[77]

aa) Chapeau officiel de l'arrêt

Confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille.

Apparence d'unité créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, locaux, organes, personnel ou coordonnées téléphoniques identiques. Confusion admise en l'occurrence, permettant au lésé de rechercher en responsabilité aussi bien la société-mère que la filiale (consid. 2.4).

bb) Question litigieuse

- Lorsque des rapports de travail s'inscrivent dans le cadre d'un groupe de sociétés, il n'est pas toujours aisé de déterminer quel est le véritable employeur. On peut se demander parfois si des rapports juridiques n'ont pas été noués entre le travailleur et plusieurs sociétés (par exemple : société-mère et société-fille).
- Dans le cas d'espèce, un travailleur temporaire avait été victime d'un grave accident lors d'une mission auprès d'un locataire de services. T. avait agit en responsabilité civile contre deux entités du groupe du locataire de services, à savoir la société-mère et la société-fille. La question était de déterminer si ces deux sociétés avaient ou non la légitimation passive.

cc) Considérants

- En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou société-mère). Toutefois, le voile social peut être levé et l'identité économique avec la société dominante peut être invoqué lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit.
- Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être

[77] Pra 101 (2012) 41 293. Commentaires : SCHREGENBERGER, ius.focus 2011 Nr. 293 (d); WINTSCH/REICHART, GesKR 2012 289 (d).

distinguée de celle de la société-mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques.

- En l'espèce, il existait bel et bien, extérieurement, une confusion de sphères, une unité apparente dont T. pouvait de bonne foi inférer que la société-mère et la filiale étaient aussi concernées l'une que l'autre par l'accident, pouvaient l'une et l'autre être recherchées en responsabilité. Dans un tel contexte, T., même assisté par un avocat, était en droit de déduire qu'il pouvait adresser ses demandes de renonciation à la prescription et d'indemnisation indifféremment à la société-mère ou à la société-fille. En considérant que la société-mère ne disposait pas de la légitimation passive, la cour cantonale a enfreint le droit fédéral.

dd) Conséquences pour la pratique

- Le raisonnement du Tribunal fédéral, qui concernait la question de la légitimation passive dans le cadre d'une action en responsabilité civile, nous semble pouvoir être transposé dans le cadre d'une action contractuelle basée sur un contrat de travail. Ainsi, en cas d'apparence d'unité et de confusion des sphères de la société-mère et de la société-fille, il devrait être possible pour le travailleur d'agir contre les deux entités, par exemple pour une prétention de nature salariale.

e) Rechtsmittelweg und Aktivlegitimation für Klage einer paritätischen Berufskommission

BGer 4A_301/2011 vom 21.09.2011 = BGE 137 III 556 (d)[78]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Streitigkeiten über die Auslegung und die Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen (AVEG, Art. 60 Abs. 3 BBG, Art. 72 und 82 BGG); Aktivlegitimation der paritätischen Berufskommissionen (Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe)?

Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von nach dem AVEG allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen gelten als Zivilsachen.

78 VASELLA D., www.swissblawg.ch, 02.11.2011, Stichwort: 4A_301/2011.

Dies gilt nicht für die nach Art. 60 Abs. 3 BBG auf alle Betriebe einer Branche ausgedehnte Pflicht zur Leistung von Bildungsbeiträgen an Berufsausbildungsfonds (E. 3).

Ist die paritätische Berufskommission gestützt auf den Landesmantelvertrag für das Bauhauptgewerbe berechtigt, eine von ihr verhängte Konventionalstrafe in eigenem Namen gerichtlich geltend zu machen? Frage offen gelassen (E. 4-4.6).

bb) Zusammenfassung

Nach einer Lohnbuchkontrolle auferlegte die Paritätische Berufskommission Bauhauptgewerbe (PK) einem (nicht dem Arbeitgeberverband angehörenden) Arbeitgeber die Kosten der externen Kontrolle, ihre Verfahrenskosten und eine Konventionalstrafe von CHF 110'000.-- und gelangte, nachdem eine Betreibung ohne Erfolg geblieben war, ans Kreisgericht Gaster-See. Dieses wies die Klage mangels Aktivlegitimation ab, was das von der PK angerufene Kantonsgericht St. Gallen korrigierte[79]. Die nach Rückweisung erfolgte Auferlegung der Kosten und der auf CHF 35'000.-- reduzierten Konventionalstrafe durch das Kreisgericht focht der Arbeitgeber beim Kantonsgericht St. Gallen[80] an, welches den kreisgerichtlichen Entscheid bestätigte und sich dabei die Themen neben der Aktivlegitimation beschränkte. Das Bundesgericht weist die gegen die beiden Entscheide des Kantonsgerichts gerichtete Beschwerde in Zivilsachen ab.

Zu beurteilen waren die allgemeinverbindlicherklärten Vollzugsbestimmungen in den Art. 76 und 79 des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe (LMV). Sie gehen auf den LMV 1998 zurück, dessen AVE auf Anfang 1999 erfolgte[81], und wurden mit dem LMV 2003 - 2005 (LMV 2005) zum Teil neu gefasst[82] und dann mit der Zusatzvereinbarung zum LMV 2006 nochmals geändert[83]. Während des vertragslosen Zustands vom 01.10.2007 - 30.04.2008 war auch die AVE ausser Kraft.

---

79 Urteil des KGer SG BZ.2008.16 vom 20.01.2009, www.gerichte.sg. Auf eine dagegen vom Unternehmer eingereichte Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein: BGer 4A_109/2009 vom 16.04.2009.

80 Urteil des KGer SG BZ.2010.32 vom 21.04.2011, www.gerichte.sg.ch.

81 Beschluss vom 10.11.1998, abrufbar auf der Webseite des Seco www.seco.admin.ch sowie in einer nichtamtlichen Sammlung, dort S. 3, unter www.gav.arbeitsrechtler.ch/Bauhauptgewerbe_LMV_AVE-Erlasse_1998-2013.pdf.

82 Beschluss vom 22.08.2003, in Kraft ab 01.10.2003, nichtamliche Sammlung, S. 120: www.gav.arbeitsrechtler.ch/Bauhauptgewerbe_LMV_AVE-Erlasse_1998-2013.pdf.

83 Beschlüsse vom 13.08.2007 (in Kraft im September 2007) und vom 22.09.2008 (wieder in Kraft ab dem 01.05.2008), nichtamtliche Sammlung S. 159 + 170: www.gav.arbeitsrechtler.ch/Bauhauptgewerbe_LMV_AVE-Erlasse_1998-2013.pdf.

