

# Arbeitsrecht Droit du travail

Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung  
Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

**Herausgegeben von / Publié par**

Prof. Dr. Wolfgang Portmann (Vorsitz / Présidence),  
Prof. Dr. Gabriel Aubert, Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand,  
Dr. Adrian von Kaenel, Prof. Dr. Roland A. Müller,  
Dr. Boris Zürcher (SECO)

**ARV  
DTA**

2/2014

**In Zusammenarbeit mit / En collaboration avec**

SECO (Staatssekretariat für Wirtschaft /  
Secrétariat d'Etat à l'économie)

**Das Thema/Doctrine**

Erneute Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung  
nach abgelaufener Rahmenfrist für den Leistungsbezug:  
Folgerahmenfristen und ihre Besonderheiten

**Gesetzgebung/Législation**

**Rechtsprechung/Jurisprudence**

Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts  
Urteilsauszüge/Extraits d'arrêts

**Literatur/Bibliographie**

Buchbesprechungen/Recensions  
Hinweise auf Bücher und Beiträge/Livres et articles

**Mitteilungen/Nouvelles**

Aus Europa/Europe  
Aus der ILO/OIT

**Offizieller Teil des SECO/Partie officielle du SECO**

## Impressum

### Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung / Revue de droit du travail et d'assurance-chômage

ISSN 1660-0339

www.arv-online.ch

#### Herausgeber / Editeurs

Prof. Dr. iur. Wolfgang Portmann (Vorsitz / Présidence),  
Ordinarius für Privat- und Arbeitsrecht an der  
Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Gabriel Aubert, Professeur ordinaire au  
Département de droit du travail et de la sécurité sociale à  
l'Université de Genève, juge suppléant au Tribunal fédéral

Prof. Dr. iur. Jean-Philippe Dunand, Professeur  
ordinaire de droit romain, d'histoire du droit et du droit  
du travail à l'Université de Neuchâtel

Dr. iur. Adrian von Kaenel, Rechtsanwalt in Wetzikon,  
Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Roland A. Müller, Titularprofessor für Obliga-  
tionen-, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht an der  
Universität Zürich, Rechtsanwalt und nebenamtlicher  
Richter an den Arbeitsgerichten Meilen, Uster und Zürich,  
Direktor des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes

Dr. Boris Zürcher, Leiter der Direktion für Arbeit im SECO

#### Korrespondenzadressen /

##### Adresses de correspondance

Prof. Dr. iur. Wolfgang Portmann, Universität Zürich,  
Rechtswissenschaftliche Fakultät, Rämistrasse 74/16,  
8001 Zürich, Tel. 044 634 21 80  
lst.portmann@rwi.uzh.ch

Offizieller Teil des SECO: SECO – Staatssekretariat für  
Wirtschaft, Direktion für Arbeit, TCRV, Effingerstrasse 31,  
3003 Bern, Tel. 031 322 29 20, tcrv@seco.admin.ch

#### Erscheinungsweise / Parution

4x jährlich

#### Abonnementspreise / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement: CHF 120.00

Jahresabonnement für Studierende: CHF 89.00

Einzelheft: CHF 35.00

#### Inserate / Annonces

Publicitas Publimag AG

Mürtschenstrasse 39, Postfach, 8010 Zürich,

Tel. 044 250 31 31, Fax 044 250 31 32

#### Verlag und Abonnementsverwaltung /

##### Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG

Zwingliplatz 2, Postfach, 8022 Zürich,

Tel. 044 200 29 19, Fax 044 200 29 08

www.schulthess.com, zs.verlag@schulthess.com

## Inhaltsübersicht / Sommaire

<b>Das Thema / Doctrine</b> .....	77
Erneute Beanspruchung von Arbeitslosen- entschädigung nach abgelaufener Rahmenfrist für den Leistungsbezug: Folgerahmenfristen und ihre Besonderheiten (Alexia Heine/ Beatrice Polla) .....	77
<b>Gesetzgebung / Législation</b> .....	87
<b>Rechtsprechung / Jurisprudence</b> .....	96
<i>Urteilsbesprechungen / Commentaires d'arrêts</i> .....	96
Konkurrenzverbot: Begründeter Anlass zur Kündigung bei «überholender» Kündigung, Vor- bereitungshandlungen (Art. 340c Abs. 2 OR) (Roger Rudolph) .....	96
<i>Urteilsauszüge / Extraits d'arrêts</i> .....	102
<b>Literatur / Bibliographie</b> .....	123
<i>Buchbesprechungen / Recensions</i> .....	123
Kamber, Marco: Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht .....	123
<i>Hinweise auf Bücher und Beiträge / Livres et articles</i>	125
<b>Mitteilungen / Nouvelles</b> .....	130
Aus Europa / Europe .....	130
Aus der ILO / OIT .....	134
<b>Offizieller Teil des SECO / Partie officielle du SECO</b> .....	136

# Erneute Beanspruchung von Arbeitslosenentschädigung nach abgelaufener Rahmenfrist für den Leistungsbezug: Folgerahmenfristen und ihre Besonderheiten

Dr. iur. Alexia Heine, Bundesrichterin, I. Sozialrechtliche Abteilung  
RA lic. iur. Beatrice Polla, Gerichtsschreiberin, I. Sozialrechtliche Abteilung

*Die arbeitslose Person erhält eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug, eine so genannte Folgerahmenfrist, grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen wie eine erste Rahmenfrist. Eine Folgerahmenfrist wird dennoch nicht nach völlig identischen Kriterien wie die Leistungsrahmenfrist bei erstmaliger Beanspruchung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung eröffnet. Umstände, welche den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in einer ersten Rahmenfrist nicht ausschliessen, können in einer Folgerahmenfrist zur Verweigerung von Leistungen führen. Anhand von Beispielen aus der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts werden Konstellationen bei arbeitgeberähnlicher Stellung, Erziehungszeiten, Arbeit auf Abruf und Wochenaufenthaltsbeiträge untersucht und die Konsistenz der Begründungslinie des Bundesgerichts überprüft.*

*Le chômeur bénéficie d'un nouveau délai-cadre d'indemnisation, dit délai-cadre consécutif, aux mêmes conditions, en principe, que celles du premier délai-cadre. Cependant, un délai-cadre consécutif ne s'ouvre pas tout à fait selon les mêmes critères que le délai-cadre d'indemnisation lors de la première demande d'indemnisation. Des circonstances qui n'excluent pas le versement d'indemnités dans un premier délai-cadre peuvent conduire à un refus d'indemnisation dans un délai-cadre consécutif. A l'aide d'exemples tirés de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral sont étudiées des situations particulières telles que le statut analogue à celui d'employeur, les périodes éducatives, le travail sur appel et les frais de déplacement et de séjour hebdomadaire. Les auteurs examinent aussi la cohérence des motifs du Tribunal fédéral.*

## Inhaltsübersicht

- I. Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts
  1. ARV 2010 S. 138, Urteil 8C\_635/2009: Weiterführung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach erster Rahmenfrist für den Leistungsbezug
  2. BGE 139 V 482: Verlängerte Rahmenfrist oder Folgerahmenfrist für den Leistungsbezug im Falle von Erziehungszeiten
  3. BGE 139 V 259: Während laufender Rahmenfrist zum Leistungsbezug aufgenommenes Arbeitsverhältnis auf Abruf
  4. BGE 139 V 531: Wochenaufenthaltsbeiträge in einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug
- II. Wiederkehrende Begründungslinie des Bundesgerichts
  1. Öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutz (Art. 9 BV)
  2. Kausalität
    - a) Kausalität zwischen Arbeitslosigkeit und Anspruch auf arbeitsmarktliche Massnahmen
    - b) Kausalität zwischen fehlender Beitragszeit und Kindererziehung bei Geltendmachung des Anspruchs auf eine verlängerte Rahmenfrist im Falle von Erziehungszeiten
    - c) Kausalität zwischen Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und Arbeitslosigkeit
  3. Schadenminderungspflicht
- III. Das Bundesgericht im Einklang mit dem Gesetzgeber

Die Rahmenfristen spielen eine zentrale Rolle im System der Arbeitslosenversicherung. Die mit Blick auf den Leistungsanspruch geltenden Fristen bezwecken die zeitliche Begrenzung für die zu leistende Beitragszeit oder für die Erfüllung eines Befreiungstatbestands zum Erhalt von Arbeitslosenentschädigung (Rahmenfrist für die Beitragszeit, Art. 13 AVIG, Befreiungstatbestände, Art. 14 AVIG) sowie eine Beschränkung der Bezugsdauer (Rahmenfrist für den Leistungsbezug, Art. 9 AVIG). Art. 9 Abs. 1 AVIG definiert grundsätzlich für beide Rahmenfristen eine zweijährige Dauer. Nach Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (ohne Förderung durch die Arbeitslosenversicherung; Art. 9a AVIG) oder im Fall von Kindererziehungszeiten (Art. 9b AVIG) können die Rahmenfristen für den Leistungsbezug um zwei Jahre verlängert werden. In den vier Jahren vor Erreichen des AHV-Rentenalters kann die Rahmenfrist für den Leistungsbezug ebenfalls um längstens zwei Jahre verlängert werden (Art. 27 Abs. 3 AVIG; Art. 41b AVIV). Stichtag für die Berechnung der Rahmenfristen ist der erste Tag, an dem alle Anspruchsvoraussetzungen zum Leistungsbezug (Art. 8 AVIG) erfüllt sind. Damit beginnt die zukunftsgerichtete Rahmenfrist für den Leistungsbezug (Art. 9 Abs. 2 AVIG). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit beginnt zwei Jahre vor diesem Tag und ist demnach rückwärtsgerichtet (Art. 9 Abs. 3 AVIG). Eine neue Rahmenfrist für den Leistungsbezug, eine Folgerahmenfrist also, kann erst nach Ablauf der alten Rahmenfrist eröffnet werden und knüpft grundsätzlich an diese unmittelbar an. Die Anspruchsberechtigung wird aber – unter Beachtung der gleichen Voraussetzungen wie bei der ersten (Art. 9 Abs. 4 AVIG) – neu geprüft. Auch die Bemessungsregeln des versicherten Verdienstes sind dieselben wie für eine erste Rahmenfrist (Art. 23 AVIG; Art. 37 Abs. 1–3<sup>bis</sup> und Art. 40 AVIV), wobei sich eine neue Leistungsrahmenfrist bei genügender Beitragszeit aus zumutbaren Verdiensten unter Ausschluss von Beitragszeiten bestimmt, die mit einem unter der Arbeitslosenentschädigung liegenden Einkommen aus Zwischenverdiensten erarbeitet wurden und dementsprechend die in einer ersten Rahmenfrist geleisteten Kompensationszahlungen bei der Ermittlung des versicherten Verdienstes in einer Folgerahmenfrist unberücksichtigt bleiben. Überdies sind die in einer von der öffentlichen Hand finanzierten arbeitsmarktlichen Massnahme (AMM) erzielten Verdienste konsequenterweise nicht versichert, weshalb sie keine anrechenbare Beitragszeit bilden.

Es zeigt sich, dass, obwohl die gleichen Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen sind, die Eröffnung einer Folgerahmenfrist dennoch nicht völlig identischen Kriterien folgt wie die Eröffnung der Leistungsrahmenfrist bei erstmaliger Beanspruchung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung. Umstände, welche den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in einer ersten Rahmenfrist nicht ausschliessen, können in einer Folgerahmenfrist zur Verweigerung von Leistungen führen. Diese Konstellationen werden nachfolgend anhand von vier Beispielen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgezeigt und die Begründungslinien des Bundesgerichts ausgeleuchtet.

## I. Beispiele aus der Praxis des Bundesgerichts

### 1. ARV 2010 S. 138, Urteil 8C\_635/2009: Weiterführung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit nach erster Rahmenfrist für den Leistungsbezug

Ein Versicherter gründete während laufender Rahmenfrist für den Leistungsbezug eine GmbH mit Eintrag als deren einzelzeichnungsberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister. Die Verwaltung verneinte in der Folge einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für eine Folgerahmenfrist aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung. Die Aufnahme einer arbeitgeberähnlichen Tätigkeit während der laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug führt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht automatisch zur Verweigerung der Leistungen in analoger Anwendung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG. Das Bundesgericht hielt in ARV 2008 S. 312 E. 3.4, C 13/07 vielmehr die Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit während laufender Rahmenfrist mit der gesetzlichen Schademinderungspflicht als vereinbar, wobei die Arbeitslosenversicherung in einem derartigen Fall aber nicht die Abdeckung von Unternehmerrisiken bezwecke. So war die versicherte Person während der laufenden Rahmenfrist trotz Selbstständigkeit vermittlungsfähig und das erzielte Einkommen rechnete die Arbeitslosenkasse als Zwischenverdienst an. Für die Folgerahmenfrist (zweite Leistungsrahmenfrist) erkannte das Bundesgericht, dass der Leistungsanspruch unter den Aspekten des Aufbaus

einer auf Dauer angelegten oder nur einer vorübergehenden Selbstständigkeit zu prüfen sei. Durch den Umstand, dass der Versicherte die seit März 2006 ausgeübte Stellung als Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH beibehielt und zusätzlich ab Juli 2007 bei einer weiteren Firma als Präsident des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschrift amtierte sowie seit anfangs Juni 2007 nur noch im Umfang von 50% dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stand, spreche einiges dafür, dass sein Bestreben dem Aufbau einer auf Dauer angelegten Selbstständigkeit zur Erlangung einer wirtschaftlichen Unabhängigkeit gelte, was nicht mehr durch die Arbeitslosenversicherung mittels Kompensationszahlungen zu unterstützen sei. Um die Frage der Zielrichtung der Selbstständigkeit abschliessend beantworten zu können, wies das Bundesgericht die Sache für zusätzliche Abklärungen zurück.

## 2. BGE 139 V 482: Verlängerte Rahmenfrist oder Folgerahmenfrist für den Leistungsbezug im Falle von Erziehungszeiten

Nachdem eine Versicherte während der laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug einen Sohn und später eine Tochter gebar und die Leistungen der Arbeitslosenversicherung durch die jeweils ausgerichteten Mutterschaftsentschädigungen unterbrochen wurden, verneinte die zuständige Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in einer Folgerahmenfrist mit der Begründung, die geforderte Beitragszeit sei nicht erfüllt und es liege kein Grund für die Beitragsbefreiung vor. Es gilt grundsätzlich, dass die Rahmenfrist für den Leistungsbezug gemäss Art. 9b Abs. 1 AVIG um zwei Jahre verlängert wird, sofern zu Beginn der einem Kind unter zehn Jahren gewidmeten Erziehung eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug läuft (lit. a) und im Zeitpunkt der Wiederanmeldung die Anspruchsvoraussetzung der genügenden Beitragszeit nicht erfüllt ist (lit. b). Die Rahmenfrist für die Beitragszeit von Versicherten, die sich der Erziehung ihrer Kinder gewidmet haben, beträgt vier Jahre, sofern zu Beginn der einem Kind unter zehn Jahren gewidmeten Erziehung keine Rahmenfrist für den Leistungsbezug lief (Art. 9b Abs. 2 AVIG). Da in diesem Fall zu Beginn der Erziehungszeiten beider – unter zehnjährigen – Kinder die Rahmenfrist für den Leistungsbezug bereits lief, konnte die Rahmenfrist für die Beitragszeit nicht im Sinne von Art. 9b Abs. 2

AVIG auf vier Jahre verlängert werden und die Versicherte verfügte auch nicht über eine ausreichende Beitragszeit für die Eröffnung der Folgerahmenfrist. Eine Verlängerung der Leistungsrahmenfrist im Sinne von Art. 9b Abs. 1 AVIG schloss das Bundesgericht in Orientierung am Zweck der Gesetzesbestimmung, welche notwendig einen Kausalzusammenhang zwischen der fehlenden Beitragszeit im Hinblick auf die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug und den Erziehungszeiten voraussetze, aus.

Gemäss Botschaft vom 28. Februar 2001 zu einem revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz<sup>1</sup> soll die neue Regelung (des Art. 9b AVIG) dem ursprünglichen Gedanken des Gesetzgebers, Versicherten, die infolge der Geburt eines Kindes kurzzeitig aus dem Erwerbsleben ausscheiden, den Wiedereinstieg zu erleichtern, besser Rechnung tragen. Durch eine differenzierte Regelung der Rahmenfristen werde erreicht, dass während einer befristeten Zeitdauer erworbene Ansprüche, trotz der durch die Geburt eingetretenen Unterbrechung der arbeitsmarktlichen Verfügbarkeit, nicht verfallen. Gleichzeitig werde auf das Erfordernis einer wirtschaftlichen Zwangslage verzichtet. Absatz 1 betreffe Versicherte, die sich während einer laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug nach der Geburt ihres Kindes der Erziehung widmen. Um Leistungen auch nach der Erziehungsperiode beanspruchen zu können, werde ihnen die Rahmenfrist für den Leistungsanspruch um zwei Jahre verlängert<sup>2</sup>. Sind oder bleiben versicherte Personen – wie vorliegend – nach der Geburt des Kindes bei der Arbeitslosenversicherung angemeldet und stellen sich damit trotz Erziehungsaufgaben ununterbrochen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung, fehlt es an der Kausalität zwischen der fehlenden Beitragszeit und der Kindererziehung. Der Grund für eine ungenügende Beitragszeit liegt einzig in der Stellenlosigkeit der Person, weshalb die Anspruchsvoraussetzungen sowohl für die Verlängerung der laufenden Rahmenfrist für den Leistungsbezug als auch für eine Folgerahmenfrist nicht erfüllt sind.

<sup>1</sup> BBL 2001 2245.

<sup>2</sup> BBL 2001 2278 Ziff. 2.1.

### 3. BGE 139 V 259: Während laufender Rahmenfrist zum Leistungsbezug aufgenommenes Arbeitsverhältnis auf Abruf

Nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das die versicherte Person nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend und um – der obliegenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 AVIG) entsprechend – die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, einging, grundsätzlich ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung<sup>3</sup>. Bei der im vorliegenden Fall teilzeitlich auf Abruf tätigen Versicherten, welche diese Tätigkeit während einer ersten und zweiten Leistungsrahmenfrist als Zwischenverdienst abgerechnet hatte, gelte dieser Grundsatz jedoch deshalb nicht (mehr), weil sie – immer noch in der gleichen Arbeitssituation – nunmehr um Eröffnung der dritten Rahmenfrist für den Leistungsbezug ersuche. Indem sie nun ununterbrochen seit über vier Jahren dieselbe Tätigkeit als Kursleiterin innehatte, handle es sich nicht mehr um eine notgedrungene Überbrückungstätigkeit, sondern um eine Dauerlösung, wie dies das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO in der AVIG-Praxis ALE festhalte: «Je länger dieses Arbeitsverhältnis auf Abruf jedoch dauert, desto mehr ist davon auszugehen, dass die neue Arbeitssituation für die versicherte Person zur Normalität wird, und desto mehr geht der Gedanke der Schadenminderung verloren.» Die lange Dauer des Arbeitsverhältnisses stehe der Annahme einer Überbrückungstätigkeit und der Abrechnung als Zwischenverdienst entgegen; das Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis sei aufgrund seiner langen Dauer nunmehr nicht mehr als Zwischenlösung zu werten. Deshalb komme die Rechtsprechung zur Anwendung, wonach die Person bei der Arbeit auf Abruf während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet<sup>4</sup>. Die rechtsprechungsgemässen Gründe, um von diesem Grundsatz abzuweichen, lagen nicht vor, weshalb keine dritte Rahmenfrist für den Leistungsbezug eröffnet werden konnte.

<sup>3</sup> Urteil C 266/06 vom 26. Juli 2007, E. 3.2 in: SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6; Urteil C 279/95 vom 10. Juni 1996 in: SVR 1996 ALV Nr. 74 S. 227 E. 3a.

<sup>4</sup> Vgl. BGE 107 V 59 E. 1 S. 61 f.; Urteil 8C\_379/2010 vom 28. Februar 2011 in: ARV 2011 S. 149 mit weiteren Hinweisen.

Das Bundesgericht äusserte sich diesbezüglich auch zur Frage des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes (Art. 9 BV), da die Versicherte gestützt auf den Umstand, dass die Verwaltung bei der Eröffnung der zweiten Rahmenfrist die Tätigkeit als Kursleiterin zu ihren Gunsten noch als Überbrückungstätigkeit wertete, beschwerdeweise das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes geltend machte. Das Bundesgericht führte aus, beim Aufeinanderfolgen von Rahmenfristen habe jedes Mal eine Neuprüfung aller Anspruchsvoraussetzungen zu erfolgen. Der bereits durch Zeitablauf veränderte Sachverhalt rechtfertige eine andere rechtliche Beurteilung als die Situation, wie sie bei der Eröffnung der vorangegangenen Rahmenfrist vorgelegen habe. Eine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht des Versicherungsträgers im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ATSG, die allenfalls einen Vertrauensschutz begründen könnte<sup>5</sup>, sei überdies deshalb nicht auszumachen, weil die Versicherte während der ganzen Dauer ihrer Arbeitslosigkeit bestrebt sein musste, diese durch eine zumutbare, vollzeitliche Festanstellung zu beenden, weshalb kein Vertrauenstatbestand vorliege.

### 4. BGE 139 V 531: Wochenaufenthalterbeiträge in einer neuen Rahmenfrist für den Leistungsbezug

Ein Versicherter nahm während der ersten Rahmenfrist für den Leistungsbezug eine befristete Anstellung ausserhalb seiner Wohnortsregion an, bezog bei seinem Arbeitgeber ein Zimmer und erhielt hierfür Wochenaufenthalterbeiträge, da ihm in seiner Wohnortsregion keine zumutbare Arbeit vermittelt werden konnte (Art. 68 Abs. 1 AVIG). In der folgenden Rahmenfrist ersuchte er erneut um Wochenaufenthalterbeiträge, nachdem er mit demselben Arbeitgeber wieder ein auf ein Jahr befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen war. Die Bezugsdauer der arbeitsmarktlichen Massnahme (Wochenaufenthalterbeiträge) beträgt innerhalb der Rahmenfrist für den Leistungsbezug längstens sechs Monate (Art. 68 Abs. 2 AVIG), wobei dem nicht entgegensteht, wiederholte Beiträge innerhalb derselben Rahmenfrist zu gewähren, oder – sofern eine Folge Rahmenfrist eröffnet wurde – einen Beitrag zuzusprechen, der sich über beide Rahmenfristen er-

<sup>5</sup> BGE 124 V 215 E. 2b/aa S. 221; 131 V 472 E. 5 S. 481.

streckt, sofern die Gesamtleistungsdauer von sechs Monaten eingehalten wird<sup>6</sup>. Die sechsmonatige Bezugsdauer fiel in diesem Fall vollständig in die letzte Leistungsrahmenfrist vom 3. April 2008 bis 2. April 2010, und der Versicherte wollte für die neue Leistungsrahmenfrist Beiträge für weitere sechs Monate erhalten. Demnach war einzig strittig, ob in der Folgerahmenfrist erneut ein Bezug von Wochenaufenthalterbeiträgen möglich ist. Dieser sechsmonatige Bezug von Wochenaufenthalterbeiträgen wirke sich laut Bundesgericht auch in der neuen Leistungsrahmenfrist vom 3. April 2010 bis 2. April 2012 aus. Sinn und Zweck der Wochenaufenthalterbeiträge bilde der finanzielle Anreiz, trotz Mehrkosten auch eine auswärtige Tätigkeit zur Schadenminderung anzunehmen. Es sei die ratio legis zu beachten, wonach die Aufnahme einer auswärtigen Arbeit unterstützt werden soll, wenn eine solche nicht in der Wohnregion zu finden sei<sup>7</sup>. Bezüger von Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträgen sollen durch die Arbeitsannahme ausserhalb ihres Wohnortes nicht benachteiligt werden, sie dürfen aber auf längere Zeit auch nicht besser gestellt werden, als andere dauerhaft auswärts tätige Arbeitnehmer<sup>8</sup>. Die Befristung der Beiträge dient somit dem Gleichbehandlungsprinzip<sup>9</sup>. Anspruchsberechtigt nach Art. 68 Abs. 1 AVIG sind dementsprechend nur Arbeitslose oder aber Versicherte, die unmittelbar nach dem Verlust ihrer Stelle eine neue Arbeit ausserhalb ihres Wohnortes annehmen<sup>10</sup>. Verlangt wird ein Kausalzusammenhang zwischen Arbeitslosigkeit und Arbeitsaufnahme. Dieser fehle, so das Bundesgericht, nach einer sechsmonatigen Bezugsdauer von Wochenaufenthalterbeiträgen bei einer während der Folgerahmenfrist auswärts fortgesetzten Tätigkeit, weshalb kein weiterer diesbezüglicher Leistungsanspruch bestehe. Eine Fortführung derselben Anstellung könne nicht mit Massnahmen unterstützt werden, die als Überbrückungshilfen gedacht seien.

<sup>6</sup> Randziffer L11 f. der AVIG-Praxis AMM des SECO vom 1. Januar 2014.

<sup>7</sup> ARV 1987 Nr. 3 S. 44, C 127/86, E. 3b.

<sup>8</sup> Botschaft vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiadigung, BBI 1980 III 617, zu Artikel 70 AVIG.

<sup>9</sup> Befristung als Korrektiv, *Thomas Nussbaumer*, Arbeitslosenversicherung, in: *Soziale Sicherheit*, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 2417 Rz. 804.

<sup>10</sup> *Dieter Freiburghaus*, Präventivmassnahmen gegen die Arbeitslosigkeit in der Schweiz, Bern 1987, S. 158.

## II. Wiederkehrende Begründungslinie des Bundesgerichts

Die Tatsache, dass im Rahmen der Beurteilung, ob eine Folgerahmenfrist zu eröffnen ist, bei (vermeintlich) gleichbleibenden Umständen der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung verneint wird, nachdem er zuvor bejaht wurde, vermag zu überraschen. Bei genauerer Betrachtung wird die wiederkehrende Begründungslinie des Bundesgerichts, welche mit Blick auf deren einzelne Elemente, nämlich des fehlenden Vertrauensschutzes, der unterbrochenen Kausalität und der mangelnden Schadenminderung, eng mit dem Faktor Zeit verknüpft ist, jedoch nachvollziehbar und steht im Einklang mit der Absicht des Gesetzgebers.

### 1. Öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutz (Art. 9 BV)

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden<sup>11</sup>. Gestützt hierauf können falsche Auskünfte oder Zusicherungen von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung des Rechtsuchenden gebieten<sup>12</sup>. Dadurch soll gewährleistet werden, dass sich eine Person auf die Verwaltungsbehörden verlassen kann. Die versicherte Person berief sich insbesondere in BGE 139 V 259, E. 5.2 auf den Vertrauensgrundsatz<sup>13</sup>, dieser hätte jedoch auch bei den anderen Fällen geltend gemacht werden können. Sie hielt das Vertrauensprinzip als verletzt, weil bei grundsätzlich gleich gebliebenen Umständen die zweite Rahmenfrist noch eröffnet, die Voraussetzungen für die Eröffnung einer dritten Rahmenfrist für den Leistungsbezug aber verneint wurden. Auf den ersten Blick erscheint daher das Argument des Vertrauensschutzes nicht verkehrt und die Frage, warum eine zweite Rahmenfrist eröffnet, eine dritte hingegen – bei (scheinbar) gleichen Voraussetzungen – nicht eröffnet werden können soll, verständ-

<sup>11</sup> BGE 131 II 627 E. 6.1 S. 636.

<sup>12</sup> BGE 131 V 472 E. 5 S. 480; 127 I 31 E. 3a S. 36.

<sup>13</sup> Vgl. auch Urteil 8C\_46/2014 als Nachfolgefall.

lich. Dem entgegnete das Bundesgericht, die Umstände hätten sich allein durch den Zeitablauf verändert und so eine neue Beurteilungsgrundlage geschaffen. Durch die verstrichene Zeit – die Versicherte stand im hier vorgestellten Fall nun schon seit mehreren Jahren im gleichen Arbeitsverhältnis auf Abruf und bezog mittlerweile seit fünf Jahren Leistungen der Arbeitslosenversicherung, weshalb die Eröffnung einer dritten Rahmenfrist im Streitstand – konnte die Arbeit auf Abruf nicht mehr als Überbrückungstätigkeit gewertet werden. Eine Tätigkeit, die ursprünglich zur Überwindung der Arbeitslosigkeit aufgenommen wurde, erhält durch den Faktor Zeit eine andere Wertigkeit. Dabei spielt der gesetzgeberische Wille, wonach eine versicherte Person während der Dauer ihrer Arbeitslosigkeit bestrebt sein muss, diese durch die Aufnahme einer zumutbaren Festanstellung im gesuchten Pensum schnellstmöglich beenden zu wollen, eine wesentliche Rolle: Wenn das Behelfsmässige, Vorläufige, das über die Arbeitslosigkeit hinweg helfen sollte, den vorübergehenden Charakter verliert und zur Dauerlösung wird, ist dies aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich systemfremd. Die Arbeitslosenversicherung würde zu einer Langzeitunterstützerin einer grundsätzlich als unzumutbar qualifizierten Zwischenlösung, die in dieser Konstellation für Arbeitnehmer wenig Antrieb schafft, aus der vorübergehenden Situation herauszukommen, um die fortdauernde Abhängigkeit von der Arbeitslosenversicherung zu beenden. Eine Teilzeitstelle, die über mehrere Jahre als Dauerarbeitsverhältnis – allenfalls einzig nach Bedarf des Arbeitgebers oder einem Berufsmodell entsprechend, das für die versicherte Person Vorteile bietet – ausgeübt wird, entspricht nicht mehr dem Schandenminderungsgedanken und verliert den Charakter einer Überbrückungstätigkeit. Hierfür kann die Arbeitslosenversicherung nicht (mehr) eintreten, weshalb in dieser Lage der soziale Schutz seitens der Arbeitslosenversicherung nicht mehr gewährt wird und der Grundsatz von Treu und Glauben nicht zum Tragen kommen kann. Dem Einwand des öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutzes kann das Bundesgericht demnach die Systematik der Arbeitslosenversicherung und den dahinter stehenden Willen des Gesetzgebers entgegensetzen.

## 2. Kausalität

Die Arbeitslosenversicherung ist eine kausale Versicherung. Die Kausalität wird grundsätzlich dahin gehend verstanden, dass das versicherte Risiko «Arbeitslosigkeit» (als unter den gegebenen Marktbedingungen fehlende Möglichkeit Arbeitsfähiger und Arbeitswilliger, ihre Arbeitskraft erwerbswirksam zu verwerten) eingetreten sein muss, damit der Versicherungsschutz zum Tragen kommen kann. Nebst diesem Risiko deckt die Arbeitslosenversicherung noch den bei Kurzarbeit, Schlechtwetter (in Bezug auf einzelne Erwerbszweige) oder Insolvenz des Arbeitgebers eingetretenen Erwerbsausfall ab. Die arbeitsmarktlichen Massnahmen sollen schliesslich die Risiken der drohenden andauernden Arbeitslosigkeit und der erschwerten Eingliederung in den Arbeitsmarkt abdecken. Die Arbeitsmarktlage ist hier Indikation für die Leistungszusprechung und daher in kausalem Zusammenhang mit der verfügten Massnahme. Darüber hinaus ist mit Blick auf die einzelnen Gesetzes- und Ordnungsbestimmungen für weitere Tatbestandselemente eine Kausalität gefordert.

### a) Kausalität zwischen Arbeitslosigkeit und Anspruch auf arbeitsmarktliche Massnahmen

Als wesentliche Begründungskomponente, welche eine unterschiedliche Beurteilung der Voraussetzungen in einer ersten Rahmenfrist und in einer Folgerahmenfrist rechtfertigt, dient der notwendige und mitunter in einer Folgerahmenfrist nicht mehr gegebene Kausalzusammenhang zwischen der Arbeitslosigkeit und den jeweiligen Sachverhalts- und Rechtselementen. So hielt das Bundesgericht in BGE 139 V 531, E. 3.2.2.1 fest, zwischen der Arbeitslosigkeit und der auswärtigen Arbeitsaufnahme müsse ein Kausalzusammenhang bestehen, damit ein Versicherter von Wochenaufenthalterbeiträgen profitieren könne. In diesem Fall verneinte es die Kausalität in Bezug auf den erneut geltend gemachten Anspruch in einer Folgerahmenfrist, weil die in der ersten Rahmenfrist aufgenommene auswärtige Tätigkeit lediglich fortgesetzt wurde und in diesem Sinne keine neue auswärtige Arbeitsaufnahme erfolgte. Im Zentrum stand die Überlegung, dass die auswärtige Tätigkeit im Zeitpunkt des zweiten Gesuchs um Wochenaufenthalterbeiträge bereits aufgenommen und die sechsmonatige Maximaldauer (Art. 68 AVIG)



der Beiträge ausgeschöpft war. Auch den Wochen-  
aufenthaltsbeiträgen kommt Überbrückungscharakter zu, da sie einer versicherten Person, die keine zumutbare Stelle an ihrem Wohnort findet, helfen sollen, die Arbeitslosigkeit zu beenden und die durch die auswärtig aufgenommene Arbeit entstandenen Mehrkosten zu entschärfen. Diese arbeitsmarktliche Massnahme zielt somit auf die Beendigung der Arbeitslosigkeit ab und dient nicht dazu, die arbeitslose Person durch die Aufnahme der auswärtigen Arbeit dauerhaft finanziell zu unterstützen, weshalb der Gesetzgeber die Unterstützungszeit auf sechs Monate begrenzte. Ob die versicherte Person danach am neuen Arbeitsort Wohnsitz begründen möchte oder am bisherigen Wohnort eine neue Arbeitsstelle suchen will, bleibt ihr überlassen. Die einmal gegebene Kausalität fällt dahin, wenn nach sechsmonatiger Bezugsdauer für ein fortgeführtes Arbeitsverhältnis um weitere Wochen-  
aufenthaltsbeiträge ersucht wird. Neben dem Kausalitätserfordernis der Arbeitsaufnahme ausserhalb der Wohnortsregion zur Vermeidung oder Beendigung der Arbeitslosigkeit (mit entsprechender Unterstützung in Form einer arbeitsmarktlicher Massnahme, da die Arbeitsmarktlage das Finden einer Arbeitsstelle innerhalb der Wohnortsregion nicht zulässt) spielt somit wiederum der zeitliche Aspekt eine Rolle, indem einerseits die finanzielle Unterstützung durch die Arbeitslosenversicherung nur bei einer neu aufgenommenen Tätigkeit (ab Arbeitsbeginn) gesprochen wird und andererseits zur Vermeidung einer Bevorzugung gegenüber andern auswärts arbeitenden Personen eine zeitliche Limitierung erfährt, weshalb ein einmal bestandener Kausalzusammenhang bei der Fortführung eines vorher durch Befristung geendeten Arbeitsverhältnisses wegfällt.

b) **Kausalität zwischen fehlender Beitragszeit und Kindererziehung bei Geltendmachung des Anspruchs auf eine verlängerte Rahmenfrist im Falle von Erziehungszeiten**

Versichert ist in der Regel, wer bei Verlust einer Anstellung vorgängig während mindestens zwölf Monaten einer beitragspflichtigen (Teilzeit-)Beschäftigung nachging. Ausnahmefälle bilden die Befreiungstatbestände, welche aus sozialen Überlegungen bestimmten Personengruppen auch ohne Erfüllung der Beitragszeit Versicherungsschutz gewähren, wobei die Befreiungstatbestände ebenfalls vom Kausa-

litätsgrundsatz bestimmt sind<sup>14</sup>. Diese kommen bei längerer Abwesenheit vom Arbeitsmarkt zum Zuge. Bezieht hingegen eine versicherte Person bereits Leistungen der Arbeitslosenversicherung, bieten die Tatbestände gemäss Art. 9a (Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit) und 9b AVIG (Erziehungszeiten) die Möglichkeit, bestehende Rahmenfristen (für den Leistungsbezug [Art. 9a Abs. 1 und 9b Abs. 1 AVIG] oder für die Beitragszeit [Art. 9a Abs. 2 und 9b Abs. 2 AVIG]) zu verlängern und so im Versicherungs- und Leistungssystem zu bleiben.

Die Erfüllung dieser Tatbestände ist ebenfalls eng verknüpft mit der Kausalitätsfrage. So findet sich der Gedanke der Kausalität in der Konstellation gemäss BGE 139 V 482 – bei im Raum stehender Verlängerung der Leistungsrahmenfrist wegen Erziehungszeiten nach Art. 9b Abs. 1 AVIG – wieder. Die Versicherte hätte Anspruch auf Verlängerung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug gehabt, wenn sie sich nach der Geburt ihrer Kinder von der Arbeitslosenversicherung abgemeldet hätte. Indem sie jedoch dem Arbeitsmarkt ununterbrochen zur Verfügung stand und in dieser Zeit Arbeitslosenentschädigung bezog, fehlte es an der Kausalität zwischen der daraus resultierenden fehlenden Mindestbeitragszeit und der Kindererziehung. Wie bereits ausgeführt, wollte der Gesetzgeber mit dem Instrument der Rahmenfristverlängerung Versicherten, die sich wegen der Geburt eines Kindes oder Erziehungsaufgaben vorübergehend aus dem Erwerbsleben zurückziehen, den Wiedereinstieg in die Arbeitswelt erleichtern. Zieht sich eine versicherte Person gar nicht aus dem Erwerbsleben zurück und stellt sich ununterbrochen dem Arbeitsmarkt zur Verfügung, was sie durch den fortgesetzten Bezug von Arbeitslosenentschädigung ohne Abmeldung von der Arbeitslosenversicherung dokumentiert, ist sie nicht aufgrund der Kinderbetreuung, sondern einzig wegen einer fehlenden Arbeitsstelle nicht erwerbstätig, weshalb sie in der Folge die gesetzlich vorgesehene Erleichterung mangels Kausalzusammenhangs zwischen der fehlenden Beitragszeit und den Erziehungszeiten nicht beanspruchen kann. Ist nicht die Betreuung der Kinder kausal für das Fehlen einer beitragspflichtigen Beschäftigung, sind weder die Voraussetzungen für eine Verlängerung einer bestehenden Rahmenfrist noch für die Eröffnung einer Folgerahmenfrist gegeben.

<sup>14</sup> Nussbaumer (FN 9), S. 2248 Rz. 234.

### c) Kausalität zwischen Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und Arbeitslosigkeit

In Bezug auf das in ARV 2010 S. 138 publizierte Urteil 8C\_635/2009 bleibt auszuführen, dass entscheidend ist, ob der Status des Selbstständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit aufgenommen und beibehalten wird oder nicht. Solange die versicherte Person durch die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, wiederum dem Schadenminderungsgedanken folgend, versucht, die Arbeitslosigkeit zu beenden, parallel dazu jedoch weiterhin bereit und in der Lage ist, eine Arbeit als Unselbstständige anzunehmen, ist dies mit dem Grundgedanken der Arbeitslosenversicherung vereinbar und die selbstständige Erwerbstätigkeit steht in dieser Form dem Arbeitslosenentschädigungsanspruch nicht entgegen. Ist die Selbstständigkeit auf Dauer angelegt, verliert sich der Charakter des zeitlich befristeten Ersatzeinkommens und der Kausalzusammenhang zwischen dieser Tätigkeit und der Arbeitslosigkeit wird infrage gestellt.

Mit Blick auf den Kausalitätsgrundsatz zeigt sich, dass es das Kausalitätserfordernis für die Begründung gewisser Leistungsansprüche der Verwaltung und schliesslich dem Richterergremium ermöglicht, die Logik des Arbeitslosenversicherungsgesetzes zu sichern. Im Ergebnis werden die versicherten Personen durch das Kausalitätserfordernis mit den Folgen ihres eigenen Handelns konfrontiert, indem eine einmal gegebene Kausalität nicht automatisch hinsichtlich leistungsmässigen Folgeansprüchen weiter besteht, sondern aufs Neue zu beurteilen ist. Beim Verharren in einer Situation, welche arbeitslosenversicherungsrechtlich nicht als Dauerlösung gedacht ist, oder bei einer veränderten Zielausrichtung hinsichtlich einer aufgenommenen Erwerbstätigkeit, kann diese dahin fallen und einem weiteren Leistungsanspruch entgegenstehen.

