

10.077

**Botschaft  
zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung  
und Konkurs (Sanierungsrecht)**

vom 8. September 2010

---

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin  
Sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, die folgenden parlamentarischen Vorstösse abzuschreiben:

- |      |   |         |  |
|------|---|---------|--|
| 2001 | M | 01.3673 | Nach der Swissair-Krise. Änderung des SchKG?<br>(S 17.11.2001, Lombardi; S 18.3.2002)          |
| 2002 | P | 02.3474 | Bündelung der verschiedenen Interessen im Sanierungsprozess (S 19.9.2002, GPK-S; S 12.12.2002) |
| 2002 | P | 02.3475 | Ausrichtung des SchKG auf das Sanierungsziel<br>(S 19.9.2002, GPK-S; S 12.12.2002)             |
| 2002 | P | 02.3045 | Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels<br>(S 12.3.2002, Wicki; S 5.6.2002)         |

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrte Frau Ständeratspräsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

8. September 2010

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Die Bundespräsidentin: Doris Leuthard

Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

---

## Übersicht

***Mit dem vorliegenden Entwurf soll das Insolvenzrecht und dabei namentlich das Recht über das Nachlassverfahren in verschiedenen Punkten revidiert und verbessert werden. Ausgangspunkt bildet dabei die Feststellung, dass das schweizerische Insolvenzrecht unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung tauglich und praktikabel ist, dabei aber einzelne Schwächen aufweist, die es zu beseitigen gilt.***

*Der vorliegenden Revision des Insolvenzrechts liegen die folgenden Leitlinien zugrunde:*

- Die Nachlassstundung soll nach der neuen Konzeption – wie das Chapter 11/Verfahren des US-amerikanischen Rechts – nicht mehr zwingend in einem Nachlassvertrag oder Konkurs enden, sondern vermehrt auch lediglich zu reinen Stundungszwecken bewilligt werden können.*
- Der aktienrechtliche Konkursaufschub (Art. 725a OR) soll aufgehoben und in das Nachlassverfahren des SchKG integriert werden. Damit würde das Moratorium in Zukunft sämtlichen Unternehmensformen (und nicht wie heute nur der Aktiengesellschaft, der Kommanditaktiengesellschaft, der GmbH und der Genossenschaft) zur Verfügung stehen.*
- Die Mitwirkungsrechte der Gläubigerinnen und Gläubiger während der Nachlassstundung sollen gestärkt werden, namentlich zum Schutz vor vorschnellen Liquidationshandlungen. Konkret wird deshalb die Einsetzung eines repräsentativen Gläubigerausschusses vorgeschlagen, welcher den Sachwalter zu beaufsichtigen hat. Unter bestimmten Voraussetzungen soll den Sachwalter ausserdem die Pflicht treffen, eine ausserordentliche Gläubigerversammlung einzuberufen.*
- Die Voraussetzungen für die Genehmigung des Nachlassvertrages werden herabgesetzt, indem die Sicherstellung der Befriedigung der Drittklassforderungen keine Voraussetzung für dessen Genehmigung mehr bilden soll. Durch diese wurden in der bisherigen Praxis oft massgebende finanzielle Mittel blockiert und so das Zustandekommen eines Nachlassvertrages erheblich erschwert. Zudem wird vorgesehen, dass die Anteilsinhaber bei einem ordentlichen Nachlassvertrag einen angemessenen eigenen Sanierungsbeitrag zu leisten haben, um damit eine gewisse Gleichbehandlung mit den Gläubigerinnen und Gläubigern zu erreichen.*
- Verzichtet wurde auf die Schaffung eines Konzerninsolvenzrechts, wobei dem Konzernverhältnis punktuell Rechnung getragen wird (so etwa mit Beweiserleichterungen bei der paulianischen Anfechtung und der Verfahrenskoordination).*
- Vorgeschlagen wird zudem eine Regelung des Schicksals von Dauerschuldverhältnissen in der Insolvenz: Dabei soll danach differenziert werden, ob ein eigentlicher Liquidationsfall (Konkurs oder Nachlassvertrag mit Vermö-*

---

gensabtretung) oder eine Nachlassstundung zum Zwecke der Sanierung und anschliessenden Weiterführung des Unternehmens vorliegt. Während im ersten Fall auf die Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts der Konkurs- oder Liquidationsmasse verzichtet wird, soll es im zweiten Fall dem Schuldner ermöglicht werden, ein Dauerschuldverhältnis mit Zustimmung des Sachwalters ausserordentlich aufzulösen, wobei die Gegenpartei in diesem Fall aber voll zu entschädigen ist.

- Die paulianische Anfechtung soll erleichtert werden, wenn die Vermögensverschiebung innerhalb eines Konzernverhältnisses erfolgt ist.
- Die paulianische Anfechtung eines Rechtsgeschäfts soll ausgeschlossen werden, wenn das zuständige Vollstreckungsorgan dieses ausdrücklich genehmigt hat. Damit wird die für die Praxis notwendige Rechtssicherheit geschaffen.
- Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters von Geschäftsräumen sowie dasjenige des Gast- und Stallwirts bzw. der Stockwerkeigentümergeinschaft sollen aufgehoben werden. Auch damit können im Einzelfall Sanierungen erleichtert werden.
- Wird ein Betrieb im Rahmen einer Insolvenz übernommen, soll die Pflicht entfallen, sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer übernehmen zu müssen. Über die Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse ist vielmehr im Einzelfall zu verhandeln.
- Als Ausgleich für diese Beschränkung der Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer soll neu eine allgemeine Sozialplanpflicht ins Obligationenrecht eingeführt werden. Diese soll für Betriebe mit mehr als 250 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gelten, die mehr als 30 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entlassen wollen, allerdings nur, sofern sich der Betrieb nicht in der Insolvenz befindet.
- Damit Sanierungen auch in Zukunft überhaupt durchgeführt werden können, ist das am 1. Januar 2010 in Kraft getretene Konkursprivileg zugunsten von Forderungen aus Mehrwertsteuer wieder aufzuheben.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>6456</b>
<b>1 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>6459</b>
1.1 Ausgangslage	6459
1.2 Expertengruppe Phase 1	6459
1.3 Expertengruppe Phase 2	6460
1.4 Der Vorentwurf des Bundesrates	6460
1.4.1 Leitlinien des Vorentwurfs	6460
1.4.2 Vernehmlassungsverfahren	6463
1.5 Der Entwurf des Bundesrates	6464
1.5.1 Systematischer Überblick	6464
1.5.2 Keine ausdrückliche Regelung der Sanierungsdarlehen	6466
1.6 Rechtsvergleich	6467
1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	6469
<b>2 Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen</b>	<b>6469</b>
2.1 Organisation	6469
2.2 Betreibungsferien	6470
2.3 Konkurseröffnung	6471
2.4 Wirkungen des Konkurses	6472
2.5 Besondere Bestimmungen über Miete und Pacht	6476
2.6 Anfechtung	6476
2.7 Provisorische Nachlassstundung	6479
2.8 Definitive Nachlassstundung	6483
2.9 Wirkungen der Nachlassstundung	6486
2.10 Stundungsverfahren	6489
2.11 Allgemeine Bestimmungen zum Nachlassvertrag	6490
2.12 Nachlassvertrag im Konkurs	6493
2.13 Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches	6493
2.14 Änderungen des Obligationenrechts	6493
2.15 Änderungen weiterer Bundesgesetze	6502
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>6502</b>
3.1 Auswirkungen auf den Bund	6502
3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	6502
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	6503
<b>4 Verhältnis zur Legislaturplanung</b>	<b>6503</b>
<b>5 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit</b>	<b>6503</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>6504</b>
<b>Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) (Entwurf)</b>	<b>6507</b>

# Botschaft

## 1 Grundzüge der Vorlage

### 1.1 Ausgangslage

Das geltende Schweizer Sanierungsrecht geht zurück auf die letzte grosse Revision des Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibungs- und Konkurs (SchKG)<sup>1</sup>, welche am 1. Januar 1997 in Kraft getreten ist. Die Bestimmungen über das Sanierungsrecht entstanden dabei als Folge der schweren Wirtschaftskrise Anfang der Neunzigerjahre: Zum ersten Mal war es erklärtes Ziel des Gesetzgebers, nicht nur eine geordnete Liquidation eines Unternehmens zu ermöglichen, sondern gezielt eine Sanierung (im Sinne einer Gesundung des Unternehmens) zu begünstigen.

