

Philipp Possa / Denise Kreutz

## Massenentlassungen im Nachlassstundungsverfahren

---

Ist vorgesehen, einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern zu kündigen, könnte dies eine Massenentlassung darstellen. Bei einer Massenentlassung können Kündigungen nicht einfach so ausgesprochen werden, sondern es müssen konkrete Regeln, welche gesetzlich festgelegt sind, befolgt werden. So muss z.B. ein Konsultationsverfahren durchgeführt werden, in welchem die Arbeitnehmer die Möglichkeit erhalten, zur geplanten Massenentlassung Stellung zu nehmen. Ob diese Regeln auch in einem Nachlassstundungsverfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz angewendet werden sollen – wie dies teilweise vertreten wird – oder nicht, bildet den Inhalt des vorliegenden Artikels.

---

Rechtsgebiet(e): Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Philipp Possa / Denise Kreutz, Massenentlassungen im Nachlassstundungsverfahren, in: Jusletter 4. Januar 2010

## Inhaltsübersicht

1. Ratio der Bestimmungen über die Massentlassung
2. Begriff der Massentlassung
3. Verfahren
4. Mögliche Folgen bei Verletzung der Vorschriften über die Massentlassung
5. Ausschluss der Anwendung der Bestimmungen über die Massentlassung
  - 5.1 Allgemeines
  - 5.2 Anwendung der Bestimmungen über die Massentlassung im Konkursverfahren
  - 5.3 Anwendung der Bestimmungen über die Massentlassung im Nachlassverfahren
    - 5.3.1 Die provisorische Nachlassstundung
    - 5.3.2 Die definitive Nachlassstundung

## 1. Ratio der Bestimmungen über die Massentlassung

[Rz 1] Art. 335f OR verlangt vom Arbeitgeber, die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmervertretung vor einer beabsichtigten Massentlassung zu konsultieren (Abs. 1) und ihnen die Möglichkeit zu geben, Vorschläge zu unterbreiten, wie die Kündigung vermieden oder deren Zahl beschränkt und deren Folgen gemildert werden können (Abs. 2). Die Arbeitnehmer sollen rechtzeitig und umfassend über die geplante Massentlassung informiert werden. Dem Arbeitnehmer sollen insbesondere die Möglichkeiten gegeben werden, den Arbeitgeber zu veranlassen, von ihnen vorgeschlagene alternative Massnahmen zu prüfen, bevor er sich endgültig zu einer Massentlassung entschliesst. Die Konsultation muss somit stattfinden, bevor der Arbeitgeber den definitiven Entschluss gefasst hat, eine Massentlassung vorzunehmen.<sup>1</sup> Die Bestimmung von Art. 335f OR geht aber weniger weit, als die EG-Richtlinie, welche als Zweck der Konsultation das Erreichen einer Einigung bezeichnet<sup>2</sup> und somit ein ganz konkretes Resultat verlangt. Der Arbeitgeber muss zwar die Vorschläge zur Kenntnis nehmen und sie ernsthaft prüfen. Er muss sie entsprechend in seinen Entscheidungsprozess einbinden und in diesem Sinne berücksichtigen. Eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, eine Ablehnung der Vorschläge zu begründen, besteht zwar nicht. Allerdings kann eine Verpflichtung zur summarischen Begründung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet werden.<sup>3</sup>

## 2. Begriff der Massentlassung

[Rz 2] Von Massentlassung ist gem. Art. 335d OR die Rede, wenn innert 30 Tagen in einem Betrieb Kündigungen ausgesprochen werden, die in keinem Zusammenhang mit

der Person des Arbeitnehmers stehen und von denen betroffen werden:

- mindestens 10 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mehr als 20 und weniger als 100 Arbeitnehmer beschäftigen
- mindestens 10% der Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 100 und weniger als 300 Arbeitnehmer beschäftigen
- mindestens 30 Arbeitnehmer in Betrieben, die in der Regel mindestens 300 Arbeitnehmer beschäftigen.