### 3. Schadenminderungspflicht

Gemäss dem im Sozialversicherungsrecht verankerten Grundsatz der Schadenminderungspflicht hat ein Versicherter alles ihm Zumutbare vorzukehren, um den Eintritt des Versicherungsfalles zu verhüten oder den Schaden zu mindern. Während in einer lau-

fenden Rahmenfrist eine Arbeitsaufnahme der Erfüllung dieser Pflicht dient, kann die Beibehaltung dieser Tätigkeit in einer Folgerahmenfrist zur Verweigerung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung führen: Im in ARV 2010 S. 138 publizierten Urteil machte das Bundesgericht von weiteren Abklärungen abhängig, ob die im Sinne der Schadenminderungspflicht aufgenommene und als Zwischenverdienst abgerechnete, selbstständige Erwerbstätigkeit auch noch bei erneuter Beantragung von Versicherungsleistungen dieser Qualifikation zugänglich blieb. Ebenso bewertete das Bundesgericht in BGE 139 V 259 die Aufnahme eines Abrufverhältnisses während der Arbeitslosigkeit zu Beginn als eine der Schadenminderung dienende Überbrückungstätigkeit. Wie dargelegt, vermag der Faktor Zeit auch im Zusammenspiel mit der Schadenminderungspflicht auf die bundesgerichtliche Beurteilung einer Tätigkeit Einfluss zu nehmen. Indem eine Teilzeitstelle auf Abruf über mehrere Jahre ausgeübt wird, entspricht sie nicht mehr dem Schadenminderungsgedanken, sondern stellt allenfalls eine bewusste Berufswahl der versicherten Person dar oder entspringt einem arbeitslosenversicherungsrechtlich ungewollten Verharren in einer Übergangslösung, weshalb die Person nicht mehr bestrebt ist, die bestehende Situation und damit die fortdauernde Abhängigkeit von der Arbeitslosenversicherung zu beenden.

Wesentlich bei dieser Betrachtungsweise ist somit wiederum auch die Versicherungssystematik, die als solche nicht darauf ausgerichtet ist, jahrelang Leistungen zu erbringen. Obschon durch die Möglichkeit der Anrechnung von Zwischenverdiensten eine Eröffnung von Folgerahmenfristen und dementsprechend eine erneute Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen gegeben ist, bleibt die schnellstmögliche Beendigung oder Vermeidung der Arbeitslosigkeit das finale Ziel der Arbeitslosenversicherung. Entsprechend steht die Begründungslinie des Bundesgerichts in Einklang mit der systemimmanenten Ausrichtung der Arbeitslosenversicherung, die sich einer zeitlichen Dimension auch hinsichtlich der gesetzgeberisch gewollten Schadenminderungspflicht nicht entziehen kann. Eine unterschiedliche Qualifikation ein und derselben Tätigkeit oder Handlungsweise im Verlauf der verschiedenen Rahmenfristen erscheint zwar auf Anhieb stossend, bei genauerer Betrachtung ist sie mit dem gesetzgeberischen Willen kohärent.

### III. Das Bundesgericht im Einklang mit dem Gesetzgeber

Die Sicherung gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitslosigkeit (als eines der sozialen Risiken) wurde in der Bundesverfassung in Art. 41 Abs. 2 BV aufgenommen, wobei dieses Sozialziel keine direkt anwendbaren Individualgarantien im Bereich des Sozialversicherungsrechts enthält. Gemäss Art. 114 Abs. 2 lit. a BV hatte der Bund beim Erlass von Vorschriften über die Arbeitslosenversicherung (gestützt auf Abs. 1 dieser Bestimmung) zu beachten, dass die Versicherung angemessenen Erwerbsersatz gewährt und Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unterstützt. Dementsprechend bezweckt der Gesetzgeber im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982, als reine Arbeitnehmersicherung obligatorischer Natur, die finanzielle Abfederung durch den Erwerbsausfall bei Arbeitslosigkeit, aber gleichzeitig auch eine rasche und dauerhafte Eingliederung von versicherten Personen in den Arbeitsmarkt. Die beiden Mittel hierzu (passiver Taggeldbezug und aktive Massnahmen zur Bekämpfung drohender und eingetretener Arbeitslosigkeit) stehen gleichwertig in der Verfassung, wobei erst durch die zweite Gesetzesrevision 1995 die Sicherung der Erwerbsfähigkeit und die rasche und dauerhafte Rückführung in den Arbeitsprozess mittels der aktiven arbeitsmarktlichen Massnahmen mehr Gewicht bekam. Das System der Arbeitslosenversicherung bezweckt somit zwar die finanzielle Absicherung bei Verlust der Stelle mittels Arbeitslosenentschädigung. Als vorübergehende Leistungen dienen Taggelder aber nur der Überbrückung des arbeitsmarktlich bedingten unfreiwilligen Erwerbsausfalls. Das System der Arbeitslosenversicherung ist durch die Pflicht zur Stellensuche und Annahme vermittelteter Arbeit sowie durch aktive arbeitsmarktliche Massnahmen auf die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt ausgerichtet. Klar ist, dass sich mit zunehmender Dauer der Arbeitslosigkeit die Vermittlungschancen reduzieren. Die schnellstmögliche (dauerhafte) Beendigung der Arbeitslosigkeit verringert den wirtschaftlichen Schaden und weitere mögliche persönliche Schäden langer Arbeitslosigkeit, zumal bei Langzeitarbeitslosigkeit die Dauer der Stellensuche selbst zu einem Hindernis für die erfolgreiche Wiedereingliederung zu werden droht. Die zeitliche Komponente der Versicherung im Sinne einer raschestmöglichen Beendigung der Arbeitslo-

sigkeit führt dazu, dass unabhängig, ob eine Wiedereingliederung erfolgt ist oder nicht, der Bezug von Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich auf zwei Jahre befristet ist. Danach werden sämtliche Voraussetzungen wieder neu geprüft. Wie eingangs festgehalten, dienen die Rahmenfristen sowohl bei der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen wie auch beim Leistungsbezug dieser zeitlichen Limitierung. Die Rahmenfristen bilden entsprechend ein geschlossenes System für die Leistungsberechnung<sup>15</sup>. Das Arbeitslosenversicherungsgesetz kennt daher auch keine Dauerleistungen beispielsweise in Form von Renten, wie sie in den andern Sozialversicherungszweigen gewährt werden. Das heisst nicht, dass Dauerleistungen keine zeitlichen Elemente aufweisen: Diese kommen etwa in der Invalidenversicherung insofern vor, als ein Rentenanspruch überhaupt erst entstehen kann, wenn die versicherte Person während eines Jahres ohne wesentlichen Unterbruch durchschnittlich mindestens zu 40% arbeitsunfähig war (Art. 28 Abs. 1 lit. b IVG) oder in der Unfallversicherung, wo ein Rentenanspruch erst entsteht, wenn die medizinische Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes mehr bewirkt und allfällige berufliche Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung abgeschlossen sind (Art. 19 UVG). Auch sind zukünftige Dauerleistungen rechtsprechungsgemäss nicht nur für eine begrenzte Zeitspanne zuzusprechen, wenngleich eine periodische Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen von Dauerleistungen in Form von Renten und Hilflosenentschädigungen durch verwaltungsintern gesetzte Revisionstermine erfolgt. Ausnahmen hierzu fallen dort in Betracht, wo Gesetz oder Verordnung eine bestimmte Leistung altersmässig begrenzen, eine maximale Leistungsdauer normativ festgelegt ist oder sich eine unter Umständen vorläufige Befristung von der Sache her rechtfertigt, wie beispielsweise bei schulischen oder beruflichen Eingliederungsmassnahmen<sup>16</sup>. Dies veranschaulicht, dass das zeitliche Element bei den Taggeldleistungen der Arbeitslosenversicherung naturgemäss einer viel grösseren Dynamik unterliegt, als dies bei Dauerleistungen der Fall sein kann. Ist bei den erwähnten Rentenleistungen im dargelegten Sinn ein gewisser Zeitablauf notwendig, damit überhaupt ein Anspruch beginnen kann, führt dementsprechend der Zeitablauf

<sup>15</sup> Gerhard Gerhards, Grundriss des neuen Arbeitslosenversicherungsrechts, Bern 1996, S. 34 Rz. 14.

<sup>16</sup> BGE 125 V 410 E. 2c mit Hinweisen; 133 V 263.

bei der Arbeitslosenversicherung zu einem drohenden Anspruchsverlust, da die Taggeldleistungen als vorübergehende Leistungen mit einer altersabhängigen und von der Beitragsdauer abhängigen Höchstzahl ausgestattet sind und die vergangene Zeit hinsichtlich einer Folgerahmenfrist zu anspruchsverneinenden Sachverhalten führen kann.

Das zeitliche Element spielt in den dargelegten Begründungslinien des Bundesgerichts deshalb eine

zentrale Rolle und löst den scheinbaren Widerspruch auf, dass vermeintlich Gleiches in einer Folgerahmenfrist nicht mehr gleich wie in einer ersten Rahmenfrist behandelt wird. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts steht damit in Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen. In dieser systemimmanenten Logik ist die höchstrichterliche Rechtsprechung zu verstehen, wenn die Voraussetzungen für Leistungen in einer Folgerahmenfrist nicht (mehr) als erfüllt betrachtet werden können.

## Inkrafttreten von Erlassen/Entrée en vigueur de textes législatifs

Fundstelle/Source: AS: Amtliche Sammlung des Bundesrechts: [www.admin.ch/ch/d/as](http://www.admin.ch/ch/d/as)  
Recueil officiel des lois fédérales: [www.admin.ch/ch/f/as](http://www.admin.ch/ch/f/as)

■ **Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung der berufsorientierten Aus- und Weiterbildungskosten** vom 27. September 2013. Gemäss diesem Gesetz werden das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) sowie das Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden abgeändert. Nach Art. 33 Abs. 1 lit. j DBG (neu) werden von den Einkünften die Kosten der berufsorientierten Aus- und Weiterbildung, einschliesslich der Umschulungskosten, bis zum Gesamtbetrag von Fr. 12 000 abgezogen, sofern ein erster Abschluss auf der Sekundarstufe II vorliegt oder das 20. Lebensjahr vollendet ist und es sich nicht um die Ausbildungskosten bis zum ersten Abschluss auf der Sekundarstufe II handelt. Das Gesetz tritt am 1. Januar 2016 in Kraft. *AS 2014, 1105*

■ **Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1). Änderung** vom 30. April 2014. Gemäss dem geltenden Art. 60 Abs. 2 ist für das Stillen die Stillzeit im ersten Lebensjahr wie folgt an die Arbeitszeit anzurechnen: (a.) Stillzeit im Betrieb gilt als Arbeitszeit; (b.) verlässt die Arbeitnehmerin den Arbeitsort zum Stillen, ist die Hälfte dieser Abwesenheit als Arbeitszeit anzuerkennen; (c.) die übrige Stillzeit darf weder vor- noch nachgeholt werden, sie darf auch nicht anderen gesetzlichen Ruhe- oder Ausgleichsruhezeiten angerechnet werden. Gemäss dem neuen Art. 60 Abs. 2 sind stillenden Müttern die für das Stillen oder für das Abpumpen von Milch erforderlichen Zeiten freizugeben. Davon wird im ersten Lebensjahr des Kindes als bezahlte Arbeitszeit ange-

rechnet: (a.) bei einer täglichen Arbeitszeit von bis zu 4 Stunden: mindestens 30 Minuten; (b.) bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 4 Stunden: mindestens 60 Minuten; (c.) bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden: mindestens 90 Minuten. Die Verordnung ist am 1. Juni 2014 in Kraft getreten. *AS 2014, 999*

■ **Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP), Änderung** vom 30. April 2014. Es werden verschiedene Bestimmungen geändert. Unter anderem teilt das Bundesamt für Migration (BFM) die in Anwendung des Freizügigkeitsabkommens festgesetzten Höchstzahlen (nur noch) für die Staatsangehörigen von Bulgarien und Rumänien auf. Die Verordnung ist am 1. Juni 2014 in Kraft getreten. *AS 2014, 1099*

■ **Verordnungen des SBFI über die berufliche Grundbildung: Physiklaborantin/Physiklaborant EFZ; Strassentransportpraktikerin/Strassentransportpraktiker EBA.** *AS 2014, 493, 531*

■ **Berichtigung. Verordnung des SBFI über Mindestvorschriften für die Allgemeinbildung in der beruflichen Grundbildung (Änderung).** *AS 2014, 557*

## Neue Erlasse und Entwürfe/Législation nouvelle et projets

Fundstellen/Sources: BBL.: Bundesblatt: [www.admin.ch/ch/d/ff](http://www.admin.ch/ch/d/ff)  
Feuille fédérale: [www.admin.ch/ch/f/ff](http://www.admin.ch/ch/f/ff)  
AB: Amtliches Bulletin: [www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm)  
Bulletin officiel: [www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm)  
VNL: Vernehmlassungen: [www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/pendent.html)  
Procédures de consultation: [www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html](http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html)

■ **Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht)** vom 30. April 2014. **Entwurf Schweizerisches Strafgesetzbuch (Korruptionsstrafrecht)**. Wie in der Botschaft ausgeführt, haben sich die in den Jahren 2000 und 2006 eingeführten Bestechungsstrafnormen im Grossen und Ganzen bewährt. Es müssen jedoch einzelne Verbesserungen angebracht werden, dies insbesondere im Bereich der Bestechung Privater, die neu von Amtes wegen verfolgt und im Strafgesetzbuch pönalisiert werden soll. Gemäss dem neuen Art. 322<sup>octies</sup> wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt. Gemäss dem neuen Art. 322<sup>novies</sup> wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. *BBl 2014, 3591, 3615*

■ **Parlamentarische Initiative**. Für ein Auslandschweizergesetz. **Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates** vom 27. Januar 2014. **Entwurf Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG)**. 732 183 Personen waren

Ende 2013 als Auslandschweizer angemeldet. Im vorliegenden Entwurf für ein Bundesgesetz über Schweizer Personen und Institutionen im Ausland (Auslandschweizergesetz, ASG) sollen die verschiedenen Bestimmungen, die Auslandschweizer betreffen, in einem Erlass übersichtlich und in sich kohärent zusammengefasst werden. So regelt das ASG die Betreuung und Vernetzung der Auslandschweizer, ihre politischen Rechte, allfällige Sozialhilfeleistungen sowie die Vermittlung schweizerischer Bildung im Ausland. Immer mehr Schweizer halten sich vorübergehend im Ausland auf, sei dies z. B. zu Ferienzwecken, zu Bildungszwecken oder aus beruflichen Gründen. Die Zusammenfassung der Bestimmungen ermöglicht es, gewisse Prinzipien des Bundes in seinen Beziehungen gegenüber dieser Personengruppe festzuhalten. Zentral ist dabei das Prinzip der Eigenverantwortung. Danach soll jede Person die Verantwortung bei der Vorbereitung und Durchführung eines Auslandsaufenthaltes oder bei der Ausübung einer Tätigkeit im Ausland tragen. Gemäss Art. 68 E-ASG unterhält das EDA einen Aus- und Rückwanderungs-Beratungsdienst nach Art. 25 Abs. 1 Arbeitsvermittlungsgesetz (AVG). Der Beratungsdienst informiert schweizerische Rückwanderer aus dem Ausland über Einreise und Lebensbedingungen. Gemäss Art. 83 E-ASG wird die Aufhebung und die Änderung bisherigen Rechts im Anhang geregelt. Gemäss Pkt. 5 des Anhangs wird Art. 25 AVG wie folgt geändert: Das EDA (bisher: Bundesamt für Migration) unterhält einen Beratungsdienst, der ohne Gewähr Informationen über Einreise, Arbeitsmöglichkeiten und Lebensbedingungen in ausländischen Staaten beschafft und an Personen weitergibt, die im Ausland eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen. Das SECO (bisher: Bundesamt für Migration) unterstützt die rückwanderungswilligen Schweizer Staatsangehörigen bei ihrer Arbeitssuche und koordiniert die Bemühungen der Arbeitsämter bei der Vermittlung schweizerischer Rückwanderer aus dem

Ausland. Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten. *BBl 2014, 1915, 1975*

■ **Wahl des obersten Kaders durch den Bundesrat. Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 15. November 2013.** Das Verfahren zur Wahl des obersten Kaders des Bundes ist gemäss Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) trotz den Verbesserungen, die der Bundesrat nach der Untersuchung der GPK-N zur «Affäre Nef» in Aussicht gestellt hatte, nach wie vor oft mangelhaft. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 der Bundespersonalverordnung (BPV) hat der Bundesrat bestimmte oberste Führungskräfte des Bundes zu ernennen. Wie aber aus dem Schlussbericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) hervorgeht, wird die Auswahl dieser von der Exekutive zu ernennenden Führungskräfte hauptsächlich innerhalb der Departemente durchgeführt. Diese führen das gesamte Auswahlverfahren für die künftigen Kader durch, womit die Wahlzuständigkeit des Bundesrates faktisch auf eine bloss Bestätigung der zuvor vom entsprechenden Departement vorgenommenen Selektion reduziert wird. Aufgrund dieses fehlenden Einbezugs in den Selektionsprozess kann der Bundesrat nicht für die Qualität der auf Departementebene durchgeführten (teilweise mangelhaften) Auswahlverfahren bürgen. Nach Auffassung der GPK-N kann sich der Bundesrat der Qualität der Selektionsarbeit der Departemente nur sicher sein, wenn ein Verfahren mit einheitlichen Grundelementen festgelegt wird. Die GPK-N spricht folgende Empfehlungen aus: Empfehlung 1: Schaffung eines einheitlichen Wahlverfahrens anhand einer Liste mit für alle Departemente geltenden Grundelementen. Empfehlung 2: Konsequente Durchführung der erweiterten Personensicherheitsprüfung (PSP) mit Befragung vor der Ernennung. Empfehlung 3: Vollständige und transparente Kandidatensuche. Empfehlung 4: Ein kohärenter und vorgegebener Selektionsprozess. Empfehlung 5: Früh-

zeitige Kenntnis aller relevanten Informationen. Empfehlung 6: Einschränkung der Ernennungen. *BBl 2014, 2787*

■ **Vernehmlassungsverfahren. Bundesgesetz über die Ladenöffnungszeiten (LadÖG).** Umsetzung der Motion Lombardi (12.3637): Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten. Mit dem vorgeschlagenen neuen Gesetz sollen alle Schweizer Detailhandelsunternehmen die Möglichkeit erhalten, ihre Geschäfte zwischen 6 und 20 Uhr unter der Woche und am Samstag zwischen 6 und 19 Uhr offenzuhalten. Der Sonntag ist nicht betroffen und die kantonalen Feiertage sind ausgenommen. Der Bundesrat hat die Vernehmlassung zu einem neuen Gesetz mit diesem minimalen Rahmen für die Ladenöffnungszeiten an Werktagen auf nationaler Ebene eröffnet. Er setzt damit die vom Parlament angenommene Motion Lombardi (12.3637) «Frankenstärke. Teilharmonisierung der Ladenöffnungszeiten» um. Vernehmlassungsfrist: 30. Mai 2014. *BBl 2014, 1785*

■ **Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung der Gesamtarbeitsverträge:** für das Schweizerische Carrossiergewerbe; für das Gärtnergewerbe in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft; des Reinigungssektors für die Westschweiz; des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes (Änderung); in der Schweizerischen Gebäudetechnikbranche (Änderung); für Decken- und Innenausbausysteme (Änderung); für den Gleisbau (Änderung); im Schweizerischen Dach- und Wandgewerbe (Änderung); für das Holzbaugewerbe (Änderung); für die Schweizerische Möbelindustrie (Änderung); für das Plattenlegergewerbe in den Kantonen Aargau, Bern, Glarus, Luzern, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Solothurn, Uri, Zug und Zürich (Änderung); für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe (Änderung); für das Schweizerische Isoliergewerbe. *BBl 2014, 1599, 1601, 2347, 2349, 2351, 2353, 2355, 2631, 2633, 3207, 3289, 3291, 3621*

## Vorstösse und Geschäfte/Interventions et objets

### Neue Vorstösse/Nouvelles interventions

Fundstelle/Source: [www.parlament.ch/d/suche/seiten/curia-vista.aspx](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/curia-vista.aspx) > Geschäftsnummer  
[www.parlament.ch/f/suche/pages/curia-vista.aspx](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/curia-vista.aspx) > Numéro d'objet

- **Aufkündigung des Grenzgängerabkommens und Neuverhandlung des Doppelbesteuerungsabkommens.** Standesinitiative Tessin. 14.302
- **Mutterschaftsurlaub bei Adoption.** Standesinitiative Neuenburg. 14.309
- **Öffentliches Beschaffungswesen. Verzicht auf kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit als Zuschlagskriterium.** Parl. Initiative Carobbio Guscetti Marina. 14.410
- **Regulierung der kapazitätsorientierten variablen Arbeitszeit.** Parl. Initiative Carobbio Guscetti Marina. 14.411
- **Zwei Wochen über EO bezahlten Vaterschaftsurlaub.** Parl. Initiative Candinas Martin. 14.415
- **Massnahmen zur Linderung des Fachkräftemangels aufgrund der neuen Ausgangslage.** Motion Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur-SR. 14.3009
- **Massnahmen zur Linderung des Fachkräftemangels aufgrund der neuen Ausgangslage.** Motion Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur-NR. 14.3380
- **FINMA: Sicherheitsüberprüfung der Führungskräfte vor ihrer Ernennung.** Motion Feller Olivier. 14.3031
- **Elternurlaub statt Mutterschaftsentschädigung.** Motion Grünliberale Fraktion. 14.3068
- **Einschränkung des Familiennachzugs für Personen aus der EU.** Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3071
- **Keine Sozial- und Nothilfe für stellensuchende Einwanderer.** Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3072
- **Aufenthaltsbewilligungen für EU-Bürger infolge von Arbeitsverträgen.** Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3074
- **Scheinstellungen mittels Mindeststrafen härter sanktionieren.** Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3075
- **Grenzgängerzustrom einschränken.** Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3076
- **Keine Praktika mit über einem Jahr Dauer.** Motion Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3077
- **Teilzeitbeschäftigte ohne Anspruch auf Unterstützungsleistungen.** Motion Brand Heinz. 14.3090
- **Umsetzung der Volksinitiative gegen Masseneinwanderung über Revision des FZA.** Motion Brand Heinz. 14.3091
- **Das Recht der Lernenden, die Berufsmaturität über die integrierte Berufsmaturität (BM 1) zu erwerben.** Motion Aubert Josiane. 14.3092
- **Elternurlaub: Mehr Wahlfreiheit bei gleichen Kosten.** Motion Caroni Andrea. 14.3109
- **Die Partnerschaft mit Europa sicherstellen.** Motion Sozialdemokratische Fraktion. 14.3120
- **Regelung der Vergütung für Home Office und Telearbeit im OR.** Motion Schmid-Federer Barbara. 14.3127
- **Freigrenze für die AHV-Abrechnung von Beschäftigten in privaten Haushalten.** Motion Fehr Hans. 14.3156
- **Anreize zur Verminderung des Fachkräftemangels im Gesundheitswesen schaffen.** Motion Schmid-Federer Barbara. 14.3162



- **Steuerliche Konsequenzen übermässiger Entschädigungen/Boni bei Verlustvortrag.** Motion Leutenegger Oberholzer Susanne. 14.3186
- **Einhaltung des Arbeitsgesetzes in den Spitälern.** Motion Streiff-Feller Marianne. 14.3188
- **Berücksichtigung übermässiger Vergütungen bei der steuerrechtlichen Behandlung von Verlustvorträgen.** Motion Zanetti Roberto. 14.3211
- **Sicherung des Lebensunterhalts als Voraussetzung für die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltstiteln.** Motion Reimann Lukas. 14.3218
- **EU-Beitrittsgesuch. Klarheit schaffen.** Motion Reimann Lukas. 14.3219
- **Good Governance von Vorsorgeeinrichtungen. Transparenz bei Entschädigungen.** Motion Leutenegger Oberholzer Susanne. 14.3243
- **Mitarbeiterbeteiligung in innovativen Jungunternehmen fördern.** Motion Derder Fathi. 14.3265
- **Schweizer Arbeitskräfte und Arbeitskräfte mit C-Bewilligung unterstützen. Bezugsprovision für Quellensteuererhebung abschaffen.** Motion Golay Roger. 14.3268
- **Zuwanderung in die Sozialwerke verhindern.** Postulat Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3070
- **Zuwanderung auf Asylweg verhindern.** Postulat Fraktion der Schweizerischen Volkspartei. 14.3073
- **Lohnleichheit. Faire Chance für freiwillige Massnahmen.** Postulat Häberli-Koller Brigitte. 14.3079
- **Europäische Unternehmen, die Personal in die Schweiz entsenden: Eröffnung von Entscheiden.** Postulat Recordon Luc. 14.3106
- **Erwerbsintegration von psychisch Kranken.** Postulat Ingold Maja. 14.3191
- **Neuer Verfassungsartikel 121a: Beurteilung seiner Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz.** Postulat Tornare Manuel. 14.3200
- **Ausländisches Personal im Gesundheitswesen. Situationsanalyse und Massnahmen.** Postulat Schenker Silvia. 14.3228
- **Nicht diskriminierende Umsetzung der Masseneinwanderungs-Initiative.** Postulat Grüne Fraktion. 14.3230
- **Ältere Arbeitnehmende auf dem Arbeitsmarkt. Chancen und Perspektiven.** Postulat Heim Bea. 14.3235
- **Berufsbildung: Unternehmen Bund und Kantone genug, um das Erlernen anderer Landessprachen zu unterstützen?** Postulat Bulliard-Marbach Christine. 14.3264
- **Kontingente und Ventilklausel (Art. 10 FZA): Bilanz zur Wirksamkeit der mengenmässigen Beschränkung der Einwanderung von 1960-2007 und 2012-2014.** Postulat Amarelle Cesla. 14.3270
- **Vereinfachung der Bewilligungsverfahren für Berufschaffende.** Postulat FDP-Liberale Fraktion. 14.3301
- **Finanzierungssicherheit der Karriere von Spitzenathletinnen und -athleten.** Postulat Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur NR. 14.3381

## Behandelte Vorstösse/Interventions traitées

Fundstelle/Source: AB: Amtliches Bulletin: [www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm)  
Bulletin officiel: [www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/f/index.htm)

■ **Überprüfung des Sessionsrhythmus auf die Vereinbarkeit von Beruf, Familie und Politik.** Parl. Initiative Feri Yvonne. Keine Folge gegeben. *AB 2014 N 667*

■ **Datenerhebung über Kapitalbezüge aus der zweiten Säule.** Motion Schwaller Urs. Angenommen. *AB 2014 N 107*

■ **Freie Pensionskassenwahl als Folge der Annahme der Abzocker-Initiative.** Motion Aeschi Thomas. Abgelehnt. *AB 2014 N 119*

■ **Schluss mit Steuerprivilegien für Expatriates.** Motion Schelbert Louis. Abgelehnt. *AB 2014 N 206*

■ **Keine Steuerprivilegien mehr für Expatriates.** Motion Fässler-Osterwalder Hildegard. Abgelehnt. *AB 2014 N 206*

■ **Keine einseitige Personenfreizügigkeit.** Motion Amaudruz Céline. Zurückgezogen. *AB 2014 N 243*

■ **Schaffung einer Meldestelle für Korruption.** Motion Reimann Lukas. Abgelehnt. *AB 2014 N 741*

■ **Mindestanforderungen für die Leitung einer Kapitalgesellschaft.** Motion Abate Fabio. Zurückgezogen. *AB 2014 S 305*

■ **Bei Konkurs des ehemaligen Arbeitgebers vorzeitige Pensionierungen gewährleisten.** Postulat Schwaab Jean Christophe. Abgelehnt. *AB 2014 N 240*

■ **Bericht über die Situation der Sexarbeiterinnen und -arbeiter in der Schweiz.** Postulat Feri Yvonne. Ziff. 1-11 angenommen, Ziff. 12 abgelehnt. *AB 2014 N 540*

■ **Kriterien für die Anerkennung ausländischer Diplome verschärfen.** Postulat Gschwind Jean-Paul. Abgelehnt. *AB 2014 N 541*

■ **Der duale Bildungsweg in Gefahr. Wie reagieren?** Postulat Buttet Yannick. Abgelehnt. *AB 2014 N 541*

■ **Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters.** Postulat Lehmann Markus. Angenommen. *AB 2014 N 541*

■ **Prostitution und Sexarbeit. Länderstudie.** Postulat Fehr Jacqueline. Angenommen. *AB 2014 N 542*

■ **Freihandelsabkommen mit der EU statt bilaterale Abkommen.** Postulat Keller-Sutter Karin. Angenommen. *AB 2014 S 238*

■ **Messung der Wirkungen von Massnahmen zur Integration von Eingewanderten.** Postulat Engler Stefan. Angenommen. *AB 2014 S 296*

## Sonstige Geschäfte/Autres objets

Fundstelle/Parlament: [www.parlament.ch/d/mm/seiten/default.aspx](http://www.parlament.ch/d/mm/seiten/default.aspx)  
[www.parlament.ch/f/mm/pages/default.aspx](http://www.parlament.ch/f/mm/pages/default.aspx)  
 SECO: [www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/index.html?lang=de](http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/index.html?lang=de)  
[www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/index.html?lang=fr](http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/index.html?lang=fr)

■ Zur Förderung des dualen Bildungssystems sieht die von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates ausgearbeitete Vorlage vor, bei der **Vergabe von öffentlichen Aufträgen die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium** einzuführen. Nachdem die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates auf die Vorlage eintrat, hat sie die Anwendung dieses Kriteriums auf jene öffentlichen Beschaffungen beschränkt, die nicht internationalen Verpflichtungen (WTO oder Abkommen mit der EU oder der EFTA) unterstellt sind. Sie sprach sich zwar gegen die vom Bundesrat vorgeschlagene Formulierung aus, schloss sich aber seiner Position an, wonach Beschaffungen, zu denen die Schweiz ausländischen Anbietern einen nichtdiskriminierenden Zugang gewährleisten muss, von diesem neuen Kriterium ausgenommen sind, da die ausländischen Anbieter diese Bedingung nicht erfüllen können. Die Vorlage wurde angenommen und wird in der kommenden Sommersession im Ständerat behandelt. *Medienmitteilung des Parlaments vom 29. April 2014*

■ Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates (WAK-S) hat die Motion 13.4104 vorberaten. Die Anhörung zeigte auf, dass es sich bei der **Arbeitszeiterfassungspflicht** um eine aktuelle und hochsensible Frage handelt. Aufgrund der sich stetig verändernden Arbeitswelt mit neuen Arbeitszeitmodellen und einer rasanten technologischen Entwicklung scheint ein gewisser Handlungsbedarf unbestritten. Allerdings gehen die Meinungen, inwieweit eine Aufweichung der Arbeitszeiterfassungspflicht angezeigt ist, auseinander. Ziel einer revidierten Regelung soll es sein, Rechtssicherheit und Arbeitnehmerschutz zu gewährleisten sowie die nötige Flexibilität und einen möglichst geringen administrativen Aufwand zu bieten. Gemäss WAK-S ist eine Lösung, die von den Sozialpartnern gemeinsam ausgearbeitet wird und möglicherweise unterhalb der Gesetzesstufe umgesetzt werden kann, einer Gesetzesrevision klar vorzuziehen. Aus diesem Grund hat sie die Vorberatung der Motion 13.4104 sistiert und die

Verwaltung beauftragt, bis Ende Jahr einen Bericht über den Stand der Arbeiten zu erstellen. *Medienmitteilung des Parlaments vom 29. April 2014*

■ **Flankierende Massnahmen: ein verstärktes und wirksames Instrumentarium.** Die Kontrolltätigkeit der Vollzugsorgane hat im letzten Jahr erneut zugenommen. 2013 haben die tripartiten Kommissionen (TPK) in Branchen ohne GAV bei 8300 Schweizer Arbeitgebern die Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen überprüft (+22% gegenüber 2012). Bei 8% der kontrollierten Schweizer Arbeitgeber wurden Unterbietungen eines üblichen Lohns festgestellt (-2% gegenüber 2012). Die paritätischen Kommissionen (PK) haben in Branchen mit AVE GAV die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen bei 11400 Schweizer Arbeitgebern kontrolliert (+7% gegenüber 2012). Bei 25% der kontrollierten Schweizer Betriebe wurde ein Verstoss gegen die Mindestlohnbestimmungen des GAV vermutet (+2% gegenüber 2012). 2013 wurden 224 176 Personen für Einsätze von weniger als 90 Tagen in der Schweiz gemeldet (+11% gegenüber 2012). Die TPK haben in Branchen ohne AVE GAV die Einhaltung der üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen bei rund 4800 Entsendebetrieben kontrolliert und den Status von 3500 Selbständigerwerbenden überprüft. Bei 15% der Entsendebetriebe haben die TPK eine Unterbietung der üblichen Lohnbedingungen festgestellt (+4% gegenüber 2012). Die PK haben bei 6500 Entsendebetrieben die Lohn- und Arbeitsbedingungen kontrolliert und den Status von 3700 Selbständigerwerbenden überprüft. Bei den Kontrollen wurde bei 33% der Entsendebetriebe ein Verstoss gegen den Mindestlohn vermutet (-9% gegenüber 2012). *Medienmitteilung des SECO vom 5. Mai 2014*

■ **Bundesrat beschliesst weitere Verbesserungen der flankierenden Massnahmen.** Die Arbeitsgruppe zu den flankierenden Massnahmen auf dem Arbeitsmarkt (FlaM) hat dem Bundesrat konkrete Massnahmen wie die Erhöhung der Obergrenze der Sanktionen im Entsendegesetz von Fr. 5000.– auf Fr. 30 000.–

bei Lohnverstössen empfohlen. Sie sieht auch Handlungsbedarf im Bereich der AVE von GAV. In gewissen Branchen sind nur grössere Betriebe von der AVE erfasst, weil das Arbeitgeberquorum nicht für die ganze Branche erreicht wird (Reinigungsgewerbe, private Sicherheitsdienstleistungsbranche, Personalverleih). In anderen Branchen besteht das Risiko, dass das Arbeitgeberquorum unterschritten werden und die AVE wegfallen könnte (insbesondere im Carrosseriegewerbe, Dach- und Wandgewerbe, Metallgewerbe und Isoliergewerbe). Der Bundesrat hat nun entschieden, diese Probleme einer Lösung zuzuführen. So soll es möglich sein, künftig auch Bestimmungen zur Arbeitszeit, zu Spesen, Ferien oder zur Kautions erleichtert allgemeinverbindlich zu erklären und eine AVE befristet weiterzuführen, wenn das Arbeitgeberquorum nicht mehr erreicht wird. Diese Massnahmen bedingen eine Änderung des AVEG. Der Bundesrat sieht zudem Handlungsbedarf bei der Verlängerung von NAV, welche infolge festgestellter wiederholter missbräuchlicher Lohn- und Arbeitsbedingungen erlassen werden können. Die Voraussetzungen zur Verlängerung eines NAV sind heute nicht geregelt. Der Bundesrat will diese Gesetzeslücke schliessen. *Medienmitteilung des SECO vom 26. März 2014*

■ Der im Auftrag des SECO verfasste Bericht «**Fachkräftemangel in der Schweiz**» verschafft einen Überblick über die Nachfrage nach Fachkräften in verschiedenen Berufsfeldern. Rund 36% der Erwerbstätigen arbeiten in einem Beruf mit einem Verdacht auf Fachkräftemangel. Besonders häufig finden sich Anzeichen für einen schwer zu deckenden Fachkräftebedarf in Berufen des Managements, im Bereich Administration, Finanzen und Rechtswesen, in Gesundheitsberufen, in Lehr- und Kulturberufen sowie in Berufen der Technik und Informatik (MINT). Das SECO hat ein **Indikatorensystem** entwickeln lassen, welches verschiedene Formen und Aspekte des Fachkräftebedarfs in der Schweiz quer über verschiedene Berufe hinweg beleuchtet. Beispielsweise lässt sich aus den Indikatoren herauslesen, wie sich die Beschäftigung in einem Beruf in den letzten zehn Jahren entwickelt hat, wie hoch die Arbeitslosenquote liegt oder ob zur Deckung des Arbeitskräftebedarfs in den letzten zehn Jahren überdurchschnittlich auf Zuwanderer zurückgegriffen wurde. Für elf Berufsfelder zeigt der vorliegende Bericht auch auf, wie gut das bestehende Fachkräftepotenzial genutzt wird und wie die Alters- und Qualifikationsstruktur

aussehen. Daraus ergeben sich Hinweise, wo im jeweiligen Bereich Ansatzpunkte für eine bessere Nutzung des inländischen Fachkräftepotenzials bestehen. *Medienmitteilung des SECO vom 16. April 2014*

■ **Bundesrat legt Bericht als Antwort auf IAOKlage vor.** Der Bundesrat hat am 26. März 2014 seinen Bericht als Antwort auf die am 10. April 2013 vom Schweizerischen Verband des Personals öffentlicher Dienste (VPOD/SSP) bei der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) eingereichten Klage verabschiedet. Die Klage wurde ausgelöst durch die Situation im Neuenburger Spital «La Providence» Ende 2012/Anfang 2013. Infolge der Kündigung des Gesamtarbeitsvertrages (GAV Santé 21) durch das Spital waren 22 Angestellte in den Streik getreten. Nach ihrer Weigerung, ihre Arbeit wieder aufzunehmen, wurde diesen 22 Personen am 4. Februar 2013 schriftlich fristlos gekündigt. In der Klage wird der unzureichende Schutz gegen die missbräuchliche Kündigung von Streikenden bemängelt, da das Schweizer Arbeitsvertragsrecht nur eine Entschädigung von maximal sechs Monatsgehältern gewährt und keine Wiedereingliederung des entlassenen Arbeitnehmers vorsieht. Da keine schlüssigen Informationen von den beteiligten Parteien vorliegen und die zuständigen Gerichte den Fall noch nicht beurteilt haben, ist der Bundesrat nicht in der Lage, sich zu diesem Zeitpunkt zur Klage zu äussern. Er wird seine Überlegungen und den Dialog fortsetzen, um zu versuchen, eine für alle Sozialpartner politisch akzeptable Lösung zu finden. *Medienmitteilung des SECO vom 26. April 2014*

■ Die **Schweiz** wird an der **103. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz (IAK)** teilnehmen, die vom 28. Mai bis 12. Juni 2014 in Genf stattfindet. Der Bundesrat hat die Mitglieder der tripartiten Delegation (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Regierung) ernannt, welche die Schweiz bei der IAK vertreten werden. Für die Schweiz ist prioritär, dass die Konferenz die Tätigkeiten der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zur effektiven Abschaffung neuer Formen der Zwangsarbeit unterstützt. Sie wird sich dafür einsetzen, dass die Kontrolle der ILO-Normen eine effiziente und wirksame Umsetzung der allgemein anerkannten sozialen Rechte ermöglicht. Sie wird ebenfalls unterstreichen, dass sich die ILO zugunsten kohärenter Politiken und Rahmenbedingungen für die Bekämpfung der Rezession und für die weltweite Gewährleistung eines beschäftigungs-

wirksamen Aufschwungs mit menschenwürdigen Arbeitsbedingungen engagiert. *Medienmitteilung des SECO vom 30. April 2014*

■ Die Expertengruppe des Bundes hält an ihrer bisherigen Einschätzung (von Dezember 2013) fest, dass sich in der Schweiz der **Konjunkturaufschwung** 2014 und 2015 **weiter festigen** dürfte. Nach soliden 2% im Jahr 2013 wird eine weitere Beschleunigung des BIP-Wachstums auf 2,2% 2014 sowie 2,7% 2015 prognostiziert. Dabei dürfte auch der Aussenhandel nach einigen verhaltenen Jahren wieder vermehrt positive Impulse liefern und so die weiterhin robuste Binnennachfrage abrunden. Angesichts des freundlichen Konjunkturausblicks ist auch am Arbeitsmarkt sukzessive mit einer Verbesserung zu rechnen. Mittlerweile nimmt auch in der Industrie nach länger andauerndem Stellenabbau die Beschäftigung wieder zu. Bei der saisonbereinigten Arbeitslosigkeit kam der leichte Anstieg gegen Ende 2013 zum Stillstand, und in den ersten beiden Monaten von 2014 sank die saisonbereinigte Arbeitslosenzahl geringfügig. Angesichts des positiven Konjunkturausblicks dürfte sich die Erholung am Arbeitsmarkt fortsetzen und verstärken, was sich in einem prognostizierten Rückgang der Arbeitslosenquote von 3,2% 2013 auf 3,1% 2014 und 2,8% 2015 niederschlägt. Allerdings ist mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative unklar, wie stark die zukünftigen Rekrutierungsmöglichkeiten von aus-

ländischen Arbeitskräften für die Unternehmen erschwert werden wird. Zum andern steht die Ausgestaltung des bilateralen Weges der Schweiz mit der EU generell in der Schwebe. *Medienmitteilung des SECO vom 18. März 2014*

■ Der Bund als Eigner der SIFEM AG (Swiss Investment Fund for Emerging Markets) hat an der Generalversammlung den Jahresbericht und die revidierte Jahresrechnung 2013 genehmigt. Die **SIFEM AG** ist die **Entwicklungsfinanzierungsgesellschaft des Bundes**. Ihre Aufbauphase ging 2013 zu Ende. Durch die Bereitstellung von Unternehmensfinanzierung in den Partnerländern der Schweizer Entwicklungszusammenarbeit hat die SIFEM AG bereits zur **Sicherung und Schaffung von über 250 000 Arbeitsplätzen** beigetragen. Sie trägt dabei auch finanzielle Risiken. Im vergangenen Jahr haben Investoren den aufstrebenden Ländern aufgrund makroökonomischer Unsicherheiten den Rücken gekehrt. Dies führte zu einem Kapitalabfluss, der auch die Währungen in diesen Märkten unter Druck setzte. Als Folge davon sind einzelne Unternehmen im SIFEM-Portefeuille in Schwierigkeiten geraten. Im Rechnungsjahr 2013 resultierte ein Betriebsverlust von 13,5 Millionen Franken. Über die gesamte Laufzeit ihrer Investitionen hinweg betrachtet verzeichnet die SIFEM AG weiterhin eine solide Rendite von 8,7%. *Medienmitteilung des SECO vom 1. Mai 2014*

## Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts

### Konkurrenzverbot: Begründeter Anlass zur Kündigung bei «überholender» Kündigung, Vorbereitungshandlungen (Art. 340c Abs. 2 OR)

Besprechung des Bundesgerichtsurteils 4A\_22/2014 vom 23. April 2014,  
I. zivilrechtliche Abteilung

Dr. iur. Roger Rudolph, Rechtsanwalt, Wetzikon

#### I. Zusammenfassung des Urteils

##### 1. Sachverhalt und Ausgangslage

Die Arbeitgeberin (Beschwerdeführerin/Gesuchstellerin) bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen in der Personalberatung und Vermittlung von Dauer- und Temporärstellen. Der Arbeitnehmer (Beschwerdegegner/Gesuchsgegner) war bei ihr seit dem 2. August 2006 als Personalberater in der Filiale Bern angestellt. Im Arbeitsvertrag wurde folgendes Konkurrenzverbot vereinbart:

##### «13. Konkurrenzverbot

Herr B. verpflichtet sich, während der Dauer seiner Anstellung und während zwei Jahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der A. AG im Gebiet der ganzen Schweiz die A. AG in keiner Art und Weise zu konkurrenzieren. Insbesondere verpflichtet er sich, weder auf eigene noch auf fremde Rechnung ein Geschäft zu betreiben, in einem solchen tätig zu sein oder sich an einem solchen zu beteiligen, welches mit der A. AG im Wettbewerb steht. (...)

