

Massenentlassung Massenentlassung im Arbeitsrecht

Abschlussarbeit Nachdiplomkurs Paralegal 2003/04

Betreuender Dozent:

Prof. Peter Münch

Autorinnen:

Maria Di Domenico
Reutistrasse 10
8280 Kreuzlingen
Tel. Nr. 071 668 37 70

Nadia Guerriero
Vorder Olgass 3
6374 Buochs
Tel. Nr. 041 620 60 61

Inhaltsverzeichnis

A)	Einleitung	1
1.	Entstehungsgeschichte	2
1.1	Entwicklung in der Schweiz vor den 90er Jahren	2
1.2	Vorbereitungen auf den Beitritt zum EWR	2
1.3	Autonomer Nachvollzug	3
2.	Geltungsbereich	3
2.1	Zeitlicher Geltungsbereich	5
2.2	Sachlicher Geltungsbereich	7
2.3	Räumlicher Geltungsbereich	7
3.	Verfahren	8
3.1	Konsultation der Arbeitnehmervertretung	9
3.1.1	Absicht der Massenentlassung	9
3.1.2	Konsultation der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft	12
3.1.3	Schriftliche Erteilung aller zweckdienlichen Auskünfte	13
3.1.4	Kopie der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt	14

3.2	Anzeige an das kantonale Arbeitsamt	14
3.2.1	Schriftliche Anzeige an das kantonale Arbeitsamt betreffend der Massenentlassung / Kopie der Anzeige an die Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft	14
3.2.2	Inhalt der Anzeige	15
3.2.3	Lösungsvorschläge / Vermittlungsversuch durch das kantonale Arbeitsamt	16
3.2.4	Sozialplan	17
4.	Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Massenentlassung)	18
5.	Missbräuchliche Kündigung	22
6.	Sanktionen	24
6.1	Klage auf Lohnzahlung	24
6.2	Geltendmachung der Entschädigung	25
B)	Schlussbemerkungen	29

Literaturverzeichnis

- AUBERT GABRIEL Die neue Regelung der Massenentlassung und den Übergang von Betrieben in: AJP/PJA 1994 (zit. AUBERT, AJP/PJA 1994)
- BÖHRINGER PETER Arbeitsrecht, Ein Lehrgang für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 2001
- BRÜHWILER JÖRG Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 1996
- BRUNNER CHRISTIANE
BÜHLER JEAN-MICHEL
WAEBER JEAN-BERNARD Kommentar zum Arbeitsvertrag, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1997
- FRITZ MAX Das Mitwirkungsgesetz, Ein Handkommentar mit Handlungshilfen für die Praxis, Zürich 1994
- GEISER THOMAS Massenentlassung in: AJP/PJA 1995 (zit. GEISER, AJP/PJA 1995)
- GEISER THOMAS Entwicklungen im Arbeitsrecht in: SJZ 1995 (zit. GEISER, Entwicklungen im Arbeitsrecht)
- GEISER THOMAS
MÜNCH PETER Handbücher für die Anwaltspraxis, 2. Band, Stellenwechsel und Entlassung, Basel/Frankfurt a.M. 1997 (zit. GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung)
- ILLG WALO C. Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben, Zürich 1999
- NORDMANN PHILIPPE Die missbräuchliche Kündigung im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gleichstellungsgesetzes (Basler Studien zur Rechtswissenschaft: Reihe A, Privatrecht; Bd. 41), Basel 1998
- PORTMANN WOLFGANG Individualarbeitsrecht (Lehrbuch), Zürich 2000
- REHBINDER MANFRED Berner Kommentar, Obligationenrecht, Band 6, 2. Abt., 2. Teilband, 2. Abschnitt, Der Arbeitsver-

-
- trag (Art. 331 – 355), Bern 1992 (zit. REHBINDER, Berner Kommentar)
- REHBINDER MANFRED
AVG Arbeitsvermittlungsgesetz, 1. Auflage, Zürich 1992 (zit. REHBINDER, AVG)
- REHBINDER MANFRED
PORTMANN WOLFGANG
Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 3. Auflage, Basel 2003 (zit. REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar)
- REHBINDER MANFRED
STÖCKLI JEAN-FRITZ
Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht, JAR 1998, Bern 1999 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, JAR 1998)
- REHBINDER MANFRED
STÖCKLI JEAN-FRITZ
Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht, JAR 1999, Bern 2000 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, JAR 1999)
- REHBINDER MANFRED
STÖCKLI JEAN-FRITZ
Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrecht, JAR 2001, Bern 2002 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, JAR 2001)
- RUEDIN PHILIPPE
CHRISTEN URS
BRÄUNLICH KELLER IRMTRAUD
Das Schweizerische Obligationenrecht ausführlich kommentiert und erklärt, Zürich 1996
- STAEHELIN ADRIAN
Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, 3. Auflage, Zürich 1996
- STREIFF ULLIN
VON KAENEL ADRIAN
Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht, Der Arbeitsvertrag OR 319 – 362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, 5. Auflage, Zürich 1992
- VISCHER FRANK
Der Arbeitsvertrag, Unveränderter Nachdruck aus "Schweizerisches Privatrecht": Band VII/1, III (OR – Besondere Vertragsverhältnisse – Der Arbeitsvertrag), 2. Auflage, Basel 1994

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	am Main
AmtBull	Amtliches Bulletin
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
AVG	Arbeitsvermittlungsgesetz
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BGE	Bundesgerichtsentscheide
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EU	Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Bundesgesetz betreffend die Arbeit in den Fabriken vom 18. Juni 1914
GL	Geschäftsleitung
JAR	Jahrbuch
lit.	Litera
MitwG	Mitwirkungsgesetz

N	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OR	Obligationenrecht
Prof.	Professor
resp.	respektive
RL	Richtlinie
Rz.	Randziffer
S.	Seite
sh.	siehe
SJZ	Schweizer Juristen Zeitung
StR	Ständerat
Tel.	Telefon
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

A) Einleitung

Bis 1994 erfolgten in der Schweiz – unter Vorbehalt der kantonalrechtlichen und der gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen – Entlassungen einer grossen Zahl von Arbeitnehmern (Massenentlassungen) eines Betriebes nach denselben formellen und materiellen Bedingungen, welche das Obligationenrecht für die Einzelkündigung vorsah. Gleiches galt für die Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen, d.h. für die Kündigungen, die nicht auf das Benehmen oder die Qualität der Leistungen des einzelnen Arbeitnehmers, sondern auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens zurückzuführen waren. Es war in der Gesetzgebung nichts über die Massenentlassung verankert. Es folgte daraus, dass das geltende Bundesrecht dem Recht des EWR nicht mehr entsprach¹. Die Umsetzung der Richtlinien des EWR² ins nationale Recht konnte nicht den Gesamtarbeitsverträgen und den allfälligen Gewohnheiten der Sozialpartner überlassen werden, daher mussten Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen werden, welche die Grundsätze der Richtlinie im nationalen Recht verwirklichten³. Um dieser Umsetzung nachzukommen, war es notwendig, neue Bestimmungen über die Massenentlassung zu erlassen bzw. das Obligationenrecht mit den neuen Bestimmungen über die Massenentlassung zu ergänzen.

Die vorliegende Arbeit soll einen vollständigen Überblick über die gesetzlichen Bestimmungen der Massenentlassung geben. Es werden die juristischen und gesetzlichen Elemente aufgezeigt sowie der Ablauf des einzuhaltenden Verfahrens bei der Durchführung einer geplanten Massenentlassung beschrieben. Ferner wird anhand von Fallbeispielen und Praxis versucht, allfällige Probleme darzustellen und diese zu lösen.

¹ BBl 1992 V 405.

² Richtlinie Nr. 75/129 des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

³ BBl 1992 V 405; vgl. auch Art. 334 ff. OR.