Der Unternehmer bestritt die Aktivlegitimation der PK im Grundsatz, indem er geltend machte, legitimiert seien nur die GAV-Parteien selber (als notwendige Streitgenossen) und die PK hätte nur als deren Stellvertreterin oder Bevollmächtigte, nicht aber in eigenem Namen handeln dürfen. Überdies habe es in der Zeit des vertragslosen Zustands für die dann vorgenommenen Prozesshandlungen an der Vertretungsbefugnis der PK gefehlt, da die von ihr eingereichten Vollmachten auf die Geltung des LMV beschränkt gewesen seien.

cc) Erwägungen

In der Erwägung 4.1 listet das Bundesgericht die Aufgaben einer PK auf, die nach Art. 76 Abs. 1 LMV als Verein organisiert ist, und der gemäss Abs. 3 + 4 von Art. 76 LMV unter anderem die Durchführung von Lohnbuchkontrollen und Untersuchungen in Betrieben und – präzisiert in Art. 79 Abs. 2 und 3 LMV – auch das Recht übertragen ist, Sanktionen zu verhängen und Neben- und Verfahrenskosten der fehlbaren Person aufzuerlegen.

Klar ist für das Bundesgericht, dass allfällige Vollmachten der PK nicht nur während der Geltung der AVE gültig sind, sondern solange, bis ihre Aufgabe erfüllt ist.

Aus der Sicht des Bundesgerichts scheint es keine Rolle zu spielen, ob der Anspruch auf Konventionalstrafe ein eigener Anspruch der PK ist oder nicht. Der Beschwerdeführer müsse so oder so zahlen und werde durch die Zahlung von seiner Leistungspflicht befreit. Es könne ihm gleichgültig sein, wem der Anspruch im Verhältnis der lokalen PK zu den Vertragsparteien des LMV zustehe. Selbst wenn die PK formell im Namen der LMV-Vertragspartner hätte klagen müssen, erweise sich die Einwendung des Unternehmers als blosse Schikane, um sich der in jedem Fall gegenüber der PK zu erbringenden Zahlung zu entziehen. Dieses Verhalten verdiene keinen Rechtsschutz[84].

dd) Bedeutung für die Praxis

Leider unterliess es das Bundesgericht, die immer noch offene und in der Literatur kontroverse Frage der Aktivlegitimation einer Paritätischen Berufskommission wenigstens teilweise zu klären. Dabei wird in der Praxis ihre Aktivlegitimation eher bejaht, wenn die PK, die als Vollzugsorgan der Sozialpartner bei der Abwicklung eines GAV handelt, wie hier als Verein oder als Stiftung und damit als selbständige juristische Person konstituiert ist. Unser höchstes Gericht hätte die Gelegenheit gehabt, die Frage wenigstens im konkreten Fall zu beantworten und sich dabei mit den lesenswerten Überlegun-

84 E. 4.6 im Entscheid.

gen des St. Galler Kantonsgerichts auseinanderzusetzen, das in seinem ersten Entscheid[85] die Frage der Aktivlegitimation ausführlich behandelt und schliesslich auch zugunsten der PK bejaht hat. Stattdessen legt sich das oberste Gericht nicht fest[86], ob der LMV im konkreten Fall der PK entsprechende Kompetenzen zugewiesen hat oder ob diese ihre Ansprüche im Namen der LMV-Vertragsparteien durchsetzen muss.

Bedauerlicherweise behalf sich das Bundesgericht mit dem Verweis auf Art. 79 Abs. 5 LMV[87], wonach die verhängte Konventionalstrafe innert 30 Tagen der PK zu zahlen ist, wo aber nichts Gleiches zur Zahlung der Kontroll- und Verfahrenskosten gesagt ist.

Geklärt ist mit dem Urteil[88], dass Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung von Gesamtarbeitsverträgen auch dann dem Privatrecht zugeordnet werden, wenn sie auf allgemeinverbindlich erklärten Bestimmungen beruhen und gegenüber Aussenseitern geltend gemacht werden, soweit es nicht Beiträge an Berufsbildungsfonds betrifft. Gegen jene wären, wenn die Voraussetzungen zutreffen, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu erheben und nicht eine Beschwerde in Zivilsachen.

f) UVG-Deckung bei Mehrfachbeschäftigung, Taggeldhöhe

BGer 8C_297/2012 vom 04.03.2013 (d)[89], (zur Publikation vorgesehen)

aa) Regeste, nichtamtliche

Die am gesetzgeberischen Ziel orientierte Auslegung von Art. 23 Abs. 5 UVV verlangt, dass bei Mehrfachbeschäftigten für die Berechnung des Taggeldes der Gesamtlohn aus allen Tätigkeiten massgebend ist, sofern sie einen Unfall (bei der Arbeit oder) auf dem Arbeitsweg zu oder von einer ihrer Anstellungen erleiden, unabhängig davon, ob dieser Unfall nach Massgabe der erwähnten Gesetzesbestimmungen als Berufs- oder Nichtberufsunfall zu qualifizieren ist. Soweit sich aus dem Urteil 8C_1029/2010 vom 20.04.2011 etwas anderes ergibt, kann daran nicht festgehalten werden (E. 7.3.2. a.E.)

---

85 Urteil des KGer SG BZ.2008.16 vom 20.01.2009, www.gerichte.sg.

86 E. 4.5 a.E. und 4.5.1.

87 E. 4.6.

88 Siehe die E. 3 im Entscheid.

89 PIETRUSZAK, Unfallversicherung – Taggeld – versicherter Verdienst bei Mehrfachbeschäftigung, in: Digitaler Rechtsprechungskommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 23.04.2013.

bb) Zusammenfassung

Die Versicherte arbeitete pro Woche gut 13 Stunden für eine Spitex-Organisation und 3 Stunden als Pflegerin in einem Privathaushalt und war für beides bei der Helsana unfallversichert. Sie verunfallte auf dem Heimweg von ihrer Spitex-Arbeitsstelle, worauf die Versicherung ein Taggeld für den im Privathaushalt erzielten Lohn verweigerte. Sie hielt auch auf Einsprache daran fest und begründete dies damit, dass aus Sicht des Arbeitsvertrags mit dem 3-Stunden-Pensum ein Nichtberufsunfall vorliege, wofür in diesem Arbeitsverhältnis auch keine Prämien bezahlt worden seien.

Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen[90] hob den Einsprache-Entscheid auf und wies den UVG-Versicherer an, den versicherten Verdienst für das Taggeld in Berücksichtigung der bei beiden Arbeitgebern erzielten Löhne zu ermitteln und entsprechende Leistungen auszurichten. Das Bundesgericht weist die Beschwerde der Versicherung gegen diesen Entscheid ab.

cc) Erwägungen

In seinem Entscheid nahm das Bundesgericht vorweg[91] auf den Begriff des Berufsunfalls Bezug, wie er in Art. 7 UVG definiert wird. Dazu zählen gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung und Art. 13 UVV bei Teilzeitbeschäftigen, deren Pensum durchschnittlich weniger als 8 Wochenstunden[92] erreicht, auch Unfälle auf dem Arbeitsweg. Dieses Mindestmass wird nicht für jedes Arbeitsverhältnis vorausgesetzt und es werden die Arbeitszeiten verschiedener Arbeitsverhältnisse auch nicht zusammengezählt. Es genügt nach der Praxis[93], wenn in einem der Arbeitsverhältnisse die 8 Wochenstunden erreicht sind. Im Übrigen gilt nach Art. 8 UVG, dass sämtliche Unfälle, die nicht Berufsunfälle im Sinne des Gesetzes sind, als Nichtberufsunfälle gelten.

