

Treuhand und Revision

JAHRBUCH 2019

herausgegeben von Andrea Mathis und Rolf Nobs

Übersicht zur Massentlassung

Nicolas Facincani, Reto Sutter

Übersicht zur Massenentlassung



Nicolas Facincani, lic. iur., LL.M., geboren 1976, ist Rechtsanwalt und Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Nicolas Facincani verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Banken-, Gesellschafts- und Handelsrechts. Weiter berät er Klienten bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen und vertritt diese regelmässig in entsprechenden gerichtlichen Verfahren. Er ist zudem als Dozent an Weiterbildungsinstituten tätig. Er publiziert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten, insbesondere dem Gesellschafts- und Arbeitsrecht.



Reto Sutter, Dr. iur., LL.M., geboren 1974, ist Rechtsanwalt und dipl. Steuerexperte. Er ist Partner bei der Zürcher Rechtsanwaltskanzlei Voillat Facincani Sutter + Partner. Reto Sutter verfügt über breite berufliche Erfahrung in allen Bereichen des Steuerrechts und im Handelsrecht. Er berät seine Klienten umfassend in steuer-, vertrags- und strafrechtlichen Belangen, sowohl national als auch grenzüberschreitend. Zudem vertritt er seine Klienten beharrlich vor Gerichten, Schiedsgerichten sowie Verwaltungs- und Strafbehörden. Er unterrichtet an verschiedenen Universitäten, Hochschulen sowie am Unternehmer Forum Schweiz. Er publiziert und referiert regelmässig zu Themen in seinen Fachgebieten.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	3
2.	Kündigung durch den Arbeitgeber	4
2.1	Beendigung des Arbeitsverhältnisses.....	4
2.2	Änderungskündigungen.....	5
3.	Kündigungen innert 30 Tagen	6
4.	Kündigung innerhalb des Betriebs	7
5.	Ablauf des Verfahrens zur Massenentlassung	9
6.	Informationspflicht	10
6.1	Mindestmitteilungen.....	10
6.2	Kopien an das Arbeitsamt.....	11
6.3	Weitere zweckdienliche Auskünfte.....	11
7.	Konsultationsverfahren	12
8.	Konsultationspartner	15
9.	Information des Arbeitsamts	15
10.	Verletzung der Vorschriften zur Massenentlassung – Konsequenzen	16
11.	Sozialplanpflicht	19
11.1	Gesetzliche und vertragliche Verpflichtungen.....	20
11.2	Ausgestaltung eines Sozialplans.....	20
11.3	Exkurs: Pflicht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer?.....	21
	Literaturverzeichnis	23

1. Einleitung

Die Durchführung einer Massentlassung stellt eine besondere Herausforderung für die Geschäftsleitung und Personalverantwortlichen dar – dies nicht nur auf rechtlicher und organisatorischer, sondern auch auf emotionaler Ebene.

Eine Massentlassung nach dem Obligationenrecht liegt vor, wenn ein Arbeitgeber in einem Betrieb innert 30 Tagen eine gewisse Anzahl von Arbeitnehmern entlässt, ohne dass die Kündigungen in einem Zusammenhang mit der Person der Arbeitnehmer (z. B. Leistung, Verhalten) stehen (Art. 335d OR).¹

Ob aus rechtlicher Sicht eine Massentlassung vorliegt, hängt von der Grösse des Betriebs und der Anzahl der entlassenen Arbeitnehmer ab (Art. 335d OR). Rechtlich als Massentlassung gilt die Entlassung von:

- mindestens zehn Arbeitnehmern in Betrieben, die «in der Regel» (dies entspricht der durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer, die in einer repräsentativen Referenzperiode, z. B. einem halben Jahr, angestellt sind, wobei Ersatz- und Aushilfskräfte unberücksichtigt bleiben) mehr als 20 Arbeitnehmer und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen;
- mindestens 10% der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen, sowie
- mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

Die Ermittlung der genauen Schwellenwerte betreffend die beschäftigten Arbeitnehmer ist nicht immer einfach. Der Personalbestand kann auch schwanken. Der Zusatz im Gesetzestext «in der Regel» lässt darauf schliessen, dass kurzfristige Schwankungen bei der Bestimmung der Anzahl beschäftigter Arbeitnehmer nicht berücksichtigt werden. Unter die Bestimmung zur Massentlassung in Art. 335d OR fallen folgende Gruppen von Arbeitnehmern: Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte, Lehrlinge, Praktikanten und Volontäre, sämtliche Mitarbeiter, die sich in der Probezeit befinden, sowie befristete Arbeitsverhältnisse, wenn diese länger als drei Monate dauern. Arbeitnehmer, die nur aufgrund einer kurz-

1 Schwaab, Jean Christophe: Le licenciement collectif, collection «Quid iuris», Genève/Zürich/Bâle 2018, S. 5.

zeitigen Arbeitsvermehrung (Ausverkauf, Weihnachtsgeschäft, Abschlussarbeiten) oder als Ersatz für im Urlaub befindliche oder erkrankte Arbeitnehmer eingestellt werden, sowie befristet Angestellte, deren Befristung weniger als drei Monate beträgt, sind nicht zu berücksichtigen.² Der Wohnort ist nicht relevant. Auch Grenzgänger sind normal in die Berechnung einzubeziehen.

Unseres Erachtens ist aber in jedem Fall für die Berechnung darauf abzustellen, ob ein Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag mit dem entsprechenden Arbeitgeber hat. So sind unseres Erachtens im Rahmen von Entsendungen, bei welchen mit den entsandten Mitarbeitern beim Einsatzbetrieb kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, die entsprechenden Mitarbeiter bei der Prüfung der Massenentlassung nicht mitzuzählen, ungeachtet der Tatsache, ob sie in den betreffenden Betrieb integriert sind oder nicht. Ebenso sind Arbeitnehmer, die im Rahmen des Personalverleihs einem Betrieb verliehen werden, bei der Berechnung nicht mitzuzählen.

Ungeachtet dieser Grenzwerte finden die Vorschriften zur Massenentlassung keine Anwendung, wenn der Massenentlassung eine gerichtliche Betriebseinstellung, der Konkurs des Arbeitgebers oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung zugrunde liegen (Art. 335e Abs. 2 OR).

Möglich ist aber, dass ein Gesamtarbeitsvertrag die Regeln betreffend Massenentlassungen bereits bei tieferen Schwellen vorsieht.³ In einem solchen Fall sind die im Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Regeln anwendbar.

2. Kündigung durch den Arbeitgeber

2.1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Kündigung durch den Arbeitgeber bildet den rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Massenentlassung. Gleichgültig ist, ob der Arbeitgeber mit der Kündigung wirklich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder nur eine Änderung der Arbeitsbedingungen erreichen wollte

2 Hat ein Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag unterzeichnet, aber die Stelle noch nicht angetreten, so ist er bei der Betriebsgrösse nicht mitzuzählen. Soll dieser aber im Rahmen der Massenentlassung entlassen werden, so ist die entsprechende Kündigung (vor oder nach Stellenantritt) bei den Kündigungen zu berücksichtigen.

