
Sonderdruck

Festschrift

**Zur Emeritierung von
Jean-Fritz Stöckli**

Herausgegeben von
Eva-Maria Bäni und Angela Obrist



Dike Verlag AG, Zürich / St. Gallen 2014
ISBN 978-3-03751-630-0

Sozialplanpflicht bei Massenentlassungen: Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?

ALFRED BLESİ/THOMAS PIETRUSZAK

Inhaltsübersicht

Fragestellung	47
I. Die neuen gesetzlichen Bestimmungen zum Sozialplan und deren Hintergrund	48
1. Zur neuen Sozialplanpflicht	48
2. Zum Inhalt eines Sozialplans	50
3. Zur Verhandlungspflicht und zum Schiedsgericht	51
4. Keine Koordination mit dem Massenentlassungsverfahren	53
II. Besteht eine Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?	54
1. Bestehende oder vorsorglich aufgestellte Sozialpläne	54
2. Zweck und Inhalt des vorsorglich aufgestellten Sozialplans	55
3. Auslegung von Art. 335i OR	55
4. Bedürfnis der Vertrags- und Sozialpartner	57
a) Vorhersehbarkeit von Restrukturisierungskosten	57
b) Vermeidung von Rechtsunsicherheit	58
c) Wirksame Vereinbarung	58
5. Ergebnis	60

Fragestellung

Die neuen Bestimmungen zum Sozialplan im Obligationenrecht verpflichten den Arbeitgeber, bei einer Massenentlassung mit der Arbeitnehmerseite Verhandlungen zu führen mit dem Ziel, einen Sozialplan aufzustellen, sofern die in Art. 335i Abs. 1 OR definierten Schwellenwerte erreicht sind. Können sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan einigen, so muss gemäss Art. 335j OR ein Schiedsgericht bestellt werden, das einen Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch aufstellt.

JEAN-FRITZ STÖCKLI hat sich als einer der ersten mit den neuen (bzw. damals geplanten) Bestimmungen auseinandergesetzt und auf Probleme und Schwä-

chen hingewiesen.¹ Er hat anschaulich dargelegt, dass die Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit ein Novum in der Schweizer Rechtslandschaft ist, eine unnötige Abkehr vom bisherigen, auf Sozialpartnerschaft und Privatautonomie beruhenden System bedeutet, grosse Rechtsunsicherheit mit sich bringt und die Gefahr negativer Folgen für die Beschäftigung birgt. Es ist sehr bedauerlich, dass seine mahnenden Worte im Bundeshaus nicht zur Kenntnis genommen wurden.

Gegenstand des vorliegenden Beitrags bildet die Frage, ob eine Verhandlungspflicht nach Art. 335i OR auch dann besteht, wenn bei einer beabsichtigten Massenentlassung im Sinne von Art. 335i Abs. 1 OR bereits ein Sozialplan vorliegt, der den Anforderungen von Art. 335h ff. OR genügt. Oder anders gesagt: Wird die Verbindlichkeit eines privatautonom und sozialpartnerschaftlich vereinbarten Sozialplans und damit der Grundsatz *pacta sunt servanda* durch die neuen Bestimmungen relativiert? Diese Frage wird nachfolgend untersucht und verneint.

I. Die neuen gesetzlichen Bestimmungen zum Sozialplan und deren Hintergrund

1. Zur neuen Sozialplanpflicht

Der Sozialplan bezweckt, bei Entlassungen aus wirtschaftlichen Gründen Härten für die betroffenen Arbeitnehmer zu vermeiden oder zu mildern.² Sozialpläne werden in der Schweiz seit langer Zeit angewandt. Der Sozialplan ist im Schweizer Arbeitsrecht somit nichts Neues.³ Mit der Einführung der Bestimmungen über die Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) per 1. Mai 1994 wurden die Arbeitgeber angehalten, Kündigungen zu vermeiden oder deren Anzahl zu beschränken sowie ihre Folgen zu mildern (Art. 335f Abs. 2 OR). In der Praxis erfolgt dies häufig in der Form eines Sozialplans. Die Einführung der damaligen Massenentlassungsbestimmungen beruhte auf der europäischen Richtlinie 75/129/EWG, die in der Schweiz im Rahmen der sog.

¹ JEAN-FRITZ STÖCKLI, Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, ArbR 2010, S. 99 ff.

² BGE 133 III 213, Erw. 4.3.

³ EVA-MARIA BÄNI, Sozialplanpflicht und Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, ArbR 2013, S. 90.

