

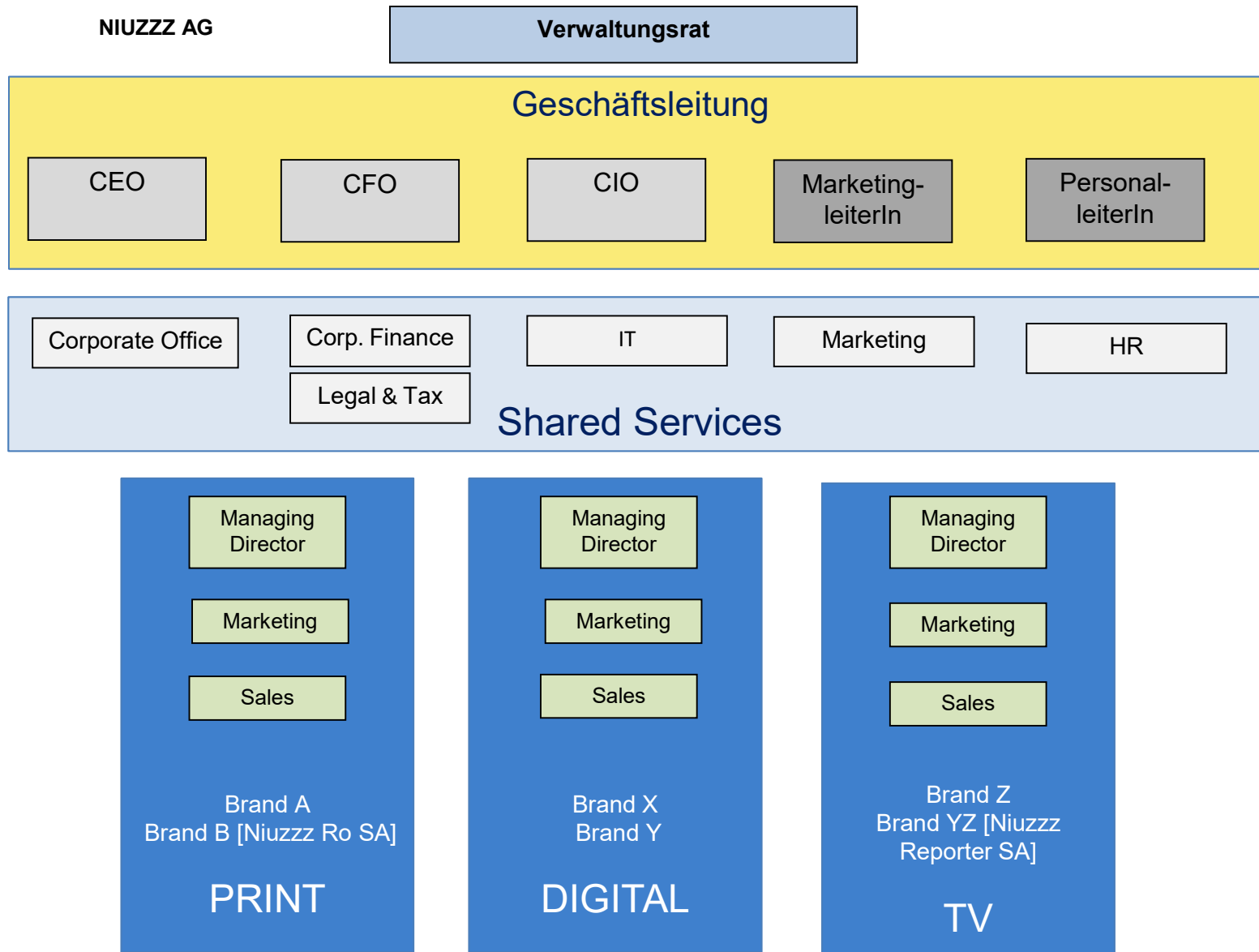
SAV Weiterbildungstage vom 14./15. September 2022

Wo ist der «Betrieb»? Ausgewählte Praxisfragen

Streiff von Kaenel AG
RAin lic. iur. LL.M. Romina Carcagni Roesler

Es war einmal... (Teil 1)





Ausgangslage Fallbeispiel

Niuzzz AG: «Müssen uns umfassend reorganisieren und von insgesamt 250 Mitarbeitenden mindestens 10% abbauen. In allen Geschäftsbereichen sind Massnahmen nötig.»

