



## Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln

ISABELLE WILDHABER

Seit dem 1. Januar 2014 besteht eine neue Sozialplanpflicht in Art. 335h–335k OR. Diese ist unglücklicherweise aus Praxissicht als Buch mit sieben Siegeln formuliert. Viele Fragen sind noch weitgehend ungeklärt. Dieser Beitrag versucht, Antworten zu formulieren. Wann ist der Fortbestand des Betriebs gemäss Art. 335h Abs. 2 OR gefährdet? Wie genau soll bei Änderungskündigungen die Sozialplanpflicht gehandhabt werden? Wann, mit wem und wie lange muss verhandelt werden? Wie genau sollen das Verfahren und die Zuständigkeit für die Bestellung eines Schiedsgerichts aussehen?

Grundsätzlich ist klar zwischen den Bestimmungen der Massenentlassung und den Bestimmungen der Sozialplanpflicht zu unterscheiden. Nicht jede Massenentlassung beinhaltet die Pflicht, einen Sozialplan auszuhandeln. Es kann aber eine Sozialplanpflicht vorliegen, ohne dass die Kündigungen eine Massenentlassung darstellen. Die beiden Verfahren können koordiniert werden. Aus diesem Grund sollten die Erfordernisse von Art. 335i OR analog zu der Bestimmung über die Massenentlassung nach Art. 335d OR ausgelegt werden. Vor Abschluss eines Sozialplans ausgesprochene Kündigungen sind gültig und nicht missbräuchlich, wenn die Massenentlassungsbestimmungen eingehalten worden sind.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Allgemeines zum Sozialplan
  - A. Rechtsnatur des Sozialplans
  - B. Inhalt des Sozialplans
  - C. Gleichbehandlungsgebot im Rahmen des Sozialplans
  - D. Änderung des Sozialplans
- III. Tatbestandsvoraussetzungen der neuen Sozialplanpflicht
  - A. Grundsatz: Analoge Auslegung zu den Bestimmungen über die Massenentlassung
  - B. Keine Gefährdung des Fortbestands des Betriebs
  - C. Mitzählen von Änderungskündigungen?
  - D. Zeitliche Staffelung der Kündigungen
  - E. Verhandlungspflicht
  - F. Bestellung eines Schiedsgerichts
- IV. Schlusswort

### I. Einleitung

Der Begriff des Sozialplans ist in der Schweiz relativ neu. Die Arbeitgeber wurden erstmals in den Empfehlungen der Spitzenverbände der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen von 1975 angehalten, bei Betriebsschliessungen und Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen «rechtzeitig einen Sozialplan auszuarbeiten, welcher die sozialen und wirtschaftlichen Härten der Entlassungen mildern soll».<sup>1</sup>

Dies entspricht der *Definition des Sozialplans*, wie er heute gesehen wird, wonach der Sozialplan mithelfen soll, die mit einer Rationalisierung des Arbeitsplatzes verbundene menschliche und wirtschaftliche Härte für betroffene Mitarbeiter zu vermeiden oder zu mildern.<sup>2</sup> Im neuen Art. 335h Abs. 1 OR wird der Sozialplan definiert als «Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kün-

ISABELLE WILDHABER, Prof. Dr. iur., LL.M. (Harvard), Assistenzprofessorin an der Universität St. Gallen.  
Ich danke Herrn Dr. URS L. BAUMGARTNER sowie Herrn Dr. ROGER ZUBER für das Teilen ihrer Erfahrungen aus der Praxis.

<sup>1</sup> Schweizerische Arbeitgeber-Zeitung 1975, 305, zit. in STEPHAN KLINGENBERG, Der Sozialplan, ArbR 1989, 39 ff.

<sup>2</sup> BGE 133 III 213, E. 4.3; BGE 132 III 32, E. 6.1; BGE 130 V 18, E. 2.3; BGer 4A.610/2012, E. 2.4; MARTIN L. MÜLLER, Sozialpläne bei Umstrukturierungen, AJP/PJA 2009, 939 ff., 939.

digungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden.» Der Sozialplan ist eine Massnahme zum Schutz der Arbeitnehmer bei Massenkündigungen und ein Institut des Betriebsverfassungsrechts. Die Gewerkschaften handeln als quasi-betriebsverfassungsrechtliche Organe.<sup>3</sup>

*Bis Ende Dezember 2013* waren der Sozialplan sowie die mit ihm zusammenhängenden Fragen gesetzlich nicht geregelt.<sup>4</sup> Lediglich das FusG sah vor, dass Hinweise auf einen bestehenden Sozialplan im Fusions- und Spaltungsbericht aufzunehmen sind.<sup>5</sup> Deshalb gab es immer wieder Forderungen nach einer allgemeinen Sozialplanpflicht.<sup>6</sup> Eine Pflicht zur Erstellung eines Sozialplans war bis Ende Dezember 2013 nur teilweise in Gesamtarbeitsverträgen (GAV) und in Art. 31 Abs. 4 BPG vorgesehen. Abgesehen davon bestand keine Pflicht zur Verhandlung über den Inhalt eines abzuschliessenden Sozialplans, geschweige denn eine Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans. Die den Arbeitnehmern aus Massentlassungen zustehenden Leistungen wurden mittels kollektivvertraglichen Verhandlungen, allenfalls durch vertragliche Schlichtungen, freiwillige Schiedsgerichte und als letztes Mittel durch Arbeitskämpfe durchgesetzt.<sup>7</sup>

Seit dem 1. Januar 2014 besteht eine *Sozialplanpflicht in Art. 335h–335k OR*, welche der Wandlung der Wirtschaftswelt Rechnung tragen soll. Während dem Management regelmässig vertraglich fixierte Abgangsentschädigungen zustehen (unter Vorbehalt der Minder-Gesetzgebung), könnten die übrigen Arbeitnehmer nach Meinung des Bundesrates im Fall eines Stellenverlusts leer ausgehen.<sup>8</sup> Die neue Sozialplanpflicht hat zur Konsequenz, dass selbst eine gerechtfertigte Kündigung zu Entschädigungen führen und somit kosten kann. Die Sozialplanpflicht ist relativ zwingend.

Unglücklicherweise ist die neue Sozialplanpflicht aus Praxissicht als *Buch mit sieben Siegeln* formuliert. Es öffnet sich eine Pandorabüchse von rechtlichen Fragen, zu deren Lösung weder das Gesetz selbst noch die Materialien Hinweise geben. Angesichts der ungewissen

finanziellen und betrieblichen Folgen erscheinen deshalb selbst an sich wünschenswerte Veränderungen im Betrieb als riskant.<sup>9</sup>

## II. Allgemeines zum Sozialplan

### A. Rechtsnatur des Sozialplans

Es gibt *verschiedenste Erscheinungsformen des Sozialplans* und keinen einheitlichen Vertragstypus des Sozialplans. Lehre und Rechtsprechung qualifizieren den Sozialplan unterschiedlich, je nach Inhalt, Parteien und Art des Zustandekommens.<sup>10</sup> Es können verschiedene Typen von Sozialplänen unterschieden werden:

- Die Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und einer Gewerkschaft bzw. einem Hausverband stellt eine besondere Art eines GAV nach Art. 356 OR dar und wirkt normativ.<sup>11</sup> Das ist der Fall bei einer Vereinbarung nach Art. 335i Abs. 3 lit. a OR.
- Die Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und einer Arbeitnehmervertretung nach Art. 5 ff. MitwG stellt keinen GAV dar.<sup>12</sup> Eine solche Vereinbarung ist ein bilateraler Vertrag gemäss Art. 335i Abs. 3 lit. b OR, der auf alle Arbeitnehmer Anwendung findet, welche in seinen zeitlichen und materiellen Anwendungsbe- reich fallen.<sup>13</sup> Diese Arbeitnehmer können sich direkt auf ihre Rechte aus dem Sozialplan berufen, welche somit normativ wirken.
- Die vereinbarte Betriebsordnung im Sinn von Art. 38 Abs. 2 ArG zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmervertretung kommt gestützt auf eine GAV-Delegationsnorm zustande und wirkt daher ebenfalls normativ.<sup>14</sup>

<sup>3</sup> Zur Rolle der Gewerkschaften beim Abschluss von Sozialplänen ISABELLE WILDHABER, *Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen*, Zürich 2011, 352 ff.

