

 jetzt bestellen

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph



Schulthess §

FESTSCHRIFT FÜR ADRIAN VON KAENEL

Herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Gabriel Aubert

Roland A. Müller

Roger Rudolph

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Genf 2022

ISBN 978-3-7255-8375-1

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
WOLFGANG PORTMANN	
Adrian von Kaenel – Kompetenz und Vielseitigkeit in Person	1
GABRIEL AUBERT	
Les plateformes Uber : désactiver le droit du travail ?	7
ROLAND BACHMANN	
Schiedsfähigkeit kollektiver Arbeitsstreitigkeiten	17
ALFRED BLESİ	
Der vielbeschäftigte Verwaltungsrat und die Versicherung seines Entgelts	35
CHRISTIAN BRUCHEZ	
Les conventions relatives à la formation du travailleur	49
GEORGES CHANSON	
Terminierungen im Arbeitsvertrag	65
HELIN CIGERLI / CECILIA SCHULER / ROGER RUDOLPH	
Umziehzeiten als Arbeitszeit	95
JEAN-PHILIPPE DUNAND / PASCAL MAHON	
Quatrième révolution industrielle, digitalisation et numérisation, pandémie du Covid-19 : le droit du travail à la croisée des chemins ?	107
	XI

MARTIN FARNER

Lohnschutz nach Schweizer und EU-Recht 119

THOMAS GÄCHTER / MATTHIAS APPENZELLER

Arbeitnehmermitsprache bei der Wahl des Sozialversicherers 131

THOMAS GEISER

Wie ist Arbeit und Familie vereinbar? 147

CHRISTIAN GERSBACH / CHRISTINA WINTER

Sozialpläne – Aktuelle Entwicklungen 161

WERNER GLOOR

**L'obligation de restituer le logement mis à disposition
par l'employeur** 173

LUKASZ GREBSKI

Tarifeinheit, Tarifkonkurrenz und Tarifpluralität 191

CHRISTOPH HÄBERLI

**Gesamtarbeitsvertragliche Vorruhestandsregelungen und
Veränderungen in den betrieblichen Gegebenheiten** 209

RENÉ HIRSIGER / THOMAS PIETRUSZAK

**Fringe Benefits der Arbeitgeberin an ihre Rentner –
rechtliche Einordnung und Möglichkeit der
Leistungseinstellung** 223

ROGER HISCHIER

Doppelrelevante Tatsachen im Arbeitsprozess 235

MARC HÜRZELER

**Einige Gedanken zu den Wirkungen von Art. 333 OR
(insbesondere Absatz 2) auf das Vorsorgeverhältnis in
der beruflichen Vorsorge** 253

UELI KIESER

**Tätigkeiten im Parlament –
Arbeitnehmerin/Arbeitnehmer oder etwas Sonstiges?** 259

ANNE MEIER

Questions pratiques sur les enquêtes internes à l'entreprise 275

MARTIN L. MÜLLER

Die Gewerkschaft in der Massentlassung 301

ROLAND A. MÜLLER / OLIVER SCHMID

Friedenspflicht im schweizerischen Arbeitsrecht 315

ROLAND MÜLLER / MANUEL STENGEL

Rechtsfragen um Ferien – Aktuelle Probleme 329

RAHEL A. NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

**Neue Urlaubsformen für Arbeitnehmende mit
Familien- und Angehörigenpflichten** 347

KURT PÄRLI / PIA MEIER

Anstellungsdiskriminierung 363

CHRISTOPH SENTI

**Das Ermessen des Arbeitgebers bei der Gratifikation
nach Art. 322d OR** 381

JEAN-FRITZ STÖCKLI

Bindung der GAV-Parteien an die Verfassung 397

OTHMAR STRASSER

**Das Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB als
Grundlage für externes Whistleblowing bei der
Bekämpfung der Geldwäscherei?** 413

ISABELLE WILDHABER / FRÉDÉRIC BARTH

«Grünes Arbeitsrecht» – Klimawandel und Nachhaltigkeit als rechtliche Herausforderungen für das Arbeitsverhältnis	429
--	------------

HANSRUEDI WYSS

Konfliktbelastete Arbeitsverhältnisse	439
--	------------

Verzeichnis der Publikationen von Adrian von Kaenel	453
--	------------

Die Gewerkschaft in der Massenentlassung

MARTIN L. MÜLLER

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	302
II.	Gesetzliche Regelung der Massenentlassung im Überblick	303
III.	Das Mandat der Gewerkschaft bei der Verhandlung eines Sozialplans	305
	A. Vorrangstellung als Verhandlungspartner	305
	B. Weitere mögliche Beteiligungsformen	306
	1. Gewerkschaft als «Sachverständige»?	306
	2. Gewerkschaft als Vertreterin der Arbeitnehmenden?	306
	3. Kosten	308
IV.	Das Mandat der Gewerkschaft bei der Konsultation	308
	A. Übersicht	308
	B. Anspruch auf Information	309
	C. Durchführung der Konsultation	310
	1. Verhandlungspartner in der Massenentlassung	310
	2. Gewerkschaft als Vertreterin der Arbeitnehmenden?	310
	3. Gewerkschaftsangehörige in der Arbeitnehmervertretung	310
	4. Gewerkschaft als Beraterin	311
	5. Kosten	312
V.	Massenentlassung im Konzern	312
	A. Grundsatz	312
	B. Vorliegen einer Massenentlassung	312
	C. Ansprüche auf Information gegenüber anderen Konzerngesellschaften	312
	D. Anspruch auf vorgängige Konsultation	313
VI.	Fazit	314

I. Einleitung

Gewerkschaften sind aus dem heutigen arbeitsrechtlichen Gefüge nicht mehr wegzudenken und haben völker- und verfassungsrechtliche Anerkennung gefunden.¹

Die Gewerkschaften bilden eine der beiden tragenden Säulen im dualen (dualistischen) Modell der Mitwirkung der Arbeitnehmer im Betrieb.² Die Gewerkschaften sorgen ausserbetrieblich als überbetriebliche Vertretungen von Arbeitnehmerinteressen für die Mitwirkung der Arbeitnehmer.³ Innerbetrieblich wird die Mitwirkung hingegen durch die Arbeitnehmervertretung (subsidiär die Arbeitnehmer) wahrgenommen (Art. 3, 5–8 MitwG⁴).⁵

In der Praxis wird dieser theoretisch klaren Trennung indes kaum nachgelebt. Alleine schon das Ziel der Gewerkschaft, die Interessen der Arbeitnehmer insgesamt durchzusetzen, nehmen sie zum Anlass, diese auf der Ebene des konkreten Betriebes durchsetzen zu wollen.⁶ Die unmittelbare Einflussnahme der Gewerkschaft auf Betriebsebene bildet daher den realen Normalfall.⁷