### 1.2 Expertengruppe Phase 1

Nach dem Zusammenbruch der Swissair<sup>2</sup> im Jahr 2001 verlangten zahlreiche parlamentarische Vorstösse die Abklärung des Revisionsbedarfs des schweizerischen Insolvenzrechts. Im Sommer 2003 setzte das Bundesamt für Justiz deshalb eine Expertengruppe ein mit dem Auftrag, als *Groupe de réflexion* den Reformbedarf des Insolvenzrechts abzuklären. Ihr gehörten an: Fürsprecher Dominik Gasser, Bundesamt für Justiz Bern (Vorsitz); Dr. Daniel Hunkeler, Rechtsanwalt, Zürich und Baden; Prof. Dr. Franco Lorandi, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Isaak Meier, Rechtsanwalt, Zürich; Prof. Dr. Henry Peter, Rechtsanwalt, Lugano; Prof. Dr. Daniel Staehelin, Advokat und Notar, Basel; lic.iur. Karl Wüthrich, Rechtsanwalt, Zürich; lic.iur. Monique Albrecht, Rechtsanwältin, Bundesamt für Justiz, Bern. Für die arbeitsrechtlichen Fragen zog die Expertengruppe ausserdem Dr. Rémy Wyler, Rechtsanwalt, Lausanne, bei.

Bei der Evaluation des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs sollte dem Sanierungsgedanken Priorität zukommen. Lösungen ausländischer Verfahren (z.B. des Chapter 11 des US-amerikanischen Bankruptcy Codes) sowie der einschlägigen Empfehlungen der UNCITRAL sollten in die Abklärungen miteinbezogen werden. Im März 2005 lieferte die Expertengruppe ihren Bericht zum Handlungsbedarf dem Bundesamt für Justiz ab<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> SR 281.1.

<sup>2</sup> Vgl. zur Chronologie der Ereignisse den Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates (GPK-S) vom 19.9.2002, Die Rolle von Bundesrat und Bundesverwaltung im Zusammenhang mit der Swissair-Krise, BBl 2003 5403 ff., insb. 5475 ff.

<sup>3</sup> Ist das schweizerische Sanierungsrecht revisionsbedürftig? Thesen und Vorschläge aus der Sicht der Unternehmenssanierung. Bericht der Expertengruppe Nachlassverfahren, April 2005 (nachfolgend zitiert als Bericht Phase 1). Dieser Bericht kann im Internet heruntergeladen werden ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

### **1.3                    Expertengruppe Phase 2**

In der Phase 1 hatte sich die Expertengruppe auf die Formulierung von Thesen beschränkt. Das Bundesamt für Justiz setzte die Expertinnen und Experten im August 2006 daher erneut ein mit dem Auftrag, die Arbeiten fortzusetzen und gestützt auf die Ergebnisse der Phase 1 einen Vorentwurf samt Bericht für eine entsprechende Gesetzesrevision zu erstellen. Für diese zweite Phase wurde die Expertengruppe ergänzt mit einem Vertreter der Konferenz der Betriebs- und Konkursbeamten der Schweiz (Stephan Bölli, Notariat Wetzikon). Im Juni 2008 hat die Expertengruppe den Vorentwurf zusammen mit einem Begleitbericht fertiggestellt<sup>4</sup>.

### **1.4                    Der Vorentwurf des Bundesrates**

Ausgehend vom von der Expertengruppe identifizierten punktuellen Revisionsbedarf hat der Bundesrat den Vorentwurf der Expertengruppe leicht überarbeitet und diesen im Januar 2009 zusammen mit einem Begleitbericht in die Vernehmlassung geschickt<sup>5</sup>.

#### **1.4.1                Leitlinien des Vorentwurfs**

Die Expertengruppe hat als Ergebnis ihrer Überlegungen festgehalten, dass das schweizerische Insolvenzrecht unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung tauglich und praktikabel ist: Das schweizerische Insolvenzrecht bedarf nach Ansicht der Expertengruppe insbesondere keiner Generalüberholung. Gleichzeitig wurden im geltenden Sanierungsrecht aber auch einzelne Schwächen identifiziert, für welche mit dem Vorentwurf punktuelle Anpassungen des geltenden Rechts vorgeschlagen wurden.

Dem Vorentwurf (VE) lagen dabei die folgenden Leitlinien zugrunde:

<sup>4</sup> Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf der Expertengruppe Nachlassverfahren, Juni 2008 (nachfolgend zitiert als Bericht Phase 2). Bericht und Vorentwurf können im Internet heruntergeladen werden ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

<sup>5</sup> Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren – Bericht und Vorentwurf, Bern, Dezember 2008. Bericht und Vorentwurf können im Internet heruntergeladen werden ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

- Klärung der Situation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei Betriebsübernahme anlässlich eines Insolvenzverfahrens: Nach geltendem Recht tritt der Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsveräusserungen von Gesetzes wegen ein (Art. 333 Abs. 1 OR). Weil diese Regelung in der Praxis zu grossen Problemen geführt hat, enthielt der Vorentwurf einen Vorschlag, wonach künftig kein automatischer Übergang von Arbeitsverträgen mehr stattfinden sollte; ob und wie weit mit dem Betrieb auch Arbeitsverträge übernommen werden, wäre jeweils Gegenstand von Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten.

## 1.4.2

### Vernehmlassungsverfahren

Das Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf vom Dezember 2008 wurde vom Bundesrat am 28. Januar 2009 eröffnet und dauerte bis zum 8. Mai 2009. Zur Teilnahme eingeladen wurden das Schweizerische Bundesgericht, die Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien, die juristischen Fakultäten der Schweiz sowie weitere interessierte Organisationen. Stellung genommen haben 26 Kantone, 4 politische Parteien und 31 Organisationen. Ausserdem haben 2 nicht offizielle Teilnehmer eine Stellungnahme eingereicht.

Die vorgeschlagene Teilrevision des SchKG wurde von der Mehrzahl der Vernehmlassungsteilnehmer begrüsst. Viele Teilnehmerinnen und Teilnehmer teilten die Ansicht der Expertengruppe, wonach das geltende schweizerische Insolvenzrecht unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenssanierung tauglich und praktikabel sei und deshalb keine Notwendigkeit einer Generalüberholung bestehe<sup>11</sup>.

Zu den einzelnen Revisionspunkten wurden von vielen Teilnehmerinnen und Teilnehmern detaillierte Ausführungen gemacht, die sich teilweise kritisch mit den Vorschlägen des Vorentwurfs auseinandersetzten:

- Ausserordentliche Auflösung von Dauerschuldverhältnissen<sup>13</sup>: Geteilt waren die Ansichten hinsichtlich der vorgeschlagenen Einführung eines ausserordentlichen Kündigungsrechts für Dauerschuldverhältnisse. Kritisiert wurde insbesondere, dass damit erheblich in bestehende Vertragsverhältnisse eingegriffen und zugleich Anreize geschaffen würden, sich in ein Nachlassverfahren zu begeben, um sich unerwünschter Verträge zu entledigen. Die Rechte einzelner Gläubigerinnen und Gläubiger würden auf diese Weise

<sup>11</sup> Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG): Sanierungsverfahren. Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Bern 2009 (nachfolgend zitiert als Bericht Vernehmlassung), S. 2. Dieser Bericht kann im Internet heruntergeladen werden ([www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)).

<sup>12</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 5 ff.

<sup>13</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 15 ff.



