



Hansruedi Wyss
Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 258 14 28
hansruedi.wyss@bratschi.ch



Kevin Kengelbacher
M.A. HSG in Law
Rechtsanwalt und öffentlicher Notar
Telefon +41 58 258 14 21
kevin.kengelbacher@bratschi.ch

Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Insolvenz

Bei einem Betriebsübergang gehen mit dem übertragenen Betrieb oder Betriebsteil zusammenhängende Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen auf den Erwerber über (Art. 333 Abs. 1 OR). Um Sanierungen zu erleichtern, privilegiert das Gesetz die Übernahme von Arbeitsverhältnissen für den Erwerber bei Insolvenz des Veräusserers (Art. 333b OR). Dieser Artikel zeigt auf, worin diese Privilegien bestehen und inwiefern dadurch Sanierungen attraktiver werden. Zudem wird dargelegt, wann die Privilegien zur Anwendung gelangen und welche Wirkungen die Ausübung des Ablehnungsrechts durch den Arbeitnehmenden hat.

1. Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Insolvenz: Gesetzliche Privilegien

Ausserhalb der Insolvenz des Veräusserers ist der Erwerber eines Betriebs oder Betriebsteils verpflichtet, sämtliche im betroffenen Betrieb oder Betriebsteil tätigen Arbeitnehmenden zu übernehmen. Der Erwerber unterliegt dabei einem Übernahmезwang und kann sich erst nach Vollzug des Betriebsübergangs durch Kündigung von einzelnen Arbeitnehmenden des übernommenen Betriebs oder Betriebsteils trennen. Dieser Übernahmезwang könnte einen Erwerber davon abhalten, einen Betrieb oder Betriebsteil zu übernehmen, wenn er der Ansicht ist, die zu übernehmenden Kundenbeziehungen und Aufträge mit seiner bestehenden Belegschaft bearbeiten zu können. Zudem dürfte beim Erwerber oft kein Bedarf bestehen, Kadermitarbeitende ebenfalls zu übernehmen, weil die entsprechenden Positionen bereits besetzt sind.

Demgegenüber kann der Erwerber eines Betriebs oder Betriebsteils in der Insolvenz auswählen, welche der im Betrieb oder Betriebsteil tätigen Arbeitnehmenden er übernehmen will und welche nicht. Die Arbeitsverhältnisse gehen nicht automatisch von Gesetzes wegen über, sondern der Veräusserer und der Erwerber können im Betriebsübernahmevertrag bestimmen, welche Arbeitsverhältnisse zusammen mit dem Betrieb oder Betriebsteil auf den Erwerber übergehen («cherry picking»).

Die zweite Privilegierung betrifft die bei einem Betriebsübergang geltende Solidarhaftung des Veräusserers und des Erwerbers für Forderungen der übergehenden Arbeitnehmenden (Art. 333 Abs. 3 OR). In der Insolvenz des Veräusserers ist der Erwerber des Betriebs oder Betriebsteils von

dieser Solidarhaftung befreit und muss nicht für alle vor dem Übergang fällig gewordenen Forderungen aus den übergehenden Arbeitsverhältnissen eintreten. Gleichzeitig wird auch der Veräusserer von der Solidarhaftung für nach dem Übergang entstehende Forderungen befreit. Arbeitnehmende, die nicht übernommen werden, können ihre Forderungen ausschliesslich gegenüber ihrem Arbeitgebenden und nicht gegenüber dem Erwerber geltend machen.

2. Art. 333b OR: Anwendungsbereich

Die dargelegten Privilegien des Erwerbers eines Betriebs oder Betriebsteils kommen nur dann zur Anwendung, wenn entweder (i) über den Veräusserer der Konkurs eröffnet wurde, (ii) ihm die Nachlassstundung gewährt wurde oder (iii) die Übertragung im Rahmen eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung erfolgt. Die reine Zahlungsunfähigkeit des Veräusserers reicht für die Anwendung von Art. 333b OR nicht, vielmehr ist ein rechtskräftiger behördlicher Entscheid erforderlich, der eine der genannten Arten der Zwangsvollstreckung zum Gegenstand hat

Zu beachten ist, dass Art. 333b OR den Konkursaufschub nach Art. 725a OR nicht als Anwendungsfall der Betriebsübernahme in der Insolvenz nennt. Beim Konkursaufschub verzichtet der Konkursrichter auf Antrag vorläufig auf die Eröffnung des Konkurses, sofern noch Aussicht auf Sanierung besteht. Auch wenn diesbezüglich teilweise von einem gesetzgeberischen Versehen gesprochen wird, sollte bei einem beabsichtigten Betriebsübergang sicherheitshalber die Nachlassstundung angestrebt werden, um von den Privilegien in Art. 333b OR zu profitieren.

