Dr. iur. Franco Lorandi

Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers
Eine aktuelle Bestandesaufnahme zu ausgewählten Fragen

Die Insolvenz des Arbeitgebers hat verschiedene Auswirkungen auf den Arbeitsvertrag. Der Beitrag befasst sich mit ausgewählten Fragen. In Zentrum stehen die Fortführung des Arbeitsverhältnisses oder dessen Beendigung, die Kollokation von Forderungen der Arbeitnehmer und die Anwendbarkeit von Art. 333 OR.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
B. Fortführung der Arbeitsverhältnisse durch die Insolvenzorgane
  1. Ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers
  2. Nach Konkurseröffnung
  3. Während der Nachlassstundung
C. Beendigung von Arbeitsverhältnissen
  1. Keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ex lege
  2. Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Vorfeld einer Betriebsübernahme
  3. Massenentlassungen
D. Kollokation der Forderungen von Arbeitnehmern
  1. Grundsätze
  2. Bei Kündigung zufolge Konkurs oder Nachlassstundung
  3. Bei Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer
E. Art. 333 OR
  1. Allgemeines
  2. Haftung für Sozialabgaben?
  3. Relativ zwingender Charakter von Art. 333 Abs. 3 OR
  4. Anwendbarkeit von Art. 333 OR in der Insolvenz des Arbeitgebers
Literaturverzeichnis

A. Einleitung

[Rz 1] Eine Krise oder die drohende Insolvenz eines Unternehmens haben Auswirkungen auf viele Parteien. Dazu gehören neben den Aktionären, den Gläubigern, den Lieferanten, den Abnehmern und den Endabnehmern auch – und zwar in besonderen Masse – die Arbeitnehmer. So ist denn im Zusammenhang mit Krisen und Insolvenzverfahren von Unternehmungen immer zu Recht auch vom Verlust von Arbeitsplätzen die Rede. Dies kann mitunter auch Dimensionen annehmen, welche auch volkswirtschaftlich von Bedeutung sind.

[Rz 2] Die Arbeitnehmer sind von Krise und Insolvenz ihres Arbeitgebers gleich in zweifacher Hinsicht betroffen: Zum einen ist als Gläubiger ihr rückständiger und ihr zukünftiger Lohn gefährdet. Zum anderen droht der Verlust «ihres» Arbeitsplatzes, was gerade mittel- und langfristig (vor allem bei älteren Arbeitnehmern) von grosser Bedeutung und Tragweite sein kann.

[Rz 3] Nachfolgend sollen einzelne, ausgewählte Fragen, welche sich bei drohender oder tatsächlicher Insolvenz eines Arbeitgebers stellen, untersucht werden. Dabei wird jeweils unterschieden, ob sich der Arbeitgeber (noch) ausserhalb der Insolvenz befindet, ob er schon im Konkurs ist oder ob er sich in einem Nachlassverfahren befindet.

B. Fortführung der Arbeitsverhältnisse durch die Insolvenzorgane

[Rz 4] Die Arbeitnehmer möchten, dass ihr Arbeitverhältnis unbesehen der Probleme des Arbeitgebers fortgeführt

wird. An dieser Stelle soll auf die Fortführung der Arbeitsverhältnisse durch die *Insolvenzorgane*[1] eingegangen werden. Dabei handelt es sich um eine vollstreckungsrechtliche Frage. Dementsprechend sind auch die Folgen vollstreckungsrechtlich. Soweit eine vollstreckungsrechtlich relevante Fortführung des Arbeitsverhältnisses gegeben ist, liegt eine *Masseverbindlichkeit* vor. Diese wird bekanntlich vorgängig aller Konkurs- oder Nachlassforderungen aus der Masse getilgt (Art. 262 SchKG).

1. Ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers

[Rz 5] Eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses durch Insolvenzorgane gibt es ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers nicht. Es gibt keine vollstreckungsrechtlichen Wirkungen. Namentlich liegen keine Masseverbindlichkeiten vor. Die Wirkungen sind allein (die üblichen) zivilrechtlichen.

2. Nach Konkurseröffnung

[Rz 6] Namentlich im Hinblick auf die Veräusserung eines Betriebs oder Betriebsteils kann es Sinn machen, den Geschäftsbetrieb ausnahmsweise auch noch nach Konkurseröffnung weiterzuführen. Der Beschluss, den Betrieb weiterzuführen, kann von der Konkursverwaltung (Art. 223 Abs. 1 SchKG), von der Gläubigerversammlung (Art. 238 Abs. 1, Art. 253 Abs. 2 SchKG) oder vom Gläubigerausschuss gefällt werden (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG). Die Vollstreckungsorgane werden den Betrieb nur weiterführen, wenn sie sich davon unmittelbar (z.B. durch Fertigstellung von Produkten oder den Abschluss von Dienstleistungen) oder durch bessere Verwertung mittelbar einen Vorteil versprechen.

[Rz 7] Die Weiterführung des Betriebs (oder eines Teils davon) bedeutet in aller Regel, dass die Arbeitsverhältnisse (oder ein Teil davon) weitergeführt werden. Wenn dies erfolgt, liegt ein Eintritt der Konkursmasse in die entsprechenden Arbeitsverträge gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG vor. Dieser bewirkt nach geltendem Recht, dass sämtliche Forderungen der Arbeitnehmer als *Masseverbindlichkeiten* gelten[2].

3. Während der Nachlassstundung

[Rz 8] Bei Bewilligung der Nachlassstundung wird ein Sachwalter bestimmt (Art. 293 Abs. 3, Art. 295 Abs. 1 SchKG). Diesem kommt hoheitliche Funktion zu. In aller Regel kommen ihm in Bezug auf die Geschäftsführung nur Überwachungsaufgaben zu (Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG). Der Nachlassrichter kann dem Schuldner jedoch die Geschäftsführungsbefugnis auch entziehen und diese auf den Sachwalter übertragen (Art. 298 Abs. 1 und Abs. 3 SchKG). Dem Sachwalter kommen jedoch nicht so weitgehende Kompetenzen zu, wie der Konkursverwaltung oder dem Liquidator beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Er kann deshalb nicht in vorbestehende Verträge eintreten; Art. 211 Abs. 2 SchKG kommt während der Nachlassstundung nicht zur Anwendung.

[Rz 9] Sofern und so weit der Sachwalter aber seine Zustimmung erteilt hat, dass der Schuldner während der Stundung neue Verbindlichkeiten eingeht, gelten diese bei einem nachfolgenden Liquidationsvergleich oder in einem nachfolgenden Konkurs als *Masseverbindlichkeiten* (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

[Rz 10] Beim Arbeitsvertrag handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis. Die Forderungen des Arbeitnehmers entstehen damit automatisch mit Zeitablauf. Damit kann der Sachwalter der Entstehung der Forderungen (eben durch Zeitablauf) im eigentlichen Sinn nicht zustimmen. Es ist daher m.E. darauf abzustellen, ob der Sachwalter seine Zustimmung erteilt, dass der Nachlassschuldner die Leistung der Gegenpartei in Anspruch nimmt[3]. Beschäftigt der Schuldner mit Zustimmung des Sachwalters die Mitarbeiter während der Nachlassstundung weiter, so gelten deren Ansprüche in gewissem Umfang als Masseverbindlichkeiten (Art. 310 Abs. 2 SchKG).

[Rz 11] Anders als bei Art. 211 Abs. 2 SchKG [4] gilt dies jedoch nicht für alle Forderungen aus dem jeweiligen Arbeitsvertrag. Zum einen kann dies nur für Forderungen gelten, die während der Nachlassstundung entstanden sind. Früher entstandene Forderungen sind immer Nachlassforderungen. Zum anderen können auch während der Stundung Forderungen nur für jene Dauer als Masseverbindlichkeiten gelten, für welche der Sachwalter dem Schuldner die Zustimmung erteilt hat, die Leistung des Arbeitnehmers in Anspruch zu nehmen. Ohne andere Verlautbarung dürfte das Dulden des Sachwalters, dass der Schuldner die Arbeitnehmer weiterbeschäftigt, nur als Zustimmung auf Zusehen hin zu deuten sein, so dass er jederzeit dem Schuldner gegenüber eine andere Weisung erteilen kann.