Eurolex-Vorlage rezipiert wurde. Im Gegensatz zum europäischen Vorbild verzichtete der schweizerische Gesetzgeber damals auf eine Sozialplan- und eine Verhandlungspflicht, sondern verlangte einzig, «*dass der Arbeitgeber versuchen muss, eine Einigung mit den Arbeitnehmern zu finden*».⁴

Mit den per 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Art. 335h ff. OR werden (grössere) Arbeitgeber bei Entlassungen einer bestimmten Mindestzahl von Arbeitnehmern neu verpflichtet, Sozialpläne aufzustellen. Der Bundesrat begründet die Einführung der Sozialplanpflicht in seiner Botschaft vom 8. September 2010 nur rudimentär: «*Die gegenwärtige Krise macht deutlich, dass es jederzeit wieder zu Massenentlassungen kommen kann. Mit der Einführung einer Sozialplanpflicht soll zudem der Wandlung der Wirtschaftswelt Rechnung getragen werden: Während dem Management regelmässig vertraglich fixierte Abgangsentschädigungen zustehen, gehen die übrigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitgeber im Fall eines Stellenverlusts in der Regel leer aus.*»⁵ Eine einlässlichere Begründung, weshalb mit der Einführung der Sozialplanpflicht eine «*als stossend empfundene Lücke des geltenden Rechts geschlossen werden*» muss⁶, wäre wünschenswert gewesen. Eine aussergewöhnliche Situation, welche die Einführung der mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit bewehrten Sozialplanpflicht rechtfertigt hätte, war jedenfalls nicht erkennbar.⁷ Das Argument der angeblichen Wandlung der Wirtschaftswelt weckt ebenfalls Zweifel und wurde inzwischen durch den Gesetzgeber selbst relativiert: Seit Inkraftsetzung der VegüV infolge Annahme der Abzockerinitiative ist die Ausrichtung von Abgangsentschädigungen an Mitglieder der obersten Geschäftsleitung von börsenkotierten schweizerischen Aktiengesellschaften verboten. Der Verdacht, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der Art. 335h ff. OR einen «*Kuhhandel mit den Gewerkschaften*» eingegangen ist, ist nicht von der Hand zu weisen.⁸

⁴ Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27. Mai 1992, BBl 1992 V, S. 410; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, N 1 zu Art. 335f OR.

⁵ Botschaft des Bundesrates zum neuen Sanierungsrecht, BBl 2010, S. 6455 ff., 6497 (zit.: Botschaft).

⁶ Botschaft (FN 5), S. 6497.

⁷ STÖCKLI (FN 1), S. 107.

⁸ BÄNI (FN 3), S. 82 f. zitiert dazu in FN 19 CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Gesetzliche Sozialplanpflicht im Nachgang zum Swissair-Debakel, NZZ vom 19. Dezember 2013, S. 34 f.

2. Zum Inhalt eines Sozialplans

Die Umschreibung des möglichen Inhalts eines Sozialplans wird vom Gesetzgeber kurz und allgemein gehalten.⁹ Sie knüpft wörtlich an das im geltenden Recht bereits bestehende Vorschlagsrecht der Mitarbeiter bei einer Massenentlassung (Art. 335f Abs. 2 OR) an. Entsprechend breit ist das Themenfeld, über das der Arbeitgeber mit den Arbeitnehmern bei der Ausarbeitung eines Sozialplans zu verhandeln hat.

Die Botschaft führt verschiedene Massnahmen als Beispiele an, die in einem Sozialplan vorgesehen werden können. Erwähnt werden namentlich «*Massnahmen, die in der Zeit zwischen der Ankündigung der beabsichtigten Kündigungen und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht werden können (z.B. Vereinbarungen kürzerer Kündigungsfristen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als für den Arbeitgeber)*», wie auch Massnahmen, die voraussetzen, dass die Arbeitsverhältnisse beendet wurden, «*z.B. Abfindungen, vorzeitige Pensionierung, Leistungen in Härtefällen, Gratifikationen und ähnliche Leistungen*».¹⁰ Es entspricht einem allgemeinen Verständnis und gängiger Praxis, dass Sozialpläne einen bunten Strauss von Massnahmen zur Vermeidung oder Milderung von Entlassungen vorsehen.¹¹

Die einzige Inhaltsschranke für den Sozialplan stellt Art. 335h Abs. 2 OR auf: Der Sozialplan «*darf den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden*». Der Gesetzgeber hat die Inhaltsschranke damit nur sehr generisch formuliert. Die dadurch provozierte Rechtsunsicherheit wird zu Recht kritisiert.¹² Nach Ansicht des Bundesrates soll «*ausgeschlossen*» werden, «*dass Betriebe, die aus unternehmerischen Gründen eine Umstrukturierung beabsichtigen, auf ihr Vorhaben verzichten müssen, weil das Gesetz eine Sozialplanpflicht vorsieht*».¹³ Der Bundesrat bringt damit zum

⁹ Botschaft (FN 5), S. 6498.

