

## Wie lange ist eine Kündigung bei unterlassener Anzeige der Massentlassung an das Arbeitsamt (Art. 335g Abs. 4 OR) unwirksam?

### Kommentar zu BGE 132 III 406 vom 19. Januar 2006

Auteur: Alfred Blesi

Domaines juridiques: Droit du travail

**Proposition de citation:** Alfred Blesi, Wie lange ist eine Kündigung bei unterlassener Anzeige der Massentlassung an das Arbeitsamt (Art. 335g Abs. 4 OR) unwirksam?, in : Jusletter 30. Oktober 2006

*Im Verfahren der Massentlassung muss die Arbeitgeberin dem kantonalen Arbeitsamt eine Anzeige mit den Ergebnissen der Konsultation und weiteren Angaben zur beabsichtigten Massentlassung zustellen. Das Bundesgericht äussert sich in BGE 132 III 406 zu den Rechtsfolgen bei unterlassener Anzeige.*

## Inhaltsverzeichnis

1. Sachverhalt
2. Art. 335g Abs. 4 OR
3. Entscheid des Bundesgerichts
4. Aufgaben des Arbeitsamtes
5. Kommentar

### 1. Sachverhalt

[Rz 1] Eine Arbeitgeberin musste im Verlauf des Jahres 2002 wegen schlechter wirtschaftlicher Lage ihren Personalbestand stark reduzieren und stellte im Frühjahr 2003 ihren Geschäftsbetrieb ganz ein. Die letzten zehn (von insgesamt 41) Kündigungen wurden innerhalb von knapp drei Wochen Ende 2002 ausgesprochen. Die Arbeitgeberin führte keine Konsultation durch und die Massentlassung wurde auch nicht dem kantonalen Arbeitsamt angezeigt. Das Arbeitsamt intervenierte erst im Juni 2003, nachdem es aus der Presse von den Kündigungen erfahren hatte. Zwei per Ende Februar 2003 entlassene Arbeitnehmer verlangten eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung infolge Verletzung der Bestimmungen über die Massentlassung.

Die Kläger machten insbesondere eine Verletzung von Art. 335g Abs. 4 OR geltend. Die Klageerhebung erfolgte am 19. September 2003, d.h. 203 Tage nach dem 28. Februar 2003. Wären die Arbeitsverhältnisse per Ende Februar 2003 beendet worden, wäre der Anspruch der Kläger nach Art. 336b Abs. 2 OR verwirkt. Hätte die unterlassene Anzeige der Massenentlassung an das Arbeitsamt dagegen eine Verlängerung der Arbeitsverhältnisse zur Folge, wären die Klagen innert der Frist von 180 Tagen rechtzeitig anhängig gemacht worden.

## 2. Art. 335g Abs. 4 OR

[Rz2] Nach Art. 335g Abs. 4 OR endet ein Arbeitsverhältnis, das im Rahmen einer Massenentlassung gekündigt worden ist, 30 Tage nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung an das kantonale Arbeitsamt, ausser wenn die Kündigung nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen auf einen späteren Termin wirksam wird. Die Anzeige an das Arbeitsamt muss die Ergebnisse der Konsultation und «alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung» enthalten. Das Gesetz enthält keine Regelung für den Fall, in welchem eine Arbeitgeberin die Anzeige an das Arbeitsamt mit (grosser) Verspätung erstattet oder ganz unterlässt. Es handelt sich um eine echte Gesetzeslücke<sup>1</sup>.

## 3. Entscheid des Bundesgerichts

[Rz3] Das Bundesgericht hält in [BGE 132 III 406](#) fest, dass sich der Endtermin der Arbeitsverträge der beiden Arbeitnehmer «spätestens bis zum Antritt ihrer neuen Stellen verlängert» habe. Mit dem Stellenantritt hätten die Kläger sinngemäss ihr Einverständnis mit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses erklärt. (Ein Kläger trat die neue Stelle am 24. März 2003, der andere am 14. April 2003 an. In beiden Fällen war die Frist nach Art. 336b Abs. 2 OR somit gewahrt.) Zwar gehe ein Hinausschieben des Termins der Beendigung der Arbeitsverträge während Jahren nicht an. Das Ende der Arbeitsverträge sei aber mit Rücksicht darauf festzulegen, wann allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können.