Deshalb liegen nur für die Dauer der Zustimmung des Sachwalters, längstens für die Dauer der Nachlassstundung, Masseverbindlichkeiten vor.

[Rz 12] Schliesslich stellt sich die Frage, wie die Forderungen des Arbeitnehmers zu qualifizieren sind, wenn der Schuldner/Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und der Sachwalter der Kündigung zustimmt oder diese sogar verlangt hat. Die aus der Kündigung resultierenden Forderungen des Arbeitnehmers sind m.E. nicht deswegen als Masseverbindlichkeiten zu qualifizieren, weil der Sachwalter der Kündigung zugestimmt hat oder diese verlangt hat. Die Zustimmung des Sachwalters muss sich auf die Beschäftigung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber beziehen. Danach bemisst sich, ob und für welche Dauer Masseverbindlichkeiten vorliegen. Die Kündigung spielt diesbezüglich für die Qualifizierung (aber natürlich allenfalls für die Dauer, da dem Arbeitnehmer überhaupt Forderungen zustehen) der Forderungen keine Rolle.

[Rz 13] Der Arbeitnehmer tut gut daran, sich entweder vom Sachwalter bestätigen zu lassen, dass er seine Zustimmung erteilt hat, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen. Der Arbeitnehmer kann aber auch von sich aus dem Sachwalter gegenüber festhalten, dass er (der Arbeitnehmer) das Dulden des Sachwalters als Zustimmung wertet. Wenn der Sachwalter nicht remonstriert, wird er sich darauf behaften lassen müssen.

C. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

1. Keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ex lege

[Rz 14] Weder die Konkurseröffnung noch die Bewilligung einer Nachlassstundung bewirken, dass das Arbeitsverhältnis von Gesetzes wegen beendet wird [5]. Hierfür bedarf es vielmehr einer Kündigung durch den Arbeitnehmer oder die Konkursverwaltung bzw. den Arbeitgeber (während der Nachlassstundung).

[Rz 15] Hat der Arbeitnehmer offene Forderungen, die vor der Konkurseröffnung bzw. vor Bewilligung der Nachlassstundung entstanden sind, steht ihm gemäss Art. 337 OR das Recht zur fristlosen Kündigung zu [6]. Wird über den Arbeitgeber der Konkurs eröffnet oder wird ihm eine Nachlassstundung bewilligt, kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen, wenn ihm für seine laufenden Forderungen nicht innert angemessener Frist Sicherheit geleistet wird[7]. Ob das Arbeitsverhältnis gekündigt wurde oder nicht, kann insbesondere in Bezug auf die Kollokation der Forderungen von Bedeutung sein, welche *nach* Konkurseröffnung entstanden sind[8].

2. Beendigung von Arbeitsverhältnissen im Vorfeld einer Betriebsübernahme

[Rz 16] Überträgt ein Arbeitgeber einen Betriebsteil, so gehen die entsprechenden Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen auf den Erwerber über (Art. 333 OR) [9]. Die *Solidarhaftung* gemäss Abs. *3* ist *relativ zwingend* (Art. 362 OR) [10]. Damit sind vertragliche Abreden zwischen dem alten oder neuen Arbeitgeber einerseits und dem Arbeitnehmer anderseits, gemäss welchen der Arbeitnehmer (um den Betriebsübergang zu ermöglichen) auf die Solidarhaftung des Erwerbs für alte Forderungen verzichtet, nicht zulässig [11]. Um die Solidarhaftung des Erwerbers für alte Forderungen auszuschliessen, kann der Veräusserer deshalb in Absprache mit dem Erwerber geneigt sein, vorgängig der Betriebsübertragung einigen Arbeitnehmern zu kündigen, um für den Erwerber vorab unerwünschten «Ballast» abzuwerfen. Ob dies zulässig ist, ist umstritten:

[Rz 17] Das *Bundesgericht* scheint solche Kündigungen, sofern sie *ausschliesslich* im Hinblick auf einen Betriebsübergang erfolgen, als «nicht gültig» zu erachten [12]. Unklar und umstritten ist jedoch, was die Konsequenzen einer solchen Kündigung sind[13]. Die Lehre vertritt dagegen mehrheitlich die Auffassung, dass Art. 333 OR *keinen erweiterten Kündigungsschutz* bietet[14]. Diese Ansicht ist m.E. zutreffend.

3. Massenentlassungen

a. Allgemeines

[Rz 18] Arbeitgeber, welche sog. Massenentlassungen (Art. 335d OR) vornehmen wollen, müssen dafür ein bestimmtes Verfahren einhalten. Die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertretung sind vorgängig zu informieren und zu

konsultieren (Art. 335g OR). Wird die Konsultation unterlassen, sind die Kündigungen zwar gültig, aber missbräuchlich (Art. 336 Abs. 2 lit. c OR) [15]. Der Arbeitgeber schuldet eine Pönale (Art. 336a Abs. 3 OR). Sodann muss der Arbeitgeber das Arbeitsamt rechzeitig informieren und dokumentieren (Art. 335f Abs. 4, Art. 335g OR). Unterlässt der Arbeitgeber dies, so verschiebt sich der Beginn und damit auch das Ende der Kündigungsfrist (Art. 335g Art. 4 OR).

[Rz 19] Hinsichtlich des Zeitpunktes, wann der Arbeitgeber das Konsultationsverfahren einleiten muss, und die Dauer, welche den Arbeitnehmern bzw. ihren Vertretungen zur Verfügung steht, gilt Folgendes:

b. Beginn der Konsultationspflicht

[Rz 20] Der Arbeitgeber ist zur Einleitung des Konsultationsverfahrens verpflichtet, sobald er eine Massentlassung beabsichtigt (Art. 335f Abs. 1 OR). Der Zweck der Konsultation liegt denn auch gerade darin, den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu geben, den Entscheid bzw. den Entscheidungsprozess des Arbeitgebers zu beeinflussen (Art. 335f Abs. 2 OR). Die Arbeitnehmer sollen die Möglichkeit haben, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor er sich entgültig zu einer Massenentlassung entschliesst [16]. Der Arbeitgeber muss deshalb das Konsultationsverfahren einleiten, bevor er den definitiven Beschluss gefasst hat, eine Massentlassung auszusprechen [17]. Eine Massenentlassung gilt auch dann als konkret beabsichtigt, wenn der Arbeitgeber sie nur, aber immerhin, für den Fall plant, dass andere Pläne nicht verwirklicht werden können [18]. Dies erfordert es, den subjektiven Willen des Arbeitgebers im jeweiligen Zeitpunkt zu erkunden [19]. Immerhin beginnt die Konsultationsfrist auch dann schon zu laufen, wenn die Arbeitnehmervertretungen Kenntnis von der beabsichtigten Massenentlassung erlangt haben [20]. Man wird jedoch verlangen müssen, dass sie genügend Kenntnis erlangt haben, um die beabsichtigten Massnahmen beurteilen und Gegenvorschläge unterbreiten zu können.

c. Dauer der Konsultationspflicht

[Rz 21] Das Gesetz sagt nicht, wie lange die Arbeitnehmer oder deren Vertretungen Zeit haben, um Vorschläge zu unterbreiten oder eine Stellungnahme abzugeben (vgl. Art. 335f Abs. 2 OR). Es ist jedoch anerkannt, dass ihnen nicht unbeschränkt Zeit zukommt. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern Frist für deren Vorschläge ansetzen [21]. Die Konsultation muss denn auch abgeschlossen sein, bevor die Kündigungen ausgesprochen werden können [22]. Den Arbeitnehmern muss so viel Zeit eingeräumt werden, um die vom Arbeitgeber beabsichtigten Massnahmen prüfen und um konkrete Gegenvorschläge unterbreiten zu können [23]. Die Dauer hängt von den *Umständen des Einzelfalles*, namentlich von der Komplexität der sich stellenden Fragen und von der Dringlichkeit der beabsichtigten Massenentlassung ab. Es lassen sich somit keine allgemeinen Regeln aufstellen [24]. Immerhin ist die Dringlichkeit einer beabsichtigten Massenentlassung unbeachtlich, wenn sie vom Arbeitgeber verschuldet ist, weil er das Konsultationsverfahren zu spät eingeleitet hat [25].

