

Laura Widmer

Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR

oder vom Kuhhandel mit der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit

Die neu eingeführte Sozialplanverhandlungspflicht wirft einige Fragen auf: Es bestehen Unklarheiten sowohl bezüglich ihrer Voraussetzungen als auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen. Zudem stellt die Zwangsschiedsgerichtsbarkeit bei Nichteinigung ein gesetzliches Novum dar. Es stellen sich diverse Herausforderungen an die praktische Umsetzung der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, welche von der Lehre bislang meist bloss am Rande thematisiert worden sind. Die Autorin zeigt mit diesem Beitrag die Probleme der Sozialplanverhandlungspflicht auf und behandelt Verfahrensfragen, die sich aus der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit bei Nichteinigung ergeben.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; SchKG

Zitiervorschlag: Laura Widmer, Die Sozialplanverhandlungspflicht nach Art. 335h ff. OR, in: Jusletter 29. September 2014

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Die Konsultationspflicht bei Massenentlassungen
 - 1. Anwendbare Bestimmungen
 - 2. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Konsultationspflicht
 - 2.1. Vom Arbeitgeber ausgehende Kündigungen (Kriterien (i) und (ii))
 - 2.2. Kein Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers (Kriterien (iii))
 - 2.3. Erreichen des relevanten Schwellenwertes (Kriterium (iv))
 - 2.4. Innert 30 Tagen ausgesprochen (Kriterien (v) und (vi))
 - 2.5. Keine Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidungen sowie neu bei Massenentlassung im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Kriterium (vii))
 - 3. Durchführung eines Konsultationsverfahrens
 - 3.1. Konsultationspartner
 - 3.2. Ablauf
- III. Einführung einer Sozialplanverhandlungspflicht
 - 1. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Sozialplanverhandlungspflicht
 - 1.1. Voraussetzungen, die mit denen bei der Massenentlassung identisch sind
 - 1.2. Voraussetzungen, die von denen bei der Massenentlassung abweichen
 - 2. Bislang noch ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit den abweichenden Voraussetzungen
 - 2.1. Bestimmung des relevanten Schwellenwertes
 - 2.2. Zusammenzählen von zeitlich verteilten Kündigungen innert 30 Tagen ausgesprochen (Kriterien (v) und (vi))
 - 3. Ablauf der Sozialplanverhandlungen
 - 3.1. Verhandlungspartner
 - 3.2. Zeitpunkt der Verhandlungen
 - 3.3. Inhalt und Grenzen des Sozialplans
 - 4. Zwangsschiedsgerichtsbarkeit bei Nichteinigung
 - 4.1. Parteien am Verfahren
 - 4.2. Bestellung des Schiedsgerichts
 - 4.3. Kostenauflegung
 - 4.3.1. Kostenvorschuss
 - 4.3.2. Kostenverteilung/Parteientschädigung
 - 4.3.3. Lösungsansätze
 - 4.4. Dauer des Verfahrens
 - 4.5. Vertraulichkeit
- IV. Fazit

I. Einführung

Im Rahmen des auf den 1. Januar 2014 in Kraft getretenen neuen Sanierungsrechts wurden, neben Änderungen im Bereich des Nachlassverfahrens sowie bei der paulianischen Anfechtung, auch Änderungen im Bereich Arbeitsrecht eingeführt. So sollen einerseits bei Betriebsübergängen via «Asset Deals» während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung Arbeitsverhältnisse nur noch dann auf den Erwerber übergehen, wenn dies mit diesem ausdrücklich so vereinbart wurde und nicht mehr automatisch.¹ Andererseits soll in den genannten Fällen die solidarische Haftung bei Betriebsübergängen

¹ Die ganze Revision gründet letztlich auf dem Fall *Swissair*, nach welchem gestützt auf verschiedenen parlamentarischen Initiativen, Postulaten und Motionen vom Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe eingesetzt wurde,

nicht mehr zur Anwendung kommen, d.h. der Verkäufer soll nur noch für Forderungen haften, welche bis zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstehen, der Erwerber nur noch für Forderungen aus übernommenen Arbeitsverhältnissen, welche ab dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs entstanden sind.²

[Rz 1] Um ein Referendum gegen das neue Sanierungsrecht und insbesondere gegen die neue Bestimmung von Art. 333b des Obligationenrechts (OR) betreffend der ausdrücklichen Vereinbarung hinsichtlich der Übernahme der Arbeitsverhältnisse zu verhindern, wurde im Rahmen eines «Kuhhandels»³ mit den Gewerkschaften neben der Konsultationspflicht bei Massenentlassungen nach Art. 335d OR in Art. 335i OR eine Sozialplanverhandlungspflicht ins Gesetz eingeführt. Dies führte zu einiger Entrüstung, insbesondere da die Sozialplanverhandlungspflicht in der ursprünglichen Vorlage zur Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) nicht enthalten und damit auch nicht Gegenstand des Vernehmlassungsverfahrens gewesen war, sondern vielmehr direkt in den Gesetzesentwurf eingefügt wurde sowie weil die Sozialplanverhandlungspflicht in keinem direkten Zusammenhang zum Sanierungsrecht steht und Sozialpläne innerhalb des Sanierungsrechts gerade nicht zur Anwendung kommen.⁴

[Rz 2] Da die Sozialplanverhandlungspflicht zwar in engem Zusammenhang mit den Bestimmungen der Massenentlassung (Art. 335d ff. OR) steht, jedoch nicht direkt in diese integriert sondern stattdessen im Anschluss an diese separat geregelt wurde (Art. 335h ff. OR), wird vorliegend der Vollständigkeit halber erst auf die Konsultationspflicht bei Massenentlassungen eingegangen (s. Ausführungen dazu unten in II), dann die neue Regelung über die Sozialplanverhandlungspflicht aufgezeigt (s. Ausführungen dazu unten in III), inkl. Hinweise auf Widersprüche zu den Massenentlassungsbestimmungen, auf ungeklärte Fragen und genaueren Ausführungen zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit bei Nichteinigung.

II. Die Konsultationspflicht bei Massenentlassungen

1. Anwendbare Bestimmungen

[Rz 3] Bis Ende 2013 richtete sich das durchzuführende Verfahren bei Massenentlassungen einzig nach Art. 335d bis Art. 335g OR. Diese noch immer gültigen Bestimmungen sehen vor, dass bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmer zu konsultieren sind (Art. 335f Abs. 1 OR).

um den Revisionsbedarfs des schweizerischen Insolvenzrechts abzuklären. Zwar erklärte die Expertengruppe zweimal, dass das schweizerische Insolvenzrecht auch unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung durchaus tauglich und praktikabel sei und keiner Generalüberholung bedürfe, doch wurden punktuellen Präzisierungen bzw. Ergänzungen des Gesetzes vorgeschlagen; vgl. THOMAS SPRECHER, Die Revision des Sanierungsrechts, in: THOMAS SPRECHER[Hrsg.], Sanierung und Insolvenz von Unternehmen, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 99 ff.; DANIEL HUNKELER, in: DANIEL HUNKELER[Hrsg.], SchKG, Kurzkommentar, Basel 2014, N18 ff. Vorbem. zu Art. 293—336.