In besonderem Masse akzentuiert sich die Problematik im Kontext einer Massenentlassung. Denn wie kaum in einem anderen Kontext stehen sich hier die ihrerseits verfassungsrecht-

¹ International ist ihre Bedeutung u.a. in der Rechtsprechung des EGMR (vgl. Art. 11 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 [SR 0.101] [«EMRK»]) anerkannt und in verschiedenen, teilweise von der Schweiz ratifizierten ILO-Abkommen verankert (Vgl. die verschiedenen unter SR 0.820 und 0.822 aufgeführten Abkommen. Zu nennen sind insbesondere die ILO-Übereinkommen Nr. 87 [SR 0.822.719.7] und Nr. 151 [SR 0.822.725.1]). Landesrechtlich hat die Koalitionsfreiheit in Art. 28 BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) («BV») Niederschlag gefunden. Vgl. zur kontroversen Entstehungsgeschichte von Art. 28 BV SCHIESS RÜTTIMANN, in Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Bundesverfassung (BV), Basel 2015 (zit.: BEARBEITER/IN, BSK BV), Art. 28 BV N 1 ff.

² LICCI, Die Massenentlassung im schweizerischen Recht: Schwellenwerte, Konsultation und Sozialplan unter Berücksichtigung des Arbeitsrechts der Europäischen Union und des Arbeitsvölkerrechts, Diss. Zürich 2017, Bern 2018, 115 f.; PORTMANN, Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft, in Sethe/Heinemann/Hilty/Nobel/Zäch (Hrsg.), Kommunikation – Festschrift für Rolf H. Weber, Zürich 2011 (zit. PORTMANN, FS Weber), 175. Das ist rechtsvergleichend betrachtet keineswegs eine Notwendigkeit; andere Länder folgen einem monistischen System, ausf. PORTMANN, FS Weber (FN 2), 175 f.

³ LICCI (FN 2), Rz 183; zum Begriff der Gewerkschaften statt aller GEISER/MÜLLER R./PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, Rz 746.

⁴ Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 822.14).

⁵ PORTMANN/STÖCKLI, Kollektives Arbeitsrecht, Mit einem Anhang zum Öffentlichen Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz 354, 356.

⁶ LICCI (FN 2), Rz 183; vgl. MOOR, Die Sicht der Arbeitnehmenden und die Rolle der Gewerkschaften, in Sprecher (Hrsg.), EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 112, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011, 105.

⁷ LICCI (FN 2), Rz 183; vgl. auch das Beispiel bei MÜLLER M. L., Sozialplanpflicht (Art. 335h–335k OR), ARV 2014 (zit. ARV 2014), FN 47. Anders offenbar die Einschätzung aus gewerkschaftlicher Perspektive: MOOR (FN 6), 106 f. moniert einen fehlenden Einfluss der Gewerkschaften auf innerbetrieblicher Ebene.

lich geschützten (Art. 27 BV) unternehmerischen Bedürfnisse und Arbeitgeberrechte (vgl. Art. 28 BV) den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer gegenüber.⁸

Der diffizile Interessenausgleich, dessen es im Kontext einer Massentlassung bedarf, hat den Jubilar in seiner langjährigen Praxis als einer der führenden Arbeitsrechtler des Landes mehrfach beschäftigt. Kennzeichnend war und ist sein Bewusstsein, dass es nicht um den vielfach bemühten «Kampf von David gegen Goliath»⁹ geht, sondern um einen fairen Ausgleich zwischen den Sozialpartnern. Dieser Beitrag versteht sich daher als Beitrag zur der vom Jubilar mitgeprägten Diskussion um die Rolle der Gewerkschaft in der Massentlassung. Er sei ADRIAN VON KAENEL in Freundschaft gewidmet.

II. Gesetzliche Regelung der Massentlassung im Überblick

Eine Massentlassung liegt gemäss Art. 335d OR vor, wenn die Arbeitgeberin innert 30 Tagen in einem Betrieb Kündigungen aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und die in quantitativer Hinsicht die gesetzlich definierten Schwellenwerte¹⁰ erreichen.¹¹

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass eine Massentlassung gravierendere Folgen hat als die Kündigung eines einzelnen Arbeitsverhältnisses.¹² Die gesetzliche Regelung soll die

⁸ Illustrativ das Fallbeispiel bei PORTMANN/DOBREVA, Aspekte des Arbeitgeberschutzes im Licht der Privatautonomie, in Emmenegger/Hrubesch-Millauer/Krauskopf/Wolf (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, 758 ff.

⁹ Vgl. aber <<https://www.luzernerzeitung.ch/schweiz/loehne-wieder-ein-kampf-david-gegen-goliath-ld.844162>> (Stand 23. Dezember 2021).

¹⁰ Vgl. Art. 335d Ziff. 1–3 OR: mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen; mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen; mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen. Ausf. zum Anwendungsbereich statt aller STAEHELIN, in Schmid (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Der Arbeitsvertrag: Art. 330b–355 OR, Art. 361–362 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER/IN, ZK OR), Art. 335d OR N 2 ff. Die Formulierung «in der Regel» impliziert, dass kurzfristige Schwankungen nicht zu berücksichtigen sind (FACINCANI/SUTTER, Der Ablauf der Massentlassung, TREX 2018, 202). Mittels GAV können die Regeln betr. Massentlassung bereits ab tieferen Schwellenwerten für anwendbar erklärt werden (FACINCANI/SUTTER (FN 10), TREX 2018, 202).

¹¹ WILDHABER, in Portmann/von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018 (zit. BEARBEITER/IN, FHB ArbR), Rz 20.128. Ob die Bestimmungen auch bei einer Massenänderungskündigung zur Anwendung gelangen, ist nach wie vor unklar, hierzu bereits VISCHER F., Fragen aus dem Kollektiv-arbeitsrecht, AJP 1995 (zit. AJP 1995), 554 f.

¹² REHBINDER/STÖCKLI, in Hausheer/Walter (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 331–355 und Art. 361–362 OR, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. BEARBEITER/IN, BK OR), Art. 335d OR N 2; EMMEL, in Huguenin/Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319–529 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, CHK OR), Art. 335d–335e OR N 1; MILANI, in Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. BEARBEITER/IN, OFK OR), Art. 335d OR N 1.