[Rz 22] Ausgehend vom jeweiligen Einzelfall gilt eine Frist von 24 Stunden als viel zu kurz und eine solche von vier bis sechs Wochen als zu lange [26]. Fünf Tage, wovon zwei auf ein Wochenende fielen, waren im konkreten Fall zu kurz [27]. Je nach den Umständen wird eine Frist von drei bis zehn Arbeitstagen wohl als genügend anzusehen sein [28].

d. Anwendbarkeit in Insolvenzsituationen

[Rz 23] Die Bestimmungen über die Massenentlassung kommen nicht zur Anwendung, wenn Betriebsschliessungen infolge behördlicher Entscheidungen erfolgen (Art. 335e Abs. 2 OR). Es stellt sich die Frage, inwiefern die Bestimmungen über die Massenentlassung in einer Sanierungssituation zur Anwendung gelangen:

aa. Ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers

[Rz 24] Ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers kommen die Normen über die Massentlassung uneingeschränkt zur Anwendung. Dies gilt auch dann, wenn eine Sanierung angestrebt wird bzw. unmittelbar bevorsteht [29].

bb. Nach Konkurseröffnung

[Rz 25] Die Konkurseröffnung erfolgt durch gerichtliche Entscheidung (Art. 171 ff. SchKG). Diese beinhaltet jedoch

weder eine Betriebsschliessung noch zieht sie eine solche notwendigerweise nach sich. Der Betrieb kann vielmehr durch Entscheid der ersten Gläubigerversammlung (Art. 238 Abs. 1), des Gläubigerausschusses (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 2 SchKG) oder des Konkursamtes (Art. 223 Abs. 1 SchKG) weitergeführt werden [30].

[Rz 26] Gleichsam herrscht die Meinung vor, Art. 335e Abs. 2 OR müsse in einem weiteren Sinne verstanden werden[31]. Der Normzweck der Bestimmung erheische es, dass die Konsultationspflichten (Art. 335f OR) bei Kündigungen im Konkurs nicht zur Anwendung gelangen[32]. Die Begründung wird denn auch darin erblickt, dass die Arbeitnehmer als Gläubiger im Konkursverfahren über Einflussmöglichkeiten verfügen, die über die Mitwirkungsrechte gemäss Art. 335f OR hinausgehen, weshalb es nicht sinnvoll ist, parallel zum Konkursverfahren noch ein besonderes Konsultationsverfahren durchzuführen[33].

[Rz 27] Diese Auslegung macht m.E. im *Ergebnis* Sinn. Die *Begründung* überzeugt jedoch nicht: (1) Die Gläubiger beschliessen im Konkurs zwar in aller Regel (vgl. aber Art. 243 Abs. 2 SchKG) über Verwertungen (Art. 238, Art. 256 Abs. 2 SchKG). Eine Kündigung von Arbeitsverträgen erfolgt jedoch durch die Konkursverwaltung (Art. 240 SchKG). Die Gläubiger (und damit auch die Arbeitnehmer) werden gemäss den Bestimmungen des Konkursrechts nicht vorgängig begrüsst. Die Mitwirkungsrechte gemäss Art. 335f OR sind somit nicht in den Gläubigerechten gemäss SchKG enthalten. (2) Es kann durchaus sein, dass nicht alle Arbeitnehmer auch Konkursgläubiger sind (dies gilt vor allem, wenn die Arbeitnehmer für ihre Forderungen bis zur Konkursöffnung schon bezahlt sind). (3) Die Gläubiger verfolgen das Ziel, die Dividende zu maximieren. Die Arbeitnehmer wollen nach Möglichkeit die Arbeitsplätze erhalten. Die Interessen sind somit nicht deckungsgleich; allenfalls laufen sie einander sogar diametral entgegen. M.E. überzeugt einzig die Begründung, dass mit Konkurseröffnung die Bestimmungen über die Massenentlassung keine Anwendung mehr finden, weil die Gläubigerinteressen den Interessen der Arbeitnehmer an der Erhaltung der Arbeitplätze vorgehen. Die Gläubigerinteressen müssen auch vorgehen, da der Konkurs auf die Liquidation des schuldnerischen Vermögens und nicht etwa auf die dauerhafte Weiterführung des Betriebs und damit der Arbeitsverhältnisse ausgerichtet ist.

cc. Im Nachlassverfahren

[Rz 28] Wenn man der bundesgerichtlichen Praxis [34] folgen will[35], dass die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer als Gläubiger deren Mitwirkungsrechte gemäss Art. 335f OR «konsumieren», führt dies zum Schluss, dass die Konsultationspflicht des Arbeitgebers *während der* provisorischen (Art. 293 Abs. 3 SchKG)[36] und der definitiven *Nachlassstundung* (Art. 295 SchKG) [37] unverändert weiter Geltung hat. Während der Nachlassstundung können die Gläubiger einzig (nota bene zum Schluss der Nachlasstundung) darüber entscheiden, ob sie dem Nachlassvertrag zustimmen wollen oder nicht (Art. 305 SchKG). Diese Möglichkeit ja oder nein zum Nachlassvertrag zu sagen, stellt keine umfassende bzw. in Bezug auf Art. 335f OR äquivalente Mitwirkungsbefugnis der Gläubiger (und damit auch der Arbeitnehmer) dar[38]. Dies gilt umso mehr, als die Arbeitnehmer im Umfang ihres Lohnsprivilegs (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG) ohnehin nicht stimmberechtigt sind (Art. 305 Abs. 1 SchKG) [39] und nicht zwingend ist, dass die Arbeitnehmer immer auch Nachlassgläubiger sind.

[Rz 29] Die Bestimmungen über die Massentlassung kommen sodann auch *nach Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* uneingeschränkt zur Anwendung[40]. Das Nachlassverfahren ist mit dem Bestätigungsentscheid grundsätzlich abgeschlossen (vgl. aber Art. 314 Abs. 2 SchKG). Damit kommen den Gläubigern auch keine Mitwirkungsrechte mehr zu, welche die Konsultationsrechte konsumieren könnten.

[Rz 30] Die Bestätigung eines *Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* zeitigt dagegen weitgehend dieselben Wirkungen wie die Konkurseröffnung. Es muss deshalb m.E. auch für die Massenentlassung die gleiche Regelung gelten wie im Konkurs[41]. Die Bestimmungen über die Massenentlassung kommen daher beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nicht zur Anwendung. Auch hier müssen die Gläubigerrechte den Rechten der Arbeitnehmern vorgehen.

D. Kollokation der Forderungen von Arbeitnehmern

1. Grundsätze

[Rz 31] Die Arbeitnehmer geniessen für gewisse Forderungen ein Konkursprivileg: Privilegiert in der ersten Konkursklasse sind (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG):

- Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis, die in den letzten sechs Monaten vor der Konkurseröffnung entstanden sind; für die Berechnung des Privilegs tritt im Nachlassverfahren die *Bewilligung der Nachlassstundung* anstelle der Konkurseröffnung[42];
- Forderungen wegen vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurs des Arbeitgebers und
- Rückforderung von Kautionen.

[Rz 32] Nach geltendem Recht entstehen Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, wozu auch der Arbeitsvertrag gehört, jeweils periodisch im Zeitablauf, und zwar unabhängig von der Fälligkeit [43]. Dies gilt insbesondere für Forderungen der Arbeitnehmer auf den 13. (oder 14.) Monatslohn, Gratifikationen, Boni, Ferien- oder Überzeitentschädigung[44]. Dies hat zur Folge, dass solche Ansprüche, soweit sie mehr als sechs Monate vor dem relevanten Insolvenzereignis entstanden sind, nicht vom Erstklassprivileg erfasst sind [45]. Dies ist deshalb stossend, weil sie der Arbeitnehmer allenfalls mangels Fälligkeit gar nicht einfordern konnte, bevor diese aus dem Erstklassprivileg «herausfallen».