3 Vgl. etwa Kälin, Thomas/Kirchhoff, Kerstin: Massenentlassung, in: Jusletter, 5.10.2009, Rz. 5.

(sog. Änderungskündigung). Unerheblich ist ferner, ob anstelle der entlassenen Arbeitnehmer andere neu eingestellt werden oder nicht – auch mitzuberechnenden sind somit Fälle, in denen eine Verminderung der Arbeitnehmerzahl gar nicht beabsichtigt ist. Ebenso sind Kündigungen einer Tochtergesellschaft mitzuzählen (im Rahmen einer Massenentlassung bei der entsprechenden Tochtergesellschaft), auch wenn danach die Einstellung bei der Muttergesellschaft oder einer anderen Konzerngesellschaft geplant ist.⁴

Bedeutend sind nur Kündigungen des Arbeitgebers aus wirtschaftlichen, technischen oder organisatorischen Gründen. Nicht mitgerechnet werden zum Beispiel Kündigungen wegen leistungsmässiger Mängel oder aus disziplinarischen Gründen; solche Kündigungen haben ihren Grund in der Person des Arbeitnehmers. Sind sowohl in der Person des Arbeitnehmers liegende als auch andere Gründe für die Kündigung verantwortlich, so ist darauf abzustellen, welche Gründe für die Kündigung ausschlaggebend gewesen sind.

Liegt keine Kündigung, aber trotzdem eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor, so wird die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen der Massenentlassung nicht berücksichtigt. Darunter fällt insbesondere die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine Aufhebungsvereinbarung (unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs), aufgrund eines befristeten Arbeitsvertrags oder als Folge des Todes des Arbeitnehmers. Genauso wenig gilt die einvernehmliche Abänderung des Arbeitsvertrags als Kündigung in diesem Sinn.⁵

2.2 Änderungskündigungen

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass auch Änderungskündigungen von den Bestimmungen einer Massenentlassung erfasst sind.⁶ Es werden grundsätzlich zwei Arten von Änderungskündigungen unterschieden: die Änderungskündigung im engeren Sinne (hier wird formell gekündigt und gesagt, die Kündigung gelte nicht, sofern die neuen Vertragsbedin-

4 CHK-F. Emmel, Art. 335e N 1.

5 Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Massenentlassung: Der Ablauf der Massenentlassung, TREX 04, 2018, S. 202 f.

6 Vgl. hierzu insbesondere Kamber, Marco: Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Bern 2014, S. 325 ff.

gungen angenommen werden) und die Änderungskündigung im weiteren Sinne (hier wird eine Vertragsofferte unterbreitet, wobei die Absicht besteht, dass gekündigt wird, wenn die Offerte nicht angenommen wird).

Änderungskündigungen im engeren Sinne sind auf jeden Fall für die Bestimmung der Grenzwerte einer Massentlassung mitzuzählen. Unklar ist die Situation in Bezug auf die Änderungskündigung im weiteren Sinne. Man könnte argumentieren, die Kündigung sei auch hier geplant. So wären Änderungskündigungen im weiteren Sinne bereits zum Zeitpunkt der Übermittlung der Änderungsangebote für die Bestimmung der Grenzwerte einer Massentlassung mitzuzählen. Diese Ansicht wird nur vereinzelt vertreten. Auf der anderen Seite kann man argumentieren, dass es zum Zeitpunkt der Übermittlung der Änderungsangebote noch nicht klar ist, ob dann tatsächlich eine Kündigung ausgesprochen wird. Wenn diese tatsächlich ausgesprochen wird, würde diese aber auf jeden Fall für die Bestimmung der Grenzwerte einer Massentlassung mitzuzählen sein, zum Zeitpunkt der Änderungsangebote aber noch nicht.⁷

3. Kündigungen innert 30 Tagen

Für die Prüfung, ob eine Massentlassung vorliegt, werden nur Kündigungen betrachtet, welche innert 30 Tagen ausgesprochen werden sollen. Werden also Kündigungen gestaffelt ausgesprochen, so wären die Vorschriften über die Massentlassung nicht anwendbar. Fälle der Gesetzesumgehung sind aber vorbehalten. Werden die Kündigungen lediglich gestaffelt ausgesprochen, um die Vorschriften betreffend Massentlassungen zu umgehen, muss man gemäss herrschender Lehre (es gibt aber auch gewichtige Gegenmeinungen⁸) mit der Anwendung der entsprechenden Vorschriften rechnen. Solche Fälle, bei welchen die Gerichte der Ansicht waren, es seien zu Unrecht die Vorschriften über die Massentlassung nicht beachtet worden, sind aber relativ selten, die Folgen wären aber unter Umständen gewichtig (siehe unten). Sollen etwa im Rahmen von Betriebsschliessungen Kündigungen gestaffelt ausgesprochen werden, so empfiehlt es sich, einerseits dafür zu sorgen, dass die Kündigungen nicht zu nahe beieinander ausgesprochen werden (also

7 Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Massentlassung: Der Ablauf der Massentlassung, TREX 04/2018, S. 203.

8 Vgl. etwa Kamber, Marco: Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Bern 2014, S. 330.

nicht gleich unmittelbar nach Ablauf der 30-Tage-Frist), und andererseits in der Lage zu sein, sachliche Gründe für die Staffelung der Kündigungen bereitzuhaben.

Das Gewerbliche Schiedsgericht Basel hatte einen solchen Fall im Jahr 2011 zu beurteilen und hielt für den konkreten Fall fest, dass die zeitliche Staffelung von Kündigungen eine Umgehung der Vorschriften über die Massentlassung sei, wenn der Arbeitgeber damit keine arbeitsmarktpolitischen Ziele verfolge.

4. Kündigung innerhalb des Betriebs

Ein Unternehmen kann aus mehreren Betrieben bestehen. Die Prüfung, ob eine Massentlassung vorliegt, findet für jeden einzelnen Betrieb statt.⁹ Das heisst, umfasst ein juristisches Unternehmen mehrere Betriebe, so ist für die Bestimmung der Anzahl Beschäftigten sowie der in Betracht gezogenen Kündigungen nicht auf das Unternehmen, sondern auf die einzelnen Betriebe abzustellen.