übergewöhnlich beeinträchtigt. Spezifische Kritik fand sich auch im Hinblick auf die vorzeitige Auflösung von Miet- und Arbeitsverträgen.

- Schicksal von Arbeitsverträgen im Insolvenzfall<sup>15</sup>: Ein weiterer Punkt, der bei vielen Teilnehmerinnen und Teilnehmern auf Ablehnung stiess, war der vorgeschlagene Verzicht auf die Pflicht, im Falle einer Geschäftsübernahme nicht mehr alle Arbeitnehmenden automatisch übernehmen zu müssen (Art. 333 Abs. 1 OR). Der Vorschlag würde die Rechte der durch eine Insolvenz ohnehin stark betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zusätzlich einschränken. Die Erfahrung habe auch gezeigt, dass eine solche Ausnahme nicht notwendig sei, da bei Betriebsübergängen Vereinbarungen zwischen altem und neuem Arbeitgeber sowie den Sozialpartnern üblich seien und auf diese Weise schwierige Situationen bei der Anwendung von Artikel 333 OR in Abwägung aller Interessen abgedeckt werden könnten.
- Ergänzende Vorschläge<sup>16</sup>: Ergänzend wurden verschiedene über den Vorentwurf hinausgehende Revisionspunkte vorgeschlagen, die nach Ansicht der Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer in die laufende Revision einbezogen werden sollten, etwa eine explizite Regelung der Sanierungsdarlehen, eine Revision der einvernehmlichen Schuldenbereinigung oder die Aufnahme einer gesetzlichen Sozialplanpflicht.

## **1.5 Der Entwurf des Bundesrates**

### **1.5.1 Systematischer Überblick**

Der vorliegende Entwurf basiert im Wesentlichen auf dem vom Bundesrat im Jahr 2008 in die Vernehmlassung geschickten Vorentwurf, der seinerseits grösstenteils dem von der Expertengruppe vorgelegten Vorentwurf entspricht. An verschiedenen Orten wurden als Reaktion auf die Vernehmlassung allerdings Anpassungen des Vorentwurfs vorgenommen. Es handelt sich namentlich um die folgenden Punkte:

<sup>14</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 18 ff.

<sup>15</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 17 f.

<sup>16</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 4 f.

- Vom Recht, Dauerschuldverhältnisse gemäss Artikel 297a ausserordentlich auflösen zu können, werden die Arbeitsverträge ausdrücklich ausgenommen.
  
- Am im Vorentwurf enthaltenen Artikel 333b Absatz 1 OR wird festgehalten. Dagegen wird in Abweichung vom Vorentwurf (Art. 333b Abs. 2 VE) darauf verzichtet, die Konsultations- und Informationspflicht gemäss Artikel 333a OR für den Fall des Betriebsübergangs im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung zu beschränken.

Zudem finden sich im Entwurf zwei zusätzliche, im Vorentwurf noch nicht enthaltene Vorschläge:

- Die mit dem Vorentwurf vorgeschlagene Revision von Artikel 333 OR wurde in der Vernehmlassung vonseiten der Arbeitnehmerverbände scharf kritisiert. Die vorgeschlagene Regelung bildet aber nach Ansicht des Bundesrates unentbehrlicher Bestandteil eines effektiven Sanierungsrechts, sodass darauf nicht verzichtet werden kann. Als Ausgleich für diese Neuerung wird vorgeschlagen, eine allgemeine Sozialplanpflicht ins Obligationenrecht einzuführen.

Mit dem Sozialplan sollen Massnahmen festgelegt werden, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie ihre Folgen gemildert werden können. Die neu zu schaffende Sozialplanpflicht soll für sämtliche Fälle von Entlassungen einer grösseren Zahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gelten, jedoch nur für Fälle ausserhalb einer Insolvenz. Dagegen ist gerade in der Insolvenz der Abschluss eines Sozialplans schwierig, einerseits, weil dem Unternehmen nicht ausreichend Mittel dafür zu Verfügung stehen, andererseits, weil mit einem Mittelabfluss die übrigen Gläubigerinnen und Gläubiger benachteiligt würden. Zudem erschwert der damit ver-

bundene Mittelabfluss auch die Sanierung an sich. Es ist deshalb zu differenzieren:

Ausserhalb eines Insolvenzverfahrens (Konkurs- oder Nachlassverfahren) soll eine allgemeine Verpflichtung des Arbeitgebers eingeführt werden, im Falle einer geplanten Entlassung einer grösseren Zahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit den Gewerkschaften, der allfälligen Arbeitnehmervertretung oder direkt mit dem Personal im Hinblick auf die Vereinbarung eines Sozialplans Verhandlungen zu führen. Scheitern diese Verhandlungen, so soll der Sozialplan durch den verbindlichen Entscheid eines Schiedsgerichts aufgestellt werden. In jedem Fall ist dabei darauf zu achten, dass ein Missbrauch ausgeschlossen wird und dass die Kosten des Sozialplans weder die Existenz des Unternehmens noch die verbleibenden Arbeitsplätze gefährden.

Befindet sich das Unternehmen dagegen in einem Insolvenzverfahren, würde sich eine eigentliche Sozialplanpflicht aufgrund der nicht vorhandenen Mittel in den meisten Fällen als illusorisch und für eine nachhaltige Sanierungslösung als hinderlich erweisen. Kommt es zu einer Übertragung des Betriebs oder eines Betriebsteils im Sinne von Artikel 333 OR, bei welchem nicht sämtliche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer übernommen werden sollen, sind aber (entgegen dem Vorschlag im Vernehmlassungsentwurf) zumindest die Konsultationsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gemäss Artikel 333a OR und (bei gegebenen Voraussetzungen) auch diejenigen von Artikel 335f OR zu wahren. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer oder deren Vertreter erhalten dadurch Gelegenheit, den Insolvenzorganen (Konkursverwaltung, Gläubigerorgane, Sachwalter, Liquidator) Vorschläge bezüglich der Massnahmen zur Milderung der Kündigungsfolgen zu unterbreiten. Es ist dann Sache dieser Organe, zu entscheiden, ob und wie weit auf Kosten der Konkursmasse darauf eingegangen werden und nachträglich noch ein Sozialplan vereinbart werden kann.

## **1.6 Rechtsvergleich**

Im Zusammenhang mit der Vorbereitung der vorliegenden Botschaft hat das Bundesamt für Justiz gemeinsam mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft drei wissenschaftliche Untersuchungen zum Insolvenzverfahren in Auftrag gegeben, darunter auch eine rechtsvergleichende Studie<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 4.

<sup>19</sup> BGE **134** III 452 458

<sup>20</sup> Dunant et al., in: SECO 2010, S. 13 ff.

Im Rahmen dieser Untersuchung wurde das geltende schweizerische Insolvenzrecht mit fünf ausländischen Rechtsordnungen (Österreich, Belgien, Norwegen, Singapur und USA) verglichen. Ausgewählt wurden diese Vergleichsländer aufgrund einer Studie der Weltbank<sup>21</sup>, die anhand eines konkreten Falles die verschiedenen Rechtsordnungen im Hinblick auf ihr Insolvenzverfahren untersucht hat, wobei insbesondere die Verfahrensdauer und die Verfahrenskosten Gegenstand der Betrachtung bildeten. Die fünf genannten Rechtsordnungen schnitten in dieser Untersuchung besonders gut ab, was den Schluss zuliess, dass es sich dabei um Rechtsordnungen mit einem besonders effizienten Insolvenzverfahren handelt. Aus dem konkreten Rechtsvergleich ergab sich Folgendes:

- Untersucht wurden zudem die Auswirkungen einer Sanierung auf bestehende Dauerschuldverhältnisse. Hier zeigte sich, dass die bereits mit dem Vorentwurf vorgeschlagene Möglichkeit einer ausserordentlichen Auflösung solcher Dauerverträge allen untersuchten Rechtsordnungen bekannt ist<sup>23</sup>. Die im vorliegenden Entwurf vorgeschlagene Lösung (Art. 211a und 297a) entspricht damit den Anforderungen an ein modernes Sanierungsrecht.
- r  
-
- Aufschlussreich war auch der Vergleich der von den einzelnen Rechtsordnungen vorgesehenen Konkursprivilegien, die in allen untersuchten Ländern im Vergleich zur Schweiz nur sehr eingeschränkt vorhanden sind. Neben den eigentlichen Kosten der Liquidation bzw. der Sanierung kamen allenfalls noch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Pfandgläubiger in den Genuss eines Vorzugsrechts.
  - Der Vorschlag des Vorentwurfs, wonach Arbeitsverträge nicht automatisch auf einen Übernehmer übergehen sollten (Art. 333b OR), entspricht zumindest der Regelung von Belgien, der USA sowie von Singapur.