Folgen der Kündigung mildern, namentlich durch Wiedereingliederungsmassnahmen,¹³ und weitere Kündigungen vermeiden oder sogar die geplanten Kündigungen verhindern.¹⁴

Gleichzeitig soll das kantonale Arbeitsamt darauf vorbereitet werden, rechtzeitig Lösungen für die betroffenen Arbeitnehmer zu suchen. Im schlimmsten Fall wird das Arbeitsamt ja dann plötzlich eine grosse Anzahl Arbeitsloser zu betreuen haben. Zudem dienen die Bestimmungen auch der Wahrung des sozialen Friedens und der Volkswirtschaft, also öffentlichen Interessen.¹⁵

Die gesetzliche Regelung beruht hauptsächlich auf zwei Rechtsinstituten. Im Zuge der «Eurolex»- bzw. «Swisslex»-Vorlage wurde per 1. Mai 1994 eine Konsultationspflicht¹⁶ in das Schweizer Recht eingeführt.¹⁷ Beabsichtigt die Arbeitgeberin, eine Massenentlassung vorzunehmen, so hat sie die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren (Art. 335f Abs. 1 OR).¹⁸ Eines – aber nur eines! – der Ziele dieser Konsultationspflicht besteht darin, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Folgen einer Massenentlassung gemildert werden können. Aber das heisst nicht, dass im Rahmen einer Massenentlassung ein Sozialplan ausgehandelt werden muss.¹⁹ Eine solche Pflicht wurde für grosse Arbeitgeber ja dann aber per 1. Januar 2014 im Rahmen eines politischen Kuhhandels in letzter Sekunde eingeführt (Art. 335h ff. OR).²⁰

Es ist wohl der eher durch politische Konzessionen und Zufälle denn durch systematische gesetzgeberische Planung geprägten Entstehungsgeschichte geschuldet, dass es an einer Koordination von Konsultationspflicht und Sozialplanpflicht fehlt, obwohl sie identischen Hauptzielen – Milderung der Folgen der Kündigungen und Vermeidung weiterer Kündigungen – dienen.²¹

So knüpft sich bereits die Pflicht zur Aushandlung eines Sozialplans an andere Schwellenwerte als jene zur Durchführung eines Konsultationsverfahrens.²² Dies zeigt sich exemplarisch an der Stellung der Gewerkschaft: Bei der Aushandlung eines Sozialplans kommt der Gewerkschaft eine gesetzlich definierte Rolle als primärer Verhandlungspartner zu, aber

¹³ Vgl. MÜLLER M. L., ARV 2014 (FN 7), 233.

¹⁴ MÜLLER M. L., ARV 2014 (FN 7), 233; VON KAENEL ADRIAN, Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in Sprecher (Hrsg.), EIZ – Europa Institut Zürich Band/Nr. 112, Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich 2011 (zit. EIZ 112), 35.

¹⁵ MÜLLER M. L., Sozialpläne bei Umstrukturierungen, AJP 2009 (zit. AJP 2009), 940 f.; STAEHELIN, ZK OR (FN 10), Art. 335d OR N 1; VON KAENEL, EIZ 112 (FN 14), 35.

¹⁶ LICCI (FN 2), Rz 136, unterscheidet zwischen einer Konsultation i.w.S. und einer Konsultation i.e.S. Diese Unterscheidung vermag sich nicht auf die gesetzliche Terminologie zu stützen und schafft m.E. keinen Mehrwert. Sie ist daher abzulehnen.

¹⁷ Zur Entstehungsgeschichte REHBINDER/STÖCKLI, BK OR (FN 12), Art. 335d OR N 1.

¹⁸ FACINCANI/SUTTER (FN 10), 202.

¹⁹ Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft) vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V 1, 411; ORDOLLI/WITZIG, in Thévenoz/Werro (Hrsg.), Commentaire Romand Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 3. Aufl., Basel 2021 (zit. BEARBEITER/IN, CR CO), Art. 335h CO N 1. Nicht gefolgt werden kann daher jenen Autoren, welche aus der Pflicht, die Arbeitnehmer mit ihren Vorschlägen anzuhören, eine eigentliche Pflicht zum Führen von Verhandlungen ableiten wollen (so z.B. GEISER/MÜLLER R./PÄRLI (FN 3), Rz 597).

²⁰ ORDOLLI/WITZIG, CR CO (FN 19), Art. 335h CO N 1.

²¹ Siehe zu den *rationes legis* der Sozialplanpflicht ausf. MÜLLER M. L., ARV 2014 (FN 7), 233 f.

²² LICCI (FN 2), Rz 228.

nur, wenn die Arbeitgeberin Partei eines GAV ist (Art. 335i Abs. 3 lit. a OR).²³ Bei der Konsultation hat der Gesetzgeber der Gewerkschaft keine Rolle zugestanden.²⁴ In beiden Fällen sind aber nach wie vor viele Fragen umstritten. Einigen dieser offenen Punkte soll nachfolgend nachgegangen werden. Den Ausgangspunkt stellt die Sozialplanpflicht dar. Im Anschluss wird zu prüfen sein, ob und inwiefern die Regelung der Konsultation hiervon divergiert.

III. Das Mandat der Gewerkschaft bei der Verhandlung eines Sozialplans

A. Vorrangstellung als Verhandlungspartner

Mit wem die Arbeitgeberin über die Aufstellung eines Sozialplans zu verhandeln hat, wird in Art. 335i Abs. 3 OR mit einer Kaskadenordnung definiert: Ist die Arbeitgeberin Partei eines Gesamtarbeitsvertrags, hat sie mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmervereinigungen zu verhandeln (lit. a). Ist dies nicht der Fall, so ist eine allfällige Arbeitnehmervertretung²⁵ ihre Verhandlungspartnerin (lit. b; vgl. Art. 10 lit. c MitwG). Besteht keine solche, so ist direkt mit den Arbeitnehmern zu verhandeln (lit. c; vgl. Art. 4 MitwG).²⁶

Partei eines GAV – und damit zur Verhandlung mit der Gewerkschaft verpflichtet – ist die Arbeitgeberin jedenfalls bei einem sog. Firmen-GAV.²⁷ Weniger klar ist die Rechtslage bei einem sog. Verbands-GAV, wenn die Arbeitgeberin nicht nach Art. 356 OR Partei des GAV geworden ist, sondern sich die Bindung an den GAV daraus ergibt, dass sie dem unterzeichnenden Arbeitgeberverband angehört, dass der Geltungsbereich gestützt auf Art. 4 AVEG²⁸ ausgedehnt wurde oder dass der Anschluss gestützt auf Art. 356b OR erfolgte. Richtigerweise sollte Art. 335i Abs. 3 lit. a OR nur dann zur Anwendung gelangen, wenn die Arbeitgeberin eine gewillkürte sozialpartnerschaftliche Beziehung mit der betreffenden Gewerkschaft unterhält, d.h. grosse allgemeinverbindliche Branchenverträge vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind.²⁹

²³ Hierzu III *hinten*.