² Vgl. ALEXANDER FISCHER/ANDREA TROST, Auswirkungen des neuen Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: Jusletter 19. Mai 2014, Rz. 9.

³ Vgl. CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Sozialplanpflicht als «Abfallprodukt» des neuen Sanierungsrechts, NZZ vom 19. Dezember 2013.

⁴ Vgl. auch Stellungnahme des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes zur Revision des SchKG, Sanierungsrecht, abrufbar unter <http://www.arbeitgeber.ch/de/arbeitsrecht/arbeitsvertrag/revisionenarbeitsverhaeltnis> (alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 12. September 2014).

2. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Konsultationspflicht

[Rz 4] Eine entsprechende Konsultationspflicht besteht, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:⁵ Es müssen (i) Kündigungen vorliegen, welche (ii) vom Arbeitgeber ausgehen, (iii) in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und (iv) deren Anzahl den für die jeweilige Betriebsgrösse anwendbaren Schwellenwert erreicht und (v) die innert eines Zeitraums von 30 Tagen (vi) ausgesprochen werden, sofern (vii) es sich nicht um eine Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidungen handelt. Im Folgenden wird auf die einzelnen Voraussetzungen näher eingegangen.

2.1. Vom Arbeitgeber ausgehende Kündigungen (Kriterien (i) und (ii))

[Rz 5] Abzustellen ist einzig auf vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigungen, wozu insbesondere auch Änderungskündigungen zählen, sofern mit der Offerte zu neuen Arbeitsbedingungen eine (bedingte) Kündigung ausgesprochen wird.⁶ Nicht dazu zählen hingegen Kündigungen, die vom Arbeitnehmer ausgesprochen werden sowie, Fälle der Gesetzesumgehung vorbehalten, von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemeinsam abgeschlossenen Aufhebungsvereinbarungen, ebenso befristete Arbeitsverhältnisse, welche wegen Auslauf der Frist automatisch enden.⁷

2.2. Kein Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers (Kriterien (iii))

[Rz 6] Art. 335d Abs. 1 OR verlangt ausdrücklich, dass die Kündigungen in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen. Damit fallen Kündigungen ausser Betracht, welche wegen der Leistung oder des Verhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochen werden, d.h. insbesondere auch alle fristlosen Entlassungen, welche auf ein Verschulden des Arbeitnehmers zurückgehen.

2.3. Erreichen des relevanten Schwellenwertes (Kriterium (iv))

[Rz 7] Damit es sich um eine Massentlassung handelt, muss die Anzahl Kündigungen den relevanten Schwellenwert gemäss Art. 335d OR erreichen, nämlich:

- 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; und
- mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

[Rz 8] Der jeweilige Schwellenwert bestimmt sich nach der Grösse des jeweiligen Betriebes, worunter eine selbst am Wirtschaftsleben teilnehmende, organisatorische Zusammenfassung von

⁵ Vgl. ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7.A., Zürich/Basel/Genf 2012, N4 zu Art. 335d OR.

⁶ Vgl. THOMAS GEISER, Massentlassung, in: PETER MÜNCH/MARKUS METZ [Hrsg.], Stellenwechsel und Entlassung, 2.A., Basel 2012, S. 77 ff., Rz. 3.41.

⁷ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 5, N5 zu Art. 335d OR mit weiteren Hinweisen.

persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines arbeits-technischen Zwecks, welcher sich nicht in der Befriedigung des Eigenbedarfs erschöpft, verstanden wird.⁸

[Rz 9] Generell ist auf die Grösse des einzelnen Betriebes abzustellen, jedoch können in Einzelfällen, nämlich wenn die Betriebe (bspw. einzelne Fabriken) eines Arbeitgebers (bspw. Aktiengesellschaft) geographisch nahe beieinanderliegen — d.h. die Kündigungen denselben regionalen Arbeitsmarkt belasten würden —, diese Betriebe zusammengezählt werden.⁹

2.4. Innert 30 Tagen ausgesprochen (Kriterien (v) und (vi))

[Rz 10] Gezählt werden immer Kündigungen, die innert 30 Kalendertagen ausgesprochen werden (es wird also insbesondere nicht auf einen Kalendermonat abgestellt, womit eine rollende Kündigungsplanung erforderlich werden kann).

[Rz 11] Eine Staffelung der Kündigungen wurde bislang, Missbrauchsfälle vorbehalten, grundsätzlich als zulässig erachtet, d.h. sofern es möglich war, die Kündigungen so zu staffeln, dass der jeweilige Schwellenwert nie innert 30 Tagen erreicht wurde, fanden die Bestimmungen über die Konsultationspflicht bei der Massenentlassung keine Anwendung. Da sich der relevante 30-Tageszeitraum auf das «Aussprechen» der Kündigungen bezieht, war es bei genügender Vorausplanung und kürzeren Kündigungsfristen oftmals gar möglich, gestaffelt so im Voraus zu künden, dass alle oder der Grossteil der Arbeitsverhältnisse auf denselben Zeitpunkt beendet wurden, was insbesondere bei geplanten Betriebs(teil)schliessungen sinnvoll sein konnte.¹⁰

2.5. Keine Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidungen sowie neu bei Massenentlassung im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Kriterium (vii))

[Rz 12] Art. 335e Abs. 2 OR sieht einen Ausnahmetatbestand für den Fall von Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen vor. Der Wortlaut basiert auf der mittlerweile geänderten EU-Richtlinie Nr.75/129/EWG, wobei in der Schweiz entgegen dem klaren Wortlaut nicht zwingend eine Betriebseinstellung erforderlich ist, sondern es vielmehr genügt, wenn die Massenentlassung nicht auf dem freien Entscheid des Arbeitgebers beruht sondern Folge einer behördlichen Entscheidung ist.¹¹

[Rz 13] Seit 2014 ist der Wortlaut von Art. 335e Abs. 2 OR nun durch den Hinweis ergänzt, dass die Bestimmungen über die Massenentlassung auch im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht gelten.

⁸ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 5, N8 zu Art. 335d OR.

⁹ Vgl. GEISER, Massenentlassung, in: MÜNCH/METZ[Hrsg.], Fn. 6, Rz. 3.53.