Im Ergebnis bestätigt die Rechtsvergleichung die von der Expertengruppe identifizierten Schwachpunkte des geltenden Sanierungsrechts. Mit der Umsetzung der vorliegenden, daran ausgerichteten Revisionsvorschläge würde das schweizerische

<sup>21</sup> Djankow/Hart/McLiesh/Shleifer 2008.

<sup>22</sup> Dunant et al., in: SECO 2010, S. 32; vgl. zum Ganzen auch UNCITRAL, S. 162 ff.

<sup>23</sup> Dunant et al., in: SECO 2010, S. 33 f.

Sanierungsrecht verbessert und seine Effektivität an diejenige der untersuchten erfolgreichen ausländischen Rechtsordnungen angenähert werden.

## **1.7 Erledigung parlamentarischer Vorstösse**

Es wird beantragt, die folgenden parlamentarischen Vorstösse als erledigt abzuschreiben:

- 01.3673 Motion Lombardi. Nach der Swissair-Krise. Änderung des SchKG?
- 02.3474 Postulat GPK-S. Bündelung der verschiedenen Interessen im Sanierungsprozess.
- 02.3475 Postulat GPK-S. Ausrichtung des SchKG auf das Sanierungsziel.
- 02.3045 Postulat Wicki. Rechtliche Analyse als Folge des Swissair-Debakels.

## **2 Erläuterungen der einzelnen Bestimmungen**

**2.14**

**Änderungen des Obligationenrechts**

*Art. 333b* Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsübernahme

Nach geltendem Recht tritt der Übergang der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsveräußerungen von Gesetzes wegen ein. Der bisherige Arbeitgeber wird auf dem Wege einer Einzelrechtsnachfolge durch den neuen Arbeitgeber ersetzt. Den Arbeitneh-



menden steht dabei das Recht zu, den Übergang abzulehnen (Art. 333 Abs. 1 OR). Ein Ablehnungsrecht des neuen Arbeitgebers (d.h. des Erwerbers des Betriebes) besteht dagegen nicht. Auch ist eine vertragliche Beschränkung auf die Übernahme einzelner Arbeitsverhältnisse nicht zulässig.

Soll das Unternehmen während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrags mit Vermögensabtretung an einen Dritten übertragen werden, stellt sich die Frage, inwieweit Artikel 333 Absatz 1 OR auch im Insolvenzverfahren anwendbar ist. Während dies von einem Teil der Lehre bejaht wird<sup>95</sup>, spricht sich ein anderer Teil ausdrücklich dagegen aus<sup>96</sup>. Das Bundesgericht hat bisher nur beschränkt für Klarheit sorgen können: Es hat festgehalten, dass zumindest die Solidarhaftung nach Artikel 333 Absatz 3 OR beim Erwerb eines Betriebes aus der Konkursmasse nicht zum Tragen kommt<sup>97</sup>. Die Frage der Anwendbarkeit von Artikel 333 Abs. 1 OR wurde dagegen offen gelassen. Anders hat das Obergericht des Kantons Zürich entschieden: Artikel 333 OR sei – mit Ausnahme der in Absatz 3 geregelten Solidarhaftung des Übernehmers – auch im Falle der Betriebsübernahme aus dem Konkurs zur Anwendung zu bringen<sup>98</sup>. Es besteht damit nach wie vor eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die in der Sanierungspraxis zu grossen Problemen führt.

Festzuhalten ist, dass Artikel 333 Absatz 1 OR keine Arbeitsplatzsicherung zu bieten vermag, denn es steht dem Übernehmer frei, die Arbeitnehmenden nach der Betriebsübernahme auf dem Wege einer ordentlichen Kündigung zu entlassen. Die Arbeitnehmenden sind damit nicht geschützt, während für die übernehmende Partei Lohnkosten für Arbeitnehmende entstehen, die sie eigentlich nicht aufwerfen wollte. Hinzu kommt unter Umständen eine unerwünschte negative Presseberichterstattung. Dies kann dazu führen, dass ein potenzieller Käufer vom Erwerb eines eigentlich sanierungsfähigen Betriebs absieht, was im Ergebnis zu einer vollständigen Vernichtung der betroffenen Arbeitsplätze führen kann. Der intendierte Arbeitnehmerschutz verkehrt sich dann in sein Gegenteil.

Der Vorentwurf schlug deshalb vor, den automatischen Übergang von Arbeitsverträgen bei Betriebsübernahme während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung auszuschliessen (Art. 333b VE-OR). Ob und wie weit mit dem Betrieb auch die Arbeitsverträge übernommen werden, sollte neu Gegenstand von Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sein, wobei den betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wie nach geltendem Recht ein Ablehnungsrecht zustehen soll. Dieser Vorschlag wurde in der Vernehmlassung von mehreren Teilnehmern begrüsst, von Arbeitnehmerseite dagegen heftig kritisiert<sup>99</sup>.

Der Bundesrat ist nach wie vor der Ansicht, dass die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung unabdingbarer Bestandteil eines effektiven Sanierungsrechts bildet. Eine rein dogmatisch-theoretische Betrachtungsweise mag den Eindruck erwecken, dass die Stellung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer damit geschwächt werde. Die praktischen Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass das geltende Recht die realen

<sup>95</sup> Lorandi 2000, S. 95 ff.; Hofstetter 1998, S. 926 ff.

<sup>96</sup> Camponovo 1998, S. 1417; Spühler/Infanger 2000, S. 227; Vollmar, in: Staehelin/Bauer/Staehelin 1998, Art. 298 N 18.

<sup>97</sup> BGE 129 III 335 349

<sup>98</sup> Beschluss vom 10. September 2003, ZR 2004, Nr. 71.

<sup>99</sup> Bericht Vernehmlassung, S. 17 f.; vgl. auch Bianchi 2010, S. 31.

Möglichkeiten verkennt, denn es wird den Arbeitskräften eine Arbeitsplatzsicherheit vorgespiegelt, die es im Sanierungsfall gerade nicht gibt.

Artikel 333b OR hält deshalb fest, dass dann, wenn der Betrieb während der Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung übertragen wird, das Arbeitsverhältnis nur dann auf die den Betrieb erwerbende Partei übergeht, wenn dies mit ihr so vereinbart worden ist. Für die übrigen Wirkungen verweist Artikel 333b OR dagegen auf die Artikel 333 und 333a OR. Dies hat insbesondere zur Folge, dass für den übernommenen Betrieb ein allfällig bestehender Gesamtarbeitsvertrag während eines Jahres einzuhalten ist (Art. 333 Abs. 1<sup>bis</sup> OR). In Bezug auf die übernommenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelangt ausserdem Artikel 333 Absatz 3 OR zur Anwendung: Die übernehmende Partei trifft damit für ungedeckte Forderungen aus den übernommenen Verträgen zusammen mit dem Veräusserer eine Solidarhaftung. Dies ist eine Abkehr von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>100</sup>, von welcher sowohl die übernommenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als auch die Arbeitslosenversicherung, welche in vielen Fällen im Rahmen der Insolvenzenschädigung einspringen musste, profitieren werden. Der Übernehmer wird sich deshalb im Übernahmevertrag entsprechend absichern müssen. Für die ausstehenden Lohnforderungen der nicht übernommenen Arbeitskräfte trifft die erwerbende Partei dagegen keine Haftung. Diese bleiben darauf beschränkt, ihre Ansprüche im laufenden Insolvenzverfahren geltend zu machen.

