



Massenentlassung und Sozialplan Ein chronologischer Überblick

THOMAS KÄLIN*



NOËLLE STALDER**

Im Jahr 2017 kündigten rund 300 Firmen in der Schweiz Massenentlassungen an – knapp 12'600 Angestellte waren gemäss einer kantonsübergreifenden Umfrage betroffen. Insbesondere die digitale Revolution sowie der Trend zu flexiblen Arbeitsformen lassen die Thematik auch in den nächsten Jahren nicht an Aktualität verlieren. Obwohl das gesetzlich vorgesehene Verfahren bei Massenentlassungen auf den ersten Blick einfach und logisch zu erscheinen vermag, sind für eine problemlose Durchführung des Verfahrens genaue Gesetzeskenntnis und gute Vorbereitung unerlässlich. Der vorliegende Beitrag bezweckt, die einzelnen Verfahrensschritte bei Beabsichtigung einer Massenentlassung unter Berücksichtigung der 2014 eingeführten Sozialplanpflicht chronologisch aufzuzeigen. Er aktualisiert den im Jahr 2009 publizierten Artikel von Thomas Kälin und Kerstin Kirchhoff zur Massenentlassung und ergänzt diesen um Ausführungen zum Sozialplan.

En 2017, près de 300 entreprises suisses ont annoncé des licenciements collectifs. Selon une enquête intercantonale, près de 12'000 employés étaient concernés. Dans les années à venir, la révolution numérique et la tendance vers des formes de travail flexibles contribueront notamment à ce que ce sujet ne perde rien de son actualité. Bien que la procédure prévue par la loi en cas de licenciements collectifs puisse paraître à première vue simple et logique, une connaissance précise du droit et une bonne préparation sont indispensables au bon déroulement de la procédure. Cet article a pour but de présenter de manière chronologique les différentes étapes de la procédure de licenciement collectif, en tenant compte de l'obligation d'établissement d'un plan social qui a été introduite en 2014. Il actualise l'article publié en 2009 par Thomas Kälin et Kerstin Kirchhoff sur les licenciements collectifs et le complète par des commentaires relatifs au plan social.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 - II. Schematische, chronologische Darstellung des Massenentlassungsverfahrens
 - III. Massenentlassungsverfahren
 - A. Begriff und Vorliegen einer Massenentlassung
 - B. Zu den Verfahrensschritten der Massenentlassung im Einzelnen
 1. Konkrete Absicht einer Massenentlassung
 2. Information an die Arbeitnehmerschaft
 3. Kopie der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt
 4. Konsultationsverfahren
 5. Prüfung der Vorschläge und Entscheidungsfindung
 6. Mitteilung an die Arbeitnehmerschaft/Anzeige an das Arbeitsamt
 7. Aussprechen von nicht vermeidbaren Kündigungen
 8. Beendigung der Arbeitsverhältnisse
 - IV. Sozialplan
 - A. Begriff und Vorliegen einer Sozialplanpflicht
 - B. Verfahren bei Vorliegen einer Sozialplanpflicht
 1. Vorsorglich abgeschlossener Sozialplan/Rahmen-Sozialplan
 2. Beginn der Sozialplanverhandlungen
 3. Schiedsgericht
 - V. Folgen der Verletzung von Verfahrensvorschriften
 - A. Information der Arbeitnehmerschaft und Konsultationsverfahren
 - B. Pflicht zur Meldung an das Arbeitsamt
 - C. Pflicht zur Anzeige an das Arbeitsamt
- Anhang

* THOMAS KÄLIN, lic. iur., Rechtsanwalt und dipl. Sozialversicherungsexperte, Leiter Praxisgruppe Arbeitsrecht und Sozialversicherungen bei Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich.

** NOËLLE STALDER, MLaw, Rechtsanwältin im Arbeits- und Prozessrecht bei Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich.

I. Einleitung

Das gesetzlich vorgeschriebene Massenentlassungsverfahren sowie die Sozialplanpflicht sollen die mit dem Stellenabbau zusammenhängenden negativen Folgen für die Betroffenen soweit möglich abfedern.

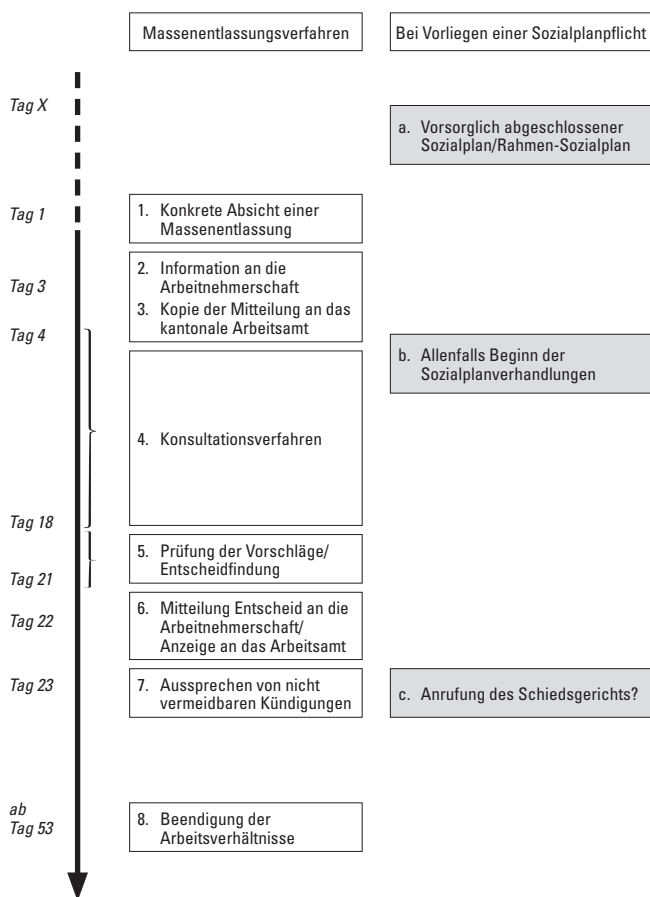
Regelmässig ist eine Massenentlassung bzw. der mögliche Stellenverlust seitens der Arbeitnehmenden mit starken Emotionen und Misstrauen verbunden. Umso wichtiger ist es, dass der Arbeitgeber¹ die wirtschaftlichen Entscheide rational nachvollziehbar darstellt und vertrauensbildende Massnahmen trifft. Dazu gehören eine zeitnahe und vollständige Information sowie eine adäquate Kommunikation. Die juristischen, faktischen und emotionalen Komponenten unter Kontrolle zu halten, stellen den Arbeitgeber nicht selten vor eine grosse Herausforderung. In der Praxis erweist sich die korrekte Umsetzung des vermeintlich klaren Ablaufs des Massenentlassungsverfahrens oft als schwierig.