<sup>4</sup> BGE 133 III 213, E. 4.3.

<sup>5</sup> Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG (Fusion) und Art. 39 Abs. 3 lit. g FusG (Spaltung).

<sup>6</sup> Motion 99.3633; Motion 97.3095.

<sup>7</sup> JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit*, ArbR 2010, 99 ff., 102 ff.

<sup>8</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455, 6497.

<sup>9</sup> EVA-MARIA BÄNI, *Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht*, ArbR 2013, 79 ff., 100.

<sup>10</sup> ROLAND A. MÜLLER, *Rechtsnatur und Auslegung eines Sozialplans*, ARV 2007, 156 ff.; ADRIAN VON KAENEL, *Grundlagen der Massentlassung und des Sozialplans*, in: *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen*, Zürich 2011, 1 ff., 34 f. und Grafik 36; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich 2012, Art. 335f N 11; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2014, 64 ff.; WOLFGANG PORTMANN, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I* (Art. 1–529 OR), 5. A., Basel/Genf/München 2011, Art. 335f N 16 ff.

<sup>11</sup> BGE 133 III 213, E. 4.3.1.

<sup>12</sup> Anders als BGE 132 III 32, E. 6.1; nicht wiedergegeben in BGER 4A.610/2012, E. 2.2.

<sup>13</sup> WYLER/HEINZER (FN 10), 565.

<sup>14</sup> BGE 133 III 213, E. 4.3.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 335fN 11; WYLER/HEINZER (FN 10), 565.

- Wenn der Sozialplan nach Art. 335i Abs. 3 lit. c OR direkt mit der Arbeitnehmerschaft geschlossen wird, so findet er auf alle betroffenen Arbeitnehmer Anwendung. Es handelt sich ebenfalls um einen bilateralen Vertrag, der zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags wird.
- Der einseitig vom Arbeitgeber aufgestellte Sozialplan wird bei Annahme durch den Arbeitnehmer zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags und wirkt nicht normativ.<sup>15</sup>

## B. Inhalt des Sozialplans

Inhaltlich sind dem Sozialplan kaum Grenzen gesetzt. Gegenstand eines Sozialplans können daher alle Regelungen sein, durch die infolge der Umstrukturierung für die betroffenen Arbeitnehmer mögliche wirtschaftliche Nachteile ausgeglichen oder abgemildert werden können. Eine wichtige Rolle spielen dabei Abfindungen, welche auf die Sicherstellung der Altersvorsorge oder die Abdeckung persönlicher Bedürfnisse abzielen.<sup>16</sup> Weiter sind finanzielle Leistungen jeglicher Art zur sozialen Abfederung Inhalt von Sozialplänen. Zu nennen sind die frühzeitige Pensionierung, verlängerte Kündigungsfristen oder die befristete Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, Umzugserleichterung, Darlehen etc. Daneben sind aber auch Massnahmen der Wiedereingliederung sehr wichtig, z.B. das interne Arbeitsplatzangebot, die Unterstützung bei der Stellensuche, die Umschulung oder der Verzicht auf Konkurrenzklauseln.<sup>17</sup> Der Sozialplan ist daher regelmässig mit nicht unerheblichen Kosten für das Unternehmen verbunden. Ob die Mittel für diese Kosten vom Arbeitgeber direkt oder von der Muttergesellschaft stammen, spielt keine Rolle, da die Erfüllung einer Schuld durch einen Dritten zulässig ist.<sup>18</sup> Für den Arbeitgeber muss aber erkennbar sein, welche finanziellen Belastungen auf ihn zukommen. Deshalb müssen die Anspruchsvoraussetzungen an tatsächliche Umstände anknüpfen, die bei Abschluss des Sozialplans bekannt sind.

## C. Gleichbehandlungsgebot im Rahmen des Sozialplans

Grundsätzlich gilt das Gleichbehandlungsgebot auch bei Sozialplänen<sup>19</sup>. Das Gebot der Gleichbehandlung bedeutet, dass die Sozialplanparteien zwar frei sind, je nach Umständen Einschluss- und Ausschlusskriterien bestimmter Kategorien von Arbeitnehmern in der kollektiven Behandlung zu bestimmen, dass aber diese Kriterien erkennbar sein müssen und nicht willkürlich sein dürfen, dass sie die Persönlichkeitsrechte nicht verletzen dürfen und dass sie nicht illegal sein dürfen<sup>20</sup>. Von einer willkürlichen Ungleichbehandlung ist immer dann auszugehen, wenn im Wesentlichen gleich gelagerte Fälle ohne sachlichen Grund oder aus sachfremden Erwägungen unterschiedlich behandelt werden. Sachfremd sind Differenzierungsgründe, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigenwertigen Gründe gibt. Anders als ein GAV gilt der Sozialplan auch zugunsten der gewerkschaftlich unorganisierten Arbeitnehmer.

Da der Geltungsbereich des Sozialplans aufgrund seiner Koppelung an besondere Personalabbaumassnahmen auch in zeitlicher Hinsicht beschränkt ist, muss im Einzelfall jeweils ermittelt werden, ob im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot bestimmte Arbeitnehmer *in den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des betreffenden Sozialplans fallen oder fallen sollten*.<sup>21</sup> Der Arbeitgeber hat den Gleichbehandlungsgrundsatz in dem Sinne zu respektieren, als die zugestanden Leistungen objektiv bestimmt sein müssen und die Arbeitnehmer in vergleichbarer Position gleich zu behandeln sind, z.B. bezüglich der Erfassung von Arbeitnehmern bei vorzeitigen Pensionierungen.<sup>22</sup> Allerdings können bestimmte Arbeitnehmergruppen von Sozialplanleistungen ganz oder teilweise ausgeschlossen werden, solange und soweit für die vorgenommene Differenzierung sachliche Gründe bestehen und kein Diskriminierungsverbot verletzt wird.

Als *zulässige Differenzierung* sollte es angesehen werden, wenn Mitarbeiter, die durch Vermittlung des Arbeitgebers einen neuen Arbeitsplatz finden, ganz oder

<sup>15</sup> BGer 4A.138/2008; BGE 133 III 213, E. 4.3.3; BGer 4A.610/2012; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 335f N 11.

<sup>16</sup> Vgl. ROLAND A. MÜLLER, Abfindungen in Sozialplänen und ihre sozialversicherungsrechtliche Behandlung, AJP/PJA 1999, 286 ff.

<sup>17</sup> BGE 133 III 213 E. 4.3; BGE 132 III 32 E. 6.1. In seiner Dissertation untersuchte KLINGENBERG, 41, Sozialpläne in Bezug auf ihren Inhalt, siehe ausführlich STEPHAN KLINGENBERG, Die Betriebschliessung, Zürich 1986, 195 ff.; vgl. auch MÜLLER (FN 2), 941 f.