Der Arbeitnehmerschutz erfordert im Weiteren, dass die Arbeitnehmenden in wichtige Entscheidungen des Arbeitgebers miteinbezogen werden. So hat der Arbeitgeber, der den Betrieb oder einen Betriebsteil auf einen Dritten überträgt, die Arbeitnehmervertretung oder, falls es keine solche gibt, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer rechtzeitig vor dem Vollzug darüber zu informieren (Art. 333a Abs. 1 OR). Am geltenden Rechtszustand soll grundsätzlich festgehalten werden. Abweichend vom Vorentwurf (Art. 333b Abs. 2 OR) soll die Konsultation der Arbeitnehmervertretung gemäss Artikel 333a OR in jedem Fall zur Anwendung kommen, d.h. sowohl bei der Liquidation des Betriebes (Konkurs, Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung) als auch bei einem ordentlichen Nachlassvertrag. Die Einflussmöglichkeiten, die den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unter Umständen als Gläubigerinnen und Gläubiger im Insolvenzverfahren zustehen, vermögen den Verlust dieses Konsultationsanspruchs nicht zu kompensieren.

#### *Art. 335e Abs. 2* Besondere Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden bei Betriebsveräusserung und Massenentlassung

Eine besondere Konsultationspflicht trifft den Arbeitgeber sodann im Falle von Massenentlassungen (Art. 335f OR). Gemäss Artikel 335e Absatz 2 OR gilt diese Bestimmung jedoch nicht bei Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen, weil in diesem Fall die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dem Einflussbereich des Arbeitgebers entzogen ist<sup>101</sup>. Gemäss herrschender Lehre und der Rechtsprechung fällt unter den Begriff der «gerichtlichen Entscheidung» auch die Konkursöffnung<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> BGE 129 III 335 349

<sup>101</sup> Vgl. Portmann/Stöckli 2007, S. 206 f.

<sup>102</sup> BGE 130 III 102 108; Meier/Exner, 2004, S. 214 m.w.H.; Portmann/Stöckli 2007, S. 206 f.; Possa/Kreutz 2010, Rz. 14.

Anders ist dies bei der Nachlassstundung: Dort sind die besonderen Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer durchaus sinnvoll. Dementsprechend hat das Bundesgericht entschieden, dass die Mitwirkungsrechte gemäss Artikel 335d ff. OR während der provisorischen Nachlassstundung umfassend anwendbar sind<sup>103</sup>. Das muss auch für die definitive Stundung gelten<sup>104</sup>.

#### *Art. 335h, 335i* Sozialplanpflicht

Sieht man vom Bundespersonal ab<sup>105</sup>, haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz keinen gesetzlichen Anspruch auf einen Sozialplan, und dies selbst dann nicht, wenn vielen von ihnen, insbesondere im Rahmen einer Massenentlassung im Sinne von Artikel 335d OR, aus wirtschaftlichen Gründen gekündigt wird.

Eine Ausnahme bilden die – vereinzelt – Fälle, in denen ein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) vorschreibt, dass bei teilweiser oder totaler Betriebschliessung ein Sozialplan zu vereinbaren ist. Aus einer solchen Bestimmung ergibt sich die Pflicht der GAV-Parteien, mit Blick auf die Errichtung eines Sozialplanes Verhandlungen nach Treu und Glauben durchzuführen. Kommt es aber nach diesen Verhandlungen zu keiner Einigung, so kann der Inhalt des Sozialplans nur dann durch ein Schiedsorgan festgelegt werden, wenn der GAV diesbezüglich ein Schiedsverfahren vorsieht oder wenn die Parteien einem solchen Verfahren zustimmen.

Die Forderung nach einer allgemeinen Sozialplanpflicht wurde in der Vergangenheit immer wieder erhoben, in einem formellen Rahmen zuletzt in einer Motion aus dem Jahr 2008<sup>106</sup>. Der Bundesrat hat in der betreffenden Antwort wie auch in seinen früheren Stellungnahmen<sup>107</sup> jeweils betont, er sei bereit, weiter gehende Massnahmen zur Verstärkung des Schutzes der Arbeitnehmenden vorzuschlagen, falls sich herausstellen sollte, dass die geltende Regelung zu wenig effektiv sei. Die gegenwärtige Krise macht deutlich, dass es jederzeit wieder zu Massenentlassungen kommen kann. Mit der Einführung einer Sozialplanpflicht soll zudem der Wandlung der Wirtschaftswelt Rechnung getragen werden: Während dem Management regelmässig vertraglich fixierte Abgangsentschädigungen zustehen, gehen die übrigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitgeber im Fall eines Stellenverlusts in der Regel leer aus.

Mit der im vorliegenden Zusammenhang vorgeschlagenen Revision soll diese als stossend empfundene Lücke des geltenden Rechts geschlossen werden. So wird der Arbeitgeber von Gesetzes wegen verpflichtet, in gewissen Fällen mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Verhandlungen zu führen, die mit der Vereinbarung eines Sozialplans enden sollen. Können sich die Parteien diesbezüglich nicht einigen, wird der Sozialplan auf Gesuch einer Partei hin durch den – verbindlichen – Entscheid eines Schiedsgerichts aufgestellt. Die vorgeschlagene Lösung findet allerdings nur Anwendung auf grössere Betriebe und bei Massenentlassungen.

<sup>103</sup> BGE 130 III 102 108; dazu Possa/Kreutz 2010, Rz. 16.

<sup>104</sup> Bericht Phase 2, S. 23.

<sup>105</sup> Vgl. Art. 31 Abs. 4 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000, SR 172.220.1.

<sup>106</sup> Motion der sozialdemokratischen Fraktion, 08.3734.

<sup>107</sup> Stellungnahmen zu den Motionen Rechsteiner 97.3095 und Gross 99.3633.

Der neue Artikel 335h Absatz 1 definiert den Sozialplan als Vereinbarung, welche die Massnahmen festlegt, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden.

Die gesetzliche Umschreibung des möglichen Inhalts eines Sozialplans ist bewusst kurz und allgemein gehalten. Dazu gehören Massnahmen, die in der Zeit zwischen der Ankündigung der beabsichtigten Kündigungen und der Beendigung der Arbeitsverhältnisse verwirklicht werden können (z.B. Vereinbarungen kürzerer Kündigungsfristen für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer als für den Arbeitgeber). Andere Massnahmen können sowohl in dieser Zeit wie auch nachher getroffen werden (z.B. bezahlte Umschulung, Stellenvermittlung, Lohnausgleich bei Zuweisung anderer Arbeit, Fahrgeldzuschuss zur neuen Arbeitsstelle, Belassung von Arbeitswohnungen). Weitere Massnahmen setzen voraus, dass die Arbeitsverhältnisse beendet wurden (z.B. Abfindungen, vorzeitige Pensionierung, Leistungen in Härtefällen, Gratifikationen und ähnliche Leistungen).

Klar und daher nicht ausdrücklich zu erwähnen ist, dass der Sozialplan nicht nach unzulässigen Kriterien differenzieren darf (Diskriminierungsverbot). Eine Differenzierung aufgrund der möglichen Nachteile und ihrer Vermeidbarkeit ist aber zulässig. So kann vorgesehen werden, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die eine andere zumutbare Arbeitsstelle im Betrieb oder Konzern abgelehnt haben, keine oder eine geringere Abfindung erhalten. Ebenso zulässig wäre es, nur denjenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Abfindung zu bezahlen, die bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keinen neuen Arbeitsplatz gefunden haben.

Die allermeisten Massnahmen, die in einem Sozialplan vorgesehen werden, verursachen Kosten. Voraussetzung eines jeden Sozialplans ist somit, dass der Arbeitgeber über die finanziellen Mittel zur Verwirklichung dieser Massnahmen, d.h. zur Erfüllung der entsprechenden Ansprüche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verfügt.