²⁴ Hierzu IV *hinten*.

²⁵ In Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern können diese aus ihrer Mitte eine oder mehrere Vertretungen bestellen (Art. 3 MitwG; hierzu GEISER/MÜLLER R./PÄRLI (FN 3), Rz 885).

²⁶ Nach h.M. ist Art. 335i Abs. 3 OR als Kaskade zu lesen; es handelt sich nicht um eine freie Auswahl für den Arbeitgeber, siehe Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, 6499; PORTMANN/RÜDOLPH, in Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. BEARBEITER/IN, BSK OR), Art. 335i OR N 9; WIDMER, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR, oder vom Kuhhandel mit der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, Jusletter 2014, Rz 34. Zweifelnd hingegen WILDHABER, Die neue Sozialplanpflicht – für die Praxis ein Buch mit sieben Siegeln, AJP 2015 (zit. AJP 2015), 434.

²⁷ WILDHABER, AJP 2015 (FN 26), 434.

²⁸ Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen vom 28. September 1956 (SR 221.215.311).

²⁹ Gl.M. GEISER, ZBJV 2017, 822; WILDHABER, AJP 2015 (FN 26), 434.

Ohne eine Grundlage im GAV im dargestellten Sinne hat die Gewerkschaft nach zutreffender Auffassung keinen unmittelbaren Anspruch auf Teilnahme an den Verhandlungen als Verhandlungspartnerin.³⁰ In Betracht kommen höchstens andere Beteiligungsformen; dem ist im Folgenden nachzugehen.

B. Weitere mögliche Beteiligungsformen

1. Gewerkschaft als «Sachverständige»?

Gemäss Art. 335i Abs. 4 Satz 1 OR können die Arbeitnehmerverbände, die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer zu den Verhandlungen Sachverständige heranziehen. Richtigerweise muss auch der Arbeitgeberin dieses Recht zustehen.³¹ Als Sachverständige kommen insbesondere Anwälte, Wirtschaftsexperten oder Buchprüfer in Betracht.³² Auf Seiten der Arbeitnehmer ist auch klar zulässig, dass Gewerkschaftsfunktionäre als Sachverständige involviert werden.³³

Die an der Verhandlung Beteiligten – insbesondere Sachverständige – sind gemäss Art. 335i Abs. 4 Satz 2 OR zur Verschwiegenheit verpflichtet. Richtigerweise hat die Arbeitgeberin aber weiterhin das Recht, von ihren Arbeitnehmern zu verlangen, dass sie auch gegenüber den Sachverständigen sensitive Informationen geheim halten (Art. 14 Abs. 2 lit. a MitwG).³⁴

2. Gewerkschaft als Vertreterin der Arbeitnehmenden?

Nach h.M. ist nicht nur mit den von der Massenentlassung betroffenen Arbeitnehmern, sondern mit der gesamten Belegschaft zu verhandeln, falls die Gewerkschaft sich nicht auf einen GAV stützen kann und keine Arbeitnehmervertretung besteht (vgl. Art. 335i Abs. 3 lit. c OR).³⁵ Vereinzelt wird moniert, dies sei nicht praxistauglich; die Arbeitnehmer könnten z.B. untereinander uneinig sein und unterschiedliche Positionen vertreten.³⁶ Deswegen müsse es möglich sein, dass die Arbeitnehmer sich durch einen Anwalt oder eben die Gewerkschaft vertreten lassen.³⁷ Dieser Auffassung kann in dieser Form nicht gefolgt werden.

³⁰ A.M. CIRIGLIANO, Ausgewählte Fragen des neuen Sanierungsrechts, Inhalte von Sozialplänen, staatliche Schlichtungsstellen als Schiedsgerichte, GAV und Sozialplan, Jusletter 2014, Rz 20. Die vom Autor behauptete Herleitung aus Gesetzessystematik und Treu und Glauben überzeugt nicht; das Fehlen einer Rechtsgrundlage lässt sich dadurch beheben, dass allfällige Rechte und Pflichten (die gerade fehlen) nach Treu und Glauben auszuüben wären.

³¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335i OR N 10; MÜLLER M. L. ARV 2014 (FN 7), 239; a.M. SCHWAIBOLD, in Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Art. 1–1186 OR, Basel 2014 (zit. BEARBEITER/IN, KUKO OR), Art. 335h–335k OR N 5.

³² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335i OR N 10.

³³ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335i OR N 10.

³⁴ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, 6500; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335i OR N 11; a.M. SCHWAAB, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h–k CO), ARV 2013 (zit. ARV 2013), 287.

³⁵ Vgl. LICCI (FN 2), Rz 240 m.w.N.

³⁶ WILDHABER, AJP 2015 (FN 26), 434.

³⁷ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, 6499 f.; WILDHABER, AJP 2015 (FN 26), 434; wohl auch CIRIGLIANO (FN 30), Rz 22 (allerdings ohne klare Abgrenzung zur Beteiligung als Sachverständige).

Zunächst haben sich in der Praxis geeignete Formen zur Konsultation aller Arbeitnehmenden etabliert. Die Konsultation kann z.B. im Rahmen einer Betriebsversammlung (sog. Townhall) erfolgen.³⁸ Zudem ist den Arbeitnehmern unbenommen, eine *ad hoc*-Arbeitnehmervertretung zu bestellen (Art. 10 lit. c MitwG).³⁹ Die Bestellung *ad hoc* hat sogar den Vorteil, dass sie mit Blick auf die konkreten Umstände erfolgen kann, was für Arbeitnehmer und Arbeitgeber von Interesse sein mag.⁴⁰

Ein nach der gesetzlichen Konzeption nicht vorgesehener Beizug der Gewerkschaft als Vertreterin der Arbeitnehmerschaft könnte nur auf der Grundlage des allgemeinen Schuldrechts (Art. 32 ff. OR) erfolgen. Sie würde voraussetzen, dass *alle* Arbeitnehmer einer solchen Vertretung zustimmen. Auch eine Gewerkschaft kann die einzelnen Arbeitnehmer aber nicht in weitergehendem Masse verpflichten, als dies ein beliebiger anderer Vertreter könnte;⁴¹ und sie hat insbesondere keinerlei weitergehenden Rechte oder Privilegien als die Arbeitnehmer, die sie vertritt.⁴² Schliesslich kann die Vollmacht von jedem Arbeitnehmer jederzeit widerrufen werden, soweit es um seine eigene Vertretung geht (Art. 33 Abs. 1, 2 OR).⁴³ Dies ist wesentlich weniger praktikabel als eine Konsultation der Belegschaft oder einer gewählten Arbeitnehmervertretung.