- 1. Droht eine Massenentlassung?**
- 2. Welche Informationen benötigen Sie für die arbeitsrechtliche Einordnung?**
- 3. Wenn eine Konsultation nötig ist, wen konsultieren Sie?**

Ein Blick ins Gesetz...

Art. 335d OR

IIbis. Massenentlassung

1. Begriff

Als Massenentlassung gelten Kündigungen, die der Arbeitgeber innert 30 Tagen in einem **Betrieb** aus Gründen ausspricht, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen, und von denen betroffen werden:

1. mindestens 10 Arbeitnehmer in **Betrieben**, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen;
2. mindestens 10 Prozent der Arbeitnehmer in **Betrieben**, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen;
3. mindestens 30 Arbeitnehmer in **Betrieben**, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

Art. 333 Abs. 1 OR

F. Übergang des Arbeitsverhältnisses

1. Wirkungen

¹ Überträgt der Arbeitgeber den **Betrieb** oder einen **Betriebsteil** auf einen Dritten, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten mit dem Tage der Betriebsnachfolge auf den Erwerber über, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt.

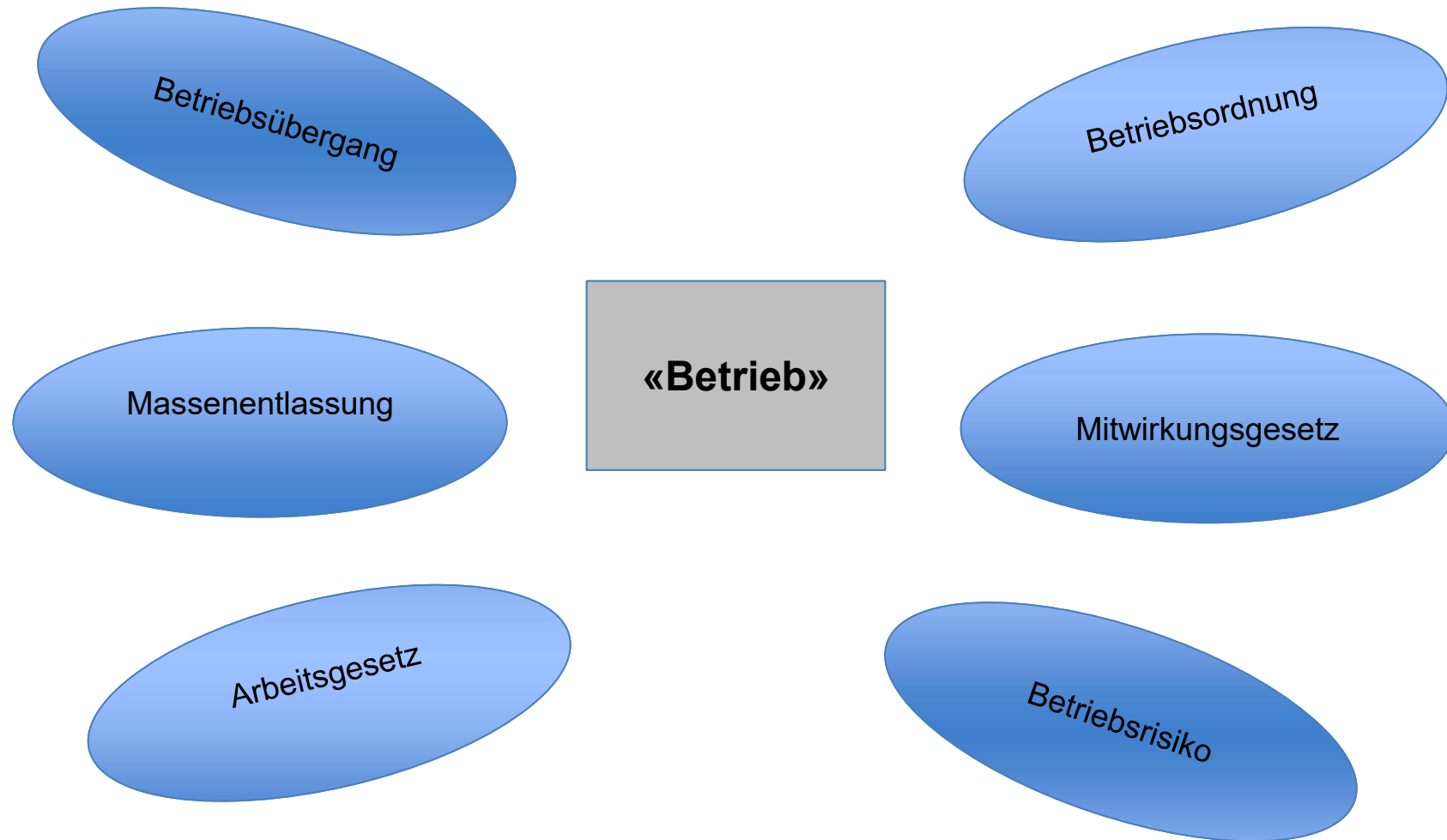
[...]