1. Entstehungsgeschichte

1.1 Entwicklung in der Schweiz vor den 90er Jahren

In den siebziger Jahren hatte die Gewerkschaftsseite eine Initiative zur Verankerung der Mitwirkung in der Verfassung gestartet. Daraufhin wurde vom Parlament ein Gegenvorschlag ausgearbeitet. 1976 kamen die beiden Vorschläge zur Volksabstimmung. Beide wurden jedoch abgelehnt.

Die im Jahre 1981 eingereichte Volksinitiative "betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht" verlangte unter anderem, dass der Bundesgesetzgeber den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer "bei Kollektiventlassungen aus wirtschaftlichen Gründen" regelt⁴. Der Bundesrat widersetzte sich einer solchen Regelung und begründete dies grundsätzlich damit, dass das Problem von den Sozialpartnern in Gesamtarbeitsverträgen gelöst werden sollen⁵. Das Parlament folgte dem Bundesrat⁶.

1.2 Vorbereitungen auf den Beitritt zum EWR

1992 beschloss der Bund den Zehnten Titel des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) einer Revision zu unterziehen, damit dieser den Richtlinien des EWR angepasst würde. Die Richtlinie des EWR⁷ hatte zur Folge, dass ins Obligationenrecht neue Artikel sowie ein Buchstabe c in Art. 336 Abs. 2 eingeführt werden mussten, um die Arbeitnehmer zu schützen, denen im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt wird.

⁴ vgl. Botschaft vom 9. Mai 1984; Ziff. 11; BBl 1984 II 556.

⁵ vgl. BBl 1984 II 589 f.

⁶ BBl 1992 V 405.

⁷ Richtlinie Nr. 75/129 des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

1.3 Autonomer Nachvollzug

Nach der Ablehnung zum EWR-Beitritt vom 6. Dezember 1992 schlug der Bundesrat in der ersten Botschaft⁸ über das Folgeprogramm ein Mitwirkungsgesetz und in diesem Zusammenhang eine Änderung des Obligationenrechts vor. Mit dieser Revision sollte eine Mitwirkung in zwei Fällen eingeführt werden, nämlich bei *Betriebsübernahmen* und bei *Massenentlassungen*⁹. Die Gesetzesvorlage der Bestimmungen über die Massenentlassungen hatte das Parlament in Rekordzeit beraten und ist am 1. Mai 1994 in Kraft getreten. Die Gesetzesvorlage der Bestimmungen über die Massenentlassung wurde nach kleinen Veränderungen angenommen und im Obligationenrecht unter den Art. 335d bis 335g niedergeschrieben¹⁰.

2. Geltungsbereich

Art. 335d OR legt fest, wann Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem Betrieb aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, als Massenentlassung gelten.

Danach gilt, dass bei Betrieben mit in der Regel

- mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern, müssen mindestens 10 Arbeitnehmer von der Entlassung betroffen sein;
- mindestens 100, weniger als 300 Arbeitnehmern, muss mindestens 10 % der Arbeitnehmer gekündigt werden;
- mindestens 300 Arbeitnehmern, müssen mindestens 30 ausgesprochene Kündigungen vorliegen.

⁸ BBl 1993 I 822 ff.

⁹ BBl 1993 I 822 ff.; GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.2 ff.

Das Gesetz stellt hier die Mindestzahl von Kündigungen im Verhältnis zur Betriebsgrösse, bzw. macht die Kündigungen von der Anzahl der Arbeitnehmer in einem Betrieb abhängig.

Beispiele: Es werden gleichentags 15 Mitarbeiter einer Firma, welche in der Regel 45 Mitarbeiter beschäftigt, entlassen. Gelten diese Kündigungen, welche aus Gründen wirtschaftlich schlechter Zeiten erfolgen, als Massenentlassung? Ja, denn aus Art. 335d OR geht hervor, dass bei mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmern mindestens 10 Arbeiter von einer Entlassung betroffen sein müssen.

Wie ist es mit diesem Fall: Ein Autohersteller muss 29 seiner besten Arbeitnehmer kündigen. Der Auto-Verkauf läuft im Moment gar nicht gut, daher müssen auch keine Autos mehr produziert werden und somit ist der Autohersteller gezwungen, seine Mitarbeiterzahl von 329 um die 29 Entlassungen zu reduzieren. Sind hier die Voraussetzungen einer Massenentlassung gegeben? Nein, es benötigt mindestens 30 Kündigungen bei einer Arbeitnehmerzahl über 300.

Ferner trifft die Massenentlassung sämtliche Arbeitnehmer eines Betriebes, es werden hier also keine Unterscheidungen gemacht hinsichtlich Rang oder Position des Einzelnen. Der leitende Angestellte ist hier genauso davon betroffen wie auch z.B. der noch in Ausbildung stehende Lehrling oder etwa auch Volontäre¹¹.

Ein weiteres Element ist, dass der ausschlaggebende Anknüpfungspunkt der Massenentlassung die ausgesprochene Kündigung und nicht etwa die Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbst ist¹². Die Kündigungen sind nur massgebend, wenn sie vom Arbeitgeber ausgesprochen werden¹³. Hier liegt also eine einseitige Willenserklärung vor.

¹⁰ BBI 1992 I 822 ff.

¹¹ BRÜHWILER, Art. 335d und e OR N 3.

¹² AUBERT, AJP/PJA 1994 700.

¹³ FRITZ, S. 37 ff.; BRÜHWILER, Art. 335d und e OR N 1.

Ein weiteres Merkmal der Massenentlassung ist, dass die Kündigungen in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen dürfen (Art. 335d OR). Die Kündigungen dürfen also nicht von der Motivation des Arbeitnehmers abhängig gemacht werden. Die im Zusammenhang mit der Massenentlassung ausgesprochenen Kündigungen dürfen auch keine disziplinarische Massnahme darstellen, diese müssen einzig wirtschaftlich begründet sein¹⁴.

Die Bestimmungen über die Massenentlassung gelten auch für befristete Arbeitsverhältnisse, wenn diese vor Ablauf der vereinbarten Dauer enden (Art. 335e OR).

Keine Anwendung finden die Bestimmungen bei Betriebseinstellung durch gerichtliche Entscheide¹⁵ (Art. 335e Abs. 2 OR), für Arbeitnehmer öffentlicher Verwaltungen oder für Einrichtungen des öffentlichen Rechts und für Besatzungen von Seeschiffen¹⁶.

2.1 Zeitlicher Geltungsbereich

Die Kündigungen müssen innerhalb eines bestimmten Zeitraumes ausgesprochen werden. Das Gesetz schreibt hierbei eine Dauer von 30 Tagen vor (Art. 335d OR). Der Arbeitgeber muss also innerhalb von 30 Tagen einer bestimmten (gesetzlich definierten) Anzahl von Mitarbeitern in *einem* Betrieb mitteilen, dass beabsichtigt wird, eine Massenentlassung durchzuführen. Dabei gilt die Anzeige bei den Behörden über die geplante Massenentlassung als Fristbeginn der 30 Tage, Fristablauf wäre demgemäss dann die tatsächliche Ausführung der Entlassungen¹⁷.

¹⁴ AUBERT, AJP/PJA 1994 701; BRÜHWILER, Art. 335d und e OR N 1; FRITZ, S. 37.

¹⁵ REHBINDER/STÖCKLI, JAR 1999 322 f.

¹⁶ Richtlinie Nr. 75/129 des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

¹⁷ GEISER, AJP/PJA 1994 1411 Ziff. 2 ff.