¹⁰ Botschaft (FN 5), S. 6498.

¹¹ ADRIAN VON KAENEL, Grundlagen der Massenentlassung und des Sozialplans, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 59 f.; MARTIN L. MÜLLER, Sozialpläne bei Umstrukturierungen, AJP 2009, S. 941 ff.; DENISE KREUTZ, Sozialpläne – Zweck, Inhalt und Auswirkungen in einem Nachlassstundungs- bzw. Konkursverfahren, Jusletter vom 21. Februar 2011.

¹² STÖCKLI (FN 1), S. 109; BÄNI (FN 3), S. 92; ähnlich: DANIEL HUNKELER, Neues Sanierungsrecht verabschiedet – voraussichtliches Inkrafttreten bereits am 1. Januar 2014, Jusletter vom 8. Juli 2013.

¹³ Botschaft (FN 5), S. 6498.

Ausdruck, dass die Weiterführung des Betriebs durch die Kosten des Sozialplans nicht beeinträchtigt werden darf. Der Zweck einer Umstrukturierung besteht ja gerade darin zu gewährleisten, dass die restrukturierten Betriebseinheiten gesund und wettbewerbsfähig weitergeführt werden können. Die Auffassung, ein Sozialplan dürfe nicht so viel kosten, dass der (restrukturierte) Betrieb einem *«sehr hohen Konkursrisiko»* (offenbar aber einem leichten bis hohen Konkursrisiko?) ausgesetzt werde¹⁴, ist daher klar abzulehnen. Ebenso sachfremd wäre es, sich für die Bestimmung der Kosten eines Sozialplans an den vorsorgerechtlichen Regeln einer Teilliquidation zu orientieren.¹⁵

Es bleibt zu hoffen, dass diese Inhaltsschranke mit dem nötigen Augenmass, d.h. unter Rückbesinnung auf das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkeitsprinzip¹⁶, angewandt wird. Andere inhaltliche Vorgaben ergeben sich weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien.

3. Zur Verhandlungspflicht und zum Schiedsgericht

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 335i Abs. 1 OR erfüllt, ist der Arbeitgeber verpflichtet, mit den Arbeitnehmerverbänden (im Falle eines Firmenvertrags), der Arbeitnehmervertretung oder (wenn es keine solche gibt) direkt mit den Arbeitnehmern Verhandlungen zwecks Aufstellung eines Sozialplans zu führen.

Zum Ablauf der Verhandlungen geben weder das Gesetz noch die Materialien nähere Hinweise. Das konkrete Vorgehen ist deshalb den Verhandlungspartnern überlassen. Ebenso ist offen, wie lange über die Aufstellung eines Sozialplans verhandelt werden muss. Jedenfalls sollen die Verhandlungen nach Treu und Glauben und mit der gebotenen Ernsthaftigkeit geführt werden.¹⁷

¹⁴ JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Les nouvelles règles sur les plans sociaux obligatoires (art. 335h–k CO), ARV 2013, S. 283.

¹⁵ So aber SCHWAAB (FN 14), S. 291.

¹⁶ Ausführlich dazu JEAN-FRITZ STÖCKLI, Spitzenlöhne und das kollektivarbeitsrechtliche Zumutbarkeitsprinzip, ArbR 2006, S. 169 ff.; JEAN-FRITZ STÖCKLI/SUSANNA BAUMGARTNER, Sicherheit und Unsicherheit im Kollektivarbeitsrecht, in: Gabriela Riemer-Kafka/Alexandra Rumo-Jungo (Hrsg.), Soziale Sicherheit Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Bern 2010, S. 907 ff.

¹⁷ Botschaft (FN 5), S. 6497; SCHWAAB (FN 14), S. 286.