## 4. Aufgaben des Arbeitsamtes

[Rz4] Der Zweck der Anzeige der Resultate der Konsultation an das kantonale Arbeitsamt liegt darin, diesem zu ermöglichen, nach Lösungen zu suchen, nötigenfalls mit den Parteien Vermittlungsverhandlungen durchzuführen und Vorschläge – insbesondere über allfällige Abfindungen und soziale Begleitmassnahmen – auszuarbeiten (Erw. 2.4 des Bundesgerichts). Das Bundesgericht schliesst sich damit den entsprechenden Literaturmeinungen an<sup>2</sup>. Die Vermittlerfunktion des Arbeitsamtes wurde in den parlamentarischen Beratungen besonders hervorgehoben. Es soll den Dialog zwischen den beteiligten Parteien herbeiführen<sup>3</sup>.

[Rz5] Die Auffassung, wonach auch die Beratung der Parteien über die Möglichkeit sozialer Begleitmassnahmen einschliesslich individueller Unterstützung bei der Stellensuche und Umschulung zu den Aufgaben des Arbeitsamtes gehöre, wird aus der Europäischen Richtlinie abgeleitet<sup>4</sup>. Dabei ist zu beachten, dass in der Schweiz grundsätzlich die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung Stellensuchende individuell unterstützen. Nach Art. 17 Abs. 1 AVIG

muss – wer Versicherungsleistungen beanspruchen will – «mit Unterstützung des zuständigen Arbeitsamtes alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden oder zu verkürzen». Stellensuchbemühungen sind möglichst frühzeitig, d.h. noch während der Kündigungsfrist, nachzuweisen<sup>5</sup>. Die Arbeitslosenversicherung hat im Verlauf der letzten Jahre ein sehr umfangreiches und bedürfnisgerechtes Instrumentarium an arbeitsmarktlichen Massnahmen zur Vermeidung und Verkürzung von Arbeitslosigkeit entwickelt<sup>6</sup> und verschiedene auf die individuelle Arbeitsvermittlung spezialisierte Durchführungsorgane geschaffen<sup>7</sup>. Die dem Arbeitsamt nach Art. 335g Abs. 3 OR übertragene Aufgabe, nach Lösungen zu suchen «für die Probleme, welche die beabsichtigte Massenentlassung aufwirft», dürfte sich daher (heute vermehrt wieder) auf das Anbieten allgemeiner Vermittlungs- und Beratungsdienste beschränken, wie sie der Gesetzgeber in seinen Beratungen vorsah<sup>8</sup>. Dazu sollen dem Arbeitsamt – so die einhellige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung – 30 Tage zur Verfügung stehen.