<sup>18</sup> So CAPH GE vom 21.9.2004, JAR 2005, 378, E. 5.1.

<sup>19</sup> WILDHABER (FN 3), 356 ff.; KLINGENBERG (FN 17), 42; GSG BS vom 23.8.2007, JAR 2008, 349; BGE 130 V 18, E. 5; ZivilGer BS vom 8.12.1997, JAR 1999, 193.

<sup>20</sup> PORTMANN (FN 10), Art. 328 N 33 f (kritisch zu BGE 129 III 282); BGer 4A.63/2007.

<sup>21</sup> WILDHABER (FN 3), 356 ff.

<sup>22</sup> CCiv VD vom 8.5.2002, plädoyer 5/2003, 80; TPH GE vom 22.10.2001, JAR 2002, 213 («Aus dem Gleichbehandlungsgebot kann sich ein Anspruch auf vorzeitige Pensionierung ergeben, falls diese den übrigen Mitarbeitern aufgrund eines Sozialplanes gewährt wird.»); bestätigt in CAPH GE vom 12.11.2002, JAR 2003, 426.

teilweise von den Sozialplanleistungen ausgeschlossen werden.<sup>23</sup> Da die Arbeitnehmer, die eine unmittelbare Anschlussbeschäftigung finden, weniger Nachteile haben als diejenigen Arbeitnehmer, welche arbeitslos werden, besteht ein sachlicher Grund für die Differenzierung. Unter dem Gesichtspunkt der Vermeidbarkeit von Nachteilen scheint es zudem gerechtfertigt, wenn Arbeitnehmer, die einen ihnen angebotenen zumutbaren anderen Arbeitsplatz ablehnen, von Sozialplanansprüchen ganz oder teilweise ausgenommen werden. Wann ein Arbeitsplatz als zumutbar anzusehen ist, richtet sich in erster Linie nach den Regelungen in dem Sozialplan, hilfsweise jedoch nach AVEG und den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben.

Ähnlich sollten ausserdem die Fälle bewertet werden, in denen ein Arbeitnehmer den Übergang seines Arbeitsverhältnisses *im Rahmen eines Betriebsübergangs* ungerechtfertigterweise gemäss Art. 333 Abs. 2 OR ablehnt.<sup>24</sup> Selbst dann, wenn der Sozialplan nicht ausdrücklich die einen Betriebsübergang ablehnenden Arbeitnehmer von Sozialplanleistungen ausschliesst, sondern nur für den Fall der Ablehnung eines zumutbaren anderweitigen Arbeitsplatzangebots ein Entfallen der Leistung, z.B. der Abfindung, vorsieht, haben die ablehnenden Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine Abfindung. Das Vorliegen eines Betriebsübergangs indiziert für diesen Fall die Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung beim Betriebserwerber<sup>25</sup>. Denn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz aufgrund eines Betriebsübergangs an sich erhalten werden könnte, nimmt mit seiner Ablehnung bewusst den Verlust des Arbeitsplatzes in Kauf. Ein sachlicher Grund liegt hingegen dann vor, wenn der Betriebserwerber ankündigt, einen Arbeitnehmer nach dem Betriebsübergang kündigen zu wollen, sodass trotz Ablehnung des Betriebsübergangs dem Arbeitnehmer ein Abfindungsanspruch zustehen sollte. Fehlt es hingegen in dem Sozialplan an einer Regelung betreffend Ablehnung eines zumutbaren Arbeitsplatzangebots, so sollten auch die den Betriebsübergang ablehnenden Arbeitnehmer einen ungeschmälernten Sozialplananspruch haben. Zulässig ist des Weiteren eine Unterscheidung nach der Art des Nachteils (Entlassung, Versetzung).

Eine *zulässige Differenzierung* ist es auch, wenn der Sozialplan danach unterscheidet, ob der Arbeitnehmer durch Aufhebungsvertrag oder Eigenkündigung aus dem Unternehmen ausscheidet oder ob ihm betriebsbedingt gekündigt wird. Erfahrungsgemäss sind Arbeitnehmer nur dann bereit, das Unternehmen freiwillig zu verlassen, wenn sie bereits einen neuen Arbeitsplatz gefunden oder sicher in Aussicht haben. Umgekehrt haben Arbeitnehmer, die erst nach der offiziellen Bekanntgabe der Betriebsstilllegung aus dem Unternehmen ausscheiden, mit einer erheblich verschärften Situation auf dem Arbeitsmarkt zu rechnen.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung wirft des Weiteren die Frage auf, ob der Arbeitgeber im Rahmen späterer Sozialplanmassnahmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden ist und deshalb frühere, allenfalls sehr grosszügige Regeln weiter zu führen hat. In erster Linie ist dabei auf die Gültigkeitsdauer des Sozialplans abzustellen. Umgekehrt kann sich die Frage stellen, ob Mitarbeiter, für die im Hinblick auf ein Sanierungskonzept für das Unternehmen ein gering dotierter Sozialplan vereinbart wurde, Abfindungen aus einem kurze Zeit später für die Betriebsschliessung vereinbarten besser dotierten Sozialplan verlangen können.<sup>26</sup> Bei dieser Fragestellung muss genau untersucht werden, ob ein sachliches Unterscheidungsmerkmal für die beiden Sozialpläne vorliegt.<sup>27</sup>

Stellt sich eine Klausel im Sozialplan aufgrund eines Verstosses gegen das Gleichbehandlungsgebot als rechtswidrig dar, so hat dies die *Nichtigkeit der unzulässigen Differenzierung* zur Folge. Die zu Unrecht von einer Sozialplanleistung ausgeschlossenen Arbeitnehmer haben Anspruch auf die Leistung, die ihnen nach dem Sozialplan ohne die unzulässige Differenzierung zu gewähren wäre. Es erfolgt demnach eine Angleichung nach oben. Unzulässige Differenzierungen in einem Sozialplan können, werden sie von den betroffenen Arbeitnehmern erfolgreich beanstandet, zu einer erheblichen Vergrösserung des von dem Unternehmen kalkulierten Sozialplanvolu-

<sup>23</sup> WILDHABER (FN 3), 356 ff. Für weitere zulässige Differenzierungen vgl. die Beispiele bei GERHARD PICOT/ELMAR SCHNITKER, Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Umstrukturierung, München 2001, 224 ff.

<sup>24</sup> WILDHABER (FN 3), 356 ff.

<sup>25</sup> So auch BAG vom 5.2.1997, AP Nr. 112 zu § 112 BetrVG = DB 1997, 1623; siehe PICOT/SCHNITKER (FN 23), 226.

<sup>26</sup> Vgl. dazu den Sachverhalt in GSG BS vom 23.8.2007, JAR 2008, 349 (im Juni 2005 Offerte einer freiwilligen Abgangsentschädigung bei Kündigung durch den Arbeitnehmer, im September 2005 Offerte einer höheren Abgangsentschädigung bei Kündigung durch den Arbeitnehmer).