[Rz 33] Aufgrund dessen hat der *Gesetzgeber* beschlossen, Forderungen der Arbeitnehmer auch dann in der ersten Klasse zu privilegieren, wenn diese Forderungen innert der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung *fällig geworden* sind[46]. Diese Änderung tritt per 1. Januar 2005 in Kraft [47]. Obschon diese Änderung mit nur drei Worten «harmlos» daherkommt, hat sie es wahrlich in sich: (i) Bei Forderungen, die nach geltendem Recht nur einmal jährlich fällig werden, aber eine Dauer von 12 Monaten erfassen (z.B. 13. Monatslohn) hat dies zur Folge, dass das Privileg für solche Ansprüche auf maximal *18 Monate* ausgedehnt wird![48]. (ii) Anlass für die Gesetzesänderung war, dass Ansprüche, welche periodisch (vor allem monatlich) entstehen, aber nur einmal pro Kalenderjahr fällig werden (vor allem der Anspruch auf den 13. Monatslohn), teilweise aus der Sechsmonatsfrist heraus fielen, was als unbillig angesehen wurde. Die neue Bestimmung gilt nun aber seinem Wortlaut entsprechend für *sämtliche* «Forderungen von Arbeitnehmern aus dem Arbeitsverhältnis» (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG). (iii) Da die Parteien die Fälligkeit von Forderungen vertraglich vereinbaren können, können sie damit auch den Umfang des Erstklassprivilegs – allenfalls in sehr substantieller Weise – beeinflussen! Damit hat der Gesetzgeber *erstmals* ein Privileg geschaffen, das rechtsgeschäftlich beeinflusst werden kann. Rechtsgeschäftlich kann das Privileg (durch Aufschub der Fälligkeit) zeitlich unbeschränkt und damit weit über 18 Monate ausgedehnt werden. (iv) Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, können rechtsgeschäftliche Abreden, mit welchen Bestand oder Umfang des Arbeitnehmerprivilegs zugunsten des Arbeitnehmers geändert werden, *paulianisch angefochten* werden (Art. 285 ff. SchKG). Im Vordergrund dürfte die Absichtsanfechtung stehen (Art. 288 SchKG). (v) Bekanntlich müssen bei einer Sanierung im Rahmen eines Nachlassverfahrens sämtliche angemeldeten privilegierten Forderungen sichergestellt werden, damit ein Nachlassvertrag von Richter bestätigt werden kann (Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG). Diese erneute Ausweitung der Privilegien erschwert Sanierungen noch weiter.

[Rz 34] Die neue Bestimmung sollte entgegen ihrem umfassenden Wortlaut *teleologisch reduziert* werden. Sie sollte nur auf Forderungen angewendet werden, in Bezug auf welche der Zeitpunkt der Entstehung und der Fälligkeit aufgrund der gesetzlichen Ordnung (d.h. unbesehen rechtsgeschäftlicher Abreden) auseinander fallen bzw. nicht im gleichen Kalendermonat liegen. Wo dies nicht der Fall ist (z.B. beim regulären Lohn), sollte die Norm *nicht* angewendet werden. Das geltende Recht erfasst diese Situationen in genügender Weise. Hier rechtfertigt sich nur eine Privilegierung während sechs Monaten.

[Rz 35] Die Privilegierung der *rückständigen* Forderungen (für die letzten sechs Monate) kann und muss der Arbeitnehmer durch sein Verhalten nicht beeinflussen.

[Rz 36] Anders verhält es sich für das Privileg von Forderungen, die in der Zukunft entstehen. *Forderungen, die nach Konkurseröffnung entstehen*, sind grundsätzlich keine Konkursforderungen[49]. Tritt die Konkursverwaltung in einen Arbeitsvertrag ein, so werden alle Forderungen des Arbeitnehmers unbesehen davon, wann sie entstanden sind, zu *Masseverbindlichkeiten* (Art. 262 SchKG)[50].

[Rz 37] Tritt die Konkursmasse nicht gemäss Art. 211 Abs. 2 SchKG in den Arbeitsvertrag ein, liegen keine Masseverbindlichkeiten vor. Die Forderungen der Arbeitnehmer, die nach der Konkurseröffnung entstanden sind,

richten sich diesfalls vielmehr *gegen den Gemeinschuldner persönlich*[51]. Dies sind die Grundsätze.

2. Bei Kündigung zufolge Konkurs oder Nachlassstundung

[Rz 38] Die genannten Grundsätze werden durch Art. 219 SchKG teilweise durchbrochen. Wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis wegen Konkurs über den Arbeitgeber auflöst, sind auch die Forderungen, welche dem Arbeitnehmer zufolge dieser Kündigung zustehen, erstklassprivilegiert (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG). Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass die Konkurseröffnung über den Arbeitgeber keine Auflösung des Arbeitsverhältnisses bewirkt[52]. Zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedarf es vielmehr einer *Kündigung* der einen oder der anderen Partei.

[Rz 39] Das Arbeitsrecht räumt den Arbeitnehmer das Recht auf fristlose Kündigung ein, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig wird (Art. 337a OR). Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn über den Arbeitgeber Konkurs eröffnet worden ist[53] oder er eine Nachlassstundung anbegehrt bzw. ihm eine solche gewährt wird [54]. Übt der Arbeitnehmer dieses Recht aus, stehen ihm die Ansprüche aus Art. 337b OR zu. Diese Ansprüche sind privilegiert [55]. Die Forderungen zwischen der Konkurseröffnung bzw. der Nachlassstundung und der Kündigung richten sich dagegen gegen den Gemeinschuldner persönlich und können somit im Konkurs- oder Nachlassverfahren nicht (weder als Erst- noch als Drittklassforderung) geltend gemacht werden[56].

[Rz 40] Wird zwar die Arbeitsleistung nicht mehr erbracht, aber gleichsam von keiner Partei eine Kündigung ausgesprochen, so sind die Forderungen des Arbeitnehmers, welche nach der Konkurseröffnung entstanden sind, keine Erstklassforderungen, ja überhaupt keine Konkursforderungen; sie richten sich nur *gegen den Arbeitgeber persönlich*[57]. Der Arbeitnehmer ist daher unter der Optik der Behandlung seiner Forderungen im Konkurs des (alten) Arbeitgebers gut beraten, das Arbeitsverhältnis zu kündigen.

3. Bei Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer

[Rz 41] Kommt es zu einer Betriebsübertragung, kann der Arbeitnehmer den *Übergang des Arbeitsverhältnisses ablehnen* (Art. 333 Abs. 1 OR). Bei Ablehnung des Übergangs wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst und der Erwerber des Betriebs und der Arbeitnehmer sind bis dahin zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet (Art. 333 Abs. 2 OR). Der Arbeitnehmer wird den Übergang des Arbeitsverhältnisses wegen der *Person des Erwerbers* ablehnen oder weil er (der Arbeitnehmer) nicht daran glaubt, dass er lange beim Erwerber beschäftigt sein wird. Auf jeden Fall hat die Ablehnung des Übergangs *nichts* mit der Insolvenz des Veräusserers zu tun; eine Ablehnung des Übergangs des Arbeitverhältnisses auf den Erwerber wegen Insolvenz des Veräusserers würde denn auch wenig Sinn machen.

[Rz 42] Die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer führt damit zwar zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Es liegt jedoch m.E. *keine* «vorzeitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge Konkurses des Arbeitgebers» (Art. 219 Abs. 4 Erste Klasse lit. a SchKG) vor. Damit kann der Arbeitnehmer das Erstklassprivileg m.E. *nicht* in Anspruch nehmen, wenn er «nur» den Übergang des Arbeitsverhältnisses ablehnt. Die Ansprüche des Arbeitnehmers (Art. 337b OR) bei fristloser Kündigung gemäss Art. 337a OR können (vor allem bei befristeten Arbeitsverhältnissen) umfassender sein als jene bei Ablehnung des Übergangs (Art. 333 Abs. 2 OR). Dem Arbeitnehmer ist deshalb zu empfehlen, *wenn* er den Übergang ablehnen will, auch eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337a OR auszusprechen, wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Damit «rettet» er sich für die Forderungen zufolge der Kündigung das Erstklassprivileg. Da die Gründe für die Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses zufolge Betriebsübertragung einerseits und jene für die fristlose Kündigung zufolge Konkurs des (alten) Arbeitgebers andererseits verschieden sind, stehen dem Arbeitnehmer m.E. beide Rechte (Ablehnung des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber einerseits und fristlose Kündigung anderseits) wahlweise alternativ oder kumulativ zu. Das eine Recht schliesst das andere nicht aus.