Damit die Verhandlungen in einem vernünftigen Rahmen geführt werden können und keine überzessigen, letztlich kontraproduktiven Forderungen gestellt werden, schränkt Absatz 2 die Freiheit der Parteien und das Ermessen des Schiedsgerichts (vgl. Art. 335j E-OR) ein. Nach dieser Bestimmung darf der Sozialplan den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden. Dadurch wird ausgeschlossen, dass Betriebe, die aus unternehmerischen Gründen eine Umstrukturierung beabsichtigen, auf ihr Vorhaben verzichten müssen, weil das Gesetz eine Sozialplanpflicht vorsieht.

Da der Entwurf voraussetzt, dass der Arbeitgeber über die Mittel zur Finanzierung des Sozialplans verfügt, verzichtet er implizit auf die Einführung einer Pflicht der Betriebe, das finanzielle Substrat bereitzuhalten (beispielsweise durch Bildung von Reserven, Versicherung, Errichtung eines betrieblichen, branchenspezifischen, regionalen oder gesamtschweizerischen Fonds), mit dem die Kosten der im Sozialplan vorgesehenen Massnahmen zu decken wären. Erstens wäre es unverhältnismässig und mit kaum abzuschätzenden Auswirkungen auf die Betriebstätigkeit verbunden, wenn Betriebe zur Vorfinanzierung von Massnahmen verpflichtet würden, die möglicherweise nie getroffen werden müssen. Zweitens müsste das Gesetz bei einer solchen Lösung zum Voraus festlegen, wie viel die Arbeitgeber zur Finanzierung des (allfälligen) Sozialplans auf die Seite legen müssten. Eine solche notwendigerweise schablonenhafte Regelung wäre aber insofern willkürlich, als sie keinen

konkreten Bezug zu den Massnahmen haben könnte, die vielleicht einmal in einem Sozialplan vorgesehen werden.

Da der Sozialplan nach der Vorlage den Fortbestand des Betriebs und die verbleibenden Arbeitsplätze nicht gefährden darf, erübrigen sich – abgesehen von Artikel 335i Absatz 1 OR – Ausnahmen vom Geltungsbereich der Neuregelung, die beispielsweise für erst vor kurzer Zeit gegründete Betriebe gelten würden.

#### *Art. 335i* Verhandlungspflicht

Die gesetzliche Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans trifft sämtliche Betriebe, die mindestens 250 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen (Bst. a). Betroffen von dieser Neuregelung sind nach den auf der Betriebszählung 2008 beruhenden Angaben<sup>108</sup> 1154 von 312 861 rezensierten Privatunternehmen, also 0,37 Prozent aller Privatbetriebe. In diesen Betrieben muss der Arbeitgeber, der beabsichtigt, innert 30 Tagen 30 oder mehr Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen zu entlassen (Bst. b), Verhandlungen durchführen, mit dem Ziel, einen Sozialplan zu vereinbaren (Verhandlungsphase mit grundsätzlicher Abschlusspflicht).

In diesem Kontext ist auf die unterschiedlichen Voraussetzungen von Konsultations- und Sozialplanpflicht des Arbeitgebers hinzuweisen: Die Konsultation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist für Arbeitgeber vorgeschrieben, die 21–99 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen und innert 30 Tagen mindestens 10 von ihnen aus wirtschaftlichen Gründen kündigen wollen (Art. 335d Ziff. 1 OR), für solche, die 100–299 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen und mindestens 10 Prozent von ihnen innert derselben Frist und aus denselben Gründen (Art. 335d Ziff. 2 OR) entlassen wollen, sowie für solche Arbeitgeber, die mindestens 300 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen und innert derselben Frist und aus denselben Gründen mindestens 30 von ihnen entlassen wollen (Art. 335d Ziff. 3 OR). Die Pflicht, einen Sozialplan aufzustellen, besteht hingegen für Arbeitgeber, die mindestens 250 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigen und mindestens 30 von ihnen kündigen wollen, und dies auch hier innert Frist von 30 Tagen und aus Gründen, die in keinem Zusammenhang mit ihrer Person stehen. Zeigt sich, dass der Arbeitgeber durch eine zeitliche Staffelung der Kündigungen diese über eine Dauer von mehr als 30 Tagen verteilen will, obwohl diese auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, sind die betroffenen Kündigungen zusammenzuzählen, sodass die Sozialplanpflicht dennoch zur Anwendung kommen kann.

Absatz 2 bestimmt die Parteien, die bei einer Massenentlassung zwecks Vereinbarung eines Sozialplans miteinander zu verhandeln haben: Arbeitgeber, die Partei eines Gesamtarbeitsvertrages sind, müssen die Verhandlungen mit der oder den Gewerkschaften führen, die am Gesamtarbeitsvertrag beteiligt sind. Die übrigen Arbeitgeber verhandeln mit der Arbeitnehmervertretung ihres Betriebs oder, wenn es keine solche gibt, direkt mit den im Betrieb tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. In den letzten Fällen kann das Recht, Verhandlungen zu führen und einen Sozialplan zu vereinbaren, von der Belegschaft an eine oder mehrere Gewerkschaften delegiert werden. Denkbar ist es auch, dass die Gewerkschaften die Ver-

<sup>108</sup> Bundesamt für Statistik, Statistik Schweiz, 6. Industrie und Dienstleistungen, Marktwirtschaftliche Unternehmen und Beschäftigte nach Grössenklassen, 2008.

handlungen im Namen der Belegschaft durchführen und dass sich diese die Genehmigung des Sozialplans vorbehält.

Beteiligt am Sozialplan sind somit stets – mittelbar oder unmittelbar – auch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die von der Massenentlassung nicht direkt betroffen sind. Dies ist schon aus dem Grund angebracht, dass im Sozialplan Massnahmen vorgesehen werden können, die sie betreffen, beispielsweise eine Reduktion der Arbeitszeit zur Verhinderung aller oder eines Teils der Kündigungen.

Im Einklang mit der EG-Richtlinie Nr. 92/56 (Art. 2 Abs. 2) präzisiert Absatz 3, dass die Arbeitnehmerseite zu den Verhandlungen Expertinnen und Experten heranziehen darf. Die Bestimmung ist insofern notwendig, als das Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben<sup>109</sup> in Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe a der Arbeitgeberseite die Möglichkeit gibt, aus berechtigtem Interesse die Arbeitnehmervertreter einer Verschwiegenheitspflicht gegenüber allen – auch gegenüber (betriebsfremden) Personen, die mit der Wahrung der Interessen der Belegschaft vertraut sind – zu unterstellen. Absatz 3 verhindert, dass die Weiterleitung von Informationen an die Expertinnen und Experten eine Verletzung dieser Pflicht darstellt, schützt aber auf der anderen Seite die Interessen der Arbeitgeber, indem er die Experten zur Verschwiegenheit gegenüber betriebsfremden Personen verpflichtet.

#### *Art. 335j*      Aufstellung durch ein Schiedsgericht

Können sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan einigen, so wird dieser nach Artikel 335j OR durch ein Schiedsgericht aufgestellt.

Die Norm gewährt den Parteien volle Freiheit bezüglich der Bestimmung des Schiedsorgans. Als Schiedsgericht kann auch die eidgenössische Einigungsstelle gemäss dem Bundesgesetz vom 12. Februar 1949 über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten<sup>110</sup> bzw. ein kantonales Einigungsamt eingesetzt werden. Ist der Arbeitgeber an einen Gesamtarbeitsvertrag gebunden und sieht dieser beispielsweise ein paritätisches Schlichtungs- oder Schiedsorgan vor, so kann dieses mit der Aufgabe betraut werden, den Sozialplan aufzustellen. Die Parteien des Gesamtarbeitsvertrags können sich aber auch für ein ad-hoc-Schiedsorgan entscheiden oder eine einzige Vertrauensperson damit beauftragen. Sie können schliesslich auch in einer ersten Phase nur eine Schlichtungsstelle bilden und die Errichtung eines Schiedsorgans im Sinne einer entsprechenden Erweiterung des Mandats der Schlichtungsstelle für den Fall vorbereiten, dass das Schlichtungsverfahren scheitert.