Die Vorschriften von Art. 335d OR sollen nicht dadurch umgangen werden, dass die Arbeitnehmer nicht gleichzeitig, sondern in kurzen Zwischenräumen entlassen werden¹⁸. Deshalb sind alle Kündigungen, die innerhalb von 30 Tagen ausgesprochen werden, zusammenzurechnen. Brühwiler hat in seinem Kommentar zwei illustrative Beispiele gemacht: *eine Massenentlassung läge z.B. noch nicht vor, wenn in einem Betrieb mit 150 Arbeitnehmern über ein Jahr verteilt monatlich je 5 Arbeitnehmern gekündigt wird, oder in einem Betrieb mit 250 Arbeitnehmern am 30.3. und am 30.4 je 24 Arbeitnehmern*¹⁹.

Die Befristung auf einen Zeitraum von 30 Tagen ermöglicht dem Arbeitgeber, die Bestimmungen über die Massenentlassungen zu umgehen, indem er *die Kündigungen der Arbeitnehmer staffelt*. Dies muss mit Blick auf die vom Gesetzgeber bewusst gewählte Umschreibung des Anwendungsbereichs in Kauf genommen werden. Wie dies die Autoren Geiser und Münch in: Stellenwechsel und Entlassung formulieren sind auch wir der Meinung, dass wenn der Entscheid des Arbeitgebers von Anfang an feststeht, eine bestimmte Anzahl Arbeitnehmer zu entlassen, die Kündigungen aber ohne jeden sachlichen Grund aufgeschoben werden, bloss um die Anwendung der genannten Bestimmungen zu umgehen, diese Staffelung als unzulässige Umgehung anzusehen sein wird. Dennoch wird es alsdann schwierig sein, diese Umgehung der Bestimmungen einer Massenentlassung beweisen zu können²⁰.

Beispiele: Am 1. Dezember 2003 meldet eine Firma (insgesamt 50 Arbeitnehmer) den Behörden, dass sie in ihrem Betrieb mehreren Arbeitnehmern kündigen müssen. Ab diesem Zeitpunkt läuft nun die 30-tägige Frist. Nun werden 5 Personen am 15. Dezember 2003 gekündigt. Am 30. Dezember 2003 müssen weitere 10 Personen entlassen werden. Sind in diesem Fall nun die Kündigungen innert 30 Tagen ergangen, so dass es sich um eine Massenentlassung

¹⁸ BRÜHWILER, Art. 335d und e OR N 1.

¹⁹ BRÜHWILER, Art. 335d und e OR N 1.

handelt? Ja, es wurde nämlich innerhalb von 30 Tagen 15 Arbeitern eine Kündigung ausgesprochen.

Wie verhält es sich nun aber, wenn der Arbeitgeber am 15. Dezember 5 Personen kündigen muss, sich in der Folgezeit die Arbeitssituation nicht bessert und er gezwungen ist per Mitte Januar 2004 erneut 10 Personen entlassen muss? In diesem Fall handelt es sich um keine Massenentlassung. Innerhalb 30 Tagen (d.h. bis 31. Dezember 2003) wurden 5 Arbeitnehmer entlassen, dies entspricht nicht der benötigten Mindestzahl von 10 Arbeitnehmern. Nimmt man die 10 Entlassenen von Mitte Januar 2004 hinzu, so hätte man die Mindestzahl Entlassener zwar erreicht, jedoch ist die 30-tägige Frist bereits am 31. Dezember 2003 abgelaufen.

2.2 Sachlicher Geltungsbereich

Durch das Gesetz wird nicht geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Massenentlassung zulässig ist, sondern nur, wie das Verfahren abzulaufen hat, wenn eine Massenentlassung geplant ist und alsdann durchgeführt werden muss²¹. Es ist demnach nicht wichtig, dass die Kündigungen tatsächlich erfolgen, da das Gesetz vielmehr nur die Absicht der Kündigung nur voraussetzt²². Das Verfahren bei der Massenentlassung dient der rechtzeitigen Information aller Beteiligten.

2.3 Räumlicher Geltungsbereich

Als Betrieb ist jede Arbeitsstätte zu verstehen, die eine örtliche und organisatorische Einheit bildet²³. Die Gründe der Massenentlassung müssen ihren Ursprung in derselben wirtschaftlichen oder auch strukturellen Unternehmenssituation haben²⁴. Gehören einem Arbeitgeber

²⁰ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.44.

²¹ GEISER, AJP/PJA 1995 1411 Ziff. 2. a.

²² GEISER, AJP/PJA 1994 1417 Ziff. 3.3.

²³ REHBINDER, AVG, Art. 29, S. 83.

²⁴ AUBERT, AJP/PJA 1994 701.

mehrere Betriebe, so ist die Zahl der Kündigungen zu berücksichtigen, die er in jedem einzelnen Betrieb ausspricht, und nicht die Zahl der in seinem Betrieb insgesamt erfolgten Kündigungen²⁵.

3. Verfahren

Die Bestimmungen im Obligationenrecht (Art. 335d ff. OR) regeln entgegen ihres irreführenden Randtitels "Massenentlassung" nur einen bestimmten Teil des dem Arbeitgeber bei einer Massenentlassung²⁶ vorgeschriebenen Verfahrens, nämlich in Art. 335g Abs. 1 bis 3 OR die Informierung des kantonalen Arbeitsamtes, die als öffentlich-rechtliche Verpflichtung einen Fremdkörper im Arbeitsvertragsrecht darstellt. Art. 335g Abs. 4 OR enthält eine materiell-rechtliche Norm über den Kündigungstermin²⁷ bei Massenentlassungen²⁸.

Gemäss diesen gesetzlichen Bestimmungen ist bei der Durchführung einer geplanten Massenentlassung nach fünf Vorgehensschritten vorzugehen. Welche Vorgehensschritte zu absolvieren sind, ist aus der nachstehenden Grafik von Max Fitz (aus seinem Handkommentar²⁹) ersichtlich:

Schritt 1

Absicht einer Massenentlassung (z.B. Beschluss des VR bzw. GL)

Schritt 2

Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmerschaft mit schriftlicher Mitteilung über:

- Gründe
- Anzahl betroffenen Arbeitnehmer

²⁵ FRITZ, S. 37.

²⁶ STAEHELIN, Art. 335d N 3 ff.

²⁷ STAEHELIN, Art. 335 N 22.

²⁸ STAEHELIN, Art. 335g N 1.

²⁹ Fritz, S. 56 Ziff. 6.3.2.

-
- Anzahl beschäftigte Arbeitnehmer
 - Zeitraum (sh. Beilage 2 Muster-Briefe 1 und 2)
 - kantonales Arbeitsamt (Kopie der Mitteilung)
-

Schritt 3

Information:

- Kader
 - Betroffene
 - weitere Interessierte
 - kantonales Arbeitsamt (Kopie der Anzeige)
-

Schritt 4

Schriftliche Anzeige an kantonales Arbeitsamt mit Resultat der Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmerschaft mit Kopie an die Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmerschaft (sh. Beilage 2 Muster-Brief 3)

Schritt 5

Kündigungen oder anderer Entscheid des Arbeitgebers

3.1 Konsultation der Arbeitnehmervertretung

3.1.1 Absicht der Massenentlassung

Art. 335f Abs. 1 OR besagt, dass wenn der Arbeitgeber beabsichtigt, eine Massenentlassung vorzunehmen, er die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren hat.

Aus dem Gesetz sowie aus der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre ist zu entnehmen, dass die Arbeitnehmervertretung oder – falls es diese nicht gibt – die gesamte Belegschaft zu informieren und kon-

sultieren ist³⁰. Die Konsultation muss vor dem definitiven Entscheid über die Massenentlassung stattfinden³¹.

Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmerseite somit informieren und konsultieren, *bevor* er eine *Massenentlassung* vornimmt³². Das Recht auf Konsultation steht primär der Arbeitnehmervertretung des Betriebes (Betriebskommission) oder, falls es im Betrieb eine solche nicht gibt, der Arbeitnehmerschaft als Ganzes zu. Daraus ist ersichtlich, dass das Konsultationsrecht die Wahrnehmung solidarischer Interessen der Arbeitnehmerschaft (und nicht von Individualinteressen einzelner Arbeitnehmer) zum Gegenstand hat. Es wurzelt in der kollektiven Ebene des Betriebes und ist eine Form der kollektiven Mitwirkung der Arbeitnehmer³³.