Auf der monetären Seite ist für den Arbeitgeber stets zu bedenken, dass Verstösse gegen die Verfahrensvorschriften hohe Entschädigungszahlungen nach sich ziehen können. Daher ist allen Beteiligten gedient, das Massenentlassungsverfahren frühzeitig und sorgfältig vorzubereiten und zu planen – dies gilt umso mehr in Konstellation

¹ Sofern nachfolgend bei personenbezogenen Bezeichnungen nur die männliche Form verwendet wird, umfasst diese Bezeichnung selbstverständlich jeweils Frauen und Männer.

tionen, in welchen sich die Parteien auf einen Sozialplan einigen müssen.

II. Schematische, chronologische Darstellung des Massenentlassungsverfahrens²



III. Massenentlassungsverfahren

A. Begriff und Vorliegen einer Massenentlassung

Im Sinne von Art. 335d OR gilt als Massenentlassung eine bestimmte, nach Grösse eines Betriebs abgestufte (Mindest-)Anzahl Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht,

² Diese Darstellung dient lediglich als chronologische Übersicht und kann selbstverständlich im Einzelfall in zeitlicher Hinsicht abweichen.

die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen.

Bedeutsam für den Tatbestand der Massenentlassung sind demnach nur Entlassungen in Gestalt von Kündigungen³, die vom Arbeitgeber ausgehen. Die Kündigung darf sodann nicht aus Gründen ausgesprochen werden, die im Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen (z.B. ungenügende Leistung/vertragswidriges Verhalten). Ebenfalls vom Geltungsbereich der Bestimmungen zur Massenentlassung ausgenommen sind Kündigungen, die auf einer Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidung beruhen (Art. 335e Abs. 2 OR). Demgegenüber werden Kündigungen wegen Restrukturierungs- und Rationalisierungsmassnahmen, Produktionsverlagerungen und Betriebsschliessungen berücksichtigt.

Mit Bezug auf die Mindestanzahl von Entlassungen im Verhältnis zur Betriebsgrösse präzisiert das Gesetz das Vorliegen einer Massenentlassung mittels folgender Schwellenwerte:

- Entlassung von mindestens 10 Arbeitnehmern in Betrieben, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen;
- Entlassung von mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen;
- Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

Es liegt daher keine Massenentlassung im Sinne des OR vor, wenn ein Betrieb betroffen ist, welcher *in der Regel*⁴ weniger als 21 Arbeitnehmer beschäftigt⁵ oder wenn weniger als 10 Arbeitnehmer von einer Entlassung betroffen sind.⁶

³ Hierunter fallen jedoch sämtliche Arten von Kündigungen, die vom Arbeitgeber ausgehen, also auch Änderungskündigungen. Unberücksichtigt bleiben andere Beendigungsgründe (z.B. Zeitablauf, Aufhebungsvertrag, Tod, ordentliche Pensionierung oder Kündigung durch den Arbeitnehmer).

⁴ Erfasst sind sämtliche Personen, denen die Eigenschaft als Arbeitnehmer zukommt (so bspw. auch befristete Angestellte, Teilzeitarbeitnehmer, Lernende). Die Umschreibung des Gesetzgebers («in der Regel») ist unklar. Sie lässt immerhin den Schluss zu, dass die Bemessungsgrundlage bei der Ermittlung der Schwellenwerte von einer bestimmten Dauerhaftigkeit sein muss und nicht auf kurzfristige Schwankungen abgestellt werden soll.

⁵ BGE 137 III 27 E. 3.2.

⁶ Eine Meldepflicht für den Arbeitgeber kann sich indessen aus dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) und der Verordnung vom 16. Januar 1991 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111) ergeben. Art. 29 AVG schreibt eine

Für die obgenannten Schwellenwerte (Anzahl Kündigungen sowie Anzahl in der Regel Beschäftigter) ist jeweils – auch im Falle einer Unternehmung mit mehreren Betrieben – auf den *einzelnen* Betrieb abzustellen, welcher vom Personalabbau konkret betroffen ist.⁷

Damit eine Massenentlassung vorliegt, muss die erforderliche Anzahl Kündigungen innerhalb von 30 Tagen ausgesprochen⁸ werden. Eine zeitliche Staffelung der Kündigungen – insbesondere zur Erleichterung der Wiedereingliederung der betroffenen Arbeitnehmer – ist grundsätzlich zulässig. Bei einer Staffeldündigung ohne betrieblichen Sinn oder arbeitsmarktpolitische Zielsetzung, sondern lediglich zur Umgehung der Vorschriften über die Massenentlassung ist jedoch Vorsicht geboten. In solchen Fällen kann sich der Arbeitgeber gleichwohl mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs und damit der Anwendung der Gesetzesbestimmungen konfrontiert sehen.⁹

B. Zu den Verfahrensschritten der Massenentlassung im Einzelnen

1. Konkrete Absicht einer Massenentlassung

Beabsichtigt der Arbeitgeber die Vornahme einer Massenentlassung im Sinne von Art. 335d OR, hat er die (nachstehend dargelegten) Verfahrensschritte in zeitlich korrekter Abfolge einzuhalten. Die Pflicht zur Einhaltung entsteht in demjenigen Moment, in dem der Arbeitgeber die Vornahme einer Massenentlassung *konkret beabsichtigt*.¹⁰

Meldepflicht des Arbeitgebers vor, wenn eine «grössere Zahl von Arbeitnehmenden» betroffen ist. Nach Art. 53 AVV ist der Arbeitgeber meldepflichtig, wenn die Entlassungen «mindestens zehn Arbeitnehmer» betreffen. Je nach regionalem Arbeitsmarkt kann die Meldepflicht gar ausgedehnt werden auf Entlassungen, welche «mindestens sechs Arbeitnehmer» betreffen (Art. 53 Abs. 2 AVV). Pflichten für den Arbeitgeber können sich auch aus einem Gesamtarbeitsvertrag ergeben.