Auf das Verfahren vor dem Schiedsorgan, das die Parteien bestellt haben, sind die Artikel 353 ff. ZPO anwendbar. In einem nachfolgenden Konkurs oder bei Durchführung eines Liquidationsvergleichs hat die verbindliche Natur des Schiedsspruchs zur Folge, dass der Sozialplan nicht mehr infrage gestellt werden kann (*res iudicata*), auch nicht mehr durch eine paulianische Anfechtung (Art. 285 ff.).

<sup>109</sup> SR 822.14

<sup>110</sup> SR 821.42

*Art. 335k* Wegfall der Sozialplanpflicht bei Konkurs und Nachlassstundung

Artikel 335k OR schliesst die Anwendung der neuen Bestimmungen über den Sozialplan für den Fall aus, dass die Massentlassungen im Rahmen eines Insolvenzverfahrens (Konkurs- oder Nachlassverfahrens) erfolgen.

Für diesen Ausschluss sprechen verschiedene Gründe: Zum Ersten wird die meist ohnehin ungenügende Konkursmasse vollends ausgehöhlt, wenn sie auch zur Finanzierung des Sozialplans dienen muss. Zum Zweiten werden die – in der ersten Klasse privilegierten – Forderungen aus dem Sozialplan die nachrangigen Gläubigerinnen und Gläubiger, und namentlich diejenigen der dritten Klasse in einem Ausmass belasten, das kaum gerechtfertigt werden kann. Bei diesen Gläubigerinnen und Gläubigern handelt es sich nämlich um Kunden und Lieferanten des konkursiten Arbeitgebers, die ihrerseits in Liquiditäts- und sonstige wirtschaftliche Probleme geraten können, was sich wiederum negativ auf deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auswirken kann. Zum Dritten wird eine Sozialplanpflicht, wie sie ausserhalb eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens vorgeschlagen wird, die Insolvenzzorgane tendenziell überfordern und das Insolvenzverfahren verlängern und verteuern. In Bezug auf das Nachlassverfahren ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine solche Sozialplanpflicht den Abschluss eines Nachlassvertrags erschweren wird, weil die Forderungen aus dem Sozialplan sichergestellt werden müssten. Sollte der Nachlassvertrag wegen des durch die Parteien oder ein Schiedsgericht aufgestellten Sozialplans scheitern, käme es zum Konkurs und zur Liquidation des Betriebs, also zum Verlust von Arbeitsplätzen, was kaum den Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entsprechen dürfte.

Wie ausgeführt haben die Arbeitnehmenden bzw. deren Vertreter Gelegenheit, im Rahmen des Konsultationsverfahrens den Insolvenzzorganen (Konkursverwaltung, Gläubigerorgane, Sachwalter, Liquidator) Vorschläge bezüglich der Massnahmen zur Milderung der Kündigungsfolgen zu unterbreiten. Es ist dann Sache dieser Organe zu entscheiden, ob und wie weit auf Kosten der Konkursmasse darauf eingegangen werden und nachträglich noch ein Sozialplan vereinbart werden kann.

*Art. 362 Abs. 1* Zwingendes Recht

Die neuen Bestimmungen sollen in den Katalog von Artikel 362 Absatz 1 OR aufgenommen werden mit der Folge, dass von ihnen weder zuungunsten noch zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer abgewichen werden kann.

**3                    Auswirkungen**  
**3.1                Auswirkungen auf den Bund**

Im Übrigen hat die Vorlage keine besonderen Auswirkungen auf den Bund.

**3.2                Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden**

Im Übrigen hat die Vorlage keine besonderen Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden.



### **3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

Von der Revision des Sanierungsrechts verspricht sich der Bundesrat eine positive Beeinflussung des strukturellen Wachstums. Der Bundesrat hat bereits im Bericht zur Wachstumspolitik 2008–2011 festgehalten, dass das Insolvenzrecht durch eine Reduktion der Zeit und der Kosten des Verfahrens und die Erhöhung der Konkursdividende verbessert werden soll. Ausserdem sollen die Anreize erhöht werden, eine legale und rentable Wirtschaftstätigkeit auszuüben. Mit der Revision des Insolvenzrechts soll eine Interessenabwägung stattfinden zwischen dem Unternehmer, der beim Eingehen von Risiken unterstützt werden soll, und den Gläubigerinnen und Gläubiger, die möglichst geringe Verluste erleiden sollen im Fall, dass sich die Wirtschaftslage des Unternehmens wenden sollte. Zuletzt soll die Konkursprävention verbessert werden<sup>112</sup>.

Mit dem vorliegenden Entwurf werden diese Ziele zumindest teilweise umgesetzt: Die Rahmenbedingungen für eine Stabilisierung und eine Sanierung von Unternehmen werden massgeblich verbessert. Dadurch können Arbeitsplätze erhalten werden. Die Rechte der Gläubigerinnen und Gläubiger als Gruppe werden gestärkt. Zudem wird durch verschiedene Massnahmen eine Vergrösserung der Insolvenzmasse angestrebt. Auf diese Weise werden die Rahmenbedingungen für Unternehmer und Investoren verbessert und die Attraktivität des Investitionsstandorts Schweiz gestärkt.

## **4 Verhältnis zur Legislaturplanung**

Die Vorlage ist in der Botschaft vom 23. Januar 2008<sup>113</sup> über die Legislaturplanung 2007–2011 angekündigt.

## **5 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit**

Die Vorlage stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts gibt.

<sup>112</sup> Bericht des Bundesrates zur Wachstumspolitik 2008–2011 vom 2. April 2008, S. 77.

<sup>113</sup> BBl 2008 818

## Literaturverzeichnis

- Amonn, Kurt/Walther, Fridolin, 2008, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern: Stämpfli.
- Amonn, Kurt, 1989, Vom Wildwuchs der Konkursprivilegien, in: Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich: Schulthess, S. 343–354.
- Bianchi, Doris, 2010, Der Arbeitnehmerschutz ist keine Hürde bei Sanierungen, in: Die Volkswirtschaft 2010, S. 31.
- Bucher, Eugen, 1989, Zur Gültigkeit von Globalzessionen, in: recht 1989, S. 12–21.
- Camponovo, Rico A., 1998, Übernahme von Arbeitsverhältnissen gemäss Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen, in: Der Schweizer Treuhänder 1998, S. 1417–1422.
- Dallèves, Louis/Foëx, Bénédict/Jeandin, Nicolas, 2005, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München: Helbing & Liechtenhahn.
- Djankov, Simeon/Hart, Oliver/McLiesh, Caralee/Shleifer, Andrei, 2008, Debt Enforcement around the World, in: Journal of Political Economy, 2008, vol. 116 no 6, S. 1105–1149.
- Duc Pablo, 2010, Die laufende Revision des Unternehmenssanierungsrechts aus praktischer Sicht, in: Die Volkswirtschaft, 2010, S. 32.
- Fatzer Peter, Erleichterungen für Auffanggesellschaften: Genügt die Revision des Sanierungsrechts?, in: Die Volkswirtschaft 2010, 29–30.
- Fritzsche, Hans/Walder, Hans Ulrich 1984/1993, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 3. Aufl., Zürich 1984/1993.
- Gasser, Dominik, 1999, Betreuung für Miet- und Pachtzinsforderungen, in: BLSchK 1999, S. 81–93.
- Gauch Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich: Schulthess.
- Gilliéron, Pierre-Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 4. Aufl., Basel: Helbing & Liechtenhahn.
- Hardmeier, Hans Ulrich, 1997, Kommentar zu Art. 725a OR, Zürcher Kommentar, Teilband V 5b, Zürich: Schulthess.
- Hofstetter, Hans, 1998, Zur Anwendbarkeit von Art. 333 OR bei Unternehmenssanierungen oder «Von der Kunst, über die eigenen Beine zu stolpern», in: AJP 1998, S. 926–932.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.), 2008, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: Art. 530–1186; Basel: Helbing & Liechtenhahn.
- Jaeger, Carl/Walder, Hans Ulrich/Kull, Thomas M./Kottmann, Martin, 1997/2001, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., Zürich: Schulthess.