Am Ende gilt grundsätzlich eine Abschlusspflicht.¹⁸ Diese wird durch Art. 335j OR abgesichert, indem der Sozialplan für den Fall einer ausbleibenden Einigung von einem Schiedsgericht durch einen verbindlichen Schiedsspruch aufzustellen ist. Die gesetzliche Terminologie ist dabei ungenau und irreführend. Ein Schiedsgericht ist ein privater Spruchkörper, der in einem kontradiktorischen Verfahren entscheidet, was im Verhältnis zwischen einem Kläger und einem Beklagten rechtens ist, und der dabei, wie das staatliche Gericht, auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse im Sinne einer *res iudicata* abzielt.¹⁹ Auf das «Schiedsgericht» im Sinne von Art. 335j OR trifft dies nicht zu. Bei der Aufstellung eines Sozialplans wird nicht über ein bestehendes zivilrechtliches Rechtsverhältnis abschliessend geurteilt, sondern es werden einzelne Elemente mit Wirkung für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen festgelegt. Der Sozialplan als solcher ist denn auch nicht vollstreckbar, sondern bietet lediglich Anspruchsgrundlagen für Forderungen, über die dann ein Gericht zu entscheiden hat, falls sie strittig sein sollten. Richtigerweise muss man den «Schiedsspruch» im Sinne von Art. 335j OR als Schiedsgutachten und das «Schiedsgericht» als Schiedsgutachter qualifizieren. Schiedsgutachter ist, wer als unabhängiger Dritter für die Parteien eines Rechtsverhältnisses verbindlich bestimmte tatsächliche Feststellungen zu treffen oder bestimmte Rechtsfragen zu beantworten hat.²⁰ Dies trifft namentlich auf den Dritten zu, der beauftragt ist, für die Parteien einen Vertrag zu ergänzen oder abzuändern.²¹

Dass man es in Art. 335j OR in der Sache mit einem Schiedsgutachter und einem Schiedsgutachten zu tun hat und nicht mit einem Schiedsgericht und einem Schiedsspruch, ist in verschiedener Hinsicht relevant. So sind nicht die Art. 353 ff. ZPO anwendbar²², sondern vielmehr Art. 189 ZPO. Auch kann der autoritativ aufgestellte Sozialplan nicht mit Rechtsmitteln angefochten

¹⁸ Botschaft (FN 5), S. 6499.

¹⁹ BSK-GIRSBERGER/HABEGGER/MRÁZ/WEBER-STECHER, N 9 der Vorbemerkungen zu Art. 353–399 ZPO; BGE 136 III 178, Erw. 5.2.

²⁰ BGE 129 III 535, Erw. 2.

²¹ BGE 117 Ia 365, Erw. 6: «*quando un terzo è incaricato di completare o modificare un contratto*»; WERNER WENGER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 4 der Vorbemerkungen zu Art. 353 ZPO.

²² Anders die Botschaft (FN 5), S. 6500, allerdings auf der Basis des u.E. unzutreffenden Verständnisses als Schiedsgericht und Schiedsspruch.

werden, sondern es ist im Rahmen der Zivilrechtsstreitigkeit (wie namentlich dem arbeitsrechtlichen Forderungsprozess) seine Unverbindlichkeit geltend zu machen.²³ Dabei können lediglich die Rügegründe nach Art. 189 ZPO vorgebracht werden. Es kann also einerseits gerügt werden, der Sozialplan würde gewissen rechtsstaatlichen Mindestanforderungen (wie namentlich Unabhängigkeit und Neutralität des Schiedsgutachters, Wahrung des rechtlichen Gehörs und des Gleichbehandlungsgebots)²⁴ nicht genügen. Andererseits können schwere inhaltliche Mängel (offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft oder in hohem Grade der Billigkeit widersprechend, auf falscher tatsächlicher Grundlage beruhend) geltend gemacht werden.²⁵

Im Folgenden wird zur einfacheren Lesbarkeit die gesetzliche Terminologie (Schiedsgericht/Schiedsspruch) beibehalten.

4. Keine Koordination mit dem Massenentlassungsverfahren

In den meisten Fällen werden bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 335i Abs. 1 OR auch die Voraussetzungen einer Massenentlassung nach Art. 335d ff. OR erfüllt sein. Die unterschiedlichen Tatbestände von Art. 335i Abs. 1 und 2 OR und Art. 335d OR führen indessen dazu, dass Massenentlassungen nicht immer eine Sozialplanpflicht nach sich ziehen und umgekehrt auch nicht bei jeder Sozialplanpflicht eine Massenentlassung vorliegt.²⁶ Das auf eine Massenentlassung anwendbare Verfahren ist in den Art. 335f und 335g OR geregelt, die Sozialplanpflicht systematisch getrennt in den Art. 335h ff. OR. Die beiden Regelungen sind voneinander losgelöst und nicht koordiniert. Die für die Durchführung einer beabsichtigten Massenentlassung bzw. die Aufstellung eines Sozialplans anwendbaren Verfahren sind demnach voneinander unabhängig. Nach Abschluss des Konsultationsverfahrens und Erstattung der nach Art. 335g Abs. 1 und 2 OR erforderlichen Anzeige kann der Arbeitgeber daher die beabsichtigten Kündigungen aus-

²³ Vgl. BSK-DOLGE, N 41 zu Art. 189 ZPO.