⁷ BGE 137 III 27 E. 3.2.

⁸ Damit ist die Zeitspanne gemeint, in welcher die Kündigungen den Gekündigten tatsächlich zur Kenntnis gebracht und nicht etwa die Arbeitsverhältnisse beendet werden.

⁹ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 335d N 16, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015 (zit. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH).

¹⁰ Dies ist insofern von Bedeutung, als gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine bloss in Betracht gezogene (noch nicht konkrete) Möglichkeit einer Massenentlassung noch nicht ausreicht, um Verfahrenspflichten auszulösen, BGE 123 III 176 E. 4a.

2. Information an die Arbeitnehmerschaft

a. Gesetzliche Mindestinformationen

Liegt eine konkrete Absicht einer Massenentlassung vor, hat der Arbeitgeber in einem ersten Schritt der Arbeitnehmerschaft¹¹ die in Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR vorgeschriebenen Informationen mitzuteilen. Konkret muss die Arbeitnehmerschaft über folgende Punkte *schriftlich*¹² informiert werden:

- die Gründe der Massenentlassung;
- die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer (ohne diese namentlich nennen zu müssen);
- die Zahl der im Betrieb in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer;
- den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen¹³ werden sollen.

Die Mindestangaben dienen zunächst der Beurteilung, ob im konkreten Fall überhaupt eine Massenentlassung nach OR vorliegt. Des Weiteren soll die Arbeitnehmerschaft gestützt auf diese Angaben ihre Konsultationsrechte wahrnehmen und sinnvolle Vorschläge unterbreiten können (hierzu mehr unter III.B.4.). Um dies zu ermöglichen, müssen die wesentlichen Gründe für die Massenentlassung vollständig, wahrheitsgetreu und so konkret wie möglich umschrieben werden. Allgemeine Hinweise auf die wirtschaftliche Lage oder die schlechte wirtschaftliche Situation des Betriebs/Gesamtunternehmens vermögen dieser Anforderung nicht gerecht zu werden.¹⁴

Es ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen, wann genau die Arbeitnehmerschaft zu informieren ist. Jedenfalls hat diese Information so frühzeitig zu erfolgen, dass die anschliessende Konsultationsphase durchgeführt und abgeschlossen werden kann, bevor sich der Arbeitgeber endgültig entscheiden muss, ob und in welcher Form er die konkret beabsichtigte Massenentlassung vornimmt.¹⁵

b. Weitere zweckdienliche Auskünfte

Der Arbeitgeber muss sodann der Arbeitnehmerschaft «alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen». Im Unter-

¹¹ Gemeint ist damit in erster Linie die Arbeitnehmervertretung und bei Fehlen einer solchen die Arbeitnehmer selbst.

¹² Zum Beispiel in Briefform oder je nach geschäftlicher Gepflogenheit zusätzlich per E-Mail; ein schriftlicher Anschlag in der Cafeteria genügt nicht, BGer, 4D_57/2009, 13.7.2009.

¹³ Nicht von Bedeutung ist, zu welchem Zeitpunkt die entsprechenden Arbeitsverhältnisse enden.

¹⁴ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 335f OR N 4.

¹⁵ BGE 137 III 162 E. 1.1.

schied zum hiervor genannten Grundstock an Mindestinformationen legt die gesetzgeberische Ausdrucksweise («Auskünfte erteilen») nahe, dass der Arbeitgeber solche zweckdienlichen Auskünfte nicht von sich aus preisgeben, sondern nur auf entsprechende Anfrage der Arbeitnehmerschaft erteilen muss.

Als zweckdienlich gelten Informationen, die es der Arbeitnehmerschaft erlauben, zusätzliche oder verbesserte Lösungsvorschläge zur Vermeidung von Kündigungen oder zur Milderung der Folgen der Entlassung auszuarbeiten. Zu denken ist an Informationen betreffend Umschulungen, Reorganisationsmöglichkeiten, Kurzarbeit, vorzeitige Pensionierungen, etwaige für einen Sozialplan zur Verfügung stehende Mittel etc.¹⁶

Soweit es sich nicht um die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinformationen nach Art. 335f Abs. 3 lit. a–d OR (vgl. III.B.2.a.) handelt, besteht für die zweckdienlichen Auskünfte keine Formvorschrift, sodass diese auch mündlich erteilt werden können. Massgebend ist, dass die Informationen an die Arbeitnehmerschaft in einer Form übermittelt werden, welche das Ausarbeiten von konkreten Lösungsvorschlägen erlaubt.¹⁷

3. Kopie der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt¹⁸

Der Arbeitgeber ist gesetzlich verpflichtet, dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie der Mitteilung nach Art. 335f Abs. 3 OR zuzustellen – mithin das Informationsschreiben an die Arbeitnehmerschaft mit den zwingend vorgeschriebenen Mindestinformationen. Aus den darin enthaltenen Zahlenangaben ersieht das Arbeitsamt die zu erwartende Belastung des lokalen Arbeitsmarktes.