[Rz 43] Das Gesagte lässt sich tabellarisch wie folgt zusammenfassen:

	Forderung des Arbeitnehmers			
	mehr als sechs Monate vor Konkurseröffnung/ Nachlassstundung entstanden und fällig geworden	sechs Monate *vor*, spätestens *bis* Konkurseröffnung/ Nachlassstundung entstanden oder fällig geworden	zwischen Konkurseröffnung/ Nachlassstundung und Kündigung entstanden oder nach Konkurseröffnung/ Nachlassstundung entstanden, wenn *keine Kündigung* erfolgt	ab Zugang der Kündigung entstanden
Eintritt der Konkurs-/Nachlassmasse in den Arbeitsvertrag (Art. 211 Abs. 2 SchKG)	Masseschuld	Masseschuld	Masseschuld	Masseschuld
kein Eintritt der Konkurs-/Nachlassmasse in den Arbeitsvertrag	Konkurs- / Nachlassforderung 3. Klasse	Konkurs- / Nachlassforderung 1. Klasse	Forderung gegen den konkursiten Arbeitgeber persönlich	Konkurs-/Nachlassforderung 1. Klasse
mit Zustimmung des Sachwalters während der Nachlassstundung entstanden (Art. 310 Abs. 2 SchKG)	Nachlassforderung 3. Klasse	Nachlassforderung 1. Klasse	Masseschuld für die Dauer der Zustimmung des Sachwalters, sonst Nachlassforderung 3. Klasse	Masseschuld für die Dauer der Zustimmung des Sachwalters, sonst Nachlassforderung 3. Klasse bzw. 1. Klasse bei Kündigung zufolge Insolvenz des Arbeitgebers

[Rz 44] Wenn es dagegen zu einer Betriebsveräusserung an einen Dritten kommt, verlagern sich die Interessen der Arbeitnehmer. Sie werden eine schlechtere Kollokation im Konkurs des alten Arbeitgebers (dritte Klasse anstatt erste Klasse für Forderungen, welche nach Konkurseröffnung entstanden sind) in Kauf nehmen, wenn dafür ihr Arbeitsverhältnis vom Erwerber weitergeführt wird. Die Arbeitnehmer werden diesfalls weder das Arbeitsverhältnis kündigen noch den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber ablehnen.

E. Art. 333 OR

1. Allgemeines

[Rz 45] Art. 333 OR besagt, dass mit Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber übergeht, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt (Art. 333 Abs. 1 OR). Bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer wird das Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst. Der Erwerber des Betriebs und der Arbeitnehmer sind bis dahin zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet (Art. 333 Abs. 2 OR). Der Veräusserer und der Erwerber haften solidarisch für die Forderungen des Arbeitnehmers, die vor dem Übergang entstanden sind und nachher bis zum Zeitpunkt fällig werden, auf den das Arbeitsverhältnis ordentlicherweise beendigt werden könnte oder bei Ablehnung des Übergangs durch den Arbeitnehmer beendigt wird (Art. 333 Abs. 3 OR).

2. Haftung für Sozialabgaben?

[Rz 46] Es fragt sich, ob es sich bei den *Beitragsforderungen der Sozialversicherungen* um Forderungen der

Arbeitnehmer auf Bezahlung an Dritte handelt, für welche die Solidarhaftung gemäss Art. 333 Abs. 3 OR gelten würde. Die Frage ist umstritten. Geklärt ist einzig, dass sich bei Übernahme eines Betriebs mit *Aktiven und Passiven* die Solidarhaftung des Erwerbers gemäss *Art. 181 OR* auch auf Sozialabgaben bezieht[58]. Eine Betriebsübernahme gemäss Art. 333 OR knüpft jedoch einzig an die Übernahmen von Aktiven an, welche den Betrieb oder Betriebsteil darstellen. Passiven wird der Erwerber – gerade wegen der Gefahr der Solidarhaftung gemäss Art. 181 OR – nicht übernehmen (wollen).

[Rz 47] Es ist daher unklar, ob der Übernehmer für ausstehende Sozialabgaben des Veräusserers haftet. Die AHV/IV-Arbeitnehmerbeiträge, welche der Arbeitgeber zwar vom Lohn abzieht, jedoch nicht an die Ausgleichskasse abliefert, werden dem Arbeitnehmer gleichsam gutgeschrieben (Art. 30ter Abs. 2 AHVG). Aufgrund dessen ist eine Solidarhaftung des Erwerbers für Arbeitnehmereiträge m.E. eher zu verneinen [59].

3. Relativ zwingender Charakter von Art. 333 Abs. 3 OR

[Rz 48] Ursprünglich sollte der Arbeitnehmer davor geschützt werden, dass ihm nicht (entsprechend der alten Fassung von Art. 333 OR) gegen seinen Willen ein neuer Arbeitgeber «aufgezwungen» wird, dessen Bonität schlechter ist als jene des bisherigen (alten) Arbeitgebers [60]. Bei drohender Insolvenz des Veräusserers verändert sich die Optik des Arbeitnehmers grundlegend. Er will, dass für seine «alten» Forderungen, welche *vor* der Betriebsübernahme entstanden sind, neben dem alten Arbeitgeber (mit schlechter Bonität) solidarisch auch der Erwerber (mit besserer Bonität) haftet.

[Rz 49] Die Interessenlage der Arbeitnehmer bei drohender Insolvenz und Krise ist damit die Folgende: Sofern und soweit der Erwerber besser in der Lage zu sein scheint, den Betrieb fortführen zu können, möchte der Arbeitnehmer diesen Weg fördern, auf jeden Fall nicht behindern. Die drohende Solidarhaftung des Erwerbers für die «alten» Forderungen der Arbeitnehmer kann jedoch – je nach Konstellation – dazu führen, dass ein Interessent vom Kauf absieht. Die *Krux* liegt darin, dass die *Solidarhaftung* gemäss Abs. *3 relativ zwingend* ist (Art. 362 OR) [61]. Damit sind vertragliche Abreden zwischen dem alten oder neuen Arbeitgeber einerseits und dem Arbeitnehmer anderseits, gemäss welchen der Arbeitnehmer (um den Betriebsübergang zu ermöglichen) auf die Solidarhaftung des Erwerbs für alte Forderungen verzichtet, nicht zulässig [62].

4. Anwendbarkeit von Art. 333 OR in der Insolvenz des Arbeitgebers

[Rz 50] Die Anwendung von Art. 333 OR – namentlich die Solidarhaftung des Erwerbers gemäss Abs. 3 – in der Insolvenz des Arbeitgebers ist seit einiger Zeit eine *sehr umstrittene Frage*. Bis heute konnten erst Teilfragen einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden. Andere Fragen sind nach wie vor offen:

a. Ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers

[Rz 51] Ausserhalb der Insolvenz des Arbeitgebers ist die Rechtslage klar: Art. 333 OR findet uneingeschränkt Anwendung[63]. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber (ausserhalb eines Insolvenzverfahrens) eine Sanierung anstrebt[64].

b. Nach Konkurseröffnung

[Rz 52] Für Unternehmensübernahmen nach Konkurseröffnung hat das Bundesgericht vor kurzem (wenn auch nur teilweise) Klarheit geschaffen[65]: Art. 333 Abs. 3 OR findet *modifiziert Anwendung*. Im Ergebnis hat das Bundesgericht den vorinstanzlichen Entscheid geschützt, dass der Erwerber eines Betriebs nicht für Forderungen der Arbeitnehmer haftet, die *vor Konkursöffnung* entstanden sind[66]. Mehr *konnte* das Bundesgericht nicht entscheiden, da nur diese Frage vor Bundesgericht strittig war. Auch in der Lehre wird teilweise vertreten, dass keine Solidarhaftung des Erwerbers besteht für Forderungen, die vor Konkurseröffnung entstanden sind [67].