[Rz 3] Ersatz- und Aushilfskräfte werden für die Betrachtung der Betriebsgrösse bzw. der Entlassungen ausser Acht gelassen.<sup>4</sup>

[Rz 4] Die Entlassungen in Form von ordentlichen oder ausserordentlichen Kündigungen (nicht aber z.B. bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Zeitablauf oder Tod des Arbeitnehmers) stehen somit in Relation zur eigentlichen Betriebsgrösse.

[Rz 5] Steht eine solche Massentlassung bevor, ist der Arbeitgeber verpflichtet, gewisse Schritte einzuhalten. Er kann die Kündigungen nicht mehr einfach nach Belieben aussprechen.

## 3. Verfahren

[Rz 6] Der Arbeitgeber muss gemäss Art. 335f OR die Arbeitnehmervertretung oder, falls keine solche existiert, sämtliche Arbeitnehmer schriftlich über die beabsichtigte Massentlassung informieren. Die schriftliche Information hat mindestens folgende Punkte zu enthalten:

- die Gründe der beabsichtigten Massentlassung
- die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll
- die Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer
- den Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen

[Rz 7] In diesem Informationsschreiben ist den Arbeitnehmern bzw. deren Vertretung ebenfalls eine Frist anzusetzen, innerhalb welcher sie Vorschläge unterbreiten können, wie die Kündigungen vermieden oder deren Anzahl beschränkt sowie die Folgen gemildert werden können. Zudem ist das kantonale Arbeitsamt mit einer Kopie des Informationsschreibens über die geplante Massentlassung zu informieren.

[Rz 8] Die Frist für die Arbeitnehmer bzw. deren Vertretung muss so angesetzt sein, dass diese genügend Zeit haben, ihre Vorschläge zusammenzustellen und einzugeben. Eine Frist von mindestens 5 Arbeitstagen wird hierfür seitens des

<sup>1</sup> BGE 123 III 176 insb. 180 E. 4; Zusatzbotschaft I, BBl 1992 V 409.

<sup>2</sup> Aubert, AJP 1994, 702; Thomas Geiser, Stellenwechsel und Entlassung, Basel 1997, N 3.48 [Geiser].

<sup>3</sup> Thomas Kälin / Kerstin Kirchhoff, Massentlassung – Ein chronologischer Überblick, in: Jusletter 5. Oktober 2009, S. 4 f., BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 335f N 3, Lienhard Meyer, Die Massentlassung, Diss. Basel, 1999, S. 126, a.M. Geiser, Fn. 2, N 3.52.

<sup>4</sup> BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 335d N 2.

Bundesgerichts als angemessen betrachtet.<sup>5</sup> Der Arbeitgeber hat bei seiner Planung zu berücksichtigen, dass ihm selber genügend Zeit bleiben muss, über die Vorschläge zu beraten und anschliessend einen Entscheid über die Massenentlassung zu fällen.

[Rz 9] Die Konsultationspflicht ist zunächst eine Pflicht zur Anhörung. Ein Entscheid über die Massenentlassung ist unzulässig, solange die Vorschläge der Arbeitnehmer nicht eingegangen sind bzw. die Frist noch nicht verstrichen ist. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, vor einem Entscheid über die Massenentlassung über die Vorschläge zu beraten. Die Vorschläge selber haben jedoch keine bindende Wirkung für den Arbeitgeber.<sup>6</sup> Der Arbeitgeber muss zwar die Vorschläge zur Kenntnis nehmen und sie ernsthaft prüfen. Er muss sie entsprechend in seinen Entscheidungsprozess einbinden und in diesem Sinne berücksichtigen. Der Gesetzestext sieht keine Verpflichtung des Arbeitgebers vor, eine Ablehnung der Vorschläge zu begründen. Allerdings kann aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine solche Verpflichtung abgeleitet werden. Ohne eine solche Begründungspflicht würde der gesamte Sinn und Zweck des Konsultationsprozesses untergraben.<sup>7</sup> Es besteht allerdings keine Pflicht des Arbeitgebers, die Vorschläge zu befolgen, selbst wenn sie leicht realisierbar wären und erfolgversprechend sind.<sup>8</sup>

[Rz 10] Sollte nach dem Konsultationsverfahren weiterhin an einer Massenentlassung festgehalten werden, ist dies gemäss Art. 335g OR dem kantonalen Arbeitsamt unmittelbar nach dem getroffenen Entscheid schriftlich anzuzeigen und den Arbeitnehmern bzw. deren Vertretung eine Kopie der Anzeige zuzustellen. Die Anzeige muss die Ergebnisse der Konsultation der Arbeitnehmervertretung bzw. Arbeitnehmer und alle zweckdienlichen Angaben über die beabsichtigte Massenentlassung enthalten.

