

**Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht
Etudes de droit de procédure civile suisse**

Band / Volume 19

Sara Ianni

Dr. iur., Advokatin

**Die Stellung
des Arbeitnehmers in der
Insolvenz des Arbeitgebers
nach der Revision
des Sanierungsrechts**

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XXXIV
Abkürzungsverzeichnis	XXXVI
EINLEITUNG	1
TEIL 1: GRUNDLAGEN DES SCHULDBETREIBUNGS- UND KONKURSRECHTS	3
§ 1. ÜBERBLICK ÜBER DAS KONKURS- UND NACHLASS- VERFAHREN	3
I. Konkursverfahren	3
II. Nachlassverfahren	4
1. Nachlassstundung	5
1.1 Bewilligung der Nachlassstundung	5
1.2 Dauer der Nachlassstundung	6
1.3 Wirkung der Nachlassstundung	6
2. Abschluss eines Nachlassvertrages	7
2.1 Ordentlicher Nachlassvertrag	8
2.2 Liquidationsvergleich	9
3. Sanierung vor Ablauf der Stundung	9
§ 2. QUALIFIZIERUNG VON FORDERUNGEN AUS DAUERSCHULDVERHÄLTNISSEN IN DER INSOLVENZ	10
I. Dauerschuldverhältnis	10
II. Insolvenzforderungen	11
1. Konkursforderungen	11
2. Nachlassforderungen	12
III. Masseverbindlichkeiten	12
§ 3. NEUES KONZEPT DES SANIERUNGSRECHTS	13
I. Hintergründe der Revision des Sanierungsrechts	13
II. Etappen und Zielrichtung der Revision des Sanierungsrechts	14

TEIL 2: ABWICKLUNG VON ARBEITSVERTRÄGEN BEI INSOLVENZ DES ARBEITGEBERS	17
§ 4. AUSWIRKUNGEN AUF DEN BESTAND	17
I. Keine automatische Beendigung ex lege	17
II. Sinn und Zweck des Weiterbestands	18
III. Wahlrecht der Insolvenzorgane	18
1. Im Liquidationsfall	18
2. In der Nachlassstundung	20
3. Wahlrecht oder Wahlpflicht?	20
4. Unanfechtbarkeit des Wahlentscheids	21
§ 5. FORTFÜHRUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES	22
I. Vertragseintritt	22
1. Vorbemerkungen	22
2. Voraussetzungen des Vertragseintrittes	23
2.1 Art. 211a Abs. 2 SchKG im Verhältnis zu Art. 211 Abs. 2 SchKG	23
2.2 Regelungsinhalt von Art. 211 Abs. 2 SchKG	24
2.3 Regelungsinhalt von Art. 211a Abs. 2 SchKG	25
3. Form des Vertragseintrittes	26
4. Dauer der Weiterbeschäftigung	26
5. Vertragseintritt im Liquidationsfall	27
5.1 Im Konkursfall	27
5.2 Beim Liquidationsvergleich	28
6. In der Nachlassstundung	29
6.1 Vertragseintritt durch den Sachwalter	29
6.2 Vertragseintritt durch den Nachlassschuldner	31
7. Beim ordentlichen Nachlassvertrag	32
8. Auswirkungen auf Arbeitnehmerforderungen	32
8.1 Behandlung künftiger Forderungen als Masseverbindlichkeiten	32
8.1.1 Im Konkursfall	32
8.1.2 Beim Liquidationsvergleich	33