Zulässig bleibt grundsätzlich, dass Gewerkschaftsangehörige, welche Teil der Belegschaft bilden, sich als Arbeitnehmervertreter wählen lassen (vgl. Art. 3 MitwG).⁴⁴ Allerdings haben diese Arbeitnehmervertreter stets zu bedenken, dass ihre Pflicht einzig in der Wahrnehmung der Interessen der übrigen Arbeitnehmer besteht – und nicht etwa jener der Gewerkschaft, der sie (auch) angehören.⁴⁵ Dass die Pflicht zur Verschwiegenheit daher auch und gerade gegenüber der Gewerkschaft gilt (Art. 335i Abs. 4 Satz 2 OR), ist daher – eigentlich – selbstverständlich.⁴⁶ Praktisch ist m.E. aber wiederum nicht zu verhindern, dass Gewerkschaftsangehörige das in den Verhandlungen erworbene Wissen bewusst oder unbewusst in ihrer gewerkschaftlichen Tätigkeit nutzen.

Fest steht jedenfalls, dass die Gewerkschaft keinen Anspruch hat, in der Arbeitnehmervertretung überhaupt (und schon gar nicht mit einer Mindestzahl von Mitgliedern) vertreten zu sein.⁴⁷ Ebenso unzulässig wäre es, betriebsfremde Gewerkschaftsangehörige in die Arbeitnehmervertretung zu bestellen.⁴⁸

³⁸ WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, Habil. Zürich 2011, Zürich 2011 (zit. Habil.), 401.

³⁹ Vgl. zur *ad hoc*-Arbeitnehmervertretung und deren Bestellung LICCI (FN 2), Rz 152.

⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, in Streiff/von Kaenel/Rudolph (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. BEARBEITER/IN, PK ArbR), Art. 335f OR N 6.

⁴¹ SCHWAAB, Le licenciement collectif, Zürich 2018 (zit. Le licenciement collectif), 60.

⁴² SCHWAAB, Le licenciement collectif (FN 41), 60.

⁴³ SCHWAAB, Le licenciement collectif (FN 41), 60.

⁴⁴ LICCI (FN 2), Rz 184.

⁴⁵ MÜLLER R., Die Arbeitnehmervertretung, Diss. Bern 1999 (zit. Diss.), 127 f.

⁴⁶ Zur Verschwiegenheitspflicht statt aller MILANI, OFK OR (FN 12), Art. 335i OR N 8.

⁴⁷ LICCI (FN 2), Rz 184 m.w.N. zu a.A. in Deutschland.

⁴⁸ LICCI (FN 2), Rz 186 m.w.N. und unter Verweis auf die Materialien.

3. *Kosten*

Der Beizug von Sachverständigen kann mit Kosten einhergehen.⁴⁹ Vereinzelt nimmt die Lehre an, die Arbeitgeberin habe für die Kosten aufzukommen, da sie die Massenentlassung verursache.⁵⁰ Manche Stimmen erachten nach Treu und Glauben eine hälftige Aufteilung als adäquat.⁵¹

Beides ist m.E. mit dem Gesetz unvereinbar und daher dezidiert abzulehnen.⁵² Wenn das Gesetz eine solche Pflicht nicht vorsieht, dann gebietet sich nicht eine extensive Auslegung, um die Pflicht doch noch einzuführen, sondern ein simpler *e contrario*-Schluss.⁵³ Dieser ist auch sachgerecht – auch einer Arbeitgeberin entstehen für Beratung und Vertretung möglicherweise Kosten, und es erschiene inadäquat, dass die Wahrung von Arbeitnehmerrechten kumulativ zu ihren Lasten gehen soll. Es ist denn auch nicht so, dass eine Massenentlassung auf ein Verschulden oder einen bösen Willen des Arbeitgebers zurückginge; es handelt sich in der Regel um einen mit grosser Zurückhaltung getroffenen und von unternehmerischen Notwendigkeiten getragenen Entscheid.⁵⁴ Rein praktisch besehen schiene auch wenig zielführend, wenn ein in finanzielle Schieflage geratener Betrieb mit zusätzlichen Kosten belastet wird (die – so in der Praxis – primär entstehen, um einzig eine höhere Abgangsentschädigungen für die Arbeitnehmer zu bewirken), welche die Erhaltung der verbleibenden Arbeitsplätze zusätzlich gefährden.⁵⁵

IV. Das Mandat der Gewerkschaft bei der Konsultation

A. Übersicht

Die Konsultationspflicht besteht aus zwei Elementen: Im Rahmen der Konsultation muss die Arbeitgeberin die Möglichkeit gewähren, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR).⁵⁶ In der Praxis zeigt sich oft, dass sich die Arbeitnehmerseite im Massenentlassungsverfahren und gegebenenfalls bei der Aushandlung eines Sozialplanes nur auf die finanziellen Leistungen der Arbeitgeberin (z.B. Abgangsentschädigung, Frühpensionierungen) konzentriert – tragfähige Vorschläge zur (teilweisen) Vermeidung der

⁴⁹ LICCI (FN 2), Rz 242; MÜLLER R., Diss. (FN 45), 203.

⁵⁰ PORTMANN/WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, § 24 Rz 63; VISCHER F./MÜLLER R., Der Arbeitsvertrag, SPR VII/4, 4. Aufl., Basel 2014, 317.

⁵¹ LICCI (FN 2), Rz 243 f.

⁵² GL.M. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335i OR N 11.

⁵³ Vgl. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335i OR N 11.

⁵⁴ Auch die Arbeitgeberin hat berechnete, verfassungsrechtliche geschützte Interessen (Art. 26 f. BV) – und diese gilt es zu respektieren. Zutreffend daher PORTMANN/DOBREVA (FN 8), 751 f.

⁵⁵ Auch sonst bestehen am Bild des finanzstarken Arbeitgebers und der finanzschwachen Gewerkschaft erhebliche Zweifel; alleine die Gewerkschaft Unia verfügt, wie ein steuerrechtlicher Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 2021 offenbarte, über ein Bruttovermögen von knapp CHF 570 Mio. und ein steuerbares Reinvermögen von mehr als CHF 327 Mio. (BGer, 2C_401/2020 vom 28. Juli 2021, E. 4.7; hierzu auch <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/der-konzern-der-gewerkschaft-unia-duerfte-ein-nettovermoegen-von-ueber-einer-halben-milliarde-franken-angehaeuft-haben-ld.1649456>> [Stand 23. Dezember 2021]).