[Rz 11] Anschliessend können die beschlossenen Kündigungen ausgesprochen werden.

#### 4. Mögliche Folgen bei Verletzung der Vorschriften über die Massenentlassung

[Rz 12] Verletzt der Arbeitgeber seine Informations- und Konsultationspflichten, kann dies zur Folge haben, dass die Arbeitnehmer auf Erfüllung des Vertrages und Schadenersatz klagen können. Die ausgesprochenen Kündigungen sind missbräuchlich und ziehen eine Entschädigungspflicht nach

sich, bleiben aber wirksam.<sup>9</sup> Gemäss Art. 336a OR wird die Entschädigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände festgesetzt, beträgt im Falle der Verletzung der Vorschriften zur Massenentlassung jedoch nicht mehr als den Lohn des Arbeitnehmers für zwei Monate.

### 5. Ausschluss der Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung

#### 5.1 Allgemeines

[Rz 13] Art. 335e Abs. 2 OR sieht vor, dass die Bestimmungen über die Massenentlassung keine Anwendung finden für Betriebseinstellungen infolge gerichtlicher Entscheidungen. Der Grund liegt darin, dass dem Arbeitgeber *kein Entscheidungsspielraum* hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer verbleibt.<sup>10</sup> Es ist allgemein anerkannt, dass die Formulierung, wonach ein «gerichtlicher» Entscheid vorliegen muss, um die Anwendung der Bestimmungen der Massenentlassungen auszuschliessen, zu eng ist und entsprechend in einem weiteren Sinne verstanden werden muss und «behördliche» Entscheidungen umfassen sollte.<sup>11</sup> Es geht darum, Kündigungen vom Anwendungsbereich auszunehmen, die nicht auf den freien Willen des Arbeitgebers zurückzuführen, sondern die Folge einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung sind.<sup>12</sup> Solche Anordnungen erfolgen eben meist nicht durch Gerichte, sondern durch Verwaltungsbehörden, wie z.B. solche des Gesundheits- oder Umweltschutzes. Wie Geiser stipuliert, genügt für die Anwendung von Art. 335e Abs. 2 OR, dass eine gerichtliche Überprüfung der Verfügung möglich ist.<sup>13</sup> Es stellt sich weiter die Frage, wie direkt ein Kausalzusammenhang zwischen der Anordnung und der Betriebsschliessung sein muss. Nach Art. 335e Abs. 2 OR muss die Betriebseinstellung «infolge» der gerichtlichen/behördlichen Entscheidung erfolgen. Die behördliche Anordnung bzw. Verfügung wird regelmässig das Arbeitsverhältnis nicht beenden. Wenn sie es gleichwohl tut, liegt schon gar keine Kündigung durch den Arbeitgeber vor, was die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassungen schon per se ausschliesst.<sup>14</sup> Es genügt,

<sup>5</sup> BGE 130 III 102.

<sup>6</sup> BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 335f N 3.

<sup>7</sup> Kälin / Kirchhoff, Fn. 3, S. 4 f., BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 335f N 3, Meyer, Fn. 3, S. 126, a.M. Geiser, Fn. 2, N 3.52.

<sup>8</sup> Geiser, Fn. 2, N 3.52.

<sup>9</sup> BSK OR I-Rehbinder/Portmann, Art. 335f N 5; Geiser, Fn. 2, N 3.6.

<sup>10</sup> BSK OR-I Rehbinder/Portmann, Art. 335e N 2.

<sup>11</sup> Geiser, Fn. 2, Z. 3.15; Franco Lorandi, Arbeitsverträge in der Insolvenz des Arbeitgebers, Jusletter 25. Oktober 2004, RZ 26, Thomas Geiser, Betriebsübernahmen und Massenentlassungen IN, Zivilprozessrecht, Arbeitsrecht, Entwicklungen im kantonalen, nationalen und internationalen Recht, Zürich 1997, S. 115, [Geiser Massenentlassungen]; Lienhard Meyer, Die Massenentlassung, Fn. 3, S. 126.