¹⁰ Wobei in solchen Fällen der Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen mehr Sinn machen mag, kann doch in entsprechenden Vereinbarungen eine für beide Parteien sinnvolle und individuelle Lösung gefunden werden, also eben bspw. Beendigung des Arbeitsverhältnisses in gegenseitigem Einverständnis auf einen bestimmten Zeitpunkt (welcher so weit in der Zukunft liegen sollte, dass der Verzicht des Arbeitnehmers auf eine allfällige Verlängerung der Kündigungsfrist bei Eintritt einer Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 2 OR ausgeglichen wird) und der Möglichkeit des Arbeitnehmers die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf einen früheren Zeitpunkt zu verlangen, sollte vorzeitig eine neue Stelle gefunden und angetreten werden können. Beendigungen von Arbeitsverhältnissen durch Aufhebungsvereinbarungen zählen grundsätzlich nicht zu den für die Erreichung des Schwellenwertes relevanten Kündigungen.

¹¹ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 5, N4 zu Art. 335e OR.

3. Durchführung eines Konsultationsverfahrens

[Rz 14] Sind die Voraussetzungen der Massenentlassung gegeben, so hat der Arbeitgeber, der die Vornahme der Massenentlassung beabsichtigt, ein Konsultationsverfahren durchzuführen.

3.1. Konsultationspartner

[Rz 15] Die Konsultation im Massenentlassungsverfahren hat mit der Arbeitnehmervertretung oder, falls keine solche besteht, mit der Gesamtheit der Arbeitnehmer zu erfolgen (Art. 335f Abs. 1 OR). Bezüglich Arbeitnehmervertretung ist zu beachten, dass das Mitwirkungsgesetz Arbeitnehmern in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmern einen Anspruch auf Errichtung gibt,¹² bei Zustimmung des Arbeitgebers aber auch bereits in kleineren Betrieben/Betriebsteilen eine solche errichtet werden kann.

3.2. Ablauf

[Rz 16] Der Arbeitgeber hat der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern sämtliche zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihnen insbesondere (i) die Gründe der Massenentlassung, (ii) die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, (iii) die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer sowie (iv) den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen, schriftlich mitzuteilen (Art. 335f Abs. 3 OR).

[Rz 17] Diese zweckdienlichen Auskünfte haben darauf ausgerichtet zu sein, der Arbeitnehmervertretung bzw. den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu unterbreiten wie die beabsichtigten Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können (Art. 335f Abs. 2 OR).¹³ Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, der Arbeitnehmervertretung bzw. dem Arbeitnehmer Frist zur Einbringung ihrer Vorschläge anzusetzen.¹⁴

[Rz 18] Über den Inhalt des Konsultationsrechts bei der Massenentlassung bestand in der Lehre Uneinigkeit. Während ein Teil der Lehre darunter ein reines Anhörungsrecht verstand, sprach sich ein anderer Teil für ein eigentliches Mitspracherecht aus, bei dem den Arbeitgeber zumindest die Pflicht trifft, sich mit den Vorschlägen der Arbeitnehmer ernsthaft auseinanderzusetzen und allfällige Ablehnungen zu begründen.¹⁵ Unstrittig war jedoch, dass der Arbeitgeber an die Vorschläge der Arbeitnehmervertretung nicht gebunden war, d.h. frei blieb, ob, in welchem Umfang und zu welchem Zeitpunkt er Entlassungen vornehmen wollte.¹⁶

[Rz 19] Die Vorschläge der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer waren in der Praxis bislang hauptsächlich darauf ausgerichtet, Kündigungen zu vermeiden oder zumindest deren Zahl zu beschränken. In der Regel wurde — wenn überhaupt — erst mit Sozialplanverhand-

¹² Vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993, SR 822.14.

¹³ Zur Zweckdienlichkeit der Auskünfte vgl. LAURA WIDMER/MATTHEW REITER, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil vom 17. März 2011 (4A_483/2010) i.S. Gewerkschaft X. c. A. AG, sowie Obergericht des Kantons Solothurn, Urteil vom 16. Juli 2010 (ZKAPP.2009.74), in AJP 2011 S. 1103, 1106 ff.

¹⁴ Vgl. WIDMER/REITER, Fn. 13, S. 1108 f.

¹⁵ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Fn. 5, N3 zu Art. 335f OR.

¹⁶ Vgl. JÜRIG BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Art. 319—343 OR, 2.A. 1996, Bern/Stuttgart/Wien, N2 zu Art. 335f OR sowie Botschaft I über die Anpassung des Bundesrechts an das EWR-Recht vom 27. Mai 1992 [«Botschaft Eurolex»], BBl 1992 V 1, S. 394 ff., S. 410.

lungen begonnen, wenn wahrscheinlich wurde, dass die beabsichtigten Kündigungen nicht oder nicht vollständig verhindert werden würden. Diese Sozialplanverhandlungen erfolgten in der Regel freiwillig und selbst wenn in vereinzelt Gesamtarbeitsverträgen zwar eine entsprechende Informations- und Verhandlungspflicht für Fälle von teilweiser oder totaler Betriebsschliessung vorgesehen war,¹⁷ so bestand, mit einer Ausnahme im Bundespersonalgesetz,¹⁸ bis Ende 2013 in der Schweiz keine Pflicht zum eigentlichen Abschluss eines Sozialplans bei Massentlassungen. Wollten Arbeitnehmer die Einführung eines Sozialplans durchsetzen, waren sie folglich auf Mittel des Arbeitskampfes angewiesen.¹⁹

III. Einführung einer Sozialplanverhandlungspflicht

[Rz 20] Die seit 1. Januar 2014 anwendbare Sozialplanverhandlungspflicht ändert nun das bisherige System ab, indem der Arbeitnehmerseite anstelle des bisherigen Mittels des Arbeitskampfes eine neue Möglichkeit gegeben wird, einen Sozialplan durchzusetzen.²⁰

1. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Sozialplanverhandlungspflicht

[Rz 21] Die neue Sozialplanverhandlungspflicht besteht, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (i) Kündigungen, welche (ii) vom Arbeitgeber ausgehen, (iii) in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen und (iv) deren Anzahl mindestens 30 bei mindestens 250 Arbeitnehmern erreicht und (v) die innert eines Zeitraums von 30 Tagen (vi) ausgesprochen werden, sofern (vii) es sich nicht um Massentlassungen handelt, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird.

1.1. Voraussetzungen, die mit denen bei der Massentlassung identisch sind

[Rz 22] Identisch mit der Konsultationspflicht bei Massentlassungen gemäss Art. 335d OR sind die Voraussetzungen (i), (ii), (iii) und letztlich auch (vii), d.h. verlangt werden bei der Sozialplanpflicht wie auch bei der Konsultationspflicht Kündigungen, welche vom Arbeitgeber ausgehen, in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, dies in einer Anzahl, die einen gewissen Schwellenwert überschreitet und welche nicht während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen, das mit einem Nachlassvertrag abgeschlossen wird.

¹⁷ Vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht), BBl 2010 6455, 6497, mit dem Hinweis darauf, dass vereinzelte Gesamtarbeitsverträge vorschreiben, dass bei teilweiser oder totaler Betriebsschliessung ein Sozialplan zu vereinbaren sei; d.h. eine Pflicht der GAV-Parteien bestehe, mit Blick auf die Errichtung eines Sozialplanes Verhandlungen nach Treu und Glauben durchzuführen.