##### 14. Konventionalstrafe

Sollte Herr B. die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes verletzen, so verpflichtet er sich zur Bezahlung einer Konventionalstrafe von Fr. 25 000.00.

Die Zahlung der Konventionalstrafe hat keine befreiende Wirkung von der Einhaltung der Bestimmungen und bleibt im Weiteren für jeden der A. AG zugefügten Schaden vollumfänglich ersatzpflichtig. Die A. AG ist berechtigt, neben der Leistung der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens, die unmittelbare Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes zu verlangen.»

Zu Beginn des Jahres 2009 wurde der Beschwerdegegner zum Leiter des Geschäftsbereichs Technik/Industrie/Gewerbe befördert.

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 kündigte der Beschwerdegegner seine Anstellung per 31. März 2014, also mit einer Kündigungsfrist von rund 18 Monaten. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2012 kündigte die Beschwerdeführerin ihrerseits das Vertragsverhältnis mit der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten per 31. Dezember 2012 und stellte den Beschwerdegegner per sofort frei.

Am 25. Februar 2013 wurde die C. AG mit Sitz in U. im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt die Suche, Selektion, Beratung und Schulung von Personal, Zurverfügungstellung von Personal für Fest-, Temporär- und Teilzeitstellen, Übernahme und Management des Personals auf Antrag, Lohnverwaltung sowie alle Arbeiten, die mit Outsourcing-Verträgen in Verbindung stehen. Der Beschwerdegegner wurde im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die C. AG tätig.

Mit undatiertem Schreiben an den Beschwerdegegner erklärte die C. AG, dass sie ihm am 8. April 2013 per 15. April 2013 kündige und dass sie sich freuen würde, ihn nach dem juristischen Verfahren mit der Beschwerdeführerin wieder anstellen zu können. Aus der Arbeitgeberbescheinigung vom 3. Mai 2013 war ersichtlich, dass der Beschwerdegegner vom 2. April 2013 bis zum 15. April 2013 als Geschäftsführer der C. AG tätig war und dabei ein Monatsverdienst von Fr. 5000.– erzielte.

Mit Eingabe vom 5. April 2013 beim Regionalgericht Bern-Mittelland beantragte die Beschwerdeführerin (Gesuchstellerin):

«1. Dem Gesuchsgegner sei mit sofortiger Wirkung zu verbieten, die Gesuchstellerin direkt oder indirekt als Personalvermittler bzw. -berater in den Bereichen Elektro, Metallbau,

Gebäudetechnik, Industrie, Bauhaupt- sowie Baunebengewerbe zu konkurrenzieren, insbesondere indem er für die C. AG mit Sitz in U. tätig ist.

2. Es sei dem Gesuchsgegner mit sofortiger Wirkung und für die Dauer von zwei Jahren zu verbieten in der ganzen Schweiz Personal in den Bereichen Elektro, Metallbau, Gebäudetechnik, Industrie, Bauhaupt- und Baunebengewerbe zu vermitteln, insbesondere indem er für die C. AG mit Sitz in U. tätig ist.

3. Die Rechtsbegehren gemäss Ziffer (n) 1 und 2 seien superprovisorisch und unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu erlassen.»

Mit Verfügung vom 8. April 2013 wies die Gerichtspräsidentin des Regionalgerichts Bern-Mittelland das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen und mit Entscheid vom 17. Juli 2013 auch das Massnahmegesuch selber ab. Die Gerichtskosten von Fr. 4400.– auferlegte sie der Gesuchstellerin und verpflichtete diese, dem Gesuchsgegner eine Parteientschädigung von Fr. 16 647.70 auszurichten.

Die Gesuchstellerin erhob gegen den Entscheid vom 17. Juli 2013 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern, wobei sie an ihren erstinstanzlichen Begehren festhielt. Mit Entscheid vom 9. Dezember 2013 wies das Obergericht die Berufung ab und bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin.

Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, es seien die bereits erst- und vorinstanzlich beantragten Verbote auszusprechen und die Verbote seien mit der Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall zu verbinden; unter Kosten- und Entschädigungsfolge für beide kantonalen Instanzen und das Bundesgericht zu Lasten des Beschwerdegegners. Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. In Bestätigung des Entscheids des Obergerichts des Kantons Bern vom 9. Dezember 2013 sei das Gesuch abzuweisen. Eventualiter sei das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abzuschreiben; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Vorinstanz verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern wird aufgehoben und die

Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

## 2. Erwägungen des Bundesgerichts

(Erwägung 1: Vorliegen eines Endentscheids im Sinne von Art. 90 BGG, Eintreten auf die Beschwerde.)

(Erwägung 2: Teilweises Nichtgenügen in Bezug auf die Begründungsanforderungen. Insofern Nichteintreten auf die entsprechenden Vorbringen.)

3. Nicht mehr bestritten wird im bundesgerichtlichen Verfahren, dass das Konkurrenzverbot in Ziffer 13 und die Konventionalstrafe in Ziffer 14 des Arbeitsvertrages vom 2. August 2006 gültig (Art. 340 Abs. 1 OR) und verbindlich (Art. 340 Abs. 2 OR) vereinbart wurden.

Die Vorinstanz hielt dabei im Wesentlichen fest, der Beschwerdegegner habe sich mit der Unterzeichnung der schriftlichen Konkurrenzverbotsabrede verpflichtet, sich für eine bestimmte Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einer konkurrenzierenden Tätigkeit zu enthalten. Während seiner mehrjährigen Tätigkeit für die Beschwerdeführerin habe er Einblick in deren Kundenstamm gehabt und habe dadurch ohne Weiteres die Eigenschaften und Bedürfnisse von deren Kunden gekannt und zu diesen regelmässigen Kontakt gepflegt. Damit habe die Möglichkeit einer erheblichen Schädigung bestanden, indem der Beschwerdegegner das bei der Beschwerdeführerin gewonnene Wissen für die C. AG hätte weiter verwenden können: Der Beschwerdegegner habe bei der Beschwerdeführerin im Jahre 2012 einen Umsatz von insgesamt Fr. 5 Mio. generiert. Alleine mit der G. AG, welche der Beschwerdegegner nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Beschwerdeführerin kontaktiert habe, habe er im Jahre 2012 einen Umsatz von einer halben Million Schweizerfranken generiert, was 10% seines Gesamtumsatzes für das Jahr 2012 ausgemacht habe. Durch den drohenden Verlust dieser einen, jedoch bedeutenden Kundin sei das erforderliche Schädigungspotential erreicht.

4. Umstritten ist jedoch nach wie vor, ob das Konkurrenzverbot allenfalls dahin gefallen ist.

**4.1.** Nach Art. 340c Abs. 2 OR fällt ein gültig vereinbartes Konkurrenzverbot dahin, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt, ohne dass ihm der Arbeitnehmer dazu begründeten Anlass gegeben hat, oder wenn es dieser aus einem begründeten, vom Arbeitgeber zu verantwortenden Anlass auflöst.

**4.2.** Die Vorinstanz nahm an, die Beschwerdeführerin habe das Arbeitsverhältnis gekündigt, ohne dass ihr der Beschwerdegegner dazu begründeten Anlass gegeben hätte. Damit falle das gültig vereinbarte Konkurrenzverbot dahin, ohne dass die weiteren Rügen noch zu prüfen seien. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen sei daher von der Erstinstanz im Ergebnis zu Recht abgewiesen worden.

Die Beschwerdeführerin habe mit separatem Schreiben vom 30. Oktober 2012 eine Begründung der Kündigung und der Freistellung nachgereicht. Darin habe sie auf die wiederholte Verletzung von Arbeitspflichten trotz erfolgter Weisungen sowie die Absicht des Beschwerdegegners, in naher Zukunft ein konkurrierendes Unternehmen in der Personalvermittlungsbranche zu gründen, verwiesen. Der Beschwerdegegner habe eingeräumt, dass er in der Zeit zwischen 2008 bis 2011 und damit noch vor der Kündigung und Freistellung grundsätzlich ein konkurrierendes Verhalten an den Tag gelegt habe. Die Beschwerdeführerin sei aber über diverse Schritte (Firmenname, Logo, Domainname, Mitarbeiter) informiert gewesen. Erst Ende Januar 2013 und damit nach der Kündigung und Freistellung habe der Beschwerdegegner begonnen, sich effektiv mit der Gründung der C. AG zu beschäftigen. Plane ein Arbeitnehmer, sich selbstständig zu machen oder zusammen mit anderen eine Konkurrenzfirma zu gründen, sei es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 138 III 67 E. 2.3.5) aber an sich legitim, bereits vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorkehrungen zu treffen; die Treuepflicht verbiete einzig, noch vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Konkurrenzierung des Arbeitgebers zu beginnen oder ihm Angestellte bzw. Kunden abzuwerben. Die Beschwerdeführerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass sie aufgrund der konkurrierenden Tätigkeit des Beschwerdegegners während seiner Beschäftigung bei ihr begründeten Anlass zur Kündigung gehabt habe. Die in der Begründung zur Kündigung ebenfalls angeführten angeblich unterlassenen Eintragungen würden angesichts der sonstigen Arbeit des Beschwerdegegners nicht derart ins

Gewicht fallen, dass sie einen «begründeten Anlass» zur Kündigung seitens der Beschwerdeführerin darstellen könnten.

**4.3.** Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Auslegung und Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR.

**4.3.1.** Sie macht zu Recht geltend, dass die Vorinstanz – anders als die Erstinstanz – fälschlicherweise von der Rechtsprechung gemäss BGE 138 III 67 statt von jener gemäss BGE 130 III 353 ausgegangen sei. In BGE 138 III 67 war ein von den Parteien vereinbartes Konkurrenzverbot als ungültig qualifiziert worden. In der Folge prüfte das Bundesgericht, ob dem Arbeitnehmer eine Verletzung der gesetzlichen Treuepflicht vorgeworfen werden könne, nach welcher ihm verboten ist, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses den Arbeitgeber zu konkurrenzieren (Art. 321a Abs. 3 OR). Dabei erwog das Bundesgericht, dass ein Arbeitnehmer, der die Gründung eines Konkurrenzunternehmens ins Auge fasst und hiezu noch vor Ablauf des Arbeitsvertrages Vorbereitungsmaßnahmen vornimmt, seine Treuepflicht nicht verletzt, solange er seinen Arbeitgeber nicht zu konkurrenzieren bzw. dessen Arbeitnehmer oder Kundschaft abzuwerben beginnt. Die von der Vorinstanz zitierte und ihrer Beurteilung zugrunde gelegte Passage, wonach es «an sich legitim» sei, dass der Arbeitnehmer «vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses Vorbereitung (zur späteren konkurrenzierenden Tätigkeit) treffen kann», bezieht sich daher einzig auf diese Treuepflicht. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers erlischt aber mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift mit Ablauf des Arbeitsvertrages und schliesst eine nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgenommene konkurrenzierende Tätigkeit nicht aus.

Diese Rechtsprechung zu Art. 321a Abs. 3 OR betrifft daher offensichtlich nicht die vorliegende Situation, in welcher zwischen den Parteien ein gültiges und verbindliches Konkurrenzverbot vereinbart wurde (vgl. E. 3 hiervor) und als entscheidende Frage zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin «begründeten Anlass» zur Kündigung gemäss Art. 340c Abs. 2 OR gegeben hat. Als begründeter Anlass im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR ist nach konstanter Rechtsprechung jedes der anderen Partei zuzurechnende Ereignis anzusehen, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben kann.



Es ist nicht notwendig, dass es sich um eine eigentliche Vertragsverletzung handelt (BGE 130 III 353 E. 2.2.1 S. 359 mit Hinweisen; Urteile 4A\_8/2013 vom 2. Mai 2013 E. 6.1; 4A\_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2). Namentlich hat das Bundesgericht die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen als begründeten Anlass qualifiziert. Stelle die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereite, brauche sie nicht zuzuwarten, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündige (BGE 130 III 353 E. 2.2.3 S. 361; Urteil 4A\_33/2011 vom 21. März 2011 E. 4.2). Indem die Vorinstanz auf die Voraussetzungen einer Treupflichtverletzung (Art. 321a Abs. 3 OR) abstellte und nicht die Kriterien gemäss Art. 340c Abs. 2 OR anwendete, steht ihre Begründung im klaren Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Die Begründung erweist sich als offensichtlich unhaltbar und damit willkürlich (vgl. auch Urteil 5D\_130/2011 vom 22. September 2011 E. 2.2).

**4.3.2.** Von einer willkürlichen Anwendung von Art. 340c Abs. 2 OR kann jedoch nur ausgegangen werden, wenn es aufgrund des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts auch im Ergebnis willkürlich ist, der Beschwerdeführerin einen begründeten Anlass für ihre Kündigung abzusprechen.

Die Vorinstanz stellte fest, der Beschwerdegegner habe eingeräumt, in der Zeit von 2008 bis 2011 und damit noch vor der Kündigung und seiner Freistellung grundsätzlich ein konkurrierendes Verhalten an den Tag gelegt zu haben; er erkläre aber, die Beschwerdeführerin habe dies zugelassen. Aus dem E-Mailverkehr zwischen den Parteien gehe ohne Weiteres hervor, dass der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin tatsächlich über diverse Schritte informiert habe. Zusammenfassend hielt sie fest, dass der Beschwerdegegner vor seiner Freistellung – nach Orientierung der Beschwerdeführerin – Vorbereitungshandlungen für eine spätere konkurrierende Tätigkeit unternommen, indessen keine effektive Konkurrenzaktivität ausgeübt habe.

Der Beschwerdegegner bestreitet solche Vorbereitungshandlungen nicht, wendet aber ein, bei den erwähnten Handlungen (Erstellen eines Facebook-Profiles, Registrieren einer Webseitenadresse, Erstellen von Logos und Ähnlichem) handle es sich um derart marginale «Vorbereitungshandlungen», dass

diese nicht als problematisch im Sinne der gesetzlichen Regelung eingestuft werden könnten. Das trifft nach dem oben Dargelegten nicht zu. Massgeblich ist, ob die Arbeitgeberin feststellen muss, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichen Konkurrenzverbotes den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereitet, womit sie nicht zuzuwarten braucht, bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt (oben E. 4.3.1 a.E.). Es kommt demnach auch nicht darauf an, ob die Vorbereitungshandlungen bereits im Jahre 2011 oder noch früher erfolgten und nicht unmittelbar vor der Kündigung und Freistellung, wie der Beschwerdeführer einwendet. Wie die Erstinstanz richtig festhielt und worauf die Vorinstanz verweist, ist massgeblich, dass es sich bei der Kündigung der Beschwerdeführerin vom 30. Oktober 2012 um eine «überholende» Gegenkündigung zur eigenen Kündigung des Beschwerdegegners vom 2. Oktober 2012 handelte, mit der im Ergebnis einzig die vom Beschwerdeführer gesetzte überlange Kündigungsfrist bis 31. März 2014 auf die vertraglichen zwei Monate verkürzt wurde. Ihr dies verbieten zu wollen und ihr zuzumuten, den Beschwerdegegner – nachdem sie grundsätzlich um die Vorbereitung einer Konkurrenzaktivität wusste – noch weitere eineinhalb Jahre mit dem von der Vorinstanz selber bejahten Schädigungspotential (vgl. E. 3) beschäftigen oder sonst mit Entlohnung freistellen zu müssen, ist unhaltbar.

Die Vorinstanz wies schliesslich darauf hin, dass die Beschwerdeführerin über die Vorbereitungshandlungen informiert gewesen sei. Eine ausdrückliche oder stillschweigende einvernehmliche Wegbedingung des Konkurrenzverbotes hat sie aber nicht festgestellt. Sie verweist in diesem Zusammenhang einzig auf zwei E-Mails des Beschwerdegegners vom Oktober 2008, aus denen sich aber die Haltung der Beschwerdeführerin nicht ergibt.

Der Schluss der Vorinstanz, das Konkurrenzverbot sei dahin gefallen, ist somit auch im Ergebnis willkürlich.

**5.** Ist es besonders schriftlich verabredet, kann der Arbeitgeber neben der Konventionalstrafe und dem Ersatz des weiteren Schadens auch die Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes verlangen, wenn seine verletzten oder bedrohten Interessen und das Verhalten des Arbeitnehmers dies rechtfertigen (Art. 340b Abs. 3 OR). Die Beschwerdeführerin ver-

langt mit ihrem Rechtsbegehren die Beseitigung eines vertragswidrigen Zustands in diesem Sinn. Die Erstinstanz nahm an, da die Beschwerdeführerin keine Angaben zum drohenden Schaden gemacht habe und daher namentlich nicht bekannt sei, ob dieser die vereinbarte Konventionalstrafe von Fr. 25 000.00 übersteige, habe sie keine überwiegenden Interessen glaubhaft gemacht. So fehle es auch an der kumulativen Voraussetzung der besonderen Treuwidrigkeit. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen von Art. 340b Abs. 3 OR jedoch nicht geprüft, da sie vom Dahinfallen des Konkurrenzverbots ausging.

Nachdem die Vorinstanz diesen Punkt nicht beurteilt hat, fehlen dem Bundesgericht die tatsächlichen Grundlagen, um die Frage zu entscheiden. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG).

## II. Bemerkungen

«Konkurrenzverbote sind sowieso nicht durchsetzbar» – so lautet ein von Arbeitgebern, Arbeitnehmern oder ihren Beratern oft gehörtes Vorurteil. Eine vor allem für Arbeitnehmer manchmal fatale Fehleinschätzung, wie das vorliegende Urteil illustrativ zeigt, auch wenn in der Sache selber noch kein Endentscheid gefällt und die Angelegenheit zur Neubeurteilung zurückgewiesen wurde. Auch ein Blick in die Entscheidungssammlungen der Gerichte zeigt, dass Rechtsstreitigkeiten um Konkurrenzverbote verbreitet sind und es gar nicht so selten vorkommt, dass konkurrenzierende Arbeitnehmer zur Zahlung von Konventionalstrafen verpflichtet oder gar unter Strafandrohung von Art. 292 StGB zur Einstellung ihrer Tätigkeit (Realexekution) gezwungen werden.

Das vorliegende Urteil ist vor allem in dreierlei Hinsicht bemerkenswert:

Erstens war die Besonderheit einer «überholenden» Arbeitgeberkündigung zu beurteilen. Dies, nachdem der Arbeitnehmer zuerst mit einer überlangen Kündigungsfrist von rund 18 Monaten gekündigt hatte, worauf die Arbeitgeberin unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von zwei Monaten gegenkündigte. Damit stellte sich die Frage, wessen Kündigung zählt, wenn es darum geht, einer der bei-

den Vertragsparteien den Nachweis des begründeten Anlasses zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR zu überbinden. Diese Weichenstellung ist für die Praxis ganz wesentlich, denn der Beweis des begründeten Anlasses ist für denjenigen, der ihn zu erbringen hat, häufig ein schwieriges Unterfangen, das nicht selten über den Ausgang des Prozesses entscheidet. Das Bundesgericht hielt implizit an seiner bereits in BGE 130 III 353 geäußerten Rechtsauffassung fest, wonach in solchen Konstellationen auf die Gründe für jene Kündigung abzustellen sei, welche das Arbeitsverhältnis tatsächlich beendet habe, im vorliegenden Fall also die Arbeitgeberkündigung. Demzufolge oblag es der Arbeitgeberin, einen begründeten Anlass für ihre Kündigung nachzuweisen. Diese Auffassung ist nachvollziehbar, wenn auch nicht unbedingt selbstverständlich (vgl. zum Meinungsstand Kommentar *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, 7. Auflage 2012, N 3 zu Art. 340c OR; ferner *ZK-Staehelin*, 4. Auflage 2013, N 20 zu Art. 340c OR). In BGE 130 III 353 hatte die Arbeitgeberin nach einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen ordentlichen Kündigung während laufender Kündigungsfrist eine fristlose Kündigung ausgesprochen. Letztere führte zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, weshalb das Bundesgericht diese als die unter dem Blickwinkel von Art. 340c Abs. 2 OR massgebliche Kündigung taxierte. Damit oblag es der Arbeitgeberin, den begründeten Anlass für ihre fristlose Kündigung nachzuweisen (was ihr gelang, so dass das Konkurrenzverbot aufrechterhalten blieb). Im vorliegenden Fall waren dagegen zwei ordentliche Kündigungen gegeneinander abzuwägen. Insofern stellt der neue Entscheid eine Weiterentwicklung der mit BGE 130 III 353 begründeten Rechtsprechung dar.

Zweitens betonte das Bundesgericht wie schon in den von ihm in Erwägung 4.3.1 zitierten früheren Entscheiden, dass der begründete Anlass zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR keine eigentliche Vertragsverletzung voraussetze. Es genüge jedes der anderen Vertragspartei zuzurechnende Ereignis, das bei einer vernünftigen kaufmännischen Erwägung einen erheblichen Anlass zur Kündigung geben könne. Darunter falle namentlich die Vorbereitung einer späteren Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen. Stelle die Arbeitgeberin fest, dass ein Arbeitnehmer trotz vertraglichem Konkurrenzverbot den Übertritt in ein Konkurrenzunternehmen vorbereite, brauche sie nicht zuzuwarten,

bis der Arbeitnehmer die Stelle kündigt. Genau eine solche Konstellation nahm das Bundesgericht in dem von ihm zu entscheidenden Fall an, so dass es der Arbeitgeberin im Unterschied zu den beiden Berner Vorinstanzen den begründeten Anlass zur Kündigung zubilligte. Dem Arbeitnehmer half auch nicht, dass er seine Vorkehrungen (Erstellen eines Facebook-Profiles, Registrieren einer Webseitenadresse, Erstellen von Logos und Ähnlichem) als bloss marginale Vorbereitungshandlungen darzustellen versuchte. Die Argumentation des Bundesgerichts überzeugt: Wohl können bloss Vorbereitungshandlungen unter dem isolierten Aspekt der Treuepflicht von Art. 321a OR zulässig sein, solange noch kein Auftritt auf dem Markt erfolgt (etwa die Gründung einer noch inaktiven Gesellschaft oder die Anmietung von Geschäftsräumlichkeiten). Wenn hingegen ein nachvertragliches Konkurrenzverbot vereinbart ist, dann antizipiert bereits die Vornahme von blossen Vorbereitungshandlungen den zu erwartenden Rechtsbruch, d.h. die Verletzung der Verbotsabrede. Stellt ein Arbeitgeber solches fest und kündigt er deswegen, muss mit dem Bundesgericht der Tatbestand des begründeten Anlasses zur Kündigung im Sinne von Art. 340c Abs. 2 OR als erfüllt angesehen werden.

Drittens schliesslich ist es bezeichnend, dass sich der vorliegende Fall wie schon der eben zitierte BGE 130 III 353 einmal mehr in der Personalberatungs- und Vermittlungsbranche zugetragen hat. Gerade in diesem Wirtschaftszweig ist nach der Wahrnehmung des Kommentators seit vielen Jahren ein inflationärer Einsatz von Konkurrenzverboten zu beobachten, und zwar nicht selten in erheblich übermässigem Umfang (z.B. «ganze Schweiz», «drei Jahre»), ohne Rücksicht auf die konkreten Tätigkeitsbereiche der angestellten Personalberater und durchaus auch im Niedriglohnbereich. Dabei kann man mit Fug den Standpunkt einnehmen, dass das Konkurrenzverbotrecht des OR mit unserer liberalen Wirtschafts-

verfassung, für welche der freie Wettbewerb eine fundamentale Stütze bildet, eigentlich unvereinbar ist. Jedenfalls sprechen gute Gründe für eine massvolle Revision des OR. Dies könnte zum Beispiel dadurch geschehen, dass die Zulässigkeit von Konkurrenzverboten auf Fälle von eigentlichem Missbrauch (Verstoss gegen Treu und Glauben) beschränkt oder – wohl praxistauglicher – an eine obligatorische finanzielle Gegenleistung des Arbeitgebers, eine sogenannte Karenzentschädigung, gebunden würde, wie sie etwa das deutsche Recht in § 75 Handelsgesetzbuch (HGB) kennt. Danach ist für die Dauer der Konkurrenzenthaltung mindestens die Hälfte des zuletzt bezahlten Lohnes geschuldet. Konkurrenzverbote blieben also zulässig, doch müssten sie dem Arbeitgeber auch etwas wert sein. Zu einer solchen Revision wäre der Gesetzgeber aufgerufen, der derzeit aber keine erkennbaren Anstalten trifft, aktiv zu werden. Eine parlamentarische Initiative von Nationalrat Janiak, der 2002 mit einem engagierten Votum die vollständige Abschaffung der Art. 340–340c OR forderte, erreichte immerhin einen Achtungserfolg, indem die Initiative in der beratenden Kommission für Rechtsfragen lediglich knapp mit 10:9 abgelehnt wurde, im Nationalratsplenum dann aber mit 90:71 Stimmen scheiterte. Dass der Gesetzgeber seitdem untätig blieb, ist bedauerlich und eigentlich inkonsequent, wenn man bedenkt, dass das Streben nach freiem und globalem Wettbewerb, nach Beseitigung von Handelshemmnissen jedwelcher Art, nach Zerschlagung kartellistischer oder marktbeherrschender Strukturen und generell der Ruf nach deregulierten Märkten seit Jahren ein prägendes Credo der schweizerischen und internationalen Wirtschaftspolitik bildet. Es ist schwer zu begreifen, dass diese Entwicklung zu mehr Wettbewerb ausgerechnet im Bereich des arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots, wo es immerhin um die wirtschaftliche Existenzgrundlage der ganz überwiegenden Bevölkerungsmehrheit geht, keine Spuren hinterlässt.

## Urteilsauszüge/Extraits d'arrêts

An dieser Stelle wird auf viele der neusten Urteile des Bundesgerichts zum Arbeitsrecht hingewiesen. Die durch Auslassungen hergestellten und mit nicht-amtlichen Regesten versehenen Kurzfassungen dienen einer raschen Information der Leserschaft. Der Volltext ist abrufbar unter der Internetadresse [www.bger.ch](http://www.bger.ch) > Rechtsprechung (gratis) > weitere Urteile ab 2000. Aufgenommen werden auch ausgewählte kantonale Urteile.

Ici sont recensés de nombreux arrêts récents du Tribunal fédéral dans le domaine du droit du travail. Ces extraits, précédés d'un résumé non officiel, doivent servir à une information rapide des lecteurs. Le texte complet figure dans le site internet du Tribunal fédéral, [www.bger.ch](http://www.bger.ch) > Jurisprudence (gratuit) > autres arrêts dès 2000. Sont aussi recensés certains arrêts cantonaux.

### Vergleichsvertrag; Verzichtsverbot, Art. 341 OR/Accord transactionnel; interdiction de la renonciation, art. 341 CO

**Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 7. April 2014, Beschwerde in Zivilsachen (4A\_25/2014)**

*Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Der angebliche Irrtum der Arbeitnehmerin (Eintritt einer dauernden posttraumatischen Belastungsstörung) betrifft einen Punkt, der bei Abschluss der Vereinbarung – für beide Parteien erkennbar – ungewiss und nicht auszuschliessen war. Der Ungewissheit des physischen und psychischen Heilungsverlaufs sollte gerade mit dem Abschluss der Entschädigungsvereinbarung begegnet werden (E. 5).*

*Das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR erfasst Ansprüche aus zwingendem Recht. Ein Schadenersatzanspruch als Folge einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR ist kein zwingender Anspruch des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 362 OR und ein Vergleich über einen solchen Sekundäranspruch ist daher nicht von Art. 341 OR erfasst. Art. 341 Abs. 1 OR verbietet nur den einseitigen Verzicht und nicht auch den Vergleich, bei dem beide Parteien auf Ansprüche verzichten und damit ihr gegenseitiges Verhältnis klären (E. 6.1, 6.2).*

*Dans le cadre d'un accord transactionnel, les parties mettent fin, par des concessions réciproques, à un différend ou à une incertitude touchant un rapport de droit. L'erreur alléguée par la salariée (survenance d'un stress posttraumatique durable) porte sur un fait qui, de façon reconnaissable par les deux parties, était incertain ou ne pouvait être exclu. L'incertitude de la guérison, physique et psychique, comptait parmi les facteurs pris en compte dans l'accord d'indemnisation (c. 5).*

*L'interdiction de la renonciation, selon l'art. 341 CO, s'applique aux prétentions découlant du droit impératif. Ne repose pas sur une disposition impérative, au sens de l'art. 362 CO, une prétention en indemnisation par suite d'une violation, alléguée, de l'art. 328 CO. Un accord sur une telle prétention, secondaire, n'est pas soumis à l'art. 341 CO, dont l'al. 1 n'interdit que la renonciation unilatérale et non pas une transaction par laquelle les deux parties clarifient leurs rapports en renonçant à des prétentions (c. 6.1, 6.2).*

### Aus dem Sachverhalt

A. (Beschwerdeführerin) ist seit dem Jahr 1997 Mitglied des Ensembles der B. AG (Beschwerdegegnerin) und als Solistin für das Fach «N.» engagiert. Am 5. Januar 2000 erlitt die Beschwerdeführerin bei einem Auftritt auf der Bühne schwerste Verbrennungen an Dekolleté, linker Schulter, beiden Armen und Rücken, die mehrfach chirurgisch behandelt werden mussten und zu einer umfangreichen Narbenbildung führten. Zudem entwickelte die Beschwerdeführerin aufgrund des Unfallereignisses aus psychiatrischer Sicht eine posttraumatische Belastungsstörung, an der sie noch immer leidet. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz ist die Beschwerdeführerin heute zu 100% arbeitsfähig, befindet sich aber seit dem Unfallereignis in fachärztlicher Behandlung. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien besteht bis heute fort und wurde seit dem Unfallereignis mehrfach verlängert. Nach vorgängigen Verhandlungen wurde am 30. Mai 2001 zwischen den Parteien sowie der Versicherung C. (als Haftpflicht- und Unfallversicherung der Beschwerdegegnerin) die Vereinbarung getroffen, dass die Versicherung C. der Beschwerdeführerin zur Abgeltung einer ihr zustehenden Genugtuung sowie ihres Schadenersatzanspruches im Zusammenhang mit dem Unfallhergang (insbesondere Erschwerung des wirtschaftlichen Fortkommens) eine einmalige Kapitalabfindung von Fr. 100 000.– ausrichte; damit nicht abgegolten seien die finanziellen Aufwendungen für die bisherigen und künftigen Heilungskosten, für die die Beschwerdegegnerin bzw. die Versicherung C. weiterhin aufkommen würden. Die vereinbarte Abgeltung wurde bezahlt.

Am 19. September 2012 reichte die Beschwerdeführerin beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein und beantragte, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 30 000.– zu bezahlen. Sie machte im Wesentlichen geltend, die Vereinbarung sei nicht per Saldo aller Ansprüche geschlossen worden. Selbst wenn die Vereinbarung per Saldo zu verstehen wäre, wäre sie wegen Art. 341 OR ungültig, da die vereinbarte Summe nicht als gleichwertige Leistung betrachtet werden könne. Eventualiter liege ein Grundlagenirrtum vor, da bei der Vereinbarung nicht von einer andauernden posttraumatischen Belastungsstörung ausgegangen worden sei. Mit Urteil vom 20. August 2013 wies das Arbeitsgericht die Klage ab. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Berufung an das Obergericht des Kantons

Zürich und beantragte die Gutheissung der Klage. Das Obergericht wies die Berufung am 2. Dezember 2013 ab und bestätigte das Urteil des Arbeitsgerichts, dessen Beurteilung es teilte. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen, die Klage gutzuheissen und die Sache zwecks Fortführung des Verfahrens an die erste Instanz zurückzuweisen. Die Parteien reichten Replik und Duplik ein. Das Bundesgericht bestätigt den angefochtenen Entscheid.

### Aus den Erwägungen

**3.1** Die Beschwerdeführerin beanstandet folgende Feststellung der Vorinstanz: «Zudem entwickelte die Beschwerdeführerin aufgrund des Unfallereignisses aus psychiatrischer Sicht eine posttraumatische Belastungsstörung, an der sie noch immer leidet. Sie ist heute zu 100% arbeitsfähig, befindet sich aber seit dem Unfallereignis in fachärztlicher Behandlung.» In ihren diesbezüglichen Ausführungen kann indessen weder eine hinlänglich substantiierte Sachverhaltsrüge noch eine genügend begründete Rüge willkürlicher Beweiswürdigung erblickt werden. Vielmehr bleibt unklar, was die Beschwerdeführerin genau rügen will. Ihre pauschale Beanstandung, das angefochtene Urteil beruhe «auf einer nicht korrekten Würdigung der Aktenlage», sei «somit insbesondere aktenwidrig», beruhe «auf einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (keine psychiatrische Expertise)» und verletze «nicht zuletzt auch die Untersuchungsmaxime», genügt den Begründungsanforderungen nicht. Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz war die Feststellung «Sie ist heute zu 100% arbeitsfähig, befindet sich aber seit dem Unfallereignis in fachärztlicher Behandlung» überdies schon im erstinstanzlichen Urteil enthalten, ohne dass sie von der Beschwerdeführerin in der Berufung als unzutreffend gerügt worden wäre. Die Beschwerdeführerin kann diese Rüge in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht nachholen, indem sie vorbringt, die Annahme der Vorinstanz, sie sei heute zu 100% arbeitsfähig, sei eine aktenwidrige, willkürliche tatsächliche Annahme. Sie bringt denn auch zur Begründung eine Reihe von Sachverhaltselementen vor, die im angefochtenen Urteil keine Stütze finden und die deshalb vom Bundesgericht nicht berücksichtigt werden können.

**3.2** Die Vorinstanz hielt mit dem Arbeitsgericht fest, dass den Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Vergleichsvereinbarung die depressive Verstimmung bzw. posttraumatische Belastungsstörung der Beschwerdeführerin, die gemäss den fachärztlichen Zeugnissen und Berichten schon vor Unterzeichnung der Vereinbarung vom 30. Mai 2001 vorhanden gewesen seien, bekannt gewesen seien. Die Beschwerdeführerin könne sich daher nicht darauf berufen, dabei handle es sich um eine unerwartete Entwicklung. Die Parteien hätten beim Abschluss der Vereinbarung von einem langwierigen (psychischen) Heilungsprozess ausgehen müssen. Die damit verbundenen Schadenersatzansprüche hätten daher per Saldo verglichen werden können. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, inwiefern diese Annahme der Vorinstanz bundesrechtswidrig sein soll. Namentlich kann keine Rede davon sein, wie die Beschwerdeführerin rügt, die Annahme sei deshalb willkürlich, weil die Vorinstanz «das beantragte Beweismittel einer psychiatrischen Expertise nicht abgenommen» habe. Die Beschwerdeführerin behauptete in der Berufung, es hätte sich seinerzeit kein Arzt gefunden, der ihr für die Zukunft eine Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen im Sinne eines Dauerschadens hätte attestieren können. Dafür beantragte sie eine psychiatrische Expertise. Jene Behauptung war jedoch nicht entscheidend, weshalb dazu auch keine Expertise abgenommen werden musste, so denn der entsprechende Antrag überhaupt als rechtzeitig zu betrachten gewesen wäre und eine solche Hypothese überhaupt durch eine Expertise hätte bewiesen werden können. Denn damit allfällige Ansprüche wegen einer künftigen, psychisch bedingten Arbeitsunfähigkeit durch den Vergleich abgedeckt waren, genügte es, dass die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung von der Möglichkeit einer solchen ausgehen mussten bzw. dass sie vorhersehbar war (vgl. BGE 109 II 347 E. 2 S. 349; 102 III 40 E. 3f; 100 II 42 E. 1 S. 45; Urteil 4C.72/2003 vom 25. Juni 2003 E. 4, in: Pra 2004 Nr. 7 S. 43, 45). Sie brauchten keine Gewissheit zu haben, dass eine «Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen im Sinne eines Dauerschadens» eintreten würde. Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass der Beschwerdeführerin namentlich aufgrund der Berichte von Dr. D. vom 22. Januar 2001 und vom 26. März 2001 («Die Patientin befindet sich immer noch in einem äusserst labilen psychischen Zustand [...]», «[...] ist auch der jetzige Zustand nach wie vor labil») bewusst sein musste,

dass der Unfall vom 5. Januar 2000 (auch) ihre psychische Gesundheit ernsthaft beeinträchtigt hatte und sie von einem langwierigen psychischen Heilungsprozess mit möglichen Rückschlägen ausgehen musste. Zu Recht führte die Vorinstanz auch aus, dass an dieser Diagnose nichts ändert, dass die Arbeitsfähigkeit seit November 2000 wieder voll vorhanden war. Die Beschwerdeführerin selbst hatte eingeräumt, dass es bei posttraumatischen Belastungsstörungen Fälle gibt, bei denen der Verlauf chronisch sei. Dr. D. hatte jene Feststellungen über den äusserst labilen psychischen Zustand der Beschwerdeführerin gemacht, nachdem sie die volle Arbeitsfähigkeit erlangt hatte. Der Beschwerdeführerin musste mithin bewusst sein, dass keine Gewissheit über die künftige Erhaltung der bestehenden vollen Arbeitsfähigkeit bestand und dass die posttraumatische Belastungsstörung sich chronifizieren könnte. Der betreffende Schluss der Vorinstanz ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

**3.3** Die Beschwerdeführerin bringt vor, aus zwei Schreiben ihres damaligen Rechtsvertreters gehe hervor, dass sie im Sommer 2000 eine Vereinbarung (noch) nicht habe unterzeichnen wollen. Es ist nicht klar, was die Beschwerdeführerin daraus zu ihren Gunsten ableiten will. Zum einen beruft sie sich damit auf tatsächliche Elemente, die im angefochtenen Urteil keine Stütze finden und die deshalb nicht gehört werden können. Zum andern kann ihr ohnehin nicht gefolgt werden, wenn sie unterstellt, der Umstand, dass sie im Februar 2001 dann aber dazu bereit gewesen sei, könne zwanglos mit dem verbesserten Gesundheitszustand in Zusammenhang gebracht werden. Dieser Schluss ist keineswegs zwingend und musste daher von der Vorinstanz – entgegen dem Vorwurf der Beschwerdeführerin – auch nicht «gewürdigt» werden.