<sup>27</sup> Vgl. GSG BS vom 23.8.2007, JAR 2008, 349, 353, E. bc: «Die Entwicklung der Marktereignisse im Flugverkehr war schnell und ihre Beurteilung derart unsicher, dass Massnahmen zur Restrukturierung laufend angepasst werden mussten. Wenn die Y. AG den Piloten im Juni andere Angebote gemacht hat als drei Monate später im September, so lag im zwischenzeitlichen Zeitablauf bereits ein sachliches Unterscheidungsmerkmal. Zudem haben die Piloten, die noch im September bei der Beklagten angestellt waren, dieser eben auch länger die Treue gehalten.»

mens führen. Ein Arbeitgeber tut gut daran, den Geltungsbereich des Sozialplans genau zu definieren und zeitlich zu begrenzen, da er sonst die Gefahr läuft, dass er im Moment der Erfüllung seiner Sozialplanleistungen nicht mehr genügend notwendige Mittel zur Verfügung hat.

#### D. Änderung des Sozialplans

Unter welchen Voraussetzungen ein einmal abgeschlossener Sozialplan abgeändert werden kann, ist nicht ganz unproblematisch. Grundsätzlich ist eine *Änderung möglich durch Kündigung, durch Ablösung oder durch Anpassung*.<sup>28</sup> Bei der Änderung eines Sozialplans kommt es darauf an, um welche Art von Sozialplan es sich handelt. Je nachdem, ob der Sozialplan individualrechtlicher Natur ist, oder ob es sich um einen GAV *sui generis* oder eine Betriebsvereinbarung *sui generis* handelt, kommen unterschiedliche Regeln, z.B. bezüglich einer ordentlichen Kündigung des Sozialplans, zur Anwendung. Die Zulässigkeit einer Sozialplanänderung kann deshalb nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Handelt es sich z.B. um einen Sozialplan, der einseitig vom Arbeitgeber aufgestellt worden ist und der durch stillschweigende Annahme des Arbeitnehmers gemäss Art. 6 OR zum integrierenden Bestandteil des Arbeitsvertrags wurde, so kann dieser nicht durch den Arbeitgeber zu Ungunsten des Arbeitnehmers einseitig abgeändert werden, ohne dass der Arbeitnehmer seine Zustimmung gibt.<sup>29</sup>

Grundsätzlich sollten die Sozialplanparteien einen Sozialplan einvernehmlich aufheben und durch einen anderen ersetzen können, gleichgültig ob dieser individualrechtlicher oder normativer Natur ist.<sup>30</sup> Wenn der Sozialplan aber normativer Natur ist und somit unmittelbare und zwingende Ansprüche von Arbeitnehmern begründet, so kann durch eine einvernehmliche Abänderung oder Beendigung von Sozialplänen in bereits entstandene Ansprüche von Arbeitnehmern nur innerhalb der Grenzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismässigkeit eingegriffen werden.<sup>31</sup>

Ansprüche auf eine Abfindung aus einem Sozialplan entstehen in der Regel *mit Ausspruch einer Kündigung*. Da eine Kündigung als einseitige Willenserklärung nicht zurückgenommen werden kann, kann der Anspruch auf eine Abfindung auch nicht durch ein Weiterbeschäftigungsangebot beseitigt werden. Insoweit bedarf es der Annahme des Änderungsangebots durch den Arbeitnehmer. Etwas anderes mag ausnahmsweise dann gelten, wenn die Sozialplanparteien sich eine Änderung des Sozialplans für bestimmte Fälle ausdrücklich vorbehalten haben, sodass das Vertrauen der Arbeitnehmer in die Bestandskraft ihrer Ansprüche nicht schützenswert ist. Ebenfalls anders zu beurteilen ist es, wenn vereinbart worden ist, dass der Abfindungsanspruch erst mit Ablauf der Kündigungsfrist und damit erst mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen soll. Grund für eine solche Regelung kann beispielsweise sein, dass die Sozialplanparteien eine Abfindungszahlung für den Fall einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses verhindern wollen.<sup>32</sup> In diesem Fall entsteht der Sozialplan-Anspruch erst mit Ablauf der Kündigungsfrist, sodass eine Änderung der Abfindung bis zu diesem Zeitpunkt möglich ist.

In Fällen, in denen die *Geschäftsgrundlage eines Sozialplans in Wegfall* gerät und einem der Sozialplanparteien das Festhalten an dem Sozialplan mit dem bisherigen Inhalt nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, kann dieser Sozialplan von den Sozialplanparteien den veränderten tatsächlichen Umständen angepasst werden.<sup>33</sup> Ein Beispiel für den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist es, wenn nach Ausspruch der Kündigungen im Hinblick auf eine geplante Betriebsschliessung der Betrieb von einem Dritten übernommen wird, der sich bereift, die Arbeitsverhältnisse zu den bisherigen Bedingungen fortzuführen.<sup>34</sup> Das Besondere an dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ist der Umstand, dass damit der vereinbarte Sozialplan nicht völlig gegenstandslos wird, sondern an die veränderten Umstände angepasst werden muss. Es besteht deshalb eine Verhandlungspflicht der Sozialplanparteien über eine mögliche Anpassung des Sozialplans. Bei ei-

<sup>28</sup> WILDHABER (FN 3), 359 ff.

<sup>29</sup> Siehe dazu BGer 4A.138/2008, E. 2 («... chaque modification unilatérale du plan social, y compris de sa période de validité, ne constitue qu'une nouvelle offre adressée aux travailleurs et doit être acceptée par eux au même titre que le plan initial».).

<sup>30</sup> WILDHABER (FN 3), 359 ff. Siehe für den GAV FRANK VISCHER/ANDREAS ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/2c, 4. A., Zürich 2006, Art. 356c N 35.

<sup>31</sup> Vgl. BAG vom 10.8.1994, BB 1995, 1240 mit Komm. KESSLER = NZA 1995, 314 = DB 1995, 480; BAG vom 5.10.2000, BB 2001, 1416 = NZA 2001, 849; BAG vom 12.11.2002, NZA 2003, 1287;

BAG vom 19.6.2007, BB 2007, 2810 = NZA 2007, 1357 = ZIP 2008, 90.

<sup>32</sup> Vgl. zu dieser Konstellation BAG vom 19.6.2007, BB 2007, 2810; sowie kritisch zu dieser Entscheid INSA GEHLHAAR, Die Änderung von Sozialplan-Ansprüchen mit Wirkung für die Zukunft – ein «vergessenes» Problem, BB 2007, 2805 ff.

<sup>33</sup> WILDHABER (FN 3), 359 ff. Siehe für den GAV VISCHER/ALBRECHT (FN 30), Art. 356c N 38. Vgl. BAG vom 10.8.1994, BB 1995, 1240 mit Komm. KESSLER = NZA 1995, 314 = DB 1995, 480.

<sup>34</sup> Vgl. BAG vom 28.8.1996, AP Nr. 104 zu § 112 BetrVG = DB 1987, 100.

nem Wegfall der Geschäftsgrundlage können die Parteien auch die auf der Grundlage der bisherigen Regelung entstandenen Ansprüche zu Lasten der Arbeitnehmer ändern; insoweit besteht kein Vertrauensschutz. Fraglich ist, ob der Richter auf Antrag einer Partei befugt ist, in Anwendung der Regeln über die *clausula rebus sic stantibus* eine Vertragsänderung vorzunehmen.<sup>35</sup>

Eine Anpassung hat allerdings nur zu erfolgen, wenn und soweit dem Arbeitgeber das Festhalten an dem Sozialplan nach *Treu und Glauben* nicht mehr zugemutet werden kann, d.h. wenn sich die tatsächlichen Grundlagen so erheblich geändert haben, dass die Sozialplanparteien, hätten sie die erst nach Abschluss des Sozialplans eingetretene Entwicklung berücksichtigen können, den Sozialplan grundsätzlich anders strukturiert oder von ihm abgesehen hätten. In Fällen, in denen eine gravierende Änderung der Sachlage denkbar ist, ist es ratsam, eine Vorbehaltsregelung in den Sozialplan aufzunehmen, insbesondere dann, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass doch noch ein Erwerber für den ansonsten stillzulegenden Betrieb zu finden ist.