¹⁸ Vgl. Art. 31 Abs. 4 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000, SR 172.220.1.

¹⁹ Vgl. JEAN-FRITZ STÖCKLI, Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, in: ArbR 2010, S. 99 ff., S. 104 f.

²⁰ Es fragt sich, ob die Zwangsschiedsgerichtsbarkeit das Mittel des Arbeitskampfes ausschliesst oder nicht. Aufgrund des Verhältnismässigkeitskriteriums nach Art. 28 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) könnte argumentiert werden, Arbeitskampf sei nun kein zulässiges Mittel mehr um einen Sozialplan durchzusetzen.

1.2. Voraussetzungen, die von denen bei der Massentlassung abweichen

[Rz 23] Die übrigen Voraussetzungen bei der Sozialplanpflicht weichen nun aber wesentlich von denen bei der Massentlassung ab:

[Rz 24] Erstens ist der relevante Schwellenwert nun nicht mehr je nach Unternehmensgrösse unterschiedlich, sondern beträgt einerseits immer mindestens 30 und kommt andererseits erst bei Unternehmen von 250 Mitarbeitern zur Anwendung. Dies bedeutet, dass praktisch immer, wenn eine Sozialplanpflicht besteht, auch eine Massentlassung vorliegt (mit Ausnahme gewisser Fälle von gestaffelten Kündigungen), nicht aber, dass bei jeder Massentlassung zwingend auch eine Sozialplanpflicht bestehen würde.²¹

[Rz 25] Zweitens wird nicht mehr von «Kündigungen in einem Betrieb» ausgegangen, sondern vom «Arbeitgeber, der üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt» (s. Ausführungen dazu unten in 2.1).

[Rz 26] Drittens beträgt die Zeitspanne formell, gleich wie bei der Konsultationspflicht, 30 Tage, doch hält Abs. 2 von Art. 335i OR ausdrücklich fest, dass zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, zusammengezählt werden (s. Ausführungen dazu unten in 2.2).

2. Bislang noch ungeklärte Fragen im Zusammenhang mit den abweichenden Voraussetzungen

[Rz 27] Im Zusammenhang mit diesen abweichenden Voraussetzungen stellen sich einige Fragen, welche bislang noch ungeklärt sind:

2.1. Bestimmung des relevanten Schwellenwerts

[Rz 28] Unklar ist als erstes, wie der relevante Schwellenwert (Kriterium (iv)) zu bestimmen ist, d.h. ob die Sozialplanpflicht nur Betriebe mit üblicherweise 250 beschäftigten Arbeitnehmern trifft, oder ob mehrere in der Schweiz gelegene Betriebe eines Arbeitgebers zusammengezählt werden, unabhängig von ihrer örtlichen Lage.

[Rz 29] Im Gegensatz zu Art. 335d OR enthält Art. 335i OR nämlich keinen Verweis auf den Begriff «Betrieb», sondern führt bloss aus: «*Der Arbeitgeber muss mit den Arbeitnehmern Verhandlungen mit dem Ziel führen, einen Sozialplan aufzustellen, wenn er üblicherweise mind. 250 Arbeitnehmer beschäftigt [...]*», weshalb unklar ist, ob es darauf ankommen soll, ob der Arbeitgeber insgesamt mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt oder ob sich der Schwellenwert wie bei der Konsultationspflicht bloss auf jeden einzelnen Betrieb eines Arbeitgebers bezieht. Auch die Botschaft enthält keine verbindlichen Angaben zu dieser Frage, so wird darin unter dem Ti-

²¹ Vgl. FISCHER/TROST, Fn. 2, Rz 13.

tel Verhandlungspflicht der Schwellenwert sowohl auf «Betriebe»²² wie auch auf «Arbeitgeber»²³ Bezug genommen.

[Rz 30] Letztlich wird von den Gerichten zu klären sein, ob der in Art. 335i OR aufgeführten Schwellenwert von 250 Mitarbeitern auf den Arbeitgeber oder auf den Betrieb bezogen auszu-legen ist. Eine Bezugnahme auf den einzelnen Betrieb wäre aber einerseits deshalb empfehlens-wert, weil die entsprechende Auslegung im Einklang mit Art. 335d OR stünde, andererseits aber auch, weil Arbeitgeber oftmals so organisiert sein werden, dass in den verschiedenen Betrieben derart unterschiedliche Umstände vorliegen, dass Sozialplanverhandlungen, welche alle Betriebe mitumfassen würden, d.h. auch gar nicht von der entsprechenden Umstrukturierung betroffene, wenig Sinn machen würde. Ein Abstützen auf den ganzen Arbeitgeber würde in solchen Fällen wohl vielmehr dazu führen, dass jetzige Arbeitgeber mit mehreren unselbständigen Betrieben sich zur Umgehung der Sozialplanpflicht so umstrukturieren würden, dass die unselbständigen Betriebe durch selbständige Tochtergesellschaften, welche dann die neuen Arbeitgeber würden, ersetzt würden.

2.2. Zusammenzählen von zeitlich verteilten Kündigungen innert 30 Tagen ausgesprochen (Kriterien (v) und (vi))

[Rz 31] Die in Art. 335i OR angeführte Frist («innert 30 Tagen») ist gleich geblieben wie im Kon-sultationsverfahren bei Massenentlassungen. Anders als in Art. 335d OR hält Art. 335i Abs. 2 OR aber ausdrücklich fest, dass zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, zusammengezählt werden.

[Rz 32] Es ist unklar, wie dieser Absatz auszulegen ist, d.h. insbesondere was als «gleicher be-trieblicher Entscheid» gelten soll und ob es ggf. eine Maximaldauer gibt, nach welcher keine Zusammenrechnung mehr erfolgen soll.

[Rz 33] Weiter stellt sich die Frage, ob die Einführung von Art. 335i Abs. 2 OR dazu führen wird, dass künftig auch bei der Massentlassung vermehrt Kündigungen zusammengezählt wer-den, welche mehr als 30 Tage auseinanderliegen aber auf demselben betrieblichen Grund beru-hen.

3. Ablauf der Sozialplanverhandlungen

3.1. Verhandlungspartner

[Rz 34] Eine weitere wesentliche Änderung im Vergleich zum Konsultationsverfahren ist der Ver-handlungspartner. So hat der Arbeitgeber gemäss Abs. 3 von Art. 335i OR nicht mehr in erster Linie mit der Arbeitnehmervertretung zu verhandeln, sondern, sofern er Partei eines Gesamtar-

²² Vgl. Botschaft, 6499: «Die gesetzliche Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans trifft sämtliche *Betriebe*, die mindes-tens 250 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen (Bst. a). Betroffen von dieser Neuregelung sind nach den auf der *Betriebszählung* 2008 beruhenden Angaben 1154 von 312'861 rezensierten Privatunternehmen, also 0,37 Prozent aller *Privatbetriebe*. In diesen *Betrieben* muss der Arbeitgeber, der beabsichtigt, innert 30 Tagen 30 oder mehr Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen zu entlassen [...]» sowie aber auch «Die übr-i-gen Arbeitgeber verhandeln mit der Arbeitnehmervertretung ihres *Betriebs* oder, wenn es keine solche gibt, direkt mit den im *Betrieb* tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.»