**3.4** Schliesslich hilft der Beschwerdeführerin nicht weiter, wenn sie vorbringt, an der Verhandlung vor erster Instanz habe ihr Anwalt ausgeführt, in der Vereinbarung sei nur von «Behandlungen» die Rede. Mithin seien nur allfällig notwendige Therapien thematisiert worden, keineswegs aber Renten oder Tagelöhner. Damit sei erstellt, dass die Parteien von einer vollen Arbeitsfähigkeit der Beschwerdeführerin ausgegangen seien. «Beide Vorinstanzen» hätten sich nicht damit auseinandergesetzt. Soweit dieser Vorwurf an die Adresse des Arbeitsgerichts gerichtet ist, kann er nicht gehört werden, da mit der vorlie-

genden Beschwerde nur das Urteil des Obergerichts anfechtbar ist (Art. 75 Abs. 1 BGG). Als Vorwurf an die Vorinstanz wäre er nur zu prüfen, wenn die Beschwerdeführerin mit Aktenbelegen dargelegt hätte, dass sie das entsprechende Vorbringen der Vorinstanz vorgetragen hatte, diese es aber nicht berücksichtigte, obwohl es für den Entscheid erheblich gewesen wäre. Solche Ausführungen lässt die Beschwerdeführerin jedoch vermissen.

**3.5** Es bleibt somit bei der vorinstanzlichen Beurteilung, dass die Vereinbarung vom 30. Mai 2001 auch die allfälligen Schadenersatzansprüche abdeckt, die mit dem langwierigen psychischen Heilungsprozess, namentlich einer chronifizierten posttraumatischen Belastungsstörung, verbunden seien.

**4.** Nicht zielführend sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin, mit der sie einen Dissens bezüglich der Vereinbarung vom 30. Mai 2001 zu konstruieren sucht. Sie gründet den angeblichen Dissens auf einen «bereinigten massgebenden Sachverhalt». Auf einen solchen ist aber nicht abzustellen, sondern einzig auf den von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt, nachdem die Beschwerdeführerin keine rechtsgenügende Sachverhalts- oder Willkürzüge vorgetragen hat. Auf der Grundlage des vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts ist ein Dissens nicht ersichtlich.

**5.** Mit dem Vergleichsvertrag legen die beteiligten Parteien einen Streit oder eine Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis mit gegenseitigen Zugeständnissen bei. Auf den aussergerichtlichen Vergleich sind die Regeln über die Willensmängel anwendbar, sofern sie nicht seiner besonderen Natur widersprechen. Als nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR relevante Sachverhalte kommen folglich nur solche Umstände in Betracht, die von beiden Parteien oder von der einen für die andere erkennbar dem Vergleich als feststehende Tatsachen zu Grunde gelegt worden sind. Betrifft der Irrtum demgegenüber einen zweifelhaften Punkt, der gerade verglichen und nach dem Willen der Parteien dadurch endgültig geregelt sein sollte (sog. *caput controversum*), so ist die Irrtumsanfechtung ausgeschlossen; andernfalls würden eben diese Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich geschlossen haben (BGE 130 III 49 E. 1.2 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hielt mit dem Arbeitsgericht fest, die Parteien seien sich bei der Unterzeichnung der Vereinbarung

bewusst gewesen, dass der physische und psychische Heilungsverlauf zu jenem Zeitpunkt ungewiss gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe sich aufgrund der verschiedenen Diagnosen gar nicht über die psychischen Implikationen und die unabsehbare Dauer des Genesungsprozesses irren können. Mit der Vereinbarung sollte gerade auch der Ungewissheit des zukünftigen Genesungsprozesses begegnet werden. Inwiefern die Vorinstanz mit diesen in Nachachtung von BGE 130 III 49 erfolgten Erwägungen Bundesrecht verletzt haben soll, tut die Beschwerdeführerin nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Der angebliche Irrtum der Beschwerdeführerin (Eintritt einer dauernden posttraumatischen Belastungsstörung) betrifft einen Punkt, der bei Abschluss der Vereinbarung – für beide Parteien erkennbar – ungewiss und nicht auszuschliessen war. Der Ungewissheit des physischen und psychischen Heilungsverlaufs sollte gerade mit dem Abschluss der Entschädigungsvereinbarung begegnet werden. Da dieser Umstand Gegenstand des Vergleichs bildete, konnte sich der Irrtum der Beschwerdeführerin nicht darauf beziehen. Die Vorinstanz hat demnach einen Grundlagenirrtum zu Recht verworfen. Das Arbeitsgericht hat auch mit guten Gründen die Voraussetzungen für eine Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* abgelehnt. Aus dem angefochtenen Urteil geht nicht hervor, dass die Beschwerdeführerin dies mit Berufung angefochten hätte. Sie kann dies in der Beschwerde an das Bundesgericht nicht nachholen. Auf ihre diesbezüglichen – ohnehin auf nicht festgestellte tatsächliche Annahmen gestützte – Ausführungen ist nicht einzugehen.

**6.** Zuletzt beharrt die Beschwerdeführerin auf dem Standpunkt, der Vergleich sei nach Art. 341 OR ungültig. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz sei bundesrechtswidrig. Die Vereinbarung sei auch unangemessen, da die Beschwerdegegnerin auf gar nichts verzichtet habe.

**6.1** Nach Art. 341 Abs. 1 OR ist ein Verzicht des Arbeitnehmers auf Forderungen, die sich aus zwingenden Gesetzesbestimmungen ergeben, nichtig, wenn er während des Arbeitsverhältnisses oder während eines Monats nach dessen Beendigung erfolgt (Urteil 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 2). Diese Bestimmung will den sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befindlichen, sozial schwächeren Arbeitnehmer davor schützen, dass er während oder kurz nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses aus Furcht vor nach-

teiligen Folgen Verzichtserklärungen abgibt (vgl. BGE 105 II 39 S. 41; ...). Das Verzichtsverbot nach Art. 341 OR erfasst Ansprüche aus zwingendem Recht. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 328 OR figuriert unter den einseitig zwingenden Vorschriften von Art. 362 OR. Ein im Voraus erklärter Haftungsverzicht des Arbeitnehmers ist grundsätzlich nichtig, da damit im Ergebnis ein Verzicht auf die Befolgung der Fürsorgepflichten nach Art. 328 OR einhergeht, bildet doch bei Fürsorgepflichtverletzungen der Schadenersatzanspruch nach Art. 97 OR die praktisch wichtigste Folge (...). Vorliegend geht es jedoch nicht um einen generellen Haftungsverzicht. Strittig waren allfällige Schadenersatzforderungen aus einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR. Die Vorinstanz erkannte, ein Schadenersatzanspruch als Folge einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR sei kein zwingender Anspruch des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 362 OR, und ein Vergleich über einen solchen Sekundäranspruch sei daher nicht von Art. 341 OR erfasst. Der Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit als solcher (Art. 328 OR) sei zwingend und unverzichtbar. Vorliegend sei jedoch nicht ein solcher Prozessthema, sondern ein nach einer (behaupteten) Verletzung von Art. 328 OR entstandener Anspruch. Auf diesen habe nach dessen Entstehung – zumindest betreffend die konkrete Höhe desselben – gültig verzichtet werden können. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen bleiben.

**6.2** Denn nach Rechtsprechung und Lehre verbietet Art. 341 Abs. 1 OR jedenfalls nur den einseitigen Verzicht und nicht auch den Vergleich, bei dem beide Parteien auf Ansprüche verzichten und damit ihr gegenseitiges Verhältnis klären (BGE 118 II 58 E. 2b S. 61 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 136 III 467 E. 4.5 S. 473; 119 II 439 E. 2a S. 450; 110 II 168 E. 3b S. 171). Der Unterschied zwischen einem verbotenen (einseitigen) Verzicht und einem zulässigen Vergleichsverzicht besteht darin, dass beim Vergleich beide Parteien auf Ansprüche von ungefähr gleichem Wert verzichten und so zu einer angemessenen Lösung gelangen. Dabei kann es sich auch um Ansprüche handeln, die im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses unsicher sind. Nach einer umstrittenen fristlosen Kündigung können zum Beispiel unsichere Schadenersatzforderungen der Arbeitgeberin zweifelhaften Lohnforderungen des Arbeitnehmers gegenüberstehen, so dass mit einer Saldovereinbarung ein zulässiger Vergleich erwirkt wird (Urteile

4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 3.1; 4A\_103/2010 vom 16. März 2010 E. 2.2 und 2.3; ...). Erforderlich ist, dass der Vergleich unter den konkreten tatsächlichen und rechtlichen Umständen zur Zeit seines Abschlusses als angebracht erscheint (...). Ist ein Vergleich unter Mitwirkung einer Gerichtsperson oder unter Beihilfe eines vom Arbeitnehmer beigezogenen Rechtsbeistandes zustande gekommen, darf regelmässig angenommen werden, dass eine angemessene Regelung des umstrittenen und ungewissen Rechtsverhältnisses erzielt wurde, bei welcher der Arbeitnehmer nicht unter Druck unangemessene Zugeständnisse machte. In solchen Fällen scheidet mit Blick auf den Schutzzweck von Art. 341 Abs. 1 OR die Berufung auf Unwirksamkeit des Vergleichs wegen Unangemessenheit in der Regel aus (...). Die Beschwerdeführerin behauptet, der Vergleich vom 30. Mai 2001 sei absolut unausgewogen, ja beinhalte gar eine Übervorteilung. Wenn sie dazu vorbringt, ein Verzicht der Beschwerdegegnerin auf jedwelche Forderung sei nicht zu sehen, so verkennt sie, dass die Beschwerdegegnerin mit dem Vergleich über die strittigen und ungewissen Haftungsansprüche die von der Beschwerdeführerin behaupteten Forderungen in einer bestimmten Höhe anerkannte, demnach in diesem Umfang auf eine Bestreitung verzichtete und sich zur Zahlung verpflichtete. Auf der anderen Seite verzichtete die Beschwerdeführerin auf eine Mehrforderung. Die Vereinbarung beinhaltete mithin durchaus ein beidseitiges Entgegenkommen. Die Vorinstanz erachtete es nicht als dargetan, dass die vergleichsweise Bereinigung der strittigen Ansprüche unangemessen gewesen sei; allein der Hinweis der Beschwerdeführerin, sie habe ihre Forderung am 26. Oktober 2009 basierend auf Annahmen und Hypothesen auf rund Fr. 10 Mio. beziffert, sage nichts über die Angemessenheit des Vergleichs aus. Überdies gehe die Beschwerdeführerin auch nicht auf den Hinweis des Arbeitsgerichts ein, die Beschwerdegegnerin habe zusätzlich zum Vergleichsbetrag eine Reihe weiterer Leistungen erbracht (Übernahme der Anwaltskosten von Fr. 28 759.55, Ausbildungskosten, vorteilhafte Arbeitsvertragsanpassungen, Überweisung von zusätzlichen Fr. 30 000.– an die Beschwerdeführerin). Die Beschwerdeführerin macht dazu mit Hinweis auf verschiedene Eckwerte einer möglichen Schadensberechnung, die sie im kantonalen Verfahren zur Begründung der Unausgewogenheit der Regelung vorgebracht habe, geltend, der Vergleich sei absolut unangemessen gewesen. Dabei übergeht sie, dass



mit dem Vergleich nicht unbestrittene Forderungen geregelt wurden, sondern namentlich der Unsicherheit des künftigen Schadensverlaufs Rechnung getragen wurde. Sie behauptet nicht, dargetan zu haben, inwiefern der – unter anwaltlicher Vertretung zustande gekommene – Vergleich aus der Sichtweise zur Zeit seines Abschlusses auch insoweit als unan-

gemessen erscheinen soll. Damit ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Unangemessenheit des Vergleichs als nicht dargetan erachtete. Sie durfte demnach die Ungültigkeit desselben unter dem Gesichtswinkel von Art. 341 Abs. 1 OR ohne Bundesrechtsverletzung verneinen.

## Sozialer Untersuchungsgrundsatz; mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag/Maxime inquisitoire sociale; contrat de travail oral

**Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 22. April 2014, Beschwerde in Zivilsachen (4A\_27/2014)**

*Bei Geltung des sozialen (beschränkten) Untersuchungsgrundsatzes haben die Parteien bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken, d.h. wie unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last zu tragen, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und nötigenfalls zu substantiieren (E. 1.4).*

*Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass mit der Kündigung eines (mündlich abgeschlossenen) Arbeitsvertrages bestätigt wird, dass er geschlossen wurde (E. 2).*

*Selon la maxime inquisitoire sociale (limitée), les parties doivent collaborer activement à la constatation des faits pertinents; comme selon la maxime des débats, elles portent le fardeau de l'allégation des faits pertinents, de leur contestation et, le cas échéant, de leur substantiation (c. 1.4).*

*L'instance précédente a jugé, de façon pertinente, que la résiliation d'un contrat de travail (conclu oralement) confirme qu'il a été conclu (c. 2).*

### Aus dem Sachverhalt

Die A. AG (Beklagte und Widerklägerin, Beschwerdeführerin) ist ein in der Kosmetikbranche tätiges Unternehmen. Am 15. Oktober 2007 veräusserte der damalige Alleinaktionär Z. seine Beteiligung an der Gesellschaft. B. (Klägerin und Widerbeklagte, Beschwerdegegnerin), Lebenspartnerin des früheren Alleinaktionärs, war während mehrerer Jahre im Betrieb der Beklagten tätig.

Am 27. Dezember 2010 reichte B. beim Arbeitsgericht Zofingen Klage ein mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 28400.– nebst 5% Zins seit dem 1. Dezember 2008 zu bezahlen. Die Beklagte erhob Widerklage auf Rückzahlung diverser unrechtmässig bezogener

Leistungen. Mit Urteil vom 1. Februar 2012 verurteilte das Arbeitsgericht Zofingen die Beklagte und Widerklägerin in teilweiser Gutheissung der Klage und teilweiser Gutheissung der Widerklage dazu, nach Verrechnung der gegenseitigen Forderungen der Klägerin und Widerbeklagten den Betrag von Fr. 24334.– nebst 5% Zins seit dem 1. Dezember 2008 zu bezahlen. Das Arbeitsgericht stellte fest, es sei unbestritten, dass die Klägerin und Widerbeklagte im Jahr 2000 durch die Beklagte und Widerklägerin als Nagelkosmetikerin angestellt worden sei, auch wenn ein schriftlicher Arbeitsvertrag nicht vorliege. Im Rahmen der Veräusserung der Aktien der Beklagten sei am 15. Oktober 2007 zwischen den Parteien des Aktienkaufvertrags vereinbart worden, dass die Klägerin bis Ende 2009 fest angestellt bleibe. Mit Schreiben vom 25. August 2008 habe die

Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin – die seit November 2007 aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage gewesen sei, ihre Arbeitsleistung zu erbringen – auf den 31. Oktober 2008 gekündigt. Da die Kündigung der Klägerin am 2. September 2008 zugegangen war, sei die Kündigung auf den 30. November 2008 wirksam geworden. Der Lohn von Fr. 7100.– brutto bzw. Fr. 6193.60 monatlich sei der Klägerin bis Ende Juli 2008 ausbezahlt worden, weshalb ihr noch ein Anspruch von vier Monaten à Fr. 6193.60 netto, insgesamt Fr. 24 774.40 zustehe, welcher Betrag ab 1. Dezember 2008 zu verzinsen sei. Die Widerklage wies das Arbeitsgericht im Wesentlichen ab mit der Begründung, die Klägerin habe aus der Überlassung der Geschäftstankkarte und der Bezahlung sämtlicher Kosten des ihr zur privaten Nutzung überlassenen Geschäftsfahrzeugs nach Treu und Glauben ableiten dürfen, dass die Beklagte sämtliche Benzin- und sonstigen Betriebskosten übernehme. Nur soweit die Klägerin mit der ihr überlassenen Geschäftstankkarte auch Kioskartikel und Lebensmittel gekauft habe, sei sie zur Rückzahlung verpflichtet. Der entsprechende Betrag belaufe sich auf Fr. 440.40. Mit Urteil vom 4. Dezember 2013 wies das Obergericht des Kantons Aargau die Berufung der Beklagten und Widerklägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Zofingen ab. Das Obergericht verwarf mit der ersten Instanz den Einwand der Beklagten, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin sei wegen Täuschung – in Zusammenwirken mit ihrem Lebenspartner Z. – nachträglich dahingefallen. Sie hielt der im kantonalen Verfahren anwaltlich vertretenen Beklagten vor, diese habe weder im erstinstanzlichen Verfahren noch in der Berufung dargetan, wann sie von der geltend gemachten Täuschung Kenntnis erhalten habe, noch habe sie eine Anfechtungserklärung behauptet. Sie habe im Gegenteil im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung vom 25. August 2008 von den angeblichen Machenschaften der Klägerin gewusst und daher den Vertrag durch Erklärung der Kündigung konkludent genehmigt. Auch habe sie keine fristlose Kündigung erklärt, weshalb die angeblichen Gründe für eine solche Kündigung nicht erheblich seien. Schliesslich bestätigte das Obergericht auch die Höhe der von der ersten Instanz zugesprochenen Beträge. Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beklagte dem Bundesgericht, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2013 mit Ausnahme der Rückzahlungsverpflichtung der Klägerin im Umfang von Fr. 440.– aufzuheben und an die Vorinstanz zur

Neubeurteilung zurückzuweisen, eventualiter sei die Klage abzuweisen und die Widerklage im Sinne einer Teilklage und unter Vorbehalt des Nachklagerechts wie folgt gutzuheissen: (a) Es sei die Klägerin zur Rückzahlung der unrechtmässig bezogenen Provisionen und Pauschalspesen im Umfang von Fr. 1000.– abzüglich Sozialversicherungsabzüge, jedoch inklusive Verzugszins von 5% seit dem 21. Oktober 2011 zu verpflichten, (b) es sei die Klägerin zur Rückzahlung von über die Geschäftstankkarte der Shell bezogenen Leistungen im Umfang von Fr. 1000.– zu verpflichten, (c) es sei die Klägerin zur Zahlung der Leasingraten im Umfang von insgesamt Fr. 1000.–, zur Zahlung der Versicherungskosten und Strassenverkehrskosten im Umfang von insgesamt Fr. 1000.– zu verpflichten, nebst Verzugszins von 5% seit dem 21. Oktober 2011 für die entsprechenden Beträge a), b) und c).

Zur Begründung unterbreitet die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht eine ihrer Ansicht nach «unglaubliche Geschichte» und zeigt sich mit «einigen Müsterchen» konsterniert, wie die aargauischen Gerichte ihren Fall behandelt hätten, bevor sie Willkür der Vorinstanz(en) rügt. Das Bundesgericht bestätigt das angefochtene Urteil.

#### Aus den Erwägungen

**1.4** Die Beklagte stellt den Sachverhalt («unglaubliche Geschichte») zunächst aus ihrer Sicht dar und wirft der Vorinstanz vor, diese habe den Streitstoff nicht von Amtes wegen ermittelt. Sie verkennt damit, dass die Parteien selbst bei Geltung des sozialen (beschränkten) Untersuchungsgrundsatzes bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken haben, d.h. wie unter der Geltung des Verhandlungsgrundsatzes die Last tragen, die relevanten Tatsachenbehauptungen aufzustellen, zu bestreiten und nötigenfalls zu substantzieren (...). Die Vorinstanz hat daher zu Recht von der Beklagten verlangt, dass sie die behaupteten Pflichtverletzungen der Klägerin behauptet und substantziiere.

**1.5** Mit ihren Willkürprügen geht die Beklagte zum Teil auf die Begründung der Vorinstanz nicht ein: –) die Rückforderung der Autokosten wird ihr im angefochtenen Entscheid verwehrt, weil sie diese monatlang bezahlt und damit die Klägerin im Glauben

gelassen hat, dies sei so vereinbart; –) die Anfechtung wegen Täuschung («Duo A./Z.») wird ihr im angefochtenen Entscheid verwehrt, weil sie keine entsprechende Erklärung abgegeben und die Einhaltung der Frist nicht nachgewiesen hat; –) das «Nachschieben von Kündigungsgründen» wird ihr im angefochtenen Entscheid verwehrt, weil sie keine fristlose Kündigung erklärt hatte. Die Willkürrügen der Beklagten lassen sodann zum Teil jeden Hinweis auf die kantonalen Akten zum Beleg vermissen, dass sie entsprechende Behauptungen aufgestellt hatte über eine angebliche Konkurrenztaetigkeit, über den Zeitpunkt der Kenntnis der Täuschung, über die Gründe für eine Unzumutbarkeit der Anfechtung. Inwiefern

schliesslich die Aussagen von Z. willkürlich gewürdigt worden sein sollen, ist nicht ansatzweise begründet.

2. Soweit die Beklagte sinngemäss Rechtsverletzungen rügt, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass mit der Kündigung eines Vertrages bestätigt wird, dass er geschlossen wurde, sie hat zutreffend erkannt, dass Provisionen Lohnbestandteil bilden und sie hat das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien aufgrund der verbindlich festgestellten Tatsachen zutreffend als Arbeitsvertrag qualifiziert.

## Öffentliches Personalrecht (Ferienlohn); Willkürverbot, Art. 9 BV/ Droit de la fonction publique (salaire des vacances); interdiction de l'arbitraire, art. 9 Cst. féd.

**Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 13. November 2013,  
subsidiäre Verfassungsbeschwerde (8D\_6/2013)**

*Werden die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet, so sind sie bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nach Art. 329d Abs. 1 OR zu berücksichtigen (BGE 132 III 172). Diese in der privatrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts mit Bezug auf Art. 329d Abs. 1 OR entwickelten Grundsätze sind nicht ohne weiteres auch im öffentlichen Personalrecht anzuwenden. Das öffentliche Personalrecht kann – ohne deswegen in Willkür zu verfallen – eine von den Minimalgarantien des Privatrechts abweichende Regelung treffen, nämlich dass z.B. die für regelmässige Nacht- und Sonntagsarbeit gewährten Zulagen bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nicht zu berücksichtigen sind. Die Mitarbeiter wissen aufgrund der langjährigen Praxis, dass sie während der Ferienzeit keine besondere Zulage erhalten. Sie rechnen somit auch nicht mit diesem Geld und müssen folglich keinen unvorhersehbaren Einkommensausfall in Kauf nehmen (E. 3.5, 3.7).*

*Lorsque, l'employeur verse, en sus du salaire, des indemnités pour travail de nuit, du week-end ou des jours fériés, accompli régulièrement et pendant une certaine durée, ces indemnités doivent être prises en compte dans le calcul du salaire des vacances selon l'art. 329d al. 1 CO (ATF 132 III 172). Ce principe, développé par la jurisprudence en droit privé, à propos de l'art. 329d al. 1 CO, n'est pas applicable tel quel à la fonction publique. Sans tomber dans l'arbitraire, le droit de la fonction publique peut s'écarter de la protection minimum découlant du droit privé, par exemple en excluant du salaire des vacances des allocations afférentes au travail régulier de nuit ou du dimanche. En raison d'une longue pratique, les collaborateurs savent que, pendant les vacances, ils ne reçoivent pas d'indemnités spéciales. Ils ne comptent pas sur elles et ne subissent, par conséquent, aucune perte imprévisible de revenu (c. 3.5, 3.7).*

### Aus dem Sachverhalt

A., B., C., D., E. und F. sind bei den Verkehrsbetrieben Zürich (VBZ) angestellt. Aufgrund dieser Tätigkeit leisten sie regelmässig Nacht- und Sonntagsarbeit. Die für diese Dienste gewährten Zulagen werden bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nicht berücksichtigt. Am 26. Mai 2011 ersuchten die sechs Angestellten die VBZ, ihnen für die Jahre 2006 bis 2011 ein zusätzliches Entgelt während den bezahlten Ferien im Umfang ihrer durchschnittlichen monatlichen Entschädigung für geleistete Nacht- und Sonntagsarbeit nachzuzahlen. Mit Verfügungen vom 22. August 2011 wies der Direktor der VBZ das Ersuchen um Ausrichtung eines Ferienlohnzuschlags ab. Den dagegen erhobenen stadtinternen Rekurs wies der Stadtrat am 23. Mai 2012 ab. Den von den Betroffenen beim Bezirksrat Zürich eingereichten Rekurs wies dieser am 14. Februar 2013 ab.

Die sechs betroffenen Angestellten gelangten ans Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, welches ihre Beschwerde mit Entscheid vom 4. September 2013 abwies. A., B., C., D., E. und F. lassen subsidiäre Verfassungsbeschwerden führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei die VBZ zu verpflichten, ihnen ein zusätzliches Entgelt für die bezahlten Ferien im Jahr 2011 und die fünf vorangehenden Dienstjahre im Umfang ihrer jeweils durchschnittlichen monatlichen Entschädigung für geleistete Nacht- und Sonntagsarbeit zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an das kantonale Gericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Verfassungsbeschwerde ab.

### Aus den Erwägungen

**1.1** Gemäss § 72 Abs. 1 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 6. Juni 1926 (GG; LS 131.1) ist das Arbeitsverhältnis des Personals von Gemeinden, Zweckverbänden und selbstständigen Anstalten öffentlich-rechtlich. Soweit die Gemeinden keine eigenen Vorschriften erlassen, sind die Bestimmungen des Personalgesetzes und seiner Ausführungserlasse sinngemäss anwendbar (§ 72 Abs. 2 GG). Die Stadt Zürich hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und mit der Verordnung vom 1. Juli 2002 über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (PR; AS 177.100) ein eigenes Personalrecht erlassen, wel-

ches den Lohnanspruch der Angestellten regelt (Art. 47 ff. PR).

**1.2** Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen, soweit keine Beschwerde nach den Art. 72 bis 89 BGG zulässig ist (Art. 113 BGG). Nach den unbestrittenen Feststellungen des kantonalen Gerichts erreicht der Gesamtbetrag der geltend gemachten Lohnforderungen den in vermögensrechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse für die Zulässigkeit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geforderten Betrag nicht (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG). Auch stellt sich mit Bezug auf die in Frage stehende Ausrichtung eines Ferienzuschlags auf den für Nacht- und Sonntagsarbeit ausgerichteten Entschädigungen keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 85 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 232 E. 2.3 f. S. 236).

**1.3** Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann nur die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Diesbezüglich gilt eine qualifizierte Rügepflicht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG). Der Beschwerdeführer muss klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darlegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (BGE 135 III 232 E. 1.2 S. 234; 133 III 589 E. 2 S. 591 f.).

**2.1** Das PR gilt – abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen – für das gesamte Personal der Stadt Zürich (Art. 1 Abs. 1 PR). Es unterscheidet zwischen dem Lohn gemäss Art. 47 PR und den besonderen Entschädigungen, welche nicht in diesem Lohn enthalten sind (Art. 58 PR). Der Lohn der Angestellten richtet sich nach dem Schwierigkeitsgrad der Funktion, der nutzbaren Erfahrung sowie nach Leistung und Verhalten (Art. 47 PR). Für besondere Beanspruchungen oder Inkonvenienzen, die mit dem Lohn nicht abgegolten sind, kann der Stadtrat oder die von ihm bezeichnete Instanz besondere Vergütungen ausrichten (Art. 58 Satz 1 PR). Der Stadtrat regelt die Entschädigungen für Nacht-, Sonntags-, Feiertags- und Bereitschaftsdienst, für angeordnete Überzeit und für die ausserordentliche Vertretung einer Stelleninhaberin oder eines Stelleninhabers in

einer höheren Funktionsstufe (Art. 58 Satz 2 PR). Gestützt auf diese Delegationsnorm hat der Stadtrat von Zürich Art. 176 der Ausführungsbestimmungen vom 1. Juli 2002 zur Verordnung über das Arbeitsverhältnis des städtischen Personals (AB PR; AS 177.101) erlassen.

**2.2** Die ersten beiden Absätze von Art. 176 AB PR definieren, wann Nacht- und Sonntagsarbeit vorliegt und legen die Höhe der Vergütung fest. Art. 176 Abs. 7 AB PR hält sodann fest, dass die Vergütungen gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung (ordentliche Arbeitsleistungen in der Nacht und an Sonntagen) und Abs. 2 (Dauernachtdienste) nur für tatsächlich geleistete Dienste ausgerichtet werden. Von diesem Grundsatz sieht Art. 176 AB PR in Abs. 7 Satz zwei und drei und in Abs. 8 folgende drei Ausnahmen vor, bei denen Zulagen dennoch unter gewissen Voraussetzungen weiter entrichtet werden: So endet bei Pauschallösungen gemäss Abs. 6 (turnusgemässe Nacht- und Sonntagsdienste im Schichtbetrieb) der Anspruch auf die Vergütung nach 20 Kalendertagen, soweit nicht das zugrunde liegende Schichtplanmodell eine andere Regelung vorsieht (Abs. 7 Satz 2). Bei Arbeitsverhinderung wegen Berufsunfall oder Berufskrankheit besteht ein Anspruch auf die Vergütungen während längstens sechs Wochen, wenn die vergütungsberechtigten Einsätze bereits vorher bekannt waren (Abs. 7 Satz 3). Angestellten, die überwiegend Nacht- und Sonntagsdienst leisten, werden bei längeren Absenzen vom Schichtbetrieb infolge von Mutterschaftsurlaub, Krankheit und Unfall die Vergütungen für Nacht- und Sonntagsarbeit ab dem achten Kalendertag mit den übrigen Lohnzahlungen weiter ausgerichtet, wenn die oder der Angestellte ein ärztliches Zeugnis auflegt; die Vergütung bestimmt sich nach den im Durchschnitt der letzten zwölf Monate ausgerichteten Vergütungen (Abs. 8).

**2.3** Indem Art. 176 Abs. 7 AB PR festhält, dass die Zulagen für Nacht- und Sonntagsarbeit «nur für tatsächlich geleistete Dienste ausgerichtet» werden, hat der Stadtrat mit Bezug auf die mit dem Lohn gemäss Art. 47 PR nicht abgegoltenen «besonderen Lohnanteile» für besondere Beanspruchungen oder Inkonvenienzen im Sinne von Art. 58 PR eine Regelung getroffen, die grundsätzlich keine Ausrichtung dieser Zulagen vorsieht, wenn aus irgendeinem Grund kein Dienst geleistet wurde. Die Ausnahmen, bei denen die Zulagen dennoch unter gewissen Voraussetzungen weiter entrichtet werden (Pauschal-

lösungen, Arbeitsverhinderung wegen Berufsunfall und Berufskrankheit sowie Absenzen vom Schichtbetrieb infolge Mutterschaft, Krankheit und Unfall bei überwiegendem Nacht- und Sonntagsdienst), werden unter Vorgabe des entsprechenden Berechnungsmodus explizit und abschliessend aufgeführt.

**3.1** Das kantonale Gericht hat geprüft, ob diese Ausgestaltung des städtischen Personalrechts vor dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) standhält. Dabei hat es erwogen, die öffentliche Hand sei nicht verpflichtet, die Löhne von Angestellten, welche unterschiedliche Funktionen ausübten, nach exakt derselben Methode festzusetzen. Es bestehe insofern kein Anspruch auf einen abstrakt gleichen Durchschnittslohn. Mit den in Art. 176 Abs. 1 und Abs. 2 AB PR vorgesehenen Lohnzuschlägen würden mit Nacht- und Sonntagseinsätzen verbundene Einschränkungen im Freizeit- und Sozialleben ausgeglichen, welche die betroffenen Angestellten während den Ferien indessen nicht zu erdulden hätten. Somit liege ein sachlicher Grund dafür vor, bloss faktisch geleistete Nacht- und Sonntagsarbeit zu entschädigen. Daran vermöge die in Art. 176 Abs. 8 AB PR vorgesehene Ausnahme nichts zu ändern, da es sich dabei um ausserordentliche Abwesenheiten bei Mutterschaft, Krankheit und Unfall handle, die anders als die alljährlichen Ferien grundsätzlich nicht planbar seien. Zudem hinterlasse der Wegfall der Lohnzuschläge bei überwiegender Nacht- und Sonntagsarbeit eine grössere Lücke im Haushaltsbudget als bei Mitarbeitenden, die lediglich sporadisch Nacht- und Sonntagsarbeit leisten würden.

**3.2** Nach Ansicht der Beschwerdeführenden besteht die Ungleichbehandlung jedoch darin, dass Angestellten, welche regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsarbeit leisten, im Gegensatz zu Mitarbeitenden, welche keine oder nur sporadisch Nacht- und Sonntagsarbeit verrichten, während den Ferien ein bedeutend niedrigeres Einkommen zur Verfügung steht als während der Zeit der effektiven Arbeitstätigkeit. Während Letztere somit über ein konstant gleich bleibendes Lohnniveau verfügen könnten, müssten Angestellte, welche regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsarbeit verrichten, während den Ferien mit finanziellen Einschränkungen kämpfen und ihre Lebensführung entsprechend anpassen.

**3.3** Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) – und der mit diesem eng verbundene Grundsatz des Willkürverbots (Art. 9 BV) – ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Spielraum der Gestaltung, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert (BGE 138 I 321 E. 3.2 S. 324; 137 V 121 E. 5.3 S. 125 mit Hinweisen).

**3.4** Dies gilt insbesondere auch in Besoldungsfragen im öffentlich-rechtlichen Dienstrecht. Den politischen Behörden steht bei der Ausgestaltung der Besoldungsordnung ein grosser Spielraum zu. Innerhalb der Grenzen des Willkürverbots und des Rechtsgleichheitsgebots sind sie befugt, aus der Vielzahl denkbarer Anknüpfungspunkte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Einteilung und Besoldung massgebend sein sollen, und damit festzulegen, welche Kriterien eine Gleich- bzw. eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Verfassungsrechtlich wird verlangt, dass sich die für die Besoldungshöhe relevanten Anknüpfungspunkte vernünftig begründen lassen. In der Gerichtspraxis werden Motive wie Alter, Dienstalter, Erfahrung, Leistung, Aufgabenbereich oder übernommene Verantwortung als sachliche Kriterien zur Festlegung der Besoldungsordnung erachtet (BGE 138 I 321 E. 3.3 S. 324 mit Hinweisen).

**3.5** Richtig ist, dass sowohl bei Angestellten, welche regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsdienst leisten, wie auch bei jenen, die nur ab und zu von einem solchen Einsatz betroffen sind, der auf die Ferien entfallende Lohn ohne den für die Schicht in Art. 58 PR in Verbindung mit Art. 176 Abs. 1 und Abs. 2 AB PR vorgesehenen besonderen Zuschlag ausgerichtet wird. Wer viele Nacht- und

Sonntageinsätze hat, wird ausserhalb der Ferienzeit aufgrund dieser Bestimmung in der Tat besser entlohnt als jemand, der nur wenig Schicht arbeitet. Die Beschwerdeführenden leisten aufgrund ihrer Funktion nach eigener Darlegung regelmässig Nacht- und Sonntagsdienst. Die Schichtzulage kann somit einen beachtlichen Teil ihres Einkommens ausmachen. Aufgrund von Art. 176 Abs. 8 AB PR müssen sie bei unvorhergesehenen längeren Abwesenheiten infolge von Mutterschaft, Krankheit und Unfall denn auch nicht auf dieses Einkommen verzichten. Der Ferienanspruch steht demgegenüber für alle Angestellten von vornherein fest und kann jedes Jahr regelmässig bezogen werden. Die Mitarbeitenden wissen aufgrund der langjährigen Praxis, dass sie während dieser Zeit keine besondere Zulage erhalten. Sie rechnen somit auch nicht mit diesem Geld und müssen folglich keinen unvorhersehbaren Einkommensausfall in Kauf nehmen.

**3.6.1** Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, eine Unterscheidung dränge sich auch deshalb auf, weil regelmässig Nacht- und Sonntagsdienst leistende Angestellte dauerhaft in ihren Sozialkontakten eingeschränkt seien. Da dieser Nachteil während den Ferien nicht einfach weg falle, müssten sie entsprechend entschädigt werden.

**3.6.2** Die Beschwerdeführenden blenden bei ihrer Betrachtungsweise aus, dass die Dienststellen der Stadt Zürich Gegenstand einer analytischen Arbeitsplatzbewertung bilden und einem Funktionsraster mit 18 Stufen zugeordnet werden (Art. 48 PR). Erfasst werden nebst den damit verbundenen Anforderungen auch die Arbeitsbedingungen (Art. 49 PR). Bei Funktionen, deren Tätigkeit in der Regel unregelmässige Arbeitszeiten mit sich bringt, ist die Bereitschaft, Einschränkungen im Freizeit- und Sozialleben hinzunehmen, demnach beim Grundlohn zu berücksichtigen. Dieser Basislohn wird auch während den Ferien ausbezahlt (Art. 58 PR). Mit Bezug auf die zusätzlich zum Grundlohn abgegoltene besondere Beanspruchung für Nacht- und Sonntagsarbeit setzt Art. 176 AB PR den Stundenansatz bei Dauernachtdienst (Abs. 2) tiefer an als bei ordentlicher Arbeitsleistung in der Nacht und an Sonntagen (Abs. 1). Dies weist ebenfalls darauf hin, dass bereits bei der Funktionsbeurteilung im Rahmen der Festlegung des Grundlohnes eine generelle Abgeltung für die mit dem Einsatz verbundene besondere Belastung einfliesst.

**3.7** Zwar können durchaus vertretbare Gründe angeführt werden, welche für eine Ausrichtung der zur Abgeltung von Nacht- und Sonntagsarbeit bezahlten Entschädigungen auch während den Ferien sprechen. Dies zeigt insbesondere der im vorinstanzlichen Entscheid erwähnte hängige politische Vorstoss zur Anpassung des städtischen Personalrechts an die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 329d Abs. 1 OR (BGE 132 III 172). Das kantonale Gericht hat jedoch mit Recht darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht in einem ähnlich gelagerten Fall entschieden hat, dass die Genfer Verkehrsbetriebe nicht verpflichtet sind, den Angestellten einen Ferienlohn unter Berücksichtigung der in BGE 132 III 172 mit Bezug auf Art. 329d OR entwickelten Grundsätze auszurichten (BGE 138 I 232). Das öffentliche Personalrecht kann somit eine von den Minimalgarantien des Privatrechts abweichende Regelung treffen, ohne deswegen in Willkür zu verfallen.

**3.8** Wie bereits dargelegt, besitzen die kantonalen und kommunalen Behörden bei der Ausgestaltung ihrer Besoldungsordnung einen erheblichen Spielraum (E. 3.4 hievor). Das Bundesgericht greift von Verfassungswegen bloss ein, wenn die Gemeinde eine Unterscheidung trifft oder unterlässt, die sich nicht vernünftig begründen lässt, die unhaltbar und damit geradezu willkürlich ist. Da sich die beanstandete Regelung auf objektive Motive stützen kann und mit sachlichen Argumenten begründen lässt, verstösst es nicht gegen die Rechtsgleichheit, wenn mit Bezug auf den Ferienlohn regelmässig und überwiegend Nacht- und Sonntagsdienst leistender Angestellter keine Ausnahme zu Art. 176 Abs. 7 Satz 1 AB PR getroffen wurde.

**4.1** Die Beschwerdeführenden rügen weiter eine Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV), indem für die Ausrichtung der zusätzlichen Entschädigung für Nacht- und Sonntagsarbeit «nur für tatsächlich geleistete Dienste» keine hinreichend bestimmte formellgesetzliche Grundlage bestehe.

**4.2** Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts findet sich die formellgesetzliche Grundlage in Art. 58 Satz 2 PR, welcher den Stadtrat ermächtigt, unter anderem die Entschädigung für Nacht- und Sonntagsarbeit zu regeln. Da Art. 58 Satz 1 PR als Kann-Vorschrift ausgestaltet sei, liege es im Ermessen des Stadtrates, für welche Inkonvenienzen und in wel-

cher Höhe solche Entschädigungen zuzusprechen seien. Diese Bestimmung vermittele daher keinen zwingenden Anspruch auf Nacht- und Sonntagszulagen während den Ferien.

**4.3** Das Legalitätsprinzip ist – abgesehen von seiner spezifischen Bedeutung im Strafrecht und im Abgaberecht – kein verfassungsmässiges Individualrecht, sondern ein Verfassungsgrundsatz, dessen Verletzung nicht selbstständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden kann. In seiner Ausgestaltung als Rechtsatzvorbehalt dient das Legalitätsprinzip gerade dazu, eine rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Fälle sicherzustellen. Zu diesem Zweck sollen sich denn auch Rechte und Pflichten der öffentlichen Bediensteten im Grundsatz aus einem (zumindest materiellen) Gesetz ergeben. Es kann somit gerügt werden, es werde das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, weil die Besoldung nicht mit hinreichender Bestimmtheit in einem Gesetz festgelegt worden ist (BGE 129 I 161 E. 2.1 S. 163 mit Hinweisen).