8.1.3	In der Nachlassstundung.....	33
8.1.4	Keine Masseverbindlichkeiten nach Beendigung der Inanspruchnahme der Arbeitsleistung	33
8.2	Behandlung von vor Vertragseintritt entstandenen Forderungen	36
8.2.1	Keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Eintritts des Insolvenzereignisses.....	36
8.2.2	Keine Umwandlung von Insolvenzforderungen in Masseverbindlichkeiten.....	36
8.3	Umfang der erfassten Forderungen	38
8.4	Würdigung von Art. 211a Abs. 2 SchKG	38
9.	Sicherheitsleistung nach Art. 211 Abs. 2 SchKG.....	39
9.1	Anwendbarkeit auf Arbeitsverhältnisse	39
9.2	Anspruch oder Obliegenheit?.....	40
9.3	Folgen der Verweigerung.....	41
9.4	Analoge Anwendung von Art. 211 Abs. 2 SchKG im Nachlassverfahren?	41
II.	Fortführung zu geänderten Bedingungen.....	42
1.	Änderungskündigung.....	43
2.	Aufhebungsvereinbarung.....	44
3.	Geltendmachung der Lohndifferenz.....	44
III.	Betriebsübergang	45
1.	Grundlagen	45
1.1	Übersicht	45
1.2	Betriebsbegriff.....	45
1.3	Betriebsübergang.....	45
1.4	Angleichung an die Richtlinien der EU	46
2.	Betriebsübergang ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers.....	47
2.1	Automatischer Übergang.....	47
2.2	Vom Betriebsübergang erfasste Arbeitsverhältnisse.....	48
2.3	Solidarhaftung	48
2.4	Zwingender Charakter von Art. 333 OR	49

3.	Betriebsübergang bei Insolvenz des Arbeitgebers	49
3.1	Rechtslage bis zum 31. Dezember 2013.....	50
3.1.1	Im Konkursfall.....	50
3.1.2	Im Nachlassverfahren	53
3.2	Rechtslage ab 1. Januar 2014	55
3.2.1	Selektionsrecht des Betriebserwerbers	55
a)	Hintergrund der Abschaffung des automatischen Übergangs	55
b)	Neuverhandlung von Arbeitsverträgen?	56
c)	Rechtsbehelfe der nicht übernommenen Arbeitnehmer.....	59
d)	Würdigung des Selektionsrechts des Betriebserwerbers	60
3.2.2	Ablehnungserklärung durch den Arbeitnehmer.....	61
a)	Sinn und Zweck	61
b)	Ablehnungsfrist	61
c)	Form.....	62
d)	Übergang trotz Ablehnung	63
3.2.3	Ausschluss der Solidarhaftung	64
a)	Keine Haftung des Betriebserwerbers	64
b)	Ausschluss der Haftung des Betriebsveräusserers....	65
c)	Keine Differenzierung zwischen Liquidationsfall und Nachlassstundung	65
d)	Würdigung des Ausschlusses der Solidarhaftung.....	67
3.2.4	Sinngemässe Anwendung der übrigen Bestimmungen von Art. 333 OR	68
a)	Abs. 1 von Art. 333 OR.....	68
b)	Abs. 1bis von Art. 333 OR	68
c)	Abs. 2 von Art. 333 OR.....	69
d)	Abs. 4 von Art. 333 OR.....	69
e)	Zusammenfassung	69
3.2.5	Sinngemässe Anwendung von Art. 333a OR	70

a)	Sinn und Zweck der Konsultationsrechte nach Art. 333a OR	70
b)	Zweckmässigkeit der sinngemässen Anwendung	71
3.2.6	Auswirkungen des Betriebsübergangs auf Arbeitnehmerforderungen	74
a)	Forderungen nicht übernommener Arbeitnehmer	74
b)	Forderungen übernommener Arbeitnehmer	75
3.2.7	Würdigung von Art. 333b OR	76
3.3	Betriebsübernahme durch die Insolvenzorgane?	77
4.	Kündigung im Hinblick auf den beabsichtigten Betriebsübergang	77
4.1	Vor Eintritt eines Insolvenzfalles	77
4.2	Neue Situation im Insolvenzfall	80
4.3	Zusammenfassung	80