²⁴ BSK-DOLGE, N 47 zu Art. 189 ZPO.

²⁵ BGE 129 III 535, Erw. 2.1.

²⁶ BÄNI (FN 3), S. 93 f.

sprechen. Parallel geführte Verhandlungen über einen Sozialplan bleiben davon unberührt. Eine aus der Sicht der Arbeitnehmer nicht ernsthaft geführte oder ungenügend dokumentierte Verhandlung über einen Sozialplan kann nicht zu Entschädigungen nach Art. 336 OR führen.²⁷

II. Besteht eine Verhandlungspflicht trotz bestehendem Sozialplan?

1. Bestehende oder vorsorglich aufgestellte Sozialpläne

Zahlreiche grössere Betriebe, die im Sinne von Art. 335i Abs. 1 OR üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigen, haben bereits vor Inkrafttreten der Art. 335h ff. OR Sozialpläne aufgestellt. Häufig sind es einseitig vom Arbeitgeber dekretierte Sozialpläne mit vertraglichem Charakter²⁸ oder mit einer Arbeitnehmervertretung vereinbarte Sozialpläne, die als Betriebsordnung im Sinne von Art. 37 ArG qualifizieren können.²⁹ Seltener werden Sozialpläne mit einem Arbeitnehmerverband vereinbart, die dann als GAV zu qualifizieren sind.³⁰ Sozialpläne aller Ausprägungen sind entweder auf unbestimmte Dauer oder für eine befristete Zeit aufgestellt.

Auch nach Inkrafttreten der Sozialplanpflicht nach Art. 335h ff. OR ist denkbar, dass Arbeitgeber einen Sozialplan aufstellen oder mit den Sozialpartnern bzw. der Arbeitnehmervertretung vereinbaren, ohne dass sie dazu verpflichtet sind, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nach Art. 335i Abs. 1 lit. b OR nicht oder noch nicht erfüllt sind. Es fragt sich, ob eine solche «vorsorgliche» Aufstellung eines Sozialplans den Anforderungen nach Art. 335h ff. OR genügen kann und demzufolge die Verhandlungspflicht entfällt, wenn dann eine Massenentlassung, welche die Schwellenwerte von Art. 335i Abs. 1 OR erreicht, beabsichtigt wird.

²⁷ A.M. SCHWAAB (FN 14), S. 288.

²⁸ Wird der Sozialplan einseitig vom Arbeitgeber erlassen, so hat er den Charakter einer Vertragsofferte, die i.d.R. durch stillschweigende Annahme (Art. 6 OR) Bestandteil des Arbeitsvertrags wird und somit nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers nachträglich geändert werden kann (Urteil des BGer. 4A_138/2008 vom 30. Mai 2008, Erw. 2.1 f.).

²⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), N 11 zu Art. 335f OR.

³⁰ BGE 132 III 32, Erw. 6.1.

Wie einleitend erwähnt, äussern sich weder das Gesetz noch die Materialien zu dieser Frage.

2. Zweck und Inhalt des vorsorglich aufgestellten Sozialplans

Soll ein vorsorglich aufgestellter Sozialplan den Bestimmungen von Art. 335h ff. OR genügen, muss er die Grundvoraussetzungen hinsichtlich Zweck und Inhalt nach Art. 335h Abs. 1 OR erfüllen. Er muss also Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden.

Diesen Zweck kann auch ein vorsorglich aufgestellter Sozialplan ohne Weiteres erfüllen. Vermutungsweise erfüllen die allermeisten bereits bestehenden Sozialpläne die Inhaltsanforderungen nach Art. 335h Abs. 1 OR. Ein Sozialplan zeichnet sich ja typischerweise gerade dadurch aus, dass er Massnahmen zugunsten der Arbeitnehmer für den Fall eines Stellenabbaus vorsieht.