Der Begriff des Betriebs ist im schweizerischen Recht nicht definiert, und aufgrund des europäischen Ursprungs der Massentlassungsregeln wird hier oft ein Vergleich mit den Regeln in der Europäischen Union herangezogen. Gemäss dem Europäischen Gerichtshof bezeichnet der Begriff «Betrieb» in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59 die Einheit, der die von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben angehören. Ob die fragliche Einheit eine Leitung hat, die selbstständige Massentlassungen vornehmen kann, ist gemäss Europäischem Gerichtshof für die Definition des Begriffs «Betrieb» nicht entscheidend. Im Urteil *Athinaiki Chartopoiia* (C270/05, EU:C:2007:101) hat der Gerichtshof den Begriff «Betrieb» weiter präzisiert, wobei er insbesondere in Rz. 27 dieses Urteils ausgeführt hat, dass für den Zweck der Anwendung der Richtlinie 98/59 ein «Betrieb» im Rahmen eines Unternehmens unter anderem eine unterscheidbare Einheit von einer gewissen Dauerhaftigkeit und Stabilität sein kann, die zur Erledigung einer oder mehrerer bestimmter Aufgaben bestimmt ist und über eine Gesamtheit von Arbeitnehmern sowie über technische Mittel und eine organisatorische Struktur zur Erfüllung die-

9 Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 407.

ser Aufgaben verfügt. Durch die Verwendung der Ausdrücke «unterscheidbare Einheit» und «im Rahmen eines Unternehmens» hat der Gerichtshof klargestellt, dass sich die Begriffe «Unternehmen» und «Betrieb» unterscheiden und dass der Betrieb normalerweise Teil eines Unternehmens ist. Das schliesst jedoch nicht aus, dass – sofern ein Unternehmen nicht über mehrere unterscheidbare Einheiten verfügt – der Betrieb und das Unternehmen eins sein können.

Diese Überlegungen können auch auf den Schweizer Betriebsbegriff übertragen werden: Ein Betrieb ist die selbst am Wirtschaftsleben teilnehmende, organisatorische Zusammenfassung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks.¹⁰ Unerheblich ist dabei, ob der Betrieb über eine eigene Geschäftsleitung verfügt, welche über die Kündigungen befinden kann. So hat beispielsweise das Verwaltungsgericht St. Gallen einzelnen Asylzentren Betriebseigenschaft zugebilligt. Es ist selbst dann von eigenständigen Betrieben auszugehen, wenn diese ausschliesslich oder überwiegend Dienstleistungen für Genossenschafter erbringen. So wurde denn auch von kantonalen Instanzen entschieden, dass das Vorliegen eines Betriebs nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass eine Tochtergesellschaft ausschliesslich Dienstleistungen für den Konzern erbringe. Keine genügende Eigenständigkeit besitzt demgegenüber etwa die Abteilung Weiterbildung der Zürcher Hochschule (Entscheid des Verwaltungsgerichts ZH).

Gewisse Autoren (Minderheitenmeinung) wollen allerdings von dieser Regel eine Ausnahme machen, wenn die Betriebe (geografisch) nahe beieinanderliegen und denselben regionalen Arbeitsmarkt belasten.¹¹ Dies wurde vom Gewerblichen Schiedsgericht BS im Jahr 1998 bejaht, soweit ersichtlich aber von keinem weiteren Gericht bestätigt. Das Bundesgericht hat diese Frage in einem konkreten Entscheid offengelassen. Zum Teil wird sogar argumentiert, Betriebe, welche sich in demselben Kanton befinden, würden zusammengezählt. Hierfür fehlt aber die gesetzliche Grundlage. Diese Meinung ist deshalb abzulehnen.

10 BGE 129 III 335 E. 2.1 und BGE 137 III 27 E. 3.2.

11 Vgl. CHK-F. Emmel, Art. 335e N 3.

5. Ablauf des Verfahrens zur Massentlassung

Beabsichtigt ein Arbeitgeber eine Massentlassung, sind durch ihn bestimmte gesetzliche Pflichten zu beachten, welche vorwiegend den Schutz der Arbeitnehmenden und die Information des zuständigen kantonalen Arbeitsamts bezwecken. Das schweizerische Obligationenrecht (Art. 335f und Art. 335g) sieht insbesondere folgende Pflichten des Arbeitgebers vor:¹²

- Pflicht des Arbeitgebers zur Information der Arbeitnehmenden
- Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung eines Konsultationsverfahrens unter seinen Arbeitnehmenden sowie
- Pflicht des Arbeitgebers zur rechtzeitigen Information des kantonalen Arbeitsamts

Diese Pflichten sind sodann in der richtigen Reihenfolge vorzunehmen. Die gesetzlichen Vorschriften über die Massentlassung gelten nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheide sowie bei Massentlassung im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Art. 335e Abs. 2 OR).

Die Pflicht zur Beachtung der gesetzlichen Pflichten betreffend eine Massentlassung entsteht in dem Moment, in welchem eine Massentlassung konkret beabsichtigt wird. Wird eine Massentlassung aber nur in Betracht gezogen, so werden die Pflichten noch nicht ausgelöst.¹³ Unter Umständen kann es aber schwierig sein zu bestimmen, wann eine konkrete Absicht vorliegt oder nicht.

Wichtig ist, dass der definitive Entscheid über die Entlassungen erst nach durchgeführtem Konsultationsverfahren gefällt werden darf. Aus diesem Grund sind, sofern die Bestimmungen über die Massentlassungen anwendbar sind, die Beschlüsse des Verwaltungsrats jeweils unter der Bedingung zu fassen, dass das Konsultationsverfahren nichts anderes hervorbringt bzw. keine Lösung offenlegt. Dementsprechend sind auch

12 Beim Informations- und Konsultationsrecht handelt es sich um Mitwirkungsrechte gemäss Art. 10 Mitwirkungsgesetz.

13 BGE 123 III 176.

die Mitteilungen an die Arbeitnehmer und allfällige Medienmitteilungen umsichtig zu formulieren.¹⁴

6. Informationspflicht

6.1 Mindestmitteilungen

Beabsichtigt der Arbeitgeber konkret, eine Massentlassung vorzunehmen, so hat er die Arbeitnehmervertretung bzw. die einzelnen Arbeitnehmer (zum relevanten Konsultationspartner vgl. weiter unten) zu informieren. Er muss über folgende Faktoren schriftlich¹⁵ Auskunft geben:

- a) die Gründe der Massentlassung
- b) die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll
- c) die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sowie
- d) den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen.

Anhand dieser Informationen können die Konsultationspartner prüfen, ob überhaupt eine Massentlassung vorliegt oder nicht. Dabei sind die Informationen so gut wie möglich wahrheitsgetreu anzugeben. Insbesondere müssen die Gründe für die Massentlassung vollständig und möglichst konkret beschrieben werden, damit im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach Lösungen gesucht werden kann. Neue wesentliche Gründe sind nachträglich mitzuteilen und führen zu einer neuen Konsultationsfrist.¹⁶

Oft wird die Eröffnung eines Verfahrens zur Massentlassung mit einer Mitarbeiterversammlung kombiniert, was sinnvoll sein kann, aber vom Gesetz nicht verlangt wird. Die Durchführung einer Mitarbeiterversammlung hat den Vorteil, dass den Mitarbeitern gleich an der Versamm-

14 Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Massentlassung: Der Ablauf der Massentlassung, TREX 04/2018, S. 204.