Das Gesetz schreibt nicht vor, in welcher Form die Kopie zuzustellen ist. In der Folge ist auch eine Zustellung bspw. per Fax oder per E-Mail zulässig. Gesetzlich ebenso wenig vorgesehen ist der Zeitpunkt der Zustellung von dieser Kopie der Mitteilung. Sinnvollerweise wird die Kopie jedoch gleichzeitig mit der Aushändigung des Mitteilungsschreibens an die Arbeitnehmerschaft oder unmittelbar danach an das Arbeitsamt übermittelt (aus Beweis Zwecken per Einschreiben).

4. Konsultationsverfahren

a. Begriff und Umfang des Konsultationsrechts

Der Arbeitgeber hat in einem weiteren Schritt die Arbeitnehmerschaft¹⁹ zu konsultieren. Was genau unter *konsultieren* zu verstehen ist, geht aus dem Gesetz nicht näher hervor. Unbestritten ist, dass die Arbeitnehmerschaft die Gelegenheit erhalten muss, gestützt auf die ihr erteilten Informationen mögliche Vorschläge zu unterbreiten, wie die in Aussicht gestellten Kündigungen vermieden, deren Anzahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können.

Der Sinn und Zweck der Konsultation liegt darin, den Arbeitnehmern Einwirkungsmöglichkeiten auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers zu gewähren. Mit anderen Worten sollen die Arbeitnehmer im Rahmen des Konsultationsverfahrens die Möglichkeit erhalten, den Arbeitgeber zur Prüfung der von ihnen vorgeschlagenen alternativen Massnahmen zu veranlassen, bevor er sich endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst.²⁰

Die Konsultation an sich kann schriftlich oder mündlich erfolgen, wobei die Führung eines Protokolls zu Beweis Zwecken empfehlenswert ist.²¹

b. Beginn und Dauer des Konsultationsverfahrens

Mit der Mitteilung und Information an die Arbeitnehmerschaft (vgl. III.B.2. hiervor) wird das Konsultationsverfahren frühestens initiiert und damit die Zeitspanne eröffnet, innert welcher der Arbeitnehmerschaft die Möglichkeit eingeräumt wird, Vorschläge zu unterbreiten.

Zur Vermeidung von Konflikten und Auslegungstreitigkeiten ist zu empfehlen, die Eröffnung des Fristenlaufs für das Konsultationsverfahren auf einen Folgetag der Mitteilung bzw. Information festzulegen und die Termine der Eröffnung und der Beendigung der Konsultationsphase mit Datum exakt festzusetzen.

Der Gesetzgeber hat nicht vorgegeben, wie lange die Konsultation der Arbeitnehmerschaft zu dauern hat. Ist ein Zeitrahmen nicht bereits vorgängig – beispielsweise

¹⁶ Für weitere Beispiele siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 14), Art. 335f OR N 5.

¹⁷ BGE 137 III 162 E. 2.2.3.

¹⁸ Im Kanton Zürich das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA).

¹⁹ Auch bei diesem Verfahrensschritt gilt die Arbeitnehmervertretung als primäre Konsultationspartnerin des Arbeitgebers. Falls es im Betrieb keine Arbeitnehmervertretung gibt, sind die Arbeitnehmer direkt zu konsultieren (Art. 335f Abs. 1 OR; Art. 4 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben [Mitwirkungsgesetz, MitwG; SR 822.14]). Eine Arbeitnehmervertretung kann auch im Hinblick auf eine bevorstehende Massenentlassung ad hoc gewählt werden.

²⁰ BGE 123 III 176 E. 4a.

²¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 14), Art. 335f OR N 3.

in einem Gesamtarbeitsvertrag – abgesteckt worden, ist der Zeitplan für die Konsultation im Einzelfall grundsätzlich nach Treu und Glauben²² festzulegen. Die Festsetzung der Konsultationsfrist ist unter Berücksichtigung der Komplexität, der Dringlichkeit des Falles und der Anzahl geplanter Entlassungen vorzunehmen. So genügt für einfachere Fälle in der Regel eine fünftägige Frist, wohingegen für komplexere Fälle zwei Wochen einzuplanen sind.

5. Prüfung der Vorschläge und Entscheidung

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet, dass der Arbeitgeber die von der Arbeitnehmerschaft unterbreiteten Vorschläge prüft und sich mit ihnen ernsthaft auseinandersetzt. Umstritten ist jedoch, ob es sich beim Konsultationsrecht um ein blosses Anhörungsrecht der Arbeitnehmerschaft handelt oder ob auch ein Recht auf Begründung, falls der Arbeitgeber die Vorschläge der Arbeitnehmerschaft ablehnt, mit umfasst ist.

Auch wenn sich dem Gesetz keine ausdrückliche Begründungspflicht entnehmen lässt, könnte sich diese ebenfalls aus dem Grundsatz von Treu und Glauben herleiten lassen.²³ Mit unbegründeter Abweisung der Vorschläge durch den Arbeitgeber könnte der Eindruck erweckt werden, das Konsultationsverfahren würde lediglich pro forma durchgeführt, womit der eigentliche Sinn und Zweck des Konsultationsverfahrens untergraben würde.

Um zu vermeiden, dass sich der Arbeitgeber der Kritik aussetzen lassen muss, er hätte sich nicht genügend ernsthaft mit den Vorschlägen auseinandergesetzt, empfiehlt es sich, einen die Vorschläge ablehnenden Entscheid zumindest summarisch zu begründen.

Das Gesetz enthält keine Bestimmung, wie lange die Prüfungsphase zu dauern hat. Der Arbeitgeber ist aber gut beraten, wenn er sich eine ausreichend bemessene Zeitspanne²⁴ einplant, binnen welcher er die Vorschläge sorgfältig prüft und seinen Entscheid fällt. Auch wenn der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, den Vorschlägen der Arbeitnehmerschaft zu folgen, kann eine innert Stundenfrist mitgeteilte negative Entscheidungsfindung bei den Arbeitnehmern Misstrauen auslösen.