## 5. Kommentar

[Rz 6] Das Bundesgericht will bei unterlassener Anzeige an das Arbeitsamt in [BGE 132 III 406](#) das Ende der Arbeitsverträge mit Rücksicht darauf festlegen, wann allfällige Tätigkeiten des Arbeitsamtes nach dem Zweck von Art. 335g OR nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können. Dadurch, dass die beiden klägerischen Arbeitnehmer im zu beurteilenden Sachverhalt relativ rasch (nach ½ bzw. 1½ Monaten) eine neue Stelle fanden (was das Bundesgericht als konkludentes Einverständnis mit der Vertragsbeendigung wertet), bleibt uns das Bundesgericht eine Antwort schuldig, ab wann die Tätigkeiten des Arbeitsamtes nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können. Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Beispiel, in welchem den letzten 10 (von ursprünglich 41) Arbeitnehmern per Ende Februar 2003 gekündigt wurde und sich das Arbeitsamt erst im Juni 2003 einschaltete, ist jedenfalls kaum vorstellbar, dass dieses seine Tätigkeiten noch hätte sinnvoll durchführen können. Wahrscheinlich ist, dass diejenigen Arbeitnehmer, die im Juni 2003 noch keine Stelle gefunden hatten, längst individuell vom zuständigen Regionalen Arbeitsvermittlungsamts betreut und mit arbeitsmarktlichen Massnahmen auf die Wiedereingliederung vorbereitet wurden. Der konkrete Fall zeigt, dass das Arbeitsamt seine Aufgabe, zu vermitteln und den Dialog zwischen den Parteien herbeizuführen, nur unmittelbar nach Aussprechung der Kündigungen «sinnvoll» ausüben kann. Die Parteien haben kurz zuvor möglicherweise zusammen mit den Sozialpartnern Lösungen gesucht, um die Zahl der Entlassungen zu verkleinern<sup>9</sup>. Für die von den Kündigungen schliesslich betroffenen Arbeitnehmenden gilt es, möglichst bald eine neue geeignete Stelle zu finden. Die Periode von 30 Tagen, die dem Arbeitsamt für die Ausübung seiner Tätigkeit vom Gesetzgeber zugestanden wurde, muss daher kurz nach Aussprechung der Kündigungen liegen. Es ist fraglich, ob das Arbeitsamt seine Vermittlungsdienste nach Ablauf der individuellen Kündigungsfristen noch sinnvoll ausüben kann. Ein Teil der Betroffenen wird in diesem Zeitpunkt bereits eine neue Stelle angetreten haben, der andere Teil wird von den Durchführungsorganen der Arbeitslosenversicherung betreut.

[Rz 7] Die Literaturmeinungen zur Rechtsfolge bei unterlassener Anzeige zeichnen sich durch eine gewisse Ratlosigkeit aus. Es ist richtig, dass der Wortlaut des Gesetzestextes auf eine unbefristete Weitergeltung des Arbeitsvertrags hinzudeuten scheint: Solange keine Anzeige an das Arbeitsamt erfolgt, kann die gültig ausgesprochene Kündigung nicht zur Beendigung des

Arbeitsverhältnisses führen. Diese Rechtsfolge aus dem Text von Art. 335g Abs. 4 OR abzuleiten, greift aber zu kurz. Da der Gesetzgeber offensichtlich vergessen hat, an die Möglichkeit einer ausbleibenden Anzeige zu denken, steht zwangsläufig die Frage im Vordergrund, wie er das Problem wohl geregelt hätte, wenn er daran gedacht hätte<sup>10</sup>. Eine Analyse der Materialien gibt wenig her. Die Botschaft enthält lediglich ein Beispiel, wonach eine Kündigung mit Wirkung auf den 31. Juli erst auf den 15. August wirken könne, wenn die Arbeitgeberin die Anzeige an das Arbeitsamt erst am 15. Juli gemacht habe<sup>11</sup>. Wenig Beachtung hat bisher die Analyse der europäischen Materialien gefunden. Interessant ist dabei, dass im Entwurf der entsprechenden europäischen Richtlinie<sup>12</sup> noch vorgesehen war, die Arbeitsämter zu ermächtigen, die Entlassungen zu verzögern oder zu verbieten. Diese sanktionierende Rechtsfolge wurde indessen bewusst fallengelassen<sup>13</sup>. Immerhin lässt sich daraus ableiten, dass der europäische Richtliniengeber den Arbeitsämtern eine solch einschneidende Eingriffsmöglichkeit in die Einzelarbeitsverträge nicht zugestehen wollte. Es ist kaum vorstellbar, dass der Schweizer Gesetzgeber, der im Gegensatz zum europäischen Gesetzgeber dem Arbeitsamt auch nicht die Kompetenz einräumt, die 30-Tage-Frist zu verlängern<sup>14</sup>, die Unterlassung der Anzeige mit der Rechtsfolge des unbefristeten Weitergeltens des Arbeitsverhältnisses verknüpfen wollte.