Zur Entscheidung der strittigen Frage, ob für die Bemessung des Taggelds sämtliche bei allen Arbeitgebern erzielten Löhne heranzuziehen seien, bezieht sich das Bundesgericht wie die Vorinstanz auch auf Art. 23 Abs. 5 UVV, der sagt, dass dann, wenn der Versicherte vor dem Unfall bei mehr als einem Arbeitgeber tätig war, der Gesamtlohn massgebend ist. Diese Bestimmung will die Helsana so verstanden haben, dass nur Einkommen zum Gesamtlohn zähle, auf das zur Finanzierung des entsprechenden Risikos auch Prämien erhoben wurden.

---

90 Urteil des VersG SG UV 2011/36 vom 14.02.2012, www.gerichte.sg.ch.

91 E. 2.1 im Entscheid.

92 Limite gemäss Art. 13 Abs. 1 UVV, seit Anfang 2000 geltend.

93 BGE 134 V 412 (f); Volltext: BGer 8C_328/2008 vom 24.102008, Pra 89 (2009) Nr. 93.

Zur Klärung der unterschiedlichen Auffassungen macht das Bundesgericht eine ausführliche Auslegung der Materialien, der ratio legis und auch seiner bisherigen Rechtsprechung. Zweck von Art. 23 Abs. 5 UVV sei, eine Benachteiligung von Mehrfachbeschäftigten gegenüber Personen zu vermeiden, die nur bei einem Arbeitgeber angestellt sind[94]. Dies entspricht auch der Stossrichtung der noch laufenden UVG-Revision[95].

dd) Bedeutung für die Praxis

Der Entscheid bringt für Mehrfachbeschäftigte eine willkommene Klärung, in dem er unabhängig von geleisteten Prämien eine Zusammenrechnung mehrerer Einkommen als Basis für den taggeldberechtigten Verdienst anordnet. Alles andere würde im Einzelfall sehr zufällige Resultate ergeben, je nach individueller Konstellation und davon abhängig, ob sich der Unfall auf dem Arbeitsweg von oder zum einen oder anderen Arbeitgeber ereignet.

Das Urteil relativiert den ähnlich gelagerten Fall 8C_1029/2010 vom 20.04.2010, wo – wie das Bundesgericht sagt – "ohne weitere Begründung" anders entschieden worden ist.

g) Probeweise Beschäftigung eines Ausländers ohne Arbeitsbewilligung. Strafbarkeit. BGer 6B_277/2011 vom 03.11.2011 = BGE 137 IV 297 (d)[96]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 117 AuG; Teilnahme eines ausländischen Stellenbewerbers, der nicht berechtigt ist, in der Schweiz zu arbeiten, an einem Anstellungsverfahren.

Die Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz muss nach Vertragsabschluss und im Zeitpunkt des Stellenantritts vorliegen. Die Stellenbewerbung und die Teilnahme an einem Anstellungsverfahren setzen keine entsprechende Bewilligung voraus. Der Arbeitgeber, der einen ausländischen Stellenbewerber im Hinblick auf eine allfällige Anstellung probeweise arbeiten lässt, beschäftigt diesen nicht im Sinne von Art. 117 AuG (E. 1).

---

94 Vgl. dazu Urteil des BGer U 266/06 vom 28.12.2006.

95 BBl 2008 5395, 5465 (d) = FF 2008 4877, 4947 (f), www.parlament.ch Curia Vista Nr. 08.047.

96 Übersetzung: JdT 2012 IV, S. 248 (f); Übersetzte Erwägungen: RDAF 2012 I, S. 524 (f), www.rdaf.ch; VASELLA J., www.swissblawg.ch, 06.01.2012, Stichwort: 6B_277/2011.

bb) Zusammenfassung

Ein Wirt liess einen Asylbewerber, der sich für eine Stelle als Küchenhilfe beworben hatte, an zwei aufeinanderfolgenden Tagen während je längstens 90 Minuten über Mittag probeweise und unentgeltlich in der Küche arbeiten. Das Zürcher Obergericht hob die erstinstanzliche Verurteilung wegen Beschäftigung eines Ausländers ohne Bewilligung[97] durch die Einzelrichterin am Bezirksgericht Bülach auf. Die Zürcher Oberstaatsanwaltschaft hat dagegen erfolglos beim Bundesgericht Beschwerde geführt.

cc) Erwägungen

Erwägung 1.3 nennt vorab die heutigen gesetzlichen Rahmenbedingungen: "Nach Art. 117 Abs. 1 AuG wird bestraft, wer als Arbeitgeber vorsätzlich Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Gemäss Art. 11 Abs. 2 AuG gilt als Erwerbstätigkeit jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt. Gemäss Art. 91 Abs. 1 AuG hat sich der Arbeitgeber vor dem Stellenantritt des Ausländers durch Einsicht in den Ausweis oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht." Diese entsprechen im Wesentlichen der Rechtslage während der Geltung des früheren Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG). Bereits damals war die Strafbarkeit nicht nur auf Arbeitgeber im Sinne von Art. 319 ff. OR beschränkt. Beschäftigen bedeutet auch unter neuem Recht, jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben zu lassen. Auf die Natur des Rechtsverhältnisses kommt es nicht an.

Entscheidend für die Strafbarkeit ist, ob die entsprechende Tätigkeit einen Einfluss auf den Arbeitsmarkt hat. Sie darf den hiesigen Arbeitsmarkt nicht unterwandern. Damit soll verhindert werden, dass neue einreisende Ausländer die inländischen Arbeitskräfte nicht in unerwünschtem Mass konkurrenzieren[98].

Das Bundesgericht legt detailliert dar, welche Vorgaben für den Erhalt einer Arbeitsbewilligung einzuhalten sind und folgert, dass die entsprechende Bewilligung erst im Zeitpunkt des Stellenantritts und erst nach erfolgtem Vertragsschluss vorliegen muss. Würde man im Gegenteil verlangen, dass bereits im Evaluationsverfahren – d.h. bei der Vertragsanbahnung mit Stellenausschreibung, Auswahlverfahren etc. – eine Arbeitsbewilligung im Sinne von Art. 18 ff. AuG vorliegen müsse, so sei dies nicht plausibel, geschweige denn

97 Verbunden mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen à CHF 30.--, bedingt vollziehbar.
98 Vgl. dazu E. 1.5.1 + 1.5.2.

praktikabel. Eine Integration in den Arbeitsmarkt sei in diesem Augenblick nicht erfolgt[99].

dd) Bedeutung für die Praxis

Der Entscheid, dessen Begründung überzeugt, ist auch aus pragmatischer Sicht zu begrüssen, weil die Praxis für das Erteilen einer Arbeitsbewilligung zuerst einen Konsens der Parteien über ihre Zusammenarbeit und damit das Vorliegen eines Arbeitsvertrags verlangt. Müsste man zuerst einen Vertrag über einen Arbeitseinsatz im Evaluationsverfahren schliessen, so wären damit nicht unerhebliche rechtliche Probleme verbunden. Klar ist auch, dass ein erklärtermassen unentgeltlicher Arbeitseinsatz – natürlich unter dem Vorbehalt von Art. 320 Abs. 2 OR – kein Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 OR sein kann, weil damit das vom Gesetz vorausgesetzte Begriffsmerkmal der Entgeltlichkeit fehlt.