15 Erst ab dieser Mitteilung läuft die Konsultationsfrist bzw. gestützt auf diesen Zeitpunkt ist die Dauer der Konsultationsfrist zu bestimmen. Für den Fall, dass alle Arbeitnehmer die Konsultationspartner sind (siehe unten), dürfte allerdings darauf abzustellen sein, wann der Grossteil der Arbeitnehmer die Information erhält. Wird die Information anlässlich einer Mitarbeiterversammlung übergeben, sind wohl krankheits- und ferienhalber abwesende Arbeitnehmer nicht zu berücksichtigen, ansonsten die Konsultationsfrist nie zu laufen beginnen würde. Das Gleiche gilt beim Postversand, hier dürfte wohl auf den Tag abzustellen sein, an welchem mit dem Empfang durch die Arbeitnehmer zu rechnen ist, auch wenn die Arbeitnehmer aufgrund von Ferien oder Spitalaufenthalt die Postsendung tatsächlich nicht erhalten.

16 Kälin, Thomas/Kirchhoff, Kerstin: Massentlassung, in: Jusletter, 5.10.2009, Rz. 12.

lung die schriftliche Information übergeben werden kann und sie lediglich den Empfang quittieren. Ansonsten empfiehlt es sich, die schriftliche Information per Einschreiben zuzustellen.

6.2 Kopien an das Arbeitsamt

Eine Kopie der schriftlichen Mitteilung muss dem kantonalen Arbeitsamt zugestellt werden. Die Zustellung kann auch per Fax oder E-Mail-Scan erfolgen. Die Kopie muss mit der schriftlichen Mitteilung an die Arbeitnehmer zu Beginn der Konsultation übereinstimmen. Eine Nichtzustellung der Kopie führt zur Verletzung der Konsultationspflicht, jedoch nicht zur Missbräuchlichkeit der späteren Kündigungen. Dabei trägt der Arbeitgeber die Pflicht zum Nachweis, dass die Kopie dem Arbeitsamt eingereicht worden ist. Anhand der Zustellung der Mitteilung hat das Arbeitsamt die Möglichkeit, die zu erwartenden Auswirkungen auf den lokalen Arbeitsmarkt abzuschätzen.

Das Gesetz gibt keine Antwort auf die Frage, welches Arbeitsamt zu informieren ist, sofern ein Betrieb in mehreren Kantonen liegt. Unseres Erachtens wäre es wohl ausreichend, dasjenige Arbeitsamt zu informieren, in welchem sich der betriebliche Schwerpunkt des Betriebs befindet.¹⁷ Gerichtsentscheide zu dieser Frage sind aber, soweit ersichtlich, nicht ergangen, und der vorsichtige Arbeitgeber wird im Zweifel alle kantonalen Arbeitsämter derjenigen Kantone informieren, in welchen der betreffende Betrieb über Standorte verfügt.

6.3 Weitere zweckdienliche Auskünfte

Der Arbeitgeber muss zu den obigen Mindestinformationen jegliche weiteren zweckdienlichen Auskünfte erteilen.¹⁸ Dabei haben sich die Arbeitnehmer auf Informationen zu beschränken, die für die Auswahl, Ausarbeitung und Verbesserung Erfolg versprechender Projekte notwendig sind.¹⁹ Darunter versteht man etwa Angaben

17 A.M. Schwaab, Jean Christophe: Le licenciement collectif, collection «Quid iuris», Genève/Zürich/Bâle 2018, S. 44.

18 Sind die einzelnen Arbeitnehmer die Konsultationspartner, so sind die zusätzlichen zweckdienlichen Auskünfte nicht allen Arbeitnehmern, sondern nur denjenigen zu erteilen, welche diese verlangen. Schriftlichkeit der Auskünfte ist nicht verlangt. Zum Umfang der Information siehe insbesondere Widmer, Laura/Reiter, Matthew T.: Bemerkungen zu den Urteilen des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. März 2011 (4A_483/2010) i. S. Gewerkschaft X. c. A. AG, sowie des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 16. Juli 2010 (ZKAPP.2009.74), AJP 2011, S. 1103 ff.

19 BGE 137 III 162 E. 2.1.

- über die Möglichkeit von Versetzungen innerhalb des Betriebs oder der Unternehmensgruppe,
- über die Neuorganisation der Arbeitszuteilung,
- über die Mittel, welche zur Verfügung stehen, um die Arbeitnehmer zu entschädigen, die den Betrieb freiwillig verlassen, oder
- über frühzeitige Pensionierungen.

Die Mitteilung der zweckdienlichen Auskünfte muss der Arbeitgeber, anders als die Mindestinformationen, nicht von sich aus vornehmen. Ob Auskünfte zweckdienlich sind, bestimmt sich aufgrund der Begründung im Auskunftsbegehren. Die frühzeitige und eigeninitiative Mitteilung seitens des Arbeitgebers kann aber zur Vermeidung von unnötigen Verlängerungen des Verfahrens von Vorteil sein. Es empfiehlt sich, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine bestimmte Person oder Anlaufstelle im Betrieb bekannt gibt, an welche man sich mit Informationsbegehren wenden kann. Am besten wird dies gleich in das zwingende Informationsschreiben integriert.

7. Konsultationsverfahren

Nach Art. 335f OR ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitnehmerschaft²⁰ zur geplanten Massenentlassung zu konsultieren²¹ und ihnen die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können.²² Dazu muss der Arbeitgeber der Arbeitnehmerschaft sämtliche zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen gewisse Informationen schriftlich mitteilen.²³ Den Arbeitnehmern ist eine angemessene Frist für die Einreichung ihrer Vorschläge zu setzen. Die Frist ist an die Dringlichkeit und Komplexität der Angelegenheit sowie an den Organisationsgrad der Arbeitnehmer anzupassen. Eine gut organisierte Arbeitnehmervertretung braucht weniger Zeit für die Konsultation als eine nicht organisierte Arbeitnehmerschaft. In der Regel sollte eine Frist von min-

20 D. h. der Arbeitnehmervertretung, wo eine solche vorhanden ist, oder den Arbeitnehmern, wo keine Vertretung vorhanden ist.

21 Die Informationspflicht ist eigentlich bereits Teil der Konsultation.

22 Den Arbeitnehmern steht aber kein Mitbestimmungsrecht zu. Vgl. hierzu Geiser, Thomas/Müller, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2015, N 597.

23 Vgl. hiervor.

destens zehn Tagen gewährt werden. In einfachen oder sehr dringlichen Fällen werden auch kürzere Fristen zugelassen.²⁴ Die Arbeitnehmer müssen die Vorschläge so rasch wie möglich einreichen; insbesondere sofern sie einen Austausch mit dem Arbeitgeber wünschen. Werden die Vorschläge in «letzter Minute» eingereicht, kann nicht erwartet werden, dass ein Austausch stattfinden.

Das Ziel der Konsultation besteht darin, eine Einigung zu erzielen²⁵ bzw. Massentlassungen möglichst zu verhindern, deren Zahl zu beschränken oder mindestens deren Folgen zu lindern.

