Urteilskopf

123 III 176

30. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. April 1997 i.S. Verein Gewerkschaft X. gegen Y. AG (Berufung)
Regeste (de):
Art. 335d ff. OR und Mitwirkungsgesetz. Massenentlassung.

Klageberechtigung der Verbände (E. 1).

Anwendbarkeit der Vorschriften über die Massenentlassung im Falle der Nachlassliquidation (E. 3).

Pflicht, die Arbeitnehmer zu konsultieren. Zeitpunkt und Dauer der Konsultation (E. 4).

Regeste (fr):
Art. 335d ss CO et loi sur la participation. Licenciement collectif.

Qualité pour recourir des associations (consid. 1).

Applicabilité des dispositions sur le licenciement collectif en cas de liquidation concordataire (consid. 3).

Obligation de consulter les travailleurs. Moment et durée de la consultation (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 335d segg. CO e Legge sulla partecipazione. Licenziamento collettivo.

Legittimazione attiva delle associazioni (consid. 1).

Applicabilità delle norme sul licenziamento collettivo in caso di liquidazione concordataria (consid. 3).

Obbligo di consultare i lavoratori. Momento e durata della consultazione (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 176

BGE 123 III 176 S. 176

A.- Die Bauunternehmung Y. AG beschäftigte im Frühjahr 1995 rund 400 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Bern, Sion und Freiburg. Seit längerer Zeit kursierten Gerüchte, dass sie sich in finanziellen Schwierigkeiten befinde. Am 18. Dezember 1994 gab die Y. AG in einer Pressemitteilung bekannt, dass sie "aufgrund der aktuellen Situation am Baumarkt sowie zur Verbesserung der geographischen Abstützung" eine künftige enge Zusammenarbeit mit der ebenfalls im Baugewerbe tätigen Z. SA beschlossen habe. In einem Schreiben vom gleichen Tag teilte sie dem Verein Gewerkschaft X. mit, sie werde ihn zu gegebener Zeit über den Verlauf der Verhandlungen orientieren. Am 17. Februar 1995 unterzeichneten die Y. AG und die Z. SA eine Absichtserklärung. Aus den sich daran anschliessenden Verhandlungen ging der Entwurf zu einem Grundvertrag hervor, wonach die Z. SA die Y. AG mit Unterstützung einer Bankengruppe unter Führung der V. Bank übernehmen

sollte. Mit Schreiben vom 17. Februar 1995 legte die V. Bank gegenüber der Z. SA die nochmals bankintern überarbeiteten Rahmenbedingungen für die vorgesehene Übernahme fest. Am 27. März 1995 teilte die Z. SA der V. Bank und der Y. AG mit, dass sie unter den gesetzten Bedingungen nicht zu einer Übernahme bereit sei, und schlug neue Verhandlungen vor.

Aufgrund dieser Antwort und der bekannten Position der Banken betrachtete die Y. AG die Übernahmeverhandlungen als gescheitert. An ihrer am Abend des 27. März 1995 stattfindenden Verwaltungsrats-Sitzung wurde deshalb beschlossen, um Nachlassstundung zu ersuchen und der gesamten Belegschaft vorsorglich zu kündigen. Das Gesuch um Nachlassstundung wurde am 28. März 1995 eingereicht. Am gleichen Tag wurden morgens um 11 Uhr der Verein Gewerkschaft X. und nachmittags die Belegschaft über das Scheitern der Übernahmeverhandlungen, das Gesuch um Nachlassstundung und die drohenden Kündigungen informiert und schriftlich aufgefordert, bis 12 Uhr des folgenden Tages Vorschläge zur Vermeidung der vorgesehenen Kündigungen oder zu deren Beschränkung sowie zur Milderung ihrer Folgen zu unterbreiten. Innert der gesetzten Frist ging ein solcher Vorschlag ein, den die Y. AG allerdings nicht weiterverfolgte. Am 29. März 1995 kündigte die Y. AG allen ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, worüber sie den Verein Gewerkschaft X. gleichentags orientierte. Mit Entscheid vom 18. Mai 1995 gewährte der Gerichtspräsident IV von Bern der Y. AG die Nachlassstundung.