Damit soll nicht gesagt sein, dass jede unentgeltliche Beschäftigung eines Ausländers straffrei bleibt. Der Begriff der Erwerbstätigkeit in der Strafbestimmung von Art. 117 AuG meint eine Tätigkeit, die üblicherweise entlöhnt wird, was Ausnahmen nicht ausschliesst.

Wie der Erwägung 1.5.3 zu entnehmen ist, hat die Oberstaatsanwaltschaft eine Bestrafung in diesem frühen Stadium auch mit der Beweisproblematik begründet. Dahinter dürfte die Befürchtung stehen, dass ein Arbeitgeber künftig einfach behaupten wird, der von ihm "schwarz" beschäftigte Ausländer sei nur auf Probe da und bekomme auch keinen Lohn. Das Bundesgericht sagt zu Recht, dass man solchen Missbräuchen über die Beweiserhebung und Beweiswürdigung begegnen müsste.

III. Evolution législative (2011-2012) / Entwicklung Gesetzgebung (2011-2012)

Parmi les évolutions récentes de la législation en matière de droit du travail, nous avons sélectionné quelques réformes significatives votées par l'Assemblée fédérale. Nous mentionnerons aussi trois initiatives relatives aux rémunérations, dont «l'initiative Minder» contre les rémunérations abusives des top managers qui a été acceptée le 3 mars 2013 par le peuple et les cantons suisses.

Aus der Entwicklung der Gesetzgebung zum Arbeitsrecht werden einige bedeutsame vom Parlament bereits verabschiedete Änderungen ausgewählt. Daneben werden drei Verfassungsinitiativen zur Vergütung behandelt.

99 E. 1.5.2, erster Absatz, im Entscheid.

1. Modification des mesures d'accompagnement

En date du 15 juin 2012, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes[100]. Cette loi modifie la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective (cf. art. 1a)[101], ainsi que la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (cf. art. 1, 1a, 1b, 2, 3, 6, 7, 9, 12 et 14)[102], qui devient la «loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail». Les nouvelles dispositions permettent de mieux lutter contre l'indépendance fictive et de sanctionner plus efficacement les infractions aux conditions de travail et de salaire obligatoires. Elles sont entrées en vigueur le 1er janvier et le 1er mai 2013.

2. Mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés

En date du 14 décembre 2012, l'Assemblée fédérale a modifié la loi fédérale sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail du 8 octobre 1999[103] (cf. art. 1, 5 et 14a)[104]. Les nouvelles dispositions instituent, dans les secteurs de la construction, du génie civil et du second-œuvre, une responsabilité solidaire de l'entrepreneur contractant pour le non-respect des conditions minimales de travail et de salaire par les sous-traitants. Lorsque le sous-traitant a été poursuivi préalablement en vain ou ne peut être poursuivi, l'entrepreneur contractant répond solidairement de tous les sous-traitants lui succédant dans la chaîne contractuelle. Il peut toutefois s'exonérer de sa responsabilité à certaines conditions prévues dans la loi. Aucun référendum n'ayant été sollicité dans le délai référendaire fixé au 7 avril 2013, le Conseil fixera la date d'entrée en vigueur des nouvelles normes.

100 RO 2012 6703; FF 2012 3161 (f) = BBl 2012 3397 (d); www.parlament.ch Curia Vista No. 12.039.
101 RS 221.215.311.
102 RS 823.20.
103 RS 823.20.
104 FF 2012 8983 (f) = BBl 2012 9725 (d); FF 2012 3161 (f) = BBl 2012 3397 (d); www.parlament.ch Curia Vista No. 12.039.

3. Horaires des magasins des stations-services

En date du 14 décembre 2012, l'Assemblée fédérale a modifié la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964[105]. Selon le nouvel article 27 alinéa 1quater, les « magasins des stations-service qui sont situés sur les aires des autoroutes ou le long d'axes de circulation importants fortement fréquentés par les voyageurs et dont les marchandises et les prestations répondent principalement aux besoins des voyageurs peuvent occuper des travailleurs le dimanche et la nuit»[106]. Un référendum a abouti. La révision sera en conséquence soumise au vote du peuple suisse.

4. Arbeits- und Ruhezeitvorschriften

In den Jahren 2011 - 2012 traten verschiedene Detailänderungen zu den Ausführungs- oder Sonderverordnungen zum Arbeitsgesetz (ArG) in Kraft. In der Verordnung 1 zum ArG (ArGV 1, SR 822.111) wurde mit Wirkung ab 1. August 2011 der Art. 30 ArGV 1 über die Dauernachtarbeit revidiert[107]. In den Sonderbestimmungen für bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen in der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112) wurde per 1. Dezember 2012 Art. 48 ArGV 2 angepasst, der sich auf Bau- und Unterhaltsbetriebe für Eisenbahnanlagen bezieht[108]. Mit Art. 29 AZGV, in Kraft ab 1. Dezember 2011, erhielt die Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (VO Arbeitszeitgesetz, AZGV, SR 822.211) eigens eine Bestimmung für "Fussballfanextrazüge" bzw. für das Sicherheitspersonal, das diese begleitet[109]. Verschiedene materielle Änderungen mit grösseren Auswirkungen gab es bei der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1, SR 822.221)[110]. Schliesslich umfasst die auf den 1. Januar 2012 in Kraft getretene Revision der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (ARV 2, SR 822.222) angepasste Regelungen zum Fahrtschreiber[111].

105 RS 822.11.
106 FF 2012 8913 (f) = BBl 2012 9655 (d); FF 2011 8241 (f) = BBl 2011 8891 (d); FF 2012 325 (f) = BBl 2012 437 (d); www.parlament.ch Curia Vista No. 09.462.
107 AS 2010 3111.
108 AS 2012 6009.
109 AS 2011 4743.
110 AS 2010 3239, in Kraft ab 1. Januar 2011.
111 AS 2011 4947.

5. Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) und -Verordnung (AVIV)

Eine grössere Revision mit dem Zweck der langfristigen Sicherung der Finanzierung der Arbeitslosenversicherung trat nach Annahme durch das Volk auf den 1. April 2011 Kraft[112]. Sie umfasste auch die Erhöhung der Beitragssätze (Art. 3 Abs. 2 AVIG) und des beitragspflichtigen Verdiensts[113]. Diese Erhöhungen waren schon mit Wirkung ab Anfang 2011 auf dem Verordnungsweg eingeführt worden[114]. Revidiert wurde auch Art. 27 Abs. 2 lit. c AVIG. Weiter wurden mit dieser Revision die Beitrags- und Bezugsdauer enger aneinander gekoppelt und für Personen ohne Unterhaltspflicht zusätzliche Wartetage eingeführt, abgestuft nach der Höhe des versicherten Verdienstes (Art. 18 Abs. 1 AVIG).