Die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite haben im Bereich der betrieblichen Mitwirkung, wozu auch das Konsultationsverfahren bei Massentlassungen zählt (Art. 10 lit. c MwG), nach Treu und Glauben zusammenzuarbeiten (Art. 11 Abs. 1 MwG).

Angesichts dieser Pflicht zum Verhalten nach Treu und Glauben und zum Zwecke der Zielerreichung des Konsultationsverfahrens, die Vermeidung von Kündigungen oder mindestens deren Reduzierung, hat die Arbeitgeberseite sich ernsthaft mit den Vorschlägen des Sozialpartners auseinanderzusetzen. Der Arbeitnehmerschaft muss die Möglichkeit gewährt werden, auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers einzuwirken.²⁶ Allerdings ist der Arbeitgeber frei, Vorschläge der Arbeitnehmerschaft tatsächlich umzusetzen; sie sind für ihn nicht etwa verbindlich, wenn sie aus Sicht eines objektiven Dritten allenfalls nicht sinnvoll erscheinen. Das Gesetz schreibt nicht vor, wie lange die Prüfungsphase zu dauern hat. Damit der Arbeitgeber nicht in Zeitnot gerät und sich auch nicht der Kritik aussetzen lassen muss, er hätte sich nicht genügend ernsthaft mit den Vorschlägen auseinandergesetzt, sollte er eine ausreichend bemessene Zeitspanne einplanen, binnen welcher er die Vorschläge prüft und seinen Entscheid fällt.²⁷ Unseres Erachtens kann aber auch ein Tag zur Beurteilung genügend sein. Die Prüfung kann zudem bereits während des laufenden Konsultationsverfahrens stattfinden, sofern die Vorschläge bereits vorher eingereicht werden.

24 Zur Frist siehe insbesondere Brühwiler, Jürg: Einzelarbeitsvertrag, Art. 335 f N 3.

25 Vgl. zum Gesetzgebungsprozess: Licci, Sara: Massentlassung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2018, N 166.

26 BGE 130 III 102 E. 4.2.

27 Kälin, Thomas/Stalder, Noëlle: Massentlassung und Sozialplan, in: AJP 2018, S. 1014, S. 1017 f.

Über den Inhalt des Konsultationsrechts besteht in der juristischen Lehre Uneinigkeit. Ein Teil der Lehre versteht darunter ein reines Anhörungsrecht. Ein anderer Teil der Lehre spricht sich für ein eigentliches Mitspracherecht aus, bei welchem der Arbeitgeber verpflichtet ist, sich mit den Vorschlägen der Arbeitnehmer ernsthaft auseinanderzusetzen und eine allfällige Ablehnung der Vorschläge zu begründen. Der zweiten Meinung folgend, hat das Obergericht des Kantons Zürich eine Begründungspflicht bei Ablehnung der Vorschläge grundsätzlich bejaht.²⁸ Andere Meinungen wiederum fordern sogar einen Dialog zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmerschaft, mithin also eine gemeinsame Beratung.²⁹ Das Bundesgericht hielt schlicht fest, dass der Arbeitgeber aus dem Grundsatz nach Treu und Glauben (vgl. Art. 11 MWG) verpflichtet sei, die Lösungsvorschläge seriös zu prüfen.³⁰ Eine über die schlichte seriöse Prüfung der Vorschläge der Arbeitnehmerschaft hinausgehende Beratungspflicht des Arbeitgebers mit den Arbeitnehmern besteht unseres Erachtens nicht,³¹ – eine solche macht auch keinen Sinn, sofern klare Vorschläge unterbreitet wurden – und auch eine eigentliche Begründungspflicht durch den Arbeitgeber ist, entgegen dem obergerichtlichen Entscheid, abzulehnen.³² Würde man eine – über die schlichte seriöse Prüfung der Vorschläge der Arbeitnehmer hinausgehende – Verhandlungspflicht bejahen, wären Arbeitgeber (und zwar unabhängig von der Anzahl üblicherweise beschäftigten Arbeitnehmer) gezwungen, bei einem entsprechenden Vorschlag, über einen Sozialplan zu verhandeln, was jedoch nur bei mindestens 250 üblicherweise beschäftigten Arbeitnehmern gesetzlich vorgeschrieben ist (siehe unten). Faktisch hätte dies eine Gesetzesumgehung zur Folge.

28 ZR 103/2004 S. 14–21, E. 10.

29 Auch wenn man diese Beratungspflicht bejahen würde (was vorliegend aber abgelehnt wird), so wären in die Beratung bei Fehlen einer Arbeitnehmervertretung höchstens diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, welche Vorschläge eingebracht haben.

30 BGE 137 III 162 E. 1.1. Gemäss Bundesgericht ist eine Auseinandersetzung zudem nur ernsthaft, wenn dafür genügend Zeit vorgesehen wurde.

31 A.M. Licci, Sara: Massenentlassung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2018, N 167, mit Hinweis auch auf die europäische Rechtsprechung. Die Beratung hätte jedenfalls während der Konsultationsfrist zu erfolgen.

32 Selbst wenn man eine Begründungspflicht bejahen würde, so wäre die Begründung im Schreiben an das Arbeitsamt, welches den Arbeitnehmern in Kopie zuzustellen ist, ausreichend und eine zusätzliche Begründung an die Arbeitnehmer nicht notwendig. Vgl. zur Begründungspflicht der Entscheid des Obergerichts Zürich: Demnach hat «der Arbeitgeber die Pflicht [...], die Arbeitnehmervorschläge zu prüfen und seine allfällige Ablehnung zu begründen» (Entscheid vom 2.4.2003, in: ZR 103/2004, S. 14–21, E. 10).

8. Konsultationspartner

Die Konsultationspartnerin des Arbeitgebers beim Verfahren der Massenentlassung ist vorrangig die Arbeitnehmervertretung, sofern eine solche im Betrieb vorhanden ist; fehlt die Arbeitnehmervertretung, sind die Arbeitnehmer direkt zu konsultieren; der Austausch im Rahmen der Konsultation findet aber jeweils nur zwischen dem Arbeitgeber und denjenigen Arbeitnehmern statt, die sich einbringen. Bringt also ein Arbeitnehmer Vorschläge ein, ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, diese Vorschläge allen Mitarbeitern mitzuteilen.

Unseres Erachtens sind dabei nur diejenigen Arbeitnehmer zu konsultieren, welche zum Zeitpunkt der Eröffnung des Konsultationsverfahrens in einem Arbeitsverhältnis stehen, wobei es sich im Einzelfall aufdrängen kann, auch Arbeitnehmer, die während des Konsultationsverfahrens ihre Stelle antreten, zu konsultieren.³³

Zu konsultieren sind nicht etwa nur diejenigen Arbeitnehmer, deren Entlassung geplant ist, sondern alle Arbeitnehmer des fraglichen Betriebs,³⁴ nicht jedoch alle Arbeitnehmer des Arbeitgebers.

In Fällen, bei denen der Arbeitgeber Partei eines Gesamtarbeitsvertrags ist, müssen je nach dessen Regelung auch die Arbeitnehmerverbände an der Konsultation beteiligt werden.