B.- Am 30. August 1995 reichte der Verein Gewerkschaft X. beim Appellationshof des Kantons Bern Klage gegen die Y. AG ein mit dem Begehren, es sei gerichtlich festzustellen, dass die Beklagte die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer gemäss Art. 10 lit. c des Mitwirkungsgesetzes verletzt habe. Der Appellationshof wies die Klage mit Urteil vom 8. März 1996 ab.

C.- Das Bundesgericht heisst die Berufung des Klägers gut und schützt dessen Feststellungsbegehren.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Der Kläger stützt seinen Feststellungsanspruch auf Art. 15 Abs. 2 des Mitwirkungsgesetzes (SR 822.14). Nach dieser Bestimmung sind Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände berechtigt, auf Feststellung der Verletzung von gegenseitigen Rechten und Pflichten zu klagen, die sich für den Arbeitgeber und die Arbeitnehmer aus dem Mitwirkungsgesetz, insbesondere aus dessen Art. 9-14, ergeben. Mit dieser Sonderregelung anerkennt das Gesetz ein Interesse der Verbände, das Verhalten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gerichtlich auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen zu lassen. Der Nachweis eines zusätzlichen Feststellungsinteresses ist nicht erforderlich (vgl. zur entsprechenden Regelung von Art. 357b Abs. 1 lit. a OR BGE 111 II 358 E. 2a S. 361 sowie VISCHER, Der

Arbeitsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Basel, Bd. VII/1/III, 2. Aufl. 1994, S. 272 Fn. 54). Die Klageberechtigung des Klägers ist somit ohne weiteres gegeben. Sie wird denn von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt.

3. In rechtlicher Hinsicht ist zunächst streitig, ob die Vorschriften über die Massenentlassung auf den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar sind. Der Appellationshof und der Kläger bejahen die Anwendbarkeit. Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass, da die Nachlassstundung vom Gericht habe bewilligt und der Nachlassvertrag vom Gericht habe genehmigt werden müssen, eine "Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidung" vorliege, die gemäss Art. 335e Abs. 2 OR vom Anwendungsbereich der Vorschriften über die Massenentlassung ausgenommen sei. a) Die Lehre geht davon aus, dass die Vorschriften über die Massenentlassung im Falle des Konkurses des Arbeitgebers nicht anwendbar sind (BRÜHWILER, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2. Aufl. 1996, N. 2 zu Art. 335f und 335e OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 335e OR; GEISER, Massenentlassung, AJP 1995, S. 1416 f. Rz. 2.17; MÜLLER, Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen, ArbR 1995, S. 111; AUBERT, Die neue Regelung über Massenentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, S. 702). Demgegenüber soll ein Nachlassverfahren nach der Auffassung einer Reihe von Autoren die Anwendung der Art. 335d ff. OR nicht ausschliessen (AUBERT, a.a.O.; STAEHELIN, a.a.O.; MÜLLER, a.a.O.; unklar BRÜHWILER, a.a.O.). Die Begründung, die dafür angeführt wird, überzeugt allerdings nicht ohne weiteres. Zwar ist richtig, dass ein Nachlassverfahren nicht zwingend zur Einstellung des Betriebes führen muss. Das gilt aber auch für den Konkurs, ist es doch Aufgabe der Konkursverwaltung, gegebenenfalls mit Genehmigung der Gläubigerversammlung darüber zu befinden, ob ein zur Konkursmasse gehörender Betrieb geschlossen oder weitergeführt werden soll (vgl. GEISER, a.a.O.). Unter Umständen kann sogar der Gemeinschuldner ermächtigt werden, sein Gewerbe weiter zu betreiben (Art. 237 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Weder die gerichtlichen Bewilligungsbeschlüsse im Nachlassverfahren, noch das gerichtliche Konkurserkenntnis sind demnach Entscheide, die selber und unmittelbar dazu führen, dass der Betrieb nicht aufrecht erhalten werden kann. Es liegt daher höchstens im weiteren Sinne eine "Betriebseinstellung infolge gerichtlicher Entscheidung" gemäss Art. 335e Abs. 2 OR vor (GEISER, a.a.O., S. 1416 f. Rz. 2.17 f.). Im Falle des Konkurses lässt sich der Verzicht