<sup>12</sup> Geiser Massenentlassungen, S. 115; Meyer, Fn. 3, S. 126, Zusatzbotschaft I, S. 409.

<sup>13</sup> Geiser Massenentlassungen, S. 115.

<sup>14</sup> Meyer, Fn. 3, S. 127, Geiser Massenentlassungen, S. 115 f., Geiser, Fn. 2,

dass es sich bei der Kündigung um eine unausweichliche Folge der behördlichen Verfügung handelt, auch wenn die Abgrenzung zu den Fällen, in denen die Massenentlassung nur eine der Möglichkeiten des Arbeitgebers darstellt, wohl nicht immer eindeutig sein wird.<sup>15</sup>

## 5.2 Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung im Konkursverfahren

[Rz 14] In BGE 123 III 176 E. 3a hat das Bundesgericht festgehalten, dass es kaum sinnvoll ist, parallel zum Konkursverfahren noch ein besonderes Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR durchzuführen. Es hat diesen Grundsatz in BGE 130 III 102 E. 3.1 wiederholt bzw. bestätigt. Als Begründung wird ausgeführt, dass die Arbeitnehmer im Konkursverfahren als Gläubiger über Einflussmöglichkeiten verfügen, die über die Mitwirkungsrechte hinausgehen, welche ihnen die Art. 335d ff. OR gewähren. Im Ergebnis macht diese Begründung Sinn, vor allem wenn man sich in Erinnerung ruft, dass der Arbeitgeber den Vorschlägen der Arbeitnehmer im Rahmen der Konsultation nicht folgen muss, womit die Gläubigerrechte im Rahmen des Konkursverfahrens in der Tat weiter gehen. Ausserdem gewährt das Konkursverfahren, dass die Konkursverwaltung die Gläubiger informiert (Gläubigerversammlung, Zirkularschreiben usw.) und auch Dritte wie beispielsweise Arbeitsämter durch die Konkurspublikation über die Insolvenz der Gesellschaft informiert werden.

[Rz 15] Die Mitwirkungsrechte sind u.E. nur ein mögliches Kriterium, um zu bestimmen, ob die Bestimmungen über die Massenentlassung Anwendung finden oder nicht. Noch wichtiger erscheint uns das Kriterium des freien Willens des Arbeitgebers zu sein. In allen Fällen wird die Kündigung während des Konkursverfahrens durch die Konkursverwaltung und somit nicht durch den ursprünglichen Arbeitgeber ausgesprochen, was die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung bereits per se ausschliesst. Zwar ist die Konkursverwaltung formell Organ der Konkursitin, aber sie ist eben hoheitlich tätig und nur Kraft des Konkurserkennnisses eingesetzt. Selbst wenn der Betrieb aufrecht erhalten wird und im Rahmen einer möglichen Sanierung eine Massenentlassung geplant wird (oder der Betrieb ganz eingestellt wird, wenn festgestellt wird, dass eine Sanierung aussichtslos ist), so wird die Konkursverwaltung oder die Geschäftsleitung auf Anweisung der Konkursverwaltung die Kündigungen aussprechen. In diesem Fall fehlt es am freien Willen der Geschäftsleitung hinsichtlich der auszusprechenden Kündigungen und die (teilweise) Betriebseinstellung muss als behördliche Entscheidung i.S. von Art. 335e Abs. 2 OR angesehen werden, welche die Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung ausschliesst.