6. Mitteilung an die Arbeitnehmerschaft/Anzeige an das Arbeitsamt

Sind die Vorschläge sorgfältig geprüft und der Entscheid endgültig gefällt, so teilt der Arbeitgeber der Arbeitnehmerschaft die Ergebnisse mit.

Der Arbeitgeber ist ferner gesetzlich verpflichtet, jede beabsichtigte Massentlassung nach Abschluss des Konsultationsverfahrens beim kantonalen Arbeitsamt anzuzeigen.²⁵ Mit der Anzeige informiert der Arbeitgeber über die Ergebnisse der Konsultation, d.h. über die Vorschläge der Arbeitnehmerschaft, die Stellungnahme des Arbeitgebers hierzu und dessen allfällige Begründung für eine Ablehnung einzelner Vorschläge.²⁶ Ausserdem hat die Anzeige alle zweckdienlichen Angaben²⁷ über die beabsichtigte Massentlassung zu enthalten. Die Anzeige ist zwingend schriftlich mit einer rechtsgenügenden Unterzeichnung einzureichen.

Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmerschaft eine vollständige Kopie der Anzeige zuzustellen. Der Arbeitnehmerschaft steht es frei, ebenfalls und aus eigenem Antrieb dem Arbeitsamt Bemerkungen einzureichen.

Das Arbeitsamt wird darum bemüht sein, nach Lösungen für die Probleme zu suchen, welche durch die Massentlassung aufgeworfen werden. Es ist hingegen nicht Aufgabe des Arbeitsamtes, Entlassungen zu verhindern²⁸ oder das durchgeführte Konsultationsverfahren auf seine Korrektheit hin zu überprüfen.

7. Aussprechen von nicht vermeidbaren Kündigungen

Nach durchgeführter Konsultation und erfolgter Anzeige der beabsichtigten Massentlassung beim kantonalen Arbeitsamt kann der Arbeitgeber mit der Umsetzung der Massentlassung fortfahren. Es steht dem Arbeitgeber frei, nicht vermeidbare Kündigungen auszusprechen. Während er selbstverständlich berechtigt ist, weniger Kündigungen als zunächst beabsichtigt auszusprechen, was ja gerade ein Ziel des Massentlassungsverfahrens darstellt, hat er sich hingegen an die zu Beginn des Verfahrens mitgeteilte Maximalanzahl von Kündigungen zu

²² Art. 11 Abs. 1 MitwG.

²³ Art. 11 Abs. 1 MitwG; so auch BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 9), Art. 335f OR N 10; a.M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 14), Art. 335f OR N 3.

²⁴ In der Regel sind einige wenige Tage ausreichend und angemessen.

²⁵ Art. 335g OR.

²⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 14), Art. 335g OR N 3.

²⁷ Bei der Beurteilung der Zweckdienlichkeit ist auch die Aufgabenstellung des Arbeitsamtes vor Augen zu halten. Zweckdienlich können beispielsweise Angaben über Anzahl, Geschlecht, Herkunft und Arbeitsbereich der entlassenen Arbeitnehmer sowie der Zeitpunkt der Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen sein (vgl. Art. 53 Abs. 3 AVV).

²⁸ Diese Aufgabe obliegt in erster Linie den Sozialpartnern, vgl. dazu mehr unter IV.

halten. Für zusätzliche Kündigungen wäre das Verfahren nicht mehr eingehalten und es müssten neue Konsultationen vorgenommen werden.

8. Beendigung der Arbeitsverhältnisse

Die Arbeitsverhältnisse, die im Rahmen einer Massenentlassung aufgelöst worden sind, enden *frühestens* 30 Tage nach erfolgter²⁹ Anzeige an das Arbeitsamt.³⁰ Mit dieser Bestimmung wird gewährleistet, dass dem Arbeitsamt zumindest 30 Tage zustehen, um seiner Aufgabe – der Suche nach Lösungen für die durch die Massenentlassung aufgeworfenen Probleme – nachzugehen. Es versteht sich von selbst, dass vertraglich vereinbarte oder gesetzlich vorgesehene längere Kündigungsfristen stets einzuhalten sind.

IV. Sozialplan

A. Begriff und Vorliegen einer Sozialplanpflicht

Das schweizerische Privatrecht kennt erst seit dem 1. Januar 2014 – mit der Revision des Sanierungsrechts – eine gesetzliche Sozialplanpflicht. Zuvor bestand eine solche Pflicht unter Umständen lediglich aufgrund einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung.

Ein Sozialplan ist nach der Legaldefinition von Art. 335h Abs. 1 OR eine Vereinbarung, in welcher Arbeitgeber und Arbeitnehmer Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden. Dabei sind viele Massnahmen denkbar, die den genannten Zwecken dienen können. Neben Finanzhilfen jeglicher Art³¹ können auch unternehmerische Massnahmen³² oder anderweitige Dienstleistungen des Arbeitgebers³³ Gegenstand eines Sozialplans sein.

Damit ein Arbeitgeber einer Sozialplanverhandlungspflicht unterliegt, muss – in Analogie zu den Voraussetzungen bei der Massenentlassung – eine (Mindest-)An-

zahl von Kündigungen vom Arbeitgeber ausgehen, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen.

Mit Bezug auf die Mindestanzahl von Entlassungen im Verhältnis zur Betriebsgrösse sieht das Gesetz bei der Sozialplanpflicht einen von der Massenentlassung abweichenden Schwellenwert vor: Entlassung von mindestens 30 Arbeitnehmern; bei Beschäftigung von üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmern.

Während die Bestimmung zur Massenentlassung (Art. 335d OR) für die Bemessung der Quoren an den Betrieb als separate organisatorische Einheit anknüpft, fehlt es bei der Bestimmung zum Sozialplan an einem entsprechenden Verweis. Art. 335i Abs. 1 OR statuiert bloss: «*Der Arbeitgeber* muss mit den Arbeitnehmern Verhandlungen mit dem Ziel führen, einen Sozialplan aufzustellen, *wenn er*: üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt; [...]». Es ist daher umstritten, ob die Quorenbemessung bei der Sozialplanpflicht ebenfalls unter dem Blickwinkel der Betriebseinheit vorzunehmen oder beim Arbeitgeber als Ganzem anzuknüpfen ist.