9. Information des Arbeitsamts

Nach Durchführung der Konsultation hat der Arbeitgeber dem kantonalen Arbeitsamt die beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzuzeigen; eine Kopie dieser Anzeige geht an die Arbeitnehmerschaft.

Die Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation und alle (für das Amt) zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung enthalten.

33 Diesen wäre in diesem Fall vor deren Stellenantritt die schriftliche Information betreffend die Massenentlassung zuzustellen.

34 Vgl. Streiff/von Kaenel/Rudolph: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 335f N 6, S. 967.

Der Arbeitnehmerschaft muss eine Kopie dieses Schreibens zugestellt werden. Deswegen dürfte eine gesonderte Mitteilung an die Arbeitnehmer über die Ergebnisse der Konsultation nicht notwendig sein.³⁵ Wird die Zustellung der Kopie dieses Schreibens an die Arbeitnehmerschaft unterlassen, hat dies für den Arbeitgeber allerdings keine Konsequenzen. Die Zustellung des Schreibens an das Arbeitsamt ersetzt diese Mitteilung.

Die Arbeitnehmerschaft ist frei, dem Arbeitsamt ihre eigenen Bemerkungen einzureichen. Allerdings muss das Arbeitsamt nicht prüfen, ob das Konsultationsverfahren eingehalten wurde. Seine Aufgabe besteht vielmehr darin, nach Lösungen für die Probleme zu suchen, welche die Massenentlassung aufwirft. Grundsätzlich empfiehlt es sich, das zuständige kantonale Arbeitsamt möglichst früh zu informieren.³⁶

Ein im Rahmen einer Massenentlassung gekündigtes Arbeitsverhältnis endet in jedem Fall frühestens 30 Tage nach der Anzeige an das Arbeitsamt.

10. Verletzung der Vorschriften zur Massenentlassung – Konsequenzen

Liegt eine Massenentlassung vor und werden die entsprechenden Vorschriften nicht eingehalten, hat dies spürbare Folgen für den fehlbaren Arbeitgeber.

Zum einen ist gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR jede Kündigung missbräuchlich, die im Rahmen einer Massenentlassung erfolgt, ohne dass ein Konsultationsverfahren durchgeführt worden ist. Verletzt der Arbeitgeber das Konsultationsrecht seiner Mitarbeiter, führt dies folglich dazu, dass jeder der betroffenen Mitarbeiter, der rechtzeitig formell und inhaltlich korrekt Einsprache gegen seine Kündigung erhebt, Anspruch auf eine Entschädigung in der Höhe von maximal zwei Monatslöhnen hat.

35 Aus Vorsichtsgründen kann es sich aber empfehlen, den Arbeitnehmern die Ergebnisse der Konsultation separat zusammenzufassen und diese Zusammenfassung zusammen mit der Kopie der Mitteilung an das Arbeitsamt den Arbeitnehmern zuzustellen. Oft wird auch anlässlich einer Mitarbeiterversammlung über die Ergebnisse der Konsultationsverfahrens berichtet, was unseres Erachtens in der Regel empfehlenswert ist.

36 Die Zuständigkeit des kantonalen Arbeitsamts richtet sich nach dem Standort des Betriebs, auch wenn der Arbeitgeber dort keinen statutarischen Sitz hat. Zur Frage der Zuständigkeit, sofern der Betrieb in verschiedenen Kantonen Standorte hat, siehe oben.

Zum anderen kann die Nichtinformation des Arbeitsamts über die Ergebnisse der Konsultation dazu führen, dass die Arbeitsverhältnisse fortlaufen und die Arbeitnehmer entsprechende Lohnforderungen stellen können. Die Unterlassung der Zustellung einer Kopie dieses Schreibens an die Arbeitnehmerschaft hat keine Auswirkungen.

Beachtlich ist, dass die Sperrfristenregelung gemäss Art. 336c OR auch auf Kündigungen im Rahmen einer Massentlassung anwendbar sind. Es sei daran erinnert, dass unter Umständen einzelne Kündigungen aufgrund der arbeitsrechtlichen Bestimmungen über den Schutz vor Kündigungen zur Unzeit (Art. 336c OR) erst später ausgesprochen werden können bzw. dass der Ablauf der Kündigungsfrist neu berechnet werden muss.

In der Praxis ist oft nicht bekannt, dass neben den Informations- und Konsultationspflichten von Art. 335f und 335g OR noch andere Meldepflichten bestehen können. So muss der Arbeitgeber die Entlassung einer grösseren Anzahl von Arbeitnehmern sowie Betriebsschliessungen dem zuständigen Arbeitsamt möglichst frühzeitig, spätestens aber mit dem Aussprechen der Kündigung, melden (Art. 29 AVG). Als «grössere Anzahl» gelten dabei zehn Arbeitnehmer, wobei dieser Schwellenwert von den Kantonen auf sechs herabgesetzt werden kann (Art. 53 AVV). Die Verletzung dieser Meldepflicht kann mit Busse bis CHF 40 000.– bestraft werden. In den einzelnen Kantonen gelten folgende «Grenzwerte»:

Kanton	Anzahl Arbeitnehmer	Grundlage	Meldestelle
Kanton Zug	10	§ 2 Abs. 1 der VO zum AVG	Amt für Wirtschaft und Arbeit Aabachstrasse 5, PF, 6301 Zug
Kanton Zürich	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Wirtschaft und Arbeit, Bereich Arbeitsmarkt, PF, 8090 Zürich
Kanton Bern	10	kein Abweichen von AVV	beco Berner Wirtschaft, RAV Arbeitsmarktservice, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Kanton Basel Stadt	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Wirtschaft und Arbeit, Geschäftsleitung Stabsaufgaben, Utengasse 36, PF, 4005 Basel
Kanton Basel Landschaft	10	kein Abweichen von AVV	Kantonales Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), Bahnhofstrasse 32, 4133 Pratteln