**4.4** Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die angewendeten Rechtssätze eine angemessene Bestimmtheit ausweisen müssen. Das Gebot der Bestimmtheit kann indessen nicht in absoluter Weise verstanden werden. Unbestimmte Regelungen können insbesondere dann genügen, wenn ein Rechtsverhältnis zur Diskussion steht, welches die Betroffenen freiwillig eingegangen sind oder bei dem die Rechte und Pflichten zwischen Staat und Privaten frei ausgehandelt werden können. Dem Bedürfnis nach Rechtsgleichheit kann auch durch eine gleichmässige Behördenpraxis entsprochen werden (BGE 129 I 161 E. 2.2 S. 163 mit Hinweis).

**4.5** Der Gemeinderat hat in Art. 58 PR ausdrücklich vorgesehen, dass besondere Anteile, die mit dem Lohn nicht abgegolten sind, mit besonderen Vergütungen entschädigt werden können. Die Delegationsnorm zielt somit darauf ab, dass Mitarbeitende für «besondere Beanspruchungen» oder «Inkonvenienzen» neben dem Lohn eine zusätzliche Vergütung erhalten. Sie hält auch dem Grundsatz nach fest, dass die Zulage an eine effektive Belastung anknüpft.

**4.6** Bei der Anstellung der öffentlich Bediensteten handelt es sich um einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt. Die Betroffenen haben die Wahl, die Stelle zu den gebotenen Bedingungen anzunehmen oder aber darauf zu verzichten und allenfalls eine Stelle in einer anderen Gemeinde anzutreten. In solchen Fällen hat die formellgesetzliche Besoldungsregelung nicht bis ins Detail zu gehen, sondern darf die Regelung der Einzelheiten an Exekutivorgane delegieren. Hinzu kommt, dass es dem Stadtrat nicht frei steht, jede beliebige Regelung zu treffen. Vielmehr ist dieser an verfassungsmässige Rechte und Grundsätze, wie namentlich Art. 8 Abs. 1 BV gebunden. Den betroffenen Angestellten der Stadt Zürich

steht es zudem offen, mit einem individuellen Begehren die Verfassungsmässigkeit der konkreten Besoldung in Frage zu stellen, wie das die Beschwerdeführenden mit ihrem vorliegend zu beurteilenden Begehren auch getan haben.

**4.7** Da sich die streitige, auf tatsächlich geleistete Dienste beschränkte Vergütung für Nacht- und Sonntagsarbeit mit Art. 58 PR in Verbindung mit Art. 176 Abs. 7 Satz 1 AB PR auf eine genügende rechtliche Grundlage abstützen kann und die Konkretisierung auf sachlichen Gründen beruht, erweist sich die Verfassungsbeschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

## Sonntagsarbeit im Designer Outlet Landquart/Travail du dimanche dans le «Designer Outlet Landquart»

**Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 12. Februar 2014, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (2C\_44/2013)**

*Gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 ArGV 2 sind Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten während der Saison von der Bewilligungspflicht zur Sonntagsarbeit befreit. Entgegen der Vorinstanz ist es ausgeschlossen, den ganzen Kanton Graubünden pauschal als Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 zu qualifizieren. Vielmehr ist anhand der in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 aufgezählten Kriterien zu prüfen, ob der Betrieb in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort liegt, in dem der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Das «Designer Outlet Landquart» liegt in einer der grössten Industriezonen des Kantons Graubünden, somit nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2. Es braucht damit nicht abschliessend geklärt zu werden, ob das Outlet-Center der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient. Die Betriebe des «Designer Outlet Landquart» dürfen an Sonntagen Arbeitnehmer nicht ohne behördliche Bewilligung beschäftigen (E. 5.2, 6.1, 6.3, 6.4, 7.1).*

*Selon l'art. 25 al. 1 OLT 2, en liaison avec l'art. 4 al. 2 OLT 2, les entreprises des régions touristiques sont exemptées de l'autorisation obligatoire du travail du dimanche pendant la saison. Contrairement à l'instance précédente, il est exclu de considérer tout le canton des Grisons, globalement, comme une région touristique selon l'art. 25 al. 2 OLT 2. Au contraire, il faut examiner, selon les critères énoncés à l'art. 25 al. 2 OLT 2, si l'entreprise se trouve dans un lieu de cure, de sport, d'excursions ou de séjours de repos, où le tourisme joue un rôle essentiel et subit des variations saisonnières notables. Le «Designer Outlet Landquart» se trouve dans une des plus grandes zones industrielles du canton des Grisons et non pas dans une région de tourisme selon l'art. 25 al. 2 OLT 2. Il est dès lors inutile d'examiner s'il répond aux besoins spécifiques des touristes. Les entreprises du «Designer Outlet Lanquart» n'ont donc pas le droit d'occuper des travailleurs le dimanche sans autorisation administrative (c. 5.2, 6.1, 6.3, 6.4, 7.1).*



### Aus dem Sachverhalt

Das im November 2009 eröffnete «Alpenrhein Village Outlet Shopping» – seit Ende 2012 «Designer Outlet Landquart» – in Landquart ist ein Outlet-Einkaufszentrum im Stil eines alpinen Dorfes mit etwa 90 Geschäftslokalen. Bis anhin konnte etwas mehr als die Hälfte der Lokalitäten mit internationalen und schweizerischen Markenartikel-Herstellern besetzt werden. Die Betriebe verkaufen täglich – mithin jeweils auch sonntags – ihre Kollektionen aus der letzten Saison und leicht mangelhafte Ware mit erheblichen Preisreduktionen. Ende 2009 bzw. Anfang 2010 stellten die Gewerkschaft UNIA einerseits und die ING Real Estate Development Alpenrhein AG (Eigentümerin des Outlet-Einkaufszentrums), die GVA Grimley Schweiz GmbH (Betreiber-Gesellschaft) sowie zahlreiche einzelne Betriebe des Outlet-Einkaufszentrums andererseits beim Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Graubünden ein Feststellungsbegehren betreffend Sonntagsarbeit in den Geschäftslokalen des Outlet-Einkaufszentrums. Am 21. Oktober 2010 stellte das genannte Amt fest, dass die im Outlet-Einkaufszentrum angesiedelten Geschäfte die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit gemäss Art. 4 Abs. 2 der Verordnung 2 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2; SR 822.112) in Verbindung mit Art. 27 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11) und Art. 25 ArGV 2 erfüllen würden und demnach berechtigt seien, die mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer während der Saison an Sonntagen zu beschäftigen. Weiter wurde festgestellt, dass die Sommersaison von Anfang Juni bis Ende Oktober und die Wintersaison vom ersten Adventswochenende bis Ende April daure. Die dagegen erhobene Beschwerde der Gewerkschaft UNIA wies das Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden mit Entscheid vom 16. Januar 2012 ab.

Die anschliessende Beschwerde der Gewerkschaft UNIA wies das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Urteil vom 30. Oktober 2012 ab. Vor Bundesgericht beantragt die Gewerkschaft UNIA, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 30. Oktober 2012 aufzuheben und festzustellen, dass die Sonntagsarbeit in den Be-

trieben im Outlet-Einkaufszentrum der Bewilligung bedürfe und deshalb die aktuelle Sonntagsarbeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern arbeitsgesetzwidrig sei. Die Beschwerdegegner und das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beantragen die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Das Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden beantragt die Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) reicht eine Stellungnahme des SECO ein und verzichtet auf das Stellen von Anträgen. Am 30. August 2013 hat das Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden unaufgefordert eine Eingabe zur Vernehmlassung des WBF eingereicht. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und hebt den angefochtenen Entscheid auf.

### Aus den Erwägungen

**3.1** In materieller Hinsicht geht die Vorinstanz davon aus, dass das Outlet-Einkaufszentrum als Einheit zu betrachten sei. Ob die einzelnen Betriebe im Einkaufszentrum den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen, bestimme sich anhand einer Gesamtbetrachtung, bei welcher nicht nur das Sortiment einzelner Betriebe, sondern auch die Lage des Outlet-Einkaufszentrums an einem Verkehrsknotenpunkt für die Touristenströme, die übrigen Betriebe mit ihren jeweiligen Sortimenten und der nach aussen erkennbare Zweck zu berücksichtigen seien. Das Outlet-Einkaufszentrum wolle infolge seiner äusserlichen Gestaltung (Outlet Village im Stil eines alpinen Dorfes) und des beschränkten Warensortiments Touristen ansprechen. Der gesamte Kanton Graubünden sei als Fremdenverkehrsgebiet zu qualifizieren. Das ergebe sich aus der (vormaligen) Bundesgesetzgebung über die Förderung des Hotel- und Kurortkredits, an welche die alte Fassung der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz noch ausdrücklich angeknüpft habe. Dies gelte sinngemäss auch unter der aktuellen Fassung. Selbst wenn man diesem Ansatz nicht folgen wolle, liege das Outlet-Einkaufszentrum in einem Fremdenverkehrsgebiet. Dabei sei auf den funktionalen Raum abzustellen, in welchen das Einkaufszentrum eingebettet sei. Dieses liege in einem grossflächigen Einzugsgebiet, zudem im Raum der Tourismusdestination Bündner Herrschaft und am Verkehrsknotenpunkt Landquart. Dem Tourismus

komme hier eine wesentliche Bedeutung zu (insb. 30% der Wertschöpfung und der Beschäftigten im Kanton Graubünden, 10.7% im Bündner Rheintal, indirekte Profite). Der Tourismus im Kanton Graubünden unterliege erheblichen saisonalen Schwankungen, wie sich aus den (vormaligen) Saison- und Kurzaufenthaltsbewilligungen sowie den Logiernächten ergebe. Das Outlet-Einkaufszentrum decke mit seinem Produkt- und Warensortiment die spezifischen Bedürfnisse der Touristen im Wesentlichen ab (Outdoor-Kleidung und Outdoor-Schuhe für die Winter- und Sommerzeit, spezifische Outdoor-Sportartikel, Reiseartikel und Spiele, Souvenirs, lokale Spezialitäten, Dienstleistungen im lokalen Tourismusbereich, Sportbekleidung, Mode allgemein und Haushaltsartikel). Nicht erhältlich seien dagegen typische von Anwohnern nachgefragte Produkte wie Lebensmittel, Elektronikgeräte, Heimwerker-Produkte und grössere Haushaltsgeräte. Dabei sei das Warensortiment in den Kontext der ausgewiesenen spezifischen Bedürfnisse der Touristen des Einzugsgebiets Graubünden sowie der Durchgangsreisenden (in Richtung Tessin oder Italien) zu setzen. Die Outdoor-Waren sowie Schneesport- und sonstigen Sportartikel seien offensichtlich auf die Bedürfnisse der Touristen ausgerichtet. Die angebotenen Haushalts- bzw. Küchengeräte dienten den Feriengästen der Parahotellerie (Ferienwohnungen, Camping). Souvenirs und schweizerische sowie lokale Spezialitäten würden vorab Touristen ansprechen. Auch Kleidung, Schuhe und Luxusartikel würden zumindest teilweise den spezifischen Bedürfnissen der Touristen dienen. Richtig sei es, von einer Winter- und Sommersaison auszugehen. Dabei könne auf die Logiernächte, die Öffnungszeiten der Bergbahnen, das Verkehrsaufkommen sowie die Arbeitslosenzahlen abgestellt werden. Der Wortlaut der Verordnung («während der Saison») schliesse nicht aus, dass es eine Winter- und eine Sommersaison gebe.

**3.2** Die Gewerkschaft UNIA macht geltend, das Outlet-Einkaufszentrum liege nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet. Es befinde sich im Industriegebiet Tardis zwischen Eisenbahn und A13 in einer der grössten Industriezonen des Kantons Graubünden. Nicht massgebend sei die Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft. Auch sei der Begriff des funktionalen Raums eine Leerformel und ergebnisorientiert: Das Outlet-Einkaufszentrum schaffe den funktionalen Raum. Richtigerweise sei auf traditionelle Kur- und Erholungsorte etc. abzu-

stellen. Dabei könnten nicht Zahlen für den gesamten Kanton Graubünden beigezogen werden. Saisonmässige Schwankungen seien nicht erstellt. In Landquart und Umgebung sei der Tourismus nicht von wesentlicher Bedeutung. Das Sortiment richte sich an Konsumenten, nicht spezifisch an Touristen. Angestrebt sei Einkaufstourismus, überwiegend ausgerichtet auf verbilligte Mode-Artikel. Auch sei der einzelne Betrieb zu beurteilen. Schliesslich gehe die Verordnung von nur einer Tourismussaison aus, in der bewilligungsfreie Sonntagsarbeit zulässig sei.

**3.3** Die Beschwerdegegnerinnen 1 und 2–35 bringen in ihren – weitgehend wörtlich übereinstimmenden – Eingaben vor, das Outlet-Einkaufszentrum sei Teil des Tourismusangebots in den Tourismusgebieten rund um das Outlet-Einkaufszentrum. Die anwendbaren Gesetzesvorschriften seien – als Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit – nicht restriktiv, sondern richtig auszulegen. Es sei eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Der Gesetzgeber habe die «Bedürfnisse des Fremdenverkehrs» als Grund für eine Bereichsausnahme vom Verbot der Sonntagsarbeit anerkannt. Das Gesetz folge einem funktionalen Ansatz. Entscheidend sei, ob ein touristisches Bedürfnis nach einem bestimmten Angebot bestehe und ob eine Einrichtung – wie das Outlet-Einkaufszentrum – dieses Bedürfnis befriedige. Den zuständigen Behörden komme ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Es lasse sich durchaus eine Parallele zur Gesetzgebung über die Förderung der Beherbergungswirtschaft ziehen, in deren Rahmen der ganze Kanton Graubünden als Fremdenverkehrsgebiet bezeichnet werde. Der dortige Begriff des Fremdenverkehrsgebiets decke sich im Wesentlichen mit demjenigen in Art. 25 ArGV 2. Eine einheitliche Auslegung sei bereits wegen des Gebots der Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung geboten. Es sei auch den Betrieben in tourismusverwandten Branchen eine flexible Reaktion auf die touristische Nachfrage zu ermöglichen. Das sei konsequent, da die Wertschöpfung des ganzen Kantons auf den Tourismus ausgerichtet sei. Landquart sei dabei die zentrale Verkehrsdrehscheibe in der Region, insbesondere für den Tourismus. Eine räumliche Begrenzung widerspreche dem funktionalen Konzept des Art. 27 ArG. Es sei stets ein tourismuswirtschaftlich-räumlich sinnvolles Gebiet abzugrenzen und zu beurteilen. Die Vorinstanz habe erkannt, dass das Outlet-Einkaufszentrum nur an einem zentral gelegenen und gut erschlossenen

Ort wie Landquart möglich sei. Ohne die vorbestehenden Touristenströme und die tourismuswirtschaftlichen Verflechtungen im fraglichen Gebiete wäre das Outlet-Einkaufszentrum nicht realisiert worden. Die Beschwerdeführerin verkenne das multioptionale Tourismusangebot in der Bündner Tourismuswirtschaft. Nicht entscheidend könne sein, ob der Fremdenverkehr mehr als die Hälfte der wirtschaftlichen Aktivitäten einer Ortschaft ausmache. Weiter könne auch ein Verbund wie das Outlet-Einkaufszentrum einen Betrieb im Sinne des Arbeitsgesetzes darstellen. Das Outlet-Einkaufszentrum sei eine wirtschaftliche Einheit. Ausgehend von der touristischen Nachfrage lasse sich das Konzept des Outlet-Einkaufszentrums mit «normalem» Einkaufstourismus nicht vergleichen. Das Gesamtangebot diene den typischen touristischen Bedürfnissen im Kanton Graubünden, ausgehend von den Aktivitäten (sportliche Indoor- und Outdooraktivitäten), der Art der Beherbergung (Hotellerie, Parahotellerie, Ferienwohnungen) und den Durchgangstouristen. Es gehe gerade nicht um blosses «Shoppen». Das Angebot entspreche demjenigen in anderen Tourismusdestinationen im Kanton Graubünden. Schliesslich liege «Saison» immer dann vor, wenn Fremdenverkehr zu verzeichnen sei und dieser eine gewisse Intensität erreiche.

**3.4** Das WBF erachtet es als nicht zulässig, den ganzen Kanton Graubünden als Fremdenverkehrsgebiet zu qualifizieren. Im Verbund mit der praxismässig weiten Auslegung des auf Touristen ausgerichteten Sortiments laufe dies auf eine Aushöhlung des Sonntagsarbeitsverbots hinaus. Eine räumliche Begrenzung sei daher unabdingbar. Ein Abstellen auf die Bundesgesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft sei nicht zulässig. Zusätzlich sei das Waren- und Dienstleistungsangebot im Outlet-Einkaufszentrum – namentlich Bekleidungs- und Modeartikel zu vergünstigten Preisen («Outlet-Angebot») – nicht auf Touristen ausgerichtet.

**4.1** Zunächst ist zu prüfen, ob die Vorinstanz bei der Ausrichtung auf die touristischen Bedürfnisse eine Gesamtbetrachtung des Outlet-Einkaufszentrums vornehmen durfte oder ob richtigerweise auf das jeweilige Sortiment der einzelnen Betriebe abzustellen gewesen wäre.

**4.2** Der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 ist – wie bereits Art. 41 ff. aArGV 2 (AS 1966 119) – auf «Be-

triebe» («entreprises»; «aziende») ausgerichtet (vgl. unten E. 5.2). Das scheint eine Einzelbetrachtung nahezulegen, bei der für jeden einzelnen Betrieb gesondert die Voraussetzungen für die Befreiung von der Bewilligungspflicht für Sonntagsarbeit zu prüfen wären. Allerdings hat sich das Bundesgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung einer Gesamtbetrachtung nicht verschlossen. In BGE 126 II 106 wurde das (geplante) Outlet-Einkaufszentrum als solches beurteilt und nicht auf die einzelnen Verkaufsläden abgestellt. Auch hat das Bundesgericht im genannten Entscheid dem Betreiber bzw. Investor («promoteur») die Beschwerdebefugnis ohne Weiteres zuerkannt (Urteil 2A.127/1999 vom 28. Februar 2000 E. 1b, nicht publ. in: BGE 126 II 106).

**4.3** Eine solche Gesamtbetrachtung darf jedoch nicht zu einer übermässigen Aufweichung des Arbeitnehmerschutzes führen und daher nicht leicht hin angenommen werden. Der von der Rechtsprechung gewählte Ansatz ist dort überzeugend, wo er zu sachgerechten Lösungen führt, die den wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechen. Dies war in BGE 126 II 106 der Fall und trifft auch vorliegend zu: Beim Einkaufszentrum «Designer Outlet Landquart» handelt es sich um eine räumliche und organisatorische Konzentration von mehreren Betrieben «unter einem Dach» in dem Sinne, dass die Betriebe gegen aussen unter einem gemeinsamen Namen und mit einem Gesamtangebot am Markt auftreten. Folge davon ist, dass sich eine Feststellungsverfügung auf sämtliche Betriebe eines Einkaufszentrums erstrecken kann, unabhängig davon, ob sie am Verfahren teilgenommen haben oder nicht. Das ermöglicht es den Eigentümern und Betreibern, rechtzeitig die gewünschte Klarheit über die Zulässigkeit des Sonntagsverkaufs zu erhalten. Offenbleiben kann dabei, ob ein Einkaufszentrum gegebenenfalls auch als Betrieb im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ArG aufgefasst werden kann.

**5.1** Art. 18 ArG statuiert für die dem Gesetz unterstellten Betriebe das Verbot der Sonntagsarbeit. Ausnahmen sind möglich, aber grundsätzlich bewilligungsbedürftig (Art. 19 Abs. 1 ArG). Abgesehen davon können nach Art. 27 Abs. 1 ArG bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmern durch Verordnung ganz oder teilweise von gewissen gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ausgenommen und entsprechenden Sonderbestimmungen unterstellt werden, soweit dies mit Rücksicht auf

ihre besonderen Verhältnisse notwendig ist (BGE 139 II 529 E. 3.1 S. 531, 49 E. 4 S. 51 f.; 134 II 265 E. 4.1 S. 266 f.). Solche Sonderbestimmungen können gemäss Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG insbesondere für Betriebe erlassen werden, die den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen («les entreprises qui satisfont aux besoins du tourisme»; «le aziende che servono il turismo»). Der Gesetzgeber hat dem Verordnungsgeber einen sehr weiten Ermessensspielraum eingeräumt und ihn flankierend verpflichtet, vorgängig die Kantone, die Eidgenössische Arbeitskommission und die zuständigen Organisationen der Wirtschaft anzuhören (Art. 40 Abs. 2 ArG). Dieser Spielraum ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Es darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 136 II 337 E. 5.1 S. 348 f.; Urteil 2C\_1174/2012 vom 16. August 2013 E. 1.7; je mit Hinweisen).

**5.2** Die Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz regelt die Sonderbestimmungen (Art. 3 ff. ArGV 2) sowie die unterstellten Betriebsarten und Arbeitnehmer (Art. 15 ff. ArGV 2). Zu diesen Sonderbestimmungen zählt unter anderem die bewilligungsfreie (ganze oder teilweise) Sonntagsarbeit (Art. 4 Abs. 2 ArGV 2). Die genannte Bestimmung ist gemäss Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 während der Saison anwendbar auf Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten, die der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dienen, und auf die in ihnen mit der Bedienung der Kundschaft beschäftigten Arbeitnehmer. Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten sind Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2).

**5.3.1** Die Ausrichtung auf Fremdenverkehrsgebiete erklärt sich durch die Entstehungsgeschichte von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG. Die Ausnahmebestimmung war bei ihrem Erlass in erster Linie auf Ladengeschäfte ausgerichtet, die in klassischen Fremdenverkehrsgebieten lagen, in denen das Hotelgewerbe einen wesentlichen Teil der Existenzgrundlage der Bevölkerung bildete und in denen Fremdenverkehr

zudem einen typischen Saisoncharakter aufwies (Botschaft vom 30. September 1960 zum Arbeitsgesetz, BBl 1960 II 909, 983; Erläuternder Bericht, a.a.O., S. 2). Während auf Verordnungsstufe bis am 31. Juli 2000 auf die damalige Gesetzgebung zur Förderung des Hotel- und Kurortkredits verwiesen wurde (Art. 41 Abs. 2 aArGV 2 [AS 1966 119]), enthält Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 heute eine eigenständige Umschreibung des Begriffs «Fremdenverkehrsgebiet». Soweit sich die Ausrichtung auf klassische Fremdenverkehrsgebiete bis heute in der Definition nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 widerspiegelt, orientiert sich die Norm am Gesetzeszweck von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG. Die damit einhergehenden systemimmanenten Ungleichbehandlungen zwischen Betrieben innerhalb und ausserhalb von Fremdenverkehrsgebieten hat der Gesetzgeber in Kauf genommen. Das Bundesgericht sah sich denn auch nie veranlasst, die Gesetzeskonformität von Art. 25 ArGV 2 infrage zu stellen (Urteile 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3; 2A.166/2003 vom 7. August 2003 E. 2.2; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 3; vgl. ferner BGE 125 I 431 E. 4e/aa S. 439).

**5.3.2** Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 umschreibt den Begriff «Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten» als Betriebe in Kur-, Sport-, Ausflugs- und Erholungsorten, in denen der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt. Entscheidend ist damit die Lage des Betriebs in einem bestimmten «Ort», der sich durch drei Merkmale auszeichnet: Es handelt sich erstens um einen Ort, an dem ein Angebot an Kuren, Sportaktivitäten oder Erholungsaufenthalten besteht oder der ein Ausflugsziel darstellt. Zweitens spielt der Fremdenverkehr dort eine wesentliche Bedeutung und unterliegt drittens erheblichen saisonmässigen Schwankungen (Urteile 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.704/2005 vom 4. April 2006 E. 3.3.1).

**5.3.3** Der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ist nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht derart eng zu verstehen, dass er sich einzig auf isolierte Tourismussiedlungen in abgelegenen Gebieten bezöge, sondern zeichnet sich primär durch das touristische Angebot aus (Urteile 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 4a). Das Vorliegen eines solchen Ortes darf

jedoch nicht allzu leicht bejaht werden. Das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie), das Vorhandensein von Sport- und Erholungseinrichtungen sowie weitere objektive Kriterien spielen eine entscheidende Rolle. Nach dem Gesagten ist der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch die Lage und die Konzentration des touristischen Angebots und der touristischen Infrastruktur gekennzeichnet und begrenzt. Nicht massgeblich ist, ob es sich um eine ganze Ortschaft oder Stadt oder um einen Stadtteil handelt. Ebenso wenig deckt sich der Ortsbegriff notwendigerweise mit dem Gebiet einer bestimmten politischen Gemeinde. Es ist – zumindest theoretisch – nicht ausgeschlossen, dass es sich um ein mehrere Ortschaften umfassendes Gebiet handeln kann (z.B. ein Skigebiet). Entscheidend ist in jedem Fall, dass der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch das touristische Angebot und die touristischen Anlagen örtlich klar begrenzt und damit auf die lokale Ebene ausgerichtet bleibt (vgl. zum Ganzen Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.2.1 und E. 5.1, zur Publikation vorgesehen).

**5.3.4** Es ist diese Ausrichtung auf die lokale Ebene, welche die Umschreibung des Fremdenverkehrsgebiets in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 von derjenigen in der Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft unterscheidet (Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die Förderung der Beherbergungswirtschaft [SR 935.12] sowie Art. 2 und Anhang der Verordnung vom 26. November 2003 zum Bundesgesetz über die Förderung der Beherbergungswirtschaft [SR 935.121]). Letztere erfasst bereits nach dem Wortlaut «Gebiete und Ortschaften», folgt also einem regionalen Ansatz, der keine so scharfen örtlichen Grenzen aufweist wie Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 (Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Es werden denn auch ganze Kantone wie Graubünden oder Wallis als Fremdenverkehrsgebiete nach der Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft qualifiziert, was bei Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 ausgeschlossen ist. Dies ist Ausdruck des unterschiedlichen Regelungszusammenhangs: Bei regional-sektoraler Strukturpolitik kann sich eine weite Umschreibung gegebenenfalls rechtfertigen, während diese Offenheit im Kontext des öffentlichen Arbeitsrechts Gefahr liefe, dem Arbeitnehmerschutz zuwiderzulaufen (Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit sind im Interesse eines wirksa-

men Arbeitnehmerschutzes nach konstanter Rechtsprechung eng auszulegen (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV; Art. 18 und 27 Abs. 1 ArG; BGE 136 II 427 E. 3.2 S. 431 mit Hinweisen; 134 II 265 E. 5.5 S. 270 f.; 126 II 106 E. 5a S. 109 f.; vgl. ferner zum Zweck des Verbots der Sonntagsarbeit BGE 116 Ib 270 E. 4a S. 274 f.).

**5.3.5** Liegt der Betrieb in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, ist weiter zu klären, ob der Fremdenverkehr dort von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (vgl. zu Letzterem auch unten E. 5.5). Dabei können tourismuswirtschaftliche Zahlen berücksichtigt werden, soweit sie Aufschlüsse über den nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 massgeblichen Ort zulassen. Diese statistischen Daten können sich namentlich auf das Beherbergungsangebot (Hotel und Parahotellerie) und die Übernachtungen sowie den Anteil des Tourismus an der Gesamtbeschäftigung beziehen (Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Das Bundesgericht hat es abgelehnt, die «wesentliche Bedeutung» des Fremdenverkehrs von starren quantitativen Schwellenwerten abhängig zu machen. Vielmehr ist auch die Umschreibung des Ortsbegriffs im konkreten Fall zu berücksichtigen. Mit Bezug auf die Gemeinde Murten (mehr als 6000 Einwohner) hat es das Bundesgericht jüngst als sehr zweifelhaft («très douteux») bezeichnet, ob die touristischen Aktivitäten mehr als die Hälfte aller wirtschaftlichen Aktivitäten ausmachen müssen (Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen).

**5.4.1** Liegt ein Betrieb innerhalb eines Fremdenverkehrsgebiets im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ArGV 2, bleibt zu prüfen, ob der Betrieb «der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen» dient (Art. 25 Abs. 1 ArGV 2). Darunter fallen jene Betriebe, die tatsächlich den Bedürfnissen des Fremdenverkehrs dienen. Diese Betriebe sind regelmässig in besonderer Weise von saisonmässigen Schwankungen im Tourismus betroffen. Nicht dazu zählen jene Betriebe, die in erster Linie oder gar ausschliesslich die Bedürfnisse der einheimischen Bevölkerung befriedigen (Urteil 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5c mit Hinweis).

**5.4.2** Dabei können die «spezifischen Bedürfnisse der Touristen» nicht derart weit gefasst werden,

dass das blosser Einkaufserlebnis («Einkaufstourismus») darunter fällt. Ansonsten würde das Kriterium weitgehend leerlaufen (vgl. BGE 126 II 106 E. 5a S. 109 f.). Dagegen wäre es verfehlt, die touristischen Bedürfnisse auf diejenigen Bedürfnisse beschränken zu wollen, die einzig und allein den Touristen eigen sind (z.B. Souvenirartikel, Reiseführer). Vielmehr können nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis auch Grundbedürfnisse des Menschen dazu zählen (z.B. Lebensmittel oder Hygieneprodukte; BGE 126 II 106 E. 4 S. 109; Urteile 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 5; 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5a).

**5.4.3** Zur Abklärung, ob das Kriterium erfüllt ist, können neben dem Anteil der Touristen an der Kundenschaft des betreffenden Betriebes auch Indizien wie namentlich die Umsatzentwicklung, der Gesamteindruck des angebotenen Sortiments und der übrige Marktauftritt angemessen Beachtung finden (vgl. z.B. Urteile 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.2, zur Publikation vorgesehen; 2A.578/2000 vom 24. August 2001 E. 6; 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b). Weiter ist es in diesem Rahmen ebenfalls wichtig zu prüfen, inwiefern die Bedürfnisse der Touristen anderweitig abgedeckt werden (Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.3, zur Publikation vorgesehen), was auch von den jeweiligen Tourismusformen abhängt. So hat das Bundesgericht etwa berücksichtigt, dass in den Franches-Montagnes (Jura) der Camping-Tourismus eine wichtige Rolle spielt und daher bei einer Anreise am Wochenende ein Bedarf besteht, Güter des täglichen Gebrauchs vor Ort einzukaufen (Urteil 2A.612/1999 vom 30. Juni 2000 E. 5b).

**5.5** Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 lässt Abweichungen vom Verbot der Sonntagsarbeit «während der Saison» («pendant la saison touristique»; «durante la stagione») zu. Dieses Kriterium dient der zeitlichen Eingrenzung und knüpft daran an, dass der Tourismus in Fremdenverkehrsgebieten erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt (Art. 25 Abs. 2 ArGV 2). In diesen Gebieten weist der Zustrom an Touristen mit anderen Worten saisonale Spitzen auf, während derer sich eine Abweichung vom Verbot der Sonntagsarbeit rechtfertigt. Dabei schränkt der Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 ArGV 2 die Sonderbestimmungen nicht auf eine einzige Saison pro Jahr ein. Fremdenverkehrsgebiete können denn auch

mehrere zeitlich klar begrenzte Saisonspitzen pro Jahr verzeichnen (z.B. Sommer- und Wintersaison). In jedem Fall ist aber darauf zu achten, dass das gesetzliche Kriterium der Saisonalität nicht dadurch unterlaufen wird, dass die zeitlichen Grenzen der (Hoch-)Saison übermässig weit gezogen werden.

**5.6** Insgesamt stellt Art. 25 ArGV 2 eine sachgerechte und zwecktaugliche Konkretisierung von Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG dar, die es namentlich erlaubt, die jeweiligen örtlichen und sachlichen Gegebenheiten gebührend zu berücksichtigen. Vorbehalten bleiben gemäss Art. 71 lit. c ArG namentlich Polizeivorschriften des Bundes, der Kantone und der Gemeinden über die Sonntagsruhe und über die Öffnungszeiten von Betrieben, die dem Detailverkauf, der Bewirtung oder der Unterhaltung dienen. Kantonale oder kommunale Ladenschlussvorschriften dürfen, wie das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung erkannt hat, seit Inkrafttreten des eidgenössischen Arbeitsgesetzes weiterhin dem Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe bzw. – aus sozialpolitischen Überlegungen – allenfalls jenem der nicht dem Arbeitsgesetz unterstellten Personen (Geschäftsinhaber und ihre Familienangehörigen, gewisse leitende Angestellte) dienen, nicht aber dem Schutz des Verkaufspersonals, welcher durch das Arbeitsgesetz abschliessend geregelt ist (BGE 130 I 279 E. 2.3.1 S. 284 mit Hinweisen). Soweit die Kantone oder Gemeinden unter Beachtung dieser Vorgaben die Ladenöffnungszeiten einschränken, kann von den Sonderbestimmungen für Betriebe in Fremdenverkehrsgebieten kein Gebrauch gemacht werden (vgl. eingehend Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.5, zur Publikation vorgesehen).

**6.1** Entgegen der Vorinstanz ist es ausgeschlossen, den ganzen Kanton Graubünden pauschal als Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 zu qualifizieren. Die Bezugnahme auf die Gesetzgebung zur Förderung der Beherbergungswirtschaft überzeugt nicht (vgl. oben E. 5.3.4). Vielmehr ist anhand der in Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 aufgezählten Kriterien zu prüfen, ob das Outlet-Einkaufszentrum in einem Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort liegt, in dem der Fremdenverkehr von wesentlicher Bedeutung ist und erheblichen saisonmässigen Schwankungen unterliegt.

**6.2** Zu Unrecht stellt die Vorinstanz in ihrer (Eventual-)Begründung nicht auf das touristische Ange-

bot vor Ort ab, sondern löst sich mit dem Kriterium des «funktionalen Raumes» von einer räumlich-territorialen Begrenzung. Ein solcher «funktionaler» Ansatz widerspricht der ursprünglichen Stossrichtung des Art. 27 Abs. 2 lit. c ArG und den konkretisierenden Kriterien auf Verordnungsstufe, wonach der Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 durch das touristische Angebot und die touristischen Anlagen örtlich klar begrenzt und damit auf die lokale Ebene ausgerichtet ist (vgl. oben E. 5.3.3). Die vorinstanzliche Argumentation läuft darauf hinaus, den Begriff des Fremdenverkehrsgebiets grossflächig auszudehnen. Damit würden das Verbot der Sonntagsarbeit (Art. 18 ArG) und der Gesetzeszweck eines wirksamen Arbeitnehmerschutzes unterlaufen (vgl. Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 2.4 und E. 5.1, zur Publikation vorgesehen).

**6.3** Landquart wird nicht deswegen zum Kur-, Sport-, Ausflugs- oder Erholungsort, weil der Ort einen bedeutenden Verkehrsknotenpunkt im Kanton Graubünden darstellt, den die Touristen passieren, um zu ihren Zieldestinationen zu gelangen. Mit dieser Begründung könnten zahlreiche Zufahrtswege und damit weite Teile des Schweizer Mittellands zum Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 erklärt werden. Aus den angeführten tourismuswirtschaftlichen Zahlen ergibt sich nichts anderes. Sie beziehen sich primär auf den gesamten Kanton Graubünden oder doch auf das Bündner Rheintal bzw. die Bündner Herrschaft und gehen damit über den Ortsbegriff des Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 hinaus (vgl. dazu auch Urteil 2C\_10/2013 vom 10. Januar 2014 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen). Bezeichnenderweise äussert sich die Vorinstanz nicht näher zu den konkreten lokalen Verhältnissen, befindet sich doch das Outlet-Einkaufszentrum gemäss den Feststellungen der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanz in einer der grössten Industriezonen des Kantons Graubünden.

**6.4** Das Outlet-Einkaufszentrum liegt damit nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 Abs. 2 ArGV 2 und die Beschwerde ist schon deswegen gutzuheissen. Es braucht damit nicht abschliessend geklärt zu werden, ob das Outlet-Einkaufszentrum der Befriedigung spezifischer Bedürfnisse der Touristen dient. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass der vorliegende Sachverhalt deutliche Parallelen zu BGE 126 II 106 aufweist. In beiden Fällen handelt es sich um ein Outlet-Einkaufszentrum, in dem namentlich Bekleidungs- und Modeartikel zu vergünstigten Preisen angeboten werden. Entsprechend liegt die Vermutung nahe, dass auch vorliegend das «Einkaufserlebnis» im Vordergrund steht. Es wäre also vertieft abzuklären, ob das Outlet-Einkaufszentrum nicht in erster Linie den Bedürfnissen der Bevölkerung des Kantons Graubünden und der benachbarten Kantone dient. Solcher «Einkaufstourismus» wäre von Art. 25 ArGV 2 nicht erfasst. Dabei mag es durchaus zutreffen, dass auch Touristen, die sich im Kanton Graubünden aufhalten, einen Bedarf an entsprechenden Produkten und Waren (insb. Outdoor-Bekleidung, Sportartikel etc.) haben können. Das ist jedoch kein Grund, von der Ordnung des Art. 25 ArGV 2 abzuweichen, die Sonderbestimmungen für Betriebe in den einzelnen Tourismusdestinationen und damit «vor Ort» zulässt. Auch touristische Konsumbedürfnisse sind nicht jederzeit an jedem Ort zu befriedigen.

**7.1** Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als begründet und ist gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass die Betriebe des Einkaufszentrums «Designer Outlet Landquart» nicht in einem Fremdenverkehrsgebiet nach Art. 25 ArGV 2 liegen und daher nicht ohne behördliche Bewilligung Arbeitnehmer am Sonntag beschäftigen dürfen.

## Weitere Urteile/Autres jugements

- **BGE 140 II 7:** Art. 2 Abs. 1 aOHG, Art. 117 StGB; Opferhilfe, fahrlässige Tötung. Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 16. Dezember 2013, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten
- **ATF 140 II 46:** *Interdiction de travailler le dimanche et les jours fériés; dérogation en faveur des entreprises situées en région touristique et qui répondent aux besoins du tourisme.* Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour de droit public, arrêt du 10 janvier 2014, recours en matière de droit public
- *Contrats-types de travail.* Tribunal fédéral, I<sup>e</sup> Cour de droit civil, arrêt du 20 novembre 2013, recours en matière de droit public (4C\_3/2013 et 4C\_4/2013), publication ATF prévue
- *Harcèlement sexuel.* Tribunal fédéral, I<sup>e</sup> Cour de droit civil, arrêt du 2 décembre 2013, recours en matière civile (4A\_473/2013)
- *Licenciement d'une employée en raison de performances insuffisantes.* Tribunal fédéral, I<sup>e</sup> Cour de droit civil, arrêt du 27 janvier 2014, recours en matière civile (4A\_507/2013)
- *Montant du salaire.* Tribunal fédéral, I<sup>e</sup> Cour de droit civil, arrêt du 28 janvier 2014, recours en matière civile (4A\_477/2013)
- *Licenciement avec effet immédiat.* Tribunal fédéral, I<sup>e</sup> Cour de droit civil, arrêt du 29 janvier 2014, recours en matière civile (4A\_518/2013)
- *Fonction publique fribourgeoise; renvoi pour justes motifs.* Tribunal fédéral, I<sup>e</sup> Cour de droit social, arrêt du 11 février 2014, recours en matière de droit public (8C\_118/2013)
- *Alterskündigung; Betriebsübergang, Art. 333 OR.* Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 17. Februar 2014, Beschwerde in Zivilsachen (4A\_399/2013)
- *Öffentliches Personalrecht; missbräuchliche Kündigung, Art. 336 OR; Abfindung, Art. 26 PG (ZH).* Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 25. Februar 2014, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (8C\_620/2013)
- *Öffentliches Personalrecht; Schlichtungsverfahren.* Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 14. März 2014, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (8C\_613/2013)
- *Beschäftigung von Ausländerinnen ohne Bewilligung, Art. 117 Abs. 1 AuG.* Bundesgericht, strafrechtliche Abteilung, Urteil vom 20. März 2014, Beschwerde in Strafsachen (6B\_1112/2013)
- *Ungerechtfertigte fristlose Entlassung, Art. 337c OR.* Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 28. März 2014, Beschwerde in Zivilsachen (4A\_340/2013)
- *Bewilligungspflicht für die private Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Art. 2 und 12 AVG); Busse gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a AVG, wenn ohne die erforderliche Bewilligung Arbeit vermittelt oder Personal verliehen wird; Rechtsschutzinteresse.* Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 28. März 2014, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (2C\_45/2014)
- *Schätzung der Überstunden nach Art. 42 Abs. 2 OR.* Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 31. März 2014, Beschwerde in Zivilsachen (4A\_501/2013)
- *Öffentliches Personalrecht; missbräuchliche Kündigung verneint, Art. 336 OR.* Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 16. April 2014, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (8C\_745/2013)
- *Konkurrenzverbot, begründeter Anlass zur Kündigung, Art. 340c Abs. 2 OR.* Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 23. April 2014, Beschwerde in Zivilsachen (4A\_22/2014)



## Buchbesprechungen/Recensions

**Kamber, Marco: Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Bern 2014; Stämpfli, 389 S., Diss. Basel, SSA Nr. 76, ISBN 978-3-7272-0707-5**

Die vorliegende Dissertation beleuchtet die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Missbräuchlichkeit. Sie ist in elf Paragraphen gegliedert und schliesst mit der Präsentation der wichtigsten Ergebnisse.