Ein Teil der Lehre sieht im Konsultationsrecht ein Anhörungsrecht der Arbeitnehmer. Das kann einerseits aus dem Gesetzeswortlaut ("Möglichkeit, Vorschläge zu unterbreiten") aber auch aus den Gesetzesmaterialien³⁴ entnommen werden. Der Arbeitgeber ist gehalten, von sich aus die Meinung der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft einzuholen, bevor er die Kündigungen ausspricht³⁵. Er ist jedoch an die Meinungen der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft nicht gebunden. Also bleibt er dennoch frei, ob, in welchem Umfang und in welchem Zeitpunkt er Entlassungen vornehmen will³⁶.

Demgegenüber spricht ein anderer Teil der Lehre und Rechtsprechung dafür, dass das Konsultationsrecht der Arbeitnehmerseite, das der Konsultationspflicht des Arbeitgebers entspricht, kein blosses Anhörungs-

³⁰ siehe dazu Art. 10 MitwG.

³¹ REHBINDER/STÖCKLI, JAR 1998 241 ff.

³² VISCHER, § 7, Rz. II. cc; BRÜHWILER, Art. 335f OR N 1.

³³ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 1.

³⁴ Botschaft Eurolex I, S. 410 "Anhörungsrecht"; StenBull. StR 1993, S. 381 "Anhörung".

³⁵ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 2.

³⁶ Botschaft Eurolex I, S. 410 f.; BRÜHWILER, Art. 335f OR N 2.

sondern ein Mitspracherecht, das der Arbeitnehmerseite Anspruch auf Beratung und Begründung gibt, sowie der Arbeitgeber von den ihm unterbreiteten Vorschlägen abweichen will³⁷. Das Mitspracherecht soll gewährleisten, dass die vorgetragenen Argumente tatsächlich in die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers miteinbezogen werden³⁸.

Das Kündigungsverbot vor Anhörung der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft soll also sicherstellen, dass die Argumente der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft die Chance haben, auf die Entscheidung des Arbeitgebers einzuwirken. Andererseits ist der Arbeitgeber aber nicht gehalten, die von der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft vorgetragenen Argumente mit diesen noch zu beraten und seine Entscheidung zu begründen, wenn dieser den Einwänden der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft nicht oder nur teilweise Rechnung trägt³⁹. Hierin unterscheidet sich also das Anhörungsrecht vom stärker entscheidungsbezogenen Mitspracherecht⁴⁰.

Unseres Erachtens wird das Konsultationsrecht wahrscheinlich in der Mehrheit der Fälle als Anhörungsrecht als Mitspracherecht angenommen. Da der Arbeitgeber nicht gezwungen ist, die vorgebrachten Argumente der Arbeitnehmerschaft in seiner abschliessenden Entscheidung miteinzubeziehen, so reicht es aus, die Arbeitnehmerschaft *nur* anzuhören.

³⁷ siehe zur Begründung PORTMANN, N 846.

³⁸ PORTMANN, N 1137.

³⁹ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 2.

⁴⁰ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 2.

3.1.2 Konsultation der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft⁴¹

Ziel der Konsultation ist es, dass der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft die Möglichkeit gibt, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR).

Die Stellungnahme der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft kann mündlich oder schriftlich erfolgen. Zweckmässigerweise räumt ihnen der Arbeitgeber eine Frist zur Stellungnahme ein, wobei diese nach Treu und Glauben so zu bemessen ist, dass genügend Zeit bleibt, ernsthafte Argumente und Vorschläge einzubringen⁴².

Dabei muss nach Auffassung des Bundesgerichts⁴³ beachtet werden, dass beide Seiten ein Interesse an einer raschen Ausarbeitung der Vorschläge hätten. Dennoch sei eine Frist von 24 Stunden zu kurz. Das Bundesgericht liess jedoch offen, wieviel Zeit der Arbeitgeber den Arbeitnehmern einräumen müsse; immerhin hielt es fest, dass eine Frist von vier bis sechs Wochen erheblich zu hoch gegriffen sein dürfte⁴⁴.

Die Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft hat ihre Stellungnahme an den Arbeitgeber zu richten. Der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft steht ein *Recht* auf Anhörung zu, dagegen trifft sie keine Pflicht zur Vernehmlassung. Unterlassen sie eine Stellungnahme innert der vom Arbeitgeber gesetzten Frist, kann der Ar-

⁴¹ siehe dazu Beilage 2, Muster-Brief 1.

⁴² BRÜHWILER, Art. 335f OR N 2; Botschaft Eurolex I, S. 409 f.

⁴³ BGE 123 III 181 f.

⁴⁴ NORDMANN, § 6 IX., S. 141.

beitgeber die beabsichtigte Massenentlassung vornehmen. Er ist seinen Verpflichtungen nachgekommen⁴⁵.

3.1.3 Schriftliche Erteilung aller zweckdienlichen Auskünfte⁴⁶

Nach Art. 335f Abs. 3 OR muss der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern alle zweckdienlichen Auskünfte erteilen und ihnen auf jeden Fall schriftlich mitteilen:

1. die Gründe der Massenentlassung;
2. die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll;
3. die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer;
4. den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen⁴⁷.

Der Arbeitgeber ist gehalten, der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft grundsätzlich von sich aus (d.h. ohne vorherige Anfrage der Arbeitnehmer) die Informationen zu liefern. Da das Informationsrecht eine notwendige Voraussetzung für eine sinnvolle Ausübung des Konsultationsrechts darstellt, sind die Informationen nicht bloss vor der Erklärung der Kündigungen, sondern im noch früheren Stadium *vor der Konsultation der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft* zu liefern⁴⁸.

Eine rechtzeitige Information ist eine zeitlich gebotene. Zeitlich geboten ist eine Information dann, wenn sie die zu treffende Entscheidung nicht vorweg nimmt und so erst der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft erlaubt, die Entwicklung der Unternehmung mitzuverfol-

⁴⁵ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 2.

⁴⁶ siehe dazu Beilage 2, Muster-Brief 2.

⁴⁷ vgl. dazu BRÜHWILER, Art. 335f OR N 1 ff.; STAEHELIN, Art. 335f N 2 ff.; GEISER, AJP/PJA 1995 1419; AUBERT, AJP/PJA 1994 702.

gen und so zu begreifen, warum denn die Unternehmens- oder Betriebsleitung in einer besonderen Frage diese oder jene Entscheidung treffen wird⁴⁹.

Die Information kann z.B. an einer Sitzung der Betriebskommission mündlich erfolgen oder schriftlich durch briefliche Mitteilung an die Betriebskommission oder an die Belegschaft⁵⁰.

3.1.4 Kopie der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt

Der Inhalt der Informationen ist anschliessend noch in einer *schriftlichen Mitteilung* zusammenzufassen⁵¹. Diese muss dem kantonalen Arbeitsamt in Kopie zugestellt werden (Art. 335f Abs. 4 OR)⁵².

3.2 Anzeige an das kantonale Arbeitsamt⁵³

In Art. 335g Abs. 1 OR schreibt das Schweizerische Obligationenrecht vor, dass der Arbeitgeber dem kantonalen Arbeitsamt jede beabsichtigte Massenentlassung schriftlich anzuzeigen und der Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, den Arbeitnehmern eine Kopie dieser Anzeige zuzustellen hat.