§ 6.	VERTRAGSAUFLÖSUNG DURCH DIE INSOLVENZORGANE BZW. DEN NACHLASSSCHULDNER.....	81
I.	Im Liquidationsfall.....	81
1.	Explizite Kündigungserklärung	81
2.	Konkludente Kündigungserklärung.....	82
2.1	Verzicht auf Vertragseintritt.....	82
2.2	Freistellung.....	83
2.2.1	Rechtswirkung.....	83
2.2.2	Lohnanspruch oder Schadenersatzforderung?.....	84
II.	In der Nachlassstundung	85
1.	Während der provisorischen Nachlassstundung.....	85
2.	Während der definitiven Nachlassstundung	86
2.1	Ausserordentliches Kündigungsrecht bei Dauerschuldverhältnissen.....	86
2.1.1	Hintergrund	86
2.1.2	Voraussetzungen	88
2.2	Kein ausserordentliches Kündigungsrecht hinsichtlich Arbeitsverträgen.....	89
2.3	Würdigung von Art. 297a SchKG.....	90

III. Massentlassung	92
1. Allgemeine Grundlagen	92
1.1 Geltungsbereich	92
1.2 Anknüpfungspunkt „Betrieb“	93
2. Konsultationsverfahren	94
2.1 Beginn der Konsultationspflicht	94
2.2 Inhalt des Konsultationsverfahrens im weiteren Sinne	95
2.2.1 Informationspflicht	95
2.2.2 Konsultationspflicht im engeren Sinne	96
2.3 Informations- und Konsultationsberechtigte	96
2.4 Dauer des Konsultationsverfahrens	97
3. Anzeigepflicht des Arbeitgebers	98
3.1 Nach Art. 335g OR	98
3.2 Nach Art. 29 AVG	98
4. Massentlassung bei Insolvenz des Arbeitgebers	99
4.1 Im Liquidationsfall	99
4.1.1 Im Konkursfall	99
a) Rechtslage bis zum 31. Dezember 2013	99
b) Würdigung der Befreiung von den Bestimmungen über die Massentlassung im Konkursfall	102
4.1.2 Beim Liquidationsvergleich	103
a) Rechtslage bis zum 31. Dezember 2013	103
b) Würdigung der Befreiung von den Bestimmungen über die Massentlassung im Liquidationsfall	103
4.2 In der Nachlassstundung	104
4.2.1 Rechtslage bis zum 31. Dezember 2013	104
4.2.2 Würdigung der uneingeschränkten Anwendbarkeit von Art. 335d ff. OR in der Nachlassstundung	105
4.3 Beim ordentlichen Nachlassvertrag	107
4.4 Keine Sozialplanpflicht im Insolvenzfall	107
5. Verletzung der Bestimmungen über die Massentlassung	108
5.1 Verletzung der Konsultationsrechte	108

5.2	Unterlassen der Anzeige an das Arbeitsamt.....	109
IV.	Auswirkung der Vertragsauflösung auf Arbeitnehmer-	
	forderungen	109
1.	Behandlung von im Kündigungszeitpunkt bereits bestehenden	
	Forderungen.....	110
2.	Behandlung von nach Aussprechen bzw. infolge der Kündigung	
	entstehenden Forderungen.....	110
§ 7.	VERTRAGSAUFLÖSUNG DURCH DEN ARBEITNEHMER.....	111
I.	Auflösungstatbestände ex lege.....	112
1.	Vertragsrücktritt wegen Gläubigerverzuges	112
1.1	Im Liquidationsfall.....	112
1.1.1	Im Konkursfall	112
1.1.2	Beim Liquidationsvergleich	113
1.2	Bei der Nachlassstundung	113
2.	Kündigung aus wichtigem Grund.....	114
2.1	Im Liquidationsfall.....	114
2.1.1	Vorrang von Art. 337a OR?	114
2.1.2	Vorrang von Art. 107 OR?.....	115
2.1.3	Gefährdung der Arbeitnehmerforderungen als	
	wichtiger Grund.....	115
2.2	In der Nachlassstundung	117
3.	Kündigung wegen Zahlungsunfähigkeit.....	118
3.1	Art. 337a OR im Verhältnis zu Art. 83 OR.....	119
3.1.1	Art. 337a OR als lex specialis	119
3.1.2	Leistungsverweigerungsrecht.....	119
3.2	Sinn und Zweck von Art. 337a OR.....	120
3.3	Sicherheitsleistung nach Art. 337a OR	120
3.3.1	Art. 337a OR im Verhältnis zu	
	Art. 211 Abs. 2 SchKG	121
3.3.2	Fristansetzung zur Sicherheitsleistung	121
a)	Adressatenkreis	121
b)	Dauer	122