Unter dem Titel «Ausgangslage» (§ 1) gibt der Autor nach einleitenden Ausführungen zum Arbeitsvertragsrecht eine kurze Übersicht zum Dissertationsthema; ferner wird das praktische Bedürfnis nach der Änderungskündigung erörtert. Bei einer Änderungskündigung unterbreitet eine Partei ihrem Vertragspartner eine Änderungs-offerte. Um die Bereitschaft zur Annahme des Angebots zu erhöhen, verbindet die aktive Partei Letzteres mit der Kündigung oder der Kündigungsandrohung für den Fall der Rückweisung der Offerte. Der Autor zeigt auf, dass die Änderungskündigung aus rechtsdogmatischer Sicht neben der Änderungs-offerte stets eine *echte Kündigungserklärung* enthält. Das bedeute, dass die für die Kündigung von Arbeitsverträgen geltenden Regelungen und die einschlägige Praxis grundsätzlich zu berücksichtigen seien, wobei eine Würdigung im Hinblick auf das spezifische Konstrukt der Änderungskündigung zu erfolgen habe. Aus praktischer Perspektive bestehe sowohl volkswirtschaftlich wie auch individuell ein hohes Bedürfnis, das Mittel der Änderungskündigung einzusetzen. Unter anderem leiste dieses Rechtsinstitut einen Beitrag zur Förderung der Standortattraktivität und entspreche dem beidseitigen kollektiven Bedürfnis nach «Mobilität der Arbeitsverhältnisse».

Der Autor führt aus, dass bezüglich der Erscheinungsformen der Änderungskündigung (§ 2) in mehrfacher Hinsicht zu differenzieren sei. In Anlehnung an die Gesetzessystematik zur Beendigungskündigung wird von ordentlichen und ausserordentlichen bzw. fristlosen Änderungskündigungen gesprochen. Weiter habe sich – gestützt auf die zeitliche Abfolge von Änderungs-offerte und Kündigungserklärung – in Doktrin und Praxis die Unterscheidung zwischen Änderungskündigung i.e.S. und Änderungskündigung i.w.S. etabliert. Die Änderungskündigung i.e.S. de-

finiert sich dadurch, dass die Kündigung gemeinsam mit der Änderungs-offerte ausgesprochen oder die Kündigung der Änderungs-offerte gar nachgeschoben wird. Der Autor spricht sich dafür aus, auch dann von einer Änderungskündigung i.e.S. auszugehen, wenn die Kündigung nach der Unterbreitung der Änderungs-offerte erklärt wird, vorausgesetzt, die Frist zur Annahme des Änderungsangebots ist noch nicht verstrichen. Demgegenüber handelt es sich um eine Änderungskündigung i.w.S., wenn die Kündigung auf die Rückweisung der Änderungs-offerte bzw. den unbenutzten Ablauf der Annahmefrist folgt.

§ 3 beschreibt weitere Beendigungs- und Änderungsstatbestände, wobei die umfangmässigen Schwerpunkte der Betrachtung auf der Aufhebungsvereinbarung sowie der Abgrenzung zwischen Vertragsänderung und Ausübung des Weisungsrechts liegen. § 4 behandelt die Annahme und Ablehnung der Änderungs-offerte. In diesem Zusammenhang zeigt der Autor die generellen Rechtswirkungen bei einer Annahme bzw. Ablehnung der Änderungs-offerte auf. Ferner werden Spezialfragen wie die Annahme der Änderungs-offerte unter Vorbehalt besprochen. § 5 befasst sich mit dem zeitlichen Zusammenhang zwischen Änderungs-offerte und Kündigung.

Sodann widmet sich der Autor Annahmefrist und Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vertragsänderung (§ 6). In Zusammenhang mit der *Annahmefrist* werden zwei spezifische Fragen einlässlich beleuchtet: Zum einen, welche Annahmefrist dem Erklärungsempfänger im Rahmen einer Änderungskündigung zustehen soll, wenn der Offerent keine solche vorgegeben hat. Zum anderen, ob es sich auch im Rahmen der Änderungskündigung rechtfertigt, dem Offerenten bei der bewussten Ansetzung einer Rahmenfrist freie Hand zu lassen. In Bezug auf die erste Frage widerspricht der Autor der überwiegenden Meinung in der Lehre, wonach die Annahmefrist der Kündigungsfrist entsprechen soll. Unter Berücksichtigung der Regelung von Art. 4 und 5 OR und der Interessenlage der Parteien postuliert er eine generelle Faustregel von drei Wochen ab Zugang der Kündigung bzw. der Änderungs-offerte. Von dieser Frist

soll nur bei speziellen Umständen abgewichen werden dürfen. Als solche werden beispielsweise komplexe Änderungsanträge oder Fälle genannt, in denen die Kündigungsfrist weniger als drei Wochen beträgt. Auch in Bezug auf die zweite Frage teilt der Autor die in Lehre und Rechtsprechung vorherrschenden Ansichten nicht. Zu kurze Fristansetzungen seitens der initiativen Partei seien – statt durch die Anwendung der Regelungen zur missbräuchlichen bzw. ausserordentlichen Kündigung – durch die Unbeachtlichkeit der Fristansetzung zu sanktionieren. In der Folge sei der gekündigten Partei gestützt auf Art. 5 Abs. 1 OR eine angemessene Annahmefrist einzuräumen, die gemäss der in der Dissertation entwickelten Faustregel drei Wochen beträgt.

§ 7 befasst sich mit der ausserordentlichen bzw. fristlosen Änderungskündigung. Der Abschnitt schliesst mit Folgerungen für die Praxis, in denen aufgezeigt wird, dass diese Erscheinungsform der Änderungskündigung mit erheblichen Komplikationen verbunden ist. Der Autor gibt die Empfehlung ab, bei ausserordentlichen Vertragsauflösungen generell auf eine Änderungsanfrage zu verzichten. Im nachfolgenden Abschnitt (§ 8) wird der zeitliche Kündigungsschutz bei Änderungskündigungen behandelt.

Einen Schwerpunkt der Arbeit bildet der *sachliche Kündigungsschutz* bei Änderungskündigungen (§ 9). Der Autor hält fest, dass die enumerative Aufzählung von Missbräuchlichkeitsfällen in Art. 336 OR eine Generalklausel darstellt, die der Fortbildung durch die Praxis offensteht. Dies gelte insbesondere auch für die spezifische Bildung von Fallgruppen missbräuchlicher Änderungskündigungen. In der Folge werden verschiedene Fallgruppen wie beispielsweise der Verstoß der offerierten Arbeitsbedingungen gegen das Gesetz oder einen GAV diskutiert. Breiten Raum widmet der Autor einer kritischen Würdigung des bundesgerichtlichen Grundsatzentscheids BGE 123 III 246. Demnach gelten Änderungskündigungen als missbräuchlich, mit denen unbillige Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen ohne rechtfertigende marktbedingte oder betriebliche Gründe durchgesetzt werden sollen. Er vermerkt, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht geeignet sei, das durch die Missbräuchlichkeitsregelungen verfolgte Interesse des Arbeitnehmerschutzes effektiv zu fördern. Wichtiger sei indessen, dass der mit dieser Rechtsprechung einhergehende Eingriff in die Vertragsfreiheit weiter geht als die in Art. 336 OR enu-

merativ aufgezählten Tatbestände, womit die Generalklausel keine gesetzliche Grundlage für die bundesgerichtliche Rechtsprechung bilden könne.

In § 10 befasst sich der Autor mit der Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Massenentlassung bei flächendeckenden Änderungskündigungen. Es wird dargelegt, dass eine *Massenänderungskündigung* vorliege, wenn eine Anzahl Änderungskündigungen ausgesprochen wird, welche die Tatbestandsvoraussetzungen der Massenentlassung erfüllt. Bei einem engen Verständnis der Vorschriften zur Massentlassung müssten daher jeder Massenänderungskündigung ein Konsultationsverfahren und eine Meldung ans Arbeitsamt vorangehen. Da bei Massenänderungskündigungen aber regelmässig eine Vielzahl der Änderungsanträge angenommen werde, sei ein solches Vorgehen nicht zielführend. Entgegen der vorherrschenden Praxis plädiert der Autor für eine zweckorientierte Auslegung von Art. 335d–335k OR, wobei er – entsprechend der Terminologie zur Einzeländerungskündigung – zwischen Massenänderungskündigungen i.e.S. und solchen i.w.S. unterscheidet. Bei Massenänderungskündigungen i.e.S. sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber gerade keine Massenentlassung anstrebe, sondern eine flächendeckende Anpassung der Arbeitsbedingungen erreichen möchte. Der auf die Kündigung bezogene «Eventualvorsatz» sei nicht als «Absicht» im Sinne von Art. 335f OR zu verstehen. Folglich müsse dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt werden, die erforderlichen Verfahrensschritte sanktionslos nachzuholen, sobald die Anzahl der Änderungsanträge zurückweisender Arbeitnehmer das Quorum von Art. 335d OR erreicht. Dies sei ohne Weiteres umsetzbar, da infolge von Art. 335g Abs. 4 OR die Möglichkeiten des Konsultationspartners und der Arbeitsämter zur Einflussnahme durch eine solche «Nachholung» nicht beschränkt würden. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt der Autor bei Massenänderungskündigungen i.w.S. Da bei dieser Form der Änderungskündigung die Kündigung ohnehin erst auf die Rückweisung der Änderungsanfrage folgt, könne der Arbeitgeber zunächst die Massenänderungsanfrage unterbreiten. Wird die Änderungsanfrage durch eine die Quorenbestimmungen von Art. 335d OR erfüllende Anzahl von Arbeitnehmern zurückgewiesen, kann der Arbeitgeber eine Massenentlassung durchführen.

In § 11 folgt schliesslich die Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse.

Der Autor hat in seiner Arbeit ein praxisrelevantes Thema ausführlich, sorgfältig und kritisch abgehandelt. Besonders hervorzuheben sind die gelungenen Bemühungen, die gewonnenen Ergebnisse in praxis-

taugliche Antworten zu strukturieren, womit die Dissertation auch für Praktiker von erheblichem Interesse sein dürfte.

*BLaw Fabian Meier*

## Hinweise auf Bücher und Beiträge/Livres et articles

### ■ Brügger, Eveline/Peter, Martin O.: **Sozialversicherungsrechtliche Fallstricke bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses, ius.full 2/14, 68 ff.**

Bei der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses spielen sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen eine wichtige Rolle. Die Autoren gehen im Besonderen auf die Informations- und Aufklärungspflichten des Arbeitgebers ein: Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer schriftlich zu informieren, dass mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses seine betriebliche Unfalldeckung nach UVG erlischt und die nichtbetriebliche eine beschränkte Zeit anhält. Der Arbeitnehmer ist beim Austritt aus dem Arbeitsverhältnis zudem darauf hinzuweisen, dass er sich unverzüglich an seine Krankenkasse wenden muss, um die Sistierung der Unfalldeckung wieder aufzuheben. Der Arbeitgeber muss als Organ der Versicherungsdurchführung den Arbeitnehmer weiter explizit darauf aufmerksam machen, dass er als Überbrückung durch eine besondere Abrede die Nichtbetriebsunfallversicherung um 180 Tage verlängern kann. Falls der Arbeitgeber seinen Informationspflichten nicht nachgekommen ist, besteht für ihn das Rückgriffsrisiko sowohl seitens der Unfall- oder Krankenversicherung als auch seitens des ehemaligen Mitarbeiters. Das Rückgriffsrecht der Versicherungsträger gemäss Art. 75 ATSG ist nur bei einem Berufsunfall auf grobes Verschulden oder Absicht eingeschränkt (Regressprivileg). Wenn der ehemalige Mitarbeiter einen Nichtberufsunfall erlitten hat, muss der Arbeitgeber für jedes Verschulden einstehen, so die Autoren weiter.

### ■ Dunand, Jean-Philippe/Mahon, Pascal (éd.): **Internet au travail, Genève/Zürich/Bâle 2014, Schulthess, 278 pages, ISBN 978-3-7255-6991-5**

Internet est utilisé dans la plupart des entreprises et administrations de notre pays. Contenant les

contributions de douze auteurs suisses romands, actifs dans l'enseignement et/ou la pratique du droit du travail et du droit des nouvelles technologies, l'ouvrage traite des principales questions juridiques concernant l'utilisation d'Internet sur le lieu de travail. Les thèmes suivants sont approfondis: correspondance électronique; Bring Your Own Device; Googlelisation des employés; règlement d'utilisation; sanctions prises contre les employés; stockage et archivage de données; surveillance des employés; titularité des droits lors de la réalisation d'un site web; utilisation des réseaux sociaux par les employeurs et les travailleurs; utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats.

### ■ Equey, David: **La responsabilité solidaire des entrepreneurs de la construction dans le cadre des détachements de travailleurs étrangers, Jusletter du 15 juillet 2013**

Le 15 juillet 2013 est entré en vigueur une importante modification de la loi fédérale sur les travailleurs détachés et de son ordonnance d'application. Selon les nouvelles dispositions, les entrepreneurs actifs dans le domaine de la construction qui recourent à des sous-traitants employant des travailleurs détachés répondent sur le plan civil du non-respect par l'ensemble des sous-traitants des conditions minimales de travail et de salaire. L'auteur présente le nouveau régime, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité et les moyens pour l'entrepreneur de s'en exonérer.

### ■ Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: **Gleitende Arbeitszeit oder Überstunden?, Jusletter 5. Mai 2014**

Die Autoren setzen sich mit der Frage auseinander, unter welchen Umständen der Gleitzeitüberhang verfällt oder vom Arbeitgeber zu entschädigen ist.

Überstunden sind Mehrarbeit, die aufgrund betrieblicher Notwendigkeit oder durch Anordnung des Arbeitgebers entsteht. Gleitzeitstunden werden innerhalb der vereinbarten oder üblichen Arbeitsstunden bzw. zur eventuellen späteren selbständigen Kompensation freiwillig darüber hinaus erwirtschaftet. Das besondere Wesen der gleitenden Arbeitszeit liegt somit darin begründet, dass die Zeitsouveränität im Gegensatz zur Überstundenarbeit beim Arbeitnehmer liegt. Ein positiver Gleitzeitsaldo verfällt grundsätzlich am Ende einer vereinbarten Zielperiode oder am Ende der Kündigungsfrist, weil der Arbeitnehmer innerhalb seiner Arbeitszeitautonomie für einen Ausgleich des Zeitsaldos bemüht sein muss. Er verfällt am Ende der Kündigungsfrist entschädigungslos. Kann ein Arbeitnehmer jedoch aus betrieblichen Gründen oder wegen Weisungen des Arbeitgebers seinen positiven Gleitzeitsaldo bis zum Ende der Kündigungsfrist nicht abbauen, werden in diesem Umfang aus dem Gleitzeitsaldo Überstunden, die u.U. entsprechend zu entschädigen sind.

■ **Fischer, Alexander/Trost, Andrea: Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, Jusletter 19. Mai 2014**

Das am 1. Januar 2014 in Kraft getretene neue Sanierungsrecht hat zu zwei wichtigen Anpassungen im Arbeitsrecht geführt. Gemäss dem neuen Art. 333b OR geht das Arbeitsverhältnis bei einer Übertragung des Betriebs oder eines Betriebsteils während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung nur dann auf den Erwerber über, wenn dies mit dem Erwerber vereinbart wurde und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Wie die Autoren hierzu kommentieren, greift die automatische Übertragung der Arbeitsverhältnisse in der Insolvenz nicht mehr. Die Schweiz ist von einer «Automatic Transfer»-Jurisdiktion zu einer «Offer and Acceptance»-Jurisdiktion übergegangen, d.h., der Erwerber des Betriebs kann – muss aber nicht – die Arbeitsverhältnisse übernehmen. Insbesondere hat er die Möglichkeit, auch nur einzelne Arbeitsverhältnisse zu übernehmen bzw. er kann den Arbeitnehmern auch neue Verträge offerieren. Ferner gelangt gemäss dem neuen Art. 333b OR bei einem Betriebsübergang im Konkurs sowie beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung die solidarische Haftung zwischen dem alten Arbeitgeber und dem Erwerber

nicht mehr zur Anwendung. Die zweite Neuerung betrifft die Einführung einer allgemeinen Sozialplanpflicht bei grösseren Massenentlassungen (Art. 335h ff. OR), wobei Ausnahmen während eines Konkurs- und Nachlassverfahrens bestehen.

■ **Fridland Svensson, Gili/Meyer, Barbara: Spitzenboni – Im Lichte der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Der Schweizer Treuhänder 2014/3, 214 ff.**

Wie die Autorinnen vermerken, hat das Bundesgericht in einem Leitentscheid vom Februar 2013 (BGE 139 III 155) zur Frage der Akzessorietät des Bonus erstmals für Klarheit gesorgt. Es hat entschieden, dass das Akzessorietätsprinzip bei sehr hohen Einkommen – zumindest bei solchen im Millionenbereich – nicht anwendbar ist. Im Mai 2013 hat es sodann entschieden (4A\_721/2012), dass – bei Verletzung des Akzessorietätsprinzips – sich nicht zwingend der ganze Bonus in einen Lohnbestandteil wandelt, sondern nur in dem Umfang, in dem das Akzessorietätsprinzip tatsächlich verletzt ist. Da trotz dieser Rechtsprechung eine gewisse Unsicherheit bestehen bleibt, wie ein Gericht im konkreten Fall die Rechtsfolgen bei Verletzung des Akzessorietätsprinzips bestimmen wird, empfehlen die Autorinnen Arbeitgebern, die bei der jeweiligen Auszahlung von Boni einen möglichst grossen Spielraum haben wollen, folgendes Vorgehen: (1.) Ermessenspielraum einbauen: Arbeitsverträge und Bonusvereinbarungen sind sorgfältig zu formulieren. Arbeitgeber sollten sich namentlich ein angemessenes Ermessen bei der Festlegung des Bonusanspruchs und/oder der Berechnung der Höhe des Bonus vorbehalten. (2.) Arbeitgeber sollen von ihrem Ermessen Gebrauch machen. (3.) Unterschiedliche Geschäftsergebnisse und individuelle Leistungen sollen sich in der Bemessung des Bonus stets widerspiegeln.

■ **Geiser, Thomas: Übersicht über die arbeitsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 2013, AJP 1/2014, 111 ff.**

Der Autor analysiert die im Jahr 2013 zu nachstehenden Rechtsbereichen ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts: (I.) Einzelarbeitsvertrag, (1.1) Fürsorgepflicht/Überwachung des Arbeitnehmers, (1.2) angemessenes Entgelt bei Provision, (1.3)

rechtliche Qualifikation des Bonus, (1.4) Überzeit- und Überstundenentschädigung, (1.5) sachlicher Kündigungsschutz, (1.6) fristlose Entlassung, (1.7) Konkurrenzverbot, (1.8) Arbeitszeugnis, (1.9) negative Referenzauskünfte, (1.10) internationales Privatrecht, (II.) Öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutz, (2.1) betrieblicher Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes, (2.2) internationaler Anwendungsbereich des ArG, (2.3) Abgeltung von Überzeiten, (III.) Kollektives Arbeitsrecht, (3.1) Wirkungen eines GAV auf Nicht-Verbandsmitglieder, (3.2) betrieblicher Anwendungsbereich eines AVE GAV.

■ **Ianni, Sara/Meier-Dieterle, Felix C.: Lohnarten – Eine «tour d’horizon», Der Schweizer Treuhänder 2014/3, 209 ff.**

Die Autoren geben einen Überblick über die in der Praxis geläufigsten Lohnarten und beurteilen ihre jeweiligen Chancen und Tücken. Die Lohnarten können in zwei Kategoriengruppen eingeteilt werden. Es kann zwischen Geld- und Naturallohn sowie zwischen Fix- und Leistungslohn unterschieden werden. In der Praxis werden verschiedene Lohnarten meist miteinander kombiniert. Die Freiheit der Ausgestaltung von Mischvergütungsformen findet allerdings ihre Schranke im Betriebs- und Wirtschaftsrisiko, das durch die Wahl einer bestimmten Lohnart nicht auf den Arbeitnehmer überwältigt werden darf.

■ **Kleiner, Jan: Der Schutz der Vertragsstabilität durch Verbandsreglemente im Berufsfussball, in: Sportrecht, Band I, Bern 2013, ISBN 978-3-7272-3104-9, 317 ff.**

Wie der Autor ausführt, entsprach es während langer Zeit gängiger Praxis im internationalen Berufsfussball, dass ein Club auch nach Ablauf der Vertragsdauer die Freigabe eines Berufsfussballers noch von der Leistung einer Transferzahlung abhängig machen konnte. Der EuGH erklärte diese Praxis für unzulässig (Fall Bosman), da sie die Freizügigkeit von Berufsfussballspielern in unverhältnismässiger Weise einschränkte. Die FIFA erliess daraufhin das «Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern» (RST). Gemäss RST schliessen Spieler und Club befristete Arbeitsverträge ab, die grundsätzlich nicht vorzeitig kündbar sind. Solange eine solche vertragliche Bindung in Kraft ist, kann der aktuelle Club

eines Spielers seine Zustimmung zur vorzeitigen Vertragsauflösung – und mithin seine Zustimmung zu einem Transfer – von der Zahlung einer Transferentschädigung abhängig machen. Bei einem Transfergeschäft handelt es sich klassischerweise um ein Dreiparteiengeschäft zwischen dem Spieler, seinem aktuellen Club und seinem neuen Club: Der aktuelle Club und der Spieler müssen sich über die Auflösung ihrer vertraglichen Beziehung einigen, der neue Club und der Spieler müssen einen neuen Spielervertrag abschliessen, und schliesslich müssen sich die beiden Clubs über die zu leistende Transferentschädigung einigen. Der Autor analysiert die gemäss dem Nutzungs- bzw. Veräusserungswert vorzunehmende Berechnung der Transferentschädigung gemäss Art. 17 Ziff. 1 RST, dies in Bezug zum Vertragsbruch des Spielers als auch zum Vertragsbruch des Clubs.

■ **Kleiner, Jan: Der Spielervertrag zwischen einem Berufsfussballer und seinem Club und dessen vorzeitige Beendigung, in: Sportrecht, Band I, Bern 2013, ISBN 978-3-7272-3104-9, 131 ff.**

Berufsfussballspieler und ihre Clubs schliessen stets befristete Verträge ab. Eine vorzeitige Kündigung ist mithin nur in Ausnahmefällen zulässig. Das FIFA «Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern» (RST) äussert sich in Art. 13 ff. zur Zulässigkeit vorzeitiger Vertragsauflösungen. Diese Artikel folgen der Konzeption des Schweizer Arbeitsrechts und sind Art. 337 ff. OR nachgebildet. Aus Sicht des Spielers ist das Vorliegen eines Kündigungsgrundes bedeutsam, weil er dann – sofern er sein Kündigungsrecht ausübt – «vertragsfrei» wird und zu einem neuen Club wechseln kann, ohne dass dieser Club eine Transferzahlung an den vorherigen Club leisten müsste. Dies verbessert die Verhandlungsposition des Spielers im Hinblick auf seine Lohnforderungen gegenüber dem zukünftigen Club. Aus der Sicht eines Clubs bedeutet das Vorliegen eines Kündigungsgrundes, dass er sich aus einer möglicherweise unliebsamen vertraglichen Bindung befreien kann und die bisher geschuldeten Lohnzahlungen an den Spieler fortan einspart. Der Autor behandelt im Detail die Kündigungsgründe aus Sicht des Spielers (Lohnstreitigkeiten, Verletzung des Beschäftigungsanspruchs des Spielers, insb. des Anspruchs auf Teilnahme am Training, schikanöse Behandlung, Abstieg in eine Spielklasse ohne Berufsspieler, Lizenzverlust des Clubs etc.) sowie aus Sicht des Clubs (unerlaubte

Abwesenheit des Spielers, Drogen- und Dopingkonsum, Mitwirkung an Spielmanipulationen etc.).

■ **Meier, Anne: *L'engagement de musiciens: contrat de travail ou contrat d'entreprise?*, Genève 2013, Slatkine, 402 pages, ISBN 978-2-05-102474-7**

L'auteure propose de classer les musiciens professionnels en deux catégories: les musiciens travailleurs et les musiciens entrepreneurs. Les musiciens membres d'ensembles répondent aux critères du contrat de travail. Lorsque l'on ne peut distinguer de lien de subordination, ou lorsque l'intégration de l'artiste n'est pas suffisante, les musiciens sont indépendants. Ils sont alors liés à l'organisateur de concert par un contrat d'entreprise. Tout au long de son étude, l'auteure compare le droit suisse et le droit américain. Elle considère que la vision américaine, plus pragmatique, pourrait influencer le droit suisse.

■ **Müller, Martin L.: *Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) – Lösungsansätze für die arbeitsrechtliche Umsetzung*, AJP 4/2014, 477 ff.**

Mit der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen VegüV hat der Bundesrat die Initiative gegen die Abzockerei umgesetzt. Der Aufsatz untersucht das Verhältnis der VegüV zu arbeitsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere den zwingenden Vorgaben zugunsten des Arbeitnehmerschutzes. Zum Geltungsbereich führt er aus, dass die neuen arbeitsrechtlich relevanten Regelungen nur zum Tragen kommen, wenn sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer die notwendigen Voraussetzungen erfüllen: Der Arbeitgeber muss eine im In- oder Ausland kotierte Schweizer Aktiengesellschaft sein bzw. zu einem Konzern gehören, dessen kotierte Muttergesellschaft in der Schweiz domiziliert ist, und der Arbeitnehmer muss entweder dem Verwaltungsrat, der Geschäftsleitung oder dem Beirat der kotierten Gesellschaft angehören. Nicht immer ist das Management in der kotierten Muttergesellschaft angestellt, sondern wird oft formal in einer separaten Tochtergesellschaft (sog. Managementgesellschaft) angestellt und leitet von dieser Managementgesellschaft aus die Muttergesellschaft bzw. den Gesamtkonzern. Die Arbeitnehmer dieser Managementgesellschaft sind vom An-

wendungsbereich des neuen Rechts ebenfalls erfasst, auch wenn die Managementgesellschaft im Ausland domiziliert ist. Das geht klar aus Art. 21 VegüV hervor, so der Autor. Neben der Vergütung als solcher behandelt er Spezialfälle wie Sign-On Bonus, Mitarbeiteraktien und -optionen, Spesenersatz, Umstrukturierungsprovision, Abgangsentschädigung, Accelerated Vesting, Karenzentschädigung, Konkurrenzverbot, nachvertragliche Beraterverträge, unterjährige Neueinstellung etc.

■ **Müller, Roland/Thalmann, Philipp/Favre, Christian: *Le certificat de travail en question*, Bâle 2014, Helbing Lichtenhahn, 126 pages, ISBN 978-3-7190-3273-9**

Le certificat de travail est une composante majeure de la vie professionnelle en Suisse. Les auteurs souhaitent offrir un tour d'horizon complet de la problématique. Sont notamment traités la portée, les genres, les formes, l'élaboration et le contenu du certificat, la responsabilité de l'employeur et du rédacteur, ainsi que la mise en œuvre judiciaire du droit au certificat de travail. L'ouvrage comprend de nombreux modèles et des check-lists qui lui confèrent un aspect concret et pratique.

■ **Oertle, Matthias: *Arbeitsrecht im Konflikt mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen*, GesKR 1/2014, 44 ff.**

Der Autor geht der Frage nach, ob der in Art. 1 Abs. 1 VegüV statuierte Vorrang der VegüV gegenüber den Bestimmungen des OR wirklich absolute Gültigkeit beanspruchen kann, namentlich im Hinblick auf das von Art. 95 Abs. 3 BV verfolgte Ziel der VegüV, nämlich den Schutz der Aktionäre schweizerischer Publikumsgesellschaften vor übermässigen Vergütungen für ihre Organpersonen. Er kommt nach Analyse der Konflikte zwischen den Bestimmungen der VegüV und dem Arbeitsrecht zum Schluss, dass der Grundsatz «Arbeit gegen Lohn» kraft der Einführung des Genehmigungsvorbehalts gemäss Art. 18 VegüV im Sinne einer Rechtsbedingung (*conditio iuris*) einen folgenschweren Einbruch erleidet. Werden doch erst mit Erteilung der Genehmigung an der jährlichen GV die vertraglich vereinbarten Vergütungen für Organpersonen für die Gesellschaft rechtlich bindend. Im System eines retrospektiven Genehmigungsverfah-

rens könne dies im Extremfall dazu führen, dass eine Organperson während mehr als einem Jahr Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, ohne dafür eine Entschädigung zu erhalten («Arbeit ohne Lohn»). Die daraus resultierenden negativen Folgen könnten dadurch gemildert werden, dass der Genehmigungsvorbehalt durch die jährliche GV vernünftigerweise mittels eines prospektiven Genehmigungsverfahrens umgesetzt wird. Nur dieses System biete den Organpersonen die nötige Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit, welche unabdingbare Voraussetzungen für die Rekrutierung ausgewiesener Führungskräfte auf dem nationalen und internationalen Arbeitsmarkt sind.

■ **Ordolli, Geneviève: Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail, Genève 2013, Slatkine, 440 pages, ISBN 978-2-05-102583-6**

L’auteure traite de l’accès et de l’utilisation de l’intranet et de l’internet par les représentants des travailleurs, ainsi que du contrôle de cette utilisation. Dans une perspective de droit comparé comprenant le droit suisse, le droit français et le droit allemand, l’auteure répond à de nombreuses questions pratiques: les représentants des travailleurs ont-ils le droit d’utiliser l’internet dans l’entreprise ou l’intranet de l’entreprise pour la défense collective des intérêts des travailleurs? Dans quelle mesure l’employeur peut-il valablement s’opposer à une telle utilisation? Les traces laissées par l’utilisation de ces technologies permettent-elles la surveillance des travailleurs?

■ **Seiler, Zoé: Cinéma: droit d’auteur et droit du travail, Genève 2012, Slatkine, 564 pages, ISBN 978-2-05-102367-2**

L’auteure se propose d’examiner quelles sont les règles applicables à la création salariée en général

et à la création cinématographique en particulier. En droit suisse, la loi ne traite pas expressément la question. L’activité de création salariée relève autant du droit d’auteur que du droit du travail. L’auteur détermine à qui, de l’employeur ou du salarié, les droits concernés doivent être attribués et dans quelle mesure. L’analyse des droits français et allemand enrichit l’étude en apportant un éclairage et une perception différents dont le droit helvétique pourrait s’inspirer.

■ **Zihler, Florian: Verordnung gegen übermässige Vergütungen, Der Schweizer Treuhänder 2014/1–2, 46 ff.**

Durch Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» erhielt Art. 95 BV einen neuen 3. Absatz. Mit der Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften (VegüV) wurden sämtliche Vorgaben von Art. 95 Abs. 3 BV umgesetzt. Obschon die VegüV zwangsläufig das OR ändert (insb. das Arbeits- und Aktienrecht), verzichtete das BJ bewusst darauf, auch formell in das Bundesgesetz einzugreifen. Eine einleitende Bestimmung der VegüV stellt jedoch den auf die Verfassung gestützten Vorrang der Verordnung klar. Wie der Autor weiter ausführt, sind Arbeitsverträge, die bei Inkrafttreten der VegüV bereits bestanden, bis Ende 2015 anzupassen (Art. 28 VegüV). Wird ein Arbeitsvertrag nach Inkrafttreten der VegüV abgeschlossen, müssen deren Vorgaben uneingeschränkt umgesetzt werden. Spätestens an der zweiten ordentlichen Generalversammlung nach Inkrafttreten der VegüV sind auch alle Vergütungen aus altrechtlichen Arbeitsverträgen zwingend zu genehmigen bzw. im Vergütungsbericht offenzulegen (Art. 31 VegüV). Die VegüV gilt, bis die entsprechenden formell-gesetzlichen Bestimmungen insb. des OR und des StGB in Kraft treten. Sie geht folglich nur vorübergehend einigen Bestimmungen des OR vor.

## Aus Europa/Europe

**Rechtsakte zu Freizügigkeit und Sozialpolitik** [eur-lex.europa.eu/de/index.htm](http://eur-lex.europa.eu/de/index.htm)  
**Législation, libre circulation et politique sociale** [eur-lex.europa.eu/fr/index.htm](http://eur-lex.europa.eu/fr/index.htm)

■ *Vorschlag für eine Richtlinie* des Europäischen Parlaments und des Rates über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von **Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung** (Neufassung). KOM(2014) 0167

■ *Bericht* der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Umsetzung des Gesamtansatzes für **Migration und Mobilität 2012–2013**. KOM(2014) 0096

■ *Mitteilung* der Kommission an das Europäische Parlament gemäss Artikel 294 Absatz 6 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend den Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf die Annahme eines geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Mindestvorschriften zur **Erhöhung der Mobilität von Arbeitnehmern durch Verbesserung der Begründung und Wahrung von Zusatzrentenansprüchen 2005/0214 (COD)**. KOM(2014) 0098

■ *Vorschlag für einen Beschluss* des Rates über den Standpunkt, der im Namen der Europäischen Union auf der 103. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz zu den **Änderungen des Codes des Seearbeitsübereinkommens** zu vertreten ist. KOM(2014) 0161

■ *Bericht* der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht 2013 über die Anwendung der **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**. KOM(2014) 0224

■ *Vorschlag für einen Beschluss* des Rates über den Standpunkt, der im Namen der Europäischen Union auf der 103. Tagung der Internationalen Arbeitskonferenz im Hinblick auf eine Empfehlung zur Ergänzung des **Übereinkommens Nr. 29 über Zwangsarbeit, 1930**, der Internationalen Arbeitsorganisation zu vertreten ist. KOM(2014) 0239

■ *Mitteilung* der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Innovation in der Blauen Wirtschaft: **Nutzung des Potenzials unserer Meere und Ozeane für Wachstum und Beschäftigung**. KOM(2014) 0254

■ *Mitteilung* der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat betreffend die Anwendung der Richtlinie 2009/52/EG vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für **Sanktionen und Massnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmässigen Aufenthalt beschäftigen**. KOM(2014) 0286

■ *Mitteilung* der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2009/50/EG über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung («**EU Blue Card**»). KOM(2014) 0287

■ *Mitteilung* der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat. **Fünfter Jahresbericht über Einwanderung und Asyl (2013)**. KOM(2014) 0288

**Neueste Rechtsprechung des EuGH zu Freizügigkeit und Sozialpolitik** [curia.europa.eu > de](http://curia.europa.eu/de)  
**Jurisprudence récente de la CJCE, libre circulation et politique sociale** [curia.europa.eu > fr](http://curia.europa.eu/fr)

■ *EuGH, Urteil 13/02/2014 (C-512/11 und C-513/11): Sozialpolitik; Arbeitnehmerinnen, die nach Unterbrechung eines unbezahlten Elternurlaubs Mutter-*

*schaftsurlaub genommen haben. Erkenntnis:* Die Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rah-



menvereinbarung über den Elternurlaub ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Bestimmung, wie sie die in den Ausgangsverfahren fraglichen Tarifverträge vorsehen, entgegensteht, nach der eine schwangere Arbeitnehmerin, die einen unbezahlten Elternurlaub im Sinne dieser Richtlinie unterbricht, um mit sofortiger Wirkung Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) zu nehmen, keinen Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts hat, das ihr zugestanden hätte, wenn sie vor diesem Mutterschaftsurlaub ihre Arbeit zumindest für kurze Zeit wieder aufgenommen hätte.

■ *EuGH, Urteil 27/02/2014 (C-588/12): Sozialpolitik; Elternurlaub auf Teilzeitbasis; pauschale Schutzentschädigung wegen der Inanspruchnahme von Elternurlaub.* *Erkenntnis:* Paragraph 2 Nr. 4 der am 14. Dezember 1995 geschlossenen Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub im Anhang der Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub in der durch die Richtlinie 97/75/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 geänderten Fassung ist im Licht der mit dieser Rahmenvereinbarung verfolgten Ziele und der Nr. 6 dieses Paragraphen dahin auszulegen, dass er nicht zulässt, dass die pauschale Schutzentschädigung, die einem unbefristet und auf Vollzeitbasis angestellten Arbeitnehmer, der Elternurlaub auf Teilzeitbasis genommen hat, bei einer einseitigen Beendigung seines Vertrags durch den Arbeitgeber ohne schwerwiegenden oder ausreichenden Grund zusteht, auf der Grundlage des gekürzten Gehalts berechnet wird, das dieser Arbeitnehmer zum Zeitpunkt seiner Entlassung bezog.

■ *EuGH, Urteil 06/03/2014 (C-458/12): Sozialpolitik; Übergang von Unternehmen; Übergang der Arbeitsverhältnisse im Fall der vertraglichen Übertragung eines Betriebsteils, der nicht als bereits zuvor bestehende selbständige wirtschaftliche Einheit identifiziert werden kann.* *Erkenntnis:* 1. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer

beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegensteht, die bei einem Übergang eines Unternehmensteils den Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverhältnisse des Veräusserers in einem Fall gestattet, in dem dieser Unternehmensteil keine funktionell selbständige wirtschaftliche Einheit darstellt, die vor seinem Übergang bestand. 2. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 2001/23 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegensteht, die den Eintritt des Erwerbers in die Arbeitsverhältnisse des Veräusserers in einem Fall gestattet, in dem nach dem Übergang des betreffenden Unternehmensteils der Veräusserer eine starke beherrschende Stellung gegenüber dem Erwerber einnimmt.

■ *EuGH, Urteil 6/03/2014 (C-595/12): Sozialpolitik; Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen; Kurs für den Erwerb der Stellung eines Staatsbediensteten; Abwesenheit infolge eines Mutterschaftsurlaubs.* *Erkenntnis:* 1. Art. 15 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die aus Gründen des öffentlichen Interesses eine Frau im Mutterschaftsurlaub von einer Berufsausbildung ausschliesst, die Teil ihres Beschäftigungsverhältnisses und vorgeschrieben ist, um endgültig auf eine Beamtenstelle ernannt werden und damit in den Genuss verbesserter Beschäftigungsbedingungen gelangen zu können, die ihr dabei aber das Recht garantiert, an der nächsten organisierten Ausbildung teilzunehmen, deren Zeitpunkt jedoch ungewiss ist. 2. Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54 findet auf eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende keine Anwendung, die eine bestimmte Tätigkeit nicht allein männlichen Arbeitnehmern vorbehält, jedoch den Zugang zu dieser Tätigkeit für Arbeitnehmerinnen, die wegen eines obligatorischen Mutterschaftsurlaubs eine Berufsausbildung nicht vollständig absolvieren konnten, verzögert. 3. Art. 14 Abs. 1 Buchst. c und Art. 15 der Richtlinie 2006/54 sind hinreichend klar, genau und unbedingt, um unmittelbare Wirkung zu entfalten.

■ *EuGH, Urteil 12/03/2014 (C-457/12): Freizügigkeit; Aufenthaltsrecht eines Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt; Berufstätigkeit. Erkenntnis:* Die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG ist dahin auszulegen, dass sie es einem Mitgliedstaat nicht verbietet, einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, das Aufenthaltsrecht in dem Fall zu verwehren, dass der Unionsbürger die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats besitzt und dort wohnt, sich im Rahmen seiner Berufstätigkeit aber regelmässig in einen anderen Mitgliedstaat begibt. Art. 45 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsbürgerschaft der Unionsbürger besitzt, in dem Fall, dass der Unionsbürger in diesem Staat wohnt, sich aber regelmässig als Arbeitnehmer im Sinne der genannten Bestimmung in einen anderen Mitgliedstaat begibt, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht verleiht, sofern dessen Verweigerung eine abschreckende Wirkung in Bezug auf die tatsächliche Ausübung der Rechte des betreffenden Arbeitnehmers aus Art. 45 AEUV hätte, was zu prüfen Sache des nationalen Gerichts ist.