Art. 1 ArG

¹ Das Gesetz ist, unter Vorbehalt der Artikel 2–4, anwendbar auf alle öffentlichen und privaten **Betriebe**.

² Ein **Betrieb** im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn ein **Arbeitgeber** dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere **Arbeitnehmer beschäftigt**, **unabhängig** davon, ob bestimmte **Einrichtungen oder Anlagen** vorhanden sind. Wenn die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Gesetzes nur für einzelne **Teile eines Betriebes** gegeben sind, ist das Gesetz nur auf diese anwendbar.

³ Auf Arbeitnehmer, welche ein im Auslande gelegener Betrieb in der Schweiz beschäftigt, ist das Gesetz anwendbar, soweit dies nach den Umständen möglich ist.



«Betrieb» ≠ «Betrieb»

- Teils allgemein-untechnisch für «Arbeitgeber», «Unternehmen»
- Teils rechtstechnischer Begriff, Gehalt gemäss Gesetz, Lehre, Praxis
- Gehalt je nach Gesetz/Kontext unterschiedlich
- Anwendung Prüfkriterien in Praxis anspruchsvoll – Rechtsunsicherheit
- Komplexität erhöht durch Berücksichtigung von EU-Recht & Praxis (EuGH) bei Betriebsübergang und Massenentlassung
 - Kontroversen um «autonomen Nachvollzug» von Unionsrecht
 - Im Zweifel wird europarechtskonforme Auslegung angestrebt
 - Darf Schweizer Gericht EuGH-Praxis berücksichtigen, die nach Inkrafttreten einer (nachvollzogenen) Bestimmung ergeht?
 - Streitfrage ausdrücklich offengelassen in lesenswertem **BGE 4A_531/2021 vom 18. Juli 2022 E. 5.7**



«Betrieb» oder «Betriebsteil» gemäss OR 333 (1/2)

- Eine **auf Dauer gerichtete, in sich geschlossene organisatorische Leistungseinheiten**, die entweder selbständig (Betrieb) oder unselbständig, d.h. als Teil eines grösseren Verbundes (Betriebsteil), am **Wirtschaftsleben** teilnimmt (BGE 129 III 335 E. 2.1 S. 337)
- Organisatorische Zusammenfassung der **persönlichen, sachlichen und immateriellen Mittel**, die der fortgesetzten Verfolgung eines arbeitstechnischen - wirtschaftlichen oder ideellen - Zwecks dienen (Rehbinder/Stöckli)
- Keine blosser Befriedigung des Eigenbedarfs (Rehbinder/Stöckli, Portmann)
- Keine blosser Ansammlung einzelner Aufgaben, die organisatorisch nicht zusammengefasst sind (Portmann, Streiff/von Kaenel/Rudolph)
- Keine bloss auf ein einzelnes Projekt ausgerichtete Leistungseinheit (Wildhaber)