3.2.1 Schriftliche Anzeige an das kantonale Arbeitsamt betreffend der Massenentlassung / Kopie der Anzeige an die Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft

Wenn also ein Betrieb eine Massenentlassung beabsichtigt, ist der Arbeitgeber nach Art. 335g Abs. 1 OR verpflichtet, dem für den betreffen-

⁴⁸ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 3.

⁴⁹ ILG, N 466 ff.

⁵⁰ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 3.

⁵¹ BRÜHWILER, Art. 335f OR N 3.

⁵² RUEDIN/CHRISTEN/BÄUNLICH KELLER, S. 411 f.; BRÜHWILER, Art. 335f OR N 3.

den Betrieb zuständigen kantonalen Arbeitsamt die beabsichtigte Massenentlassung vor der Bekanntmachung der Entlassungen schriftlich anzuzeigen. Zudem hat der Arbeitgeber eine Kopie der schriftlichen Anzeige, welche an das kantonale Arbeitsamt gesandt wird, der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft zukommen zu lassen.

3.2.2 Inhalt der Anzeige

Die schriftliche Anzeige an das kantonale Arbeitsamt muss die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmervertretung (Art. 335f OR) und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigten Massenentlassung enthalten (Art. 335g Abs. 2 OR). Somit darf diese Anzeige erst *nach Abschluss der Arbeitnehmerkonsultation* erfolgen⁵⁴.

Das kantonale Arbeitsamt muss sowohl über das Ergebnis der Arbeitnehmerkonsultation als auch über die zweckdienlichen Angaben der geplanten Massenentlassung (Gründe, Anzahl Betroffener, Kündigungszeitraum) schriftlich informiert werden⁵⁵.

Diese zweckdienlichen Angaben der geplanten Massenentlassung sind aber nur dann erforderlich, wenn der Arbeitgeber entgegen der Vorschrift von Art. 335f Abs. 4 OR dem kantonalen Arbeitsamt keine Kopie seiner schriftlichen Auskunftserteilung an die Arbeitnehmervertretung bzw. an die Arbeitnehmerschaft zugestellt hat⁵⁶.

⁵³ siehe dazu Beilage 2, Muster-Brief 3.

⁵⁴ BRÜHWILER, Art. 335g OR N 1.

⁵⁵ STAEHELIN, Art. 335g N 2.

⁵⁶ STAEHELIN, Art. 335g N 2.

3.2.3 Lösungsvorschläge /

Vermittlungsversuch durch kantonales Arbeitsamt

Das kantonale Arbeitsamt muss bei einer beabsichtigten Massenentlassung nach Lösungen für die entstandenen Probleme suchen und nötigenfalls mit den Parteien Vermittlungsverhandlungen durchführen und Vorschläge ausarbeiten⁵⁷. Aufgabe des kantonalen Arbeitsamtes ist es demnach vor allem, den Dialog zwischen den beteiligten Parteien herbeizuführen⁵⁸. Es können Lösungsvorschläge sein, welche eine gänzliche Massenentlassung abwenden würden oder solche, die in Richtung Beschränkung der Zahl der Entlassenen (z.B. durch Verkürzung der Arbeitszeit, Zulassung von Kurzarbeit, Versetzungen der Arbeitnehmer innerhalb des Betriebes oder der Unternehmergruppe) oder vielleicht in Richtung Milderung der Folgen der Entlassungen (z.B. Arbeitsvermittlung) gehen⁵⁹. Die Art der Probleme bei Massenentlassungen bringt es mit sich, dass das kantonale Arbeitsamt in der Praxis vor allem auch eine neutrale Vermittlerfunktion bei der Erarbeitung eines Sozialplans⁶⁰ übernimmt. Allerdings besteht wie erwähnt für den Arbeitgeber keine Pflicht einen Sozialplan aufzustellen⁶¹.

Das kantonale Arbeitsamt muss also versuchen, zwischen allen beteiligten Parteien einen Dialog herbeizuführen, ansonsten jene Probleme auftreten könnten, die diese neue Regelung der Massenentlassung gemäss den Art. 335d ff. OR gerade vermeiden wollten⁶².

Bei Bestehen eines Gesamtarbeitsvertrages bietet sich das für Kollektivstreitigkeiten vorgesehene Einigungsverfahren vor den kantonalen Einigungsstellen gemäss Art. 30 ff. FG an.

⁵⁷ STAEHELIN, Art. 335g N 3.

⁵⁸ BRÜHWILER, Art. 335g OR N 2.

⁵⁹ BRÜHWILER, Art. 335g OR N 2.

⁶⁰ siehe Ziff. 3.2.4.

⁶¹ BRÜHWILER, Art. 335g OR N 2; FRITZ, S. 39.

⁶² STAEHELIN, Art. 335g N 3

Nach dem Wortlaut von Art. 335g Abs. 3 OR scheint das kantonale Arbeitsamt erst tätig zu werden, wenn die Ergebnisse der Konsultation gemäss Art. 335f Abs. 2 OR vorliegen. Zweckmässigerweise sollte es aber schon vor der Konsultation der Arbeitnehmervertretung resp. der einzelnen Arbeitnehmerschaft, nachdem es die Kopie der Mitteilung nach Art. 335f Abs. 3 OR erhalten hatte, mit seinen Bemühungen einsetzen, damit die Konsultation der Arbeitnehmer zu einem befriedigenden, nach Möglichkeit von allen Beteiligten akzeptierten Ergebnis führt⁶³.

Die betroffenen Arbeitnehmer können sich ihrerseits an das kantonale Arbeitsamt wenden und betreffend der geplanten Massenentlassung Kommentare oder Vorschläge einreichen.

3.2.4 Sozialplan⁶⁴

In der Schweiz gibt es keine gesetzlichen Bestimmungen zu Sozialplänen. Es besteht auch keine Pflicht zum Erlass eines Sozialplanes. Mit andern Worten ist das Erstellen eines Sozialplanes keine Bedingung für die Kündigung des Arbeitsvertrages. Das Verfahren bei einer Massenentlassung fördert jedoch die Sozialpläne mit dem Ziel, die Auswirkungen einer Kündigung zu mildern. Gesamtarbeitsverträge aber auch die Unternehmungen selbst sehen oft Massnahmen zu Gunsten der Arbeitnehmer vor, wenn eine Restrukturierung verbunden mit Kündigungen im Gange ist.

⁶³ STAEHELIN, Art. 335g N 3.

⁶⁴ siehe Beilage 3.

Im Allgemeinen sind die den Arbeitnehmern in vergleichbaren Situationen im Rahmen eines Sozialplanes zusätzlich angebotenen Leistungen nach objektiven und gleichen Kriterien zu gewähren.

Wird der Sozialplan nicht ausgehandelt, kann er die Form einer einseitigen Anordnung des Arbeitgebers annehmen. Wird er hingegen mit den Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft ausgehandelt, nimmt der Sozialplan oft die Form einer Änderung der Arbeitsverträge in gegenseitigem Einverständnis an.

4. Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Massenentlassung)

Ist das Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt worden, so endet es 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird (Art. 335g Abs. 4 OR).