3. Auslegung von Art. 335i OR

Art. 335i Abs. 3 OR schreibt dem Arbeitgeber vor, mit wem er über einen Sozialplan zu verhandeln hat. Ist der Arbeitgeber Partei eines Gesamtarbeitsvertrags (Firmenvertrag), so hat er mit den beteiligten Arbeitnehmerverbänden zu verhandeln. Andernfalls hat er mit der Arbeitnehmervertretung oder, wenn keine solche besteht, direkt mit den Arbeitnehmern zu verhandeln. Je nach Konstellation steht das Verhandlungsrecht also den Arbeitnehmerverbänden, der Arbeitnehmervertretung oder den Arbeitnehmern zu. Besteht bereits ein Sozialplan, der mit einer anderen Partei als derjenigen ausgehandelt wurde, die nach Art. 335i Abs. 3 OR nun ein Recht auf Verhandlungen hat, so scheint klar, dass Letztere sich diesen Sozialplan nicht entgehalten lassen muss. Der Arbeitgeber steht diesfalls weiterhin in der Verhandlungs- und Abschlusspflicht nach Art. 335h ff. OR. Anders verhält es sich indessen, wenn der Arbeitgeber mit der Partei, mit der er nach Art. 335i Abs. 3 OR zu verhandeln hat, bereits einen Sozialplan (der die Grundvoraussetzungen hinsichtlich Zweck und Inhalt nach Art. 335h Abs. 1 OR erfüllt und nach wie vor in Kraft ist) ausgehandelt und vereinbart hat. In diesem Fall stellt sich die Frage,

ob Art. 335i OR der betreffenden Partei einen Neu- oder Nachverhandlungsanspruch gewährt.

Der Wortlaut von Art. 335i OR beantwortet diese Frage nicht. Zwar wird die Verhandlungspflicht erst durch die Absicht, eine entsprechende Massenentlassung durchzuführen, ausgelöst. Art. 81 OR lässt indessen eine vorzeitige Erfüllung zu, es sei denn, Sinn und Zweck von Art. 335i OR würden dies ausschliessen. Entscheidend ist somit, ob nach Sinn und Zweck von Art. 335i OR der Arbeitgeber verpflichtet sein soll, vor dem Hintergrund einer konkret beabsichtigten Massenentlassung Verhandlungen über einen Sozialplan zu führen, oder ob er dies auch vorgängig, also generell abstrakt, tun kann.

Die Materialien deuten eher auf Letzteres hin. Die Sozialplanpflicht wurde nicht spezifisch als Teil des Massenentlassungsverfahrens eingeführt, sondern als Ausgleich für die Beschränkung der Rechte der Arbeitnehmer bei Betriebsübernahmen im Rahmen einer Insolvenz (Art. 333b OR). Die «Sozialplanpflicht» war denn auch ein wichtiges Thema in den parlamentarischen Beratungen.³¹ Die Voten der Parlamentarier zeigen, dass der Sozialplan als Ergebnis der Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die Abfederung von Restrukturierungsfolgen das eigentliche Ziel des Gesetzgebers war. Dementsprechend führte Nationalrat Vischer aus: *«So, wie die Sozialplanpflicht heute in diesem Entwurf ausgestaltet ist, ist sie gewissermassen der unterste Level von dem, was man überhaupt noch Sozialplanpflicht nennen kann. [...] Entscheidend ist auch, dass diese Schiedsgerichtsklausel bleibt, weil sie garantiert, dass die Sozialplanpflicht nicht zu Pseudoverhandlungen führt, die die Arbeitgeber dann einfach abbrechen können, sondern dass durch ein Schiedsgericht sozialadäquat ein Sozialplan statuiert werden kann.»*³²

Aus diesen Ausführungen ist zu schliessen, dass der Gesetzgeber lediglich sicherstellen wollte, dass es einen Sozialplan gibt, und nicht, welchen Inhalt dieser hat und ob er in concreto adäquat ist. Ein vorsorglich vereinbarter Sozialplan erfüllt dieses gesetzgeberische Anliegen. Wurde also mit der nach Art. 335i Abs. 3 OR verhandlungsberechtigten Partei bereits ein Sozialplan vereinbart, der den Anforderungen von Art. 335h OR genügt, besteht grund-

³¹ So im AmtlBull NR 2013 die Voten Vischer, S. 599, Amherd, S. 599 und 619, Schneider Schüttel, S. 620, und Sommaruga, S. 601.

³² AmtlBull NR 2013, S. 599.

sätzlich keine Verhandlungspflicht mehr. Eine Ausnahme wäre allenfalls denkbar, wenn sich seit Vereinbarung des Sozialplans die Verhältnisse wesentlich geändert hätten und dies für die Parteien bei Aushandlung des Sozialplans nicht vorhersehbar war. Unter diesen Voraussetzungen könnte ein Nachverhandlungsanspruch – und zwar für beide Parteien – in analoger Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* in Betracht kommen.

Dass diese Auslegung von Art. 335i OR sachgerecht ist, wird durch die nachfolgenden Überlegungen bestätigt.