[Rz 8] Bei der Diskussion von Sanktionen und Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Verfahrensvorschriften bei Massentlassung darf schliesslich nicht vergessen werden, dass der Hauptzweck dieser Bestimmungen nicht im Individualschutz der Arbeitnehmer liegt, sondern eine arbeitsmarktpolitische Zielsetzung hat<sup>15</sup>. Der Arbeitsmarkt soll nicht (bzw. weniger stark) von unvorhergesehenen Massentlassungen überrascht werden, indem eine geregelte Arbeitsvermittlung vorbereitet werden kann<sup>16</sup>. Individualschutz der Arbeitnehmer stellt die Sanktionierung der Verletzung der Vorschriften zur Konsultation der Arbeitnehmer (-vertretung) dar: Eine ungenügende Konsultation bedeutet die Missbräuchlichkeit der anschliessenden Kündigung<sup>17</sup>, betroffene Arbeitnehmer können eine Pönalentschädigung nach Art. 336a OR geltend machen. Der arbeitsmarktpolitische Charakter zeigt sich dagegen typischerweise in Art. 335g OR. Dem Arbeitsamt sollen 30 Tage zur Verfügung stehen, um nach Lösungen für die durch die beabsichtigte Massentlassung aufgeworfenen Probleme zu suchen<sup>18</sup>. Die Regelung von Art. 335g Abs. 4 OR, wonach ein Arbeitsverhältnis nicht vor Ablauf von 30 Tagen nach Anzeige an das Arbeitsamt enden kann, bezweckt somit die Durchsetzung der Anzeige durch die Arbeitgeberin. Es gibt keine Hinweise darauf, dass es sich dabei um eine «Minimalsanktion» handelt, die verschärft wird, je länger die Arbeitgeberin mit der Anzeige zuwartet. Unter Berücksichtigung aller Umstände ist es daher sachgerecht, Art. 335g Abs. 4 OR so zu interpretieren, dass dem Arbeitsamt einerseits mindestens 30 Tage zur Lösungsfindung zur Verfügung stehen sollen, dass das einzelne Arbeitsverhältnis andererseits aber, bei verspäteter oder ganz unterbliebener Anzeige, um höchstens 30 Tage verlängert wird.

- 
- 1 Catherine Reiter, Die Mitteilung an das kantonale Arbeitsamt im Rahmen von Massentlassungen, Entscheide des Arbeitsgerichtes Zürich 2004, S. 67 ff.
  - 2 Streiff/von Kaenel, Kommentar Arbeitsvertrag, 6. A., Zürich 2006, N5 zu Art. 335g OR; Staehelin, Zürcher Kommentar, N3 zu Art. 335g OR; Roland A. Müller, Die neuen Bestimmungen über Massentlassungen, ArbR 1995, S. 132 f.
  - 3 Lienhard Meyer, Die Massentlassung, Basel 1999, S. 203.
  - 4 Müller (Fn. 2), S. 133; Streiff/von Kaenel, N5 zu Art. 335g OR.
  - 5 Art. 17 Abs. 2 AVIG; Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 2. A., Zürich 1998, 1.1 zu Art. 17 AVIG.
  - 6 Art. 59 bis Art. 75b AVIG, Art. 81 bis Art. 102c AVIV.
  - 7 Art. 85 bis Art. 85f AVIG, Art. 119 bis Art. 119d AVIV.
  - 8 Meyer (Fn. 3), S. 203 f.
  - 9 Art. 335f Abs. 2 OR.
  - 10 Art. 1 Abs. 2 ZGB.
  - 11 Zusatzbotschaft I zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 412.
  - 12 [Richtlinie 75/129/EWG](#) des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen.
  - 13 Rémy Wyler, Droit du travail, Bern 2002, S. 347 f.; Meyer (Fn. 3), S. 201 f. und 210 f.
  - 14 Streiff/von Kaenel, N5 zu Art. 335g OR; Meyer (Fn. 3), S. 201.
  - 15 Roland A. Müller (Fn. 2), S. 106 f.; Reiter (Fn. 1), S. 73; Meyer (Fn. 3), S. 150.
  - 16 Müller (Fn. 2), S. 107.
  - 17 Art. 336 Abs. 2 Bst. c OR.
  - 18 Müller (Fn. 2), S. 134; Meyer, (Fn. 3), S. 227; Reiter (Fn. 1), S. 73.