Kanton	Anzahl Arbeitnehmer	Grundlage	Meldestelle
Kanton Obwalden	6	Art. 5 der kantonalen AVV	Amt für Arbeit Obwalden, St. Antonistrasse 4, 6061 Sarnen
Kanton Nidwalden	10	kein Abweichen von AVV	Arbeitsamt Nidwalden, Stansstadterstrasse 54, PF 1251, 6371 Stans
Kanton Uri	6	Art. 8 der AMV	Amt für Arbeit und Migration, Klausenstrasse 4, 6460 Altdorf
Kanton Schwyz	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Arbeit (AFA), Lückenstrasse 8, PF 1181, 6431 Schwyz
Kanton Glarus	10	kein Abweichen	Departement Volkswirtschaft und Inneres, Wirtschaft und Arbeit, Zwinglistrasse 6, 8750 Glarus
Kanton Fribourg	6	Art. 29 BAMG	Amt für den Arbeitsmarkt, Bd de Pérolles 25, PF, 1701 Freiburg
Kanton Genf	6	Abweichen gemäss dem loi sur le service de l'emploi et de la location de service	Office cantonal de l'emploi, Service juridique, Rue des Gares 16, CP 2660, 1211 Genève
Kanton Solothurn	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Wirtschaft und Arbeit, Juristische Dienstleistungen, Cécile San Miguel, Rathausgasse 16, 4509 Solothurn
Kanton Schaffhausen	10	kein Abweichen von AVV	Kanton Schaffhausen, Arbeitsamt, Mühlentalstrasse 105, 8200 Schaffhausen
Kanton Appenzell Innerrhoden	10	kein Abweichen	Arbeitsamt, Marktgasse 2, 9050 Appenzell
Kanton Appenzell Ausserrhoden	10	kein Abweichen	Amt für Wirtschaft und Arbeit, Regierungsgebäude, 9102 Herisau
Kanton St. Gallen	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Wirtschaft und Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen
Kanton Graubünden	10	kein Abweichen	Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit, Grabenstrasse 9, 7000 Chur
Kanton Aargau	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Wirtschaft und Arbeit Thomas Buchmann, Leiter Rain 53, 5001 Aarau

Kanton	Anzahl Arbeitnehmer	Grundlage	Meldestelle
Kanton Thurgau	10	kein Abweichen von AVV	Amt für Wirtschaft und Arbeit Verwaltungsgebäude Promenadenstrasse 8 8510 Frauenfeld
Kanton Tessin	10	kein Abweichen von AVV	Ufficio dell'ispettorato del lavoro Viale Stefano Franscini 17 6501 Bellinzona
Kanton Waadt	10	kein Abweichen von AVV	Service d'emploi Rue Caroline 11, 1014 Lausanne
Kanton Wallis	6	Art. 43 Abs. 1 BAMG	Dienststelle für Industrie, Handel und Arbeit, Rechtsangelegenheiten, Vincent Lambiel, Av. du Midi 7, 1950 Sitten
Kanton Neuenburg	6	Abweichen gemäss kant. Gesetzen	Service de l'emploi, Rue du Parc 119, 2300 La Chaux-de-Fonds
Kanton Jura	6	Abweichen gemäss kant. Gesetzen	Service des arts et métiers et du travail, Rue du 24-Septembre 1, 2800 Delémont
Kanton Luzern	10	kein Abweichen von AVV	WAS Wirtschaft und Arbeit, Bürgenstrasse 12, Postfach, 6002 Luzern

11. Sozialplanpflicht

Im Zuge der Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs wurde im Jahr 2014 eine Sozialplanpflicht eingeführt. Demgemäss ist im Falle der Kündigung von 30 Arbeitnehmern innerhalb von 30 Tagen bei Arbeitgebern, bei denen üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt sind, ein Sozialplan zu verhandeln, sofern sich der Arbeitgeber nicht im Konkurs oder in einem Nachlassverfahren befindet. Beide Grenzwerte, 30 bzw. 250 Arbeitnehmer, beziehen sich auf den betroffenen Betrieb und nicht etwa auf den Arbeitgeber.³⁷ Werden die Schwellen nicht erreicht, so ist es möglich, dass ein anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag die Pflicht zum Sozialplan vorsieht. Ebenso steht es jedem Arbeitgeber frei, auf freiwilliger Basis einen Sozialplan zu erlassen; eine Verhandlungspflicht besteht aber in keinem Fall.

³⁷ So auch Licci, Sara: Massenentlassung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2018.

Besteht eine Sozialplanpflicht, so muss der Arbeitgeber mit dem Konsultationspartner also aktiv Verhandlungen führen, welche zwingend in einen Sozialplan münden müssen. Können sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan einigen, so muss ein Schiedsgericht bestellt werden, das schliesslich verbindlich den Sozialplan aufstellt.

11.1 Gesetzliche und vertragliche Verpflichtungen

Im Rahmen der Ausgestaltung und Umsetzung eines Sozialplans sind sowohl die gesetzlichen als auch vertraglichen Verpflichtungen zu gewährleisten. Hierzu sind insbesondere zu erwähnen:

- Kündigungsfristen
- Ferienansprüche
- Lohnansprüche einschliesslich Nebenleistungen, die Lohnbestandteile sind
- Ansprüche aus betrieblicher Personalvorsorge einschliesslich Freizügigkeitsleistungen

11.2 Ausgestaltung eines Sozialplans

Was genau Inhalt des Sozialplans sein soll, darüber schweigt sich das Gesetz aus. Es wird lediglich festgelegt, dass im Sozialplan Massnahmen festgelegt werden sollen, um Kündigungen zu vermeiden, deren Zahl zu beschränken und deren Folgen zu mindern. Damit können im Sozialplan grundsätzlich alle Massnahmen vereinbart bzw. angeordnet werden, die zur Erreichung dieser Ziele zweckmässig sind. Folgende Massnahmen können grundsätzlich Inhalt eines Sozialplans sein:

- Abgangsentschädigungen
- vorzeitige Pensionierungen
- Finanzierung von Überbrückungsrenten
- Durchhalteprämien
- Mithilfe bei Stellensuche
- zusätzliche Leistungen in Härtefällen
- Verkürzung oder Verlängerung von Kündigungsfristen
- Einräumung von Versetzungsmöglichkeiten innerhalb des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe

Hierbei muss jedoch beachtet werden, dass der Sozialplan den Fortbestand des massgebenden Betriebs nicht gefährden darf (Art. 335h Abs. 2 OR). Weitere gesetzliche Vorgaben für den Umfang der Sozialplanleistungen bestehen nicht.

11.3 Exkurs: Pflicht zur Gleichbehandlung der Arbeitnehmer?

In Sozialplänen trifft man oft Regelungen an, welche gewisse Arbeitnehmer, etwa diejenigen, welche bereits lange für den entsprechenden Arbeitgeber tätig, oder älter sind, bevorzugen. Nachfolgend sollen diese Regelungen unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer analysiert werden.

In der Schweiz ist ein arbeitsrechtlicher, geschlechtsübergreifender Gleichbehandlungsgrundsatz anerkannt. Dieser Gleichbehandlungsgrundsatz leitet sich aus der Pflicht des Arbeitgebers zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmer ab (Art. 328 OR). Das Gleichbehandlungsgebot gilt anerkanntermassen auch bei freiwilligen Sozialleistungen wie Abgangsentschädigungen.³⁸ Eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung stellt eine Persönlichkeitsverletzung der Arbeitnehmer dar.