Mit den geänderten AVIG-Bestimmungen wurden auf den 1. April 2011 auch zahlreiche Änderungen der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) in Kraft gesetzt[115]. Anpassungen in dieser Verordnung gab es weiter zur Kurzarbeitsentschädigung[116] und – in Kraft ab 1. April 2012 – im Zusammenhang mit der Personenfreizügigkeit[117].

6. Familienzulagengesetz (FamZG) und -Verordnung (FamZV)

Der Initiative "Ein Kind, eine Zulage" von Nationalrat Hugo Fasel trug das Parlament im März 2011 mit einer Revision des FamZG (SR 836.2)[118] Rechnung, womit seit Anfang 2013 auch Selbständigerwerbende Anspruch auf Kinderzulagen haben, im Gegenzug aber auch bei den Familienausgleichskassen beitragspflichtig werden.

Mit dem Gesetz wurde auch die Familienzulagenverordnung (FamZV[119]) angepasst[120].

Den Feststellungen des Bundesgerichts im Entscheid BGE 137 V 121[121], wonach eine gesetzliche Regelung für Auszahlung von Zulagen während

---

112 AS 2011 1167; BBl 2008 7733 (d) = FF 2008 7029 (f); www.parlament.ch Curia Vista Nr. 08.062.

113 Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19.03.2010, AS 2011 1167, S. 1176.

114 VO über die Beitragssätze für die Arbeitslosenversicherung, SR 837.051, AS 2010 5247, nur bis 31.03.2011 geltend.

115 AS 2011 1179.

116 AS 2011 4771, befristet für die Jahre 2012 und 2013.

117 AS 2012 1203.

118 AS 2011 3973; BBl 2009 5991 (d) = FF 2009 5389 (f); BBl 2009 6009 (d) = FF 2009 5407 (f); www.parlament.ch Curia Vista Nr. 06.476.

119 SR 836.21.

120 AS 2011 4951, in Kraft ab 01.01.2013 bzw. bereits ab 01.01.2012 (Art. 7 + 10).

einem unbezahlten Urlaub fehle, wurde durch eine Anpassung von Art. 10 FamZV[122] Rechnung getragen. Das Bundesgericht befand, die Regelung in Randziffer 519.1 der Wegleitung des Bundesamts für Sozialversicherung (BSV) zum FamZG[123] genüge nicht, und hatte trotz Beschwerde des BSV einer Arbeitnehmerin, die im Anschluss an ihren Mutterschaftsurlaub noch unbezahlt Urlaub bezog, die Ausrichtung von Familienzulagen verweigert.

7. Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen / Mitarbeiterbeteiligungsverordnung (MBV)

Nach einem langen Gesetzgebungsprozess wurden mit entsprechendem Bundesgesetz[124] zusätzliche Bestimmungen zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen erlassen, die Eingang ins Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11) und ins Steuerharmonisierungsgesetz (StHG, SR SR 642.14) fanden und nun auf den 1. Januar 2013 in Kraft getreten sind. Mitarbeiteraktien und börsenkotierte Mitarbeiteroptionen werden im Zeitpunkt des Erwerbs besteuert, gesperrte Aktien mit einem Diskont, während die Besteuerung nicht börsenkotierter Mitarbeiteroptionen bei Ausübung erfolgt.

Mit der zeitgleich rechtswirksam gewordenen Verordnung über die Bescheinigungspflichten bei Mitarbeiterbeteiligungen (Mitarbeiterbeteiligungsverordnung, MBV)[125] wird geregelt, welche Angaben die Arbeitgeber den Steuerbehörden zu bescheinigen haben.

8. Verfassungsinitiativen zur Vergütung

Den Beginn einer Reihe von drei Volksinitiativen zur Gestaltung von Lohn bzw. Entschädigungen machte die bereits 2008 eingereichte sog. "Abzocker"-Initiative, die dann am 3. März 2013 mit fast 68 % aller Stimmen vom Volk angenommen worden ist[126], womit der im März 2012 beschlossene indirekte Gegenvorschlag des Parlaments[127] obsolet wurde. Der Initiativtext regelt die Vergütungen von Organen (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Beirat) von börsenkotierten Schweizer Aktiengesellschaften und sieht den Erlass von

121 Volltext: BGer 8C_713/2010 vom 23.03.2011.

122 Mit neuen Absätzen 1^{bis} und 1^{ter}, AS 2011 4951, bereits ab 01.01.2012 in Kraft.

123 FamZWL, beurteilt in der Fassung vom 01.01.2010, seit 2009 in 9 Versionen abrufbar: www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/3635/lang:deu/category:103.

124 AS 2011, 3259, BBl 2005 575 (d) = FF 2005 519 (f), www.parlament.ch Curia Vista Nr. 04.074.

125 AS 2012 3847, SR 642.115.325.1.

126 Details siehe: www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis348.html, www.parlament.ch Curia Vista Nr. 08.080.

127 www.parlament.ch Curia Vista Nr. 10.443.

bundesrätlichen Ausführungsbestimmungen innerhalb eines Jahres vor, die bis zum Inkrafttreten entsprechender gesetzlicher Bestimmungen gelten.

Im März 2011 kam die Initiative "1:12 - Für gerechte Löhne" der JUSO[128] zustande[129]. Sie verlangt, dass niemand in einem Jahr weniger verdient als der bestbezahlte Manager im gleichen Unternehmen in einem Monat. Das Parlament ist dem Antrag des Bundesrats gefolgt und hat im März 2013 Volk und Ständen die Ablehnung dieser Initiative empfohlen[130].

Im Jahr 2012 schliesslich wurde die Mindestlohn-Initiative des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds (SBG)[131] eingereicht. Sie verlangt, dass die Festlegung von Mindestlöhnen in Gesamtarbeitsverträgen zu fördern ist und überdies einen nationalen gesetzlichen Mindestlohn von 22 Franken pro Stunde. In seiner Botschaft[132] beantragt der Bundesrat dem Parlament, Volk und Ständen die Ablehnung zu empfehlen.

IV. Doctrine (2011-2012) / Literatur (2011-2012)

La production scientifique en droit du travail est très abondante. Nous nous limiterons ici à mentionner quelques contributions importantes parues durant les années 2011-2012. S'agissant des articles (cf. ci-dessous point 4), ils sont cités de manière parfois aléatoires. Pour le surplus, nous renvoyons à la revue ARV (Arbeitsrecht) / DTA (Droit du travail)[133]. Cette revue présente de manière quasi exhaustive les contributions helvétiques consacrées au droit du travail.