²³ Vgl. Botschaft, 6499: «Die Pflicht, einen Sozialplan aufzustellen, besteht hingegen für *Arbeitgeber*, die mindestens 250 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen [...]».

beitsvertrages ist, mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden und nur wenn er nicht Partei eines Gesamtarbeitsvertrages ist, mit der Arbeitnehmervertretung bzw. mit den Arbeitnehmern.²⁴

3.2. Zeitpunkt der Verhandlungen

[Rz 35] Vor Einführung der gesetzlichen Verhandlungspflicht wurden allfällige Sozialplanverhandlungen oftmals erst begonnen, wenn absehbar war, dass es tatsächlich zu Entlassungen kommen würde und wenn, dann wurden die Verhandlungen meist mit denselben Ansprechpartnern geführt, mit welchen auch das Konsultationsverfahren im Rahmen der Massenentlassung stattgefunden hatte. Dies vor dem Hintergrund dass der Sozialplan als Massnahme im Sinne von Art. 335f Abs. 2 gesehen wurde, also Folgen von Entlassungen abzufedern.

[Rz 36] Da der Rahmen des Sozialplans nun breiter gefasst zu sein scheint, als was früher üblich war, d.h. insbesondere auch Massnahmen beinhalten kann, welche die Zeit vor dem Aussprechen der Kündigungen umfassen soll wie etwa die Vereinbarung kürzerer Kündigungsfristen — es ist diesbezüglich insbesondere auf den Wortlaut von Art. 335h Abs. 1 OR hinzuweisen, welcher festhält, dass mit einem Sozialplan auch «Kündigungen vermieden» werden sollen, nicht bloss «deren Folgen gemildert» —, scheint ratsam mit den Sozialplanverhandlungen zu beginnen noch bevor definitiv über das Aussprechen von Kündigungen entschieden worden ist.

[Rz 37] Dies wiederum kann aber zur Folge haben, dass parallel zum Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR Sozialplanverhandlungen nach Art. 335i OR durchzuführen sind und das ggf. mit unterschiedlichen Verhandlungspartnern (den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden vs. den Arbeitnehmervertretungen/Arbeitnehmern) aber mit teilweise demselben Verhandlungsinhalt («Vermeidung von Kündigungen»). Dies bedingt rechtzeitige und sorgfältige Planung wie auch gute Koordination und Kommunikation seitens des Arbeitgebers.

[Rz 38] Es ist unschön, dass nicht bereits der Gesetzgeber eine bessere Koordination herbeigeführt hat, d.h. insbesondere die Sozialplanpflicht nicht harmonischer ins bestehende System des Konsultationsverfahrens bei der Massenentlassung integriert wurde. Zu verweisen ist an dieser Stelle beispielweise darauf, dass die Schwellenwerte beim Konsultationsverfahren in der Massenentlassung und der Sozialplanpflicht unterschiedlich sind, gestaffelte Kündigungen bei der Sozialplanpflicht zusammengezählt werden, bei Massenentlassung hingegen in der Regel nicht, dass die Verhandlungspartner nicht zwingend dieselben sind aber dennoch teilweise mit demselben Ziel verhandelt werden soll (insbes. «Vermeidung von Kündigungen»), dass beim Konsultationsverfahren der Massenentlassung keine Einigungspflicht zwischen den Parteien besteht, bei Verletzung des Verfahrens die daraufhin ausgesprochenen Kündigungen aber als missbräuchlich gelten können während bei der Sozialplanpflicht eine eigentliche Einigung verlangt wird/erzwungen werden kann und folglich in der Regel den Arbeitgeber finanziell belasten wird, das Verfahren aber wohl keine Auswirkungen auf die Kündigungen haben wird, etc.

²⁴ Vgl. die Ausführungen von STÖCKLI, Fn. 19, S. 101, wonach die Arbeitnehmerverbände dem strikten Gesetzeswortlaut nach nur bei Firmenverträgen, nicht aber bei Verbandsverträgen zum Verhandlungspartner werden, weil der Arbeitgeber bei Verbandsverträgen nur beteiligt, nicht aber eigentliche Vertragspartei ist.

3.3. Inhalt und Grenzen des Sozialplans

[Rz 39] Schwierig zu greifen ist auch der Inhalt des Sozialplans. Art. 335h Abs. 1 OR enthält folgende Definition zum Sozialplan: «Der Sozialplan ist eine Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden», konkrete Massnahmen werden jedoch keine aufgezählt. Die Botschaft führt dazu aus, dass die gesetzliche Umschreibung des möglichen Inhalts eines Sozialplans bewusst kurz und allgemein gehalten worden sei. Dazu zählen würden aber (i) Massnahmen, welche in der Zeit zwischen der Ankündigung der beabsichtigten Kündigungen und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht werden können, also etwa die Vereinbarung kürzerer Kündigungsfristen für die Arbeitnehmer als für den Arbeitgeber, (ii) Massnahmen, welche sowohl vor wie auch nach Aussprechen der Kündigung vereinbart werden können, bspw. bezahlte Umschulungen, Stellenvermittlung, Lohnausgleich bei Zuweisung anderer Arbeit, Fahrgeldzuschuss zur neuen Arbeitsstelle, Belassung von Wohnungen sowie (iii) Massnahmen, welche die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzen wie etwa Abfindungen, vorzeitige Pensionierungen, Leistungen bei Härtefällen und Gratifikationen.²⁵

[Rz 40] Möglich sein soll, sofern nicht diskriminierend, eine Differenzierung nach den zu erwartenden Nachteilen sowie deren Vermeidbarkeit, d.h. zu vereinbaren, dass bspw. Arbeitnehmer, welche eine andere zumutbare Arbeitsstelle im Betrieb/Konzern abgelehnt haben, keine oder bloss eine geringere Abfindung erhalten oder dass nur diejenigen Arbeitnehmer eine Abfindung erhalten, welche bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine neue Stelle gefunden haben.²⁶