Es ist nicht klar, in welchem Zeitpunkt nach einer erfolgten Anzeige der Arbeitgeber die Kündigung der Arbeitsverträge aussprechen kann. Aus dem Gesetz kann hierzu nur sehr wenig entnommen werden. Einerseits ist es Sache des kantonalen Arbeitsamtes, eine Lösung der durch die beabsichtigten Massenentlassungen auftretenden Probleme zu suchen; daher ist Auberts Auffassung, dass der Kündigungsprozess während der Dauer der Demarchen des kantonalen Arbeitsamtes stillzulegen ist. Andererseits setzt das Gesetz eine Mindestfrist von 30 Tagen zwischen der Anzeige der geplanten Massenentlassung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fest. Es fällt schwer zu begreifen, wie sich das kantonale Arbeitsamt um Kündigungen kümmern soll, die erst als "geplant" gelten, jedoch bereits 30 Tage nach der Anzeige bei der Behörde

Folgen bewirken können⁶⁵. Brühwiler ist demgegenüber der Meinung, dass die Kündigungen *nach Abschluss der Arbeitnehmerkonsultation*, allenfalls sogar *vor oder gleichzeitig mit der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt*, ausgesprochen werden können. Er ist der Meinung, dass die Erläuterungen Auberts⁶⁶ im Gesetz keine Stütze finden, wonach zwischen der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt und dem Aussprechen der einzelnen Kündigungen keine Wartefrist bestehe⁶⁷. Brühwiler ist zudem der Ansicht, dass die *Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigungen hinausgeschoben werde*, und zwar *auf den Ablauf von 30 Tagen seit der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt* (Art. 335g Abs. 4 OR). Gemeint sei nicht die Wirksamkeit der Kündigungserklärungen, sondern die Wirksamkeit der durch Ablauf der Kündigungsfristen herbeigeführten Beendigung der Arbeitsverhältnisse. Die gesetzliche Wirksamkeitssperre zeitige also nur Folgen, wenn ein Arbeitnehmer einer kürzeren Kündigungsfrist als 1 Monat unterliege oder wenn der Arbeitgeber die Anzeige an das kantonale Arbeitsamt unterlasse oder verzögere. Die Arbeitsverhältnisse würden dann unter Umständen erst nach dem gemäss Arbeitsvertrag möglichen Endtermin enden. In all denjenigen Fällen aber, in denen die Kündigungen wegen Einhaltung längerer Fristen ohnehin erst auf einen späteren Termin wirksam würden, hätte die gesetzliche Wirksamkeitssperre keine Verlängerung der Arbeitsverhältnisse zur Folge⁶⁸.

Stahelin äussert sich im Zürcher Kommentar wie folgt: Die Frist kann nicht mit der blossen Anzeige der Massenentlassung vor Durchführung und Abschluss der Konsultation der Arbeitgeber beginnen, da die in diesem Zeitpunkt ausgesprochenen Kündigungen gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR missbräuchlich wären. Massgebend für den Beginn des Fristenlaufs kann daher nur die Information des kantonalen Arbeitsamtes ü-

⁶⁵ AUBERT, AJP/PJA 1994 703.

⁶⁶ AUBERT, AJP/PJA 1994 703.

⁶⁷ BRÜHWILER, Art. 335g OR N 3; Botschaft Eurolex I, S. 412.

ber die durchgeführte Konsultation (Art. 335g Abs. 2 OR) durch den Arbeitgeber sein, da in diesem Zeitpunkt der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht ohne Missbrauch ausüben kann⁶⁹.

Die Kommentierungen von Staehelin im Zürcher Kommentar sind unserer Meinung nach sehr gut verständlich und wir tendieren ebenfalls zu diesen Argumentationen. Der Arbeitgeber ist nach Art. 335g Abs. 2 OR gehalten, bei einer beabsichtigten Massenentlassung die Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft zu konsultieren. Nach erfolgter Konsultation ist dem kantonalen Arbeitsamt eine Kopie des Ergebnisses der Arbeitnehmerkonsultation zukommen zu lassen. Erst ab diesem Zeitpunkt ist eine Kündigung (Massenentlassung) gesetzlich möglich, ohne dass die Kündigung missbräuchlich ist. Also kann dies ja nur bedeuten, dass das Arbeitsverhältnis frühestens nach Ablauf von 30 Tagen – ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird – seit der schriftlichen Mitteilung des Konsultationsergebnisses an das kantonale Arbeitsamt endet.

Beispiele: Ich habe einen Arbeitnehmer, welcher noch in der Probezeit ist, und vertraglich abgemacht hat, dass die Kündigungsfrist während der Probezeit 1 Woche beträgt. Und dann ist noch ein zweiter Arbeitnehmer, welcher bereits fünf Jahre für die Firma tätig ist, und laut Arbeitsvertrag vom zweiten bis zum neunten Arbeitsjahr (gemäss Art. 335c OR) eine Kündigungsfrist von zwei Monaten hat. Da im Moment eine Bauflaute herrscht und die Baufirma somit ihre Angestellten nicht mehr beschäftigen kann, setzt sie auf den 30. November 2003 eine Sitzung an und informiert die Arbeitnehmer über die geplante Massenentlassung (Konsultation) und gibt den Arbeitnehmern die Möglichkeit der Stellungnahme. Am 15. Dezember 2003 teilt der Arbeitgeber dem kantonalen Arbeitsamt mit, dass eine Massenentlassung geplant ist und die Konsultation der Arbeitnehmer am 30. November 2003 stattgefunden hat. Jedoch hat sich

⁶⁸ BRÜHWILER, Art. 335g OR N 3.

weder die Arbeitssituation verbessert, noch konnte eine Lösung gefunden werden, welche eine Massenentlassung abwenden könnte.

Nun stellt sich hier die Frage, wann enden bei den beiden Arbeitnehmern die Arbeitsverhältnisse?

Unseres Erachtens endet das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers, welcher noch in der Probezeit ist, nach Ablauf der 30 Tage. Auch wenn er in der Probezeit vertraglich, eine Kündigungsfrist von 1 Woche ausgemacht hat, so endet sein Arbeitsverhältnis 30 Tage nach der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt (Mitteilung: 15. Dezember 2003). Beim zweiten Arbeitnehmer endet das Arbeitsverhältnis zwei Monate nach der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt. Hierbei handelt es sich um eine vertragliche Bestimmung, die eine Kündigungsfrist von zwei Monaten vorsieht.

Das Gesetz setzt nur die Kündigungen voraus. Es kommt nicht darauf an, ob das Arbeitsverhältnis *tatsächlich wegen dieser Kündigung beendet* wird. Insofern ändert sich an der Anwendbarkeit der Bestimmungen nichts, wenn während der Kündigungsfrist eine fristlose Kündigung ausgesprochen wird und diese mit der Person des Arbeitnehmers in Zusammenhang steht oder das Arbeitsverhältnis vorzeitig endigt, weil der Arbeitnehmer stirbt oder sich die Parteien nachträglich auf eine vorzeitige, einverständliche Auflösung einigen. Eine Kündigung kann bei Art. 335d OR mitzählen, aber keinen Anspruch auf eine Entschädigung nach Art. 336a OR geben, weil das Arbeitsverhältnis aus einem anderen Grund endigt⁷⁰.

Demgegenüber ist es nicht möglich, dass ein Arbeitsverhältnis für die Betriebsgrösse mitgezählt werden muss, dessen Kündigung für die notwendige Anzahl Entlassungen nicht zu berücksichtigen wäre. Mitzuzäh-

⁶⁹ STAEHELIN, Art. 335g N 4 Abs. 2.

⁷⁰ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.45.

len sind unter Umständen auch Arbeitsverhältnisse, welche ausländischem Recht unterstehen⁷¹.

5. Missbräuchliche Kündigung

Wird die Massenentlassung ohne Konsultation⁷² der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft durchgeführt, so sind die Kündigungen missbräuchlich gemäss Art. 336 Abs. 2 lit. c OR. Durch die Konsultation soll ja den betroffenen Arbeitnehmern die Möglichkeit gegeben werden, Lösungen zu finden, um die Folgen der Entlassungen zu mildern oder die Massenkündigungen abzuwenden. Folglich sollte die Konsultation erfolgen, bevor die Entlassungen rechtswirksam ausgesprochen werden. Das Bundesgericht vertritt hier die Meinung, der Arbeitgeber müsse die Konsultation frühzeitig einleiten, damit diese abgeschlossen werden kann, jedenfalls bevor er sich endgültig zur Durchführung der Massenentlassung entschliesst. Insbesondere auch dann, wenn er sie nur für den Fall konkret planen würde, dass andere Lösungen sich nicht verwirklichen lassen⁷³. Schliesslich verfolgt die Kündigung den Zweck, ein Arbeitsverhältnis zu beenden. Eine Kündigung wird auch dann nicht unwirksam oder nichtig, wenn sie missbräuchlich wäre⁷⁴. Demgemäss würde es wenig Sinn machen, die Konsultation durchzuführen, wenn der Entscheid bereits getroffen worden ist, die gesamte Belegschaft zu kündigen⁷⁵, bzw. die Kündigungen erfolgt sind.