Die wissenschaftliche Verarbeitung des Arbeitsrechts ist sehr vielfältig. Beiträge in Periodikas aus den Jahren 2011 und 2012 werden nachstehend (Ziff. 4) in einer nicht wertenden, teils zufälligen Auswahl erwähnt. Erneut wird auf die Zeitschrift ARV (Arbeitsrecht) / DTA (Droit du travail)[134] verwiesen. Sie weist die Beiträge im Schweizerischen Arbeitsrecht praktisch vollständig nach.

---

128 JUSO JungsozialistInnen Schweiz.

129 Details siehe: www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis375.html, www.parlament.ch Curia Vista Nr. 12.017.

130 BBl 2013 2473 (d) = FF 2013 2205 (f).

131 Details siehe: www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis399.html, www.parlament.ch Curia Vista Nr. 13.014.

132 BBl 2013 1211 (d) = FF 2013 1109 (f).

133 Voir ci-dessus note de bas 2 de page 646.

134 Siehe vorn bei Fn. 5, S. 646.

1. Recueils de textes / Textsammlungen

DUNAND JEAN-PHILIPPE/WYLER RÉMY/DUPONT ANNE-SYLVIE/KAHIL-WOLFF BETTINA
Recueil de textes en Droit social, volume I: Droit du travail, Bâle 2012.

STEIGER-SACKMANN SABINE/PÄRLI KURT
Rechtsnormen zum schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich 2012.

2. Ouvrages généraux / Umfassende Darstellungen

La liste qui suit comprend également quelques ouvrages importants parus en 2013.

Die nachstehende Liste umfasst auch wichtige Werke, die nach 2012 erschienen sind.

AUBERT GABRIEL
Commentaire des articles 319 à 362 CO, in Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012, pp. 1965ss.

AUBERT GABRIEL/LEMPEN KARINE (ÉD.)
Commentaire de la loi fédérale sur l'égalité, Genève 2011.

BERENSTEIN ALEXANDRE/MAHON PASCAL/DUNAND JEAN-PHILIPPE
Labour Law in Switzerland, Alphen aan den Rijn 2012.

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (ÉD.)
Commentaire du contrat de travail, Berne 2013.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND

Arbeitsrecht in der Schweiz, 2.Aufl. Bern 2012.

HAUSHEER HEINZ (HRSG.)
Art. 319-362 OR. Arbeitsvertragsrecht. Update Berner Kommentar. Grundwerk inkl. 7. Ergänzungslieferung, Bern 2011.

METZ MARKUS/MÜNCH PETER (HRSG.)
Stellenwechsel und Entlassung, Handbücher für die Anwaltspraxis II, Basel 2012.

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ
Schweizerisches Arbeitsrecht, 3.Aufl. Zürich 2013.

PORTMANN WOLFGANG/UHLMANN FELIX (HRSG.)
Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER
Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7.Aufl. Zürich 2012[135].

WYLER RÉMY (ÉD.)
Panorama II en droit du travail, Berne 2012.

3. Monographies / Einzeldarstellungen

BÄCHLER FRANZISKA
Vergütungen von Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsmitgliedern in Banken, Zürich 2011.

DEVEAUD-PLÉDRAN MARIE
Le harcèlement dans les relations de travail, Genève-Zurich-Bâle 2011.

DIETSCHY PATRICIA
Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011.

ENZ MARC
Grenzgängerregelungen, Bern 2012.

ENZLER ALEX
Der arbeitsrechtliche Zeugnisanspruch, Zürich 2012.

HIRSIGER RENÉ
Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Bern 2011.

IMBACH HAUMÜLLER DIANA
Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich - ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich 2011.

MATHIS ZWYGART ESTELLE
L'application des conventions collectives de travail aux contrats de travail temporaire (étude de l'article 20 LSE), Bâle 2012.

MORF ROGER PETER
Lohn und besondere Vergütungsformen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2011.

MÜLHAUSER PHILIPP
Das Lohnbuch 2011 – Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2011.

---

[135] Seit März 2013 neu mit kostenpflichtigem elektronischen Update-Service und Newsletter (4 x jährlich): https://update.schulthess.com/arbeitsvertrag.

Das Lohnbuch 2012 – Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2012.

MÜLLER ROLAND/THALMANN PHILIPP
Streitpunkt Arbeitszeugnis, Basel 2012.

SEILER ZOE
Cinéma: droit d'auteur et droit du travail. Etude de droit comparé, Genève 2012.

SUBILIA OLIVIER
Les horaires de travail selon la LTr, Lausanne 2012.

VON KAENEL ADRIAN
Beiträge zum Whistleblowing, Multidisziplinäre Aspekte. Schriften zur Rechtspsychologie SRP Band 12, Bern 2012.

WILDHABER ISABELLE
Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Zürich 2011.

4. Articles / Beiträge

BAISCH RAINER
Arbeitnehmerschutz bei M&A Transaktionen und Sanierungen, Jusletter 20. Juni 2011.

BOHNET FRANÇOIS/ZEN-RUFFINEN ALEXANDRE
L'arbitrabilité des conflits individuels de travail en matière sportive, L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011, pp. 35 ss.

BOUTELLIER CHRISTINE
GAV – Tipps für die Praxis, Anwaltsrevue 2/2012, S. 80 ff.

CARCAGNI ROESLER ROMINA
Arbeitsrecht, in: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht 2011/2012, Zürich 2012.

CARCAGNI ROESLER ROMINA/FISCHER ALEXANDER
Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Entwicklungen im schweizerischen Wirtschaftsrecht, Zürich 2010-2011, S. 89 ff., Zürich 2011.

COSTA GIORDANO
Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, Jusletter 9. Januar 2012.

DORMANN AGNES
Die Zulässigkeit und die Rechtsfolgen einer Kündigung bei einem Verstoss gegen Kündigungsbeschränkungen, AJP 2011, S. 1069 ff.

FARNER MARTIN
Begründete Klage und Verhandlungsmaxime im vereinfachten Verfahren, Anwaltsrevue 1/2012, S. 19 ff.

GEISER THOMAS
- Arbeitrechtliche Rechtsprechung 2010, AJP 2011, S. 243 ff.
- Arbeitsrechtliche Rechtsprechung 2011, AJP 1/2012, S. 111 ff.
- Berechnung der Kündigungsfristen im Arbeitsvertragsrecht, recht 2012, S. 1 ff.
- Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 107/2011 Nr. 14, S. 336 ff.
- Entwicklungen im Arbeitsrecht, SJZ 108/2012 Nr. 14, S. 351 ff.
- Interne Untersuchungen des Arbeitgebers – Konsequenzen und Schranken, AJP 2011, 1047 ff.
- Weiterbildung im Arbeitsrecht, recht 2011, S. 118 ff.

GREMPER PHILIPP
Frage der Zulässigkeit der Zahlung des Lohnes in Euro, Anwaltsrevue 2/2012, S. 73 ff.