	3.3.3	Art der Sicherheitsleistung	124
	3.3.4	Umfang der Sicherheitsleistung.....	124
	3.4	Kein Kündigungsrecht nach erfolgter Sicherheitsleistung ..	126
	4.	Schadenersatzanspruch	127
	4.1	Bei Auflösung nach Art. 337 OR	127
	4.2	Bei Auflösung nach Art. 337a OR.....	128
	II.	Vertragliches Rücktritts- oder Kündigungsrecht.....	129
	III.	Behandlung von infolge vorzeitiger Vertragsauflösung entstehender Forderungen.....	131
§ 8.		„NICHTSTUN“.....	131
	I.	Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis	132
	1.	Art. 211a Abs. 1 SchKG als Beendigungsnorm?.....	132
	2.	Behandlung von nach Konkurseröffnung entstehenden Forderungen.....	133
	2.1	Auslöser des Lehrstreits.....	133
	2.2	Neu: Teilnahmeberechtigung ex lege	136
	3.	Zeitliche Begrenzung der Teilnahmeberechtigung am Konkurs ...	136
	3.1	Auf den „nächsten“ Kündigungstermin.....	137
	3.2	Sinngehalt von „höchstens“.....	138
	II.	Unter Anrechnung der Vorteile	139
	1.	Allgemeine Grundlagen zur Vorteilsanrechnung	140
	1.1	Pflicht zur Stellensuche?	140
	1.2	Potentieller Ersatzverdienst.....	141
	1.3	Einsparungen	142
	2.	Vorteilsanrechnung nach Art. 211a Abs. 1 SchKG	142
	2.1	Berechnung des anrechenbaren Verdienstes	143
	2.2	Meldepflicht	144
	2.3	Nach Abschluss des Konkursverfahrens	145
	2.4	Würdigung der Vorteilsanrechnung nach Art. 211a Abs. 1 SchKG.....	145
	III.	Weiterführung mit dem Schuldner persönlich.....	146
	IV.	Würdigung der neuen Regelung über das „Nichtstun“	146

V.	Analoge Anwendung im Nachlassverfahren?	147
1.	In der Nachlassstundung.....	147
2.	Beim Liquidationsvergleich	149
3.	Beim ordentlichen Nachlassvertrag.....	150
TEIL 3: EXKURS: ÖFFENTLICH-RECHTLICHE ANSPRÜCHE DES ARBEITNEHMERS NACH AVIG.....		151
§ 9.	INSOLVENZENTSCHÄDIGUNG	151
I.	Im Konkursfall	151
1.	Allgemeine Grundlagen.....	151
2.	Spezialfall Betriebsübergang.....	153
II.	In der Nachlassstundung	154
§ 10.	ARBEITSLOSENENTSCHÄDIGUNG	154
TEIL 4: ARBEITNEHMERPRIVILEG		157
§ 11.	GRUNDLAGEN	157
I.	Sinn und Zweck.....	157
II.	Regelungsinhalt von Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a bis a^{ter} SchKG	158
§ 12.	SACHLICHE BEGRENZUNG.....	159
I.	Arbeitsverhältnis	159
II.	Subordinationsverhältnis.....	160
1.	Praktikabilität und Effektivität dieser Einschränkung	160
2.	Keine rechtliche Grundlage	160
3.	Differenzierungsprobleme	161
4.	Massgebender Zeitraum	163
III.	Arten privilegierter Arbeitnehmerforderungen.....	163
§ 13.	ZEITLICHE BEGRENZUNG	164
I.	Von der „Entstehung“ zur „Fälligkeit“.....	165
1.	Auswirkungen der Erweiterung auf die Fälligkeit.....	165
2.	Würdigung dieser Auswirkungen	166
II.	Einführung der Vorwärtsbefristung	167
1.	Vor Eintritt des Insolvenzfalles angefallene Forderungen	167