### III. Tatbestandsvoraussetzungen der neuen Sozialplanpflicht

Die neu eingeführte Sozialplanpflicht sieht nun einige Voraussetzungen vor, welche erfüllt sein müssen, damit die Rechtsfolgen zur Anwendung kommen. Diese Voraussetzungen sind alles andere als klar, weshalb sie im Folgenden analysiert werden sollen.<sup>36</sup>

Grundsätzlich gilt, dass die Verhandlungspflicht Arbeitgeber betrifft, die üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigen (Art. 335i Abs. 1 lit. a OR) und eine Kündigung von mindestens 30 Arbeitnehmern innert dreissig Tagen beabsichtigen, die in keinem Zusammenhang mit ihrer Person stehen (Art. 335i Abs. 1 lit. b OR). Es fällt auf, dass die quantitativen Kriterien der Sozialplanpflicht nicht mit den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Massenentlassung übereinstimmen. Grundsätzlich beinhaltet nicht jede Massenentlassung die Pflicht, einen Sozialplan auszuhandeln.

Die Idee dahinter war, dass nur Unternehmen einer gewissen Grösse einer Sozialplanpflicht unterliegen sollen. Konkret sind nur knapp 0.4 % aller Privatbetriebe von der

Sozialplanpflicht erfasst,<sup>37</sup> dafür aber fast 40 % aller Arbeitsplätze in der Schweiz.<sup>38</sup> Bei Betrieben einer gewissen Grösse war das Aufstellen eines Sozialplanes schon vor Einführung der Sozialplanpflicht aus Reputationsgründen oder gestützt auf gesamtarbeitsvertragliche Bestimmungen die Regel.

Die neuen Bestimmungen gelten für alle dem Privatrecht unterstehenden Arbeitsverhältnisse (auch solche bei öffentlichen Arbeitgebern). Eine Ausnahme bildet Art. 335k OR, wonach die Sozialplanpflichten keine Geltung haben bei Massenentlassungen während eines Konkurs- oder eines Nachlassverfahrens, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird (ob dies der Fall ist, kann während des Verfahrens noch unklar sein) oder das mittels eines ordentlichen Nachlassvertrages abgeschlossen wird.

#### A. Grundsatz: Analoge Auslegung zu den Bestimmungen über die Massenentlassung

Um zu wissen, ob bei einer konkreten Massenentlassung nebst dem Informations- und Konsultationsverfahren auch das Sozialplan-Verfahren eingehalten werden muss, müssen also die Voraussetzungen von Art. 335i OR gegeben sein. Leider fehlt in dieser Bestimmung – im Gegensatz zu Art. 335d OR<sup>39</sup> – der Bezug zum Betriebsbegriff (es ist vielmehr vom *Arbeitgeber* die Rede), sodass unklar ist, ob die quantitativen Kriterien in einem *Einzelbetrieb* erfüllt sein müssen oder auch betriebsübergreifend vorliegen können.<sup>40</sup> Um eine einheitliche Rechtsanwendung zu gewährleisten, sollte das Erfordernis der «Arbeitgeber» analog zu der Bestimmung über die Massenentlassung nach Art. 335d OR ausgelegt werden. Entgegen dem Wortlaut, aber nach systematischer, teleologischer und historischer Auslegung ist von einem Einzelbetrieb auszugehen.<sup>41</sup> Die Sozialplanpflicht ist somit als betriebsbe-

<sup>35</sup> So für den GAV VISCHER/ALBRECHT (FN 30), Art. 356c N 38.

<sup>36</sup> Die folgenden Ausführungen basieren weitgehend auf ISABELLE WILDHABER, Kapitel 20.III.C., in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), *Fachhandbuch Arbeitsrecht*, Zürich 2015 [im Erscheinen].

<sup>37</sup> Botschaft (FN 8), 6499; AB NR 2013, 600 (*Susanne Leutenegger Oberholzer*); AB SR 2012, 352, 357 (*Pirmin Bischof*).

<sup>38</sup> AB SR 2012, 358 (Bundsrätin *Simonetta Sommaruga*).

<sup>39</sup> Vgl. hierzu auch BGE 137 III 27, worin bestätigt wurde, dass sich die Anzahl oder der Prozentsatz der Kündigungen nicht auf der Grundlage der Unternehmensgruppe als Ganzes, sondern für jedes Mitglied der Unternehmensgruppe einzeln berechnet.

<sup>40</sup> STÖCKLI (FN 7), 100; LAURA WIDMER, *Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR – oder vom Kuhhandel mit der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit*, Jusletter vom 29. September 2014, N 28 ff.

<sup>41</sup> BO 2013 N 625 (*Schwaab*); WYLER/HEINZER (FN 10), 559; STÖCKLI (FN 7), 100; ALEXANDER FISCHER/ANDREA TROST, *Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht – Anpassungen im Bereich von Betriebsübernahmen sowie Einführung*

zogene Gesetzgebung zu verstehen. Eine Ausnahme kann mangels der Rechtspersönlichkeit, mangels eigenen Vermögens oder mangels der Konkursfähigkeit des Betriebs vorliegen.

Auch die sonstigen Erfordernisse von Art. 335i Abs. 1 OR (250 üblicherweise beschäftigte Arbeitnehmer, 30 Kündigungen innert dreissig Tagen, die in keinem Zusammenhang mit der Person stehen) sollten analog zu der Bestimmung über die Massenentlassung nach Art. 335d OR ausgelegt werden. Für die *Definitionen* von «Arbeitnehmern», «üblicherweise beschäftigt», «Kündigungen», «beabsichtigt», «innert dreissig Tagen» und «in keinem Zusammenhang mit ihrer Person» kann somit grundsätzlich auf die Bestimmungen für Massenentlassungen im Allgemeinen verwiesen werden.<sup>42</sup>

## B. Keine Gefährdung des Fortbestands des Betriebs

Der Sozialplan darf gemäss Art. 335h Abs. 2 OR den *Fortbestand des Betriebs* nicht gefährden, was die Freiheit der Parteien und das Ermessen des Schiedsgerichts einschränkt. Es wird aber nicht festgelegt, wann der Fortbestand des Betriebes gefährdet ist. Es handelt sich um eine sehr unbestimmte Regelung, mit der eine *grosse Rechtsunsicherheit* bewirkt wurde.<sup>43</sup> Es ist am Arbeitgeber zu beweisen, dass sein Fortbestand durch die Kosten für den Sozialplan gefährdet ist (Art. 8 ZGB).<sup>44</sup> Der Sinn und Zweck von Art. 335h Abs. 2 OR besteht darin, dass keine weiteren Arbeitsplätze gefährdet werden sollen. Die Berücksichtigung von Eigenkapital oder Liquidität greift deshalb zu kurz, es muss vielmehr die Konkurrenzfähigkeit erhalten bleiben.