auf die Anwendung der Art. 335d ff. OR jedoch allenfalls damit rechtfertigen, dass die Arbeitnehmer im Konkursverfahren als Gläubiger über Einflussmöglichkeiten verfügen, die über die Mitwirkungsrechte hinausgehen, welche ihnen die Art. 335d ff. OR gewähren, weshalb es kaum sinnvoll ist, parallel zum Konkursverfahren noch ein besonderes Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR durchzuführen (GEISER, a.a.O.). Wieweit sich ähnliche Überlegungen auch in bezug auf das Nachlassverfahren anstellen lassen, erscheint demgegenüber fraglich. Die Arbeitnehmer haben im Nachlassverfahren wegen ihrer Privilegierung bei der Kollokation (Art. 219 Abs. 4 erste Klasse lit. a SchKG) nur geringe Einflussmöglichkeiten, werden doch gemäss Art. 305 Abs. 2 SchKG die Stimmen der privilegierten Gläubiger bei der Ermittlung der Mehrheiten, die für das Zustandekommen des Nachlassvertrages erforderlich sind (Art. 305 Abs. 1 SchKG), gar nicht mitgerechnet. Ob ein Nachlassverfahren die Anwendung der Art. 335d ff. OR hinfällig werden lässt, braucht aber für den vorliegenden Fall nicht abschliessend geprüft zu werden. Denn der Umstand, dass die Arbeitnehmer im Nachlassverfahren Gläubigerstellung haben und an der Gläubigerversammlung teilnehmen können (AMONN, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 5. Aufl. 1993, S. 445 Rz. 50), vermöchte eine Konsultation im Sinne von Art. 335f OR, wenn überhaupt, jedenfalls erst ab dem Zeitpunkt zu ersetzen, in dem die Mitwirkungsmöglichkeit der Gläubiger aktuell wird. Die Gläubiger kommen im Nachlassverfahren indessen erst nach der gerichtlichen Bewilligung der Nachlassstundung im sogenannten Zustimmungsverfahren zu Wort (AMONN, a.a.O., S. 443 Rz. 40). Für Massenentlassungen, die der Arbeitgeber in der Zeit vor dem Bewilligungsentscheid konkret beabsichtigt, bleiben daher die Art. 335d ff. OR in jedem Fall anwendbar. b) Vorliegend ist die Nachlassstundung erst am 18. Mai 1995 bewilligt worden. Die konkrete Absicht, eine Massenentlassung vorzunehmen, musste sich bei der Beklagten jedoch spätestens im Laufe des Monates März 1995 gebildet haben, wurden doch die entsprechenden Kündigungen am 28. März 1995 offiziell angekündigt und am 29. März 1995 ausgesprochen. Die Vorschriften über die Massenentlassung haben deshalb Anwendung zu finden.

4. Nach Art. 335f Abs. 1 und 2 OR hat der Arbeitgeber, wenn er eine Massenentlassung beabsichtigt, die Arbeitnehmervertretung oder, falls keine solche besteht, die Arbeitnehmer zu konsultieren und ihnen die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu unterbreiten,

wie die Kündigungen vermieden oder deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können. Nach Ansicht des Klägers hat die Beklagte gegen diese Vorschrift verstossen, indem sie dem Kläger am 28. März 1995 eine Frist bis 12 Uhr des folgenden Tages zur Stellungnahme gesetzt hat. Der Kläger macht geltend, ihm und den Arbeitnehmern sei es unmöglich gewesen, innert einer derart kurzen Frist ihre gesetzlichen Mitwirkungsrechte wahrzunehmen. Die Beklagte stimmt dagegen der Auffassung des Appellationshofs zu, dass keine Verletzung der Bestimmungen über die Massenentlassung vorliege, weil die Ansetzung einer längeren Frist aufgrund der wirtschaftlichen Sachzwänge nicht möglich gewesen sei. Im übrigen vertritt sie auch die Meinung, das Gesetz verlange nicht, dass die Konsultationen zeitlich vor den Kündigungen vorgenommen würden, weshalb es auch nach dem 29. März 1995 ohne weiteres noch möglich gewesen wäre, Vorschläge zur Vermeidung von Kündigungen oder zur Milderung ihrer Folgen zu unterbreiten. a) Der Arbeitgeber ist nach Art. 335f Abs. 1 OR zur Einleitung der Konsultation verpflichtet, sobald er eine Massenentlassung beabsichtigt. Er darf somit nicht zuwarten, bis die Massenentlassung beschlossen ist. Der Sinn der Konsultation besteht darin, den Arbeitnehmern eine Einwirkung auf die Entscheidfindung des Arbeitgebers zu ermöglichen. Die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor er sich endgültig zu einer Massenentlassung entschliesst. Die Konsultation muss daher stattfinden, bevor der Arbeitgeber den definitiven Entschluss gefasst hat, eine Massenentlassung vorzunehmen (Zusatzbotschaft I, BBl 1992 V 409). Die Beklagte beruft sich deshalb zu Unrecht auf eine vereinzelte Äusserung, wonach der Arbeitgeber die Mitteilung, die das Konsultationsverfahren in Gang setzt, "entweder vor den Kündigungen oder spätestens mit diesen" vornehmen sollte (GEISER, a.a.O., S. 1419 Rz. 4.3); dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Das Konsultationsverfahren ist vor den Kündigungen zu eröffnen und zu beenden (MÜLLER, a.a.O., S. 126; AUBERT, a.a.O., S. 702 Rz. C4 und C6). Kündigungen, die vor Abschluss der Konsultation ausgesprochen werden, sind missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR (BRÜHWILER, a.a.O., N. 4 zu Art. 335f OR; MÜLLER, a.a.O., S. 127). Ausgehend davon bleibt im einzelnen folgendes festzuhalten: Der Arbeitgeber hat die Konsultation nicht erst unmittelbar vor den Kündigungen, sondern so frühzeitig einzuleiten, dass sie abgeschlossen