⁵⁶ BGE 137 III 162 E. 1.1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, PK ArbR (FN 40), Art. 335f OR N 3.

Kündigungen werden sehr selten gemacht. Wie auch immer, die Arbeitgeberin muss, der Konsultation vorgelagert, alle Auskünfte erteilen, die dazu dienen, die Kündigungen zu vermeiden oder deren Zahl zu beschränken sowie ihre Folgen zu mildern (Art. 335f Abs. 3 OR).⁵⁷

Nach der Rechtsprechung ist die Arbeitgeberin aus Treu und Glauben (Art. 11 MitwG) verpflichtet, die Vorschläge der Arbeitnehmer zumindest ernsthaft zu prüfen.⁵⁸ Der definitive Entscheid über die Entlassungen darf erst nach Durchführung des Konsultationsverfahrens gefällt werden; allfällige diesbezügliche Beschlüsse eines Leitungsorgans können vor Abschluss der Konsultation nur unter dem Vorbehalt der Ergebnisse der Konsultation gefällt werden.⁵⁹

Die nicht ordnungsgemässe Konsultation der Arbeitnehmenden macht die Kündigung missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 2 lit. c OR i.V.m. Art. 336a Abs. 2 OR.⁶⁰

B. Anspruch auf Information

Die Arbeitgeberin leitet das vorgeschriebene Konsultationsverfahren ein, indem sie der Arbeitnehmerschaft die gesetzlich vorgesehenen Informationen mitteilt. Dazu zählen die Gründe der Massenentlassung, die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, die Zahl der i.d.R. beschäftigten Arbeitnehmer und der Zeitraum, in welchem die Kündigungen geplant sind.⁶¹ Gemäss Art. 335f Abs. 3 OR hat dies in Schriftform zu geschehen.⁶²

Ferner hat die Arbeitgeberin zweckdienliche Auskünfte zu erteilen. Die Pflicht erstreckt sich nur auf Angaben, welche der Arbeitnehmerschaft ermöglichen, Vorschläge zur Vermeidung von Kündigungen oder zur Milderung von deren Folgen zu formulieren.⁶³ Dazu können z.B. Auskünfte über betriebsinterne Versetzungsmöglichkeiten, mögliche Kurzarbeit, die genauen Ursachen der Massenentlassung und nähere Angaben über die betroffenen Berufsgruppen zählen.⁶⁴ Nicht verlangt ist hingegen, dass die Arbeitgeberin alles offenlegt, was allenfalls auch von Nutzen sein könnte.⁶⁵ Daher kann m.E. nicht angenommen werden, dass bestimmte Angaben unbeschaden der konkreten Umstände im Wege des Auskunftsrechts erfragt werden können,⁶⁶ wie zum Beispiel die Business-Pläne eines von einer Restrukturierung betroffenen Geschäftsteils.

⁵⁷ Vgl. GIUDICI, Der Sozialplan in einer vergleichenden europäischen Perspektive, Diss. Zürich/Cassino 2019, Bern 2019, 160 f., wonach bei jeder Sozialplanpflicht auch eine Massenentlassung vorliege.

⁵⁸ BGE 137 III 162 E. 1.1.

⁵⁹ FACINCANI/SUTTER (FN 10), 204.

⁶⁰ BGE 137 III 162 E. 1.2; BGE 123 III 176 E. 4b; WILDHABER, Habil. (FN 38), 399.

⁶¹ BGE 137 III 162 E. 1.3.

⁶² BGE 137 III 162 E. 2.2.3.

⁶³ WILDHABER, Habil. (FN 38), 400.

⁶⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, PK ArbR (FN 40), Art. 335f OR N 5; WILDHABER, Habil. (FN 38), 400.

⁶⁵ BGE 137 III 162 E.2.1.1.

⁶⁶ A.M. WILDHABER, Habil. (FN 38), 400, welche mit Verweis auf die weitergehenden Informationspflichten gemäss Massenentlassungs-Richtlinie 98/59/EG verlangt, dass die Arbeitgeberin stets die Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Mitarbeiter, die Methode für die Berechnung allfälliger Abfindungen und die Kategorie der zu entlassenden sowie der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer anzugeben habe.

C. Durchführung der Konsultation

1. *Verhandlungspartner in der Massenentlassung*

Im Gegensatz zur Verankerung der Rolle als primäre Verhandlungspartnerin bei der Aushandlung eines Sozialplans findet die Gewerkschaft in den Bestimmungen zur Konsultation keine Erwähnung. In der Konsultation ist primär die Arbeitnehmervertretung Ansprechpartnerin des Arbeitgebers.⁶⁷ Besteht keine solche, ist die Gesamtheit der Arbeitnehmer zu konsultieren.⁶⁸

2. *Gewerkschaft als Vertreterin der Arbeitnehmenden?*

Wie auch im Rahmen der Sozialplanpflicht wird im Kontext der Konsultationspflicht teilweise angenommen, eine Konsultation aller Arbeitnehmer sei praktisch nicht möglich.⁶⁹ Deswegen müssten die Arbeitnehmer das Recht haben, eine Vertretung i.S.v. Art. 32 ff. OR zu bestimmen; die Arbeitgeberin habe dies zu akzeptieren.⁷⁰ Diese Auffassung trifft hier so wenig zu wie im Kontext der Aushandlung eines Sozialplans.⁷¹

Wollen die Arbeitnehmer sich vertreten lassen, haben sie es in der Hand, eine Arbeitnehmervertretung zu bestellen. Eine Bevollmächtigung der Gewerkschaft ist nicht vorgesehen, und sie ist auch nicht erforderlich.

In der Praxis wird zudem die Gesamtheit der Arbeitnehmer selbst dann in das Konsultationsverfahren eingebunden, wenn eine Arbeitnehmervertretung besteht. Dies dient den Interessen aller Beteiligten – so erhalten die Arbeitnehmer sämtliche Informationen direkt und können ihre Ideen besser einbringen. Dies zeigt, dass es eines Beizugs der Gewerkschaft im Wege einer Stellvertretung nicht bedarf.