[Rz 53] M.E. ist BGE 129 III 335 ff. jedoch so zu verstehen, dass der Übernehmer nur für Forderungen der Arbeitnehmer haftet, die *nach der Betriebsübernahme* entstanden sind[68]. Für «alte» Forderung, welche vor der Übernahme entstanden sind, haftet der Übernehmer nicht[69]. Nach dieser Lesart haftet der Erwerber nicht für Forderungen, die zwischen der Konkurseröffnung und dem Betriebsübergang entstanden sind [70].

[Rz 54] Um eine Solidarhaftung zu vermeiden, wird der Erwerber darauf drängen, dass sich der Veräusserer zuerst in Konkurs begibt. Ob eine Betriebsübernahme dann wirtschaftlich noch Sinn macht, ist eine andere Frage.

[Rz 55] In BGE 129 III 335 ff. hat das Bundesgericht die *Frage* ausdrücklich *offen gelassen*, ob bei einer Betriebsübertragung im Konkurs der gesetzliche Übergang des Arbeitsverhältnisses gemäss Art. 333 *Abs. 1* OR zur Anwendung gelangt[71]. Die Lehre ist gespalten[72]. Diesbezüglich herrscht nach wie vor Rechtsunsicherheit. Damit weiss eine Partei, welche einen Betrieb aus dem Konkurs erwirbt, nicht, ob er mit den einzelnen Arbeitnehmern neue Arbeitsverträge aushandeln kann bzw. muss oder ob diese automatisch auf ihn übergehen.

[Rz 56] Indem die Übertragung erst im Konkurs erfolgt, erreicht der Erwerber gleichzeitig, dass eine *paulianische Anfechtung* (Art. 285 ff. SchKG) nicht möglich ist. Weder liegt eine Handlung des Gemeinschuldners (sondern eine Verwertung des Konkursamtes) noch eine Handlung während der Verdachtsperioden vor, da diese mit der Konkurseröffnung enden.

c. Im Nachlassverfahren

[Rz 57] Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR im Nachlassverfahren fehlt zurzeit ein Präjudiz des Bundesgerichts, das Klarheit schaffen würde. Die Frage ist deshalb nach wie vor umstritten. Meines Erachtens gilt Folgendes:

[Rz 58] Wendet man die Argumente des Bundesgerichts zum Konkurs an[73], ist davon auszugehen, dass Art. 333 OR *während der Nachlassstundung* uneingeschränkt zur Anwendung kommt[74]. Der Umstand, dass die Übertragung des Betriebs in aller Regel nicht nur der Zustimmung des Sachwalters (Art. 298 Abs. 1 SchKG), sondern auch der Genehmigung des Nachlassrichters bedarf (Art. 298 Abs. 2 SchKG), ändert daran nichts.

[Rz 59] Nach *Bestätigung eines ordentlichen Nachlassvertrages* gilt Art. 333 OR gleichsam ohne Einschränkung[75]. Mit Genehmigung eines ordentlichen Nachlassvertrages fallen die Wirkungen der Stundung dahin (Art. 308 Abs. 2 SchKG) und der Schuldner geniesst keinen erhöhten Schutz mehr. Es verhält sich gleich wie vor der Bewilligung der Nachlassstundung.

[Rz 60] Wird der Betrieb *in einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* auf einen Dritten übertragen (Art. 317 Abs. 1 SchKG), so kommt Art. 333 OR ebenfalls uneingeschränkt zur Anwendung[76]. Es liegt keine Zwangserwertung vor. Die Veräusserung erfolgt auf Seiten des Nachlassschuldners freiwillig.

[Rz 61] Nach *Bestätigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung* kommen dagegen weitgehend die konkursrechtlichen Bestimmungen analog zur Anwendung. Gleich wie im Konkurs kommt Art. 333 Abs. 3 OR insoweit modifiziert zur Anwendung, als der Übernehmer nicht für die Forderungen der Arbeitnehmer haftet, die vor der Übernahme entstanden sind[77]. Ob gemäss Art. 333 Abs. 1 OR ein Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber von Gesetzes wegen statt findet, ist wie im Konkurs unklar.

d. Ausblick: Fusionsgesetz

[Rz 62] Per 1. Juli 2004 trat das Fusionsgesetz in Kraft. Dieses regelt in umfassender Weise die Fusion[78], die Spaltung[79], die Umwandlung[80] und die Vermögensübertragung[81] von Unternehmungen. Von allen diesen Vorgängen sind auch die Arbeitsverhältnisse betroffen.

[Rz 63] Das Fusionsgesetz ändert jedoch m.E. in Bezug auf die hier interessierenden Fragen von Art. 333 OR nichts: Das Fusionsgesetz beschränkt sich vielmehr weitgehend darauf, für die verschiedenen Tatbestände auf Art. 333[82] bzw. Art. 333a OR[83] zu verweisen. Sowohl die Voraussetzungen als auch die Wirkungen einer Betriebsübertragung richten sich nach wie vor nach Art. 333 OR[84].

[Rz 64] Darüber hinaus werden die Rechte der Arbeitnehmer erweitert, indem sie *Sicherstellung ihrer Forderungen* verlangen können[85]. Die Konsultationspflicht des Arbeitgebers ist sodann dadurch gesichert, indem die Arbeitnehmer die Eintragung des gesellschaftsrechtlich relevanten Vorgangs im Handelsregister gerichtlich untersagen lassen können[86]. Schliesslich wird die Transparenz erhöht, indem in den jeweils geforderten Berichten die betroffenen Arbeitsverträge genannt werden müssen[87].

Literaturverzeichnis

- Ammann Martin / Dallèves Louis, La protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de leur employeur, Genf/St. Gallen 1980
- Amonn Kurt / Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 7.A., Bern 2003
- Aubert Gabriel, Die neue Regelung über Massentlassungen und den Übergang von Betrieben, AJP 1994, 702 ff. (zit. Massenentlassungen)
- ders., Commentaire romand, Basel/Genf/München 2003
- ders., La nouvelle réglementation des licenciements collectifs et des transfers d'entreprises, in : Journée 1994 de droit du travail et de la sécurité sociale Zürich 1995, 112 ; Schweizer Arbeitgeber, 1/2002, 24 ff. (zit. La nouvelle réglementation)
- Brönnimann Franz K., Der Arbeitgeber im Konkurs, Diss. Basel 1982
- Brühwiler Jürg, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 2.A., Bern/Stuttgart/Wien/ Haupt 1996
- Bruni Gulielmo, Die Stellung des Arbeitnehmers im Konkurs des Arbeitgebers, BJM 1982, 281 ff.
- Brunner Christiane/Bühler Jean-Michel/Waeber Jean-Bernard, Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1990
- Camponovo Rico A., Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmungssanierungen, Der Schweizer Treuhänder 1998, 1420 ff.
- Class Edi, Plädoyer für den Schutz der Arbeitsverträge, Zur Rechtssituation bei Betriebsübergängen, NZZ Nr. 267 vom 16. November 2001, 27
- Dallèves Louis, Schuldbetreibung und Konkurs, Die Wirkungen des Konkurses auf die Verträge, SJK Nr. 1003a.
- Denzler Beat, Zur Tragweite von Art. 333 OR, recht 1998, 73 ff.
- Geiser Thomas, Arbeitsrechtliche Fragen bei Sanierungen, in: Sanierung der AG, Vito Roberto (Hrsg.), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2003, 145 ff. (zit. Sanierungen)
- ders., Betriebsübernahmen und Massenentlassungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmassnahmen, in: Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Kolloquium zu Ehren von Professor Adrian Staehelin, Franz Hasenböhler/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Zürich 1997, 101 ff. (zit. Betriebsübernahmen)
- ders., Massenentlassung, in: Stellenwechsel und Entlassung, Thomas Geiser/Peter Münch (Hrsg.), Basel 1997, 85 ff. (zit. Massenentlassung)
- ders., Massenentlassung, AJP 95, 1411 ff. (zit. AJP 95)
- Gilliéron Pierre-Robert, Les privilèges du travailleur dans l'exécution forcée., in: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag, Zürich 1994, 453 ff.
- Greiner Alfred, Art. 333 OR – eine fatale Falle?, Visura-Zoom 1/1997, 16 f.
- Grob-Andermacher Beatrice, Die Rechtslage des Arbeitnehmers bei Zahlungsunfähigkeit und Konkurs des Arbeitgebers, Diss. Zürich 1982
- Hofstetter Hans, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, AJP 1998, 926 ff. (zit. Unternehmenssanierungen)
- Hofstetter Hans, Anwendbarkeit von Art. 333 OR in Sanierungssituationen, AJP 2003, 153 ff. (zit. Sanierungssituationen)
- Huber Ueli, Liability for Employee Claims in Business Transfers Following Bankruptcy, International Law Office, Newsletter vom 29. August 2003
- Infanger Dominik, Die Sanierung steht im Mittelpunkt, NZZ Nr. 267 vom 16. November 2001, 27
- von Kaenel Adrian, Besprechung von Meyer Lienhard: Die Massenentlassung nach dem Schweizerischen Obligationenrecht unter Berücksichtigung der Rechtsordnungen der Europäischen Union, der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland, ArbR 2000, 160
- Kren Jolanda, Konkurseröffnung und schuldrechtliche Verträge, Bern 1989
- Lorandi Franco, Arbeitsverträge im Konkurs des Arbeitgebers, SJZ 2000, 150 ff. (zit. Arbeitsverträge)
- ders., Dauerschuldverhältnisse im Nachlass, AJP 2004, 1209 ff. (zit. Dauerschuldverhältnisse)
- ders., Bemerkungen zu BGE 129 III 335, AJP 2003, 1093 ff. (zit. AJP 2003)
- Meier Kurt, Betriebsübergang im Nachlass und Konkurs, Plädoyer 2003, 26 ff.
- Meyer Lienhard, Die Massenentlassung nach Schweizerischem Obligationenrecht unter Berücksichtigung der