## 5.3 Anwendung der Bestimmungen über die Massenentlassung im Nachlassverfahren

### 5.3.1 Die provisorische Nachlassstundung

[Rz 16] Während der provisorischen Nachlassstundung müssen die Bestimmungen über die Massenentlassung gemäss BGE 130 III 102 E. 3.1 berücksichtigt werden. Die provisorische Nachlassstundung gemäss Art. 293 Abs. 3 SchKG ist eher eine erhaltende Massnahme, welche der Richter für höchstens zwei Monate gewährt, damit die notwendigen Grundlagen und Unterlagen gesammelt werden können, um über das Gesuch der Nachlassstundung befinden zu können (BGE 130 III 102 E. 3.1). Dem kann grundsätzlich zugestimmt werden. Der provisorische Sachwalter prüft während der provisorischen Nachlassstundung die Vermögens-, Ertrags-, oder Einkommenslage des Schuldners und die Aussicht auf Sanierung. Bei seiner Arbeit geht es vor allem darum, dem Nachlassrichter einen Bericht und somit die Grundlagen aufzubereiten, um über die Gewährung einer definitiven Nachlassstundung prüfen und entscheiden zu können. Er wird somit keine Weisungen an den Schuldner erlassen, Arbeitsverhältnisse zu kündigen. Möglicherweise kann sich der provisorische Sachwalter diesbezüglich im provisorischen Sachwalterbericht äussern, wenn es um die Beurteilung der Aussichten auf Sanierung geht. Somit rechtfertigt der Ausschluss der Anwendungen der Bestimmungen über die Massenentlassung sich weder unter dem Titel der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer noch unter dem Aspekt des freien Willens des Arbeitgebers. Die Kompetenzen des Sachwalters gehen während der provisorischen Nachlassstundung im Vergleich zur definitiven Nachlassstundung weniger weit (Art. 293 Abs. 4 OR). Wenn der Arbeitgeber bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches bzw. während der provisorischen Nachlassstundung gedenkt, Arbeitnehmer zu entlassen, muss er somit das Konsultationsverfahren gemäss Art. 335f OR durchführen.

### 5.3.2 Die definitive Nachlassstundung

[Rz 17] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung besagt, dass die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer als Gläubiger die Mitwirkungsrechte gemäss Art. 335f OR konsumieren. Demzufolge kommt ein Teil der Lehre zum Schluss, dass die Konsultationspflicht des Arbeitgebers während der provisorischen (Art. 293 Abs. 3 SchKG) und der definitiven Nachlassstundung (Art. 295 SchKG) unverändert weiter Geltung hat, da die Gläubiger einzig entscheiden können, ob sie dem Nachlassvertrag zustimmen wollen oder nicht. Dies stelle keine äquivalente Mitwirkungsbefugnis der Gläubiger dar, zumal die Arbeitnehmer als privilegierte Gläubiger hinsichtlich des Nachlassvertrages nicht stimmberechtigt sind.<sup>16</sup> Ein anderer Teil der Lehre hingegen geht davon aus, dass die

N 3.16.

<sup>15</sup> Geiser Massenentlassungen, S. 115 f.; Meyer, Fn. 3, S. 127, Geiser, Fn. 2, N 3.16.

<sup>16</sup> Lorandi, Fn. 11, Rz 28.

Arbeitnehmer im Rahmen des Verfahrens zum Abschluss eines Nachlassvertrages über Rechte verfügen, die vom Umfang her weit über diejenigen Rechte hinausgehen, die sich für sie aus den Bestimmungen über die Massenentlassungen ergeben. Als privilegierte Gläubiger können sie an der Gläubigerversammlung teilnehmen und sich dort weitergehender informieren, als dies im Konsultationsverfahren möglich ist. Den Arbeitnehmern wird im Laufe des Nachlassverfahrens hinreichend Möglichkeit zu einer gemeinsamen Aussprache geboten und es ist davon auszugehen, dass die jeweiligen Arbeitnehmervertretungen und Gewerkschaften über den Inhalt ihrer Rechte Bescheid wissen. Ausserdem wird der Entscheid der Gewährung der definitiven Nachlassstundung öffentlich bekannt gemacht, weshalb auch ein ordentlich organisiertes Arbeitsamt davon Kenntnis hat.<sup>17</sup> Dieser Meinung ist zuzustimmen.