Nach unserem Verständnis soll bei der Ermittlung der Quoren bei der Sozialplanpflicht im Einklang mit der Bestimmung zur Massenentlassung auf den einzelnen Betrieb abgestellt werden.³⁴ Die Botschaft führt aus, dass die vorgeschlagene Lösung – womit die Sozialplanpflicht gemeint ist – nur auf grössere Betriebe und bei Massenentlassungen Anwendung finde.³⁵ Daraus lässt sich die vom Gesetzgeber beabsichtigte Anknüpfung des Sozialplans an die Massenentlassung erkennen. Entsprechend hat die Quorenbemessung auf derselben Grundlage zu erfolgen, andernfalls, d.h. bei Abstellen auf den Arbeitgeber als Ganzem, es dazu führen kann, dass eine Sozialplanpflicht besteht, ohne dass die Schwellenwerte für eine Massenentlassung im einzelnen Betrieb erfüllt sind. Bewusst wurde jedoch ein höherer Schwellenwert (Beschäftigung von mind. 250 Arbeitnehmern) für die Sozialplanpflicht eingeführt, sodass nicht alle Massenentlassungen, sondern nur solche von grösseren Betrieben eine Sozialplanpflicht mit sich bringen. Des Weiteren wird sodann in der Botschaft und in den weiteren gesetzlichen Bestimmungen zum Sozialplan ausdrücklich auf den «Betrieb»

²⁹ Massgebend für den Beginn des Fristenlaufs ist der Zugang der vollständigen Anzeige beim Arbeitsamt.

³⁰ Art. 335g Abs. 4 OR; sog. «Wirksamkeitssperre».

³¹ Zum Beispiel Austrittsabfindungen, Durchhalteprämien, vorübergehender Lohnausgleich bei Annahme einer schlechter bezahlten Stelle, Verbesserung der Freizügigkeitsleistungen der Vorsorgeeinrichtung, Bezahlung von Weiterbildung und Umschulungen.

³² Zum Beispiel Verteilung von verbleibenden Stellen auf mehrere Personen, Weiterbeschäftigung an anderen Standorten, Zuweisung anderer Arbeit.

³³ Zum Beispiel Coaching bei der Arbeitsplatzsuche, flexible Kündigungs-/Pensionierungslösungen.

³⁴ So auch LAURA WIDMER, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR, Jusletter vom 29.9.2014, N 30; a.M. THOMAS GEISER, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 2017, 817 ff., 828 f.

³⁵ Botschaft vom 8. September 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455 ff. (zit. Botschaft Sanierungsrecht), 6497.

Bezug genommen.³⁶ Auch angesichts der inhaltlichen wie systematischen Nähe des Massenentlassungsverfahrens und der Sozialplanpflicht ist unseres Erachtens kein Grund ersichtlich, der eine abweichende Bemessung der Quoren rechtfertigt.

Art. 335i OR sieht sodann ebenfalls eine Frist von 30 Tagen vor, innert welcher die entsprechende Mindestanzahl von Kündigungen ausgesprochen werden muss. Anders als bei der Massenentlassung hält Abs. 2 von Art. 335i OR aber ausdrücklich fest, dass für die Sozialplanpflicht zeitlich verteilte Kündigungen zusammengezählt werden, sofern sie auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen.

Da ein Sozialplan auf Seiten des Arbeitgebers regelmässig Kosten verursacht, ist Voraussetzung eines jeden Sozialplans, dass der Arbeitgeber über die finanziellen Mittel verfügt, um die entsprechenden Massnahmen zu verwirklichen bzw. zu finanzieren. Der Gesetzgeber schützt den Arbeitgeber, indem er in Art. 335h Abs. 2 OR vorschreibt, ein Sozialplan dürfe den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden. Art. 335k OR schliesst ferner das Bestehen einer Sozialplanpflicht für den Fall aus, dass die Massenentlassung im Rahmen eines Insolvenzverfahrens (Konkurs- oder Nachlassverfahrens) erfolgt.

B. Verfahren bei Vorliegen einer Sozialplanpflicht

In aller Regel sind bei Vorliegen einer Sozialplanpflicht auch die Voraussetzungen einer Massenentlassung erfüllt.³⁷ Die beiden Regelungen sind jedoch systematisch getrennt und nicht koordiniert – die für die Durchführung einer beabsichtigten Massenentlassung bzw. die Aufstellung eines Sozialplans anwendbaren Verfahren sind demnach voneinander unabhängig. So werden auch die Verhandlungspartner beim Aushandeln eines Sozialplans anders definiert als im Konsultationsverfahren bei der Massenentlassung. Verhandlungen über einen Sozialplan hat der Arbeitgeber, sofern er Partei eines Gesamtarbeitsvertrages ist, in erster Linie mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden zu führen. Ist kein Gesamtarbeitsvertrag anwendbar, so hat der Arbeitgeber den Sozialplan mit der betriebseigenen Arbeitneh-

mervvertretung zu verhandeln. Erst wenn es im Betrieb keine Arbeitnehmervertretung gibt, ist direkt mit den Arbeitnehmern eine Einigung zu finden.³⁸

Es ist unschön, dass die Sozialplanpflicht nicht bereits durch den Gesetzgeber harmonischer in das bestehende System des Konsultationsverfahrens bei der Massenentlassung integriert wurde. Entsprechend ist eine rechtzeitige und sorgfältige Planung wie auch eine gute Koordination und Kommunikation seitens des Arbeitgebers gefragt.

1. Vorsorglich abgeschlossener Sozialplan/Rahmen-Sozialplan

Im Zusammenhang mit der Sozialplanpflicht trifft den Arbeitgeber nicht nur eine Verhandlungspflicht, sondern auch eine Abschlusspflicht.³⁹ Bis wann ein Sozialplan vereinbart bzw. abgeschlossen sein muss, regelt das Gesetz jedoch nicht.