Jedoch hat das Bundesgericht festgestellt, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Gleichbehandlungsgebot vorgeht: «En matière de contrat individuel de travail, la jurisprudence a déjà affirmé que la liberté contractuelle prévalait sur le principe de l'égalité de traitement.»³⁹ Aufgrund der Vertragsfreiheit sind deshalb grundsätzlich beliebige Differenzierungen zwischen einzelnen Arbeitnehmern zulässig. Somit ist zwar ein arbeitsrechtlicher, geschlechterübergreifender Gleichbehandlungsgrundsatz anerkannt, allerdings ist dessen Schutzwirkung begrenzt.⁴⁰

Eine persönlichkeitsverletzende Ungleichbehandlung liegt nur im Falle einer willkürlichen (also sachlich ungerechtfertigten), individuellen Diskriminierung vor. Gemäss Bundesgericht kann jedoch auch eine unsach-

38 BGE 4A_63/2007 vom 6.7.2007, KGer SG, in: JAR 2009, S. 579, E.III.4.c, GPräs 3 Bern-Laupen, in: plädoyer 2001/5, S. 68.

39 BGE 129 III 276 E. 3.2.

40 Streiff/von Kaenel/Rudolph: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 328 N 12, S. 534.

liche Entscheidung des Arbeitgebers nur dann als Persönlichkeitsverletzung und damit als Verstoß gegen das individuelle Diskriminierungsverbot gelten, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt, was von vornherein nur dann gegeben sein kann, wenn ein einzelner Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von Arbeitnehmern deutlich schlechtergestellt wird – nicht jedoch, wenn nur ein einzelner Arbeitnehmer bessergestellt wird.⁴¹ Somit ist eine sachlich ungerechtfertigte Schlechterstellung eines einzelnen Arbeitnehmers oder einer Minderheit von Arbeitnehmern gegenüber der Mehrheit der Belegschaft oder die Besserstellung der Mehrheit der Belegschaft, aber eben nicht aller, unzulässig. Demgegenüber ist die Besserstellung eines einzelnen Arbeitnehmers oder einer Minderheit bzw. kleinen Gruppe von Arbeitnehmern sowie die Benachteiligung von grösseren Gruppen oder gar ganzen Mitarbeiterkategorien nicht zu beanstanden.⁴²

- Unzulässig ist es also, einen oder eine Minderheit von Arbeitnehmern gegenüber der Mehrzahl der Belegschaft schlechterzustellen.
- Zulässig ist es demgegenüber, einen oder eine Minderheit bzw. kleine Gruppe von Arbeitnehmern besserzustellen.

In der Regel ist somit eine Differenzierung nach den zu erwartenden Nachteilen und ihrer Vermeidbarkeit legitim. So ist eine Klausel im Sozialplan, wonach Arbeitnehmer, die eine andere zumutbare Anstellung im Betrieb oder Konzern abgelehnt oder bereits eine neue Stelle gefunden haben, keine oder eine tiefere Abfindung erhalten, nicht zu beanstanden. Ebenfalls denkbar wäre, nur denjenigen Arbeitnehmern eine Abfindung zu entrichten, die bis zum Ende der Kündigungsfrist keine neue Stelle gefunden haben.⁴³ Sodann sind in der Praxis häufig (zulässige)

41 BGE 129 III 276 E. 3.1. Das Zürcher Obergericht hat diesbezüglich spezifiziert, dass die gewählte Einzahl «ein Arbeitnehmer» wohl nicht wörtlich zu verstehen sei; auch die vom Bundesgericht angeführten Literaturstellen gingen davon aus, auch eine ganze (wenn auch kleine) Gruppe von Arbeitnehmern könne rechtswidrig schlechtergestellt sein (ZR 104/2005, S. 141, 10.03.2004, Obergericht Zürich, S. 141–147). Sodann stellte das Zürcher Obergericht fest, dass der streitige Fall einen Grenzfall darstelle: Ein Sechstel der Mitarbeitenden respektive der Stellenprozente (welche i. c. diskriminiert wurden) sei an sich zwar bereits ein relativ erheblicher Teil der ganzen Belegschaft. Andererseits könne es stossend sein, eine klare persönlichkeitsverletzende Schlechterstellung (nur) aufgrund dieses zahlenmässigen Verhältnisses als unangreifbar zu behandeln.

42 Streiff/von Kaenel/Rudolph: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 328 N 12, S. 534 mit Verweis auf OGer ZH, in: JAR 2006, S. 546, und KGer SG, in: JAR 2009, S. 579.

43 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010, 6498.

Klauseln anzutreffen, welche die Ausrichtung oder den Umfang von Leistungen vom Alter oder Dienstalter des Arbeitnehmers abhängig machen.⁴⁴ Je nach Ausgestaltung kann eine im Rahmen eines Sozialplans gewährte Abgangsentschädigung somit beispielsweise eine *Sozial-, eine Lebensalters- und eine Dienstalterskomponente* enthalten, deren Endbetrag sich sodann aus einer festgesetzten Berechnungsgrundlage mit diversen Komponenten ergibt. Es ist zudem möglich, die Höhe der Abgangsentschädigung durch einen bestimmten Betrag (beispielsweise ein Jahresbasisgehalt) zu deckeln. Als weitere Regelungsinhalte kann der Arbeitgeber zusätzlich eine Einmalzahlung für jedes berechnete *Kind* (gemäss Kinderzulage) vorsehen oder einen zusätzlichen Leistungsanspruch für *vorzeitig Pensionierte* ausdrücklich ausschliessen.

Der Sozialplan setzt somit grundsätzlich keine inhaltliche Gleichbehandlung sämtlicher Arbeitnehmer voraus.⁴⁵ Allerdings darf er nicht nach unzulässigen Kriterien differenzieren (Diskriminierungsverbot).

Literaturverzeichnis

BSK – Portmann/Rudolph: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), Honsell, Heinrich/Vogt, Peter Nedim/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), 6. Aufl., Basel 2015.

BK – Rehbindler/Stöckli: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, Rehbindler, Manfred/Stöckli, Jean-Fritz (Hrsg.), Bern 2014.

Brühwiler, Jürg: Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Bern 2014.

Facincani, Nicolas/Sutter, Reto: Massentlassung: Der Ablauf der Massentlassung, in: TREX 04/2018.

Geiser, Thomas/Müller, Roland: Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015.

CHK-F. Emmel: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Amstutz, Marc et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016.

⁴⁴ BSK – Portmann/Rudolph, Art. 335 h N 6.

⁴⁵ BK – Rehbindler/Stöckli, Art. 335h N 4.

Kälin, Thomas/Stalder, Noëlle: Massentlassung und Sozialplan, in: AJP 2018.

Kälin, Thomas/Kirchhoff, Kerstin: Massentlassung, in: Jusletter 5.10.2009.

Kamber, Marco: Die Änderungskündigung im Arbeitsvertragsrecht, Bern 2014.

Licci, Sara: Massentlassung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 2018.

Schwaab, Jean Christophe: Le licenciement collectif, collection «Quid iuris», Genève/Zürich/Bâle 2018.

Streff, Ullin/von Kaenel, Adrian/Rudolph, Roger: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012.

Widmer, Laura/Reiter, Matthew T.: Bemerkungen zu den Urteilen des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17.3.2011 (4A_483/2010) i. S. Gewerkschaft X c. A. AG, sowie des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 16.7.2010 (ZKAPP.2009.74), in: AJP 2011.