Rechtsordnungen der Europäischen Union, der Bundesrepublik Deutschland und des Vereinigten Königreiches Grossbritannien und Nordirland, Diss. Basel 1999
- Müller Roland A., Die neuen Bestimmungen über Massenentlassungen, ArbR 1995, 111 ff.
- Pfeifer Michael / Dormann Bessenich Agnes, Stolpersteine für die Unternehmenssanierung, NZZ Nr. 222 vom 24. September 1996, 28
- Rehbinder Manfred, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Art. 319 – 362, Bern 1992
- Reinert Peter, Stämpflis Handkommentar, FusG, Bern 2003
- Schweingruber Erwin, Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts, 2.A., Zürich 1976
- Spühler Karl/Infanger Dominik, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung-Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag? in: Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Paul Angst/Flavio Cometta/Dominik Gasser (Hrsg.), Basel/Genf/München 2000, 230
- Staehelin Adrian/Vischer Frank, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Art. 319 – 362, Zürich, 1996
- Winkelmann Alain/Lévy Laurent/Jeanneret Vincent/Merkt Olivier/Birchler Francesca, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III, Art. 221- 352, Basel/Genf/München 1998
- Winkler Michael E., Unternehmensumwandlungen und ihre Auswirkungen auf Arbeitsverträge, Bern 2001
- Wyler Remy, Droit du travail, Bern 2002

PD Dr. Franco Lorandi, LL.M., ist Rechtsanwalt bei Beglinger Holenstein Rechtsanwälte und Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen (HSG) für Zwangsvollstreckungsrecht und Zivilprozessrecht.

---

[1] Zur Frage der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vgl. C.

[2] Lorandi, Arbeitsverträge, 153 m.w.H.

[3] Vgl. Lorandi, Dauerschuldverhältnisse, 1220.

[4] Vgl. B.2.

[5] Für den Konkurs: Lorandi, Arbeitsverträge, 152; Kren, 58; Dallèves, 14, 16; Gilliéron, 456; Grob-Andermacher, 35; BK-Rehbinder, Art. 337a OR N 7; ZK-Staehelin/Vischer, Art. 337a OR N 11; Bruni, 286.

[6] Vgl. dazu im einzelnen Lorandi, Arbeitsverträge, 154 f. m.w.H.

[7] Vgl. dazu im einzelnen Lorandi, Arbeitsverträge, 155 ff. m.w.H.

[8] Vgl. D.2.

[9] Zur Anwendung von Art. 333 OR in der Insolvenz des Arbeitgebers vgl. E.

[10] Geiser, Sanierungen, 168, 186; BGE 129 III 335, S. 342 und 346.

[11] Pfeifer/Dormann Bessenich, 28; Geiser, Betriebsübernahmen, 104 f.; Brühwiler, Art. 333 OR N 3; Lorandi, Betriebsübernahmen, 96 ff.; Meier, 34; Greiner, 16; BlSchK 1999, 235; BGE 129 III 335, S. 342 und 346.

[12] BGE 127 V 183 (Auszug aus BGE C 322/99 vom 30. April 2001), E. 7 (wobei die Frage *in casu offen gelassen* wurde); BGE 4C.333/1998 vom 7. Januar 1999, E. 1 b bb (wobei die Frage *in casu verneint* wurde); vgl. auch BBl 1992 V 394.

[13] BGE C 322/99 vom 30. April 2001, E. 7; Urteil 4C.333/1998 vom 7. Januar 1999, E. 1 b bb.

[14] ZK-Staehelin/Vischer, Art. 333 OR N 12; Brunner/Bühler/Waeber, Art. 333 OR N 3; Brühwiler, Art. 333 OR N 1; Winkler, 108 ff.; Denzler, 73; a.M. Aubert, Massenentlassungen, 704; ders., La nouvelle réglementation, 112; 24.

[15] ZR 103 Nr. 5, 17.

[16] ZR 103 Nr. 5, 20.

[17]

BGE 123 III 176, S. 180; BGE 130 III 102 (Auszug aus BGE 4C.263/2003 vom 16. Dezember 2003), E. 4.2; ZR 103 Nr. 5, 15.

[18] BGE 123 III 176, S. 181.

[19] BGE 130 III 102, E. 4.2.

[20] BGE 130 III 102, E. 4.4.

[21] Brühwiler, Art. 335f OR N 2; ZK-Staehelin/Vischer, Art. 335f OR N 3; Geiser, AJP 95, 1419; Aubert, Massenentlassungen, 702; BGE 123 III 176, S. 181; BGE 130 III 102, E. 4.3.

[22] Wyler, 356; Müller, 126; BGE 130 III 102, E. 4.3.

[23] BGE 130 III 102, E. 4.3; ZR 103 Nr. 5, 21.

[24] ZR 103 Nr. 5, 21.

[25] BGE 130 III 102, E. 4.3.

[26] BGE 123 III 176, 182.

[27] BGE 130 III 102, E. 4.3.

[28] Aubert, Art. 335f OR N 8: nicht weniger als zwölf Tage; Wyler, 357: sieben bis zehn Tage für mittelgrosse Unternehmungen mit weniger als 300 Arbeitnehmern; Geiser, Massenentlassung, 106; Meyer, 169; Müller, 128; von Kaenel, 160: drei bis fünf Tage.

[29] BGE 123 III 176, S. 178 ff.

[30] BGE 123 III 176, S. 178; vgl. oben B.2.

[31] Geiser, Sanierungen, 176.

[32] Geiser, Betriebsübernahmen, 116; ders., Sanierungen, 176; Brühwiler, Art. 335d und 335e OR N 2; ZK-Staehelin/Vischer, Art. 335e OR N 3; Müller, 111; Aubert, Massenentlassungen, 702; BGE 123 III 176, S. 178 f.

[33] Geiser, AJP 95, 1416; BGE 123 III 176, S. 178 f.

[34] BGE 123 III 176, S. 178 f.; BGE 130 III 102, E. 3.1 und 3.2.

[35] Dass diese Praxis nur im Ergebnis nicht aber aufgrund der Begründung überzeugt, wurde bereits erwähnt (C.3.d.bb.). Das Nachfolgende ändert an dieser Kritik nichts.

[36] BGE 130 III 102, S. 108 f.