Mit Hinweis auf den Wortlaut von Art. 335h Abs. 1 OR, wonach mit einem Sozialplan auch «Kündigungen vermieden» und nicht bloss «deren Folgen gemildert» werden sollen, zeigt sich eine systembedingte zeitliche Schranke, bis wann ein Sozialplan vereinbart sein sollte. Es empfiehlt sich daher, mit den Sozialplanverhandlungen zu beginnen, noch bevor über das Aussprechen von Kündigungen definitiv entschieden worden ist.

Die Verhandlungen zu einem Sozialplan können mitunter zeitaufwendig, kräftezehrend und besonders im Rahmen eines zeitgleichen Massenentlassungsverfahrens angespannt und emotional sein. Ein vorsorgliches Verhandeln und Abschliessen eines Sozialplans kann für den Arbeitgeber im Einzelfall durchaus Sinn ergeben. Nicht zuletzt kann mit einem vorsorglich aufgestellten Sozialplan einer möglichen autoritativen Festlegung eines Sozialplans durch ein Schiedsgericht in ungewisser Zukunft und mit ungewissen (wohl meist hohen) Kostenfolgen vorgebeugt werden. Die Herausforderung liegt darin, den gesetzlichen Anforderungen entsprechend betriebs- und branchengerechte Lösungen aufzustellen, die auch in Zukunft praktikabel und in einer wirtschaftlich angespannten Situation tragbar sind.

³⁶ Botschaft Sanierungsrecht (FN 35), 6457, 6499; Art. 335h Abs. 2 OR, Art. 335i Abs. 2 OR.

³⁷ Eine Ausnahme kann dann vorliegen, wenn zeitlich gestaffelte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Grund beruhen, ausgesprochen werden. Eine Addition solcher gestaffelten Kündigungen erfolgt nur im Rahmen der Schwellenwerte für die Sozialplanpflicht, hingegen nicht für die Massenentlassung.

³⁸ Art. 335i Abs. 3 OR; unbestritten ist, dass eine Verhandlung mit der Arbeitnehmervertretung, bestehend aus ein paar Mitarbeitenden, deutlich effizienter und einfacher ist, als wenn die gesamte Arbeitnehmerbelegschaft (d.h. sämtliche Beschäftigte und nicht nur die von der Entlassung Betroffenen) als Verhandlungspartnerin gegenübersteht.

³⁹ Botschaft Sanierungsrecht (FN 35), 6499; für den Fall einer ausbleibenden Einigung wird der Abschluss eines Sozialplans durch einen verbindlichen Schiedsspruch abgesichert (Art. 335j OR).

Arbeitgebern, die einem vorsorglich abgeschlossenen Sozialplan abgeneigt gegenüberstehen, steht es sodann frei, als Zwischenlösung einen sog. Rahmen-Sozialplan aufzusetzen, bei dem die Leistungen an sich festgelegt, die detaillierte Ausgestaltung allerdings von einem konkreten Anwendungsfall abhängig gemacht wird.

2. Beginn der Sozialplanverhandlungen

Sieht der Arbeitgeber von der Aufstellung eines vorsorglichen Sozialplans ab, erfüllt er jedoch die Voraussetzungen für eine Sozialplanpflicht, stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt solche Sozialplanverhandlungen aufgenommen werden sollten. Wie erwähnt, sind die Verfahren zur Massenentlassung und zum Sozialplan voneinander unabhängig. Nach Abschluss des Konsultationsverfahrens und der Erstattung der erforderlichen Anzeige an das Arbeitsamt steht es dem Arbeitgeber grundsätzlich offen, die beabsichtigten Kündigungen auszusprechen – selbst dann, wenn bis dahin noch kein Sozialplan abgeschlossen ist.

Da sich aber der Zweck der Konsultation bei der Massenentlassung mit demjenigen der Verhandlungen beim Sozialplan deckt, besteht ein gewisser Koordinationsbedarf. Das Aushandeln eines Sozialplans dürfte in der Regel mehr Zeit in Anspruch nehmen als die Konsultation im Massenentlassungsverfahren. Scheitern die betriebsinternen Verhandlungen, so ist der Sozialplan durch einen verbindlichen Schiedsspruch eines Schiedsgerichts aufzustellen (vgl. hierzu mehr unter IV.B.3.). Hierbei ist klar, dass bis zum Vorliegen eines entsprechenden Schiedsspruchs viel Zeit verstreichen wird.

Der Arbeitgeber hat stets zu bedenken, dass im Falle einer Massenentlassung nicht nur sachliche Punkte zu berücksichtigen sind, sondern dass beabsichtigte Kündigungen auch emotionale Reaktionen hervorrufen, zumal der Verlust der Arbeitsstelle für die Arbeitnehmer auch ernsthafte Zukunfts- und Existenzängste auslösen kann. Je reibungsloser das Verfahren und die Verhandlungen durchgeführt werden können, desto effizienter und zielgerichteter kann vorangeschritten werden. Nicht zu unterschätzen ist dabei, das Verständnis der Arbeitnehmer für das nicht vermeidbare Vorhaben zu erlangen. Der Arbeitgeber erreicht dies indes in der Regel nur, wenn er das Verfahren frühzeitig und sorgfältig plant und erkennbar mit der notwendigen Ernsthaftigkeit an die Hand nimmt.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich in der Regel, sich so früh wie möglich über den Inhalt eines Sozialplans Gedanken zu machen und Verhandlungen hierzu frühzeitig aufzunehmen. So kann grundsätzlich bereits ab Mitteilung der beabsichtigten Massenentlassung an die

Arbeitnehmerschaft und parallel zum Konsultationsverfahren mit Verhandlungen über den Sozialplan begonnen werden. Bei beiden Verfahren geht es um denselben Inhalt, nämlich die Frage, wie «die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können»,⁴⁰ weshalb ein ungefähr zeitgleiches Durchführen sinnvoll erscheint. Es ist daher auch ohne weiteres möglich, dass die Ergebnisse der Konsultation einen Sozialplan darstellen können, welche dann noch entsprechend beschlossen werden müssen.