[Rz 41] Problematisch erscheint, dass der Gesetzgeber entgegen dem Wortlaut von Art. 335i Abs. 1 OR nicht bloss eine Verhandlungspflicht einführt, sondern, wie aus Art. 335j OR ersichtlich, eine eigentliche Einigung zwischen den Parteien über den Inhalt des Sozialplans fordert,²⁷ gleichzeitig aber keine eigentliche Obergrenze von maximalen Sozialplanleistungen statuiert.²⁸ Als einzige Grenze hält Art. 335h Abs. 2 OR fest, dass der Sozialplan den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden darf. Absicht hinter dieser Bestimmung soll gemäss Botschaft offenbar sein, auszuschliessen, dass Betriebe, welche aus unternehmerischen Gründen eine Umstrukturierung beabsichtigen, auf ihr Vorhaben verzichten müssen, weil das Gesetz eine Sozialplanpflicht vorsieht.²⁹ Diese Schwelle erscheint als sehr hoch angesetzt, insbesondere weil einerseits bspw. auch Änderungskündigungen bei den relevanten Kündigungen mitgezählt werden, somit also auch Arbeitgeber betroffen sein werden, welche in erster Linie bloss Abänderungen von Vertragsbestimmungen beabsichtigen, nicht aber eigentliche Entlassungen, andererseits aber auch, weil das Gesetz gleichzeitig die Arbeitgeber nicht verpflichtet, Reserven für allfällige Sozialpläne bereitzustellen.³⁰

²⁵ Vgl. Botschaft, 6498.

²⁶ Vgl. Botschaft, 6498.

²⁷ So die Botschaft, 6499, welche auf eine eigentliche «Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans» verweist.

²⁸ Vgl. auch EVA-MARIA BÄNI, Sozialplanpflicht und weitere Auswirkungen des Sanierungsrechts auf das Arbeitsrecht, in: ArbR 2013, S. 79 ff., S. 92, welche festhält, dass es sich bei der in Art. 335h Abs. 2 OR erlassenen Beschränkung um eine «schwer greifbares Mass» handle.

²⁹ Vgl. Botschaft, 6498.

³⁰ Die Botschaft führt als Begründung dazu aus, dass es «unverhältnismässig und mit kaum abzuschätzenden Auswirkungen auf die Betriebstätigkeit verbunden» wäre, wenn Betriebe zur Vorfinanzierung von Massnahmen verpflichtet würden, «die möglicherweise nie getroffen werden müssen». Zudem müsste das Gesetz bei einer solchen Lösung zum Voraus festlegen, wie viel die Arbeitgeber zur Finanzierung eines allfälligen Sozialplans auf die Seite legen müssten; eine solche «notwendigerweise schablonenhafte Regelung» wird in der Botschaft aber als insofern will-

4. Zwangsschiedsgerichtsbarkeit bei Nichteinigung

[Rz 42] Am meisten zu Diskussionen Anlass gab im Rahmen der neu eingeführten Gesetzesbestimmungen aber Art. 335j OR. Dieser sieht vor, dass falls sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan einigen können, ein Schiedsgericht bestellt werden muss und dieses dann einen Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch aufstellt.

[Rz 43] Mit dieser Bestimmung wurde eine Zwangsschiedsgerichtsbarkeit ins Schweizer Recht aufgenommen, welche vorher nicht so bestanden hat und über die «Verhandlungspflicht» gemäss Art. 335i OR hinaus eine eigentliche Einigungspflicht statuiert. Bislang wurden arbeitsrechtliche Konflikte durch die Möglichkeiten des Arbeitskampfs gelöst, nicht durch gesetzliche Zwangsschiedsgerichtsbarkeit.³¹ Mit dem neuen Art. 335j OR wird nun in dieses System eingegriffen.

[Rz 44] Sofern Sozialplanverhandlungen scheitern — und mangels genauerer Ausführungen scheint jeder Verhandlungspartner jederzeit feststellen zu dürfen, dass dies der Fall sei — kann nun folglich ein Schiedsgericht angerufen werden, auf das, sofern die Verhandlungspartner sich nicht auf eine andere Schiedsordnung einigen, die Verfahrensregeln von Art. 353 ff. der Zivilprozessordnung (ZPO) Anwendung finden werden.

[Rz 45] Nachfolgend werden — unter Bezugnahme auf die Verfahrensbestimmungen der ZPO zur Schiedsgerichtsbarkeit — einzelne Verfahrensaspekte diskutiert, welche in der Anwendung besondere Fragen aufwerfen.

4.1. Parteien am Verfahren

[Rz 46] Bereits der unklare Wortlaut von Art. 335j OR, welcher die einzelnen Parteien in einem Schiedsverfahren nicht ausdrücklich nennt, sondern bloss generell auf «die Parteien» verweist, wirft erste Fragen auf. So ist insbesondere unklar, ob mit Gegenpartei des Arbeitgebers «die Arbeitnehmer» gemeint sind, so wie es ggf. aus Art. 335h und Art. 335i Abs. 1 OR abgeleitet werden könnte, oder ob sich der Verweis auf die Verhandlungsparteien von Art. 335i Abs. 2 OR bezieht, d.h. namentlich Arbeitnehmervverbände, Arbeitnehmervertretung und Arbeitnehmer; die Botschaft schweigt sich diesbezüglich aus.

[Rz 47] Sofern auch die Arbeitnehmervverbände und die Arbeitnehmervertretungen gemeint waren, stellt sich insbesondere die Frage nach deren Partei- und Prozessfähigkeit. Sofern die Klägerrolle den Arbeitnehmern zukommt,³² ist wiederum fraglich, wer von den Arbeitnehmern als Kläger auftreten muss, d.h. ob alle Arbeitnehmer gesamthaft im Sinne einer Streitgenossenschaft klagen müssen, ob die Mehrheit der Arbeitnehmer klagen muss, ob diejenigen Arbeitnehmer klagen müssen, welche direkt von den Kündigungen betroffen sind, oder ob auch bloss einzelne der betroffenen Arbeitnehmer klagen können. Sofern nicht alle Arbeitnehmer gemeinsam klagen müssen, stellt sich dann weiter die Frage ob das Rechtsbegehren auf einen für alle Arbeitnehmer des Betriebs oder zumindest auf einen für alle von den Entlassungen betroffenen Arbeitnehmer geltenden Sozialplan lauten muss, oder ob auch ein Sozialplan verlangt werden kann, welcher

kürlich bezeichnet, als sie keinen konkreten Bezug zu den Massnahmen haben könnte, die vielleicht einmal in einem Sozialplan vorgesehen würden (Botschaft, 6498 f.).

³¹ Vgl. STÖCKLI, Fn. 19, S. 106 mit dem Hinweis darauf, dass auch in andern Rechtsordnungen die Zwangsschiedsgerichtsbarkeit höchstens als ausnahmsweise zulässig betrachtet wird.

³² Grundsätzlich könnte auch der Arbeitgeber als Kläger auftreten, doch erscheint unwahrscheinlich, dass ein Arbeitgeber tatsächlich ein Interesse daran haben könnte.

bloss auf die klagenden Arbeitnehmer Anwendung findet. Sofern ein gemeinsames Vorgehen nicht als zwingend erachtet wird, wäre zumindest ein koordiniertes Vorgehen zu fordern (wie es die bundesgerichtliche Rechtsprechung bspw. für Klagen nach Art. 260 SchKG verlangt³³).