Die Vermittlerrolle der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft ist auch nur dann möglich, wenn diesen die zweckdienlichen In-

⁷¹ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.46.

⁷² Zur dieser Missbräuchlichkeit ist am 19. Dezember 2003 ein neues Urteil des Bundesgerichtes ergangen. Dies wurde in der NZZ vom 20./21. Dezember 2003, Teil 2: Inland, S. 14 veröffentlicht. Hierbei hat der Arbeitgeber die Konsultationspflicht nicht respektiert. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid zudem die vorigen Urteil bestätigt.

⁷³ BGE 123 III 176, E. 4a.

⁷⁴ BRÜHWILER, Art. 336 OR I ff.

formationen frühzeitig und schriftlich vorliegen⁷⁶. Lehre und Rechtsprechung sind sich allerdings uneinig, wie lange eine angemessene Konsultationsfrist sein muss. Der Arbeitgeber kann aber der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft eine Frist zur Stellungnahme ansetzen, hierbei hat der Arbeitgeber an den Grundsatz von Treu und Glauben zu halten⁷⁷. Richtigerweise muss hier wohl jeder Einzelfall konkret angeschaut und auch die Grösse des Betriebes beachtet werden. Bei einer Belegschaft von 50 Leuten dürfte die Zeit von einer Woche wohl klar zu kurz sein, um "die Informationen des Arbeitgebers verarbeiten, konstruktive Vorschläge formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können"⁷⁸. Der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft muss genügend Zeit eingeräumt werden, um die Situation zu analysieren und sachgerecht prüfen zu können bzw. eine befriedigende Stellungnahme abzugeben⁷⁹.

Unklar bleibt, ob die Verletzung lediglich einzelner Bestimmungen des Konsultationsverfahrens den Tatbestand der Missbräuchlichkeit bereits erfüllt. Ist eine Kündigung beispielsweise dann missbräuchlich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern zwar alle zweckdienlichen Auskünfte erteilt hat, es jedoch unterlassen hat, die – den Arbeitnehmern ohnehin bekannte – Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer zu nennen? Brühwiler kommentiert hierzu was folgt: Der vorliegende Missbrauchstatbestand knüpft nicht am Motiv des Arbeitgebers zur Kündigung an, sondern am objektiv äusseren Sachverhalt, dass der Arbeitgeber ohne Durchführung des Konsultationsverfahrens gemäss Art. 335f OR Kündigungen ausgesprochen hat. Nach dem Gesetzeswortlaut ist der Tatbestand einzig dann erfüllt, wenn der Arbeitgeber ohne jegliches Konsultationsverfahren im Rahmen einer Massenentlassung Kündigungen

⁷⁵ ARV 2003 27.

⁷⁶ ILLG, S. 50 und S. 68.

⁷⁷ BGE 123 III 181, E. 4b.

⁷⁸ Zusatzbotschaft I, BBl 1992 V 410.

⁷⁹ BGE 123 III 176, E. 4b.

ausgesprochen hat⁸⁰. Die Verletzung bloss einzelner Vorschriften über das Konsultationsverfahren erfüllt den Tatbestand noch nicht. Geiser vertritt hier dieselbe Meinung und führt aus, dass z. B. das Unterbleiben der Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt nicht die Missbräuchlichkeit der Kündigungen zur Folge hat, sondern nur ausschliesslich das Ausbleiben der Konsultation der Arbeitnehmer⁸¹. Dagegen vertreten Brunner/Bühler/Waeber⁸² die Auffassung, dass eine missbräuchliche Kündigung auch dann vorliege, wenn nicht alle vorgeschriebenen Mitteilungen erfolgt seien⁸³. Unseres Erachtens ist es sinnvoll, eine Missbräuchlichkeit der Kündigung erst dann zu bejahen, wenn die Konsultation der Arbeitnehmer resp. der Arbeitnehmervertretung gänzlich ausgeblieben ist. Ist doch ein besonderes juristisches Merkmal der Massenentlassung das Recht des Arbeitnehmers auf Konsultation (Art. 335f Abs. 1) bevor die Entlassungen ausgesprochen werden. Wichtig ist, dass den Arbeitnehmern die Möglichkeit zur Meinungsäusserung gegeben wird. Ob nun durch das Ausbleiben einzelner Informationen (beispielsweise die Anzahl der in der Regel Beschäftigten) sogleich das primäre Recht des Arbeitnehmers auf Konsultation verletzt oder eingeschränkt, erscheint uns fraglich.

6. Sanktionen

6.1 Klage auf Lohnzahlung

Wird die *Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt* unterlassen, hat dies zur Folge, dass sich der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verschieben kann, auf den die Kündigung wirksam wird. Damit

⁸⁰ vgl. Botschaft I Eurolex, S. 413: "Einzelkündigungen, die im Rahmen einer Massenentlassung und *ohne* Konsultation der Arbeitnehmervertreter erfolgen ...".

⁸¹ GEISER, AJP/PJA 1995 1413, Ziff. 1.7.

⁸² BRUNNER/BÜHLER/WAEBER, Art. 336 N 11.

⁸³ NORDMANN, § 6 IX., S. 141 f.; vgl. auch AUBERT, AJP/PJA 1994 703.

bleibt für die entsprechende Zeit der Lohnanspruch erhalten. Die betroffenen Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, diesen Lohn wie jeden anderen klageweise geltend zu machen. Insofern ergeben sich aus den Bestimmungen über die Massenentlassung keine Besonderheiten⁸⁴.

Vor Ablauf der Kündigungsfrist können beide Parteien ein Interesse an einer *Feststellung* des entsprechenden Zeitpunktes haben. Da die durch das Unterlassen der Anzeige an das kantonale Arbeitsamt bedingte Verzögerung in der Regel aber nur einen oder zwei Monate beträgt, wird regelmässig nicht innert nützlicher Frist ein rechtskräftiges Feststellungsurteil erstritten werden können. Insofern fehlt es für einen solchen Prozess an einem praktischen Interesse des einzelnen Arbeitnehmers. Anders kann es für die Gewerkschaften aussehen⁸⁵.

6.2 Geltendmachung der Entschädigung

Will ein Arbeitnehmer aus den Art. 335d ff. OR Rechte ableiten bzw. will er eine Entschädigung aus missbräuchlicher Kündigung geltend machen, hat er deren Anwendungsvoraussetzungen nachzuweisen⁸⁶.

Die Rechtsfolgen sind dieselben wie bei anderen missbräuchlichen Kündigungen. Namentlich sind die Einzelkündigungen trotzdem gültig, und der Arbeitgeber hat jedem betroffenen Arbeitnehmer eine Privatbusse zu bezahlen. Im Unterschied zu den anderen Missbrauchstatbeständen ist aber hier die Privatbusse auf *maximal zwei Monatslöhne*⁸⁷ beschränkt⁸⁸.

⁸⁴ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.81.

⁸⁵ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.82.

⁸⁶ BGE 121 III 63; GEISER, Entwicklungen im Arbeitsrecht, S. 276.

⁸⁷ Zur dieser Missbräuchlichkeit ist am 19. Dezember 2003 ein neues Urteil des Bundesgerichtes ergangen. Dies wurde in der NZZ vom 20./21. Dezember 2003, Teil Inland, S. 14 veröffentlicht. Hierbei hat der Arbeitgeber die Konsultationspflicht nicht respektiert. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid zudem die vorigen Urteil bestätigt.