werden kann, bevor er sich endgültig entschliessen muss, ob und in welcher Form er die in Aussicht genommene Massenentlassung vornimmt. Eine Pflicht zur Einleitung der Konsultation besteht zwar nicht schon, wenn der Arbeitgeber entfernt mit der Möglichkeit rechnet, in der nächsten Zeit zu einer Massenentlassung schreiten zu müssen, wohl aber dann, wenn er sie konkret in Aussicht nimmt. Eine solche konkrete Absicht kann dabei durchaus auch in einem vorbehaltenen Entschluss bestehen. Als beabsichtigt im Sinne von Art. 335f OR hat daher eine Massenentlassung insbesondere auch dann zu gelten, wenn der Arbeitgeber sie zwar nur, aber immerhin für den Fall konkret plant, dass andere Pläne sich nicht verwirklichen lassen. b) Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmern nach einhelliger Lehre eine Frist zur Stellungnahme ansetzen (BRÜHWILER, a.a.O., N. 2 zu Art. 335f OR; STAEHELIN, a.a.O., N. 3 zu Art. 335f OR; GEISER, a.a.O., S. 1419 Rz. 4.3; AUBERT, a.a.O., S. 702 Rz. C6), was im übrigen auch dem klaren Willen des Gesetzgebers entspricht (Amtl.Bull. NR 1993, S. 1719, Voten Marti und Frey). Bei der Bemessung der Frist hat sich der Arbeitgeber an den Grundsatz

von Treu und Glauben zu halten. Die Arbeitnehmer müssen genügend Zeit erhalten, um die Informationen des Arbeitgebers (vgl. Art. 335f Abs. 3 OR) verarbeiten, konstruktive Vorschläge formulieren und sie dem Arbeitgeber zur Kenntnis bringen zu können (Zusatzbotschaft I, BBl 1992 V, S. 410; STAEHELIN, a.a.O., N. 3 zu Art. 335f OR; BRÜHWILER, a.a.O., N. 2 zu Art. 335f OR; AUBERT, a.a.O., S. 702 Rz. C6). Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass sowohl die Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber ein Interesse an einer raschen Ausarbeitung der Vorschläge haben (GEISER, a.a.O., S. 1419 Rz. 4.3; vgl. auch MÜLLER, a.a.O., S. 127 f.).
Im übrigen lassen sich indessen darüber, welche Konsultationsfrist im Einzelfall angemessen ist, keine allgemeinen Regeln aufstellen. Massgebend sind vielmehr die konkreten Umstände. Ins Gewicht fällt einerseits die Komplexität der sich stellenden Fragen. Anderseits ist die Dringlichkeit der beabsichtigten Massenentlassung zu berücksichtigen (MÜLLER, a.a.O., S. 128). Ist die Massenentlassung jedoch nur deshalb besonders dringlich geworden, weil der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren zu spät eröffnet hat, so vermag die Dringlichkeit keine Verkürzung der Konsultationsfrist zu rechtfertigen.
Eine zu kurze Dauer der Konsultation bedeutet, dass die Arbeitnehmer nicht rechtsgenüglich konsultiert worden sind. Lässt der