4.2. Bestellung des Schiedsgerichts

[Rz 48] Sofern sich die Parteien nicht über die Person des Schiedsrichters einigen können, wird dieser vom zuständigen Gericht eingesetzt.³⁴ Mangels ausdrücklicher Parteivereinbarung wird am ehestens das Gericht am Betriebsort bzw. ggf. am Sitz des Arbeitgebers zuständig sein.³⁵

[Rz 49] Gemäss Art. 360 ZPO können die Parteien frei vereinbaren, aus wie vielen Mitgliedern das Schiedsgericht besteht; falls sie nichts vereinbart haben, wird ein Dreierschiedsgericht bestellt.

[Rz 50] Einschränkungen dazu, wer als Schiedsrichter eingesetzt werden soll, scheinen keine zu bestehen, die Botschaft verweist etwa auf die eidgenössische Einigungsstelle gemäss dem Bundesgesetz vom 12. Februar 1949 über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten bzw. auf kantonale Einigungsämter, auf paritätische Schlichtungs-/Schiedsorgane gemäss GAV, auf ad-hoc Schiedsorgane oder auf «einzigste Vertrauenspersonen».³⁶ Es scheint, salopp gesagt, völlige Willkür erlaubt zu sein. Ein Ausblick ins Ausland, welches eine Sozialverhandlungspflicht schon länger kennt, sei deswegen von Interesse. In Deutschland zum Beispiel ist bei Nichteinigung bzgl. eines Sozialplanes die Einigungsstelle zuständig, welche aus einer gleichen Zahl von Beisitzern, welche von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite gewählt werden, wie aus einem unabhängigen Vorsitzenden. Durch Betriebsvereinbarung kann eine ständige Einigungsstelle eingesetzt werden (§76, §112(4) Betriebsverfassungsgesetz).

4.3. Kostenauflegung

[Rz 51] Vom Gesetzgeber ebenfalls offen gelassen wurde weiter, wer den Kostenvorschuss bzw. die Verfahrenskosten tragen soll und ob sowie ggf. wie Parteikosten zugesprochen werden sollen.

4.3.1. Kostenvorschuss

[Rz 52] Gemäss Art. 378 ZPO kann das Schiedsgericht einen Kostenvorschuss verlangen und, sofern keine Parteiabrede vorliegt, die Höhe des Vorschusses jeder Partei bestimmen. Der Kostenvorschuss wird anhand der folgenden Kriterien festgesetzt: Komplexität der Sache, Streitwert, mutmasslicher Umfang des Beweisverfahrens, mutmassliche Parteientschädigung (Kosten der anwaltlichen Vertretung, Reisen, Zeugen, etc.).³⁷

[Rz 53] Insbesondere in Fällen mit einer hohen Anzahl betroffener Mitarbeiter wird regelmässig von einem relativ hohen Streitwert und einem einigermaßen komplexen Verfahren auszugehen sein. Da es sich um ein privates Verfahren handelt, d.h. nicht etwa wie im staatlichen Gerichtsverfahren die Allgemeinheit einen Teil der Kosten mittragen wird, ist von beträchtlichen Verfah-

³³ BGE 136 III 534E. 2.1; BGE 121 III 488E. 2; BGE 121 III 291E. 3a

³⁴ Art. 356 ZPO i.V.m. Art. 362 ZPO.

³⁵ Stöckli, Fn. 19, S. 102 mit Verweis auf Art. 355 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 34 Abs. 1 ZPO.

³⁶ Vgl. Botschaft, 6500.

³⁷ TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 1859.

renskosten auszugehen. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, welche Partei den Kostenvorschuss zu bezahlen hat sowie was passiert, wenn diese Partei ihn nicht bezahlt:

[Rz 54] Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Arbeitgeber bei Nichteinigung über einen Sozialplan kein Interesse an einem Schiedsverfahren haben wird. Folglich wird in der Praxis wohl immer der Arbeitnehmerseite die Klägerrolle zukommen. Sofern der Kostenvorschuss ganz oder teilweise dem Arbeitgeber aufgetragen werden sollte, könnte sich dieser weigern, den entsprechenden Vorschuss zu bezahlen, womit ihn die Arbeitnehmerseite übernehmen müsste, falls sie nicht das Scheitern des Schiedsverfahrens wagen will. Ob die Arbeitnehmerseite, insbes. wenn kein Verband sondern eine Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer selbst als Kläger auftreten, den ganzen Kostenvorschuss aber zu tragen vermag bzw. zu tragen bereit ist, kann allerdings fraglich sein. Es besteht somit die Gefahr, dass die Arbeitnehmerseite bereits aufgrund des zu leistenden Vorschusses von der Aufrufung eines Schiedsgerichts abgehalten werden könnte.

4.3.2. Kostenverteilung/Parteientschädigung

[Rz 55] Gemäss Art. 384 Abs. 1 lit. a ZPO wird die Kostenverteilung im Schiedsspruch vorgenommen. Das Schiedsgericht hat somit die Befugnis über die Verteilung der Verfahrenskosten zu entscheiden, sofern keine anderweitige Parteiabrede vorliegt. Die Verteilung der Parteientschädigung erfolgt grundsätzlich nicht von Amtes wegen, da dies sonst zur Verletzung des *extra petita*-Verbotes führen würde. Ausnahmen sind gegeben, wenn eine anderweitige Parteiabrede vorliegt oder wenn zugrundeliegende Verfahrensordnung dem Schiedsgericht die Befugnis von Amtes wegen erteilt.³⁸

[Rz 56] Es gilt folglich zwischen den Verfahrenskosten und der Parteientschädigung zu unterscheiden. Die Verfahrenskosten sind mangels anderweitiger Parteiabrede vom Schiedsgericht zu bestimmen (Art. 373 Abs. 2 ZPO). Das Schiedsgericht kann hierbei sämtliche Kosten berücksichtigen wie zum Beispiel Honorare und Spesen der Schiedsrichter, Kosten für Beweismnahmen (Experten, Gutachten), administrative Auslagen, Kosten für die Infrastruktur, Personal, etc.³⁹ Die Parteientschädigung wird mangels expliziter oder konkludenter Parteiabrede vom Schiedsgericht festgelegt und kann Honorare der anwaltlichen Vertretung, Entschädigungen an Sachverständige und Zeugen, ferner Reisen- und Aufenthaltskosten, sowie einen allfälligen Kostenvorschuss der obsiegenden Partei beinhalten. Ggf. könnte seitens des Arbeitgebers gar Belastung des Managements, Produktivitätsverlust und entgangener Gewinn in Folge des Verfahrens geltend gemacht werden.⁴⁰

[Rz 57] Die Verteilung der Kosten richtet sich primär nach Parteivereinbarung. Fehlt eine entsprechende Absprache über die Kostentragung, entscheidet das Schiedsgericht über die Kostentragung. Es ist nicht auszuschliessen, dass die Kosten zumindest teilweise den Arbeitnehmern auferlegt werden, eine Möglichkeit, welche die Arbeitnehmerseite wiederum davon abhalten mag, ein Schiedsverfahren durchzuführen.