## C. Mitzählen von Änderungskündigungen?

Zur Analyse, ob eine zur Massenentlassung führende Kündigung im Sinne von Art. 335d OR vorliegt, sind *Än-*

*derungskündigungen* mitzuzählen,<sup>45</sup> wenngleich das in der Praxis selten so gehandhabt wird. Im Zusammenhang mit der Sozialplanpflicht führt das Mitzählen von Änderungskündigungen zu gravierenden und aus Praxissicht unerwünschten Umsetzungsproblemen. Wie genau Änderungskündigungen im Kontext der Sozialplanpflicht zu bewerten sind, ist fraglich. Grundsätzlich gilt auch im Verhältnis zwischen Änderungskündigung und Sozialplanpflicht, dass Änderungskündigungen als Kündigungen mitzuzählen sind, falls es sich um eigentliche Änderungskündigungen handelt, d.h. wenn die Kündigung nicht nur angedroht, sondern auch ausgesprochen worden ist.

Es gilt aber zu bedenken, dass es oftmals Änderungskündigungen geben wird, bei denen niemand die Stelle verlieren wird und ein Sozialplan und die Inanspruchnahme des Arbeitsamts keinen Sinn machen. Werden z.B. den Arbeitnehmern eines Betriebs die Generalabonnemente mittels einer Änderungskündigung gestrichen, so *widerspricht es m.E. Sinn und Zweck* der Massenentlassungsbestimmungen (Art. 335d ff. OR) und der Sozialplanbestimmungen (Art. 335h ff. OR), für diese Änderung ein Konsultationsverfahren zu organisieren, das Arbeitsamt zu benachrichtigen und einen Sozialplan zu verhandeln. Es gibt nicht viel zu verhandeln. Der Sozialplan soll gemäss Art. 335h OR Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden und deren Folgen gemildert werden können. Mit der Streichung des GA und ähnlichen Massnahmen werden aber vielleicht genau Kündigungen vermieden. Die Grenze zwischen Änderungskündigungen, welche es «verdienen», mitgezählt zu werden (z.B. eine Versetzung von Zürich nach Fribourg) und solchen, welche nach Sinn und Zweck nicht mitgezählt werden sollten, ist natürlich fließend.

Die reine Offerte, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen weiterzuführen, stellt für sich noch kein Angebot für einen Sozialplan dar. Ein Sozialplan muss im Sinne von Art. 335i OR «verhandelt» worden sein. Es ist aber durchaus denkbar, dass über die Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen verhandelt wird und die Weiterführung deshalb als Sozialplan qualifiziert werden kann. Fraglich ist dann, welche Arbeitnehmer diesen Sozialplan annehmen müssen. Was ist, wenn mehr als die Hälfte der Betroffenen die neuen Bedingungen angenommen hat? Gelten die Änderungskündigungen dann als Sozialplan, der angenommen

einer Sozialplanpflicht, Jusletter vom 19. Mai 2014, Rz. 13; zum Begriff siehe BGE 137 III 27, E. 3.2.

<sup>42</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 335d N 1 ff.

<sup>43</sup> STÖCKLI (FN 7), 109; FISCHER/TROST (FN 41), Rz. 15; BÄNI (FN 9), 92; ALFRED BLESIG/THOMAS PIETRUSZAK, Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?, in: Eva-Maria Bani/Angela Obrist (Hrsg.), FS Jean-Fritz Stöckli, Zürich/St. Gallen 2014, 47 ff., 50.

<sup>44</sup> Ausführlich JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Solothurn, Urteil vom 16. Juli 2010 (ZKAPP.2009.74), AJP/PJA 2011, 1103 ff.; DERS., Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h–k CO), ARV 2013, 281 ff., 283 ff. (will das streng handhaben); siehe auch WYLER/HEINZER (FN 10), 562.

<sup>45</sup> THOMAS GEISER, Massenentlassung, in: Peter Münch/Markus Metz (Hrsg.), Stellenwechsel und Entlassung, 2. A., Basel 2012, 77 ff., Rz. 3.38 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 335d N 5.

worden ist? Tritt er in Kraft, wenn nur bei einigen wenigen das Arbeitsverhältnis beendet wird?

#### D. Zeitliche Staffelung der Kündigungen

Zeigt sich, dass der Arbeitgeber durch eine zeitliche Staffelung der Kündigungen diese über eine Dauer von mehr als dreissig Tagen verteilen will, obwohl sie auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, sind die betroffenen Kündigungen *zusammenzuzählen*, sodass die Sozialplanpflicht dennoch zur Anwendung kommt (Art. 335i Abs. 2 OR).<sup>46</sup> Grundsätzlich gilt es hier zu bedenken, dass im Rahmen von Massenentlassungen Kündigungswellen, die jeweils unter den Schwellenwerten liegen, zulässig sind.<sup>47</sup> Es kann somit eine Sozialplanpflicht vorliegen, ohne dass die Kündigungen eine Massenentlassung darstellen.

#### E. Verhandlungspflicht

Auch die *Verhandlungspflicht* wirft viele Fragen auf; das Gesetz regelt weder wann, mit wem, noch wie lange verhandelt werden muss. Das Gesetz sieht Folgendes vor. Der Arbeitgeber hat die Pflicht, mit den am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbänden (wenn er Partei des GAV ist), der allfälligen Arbeitnehmervertretung oder direkt mit dem Personal im Hinblick auf die Vereinbarung eines Sozialplans Verhandlungen zu führen (Art. 335i Abs. 3 OR). Diese Bestimmung bringt einige Unsicherheiten mit sich.

Der Arbeitgeber soll mit den am GAV beteiligten Arbeitnehmerverbänden verhandeln, *wenn er Partei des GAV ist*. Bei *Firmen-GAV* ist der Arbeitgeber grundsätzlich Partei des GAV und hat mit den beteiligten Arbeitnehmerverbänden zu verhandeln.<sup>48</sup> Bei *Verbands-GAV* ist unklar, ob die Bestimmung auch zur Anwendung gelangt, wenn der Arbeitgeber gemäss Art. 356 OR nicht Partei des GAV ist, sondern an den GAV gebunden ist, weil er Mitglied des unterschreibenden Arbeitgeberverbandes ist, weil der Geltungsbereich gemäss Art. 4 AVEG ausgedehnt wurde, oder weil er sich gemäss Art. 356b OR dem GAV angeschlossen hat. Dann ist der Arbeitgeber nicht Partei des GAV und er unterhält nicht eine privilegierte, präexistierende und persönliche sozialpartnerschaftliche Bezie-

hung mit der unterschreibenden Gewerkschaft.<sup>49</sup> Dies hat zur Folge, dass bei den grossen, allgemeinverbindlichen Branchenverträgen die Gewerkschaften nicht Verhandlungspartner der Arbeitgeber für Sozialpläne sind (ausser als Sachverständige gemäss Art. 335i Abs. 4 OR).<sup>50</sup>

Folgt man dem Wortlaut der Bestimmung («oder»), stellt sich des Weiteren die Frage, ob der Arbeitgeber die *Wahl* hat, z.B. beim Firmen-GAV alternativ mit den Arbeitnehmerverbänden oder mit der Arbeitnehmervertretung zu verhandeln.<sup>51</sup> Die Botschaft ist der Auffassung, dass nur diejenigen Arbeitgeber, die nicht Partei eines GAV sind, mit der Arbeitnehmervertretung verhandeln können.<sup>52</sup> Unbestritten ist jedoch, dass der Arbeitgeber, falls keine GAV und keine Arbeitnehmervertretung vorhanden sind, direkt mit den Arbeitnehmern verhandeln muss.<sup>53</sup> Dies erweist sich aber bereits bei wenigen Angestellten als schwierig. Die Bestellung einer ad hoc Arbeitnehmervertretung nach MitwG, damit die Verhandlungen über den Sozialplan in einem geordneten Verfahren ablaufen können, kann einige Wochen in Anspruch nehmen und somit zu schwerfällig sind. Denkbar ist aber ein Sprechersystem, wonach einige Arbeitnehmer die anderen für die Verhandlungen vertreten, oder eine Repräsentation durch eine Gewerkschaft oder durch eine Anwaltskanzlei.<sup>54</sup> Die zu den Verhandlungen herangezogenen Sachverständigen sind gegenüber betriebsfremden Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet (Art. 335i Abs. 4 OR).