Ohnehin könnte eine Gewerkschaft nur mit Wirkung für diejenigen Arbeitnehmer handeln, welche sie bevollmächtigt haben. Es gibt hier denn auch keine Repräsentationsschwelle, ab welcher die Gewerkschaft für sämtliche Arbeitnehmer sprechen könnte. Die Arbeitgeberin müsste also alle übrigen Arbeitnehmer weiterhin individuell konsultieren.⁷²

3. *Gewerkschaftsangehörige in der Arbeitnehmervertretung*

Art. 3 MitwG sieht vor, dass die Arbeitnehmervertretung aus der Mitte der Arbeitnehmer eines Betriebes zu wählen ist.⁷³ Die Gewerkschaftsangehörigkeit stellt daher kein Wahlhindernis dar.⁷⁴

⁶⁷ SCHWAAB, *Le licenciement collectif* (FN 41), 57.

⁶⁸ SCHWAAB, *Le licenciement collectif* (FN 41), 59.

⁶⁹ SCHWAAB, *Le licenciement collectif* (FN 41), 59 f.

⁷⁰ SCHWAAB, *Le licenciement collectif* (FN 41), 60.

⁷¹ Siehe III.B.2 *vor*ne.

⁷² SCHWAAB, *Le licenciement collectif* (FN 41), 60.

⁷³ LICCI (FN 2), Rz 184.

⁷⁴ LICCI (FN 2), Rz 184.

4. Gewerkschaft als Beraterin

Auch bei der Konsultationspflicht ist anerkannt, dass die Gewerkschaft als (sachkundige) Beraterin beigezogen werden darf.⁷⁵

Fraglich ist aber insbesondere, ob Vertraulichkeitsinteressen dem Beizug der Gewerkschaft Schranken setzen. In allgemeiner Weise stellt sich bei der Konsultationspflicht immer das Problem, dass eine Arbeitgeberin oft ein legitimes Interesse an möglichst langer Geheimhaltung der Massenentlassung hat.⁷⁶ Andernfalls riskiert sie, je nach Situation, z.B. einen (weiteren) Reputationsverlust gegenüber Investoren, einen Motivationsverlust bei der Belegschaft oder das vorzeitige Bekanntwerden einer bevorstehenden Transaktion.⁷⁷ Eine Verschwiegenheitspflicht besteht nach Art. 14 Abs. 1 MitwG zwar; aber in der Realität lässt sich ein Durchsickern von Informationen kaum je vermeiden.⁷⁸ Wird eine Gewerkschaft als Beraterin beigezogen, ist diese nach Art. 14 Abs. 3 MitwG zwar ebenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet.⁷⁹ Aber auch hier gilt: Rein praktisch ist der Arbeitgeberin wenig geholfen, wenn Informationen dennoch herausdringen, denn selbst eine allfällige zivilrechtliche Haftung oder strafrechtliche Sanktion (vgl. Art. 162 StGB⁸⁰) würden nichts an der Verletzung ihres Geheimhaltungsinteresses mehr ändern.⁸¹ Art. 14 Abs. 2 lit. a MitwG sieht vor, dass die Arbeitgeberin gegenüber der Arbeitnehmervertretung ausdrücklich eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber allen betriebsfremden Personen statuieren kann.⁸² Richtigerweise muss die Bestimmung so verstanden werden, dass eine allgemeine Verschwiegenheitspflicht i.S.v. Art. 14 Abs. 1 MitwG *immer* gilt, also unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin diese speziell einfordert. Auch die Pflicht zur Wahrung der Verschwiegenheit bei besonders sensitiven Informationen ist nach Gesetz nicht an besondere formelle Voraussetzungen geknüpft. Sie kann daher m.E. nur so verstanden werden, dass die Arbeitgeberin die Arbeitnehmervertretung speziell hinweisen sollte, wenn eine Information mit gar keinen betriebsfremden Personen diskutiert werden darf.

Rein praktisch ist die Frage aber erfahrungsgemäss von limitierter Bedeutung. Wenn eine Arbeitgeberin der Arbeitnehmervertretung Informationen gibt, dann tut sie dies im Bewusstsein und mit der Intention, dass diese Informationen als Grundlage für die Vorschläge der Belegschaft dienen werden und auch zu allfälligen Beratern dringen werden.

⁷⁵ Botschaft II über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht (Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft) vom 15. Juni 1992, 520 ff., 650; SCHWAAB, Le licenciement collectif (FN 41), 59; vgl. WILDHABER, Habil. (FN 38), 401 f. m.w.N.

⁷⁶ WILDHABER, Habil. (FN 38), 407 ff.; vgl. ILG, Kommentar über das Bundesgesetz über die Information der Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz), Zürich 1999, 92.

⁷⁷ WILDHABER, Habil. (FN 38), 407; ILG (FN 76), 93.

⁷⁸ WILDHABER, Habil. (FN 38), 407; LICCI (FN 2), Rz 180 ff.

⁷⁹ MEIER/EXNER, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, ARV 2004, 226; SCHWIZER MARINA, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers, Diss. St. Gallen 2020, Zürich/St. Gallen 2020, 139.

⁸⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

⁸¹ Zu den Sanktionen einer Verletzung der Geheimhaltungspflicht SCHWIZER (FN 79), 140; MEIER/EXNER (FN 79), 229.

⁸² Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, 6500.

5. *Kosten*

Schliesslich fragt sich bei der Konsultationspflicht, ob die Arbeitgeberin zur Beteiligung an den Kosten verpflichtet ist. Aus der Pflicht zur Bereitstellung von Räumlichkeiten und administrativen Hilfsmitteln (Art. 11 MitwG) und dem Recht der Arbeitnehmervertretung zur (teilweisen) Ausübung ihres Mandates während ihrer Arbeitszeit (Art. 13 MitwG) folgt bereits eine gewisse Kostentragungspflicht.⁸³ Für eine weitergehende derartige Pflicht besteht keine gesetzliche Grundlage.

V. **Massenentlassung im Konzern**

A. Grundsatz

Der Konzern besteht nach Schweizer Rechtauffassung aus einzelnen, rechtlich selbständigen Gesellschaften; es gilt der Grundsatz der Einzelbetrachtung.⁸⁴ Findet in einer oder mehreren Konzerngesellschaften eine Massenentlassung statt, hiesse dies eigentlich, dass jede Gesellschaft isoliert zu betrachten wäre. Dies wurde aber verschiedentlich bezweifelt.