■ *EuGH, Urteil 13/03/2014 (C-38/13): Sozialpolitik; Kündigungsfrist eines befristeten Arbeitsvertrags; Ungleichbehandlung gegenüber Dauerbeschäftigten. Erkenntnis:* Paragraph 4 Nr. 1 der am 18. März 1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen – die für die Kündigung von befristeten Arbeitsverträgen mit einer Laufzeit von mehr als sechs Monaten die Möglichkeit vorsieht, eine feste, von der Betriebszugehörigkeitsdauer des betroffenen Arbeitnehmers unabhängige zweiwöchige Kündigungsfrist anzuwenden, während

bei unbefristeten Arbeitsverträgen die Dauer der Kündigungsfrist von der Betriebszugehörigkeitsdauer des betroffenen Arbeitnehmers abhängt und zwei Wochen bis drei Monate betragen kann – entgegensteht, sofern sich diese beiden Kategorien von Arbeitnehmern in vergleichbaren Situationen befinden.

■ *EuGH, Urteil 13/03/2014 (C-190/13): Sozialpolitik; Assistenzprofessoren; Massnahmen zur Vermeidung von Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge. Erkenntnis:* Paragraph 5 der am 18. März 1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, nach der Universitäten aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge mit Assistenzprofessoren ohne jede Beschränkung der maximal zulässigen Dauer und der zulässigen Zahl der Verlängerungen dieser Verträge verlängern können, nicht entgegensteht, soweit solche Verträge, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist, aus einem sachlichen Grund im Sinne von Paragraph 5 Nr. 1 Buchst. a der Rahmenvereinbarung gerechtfertigt sind. Allerdings muss dieses Gericht auch konkret überprüfen, dass im Ausgangsverfahren die fragliche Verlängerung der aufeinanderfolgenden befristeten Arbeitsverträge tatsächlich zur Deckung eines zeitweiligen Bedarfs diene und dass eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht in Wirklichkeit eingesetzt wurde, um einen ständigen und dauerhaften Bedarf zur Einstellung von Lehrkräften zu decken.

■ *EuGH, Urteil 18/03/2014 (C-167/12): Sozialpolitik; Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern; ungünstigere Behandlung einer Bestellmutter hinsichtlich der Gewährung von Mutterschaftsurlaub. Erkenntnis:* 1. Die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) ist dahin auszulegen, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, einer Arbeitnehmerin in ihrer Eigenschaft als Bestellmutter, die im Rahmen einer Ersatzmuttervereinbarung ein

Kind erhalten hat, einen Mutterschaftsurlaub gemäss Art. 8 dieser Richtlinie zu gewähren, und zwar auch dann nicht, wenn sie das Kind nach der Geburt möglicherweise oder tatsächlich stillt. 2. Art. 14 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen in Verbindung mit deren Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b und Abs. 2 Buchst. c ist dahin auszulegen, dass es keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, wenn ein Arbeitgeber einer Bestellmutter, die im Rahmen einer Ersatzmuttervereinbarung ein Kind erhalten hat, keinen Mutterschaftsurlaub gewährt.

■ *EuGH, Urteil 18/03/2014 (C-363/12): Sozialpolitik; Gleichbehandlung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen; Bestellmutter, die im Rahmen einer Ersatzmuttervereinbarung ein Kind erhalten hat; Versagung eines dem Mutterschafts- oder Adoptionsurlaub vergleichbaren Urlaubs.* *Erkenntnis:* 1. Die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, insbesondere ihre Art. 4 und 14, ist dahin auszulegen, dass es keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, wenn einer Arbeitnehmerin in ihrer Eigenschaft als Bestellmutter, die im Rahmen einer Ersatzmuttervereinbarung ein Kind erhalten hat, kein dem Mutterschaftsurlaub entsprechender bezahlter Urlaub gewährt wird. Was die Gewährung eines Adoptionsurlaubs betrifft, fällt die Situation einer solchen Bestellmutter nicht unter diese Richtlinie. 2. Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in

Beschäftigung und Beruf ist dahin auszulegen, dass es keine Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellt, wenn einer Arbeitnehmerin, die keine Kinder austragen kann und die eine Ersatzmuttervereinbarung geschlossen hat, kein dem Mutterschafts- oder Adoptionsurlaub entsprechender bezahlter Urlaub gewährt wird. Die Gültigkeit dieser Richtlinie kann nicht anhand des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen beurteilt werden, aber die Richtlinie ist nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen auszulegen.

■ *EuGH, Urteil 22/05/2014 (C-539/12): Sozialpolitik; Arbeitszeitgestaltung; Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub; Grundgehalt und monatliche Provision nach Massgabe des erzielten Umsatzes.* *Erkenntnis:* 1. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass er nationalen Bestimmungen und Praktiken entgegensteht, nach denen ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt sich aus einem Grundgehalt und einer Provision zusammensetzt, deren Höhe sich nach den Verträgen bemisst, die vom Arbeitgeber aufgrund der vom Arbeitnehmer getätigten Verkäufe geschlossen wurden, hinsichtlich seines bezahlten Jahresurlaubs nur Anspruch auf ein Arbeitsentgelt hat, das ausschliesslich aus seinem Grundgehalt besteht. 2. Die Methoden der Berechnung der Provision, auf die ein Arbeitnehmer wie der Kläger des Ausgangsverfahrens hinsichtlich seines Jahresurlaubs Anspruch hat, sind vom nationalen Gericht anhand der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union aufgestellten Regeln und Kriterien und im Licht des mit Art. 7 der Richtlinie 2003/88 verfolgten Ziels zu beurteilen.

## Aus der ILO/OIT

### Faire Migration – Festlegung einer Agenda der ILO

ILO-Generaldirektor Guy Ryder widmete seinen Bericht I(B) zur Eröffnung der Internationalen Arbeitskonferenz 2014 in Genf dem Thema «Faire Migration – Festlegung einer Agenda der ILO» («Fair migration – Setting an ILO agenda»). Die Migration – ein wesentliches Merkmal der Arbeitswelt von heute – ist mit komplexen politischen Herausforderungen verbunden. Die ILO ist aufgerufen, die Migration zu einer eindeutigen Priorität in zukünftigen Programmen zu machen und die Gestaltung einer Agenda für eine faire Migration an die Hand zu nehmen. Eine solche Agenda muss nicht nur die grundlegenden Rechte der Wanderarbeitnehmer achten, sondern ihnen auch echte Möglichkeiten für menschenwürdige Arbeit bieten.

Weltweit gibt es derzeit ca. 231,5 Mio. internationale Migranten, was rund 3% der Weltbevölkerung ausmacht. Diese Gesamtzahl liegt um 57 Mio. über der Zahl von 2000, wobei im ersten Jahrzehnt die Gesamtzahl der Migranten zweimal so schnell wuchs wie in den vorausgegangenen zehn Jahren. Aufgrund der negativen Auswirkungen der Weltwirtschaftskrise ist seit 2010 eine Verlangsamung zu verzeichnen.

Die Triebkräfte der Migration in der Welt lassen aber weiterhin eine starke Migrationsdynamik erkennen, sodass auch in Zukunft mit einer Zunahme der Migration gerechnet werden muss – es sei denn, die Politik würde anders entscheiden und es gelänge ihr, mit Erfolg restriktive Massnahmen anzuwenden.

Eine starke Triebkraft ergibt sich aus den unterschiedlichen Lebensstandards der einzelnen Länder. Die Einkommensunterschiede zwischen verschiedenen Ländern stellen die stärksten Anreize zur Mobilität dar. Eine weitere Haupttriebkraft liegt in den demographischen Tendenzen. Wachsender Wohlstand geht mit kleineren Familien einher. Gesellschaften mit höherem Einkommen tendieren daher zu alternden Bevölkerungen, dies aber verbunden mit einem Arbeitskräftemangel, der durch Migration kompensiert werden muss, wenn Wachstum, Lebensstandard und die sozialen Sicherungssysteme aufrechterhalten werden sollen. Eine wichtige Trieb-

kraft besteht ferner im Druck auf die Menschen, Konflikten, Repressionen oder (zunehmend) den Folgen des Klimawandels zu entkommen.

Regierungen legen den nationalen Rechtsrahmen für Arbeitsmigration fest. Der allgemeine politische Trend geht dahin, dass es für einen Arbeitnehmer umso leichter ist, in ein Land einzureisen und sich dort niederzulassen, je höher sein Qualifikationsniveau ist. Länder sind andererseits weniger bereit, geringer qualifizierte Arbeitnehmer aufzunehmen, selbst wenn sie nachgefragt werden, aus Angst, dass sie langfristig vielleicht nicht beschäftigungsfähig sind und ihnen die Integration schwerer fallen würde. Am weitesten vorangeschritten ist die Politik der EU, die den Grundsatz der Freizügigkeit in allen ihren 28 Mitgliedstaaten festgelegt hat. Die Anwendung dieses Grundsatzes ist allerdings Gegenstand anhaltender politischer Diskussionen, nicht zuletzt wegen der schwierigen Verhältnisse in vielen europäischen Arbeitsmärkten.

Im Kontext staatlicher Politik agieren private Agenturen als wichtige und manchmal vorherrschende Arbeitsmarktmediatoren bei der Anwerbung und Vermittlung von Arbeitskräften über nationale Grenzen hinweg. Es gibt eindeutige Beweise für weit verbreitete Missbräuche im Zusammenhang mit der Tätigkeit dieser Agenturen. Migranten haben oft nur geringe oder keine Möglichkeiten, gegen skrupellose Vermittler vorzugehen, wenn sie an ihren Bestimmungsorten angelangt sind und Probleme auftauchen.

Bei der Festsetzung einer Agenda für eine faire Migration ist von Bedeutung, ob die Migration auf Dauer oder befristet stattfindet, ob die Erwerbsbeteiligung der Migranten allenfalls eingeschränkt wird, ob den Migranten alle Rechte, Schutzmassnahmen und Vorteile, in deren Genuss vergleichbare Inländer kommen, gewährt oder versagt werden, und ob es sich um reguläre oder irreguläre Wanderungen handelt. Aktuelle Schätzungen zufolge macht die irreguläre Migration ca. 10-15% der Gesamtzahl aus. Eine Lösung des Problems gestaltet sich insbesondere dann als schwierig, wenn papierlose Arbeitnehmer bereits

in grosser Zahl in Arbeitsmärkten aktiv sind (USA 11 Mio., EU 1,9 bis 3,8 Mio.).

Gemäss dem Bericht sollte sich eine Agenda für faire Migration folgender Aktionsbereiche annehmen:

(1.) Förderung menschenwürdiger Arbeit in Herkunftsländern, einschliesslich des Beitrags von Migranten: Damit Migration nicht zu einem Zwang wird, sondern eine Option bleibt, ist die Schaffung von mehr Möglichkeiten für menschenwürdige Arbeit in den Herkunftsländern unerlässlich. Ein wichtiger Beitrag für die nachhaltige Entwicklung in diesen Ländern wird aber von den Migranten selbst geleistet. 2013 wurde geschätzt, dass sich ihre Überweisungen jährlich auf 404 Mrd. US-Dollar belaufen, was mehr als dreimal so viel ist wie der Betrag der öffentlichen Entwicklungshilfe (2012 ca. 125,6 Mrd. US-Dollar).

(2.) Formulierung von Programmen für geordnete und faire Wanderungen im Rahmen regionaler Integrationsprozesse: Die Mitgliedstaaten entscheiden selbst das Ausmass und die Art der Arbeitsmobilität. Diese kann begrenzte, auf spezifische Fragen ausgerichtete Initiativen (z.B. Ansprüche der sozialen Sicherheit, Anerkennung von Qualifikationen), aber auch weitreichende Initiativen bis hin zur Förderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffen.

(3.) Förderung bilateraler Vereinbarungen für eine gut regulierte und faire Migration zwischen Mitgliedstaaten: Wanderungen finden zunehmend im Rahmen von Programmen statt, die befristete Arbeitskräftewanderungen oder die Wanderung von Arbeitnehmern mit spezifischen Qualifikationen vorsehen. Solche Programme haben eine ausgewogene Berücksichtigung der Interessen von Entsende- und Aufnahmeländern sicherzustellen.

(4.) Einrichtung fairer Anwerbungsverfahren: Die sehr umfassende Beteiligung privater Arbeitsvermittler an der Anwerbung von Arbeitnehmern für eine Beschäftigung in anderen Ländern ist nur zu oft mit schweren Missbräuchen in Verbindung gebracht worden. Daher sind solche Vermittlungstätigkeiten von den Regierungen angemessen zu regulieren.

(5.) Verwirklichung eines auf Rechten basierenden Ansatzes: Die ILO kann sich auf das gesamte Spektrum ihrer Übereinkommen und Empfehlungen stützen. Die Übereinkommen Nr. 97 und Nr. 143 sind für diese Aufgabe besonders relevant, weil sie diese Fragen direkt angehen. Veränderungen in der Natur der Wanderungen in den Jahrzehnten seit Annahme dieser Übereinkommen und ihr Ratifikationsstand sowie ihre Ratifikationstrends geben zu Überlegungen Anlass, ob die gegenwärtigen Normen der ILO eine ausreichend solide Plattform für den dringend benötigten, auf Rechten basierenden Ansatz zur Migration darstellen.

(6.) Beitrag zu einer verstärkten multilateralen und auf Rechten beruhenden Migrationsagenda: Die ILO, die 2014 den Vorsitz der Globalen Gruppe für Migrationsfragen (GMG) der Vereinten Nationen führt, sollte ihren Teil zu einer verstärkten multilateralen und auf Rechten beruhenden Migrationsagenda beitragen.

*Dr. iur. Hubert Fritsch*

Fair migration – Setting an ILO agenda: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_242879.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_242879.pdf); Pressemitteilung: Ryder: Migration als grosse politische Herausforderung: [http://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS\\_245361/lang--de/index.htm](http://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_245361/lang--de/index.htm)

# Inhaltsverzeichnis – Sommaire – Sommario

Seiten/Pages/Pagine

**Arbeitslosenversicherung  
Assurance-chômage  
Assicurazione contro la disoccupazione**

**Arbeitslosenentschädigung  
Indemnité de chômage  
Indennità di disoccupazione**

**Anspruchsvoraussetzungen** ..... 137  
**Droit à l'indemnité** ..... 137  
**Presupposti del diritto** ..... 137  
 Schadenminderungspflicht des Versicherten ..... 137  
 Obligation de l'assuré de diminuer le dommage ..... 137  
 Obbligo di ridurre il danno ..... 137

**Versicherter Verdienst** ..... 141  
**Gain assuré** ..... 141  
**Guadagno assicurato** ..... 141  
 Bemessungsgrundlage ..... 141  
 Calcul de base ..... 141  
 Base di calcolo ..... 141

**Einstellung in der Anspruchsberechtigung** ..... 145  
**Suspension du droit à l'indemnité** ..... 145  
**Sospensione del diritto all'indennità** ..... 145  
 Festlegung der Einstellungsdauer ..... 145  
 Détermination de la durée de suspension ..... 145  
 Stabilire la durata della sospensione ..... 145

**Rechtspflege/Verfahren  
Voies de droit/Procédure  
Rimedi giuridici/Procedura**

**Einspracheverfahren** ..... 149  
**Procédure d'opposition** ..... 149  
**Procedura di opposizione** ..... 149  
 Ausstandsgrund ..... 149  
 Motif de récusation ..... 149  
 Motivo di ricasazione ..... 149

# Arbeitslosenversicherung Assurance-chômage Assicurazione contro la disoccupazione

## Arbeitslosenentschädigung Indemnité de chômage Indennità di disoccupazione

### Anspruchsvoraussetzungen Droit à l'indemnité Presupposti del diritto

### Schadenminderungspflicht des Versicherten Obligation de l'assuré de diminuer le dommage Obbligo di ridurre il danno

- 5 *Art. 8 Abs. 1 lit. a und b, Art. 10 Abs. 2 lit. b und Art. 11 Abs. 1 AVIG; anrechenbarer Lohnausfall. Eine Teilzeitstelle, die über mehrere Jahre als Dauerarbeitsverhältnis nach Bedarf des Arbeitgebers (Arbeit auf Abruf) ausgeübt und als Zwischenverdienst abgerechnet wird, entspricht nicht mehr dem Schadenminderungsgedanken und verliert den Charakter einer Überbrückungstätigkeit, weshalb in dieser Konstellation auch nur ein zeitlich begrenzter sozialer Schutz seitens der Arbeitslosenversicherung gewährt wird.*

*Art. 8, al. 1, let. a et b, art. 10, al. 2, let. b et art. 11, al. 1, LACI; perte de salaire prise en considération. Un emploi à temps partiel exercé depuis plusieurs années dans le cadre d'un contrat de travail de durée indéterminée, organisé suivant les besoins de l'employeur (travail sur appel) et comptabilisé comme gain intermédiaire, ne répond plus au principe de diminution du dommage et perd sa notion d'activité provisoire. Eu égard à ce qui précède, l'assurance-chômage garantira, dans ce cas de figure, une protection sociale pendant une durée limitée uniquement.*

*Art. 8 cpv. 1 lett. a e b, art. 10 cpv. 2 lett. b e art. 11 cpv. 1 LADI; perdita di guadagno computabile. Un'occupazione a tempo parziale esercitata per diversi anni come rapporto di lavoro permanente in base alle esigenze del datore di lavoro (lavoro su chiamata) e computata come guadagno intermedio non corrisponde più al concetto di riduzione del danno e perde il carattere di «attività transitoria», per cui in questo contesto l'assicurazione contro la disoccupazione non può che concedergli una protezione sociale limitata nel tempo.*

Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 24. April 2014 in Sachen Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen, Beschwerdeführerin, gegen A., Beschwerdegegner (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. November 2013), 8C\_46/2014

Sachverhalt:

A.

Der 1954 geborene A. meldete sich am 30. Juni 2008 zum Leistungsbezug bei der Arbeitslosenversicherung an. Seit 1. November 2008 arbeitet er auf Abruf als Service-Aushilfe im Hotel H., welche Tätigkeit als Zwischenverdienst angerechnet wurde. Am 1. September 2010 eröffnete die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen eine Folgerahmenfrist und nach Ablauf derselben beantragte A. die Eröffnung einer dritten Leistungsrahmenfrist ab 1. Oktober 2012. Am 25. September 2012 erlitt der Versicherte einen Bandscheibenvorfall, weshalb er krankheitsbedingt die Tätigkeit erst wieder am 1. Januar 2013 aufnehmen konnte. Mit Verfügung vom 24. Oktober 2012 lehnte die Arbeitslosenkasse einen weiteren Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mit der Begründung ab, nachdem der Versicherte seit 1. November 2008 bei derselben Arbeitgeberin ohne vertragliche Mindestarbeitszeit oder Garantie auf einen bestimmten Beschäftigungsgrad angestellt sei, gehe sie davon aus, dass diese Arbeitssituation für ihn zur Normalität geworden sei und er daher in der Zeit, in der er nicht zur Arbeit aufgefordert werde, auch keinen anrechenbaren Arbeitsausfall erlitten habe. Daran hielt sie auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 22. Januar 2013).

B.

In Gutheissung der dagegen geführten Beschwerde hob das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen den Einspracheentscheid auf und wies die Sache zur Prüfung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen an die Arbeitslosenkasse zurück (Entscheid vom 14. November 2013).

C.

Die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids.

A. lässt auf Abweisung der Beschwerde schliessen, soweit darauf einzutreten sei. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

1.2 Die Vorinstanz hob den Einspracheentscheid mit der Begründung auf, das Arbeitsverhältnis des Beschwerdegegners sei weiterhin im Rahmen der Schadenminderung als Zwischenverdienst anzurechnen und daher sei – sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien – eine neue Rahmenfrist ab 1. Oktober 2012 zu eröffnen, weshalb die Sache zur Prüfung der weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen an die Arbeitslosenkasse zurückzuweisen sei. Hätte dieser kantonale Zwischenentscheid (Art. 93 BGG) Bestand, so wäre die Arbeitslosenkasse unter Umständen gezwungen, eine ihres Erachtens rechtswidrige, leistungszusprechende Verfügung zu erlassen. Diese könnte sie in der Folge nicht selber anfechten; da die Gegenpartei in der Regel kein Interesse haben wird, den allenfalls zu ihren Gunsten rechtswidrigen Endentscheid anzufechten, könnte der kantonale Vorentscheid nicht mehr korrigiert werden und würde zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil für die Verwaltung führen (vgl. BGE 133 V 477 E. 5.2 S. 483 ff.; Urteil 8C\_682/2007 vom 30. Juli 2008 E. 1.2.2, nicht publ. in: BGE 134 V 392). Auf ihre Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

2.1 Im angefochtenen Gerichtsentscheid werden die gesetzlichen Voraussetzungen des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung (Art. 8 Abs. 1 AVIG), insbesondere diejenigen der ganzen oder teilweisen Arbeitslosigkeit (Art. 8 Abs. 1 lit. a und Art. 10 AVIG) sowie des anrechenbaren Arbeitsausfalls (Art. 8



Abs. 1 lit. b und Art. 11 Abs. 1 AVIG), zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

2.2 Wie das Bundesgericht in BGE 139 V 259 festhielt, handelt es sich gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das nach dem Verlust einer Vollzeitstelle nicht freiwillig, sondern der Not gehorchend und um die Arbeitslosigkeit zu überbrücken, eingegangen wurde, um eine notgedrungene Zwischenlösung, was sich auch aus der Tatsache ergibt, dass die versicherte Person bereit ist, diese Tätigkeit unverzüglich aufzugeben. Eine versicherte Person hat dann mit der Aufnahme eines Abrufverhältnisses nur das getan, wozu sie gemäss der ihr obliegenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 AVIG) gehalten ist (Urteil C 266/06 vom 26. Juli 2007, E. 3.2 in: SVR 2008 ALV Nr. 3 S. 6). Deshalb erwog das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht), die Annahme eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf nach Verlust einer Vollzeitstelle sei als Überbrückungstätigkeit zu werten und nicht anstelle der letzten Vollzeittätigkeit als massgebendes letztes Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AVIV zu betrachten (Urteil C 279/95 vom 10. Juni 1996 in: SVR 1996 ALV Nr. 74 S. 227 E. 3a).

In Erwägung 5 des zitierten Urteils gelangte das Bundesgericht jedoch zum Schluss, dass bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf, das während einer laufenden Rahmenfrist aufgenommen und auch in der folgenden Leistungsrahmenfrist als Zwischenverdiensttätigkeit abgerechnet worden war, im Rahmen der Neuprüfung der Anspruchsvoraussetzungen zur allfälligen Eröffnung einer weiteren Rahmenfrist angesichts der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses (in casu war die versicherte Person im Zeitpunkt der Neuprüfung über drei Jahre bei derselben Arbeitgeberin auf Abruf angestellt) nicht mehr von einer zur Schadenminderung überbrückungsweise ausgeübten Tätigkeit gesprochen werden kann.

3.

3.1 Das kantonale Gericht gelangte zur Ansicht, die soeben dargelegte Rechtsprechung gemäss BGE 139 V 259 könne nicht ohne Weiteres auf den hier zu beurteilenden Fall übernommen werden: Ob eine Normalität bezüglich des Arbeitsverhältnisses auf Abruf eingetreten sei, beurteile sich anhand der konkreten Situation und nicht allein anhand zeit-

licher Abläufe. Der Versicherte sei nie wegen ungenügender Arbeitsbemühungen eingestellt worden. Aus diesen monatlichen Bemühungen ergäbe sich, dass er sich keineswegs mit dieser Situation abgefunden hätte und die Aushilfsstelle zur Normalität geworden sei; er verbleibe nicht freiwillig und selbst gewählt in diesem Arbeitsverhältnis. Er habe im Rahmen der Schadenminderungspflicht grosse Ausdauer und beträchtlichen Arbeitswillen bewiesen. Dass die Stellensuche dennoch erfolglos geblieben sei, begründe sich vorwiegend mit seinem vorgerückten Alter. Eine Aufgabe der Tätigkeit würde seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt weiter schmälern. Es dürfe dem Versicherten nicht zum Nachteil gereichen, wenn er unter Wahrung seiner Schadenminderungspflicht das Arbeitsverhältnis auf Abruf weiterführe. Der Verbleib an diesem Arbeitsort sei auch mit Blick auf seine rückenbedingte Arbeitsunfähigkeit, die vom 25. September bis 6. Januar 2013 gedauert habe, insofern für ihn die beste Lösung gewesen, als er aufgrund des Anstellungsverhältnisses auf Abruf – anstelle des gemäss Art. 28 AVIG bei Arbeitsunfähigkeit lediglich 30tägigen Taggeldanspruchs – für 720 Tage krankentaggeldversichert gewesen sei.

3.2 Die Arbeitslosenkasse wendet dagegen ein, die Dauer eines unregelmässigen Arbeitsverhältnisses auf Abruf sei ein massgebliches Indiz, jedoch nicht alleiniges Kriterium, um zu entscheiden, ob ein Arbeitsverhältnis auf Abruf zur Normalität geworden und daher letztlich kein anrechenbarer Arbeitsausfall entstanden sei. Auch die Formulierung des SECO «Indiz für eine nun als normal zu qualifizierende Arbeitszeit ist eine länger als ein Jahr andauernde Tätigkeit auf Abruf, mit der Folge, dass während der Zeit, während der die versicherte Person nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen anrechenbaren Arbeitsausfall mehr erleidet» (in Rz. B97b der AVIG-Praxis) lasse es zu, bei besonderen Fällen trotz der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht von einer diesbezüglichen Normalität auszugehen. Es gehe jedoch nicht an, wie dies die Vorinstanz getan habe, losgelöst von der Dauer des Abrufverhältnisses einzig zur Beantwortung dieser Frage auf das Verhalten und die Zufriedenheit des Versicherten abzustellen. Die mit Blick auf die zu berücksichtigende Dauer des Arbeitsverhältnisses getroffene Regelung berücksichtige vielmehr objektive Gesichtspunkte, was zur Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit beitrage.

### 3.3

3.3.1 Dieser Argumentation ist zu folgen. Auch wenn das fortgeschrittene Alter des Versicherten sicherlich die Stellensuche erschwert und auch nicht in Abrede gestellt wird, dass sich der Versicherte in qualitativer und quantitativer Hinsicht genügend um Arbeit bemühte (was Pflicht jedes Versicherten ist und auch im in BGE 139 V 259 beurteilten Fall nicht infrage stand), darf der Faktor Zeit nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden, wie es die Vorinstanz tat. Obwohl die gleichen Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen sind, folgt die Eröffnung einer Folgerahmenfrist dennoch nicht völlig identischen Kriterien wie die Eröffnung der Leistungsrahmenfrist bei erstmaliger Beanspruchung von Taggeldern der Arbeitslosenversicherung. Aspekte, welche den Bezug von Arbeitslosenentschädigung in einer ersten (oder gar zweiten) Rahmenfrist nicht ausschliessen, können in einer Folgerahmenfrist zur Verweigerung von Leistungen führen, da diese (veränderte) Ausgangslage bei der Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen nicht ausgeblendet werden kann. Die lange Dauer eines Arbeitsverhältnisses steht rechtsprechungsgemäss der Annahme einer Überbrückungstätigkeit und der Abrechnung als Zwischenverdienst entgegen (E. 2.2 hiervor). Der Zeitablauf verändert die Tatsachenelemente und hat, so auch hier, eine neue Beurteilungsgrundlage geschaffen. Der Versicherte war zum Einsprachezeitpunkt seit über vier Jahren bei der gleichen Arbeitgeberin auf Abruf tätig und gleichzeitig bei der Arbeitslosenversicherung zum Taggeldbezug angemeldet, die ihm während zweier Rahmenfristen für den Leistungsbezug Kompensationszahlungen als Differenz zum versicherten Verdienst ausrichtete. Durch diesen Zeitablauf erhält die Tätigkeit eine andere Wertigkeit. Dem Wortlaut entsprechend umfasst ein Zwischenverdienst lediglich Beschäftigungen, die «zwischen» Beginn und Ende der Arbeitslosigkeit liegen. Als Ganzarbeitsloser muss die Arbeitssuche des Versicherten definitionsgemäss auf eine Vollzeitstelle gerichtet sein (*Thomas Nussbaumer*, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 2301 Rz. 418 f.). Dem gesetzgeberischen Willen entsprechend ist es Ziel der Arbeitslosenversicherung, durch die Aufnahme einer zumutbaren Festanstellung im gesuchten Pensum die Arbeitslosigkeit schnellstmöglich zu beenden. Wenn das Behelfsmässige, Vorläufige, das über die Arbeitslosigkeit hinweg helfen sollte, den vorübergehenden Charakter verliert und zur Dauerlösung wird, ist dies

aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht grundsätzlich systemfremd. Die Arbeitslosenversicherung würde zu einer Langzeitunterstützerin einer grundsätzlich als unzumutbar qualifizierten Zwischenlösung, die in dieser Konstellation für Arbeitnehmer wenig Antrieb schafft, aus der vorübergehenden Situation herauszukommen, um die fortdauernde Abhängigkeit von der Arbeitslosenversicherung zu beenden. Eine Teilzeitstelle, die über mehrere Jahre als Dauerarbeitsverhältnis nach Bedarf des Arbeitgebers ausgeübt wird (zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Arbeit auf Abruf: BGE 124 III 245), entspricht nicht mehr dem Schadenminderungsgedanken und verliert den Charakter einer Überbrückungstätigkeit, weshalb in dieser Konstellation auch nur ein zeitlich begrenzter sozialer Schutz seitens der Arbeitslosenversicherung gewährt wird.

3.3.2 Bei infrage stehenden Folgerahmenfristen (in casu wird die Eröffnung der dritten Leistungsrahmenfrist verlangt) ist anzunehmen, dass die seit mehreren Jahren ausgeübte Tätigkeit auf Abruf ihren Überbrückungscharakter verloren hat. Umstände, welche diese Vermutung umstossen könnten und hier eine andere Beurteilung zuliesse – wie etwa die Aufnahme einer weiteren Teilzeittätigkeit in Ergänzung zum bestehenden Arbeitsverhältnis auf Abruf oder der Versuch, mit der Arbeitgeberin wenigstens eine individuelle Normalarbeitszeit zu vereinbaren – liegen nicht vor. Eine unterschiedliche Wertung ein und derselben Tätigkeit oder Handlungsweise im Verlauf aufeinanderfolgender Rahmenfristen erscheint zwar auf den ersten Blick stossend, bei genauerer Betrachtung ist sie jedoch mit dem gesetzgeberischen Willen und der Systematik der Arbeitslosenversicherung kohärent. Wie dargelegt, erfolgt mit jeder Geltendmachung einer neuen Leistungsrahmenfrist eine Neuprüfung aller Voraussetzungen, weshalb ein einmal bejahter Taggeldanspruch bei einer erneuten Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen nach Ablauf von zwei Jahren nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führt. Daher liegt auch keine ungenügende oder fehlende Wahrnehmung der Beratungspflicht des Versicherungsträgers im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ATSG vor, die allenfalls einen Vertrauensschutz begründen könnte (BGE 124 V 215 E. 2b/aa S. 221; 131 V 472 E. 5 S. 481).

3.4 Die Arbeitslosenkasse hat nach dem Gesagten zu Recht das Einkommen aus der Tätigkeit beim Hotel H. nicht mehr als Zwischenverdienst gewertet. Da

bei der Arbeit auf Abruf keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang besteht, sodass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG erleidet, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war, besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Taggeldleistungen. Rechtsprechungsgemäss (BGE 107 V 59 E. 1 S. 61f.; Urteil 8C\_379/2010 vom 28. Februar 2011 in: ALV 2011 S. 149 mit weiteren Hinweisen, BGE 139 V 259 E. 5.3) könnte hiervon nur

abgewichen werden, wenn sich eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln liesse, was sich indes aus der Aktenlage nicht ergibt und auch letztinstanzlich nicht mehr geltend gemacht wird.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 14. November 2013 wird aufgehoben und der Einspracheentscheid der Kantonalen Arbeitslosenkasse St.Gallen vom 22. Januar 2013 bestätigt.

## Versicherter Verdienst

### Gain assuré

### Guadagno assicurato

#### Bemessungsgrundlage

#### Calcul de base

#### Base di calcolo

- 6 *Fall einer Arbeitnehmerin, die wegen angeblicher Verrechnung einen den tatsächlichen Lohnfluss übersteigenden Verdienst geltend macht. Nur in begründeten Ausnahmefällen ist auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen. Ein Abweichen von dieser Regelung rechtfertigt sich im Einzelfall nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann. Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachkam oder nicht mehr nachkommen konnte, weshalb Lohnforderungen des Arbeitnehmenden dementsprechend offen blieben.*

*Il s'agit du cas d'une employée qui revendique un gain supérieur au montant inscrit sur la preuve de perception effective du salaire, en se basant sur une erreur prétendue dans le calcul mensuel. C'est uniquement dans des cas d'exception dûment motivés qu'il convient de prendre en considération l'accord salarial conclu entre l'employeur et l'employé. Les exceptions à cette règle doivent être délivrées au cas par cas et uniquement dans le cas où il est possible dans la pratique d'exclure un abus (dans les cas où un des salaires fictifs sont conclus mais qui ne sont en réalité pas versés). Une telle exception peut se présenter si un employeur a manqué ou n'a plus pu faire face à son engagement contractuel, ce qui explique que les créances de l'employé soient restées ouvertes.*

*Caso di una lavoratrice che rivendica un guadagno superiore al versamento del salario effettivo sulla base di un presunto errore nel conteggio mensile. Solo in casi eccezionali debitamente motivati ci si può basare sull'accordo salariale tra il datore di lavoro e il lavoratore. Eventuali deroghe sono ammesse solo nelle fattispecie in cui si può praticamente escludere un abuso (ovvero i casi in cui si concorda un salario fittizio che in realtà non viene pagato). Un esempio di situazione eccezionale è quando il datore di lavoro non riesce più/non è più riuscito ad adempiere ai suoi obblighi contrattuali, per cui i crediti salariali dei lavoratori non vengono corrisposti.*

Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 20. März 2014 in Sachen G., Beschwerdeführerin, gegen Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Beschwerdegegnerin (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 24. Oktober 2013), 8C\_13/2014

Sachverhalt:

A.

Die 1959 geborene G. war seit 1. Januar 2004 als Geschäftsführerin bei der X. AG tätig gewesen. Ihr Ehegatte P. fungierte als deren alleiniger Verwaltungsrat. Nachdem über die Gesellschaft am 27. Dezember 2012 der Konkurs eröffnet worden war, meldete sie sich mit Anspruchserhebung ab 1. Januar 2013 bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an. Mit Verfügung vom 3. April 2013 setzte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug den versicherten Verdienst anhand eines Durchschnittslohnes der letzten zwölf Monate auf Fr. 3536.– fest, was sie mit Einspracheentscheid vom 2. Juli 2013 bestätigte.

B.

Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zug mit Entscheid vom 24. Oktober 2013 ab.

C.

G. lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids sei der versicherte Verdienst «ordnungsgemäss festzusetzen, mindestens jedoch auf Fr. 8333.35». Eventuell sei die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, zudem sei ihr eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Auf die Durchführung eines Schriftenwechsels wurde verzichtet.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von

Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf diese Kognitionsregelung ist aufgrund der Vorbringen in der Beschwerde ans Bundesgericht zu prüfen, ob der angefochtene Gerichtsentscheid in der Anwendung der massgeblichen materiell- und beweisrechtlichen Grundlagen (u.a.) Bundesrecht verletzt (Art. 95 lit. a BGG), einschliesslich einer allfälligen rechtsfehlerhaften Tatsachenfeststellung (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.

2.1 Im Einspracheentscheid und im vorinstanzlichen Entscheid sind die Vorschriften zur Mindestbeitragsdauer von zwölf Monaten (Art. 13 Abs. 1 AVIG) innerhalb der entsprechenden Rahmenfrist (Art. 9 Abs. 3 AVIG) als Voraussetzung für den Leistungsbezug (Art. 8 Abs. 1 lit. b und e AVIG), zum versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG) sowie die Rechtsprechung zu den beweismässigen Anforderungen an den Nachweis der tatsächlichen Lohnzahlung (ARV 2004 S. 115 E. 2.2, C 127/02; vgl. auch BGE 131 V 444; ARV 2008 S. 314, C 92/06, 2007 S. 46 E. 2.1, C 284/05, S. 44 E. 2.2, C 83/06) richtig dargelegt. Darauf wird verwiesen.

2.2 Als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin und Ehegattin eines Verwaltungsrates der Gesellschaft gilt die Versicherte zweifelsohne als arbeitgeberähnliche Person, die rechtsprechungsgemäss (BGE 123 V 236) nur dann Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat, wenn ihr Ausscheiden aus der Firma endgültig ist und anhand eindeutiger Kriterien feststeht (ARV 2003 S. 240, C 92/02). Bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation bestand bis zur Löschung der AG im Handelsregister am 4. November 2013 (Tagebucheintrag) unbestrittenmassen keine Missbrauchsgefahr mehr (vgl. ARV 2007 S. 115, C 267/04 E. 4.3; Urteil 8C\_571/2012 vom 21. Januar 2013 E. 4.3), weshalb ab Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung besteht.

3.

3.1 Nicht in Frage steht der tatsächliche Lohnfluss in der massgebenden Zeitspanne von Januar bis Dezember 2012 im Umfang von Fr. 42'433.45 (brutto), welcher Betrag auf ein Privatkonto der Beschwerde-

führerin einging. Gestützt hierauf ermittelte die Arbeitslosenkasse einen versicherten Verdienst von monatlich Fr. 3536.– brutto. Strittig ist hingegen, ob der Beschwerdeführerin für den von ihr geltend gemachten Bruttojahresverdienst von Fr. 100 200.– zuzüglich einem von der Arbeitgeberin übernommenen Privatanteil am Geschäftswagen von Fr. 7370.– gesamthaft der Nachweis tatsächlicher Lohnzahlung gelingt.

3.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Verrechnungen ihrer Lohnforderungen mit der Darlehensschuld der Y. AG, deren Mitglied des Verwaltungsrates ihr Ehemann ist, gegenüber der X. AG, von ihr als einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführerin in verschiedenen Schreiben bestätigt. Die Y. AG habe der X. AG eine Darlehenssumme von Fr. 292 000.– geschuldet. Da diese das Darlehen nicht habe zurückbezahlen können, sei mit einem Teil des Lohnguthabens der Beschwerdeführerin die Privatschuld ihres Ehemannes gegenüber der Y. AG getilgt worden, indem von Ende Mai bis Ende Dezember 2012 jeweils ein Teil ihres Lohnes direkt mit dem Darlehen der Firma Y. AG, für das ihr Ehegatte aufzukommen hatte, verrechnet worden sei, womit sich die Darlehensschuld der Y. AG gegenüber der X. AG reduziert habe, was unstrittig sei. Die Verrechnungssumme belaufe sich auf total Fr. 47 755.40. Die Vorinstanz erwog weiter, die Belege, wie Lohnkontoblätter für das Jahr 2012, wonach Fr. 8350.– auf das Lohndurchlaufkonto verbucht worden sei, die Steuererklärung 2012, welche einen deklarierten Jahreslohn von Fr. 100 200.– brutto ausweise, sowie die Arbeitgeberbescheinigung vom 18. Januar 2013, worin eine Lohnsumme von Fr. 8350.– monatlich angegeben wurde, seien allesamt von ihr selbst unterzeichnet worden und stellten lediglich Indizien für den Lohnfluss in behaupteter Höhe dar. Es lägen jedoch keine Belege vor, die die effektive Lohnzahlung des geltend gemachten Verdienstes von monatlich Fr. 8350.– auf ein Post- oder Bankkonto der Beschwerdeführerin beweisen könnten. Es sei auch keine Situation gegeben, die es erlauben würde, ausnahmsweise auf den vertraglich vereinbarten und nicht den tatsächlich geflossenen Lohn abzustellen.