HÄUSERMANN DANIEL
Strafrechtliche Konsequenzen der „Abzocker"-Initiative, Jusletter 11. Februar 2013.

HENNEBERGER FRED/RIEDER STEFAN
Bemessung der Entschädigung der Wartezeiten bei echter Arbeit auf Abruf, AJP 2011, S. 1057 ff.

HENSCH ANGELA
Arbeitsrechtliche Fragen der spitalexternen Krankenpflege, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 1/2012, S. 11 ff.

Sonderregelungen für schwangere und stillende Arbeitnehmerinnen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, AJP 8/2012, S. 1088 ff.

HINDERLING REGULA
Gerichtliche Zuständigkeit bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nach revidiertem Lugano-Übereinkommen, Anwaltsrevue 2/2012, S. 88 ff.

HIRSIGER RENÉ
Ausgewählte Einzelfragen zu vereinbarten Leistungszielen im Einzelarbeitsverhältnis, ArbR 2011, S. 87 ff.

HUMBERT DENIS G.
Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, AJP 11/2011, S. 1471 ff.

KELLER STEFAN
Der Gesamtarbeitsvertrag im Sozius des Betriebsübergangs, in: Recht zwischen Dogmatik und Theorie – Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2012.

KOLLER THOMAS
Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, ZBJV 2011, S. 406 ff.

KOLLER THOMAS/SENNHAUSER NORBERT
Die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2012, S. 405 ff.

LERCH ANDRÉ
Arbeitsrechtliche Rückzahlungsvorbehalte für Aus- und Weiterbildungskosten, Anwaltsrevue 1/2012, S. 24 ff.

MÄGERLE DANIEL
Probleme bei der Kürzung des Ferienanspruchs, Anwaltsrevue 1/2012, S. 21 ff.

MEIER-GUBSER STEFANIE
Lehrvertrag und jugendliche Arbeitnehmer, TREX 6/2011, S. 358 ff.

Teilzeitarbeit – Mögliche arbeitsrechtliche Stolpersteine, TREX 1/2011, S. 22 ff.

MEYER BARBARA
Ausländische Angestellte in der Schweiz – ausgewählte Fragestellungen, Anwaltsrevue 1/2012, S. 26 ff.

MILANI DOMINIK
Die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen infolge Anstellungsdiskriminierungen bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen im erstinstanzlichen gerichtlichen Entscheidverfahren, ArbR 2011, S. 39 ff.

MÜLLER ROLAND
Honorierung von Verwaltungsräten aus rechtlicher Sicht, ZBJV 2011, S. 113 ff.

MÜLLER ROLAND/BOMATTER ANDRÉ
Die juristische Person als Familienbetrieb im Sinne von Art. 4 ArG, AJP 7/2012, S. 975 ff.

MÜLLER ROLAND/STENGEL MANUEL
Berufskleidung im Arbeitsrecht – Vorschriften, Kostentragung, Depot, AJP 2011, S. 222 ff.

MÜLLER ROLAND/VON GRAFFENRIED CAROLINE
Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, recht 2011, S. 156 ff.

MÜLLER ROLAND/ZÜND DAVID
Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht, AJP 12/2012, S. 1781 ff.

REITER CATHERINE
Verzicht des Arbeitnehmers auf die nicht gemäss Art. 321c Abs. 3 OR wegbedungene Vergütung für bereits geleistete Überstunden, AJP 2011, S. 946 ff.

RIEDER STEFAN
Sind Ferienentschädigungen vererbbar?, AJP 11/2012, S. 1579 ff.

RUDOLPH ROGER
Bagatelldelikte am Arbeitsplatz – Ein ausreichender Grund für eine fristlose Entlassung?, TREX 4/2012, S. 228 ff.

Besprechung des Urteils des Arbeitsgerichts Zürich vom 13.12.2011 (AN100077), ARV/DTA 2012, S. 243.

Die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zum sachlichen Kündigungsschutz, Jusletter 20. Juni 2011.

Neuere Entwicklungen im Bonusrecht, TREX 2/2011, S. 92 ff.

RUDOLPH ROGER/VON KAENEL ADRIAN
Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, AJP 2/2012, S. 197 ff.

RÜETSCHI DAVID
Die Rechte des Arbeitnehmers bei der Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger, in: Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Bern 2011.

PÄRLI KURT
Missbräuchliche Kündigung – Sanktionen wenig abschreckend, plädoyer 3/11, S. 33 ff.

Rechtsfragen der Beschäftigung ausländischen Pflegepersonals, Pflegerecht-Pflegewissenschaft 2/2012, S. 91 ff.

PORTMANN WOLFGANG

- Betriebsstörung durch Flashmob, in: Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner, Basel 2011.
- Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, in: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 167 ff.

PORTMANN WOLFGANG/RIBBE RÉMY

Vom öffentlichen Restaurationsbetrieb zum privaten Raucherklub – Kreativer Ausweg oder unzulässige Gesetzesumgehung?, AJP 5/2012, S. 1 ff.

PORTMANN WOLFGANG/STREULI-NIKOLIĆ IVANA

Zur Verjährung von Forderungen aus positiver Vertragsverletzung im Fall von Spätschäden, ArbR 2011, S. 13 ff.

SCHWAAB JEAN-CHRISTOPHE

Les règles de l'OIT sur la protection contre le licenciement, Jusletter 20 juin 2011.

Paiement du salaire en euros, adaptation au cours de l'euro: que dit le droit du travail?, Jusletter 8 août 2011.

SENTI CHRISTOPH

Die Geschäftsführung bei der GmbH – Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, AJP 2011, S. 18 ff.

Pensionierte Angestellte – Heikle sozialrechtliche Punkte, plädoyer 6/2012, S. 37 ff.

STÖCKLI JEAN-FRITZ

Arbeitsvertragliche Regelung der Weiterbildung, ArbR 2011, S. 117 ff.

STUDER PETER

Wenig Schutz für Gewerkschafter, plädoyer 3/12, S. 23 f.

SUBILIA OLIVIER ET SCHWEIZER STEPHANIE

Mobbing: cachez-lui cette souffrance qu'il ne saurait voir, ARV/DTA 2012, pp. 323 ss.

SUTER REGULA

Die Besteuerung von Abgangsentschädigungen, Anwaltsrevue 1/2012, S. 16 ff.

TESTER MARISA
Video- und GPS-Überwachung von Arbeitnehmenden, Jusletter 24. September 2012.

WILDHABER ISABELLE
Private Koalitionsbildung und Minderheitenschutz – Ein vergleichender Blick auf das Arbeitsrecht und das Aktienrecht, AJP 5/2012, S. 661 ff.

WYLER RÉMY
Droit du travail (résumés de jurisprudences), JdT 2012 II, pp. 198ss.

ZANETTI GIANNI F.
Der arbeitsrechtliche Aufhebungsvertrag, Anwaltsrevue 2/2012, S. 84 ff.