[Rz 18] In BGE 123 III 176 E. 3a i.f. erklärt das Bundesgericht, dass die Gläubiger im Nachlassverfahren erst *nach der gerichtlichen Bewilligung* im Zustimmungsverfahren zu Wort kommen. Für Massenentlassungen, die der Arbeitgeber *vor dem Bewilligungsentscheid* beabsichtigt, bleiben daher die Art. 335d ff. OR in jedem Fall anwendbar. E contrario muss dies heissen, dass für Massenentlassungen, die nach dem Bewilligungsentscheid durchgeführt werden sollen, die Bestimmungen von Art. 335d ff. OR nicht zur Anwendung gelangen.<sup>18</sup> In BGE 130 III 102, der auf BGE 123 III 176 Bezug nimmt, erklärt das Bundesgericht, dass die Rechtsprechung bis jetzt die Frage noch nicht entschieden habe, ob ein Nachlassverfahren ebenfalls die Anwendung der Art. 335d ff. OR ausschliesse oder nicht. Das Bundesgericht habe aber immerhin hervorgehoben, dass diese Möglichkeit nur in Betracht gezogen werden könne, wenn die Gläubiger tatsächlich die Fähigkeit haben, am Verfahren teilzunehmen. Im Rahmen des Nachlassverfahrens können die Gläubiger aber erst *nach Gewährung der Nachlassstundung* während der Zustimmungsphase teilnehmen. Es hält mit Blick auf die provisorische Nachlassstundung weiter fest, dass, solange die Entscheidung der Gewährung der Nachlassstundung noch nicht gefällt ist, man nicht von tatsächlicher Teilnahme sprechen könne und entsprechend die Bestimmungen von Art. 335d ff. OR anwendbar bleiben. Ganz grundsätzlich hat das Bundesgericht in anderem Zusammenhang festgestellt, dass die Bewilligung der Nachlassstundung, durch welche das Verfahren eröffnet wird, gleichartige Wirkungen zeitigt wie die Konkurseröffnung.<sup>19</sup>

[Rz 19] Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob ein Konsultationsverfahren während eines Nachlassstundungsverfahrens wirklich Sinn macht oder ob dieses nicht mehr zu einer Alibiübung verkommt.

[Rz 20] Das eigentlich massgebende und selbständige Kriterium, neben den Mitwirkungsrechten, ist u.E. auch hier der freie Wille des Nachlassschuldners.

[Rz 21] Befindet sich ein Unternehmen in einem Nachlassstundungsverfahren, heisst dies, dass es finanzielle und allenfalls strukturelle Probleme hat und eine Sanierung nur noch mit Hilfe eines Nachlassvertrages möglich ist. Zusammen mit der Bewilligung der Nachlassstundung wird vom zuständigen Nachlassrichter ein Sachwalter eingesetzt. Der Sachwalter überwacht u.a. die Handlungen des Schuldners (Art. 295 Abs. 2 lit. a SchKG) und insbesondere seine Geschäftstätigkeit (Art. 298 Abs. 1 SchKG). Seine Aufgabe ist es insbesondere, dafür zu sorgen, dass die Interessen sämtlicher Gläubiger – nicht nur der Arbeitnehmer – gewahrt werden. Konkret heisst dies, dass die Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfen, als wenn am Tage der Bewilligung der Nachlassstundung der Konkurs eröffnet worden wäre. In diesem Zusammenhang muss vom Sachwalter geprüft werden, ob unter anderem durch die Weiterführung der Arbeitsverhältnisse mehr Mittel abfliessen, als eingenommen werden können. Ist dies der Fall, wird der Sachwalter allenfalls die entsprechenden Weisungen an die Nachlassschuldnerin erlassen, dass die entsprechenden Massnahmen zur Sicherung der Betriebsmittel, d.h. die Kündigung von Arbeitsverhältnissen im notwendigen Umfang, in die Wege geleitet werden müssen.

[Rz 22] Eine Nachlassstundung bedeutet somit nicht generell, dass die Arbeitsverhältnisse bis zum Ende der Stundung auf alle Fälle weitergeführt werden können. In der Praxis kommt es häufig vor, dass bereits während der Nachlassstundung und noch vor Bestätigung des Nachlassvertrages Entlassungen vorgenommen werden müssen. Ebenfalls besteht keine Möglichkeit, während einer Nachlassstundung neue Forderungen z.B. in Form eines Sozialplanes zu generieren. Wenn also nicht bereits vor Bewilligung der Nachlassstundung ein Sozialplan bestand, kann ein solcher nicht während der Nachlassstundung noch erstellt werden, um die Folgen der Kündigungen abzufedern.