	2. Nach Eintritt des Insolvenzfalles anfallende Forderungen	167
	III. Ausnahme: Rückforderungen betreffend Kautionen.....	168
	IV. Berechnung der Fristen	169
§ 14.	BETRAGSMÄSSIGE BEGRENZUNG	170
	I. Sinn und Zweck	170
	II. Verlauf der Gesetzesrevision	171
	III. Zweckmässigkeit der Koppelung an das Sozialversicherungsrecht	172
	IV. Berechnung der relevanten Lohnforderung	173
	V. Ausnahmen von der betragsmässigen Begrenzung	174
	1. Rückforderungen betreffend Kautionen	174
	2. Arbeitnehmerforderungen aus Sozialplänen.....	174
	2.1 Auswirkungen der Insolvenz auf Sozialplanforderungen....	175
	2.1.1 Im Liquidationsfall	175
	2.1.2 In der Nachlassstundung.....	177
	2.2 Einführung der Sozialplanpflicht.....	177
	2.2.1 Sinn und Zweck	179
	2.2.2 Begriff und Rechtsnatur.....	179
	2.2.3 Regelungsinhalt	181
	2.2.4 Geltungsbereich der Sozialplanpflicht.....	182
	a) Massgebende Einheit.....	183
	b) Massgeblichkeit der Staffelung von Kündigungen.	184
	2.2.5 Aufnahme von Verhandlungen.....	185
	2.2.6 Verhandlungsparteien.....	186
	2.2.7 Umfang der Ansprüche.....	188
	2.3 Zwangsschiedsgerichtsbarkeit	188
	2.3.1 Pflicht zur Anrufung eines Schiedsgerichts.....	188
	2.3.2 Verfahren.....	189
	2.4 Begrenzung der Sozialplanpflicht	190
	2.4.1 Konkurs oder Abschluss eines Nachlassvertrages..	190
	2.4.2 Gefährdung der Fortführung des Betriebes	192

2.4.3	Würdigung der Ausnahmetatbestände.....	194
2.5	Fortgeltung vorbestehender Sozialpläne	194
2.6	Würdigung der neuen Sozialplanpflicht.....	196
3.	Zweckmässigkeit der Ausnahme für Sozialplanforderungen	197
VI.	Praktische Relevanz	199
VII.	Zusammentreffen betragsmässig begrenzter und unbegrenzter Forderungen	199
§ 15.	ANWENDBARKEIT IM NACHLASSVERFAHREN	200
I.	Grundsatz: Analoge Anwendbarkeit.....	200
II.	Ungleichbehandlung im Vergleich zum Konkursfall.....	200
§ 16.	GELTENDMACHUNG DES ARBEITNEHMERPRIVILEGS	201
I.	Im Liquidationsfall.....	201
1.	Im Konkursfall.....	201
2.	Beim Liquidationsvergleich	201
II.	In der Nachlassstundung	202
III.	Beim ordentlichen Nachlassvertrag.....	202
TEIL 5: ÜBERGANGSRECHT ZUR ÄNDERUNG VOM		
21. JUNI 2013		203
§ 17.	REGELUNGSINHALT DER ÜBERGANGSBESTIMMUNG	203
§ 18.	MASSGEBENDES ÜBERGANGSRECHT HINSICHTLICH BESTIMMUNGEN AUSSERHALB DES NACHLASSVERFAHRENS.....	203
I.	Hinsichtlich Konkursbestimmungen	203
II.	Hinsichtlich materieller Bestimmungen.....	203
ABSCHLIESSENDE WÜRDIGUNG		205