[37] Aubert, Massenentlassungen, 702; ZK-Staehelin/Vischer, Art. 335e OR N 2; Müller, 111; a.M. Geiser, Betriebsübernahmen, 119; ders., Sanierungen, 177; unklar Brühwiler, Art. 335e und 335f OR N 3; in BGE 123 III 179 hat das Bundesgericht die Frage zwar offengelassen, aber durchblicken lassen, dass Art. 335f OR wohl auch während der (definitiven) Nachlassstundung gilt.

[38] A.M. Geiser, Betriebsübernahmen, 119.

[39] BGE 123 III 176, S. 179.

[40] Geiser, Betriebsübernahmen, 120; ders., Sanierungen, 177.

[41] A.M. Geiser, Betriebsübernahmen, 120, wobei er nicht zwischen dem ordentlichen und dem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung unterscheidet.

[42] Urteil 5C.155/2000; Lorandi, Dauerschuldverhältnisse, 1222.

[43] BGE 124 III 241 ff.; Urteil 5C.155/2000 vom 31. August 2000.

[44] Urteil 5C.155/2000 vom 31. August 2000.

[45] BBl 2003 6370.

[46] BBl 2003 8203.

[47] Pressemitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 30. August 2004, auch veröffentlicht als Jurius, Minireform im SchKG auf 1. Januar 2005, in: Jusletter 30. August 2004

[48]

BBl 2003 6373: Geht der Arbeitgeber z.B. am 31. Mai eines Jahres Konkurs, steht dem Arbeitnehmer in Bezug auf den 13. Monatslohn neu das Erstklassprivileg zu für
fünf Monate (Januar bis Mai) des laufenden Jahres, da diese Forderungen innert der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung *entstanden* sind und
für *zwölf* Monate (Januar bis Dezember) des Vorjahres, da diese Forderungen innert der letzten sechs Monate vor Konkurseröffnung *fällig* geworden sind.

[49] Lorandi, Arbeitsverträge, 151, 156, 159 f.

[50] Lorandi, Arbeitsverträge, 153 m.w.H.

[51] Vgl. dazu Lorandi, Arbeitsverträge, 151 f., 155, 156,159 f.; Amonn/Walther, § 42 Rz 7; vgl. auch BGE 124 III 41, S. 42 in Bezug auf Mietzinsforderungen im Konkurs des Mieters.

[52] Vgl. C.1.

[53] ZK-Staehelin/Vischer, Art. 337a OR N 3; BK-Rehbinder, Art. 337a OR N 2.; Lorandi, Arbeitsverhältnisse, 155 ff.

[54] ZK-Staehelin/Vischer, Art. 337a OR N 3; BK-Rehbinder, Art. 337a OR N 2.

[55] Lorandi, Arbeitsverträge, 157 f.; ZK-Staehelin/Vischer, Art. 337a OR N 13; Brönnimann, 61 ff.; Ammann/Dallèves, 1; Schweingruber, 142 f.; Gilliéron, 456 f; Dallèves, 16.

[56] Lorandi, Arbeitsverträge, 158.

[57] Lorandi, Arbeitsverträge, 156, 159 f.

[58] Hofstetter, Unternehmenssanierungen, 928; EVGE 1965, 11 f.; BGE 112 V 152, S. 154, BGE 119 V 389, S. 399 f.

[59] Geiser, Sanierungen, 169; a.M. Hofstetter, Unternehmenssanierungen, 928; Winkler, 99. Hofstetter und Winkler verweisen für ihre Ansicht auf BGE 119 V 389 ff. Dieser Entscheid geht jedoch m.E. von einer anderen Konstellation aus, nämlich einer Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven gemäss Art. 181 OR, was nicht dem «Normalfall» von Art. 333 OR entspricht.

[60] BGE 129 III 335, S. 342, 127 V 183.

[61] Geiser, Sanierungen, 168, 186; BGE 129 III 335, S. 342 und 346.

[62] Pfeifer/Dormann Bessenich, 28; Geiser, Betriebsübernahmen, 104 f.; Brühwiler, Art. 333 OR N 3; Lorandi, Betriebsübernahmen, 96 ff.; Meier, 34; Greiner, 16; BlSchK 1999, 235; BGE 129 III 335, S. 342 und 346.

[63] Geiser, Sanierungen, 158 f., 161; Lorandi, AJP 2003, 1103.

[64] Lorandi, Betriebsübernahmen, 100 f.; ders., AJP 2003, 1103; Hofstetter, Sanierungssituationen, 157; a.M. Camponovo, 1420 f.

[65] Zum Meinungsstand in der Literatur *vor* Publikation des Entscheides vgl. BGE 129 III 335, S. 338 ff.

[66] BGE 129 III 335, S. 340 und 352.

[67] Geiser, Betriebsübernahmen, 113; ders., Sanierungen, 161; Hofstetter, Unternehmenssanierungen, 931; ders., Sanierungssituationen, 156.

[68] So lautet denn auch die *Regeste* von BGE 129 III 335 ff.: «Wer einen Betrieb erwirbt und mit den Arbeitnehmern die im Zeitpunkt der Übernahme bestehenden Arbeitsverhältnisse weiterführt, haftet nicht für offene , *vor der Übernahme* fällig gewordene Lohnforderungen aus den Arbeitsverhältnissen, wenn die Übernahme des Betriebs aus der Konkursmasse des bisherigen Arbeitgebers erfolgt ist.» (Hervorhebung hinzugefügt)

[69] Lorandi, AJP 2003, 1093 ff.

[70] A.M. Geiser, Betriebsübernahmen, 113; ders., Sanierungen, 161; Hofstetter, Unternehmenssanierungen, 931; ders., Sanierungssituationen, 156.

[71] BGE 129 III 335, S. 340.

[72] Vgl. die Übersicht der Lehrmeinungen in BGE 129 III 335, S. 340 ff.

[73] BGE 129 III 335 ff.

[74] Class, 27; Lorandi, AJP 2003, 1103; Hofstetter, Sanierungssituationen, 157; Geiser, Sanierungen, 162; a.M. Bundesamt für Justiz (in Sachen Swissair), VPB 66,8; Reinert, Art. 76 FusG N 6 f.; Infanger, 27; a.M. wohl auch Huber.

[75] Lorandi, AJP 2003, 1103; Hofstetter, Sanierungssituationen, 157; a.M. Spühler/Infanger, 230.

[76] BasK-Winkelmann/Lévy/Jeanneret/Merkt/Birchler, Art. 317 SchKG N 9; Geiser, Sanierungen, 162.
[77] Lorandi, AJP 2003, 1103; Geiser, Sanierungen, 162; a.M. wohl Hofstetter, Sanierungssituationen, 157.
[78] Art. 3 ff. FusG.
[79] Art. 29 ff. FusG.
[80] Art. 53 ff. FusG.
[81] Art. 69 ff. FusG.
[82] Art. 27 Abs. 1 FusG (für die Fusion), Art. 49 Abs. 1 (für die Spaltung), Art. 76 Abs. 1 FusG (für die Vermögensübertragung).
[83] Art. 28 Abs. 1 FusG (für die Fusion), Art. 50 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 FusG (für die Spaltung), Art. 77 Abs. 1 FusG (für die Vermögensübertragung).
[84] Reinert, Art. 49 FusG N 2 f., Art. 76 N 1 f. FusG.
[85] Art. 27. Abs. 2 i.V.m. Art. 25 FusG (für die Fusion), Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Art. 46 FusG (für die Spaltung), Art. 75 Abs. 2 i.V.m. Art. 75 FusG (für die Vermögensübertragung).
[86] Art. 28 Abs. 3 FusG (für die Fusion), Art. 77 Abs. 2 FusG (für die Vermögensübertragung).
[87] Art. 14 Abs. 3 lit. i FusG (für die Fusion), Art. 37 lit. i und Art. 39 Abs. 3 lit. g (für die Spaltung), Art. 71 Abs. 1 lit. e und Art. 74 Abs. 2 lit. d FusG (für die Vermögensübertragung).

Rechtsgebiet:	SchKG
Erschienen in:	Jusletter 25. Oktober 2004
Zitiervorschlag:	Franco Lorandi, Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers, in: Jusletter 25. Oktober 2004
Internetadresse:	http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3471