«Betrieb» oder «Betriebsteil» gemäss OR 333 (2/2)

- Betrieb kann sich nicht über mehrere juristische Personen erstrecken – auch im Konzern geht Selbständigkeit der einzelnen Gesellschaften dem Betriebsbegriff vor (BGE 137 III 27 E. 3.3)
- Nicht nötig: volle Autonomie, totale strukturelle Unabhängigkeit, Freiheit, alleine über eine Massentlassung zu entscheiden; «relative» Autonomie innerhalb verschiedener Betriebe genügt
BGE 4A_531/2021 vom 18. Juli 2022 E. 5.7
- Geographische Nähe irrelevant - keine Zusammenfassung nahe beieinander liegender Betriebe!
Klärung Kontroverse durch BGE 4A_531/2021 vom 18. Juli 2022 E. 5.7



«Betrieb» oder «Betriebsteil» gemäss Richtlinie 2001/23/EG

- **Wirtschaftlichen Einheit** im Sinne einer **organisierten Zusammenfassung von Ressourcen** zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit (Art. 1 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2001/23/EG)
- Wirtschaftliche Einheit ist i.d.R. eine organisierte Gesamtheit von Personen + Sachen; u.U. aber auch nur eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, denen eigens auf Dauer eine gemeinsame Aufgabe zugewiesen ist (EuGH Rs. C-458/05 Rz. 32; Rs. C-463/09 Rz. 36)
- Nicht auf Ausführung eines bestimmten Vorhabens/Projekts beschränkt (EuGH R. C-458/05, Rz. 31)
- Hinreichende Struktur nötig; zu prüfen: Personal, Führungskräfte, Arbeitsorganisation, Betriebsmethoden (EuGH Rs. C-12/95 Rz. 15)



Betriebsbegriff von OR 333 gilt **auch** für:

- OR 335d Schwellenwerte **Massenentlassung**
- OR 335i Schwellenwerte **Sozialplanpflicht** (wohl h.L.; umstritten)
- **Mitwirkungsgesetz**
 - Anwendungsbereich MWG
 - Anspruch auf Vertretung bei mind. 50 AN im Betrieb
 - Gibt Rahmen für Mitspracherecht nach ArG 48 zu Gesundheitsschutz, Arbeitszeit etc.

Betriebsbegriff von OR 333 gilt **nicht** für:

- Anwendungsbereich **Arbeitsgesetz** (unbestritten)
- **Mitbestimmung AN zu Kündigung Anschlussvertrag mit Vorsorgeeinrichtung** (ungeklärt)
 - Kündigung nur «im Einverständnis mit dem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung» (BVG 11 III^{bis})
 - BGE 146 V 169: Bei Verletzung Mitbestimmungsrechte ist Kündigung ungültig
 - Wer muss mitwirken? Alle Arbeitnehmer des betreffenden Arbeitgebers? Betriebszugehörige nach OR 333? (eher nein)
 - Nur Arbeitnehmer, die betreffender Vorsorge-einrichtung als versicherte Personen angehören? (Hürzeler/Biaggi)

Drei Q&As für Sie...



1. Ist das Home Office ein Betrieb nach Arbeitsgesetz?

- **Ja.** Arbeitsverhältnis genügt, Einrichtung und Anlagen irrelevant (Definition Betrieb in ArG 1 II)
- Ausnahme für private Haushaltungen nach ArG 2 I lit. g nicht anwendbar: Schliesst nur AN aus, die für private Bedürfnisse eines Arbeitgebers in fremdem Haushalt tätig sind.