⁸⁸ BRÜHWILER, S. Art. 336a OR N 4.

Wenn also eine Konsultation der Arbeitnehmerschaft nicht stattgefunden hat, entstehen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine Massenentlassung *Ersatzansprüche*⁸⁹.

Damit der Gekündigte seine Ansprüche aus missbräuchlicher Kündigung später auch gerichtlich geltend machen kann, ist es unumgänglich, ein gesetzlich bestimmtes *vorgerichtliches Verfahren* einzuhalten⁹⁰.

In einem allfälligen Prozess vor Gericht muss der Gekündigte beweisen, dass die Kündigung missbräuchlich ist. Das ist eine äusserst schwierige Aufgabe, die dann leichter fällt, wenn der Kündigende die Kündigung schriftlich so begründet hat, dass daraus ein Hinweis auf ihre Missbräuchlichkeit folgt. Es empfiehlt sich deshalb – gesetzlich vorgeschrieben ist dies aber nicht –, gestützt auf Art. 335 Abs. 2 OR eine schriftliche Begründung der Kündigung zu verlangen, wenn man ein missbräuchliches Kündigungsmotiv vermutet⁹¹.

Ist die Einsprache⁹² form- und fristgerecht erfolgt und kommt es daraufhin zu Gesprächen zwischen dem Gekündigten und dem Arbeitgeber bzw. Kündigenden betreffend einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses und kann abschliessend eine Verständigung der Parteien über die Fortführung des Arbeitsverhältnisses herbeigeführt werden, so liegt darin eine *vertragliche Aufhebung der Kündigung*⁹³.

Nach einigen Autoren stellt die Einigung unter den Parteien das primäre Ziel des Einspracheverfahrens dar⁹⁴. Das Erreichen dieses Ziels ist zwar sehr wünschenswert; in der Praxis dürfte es jedoch nur selten vorkommen, dass sich die Parteien im Anschluss an eine missbräuchliche Kün-

⁸⁹ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.83.

⁹⁰ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.85.

⁹¹ BOHRINGER, S. 326.

⁹² REHBINDER/STÖCKLI, JAR 2001 294 ff.

⁹³ REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, Art. 336b N 1 und 2.

digung einigen, den Arbeitsvertrag fortzusetzen, da das Vertrauensverhältnis in aller Regel zu stark beeinträchtigt worden ist⁹⁵.

Wenn sich die Parteien dagegen im Gespräch nicht einigen können, wird das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist beendet und der Gekündigte kann eine Entschädigung nach Art. 336a OR verlangen⁹⁶.

Ist dieses vorprozessuale Verfahren durchgeführt worden, ohne dass eine Einigung erzielt werden konnte, so ist *innert 180 Tagen* nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der entsprechende *Anspruch einzuklagen* (Art. 336b Abs. 2 OR)⁹⁷.

Die Frist von 180 Tagen ist gewahrt, wenn der Gekündigte innert dieser Zeit eine Klage erhoben hat. Beim Begriff der Klageanhebung handelt es sich um einen bundesrechtlichen Begriff. Das Bundesgericht definiert die Klageanhebung als diejenige Handlung, mit welcher der Kläger "zum ersten Mal in bestimmter Form den Schutz des Richters anruft"⁹⁸. Je nach Ausgestaltung des kantonalen Rechts genügt auch die Anrufung des Friedensrichters, nämlich dann, wenn zwischen dem Sühneverfahren und dem eigentlichen Prozess ein organischer Zusammenhang besteht. Im Unterschied zur Einsprachefrist hat der Gekündigte hier die Frist eingehalten, wenn er die Klage innert Frist bei einer schweizerischen Poststelle aufgibt⁹⁹. Wird die Klage fälschlicherweise bei einem unzuständigen Gericht eingereicht, erhält der Kläger in analoger Anwendung von Art. 139 OR eine Nachfrist von 60 Tagen¹⁰⁰.

⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL, Art. 336b N 4; BRÜHWILER, Art. 336a OR N 4.

⁹⁵ NORDMANN, § 20 I. 3.

⁹⁶ REHBINDER/PORTMANN, Basler Kommentar, Art. 336b N 1 und 2.

⁹⁷ GEISER/MÜNCH, Stellenwechsel und Entlassung, Rz. 3.85.

⁹⁸ BGE 114 II 336; 110 II 86.

⁹⁹ NORDMANN, § 20 I. 4. a.

¹⁰⁰ STREIFF/VON KAENEL, Art. 336b N 5; REHBINDER, Berner Kommentar, Art. 336b N 3; STAEHELIN, Art. 336b N 7.

Die betroffenen Arbeitnehmer können eine Entschädigung in der Höhe von maximal zwei Monatslöhnen geltend machen (Art. 336a Abs. 3 OR)¹⁰¹. Da der ehemalige Arbeitgeber bei einer missbräuchlichen Massenentlassung meist mit einer Vielzahl von Entschädigungsbegehren rechnen muss, bezweckt die in den parlamentarischen Beratungen eingefügte Bestimmung die finanzielle Entlastung des Arbeitgebers¹⁰². Dennoch kann das sehr teuer werden für den Arbeitgeber.

Beispiel: Es werden 50 Mitarbeiter einer Firma, welche in der Regel 300 Mitarbeiter beschäftigt, aus schlechter Finanzlage entlassen. Alle 50 entlassenen Mitarbeiter hatten ein monatliches Gehalt von CHF 5'000.00. Nun sind die Kündigungen missbräuchlich und der Arbeitgeber muss jedem Entlassenen eine Entschädigung von zwei Monatslöhnen bezahlen. Dies ergibt gesamthaft eine Entschädigungssumme von total CHF 500'000.00.

¹⁰¹ RUEDIN/CHRISTEN/BRÄUNLICH KELLER, S. 411 f.

¹⁰² AmtBull StR 1993, S. 875 f.; AmtBull NR 1993, S. 2346; STAEHELIN, Art. 336 N 7.

B) **Schlussbemerkungen**

Das Verfahren der Massenentlassung ist nur sehr rudimentär geregelt. Sicherlich erklärt sich dies auch dadurch, dass das Verfahren in der Schweiz mit seinem zwanzigjährigen Bestehen eine doch recht junge Praxiserfahrung aufweist. Beim Recherchieren fiel uns auf, dass es nur wenige Entscheide zur Massenentlassung gibt (was unseres Erachtens auch positiv zu werten sein könnte: Entweder werden nur wenige Massenentlassungen in der Schweiz durchgeführt oder aber es werden hierbei keine gesetzlichen Bestimmungen verletzt).

Einig waren wir uns darüber, dass die Konsultation der Arbeitnehmervertretung resp. der Arbeitnehmerschaft sicherlich ein sehr wichtiges Merkmal der Massenentlassung ist. Durch die Konsultation der Arbeitnehmervertretung resp. Arbeitnehmerschaft wird der Dialog zwischen den Sozialpartnern gefördert und zusammen mit den Behörden versucht, die anstehenden Probleme zu lösen.

Es sollte dennoch beispielsweise im Hinblick auf die Dauer der Konsultationsfrist versucht werden, eine bessere Regelung zu finden, indem man eventuell, analog der Regelung in Art. 335d OR, die Frist im Verhältnis zur Betriebsgrösse setzt und eine bestimmte Dauer definiert. Durch eine angemessene Frist könnte gewährleistet werden, dass Alternativen gefunden und Strategien entwickelt werden, um die drohende Massenentlassung abzuwenden.

Es wäre doch auch zu überlegen, ob nicht die Pflicht für den Arbeitgeber eingeführt wird, einen Sozialplan zu erstellen.

Kreuzlingen/Buochs, 22. Dezember 2003

Maria Di Domenico

Nadia Guerriero