Arbeitgeber den Arbeitnehmern zuwenig Zeit zu einer sachgerechten Prüfung und Stellungnahme, so verletzt er die Pflichten, die ihm Art. 335f OR auferlegt. Die Kündigungen, die er im Anschluss an die ungenügende Konsultation ausspricht, sind deshalb missbräuchlich im Sinne von Art. 336 Abs. 2 lit. c OR (MÜLLER, a.a.O., S. 127). c) Im vorliegenden Fall macht die Beklagte zu Unrecht geltend, die Einreichung von Vorschlägen seitens der Arbeitnehmerschaft wäre auch noch möglich gewesen, nachdem die Kündigungen bereits ausgesprochen waren, konnte doch eine den Anforderungen von Art. 335f OR entsprechende Konsultation nur vor den Kündigungen stattfinden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Arbeitnehmerschaft in der Tat nur die Frist zur Verfügung stand, die ihr die Beklagte am 28. März 1995 bis 12 Uhr des folgenden Tages angesetzt hatte. Diese Frist aber erweist sich im Lichte des Ausgeführten (E. b hievor) jedenfalls als zu kurz, ob sie nun, wie im angefochtenen Urteil festgehalten, 24 Stunden oder, wie der Kläger heute geltend macht, noch weniger lang gedauert hat. Eine derart kurze Frist liess eine auf seriöse Abklärungen gestützte Stellungnahme zum vornherein nicht zu. Wieviel Zeit die Beklagte der Arbeitnehmerschaft genau hätte einräumen müssen, kann offen bleiben. Eine abschliessende Beurteilung dieser Frage hätte im übrigen auch zusätzliche tatsächliche Feststellungen zu den konkreten Umständen vorausgesetzt. Festzuhalten ist immerhin, dass die vom Kläger genannte Frist von mindestens vier bis sechs Wochen erheblich zu hoch gegriffen sein dürfte. Das ändert indessen nichts daran, dass der Kläger die von der Beklagten angesetzte Frist zu Recht als ungenügend beanstandet. Entgegen der Auffassung des Appellationshofs und der Beklagten lässt sich eine Verkürzung der Konsultationsfrist auf einen einzigen Tag auch nicht mit dem Hinweis auf "wirtschaftliche Sachzwänge" rechtfertigen. Die konkrete Absicht, die gesamte Belegschaft zu entlassen, falls die Übernahmeverhandlungen mit der Z. SA scheitern sollten, bestand bei der Beklagten offensichtlich schon einige Zeit vor dem 27. März 1995. Dass die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt hoffte, die Massenentlassung werde sich mit der Übernahme ihres Unternehmens durch die Z. SA abwenden lassen, bleibt unerheblich. Die Beklagte durfte mit der Einleitung der Konsultation nicht zuwarten, bis für ihren Verwaltungsrat die Unumgänglichkeit der Massenentlassung endgültig feststand. Sie hätte vielmehr die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer bereits vor dem 28. März 1995 konsultieren müssen. Weshalb ihr dies nicht möglich gewesen

sein sollte, ist angesichts der Verschwiegenheitspflicht, die Art. 14 des Mitwirkungsgesetzes der Arbeitnehmervertretung und den Arbeitnehmern auferlegt, nicht einzusehen. Die Dringlichkeit, mit der die Beklagte argumentiert, ist somit vor allem darauf zurückzuführen, dass das Konsultationsverfahren zu spät eingeleitet worden ist, und erscheint daher als weitgehend selbstverschuldet. Die Beklagte sucht zu Unrecht glauben zu machen, "wirtschaftliche Sachzwänge" hätten sie daran gehindert, der Arbeitnehmervertretung und den Arbeitnehmern mehr Zeit zur Stellungnahme einzuräumen, bevor sie die Kündigungen aussprach.
Die Beklagte hat demnach die Mitwirkungsrechte verletzt, die der Arbeitnehmerschaft aufgrund von Art. 10 lit. c des Mitwirkungsgesetzes in Verbindung mit Art. 335f OR zugestanden hätten. Das dahingehende Feststellungsbegehren des Klägers ist zu schützen. Das führt zur Gutheissung der Berufung.