3.3 Die Beschwerdeführerin wendet ein, entgegen der vorinstanzlichen Sichtweise sei hinsichtlich der zur Verrechnung gebrachten Summe von Fr. 47 755.40 nicht das Firmeninteresse, sondern das Interesse der

Familie und des Ehemannes im Vordergrund gestanden. Ihr Lohn habe sich in den letzten Jahren aufgrund der angespannten finanziellen Situation der Arbeitgeberin kontinuierlich verringert. Die finanzielle Lage der Y. AG und damit indirekt auch die des Ehemannes habe sich durch eine (schlussendlich) fehlgeschlagene Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an der X. AG, wodurch die Y. AG mit 52% Mehrheitsaktionärin der X. AG wurde und eine offene Darlehensforderung über Fr. 292 000.– schuldig blieb, deutlich verschlechtert, was sich auch negativ auf die wirtschaftliche Situation ihrer Arbeitgeberin ausgewirkt habe. Daher sei ein Teil ihres Lohnes zur Schuldentilgung ihres Mannes verwendet worden, gleichzeitig hätten damit die offenen Darlehensforderungen ihrer Arbeitgeberin gegenüber der Y. AG reduziert werden können. Mit der korrekten Verrechnung, die zum Erlöschen der Lohnforderung gegenüber der Arbeitgeberin geführt habe, sei der Lohn sofort realisiert worden, weshalb kein Lohnverzicht vorliege. Der Sachverhalt unterscheide sich von Fällen, in denen auf den Lohnbezug aus unternehmerischen Gründen verzichtet worden sei, wie beispielsweise bei Start-up-Unternehmen oder in denen der Lohnbezug nicht nachgewiesen werden könne. Zu den Fr. 47 755.40 sei überdies noch ein von der Arbeitgeberin übernommener Betrag von Fr. 7370.– für den privaten Anteil am Geschäftswagen hinzuzurechnen, was das kantonale Gericht ausser Acht gelassen habe. Sofern das angerufene Gericht zum Schluss gelangen sollte, der Lohn sei nicht im behaupteten Umfang tatsächlich realisiert worden, sei es gerechtfertigt, aufgrund des langjährigen Arbeitsverhältnisses und der Tatsache, dass in den letzten Jahren der Lohn stetig reduziert worden sei, auf den vertraglich vereinbarten Verdienst abzustellen.

### 3.4

#### 3.4.1

3.4.1.1 Der Beschwerdeführerin ist insofern zuzustimmen, dass sie als Arbeitnehmerin grundsätzlich frei über die Verwendung ihres Lohnes bestimmen kann und ein Lohnanspruch gegenüber ihrer Arbeitgeberin auch verrechnungsweise getilgt werden könnte. Mit Blick auf die geltend gemachte Lohnsumme, die direkt durch Verrechnung realisiert und sofort untergegangen sei, ist der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass sie keine Schulden bei der X. AG hatte. Vielmehr bestanden Liquiditätsprobleme der beiden eng miteinander verbundenen Gesellschaften sowie ihres Ehemannes als Privat-

mann. Erst durch die enge private und geschäftliche Verflechtung zweier Unternehmen und deren verantwortlichen Geschäftsführer und Gesellschafter wurde das gewählte Vorgehen überhaupt erst möglich. Dabei wurde die Lohnauszahlung bewusst an den unternehmerischen Erfolg gekoppelt, was sich ebenfalls aus der stetigen Lohnreduktion aufgrund der schlechten Geschäftslage der X. AG ergibt. Die Motive für die gewählte direkte Schuldentilgung und der Umstand, ob mit einem Teil ihres vereinbarten Lohnes die privaten Schulden des Ehemannes gegenüber der Y. AG oder Darlehensschulden der Y. AG gegenüber der X. AG beglichen wurden, spielen insoweit keine Rolle, als sie an der Tatsache nichts ändern, dass es an einem tatsächlichen Lohnbezug in der Höhe des zur Verrechnung gebrachten Betrags von Fr. 47 755.40 fehlt. Es steht ausser Frage, dass die durchgeführten Massnahmen für die Gesellschaftserhaltung – wenn auch letztlich nicht erfolgreich – aus unternehmerischer und buchhalterischer Sicht nachvollziehbar sind und ergriffen wurden, weil sich die wirtschaftliche Lage beider Firmen stetig verschlechterte. Die Versicherte stellte daher zugunsten ihres Ehemanns und ihrer Arbeitgeberin einen Teil ihres vereinbarten Lohnes zur Verrechnung von Schulden des Ehemanns gegenüber der Y. AG bzw. der Y. AG gegenüber der X. AG zur Verfügung. Aus arbeitslosenversicherungsrechtlichem Blickwinkel führt dies jedoch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – zu einem Überwälzen ihres als betriebsleitendes Organ getragenen Unternehmensrisikos auf die Arbeitslosenversicherung. Diese müsste für eine tatsächlich nie bezogene Lohnsumme im Rahmen des versicherten Verdienstes eintreten. Wenn die Vorinstanz darin einen teilweisen Lohnverzicht zulasten der Arbeitslosenversicherung erblickte, lässt sich dies nicht beanstanden.

3.4.1.2 Nur in begründeten Ausnahmefällen ist auf die Lohnabrede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen. Ein Abweichen von dieser Regelung rechtfertigt sich im Einzelfall nur dort, wo ein Missbrauch im Sinne der Vereinbarung fiktiver Löhne, welche in Wirklichkeit nicht zur Auszahlung gelangt sind, praktisch ausgeschlossen werden kann (BGE 128 V 189 E. 3a/aa S. 190, 123 V 70 E. 3, S. 72; *Thomas Nussbaumer*, Arbeitslosenversicherung in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2287 Rz. 365). Ein solcher Ausnahmefall liegt etwa dann vor, wenn der Arbeitgeber seinen vertraglichen Verpflichtun-

gen nicht mehr nachkam oder nicht nachkommen konnte, weshalb Lohnforderungen des Arbeitnehmers dementsprechend offen blieben. Die vorliegende Situation mit Lohnverzicht im Umfang von Fr. 47 755.40 und unter objektiven Gesichtspunkten bestehender Missbrauchsgefahr lässt das Abstellen auf den vertraglich vereinbarten Lohn jedoch nicht zu.

3.4.2 Soweit die Beschwerdeführerin eine Gehörsverletzung geltend macht, weil sich die Vorinstanz mit ihrem Argument, die Verwendung des Lohnes sei zugunsten ihres Ehemannes erfolgt, nicht auseinandergesetzt habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Vorinstanz mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 mit Hinweisen). Das hat das kantonale Gericht hier getan, indem es ausführte, bei der Verrechnung der Lohnforderungen mit der Privatschuld des P. gegenüber der Y. AG respektiv der X. AG sei es in erster Linie um die X. AG gegangen. Dieser Sichtweise ist im Übrigen zuzustimmen.

3.5 Was schliesslich die private Nutzung des Geschäftsfahrzeugs als geltend gemachte Gehaltsnebenleistung in der Höhe von Fr. 7370.– betrifft, hat sich die Vorinstanz nicht zur verlangten Anrechnung dieser Leistung an den versicherten Verdienst geäussert, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt. In diesem Punkt liegt eine Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 BV) vor. Diese führt jedoch zu keiner formellrechtlich begründeten Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz: Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels –

selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Gehörs von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; je mit Hinweisen). Weil das kantonale Gericht in Bezug auf die Hinzurechnung der Gehaltsnebenleistung in der Höhe von Fr. 7370.– zum versicherten Verdienst keine Feststellungen getroffen hat und es damit an einer letztinstanzlichen Sachverhaltsbindung fehlt (Art. 105 Abs. 2 BGG) und weil die Beschwerdeführerin selbst eine beförderliche Verfahrenserledigung einem formell richtigen Verfahren vorzieht (BGE 132 V 387 E. 6.1 S. 391 mit Hinweis), wie sie in der Beschwerde anführt, rechtfertigt sich – ungeachtet des Schweregrades einer allfälligen Gehörsverletzung – ein abschliessender Entscheid in der Sache.

3.6 Auch wenn ein Naturaleinkommen grundsätzlich zum massgebenden Lohn im Sinne von Art. 23 Abs. 1 AVIG gehörte, wurde die geltend gemachte private Nutzung des Geschäftswagens vorliegend zu Recht nicht angerechnet. Sie ist zwar auf dem Lohnausweis 2012 als Gehaltsnebenleistung aufgeführt. In den beiden Arbeitsverträgen (gültig ab 1. Januar 2004 und vom 12. März 2012) oder der Arbeitgeberbescheinigung wird diese Leistung aber nicht als zusätzlicher Lohnbetrag zum geltend gemachten Bruttolohn von Fr. 8350.– aufgeführt und auch bei den Lohnabrechnungen wird die Summe nicht als monatlicher Privatanteil zum AHV-Bruttolohn hinzugerechnet. Sie ist nicht rechtsgenügend nachgewiesen. Damit bleibt es beim von der Arbeitslosenkasse festgesetzten und vorinstanzlich bestätigten versicherten Verdienst in der Höhe von monatlich Fr. 3536.–.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## **Einstellung in der Anspruchsberechtigung** **Suspension du droit à l'indemnité** **Sospensione del diritto all'indennità**

### **Festlegung der Einstellungsdauer** **Détermination de la durée de suspension** **Stabilire la durata della sospensione**

- 7 *Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG; die Festlegung der Einstellungsdauer stellt eine typische Ermessensfrage dar, deren Beantwortung letztinstanzlicher Korrektur nur mehr dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, also Ermessensüber- oder -unterschreitung bzw. Ermessensmissbrauch vorliegt.*

*Art. 30, al. 1, let. d, LACI; la détermination de la durée de suspension pose une question typique en matière d'appréciation. En effet, une rectification en dernière instance est uniquement possible dans les cas où le Tribunal cantonal a fourni une appréciation à tort, en d'autres termes, là où il y a eu excès négatif ou positif du pouvoir d'appréciation et abus de pouvoir.*

*Art. 30 cpv. 1 lett. d LADI; stabilire la durata della sospensione rappresenta una tipica questione di apprezzamento. Il ricorso alla correzione dell'ultima istanza è possibile solo nel caso in cui la valutazione del Tribunale cantonale sia giuridicamente viziata, ossia a seguito di un cattivo apprezzamento (per eccesso/difetto).*

Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 21. Mai 2014 in Sachen A., Beschwerdeführer, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen, Beschwerdegegnerin (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Dezember 2013), 8C\_42/2014

Sachverhalt:

A.

Der 1963 geborene A. war ab 1. August 2006 als Automatikler für die X. AG tätig. Mit Schreiben vom 27. September 2012 kündigte er das Arbeitsverhältnis per 31. Dezember 2012. Er meldete sich am 16. Januar 2013 zur Arbeitsvermittlung an. Am 22. Januar 2013 stellte er Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab 7. Januar 2013, teilte mit, dass er am 20. Dezember 2012 die mündliche Zusage für eine neue Stelle erhalten habe und reichte eine Bestätigung des Logistikcenters D. vom 15. Januar 2013 ein, worin der Stellenantritt auf den 1. März 2013 festgesetzt wurde. Die Kantonale Arbeitslosenkasse St. Gallen stellte ihn daraufhin ab «1. Januar 2013» für 35 Tage in der Anspruchsberechtigung ein mit der Begründung, es wäre ihm zumutbar gewesen, mit der Kündigung der alten Stelle bis zum definitiven Finden einer neuen Stelle zu warten, weshalb ihm ein schweres Verschulden an der Arbeitslosigkeit anzulasten sei (Verfügung vom 29. Januar 2013). Daran hielt sie auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 2. April 2013).

B.

Das Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (Entscheid vom 9. Dezember 2013).

C.

A. führt am 16. Januar 2013 (Postaufgabedatum) Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, die 35 Einstelltage seien aufzuheben. Nachdem ihn das Bundesgericht auf einen Mangel in der Rechtsschrift hingewiesen hat, lässt er, nunmehr anwaltlich vertreten, mit Eingabe vom 3. Februar 2014 beantragen, der Entscheid des kantonalen Gerichts sei aufzuheben.

Die Arbeitslosenkasse schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf eine Stellungnahme.

Erwägungen:

1.

In der – rechtzeitig innert der Rechtsmittelfrist eingereichten – verbesserten Beschwerde vom 3. Februar 2014 lässt der Versicherte durch seinen Anwalt geltend machen, seine eigene Eingabe vom 16. Januar 2013 sei als «gegenstandslos» zu betrachten. In der Rechtsschrift vom 3. Februar 2014 wird einzig die Aufhebung des kantonalen Gerichtsentscheids beantragt. An der alleinigen Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids kann der Beschwerdeführer jedoch kein rechtlich geschütztes Interesse (vgl. Art. 89 Abs. 1 BGG) haben, weil seine Rechtsposition sich unter den vorliegenden Umständen dadurch nicht verbessern liesse. Würde das Bundesgericht diesem Begehren zufolge nämlich den kantonalen Gerichtsentscheid aufheben, hätte der Einspracheentscheid vom 2. April 2013 Bestand, womit der vom Beschwerdeführer erlittene Nachteil (Einstellung in der Anspruchsberechtigung für die Dauer von 35 Tagen) nicht beseitigt wäre. Aus der Begründung des Rechtsmittels vom 3. Februar 2014 – und aus dem Antrag in der vom Beschwerdeführer selbst verfassten Eingabe vom 16. Januar 2014 – geht aber hervor, dass es ihm um die Aufhebung der 35tägigen Einstellung in der Anspruchsberechtigung, eventua-  
liter um die Reduktion der Einstelltage geht, weshalb sinngemäss auch die Aufhebung des Einspracheentscheids der Arbeitslosenkasse vom 2. April 2013 als beantragt gelten muss. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG) und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4338). Wie die Sachverhaltsfeststellung ist auch die vorinstanzliche Ermessensbetätigung im Verfahren vor Bundesgericht nur beschränkt überprüfbar. Eine Angemessenheitskontrolle ist dem Gericht verwehrt; es hat



nur zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt, mithin überschritten, unterschritten oder missbraucht hat (Art. 95 lit. a BGG; BGE 134 V 322 E. 5.3 S. 328; 132 V 393 E. 3.3 S. 399).

3.

3.1 Nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG in Verbindung mit Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV ist in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wer ohne Zusicherung einer anderen Stelle von sich aus das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat. Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung bezweckt als verwaltungsrechtliche Sanktion (BGE 126 V 130 E. 1 mit Hinweis) die angemessene Mitbeteiligung der Versicherten am Schaden, den diese durch ihr Verhalten der Arbeitslosenversicherung in schuldhafter Weise natürlich und adäquat kausal verursacht haben (BGE 126 V 520 E. 4 S. 523). Der Tatbestand der selbst verschuldeten Arbeitslosigkeit nach Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG erfasst Verhaltensweisen der versicherten Person, die eine Verletzung der Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden, bedeuten (*Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 2. Aufl. 2007, S. 2426 Rz. 830*).

3.2 Ein Selbstverschulden im Sinne der Arbeitslosenversicherung liegt dann vor, wenn und soweit der Eintritt oder das Andauern der Arbeitslosigkeit nicht objektiven Faktoren zuzuschreiben ist, sondern in einem nach den persönlichen Umständen und Verhältnissen vermeidbaren Verhalten der versicherten Person liegt, für das die Versicherung die Haftung nicht übernimmt. Der im gesamten Sozialversicherungsrecht geltenden Schadenminderungspflicht (Art. 17 Abs. 1 AVIG) folgend muss eine versicherte Person alles Zumutbare unternehmen, um den Eintritt oder das Fortdauern der Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Im Bereich der freiwilligen Stellenaufgabe nach Art. 44 Abs. 1 lit. b AVIV findet das Schadenminderungsprinzip somit seine Grenzen am Zumutbarkeitsgedanken (Art. 16 Abs. 2 AVIG).

3.3 Die Aufgabe einer zumutbaren Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen Arbeitsstelle gilt als schweres Verschulden, was eine Einstellung in der Anspruchsberechtigung zwischen 31 und 60 Tagen nach sich zieht (Art. 30 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 45 Abs. 3 lit. c und Abs. 4 lit. a AVIV).

4.

Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer zu Recht wegen selbst verschuldeter Arbeitslosigkeit für die Dauer von 35 Tagen in der Anspruchsberechtigung eingestellt wurde. Dabei besteht Einigkeit, dass das vom Versicherten auf Ende 2012 aufgelöste Arbeitsverhältnis mit der X. AG zumutbar war (vgl. E. 3.2 hiavor).

Die Kasse hatte mit Blick auf die am 16. Januar 2013 erfolgte Anmeldung zur Arbeitsvermittlung eine Rahmenfrist für den Leistungsbezug vom 16. Januar 2013 bis 15. Januar 2015 eröffnet. Es versteht sich deshalb von selbst, dass sie den Beginn der Einstellung in der Anspruchsberechtigung nicht schon auf den 1. Januar 2013, sondern frühestens auf den 16. Januar 2013 ansetzen konnte. Insoweit ist von einem offensichtlichen Verschrieb der Behörde (vgl. Verfügung vom 29. Januar 2013, bestätigt mit Einspracheentscheid vom 2. April 2013) auszugehen. In welchem Umfang die Einstellstage vollstreckt werden können, braucht in diesem Verfahren nicht beurteilt zu werden, weil nur die Einstellungsverfügung als solche und nicht deren Vollzug zu beurteilen ist.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer stellte sich am 16. Januar 2013 der Arbeitsvermittlung zur Verfügung. Per 28. Februar 2013 meldete er sich bei der Arbeitslosenversicherung ab, weil er seine neue Stelle im Logistikcenter D. am 1. März 2013 antreten konnte. Im vorinstanzlichen Verfahren machte er geltend, es stehe ausser Frage, dass er mit einer Anstellung ab Januar 2013 habe rechnen können; er habe sogar die Wahl gehabt, ob er sich ab Januar 2013 bei der Y. AG oder bei der Z. AG anstellen lasse, wobei die Stelle beim Logistikcenter D. aber ganz klar Vorrang gehabt habe. Das kantonale Gericht hielt fest, es fehle der Nachweis einer im Zeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der X. AG am 27. September 2012 bereits vorliegenden Zusicherung für eine Anschlussstelle ab Januar 2013. Deshalb sei die Arbeitslosigkeit selbst verschuldet. Es möge zwar zutreffen, dass der Versicherte am 20. Dezember 2013 eine mündliche Zusage für die neue Stelle erhalten habe – belegt sei dieser Sachverhalt allerdings nicht. Es sei wenig wahrscheinlich, dass er die Wahl zwischen zwei Arbeitsstellen mit Antrittsdatum 1. Januar 2013 gehabt habe. Selbst wenn aber von der Richtigkeit seiner Darstellung ausgegangen werde, hätte dies nicht die Aufhebung der Einstellung in

der Anspruchsberechtigung zur Folge. Vielmehr wäre ihm diesfalls vorzuhalten, dass er eine Stelle bevorzugt habe, bei der er offensichtlich mit einer zwischenzeitlichen Arbeitslosigkeit habe rechnen müssen, während er jene Stellen abgelehnt habe, welche nicht zu einer Arbeitslosigkeit geführt hätten. Daher sei die Einstellung in der Anspruchsberechtigung wegen selbst verschuldeter Arbeitslosigkeit in den Monaten Januar und Februar 2013 begründet, sei es, weil der Versicherte im Zeitpunkt der Kündigung nicht über eine Zusicherung für eine Anschlussstelle verfügt, sei es, weil er zwei zumutbare Stellen ab Januar 2013 abgelehnt habe. Bei seiner Kündigung Ende September 2012 habe er darauf vertraut, dass er rechtzeitig eine Stelle finden würde, ohne dass er im Sinne der Arbeitslosenversicherung effektiv damit habe rechnen können. Jedenfalls fehle ein Beweis dafür, dass er bereits im Zeitpunkt der Kündigung begründeten Anlass für die Annahme gehabt habe, per 1. Januar 2013 eine Anstellung zu erhalten. Das Verschulden wiege schwer. Dieses werde nicht geringer, wenn davon ausgegangen werde, dass der Versicherte zwei Stellen ausgeschlagen habe, die er anfangs Januar 2013 hätte antreten können.

## 5.2.

5.2.1 Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, von einer selbst verschuldeten Arbeitslosigkeit könne nicht gesprochen werden, weil der Eintritt der kurzzeitigen Arbeitslosigkeit von zwei Monaten objektiven Faktoren und nicht einem vermeidbaren Verhalten seinerseits zuzuschreiben sei. Er habe nicht voraussehen können, dass sich das Bewerbungsverfahren beim Logistikcenter D. derart in die Länge ziehen würde, nachdem das Bewerbungsgespräch am 14. Dezember 2012 sehr positiv verlaufen sei und er am 21. Dezember (andernorts wird der 20. Dezember angegeben) 2012 eine telefonische Zusage erhalten habe. Erst nach diesem Telefonat sei ihm klar gewesen, dass er die Stelle nicht bereits am 1. Januar 2013 werde antreten können, weil die – für die Anstellung erforderliche – vertrauensärztliche Untersuchung erst im Januar 2013 habe stattfinden können. Entscheidend sei, dass er im Zeitpunkt der Kündigung nicht den Vorsatz oder die Absicht gehabt habe, Leistungen von der Arbeitslosenversicherung zu beziehen. Vielmehr habe er sich vor der Kündigung in seinem Umfeld nach einer Stelle umgesehen und auch mit der Y. AG und der Z. AG gute Gespräche geführt. Aus diesen Vorbringen kann der Beschwer-

deführer allerdings nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zur Schadenminderungspflicht (vgl. E. 3.2 hiervor) gehört nämlich unter anderem, dass eine versicherte Person das bisherige Arbeitsverhältnis erst kündigt, wenn ihr eine andere Stelle zugesichert ist. Eine andere Stelle gilt erst dann als zugesichert, wenn ein Arbeitsvertrag tatsächlich und rechtlich zustande gekommen ist (ARV 2000 Nr. 8 S. 38, C 226/98; *Thomas Nussbaumer*, a.a.O., S. 2428 Rz. 832; *Jacqueline Chopard*, Die Einstellung in der Anspruchsberechtigung, 1998, S. 115). Schriftform wird nach Art. 320 Abs. 1 OR für das verbindliche Zustandekommen eines Arbeitsvertrages nicht vorausgesetzt, weshalb sich die versicherte Person allenfalls auch auf eine mündliche Vereinbarung berufen kann. Es steht vorliegend fest, dass im Zeitpunkt der Kündigung (27. September 2012) weder eine schriftliche noch eine mündliche Vereinbarung für den nahtlosen Antritt einer neuen Arbeitsstelle per 1. Januar 2013 bestand. Damit hat der Beschwerdeführer seine Arbeitslosigkeit selbst verschuldet. Entgegen seiner Ansicht kann es nicht darauf ankommen, dass er bei der Auflösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses optimistisch eingestellt war, auf Anfang des Jahres 2013 eine neue Stelle zu finden und – zunächst – keine Absicht hatte, sich bei der Arbeitslosenversicherung zu melden. Da er in der Folge keine Tätigkeit bei der Y. AG oder der Z. AG aufnahm, ist auch von vornherein irrelevant, ob er Chancen gehabt hätte, mit einer dieser Gesellschaften einen Arbeitsvertrag mit Antritt am 1. Januar 2013 abzuschliessen. Sein Einwand, er habe seine Bemühungen auf die Stelle beim Logistikcenter D. konzentriert, weil er dort im Vergleich mit einer Beschäftigung für die Y. AG oder die Z. AG monatlich Fr. 1000.– mehr verdiene, ist zwar nachvollziehbar, ändert aber nichts an der unbestrittenen Tatsache, dass im Zeitpunkt der Kündigung der alten Arbeitsstelle keine Zusicherung seines aktuellen Arbeitgebers für einen Arbeitsantritt auf den 1. Januar 2013 vorlag. Die Weiterführung des bisherigen Arbeitsverhältnisses war nicht unzumutbar, weshalb es keine triftigen Gründe für eine Auflösung vor Zusicherung einer neuen Stelle gab. Seine Kündigung vom 27. September 2012 auf Ende Jahr war unter diesen Umständen verfrüht. Bei seiner Argumentation übersieht er, dass die Arbeitslosigkeit in den Monaten Januar und Februar 2013 durch sein – vermeidbares – Verhalten entstanden ist.

5.2.2 Der Versicherte macht eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) geltend, da sein neuer Arbeitskollege aus einem anderen Kanton in vergleichbarer Lage von der Arbeitslosenkasse des Kantons E. keine Einstellung in der Anspruchsberechtigung habe gewärtigen müssen. Diesbezügliche Weiterungen können schon deshalb unterbleiben, weil der Beschwerdeführer keine Gleichbehandlung im Unrecht verlangt, sondern die Meinung vertritt, die Arbeitslosenkasse des Kantons Thurgau habe das Bundesrecht im Gegensatz zu Verwaltung und Vorinstanz richtig angewendet. Denn es muss ihm entgegengehalten werden, dass im vorliegend angefochtenen Gerichtsentscheid, gestützt auf den – soweit massgebend, unbestritten gebliebenen – konkreten Sachverhalt, die zutreffenden rechtlichen Schlüsse gezogen werden. Die Vorinstanz durfte auf Abklärungen zur Frage, ob der Arbeitskollege den Stellenwechsel tatsächlich in derselben Weise vollzogen hatte, verzichten.

6.

Die vom kantonalen Gericht bestätigte Einstellung in der Anspruchsberechtigung ist aufgrund von Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG bundesrechtskonform und auch gegen die vorinstanzliche Begründung ihrer Dauer lässt sich angesichts der bundesgerichtlichen Überprüfungsbefugnis (E. 2 hiervor) nichts einwenden. Die Festlegung der Einstellungsdauer stellt eine typische Ermessensfrage dar, deren Beantwortung letztinstanzlicher Korrektur nur mehr dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, also Ermessensüber- oder -unterschreitung resp. Ermessensmissbrauch vorliegt (SVR 2008 ALV Nr. 12 S. 35, 8C\_31/2007 E. 3.1; Urteil 8C\_826/2013 vom 15. Januar 2014 E. 3). Davon kann hier keine Rede sein.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## Rechtspflege/Verfahren Voies de droit/Procédure Rimedi giuridici/Procedura

### Einspracheverfahren Procédure d'opposition Procedura di opposizione

#### Ausstandsgrund Motif de récusation Motivo di ricasazione

- 8 **Art. 25 Abs. 1 ATSG; das Einspracheverfahren ist in Fällen, in denen die Einsprache von der Behörde beurteilt wird, die bereits die Verfügung erlassen hat, zum originären Verwaltungsverfahren zu zählen. Innerhalb dieses Verfahrens lässt sich kein allgemeiner Ausstandsgrund begründen, nur weil eine bestimmte Person sich bereits mit der Sache befasst hat. Es ist daher nicht nur zulässig, sondern kommt häufig vor, dass dieselbe Person, welche die Verfügung erlassen hat, diese auf Einsprache hin erneut überprüft.**

**Art. 25, al. 1, LPG; dans les cas où l'opposition sera évaluée par les autorités qui ont déjà prononcé une décision, la procédure d'opposition est incluse dans la procédure administrative d'origine. Dans le cadre de**

*cette procédure, il n'est pas possible de justifier un motif de récusation uniquement parce que c'est une personne en particulier qui a déjà traité cette affaire. Cela dit, il n'est pas seulement admis mais il advient souvent qu'une même personne prononce une décision avant de l'examiner à nouveau en cas d'opposition.*

*Art. 25 cpv. 1 LPG; nei casi in cui l'opposizione viene valutata dall'autorità che ha già emanato la decisione, la procedura di opposizione rientra nella procedura amministrativa originaria. Nell'ambito di questa procedura il semplice fatto che una determinata persona si è già occupata della questione non giustifica la ricasazione generale. Pertanto, non solo è lecito, ma accade anche spesso che, in caso di opposizione, la decisione venga riesaminata proprio dalla persona che l'aveva emanata.*

Bundesgericht, I. sozialrechtliche Abteilung, Urteil vom 20. Februar 2014 in Sachen A. AG, Beschwerdeführerin, gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit, Beschwerdegegner (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 12. Juli 2013), 8C\_636/2013

Sachverhalt:

A.

Die A. AG bezog von Dezember 2008 bis November 2010 Kurzarbeitsentschädigungen im Gesamtbetrag von Fr. 1 267 885.80. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) forderte diese Gelder mit Verfügung vom 6. Mai 2011 zurück. Mit Einspracheentscheid vom 17. Juni 2011 hielt es daran fest. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid vom 24. April 2012 ab.

Daraufhin stellte die A. AG am 26. Juni 2012 ein Gesuch um Erlass der Rückforderung. Das dafür zuständige Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St.Gallen wies das Gesuch mangels guten Glaubens ab (Verfügung vom 5. September 2012). Daran hielt es auf Einsprache hin fest (Entscheid vom 18. Dezember 2012).

B.

Das Versicherungsgericht des Kantons St.Gallen wies die dagegen erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 12. Juli 2013 ab.

C.

Die A. AG lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag auf Rückweisung der Angelegenheit an das kantonale Versicherungsgericht zur Neubeurteilung. Eventualiter macht sie geltend, in Aufhebung des vorinstanz-

lichen und des Einspracheentscheids sei der Rückforderungsbetrag direkt zu erlassen.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerde kann wegen Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Immerhin prüft es grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG) und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Dies ist auf Grund der Vorbringen in der Beschwerde zu prüfen (Urteil 8C\_763/2008 vom 19. Juni 2009 E. 1, nicht publ. in: BGE 135 V 306, aber in: SVR 2009 IV Nr. 52 S. 161).

2.

Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen und Grundsätze zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen ganz oder teilweise erlassen werden kann, nämlich die Gutgläubigkeit beim Leistungsbezug einerseits und – kumulativ – die grosse Härte der Rückerstattung andererseits (Art. 25 Abs. 1 ATSG [anwendbar gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG] in Verbindung mit Art. 4 ATSV), zutreffend dargelegt. Ebenso richtig sind die Ausführungen zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit

allfällige Ausstandsgründe erfolgreich angerufen werden können (BGE 132 II 485 E. 4.3 mit Hinweisen). Darauf wird verwiesen.

3.

Soweit die Beschwerdeführerin die Befangenheitsrüge gegen die den Einspracheentscheid verfassende Mitarbeiterin des kantonalen Amtes letztinstanzlich wiederholt, kann auf das bereits vom kantonalen Gericht Gesagte verwiesen werden. Hervorzuheben ist, dass es der Beschwerdeführerin bereits im Anschluss an die Eröffnung der Verfügung vom 5. September 2012 klar sein musste, dass die Angelegenheit vorbehältlich besonderer Umstände von Seiten der Beschwerdegegnerin weiterhin durch die selbe Mitarbeiterin betreut wird wie bisher, wurde ihr doch mitgeteilt, eine allfällige Einsprache sei direkt an diese Person zu richten, was sie denn auch tat. Vor diesem Hintergrund hätte es an der Beschwerdeführerin gelegen, gleichzeitig mit der Einspracheerhebung formell um Ausstand wegen Vorbefassung zu ersuchen. Abgesehen davon wäre einer solchen Rüge ohnehin kein Erfolg beschieden gewesen. Denn das Einspracheverfahren ist zumindest in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Einsprache von der Behörde beurteilt wird, die bereits die Verfügung erlassen hat, ohnehin zum originären Verwaltungsverfahren zu zählen. Innerhalb dieses Verfahrens lässt sich kein allgemeiner Ausstandsgrund begründen, nur weil eine bestimmte Person sich bereits mit der Sache befasst hat. Es ist daher nicht nur zulässig, sondern kommt häufig vor, dass – wie vorliegend – dieselbe Person, welche die Verfügung erlassen hat, diese auf Einsprache hin erneut überprüft (*Ueli Kieser*, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Art. 36 N. 12 und Art. 52 N. 14 mit weiteren Hinweisen).

4.

4.1 Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin sei bei der Beantragung der Kurzarbeit unbestrittenermassen auf Folgendes aufmerksam gemacht worden:

- dass Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar sei, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten,

- dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetze und

- dass die Arbeitgeberin verpflichtet sei, diese Unterlagen während fünf Jahren aufzubewahren.

Trotz dieser Hinweise habe die Beschwerdeführerin die effektiven Zeiterfassungen nicht nur jährlich gelöscht, sondern darüber hinaus die bei der Arbeitgeberkontrolle als Arbeitszeitznachweis vorgelegten Zeiterfassungsausdrucke zugegebenermassen teilweise nachträglich abgeändert; darüber hinaus stünden diese zumindest punktuell im Widerspruch zu den sich aus den anlässlich der Arbeitgeberkontrolle mit untersuchten Personalakten wie Urlaubskarten, Arztzeugnissen Unfallscheinen oder weiteren Dokumentenergebenden effektiv geleisteten Arbeitsstunden.

4.2 Bei diesen Feststellungen handelt es sich um solche tatsächlicher Natur, welche für das Bundesgericht vorbehältlich offenkundiger Unrichtigkeit verbindlich sind (E. 1 hiervor). Letzteres wird indessen weder geltend gemacht, noch ist solches erkennbar.

5.

5.1 Das kantonale Gericht erachtete diese im Rückerstattungsverfahren aufgedeckten Fehler und Manipulationen der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle als nicht mehr mit dem unter den gegebenen Umständen gebotenen Mindestmass an Sorgfalt zur Sicherstellung der Kontrollierbarkeit des geltend gemachten Arbeitszeitausfalls vereinbar. Es folgerte weiter, dieses Fehlverhalten könne insgesamt nicht mehr als leichte Nachlässigkeit eingestuft werden, womit es an dem für den Erlass der Rückforderung vorauszusetzenden guten Glauben fehle.

5.2 Diesen Ausführungen ist beizupflichten. Die Beschwerdeführerin scheint bei ihren Vorbringen zu übersehen, dass die Frage nach der Überprüfbarkeit der Arbeitsausfälle im Erlassverfahren nicht mehr zum Gegenstand erhoben werden kann (Urteil C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1), worauf das kantonale Gericht bereits hingewiesen hat. Zu prüfen ist vorliegend einzig, ob sie sich unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob sie bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen müssen. Der Hinweis auf die fehlende Erfahrung und gesundheitlichen Probleme des von der Firma mit der Abrechnung der Kurzarbeitszeit betrauten Mitarbeiters sowie die angeblichen EDV-Probleme hilft in diesem

Zusammenhang nicht weiter und vermag die Beschwerdeführerin insbesondere nicht zu entlasten. Vielmehr wäre in einer solchen Situation zu erwarten gewesen, dass sie sich bei der Kasse mangels vorhandener Erfahrungswerte und/oder infolge erkannter EDV-Probleme über die genaueren Anforderungen an die Arbeitszeitkontrolle informiert bzw. ein (besonderes) Augenmerk auf das Führen einer den Nachweis der geltend gemachten Arbeitszeitausfälle erbringenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle gelegt hätte. Dies gilt umso mehr, als die beantragten Kurzarbeitsentschädigungen ein gewichtiges Standbein zur Überlebenseicherung bzw. Weiterführung des Betriebs in der bisherigen Form darstellten und damit deren rechtmässiger Bezug für die Firma auch von entsprechender Bedeutung war.

Einfach darauf zu vertrauen, eine teils nachträglich angepasste, zudem offenbar nicht immer die tatsächlichen Geschehnisse wiedergebende Zeiterfassung würde den ihr bei Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung mitgeteilten Anforderungen genügen, reicht unter diesem Umständen nicht aus. Von einer leichten Nachlässigkeit kann dergestalt nicht mehr die Rede sein, wie die Vorinstanz in zutreffender Entkräftung der weiteren Parteivorbringen im angefochtenen Entscheid näher dargelegt hat. Darauf wird verwiesen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

## 15. ZENTRUMSTAG LUZERN

# Grenzfälle in der Sozialversicherung

Donnerstag, 23. Oktober 2014, 9.15 - 17.15 Uhr, Hotel Schweizerhof, Luzern

- Themen:**
- Grenzfälle in der medizinischen Diagnostik
  - Krankheit, Unfall oder Berufskrankheit – Grenzfälle?
  - Abgrenzungsfragen bei Pflegeleistungen
  - Tatfrage – Rechtsfrage
  - Grenzfälle in der AHV-Praxis
  - Rechtsmittelscheideweg in der Zweiten Säule
  - Alter, Invalidität und Arbeitslosigkeit – Grenzfälle
  - Grenzfälle im Bereich Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht

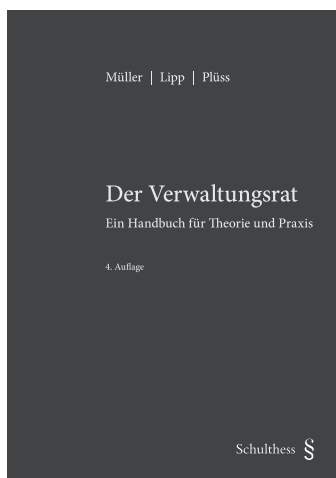
**Referierende:**

Prof. Dr. iur. Gabriela Riemer-Kafka (Tagungsleitung); Dr. med. Ulrike Hoffmann-Richter (Versicherungspsychiatrischer Dienst Suva); lic. iur. Bruno Peter/lic. iur. Séverine Müller (Krankenkasse Concordia); Prof. Dr. iur. Hardy Landolt (Universität St. Gallen/Zürich, Rechtsanwalt); Prof. Dr. iur. Ulrich Meyer (Bundesgericht Luzern); René Vogel (Ausgleichskasse Basel-Stadt); Dr. iur. Markus Moser (Novartis Pension Funds); Prof. Dr. iur. Jacques-André Schneider (Universität Lausanne, Rechtsanwalt); MLaw Max Berger (Rechtsanwalt)

**Information:** Universität Luzern, Luzerner Zentrum für Sozialversicherungsrecht, T +41 41 229 54 12

**Anmeldung:** [www.unilu.ch/luzeso\\_veranstaltungen](http://www.unilu.ch/luzeso_veranstaltungen); E-Mail: [luzeso@unilu.ch](mailto:luzeso@unilu.ch); F +41 41 229 53 01

## Neuerscheinung aus dem Schulthess Verlag



### Der Verwaltungsrat

Ein Handbuch für Theorie und Praxis

4. Auflage

Roland Müller | Lorenz Lipp | Adrian Plüss

Die 4., überarbeitete und erweiterte Auflage berücksichtigt alle für VR relevanten Änderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung der letzten Jahre, insbesondere die Änderungen betreffend Gründungsvorschriften, HR-Eintragungen, neue Rechnungslegungsvorschriften, Umsetzung der Abzockerinitiative und Auswirkungen der Business Judgment Rule. Erweitert wurden u.a. die Kapitel zur Zusammensetzung des VR und zur Suche nach geeigneten Kandidaten, die Bildung von VR-Ausschüssen, die Sorgfaltspflichten, die VR-Haftung, Haftungsprävention und Organversicherung, Kommunikation des VR gegen innen und aussen, Umsetzung der neuen Anforderungen zur VR- und GL-Vergütung, Ausgestaltung Rechnungswesen und Revision. Die Neuauflage beinhaltet 105 direkt verwendbare Muster und Checklisten als Word-/Excel- und PDF-Dateien. Im Buch finden Sie einen Code, mit welchem Sie die bewährten Muster und Checklisten bequem unter [www.schulthess.com/update](http://www.schulthess.com/update) downloaden können. Mit dem neuen Update-Service werden die Muster und Checklisten zweimal jährlich aktualisiert (bis zur Erscheinung der Neuauflage). Zusätzlich werden weitere relevante Informationen zum Thema aufgeschaltet.

Erscheint	Juni 2014
ISBN	978-3-7255-6901-4
	1304 Seiten, gebunden
Preis	CHF 298.00

**Autoren:**

Prof. Dr. iur. Roland Müller, Rechtsanwalt  
lic. oec. Lorenz Lipp, dipl. Wirtschaftsprüfer  
Dr. iur. Adrian Plüss, Rechtsanwalt

Schulthess Juristische Medien AG  
Zwingliplatz 2, Postfach  
CH-8022 Zürich/Switzerland  
Telefon +41 44 200 29 29  
Fax +41 44 200 29 28  
[buch@schulthess.com](mailto:buch@schulthess.com)  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Schulthess §

## Frust am Bücherregal?

Wir  
feiern die  
**50.**  
Auflage



**ZGB/OR ist seit 100 Jahren  
gut aufgelegt.**

**Die klassische Textausgabe von  
Gauch/Stöckli mit Anhängen,  
Querverweisen, Sachregister und  
Anmerkungen.**

Diese Textausgabe ist auch nach 100 Jahren zu Recht die richtige Wahl. In seiner 50. Auflage bietet der Klassiker erneut weit mehr als die bloße Wiedergabe von Gesetzestexten: Hinweise auf Materialien, eine Vielzahl systematischer Querverweise, ein Sachregister, informative Anmerkungen über bevorstehende Änderungen, einschlägige Nebengesetze, Staatsverträge und Verordnungen sowie ein kostenloser Update-Service machen den Unterschied. Alles nach wie vor im kompakten Format, als Gesamtband oder als Teilbände. **Erscheinungstermin: Ende August 2014.**



50. Auflage  
ca. 2'200 Seiten, gebunden  
CHF 158.00  
978-3-7255-6976-2



50. Auflage  
ca. 1'100 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6978-6



50. Auflage  
ca. 1'300 Seiten, gebunden  
CHF 79.00  
978-3-7255-6977-9