[Aber Vorsicht: Hausangestellte, die in Dreieck-Konstellation über Personalverleih in privatem Haushalt arbeiten, sind Arbeitsgesetz unterstellt! Denn dann dient ihr Einsatz nicht nur dem privaten Bedürfnis des «Hausherrn», sondern auch den wirtschaftlichen Interessen des Verleihers. BGE 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021 E. 4.5]



2. Ist das Home Office ein (eigener) Betrieb nach OR 333?

- **Nein.** Nur einzelne Arbeitskraft + persönlicher Arbeitsplatz, keine darüber hinausgehende Zusammenfassung von Mitteln
- Privates Home Office entzieht sich vielmehr der Struktur und Arbeitsorganisation des Arbeitgebers

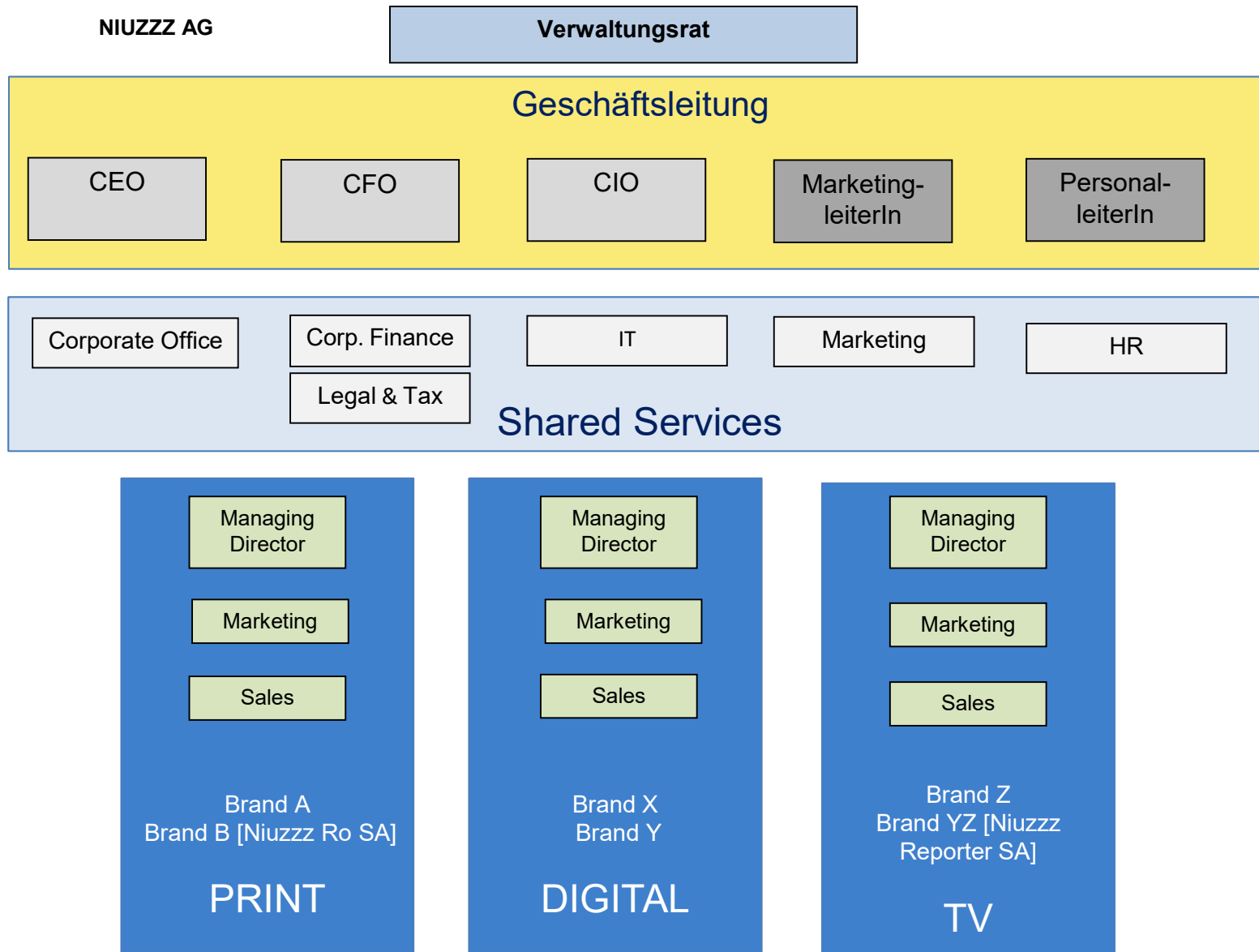
3. Ist eine einzelne Poststelle ein Betrieb nach OR 333?