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob mit allen Arbeitnehmern eines Betriebs verhandelt werden muss, auch wenn nur ein Bruchteil davon entlassen werden soll. Da alle Arbeitnehmer im betroffenen Betrieb konsultiert werden müssen und nicht nur diejenigen, deren Entlassung beabsichtigt ist, sollte auch mit allen verhandelt werden müssen. Sonst müsste der Verhandlungspartner gewechselt werden, wenn die Verhandlungen während der Konsultation in Gange kommen. M.E. würde es aber oftmals Sinn machen, nur mit denjenigen Arbeitnehmern zu verhandeln, welche die Kündigung auch betrifft, da diese Empfänger der ausgehandelten Rechte sein werden. Bei

<sup>46</sup> BBI 2010 5871, 5913; ausführlich WYLER/HEINZER (FN 10), 559 f. (Vermutung, dass zwei Kündigungswellen im Abstand von sechs Monaten nicht auf einem einheitlichen wirtschaftlichen Entscheid beruhen); sich anschliessend STÉPHANIE FULD/OLIVIER DEPIERRE, *Condensé de la nouvelle institution du plan social en droit du travail* (art. 335h à 335k CO), Jusletter vom 29. September 2014, N 6.

<sup>47</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 10), Art. 335f N 9.

<sup>48</sup> STÖCKLI (FN 7), 101.

<sup>49</sup> WYLER/HEINZER (FN 10), 560 f. Vgl. PORTMANN (FN 10), Art. 356 N 1.

<sup>50</sup> Ebenso WYLER/HEINZER (FN 10), 561; SARA IANNI, *Die Stellung des Arbeitnehmers in der Insolvenz des Arbeitgebers nach der Revision des Sanierungsrechts*, Diss. Basel 2014, 187; kritisch STÖCKLI (FN 7), 101.

<sup>51</sup> STÖCKLI (FN 7), 100; verneinend IANNI (FN 50), 186.

<sup>52</sup> BBI 2010 6455, 6499.

<sup>53</sup> STÖCKLI (FN 7), 100.

<sup>54</sup> WYLER/HEINZER (FN 10), 974; CHRISTIAN BRUCHEZ, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Bern 2013, Art. 335f N 37; BGer 4A.145/2013, E. 2.3.

Stillschweigen der Arbeitnehmer ist wohl von einem Akzept des vom Arbeitgeber unterbreiteten Sozialplans auszugehen, falls durch den Arbeitgeber Verhandlungsbereitschaft angeboten worden ist. Wenn die Arbeitnehmer einem Vorschlag des Arbeitgebers nicht zustimmen, dann wird es wohl kaum ohne Delegation der Verhandlungspflicht an eine Gewerkschaft oder einen ad hoc-Arbeitnehmervertreter und nachträglicher Genehmigung des verhandelten Sozialplans durch die Arbeitnehmer gehen.

Die Verhandlungen müssen – wie beim Konsultationsverfahren bei Massenentlassungen auch – nach dem Prinzip von *Treu und Glauben* geführt werden, z.B. müssen die notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden, das «Sich-Organisieren» der Arbeitnehmer muss vom Arbeitgeber nach *Treu und Glauben* unterstützt werden, es muss eine genügende Frist für die Verhandlungen zur Verfügung stehen, die Verhandlungen dürfen nicht unnötigerweise verlängert werden, indem unrealistische Forderungen gestellt werden, und die konkrete Situation des Unternehmens muss berücksichtigt werden.<sup>55</sup> Eine Verletzung der Verhandlungspflicht kann gleichzeitig eine Verletzung des Massenentlassungsverfahrens im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR darstellen, sodass als *Sanktion* die Kündigungen als missbräuchlich zu bewerten sind.<sup>56</sup> Wenn nicht gleichzeitig eine Verletzung des Massenentlassungsverfahrens im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR vorliegt, so kommt nur eine Sanktion im Rahmen des Schiedsverfahrens (z.B. volle Kostentragung) in Frage.<sup>57</sup>

Was das *Verhältnis zwischen der Informations- und Konsultationspflicht und der Sozialplanpflicht* anbelangt, so sollten diese beiden Pflichten voneinander losgelöst betrachtet werden. Beabsichtigt der Arbeitgeber, 30 Arbeitnehmern zu kündigen, so sollte er mit der Verhandlung eines Sozialplanes sowie gleichzeitig mit der Konsultation gemäss Art. 335f OR beginnen. Führt die Verhandlung nicht zum Ziel, so hindert Art. 335i OR den Arbeitgeber aber nicht daran, die Kündigungen auszusprechen, und die Frage des Sozialplanes erst nach den Kündigungen zu regeln.<sup>58</sup>

Wenn bei einer beabsichtigten Massenentlassung im Sinn von Art. 335i Abs. 1 OR bereits ein «vorsorglicher» Sozialplan mit der verhandlungsberechtigten Partei vereinbart wurde, der den inhaltlichen Anforderungen von Art. 335h ff. OR genügt, so sollte dies ausreichen.<sup>59</sup> Die

Verhandlungspflicht kann also schon vorsorglich erfüllt und ein Sozialplan mit einer bestimmten Laufzeit vereinbart werden. Die Sozialpartner können ein legitimes Interesse daran haben, schon vor einer konkreten, beabsichtigten Massenentlassung einen dauerhaft gültigen Sozialplan zu vereinbaren, der zur Planbarkeit von Prozess und Kosten einer zukünftigen Restrukturierung beiträgt. Es ist keine gesetzgeberische Absicht erkennbar, dass derartige Sozialpläne verhindert werden sollen. Es entsteht grundsätzlich kein Neu- oder Nachverhandlungsanspruch, ausser allenfalls bei geänderten Verhältnissen.

## F. Bestellung eines Schiedsgerichts

Können sich die Parteien in ihren Verhandlungen nicht auf einen Sozialplan einigen, so muss gemäss Art. 335j OR 1 ein *Schiedsgericht* bestellt werden. Das Verfahren und die Zuständigkeit für die Bestellung dieses Schiedsgerichts sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt.<sup>60</sup> Deshalb stellen sich hier unzählige Fragen:

- *Wer?* Es stellen sich ähnliche Fragen zur *Aktivlegitimation* wie bei der Handelsregister-Sperre nach FusG. Grundsätzlich wird die Schiedsgerichtsbarkeit durch Art. 353 ff. ZPO geregelt.<sup>61</sup> Die Aktivlegitimation steht dem Arbeitgeber sowie dem Ansprechpartner gemäss Art. 335i Abs. 3 OR zu, d.h. der Arbeitnehmervertretung oder der Arbeitnehmerschaft, welche in diesem Sinne über eine Prozessfähigkeit verfügen<sup>62</sup>, nicht aber jedem einzelnen Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmerschaft des Betriebs (nicht nur diejenigen, denen gekündigt worden ist) kann so ihre Mitwirkungsrechte kollektiv wahrnehmen. Wenn die Arbeitnehmer gar kein Schiedsverfahren anstreben, so hat der Arbeitgeber wenig Interesse daran zu klagen.
- *Wann?* Es findet sich keine Regelung, wann das Schiedsverfahren eingeleitet werden soll und wann der Schiedsspruch vorliegen soll. Es besteht die Gefahr, dass ein Schiedsspruch erst dann feststeht, wenn die Massenentlassungen schon längst abgeschlossen sind.
- *Auf wessen Kosten?* Es findet sich keine Sondernorm in den neuen Bestimmungen, sodass die üblichen Schiedsgerichts-Regelungen der ZPO zur Anwendung kommen. Ein Schiedsverfahren nach Art. 335j OR kann sich zu einem kostenintensiven Verfahren entwi-

<sup>55</sup> SCHWAAB (FN 44), 286 ff. Siehe auch BGE 137 III 162, E. 2.1.