B. Vorliegen einer Massenentlassung

Bereits für das Vorliegen einer Massenentlassung ist auf die Verhältnisse der einzelnen Konzerngesellschaften abzustellen.⁸⁵ Einzelne Stimmen in der Lehre wollen indes dann eine Gesamtbetrachtung vornehmen, wenn die Betriebe geographisch in die Zuständigkeit desselben Arbeitsamtes fallen und sich von ihrer Art her entsprechen.⁸⁶

Dafür besteht keine gesetzliche Grundlage. Es ist Ausfluss der Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit, dass ein Unternehmen sich eine frei gewählte rechtliche Struktur geben darf.⁸⁷ Aktienrechtlich sind einer Einflussnahme sowie Mitteltransfers zwischen einzelnen Konzerngesellschaften enge Grenzen gesetzt.⁸⁸ Solange an dieser Betrachtung festgehalten wird, verbietet sich ein Anlegen anderer Massstäbe in der Massenentlassung.⁸⁹

C. Ansprüche auf Information gegenüber anderen Konzerngesellschaften

Konsequenterweise hiesse der Grundsatz der Einzelbetrachtung, dass keinerlei Ansprüche auf Information oder Konsultation gegenüber anderen Konzerngesellschaften bestehen. Kommt es in mehreren Konzerngesellschaften zu Massenentlassungen, so wäre es namentlich Sachverständigen verwehrt, ihr Wissen aus der Massenentlassung in einer Konzern-

⁸³ LICCI (FN 2), Rz 203.

⁸⁴ PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Bern 2016, Rz 240 ff.

⁸⁵ BGE 137 III 27 E. 3.2.

⁸⁶ GEISER, Arbeitsrecht im Konzern, AJP 2020, 1520.

⁸⁷ WALDMANN, BSK BV (FN 1), Art. 26 BV N 13 f.; UHLMANN, BSK BV BSK BV (FN 1), Art. 27 BV N 7.

⁸⁸ Ausf. zu den Folgen des Trennungsprinzips sowie den – nicht immer überzeugenden – Durchbrechungen MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Bern 2018, § 24 Rz 48 ff.

⁸⁹ Ablehnend daher MÜLLER M. L., ARV 2014 (FN 7), 235; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR (FN 26), Art. 335d OR N 6.

gesellschaft in den Verhandlungen in einer anderen Konzerngesellschaft zu ihrem Vorteil zu nutzen. Anders sah dies der EuGH: Er entschied, dass alle Gruppengesellschaften Informationen, derer die Arbeitnehmervertretung bedarf, herausgeben müssen, wenn sie über diese verfügen oder sie beschaffen können.⁹⁰ Selbst bei einer in der Schweiz ansässigen Gruppengesellschaft könnten und müssten daher Informationen eingeholt werden.⁹¹ Der Anspruch der Arbeitnehmervertretung richtet sich aber nicht gegen die Schweizer Gruppengesellschaft, sondern jene Gesellschaften mit Sitz in der EU.⁹²

Dieser Betrachtung des EuGH kann nicht gefolgt werden. Rein praktisch ist ein Informationsaustausch aber wohl kaum zu vermeiden. Folgendes Beispiel mag dies illustrieren: In einem Konzern mit verschiedenen Tochtergesellschaften in unterschiedlichen Kantonen kommt es simultan oder in kurzer zeitlicher Abfolge in mehreren dieser Tochtergesellschaften zu Massenentlassungen. Dürfen Gewerkschaftsmitglieder nun das Wissen über Konzessionen und Vereinbarungen aus einer Verhandlung auch in einer anderen verwenden? M.E. ist dies abzulehnen. Die Pflicht eines bestimmten Arbeitgebers zur Verhandlung und Informationserteilung dient dem Finden von Lösungen für sein Unternehmen – und nicht dazu, unterschiedliche Arbeitgeber gegeneinander auszuspielen. Auch die Zugehörigkeit zum gleichen Konzern ändert nichts an der rechtlichen Selbständigkeit verschiedener Tochtergesellschaften. Um eine Weiterverwendung von Wissen auszuschliessen, müssten Teilnehmende an den Verhandlungen eigentlich von der Partizipation an anderen Verhandlungen ausgeschlossen werden.

In der Praxis ist es aber sehr wohl so, dass sich die verschiedenen Arbeitgeber absprechen, um ihren jeweiligen Arbeitnehmern die gleiche Informationsbasis zur Verfügung zu stellen; und es werden auch oft die gleichen Unterstützungs-Programme ausgerollt. Vor einem Automatismus sei jedoch gewarnt – jede Arbeitgeberin hat ihre jeweiligen Programme auf ihre eigene Arbeitnehmer-Population abzustimmen. So können z.B. Frühpensionierungen bei einer Arbeitgeberin mit wenigen Mitarbeitern kurz vor dem Pensionierungsalter angezeigt sein, bei einer anderen mit sehr vielen solchen Mitarbeitern aber nicht.

D. Anspruch auf vorgängige Konsultation

Problematisch kann sich auch die Pflicht zur Information und Konsultation vor dem definitiven Entscheid über die Massenentlassung erweisen. Wird z.B. von einer ausländischen Konzernmutter ein Entscheid zur Schliessung einer Tochtergesellschaft gefällt und von der Tochtergesellschaft nur vollzogen, dann liegt eine Verletzung der Konsultationspflicht vor; diese wird der Tochter zugerechnet.⁹³ Ein unmittelbarer Anspruch gegen die ausländische

⁹⁰ EuGH, C-62/99, Betriebsrat der bofrost* Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG gegen bofrost* Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG, 29. März 2001, Rz 39 ff.

⁹¹ Vgl. LICCI (FN 2), Rz 353.

⁹² EuGH, C-440/00, Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG gegen Kühne & Nagel AG & Co. KG, 13. Januar 2004, Rz 26 ff., 50 ff.

⁹³ OGer ZH, 2. April 2003, ZR 2004 14 ff., E. 9 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, PK ArbR (FN 40), Art. 335f OR N 2; WILDHABER, Habil. (FN 38), 402; LICCI (FN 2), Rz 197.

Muttergesellschaft besteht aber nicht.⁹⁴ Die Schweizer Rechtsprechung und Lehre entsprechen der Rechtsauffassung des EuGH.⁹⁵

VI. Fazit

Das Schweizer Recht ist, was die Rolle der Gewerkschaft in der Massenentlassung angeht, bisweilen inkohärent.⁹⁶ So unklar, wie sie manche Exponenten der gewerkschaftlichen Seite darstellen, ist es aber nicht; und ebenso wenig erheischt es eine Auslegung über seinen Wortlaut hinaus.

⁹⁴ WILDHABER, Habil. (FN 38), 402.

⁹⁵ EuGH, C-44/08, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK ry u. a. gegen Fujitsu Siemens Computers Oy, 10. September 2009(*), Rz 49, 68 ff.

⁹⁶ Siehe III.A und IV.C.1 vorne.