4. Bedürfnis der Vertrags- und Sozialpartner

a) Vorhersehbarkeit von Restrukturierungskosten

Die Sozialpartner können ein legitimes Interesse daran haben, einen dauerhaft gültigen Sozialplan zu vereinbaren. Vor allem in grösseren Unternehmen müssen immer wieder (kleinere oder grössere) Umstrukturierungen durchgeführt werden. Ein dauerhaft gültiger Sozialplan kann dabei zur Planbarkeit von Prozess und Kosten einer zukünftigen Restrukturierung für alle Betroffenen wichtig sein und einer möglichen autoritativen Festlegung eines Sozialplans durch ein Schiedsgericht in ungewisser Zukunft und mit ungewissen Kostenfolgen vorgezogen werden.

Der Bundesrat führt in der Botschaft aus, dass die Betriebe nicht verpflichtet sind, das finanzielle Substrat bereitzuhalten, mit dem die Kosten der im Sozialplan vorgesehenen Massnahmen zu decken wären. Denn es wäre *«unverhältnismässig und mit kaum abzuschätzenden Auswirkungen auf die Betriebstätigkeit verbunden, wenn Betriebe zur Vorfinanzierung von Massnahmen verpflichtet würden, die möglicherweise nie getroffen werden müssen. Zweitens müsste das Gesetz bei einer solchen Lösung zum Voraus festlegen, wie viel die Arbeitgeber zur Finanzierung des (allfälligen) Sozialplans auf die Seite legen müssten»*.³³ Es ist zweifellos sinnvoll und einzelfallgerecht, den Unternehmen keine gesetzliche Reservepflicht für Restrukturierungsmassnahmen aufzubürden. Es kann für ein Unternehmen aber durchaus von grosser Bedeutung sein, die (Personal-)Kosten einer zukünftigen Restrukturierung abschätzen zu können. Dazu soll es sich auch auf einen

³³ Botschaft (FN 5), S. 6498.

Sozialplan abstützen dürfen, der den gesetzlichen Anforderungen von Art. 335h ff. OR genügt, aber schon im Voraus vereinbart wurde.

b) Vermeidung von Rechtsunsicherheit

Ein Sozialplan darf gemäss Art. 335h Abs. 2 OR den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden. Diese gesetzliche Inhaltsschranke ist nur sehr generisch formuliert und führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, was zu Recht kritisiert wird.³⁴ Scheitern die Verhandlungen zur Aufstellung eines Sozialplans, muss nach dem Willen des Gesetzgebers ein Schiedsgericht den Sozialplan verbindlich aufstellen (Art. 335j OR). Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der staatlichen Zwangsschiedsgerichtsbarkeit ein interventionistisches, dem Arbeitsvertragsrecht fremdes Instrument zur Durchsetzung der Sozialplanpflicht gewählt, das seinerseits eine beachtliche Rechtsunsicherheit verursacht.³⁵

Ein Bedürfnis der Unternehmen und ihrer Arbeitnehmer, die Regeln zur Vermeidung oder Milderung von Entlassungen rechtzeitig selbständig festzulegen, ist unter diesen Umständen evident. Ein vorsorglich aufgestellter Sozialplan kann diesem Bedürfnis Rechnung tragen und darüber hinaus betriebs- und branchengerechte Lösungen sicherstellen.

c) Wirksame Vereinbarung

Die für eine Massenentlassung anwendbaren Verfahrensvorschriften (Art. 335f und 335g OR) sind mit den Bestimmungen zur Verhandlungspflicht eines Sozialplans nach Art. 335i OR nicht koordiniert.³⁶ Scheitern die Verhandlungen im Betrieb, muss ein Schiedsgericht den Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch aufstellen (Art. 335j Abs. 2 OR). Art. 335j OR enthält keinerlei Bestimmungen zur Bestellung des Schiedsgerichts und zum Ablauf des Schiedsverfahrens. Die Botschaft verweist hierzu (unzutreffend) auf die Art. 353 ff. ZPO und fügt an, dass dem Schiedsverfahren auch noch eine Schlichtungsstelle vorgeschaltet werden kann.³⁷ Damit ist klar, dass bis zum

³⁴ Vgl. Kapitel I.2. oben.

³⁵ STÖCKLI (FN 1), S. 109; BÄNI (FN 3), S. 100.

³⁶ Vgl. Kapitel I.4. oben.

³⁷ Botschaft (FN 5), S. 6500; zur Nichtanwendbarkeit der Art. 353 ff. ZPO s. Kapitel I.3. oben.