³⁸ Göksu, Fn. 36, Rz. 1874.

³⁹ Göksu, Fn. 36, Rz. 1873.

⁴⁰ Göksu, Fn. 36, Rz. 1875.

4.3.3. Lösungsansätze

[Rz 58] Ein Schiedsverfahren nach Art. 335j OR kann sich zu einem kostenintensiven Verfahren entwickeln, was eine Rechtswegbarriere darstellen mag.⁴¹ Eine Lösung dieses Problems könnte wohl bloss über eine Gesetzesänderung bewirkt werden, also bspw. entweder durch Einführung einer gesetzlichen Regelung wonach, bspw. ausser in Fällen von Rechtsmissbrauch, der Kostenvorschuss/die Kosten grds. vom Arbeitgeber zu tragen wären (ähnlich wie bei der Sonderprüfung, bei welcher die Kosten grds. von der Gesellschaft zu tragen sind, vgl. Art. 697g OR), oder dann durch Einführung eines staatlichen Schiedsgerichts, welches bis zu einem gewissen Streitwert — welcher wohl von der Anzahl der betroffenen Mitarbeiter abhängen müsste, um nicht Arbeitnehmer in Fällen mit mehr Entlassungen und damit in der Regel grösserem Streitwert gegenüber solchen in Fällen einer geringeren Anzahl von Entlassungen zu diskriminieren — kostenlos wäre.⁴²

[Rz 59] Es kann rechtsvergleichend darauf hingewiesen werden, dass in Deutschland die Kosten der Einigungsstelle, sowie der ausserbetrieblichen Vorsitzenden und Beisitzer, vom Arbeitgeber zu tragen sind (§76a Betriebsratsverfassungsgesetz). Ob eine solche Regelung in der Schweiz auch Eingang findet, wird sich zeigen.

4.4. Dauer des Verfahrens

[Rz 60] Ein weiteres Problem der Zwangsschiedsgerichtsbarkeit liegt darin, dass die Schiedsverfahren voraussichtlich einige Zeit in Anspruch nehmen werden, d.h. der Schiedsspruch wohl oftmals erst gefällt werden wird bzw. vollstreckbar werden wird, nachdem der Arbeitgeber die Kündigungen bereits ausgesprochen hat. Damit aber reduziert sich die Anzahl Möglichkeiten, was in einem Schiedsverfahren tatsächlich im Rechtsbegehren verlangt werden kann, da nach Aussprache der Kündigungen wenig Interesse an Regeln für kürzere Kündigungsfristen für Arbeitnehmer oder Mithilfe bei der Stellensuche u.ä. bestehen wird. Schiedssprüche werden damit in der Regel wohl einzig auf nachträglich zugesprochene Abgangsentschädigungen lauten — ein Ergebnis, das man allerdings einfacher und günstiger hätte haben können, etwa durch Einführung einer gesetzlichen Pflicht für Abgangsentschädigungen.⁴³

4.5. Vertraulichkeit

[Rz 61] Grundsätzlich sind Schiedsverfahren nach ZPO im Gegensatz zu staatlichen Verfahren keine öffentlichen Verfahren. Daher sind weder die breite Öffentlichkeit noch die Medienschaffenden anspruchsberechtigt am Verfahren teilzunehmen.⁴⁴ Zudem wird der Schiedsspruch grundsätzlich nicht veröffentlicht, ausser die Parteien stimmen dem zu.⁴⁵ Dies alles wird dazu führen, dass sich die Rechtsentwicklung nicht nachvollziehen lässt resp. es nicht zu einer fort-

⁴¹ Göksu, Fn. 36, Rz. 342.

⁴² Es kann an dieser Stelle auch auf Art. 89 des Krankenversicherungsgesetzes (KVG) verwiesen werden, welcher für Streitigkeiten zwischen Versicherern und Leistungserbringern ebenfalls ein Schiedsverfahren vorsieht, allerdings bestimmt, dass es sich dabei um ein kantonales Schiedsgericht handelt, welches paritätisch zusammengesetzt sein soll und dass der Kanton das Verfahren regelt, welches einfach und rasch sein soll.

⁴³ Gemeint: Abgangsentschädigungen über die in Art. 339b OR genannten hinaus.

⁴⁴ Göksu, Fn. 36, Rz. 1891.

⁴⁵ Göksu, Fn. 36, Rz. 1895.

laufenden Sammlung von Schiedssprüchen kommen wird.

IV. Fazit

[Rz 62] Dem mit heisser Nadel gestrickten systemischen Bruch, d.h. der Abkehr weg vom Arbeitskampf hin zur Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, hätte etwas mehr Beratung vor seiner Einführung gut getan. Weder gliedern sich die neuen Bestimmungen nahtlos in diejenigen der Massenentlassung ein, noch scheinen sie vollständig durchdacht.

[Rz 63] Die Durchführung eines Schiedsverfahrens erscheint unvorteilhaft für alle Beteiligten, sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber werden mit einem kaum voraussehbaren Entscheid eines Schiedsgerichts, welcher in der Regel wohl erst nach Aussprechen der Kündigungen vorliegen bzw. vollstreckbar sein wird, schlecht bedient sein. Es empfiehlt sich daher einerseits, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Konstellationen, welche von Art. 335i Abs. 1 OR erfasst sein können, rechtzeitig klare Regeln aufstellen, wie ein allfälliges Schiedsverfahren zu handhaben wäre, d.h. insbes. wann Verhandlungen überhaupt im Sinne von Art. 335j Abs. 1 OR als gescheitert angesehen werden sollen, von wem, wie und innert welcher Frist das Schiedsgericht konstituiert werden sollte, nach welchen Bestimmungen und innert welcher Frist dieses entscheiden sollte sowie wer die Kosten inkl. Kostenvorschuss zu welchen Teilen zu tragen hätte. Um aber möglichst gar nicht in die Lage zu kommen ein Schiedsverfahren einleiten zu müssen, empfiehlt sich weiter bei grösseren Entlassungen eine rechtzeitige und sorgfältige Planung um das ggf. gleichzeitig durchzuführende Konsultationsverfahren nach Art. 335f OR und die Sozialplanverhandlungen nach Art. 335i OR sauber koordinieren zu können.

LAURA WIDMER, Rechtsanwältin, LL.M., Associate bei Bär & Karrer AG, Zürich.

Mit bestem Dank an Michelle Seiler, Substitutin bei Bär & Karrer AG, für die tatkräftige Mitarbeit.