3. Wirkung der Ausübung des Ablehnungsrechts durch den Arbeitnehmenden

Erklärt sich der Erwerber bereit, Arbeitnehmende eines Betriebs zu übernehmen, haben die betreffenden Arbeitnehmenden das Recht, den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses abzulehnen. Ausserhalb der Insolvenz des Veräusserers, hat die Ausübung dieses Ablehnungsrecht zur Folge, dass das betreffende Arbeitsverhältnis auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist aufgelöst wird. Bis dahin geht das Arbeitsverhältnis aber trotzdem auf den Erwerber über und wird mit ihm fortgesetzt, wenn die gesetzliche Kündigungsfrist nach dem Tag des Betriebsübergangs abläuft. Dasselbe hat unseres Erachtens bei der Übernahme von Arbeitsverhältnissen bei Insolvenz zu gelten, allerdings herrscht in diesem Punkt in der Lehre Uneinigkeit. Einige Autoren sind der Ansicht, dass im Gegensatz zum «normalen» Betriebsübergang (Art. 333 OR), die Ablehnung des Übergangs durch einen Arbeitnehmenden bei Insolvenz zur Folge hat, dass das betreffende Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist mit dem Veräusserer bestehen bleibt, auch wenn die Übernahme dieses Arbeitsverhältnisses zwischen Veräusserer und Erwerber vereinbart wurde und die gesetzliche Kündigungsfrist erst nach dem Tag des Betriebsübergangs abläuft. Unseres Erachtens fehlt für diese Lehrmeinung die gesetzliche Grundlage und gibt es keinen Grund, weshalb sich die Rechtsfolgen der Ablehnung des Übergangs eines Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz (Art. 333b OR) von denjenigen beim «normalen» Betriebsübergang nach Art. 333 OR unterscheiden sollen.

Würde die Ausübung des Ablehnungsrechts den Übergang des Arbeitsverhältnisses an sich verhindern, bestünde in den praktisch häufig dringlichen Fällen, in denen das Ablehnungsrecht kurz

vor oder sogar nach dem Betriebsübergang auszuüben ist, die Gefahr, dass der Erwerber einen Betrieb oder Betriebsteil übernimmt, ihm aber die für die Fortführung des Betriebs erforderlichen Arbeitnehmenden fehlen. Dieses Risiko würde die Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils in der Insolvenz für einen potentiellen Erwerber möglicherweise unattraktiv machen, kann er doch nicht mehr davon ausgehen, dass ihm die im Betriebsübernahmevertrag als übergehend aufgelisteten Arbeitnehmenden nach dem Übergang – mindestens noch für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist – auch effektiv zur Verfügung stehen. Die durch die beiden Privilegien geschaffene Attraktivität der Übernahme eines Betriebs oder Betriebsteils in der Insolvenz würde durch diese Unsicherheit erheblich relativiert, was nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann.

4. Fazit

Sieht sich ein Betrieb mit Zahlungsschwierigkeiten konfrontiert und soll verhindert werden, dass im Rahmen des allenfalls bevorstehenden Konkurses sämtliche Arbeitsplätze verloren gehen, ist der Verkauf des betreffenden Betriebs oder Betriebsteils in Betracht zu ziehen. Gegenüber potentiellen Kaufinteressenten sollten die Privilegien des Betriebsübergangs in der Insolvenz hervorgehoben werden, um die Chancen eines erfolgreichen Verkaufs zu erhöhen. Gerade wenn nur eine Unternehmung innerhalb eines Konzerns von der Insolvenz betroffen ist, kann durch den Übergang eines Betriebs oder Betriebsteils und der damit verbundenen Arbeitsverhältnisse der mit dem Verlust von Arbeitsplätzen einhergehende Imageschaden begrenzt werden.

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 90 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel Lange Gasse 15 Postfach CH-4052 Basel Telefon +41 58 258 19 00 Fax +41 58 258 19 99 basel@bratschi.ch	Bern Bollwerk 15 Postfach CH-3001 Bern Telefon +41 58 258 16 00 Fax +41 58 258 16 99 bern@bratschi.ch	Lausanne Avenue Mon-Repos 14 Postfach 5507 CH-1002 Lausanne Téléphone +41 58 258 17 00 Téléfax +41 58 258 17 99 lausanne@bratschi.ch	St. Gallen Vadianstrasse 44 Postfach 262 CH-9001 St. Gallen Telefon +41 58 258 14 00 Fax +41 58 258 14 99 stgallen@bratschi.ch	Zug Industriestrasse 24 CH-6300 Zug Telefon +41 58 258 18 00 Fax +41 58 258 18 99 zug@bratschi.ch	Zürich Bahnhofstrasse 70 Postfach CH-8021 Zürich Telefon +41 58 258 10 00 Fax +41 58 258 10 99 zuerich@bratschi.ch
--	--	---	---	---	---