Vorliegen eines Schiedsspruchs viel Zeit verstreichen wird. Erfahrungsgemäss können solche Schiedsverfahren mehr als ein Jahr, unter Umständen sogar mehrere Jahre andauern. Hinzu kommt, dass der autoritativ festgesetzte Sozialplan nach Art. 189 Abs. 3 ZPO anfechtbar ist. Wie aufgezeigt, können Arbeitnehmer und Arbeitgeber in einem Zivilprozess rügen, dass bei Aufstellung eines solchen Sozialplans schwere Verfahrensmängel begangen wurden und/oder der Sozialplan offensichtlich ungerecht, willkürlich, unsorgfältig, fehlerhaft oder in hohem Grade der Billigkeit widerspricht oder auf falscher tatsächlicher Grundlage beruht.³⁸ Dies zeigt, dass die entlassenen Arbeitnehmer sogar gestützt auf einen autoritativ aufgestellten Sozialplan unter Umständen jahrelang keine Leistungen erhalten werden.

Das Verfahren der Massenentlassung, das währenddessen nach Art. 335f und 335g OR durchgeführt wird, ist demgegenüber vergleichsweise schlank konzipiert. Das im Rahmen einer Massenentlassung gekündigte Arbeitsverhältnis endet nach Ablauf der anwendbaren Kündigungsfrist, frühestens aber 30 Tage nach gesetzeskonformer Anzeige der Massenentlassung an das Arbeitsamt.³⁹

Es ist nach der Konzeption der neuen Bestimmungen zur Sozialplanpflicht nach Art. 335h ff. OR also durchaus möglich, ja sogar wahrscheinlich, dass die im Rahmen der Massenentlassung gekündigten Arbeitsverhältnisse schon (längst) beendet sind, bevor das Schiedsgericht den Sozialplan durch Schiedsspruch aufgestellt hat bzw. dessen Durchsetzbarkeit in einem allfälligen Zivilprozess gerichtlich bestätigt worden ist. Dieses zeitliche Auseinanderfallen der beiden Verfahren hat der Gesetzgeber nicht bedacht.

Viele der Massnahmen, die sinnvollerweise Bestandteil eines Sozialplans bilden könnten, sind dementsprechend bei Durchführung eines Schiedsverfahrens obsolet, weil die betroffenen Arbeitsverhältnisse schon (längst) beendet sind. Dies gilt insbesondere für die in der Botschaft erwähnten Massnahmen, die in der Zeit zwischen der Ankündigung der beabsichtigten Kündigungen und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht werden könnten (wie z.B. Vereinbarungen kürzerer Kündigungsfristen, Belassung von Ar-

³⁸ Vgl. Kapitel I.3. oben.

³⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), N 8 zu Art. 335g OR; LIENHARD MEYER, Massenentlassung: Informations- und Konsultationspflichten des Arbeitgebers, in: Adrian von Kaenel (Hrsg.), Unternehmenssanierung und Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 79.

beitswohnungen, Umschulung, Stellenvermittlung u.a.).⁴⁰ Auch die in einem Sozialplan häufig vorgesehene Massnahme der vorzeitigen Pensionierung (oder ihrer finanziellen Abfederung) setzt zwangsläufig voraus, dass die Betroffenen ihre Dispositionen bis zum Ende ihres Arbeitsverhältnisses treffen können. Die gesetzliche Konzeption der Sozialplanpflicht trägt diesem Aspekt keine Rechnung und überzeugt nicht.

Mit einem vorsorglich aufgestellten Sozialplan können privatautonom und sozialpartnerschaftlich sinnvolle Massnahmen vereinbart werden, die den betroffenen Arbeitnehmern dann zur Verfügung stehen, wenn sie sie benötigen. Gegenüber einem ex post durch ein Schiedsgericht verfügten Sozialplan verdient er in jedem Fall den Vorzug. Bejaht man dies, so muss man sich auch zu seiner Verbindlichkeit (*pacta sunt servanda*) bekennen.

5. Ergebnis

Ob die mit dem Mittel der autoritativen Festsetzung bewehrte Sozialplanpflicht praxistauglich ist, wird sich weisen. Skepsis ist jedenfalls angebracht. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind gut beraten, sich rechtzeitig Gedanken zu machen, wie sie die Folgen einer Restrukturierung in ihrem Betrieb regeln wollen.

Ein vorsorglich vereinbarter Sozialplan kann die gesetzlichen Voraussetzungen eines Sozialplans im Sinne von Art. 335h OR erfüllen und hilft nach der hier vertretenen Auffassung gleichzeitig, verschiedene Unwägbarkeiten der gesetzlich verordneten Sozialplanpflicht zu vermeiden. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Verhandlungen nach Art. 335i OR zu führen, wenn bereits ein Sozialplan besteht, vorausgesetzt, der Sozialplan wurde mit der nach Art. 335i Abs. 3 OR verhandlungsberechtigten Partei vereinbart und erfüllt inhaltlich die Anforderungen von Art. 335h OR.

⁴⁰ Botschaft (FN 5), S. 6498.