Le droit du travail en évolution: Addenda relatifs aux arrêts nouvellement publiés aux ATF
Die Entwicklung des Arbeitsrechts in den Jahren 2011 und 2012: Nachtrag zu den zur Publikation vorgesehenen Urteilen

Jean-Philippe Dunand / Georges Chanson

Après la fin de la rédaction de la présente contribution quelques arrêts présentés ont été publiés aux ATF. Nous indiquerons ici la référence aux ATF et reproduirons les chapeaux officiels des arrêts concernés.

Die bei Abschluss des vorstehenden Beitrags zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheide sind nun in der Amtlichen Sammlung veröffentlicht. Nachstehend wird die Fundstelle genannt und die offizielle Regeste wiedergegeben.

Table des matières – Inhaltsverzeichnis

I. Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral (2011-2012) / Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (2011-2012) 706b
1. Le contrat de travail (art. 319ss CO) / Der Arbeitsvertrag (Art. 319 ff. OR) 706b
c) Bonus/Gratifikation, Akzessorietät 706b
aa) Regeste, amtliche Publikation 706b
k) Champ d'application d'une CCT ; interprétation d'une clause d'égalité (art. 356ss CO) 706b
aa) Chapeau officiel de l'arrêt 706b
2. Législation sur le travail / Arbeitsgesetz 706b
c) Interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche. Légères dérogations (art. 28 LTr) 706c
aa) Chapeau officiel de l'arrêt 706c
d) Installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par le travailleur (art. 26 OLT 3) 706c
aa) Chapeau officiel de l'arrêt 706c
3. Thématiques diverses / Diverse Themen 706d

f) UVG-Deckung bei Mehrfachbeschäftigung, Taggeldhöhe ... 706d
aa) Regeste, amtliche Publikation 706d

I. Résumé de la jurisprudence du Tribunal fédéral (2011-2012) / Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (2011-2012)

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

c) Bonus/Gratifikation, Akzessorietät

BGer 4A_520/2012 vom 26.02.2013 = BGE 139 III 155 (d)[1]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 322 und 322d OR; Qualifikation einer Sondervergütung (Bonus) als freiwillige Gratifikation oder Lohnbestandteil?

Erreicht der eigentliche Lohn ein Mass, das die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers bei Weitem gewährleistet bzw. seine Lebenshaltungskosten erheblich übersteigt, ist die Höhe der Sondervergütung im Verhältnis zum Lohn kein Kriterium mehr, um über deren Qualifikation zu entscheiden (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 5)

k) Champ d'application d'une CCT ; interprétation d'une clause d'égalité (art. 356ss CO)

Arrêt du TF 27 novembre 2012, 4A_163/2012, c. 5.1-2 = ATF 139 III 60 (f) [2]

aa) Chapeau officel de l'arrêt

Effets d'une convention collective de travail (art. 357 CO); clause d'égalité de traitement; stipulation pour autrui (art. 112 CO).

Interprétation d'une clause d'égalité de traitement figurant dans une CCT d'entreprise dans le sens d'une stipulation pour autrui parfaite en faveur des travailleurs non syndiqués, qui disposent ainsi d'un droit propre contre l'employeur (consid. 5).

---

1 Siehe vorstehend S. 651.
2 Voir ci-dessus page 670.

2. Législation sur le travail / Arbeitsgesetz

c) Interdiction d'occuper des travailleurs le dimanche. Légères dérogations (art. 28 LTr)

Arrêt du TF 26 octobre 2012, 2C_149/2012, c. 5-6 (f),
= ATF 139 II 49[3]

aa) Chapeau officiel de l'arrêt

Art. 27 et 28 LTr; art. 47 OLT 2; dérogation aux règles sur le travail dominical.

Système mis en place par la loi sur le travail en ce qui concerne le travail dominical (consid. 4). L'art. 28 LTr s'applique aussi aux entreprises soumises aux dispositions spéciales de l'art. 27 LTr et de l'OLT 2 (consid. 5). Conditions pour obtenir une dérogation reposant sur l'art. 28 LTr (consid. 6.1). Lorsqu'une branche entière rencontre des difficultés pour respecter les règles relatives au travail dominical, il s'agit d'un problème structurel qui doit être réglé par une modification de l'OLT 2 et non par des dérogations individuelles accordées à toutes les entreprises concernées (consid. 6.3). Une réduction de 26 à 20 des dimanches de congé ne peut être qualifiée de dérogation minime (consid. 6.4). Pas de droit à l'égalité dans l'illégalité (consid. 7). Octroi d'une dérogation limitée dans le temps afin de permettre la refonte des horaires du personnel ou la révision de l'OLT 2 (consid. 8).

d) Installation d'un programme espion dans l'ordinateur utilisé par le travailleur (art. 26 OLT 3)

Arrêt du TF du 17 janvier 2013, 8C_448/2012, c. 5-7 (i),
= ATF 139 II 7 [4] [5]

aa) Chapeau officiel de l'arrêt

Art. 6 LTr; art. 26 OLT 3; art. 29 al. 1 Cst.; art. 6 par. 1 CEDH; installation d'un logiciel espion destiné à surveiller les opérations informatiques d'un fonctionnaire; utilisation de preuves obtenues de manière illicite et pesée des intérêts; licenciement.

L'emploi subreptice d'un logiciel espion destiné à vérifier le soupçon qu'un fonctionnaire abuse à des fins étrangères à ses devoirs de fonction des res-

[3] Voir ci-dessus page 677.
[4] Voir ci-dessus page 679.
[5] Pra 102 (2013) No. 82

sources informatiques mises à sa disposition est une mesure prohibée (art. 26 al. 1 OLT 3) ou pour le moins disproportionnée (art. 26 al. 2 OLT 3; consid. 5.5-5.5.4). Pondération entre l'intérêt public à la recherche de la vérité et l'intérêt privé du fonctionnaire à la protection de sa propre personnalité (consid. 6). Le moyen de preuve obtenu de manière illicite étant jugé inutilisable en procédure, le licenciement se révèle infondé (consid. 7).

3. Thématiques diverses / Diverse Themen

f) UVG-Deckung bei Mehrfachbeschäftigung, Taggeldhöhe

BGer 8C_297/2012 vom 04.03.2013 = BGE 139 V 148 (d) [6]

aa) Regeste, amtliche Publikation

Art. 7 Abs. 2 UVG in Verbindung mit Art. 13 UVV; Art. 8 UVG; Art. 15 Abs. 3 UVG in Verbindung mit Art. 23 Abs. 5 UVV; Berechnungsgrundlage des Taggeldes für Mehrfachbeschäftigte bei einem Arbeitswegunfall.

Bei Mehrfachbeschäftigten ist für die Berechnung des Taggeldes der Gesamtlohn aus allen Erwerbstätigkeiten massgebend, sofern sie einen Unfall auf dem Arbeitsweg zu oder von einem ihrer Arbeitsorte erleiden, unabhängig davon, ob dieses Ereignis als Berufs- oder Nichtberufsunfall zu qualifizieren ist (E. 7)

[6] Siehe vorstehend S. 689.