- Lorandi, Franco, 2000, Betriebsübernahmen gemäss Art. 333 OR im Zusammenhang mit Sanierungen und Zwangsvollstreckungsverfahren, in: Angst, Paul/Cometta Flavio/Gasser Dominik (Hrsg.), *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München: Helbing & Liechtenhahn, S. 95–118.
- Lorandi, Franco, 2004, Dauerschuldverhältnisse im Nachlassverfahren, in: *AJP* 2004, 1209–1224.
- Lorandi, Franco, 2004, Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung, in: *ZZZ* 2004, 73–116.
- Lorandi, Franco, 2005, Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers, in: *AJP* 2005, S. 1299–1311.
- Lorandi, Franco, 2005, Die Wirkungen des Konkursaufschubs (Art. 725a OR): Ausgewählte Fragen aus vollstreckungsrechtlicher Sicht, in: *FS Karl Spühler*, Zürich: Schulthess, S. 207–245.
- Mabillard Ramon, 2009, Konkursaufschub: provisorische Nachlassstundung ohne Sachwalter?: konzeptionelle Überlegungen zum Vorentwurf eines neuen Sanierungsverfahrens, in: *ZZZ* 2008/2009, S. 363–379.
- Meier, Isaak/Exner, Christian, 2004, Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer bei Sanierungen, in: *ARV* 2004, S. 213–233.
- Müller, Roland, 2004, Konkursprivileg für leitende Arbeitnehmer, in: *SJZ* 2004, S. 553–562.
- Oser, Hugo/Schönenberger Wilhelm, 1936, *Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht*, 2. Halbband: Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich: Schulthess.
- Peter, Henry, 1989, L'action révocatoire dans les groupes de sociétés, in: *SAG* 1989, 1–15.
- Portmann, Wolfgang/Stöckli, Jean-Fritz, 2007, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Zürich: Dike.
- Possa, Philipp/Kreutz, Denise, 2010, Massenentlassungen im Nachlassstundungsverfahren, in: *Jusletter* vom 4. Januar 2010.
- Reetz, Peter, 2006, Die Sicherungszession von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung vollstreckungsrechtlicher Probleme, Zürich: Schulthess.
- Schönenberger, Beat, 2002, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR, *BJM* 2002, 161–189.
- Spühler, Karl/Infanger, Dominik, 2000, Betriebsübergänge und Arbeitsverträge in der Zwangsvollstreckung – Anwendung von Art. 333 OR im Konkurs und Nachlassvertrag? in: Angst, Paul/Cometta Flavio/Gasser Dominik (Hrsg.), *Schuldbetreibung und Konkurs im Wandel*, Festschrift 75 Jahre Konferenz der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz, Basel/Genf/München: Helbing & Liechtenhahn, S. 225–232.
- Stahelin, Adrian/Bauer, Thomas/Stahelin, Daniel (Hrsg.), 1998, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs unter Einbezug der Nebenerlasse*, Basel/Genf/München: Helbing & Liechtenhahn.
- Stahelin, Daniel, 1993, *Bedingte Verfügungen*, Zürich: Schulthess.

- Stahelin, Daniel, 2006, Der Beginn der Verwirkungsfrist gemäss Artikel 292 SchKG für die Anfechtung (Pauliana) beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, in: AJP, S. 1252–1262.
- Studer, Franz, 2009, Das Retentionsrecht im neuen Sanierungsverfahren: Abschaffung von Gläubigerprivilegien zur Verbesserung der Sanierungsaussichten von Unternehmungen?, in: AJP 2009, 1453–1458.
- Thévenoz Luc/Werro Franz (éd.), 2003, Commentaire romand, Code des obligations I, Basel/Genf/München: Helbing & Liechtenhahn.
- United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), 2005, Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005.
- Von Büren, Roland, 2005, Der Konzern, rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, 2. Aufl., Basel: Helbing & Liechtenhahn.
- Wiegand, Wolfgang, 1980, Fiduziarische Sicherungsgeschäfte, in: ZBJV 1980, S. 537–567.

# **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)**

*Entwurf*

## **Änderung vom ...**

---

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft  
nach Einsicht in die Botschaft des Bundesrates vom 8. September 2010<sup>1</sup>,  
beschliesst:*

I

Das Bundesgesetz vom 11. April 1889<sup>2</sup> über Schuldbetreibung und Konkurs wird wie folgt geändert:

<sup>1</sup> BBl 2010 6455  
<sup>2</sup> SR 281.1

## Änderung bisherigen Rechts

Die nachfolgenden Bundesgesetze werden wie folgt geändert:

### 2. Obligationenrecht<sup>10</sup>

3. Betriebsüber-  
gang bei  
Insolvenz

#### *Art. 333b (neu)*

Wird der Betrieb oder der Betriebsteil während einer Nachlassstundung, im Rahmen eines Konkurses oder eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung übertragen, so geht das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, wenn dies mit dem Erwerber so vereinbart wurde und der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Im Übrigen gelten die Artikel 333 und 333a sinngemäss.

#### *Art. 335e Abs. 2*

<sup>2</sup> Sie gelten nicht für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheide sowie bei Massenentlassung im Konkurs oder bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung.

5. Sozialplan  
a. Begriff und  
Grundsätze

#### *Art. 335h (neu)*

<sup>1</sup> Der Sozialplan ist eine Vereinbarung, in welcher der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer die Massnahmen festlegen, mit denen Kündigungen vermieden, deren Zahl beschränkt sowie deren Folgen gemildert werden.

<sup>2</sup> Er darf den Fortbestand des Betriebs nicht gefährden.

<sup>9</sup> SR 210

<sup>10</sup> SR 220

*Art. 335i (neu)*

b. Verhandlungspflicht

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber muss mit den Arbeitnehmern Verhandlungen mit dem Ziel führen, einen Sozialplan aufzustellen, wenn er:

- a. üblicherweise mindestens 250 Arbeitnehmer beschäftigt und
- b. beabsichtigt, innert 30 Tagen mindestens 30 Arbeitnehmern aus Gründen zu kündigen, die in keinem Zusammenhang mit ihrer Person stehen.

<sup>2</sup> Zeitlich verteilte Kündigungen, die auf dem gleichen betrieblichen Entscheid beruhen, werden zusammengezählt.

<sup>3</sup> Er verhandelt:

- a. mit den am Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden, wenn er Partei dieses Gesamtarbeitsvertrags ist;
- b. mit der Arbeitnehmervertretung; oder
- c. direkt mit den Arbeitnehmern, wenn es keine Arbeitnehmervertretung gibt.

<sup>4</sup> Die Arbeitnehmerverbände, die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmer können zu den Verhandlungen Sachverständige heranziehen. Diese sind gegenüber betriebsfremden Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet.

*Art. 335j (neu)*

c. Aufstellung durch ein Schiedsgericht

<sup>1</sup> Können sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan einigen, so muss ein Schiedsgericht bestellt werden.

<sup>2</sup> Das Schiedsgericht stellt einen Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch auf.

*Art. 335k (neu)*

d. Während eines Konkurs- oder eines Nachlassverfahrens

Die Bestimmungen über den Sozialplan (Art. 335h–335j) gelten nicht bei Massenentlassungen, die während eines Konkurs- oder Nachlassverfahrens erfolgen.

*Art. 362 Abs. 1 (neu)*

<sup>1</sup> Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden Vorschriften zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden:

...

Artikel 335i: (Verhandlungspflicht zwecks Abschlusses eines Sozialplans)

Artikel 335j: (Aufstellung des Sozialplans durch ein Schiedsgericht)

...