3. Schiedsgericht

Sofern die Sozialplanverhandlungen scheitern, ist der Sozialplan durch das Schiedsgericht mit verbindlichem Schiedsspruch aufzustellen.⁴¹

Die Durchführung eines Schiedsverfahrens kann viel Zeit in Anspruch nehmen – wobei in aller Regel im Zeitpunkt des Schiedsspruchs bereits so viel Zeit vergangen sein wird, dass Massnahmen, mit denen Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt werden könnten, nicht mehr möglich sind. Wenn möglich sollte daher der Gang zum Schiedsgericht vermieden werden, was voraussetzt, dass die aussergerichtlichen, bilateralen Verhandlungen mit der erforderlichen Seriosität durchgeführt werden.

V. Folgen der Verletzung von Verfahrensvorschriften

A. Information der Arbeitnehmerschaft⁴² und Konsultationsverfahren⁴³

Spricht der Arbeitgeber Kündigungen aus, ohne die Informations- und Konsultationspflichten einzuhalten, gelten die Kündigungen als missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR.

Die missbräuchliche Kündigung ist gültig, doch ist unter Umständen eine pönale Entschädigung geschuldet. Entsprechend kann jeder missbräuchlich entlassene Arbeitnehmer eine Entschädigung in Höhe von maximal zwei Monatslöhnen gerichtlich einfordern.⁴⁴ Die Höhe der auszurichtenden Entschädigung wird letztlich vom Richter unter Würdigung der gesamten Umstände festgesetzt.

⁴⁰ Art. 335f Abs. 2 OR und Art. 335h Abs. 1 OR.

⁴¹ Art. 335j OR.

⁴² Vgl. III.B.2.

⁴³ Vgl. III.B.4.

⁴⁴ Art. 336a Abs. 3 OR.

Der Arbeitnehmer, der eine Entschädigung geltend machen will, muss gegen die Kündigung längstens bis zum Ende der Kündigungsfrist beim Arbeitgeber schriftlich Einsprache erheben und anschliessend den Anspruch auf Entschädigung mittels Klageeinreichung binnen 180 Tagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen.⁴⁵

B. Pflicht zur Meldung an das Arbeitsamt⁴⁶

Ein Unterlassen der Meldung der beabsichtigten Kündigungen an das kantonale Arbeitsamt seitens des Arbeitgebers lässt die hernach ausgesprochenen Kündigungen nicht ungültig werden. Es gilt jedoch, Art. 29 AVG sowie Art. 53 AVV zu beachten, wonach der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitsamt Entlassungen und Betriebschliessungen zu melden, die innerhalb eines Monats mindestens 10 Arbeitnehmer betreffen. Der Arbeitgeber, der diese Meldepflicht unterlässt, hat eine Busse von maximal CHF 40'000 bzw. bei fahrlässiger Nichtbeachtung von maximal CHF 20'000 zu gewärtigen.⁴⁷

C. Pflicht zur Anzeige an das Arbeitsamt⁴⁸

Wird die Pflicht zur Anzeige an das Arbeitsamt nicht eingehalten, so sind die ausgesprochenen Kündigungen dennoch gültig. Eine nicht erfolgte oder verspätete Anzeige hat jedoch zur Folge, dass die Rechtswirkung der Kündigungen aufgeschoben wird, da die 30-tägige Frist nach Art. 335g Abs. 4 OR (noch) nicht zu laufen beginnt.⁴⁹

Die Arbeitsverhältnisse werden jedoch stillschweigend beendet, wenn der Arbeitnehmer bspw. eine neue Stelle annimmt oder seine Arbeitsleistung nicht mehr anbietet und folglich eine allfällige Intervention des Arbeitsamtes offensichtlich keinen Sinn mehr ergeben würde.

Anhang

Überblick: Voraussetzungen Massenentlassung – Sozialplan

	Massenentlassung	Sozialplan
Gesetzliche Grundlage	Art. 335d–335g OR	Art. 335h–335k OR
Anzahl Kündigungen: Betriebsgrösse	<ul style="list-style-type: none"> • 10 Kündigungen: 21–99 Arbeitnehmer • mind. 10% Kündigungen: 100–299 Arbeitnehmer • mind. 30 Kündigungen: ≥ 300 Arbeitnehmer 	<ul style="list-style-type: none"> • 30 Kündigungen: ≥ 250 Arbeitnehmer
Zeitraum der Kündigungen	30 Tage	30 Tage (Addition bei gestaffelten Kündigungen, sofern auf gleichem betrieblichem Grund beruhend)
Grund der Kündigungen	in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers	in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers
Verhandlungsparteien	<ol style="list-style-type: none"> 1) Arbeitgeber–Arbeitnehmervertretung 2) Arbeitgeber–Arbeitnehmer 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Arbeitgeber–Arbeitnehmerverbände 2) Arbeitgeber–Arbeitnehmervertretung 3) Arbeitgeber–Arbeitnehmer
Pflichten des Arbeitgebers	Verhandlungs- bzw. Konsultationspflicht	Verhandlungs- und Abschlusspflicht (ersatzweise verbindliches Urteil durch Schiedsgericht)
Ausgenommener Geltungsbereich	<ul style="list-style-type: none"> • Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheide • Massenentlassungen im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung 	<ul style="list-style-type: none"> • Massenentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen und mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen werden • Sozialplan darf Fortbestand des Betriebs nicht gefährden

⁴⁵ Art. 336b OR.

⁴⁶ Vgl. III.B.3.

⁴⁷ Art. 39 Abs. 2 lit. b und Abs. 3 AVG.

⁴⁸ Vgl. III.B.6.

⁴⁹ BGE 132 III 406 E. 2.4.