BGE 4A_531/2021 vom 18. Juli 2022



Es war einmal... (Teil 2)

...zurück zur Niuzzzzzzzz



Niuzzz AG: «Müssen uns umfassend reorganisieren und von insgesamt 250 Mitarbeitenden mindestens 10% abbauen. In allen Geschäftsbereichen sind Massnahmen nötig.»

- 1. Droht eine Massenentlassung?**
- 2. Welche Informationen benötigen Sie für die arbeitsrechtliche Einordnung?**
- 3. Wenn eine Konsultation nötig ist, wen konsultieren Sie?**

1. Droht eine Massenentlassung?

- Unklar, massgebend für Schwellenwerte ist «Betrieb»
- Ist das ganze Unternehmen ein Betrieb oder hat es hier mehrere Betriebe?
- Wo sind die Mitarbeitenden, die in den verschiedenen Geschäftsbereichen tätig sind, angestellt? (Mitarbeitende zu jeweiliger Rechtsperson zuordnen)
- Wenn es mehrere Betriebe hat: Wie viele Mitarbeitende arbeiten üblicherweise in diesem Betrieb und wie viele Entlassungen sind dort beabsichtigt?



2. Welche Informationen benötigen Sie für die arbeitsrechtliche Einordnung?

- Erklärungen zu wirtschaftlichen Verhältnissen bei Klient
- Wie sind Tätigkeiten im Unternehmen und in den Bereichen Print, Digital, TV organisiert? Wie ist die Abhängigkeit untereinander und von Shared Services?
- Wer organisiert und führt die Ressourcen in den einzelnen Bereichen? Welche Kompetenzen hat der Managing Director? Wechseln die Mitarbeiter zwischen den verschiedenen Bereichen? Inwiefern sind die Bereiche frei, sich selbst/anders zu organisieren? Etc....

Niuzzz AG Inputs:

- Jeder Bereich für «seine Produkte» verantwortlich
- Je separates Budget, Business Plan, Ziele pro Bereich – Austausch mit Managing Director, aber durch GL final festgelegt
- IT und räumliche Infrastruktur oft geteilt (Desk Sharing)
- Je eigene personelle Mittel, separate Teams für Verkauf, Marketing
- Separate Arbeitsabläufe, z.B. eigenständige Planung und Durchführung von Meetings innerhalb der Bereiche
- Managing Director regelt Aufgaben, Zuständigkeiten in Teams
- Bei Personalfragen, Marketing und Verkauf enge Zusammenarbeit mit Shared Services, wenig mit anderen «operativen» Bereichen
- Arbeitsbedingungen einheitlich, wenig Flexibilität (z.B. Blockzeiten)
- Keine Kündigungen ohne Absprache mit Personalabteilung
- Pflichtenheft Managing Director erklärt Rolle, Verantwortlichkeiten

Wie bewerten Sie diese Inputs?

Was machen wir mit den drei Bereichen?

Was machen wir mit Shared Services?

- Ist das ein Betrieb oder gar mehrere Betriebe?
- Muss man die Shared Services Mitarbeiter einem der drei Bereiche Print, Digital, TV zuordnen? Nach welchen Kriterien?
- Angenommen Shared Services ist einfach «nichts», d.h. selbst kein Betrieb und die Mitarbeitenden sind nicht in anderem Betrieb zuzuordnen: Was bedeutet das für ihre Rechte im Rahmen der Reorganisation?



3. Wenn eine Konsultation nötig ist, wen konsultieren Sie?

OR 335f: Konsultation AN-Vertretung; wenn es keine gibt, AN direkt

Niuzzz AG: «Wir haben zum Glück eine Personalkommission für alle Mitarbeitenden. Sie wurde vor fünf Jahren bestellt. Wir haben den Mitarbeitenden der Niuzzz AG damals sieben Kandidaten vorgestellt – bewusst aus ganz verschiedenen Funktionen, z.B. Verkauf, Administration, IT – und die wurden mit klarer Mehrheit gewählt. Die Kommission ist engagiert und respektiert.»

Was meinen Sie?

Es bleibt spannend...