<sup>56</sup> WYLER/HEINZER (FN 10), 560, 568.

<sup>57</sup> So auch FULD/DEPIERRE (FN 46), N 5.

<sup>58</sup> So auch IANNI (FN 50), 186.

<sup>59</sup> BLES/PIETRUSZAK (FN 43), 54 ff.; IANNI (FN 50), 194 ff.

<sup>60</sup> SCHWAAB (FN 44), 290 ff.; Botschaft (FN 8), 6500.

<sup>61</sup> Botschaft (FN 8), 6500. Vgl. aber BLES/PIETRUSZAK (FN 43), 52, die von einem Schiedsgutachten durch einen Schiedsgutachter und damit von der Anwendung von Art. 189 ZPO ausgehen.

<sup>62</sup> WYLER/HEINZER (FN 10), 562 m.w.H.; vgl. auch WIDMER (FN 40), N 47.

- ckeln, was eine Rechtswegbarriere darstellen mag. Ob die Arbeitnehmerseite den Kostenvorschuss zu tragen vermag bzw. zu tragen bereit ist, kann fraglich sein.<sup>63</sup>
- *Sitz des Schiedsgerichts?* Als Sitz des Schiedsgerichts wäre mangels ausdrücklicher Parteivereinbarung am ehesten der Betriebsort, allenfalls der Sitz des Arbeitgebers anzunehmen (Art. 355 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 34 Abs. 1 ZPO).<sup>64</sup> Daraus ergäbe sich das für das weitere Verfahren zuständige staatliche Gericht (Art. 356 ZPO). Dieses Gericht hätte mangels Einigung der Parteien die Ernennung des Schiedsgerichts vorzunehmen (Art. 362 Abs. 1 und 2 ZPO).
  - *Minimalinhalt eines Sozialplans?* Das Schiedsgericht stellt einen Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch auf. Es ist sehr schwierig abzuschätzen, welche Rechte den Arbeitnehmern zugestanden werden müssen, da detailliertere Ausführungen zum Minimalinhalt eines Sozialplans fehlen. Es ist zwar selbstverständlich, was Inhalt eines Sozialplanes sein *kann* (Teilzeitmodelle, verlängerte Kündigungsfristen gegenüber dem Arbeitsvertrag, Umschulungen, interne Versetzung inkl. Zuschüsse, Stellenvermittlung/Outplacement, vorzeitige Pensionierung, pro rata Boni, paritätische Kommission, Härtefallfonds, Abfindungen), aber nicht, ob und was Inhalt sein *sollte*. Konkrete Massnahmen zur Vermeidung von Kündigungen bzw. zur Beschränkung von deren Zahl sind durch einen Schiedsspruch kaum denkbar, weshalb vor allem Massnahmen zur Linderung der Folgen der Kündigungen in Frage kommen werden. Wie diese gestaltet werden sollen, ist weitgehend ein Billigkeitsentscheid. Wer ist berechtigt? Wer übernimmt die Verwaltung der Leistungsvergabe? Was bringen überhaupt Leistungen «im Nachhinein»?

#### IV. Schlusswort

Es hat sich gezeigt, dass zwischen den Bestimmungen der Massenentlassung und den Bestimmungen der Sozialplanpflicht klar unterschieden werden muss. Es handelt sich um *zwei voneinander unabhängige Verfahren*. Grundsätzlich beinhaltet nicht jede Massenentlassung die Pflicht, einen Sozialplan auszuhandeln. Es kann aber eine Sozialplanpflicht vorliegen, ohne dass die Kündigungen eine Massenentlassung darstellen. Während die Massenentlassung allein zu Verfahrenspflichten führt, beinhaltet die Sozialplanpflicht eine Einschränkung der Vertragsfreiheit und eine finanzielle Belastung.

Da beide Verfahren teilweise identische Ziele haben,<sup>65</sup> können die beiden *Verfahren oftmals koordiniert werden*, indem z.B. die Sozialplanverhandlung ins Massenentlassungsverfahren integriert wird. Eine solche Koordinationspflicht ergibt sich zwar weder aus Gesetz noch Materialien, ist aber sinnvoll. Mit dem Abschluss des Massenentlassungsverfahrens muss aber nicht bis zum Vorliegen eines Sozialplans gewartet werden. Das würde keinen Sinn machen, da Sozialplanverhandlungen sehr lange dauern können und ansonsten die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers beeinträchtigt würde, und dem Ziel des neuen Sanierungsrechts, Sanierungen zu erleichtern und verbleibende Arbeitsplätze zu erhalten, nicht gedient wäre. Vor Abschluss eines Sozialplans ausgesprochene Kündigungen sind gültig und nicht missbräuchlich, wenn die Massenentlassungsbestimmungen eingehalten worden sind.

Es gilt bei der Koordination der Verfahren zu beachten, dass beide Verfahren ihre eigenen, unterschiedlichen Anwendungsvoraussetzungen festlegen. So sind z.B. die Verfahrenspartner in beiden Verfahren teilweise unterschiedlich. Dies kann der Koordination der Verfahren Grenzen setzen. Die Bestimmungen zur Sozialplanpflicht sind aus diesem Grund, soweit es geht, analog zu den Bestimmungen über die Massenentlassung auszulegen.

Aus *Praxissicht* ist zu empfehlen, entweder schon «vorsorglich» einen Sozialplan zu verhandeln oder aber auf jeden Fall rasch erfolgreiche Verhandlungen anzustreben und vorzubereiten (evtl. Arbeitnehmervertretung oder Sprechersystem bestimmen, ersten Entwurf eines Sozialplans bereithalten, Datenmaterial zusammenstellen, verschiedene «Modelle» vor Verhandlungen durchrechnen, ALV-Leistungen berücksichtigen). Wichtig ist ausserdem, bei der Ausformulierung des Sozialplans genau zu definieren, welche Kategorien von Arbeitnehmern welche Ansprüche haben sollen. Die Kriterien, nach welchen ein Anspruch auf Leistungen besteht, müssen objektiv definiert werden und Arbeitnehmer, welche sich in einer ähnlichen Lage befinden, müssen gleich behandelt werden.<sup>66</sup> Die Vertragsfreiheit ist dabei stärker als das Gleichbehandlungsgebot, solange die Kriterien weder willkürlich noch unerlaubt sind.

<sup>63</sup> WIDMER (FN 40), N 51 ff., 58.

<sup>64</sup> IANNI (FN 50), 189.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 335f Abs. 2 OR und Art. 335h Abs. 1 OR

<sup>66</sup> BGer 4A.610/2012, E. 2.4; BGE 130 V 18, E. 5.4; WYLER/HEINZLER (FN 10), 558; WILDHABER (FN 3), 356.