[Rz 23] Selbst ein vorübergehender Lohnverzicht der Arbeitnehmer in grösserem Umfang (kleinere Lohnverzichte reichen in aller Regel bei einer solchen Ausgangslage nicht aus, um einen ausreichenden Einfluss auf das Betriebsergebnis zu haben und können daher von Anfang an nicht berücksichtigt werden) könnte nicht einfach so als Lösung angenommen werden, da oftmals eine rigorose Umstrukturierung unumgänglich ist, um eine nachhaltige Sanierung zu gewähren bzw. Investoren zu finden.

[Rz 24] Der Arbeitgeber muss die Weisungen des Sachwalters befolgen und hat grundsätzlich keinen Entscheidungsspielraum. Handelt der Arbeitgeber den Weisungen zuwider, so kann der Nachlassrichter auf Anzeige des Sachwalters dem Schuldner die Verfügungsbefugnis über sein Vermögen entziehen oder die Stundung widerrufen (Art. 298 Abs. 3

<sup>17</sup> Geiser Massenentlassungen, Fn. 11, S. 119, Geiser, Fn. 2, N 3.17, gl.M: Meyer, Fn. 3, S. 131 f., CHK-F.Emmel, OR 335e N 4.

<sup>18</sup> So auch CHK-F.Emmel, OR 335e N 4.

<sup>19</sup> BGE 125 III 154 E. 3b.

SchKG). Der Arbeitgeber besitzt mit Blick auf die möglichen im Gesetz vorgesehenen Konsequenzen keinen freien Willen bei der Kündigung, weshalb es sich um Kündigungen i.S. von Art. 335e Abs. 2 OR handelt, welche die Anwendung der Bestimmungen gemäss Art. 335d ff. OR ausschliesst. Sollte das Management der Nachlassschuldnerin auf die Vorschläge der Arbeitnehmer gemäss Art. 335f Abs. 2 OR eintreten wollen und somit entgegen den Weisungen des Sachwalters die Kündigungen nicht aussprechen, könnte dies im schlimmsten Fall – wenn der Sachwalter die Vorschläge als nicht ausreichend erachtet, um sämtliche Gläubigerinteressen zu wahren – zum Widerruf der Nachlassstundung führen (Art. 298 Abs. 3 SchKG). Ein solcher Widerruf könnte die Konkureröffnung und somit Betriebsschliessung zur Folge haben.

[Rz 25] Selbst wenn der Arbeitgeber ohne Weisung der Sachwalterin Kündigungen vornehmen will, ändert dies nichts an den obigen Ausführungen. Auch in diesem Fall könnten in einem Konsultationsverfahren eingebrachte Vorschläge der Arbeitnehmer im Hinblick auf die Wahrung der Gesamtgläubigerinteressen kaum berücksichtigt werden, weshalb die Vorschriften der Massenentlassung im definitiven Nachlassstundungsverfahren nur wenig Sinn machen. Im Übrigen muss auch in diesem Fall der Meinung gefolgt werden, dass die Mitwirkungsrechte der Gläubiger die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer gemäss den Massenentlassungsbestimmungen konsumieren.

[Rz 26] Aufgrund der finanziellen Situation eines Unternehmens in Nachlassstundung und der rechtlichen Vorschriften zur Wahrung der Gläubigerinteressen sehen die Autoren für die Arbeitnehmer keinen Vorteil mit der Durchführung eines Konsultationsverfahrens, da auf die Vorschläge in aller Regel zum vorneherein nicht eingetreten werden kann. Ebenso bezweifeln sie, dass damit die Rechte der Arbeitnehmer wirkungsvoll geschützt werden können. Vielmehr neigen sie dazu, zu behaupten, dass eher die Gefahr besteht, dass durch das Konsultationsverfahren aufgrund der einzuhaltenen Schritte und Fristen wertvolle Zeit verstreicht und die Gläubigerrechte insgesamt gefährdet werden könnten.

---

Philipp Possa, lic. iur., Partner bei der Transliq AG  
Denise Kreutz, Kauffrau HKG, Partnerin bei der Transliq AG

---

\* \* \*